



universität
wien

DISSERTATION

„Säumnis im Schiedsverfahren vor Streiteinlassung“

Verfasser

Mag. Michael Hofstätter, LL.M.

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:
Betreuer:

A 083 101
Rechtswissenschaften
em. o. Univ.-Prof. DDr. hc. Dr. Walter H.
Rechberger

Meinen Eltern

Danksagung

Großer Dank gebührt Herrn em. Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger, der die Vollendung dieser Arbeit stets gefördert und immer wieder eingefordert hat. Ich bedanke mich für zahlreiche und wertvolle Anregungen, die ich in vielen gemeinsamen Gesprächen erfahren durfte. Besonders bedanke ich mich auch für den von ihm in seiner Funktion als meinen Vorgesetzten am Institut für Zivilverfahrensrecht gewährten Freiraum, ohne den die Fertigstellung dieser Arbeit nicht möglich gewesen wäre.

Überhaupt bedanke ich mich nicht nur bei allen Professoren, sondern auch bei allen Kollegen – Assistenten und Damen des Sekretariats – am Institut für Zivilverfahrensrecht für jegliche Unterstützung sowohl in fachlicher als auch in persönlicher Hinsicht. Vor allem bei Dr. Christian Koller muss ich mich für unzählige Stunden bedanken, in denen er sich trotz chronischen Zeitmangels meinen Gedanken widmete, diese hinterfragte und mir in so manchen scheinbar unlösbaren Fragestellungen hilfreich zur Seite stand. Für viele fruchtbringende Diskussionen bedanke ich mich auch bei Ass.-Prof. Dr. Ulrike Frauenberger-Pfeiler, Dr. Birgit Schneider, Mag. Maria Posani und MMag. Stefan Schwab.

Von den nicht am Institut tätigen Personen darf Dr. Venus Valentina Wong, Bakk. phil., nicht unerwähnt bleiben, die mir fachlich und auch freundschaftlich immer zur Seite stand.

Zu guter Letzt muss bzw darf ich meinen Eltern Doris und Franz Hofstätter danken, die mich in jeder Phase meines Lebens in allen Belangen unterstützten und förderten. Wer in solch einem Elternhaus aufwachsen darf, kann sich glücklich schätzen!

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	I
I. Einführung	1
II. Partei des Schiedsverfahrens	3
A. Problemstellung	3
B. Überblick über den Parteibegriff	3
C. Einzelprobleme der Parteistellung	8
1. Die mangelhafte Individualisierung	8
2. Die Richtigstellung der Parteienbezeichnung	12
3. Zustellung an eine namensgleiche Partei	15
4. Zustellung an ein Rechtssubjekt, das nach Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrages nicht gemeint sein kann	18
5. Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Postulationsfähigkeit	19
D. Zusammenfassung	27
E. Exkurs: Parteien einer Schiedsvereinbarung und die Einbeziehung Dritter	28
1. Rechtsnachfolge	29
2. Vertrag zugunsten Dritter und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter	31
3. Bindung von Gesellschaftern und Fälle der Durchgriffshaftung	32
a) Personengesellschaften	32
b) Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften/Piercing the corporate veil/alter ego	33
c) Auswirkung der Durchgriffshaftung auf eine Schiedsvereinbarung	41
4. Group of companies	42
5. Estoppel	44
6. Bürgschaft und Garantie	46
7. Insolvenz	47
8. Fazit	48

III.	Verfahrenseinleitung	49
A.	Problemstellung	49
B.	Ad-hoc Verfahren	49
	1. Der verfahrenseinleitende Antrag.....	50
	2. Einleitung des ad-hoc Verfahrens nach der ZPO nur mittels Schriftsatz?	56
	3. Einleitung des Verfahrens mittels Zustellfiktion	64
C.	Institutionelle Schiedsverfahren	68
	1. Der verfahrenseinleitende Antrag und dessen Verbesserung	70
	2. Vorgehen der Schiedsinstitutionen bei Nichterledigung eines Verbesserungsauftrages....	75
	3. Zustellung an den Beklagten	77
D.	Zusammenfassung	77
IV.	Säumnis bei der Schiedsrichterbestellung	79
A.	Problemstellung	79
B.	Grenzen der Parteiautonomie.....	80
C.	Gerichtliche Ersatzbestellung	95
	1. Die Parteistellung des in Aussicht genommenen Schiedsrichters im Ersatzbestellungsverfahren	98
	2. Zuständigkeit und Gerichtsbesetzung bei einer Ersatzbestellung.....	103
	3. Prüfung der Schiedsvereinbarung durch das Gericht	106
	4. Exkurs: Die Bestimmungsvorschriften des Europäischen Übereinkommens über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit	114
D.	Ersatzbestellungsvorschriften der institutionellen Schiedsordnungen	116
	1. Anzahl der Schiedsrichter.....	117
	2. Verfahrensvorschriften	118
	a) Die Wiener Regeln 2006 und 2013	118
	b) Die ICC-Regeln	120
	c) Die DIS-SchO	122
	d) Die Schweizer Regeln	124
	e) Gemeinsamkeiten der institutionellen Regeln	126
E.	Zusammenfassung	127

V.	Säumnis bei Bezahlung des Kostenvorschusses	129
A.	Problemstellung	129
B.	Pflicht gegenüber den Schiedsrichtern zur Leistung eines Kostenvorschusses....	132
	1. Entgeltlichkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit	132
	2. Anspruch auf einen Kostenvorschuss auf das Honorar des Schiedsrichters.....	138
	3. Geltendmachung des Kostenvorschusses durch Schiedsrichter	141
	4. Kostenvorschuss für sonstige Kosten (Drittkosten)	146
C.	Pflicht der Parteien zur Leistung eines Kostenvorschusses, die sich aus der Schiedsvereinbarung ergibt	149
D.	Kostenvorschuss- und Säumnisregelungen in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit	155
	1. Die Wiener Regeln 2006.....	155
	2. Die Wiener Regeln 2013	158
	3. Die ICC-Regeln.....	161
	4. Die DIS-SchO	171
	5. Die Schweizer Regeln	173
E.	Gegenseitige Ersatzpflicht bei Säumnis der gegnerischen Partei mit der Bezahlung des Kostenvorschusses.....	177
	1. Anspruchsgrundlage Schiedsrichtervertrag.....	178
	2. Anspruchsgrundlage Schiedsvereinbarung	180
F.	Klage auf Zahlung des Kostenvorschusses an die Verwahrstelle, der diesbezügliche Zwischenstreit und die Auswirkungen auf das Hauptverfahren.....	183
G.	Der Schiedsorganisationsvertrag und die Auswirkungen der Säumnis mit der Bezahlung der Einleitungsgebühr und des Kostenvorschusses auf diesen	191
	1. Einleitungsgebühr	192
	2. Kostenvorschuss.....	195
H.	Kostenfolge eines Teilschiedsspruchs über den Kostenvorschuss	197
I.	Zusammenfassung	197
VI.	Versäumungsentscheidung im Schiedsverfahren	200
A.	Problemstellung	200

B. Grundlage: Das Versäumungsurteil.....	201
C. Versäumungsschiedsspruch	207
1. Gesetzliche Grundlagen.....	207
2. (Aktueller) Meinungsstand	209
3. Säumnisregelungen im institutionellen Schiedsverfahren und davon abweichende Parteienvereinbarungen.....	220
a) Die Wiener Regeln 2006.....	221
b) Die Wiener Regeln 2013	223
c) Die ICC-Regeln	226
d) Die DIS-SchO.....	232
e) Die Schweizer Regeln.....	234
f) Exkurs: Die Regeln der Zürcher Handelskammer für internationale Schiedsverfahren 1989	237
D. Säumnis der Klägers.....	239
1. Ad-hoc Verfahren	239
2. Institutionelle Schiedsverfahren	244
E. Zwischenergebnis.....	246
F. Änderungsbedarf de lege ferenda?.....	246
G. Zusammenfassung	256
VII. Zusammenfassung der Ergebnisse	258
Literaturverzeichnis	264
Judikaturverzeichnis	275
Anhang.....	284
I. Kurzbeschreibung der Arbeit.....	284
II. Abstract	285
III. Lebenslauf	286

Abkürzungsverzeichnis

AA, aA	andere Ansicht
aaO	am angegebenen Ort
aF	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AG	Aktiengesellschaft
aE	am Ende
Anm	Anmerkung
ARGG	(deutsches) Arbeitsgerichtsgesetz, BGBl 1979/40
Art	Artikel
ASG	Arbeits- und Sozialgericht
ASGG	Arbeits- und Sozialgerichtsgesetz, BGBl 1985/104
AußStrG	Außerstreitgesetz, BGBl I 2003/111
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch, dRGBI 1896/195 idF der Bekanntmachung vom 02. Jänner 2002 (BGBl I S. 42, 2909; 2003 I S. 738)
BGH	Bundesgerichtshof
bspw	beispielsweise
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ders	derselbe
dies	dieselben
DIS-SchO	Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. in der Version vom 01. Juli 1998

dZPO	Zivilprozessordnung der Bundesrepublik Deutschland
E	Entscheidung, Entscheidungen
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EKEG	Bundesgesetz über Eigenkapital ersetzende Gesellschafterleistungen, BGBl 2003/92
EO	Gesetz vom 27. Mai 1896 über das Exekutions- und Sicherungsverfahren, RGBl 1896/79
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EU	Europäische Union
EÜ	Europäisches Übereinkommen über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, BGBl 1964/107
FN	Fußnote
gem	gemäß
gF	geltende Fassung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz vom 06. März 1906 über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, RGBl 1906/58 idF BGBl 2010/111
GVG	deutsches Gerichtsverfassungsgesetz, BGBl I 1975/53
hA	herrschende Ansicht
hM	herrschende Meinung
ICC-Regeln, ICC-SchO	Schiedsgerichtsordnung der internationalen Handelskammer (ICC) in der Version 01. Jänner 2012
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idS	in dem Sinn
inkl	inklusive

IO	Bundesgesetz über das Insolvenzverfahren, BGBl 1997/106
IPRG	Bundesgesetz vom 15. Juni 1978 über das internationale Privatrecht, BGBl 1978/304
iS	im Sinne
iSd	im Sinne des
iSv	im Sinne von
iVm	in Verbindung mit
JN	Jurisdiktionsnorm, RGBI 1895/111
Jud	Judikatur
Kap	Kapitel
krit	kritisch
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LG	Landesgericht
Lit	Literatur
ME, mE	meines Erachtens
ModG	UNCITRAL Modellgesetz für die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit 1985 (auf Änderungen von 2006 wird hingewiesen)
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
NYÜ	New York Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche
OGH	Oberster Gerichtshof
OGHG	Bundesgesetz über den Obersten Gerichtshof, BGBl 1983/135
OLG	Oberlandesgericht
Pariser Vereinbarung	Vereinbarung über die Anwendung des Europäischen Übereinkommens über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, BGBl 1965/19

RATG	Rechtsanwaltstarifgesetz
Rsp	Rechtsprechung
S, s	Siehe, siehe
SCC-Regeln	Schiedsgerichtsordnung des Schiedsgerichtsinstituts der Stockholmer Handelskammer
SchiedsRÄG 2006	Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006, BGBl I 2006/7
SchiedsRÄG 2013	Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2013, BGBl I 2013/118
Schweizer Regeln	Schweizer Regeln für internationale Schiedsverfahren der Schiedsinstitution der Schweizer Kammern für Handel und Industrie der Kantone Basel, Bern, Genf, Neuchâtel, Tessin, Waadt und Zürich in der Version vom 01. Juni 2012
sog	sogenannte, sogenannter, sogenannten
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
ua	unter anderem
uU	unter Umständen
UNCITRAL-Regeln	UNCITRAL Arbitration Rules in der Fassung von 2010
va	vor allem
wN	weitere Nachweise
WR 2006	Schiedsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich idF 2006, gültig ab 01. Juli 2006
WR 2013	Schiedsordnung des Internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich idF 2012, gültig ab 01. Juli 2013

VerG	Vereinsgesetz 2000, BGBl I 2002/66
zB	zum Beispiel
ZPO	Zivilprozessordnung, RGBI 1895/113
ZVN 2002	Zivilverfahrens-Novelle 2002, BGBl I 2002/76
ZustellG	Bundesgesetz über die Zustellung behördlicher Dokumente, BGBl 1982/200
zust	zustimmend
zutr	zutreffend, zutreffende

I. Einführung

Das Schiedsverfahren ist vom Grundsatz der Parteiendisposition geprägt und fußt auf der Grundidee, dass die Parteien bei ihrer Streitbeilegung miteinander kooperieren.¹ Ein Phänomen der (jüngeren) Schiedsgerichtspraxis ist es jedoch, dass eine der Parteien sich dafür entscheidet, entweder an bestimmten Abschnitten des Verfahrens oder überhaupt am gesamten Verfahren nicht teilzunehmen. Kann auch über die Gründe darüber nur gemutmaßt werden, so müssen auf die damit im Zusammenhang stehenden verfahrensrechtlichen Probleme adäquate Antworten gefunden werden.

Obwohl Säumnis zu jedem Verfahrenszeitpunkt möglich ist, stellen sich gerade zu Beginn des Verfahrens wichtige Fragen im Zusammenhang mit der Säumnis einer Partei. Daher konzentriert sich diese Arbeit auf die Prozessphase vor der ersten Möglichkeit der beklagten Partei, Vorbringen zur Hauptsache zu erstatten, also auf die Phase vor Einlassung in die Sache.² In diesem Sinne ist auch der gewählte Titel „Säumnis im Schiedsverfahren vor Streiteinlassung“ zu verstehen.

Bevor man von einer Säumnis einer Partei im Schiedsverfahren sprechen kann, ist zunächst zu klären, wer überhaupt Partei eines Schiedsverfahrens ist (Kap II.) und wie ein Schiedsverfahren eingeleitet werden muss (Kap III.). Diese Teile können sohin als Grundlage der darauf folgenden Kap IV. – VI. verstanden werden.

Forschungsgrundlage ist das österreichische Schiedsverfahrensrecht, wobei dort, wo von Interesse auch die deutsche Rechtslage dargestellt und mit der österreichischen verglichen wird. Von den institutionellen Schiedsordnungen werden die aus österreichischer Sicht besonders relevanten Schiedsordnungen in die Untersuchung miteinbezogen, nämlich die WR 2006 und WR 2013, die ICC-SchO, die DIS-SchO und die Schweizer Regeln. Auch wenn es sich bei den WR 2006 mittlerweile um „historische“ Schiedsregeln handelt, werden diese aufgrund des Umstandes, dass noch

¹ Born, Arbitration 90.

² Vgl zur Einlassung *Oberhammer*, Entwurf 50; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 583 ZPO Rz 95 mwN; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 583 Rz 26.

Verfahren, die nach diesen Regeln administriert werden, anhängig sind, dennoch berücksichtigt.

II. Partei* des Schiedsverfahrens

A. Problemstellung

Säumnis setzt Parteistellung voraus. Daher ist zunächst zu klären, unter welchen konkreten Voraussetzungen eine Rechtsperson Parteistellung erlangt. Davon zu unterscheiden ist, wer Partei einer Schiedsvereinbarung ist. Letzteres ist eine Frage der subjektiven Reichweite einer Schiedsvereinbarung und der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts.³

B. Überblick über den Parteibegriff

Der Parteibegriff wird in der österreichischen ZPO weder für das staatliche Zivilverfahren noch für das Schiedsverfahren definiert, gleiches gilt für die institutionellen Schiedsordnungen.

Für Ersteres ergibt sich der Parteibegriff „*aus dem Wesen und der Aufgabe des Zivilprozesses selbst*“⁴. Dieser ist nach hA von formellen Gesichtspunkten geprägt, weshalb vom sog formellen Parteibegriff gesprochen wird.⁵ Das bedeutet grundsätzlich, dass einerseits derjenige, der die Klage in seinem Namen einbringt und andererseits derjenige, gegen den die Klage eingebracht wird, Partei des Zivilverfahrens wird.⁶ Für die Bestimmung der Partei ist hingegen nicht von Interesse, ob der geltend gemachte Anspruch oder das behauptete Rechtsverhältnis auch tatsächlich zwischen den Parteien besteht. Die Klärung der Sachlegitimation ist Bestandteil des Erkenntnisverfahrens.^{7, 8}

* Auf Grund der besseren Lesbarkeit wird in dieser Arbeit der Einfachheit halber nur die weibliche oder die männliche Form verwendet. Die weibliche oder die männliche Form ist selbstverständlich immer mit eingeschlossen.

³ Zu dieser Frage vgl ausführlich Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/289 ff und Kap II.E.

⁴ Schubert in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 1.

⁵ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 290; vgl zum „*streitgegenstandsbezogenen Parteibegriff*“ Oberhammer, OHG 199.

⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 290 ff; *Fucik* in *Rechberger*⁴ Vor § 1 ZPO Rz 2; *Feil*, GesRZ 1985, 12.

⁷ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 291; *Fucik* in *Rechberger*⁴ Vor § 1 ZPO Rz 2; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 16; *Rechberger* in FS Henckel 684.

⁸ Im Gegensatz zum formellen Parteibegriff ist die Sachlegitimation in der älteren Lehre vom materiellen Parteibegriff als Prozessvoraussetzung verstanden worden, s hiezu *Henckel*, Parteilehre 15 f.

Somit liegt es zunächst am Kläger, dafür zu sorgen, dass die Parteien des Verfahrens in eindeutig identifizierbarer Art und Weise beschrieben werden.

Dementsprechend hat im staatlichen Zivilprozess jeder Schriftsatz gem § 75 Z 1 ZPO den vollständigen Namen, die Beschäftigung, den Wohnort, die Parteistellung und die Angabe der für die Parteien handelnden Vertreter zu enthalten. Diese Merkmale einer Partei schließen in den üblichen Fällen eine Verwechslungsgefahr aus und ermöglichen eine Individualisierung der Prozessparteien.

Da aber auch durchaus Situationen vorstellbar sind, in denen die geforderten Angaben auf mehrere Rechtssubjekte zutreffen, handelt es sich bei den Angaben nach § 75 Z 1 ZPO – der für sämtliche Schriftsätze im Zivilprozess gilt – um einen Maßstab für die Individualisierung der Parteien und es muss als Auftrag an den Kläger verstanden werden, dafür Sorge zu tragen, dass eine eindeutige Bestimmung der Parteien möglich ist. Im Einzelfall kann es notwendig sein, eine Partei nach anderen Merkmalen zu individualisieren (etwa Geburtsdatum), man denke nur daran, dass die namensgleichen Vater und Sohn an der gleichen Adresse wohnen.⁹

Gleichzeitig handelt es sich bei den von § 75 Z 1 ZPO geforderten Angaben nicht um ein Mindestmaß. Das wird vor allem am Erfordernis der Beschäftigung sichtbar: der Beruf wird oft nicht zu eruieren sein bzw würde die unbedingte Angabe für einen Kläger einen unnötigen, weil zeitintensiven, Aufwand bedeuten, der für die Individualisierung der Partei wenig bis gar keinen Nutzen hat. Nur in einer – wenn auch äußerst seltenen – Situation, in der zwei nicht auf andere Weise unterscheidbare Personen als Parteien in Frage kommen, ist eine Individualisierung nach der Beschäftigung unerlässlich.¹⁰

Unter diesen Gesichtspunkten ist es auch nicht weiter verwunderlich, dass der ständigen österreichischen Jud zufolge nicht nur die Angaben im Rubrum einer Klage für die Bestimmung, wer Partei des Verfahrens ist, ausschlaggebend sind, sondern bei Unklarheiten der Inhalt der gesamten Klage heranzuziehen ist.¹¹

⁹ Konecny in *Fasching/Konecny*² II/2 § 75 ZPO Rz 4.

¹⁰ Vgl hiezu Konecny in *Fasching/Konecny*² II/2 § 75 ZPO Rz 8.

¹¹ RIS-Justiz RS0035060; *Feil*, GesRZ 1985, 12.

Die dargestellten Grundsätze für das staatliche Zivilverfahren lassen sich auch auf das Schiedsverfahren umlegen. In der deutschen Lit wird nach hA vertreten, dass im Schiedsverfahren der formelle Parteibegriff des Zivilprozesses gilt.¹² Gleiches muss auch für die österreichische Rechtslage gelten, weil kein Grund ersichtlich ist, warum in der Schiedsgerichtsbarkeit auf einen anderen Parteibegriff zurückgegriffen werden sollte, überlässt der formelle Parteibegriff doch zum einen dem Kläger die Bestimmung seines Verfahrensgegners, was dem vorherrschenden Grundsatz der Parteiautonomie entspricht, und überlässt zum anderen die Klärung der Sachlegitimation dem Schiedsverfahren.

Im Unterschied zur ZPO enthält die dZPO eine Regelung über den verfahrenseinleitenden Antrag und dessen notwendigen Inhalt.¹³ § 1044 dZPO bestimmt ua, dass der Antrag, mit dem ein Schiedsverfahren eingeleitet wird, die „*Bezeichnung der Parteien*“ beinhalten muss. Dieses Erfordernis deckt sich mit dem notwendigen Inhalt einer Klage nach § 253 Abs 2 Z 1 dZPO.¹⁴ Grundsätzlich wird daher auch zu beiden Bestimmungen gleich vertreten, dies bedeute, dass der Antrag die eindeutige Identifizierung der Partei ermöglichen muss.¹⁵ Auch wenn die ZPO keine vergleichbare Bestimmung enthält, ist abermals kein Grund ersichtlich, warum die hinsichtlich der Bestimmung der Partei und zu § 75 ZPO dargestellten Grundsätze nicht auch im Schiedsverfahren herangezogen werden sollten. Der verfahrenseinleitende Antrag muss daher – der hM in Deutschland entsprechend – grundsätzlich eine eindeutige Bestimmung der Partei zulassen.

In den institutionellen Schiedsregeln ist der Inhalt des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes bezüglich der Parteienindividualisierung zumindest rudimentär geregelt.

Art 9 Abs 3 lit a der WR 2006 verlangt „*die Bezeichnung der Parteien und ihre Anschriften*“, wobei diese Erfordernisse, genauso wie die Bestimmung des § 75 ZPO, weit zu verstehen ist. Somit sollen alle Merkmale angegeben werden, um die Parteien

¹² Saenger in Saenger⁵ § 1044 Rz 3; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1044 Rz 16; Wilske/Markert in Vorwerk/Wolf¹³ § 1044 Rz 3. Zum formellen Parteibegriff der dZPO, der sich mit dem österreichischen deckt s Bendtsen in Saenger⁵ § 50 Rz 2 ff.

¹³ Vgl hierzu Kap III.B.1.

¹⁴ S hierzu ausführlich Becker-Eberhard in Krüger/Rauscher⁴ § 253 Rz 46 ff.

¹⁵ Becker-Eberhard in Krüger/Rauscher⁴ § 253 Rz 46; Bendtsen in Saenger⁵ § 50 Rz 3 ff; Münch in Krüger/Rauscher⁴ § 1044 Rz 14 f; Saenger in Saenger⁵ § 1044 Rz 3.

hinreichend zu identifizieren. Im Falle einer im Firmenbuch eingetragenen juristischen Person sollte daher jedenfalls auch die Firmenbuchnummer angegeben werden. Bei natürlichen Personen sollte das Geburtsdatum, der Beruf und sämtliche Informationen angegeben werden, die eine Individualisierung ermöglichen.¹⁶

Die WR 2013 sind von diesem Grundkonzept nur im Detail abgerückt. So sieht Art 7 Abs 3.1 WR 2013 nun vor, dass die Klage den „*vollständigen Namen der Parteien samt Anschriften und Kontaktdaten*“ zu enthalten hat. Die Inhaltserfordernisse an die Parteienbezeichnung bleiben damit im Kern erhalten, aber präzisiert und an das moderne Kommunikationszeitalter angepasst. Wenn der vollständige Name der Parteien verlangt wird, so ist damit klargestellt, dass der Name der natürlichen Person, einer Personen- oder Kapitalgesellschaft bzw die Firma anzuführen ist. Die Geschäftsbezeichnung reicht sohin nicht aus. Unter den WR 2006 wäre ein solches Verständnis noch möglich gewesen (arg: „*Bezeichnung der Parteien*“). Wenn die WR 2013 zusätzlich Angaben zu den Kontaktdaten verlangen, so sind damit Angaben zu allfälligen *bekannten* Email-Adressen, Faxkontaktdaten oder Ähnlichem gemeint.

Die ICC-Regeln enthalten in Art 4 Abs 3 lit a für eine Schiedsklage die Voraussetzung, dass diese den „*vollständigen Namen, Rechtsform, Adresse und sonstige Kontaktdaten jeder Partei*“ enthalten muss. Die ICC-Regeln sind daher im Vergleich etwas umfangreicher, wobei das Erfordernis der Angabe der Rechtsform nur klarstellende Funktion hat, weil der Rechtsformzusatz Teil der Unternehmensbezeichnung ist und somit ohnehin zur konkreten Individualisierung angegeben werden muss. Das Erfordernis, die sonstigen Kontaktdaten anzugeben, bezieht sich auf die Angabe von E-Mail Adressen, Telefon- und Faxnummern, soweit diese *bekannt* sind. Dies lässt sich aus dem unbestimmten Begriff „sonstige“ und daraus, dass diese Angaben zu einer Individualisierung üblicherweise nicht erforderlich sind, ableiten. Zusätzlich sollte ebenso, falls vorhanden, eine Firmenbuch- bzw vergleichbare Registernummer angegeben werden. Sollte eine Partei auch über eine Kurzbezeichnung verfügen, empfiehlt es sich auch diese anzugeben.¹⁷

¹⁶ Vgl zu diesen empfohlenen Angaben *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-053.

¹⁷ *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 44 Rz 93.

Die DIS-SchO enthält eine vergleichbar einfach lautende Bestimmung. § 6.2 (1) verlangt die „*Bezeichnung der Parteien*“ als notwendigen Klagsinhalt, die sich somit am Wortlaut – und daher unstrittig am formellen Parteibegriff – des § 1044 dZPO orientiert. Aus diesem Grund ist diese Bestimmung weit zu verstehen und die Angaben in der Klage müssen selbstverständlich ebenfalls so detailliert sein, dass eine hinreichende Individualisierung der Parteien gegeben ist und ihre Identität eindeutig feststeht.¹⁸

Die Schweizer Regeln enthalten in Art 3 Abs 3 lit b für die sog Einleitungsanzeige – ähnlich wie die ICC-SchO – eine sehr detaillierte Vorschrift, welche Angaben für die Parteienindividualisierung notwendig sind. So muss diese die „*Namen, Anschriften, Telefon- und Faxnummern sowie E-Mail Adressen (falls vorhanden) der Parteien und ihrer Vertreter*“ enthalten. Es stellt sich die Frage, ob all diese Angaben – ebenfalls wie nach der ICC-SchO – tatsächlich Pflichtangaben sind. Bezüglich Name und Anschrift ist dies jedenfalls zu bejahen, da diese Angaben zu den grundlegenden für jede Klage, sei es ein Schiedsklage oder eine Klage vor einem staatlichen Gericht, gehören. Nicht eindeutig ist, worauf sich der Klammerausdruck „*falls vorhanden*“ bezieht. Grundsätzlich muss es auch für die Einleitung nach den Schweizer Regeln ausreichend sein, dass die Parteien individualisierbar sind. Abgesehen davon wird man davon ausgehen müssen, dass „*falls vorhanden*“ auch hinsichtlich nicht zur Individualisierung notwendiger Angaben (also Telefon- und Faxnummer sowie Email-Adresse) als „falls bekannt“ zu verstehen ist (arg.: die englische Version spricht von „*if any*“), anderenfalls würde eine Partei eine für die Individualisierung nicht notwendige Nachforschungspflicht treffen. Somit ist mE die Bestimmung dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass nur die Angaben absolute Voraussetzungen sind, die eine eindeutige Individualisierung ermöglichen. In aller Regel handelt es sich dabei um die Namen und Adressen. Für einen Kläger empfiehlt es sich, sollten Telefon- und Faxnummern bzw E-Mail Adressen nicht bekannt sein, darauf

¹⁸ Theune in Schütze, Institutional Arbitration 218 Rz 51.

in der Einleitungsanzeige hinzuweisen. Dies wird dann das Sekretariat jedenfalls dazu bewegen, von einem Verbesserungsauftrag abzusehen.¹⁹

Entsprechendes gilt – wie dargestellt – für die anderen Schiedsordnungen, soweit diese Angaben verlangen, die für eine eindeutige Individualisierung nicht erforderlich sind.

C. Einzelprobleme der Parteistellung

1. Die mangelhafte Individualisierung

Das Risiko der mangelhaften Individualisierung einer Partei, dh wenn eine objektive zweifelsfreie Bestimmung der Partei nicht möglich ist, trägt nach den dargestellten Grundzügen im Schiedsverfahren – wie auch im staatlichen Zivilprozess – der Kläger. Es entscheiden die objektiven Kriterien, wer Partei des Verfahrens wird. Somit ist derjenige Partei, auf den die vom Kläger gemachten Angaben objektiv zutreffen und nicht derjenige, den der Kläger nach seinem Willen in Anspruch nehmen wollte.²⁰ Dennoch kann es vorkommen, dass eine zweifelsfreie Bestimmung der Parteien nicht ohne weiteres möglich ist, es also nicht zu erkennen ist, wer Partei sein soll. In diesem Fall ist es abzulehnen, dass eine Schiedsinstitution oder ein Schiedsgericht – so wie im Zivilprozess ein Gericht²¹ – von sich aus Nachforschungen anstellen müsse oder eine Nachforschungspflicht treffe.²²

Die aus dem staatlichen Zivilverfahren bekannte Vorgehensweise, das bei einer nicht zweifelsfreien Bestimmung zunächst ein Verbesserungsauftrag zu erteilen ist, und die Klage erst zurückzuweisen ist, wenn dieser erfolglos war²³, kann nicht eins zu eins

¹⁹ Zu Art 3 Abs 3 der Schweizer Regeln allgemein *Bärtsch/Petti* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 3 Rz 8 ff; *Reiter* in *Arroyo* 355 f.

²⁰ Zum staatlichen Zivilprozess s *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 17 f.

²¹ *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 18.

²² Vgl aber zur Ansicht, dass das Gericht bei Zweifel über den Beklagten mit Hilfe der allgemeinen Auslegungsregeln ermitteln soll, wer als Partei in Betracht kommt, jedoch darüberhinausgehende amtswegige Erhebungen unzulässig sind, *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 18; *Feil*, *GesRZ* 1985, 12.

²³ *Gitschthaler* in *Rechberger*⁴ §§ 84-85 Rz 6 und Rz 24/1.

auf das Schiedsverfahren umgelegt werden. Ein Fall, in dem sich ein *ad-hoc* Schiedsgericht mit einer Klage, in der die Individualisierung mangelhaft ist, auseinandersetzen muss, ist nämlich unwahrscheinlich, wenngleich nicht ausgeschlossen. Dies setzt voraus, dass die Parteien in ihrer Schiedsvereinbarung vereinbaren, dass die Schiedsklage ohne vorherige Verständigung des Gegners einem bestimmten Schiedsgericht (sei es ein Einzelschiedsrichter oder ein Schiedsrichtersenat) zugestellt wird und erst danach dem Beklagten zuzustellen ist. Die Parteien müssen also in ihrer Schiedsvereinbarung das Schiedsgericht vornominiert haben.²⁴ Dies ist jedoch die Ausnahme, weil Parteien einer Schiedsvereinbarung üblicherweise vereinbaren, dass jede Partei im Streitfall einen Schiedsrichter ernennt oder im Falle des Einzelschiedsrichters, dass diese sich auf einen solchen im Anlassfall einigen (bzw ein Dritter diese Rechte wahrnimmt).²⁵ Somit ist im Regelfall in einem *ad-hoc* Verfahren zunächst der Gegner direkt zu verständigen, damit ein Schiedsgericht nach dem in der Schiedsvereinbarung dargelegten Bestellungsmodus oder nach der Bestimmung des § 587 ZPO bestellt werden kann, wodurch ein Zweifel darüber, wer Partei sein soll, nicht denkbar ist, weil die Parteien gemeinsam an der Konstituierung mitwirken. Ein weiteres Szenario, in welchem ein *ad-hoc* Schiedsgericht mit einer mangelhaften Individualisierung konfrontiert sein kann, ist denkbar, wenn sich der „Beklagte“ – den es nicht gibt, weil eben die Partei nicht bestimmbar ist – nicht am Verfahren „beteiligt“, aber das Schiedsgericht nach den subsidiären Bestimmungen des § 587 ZPO bestellt wurde. Dieses Szenario setzt voraus, dass im Ersatzbestellungsprozess schon ein Fehler passiert ist, nämlich dass die ersatzbenennende Stelle die mangelhafte Individualisierung nicht bemerkt hat. Dies ist gerade bei der Ersatzbestellung durch ein Gericht unwahrscheinlich, weil dieses den Antrag wie jeden anderen Antrag prüft und behandelt.

Sollte dennoch der unwahrscheinliche Fall eintreten, dass ein *ad-hoc* Schiedsgericht mit einer mangelhaften Parteibezeichnung konfrontiert ist, dann sollte dieses, auch wenn im schiedsrechtlichen Teil der ZPO keine Vorschriften über das Vorgehen bei mangelhafter Parteibezeichnung enthalten sind, nach den zum staatlichen

²⁴ Vgl hierzu Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/86.

²⁵ Vgl hierzu Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/84 und Rz 5/87.

Verfahren skizzierten Möglichkeiten vorgehen, also einen Verbesserungsauftrag erteilen, wozu ein Schiedsgericht gem § 594 Abs 1 ZPO im Rahmen seines freien Ermessens ermächtigt ist. Das *ad-hoc* Verfahren ist insofern flexibler als der staatliche Zivilprozess, als nach erfolglosem Verbesserungsauftrag nicht mit Zurückweisung²⁶ – also Beschluss über die Beendigung des Schiedsverfahrens nach § 608 Abs 2 Z 4 ZPO – reagiert werden muss, sondern ein weiterer Verbesserungsauftrag möglich ist. Die Entscheidung, ob die Verfahrensfortsetzung mangels Individualisierung unmöglich ist oder ein weiterer Verbesserungsversuch unternommen werden soll, muss sich nach den Umständen des Einzelfalls richten. Wenn erkennbar ist, dass auch ein weiterer Verbesserungsversuch nicht zum gewünschten Erfolg führt, dann ist das Verfahren zu beenden. Führt ein Verbesserungsauftrag zur zweifelsfreien Bestimmung der Partei, dann war diese am bisherigen Verfahren (auch an der Bestellung der Schiedsrichter) nicht beteiligt, weshalb ihr sämtliche Verfahrensrechte eingeräumt werden müssen und somit auch das Bestellungsverfahren neu durchgeführt werden muss, was zu einer Änderung der Zusammensetzung des Schiedsgerichts führen kann.

Vom *ad-hoc* Verfahren ist der Umgang mit einer mangelhaften Individualisierung im institutionellen Verfahren zu unterscheiden.²⁷ Dies ist dem Umstand geschuldet, dass eine Schiedsinstitution zwischengeschaltet ist und der verfahrenseinleitende Antrag bei der Institution einzureichen, und nicht direkt dem Beklagten zuzustellen ist.

Die WR 2006 sehen für den Fall, dass die Individualisierung der Parteien nicht den Anforderungen des Art 9 Abs 3 lit a WR 2006 entspricht und somit mangelhaft ist, weshalb eine Zustellung der Klage an die beklagte Partei nach Art 10 Abs 1 WR 2006 nicht möglich ist, vor, dass der Generalsekretär den Kläger zur Verbesserung und somit zur Heilung des Mangels der hinreichenden Individualisierung aufzufordern hat, anderenfalls die Klage nicht weiter behandelt wird (Art 9 Abs 5 WR 2006).²⁸

Ebenso wie unter den WR 2006 ist die mangelhafte Individualisierung nach den WR 2013 sanierbar, weshalb das zu jenen Gesagte gilt. Im Unterschied zu den WR

²⁶ *Gitschthaler* in *Rechberger*⁴ §§ 84-85 Rz 24/1.

²⁷ Ausführlich zum Verbesserungsauftrag im institutionellen Schiedsverfahren s Kap III.C.1.

²⁸ Vgl zu den Folgen der Nichterledigung Kap III.C.2.

2006 kann der Generalsekretär nach Art 7 Abs 4 iVm Art 34 Abs 4 WR 2013 das Verfahren beenden, wenn der Kläger einem Verbesserungsauftrag nicht nachkommt.²⁹

Bei einer mangelhaften Individualisierung im ICC-Schiedsverfahren fordert das Sekretariat den Kläger auf, binnen einer bestimmten Frist die Mängel zu verbessern, anderenfalls eine Klagsrückziehung ohne Anspruchsverzicht angenommen wird.^{30, 31}

Die DIS-SchO sieht in § 6.4 vor, dass die DIS-Geschäftsstelle bei Unvollständigkeit der Klage, worunter mE auch die mangelhafte Parteienindividualisierung zu subsumieren ist, den Kläger unter Fristsetzung zur Ergänzung aufzufordern hat, anderenfalls das Verfahren endet. Dies steht einer neuerlichen Klagseinbringung nicht entgegen.³² Ähnlich wie bei den WR 2006 wird in der DIS-SchO nicht geregelt, dass das Verfahren formell zu beenden ist, sondern dass dieses endet.³³

Bei Unvollständigkeit der Einleitungsanzeige kann nach Art 3 Abs 5 der Schweizer Regeln der Kläger zur Verbesserung aufgefordert werden. Darunter ist auch eine mangelhafte Individualisierung der Parteien zu subsumieren, weil die Angaben, die für die Individualisierung notwendig und Bestandteil der Einleitungsanzeige gem Art 3 Abs 3 der Schweizer Regeln sind. Eine explizite Regelung, was bei Nichterledigung eines Verbesserungsauftrages zu geschehen hat, enthalten die Schweizer Regeln nicht, jedoch ist davon auszugehen, dass das Verfahren als nicht eingeleitet anzusehen ist.³⁴

Wie wichtig die mangelfreie Individualisierung der Partei ist, zeigt sich auch im Hinblick auf die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach dem NYÜ. Gem Art III NYÜ wendet ein zur Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen Schiedsspruches berufenes Gericht die *lex fori* hinsichtlich aller prozessualer Fragen an. Aus österreichischer Sicht bedeutet dies, dass gem § 7 EO –

²⁹ Vgl zur Verbesserung und den Folgen der Nichterledigung Kap III.C.2.1. und 2.2.

³⁰ Vgl zur Verbesserung und den Folgen der Nichterledigung Kap III.C.2.1. und 2.2.

³¹ Vgl Art 4 Abs 4 ICC-Regeln; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 46 Rz 105.

³² *Theune* in *Schütze*, Institutional Arbitration 219 Rz 57 ff. Zu den Problemen in Zusammenhang mit der Formulierung des § 6.4 vgl ebenda.

³³ Vgl zur Verbesserung und den Folgen der Nichterledigung Kap III.C.2.1. und 2.2.

³⁴ Vgl hierzu und zur Verbesserung und den Folgen der Nichterledigung allgemein Kap III.C.2.1. und 2.2.

abgesehen vom Fall des § 9 EO – die Partei, gegen welche die Anerkennung und Vollstreckung begehrt wird, mit der Partei im Schiedsspruch übereinstimmen muss.³⁵ Anderenfalls liegt ein Anerkennungs- und Vollstreckungshindernis vor. § 7 EO ist selbstverständlich auch bei der Exekutionsbewilligung aufgrund inländischer Schiedssprüche zu beachten.³⁶

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die mangelhafte Individualisierung auch in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit aufgrund einschlägiger Vorschriften verbesserungsfähig ist. Theoretisch besteht auch im *ad-hoc* Verfahren diese Möglichkeit, jedoch ist dies aufgrund der Eigenheiten dieser Verfahrensart nur dann möglich, wenn das Schiedsgericht bereits konstituiert ist.

2. Die Richtigstellung der Parteienbezeichnung

Von der soeben beschriebenen Problematik ist das Thema der Richtigstellung der Parteienbezeichnung zu unterscheiden, also die Situation, in der zwar die richtige Partei gemeint und auch bestimmbar ist, jedoch falsch bezeichnet ist.

Im Unterschied zum staatlichen Zivilprozess findet sich in den schiedsrechtlichen Bestimmungen der ZPO (auch) keine Regelung über die Richtigstellung der Parteibezeichnung. § 235 Abs 5 ZPO sieht für das ordentliche Gerichtsverfahren vor, dass es keine Änderung der Partei darstellt, „*wenn die Parteibezeichnung auf diejenige Person richtiggestellt wird, von der oder gegen die nach dem Inhalt der Klage in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise ... das Klagebegehren erhoben worden ist.*“³⁷ Schon nach dem Wortlaut wird klar, dass mit Hilfe von *leg cit* kein Zweifel darüber, wer Partei eines Verfahrens sein soll³⁸, ausgeräumt werden kann. § 235 Abs 5 ZPO dient also der formalen Richtigstellung der

³⁵ Aschauer, 2 Stockholm Arbitration Report, 36 und 38; Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 9-053.

³⁶ Vgl Jakusch in Angsf² § 7 Rz 12 ff.

³⁷ Hervorhebung hinzugefügt.

³⁸ Vgl. hierzu die Abhandlung und Zusammenfassung zu OGH 30.01.1992, 8 Ob 650/91 von Rechberger in FS Henckel 679 ff.

Parteienbezeichnung. Zu denken ist an Tipp- und Bezeichnungsfehler, aber auch an Änderungen im Parteinamen, in der Anschrift oder sonstiger Individualisierungsmerkmale. Bei letzteren Richtigstellungen handelt es sich um nachträgliche Änderungen ursprünglich richtiger Individualisierungsmerkmale gem § 75 Z 1 ZPO. Entscheidend ist, dass an die Stelle der bisherigen Partei keine anderes Rechtssubjekt treten darf. Hat nämlich etwa der Kläger nach dem Inhalt der Klage die falsche Partei geklagt, handelt es sich um ein Problem der Sachlegitimation, das mit Hilfe von § 235 Abs 5 ZPO nicht saniert werden kann.³⁹ Zu beachten ist, dass dies aber nicht bedeutet, mit Hilfe von § 235 Abs 5 ZPO wäre grundsätzlich kein Personenwechsel möglich. Dies kommt ausnahmsweise dann in Frage, wenn eine falsche Person in das Verfahren verwickelt wurde, obwohl nach dem gesamten Klagsinhalt klar war, dass ein anderes Rechtssubjekt als Partei gemeint war.⁴⁰

Mit dem bisher Gesagten ist aber noch nicht die Frage bzw – wie es *Rechberger* richtigerweise bezeichnet – das „Dilemma“⁴¹ gelöst, wann sich aus dem gesamten Inhalt der Klage ergibt, wer – trotz falscher Bezeichnung – nach den Regeln der Lehre des formellen Parteibegriffs „in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise“ als Partei gemeint war. Wie *Rechberger* nämlich darlegt, könnte man aus der Formulierung „in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise“ folgern, dass diejenige Person Partei des Verfahrens werden soll, „gegen die sich der Anspruch nach materiellem Recht (sein Bestehen einmal unterstellt) richten kann“.⁴² Wie aber auch *Fasching* lehnt *Rechberger* zutr die Annahme ab, dass der Parteibegriff im österreichischen Zivilprozessrecht durch die Einfügung des § 235 Abs 5 ZPO ein materieller geworden wäre.⁴³ Die Richtigstellung findet daher ihre Grenze dort, wo „der sachlich nicht Berechtigte bzw Verpflichtete vom Kläger als gewollt bezeichnet wird und wenn alle Klagsangaben auf die nicht legitimierte Person hinweisen.“⁴⁴ Wenn die Richtigstellung nach diesem

³⁹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 323; *Feil*, GesRZ 1985, 15; *Rechberger* in FS *Fasching* 398; vgl zur Jud vor und nach Einführung des § 235 Abs 5 ZPO ebenda.

⁴⁰ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 323; RIS-Justiz RS0035342; RIS-Justiz RS0112754; zuletzt OGH 05.05.2011, 2 Ob 2/11z; ebenso OGH 26.06.2007, 1 Ob 107/07b; OGH 24.10.2000, 4 Ob 267/00v und OGH 09.07.1999, 9 ObA 144/99p.

⁴¹ *Rechberger* in FS *Fasching* 398.

⁴² *Rechberger* in FS *Fasching* 398.

⁴³ *Rechberger* in FS *Fasching* 398; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 323.

⁴⁴ *Feil*, GesRZ 1985, 15.

Grundsatz zulässig ist und ausnahmsweise zu einem Wechsel in der Person führt, dann ist das bisherige Verfahren dieser Person gegenüber nichtig und mit der richtigen Person als Partei fortzuführen. Dies bedeutet im Endeffekt, dass das Verfahren mit dieser Partei neu durchzuführen ist, weil ansonsten das rechtliche Gehör nicht gewahrt wäre.⁴⁵ Insgesamt hat auch die Rsp ihre Not damit, wann eine Person zweifelsfrei als Partei gemeint war, was sich an der kasuistischen Jud zeigt.⁴⁶

Für das Schiedsverfahren stellt sich die Sachlage genau gleich dar, weshalb kein Grund ersichtlich ist, dass eine Richtigstellung nicht möglich wäre.⁴⁷ Sollte nach dem oben dargestellten Grundsatz eine andere als die bisher beteiligte Person Partei werden, ist aufgrund der Wahrung des rechtlichen Gehörs⁴⁸ auch im Schiedsverfahren das gesamte Verfahren neu durchzuführen. Diesbezüglich ist zu beachten, dass der „neuen“ Partei sämtliche Verfahrensrechte (etwa die Mitwirkung an der Konstituierung des Schiedsgerichts) gewährt werden müssen, anderenfalls die Gleichbehandlung der Parteien nicht gewährleistet wäre.⁴⁹ Dies bedeutet, dass das bisherige Schiedsgericht an sich untätig bleiben und die Phase der Verfahrenseinleitung und Konstituierung des Schiedsgerichts zwischen den Parteien neu durchgeführt werden muss. Das schließt aber nicht aus, dass das bisherige Schiedsgericht in weiterer Folge in der Causa wieder tätig wird, nämlich dann, wenn die „neue“ Partei die gleiche Person als Mitglied des Schiedsgerichts bestellt oder sich die Parteien im Einzelschiedsrichterverfahren auf die gleiche Person einigen. Geschieht das nicht und wird ein Schiedsgericht in anderer Besetzung bestellt, dann endet das Amt des oder der bisherigen Schiedsrichter(s) nicht. Dies, weil die bisherige Person nie wirksam zum Schiedsrichter bestellt wurde, ein Amt also auch nicht enden kann.⁵⁰ Vielmehr ist die Bestellung nie rechtswirksam erfolgt. Dies gilt sowohl für das *ad-hoc* als auch das institutionelle Verfahren.

⁴⁵ Vgl FN 18.

⁴⁶ Vgl zur Jud zusammenfassend *Rechberger/Klicka* in *Rechberger*⁴ § 235 Rz 11 ff; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 79.

⁴⁷ *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1044 Rz 16.

⁴⁸ § 594 ZPO; § 1042 dZPO; Art 20 Abs 1 WR 2006; Art 28 Abs 1 WR 2013; Art 22 Abs 4 ICC-SchO; § 26 DIS-SchO; Art 15 Abs 1 Schweizer Regeln.

⁴⁹ § 594 Abs 2 ZPO; § 1042 Abs 1 dZPO; Art 20 Abs 1 WR 2006; Art 28 Abs 1 WR 2013; Art 22 Abs 4 ICC-SchO; § 26 Abs 1 DIS-SchO; Art 15 Abs 1 Schweizer Regeln.

⁵⁰ Davon unabhängig sind allfällige Schadenersatzansprüche dieser Person zu beurteilen.

3. Zustellung an eine namensgleiche Partei

Wenn die Individualisierungsmerkmale auf mehr als eine Person zutreffen (namensgleiche Personen), dann wird nach hL zum staatlichen Zivilverfahren vertreten, dass die Person, der zugestellt wurde, Partei des Verfahrens wird, auch wenn es sich tatsächlich nicht um den vom Kläger gewollten Beklagten handelt. Dies ist eine Folge des formellen Parteibegriffs. Eine Richtigstellung ist in dieser Situation nicht möglich, weil eben nicht klar war, wer Partei des Verfahrens sein soll. Das solcherart zur Partei gewordene Rechtssubjekt muss, will es eine Verurteilung verhindern, die mangelnde Passivlegitimation im Erkenntnisverfahren einwenden.⁵¹

Der OGH entwickelte zum Zivilprozess zu diesem Problem die Lehre von der „Quasi-Partei“ und meinte in seiner E 2 Ob 602/92, dass *„[d]ie Auffassung Faschings, der in Anspruch Genommene sei Partei geworden, ... nur für jene Fälle gelten [kann], in denen sämtliche Klagsangaben (auch) auf die Partei zutreffen, der die Klage zugestellt wurde.“* In der zitierten vom OGH zu entscheidenden Angelegenheit wurde die Klage dem namensgleichen Sohn zugestellt, obwohl der Kläger den Vater klagen wollte, der zwar im selben Haus, aber in einer anderen Wohnung lebte. Die Klage enthielt keinen Hinweis darauf, ob der Vater oder der Sohn Beklagter sein soll und in welcher Wohnung der gewünschte Beklagte lebt. Der OGH stellte fest, dass *„[d]ie Angaben im Kopf der Klage ... sowohl auf Karl P***** sen. als auch auf Karl P***** jun. zu[treffen]; ... Der Klagserzählung ist nicht zu entnehmen, ob das [Anm.: das verfahrensgegenständliche] Sparbuch Karl P***** jun. oder Karl P***** sen. übergeben worden war. Es geht daraus aber hervor, dass der Kläger jene Person klagen wollte, dem seine Mutter das Sparbuch gegeben hat.“* Der in Anspruch Genommene sei eine „Quasi-Partei“, die bestreiten könne, nicht der richtige Beklagte zu sein. Bestreitet der Kläger diese Behauptung, dann stelle er damit klar, dass er die in Anspruch Genommene Partei belangen wollte. In weiterer Folge sei dann die Sachlegitimation zu prüfen. Bestreitet der Kläger hingegen nicht die Behauptung, dann sei es *„sachgerecht, das gegen den in Anspruch Genommenen geführte Verfahren*

⁵¹ Fasching, Lehrbuch² Rz 327; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 296; Fasching/Konecny² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 19; Feil, GesRZ 16.

einschließlich Klagszustellung für nichtig zu erklären.“ Der OGH folgte mit dieser Entscheidung der Lehre *Holzhammers*, dass das Gericht in der dargestellten Situation vom Amts wegen die Identität in einem Zwischenstreit zu prüfen habe.⁵²

Die Ansicht des OGH führt somit zum selben Ergebnis wie im Falle des möglichen Parteiwechsels im Zusammenhang mit § 235 Abs 5 ZPO, nämlich zur Nichtigerklärung der bisherigen Verfahrens (und nicht zu einem Urteil) und ermöglicht dem Kläger, nach Klagseinbringung Zweifel auszuräumen. Die E des OGH erscheint zwar praktisch und auch sachgerecht, weil Kläger und Quasi-Partei sich darüber einig sein müssen, dass Letztere nicht die gewollte Partei ist, anderenfalls die Sachlegitimation geprüft wird. Gleichzeitig muss sie sich aber auch die Kritik gefallen lassen, dass sich aus der Klage eben nicht eindeutig ergibt, ob der Kläger Vater oder Sohn klagen wollte. Der OGH stellte ja selbst fest, dass aus der Klage nur hervorging, dass *„der Kläger jene Person klagen wollte, dem seine Mutter das Sparbuch gegeben hatte.“* Im Anlassfall war die Klärung der Frage, wem das Sparbuch übergeben wurde, eine Frage der Sachlegitimation. Außerdem ist der OGH ja der Meinung, dass *Faschings* Ansicht, dass der in Anspruch Genommene die mangelnde Sachlegitimation einwenden muss, *„nur für jene Fälle gelten [kann], in denen sämtliche Klagsangaben (auch) auf die Partei zutreffen, der die Klage zugestellt wurde.“* Der E ist zu entnehmen, dass genau diese Situation vorlag: sämtliche Klagsangaben im Kopf trafen auch auf den Sohn zu und der Klagserzählung war nicht zu entnehmen, ob das Sparbuch dem Vater oder dem Sohn übergeben worden war. Alle Klagsangaben trafen daher sowohl auf den Vater als auch den Sohn zu. Die E des OGH muss daher krit betrachtet werden. Wenn der OGH meint, dass der Kläger keinen Zweifel daran gelassen habe, dass sich sein Anspruch gegen den Vater gerichtet habe, dann kann sich das nur auf ein Vorbringen zeitlich nach der Klagseinbringung stützen, nämlich auf ein Vorbringen während des „Identitätsstreits“. Der Kläger hat also zu einem Zeitpunkt nach der Klagseinbringung für die Klarstellung gesorgt, wen er klagen wollte. Ob man einem Kläger, der zumutbare Ermittlungen – eine Abfrage im Melderegister bringt in den meisten Fällen ausreichend Klarstellung – unterlässt, den Vorteil keine neuerliche Klage einbringen zu müssen (man denke nur an eine sonst allenfalls eingetretene

⁵² *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 70; vgl auch *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 20.

Verjährung und an die ersparten Gerichtsgebühren), zukommen lässt, ist mehr eine rechtspolitische Frage, erscheint aber dogmatisch zumindest hinterfragenswert. *Faschings* Kritik an der Lehre *Holzhammers*, dass „ein ‚Identitätsstreit‘ nur *praeter legem* geführt werden könnte und das kontradiktorische Verfahren in der Hauptsache mehr Richtigkeitsgarantien bietet“⁵³, ist jedenfalls vollkommen zutreffend.

Gerade im Schiedsverfahren kann es passieren, dass einer namensgleichen Partei der verfahrenseinleitende Schriftsatz zugestellt wird, weil Schiedsverfahren oft in einem internationalen Umfeld stattfinden und es nicht immer möglich ist, auf ein Melderegister bzw ein Firmenbuch oder mit dem österreichischen Standard vergleichbare Register zurückzugreifen, sei es, weil es diese einfach nicht gibt, der Zugang erschwert ist oder diese einfach nicht verlässlich sind. Auch unter Berücksichtigung dieses Umstandes, aufgrund der Flexibilität und der wesentlich größeren Formfreiheit eines Schiedsverfahrens im Vergleich zum staatlichen Zivilprozess, scheint die Lösung des OGHs, bei Bestreiten des in Anspruch Genommenen, tatsächlich der Beklagte zu sein, diese Frage in einem Zwischenstreit zu klären, dogmatisch wesentlich unproblematischer. Macht der Kläger geltend, dass der richtigen Partei zugestellt wurde, ist das Schiedsverfahren mit dem bisherigen Beklagten fortzuführen, egal ob diese Partei weiterhin der Meinung ist, nicht die richtige beklagte Partei zu sein. Sollte sich deren Standpunkt bewahrheiten, mangelt es an der Passivlegitimation und der Anspruch des Klägers ist mit Schiedsspruch abzuweisen. Sollte sich im Zwischenverfahren hingegen herausstellen, dass tatsächlich der falschen Person zugestellt worden ist und sich die Parteien darüber einig sein, dann ist das Verfahren von Beginn an neu durchzuführen, weshalb die Verfahrenseinleitung der richtigen Partei gegenüber bekannt zu geben ist. Dies hat die gleichen Folgen wie der tatsächliche Parteiwechsel bei der Richtigstellung der Parteibezeichnung.⁵⁴

⁵³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 327.

⁵⁴ Vgl hierzu Kap II.C.2.

4. Zustellung an ein Rechtssubjekt, das nach Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrages nicht gemeint sein kann

Im Schiedsverfahren kann es wie im Zivilprozess vorkommen, dass der verfahrenseinleitende Antrag einem Rechtssubjekt zugestellt wird, welches nach dessen Inhalt gar nicht gemeint sein kann. Für den Bereich des staatlichen Verfahrens wird nach hA vertreten, dass dieses Rechtssubjekt nicht Partei des Verfahrens wird: Die Zustellung ist unwirksam und gegen die Person, der zugestellt wurde, kann mangels Erfüllung des formellen Parteibegriffs kein Urteil ergehen. Ein allfälliges Verfahren ist für nichtig zu erklären und die Klage dem gewollten Beklagten zuzustellen. Ergeht ein Urteil, dann kann der eigentlich Beklagte dessen Zustellung beantragen und dagegen wegen Nichtigkeit berufen.⁵⁵ Wird im Schiedsverfahren einer Person zugestellt, die nicht als Partei gemeint sein kann, dann ist zunächst ebenfalls davon auszugehen, dass sie nicht Partei werden kann. Ein allfälliger Schiedsspruch ist gegen diese Partei auch nicht vollstreckbar. Insofern deckt sich die Lösung mit dem staatlichen Zivilprozess. Die Person, welcher der verfahrenseinleitende Antrag zugehen hätte sollen, kann ihre Parteirechte im Schiedsverfahren nicht wahrnehmen, weshalb ihr rechtliches Gehör (§ 594 Abs 2 ZPO) nicht gewahrt wäre. Ein gegen sie ergangener Schiedsspruch unterliegt somit der Aufhebung gem § 611 Abs 2 Z 2 ZPO und, weil das rechtliche Gehör zum *ordre public* gehört⁵⁶, auch nach § 611 Abs 2 Z 5 ZPO. Im Anwendungsbereich des NYÜ ist der Verweigerungsgrund nach Art V Abs 1 lit b und Art V Abs 2 lit b einschlägig.

Anzumerken bleibt, dass in der Praxis ein solches Szenario freilich eher unwahrscheinlich ist. Denn eine Partei, die offensichtlich nicht die Gemeinte sein kann, wird sich in aller Regel im *ad-hoc* Verfahren beim Kläger und im institutionellen bei der Institution und/oder dem Kläger melden und auf den Fehler hinweisen. Tut sie das nicht und wird im *ad-hoc* Verfahren die Ersatzbestellung gem § 587 ZPO eingeleitet, dann wird in diesem Verfahren die eigentlich gemeinte Rechtsperson davon verständigt und dadurch zumindest verspätet der Fehler erkennbar werden. Dann ist die

⁵⁵ Schubert in Fasching/Konecny² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 21; Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 297.

⁵⁶ Reiner, ZfRV 2003/11, 61.

Verfahrenseinleitung neu durchzuführen und das gerichtliche Ersatzbestellungsverfahren für nichtig zu erklären

5. Parteifähigkeit, Prozessfähigkeit und Postulationsfähigkeit

Wie auch im Zivilprozess müssen die Parteien des Schiedsverfahrens partei⁵⁷- und prozessfähig⁵⁸ sein.⁵⁹ Im Schiedsverfahren wird in diesem Zusammenhang auch von der subjektiven Schiedsfähigkeit gesprochen, also die Fähigkeit der Parteien, eine Schiedsvereinbarung abzuschließen und Partei eines Verfahrens zu sein.⁶⁰

⁵⁷ Die Parteifähigkeit ergibt sich aus der Rechtsfähigkeit des bürgerlichen Rechts und ist die „Fähigkeit, im Prozess selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten im eigenen Namen zu sein.“, Schubert in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 24; auch *Fucik* in *Rechberger*⁴ Vor § 1 Rz 5; *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 140. Ein nicht parteifähiges Gebilde ist jedoch im Zwischenstreit über diese Eigenschaft parteifähig, *Fasching*, Lehrbuch² Rz 337. Zur der Frage welche Rechtssubjekte parteifähig sind s *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 307 f. Zum Unterschied zwischen einem Mangel der Parteiexistenz und einem Mangel der Parteifähigkeit s *Rechberger* in FS *Fasching* 389 f mwN. Diesbezüglich sei darauf hingewiesen, dass die Löschung einer Gesellschaft im Firmenbuch nur deklarativen Charakter hat und daher selbst eine gelöschte Gesellschaft bis zur ihrer Vollbeendigung, also solange Aktivvermögen vorhanden ist, parteifähig ist, s hierzu *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 35 ff.

⁵⁸ Die Prozessfähigkeit – „die Fähigkeit, alle Prozeßhandlungen selbst oder durch einen selbst bestellten Vertreter wirksam setzen oder entgegennehmen zu können“, *Fasching*, Lehrbuch² Rz 346 – richtet sich gemäß § 1 ZPO nach der zivilrechtlichen Verpflichtungsfähigkeit (somit ist auch der Prozessunfähige Partei), s auch *Fucik* in *Rechberger*⁴ § 1 Rz 1; *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 141. Zur Prozessfähigkeit allgemein s *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 312 ff. Die Prozessfähigkeit ausländischer Rechtssubjekte richtet sich grundsätzlich nach dem Recht ihres Heimatstaates, wobei zu beachten ist, dass ein solches Rechtssubjekt gem § 3 ZPO selbst dann prozessfähig ist, wenn diesem die Prozessfähigkeit nach ihrem Heimatrecht zwar abgesprochen wird, jedoch nach österreichischem Recht zugestanden wird, s *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 312. Der Mangel an der Prozessfähigkeit ist gem § 477 Abs 1 Z 5 ZPO mit Nichtigkeit bedroht.

⁵⁹ *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 139; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/133; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1042 Rz 24; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1042 Rz 86.

⁶⁰ Das österreichische Schiedsrecht definiert die subjektive Schiedsfähigkeit nicht, s *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/5 FN 22. Letzterer versteht offenbar unter subjektiver Schiedsfähigkeit zum einen die Fähigkeit, eine Schiedsvereinbarung abzuschließen und zum anderen Partei eines Schiedsverfahrens zu sein (*Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/131) und meint, dass sich die subjektive Schiedsfähigkeit nach der Partei- und der Prozessfähigkeit richte (*Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/133 f), was insofern konsequent ist, als die Parteifähigkeit Voraussetzung der Prozessfähigkeit ist (s *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ und auch *Klauser/Kodek*, ZPO^{17.00} § 1 ZPO E 1 bis E 9). Im Gegensatz dazu meinen *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 581 Rz 7 dass die subjektive Schiedsfähigkeit der Prozessfähigkeit entspreche, wie auch *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 582 ZPO Rz 58, ebenso *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 143 und auch schon *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2172. Unter Bedachtnahme auf den Umstand, dass die Parteifähigkeit unbedingte Voraussetzung der Prozessfähigkeit ist, kann jedoch davon ausgegangen werden, dass auch die genannten Autoren iSv *Koller* die Parteifähigkeit als Voraussetzung der subjektiven Schiedsfähigkeit ansehen.

Im Rahmen der Beurteilung eines schiedsrechtlichen Sachverhaltes ist es sinnvoll, zwei unterschiedliche Zeitpunkte bzw unterschiedliche Phasen im Auge zu behalten, nämlich zum einem den Zeitpunkt des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung und zum anderen die Zeitperiode, in der ein Schiedsverfahren stattfindet, da sich sowohl die Partei- als auch die Prozessfähigkeit nach dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung ändern kann. Terminologisch soll für den Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung von subjektiver Schiedsfähigkeit gesprochen werden, für die Phase des Verfahrens von Partei- und Prozessfähigkeit. Dies deckt sich mit der überwiegenden Terminologie in der Lit.⁶¹

Für die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung ist Voraussetzung, dass eine Partei gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO nach ihrem Personalstatut⁶² zum Abschluss einer solchen Vereinbarung fähig war (subjektive Schiedsfähigkeit⁶³). Bei einem Mangel an dieser Fähigkeit ist der Aufhebungsgrund nach § 611 Abs 2 Z 1 ZPO verwirklicht.⁶⁴ § 3 ZPO – der grundsätzlich anwendbar wäre, wenn man der hA Ansicht folgt, dass der Schiedsvertrag ein prozessrechtlicher Vertrag⁶⁵ ist – wird für ausländische Parteien durch die genannte Bestimmung derogiert.⁶⁶ Die Fähigkeit eine Schiedsvereinbarung abzuschließen setzt somit Partei- und Prozessfähigkeit nach dem Personalstatut voraus.

Die zweite Phase, in der die Partei- und Prozessfähigkeit relevant wird, beginnt mit Einleitung des Schiedsverfahrens. Denkbar ist nämlich, dass eine Partei im Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung zwar fähig war, diese abzuschließen (und somit parteifähig und prozessfähig war) aber nach diesem Zeitpunkt, also vor, bei oder nach Einleitung des Verfahrens die Partei- oder Prozessfähigkeit verliert.

⁶¹ S FN 57; *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 139 und Rz 143.

⁶² Vgl § 12 iVm § 9 und § 10 IPRG. Zu beachten ist jedoch die EuGH-Jud, nach der die Gründungstheorie auf juristische Personen aus dem EU-Bereich angewendet wird. Somit ist im europäischen Rechtsraum die Sitztheorie für die Beurteilung der Partei- und Prozessfähigkeit nicht maßgeblich. Vgl hierzu *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/132.

⁶³ *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/130 ff.

⁶⁴ *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 611 Rz 13 f; *Rechberger/Melis in Rechberger*⁴ § 611 Rz 4; *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 611 ZPO Rz 96.

⁶⁵ *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/4 ff; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 611 Rz 14; *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 94 f.

⁶⁶ *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/132 mwN; *Rechberger/Melis in Rechberger*⁴ § 581 Rz 7; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 611 Rz 14; *Fremuth-Wolf in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 53 Rz 14; aA *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 582 ZPO Rz 58.

Bei Schiedsverfahren mit Sitz in Österreich oder Deutschland besteht hinsichtlich der Beachtung beider Voraussetzungen kein Unterschied zum staatlichen Verfahren, weshalb ein Mangel an der Partei- und Prozessfähigkeit von Amts wegen zu prüfen und in jeder Lage des Schiedsverfahrens wahrzunehmen ist.⁶⁷ Konkret bedeutet dies, dass bei einem Hinweis auf einen Mangel der Partei- oder Prozessfähigkeit, die – wie bereits oben erwähnt – grundsätzlich nach dem Personalstatut zu beurteilen ist⁶⁸, das Schiedsgericht eine Untersuchungspflicht trifft, was sich nicht nur aus allgemeinen Prozessgrundsätzen, sondern auch aus der Pflicht der Schiedsrichter, einen vollstreckbaren⁶⁹ oder zumindest aufhebungsresistenten⁷⁰ Schiedsspruch zu erlassen, ergibt. Sollte sich der Mangel an der Partei- oder Prozessfähigkeit bewahrheiten, dann ist ein Heilungsversuch zu unternehmen, wobei dieser beim Mangel an der Parteifähigkeit nur dann überhaupt möglich ist, wenn es sich um eine „*Folge einer unrichtigen Parteibezeichnung für ein bestehendes Rechtssubjekt*“⁷¹ handelt.⁷² Diesbezüglich kann auf die Ausführung zur Richtigstellung der Parteienbezeichnung unter II.C.2. verwiesen werden. Lässt sich der Mangel an der Partei- oder Prozessfähigkeit nicht ausräumen bzw sanieren, dann ist das Verfahren mit Beschluss zu beenden, weil dem Schiedsgericht die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich geworden ist (§ 608 Abs 2 Z 4 ZPO⁷³). Im Zusammenhang mit dem Mangel an der Prozessfähigkeit ist insbesondere zu eruieren, wie ein Schiedsgericht bei Fehlen vertretungsbefugter Organe und bei Anzeichen einer Prozessunfähigkeit der natürlichen Person vorgehen muss. Klar ist zunächst, dass ein Schiedsgericht nicht von sich aus einen Prozess- und Abwesenheitskurator bzw Sachwalter bestellen kann, weil die

⁶⁷ Fasching, Schiedsgericht 101 f; S zu den Folgen im staatlichen Verfahren *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 308 ff und Rz 314 ff und *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 6 ZPO Rz 1 ff; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1042 Rz 24; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1042 Rz 24; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 762 mwN; GIUNF 2669.

⁶⁸ S FN 59.

⁶⁹ *Born*, Arbitration 1993; *Horvath*, Journal of Int'l Arbitration, 2001/18/2, 135.

⁷⁰ S zur Diskussion, ob den Schiedsrichter eine Pflicht zur Erlassung eines vollstreckbaren oder eines nicht aufhebbaren Schiedsspruchs trifft s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 Rz 205.

⁷¹ *Rechberger*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 309; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 6 ZPO Rz 6.

⁷² Zum Heilungsversuch beim Mangel an der Prozessfähigkeit s *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 316; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 6 ZPO Rz 8.

⁷³ Im institutionellen Verfahren nach Art 25 lit cc) WR 2006; Art 34 Abs 3.3 WR 2013; Art 41 ICC-SchO; § 39.2 Abs 3 DIS-SchO; Art 34 Abs 2 Schweizer Regeln.

Bestellung solcher Personen ausschließlich den ordentlichen Gerichten obliegt.⁷⁴ *Fasching* (noch zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2013) und in der Folge auch *Hausmaninger* vertreten diesbezüglich die Ansicht, dass ein Schiedsgericht an das staatliche Gericht entsprechende Anträge nicht stellen könne, sondern dass ausschließlich die Parteien solche Bestellungen veranlassen könnten.⁷⁵ Im Unterschied dazu wird für Deutschland vertreten, dass „[d]ie Bestellung eines gesetzlichen Vertreters für einen nicht Prozeßfähigen ... zulässig [ist]. Sie obliegt dem nach § 1062 IV i.V.m. § 1050 ZPO zuständigen Gericht, sofern nicht das Vormundschaftsgericht einen gesetzlichen Vertreter bestellt.“⁷⁶ § 1050 dZPO regelt die sachliche und örtliche Zuständigkeit für die gerichtliche Rechtshilfe, die in § 1062 dZPO geregelt ist. Die österreichische Bestimmung über die gerichtliche Rechtshilfe, § 602 ZPO, entspricht bezüglich der Vornahme richterlicher Handlungen, zu denen das Schiedsgericht nicht befugt ist § 1062 dZPO.⁷⁷ Nach beiden Bestimmungen kann (auch) ein Schiedsgericht die Vornahme einer richterlichen Handlung beantragen, zu der es selbst nicht befugt ist. Bei der Bestellung eines Kurators handelt es sich eindeutig um eine solche Handlung. Daher kann nach der in Deutschland vertretenen Meinung auch ein Schiedsgericht die Bestellung eines Kurators beantragen. Das muss auch für Österreich gelten, nicht nur, weil sich dies eindeutig aus dem Wortlaut der relevanten Bestimmungen ergibt, sondern auch, weil kein Grund ersichtlich ist, warum zu den entsprechenden Anträgen nur die Parteien berechtigt sein sollen.⁷⁸ Voraussetzung hierfür ist allerdings gem § 8 ZPO *per analogiam* ein Antrag (auf Bestellung eines Kurators) des Schiedsverfahrensgegners vor dem Schiedsgericht. Auch die Sachwalterbestellung gem § 6a ZPO ist mE über den Weg der gerichtlichen Rechtshilfe nach § 602 ZPO möglich. Im Unterschied zur Kuratorbestellung ist hierfür kein Antrag des Prozessgegners erforderlich, sondern

⁷⁴ *Fasching*, Schiedsgericht 102 und 117; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 602 ZPO Rz 29.

⁷⁵ *Fasching*, Schiedsgericht 117; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 602 ZPO Rz 29.

⁷⁶ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 16 Rz 14; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1042 Rz 24; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1042 Rz 86.

⁷⁷ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 21.

⁷⁸ Entsprechendes gilt für den Notgeschäftsführer, vgl hierzu *Ratka* in *Straube*, GmbHG § 15a Rz 30 f und zur Konkurrenz zwischen Kurator und Notgeschäftsführer ebenda Rz 2; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 8 ZPO Rz 11. Gleiches gilt für die Parallelbestimmung des § 76 AktG, vgl hierzu *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* Rz 3/270 ff und *Nowotny* in *Doralt/Nowotny/Kalss* § 76 Rz 6.

vielmehr auch auf eigene Initiative des Schiedsgerichts möglich. In diesem Fall ist das Schiedsgericht als *Prozessgericht* zu sehen⁷⁹, das sich sogleich an das zuständige Pflschaftsgericht wenden kann. Einem Schiedsgericht ist es selbstverständlich auch möglich die Einleitung eines Verfahrens über die Bestellung eines Sachwalters anzuregen.⁸⁰

Bei Verfahren mit Beteiligung von ausländischen Parteien stellt sich die Frage, ob bei Verfahren mit Sitz in Österreich § 3 ZPO für die Beurteilung, ob eine Partei prozessfähig ist, Anwendung findet. Die Situation ist mE anders zu beurteilen als die mangelnde subjektive Schiedsfähigkeit beim Abschluss der Schiedsvereinbarung, weil § 611 Abs 2 Z 1 letzter Fall ZPO seinem Wortlaut zufolge nur auf diesen Zeitpunkt abstellt. Daher derogiert nach Abschluss einer Schiedsvereinbarung § 611 Abs 2 Z 1 letzter Fall ZPO auch nicht § 3 ZPO. Eine ausländische Partei, die nach ihrem Personalstatut ihre Prozessfähigkeit nach Abschluss der Schiedsvereinbarung verliert, nach österreichischem Recht aber weiterhin prozessfähig ist, ist somit im Schiedsverfahren als prozessfähig zu behandeln.

Gleiches gilt für die Parteifähigkeit natürlicher Personen, die immer – ab Geburt bis zu ihrem Tod – parteifähig sind, was sich aus der zwingenden Bestimmung des § 16 ABGB ergibt.⁸¹

Hinsichtlich der Parteifähigkeit von ausländischen juristischen Personen stellt sich die Lage anders dar. Ausländische juristische Personen sind jedenfalls dann parteifähig, wenn sie nach dem auf sie gem §§ 10, 12 IPRG anzuwendenden Recht rechtsfähig sind.⁸² Eine analoge Anwendung des § 3 ZPO auf die Parteifähigkeit einer

⁷⁹ Daher muss sich das Schiedsgericht nicht zuerst an das ohne Schiedsvereinbarung eigentlich zuständige Prozessgericht wenden.

⁸⁰ S zum Anregungsrecht *Zankl/Mondel* in *Rechberger*, AußStrG² § 117 Rz 4.

⁸¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 336; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 25; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 307.

⁸² *Fasching*, Lehrbuch² Rz 336; *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 25; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 307. Wenn *Fasching* am aaO die Meinung vertritt, dass die Parteifähigkeit anderen ausländischen juristischen Personen als Personenvereinigungen nur dann zukommt, wenn diese nicht nur in ihrem Heimatstaat parteifähig sind, sondern auch nach österreichischem Recht wären, dann ist dem entgegenzuhalten, dass es juristische Personen geben kann, die kein Äquivalent im inländischen Recht haben und dass diese Lösung wohl nicht mit dem Wortlaut der §§ 10, 12 IPRG in Einklang zu bringen ist. Im Raum der EU ist darüber hinaus die Jud des EuGH seit der Entscheidung EuGH 09.03.1999, C-212/97, *Centros/Erhvervs* zu beachten, wonach die Gründungstheorie für die Partei- und Prozessfähigkeit entscheidend ist, vgl hierzu *Verschraegen* in *Rummel*³ II IPRG § 10 Rz 5 ff.

juristischen Person wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten. Dies liegt wohl daran, dass die Gestaltung von Konstrukten, denen Rechtsfähigkeit und Parteifähigkeit verliehen werden soll, dem nationalen Gesetzgeber obliegt. Im Unterschied zur natürlichen Personen ist ein erst durch einen Gesetzgeber geschaffenes Gebilde eben nicht Selbstzweck, das keiner weiteren Rechtfertigung bedürfte.⁸³ Somit ist grundsätzlich das Personalstatut der juristischen Person für die Parteifähigkeit ausschlaggebend.⁸⁴ Verliert die juristische Person nach dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung ihre Parteifähigkeit, dann kann dieses Gebilde grundsätzlich nicht Partei eines Schiedsverfahrens sein. In einer solchen Situation sind aber die zur Enteignung entwickelten Grundsätze zu beachten: wenn die Enteignung im Ausland zum Verlust der Rechtspersönlichkeit (Auflösung) und somit zum Verlust der Parteifähigkeit führt, dann ist die juristische Person auch für Österreich nach §§ 12 iVm 10 IPRG erloschen und nicht mehr parteifähig. Wenn die Enteignung im Ausland jedoch in einer dem inländischen *ordre public*-widrigen Weise erfolgte, gilt dies nicht und ausländische Gesellschaften verlieren nach *Fasching* im Inland nicht ihre Rechtspersönlichkeit und Parteifähigkeit.⁸⁵ Damit unterscheidet er sich von der Jud des OGH und der hM, die davon ausgehen, dass die Auflösung im Heimatstaat auch die Rechtspersönlichkeit in Österreich beende. Die Wirkung des Vermögensentzugs beschränke sich wegen des *ordre public*-widrigen Vorgangs jedoch nur auf das im Ausland gelegene Vermögen und nicht auf das in Österreich befindliche Vermögen, welches eine Rechtspersönlichkeit genießende *communio incidens* bilde.⁸⁶ Diese Lösung ist nur dann zielführend, wenn im Inland Vermögen vorhanden ist. Im Schiedsrecht kommt es nun häufig vor, dass der Sitz des Verfahrens unabhängig von Vermögen ausgewählt wird. Dies zeigt, dass bei *ordre public*-widrigem Entzug der Parteifähigkeit einer ausländischen juristischen Person, *Faschings* Lösung der Vorzug zu geben ist. Denn dann kann ein Schiedsgericht – ungeachtet allfälliger Probleme auf der Vollstreckungsebene – auch bei nicht vorhandenem Vermögen im Inland

⁸³ Vgl. *Schauer* in *Kletečka/Schauer*^{1.01} § 16 Rz 1.

⁸⁴ OGH 02.02.1971, 4 Ob 366/70 ÖBl 1972, 18 (20); RIS-Justiz RS0009200 (dieser RS ist insofern irreführend als er sich ausschließlich auf die Entscheidung 4 Ob 366/79 stützt).

⁸⁵ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 333; *Fasching*, Kommentar II 116 f.

⁸⁶ *Schubert* in *Fasching/Konecny*² II/1 Vor § 1 ZPO Rz 26 mwN; *Verschraegen* in *Rummel*³ II IPRG § 12 Rz 11. Zur Kritik an dieser Konstruktion vgl. *Fasching*, Kommentar II 117.

(zumindest) einen Schiedsspruch erlassen, müsste es doch anderenfalls wegen mangelnder Parteifähigkeit das Verfahren beenden.

Wenn hinter der juristischen Person, der nach ihrem Personalstatut die Parteifähigkeit entzogen wird, ein Staat steht, scheint es überdies denkbar, die Schiedsvereinbarung auf diesen Staat zu erstrecken, vor allem dann, wenn dieser die Parteifähigkeit aus nicht schützenswerten Gründen entzogen hat.^{87, 88}

Sollte ein Verfahren trotz mangelnder Partei- oder Prozessfähigkeit zu einem Schiedsspruch führen, so ist dieser mit Aufhebungsklage nach § 611 Abs 2 ZPO anfechtbar.⁸⁹ In Frage kommen hierfür die Z 2⁹⁰ (bei mangelnder Prozessfähigkeit) und Z 5⁹¹ *leg cit.* Auf der Ebene der Vollstreckung nach dem NYÜ ist freilich nicht ausgeschlossen, dass die im Sitzstaat des Schiedsgerichts bejahte Partei- und Prozessfähigkeit zur Versagung der Vollstreckung führen kann. Auch wenn der Ansicht zuzustimmen ist, dass sich die Prozessfähigkeit im Schiedsverfahren grundsätzlich nicht nach dem Recht des Vollstreckungsstaats, sondern „nach dem Schiedsverfahrensrecht, so wie es die Parteien gewählt haben, oder so wie es durch den Schiedsort festgelegt ist“⁹², richtet und sich Art V Abs 1 lit a *leg cit* nur auf die Geschäftsfähigkeit bei Abschluss der Schiedsvereinbarung bezieht⁹³, ist es mE nicht ausgeschlossen, dass ein Vollstreckungsstaat nach Art V Abs 1 lit b NYÜ die Vollstreckung verwehrt. Die

⁸⁷ Dies wird dann relevant, wenn ein Anspruch nicht unter den Schutz eines Investitionsschutzabkommens fällt, etwa wenn es sich um einen rein innerstaatlichen Sachverhalt handelt.

⁸⁸ Vgl zur Ansicht, dass sich ein Staat oder ein von ihm kontrolliertes Unternehmen auf der Ebene der Anerkennung und Vollstreckung nach dem NYÜ nicht auf seine eigenen Vorschriften berufen darf, um mangelnde subjektive Schiedsfähigkeit wirksam einwenden zu können, *Nacimiento* in *Kronke/Nacimiento/Otto/Port* 220; *Kröll* in *Böckstiegl/Kröll/Nacimiento* 528 Rz 56; *Chiwitt-Oberhammer*, Schiedsspruch 145 f. Diese Wertung muss auch für eine nach Abschluss der Schiedsvereinbarung weggefallene Parteifähigkeit gelten.

⁸⁹ Vgl hierzu und ob unter bestimmten Umständen ein Nichtschiedsspruch vorliegt (im Ergebnis verneinend) *Chiwitt-Oberhammer*, Schiedsspruch 146 ff.

⁹⁰ Vgl *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 611 Rz 5; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 611 ZPO Rz 105.

⁹¹ Vgl *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 611 ZPO Rz 178 und 179.

⁹² *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Anhang § 1061 Rz 79; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § Anhang § 1061 Rz 162.

⁹³ *Gaillard/Di Pietro* 631; *Nacimiento* in *Kronke/Nacimiento/Otto/Port* 218: „*The capacity of a party is determined at the time of conclusion of the arbitration agreement.*“ und *Kröll* in *Böckstiegl/Kröll/Nacimiento* 528 Rz 55: „*The capacity of a party must exist at the moment of the conclusion of the arbitration agreement.*“ Hiervon zu unterscheiden sind Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Immunität von Staaten oder staatlichen Einrichtungen ergeben können, vgl *Nacimiento* in *Kronke/Nacimiento/Otto/Port* 218.

Versagung der Vollstreckung ist dann möglich, wenn der Vollstreckungsstaat als Anknüpfungspunkt für die Partei- und Prozessfähigkeit das Personalstatut des Antragsgegners des Vollstreckungswerbers heranzieht oder nach eigenem Recht beurteilt und diese Rechtsordnung die Partei- oder Prozessfähigkeit verneint. Für das Vollstreckungsverfahren ist der Antragsgegner jedenfalls parteifähig. Wird die Prozessfähigkeit verneint, ist, wie auch im Falle der Aufhebungsklage nach § 611 Abs 1 Z 2 ZPO, in der mangelnden ordnungsgemäßen Vertretung ein Grund zu sehen, der es dieser Partei unmöglich machte, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel geltend zu machen (Art V Abs 1 lit b NYÜ).⁹⁴

Der Vollständigkeit halber muss auch die im Zivilprozess bedeutsame Postulationsfähigkeit erwähnt werden, die im Unterschied zur Partei- und Prozessfähigkeit keine Prozessvoraussetzung ist. Die Postulationsfähigkeit ist die Fähigkeit „*in eigener Person wirksame Prozesshandlungen vornehmen zu können*“⁹⁵. Die Postulationsfähigkeit spielt in Prozessen mit absoluter Anwaltpflicht nach § 27 ZPO eine Rolle. Erscheint eine Partei in einem solchen Verfahren zu einer Tagsatzung ohne Anwalt, dann treffen diese Partei Säumnisfolgen (§ 133 Abs 3 ZPO). Die §§ 37 Abs 2 und § 185 ZPO sehen unter gewissen Umständen die Möglichkeiten vor, den Mangel der Postulationsfähigkeit zu heilen.⁹⁶ Hinsichtlich der Postulationsfähigkeit ist für das Schiedsverfahren darauf hinzuweisen, dass sich die Parteien gem § 594 Abs 3 ZPO durch Personen ihrer Wahl vertreten lassen können. Dieses Recht kann nicht ausgeschlossen oder eingeschränkt werden.⁹⁷ Eine Anwaltpflicht gibt es in Schiedsverfahren nicht, weshalb sich diesbezüglich keine Probleme stellen.

⁹⁴ Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 87 f; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 182.

⁹⁵ Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 321.

⁹⁶ Vgl hierzu Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁸ Rz 323.

⁹⁷ Vgl Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 594 Rz 5.

D. Zusammenfassung

Sowohl im *ad-hoc* Schiedsverfahren als auch im institutionellen Schiedsverfahren gilt der formelle Parteibegriff, wobei sich die Bestimmung der Partei nach dem gesamten Inhalt des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes richtet. Die im Unterschied zur ZPO von den Schiedsordnungen geforderten Angaben zur Parteiindividualisierung sind als Mindeststandards dahingehend zu verstehen, dass eine zweifelsfreie Individualisierung der Parteien möglich ist. Soweit die Schiedsordnungen weitere Angaben fordern, sind diese nicht notwendiger Bestandteil. Wenn diese bekannt sind, sollten sie selbstverständlich angeführt werden. Ausschlaggebend bleibt jedoch, dass der verfahrenseinleitende Schriftsatz schiedsordnungsgemäß behandelt werden kann, weshalb in aller Regel Name und Anschrift ausreichen.

Ist die Bestimmung der Partei nicht zweifelsfrei möglich, besteht auch im Schiedsverfahren die Möglichkeit der Verbesserung, wenngleich ein Verbesserungsszenario in der *ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit unwahrscheinlich ist, weil dies ein bereits konstituiertes Schiedsgericht voraussetzt.

Führt die Richtigstellung der Parteibezeichnung zu einem Parteiwechsel, dann ist das gesamte Schiedsverfahren neu durchzuführen, anderenfalls es zu einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kommen würde. Wird einer namensgleichen Partei zugestellt, die bestreitet die gewünschte Partei zu sein, sind die Grundsätze der OGH-Rsp zur Quasi-Partei ebenfalls im Schiedsverfahren anzuwenden und kann diese Frage in einem kurzen Zwischenverfahren geklärt werden.

Wird einer Partei zugestellt, die dem Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrags zufolge keinesfalls gemeint sein kann, dann wird dieses Rechtssubjekt nicht Partei des Schiedsverfahrens.

Der Mangel der Partei- und Prozessfähigkeit ist in jeder Lage des Verfahrens vom Schiedsgericht amtswegig wahrzunehmen. Im Falle der Prozessunfähigkeit kann sich das Schiedsgericht über den Weg der Rechtshilfe nach § 602 ZPO an die ordentlichen Gerichte wenden und so die Bestellung eines Kurators bzw Sachwalters in die Wege leiten.

Im Zusammenhang mit ausländischen Parteien ist zu beachten, dass § 3 ZPO hinsichtlich der Prozessfähigkeit durch § 611 Abs 2 Z 1 ZPO derogiert wird. Dies gilt

jedoch nur für den Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung. Nach diesem Zeitpunkt – somit vor allem im Schiedsverfahren – ist § 3 ZPO anwendbar. Die Parteifähigkeit ausländischer juristischer Personen richtet sich grundsätzlich nach deren Personalstatut. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein *ordre-public* widriger Vorgang zum Verlust der Parteifähigkeit im Ausland führt. In diesem Fall bleibt für ausländische Gesellschaften im Inland – und daher bei Schiedsverfahren mit Sitz in Österreich – ihre Parteifähigkeit bestehen.

Ein Mangel der Partei- oder Prozessfähigkeit führt zur Aufhebbarkeit eines Schiedsspruches bzw kann er die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung nach dem NYÜ zur Folge haben.

E. Exkurs: Parteien einer Schiedsvereinbarung und die Einbeziehung Dritter

Das Schiedsverfahren unterscheidet sich von der Streitbeilegung durch staatliche Gerichte unter anderem dadurch wesentlich, dass sich die Parteien auf die Entscheidung durch ein Schiedsgericht anstelle eines staatlichen Gerichtes einigen müssen. Schiedsgerichten kommt somit „*kraft gesetzlicher Ermächtigung bei Vorliegen eines ausdrücklichen und formgerechten Schiedsvertrages ... anstelle der ordentlichen Gerichte die Entscheidung über Privatrechtsstreitigkeiten*“⁹⁸ zu. Das Vorliegen einer gültigen Schiedsvereinbarung ist somit *conditio sine qua non* für die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts. Für das Erlangen der Parteistellung im Schiedsverfahren ist das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung jedoch nicht Voraussetzung. Die Zuständigkeit ist nach § 592 ZPO grundsätzlich vom Schiedsgericht zu klären (sog Kompetenz-Kompetenz⁹⁹), bzw ist ein Schiedsspruch gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO aufzuheben, wenn gar keine gültige Schiedsvereinbarung vorlag. Im Anwendungsbereich des NYÜ ist das Nichtvorliegen einer Schiedsvereinbarung im Rahmen des Art V Abs 1 lit a wahrzunehmen.

⁹⁸ Fasching, Lehrbuch² Rz 2164.

⁹⁹ Vgl hierzu ausführlich Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/101 ff.

Die Legaldefinition einer gültigen Schiedsvereinbarung¹⁰⁰ – eine Ergänzung¹⁰¹ des § 1391 ABGB¹⁰² –, die inhaltlich Art 7 ModG entspricht, findet sich in § 581 ZPO. Die Formerfordernisse an eine solche werden in § 583 ZPO geregelt.¹⁰³

Gem § 581 ZPO müssen die Parteien vereinbaren, alle oder einzelne ihrer bereits entstanden oder möglichen künftigen Streitigkeiten, die sich aus einem Rechtsverhältnis zwischen ihnen ergeben, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zuzuführen, wodurch sie die ordentliche Gerichtsbarkeit ausschließen.¹⁰⁴ Fehlt eines dieser Mindestanforderungen, dann liegt keine gültige Schiedsvereinbarung vor, wobei es für die Gültigkeit ausreicht, dass sich „*das eine oder andere Inhaltserfordernis bestimmbar aus dem Vertrag, zu dem die Schiedsklausel gehört, ergibt.*“¹⁰⁵

Auf den ersten Blick scheint es daher, dass nur derjenige Partei einer Schiedsvereinbarung werden kann, der einer solchen auch wirksam zustimmt („... *ist eine Vereinbarung der Parteien ...*“). Abgesehen vom selbsterklärenden Fall, dass eine ausdrückliche Zustimmung vorliegt, gibt es aber bestimmte Situationen, in denen sich die Frage stellt, ob Rechtssubjekte, die der Schiedsvereinbarung nicht zugestimmt haben, an eine solche gebunden sein können. In den folgenden Unterabschnitten werden die einzelnen Fallgruppen kurz beschrieben.

1. Rechtsnachfolge

Nach hA ist die Sachlegitimation untrennbar mit der Prozesslegitimation – also der Frage, wer im eigenen Namen über ein Recht prozessieren darf – verbunden. Ein

¹⁰⁰ Bei dem Ausdruck „Schiedsvereinbarung“ handelt es sich mittlerweile um eine international einheitliche Bezeichnung für den älteren Ausdruck „Schiedsvertrag“ wie dieser noch von *Fasching* verwendet wird; vgl hierzu *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 581 Rz 1.

¹⁰¹ *Zeiler*, *Schiedsverfahren*² § 581 Rz 4.

¹⁰² § 1391 ABGB lautet: „*Der Vertrag, wodurch Parteien zur Entscheidung streitiger Rechte einen Schiedsrichter bestellen, erhält seine Bestimmung in der Gerichtsordnung.*“

¹⁰³ Zur objektiven Schiedsfähigkeit, die hier nicht von Interesse ist, vgl § 582 ZPO.

¹⁰⁴ Zum Inhalt der Formulierung „*Streitigkeiten, die ... in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis... entstanden sind oder entstehen*“ vgl *Zeiler*, *Schiedsverfahren*² § 581 Rz 4 ff.

Zur Möglichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit trotz Fehlens einer Parteienvereinbarung vgl § 581 Abs 2 ZPO.

¹⁰⁵ *Zeiler*, *Schiedsverfahren*² § 581 Rz 21; vgl hierzu auch *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 56 ff.

Mangel der Sachlegitimation bewirkt somit auch einen Mangel der Prozesslegitimation und *vice versa*, was in beiden Fällen zur Abweisung der Klage führt.¹⁰⁶ Diesem Gedanken folgend muss es möglich sein, nicht nur die Sachlegitimation, sondern gleichzeitig mit dieser die Prozesslegitimation zu übertragen. Dementsprechend bindet eine Schiedsvereinbarung auch die Rechtsnachfolger, unabhängig davon, ob diese Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolger sind.¹⁰⁷

Eine Ausnahme von der automatischen Bindung des Rechtsnachfolgers an die Schiedsvereinbarung wird jedoch dann angenommen, wenn *„die Auslegung der Schiedsvereinbarung im Einzelfall ergibt, dass sich ihre **Wirkungen auf die ursprünglichen Vertragsparteien beschränken** sollen.“*¹⁰⁸

Bei dieser Fallgruppe ist zu beachten, dass es für die Bindung des Rechtsnachfolgers an die Schiedsvereinbarung keines Beitritts zur Schiedsvereinbarung nach der Formvorschrift des § 583 ZPO bedarf. Als Begründung für diese automatische Bindung des Rechtsnachfolgers wird angeführt, dass für Parteien einer Schiedsvereinbarung *„[...] nicht die Person der Kontrahenten, sondern die Sache, die eventuell zum Gegenstand eines Streites werden könnte, die Hauptrolle [spielt].“*¹⁰⁹ Durch den vereinbarten Rechtsschutz wird dem materiellen Anspruch ein besonderer Charakter verliehen, der auch den Rechtsnachfolger bindet, welcher eine *„Rechtsstellung ein[nimmt], die ohne sein Zutun geschaffen wurde und [...] sie so annehmen [muss] wie sie – auch in der vertraglichen Ausformung ihrer Geltendmachung – besteht.“*¹¹⁰

¹⁰⁶ Ausführlich *Fremuth-Wolf*, Schiedsvereinbarung 200 ff.

¹⁰⁷ OGH 18.03.2004, 2 Ob 53/04i, RIS-Justiz RS0045386; vgl auch *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 581 Rz 106 ff; *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I* Rz 3/295 ff mwN.

¹⁰⁸ *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I* 3/298; zu den einzelnen Fallgruppen und wN s ebenda.

¹⁰⁹ *Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO* Rz 207; vgl auch *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I* Rz 3/302 f mwN.

¹¹⁰ *Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 581 ZPO* Rz 207. Zur Möglichkeit einer abweichenden Vereinbarung im Falle der Einzelrechtsnachfolge vgl ebenda.

2. Vertrag zugunsten Dritter und Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Sowohl in der Rsp als auch mehrheitlich in der Lehre wird vertreten, dass die Schiedsklausel auch den begünstigten Dritten erfasst.¹¹¹ Der OGH meint hierzu, dass die „*Schiedsklausel und Rechtseinräumung [...] nicht in dem Sinn teilbar [sind], daß der Dritte das eine ausschlagen, das andere aber annehmen könnte. Die Schiedsklausel bestimmt vielmehr, wie das eingeräumte Recht geltend zu machen ist, so daß der Dritte nur die Möglichkeit hat, das so gestaltete Recht auszuüben oder zurückzuweisen.*“¹¹² Sohin müsse ein begünstigter Dritter die ihm gewährten Rechte mit all seinen vertraglichen Eigenschaften annehmen. Hierzu gehört auch die Art der Rechtsdurchsetzung. Daher seien die Gründe für die Erstreckung der Schiedsvereinbarung auf den Dritten „*im wesentlichen*“ die gleichen wie beim Rechtsnachfolger, da beide eine Rechtsstellung einnehmen würden, die ohne deren Zutun geschaffen wurde. Damit muss die Rechtsstellung auch angenommen werden, wie sie ist, also auch inklusive der Art der Rechtsdurchsetzung. Bedenken hinsichtlich des Mangels der Formerfordernisse zerstreut der OGH damit, dass das Schriftlichkeitsgebot die Funktion hat, den Inhalt leicht und dauerhaft feststellen zu können (Beweisfunktion) und vor Übereilung schützen sowie auch Gewähr dafür bieten soll, dass sich die Parteien der Bedeutung der Schiedsvereinbarung bewusst sind (Warnfunktion). Im Falle des Vertrages zugunsten Dritter sei aber nur der erste Zweck (leichte und dauerhafte Feststellbarkeit des Vertragsinhalts) von Bedeutung und durch die ursprüngliche Errichtung des Vertrages in einer dem Formerfordernis genügenden Schriftform auch erfüllt. Hingegen bedürfe der Dritte keines Schutzes vor Übereilung, da es ohnedies ihm obliegt, ob er die ihm eingeräumten Rechte ausübt oder zurückweist. Somit sei dem Formerfordernis des § 577 Abs 3 ZPO aF hinsichtlich des

¹¹¹ OGH 13.06.1995, 4 Ob 533/95; Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/304 ff; Zeiler, *Schiedsverfahren*² § 581 Rz 112; aA *Fasching*, *Schiedsgericht* 28, der eine Bindung des begünstigten Dritten wegen der Formvorschriften des § 577 Abs 3 idF vor BGBl I 2006/7 ablehnt; *Nowotny*, wbl 2008, 474, lehnt eine Bindungswirkung bei Verträgen zugunsten Dritter dann ab, wenn dieser „*auch im Verhältnis zum Dritten ein synallagmatisches Element enthält*“.

¹¹² OGH 13.06.1995, 4 Ob 533/95; RIS-Justiz RS0053139; ebenso OGH 05.08.1999, 1 Ob 79/99w; Für Deutschland vgl *Busse*, *SchiedsVZ* 2005, 119 mwN.

begünstigten Dritten genüge getan, wenn der Vertrag zugunsten Dritter *leg cit* entspricht.¹¹³

Für den Vertrag *mit Schutzwirkung* zugunsten Dritter wird in der Lit vertreten, dass der Dritte, der sich auf einen solchen Vertrag stützt, ebenfalls an die Durchsetzung seines Anspruchs im Schiedsverfahren gebunden ist.¹¹⁴ Dies macht aufgrund der Parallelen zur Fallgruppe des Vertrags zugunsten Dritter Sinn und ist daher zu befürworten.

3. Bindung von Gesellschaftern und Fälle der Durchgriffshaftung

a) Personengesellschaften

Ob Gesellschafter einer Personengesellschaft an Schiedsvereinbarungen, die von der Gesellschaft durch ihre organschaftlichen Vertreter abgeschlossen wurden, gebunden sind, ist in der österreichischen Lit umstritten.¹¹⁵

Der OGH hat sich, soweit ersichtlich, bisher in einer einzigen E aus dem Jahre 1999 mit der Frage der Bindung der Gesellschafter einer Personengesellschaft an eine von dieser abgeschlossenen Schiedsvereinbarung zumindest inhaltlich auseinandergesetzt.¹¹⁶ In dieser E schloss sich das Höchstgericht der Meinung an, dass persönlich haftende Gesellschafter nicht automatisch an Gerichtsstandsvereinbarungen gebunden sind und begründet dies unter Zugrundelegung der von *Oberhammer*¹¹⁷ angestellten Überlegungen zur Erstreckung der Schiedsvereinbarung.

¹¹³ RIS-Justiz RS0053103.

¹¹⁴ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 215; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/306.

¹¹⁵ Dagegen *Oberhammer*, OHG 124 ff; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 581 Rz 115; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 216 mwN; aA für Komplementäre *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 680; *Reiner*, GesRZ 2007, 157 mwN. Für die in Deutschland hA, dass sich die von der Gesellschaft abgeschlossene Schiedsvereinbarung auf den unbeschränkt haftenden OHG-Gesellschafter bzw Komplementär erstreckt, s *Haas/Oberhammer* in FS Schmidt494 mwN.

¹¹⁶ OGH 05.08.1999, 1 Ob 163/99y SZ 72/122 = EvBl 2000/25 = wbl 2000/27 = RdW 2000/71.

¹¹⁷ *Oberhammer*, OHG 124 ff.

Demnach müsse sich der urkundlich nachzuweisende Parteiwille, dass auch die persönlich haftenden Gesellschafter gebunden sein sollen, aus der Gerichtsstandvereinbarung ergeben. Diese Grundsätze würde der OGH wohl auch im Falle der Prüfung der Erstreckung einer Schiedsvereinbarung anwenden.

Insgesamt ist der Analyse *Oberhammers* vollinhaltlich zuzustimmen, dass eine automatische Bindung des persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft nicht *per se* angenommen werden kann, sondern mit Hilfe der Vertragsauslegung geprüft werden muss, ob die im Namen der Gesellschaft unterfertigenden Gesellschafter oder wirksam vertretenen Gesellschafter auch persönlich Partei der Schiedsvereinbarung werden wollten.¹¹⁸

b) Durchgriffshaftung bei Kapitalgesellschaften/Piercing the corporate veil/alter ego

Aufgrund des Trennungsprinzips sind die Rechts- und Vermögenssphären der Gesellschafter von denen der Kapitalgesellschaft grundsätzlich unterschiedlich. Daher sind Handlungen der Gesellschafter prinzipiell nicht der Gesellschaft zuzurechnen und umgekehrt. Sowohl die Rsp als auch die Lehre gehen jedoch materiellrechtlich in bestimmten Konstellationen von einer Durchbrechung des Trennungsprinzips aus, sodass in diesen Fällen entweder die hinter der Gesellschaft stehenden Gesellschafter persönlich haftbar werden, also auf diese Personen durchgegriffen wird (sog „Haftungsdurchgriff“) oder „*rechtserhebliche Eigenschaften oder Handlungen eines Gesellschafters dem Verband zugerechnet werden (oder umgekehrt)*.“¹¹⁹ (sog „Zurechnungsdurchgriff“). Im Folgenden werden die Auswirkungen eines solchen Durchgriffs – auf internationaler Ebene unter dem Schlagwort *piercing the corporate veil* oder *alter ego*-Doktrin¹²⁰ diskutiert – auf die Schiedsvereinbarung nach einer kurzen Zusammenfassung der materiellrechtlichen Diskussion dargestellt:

¹¹⁸ Für einen Überblick über die hM in Deutschland vgl. *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I* Rz 3/312 mwN.

¹¹⁹ *Torggler*, JBl 2006, 85.

¹²⁰ Vgl. *Born*, Arbitration 1431 ff; *Hanotiau*, Complex Arbitrations Rz 43 ff.

Obwohl es keine einhellige Ansicht darüber gibt, unter welchen Konstellationen das Trennungsprinzip durchbrochen werden soll und wie dies dogmatisch zu begründen ist ¹²¹, haben sich dennoch in der Rsp und Lit verschiedene Fallgruppen herauskristallisiert, die als Grund für eine Durchbrechung diskutiert werden. ¹²²

Die erste Konstellation, in der eine Durchgriffshaftung der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft diskutiert und nach der hM auch befürwortet wird, betrifft die Vermischung des Vermögens der Gesellschaft und des Privatvermögens eines Gesellschafters. Dies setzt eine generelle Vermögensverschiebung voraus, also dass aufgrund einer nicht vorhandenen bzw mangelhaften Buchführung Bewegungen zwischen dem Vermögen der Gesellschaft und dem Privatvermögen des Gesellschafters nicht nachvollziehbar sind. Sind hingegen nur die Eigentumsverhältnisse hinsichtlich einzelner Vermögensgegenstände unklar, führt dies zu einer Haftung *cum viribus*. Jedenfalls notwendig nach hM ist weiters, dass die Vermögensverschiebung dem jeweiligen Gesellschafter zurechenbar ist. ¹²³

Eine weitere Fallgruppe wird unter der Bezeichnung „qualifizierte Unterkapitalisierung“ zusammengefasst. Hier interessiert die materielle Unterkapitalisierung, unter der verstanden wird, dass *„der Gesellschaft das für ihren Geschäftsbetrieb erforderliche Eigenkapital nicht zur Verfügung steht und die Gesellschafter die benötigten Mittel auch nicht als Fremdkapital zur Verfügung stellen.“* ¹²⁴ Qualifiziert wird die materielle Unterkapitalisierung nach hA dann, wenn die unzureichende Eigenkapitalausstattung den Misserfolg der Gesellschaft *„zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten lässt.“* ¹²⁵ Davon zu unterscheiden ist die nominelle Unterkapitalisierung. Hierbei wird der Kapitalbedarf

¹²¹ Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/314.

¹²² Torggler, JBl 2006, 86.

¹²³ Torggler, JBl 2006, 86 f. Dieser Autor spricht sich im Gegensatz zur hM dafür aus, dass den Gesellschafter, dem die Unsicherheit über die Verlustursachen zurechenbar ist, eine Verlustausgleichspflicht im Innenverhältnis trifft.

¹²⁴ Haas/Ziemons in Michalski² II § 43 Rz 297.

¹²⁵ Torggler, JBl 2006, 88 unter Berufung auf die Definition von Ulmer in Hachenburg (Hrsg) GmbHG⁸ Anh § 30 Rz 23, 55.

(zumindest) durch Fremdkapital gedeckt. Die Folgen der nominellen Unterkapitalisierung werden im EKEG geregelt und sind hier nicht von Interesse.¹²⁶

Die (spärliche) österreichische Lit scheint sich hinsichtlich der Folgen einer qualifizierten materiellen Unterkapitalisierung nicht einig zu sein, nämlich ob diese zu einer unbeschränkten und solidarischen Ausfallhaftung der Gesellschafter führt, denen diese Unterkapitalisierung zurechenbar ist.¹²⁷ Torggler, der sich umfassend mit dieser materiellrechtlichen Thematik auseinandergesetzt hat, kritisiert die Lehre von der Durchgriffshaftung bei qualifizierter materieller Unterkapitalisierung wegen der unbestimmten Tatbestandselemente und wegen der Schwierigkeit, die Höhe des für die Kapitalgesellschaft notwendigen Eigenkapitals zu eruieren. Als weiteren Kritikpunkt macht Torggler aus, dass der im Zeitpunkt der Beurteilung, ob eine qualifizierte Unterkapitalisierung vorliegt, bereits bekannte Misserfolg eine ex-ante Betrachtung de facto unmöglich macht, weil die Kenntnis des Misserfolges unwillkürlich in die notwendige Beurteilung einfließen müsse. Aus rechtsdogmatischer Sicht gibt Torggler zu bedenken, dass *„der Gesetzgeber – nicht zuletzt wohl auch wegen der erwähnten praktischen Schwierigkeiten – ungeachtet der erkannten Gefahren auf eine Verpflichtung zu einer angemessenen Kapitalausstattung zugunsten der starren Mindestkapitalvorschriften verzichtet und die Gesellschafterhaftung bedingungslos ausgeschlossen hat, um den Betrieb riskanter Unternehmen zu ermöglichen und den Unternehmergeist zu stärken.“*¹²⁸ Die Pflicht der Gesellschafter hinsichtlich Kapitalaufbringung erschöpfe sich in der Aufbringung der geschuldeten Einlage. Eine über das gesetzliche Maß hinausgehende Gesellschafterhaftung könne auch nicht über den Grundsatz von Treu und Glauben oder über den Umweg der Vorstandspflichten, welche nur gegenüber der Gesellschaft bestehen, konstruiert werden. Aus den genannten Gründen geht Torggler davon aus, dass mittels der Haftung wegen qualifizierter materieller Unterkapitalisierung *contra legem* eine Haftungsfalle

¹²⁶ Torggler, JBl 2006, 88.

¹²⁷ Vgl hierzu Torggler, JBl 2006, 88 mwN. Dieser Autor stellt in seinen dortigen Ausführungen fest, dass *„nach überwiegender Auffassung [Rechtsfolge einer qualifizierten materiellen Unterkapitalisierung] eine unbeschränkte und solidarische Ausfallhaftung der Gesellschafter [ist], denen die unangemessene Geschäftstätigkeit wegen Beteiligung an der Gründung oder – soweit auch die ‚nachträgliche Unterkapitalisierung‘ als Haftungstatbestand anerkannt wird – wegen eines späteren ursächlichen Beitrags zurechenbar ist.“*

¹²⁸ Torggler, JBl 2006, 88 f.

eingebaut wird. *Torggler* tritt daher dafür ein, dass „[e]ine Haftung wegen ‚qualifizierter Unterkapitalisierung‘ [...] mit der überwiegenden deutschen Rsp nur gem § 1295 Abs 2 ABGB, dh nur unter der dort aufgestellten subjektiven Voraussetzungen zu bejahen [ist]“. ¹²⁹

Der OGH hat sich im Jahre 1994 das erste Mal inhaltlich mit der Durchgriffshaftung wegen qualifizierter Unterkapitalisierung auseinandergesetzt und eine Haftung im konkreten Fall auf Grundlage dieser Lehre verneint. Zugleich hat der OGH aber auch nicht die Möglichkeit, dass eine Haftung auf dieser Grundlage denkbar wäre, ausgeschlossen. ¹³⁰

In der Rsp des deutschen BGH wurde in der sog *Gamma*-Entscheidung ¹³¹ ein Haftungsdurchgriff wegen materieller Unterkapitalisierung mangels bestehender Gesetzeslücke verneint. Gleichzeitig ließ der BGH aber ausdrücklich offen „[o]b und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen unter diesem Aspekt [gemeint: materielle Unterkapitalisierung] eine persönliche Haftung des Gesellschafters nach § 826 BGB in Betracht kommt“. Die gesetzliche Bestimmung des § 826 BGB ist mit der des § 1295 Abs 2 ABGB vergleichbar.

Ob nun eine Haftung der Gesellschafter wegen einer qualifizierten materiellen Unterkapitalisierung unter den diskutierten Umständen schlussendlich zu bejahen oder zu verneinen ist und welcher Lehre der Vorzug zu geben ist, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben. ME sind die von *Torggler* vorgebrachten Argumente jedoch nicht von der Hand zu weisen. Eine (auch dem Gerechtigkeitsempfinden entsprechende) Haftung ist seiner Ansicht nach wegen einer Unterkapitalisierung auch nicht schlichtweg ausgeschlossen, sondern muss den (konkreten) Anforderungen des § 1295 Abs 2 ABGB entsprechen. ¹³²

¹²⁹ *Torggler*, JBl 2006, 89. Für die Diskussion in Deutschland vgl *Oechsler* in *Staudinger* § 826 Rz 316 ff; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck* ¹⁹ § 13 Rz 47, 50; *Michalski* in *Michalski* ² I Systematische Darstellung 1 Überblick über das GmbH-Recht Rz 79 ff.

¹³⁰ Vgl auch OGH 15.12.1994, 8 Ob 629/92; so auch *Torggler*, JBl 2006, 88. In der E OGH 12.04.2001, 8 ObA 98/00w musste sich der OGH inhaltlich mit der qualifizierten Unterkapitalisierung nicht auseinandersetzen, da nach den Feststellungen eine Unterkapitalisierung nicht gegeben war.

¹³¹ BGH 28.04.2008, II ZR 264/06.

¹³² *Torggler*, JBl 2006, 89.

Eine dritte Fallgruppe beschäftigt sich mit einer Haftung der Gesellschafter, die auf die Geschäftsführung einen maßgeblichen Einfluss solcherart nehmen, dass diese als faktische Geschäftsführer anzusehen sind.¹³³

Der OGH hat sich 2001 mit einer Haftung auf Grundlage einer faktischen Geschäftsführung eingehend beschäftigt.¹³⁴ In diesem Fall vermeinte der OGH, dass aus allen Auffassungen in der Lehre als gemeinschaftlicher Konsens abgeleitet werden könne, „*dass Gesellschafter, die unmittelbar (zB kraft Ausübung des Weisungsrechts in der GmbH) oder mittelbar (zB durch Einflussnahme des beherrschenden oder alleinigen Gesellschafters in der AG) auf die Leitung der Gesellschaft Einfluss nehmen, dies nur nach Maßgabe jener Sorgfaltspflichten, die kraft Gesetzes auch von den Leitungsorganen selbst einzuhalten sind, tun dürfen.*“¹³⁵ Unter Berufung auf *Jabornegg* erläuterte der OGH weiter, dass die Basis für die Annahme und den Umfang besonderer Sorgfaltspflichten die Verwaltung fremden Vermögens bilde. Aus dem Erwähnten ergebe sich bei Vorliegen der Voraussetzungen nur eine Innenhaftung des faktischen Geschäftsführers gegenüber der Gesellschaft. Diese Grundsätze gälten auch in einem (im Anlassfall vorliegenden) faktischen Konzernverhältnis. Daher käme nur dann ein Haftungsdurchgriff auf die Muttergesellschaft in Frage, „*wenn diese bei der Einflussnahme auf die Tochtergesellschaft die Sorgfaltspflichten bei der Verwaltung fremden Vermögens verletzt hat.*“ Die Ausübung des pflichtgebundene Leitungs- und Weisungsrechts der Muttergesellschaft allein reiche für einen Haftungsdurchgriff nicht aus. In weiterer Folge spricht der OGH bezüglich der soeben referierten Ausführungen von „*allgemein anerkannten Grundsätzen*“. Dies zeigt, dass der OGH eine Durchgriffshaftung aufgrund faktischer Geschäftsführung grundsätzlich bejaht (obwohl er im Anlassfall das Vorliegen der Voraussetzungen verneinte).

In der E 6 Ob 313/03b bejahte dann der OGH einen Haftungsdurchgriff (auch) aufgrund faktischer Geschäftsführung unter Berufung auf die in den sog *Eumig*-Entscheidungen¹³⁶ ausgeführten Grundsätze. Bei den *Eumig*-Entscheidungen wurden Kriterien für die Durchgriffshaftung einer kreditgebenden Bank aufgestellt, die

¹³³ Vgl hierzu *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer* Rz 3/833 und Rz 4/352; *Torggler*, JBl 2006, 90 f.

¹³⁴ OGH 12.04.2001, 8 ObA 98/00w.

¹³⁵ Hierzu kritisch *Torggler*, JBl 2006, 91 f.

¹³⁶ OGH 14.07.1986, 1 Ob 571/86; OGH 09.02.1988; 6 Ob 508/86 (6 Ob 509/86).

Geschäftsanteile an einer später in Insolvenz gegangenen GmbH übernommen und die wesentlichen Leitlinien der Geschäftsführung vorgegeben hatte.¹³⁷ In der E 6 Ob 313/03b meinte der 6. Senat des OGH, die organschaftliche Vertretung im Zusammenhang mit verfahrensgegenständlichen konkreten Weisungen an den Geschäftsführer, „bei den Zinsverhandlungen [mit einer kreditgebenden Bank] die besondere Bonität der Gesellschaft [die spätere Gemeinschuldnerin] herauszustreichen, begründete für die Bank eine Gefahrenlage, weil der geradezu einer Patronatserklärung gleichkommende Eindruck vermittelt wurde, die Gesellschafter übernehmen gegenüber der Bank zumindest auf drei Jahre die Verpflichtung, die Gesellschaft mit dem erforderlichen Kapital auszustatten, damit die Kreditverbindlichkeiten erfüllt werden können Da dieser Eindruck auch auf ein Verhalten der Gesellschafter zurückzuführen ist, traf diese nach den Regeln über vorvertragliche Schutz- und Sorgfaltspflichten eine besondere Aufklärungspflicht über ein dennoch bestehendes Insolvenzrisiko. Die Weisung der Gesellschafter an den Geschäftsführer, gegenüber der Bank die besondere Bonität der Gesellschaft aufgrund der Eigenschaft der Gründer als öffentlich-rechtliche Körperschaften und im Hinblick auf die dreijährige Kündigungsfrist [bzgl von den Gesellschaftern zu zahlenden Zuschüsse] ins Treffen zu führen, schaffte eine Handlungspflicht der Gesellschafter auslösende Gefahrenlage. Neben der ausgeführten Aufklärungspflicht entstand durch die Einmischung in die Geschäftsführungstätigkeit auch eine Handlungspflicht dahin, alles Erforderliche gegen eine Insolvenz zu unternehmen Der eingeklagte Gläubigerausfall ist daher auch aus diesen Gründen auf die Konkursverursachung

¹³⁷ Vgl hierzu die Zusammenfassung auf S 23 der E 6 Ob 313/03b: „Der Bank (Gesellschafterin) wurde die Beteiligung an der fahrlässigen Krida (des Geschäftsführers) vorgeworfen und ihre Haftung für die durch die Konkursverschleppung verursachten Schäden der Gläubiger (Warenlieferanten) bejaht. Nach der Entscheidung SZ 59/132 (ein Aufhebungsbeschluss) treffen die kreditgebende Bank wegen ihrer Gesellschafterstellung und der dadurch ermöglichten faktischen Beherrschung des Tochterunternehmens (gemeinsam waren Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft zu 100 % Gesellschafter der Gemeinschuldnerin) eine spezifische Sorgfaltspflicht dann, wenn es zu einer Verlagerung der Geschäftsführungsentscheidungen von der Geschäftsführern zur Konzernleitung kommt, wo die Richtungweisenden Entscheidungen getroffen werden. ... Die Generalversammlung der insolventen Gesellschaft habe ausschließlich aus Vertretern der Gesellschafter bzw ihres abhängigen Tochterunternehmens bestanden. Die Beklagte (Gesellschafterin) ... sei Eigentümerin der Geschäftsanteile mit maßgebendem Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft gewesen. Es liege der ... Fall vor, dass den Kreditgeber aufgrund seines faktischen Einflusses auf die Geschäftsführung selbst Sorgfaltspflichten treffen.“

durch die Gesellschafter zurückzuführen. denen die Verletzung deliktstypischer Handlungs- und Sorgfaltspflichten ... anzulasten ist.“¹³⁸

Die Rsp nimmt also bei Fällen der faktischen Geschäftsführung besondere Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten an, deren Verletzung zur Haftung führt.¹³⁹

Eine weitere Fallgruppe der Durchgriffshaftung wird unter der Bezeichnung Existenzvernichtung diskutiert. Diese Haftung wird vor allem in der deutschen Jud und Lit eingehend diskutiert.¹⁴⁰ Inhaltlich geht es – wie schon die Bezeichnung verdeutlicht – darum, dass der Kapitalgesellschaft nicht die Grundlagen ihrer Existenz durch die Gesellschafter entzogen werden dürfen, wobei es jedoch nicht um die Verwirklichung eines normalen wirtschaftlichen Risikos oder um Managementfehler geht, sondern um Entzug der wirtschaftlichen Überlebensfähigkeit durch missbräuchliches Verhalten.¹⁴¹ Als Beispiel für einen existenzvernichtenden Eingriff werden in der Lit folgende Fälle genannt: nicht nach §§ 82 ff GmbHG auszugleichende Vermögensentnahmen bzw die sog kalte Liquidation¹⁴², Eingriffe in Geschäftschancen, Wegnahme von Produktionslinien und Verlagerung des Kundenstammes auf einen Gesellschafter oder eine andere Gesellschaft sowie Entzug des Betätigungsfeldes und Abzug personeller Ressourcen, Eingehen von unverhältnismäßig hohen Risiken außerhalb des operativen Tagesgeschäfts und Abzug vom Gesellschafter zur Verfügung gestellten Fremdkapitals zur Unzeit. Wenn diese missbräuchlichen Maßnahmen ursächlich für eine Insolvenz sind und den Gesellschafter eine Konkursabwendungspflicht trifft, dann wird der Durchgriff wegen Existenzvernichtung auch für Österreich zumindest von manchen Autoren bejaht.¹⁴³

¹³⁸ 6 Ob 313/03b S 33 f.

¹³⁹ Torggler plädiert hingegen nur in Ausnahmefällen für eine Durchgriffshaftung, nämlich dann, wenn die faktische Geschäftsführung bestellte Geschäftsführer verdrängt oder ersetzt, die Ausübung des Leitungs- und Weisungsrechts begründe keine Haftung, Torggler, JBl 2006, 92 f.

¹⁴⁰ Vgl Torggler, JBl 2006, 93 ff; Schopper/Strasser, GesRZ 2005, 176 (179) mwN. Grundlegend für Deutschland BGH 17.09.2001, II ZR 178/99.

¹⁴¹ Torggler, JBl 2006, 94mwN.

¹⁴² Gloger/Goette/van Huet, DStR 2008, 1444. Diese Autoren definieren die kalte Liquidation als kompensationslosen Abzug von Vermögen von der GmbH zum eigenen Vorteil, welcher schließlich die Insolvenz verursacht oder vertieft.

¹⁴³ Vgl Schopper/Strasser, GesRZ 2005, 183 ff; krit und ablehnend gegenüber einer Außenhaftung Torggler, JBl 2006, 97.

Str ist, ob ein Durchgriff auf die Gesellschafter wegen existenzvernichtender Maßnahmen (nur) zu einer Innen- oder vielmehr zu einer Außenhaftung führt.¹⁴⁴ In der bereits erwähnten E 6 Ob 313/03b bejahte der OGH (unter anderem) eine Innenhaftung der Gesellschafter, weil diese ihre vereinbarte Zuschussverpflichtung nicht mehr erfüllten, ohne welche die insolvente Gesellschaft nicht überlebensfähig war. Dies habe eine weitergehende Konkursabwendungsverpflichtung zur Folge, deren Verletzung schadenersatzpflichtig mache. Abschließend sei noch anzumerken, dass „[d]er Figur der Existenzvernichtungshaftung [...] in Österreich wegen des stärker ausgeprägten Kapitalerhaltungsgrundsatzes nicht dieselbe Bedeutung wie in Deutschland zu [kommt], da die meisten Anwendungsfälle über das Verbot der Einlagenrückgewähr bzw Schutzgesetzverletzung gem § 1311 ABGB zu lösen sind.“¹⁴⁵

Die letzte Fallgruppe kann unter dem Stichwort Rechtsformmissbrauch zusammengefasst werden. Nach der Jud des OGH liegt „[d]er Grundgedanke des Begriffs der ‚Durchgriffshaftung‘ ... darin, dass sich niemand der Rechtsform einer juristischen Person zu dem Zweck bedienen dürfte, Dritte zu schädigen oder Gesetze zu umgehen.“¹⁴⁶ Bezüglich dieser Fallgruppe meint Torggler, dass es zweifelhaft sei, ob ihr neben den anderen dargestellten Fallgruppen ein eigener Anwendungsbereich verbleibt.¹⁴⁷ Dieser Standpunkt wird dadurch untermauert, dass der OGH zwar immer wieder vereinzelt den zitierten Rechtssatz erwähnt, sich aber in den jeweiligen E nicht inhaltlich mit der Haftung wegen Rechtsformmissbrauchs auseinandersetzt.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Für eine Außenhaftung etwa Schopper/Strasser, GesRZ 2005, 185; ablehnend Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer Rz 3/832.

¹⁴⁵ Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer Rz 3/832 mwN.

¹⁴⁶ RIS-Justiz RS0009098.

¹⁴⁷ Torggler, JBl 2006, 99.

¹⁴⁸ Vgl OGH 22.11.2011, 8 Ob 104/11v; OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k; OGH 12.10.2004, 1 Ob 240/03f; OGH 10.03.2003, 16 Ok 20/02; OGH 15.01.2003, 7 Ob 272/02d; OGH 19.12.2002, 2 Ob 308/02m; OGH. In der E 9 ObA 125/08k hingegen stellte der erkennende Senat fest, dass „die (bloße) Inanspruchnahme einer von der englischen Rechtsordnung bereitgestellten Gesellschaftsform ... noch kein Rechtsmissbrauch“ ist.

c) Auswirkung der Durchgriffshaftung auf eine Schiedsvereinbarung

Möchte man die Durchgriffshaftung in manchen oder allen kurz erläuterten Fällen bejahen, stellt sich die – für die vorliegende Arbeit relevantere – Frage, wie sich dies auf eine Schiedsvereinbarung auswirkt, also ob diese auf das Rechtssubjekt, für welches eine Durchgriffshaftung bejaht wird, erstreckt wird oder nicht.¹⁴⁹

Reiner meint hierzu, dass, die Gesellschafter „wenn und soweit es sich materiellrechtlich um eine gesetzliche Haftung für von der Gesellschaft eingegangene Verpflichtungen handelt und nicht um eine Schadenersatzpflicht oder um eine Ausfallhaftung“¹⁵⁰, an von der Gesellschaft abgeschlossene Schiedsvereinbarungen gebunden sind.¹⁵¹ Unter Berufung auf *Reiner* tritt *Hausmaninger* ebenfalls für eine Bindung der Gesellschafter an die Schiedsvereinbarung der Gesellschaft ein.¹⁵²

Schwarz/Konrad sprechen sich ebenfalls für eine Erstreckung im Falle der materiellrechtlichen Durchgriffshaftung aus. Eine andere Ansicht sei unzeitgemäß und eine im internationalen Umfeld isolierte Betrachtungsweise.¹⁵³

Ebenso meint *Koller*, dass die Durchbrechung nicht nur auf materiellrechtliche Folgen zu beschränken sei, sondern dass „- abhängig vom Einzelfall – bezüglich der Schiedsvereinbarung die Berufung auf das Trennungsprinzip gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstoßen [kann].“¹⁵⁴

Gegen die Erstreckung einer Schiedsvereinbarung in den genannten Fällen sprechen auf den ersten Blick allerdings die Formvorschriften des § 583 ZPO. Jedoch sind einerseits demjenigen, der sich rechtsmissbräuchlich verhält, Berufungen auf Formmängel verwehrt¹⁵⁵, andererseits wird der Beweisfunktion dadurch Genüge getan, dass die Schiedsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Vertragspartner formgültig geschlossen wurde. Hinzu kommt, dass die Berufung auf die Warnfunktion

¹⁴⁹ Diese Frage stellt sich freilich nur in Fällen einer Außenhaftung der Gesellschafter, vgl. hierzu *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/317.

¹⁵⁰ *Reiner*, GesRZ 2007, 159.

¹⁵¹ *Koller* weist darauf hin, dass unklar ist, was *Hausmaninger* und *Reiner* unter gesetzlicher Durchgriffshaftung verstehen, vgl. *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/315 FN 1027.

¹⁵² *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 216.

¹⁵³ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 15-108.

¹⁵⁴ *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/315.

¹⁵⁵ Vgl. OGH 26.04.2006, 7 Ob 236/05i; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/316.

einer rechtsmissbräuchlich handelnden Person verwehrt sein muss, da ein Grund für einen Übereilungsschutz nicht erkennbar ist.¹⁵⁶

Materiellrechtlich scheint es mE in vielen praktischen Fällen möglich, eine Haftung über die Bestimmung des § 1295 Abs 2 ABGB zu erreichen. Dort wo dies nicht möglich ist, kann die Durchgriffshaftung in Fällen des Rechtsmissbrauchs und des Handelns wider Treu und Glauben zu einem erwünschten Korrektiv werden. Dies fördert sicherlich einerseits die Rechtstreue und andererseits das Vertrauen in ein Rechtsschutzsystem. In Fällen, in denen über den Weg der Durchgriffshaftung eine Außenhaftung begründet wird, ist es nur überzeugend, dass auch die Schiedsvereinbarung erstreckt wird.

4. Group of companies

Der Grundgedanke der sog Group of Companies-Doktrin besteht darin, dass konzernangehörige Rechtssubjekte, die zwar nicht eine Schiedsvereinbarung selbst unterfertigt haben, aber nach dem objektiven Willen der Parteien an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein sollen, Parteien einer Schiedsvereinbarung werden. Voraussetzung für eine solche Bindung ist somit einerseits die bereits erwähnte Zugehörigkeit zu einem Konzern. Andererseits muss der objektive Parteiwille eben auf die Bindung des Nichtunterzeichners an die in Frage stehende Schiedsvereinbarung gerichtet sein. Vor allem das Verhalten rund um und im Zusammenhang mit den Vertragsverhandlungen und mit der Vertragserfüllung (inkl Beendigung) mögen Anhaltspunkte dafür liefern, ob ein Mitglied einer Gruppe bzw ein Mutterkonzern nach dem Parteiwillen an eine Schiedsvereinbarung gebunden sein soll.¹⁵⁷ Zu beachten ist, dass die Erstreckung der Bindungswirkung auf – völlig unbestimmte – transnationale

¹⁵⁶ Vgl, Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/316. Zur Beweis- und Warnfunktion vgl *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 583 ZPO Rz 1.

¹⁵⁷ *Born*, Arbitration 1444 ff; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 202; *Sandrock*, SchiedsVZ 2005, 1.

Rechtsgrundsätze gestützt wird und somit losgelöst von nationalen Rechtsordnungen ist.¹⁵⁸

Der Ausgangspunkt für die Einbeziehung eines Dritten mittels der Group of Companies-Doktrin ist der Präzedenzfall *Dow Chemical et al v. Isover Saint Gobain*, ein ICC-Fall aus den frühen Achtzigerjahren des vorigen Jahrhunderts.¹⁵⁹ Seither hat sich diese Doktrin im internationalen Schiedsrecht verankert, wird aber dennoch kontrovers diskutiert und auch von staatlichen Gerichten unterschiedlich eingeordnet. So haben E, die Dritte mittels der Group of Companies-Doktrin als Schiedsparteien miteinbeziehen vor französischen Gerichten Bestand, wohingegen der englische Commercial Court eine E, die auf den gleichen Prinzipien wie die *Dow Chemical E* beruhte, aufgehoben hat.¹⁶⁰ Das Schweizer Bundesgericht hingegen bestätigte einen Zuständigkeitsausspruch eines Schiedsgerichts auf Grundlage der Group of Companies-Doktrin.¹⁶¹

Die rechtliche Basis für die Entscheidung der Einbeziehung bzw. Nichteinbeziehung eines Dritten mit Hilfe der Group of Companies-Doktrin ist eine, wie bereits eingangs erwähnt, von nationalem Recht losgelöste, nämlich eine angebliche sich herausbildende ICC-Praxis bzw. die *lex mercatoria*, also eine, wie es Busse treffend nennt, „*originär schiedsrechtliche Lösung*“¹⁶². Soweit ersichtlich, hat sich der OGH bisher noch nicht mit dieser Doktrin befasst.

Hausmaninger lehnt aufgrund des strengen Schriftformerfordernisses und der damit in Zusammenhang stehenden Zurückhaltung bei der Annahme einer Bindung Dritter einen – wie er es nennt – funktionellen Durchgriff ab.¹⁶³ Abgesehen von diesem Argument, welches von *Koller* aus gutem Grund als kaum überzeugend bezeichnet wird¹⁶⁴, ist mE jeweils im Einzelfall zu beurteilen, ob eine (gewünschte)

¹⁵⁸ *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/294.

¹⁵⁹ ICC-Fall Nr 4131 in *Sanders*, Yearbook IX 1984, 131 ff.

¹⁶⁰ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 203; *Busse*, SchiedsVZ 2005, 121.

¹⁶¹ BGE 129 III 727; Zur Kritik an dieser Entscheidung vgl. *Sandrock*, SchiedsVZ 2005, 1.

¹⁶² *Busse*, SchiedsVZ 2005, 120 f; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 203; *Born*, Arbitration 1455.

¹⁶³ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 204.

¹⁶⁴ *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/324: „Dieser Einwand überzeugt kaum, denn gerade in den von der Rsp bereits anerkannten Fällen der Drittwirkung von Schiedsvereinbarungen wird die Einhaltung der Formvorschriften im Verhältnis zum Dritten nicht verlangt. Dies gilt vor allem für die Zession, die Schuld- und Vertragsübernahme sowie den Vertrag zugunsten Dritter.“

Miteinbeziehung nicht auch auf einer anderen Grundlage, nämlich der des anwendbaren nationalen Rechts, möglich ist und somit die Group of Companies-Doktrin nicht ohnehin überflüssig ist.¹⁶⁵ Eine Ausdehnung einer Schiedsvereinbarung über diese (ohnehin schon strittigen) bereits dargestellten Fälle hinaus auf Grundlage der unbestimmten Group of Companies-Doktrin scheint auch deshalb problematisch zu sein, da damit von der Rechtsordnung zur Verfügung gestellte haftungsbegrenzende Konstruktionen und somit mittelbar auch die Bindung an Schiedsvereinbarungen begrenzende Konstruktionen umgangen werden. Grundsätzlich könnte dieses Argument auch für alle Varianten der materiellrechtlichen Durchgriffshaftung herangezogen werden. Der Unterschied ist jedoch, dass bei dieser ein rechtsmissbräuchliches bzw treuwidriges Moment hinzutritt, das bei der Group of Companies-Doktrin nicht verlangt wird. Aus diesem Blickwinkel ist die Group of Companies-Doktrin abzulehnen. Hinzu kommen Unsicherheiten bezüglich der notwendigen Tatbestandsmerkmale, die eine Bindung Dritter an eine Schiedsvereinbarung begründen sollen.¹⁶⁶

5. Estoppel

Die Estoppel-Doktrin ist va in common-law Ländern anerkannt, um einer Partei die Berufung darauf, nicht Partei einer Schiedsvereinbarung zu sein bzw einer Partei einer Schiedsvereinbarung die Berufung darauf, dass der Gegner nicht Partei der Schiedsvereinbarung sei, zu verwehren. Beide Einreden sind dann verwehrt, wenn dies wider Treu und Glauben („*good faith*“) wäre oder Billigkeitserwägungen („*equity*“) widersprechen würde.¹⁶⁷ Aufgrund der Equity-Konzeption findet sich eine große Anzahl von Entscheidungen, in denen diese Doktrin angewendet wurde, im anglo-amerikanischen Rechtsbereich.¹⁶⁸ Im kontinentaleuropäischen Zusammenhang

¹⁶⁵ So auch Busse, SchiedsVZ 2005, 123; Sandrock, SchiedsVZ 2005, 10; Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/326.

¹⁶⁶ Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter in Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter 102 Rz 2-46.

¹⁶⁷ Vgl Born, Arbitration 1472 ff; Hanotiau, Complex Arbitrations Rz 41 ff.

¹⁶⁸ Vgl Hanotiau, Complex Arbitrations Rz 43 ff.

hingegen, wird die Estoppel-Doktrin in der Handelsschiedsgerichtsbarkeit kaum – zumindest berufen sich Schiedsgerichte nicht direkt auf diese Doktrin – angewandt.¹⁶⁹

Tatsächlich sind aber auch – wie bereits in den Fällen der Durchgriffshaftung gezeigt wurde – Elemente des „Equity“ und somit auch der Estoppel-Doktrin Bestandteil kontinentaleuropäischer Rechtslehren, auch wenn nicht die Bezeichnung „Estoppel“ dafür verwendet wird.¹⁷⁰ So stützte sich beispielsweise der OGH in der bereits erwähnten Entscheidung 7 Ob 236/05i ausdrücklich darauf, dass es gegen das Verbot des *venire contra factum proprium* und rechtsmissbräuchlich sei, sich auf einen Vollmachtsmangel hinsichtlich des Abschlusses einer Schiedsvereinbarung zu berufen, wenn das an den Tag gelegte Verhalten nur den Schluss zulässt, dass sich die Partei an die Schiedsvereinbarung gebunden erachtet.¹⁷¹ Als weiteres Beispiel kann die Entscheidung 2 Ob 235/05f angeführt werden. In dieser wurde es der Republik Österreich verwehrt, sich einer in ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Schiedsvereinbarung mit dem Argument zu entziehen, dass Formvorschriften verletzt wurden.¹⁷² Der Grundsatz des Verbots widersprüchlichen Verhaltens findet sich sogar in der ZPO selbst. So bestimmt § 584 Abs 5 ZPO, dass eine Partei, die sich zu einem früheren Zeitpunkt in einem Verfahren auf das Vorhandensein einer Schiedsvereinbarung berufen hat, später nicht mehr geltend machen kann, dass eine Schiedsvereinbarung nicht vorliegt. Nur wenn sich die maßgebenden Umstände geändert haben, ist eine spätere Berufung auf das Nichtvorliegen einer

¹⁶⁹ Hanotiau, Complex Arbitration Rz 41.

¹⁷⁰ Vgl Born, Arbitration 1476; Auch in einigen ICC-Fällen wurde ein Estoppel-Ansatz, wenn auch nicht wörtlich erwähnt, zur Begründung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts gewählt, vgl hierzu Hanotiau, Complex Arbitrations Rz 55; s auch Fouchard/Gaillard/Goldman in Gaillard/Savage Rz 1462.

¹⁷¹ Vgl Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/170 und Rz 3/237. Zu Nachweisen in der deutschen Lehre und Rsp s ebenda.

¹⁷² „Der ausschreibenden Klägerin ist es verwehrt, sich auf mangelnde Kenntnis (ihres Beamten) von ihren eigenen Ausschreibungsunterlagen zu berufen; das Wissen und die Vertragsgestaltung des von ihr beauftragten Beratungsunternehmens (ihres Ausschreibungsgehilfen), das auch die Schiedsklausel formuliert hat, ist ihr zuzurechnen. Dementsprechend kommt auch eine Warnung der Klägerin vor den Bedingungen ihrer eigenen Ausschreibung (und damit Schutz vor Übereilung) nicht ernstlich in Betracht. Dem Schriftformgebot ... wurde unter diesen Umständen ... Genüge getan.“ Vgl auch Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/238.

Schiedsvereinbarung wieder möglich.¹⁷³ Eine vergleichbare Bestimmung findet sich weder im ModG noch in der dZPO.¹⁷⁴

6. Bürgschaft und Garantie

Die Übernahme einer Bürgschaft und Garantie hat nach hA nicht automatisch zur Folge, dass Bürge oder Garant an eine zwischen Gläubiger und Schuldner vereinbarte Schiedsvereinbarung gebunden sind. Vielmehr ist im Einzelfall im Wege der Vertragsauslegung zu eruieren, ob der Bürge oder Garant der Schiedsvereinbarung beigetreten ist. Eine Mitunterfertigung der Schiedsklausel des Garanten oder Bürgen ist nicht notwendig, da eine solche auch durch Verweisung gem § 583 Abs 2 ZPO formgültig abgeschlossen werden kann.¹⁷⁵

Sobald der Bürge die Forderung des Gläubigers bezahlt, tritt dieser aufgrund der gesetzlichen Zession gem § 1358 ABGB in die Position des ursprünglichen Gläubigers ein und übernimmt dessen Rechte und Pflichten. Daher tritt er im Zeitpunkt der Einlösung der Schuld auch in eine Schiedsvereinbarung zwischen Schuldner und Altgläubiger ein.¹⁷⁶ Das gleiche gilt – trotz mangelnder Akzessorietät – auch für den Garanten.¹⁷⁷

¹⁷³ Vgl hierzu ausführlich *Oberhammer*, Entwurf 51 f; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/238; *Rechberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 6/80 ff; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 25 ff.

¹⁷⁴ Vgl *Rechberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 6/80.

¹⁷⁵ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 581 ZPO Rz 221; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/319 mwN; *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 678 f. Zur Bürgschaft vgl auch *Reiner*, GesRZ 2007, 158.

Zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung kraft Verweisung vgl *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/319 der zu Recht darauf verweist, dass die Ansicht *Hausmaningers*, der eine Unterfertigung als Gültigkeitsvoraussetzung befürwortet, zu eng ist.

¹⁷⁶ *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 678; *Reiner*, GesRZ 2007, 157.

¹⁷⁷ *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 678; *Gamerith* in *Rummel*³ II § 1358 Rz 1 mwN.

7. Insolvenz

Die Insolvenz führt *per se* nicht zum Erlöschen einer Schiedsvereinbarung, die vor Einleitung eines Insolvenzverfahrens vereinbart wurde.¹⁷⁸ Jedoch ist hinsichtlich der einzelnen Ansprüche, die im Zusammenhang mit einer Insolvenz gegenständlich werden können, zu unterscheiden: Da Aus- und Absonderungsansprüche gem § 11 Abs 1 IO durch die Insolvenzeröffnung nicht berührt werden, bleibt eine Schiedsvereinbarung zwischen dem Gemeinschuldner und dem jeweiligen Berechtigten aufrecht und bindet somit auch den Masseverwalter. Das Gleiche wird auch für Schiedsvereinbarungen, die in synallagmatischen Verträgen (§§ 21 ff IO) enthalten sind, und ebenso für die Geltendmachung von Aktivansprüchen der Masse nach hA vertreten.¹⁷⁹

Hinsichtlich Anfechtungsansprüche nach den §§ 27 ff IO geht die hM jedoch davon aus, dass diese nicht – bei Vorliegen einer Schiedsvereinbarung in dem der Anfechtung zugrundeliegenden Vertrag – im Schiedsverfahren geltend zu machen sind, sondern vor den ordentlichen Gerichten. Als Begründung hierfür wird nachvollziehbar angeführt, dass dieser Anspruch originär *ex lege* entsteht und sich nicht vom Vertrag, der Gegenstand der Anfechtung ist, ableitet. Ein Anfechtungsrecht nach den §§ 27 ff IO vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens bestehe nicht.¹⁸⁰

Bei Prüfungsprozessen wird von der hL die Bindung des Insolvenzverwalters an Schiedsvereinbarungen, die der Gemeinschuldner vor Insolvenzeröffnung abgeschlossen hat, verneint. Für diese Ansicht werden folgende Argumente ins Treffen geführt: die mangelnde Bindung der bestreitenden Gläubiger, die nicht Partei der ursprünglichen Schiedsvereinbarung sind, sowie die notwendige Einheitlichkeit des Prüfungsprozesses und die Rechtskrafterstreckung eines Prüfungsurteils auf alle Konkursgläubiger, die es notwendig mache, allen Gläubigern rechtliches Gehör zu

¹⁷⁸ Riegler in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 708.

¹⁷⁹ Fremuth-Wolf, ÖJZ 1998, 848 f; Riegler in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Liebscher 715; Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/307.

¹⁸⁰ Riegler in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Liebscher 715 f; Fremuth-Wolf, ÖJZ 1998, 849; Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/307.

gewähren.¹⁸¹ *Koller* ist zuletzt mit überzeugenden Argumenten der hL entgegengetreten, muss jedoch eingestehen, dass die Durchführung eines Schiedsverfahrens dann zweifelhaft sei, wenn die insolvente Partei nicht über die notwendigen Mittel verfüge, den Kostenvorschuss für das Schiedsverfahren aufzubringen.¹⁸²

8. Fazit

Die vorstehenden Abschnitte haben gezeigt, dass eine Rechtsperson auch Partei einer Schiedsvereinbarung werden kann, ohne dass diese eine formgültige Schiedsvereinbarung nach § 583 ZPO unterzeichnet haben muss.¹⁸³ Insbesondere die Fälle der Durchgriffshaftung sind bisher weder materiellrechtlich noch prozessrechtlich hinreichend geklärt und Gegenstand juristischer Auseinandersetzungen.

Hinsichtlich einer Ausdehnung der Schiedsvereinbarung erscheint es jedenfalls sinnvoll, bei der Bejahung einer Bindung auch immer einen verfassungsrechtlichen Aspekt im Auge zu behalten, nämlich das Recht auf den gesetzlichen Richter.¹⁸⁴ Eine Ausdehnung sollte mE auch unter diesem Gesichtspunkt nicht zu leichtfertig bejaht werden, da der Verzicht auf den gesetzlichen Richter ein gewillkürter sein muss.¹⁸⁵

¹⁸¹ Vgl. *Fremuth-Wolf*, ÖJZ 1998, 849 ff.; *Riegler* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 716; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/308 jeweils mwN.

¹⁸² *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/308 f.

¹⁸³ Zur Heilung von Formmängeln, die von der Erstreckung einer Schiedsvereinbarung auf Dritte zu unterscheiden ist, vgl. § 583 Abs 3 ZPO.

¹⁸⁴ Vgl. hierzu *Schopf*, Recht 206; *Habegger*, ASA Bulletin 2004, 405; *Sandrock*, SchiedsVZ 2005, 4; *Müller/Keilmann*, SchiedsVZ 2007, 114 und 121.

¹⁸⁵ *Schopf*, Recht 206.

III. Verfahrenseinleitung

A. Problemstellung

Voraussetzung dafür, dass der Beklagte im Schiedsverfahren säumig werden kann ist, dass der von der Einleitung des Verfahrens gehörig in Kenntnis gesetzt wurde. Um sich der Frage, wie eine Partei in Kenntnis zu setzen ist, zu nähern, wird im Folgenden zwischen *ad-hoc* Verfahren und institutionellen Verfahren unterschieden.

B. Ad-hoc Verfahren

Im Unterschied zum Zivilprozess vor den ordentlichen Gerichten ist die Art und Weise, wie eine beklagte Partei vom Schiedsverfahren in Kenntnis zu setzen ist, nicht näher geregelt. Mit Einreichen der Klage beim Gericht tritt Gerichtsanhängigkeit ein. Ab diesem Zeitpunkt kann vom Beginn des staatlichen Verfahrens gesprochen werden, das Verfahren ist aber noch zweiseitig.¹⁸⁶ In den §§ 232 ff ZPO ist geregelt, dass die Streitanhängigkeit mit ordnungsgemäßer Zustellung der Klageschrift an den Beklagten eintritt. Eine Wirkung der Streitanhängigkeit ist, dass das Prozessverhältnis, da der Beklagte formal vom Verfahren in Kenntnis gesetzt wird, dreiseitig wird.¹⁸⁷ Ab diesem Zeitpunkt kann somit der Beklagte seine Verfahrensrechte wahrnehmen und somit auch säumig werden (dies freilich erst nach Ablauf von Fristen).

Legt man diese Grundsätze auf das *ad-hoc* Schiedsverfahren um – wobei zu beachten ist, dass hier die Wirkungen der Gerichtsanhängigkeit¹⁸⁸ und Streitanhängigkeit¹⁸⁹ zeitlich zusammenfallen, da eben keine Institution zwischengeschaltet ist –, müsste der Beklagte ab Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes säumig werden können. Für das Schiedsverfahren ist aber festzuhalten, dass die ZPO keine Parallelbestimmung(en) zu den §§ 232 ff ZPO enthält, das ZustellG

¹⁸⁶ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 701 ff.

¹⁸⁷ *Mayr in Fasching/Konecny*² III Vor §§ 232, 233 ZPO Rz 10; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 711 und 713.

¹⁸⁸ Vgl zu den Wirkungen der Gerichtsanhängigkeit *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 701 ff.

¹⁸⁹ Vgl zu den Wirkungen der Streitanhängigkeit *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 711 ff. S zur Schiedshängigkeit *Baur* in FS Fasching 6 ff und *Rechberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 6/7 mwN; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 12 ff.

keine Anwendung findet¹⁹⁰ und *prima facie* auch keiner anderen Vorschrift zu entnehmen ist, dass der verfahrenseinleitende Antrag schriftlich sein muss. Daher stellt sich die Frage, welchen Inhalt der verfahrenseinleitende Antrag haben muss und ob dieser auch auf andere Art als schriftlich zugehen kann.

1. Der verfahrenseinleitende Antrag

Im Unterschied zum österreichischen hat der deutsche Gesetzgeber in § 1044 dZPO¹⁹¹ – der auf Art 21 ModG basiert^{192, 193} – den Beginn des Verfahrens geregelt und bestimmt, dass das Schiedsverfahren mit dem Tag beginnt, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Damit hat der deutsche Gesetzgeber auch bestimmt, dass der Beklagte ab diesem Zeitpunkt säumig werden kann, denn ein anderer relevanter Zeitpunkt, auf den abgestellt werden könnte, ist nicht erkennbar.

Der Antrag nach § 1044 dZPO muss die Bezeichnung der Parteien sowie die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung

¹⁹⁰ Vgl. § 1 ZustellG: „Dieses Bundesgesetz regelt die Zustellung der von Gerichten und Verwaltungsbehörden in Vollziehung der Gesetze zu übermittelnden Dokumente sowie die durch sie vorzunehmende Zustellung von Dokumenten ausländischer Behörden.“

¹⁹¹ § 1044 dZPO lautet:

„Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens:

Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so beginnt das schiedsrichterliche Verfahren über eine bestimmte Streitigkeit mit dem Tag, an dem der Beklagte den Antrag, die Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, empfangen hat. Der Antrag muss die Bezeichnung der Parteien, die Angabe des Streitgegenstandes und einen Hinweis auf die Schiedsvereinbarung enthalten.“

¹⁹² Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1044 Vor Rz 1; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1044 Vor Rz 1. Inhaltlich geht § 1044 dZPO jedoch weiter als Art 21 ModG, denn letztere Bestimmung regelt nicht, welchen Inhalt der Antrag, einen Streit einem Schiedsgericht vorzulegen, haben muss.

¹⁹³ Art 21 ModG lautet in der englischen Originalversion:

„Commencement of arbitral proceedings

Unless otherwise agreed by the parties, the arbitral proceedings in respect of a particular dispute commence on the date on which a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.“

beinhalten. Dieser Antrag ist nicht mit der Schiedsklage gleichzusetzen, die in § 1046 dZPO geregelt ist.¹⁹⁴

Das Erfordernis der Bezeichnung der Parteien ist anhand der allgemeinen Parteilehre zu konkretisieren. Im Übrigen ist auch der Parteibegriff im Schiedsverfahren nach der dZPO ein formeller.¹⁹⁵

Hinsichtlich der Angabe des Streitgegenstandes stellt sich die Frage, welche konkreten Anforderungen an diese gestellt werden, va im Unterschied zur Darlegung des Anspruches iSd § 1046 dZPO. Diese Bestimmung bezieht sich auf die Inhaltserfordernisse einer Schiedsklage. *Schlosser* meint hierzu zutr, dass an „die ‚Angabe des Streitgegenstandes‘ im Sinne von § 1044 sehr viel geringere Anforderungen zu stellen sind, als an die ‚Darlegung‘ des Anspruchs“¹⁹⁶ des § 1046 dZPO. *Schlosser* führt weiters aus, dass es genüge, wenn dem Beklagten vernünftiger Weise klar sein muss, aus welchem Konfliktstoff welche qualitative Leistung in welcher ungefähren Größenordnung begehrt oder welche Feststellungen getroffen werden sollten.¹⁹⁷ *Wilske/Markert* gehen davon aus, dass zwar eine spätere Konkretisierung in der Klage nach § 1046 dZPO zulässig bleibe, aber es erforderlich sei, „dass sowohl der Antrag als auch der dem Antrag zu Grunde liegende Lebenssachverhalt derart individualisiert werden, dass die Eigenart des Streitstoffs erkennbar wird“¹⁹⁸. *Voit* schwächt dieses Erfordernis etwas ab, wenn er eine schlagwortartige Kennzeichnung des Lebenssachverhalts genügen lässt. Maßgebend sei, ob sich der Beklagte auf Grund der Kennzeichnung darüber klar werden könne, um welchen Gegenstand es sich handle. Einen bestimmten Antrag, wie das Schiedsgericht entscheiden soll, verlangt *Voit* hingegen nicht.¹⁹⁹

Der Bezug auf die Schiedsvereinbarung bedeutet, dass es dem Beklagten möglich sein muss, zu überprüfen, ob „das eingeleitete Verfahren von der

¹⁹⁴ Vgl. *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1044 Rz 1; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1044 Rz 1; *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1044 Rz 1 f.

¹⁹⁵ *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1044 Rz 3; *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1044 Rz 16.

¹⁹⁶ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1044 Rz 1; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1044 Rz 1. Ebenso *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1044 Rz 3.1.

¹⁹⁷ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1044 Rz 1; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1044 Rz 1.

¹⁹⁸ *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1044 Rz 3. So auch *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1044 Rz 20 f, der meint dass „[d]as Begehren ... nur durchweg dem Vortrag des Klägers eindeutig zu entnehmen sein (muss), ohne dass dafür förmliche Antragstellung insgesamt nötig wäre.“

¹⁹⁹ *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1044 Rz 2.

Schiedsvereinbarung gedeckt ist.“²⁰⁰ Schon aus dem Wortlaut („*Hinweis*“) folgt, dass die Schiedsvereinbarung nicht beigelegt werden muss, auch wenn dies im Einzelfall empfehlenswert sein mag.²⁰¹

ISv § 1044 dZPO wird unter „*Empfang*“ des Antrages, eine Streitigkeit einem Schiedsgericht vorzulegen, Zugang verstanden. Wie *Münch* ausführt, bedeutet dies, dass weder Kenntnismahme auf Seiten des Beklagten noch Körperlichkeit des Antrags notwendig ist.²⁰² Schriftlichkeit des Antrages ist somit nicht notwendig, woraus folgt, dass der Antrag auch mündlich, telefonisch oder elektronisch übermittelt werden kann und sogar schlüssig erfolgen kann, auch wenn ein Schriftsatz in der Praxis – schon allein aus Beweisgründen – die Regel sein wird.²⁰³

Wie bereits erwähnt, hat der österreichische Gesetzgeber auf eine vergleichbare Bestimmung zu § 1044 dZPO verzichtet. Grund hierfür ist laut *Oberhammer*, dass „*eine solche Bestimmung kaum allen in Betracht kommenden Konstellationen gerecht werden kann; von der Schaffung einer Bestimmung, welche nicht mehr aussagt, als dass ,das Schiedsverfahren beginnt, wenn es beginnt‘ wurde Abstand genommen. Damit wurde die Bestimmung des Zeitpunkts der Klärung durch Rechtsprechung und Lehre im Einzelfall überlassen.*“^{204, 205} Somit müssen Überlegungen angestellt werden, wie der

²⁰⁰ Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1044 Rz 1, Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1044 Rz 1.

²⁰¹ Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1044 Rz 24; Voit in Musielak¹¹ § 1044 Rz 2.

²⁰² Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1044 Rz 11.

²⁰³ Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1044 Rz 11; Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1044 Rz 2; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1044 Rz 3.

Zu den Folgen des Beginns des Schiedsverfahrens vgl etwa Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1044 Rz 3 ff; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1044 Rz 4 ff; Voit in Musielak¹¹ § 1044 Rz 5 ff; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1044 Rz 29 f; Wilske/Markert in Vorwerk/Wolf¹³ § 1044 Rz 6 ff.

²⁰⁴ Oberhammer, Entwurf 57 und 97 f; Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/7.

²⁰⁵ In der Literatur wird hervorgehoben, dass der Beginn des Verfahrens auf zwei Fragen Auswirkungen hat, nämlich a) auf die Unterbrechung der Verjährung und b) auf den Eintritt der Schiedshängigkeit, wobei hier auf unterschiedliche Zeitpunkte abgestellt wird, vgl hierzu Oberhammer, Entwurf 96; Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/5; Zeiler, Schiedsverfahren² § 584 Rz 14, 16 und 19.

Hinsichtlich der Unterbrechung der Verjährung muss nach der hM im *ad-hoc* Verfahren auf den Tag abgestellt werden, an welchem dem Beklagten der Antrag auf Verfahrenseinleitung zugeht, vgl Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/90 mwN; Zeiler, Schiedsverfahren² § 584 Rz 19; Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 263.

Die Schiedshängigkeit tritt nach hM mit Zugang der Schiedsklage bzw des Antrags, den Rechtsstreit einem Schiedsgericht vorzulegen, ein, vgl Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/7 mwN; Zeiler, Schiedsverfahren² § 584 Rz 14.

Beklagte im *ad-hoc* Verfahren nach der ZPO in Kenntnis gesetzt werden muss, um säumig werden zu können:

An den Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrags sind mE die gleichen Voraussetzungen wie nach § 1044 dZPO zu stellen. Der Beklagte muss wissen, wer gegen ihn die Durchführung eines Schiedsverfahrens aufgrund welchen Sachverhalts mit welchem Ausgang (Begehren) wünscht.²⁰⁶ Da ein Schiedsverfahren, also eine alternative Streitbeilegung „gewünscht“ wird, ist auch ein Hinweis auf die Schiedsvereinbarung notwendig.

An das Erfordernis der Sachverhaltsdarstellung und das Begehren sind keine allzu strengen Anforderungen zu stellen.²⁰⁷ Aus der Sachverhaltserzählung muss zwar hervorgehen, auf welche Tatsachen sich der Kläger stützt, eine detaillierte Klagserzählung und ein konkretes (bzw konkretisiertes) Begehren muss aber auch noch zu einem späteren Zeitpunkt möglich sein, anderenfalls die Klage nach § 597 Abs 1 ZPO ihrer Sinn und Zweck verlieren würde.²⁰⁸ Als weiteres Argument für diese Ansicht kann § 600 Abs 1 ZPO angeführt werden. Wenn ein Schiedsverfahren vom Schiedsgericht beendet werden soll, falls der Kläger versäumt, die Klage einzubringen, dann hätte diese Bestimmung keine Funktion, wenn bereits der verfahrenseinleitende Antrag den Inhalt einer Klage nach § 597 Abs 1 ZPO haben müsste.

Diese Ansicht deckt sich mit den zu § 587 Abs 4 ZPO geäußerten Meinungen. Nach dieser Bestimmung muss die schriftliche Aufforderung zur Bestellung eines Schiedsrichters auch Angaben darüber enthalten, welcher Anspruch geltend gemacht wird und auf welche Schiedsvereinbarung sich die Partei beruft. Hierzu wird vertreten, dass an das Erfordernis der Angabe über den Anspruch keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden sollen. Die Angabe der Art des Anspruchs sowie des diesem zugrundeliegenden Rechtsverhältnisses reiche aus.²⁰⁹ Hinsichtlich der

²⁰⁶ Vgl hierzu *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 584 ZPO Rz 35 mwN; *Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 199 und 262 f.

²⁰⁷ Vgl auch *Riegler/Petsche* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 5/54.

²⁰⁸ Vgl zum Zeitpunkt, wann Bestimmtheit des Rechtsbegehrens im internationalen Schiedsverfahren vorliegen muss bzw zur Bestimmtheit allgemein *Wirth* in FS Kellerhals 148.

²⁰⁹ *Power*, The Austrian Arbitration Act § 587 Rz 10: “The requirement to state the claim which is being asserted should not be interpreted too broadly. It is arguably sufficient that such written request describe

Schiedsvereinbarung genüge ein Verweis auf das Dokument, welches die Schiedsvereinbarung enthält.²¹⁰ Eine detaillierte Klagserzählung ist somit nicht notwendig.

Hinzu kommt, dass sich die Ansicht, dass die verfahrenseinleitende Handlung nicht den Inhalt einer detaillierten Klage haben muss, nicht nur aus systematischen Erwägungen, sondern auch aus Billigkeitserwägungen ableiten lässt. § 597 ZPO bestimmt, dass der Kläger innerhalb der von den Parteien vereinbarten oder vom Schiedsgericht bestimmten Frist sein Begehren zu stellen und die Tatsachen, auf welche sich der Anspruch stützt, darzulegen hat. Sodann hat der Beklagte hierzu Stellung zu nehmen. Wenn die Parteien nun in der Schiedsvereinbarung nicht vereinbart haben, dass der Beklagte ab Kenntnis des Antrags mit dem die Durchführung eines Schiedsverfahrens begehrt wird, eine gewisse Frist hat, auf diesen Antrag zu replizieren und auch – was wahrscheinlich ist – die Parteien nach Zugang dieses Antrags keine Vereinbarung hinsichtlich einer Frist zur Ernennung eines Schiedsrichters getroffen haben oder bereits ein Schiedsgericht in der Schiedsvereinbarung benannt wird, dann setzt die Anwendung von § 597 ZPO voraus, dass ein solches bereits konstituiert wurde. Wenn man an die verfahrenseinleitende Handlung des Klägers nun inhaltlich das Erfordernis stellte, dass diese den Inhalt einer detaillierten Klage haben muss, dann hätte der Beklagte uU einen zeitlichen Vorteil zur Erstellung seiner Klagebeantwortung. Denn wenn die Parteien den Modus der Schiedsrichterbestellung nicht geregelt und nicht vereinbart haben, dass der Beklagte innerhalb einer gewissen Zeit gleichzeitig mit der Klagebeantwortung einen Schiedsrichter (wie auch der Kläger gleichzeitig mit der verfahrenseinleitenden Handlung²¹¹) bestellen muss, dann kommen die Vorschriften des § 587 ZPO zur Anwendung, wonach bei Säumnis einer Partei bei der Schiedsrichterbestellung die Bestellung auf Antrag durch ein Gericht vorzunehmen

(sic) *the type of claim and the legal relationship forming the basis of the claim.*” Platte in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 236 Rz 19: „*The requirement to ‘state the claim’ as set out in para 4, should not be interpreted too broadly. It suffices to describe the type of claim and the legal relationship which forms the basis of the claim.*” Ebenso Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/54.

²¹⁰ Power, The Austrian Arbitration Act § 587 Rz 10.

²¹¹ Im Unterschied zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG (s § 581 Abs 2 ZPO aF) muss der Kläger nach dem Gesetz bei der Aufforderung zur Bestellung eines Schiedsrichters noch keinen eigenen Schiedsrichter bestellen. S hierzu Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/55.

ist.²¹² Wenn der Beklagte nun die Bestellung des Schiedsrichters torpediert, hat er wesentlich länger Zeit zur Vorbereitung seiner Antwort auf den Antrag des Klägers, da die gerichtliche Bestellung auch ihre Zeit in Anspruch nimmt. Daher könnte er sich schon allein durch ein solches Verhalten zusätzliche Zeit verschaffen, seine Antwort vorzubereiten. Selbst wenn man an diese die Anforderungen einer detaillierten Klagebeantwortung stellen würde, widerspräche dies doch dem Prinzip der Waffengleichheit²¹³: einem Beklagten soll es verwehrt sein, sich durch Hinauszögern im Bestellungsverfahren einen zeitlichen Vorteil für seine Verfahrensführung zu verschaffen. Als Gegenargument könnte selbstverständlich angeführt werden, dass der Kläger für die Vorbereitung seines Antrages nicht an Fristen gebunden ist und deshalb sich genügend Zeit nehmen kann, um seinen Antrag vorzubereiten und deshalb das zeitliche Argument ins Leere laufen würde. Dieses Argument verkennt aber, dass (auch) (Schieds)verfahren oft im Hinblick auf allfällige Verjährungsprobleme unter Zeitdruck eingeleitet werden müssen.

Somit ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass mE an die Inhaltserfordernisse des verfahrenseinleitenden Antrags nach der ZPO die gleichen Anforderungen wie nach der dZPO zu stellen sind und sich dieser Antrag hinsichtlich des Streitgegenstandes am zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff, der nach hM der österreichischen ZPO zugrunde liegt²¹⁴, orientiert. Mit Zugang dieses Antrags wird das Prozessverhältnis zweiseitig und ist ab diesem Zeitpunkt Säumnis des Beklagten *im* Schiedsverfahren möglich. Erfüllt der verfahrenseinleitende Antrag die Mindestanforderungen nicht, dann ist das Schiedsverfahren nicht wirksam eingeleitet worden und hat keinerlei rechtliche Wirkung.

Zu erwähnen bleibt noch, dass sich der OGH – soweit ersichtlich – zum neuen Schiedsrecht noch nicht mit den Inhaltserfordernissen der verfahrenseinleitenden Mitteilung geäußert hat. In den Entscheidungen 2 Ob 53/04i und 6 Ob 41/03b, die beide

²¹² S hierzu Kap IV.C.

²¹³ Vgl hierzu *Fasching*, Lehrbuch² Rz 718; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 427.

²¹⁴ Vgl zum zweigliedrigen Streitgegenstandsbegriff *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 385 mwN. Vgl hierzu auch *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 15. Zu den Folgen der Schiedshängigkeit sowie zur Verjährungsunterbrechung vgl ebenfalls *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 16 ff sowie *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 584 ZPO Rz 35 und Rz 67 ff und *Rechberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 6/6.

zum alten Schiedsrecht ergangen sind, sprach der OGH aus, dass es a) erforderlich sei, dass dem Beklagten die Schiedsklage²¹⁵ zugestellt wird und b) dass die Zustellung der Schiedsklage die prozessualen Wirkungen der Streitanhängigkeit nach sich zieht.²¹⁶ Diese Entscheidungen haben sich aber nicht damit auseinandergesetzt, welche inhaltlichen Anforderungen an eine solche „Klage“ gestellt werden.

2. Einleitung des ad-hoc Verfahrens nach der ZPO nur mittels Schriftsatz?

Mit der Beantwortung der Frage, welchen Inhalt ein verfahrenseinleitender Antrag haben muss, ist noch nicht geklärt, wie und *in welcher Form* dieser dem Beklagten zugehen muss.²¹⁷ Die Wichtigkeit des wirksamen (also auch formgültigen) Zugangs des Antrags auf Verfahrenseinleitung ist auch daran erkennbar, dass, der Aufhebungsgrund nach § 611 Abs 1 Z 2 ZPO vorliegt, wenn eine Partei von einem Verfahren nicht gehörig in Kenntnis gesetzt wurde.²¹⁸

Soweit ersichtlich, hat sich die österreichische Lit noch nicht eingehend mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Beginn des Schiedsverfahrens zwingend einen Schriftsatzes voraussetzt, oder ob der Antrag, den Rechtsstreit einem Schiedsgericht vorzulegen, auch auf andere Art zugehen kann.

Wie bereits erwähnt, unterscheidet sich die Verfahrenseinleitung im Schiedsverfahren vom staatlichen Verfahren zum einen wesentlich dadurch, dass die Bestimmungen des ZustellG nicht auf das Schiedsverfahren Anwendung finden.²¹⁹ Zum anderen – wie schon aus dem Wortlaut der §§ 226 Abs 1 und 239 Abs 1 ZPO erkennbar ist – verlangt das Gesetz für Klage und Klagebeantwortung im staatlichen Verfahren

²¹⁵ Dass an diese „Schiedsklage“ als verfahrenseinleitendes Schriftstück nicht die gleichen Inhaltserfordernisse wie an eine Klage iSv § 597 ZPO gestellt werden sollen, wurde soeben erläutert.

²¹⁶ Vgl auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2183; *Fasching*, Schiedsgericht 33.

²¹⁷ Zur Frage, ob der verfahrenseinleitende Antrag dem Beklagten tatsächlich zugehen muss vgl Kap III.B.3.

²¹⁸ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 611 ZPO Rz 110; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 611 Rz 5.

²¹⁹ Vgl Kap III.B.1.

Schriftlichkeit.²²⁰ Für das Schiedsverfahren nach den § 577 ff ZPO findet sich *prima facie* keine vergleichbare Bestimmung.

Fasching meint zur alten Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006, dass „die Verfahrenseinleitung nicht notwendig durch eine schriftliche Klage erfolgen muß, die den äußeren und formellen Voraussetzungen des § 226 ZPO entspricht. Parteienvereinbarung oder Verfahrensordnung der Schiedsrichter können mündliche Klagen festlegen Die Parteien müssen aber ein bestimmtes Begehren stellen“²²¹ Somit ist schon *Fasching* richtigerweise davon ausgegangen, dass sich die Klage im Schiedsverfahren von der des staatlichen Zivilprozesses grundlegend unterscheidet. Auch wenn *Fasching* noch von einer Klage spricht, ist mE davon auch ein Antrag auf Einleitung des Schiedsverfahrens, mit dem notwendigen Inhalt wie in Kap III.B.1. beschrieben, umfasst, der gerade nicht den inhaltlichen Anforderungen einer Klage im staatlichen Verfahren entsprechen muss, da *Fasching* diesen Ausdruck umfassend für die verfahrenseinleitende Handlung verwendet. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass im alten Schiedsrecht der *terminus* Klage, außer in den Bestimmungen über die Aufhebung eines Schiedsspruches (§§ 595 ff ZPO aF), nicht vorkommt²²², und somit auch keine Notwendigkeit bestand, zwischen Klage und verfahrenseinleitendem Antrag zu unterscheiden. Zum anderen ist *Fasching* der Ansicht, dass die Parteien zwar ein bestimmtes Begehren stellen müssten und meint weiteres, dass „[w]enn auch das Bestimmtheitserfordernis selbst bei Leistungsansprüchen nicht schon für die Schiedsklage, sondern erst für den Schiedsspruch so weit gehen muß, daß er dem § 7 EO. (und damit auch dem § 226 ZPO.) entspricht, so ergibt sich doch aus § 595 Z. 5 ZPO. [aF] die Anwendung des Grundsatzes des § 405 ZPO. auch auf das Schiedsverfahren und damit die Notwendigkeit einer zur Anwendbarkeit dieser Vorschriften hinreichenden Abgrenzung der Entscheidungsbefugnis im Sachantrag.“²²³ Daran zeigt sich, dass *Fasching* davon ausgegangen ist, dem Bestimmtheitserfordernis müsse im Verfahren, aber nicht schon im verfahrenseinleitenden Antrag Genüge getan

²²⁰ *Fasching* in *Fasching/Konecny*² III § 226 ZPO Rz 108.

²²¹ *Fasching*, Schiedsgericht 100; ebenso *Fasching*, Kommentar IV 782.

²²² Im Unterschied dazu trägt § 597 ZPO idgF die Überschrift „Klage und Klagebeantwortung“.

²²³ *Fasching*, Schiedsgericht 100.

sein. Dies setzt zwingend voraus, dass mehrere Vorträge zur Konkretisierung des Anspruchs möglich sind. Ob man diese terminologisch als verfahrenseinleitenden Antrag oder Klage unterscheidet, ist letztlich Geschmackssache.

Zusammenfassend ist auch *Fasching* der Ansicht, dass eine andere Verfahrenseinleitung als durch Zustellung eines Schriftsatzes grundsätzlich möglich ist. Auch wenn er noch eine diesbezügliche Vereinbarung oder eine Verfahrensordnung, die letztlich auch auf einer Parteienvereinbarung beruht, als Voraussetzung anführt, zeigt *Fasching* keine zwingende Vorschrift der ZPO idF vor dem SchiedsRÄG 2006 bzw. Bedenken auf, die gegen eine Einleitung des *ad-hoc* Verfahrens auf anderem als schriftlichen Wege spricht, wenn die Parteien eben keine diesbezügliche Vereinbarung getroffen haben.

Konrad ist der Ansicht, dass zwar die Einleitung des Schiedsverfahrens in aller Regel durch die Übermittlung eines „*physischen Schriftstücks*“²²⁴ gekennzeichnet sein wird, es aber nicht auszuschließen ist, „*dass die Parteien in der Schiedsvereinbarung die Zulässigkeit anderer Übermittlungsformen auch schon für die Verfahrenseinleitung vereinbaren.*“²²⁵ *Konrad* ist demgemäß der Ansicht, dass – abgesehen von einer davon abweichenden Vereinbarung der Parteien – die Verfahrenseinleitung zwingend die Zustellung eines Schriftsatzes voraussetzt. Hinsichtlich der Zustellfiktion nach § 580 Abs 2 ZPO, auf die später noch zurückzukommen ist²²⁶, meint *Konrad* sicherlich zutr, dass „*jedenfalls ab Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks an den Empfänger Kenntnis vom Schiedsverfahren vorliegt.*“²²⁷ Der Beklagte müsse jedoch vom Inhalt dieses Schriftstücks und vom Umstand, dass ein Schiedsverfahren eingeleitet wurde, keine positive Kenntnis haben, sondern auch diese würden durch die ordnungsgemäße Zustellung fingiert.²²⁸ Aufgrund dieser Ansicht, dass positive Kenntnis vom Schiedsverfahren keine Voraussetzung sei, stellt *Konrad* die Frage, „*ob tatsächliche Kenntnis vom Schiedsverfahren ohne ordnungsgemäße Zustellung die*

²²⁴ *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/104.

²²⁵ *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/104 FN 288.

²²⁶ S hierzu Kap III.B.3.

²²⁷ *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/120.

²²⁸ *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/120.

Voraussetzung für die Zustellfiktion erfüllen kann. Der Gesetzeswortlaut legt nahe, dass es genügen sollte, wenn der Empfänger auch auf andere Weise von der Einleitung des Schiedsverfahrens in Kenntnis gesetzt wurde, so etwa informell im Wege des telefonischen Kontakts oder im Wege der elektronischen Kommunikation.“²²⁹ Daraus leitet Konrad ab, „[w]enn diese Form der positiven Kenntnis von der Verfahrenseinleitung genügte, dann müsste konsequenterweise auch die Einleitung des Schiedsverfahrens mittels Zustellfiktion nach § 580 Abs 2 ZPO denkbar sein.“²³⁰ Fraglich sei aber, ob vor Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks von der Existenz eines Schiedsverfahrens gesprochen werden könne. Für Österreich müsse man bei nicht-institutionellen Schiedsverfahren schlussendlich davon ausgehen, dass vom Beginn des Schiedsverfahrens in der Regel erst mit Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks gesprochen werden kann.²³¹ Somit geht Konrad davon aus, dass der Beginn des Schiedsverfahrens, mit welchem die Erlangung der Parteistellung verbunden ist, zwingend einen Schriftsatz voraussetzt.

ME sind die Überlegungen Konrads im Detail nicht zutreffend. Wenn man von seiner Überlegung ausgeht, dass eine Benachrichtigung des Beklagten auf informellem Wege (etwa telefonisch) möglicherweise für eine Verfahrenseinleitung (!) ausreichend ist, dann leuchtet nicht ein, warum man dann für den Beginn des Schiedsverfahrens (!) auf die Zustellung eines späteren Schriftsatzes – egal ob tatsächlich oder aufgrund der Zustellfiktion nach § 580 Abs 2 ZPO zugestellt – abstellen sollte.²³² Wenn die Information auf informellen Weg ausreicht, dann stellt der Zugang dieser Informationen den Verfahrensbeginn dar und liegt ab diesem Zeitpunkt Kenntnis vom Schiedsverfahren vor. Ausschlaggebend kann nur sein, ob die Information den Anforderungen, die an den Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrags gestellt werden, entspricht. Es ist auch darauf hinzuweisen, dass die von Konrad angeführte Lit und Jud zu § 8 ZustellG wonach für Kenntnis iS dieser Vorschrift eine Inkenntnissetzung auf

²²⁹ Konrad in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 2/121.

²³⁰ Konrad in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 2/122.

²³¹ Konrad in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 2/122.

²³² Somit erscheint die Aussage in Konrad in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 2/122: „Wenn diese Form der positiven Kenntnis von der Verfahrenseinleitung [Anm.: nämlich der Information auf informellen Weg] genügte, dann müsste konsequenterweise auch die Einleitung des Schiedsverfahrens mittels Zustellfiktion nach § 580 Abs 2 ZPO denkbar sein.“, in sich widersprüchlich zu sein.

informellen Wege nicht ausreiche, und dass § 8 ZustellG nicht auf die Einleitung des Gerichtsverfahrens anzuwenden sei, sodass eine Zustellfiktion für die Verfahrenseinleitung eines Gerichtsverfahrens nicht zulässig sei, mE gerade nicht auf die Einleitung des Schiedsverfahrens anwendbar ist. Denn § 8 ZustellG ist nur *während* eines Verfahrens, von dem die Partei *Kenntnis hat*, anwendbar. Dies setzt voraus, dass das Verfahren wirksam eingeleitet und der Partei wirksam zugestellt wurde, und dies wieder setzt – wie bereits erwähnt – im Falle des Beklagten die Zustellung eines Schriftsatzes (bzw im Mahnverfahren die Zustellung des bedingten Zahlungsbefehls) nach den Zustellvorschriften der ZPO und des ZustellG voraus. Mit anderen Worten: die wirksame Verfahrenseinleitung ist im staatlichen Zivilprozess eindeutig geregelt. Ein Schriftsatz, der nach bestimmten Vorschriften zugestellt werden muss, ist für das Schiedsrecht aber gerade nicht vorgeschrieben. Zwar ist richtig, dass sich § 580 Abs 2 ZPO den Gesetzesmaterialien²³³ zufolge an § 8 ZustellG orientiert, diese Orientierung bezieht sich aber nur auf die Zustellung von schriftlichen Mitteilungen *nach* Verfahrenseinleitung. Für die Verfahrenseinleitung ist mE aus der Orientierung an § 8 ZustellG nichts zu gewinnen.²³⁴ Abschließend sei noch erwähnt, dass entgegen der Meinung von *Konrad* § 1044 dZPO nicht verlangt, dass der Beginn des Schiedsverfahrens durch Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftstücks gekennzeichnet sein muss.^{235, 236}

Zeiler meint, dass es für den „Eintritt der Schiedshängigkeit ... erforderlich [ist], dass die Schiedsklage oder die sonst das Verfahren einleitende Mitteilung dem Beklagten zugeht.“²³⁷ Für den Eintritt der Schiedshängigkeit sei aber auch noch erforderlich, dass der Streitgegenstand feststehe, somit die Schiedsklage entsprechend konkret sei.²³⁸ Hinsichtlich der Rechtsfolgen der Schiedshängigkeit verweist *Zeiler*, wie

²³³ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 7.

²³⁴ So heißt es auch in der rechtlichen Beurteilung des in FN 313 von *Konrad* zitierten Urteils OGH 08.06.1998, 8 ObA 132/98i, dass „[sich] § 8 Abs 2 ZustG [...] nur auf anhängige Verfahren bezieht“ und dass sich § 8 ZustG „nur auf eine Meldepflicht in anhängigen Verfahren“ bezieht.

²³⁵ *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/122.

²³⁶ *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1044 Rz 11; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1044 Rz 2, *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1044 Rz 3.

²³⁷ *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 14.

²³⁸ *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 15.

auch andere Autoren²³⁹, auf § 584 Abs 3 ZPO, also ab welchem Zeitpunkt ein staatliches Gerichtsverfahren nicht mehr eingeleitet werden darf.²⁴⁰ Zeiler scheint zunächst davon auszugehen, dass die Verfahrenseinleitung nicht unbedingt Schriftlichkeit verlangt (Arg.: „sonst das Verfahren einleitende Mitteilung“). In der Kommentierung zu § 597 ZPO stellt Zeiler dann klar, dass dies nicht seine Ansicht ist, wenn er meint, dass „§ 597 (...) den Austausch von Schriftsätzen zu Beginn des Verfahrens (regelt). Der verfahrenseinleitende Schriftsatz des Klägers (Klage) ist zwingend vorgesehen.“²⁴¹

Soweit ersichtlich hat sich die österreichische Rsp noch nicht mit der Frage auseinandergesetzt, ob die Einleitung des Schiedsverfahrens zwingend einen Schriftsatz voraussetzt.²⁴² Die historischen Materialien geben hierzu auch keine Aufklärung.

Die Überschrift des § 580 ZPO („Empfang schriftlicher Mitteilungen“) könnte vermuten lassen, dass der Gesetzgeber auch für das Schiedsverfahren die Vorstellung hatte, dass jedes Begehren – und somit auch der Antrag auf Verfahrenseinleitung – schriftlich erfolgen muss. Dies lässt sich bei näherer Betrachtung dieser Bestimmung jedoch nicht untermauern. § 580 ZPO regelt mE nur, unter welchen Bedingungen eine schriftliche Mitteilung als empfangen gilt. § 580 ZPO regelt aber nicht, welche Mitteilungen auf welche Art zugestellt werden müssen, somit auch nicht, dass der verfahrenseinleitende Antrag schriftlich zugehen muss.

Ein weiteres Argument dafür, dass der verfahrenseinleitende Antrag nicht schriftlich ergehen muss, findet sich in § 580 Abs 2 ZPO. Denn diese Bestimmung lässt seinem Wortlaut zufolge eine fiktive Zustellung einer schriftlichen Mitteilung zu, wenn

²³⁹ Etwa Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/6 f mwN.

²⁴⁰ Zeiler, Schiedsverfahren² § 584 Rz 16.

²⁴¹ Zeiler, Schiedsverfahren² § 597 Rz 1.

²⁴² In der bereits erwähnten E OGH 18.03.2004, 2 Ob 53/04i hat der OGH festgehalten, dass Streitanhängigkeit des schiedsgerichtlichen Verfahrens erst nach Zustellung der Klage an die Beklagten durch das Gericht eintrete, welche aber noch nicht erfolgt sei. Mit der Frage, ob hierfür Schriftlichkeit notwendig ist, setzte sich diese E mangels Relevanz nicht auseinander (im Übrigen haben die Parteien subsidiär die Anwendung der allgemeinen Bestimmungen der ZPO vereinbart, somit auch § 232 ZPO und folglich auch zwingend einen Schriftsatz). Ebenso war in der ebenfalls bereits erwähnten E 6 Ob 41/03b die Form des verfahrenseinleitenden Antrags nicht Thema.

„der Empfänger Kenntnis vom Schiedsverfahren“ hat.²⁴³ Der Ausdruck „Kenntnis“ kann mE grundsätzlich sehr weit verstanden werden und verlangt nicht unbedingt Schriftlichkeit als Voraussetzung. Somit besagt § 580 Abs 2 ZPO seinem Wortlaut zufolge nur, dass eine schriftliche Mitteilung unter den dort angeführten weiteren Voraussetzungen als empfangen gilt, wenn der Empfänger vom Schiedsverfahren positive Kenntnis hat, also davon weiß. Wie der Empfänger davon Kenntnis erlangt hat, darüber gibt die Bestimmung selbst keine Auskunft.

Diese Ansicht wird auch durch die bereits angestellten Überlegung zu § 8 ZustellG unterstützt: In den Materialien wird darauf hingewiesen, dass sich § 580 Abs 2 ZPO an § 8 ZustellG „orientiert“.²⁴⁴ Somit setzt § 8 ZustellG – wie auch § 580 Abs 2 ZPO – für eine Zustellfiktion voraus, dass die betroffene Partei vom Verfahren Kenntnis hat. Diese Kenntnis kann im staatlichen Zivilprozess nur – wie bereits erwähnt – durch wirksame Zustellung eines Schriftsatzes nach § 226 ZPO erlangt werden.²⁴⁵ § 226 ZPO gilt aber – und dies sei an dieser Stelle nur zur Verdeutlichung abermals angeführt – für das Schiedsverfahren gerade nicht. Daher kann auch aus der Orientierung des § 580 Abs 2 ZPO an § 8 ZustellG nicht abgeleitet werden, dass die Verfahrenseinleitung des Schiedsverfahrens nur schriftlich erfolgen kann. Sowohl § 8 Abs 2 ZustellG (für den staatlichen Zivilprozess) als auch § 580 Abs 2 ZPO regeln lediglich die Möglichkeit einer Zustellfiktion *nach* wirksamer Verfahrenseinleitung. Wie diese zu geschehen hat, regeln beide Vorschriften nicht.²⁴⁶

§ 587 Abs 4 ZPO²⁴⁷ sieht bezüglich der Aufforderung einen Schiedsrichter zu benennen vor, dass diese *schriftlich* sein muss und Angaben über den geltend gemachten Anspruch sowie eine Berufung auf die Schiedsvereinbarung haben muss. Abgesehen davon, dass das Erfordernis, den geltend gemachten Anspruch anzugeben,

²⁴³ Zur Zustellfiktion nach § 580 Abs 2 ZPO s Kap III.B.3.

²⁴⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 7.

²⁴⁵ Vgl hierzu *Fasching* in *Fasching/Konecny*² III § 226 ZPO Rz 108.

²⁴⁶ Vgl zu den unterschiedlichen Auffassungen, ob Kenntnis iSd § 8 ZustellG verlangt, dass die Verfahrenseinleitung über die wirksame Zustellung hinaus von der betroffenen Partei subjektiv bewusst zur Kenntnis genommen werden muss, *Stumvoll* in *Fasching/Konecny*² ErgBd § 8 ZustellG Rz 3; *Raschauer/Riesz* in *Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely*² § 8 Rz 4.

²⁴⁷ S zu dieser Bestimmung auch Kap III.B.1.

nicht zu streng gehandhabt werden soll²⁴⁸ und sich somit mit der bereits geäußerten Ansicht, dass an die inhaltlichen Erfordernisse an den verfahrenseinleitenden Schriftsatz kein allzu strenger Maßstab angelegt werden soll, deckt (gleiches gilt für den notwendigen Bezug auf die Schiedsvereinbarung), könnte man geneigt sein, aus dieser Bestimmung abzuleiten, dass jeder verfahrenseinleitende Schriftsatz zwingend schriftlich sein muss. Zwar steht in der Praxis die Aufforderung zur Bestellung eines Schiedsrichters meist am Beginn des Verfahrens und stellt somit aufgrund der inhaltlichen Anforderungen des § 587 Abs 4 ZPO auch den verfahrenseinleitenden Antrag dar, der Schriftlichkeit erfordert.²⁴⁹ Dies ist jedoch nicht zwingend die erste Verfahrenshandlung, die dem Beklagten zugehen muss. Dies hängt von der Entscheidung des Klägers – mangels einer Parteienvereinbarung – ab; wünscht dieser, dass zeitgleich mit der Verfahrenseinleitung die Aufforderung zur Bestellung eines Schiedsrichters erfolgen soll, dann muss diese zwingend schriftlich sein. Wird hingegen der Beklagte mit Verfahrenseinleitung nicht gleichzeitig aufgefordert, einen Schiedsrichter zu bestellen, dann gelangt auch § 587 Abs 4 ZPO nicht zur Anwendung, sondern kann *e contrario* gefolgert werden, dass eine andere Art der Verfahrenseinleitung nicht schriftlich sein muss.

Nur abschließend sei darauf hingewiesen, weil das österreichische Schiedsrecht auf dem ModG basiert, dass Art 21 ModG (auch) keinen physischen Schriftsatz verlangt. Denn diese Bestimmung spricht nur davon, dass der Beklagte eine Verfahrensanzeige erhalten muss²⁵⁰, über die Form sagt sie nichts aus. Aus Art 3 ModG kann ebenfalls nicht abgeleitet werden, dass der verfahrenseinleitende Antrag nur in physischer Form erfolgen kann. Diese Bestimmung regelt zwar den Erhalt von schriftlichen Mitteilungen, jedoch nicht, welche Mitteilungen schriftlich erfolgen müssen.²⁵¹

²⁴⁸ S Kap III.B.1.

²⁴⁹ Vgl auch Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/53.

²⁵⁰ „... a request for that dispute to be referred to arbitration is received by the respondent.“

²⁵¹ Die UNCITRAL-Regeln hingegen verlangen grundsätzlich einen physischen Schriftsatz (abgesehen von bestimmten Möglichkeiten der elektronischen Zustellung, wenn man diese nicht auch unter den Begriff des physischen Schriftsatz subsumieren will) für den verfahrenseinleitenden Antrag. Dies ergibt sich aus Art 3 Abs 1 und Abs 2 iVm Art 2 Abs 2 und Abs 3 UNCITRAL-Regeln.

Somit sprechen insgesamt die besseren Gründe dafür, dass die Einleitung des *ad-hoc* Verfahrens auch auf andere Art und Weise als durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgen kann, solange der verfahrenseinleitende Antrag den Inhaltserfordernissen entspricht.

3. Einleitung des Verfahrens mittels Zustellfiktion

In den vorherigen Kapiteln wurde davon ausgegangen, dass der verfahrenseinleitende Antrag dem Beklagten tatsächlich zugeht und dieser somit vom Verfahren Kenntnis erlangt. Es stellt sich aber die Frage, ob nach der ZPO die Einleitung des Verfahrens auch dann wirksam ist (idS dass der Beklagte abstrakt säumig werden kann), wenn dem Beklagten der verfahrenseinleitende Antrag tatsächlich nicht zugeht. Auch in dieser Frage bietet sich zunächst ein Blick nach Deutschland an.

Die dZPO regelt in § 1028, der sich an Art 3 ModG orientiert²⁵², dass bei unbekanntem Aufenthalt einer Partei oder einer zur Entgegennahme berechtigten Person, schriftliche Mitteilungen an dem Tag als empfangen gelten, an dem sie bei ordnungsgemäßer Übermittlung durch Einschreiben gegen Rückschein oder auf eine andere Weise, welche den Zugang an der letztbekannten Postanschrift oder Niederlassung oder dem letztbekannten gewöhnlichen Aufenthalt des Adressaten belegt, dort hätte empfangen werden können. Somit ist nach deutscher Rechtslage die Einleitung des Verfahrens auch mittels Zustellfiktion möglich.²⁵³ Voraussetzung ist zwar, dass der verfahrenseinleitende Antrag in schriftlicher Form vorliegen muss, tatsächlich zugehen muss er dem Beklagten jedoch nicht.²⁵⁴ Wurde somit das Verfahren

²⁵² Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1028 Vor Rz 1; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1028 Rz 1.

²⁵³ Schlosser meint diesbezüglich zutr. pointiert: „Die Dramatik der Vorschrift liegt also darin, dass ein Schiedsverfahren gemäß § 1044 oder aufgrund der vereinbarten Schiedsordnung durch Zugangsfiktion wirksam eingeleitet werden kann.“, Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1028 Rz 1 und Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1028 Rz 1.

²⁵⁴ Diese Regelung entspricht Art 3 Abs 1 lit a ModG dahingehend, dass nach dieser ebenfalls eine schriftliche Verfahrenseinleitung mittels Zustellfiktion möglich ist:

nach § 1028 dZPO mittels Zustellfiktion rechtswirksam eingeleitet und erfährt ein Beklagter in der Folge deshalb nie vom Schiedsverfahren, kann dieser den Aufhebungsgrund nach § 1059 Abs 1 Z 1 lit b dZPO nicht erfolgreich mit der Begründung geltend machen, er sei von der Einleitung des Verfahrens nicht gehörig verständigt worden.²⁵⁵, ²⁵⁶ Eine diesbezügliche Säumnis ist vom Beklagten zu verantworten.

Obwohl sich auch die österreichische Bestimmung des § 580 ZPO sowohl an Art 3 ModG als auch an § 1028 dZPO orientiert²⁵⁷, unterscheidet sich dessen Abs 2, der die Zugangsfiktion regelt, doch wesentlich von diesen. Denn die zu § 580 Abs 1 ZPO subsidiäre Bestimmung hinsichtlich einer Zugangsfiktion nach Abs 2 *leg cit* setzt unter anderem voraus, dass der Empfänger vom Schiedsverfahren positive Kenntnis hat.²⁵⁸ Dies bedeutet, dass im Unterschied zum ModG und zur dZPO²⁵⁹ eine Einleitung mittels fiktiver Zustellung eines physischen Schriftsatzes nicht möglich ist, denn dadurch könnte der Beklagte keine positive Kenntnis erlangen. Diese Regelung dient nach hA der Wahrung des rechtlichen Gehörs.²⁶⁰

In der Lit wird mitunter vertreten, dass die Bestimmung des § 580 Abs 2 ZPO zur Gänze dispositiv sei, bzw wird nicht näher darauf eingegangen, welche einzelnen Tatbestandselemente dispositiv sind.²⁶¹ Richtigerweise ist in diesem Zusammenhang zu

„(1) Unless otherwise agreed by the parties:

(a) any written communication is deemed to have been received if it is delivered to the addressee personally or if it is delivered at his place of business, habitual residence or mailing address; if none of these can be found after making a reasonable inquiry, a written communication is deemed to have been received if it is sent to the addressee's last-known place of business, habitual residence or mailing address by registered letter or any other means which provides a record of the attempt to deliver it;”

²⁵⁵ § 1028 dZPO schafft somit eine Obliegenheit für die Parteien einer Schiedsvereinbarung, die jeweils aktuelle Anschrift der anderen Partei bekannt zu geben, wobei eine zumutbare Nachforschungspflicht dennoch angenommen werden kann, *Saenger in Saenger*⁵ § 1028 Rz 2 mwN.

²⁵⁶ Auf allfällige Probleme im Zusammenhang mit Art V Abs 1 Lit b NYÜ sei an dieser Stelle hingewiesen.

²⁵⁷ *Rechberger/Melis in Rechberger*⁴ § 580 Rz 1.

²⁵⁸ Vgl *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 580 ZPO Rz 39; *Rechberger/Melis in Rechberger*⁴ § 580 Rz 2.

²⁵⁹ Vgl *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 580 ZPO Rz 40 mwN.

²⁶⁰ *Rechberger/Melis in Rechberger*⁴ § 580 Rz 2; *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 580 ZPO Rz 40.

²⁶¹ *Zeiler Schiedsverfahren*² § 580 Rz 16; *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 580 ZPO Rz 37; *Rechberger/Melis in Rechberger*⁴ § 580 Rz 4. Letztere gehen offensichtlich davon aus, dass ein

differenzieren und davon auszugehen, dass das Erfordernis der Kenntnis vom Schiedsverfahren nicht dispositiv ist. Dies würde nämlich einem Vorausverzicht auf das rechtliche Gehör gleichkommen.²⁶² Die Gewährung des rechtlichen Gehörs selbst, verankert in § 594 Abs 2 ZPO, ist jedoch zwingend.²⁶³ Aus diesem Kontext ergibt sich auch, dass es nicht die Absicht des Gesetzgebers (iS einer historisch-teleologischen Interpretation) sein konnte, dass die Kenntnis des Beklagten vom Schiedsverfahren für die Zustellfiktion dispositiv wäre.

Diese Ansicht deckt sich mit der Jud zur EMRK²⁶⁴, aus der abgeleitet werden kann, dass – wie es *Reiner* treffend formuliert – „das Gebot der Gewährung des rechtlichen Gehörs [...] ... ganz unzweifelhaft zu dem unverzichtbaren Kernbereich des Art 6 EMRK [gehört], der als Mindeststandard zum *ordre public* gehört und dessen Einhaltung die staatlichen Gerichte im Rahmen von Schiedsspruchanfechtungs- bzw Schiedsspruchvollstreckungsverfahren zu kontrollieren haben.“²⁶⁵ Dies bedeutet somit, dass eine Partei (auch) nach dem Standard der EMRK nicht im Vorhinein darauf verzichten kann, von einem Verfahren in Kenntnis gesetzt zu werden²⁶⁶, anderenfalls ihr das rechtliche Gehör gar nicht gewährt werden könnte. Dementsprechend ist es ständige österreichische Rsp, dass ein Schiedsspruch dann erfolgreich anfechtbar ist, wenn einer Partei das rechtliche Gehör überhaupt nicht gewährt wurde.²⁶⁷ Die

Abweichen vom Erfordernis der Kenntnis vom Schiedsverfahren nicht dispositiv ist. Andernfalls hätten diese Autoren in ihren Beispielen diese Möglichkeit mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit erwähnt.

²⁶² So auch *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 44 Rz 19.

²⁶³ *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/14; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 594 ZPO Rz 103 und § 611 ZPO Rz 107; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 594 Rz 9.

²⁶⁴ Zur Diskussion, ob Schiedsgerichte an die Garantien bzw an welche Garantien des Art 6 EMRK gebunden sind und inwieweit Parteien durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung auf die Einhaltung der Garantien verzichten, vgl *G. Kodek* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/8 ff; *Haas*, SchiedsVZ 2009, 74 ff. Zumindest hinsichtlich der Gewährung rechtlichen Gehörs geht die hL davon aus, dass es sich hierbei um einen Mindeststandard handelt, auf dessen Einhaltung die Parteien mit Abschluss einer Schiedsvereinbarung nicht verzichten, vgl *G. Kodek* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/39; *Haas*, SchiedsVZ 2009, 78. Da die Gewährung des rechtlichen Gehörs auch in § 594 Abs 2 ZPO Eingang gefunden hat, erübrigt sich an dieser Stelle eine vertiefende Diskussion.

²⁶⁵ *Reiner*, ZfRV 2003/11, 61. Zur Jud des EGMR s ebenda. Da *Reiner* die Gewährung des rechtlichen Gehörs zum unverzichtbaren Kernbereich des Art 6 EMRK zählt, meint dieser in weiterer Folge, dass es völlig unstrittig sei, dass dem Beklagten die Schiedsklage zuzustellen ist. Vgl ebenda, 62. Diese Ansicht ist zwar für die österreichische Rechtslage zutr, dass es aber auch anders sein kann, zeigt die deutsche Rechtslage, die gemäß § 1028 dZPO die Zustellfiktion für die Verfahrenseinleitung zulässt.

²⁶⁶ Vgl auch *Meyer-Ladewig*² 124 Rz 38; *Grabenwarter/Pabel*⁵ 423 Rz 64.

²⁶⁷ Zuletzt OGH 24.04.2013, 9 Ob 27/12d. Auf die zutr Kritik an dieser stRsp von *Reiner*, ZfRV 2003, 59 ff und *Klausegger*, *ecolex* 2011, 37, kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden.

betroffene Partei muss die Gewährung des rechtlichen Gehörs nicht nutzen, sondern es geht vielmehr darum, dass diese die Möglichkeit dazu hatte. Ob sie diese nutzt oder nicht, liegt in ihrem Ermessen. Mit anderen Worten: eine Gehörsverletzung liegt nur dann vor, wenn die Partei an der „*Geltendmachung ihrer Angriffs- oder Verteidigungsmittel gehindert war.*“²⁶⁸ Wäre aber ein Vorausverzicht auf Verständigung vom Schiedsverfahren an sich möglich, dann kann – wie bereits erwähnt – das Recht auf rechtliches Gehör nicht gewährt und wahrgenommen werden. Zählt man die tatsächliche Inkenntnissetzung zum rechtlichen Gehör und somit zum *ordre public*, dann ist ein Schiedsspruch, der auf einem Verfahren beruht, das nach der *lex arbitri* wirksam mittels Zustellfiktion eingeleitet wurde – wie etwa nach deutschem Recht –, in Österreich nach Art 5 Abs 2 lit b NYÜ nicht anerkennungs- und vollstreckungsfähig.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass es zwar möglich ist, vom Erfordernis der postalischen Zustellung gem § 580 Abs 2 ZPO mittels Parteienvereinbarung abzurücken. Die Parteien können somit eine Vereinbarung hinsichtlich der Art und Weise der Inkenntnissetzung treffen – im Übrigen wurde bereits gezeigt, dass nach den Bestimmungen der ZPO eine Einleitung auch auf andere Art und Weise als mit einem physischen Schriftsatz möglich ist –, dass der Beklagte aber von der Einleitung des Schiedsverfahrens tatsächlich zu verständigen ist, darüber können die Parteien – weder im *ad-hoc* noch im institutionellen Verfahren – nicht disponieren. Da somit das Erfordernis der Kenntnis vom Schiedsverfahren nicht dispositiv ist, ist nach österreichischer Rechtslage eine Einleitung des Schiedsverfahrens mittels Zugangsfiktion (eines physischen Schriftsatzes) nicht möglich.^{269, 270} Die Regelung der

²⁶⁸ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 594 ZPO Rz 106; vgl auch Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 594 Rz 4.

²⁶⁹ Nach dem Gesagten scheint die deutsche Bestimmung des § 1028 dZPO hinsichtlich der Erfordernisse der EMRK zumindest bedenklich. Schlosser möchte daher gegen Schiedssprüche „zur Wahrung fundamentaler rechtsstaatlicher Belange“ ein Wiederaufnahmeverfahren gegen Schiedssprüche zulassen, vgl Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1028 Rz 1 und Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1028 Rz 1.

²⁷⁰ Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass ein trotz mangelnder Inkenntnissetzung und deshalb ohne jegliche Beteiligung einer Partei durchgeführtes Schiedsverfahren kein Nichtverfahren ist, sondern lediglich gemäß § 611 Abs 2 Z 2 ZPO aufhebbar ist.

Zustellfiktion nach § 580 Abs 2 ZPO ist erst ab Kenntnis der gegnerischen Partei – somit nach Verfahrenseinleitung – anwendbar.

C. Institutionelle Schiedsverfahren

Im Unterschied zur ZPO beinhalten die in dieser Arbeit untersuchten institutionellen Schiedsordnungen Bestimmungen hinsichtlich des Beginns bzw Einleitung des Verfahrens.²⁷¹ Nach den WR 2006 und WR 2013, der ICC-SchO, der DIS-SchO und den Schweizer Regeln beginnt das Verfahren mit Einlangen der Schiedsklage bzw Einleitungsanzeige bei der Institution. Welche Rechtsfolgen damit verbunden sind, regeln diese Schiedsordnungen selbstverständlich nicht.^{272, 273}

Der Zeitpunkt, ab welchem der Beklagte abstrakt seine Verfahrensrechte ausüben kann und es somit möglich ist, dass er säumig wird, kann – wie im *ad-hoc* Verfahren – nur jener sein, in welchem einem Beklagten der verfahrenseinleitende Antrag wirksam zugeht.²⁷⁴ Sollte eine Partei vor wirksamer Zustellung, die sich nach der relevanten Schiedsordnung (und allenfalls nach nationalem *ius cogens*) richtet, von

²⁷¹ Vgl hierzu Art 9 Abs 1 WR 2006: „Das Schiedsverfahren wird durch Einreichung einer Klage beim Sekretariat eingeleitet. Mit Einlangen der Klage im Sekretariat ist das Verfahren anhängig.“

Art 7 Abs 1 WR 2013: „Das Schiedsverfahren gilt als an dem Tag eingeleitet, an dem die Klage beim Sekretariat eingegangen ist. Damit ist das Verfahren anhängig.“

Art 4 Abs 2 ICC-SchO: „Der Tag, an dem die Klage beim Sekretariat eingeht, gilt in jeder Hinsicht als Zeitpunkt des Beginns des Schiedsverfahrens.“

§ 6 Abs 1 DIS-SchO: „Der Kläger hat die Klage bei einer DIS-Geschäftsstelle einzureichen. Das schiedsrichterliche Verfahren beginnt mit Zugang der Klage bei einer DIS-Geschäftsstelle.“

Art 3 Abs 1 Schweizer Regeln: „Die das Schiedsverfahren einleitende Partei (nachstehend die „klagende(n) Partei(en)“ genannt), hat dem Sekretariat eine Einleitungsanzeige an eine der in Appendix A genannten Adressen einzureichen.“

Art 3 Abs 2 Schweizer Regeln: „Das Schiedsverfahren gilt als an dem Tag eingeleitet, an dem die Einleitungsanzeige dem Sekretariat zugegangen ist.“

²⁷² Insofern ist Oberhammer vollinhaltlich zuzustimmen, wenn dieser meint, dass eine Regelung, die nichts anderes sagt, als dass ein Verfahren beginnt, wenn es beginnt, wenig Sinn macht. S hierzu Kap III.B.1. FN 204.

²⁷³ Hinsichtlich des Zeitpunkts der Unterbrechung der Verjährung ist nach hM im institutionellen Verfahren auf das Einlangen der Klage bei der vereinbarten Schiedsinstitution abzustellen, vgl hierzu Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/90 mwN; Zeiler, Schiedsverfahren² § 584 Rz 19; Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 263.

Hinsichtlich des Eintritts der Schiedshängigkeit ist nach hM auf den Zeitpunkt des Zugangs der Schiedsklage oder des Antrags, den Rechtsstreit einem Schiedsgericht vorzulegen, beim Beklagten abzustellen, vgl hierzu Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/6 f mwN; Zeiler, Schiedsverfahren² § 584 Rz 13 f.

²⁷⁴ Partei wird der Beklagte jedoch schon mit Einlangen des verfahrenseinleitenden Antrags bei der Schiedsinstitution, Individualisierung der jeweiligen Schiedsordnung entsprechend vorausgesetzt.

dem Verfahren faktische Kenntnis erlangen, können allfällige Fristen dennoch erst ab der Zustellung zu laufen beginnen bzw eine Obliegenheit zur Ausübung bestimmter Prozesshandlungen erst ab diesem Zeitpunkt bestehen. Dies ergibt sich aus dem dispositiven Charakter von institutionellen Regeln; die Art der Zustellung und alle Rechte und Pflichten bzw Obliegenheiten, die daran anknüpfen, wurden von den Parteien durch die Einigung auf bestimmte Schiedsregeln vereinbart. Eine tatsächliche Kenntnis von der Verfahrenseinleitung kann daran nichts ändern, nur allenfalls eine von den Schiedsregeln abweichende Parteienvereinbarung, die aber wohl selten vorliegen wird und im Zweifel auch nicht anzunehmen ist. Sollte aber zB eine Partei noch vor wirksamen Zugang des verfahrenseinleitenden Antrags, von dem sie auf andere Art und Weise erfahren hat, auf diesen reagieren wollen und ihre Antwort verfrüht einbringen oder vorweg einen Schiedsrichter benennen wollen, stellt sich die Frage, ob sie dies wirksam tun kann. Dafür könnte sprechen, dass eine Partei einseitig auf die Ausschöpfung einer Frist verzichten kann, da Fristen als Maximalfristen zu verstehen sind.²⁷⁵ Daher könnte man argumentieren, dass eine Partei auch auf eine Frist an sich bzw den Beginn der Frist verzichten könnte. Dagegen könnte man anführen, dass vor wirksamer Zustellung Parteirechte nicht wirksam ausgeübt werden können. ME bietet sich ein Mittelweg an und sind vor wirksamer Verfahrenseinleitung allfällige vorgenommene „Prozesshandlungen“ nicht gänzlich unwirksam. Sollte etwa ein Beklagter vor wirksamer Zustellung einen Schiedsrichter ernennen oder einen Schriftsatz einbringen, ist ihm zwar die Möglichkeit, innerhalb der nach der Schiedsordnung für diese Handlungen zugestandenen Fristen einen (anderen) Schiedsrichter oder einen (anderen) Schriftsatz einzubringen, nicht genommen. Tut er dies, gehen diese Verfahrenshandlungen vor und verdrängen die zuvor abgegebenen Erklärungen. Tut er dies nicht, so wird man angesichts der inhaltlichen Gleichwertigkeit der verfrühten Prozesshandlung davon ausgehen müssen, dass diese prozessual wirksam und somit beachtlich ist.

²⁷⁵ Die einzelnen Schiedsregeln bestimmen, dass eine Antwort auf den verfahrenseinleitenden Antrag „*binnen*“ oder „*innerhalb*“ einer bestimmten Frist einzubringen ist (vgl Art 5 Abs 1 ICC-SchO; Art 10 Abs 1 WR 2006; Art 8 Abs 1 WR 2013; Art 3 Abs 7 Schweizer Regeln).

1. Der verfahrenseinleitende Antrag und dessen Verbesserung

Im institutionellen Verfahren sind die Anforderungen an den verfahrenseinleitenden Antrag, wie auch immer dieser unter den diversen Schiedsregeln genannt wird, und vor allem an dessen Inhalt umfangreich geregelt.²⁷⁶ Diesbezüglich besteht wenig Raum für eine Diskussion, welchen Inhalt dieser Antrag haben muss.²⁷⁷

Fehlt jedoch eine der geforderten Angaben, dann ermöglichen alle hier behandelten Regeln, dass die Schiedsinstitution den Antrag an den Kläger zur Verbesserung zurückstellt^{278, 279}:

Die WR 2006 sehen diesbezüglich vor, dass der „*Generalsekretär den Kläger zur Verbesserung oder Ergänzung auff[fordert]*“²⁸⁰. Hierzu wird richtigerweise – wie sich aus dem Wortlaut der Bestimmung ergibt – vertreten, dass der Generalsekretär die Klage bei Inhaltsmängeln zurückstellen muss und keinen Ermessensspielraum hat.²⁸¹ Der Generalsekretär muss gleichzeitig mit der Aufforderung zur Verbesserung darauf hinweisen, dass bis zu einer Verbesserung die Klage nicht weiter behandelt werde.²⁸² Wie oft dem Kläger eine Verbesserung aufgetragen wird, liegt im Ermessen des Generalsekretärs. Dem Wortlaut zufolge würde ein einziger Verbesserungsauftrag dem Anspruch der WR genügen. Jedoch liegt es auch im Interesse der Institution als Dienstleister, dass etwa die Parteien von Anfang an hinreichend individualisiert werden, da dies nicht nur der Zufriedenheit der Anwender der WR 2006 dient, sondern auch etwaige Zustellprobleme zu verhindern geeignet ist. Eine Frist, binnen derer die Mangelhaftigkeit geheilt werden muss, enthalten die WR 2006 nicht, weshalb dies im Ermessen des Generalsekretärs liegt.²⁸³ Dies ist durchaus im Interesse der Verfahrensökonomie, da dies die Möglichkeit bietet, auf individuelle Umstände

²⁷⁶ Vgl Art 4 Abs 3 ICC-SchO; Art 9 Abs 3 WR 2006; Art 7 Abs 3 WR 2013; Art 3 Abs 3 Schweizer Regeln; § 6 Abs 2 DIS-SchO.

²⁷⁷ Vgl zur Individualisierung der Partei Kap II.C.

²⁷⁸ Vgl Art 4 Abs 4 ICC-SchO; Art 9 Abs 5 WR 2006; Art 7 Abs 4 WR 2013; Art 3 Abs 5 Schweizer Regeln; § 6 Abs 4 DIS-SchO.

²⁷⁹ Zum Verbesserungsauftrag s auch oben II.C.1.

²⁸⁰ Art 9 Abs 5 WR 2006.

²⁸¹ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-081; *Liebscher* in *Schütze*, Institutional Arbitration 324 Rz 107.

²⁸² WR 2006 Art 9 Abs 5.

²⁸³ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-081. Zur Möglichkeit der Fristverlängerung s ebenda und Art 13 Abs 1 WR 2006.

Rücksicht zu nehmen. Ist der Kläger trotz (mehrmaliger) Aufforderung zur Verbesserung nicht in der Lage oder nicht Willens, die Verbesserung vorzunehmen, so ist die Klage nicht weiter zu behandeln.²⁸⁴

In der Nachfolgebestimmung zu Art 9 Abs 5 der WR 2006 ist nur mehr die Rede davon, dass der Generalsekretär den „*Kläger zur Verbesserung oder Ergänzung auffordern [kann].*“²⁸⁵ Somit wurde dem Generalsekretär ein größerer Ermessensspielraum eingeräumt.²⁸⁶ Wie dieser gehandhabt wird und anhand welcher Kriterien der Generalsekretär entscheiden wird, ob er einen Verbesserungsauftrag erteilt oder nicht, wird die Praxis zeigen. Angebracht scheint es, hinsichtlich inhaltlicher Mängel (Art 7 Abs 3.1 bis Abs 3.3) einen strengeren Maßstab anzulegen als hinsichtlich der Angaben bezüglich der Anzahl und Benennung der Schiedsrichter bzw bezüglich der Angaben zur Schiedsvereinbarung (Art 7 Abs 3.4 bis Art 3.6). In aller Regel wird aber die Einräumung einer (zumindest) einmaligen Verbesserungsmöglichkeit üblich sein.²⁸⁷ Nur wenn der Antrag nicht einmal Minimalanforderungen entsprechen sollte, weil *essentialia* fehlen, was eine Verbesserung unmöglich erscheinen lässt, wird der Generalsekretär keinen Verbesserungsauftrag erteilen müssen. Konsequenz dessen ist, dass ein Verfahren nie existent geworden ist und somit der Antrag ein *nullum* ist. Im Interesse der Rechtssicherheit (und wohl auch zur Vermeidung einer allfälligen Haftung der Schiedsinstitution) wird der Generalsekretär, soweit ihm dies überhaupt möglich ist (man denke nur an eine „Schiedsklage“, die keine Angaben zum Kläger enthält), den Kläger auf diesen Umstand hinweisen. Zu beachten ist, dass es auch Mängel gibt, die zu keiner Verbesserung führen, weil diese Mängel die weitere Behandlung der Klage nicht behindern. So ist etwa bei der Angabe der „*Kontaktdaten*“²⁸⁸ nach Art 7 Abs 3.1 WR 2013 davon auszugehen, dass dieses Erfordernis der modernen Kommunikationstechnik Rechnung trägt, die Angabe der Email-Adresse jedoch kein absolut notwendiges Inhaltserfordernis ist. Denn auch wenn dies mittlerweile üblich ist, muss nicht jede

²⁸⁴ Vgl näher III.C2.2.

²⁸⁵ Art 7 Abs 4 WR 2013.

²⁸⁶ *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 9.

²⁸⁷ *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 9.

²⁸⁸ Das Erfordernis der Angabe der Kontaktdaten ist in der entsprechenden Vorgängerbestimmung Art 9 WR 2006 nicht vorgesehen. Da weiterhin das Erfordernis der Angabe der Anschrift in den WR 2013 enthalten ist, muss sich die Angabe der Kontaktdaten davon unterscheiden. In der Regel handelt es sich dabei um elektronische Kontaktmöglichkeiten, wie Email-Adressen.

Person eine Email-Adresse besitzen. Daher muss es weiterhin genügen, dass die Angaben ausreichen, um eine Klage zustellen zu können. In diesem Fall ist ein Verbesserungsauftrag nicht notwendig.^{289, 290}

Die DIS-SchO sieht in ihrer aktuellen Version als die einzig hier behandelten Regeln noch vor²⁹¹, dass die DIS-Geschäftsstelle bei Mangelhaftigkeit der Klage den Kläger unter Fristsetzung zur Ergänzung auffordern *muss*.²⁹² Diese Pflicht geht aber einer Wortinterpretation folgend nur soweit, als auch von einer Klage zu sprechen ist.

Ebenso wie die WR 2013 enthalten die Schweizer Regeln als auch die ICC-SchO, die Möglichkeit, dass das Sekretariat die Schiedsklage zur Verbesserung zurückstellen *kann*.²⁹³ Hinsichtlich der ICC-SchO ist mE nicht ganz klar, ob sich die Möglichkeit der Verbesserung auch auf die Klagsangaben nach Art 4 Abs 3 SchO bezieht. Denn die Möglichkeit, dem Kläger eine Frist zur Verbesserung einzuräumen, ist in Art 4 Abs 4 enthalten. *Leg cit* bestimmt, dass die Klage in der nach Art 3 Abs 1 ICC-SchO notwendigen Anzahl von Exemplaren einzureichen (lit a) und die Registrierungsgebühr zu zahlen ist (lit b). Möchte man die Verbesserungsmöglichkeit am Wortlaut festmachen, dann bezieht sich diese nur auf lit a) und lit b) des Art 4 Abs 4 ICC-SchO. Teleologisch betrachtet muss man aber davon ausgehen, dass die Verbesserungsmöglichkeit auch hinsichtlich der Angaben nach Art 4 Abs 3 ICC-SchO gegeben sein muss. Denn Sinn dieser Bestimmung ist, dass eine mangelhafte Klage möglichst verhindert werden soll. Dementsprechend geht auch die ICC anscheinend selbstverständlich davon aus, dass sich die Verbesserungsmöglichkeit auch auf Art 4 Abs 3 ICC-SchO bezieht.²⁹⁴

Obwohl auch nach der ICC-SchO und den Schweizer Regeln das Einräumen einer Verbesserungsmöglichkeit im Ermessen des Sekretariats liegt, scheint es

²⁸⁹ *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 8 sprechen jedoch davon, dass die Aufzählung Mindestanforderungen seien.

²⁹⁰ Vgl hierzu näher Kap II.B.

²⁹¹ Die WR 2006 sind nur mehr auf bis zum Ende Juni 2013 anhängige Verfahren anwendbar.

²⁹² Vgl § 6.4 DIS-SchO.

²⁹³ Art 4 Abs 4 ICC-SchO; Art 3 Abs 5 Schweizer Regeln.

²⁹⁴ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-118: "When a document labeled 'Request for Arbitration' is received, the Secretariat will review its contents to determine whether it contains the information required by Article 4(3)." Ebenso *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 46 Rz 103: "If a Request is incomplete, the Secretariat will request completion, usually prior to the notification of the Request."

angebracht, einem Kläger in aller Regel (zumindest) eine Möglichkeit zur Verbesserung einzuräumen.²⁹⁵ Daher ist *Gilliéron/Pittet* zuzustimmen, wenn diese – zwar noch zur alten Bestimmung der Schweizer Regeln betreffend Verbesserung, die aber inhaltlich mit der aktuellen Bestimmung deckungsgleich ist – meinen, dass im Interesse der Gleichbehandlung von Parteien, die sich auf eine Streitbeilegung nach den Schweizer Regeln geeinigt haben, das Sekretariat einheitlich vorgehen und einem Kläger zumindest eine Verbesserungsmöglichkeit einräumen sollte.²⁹⁶ Anderes kann nur dann gelten, wenn die Einleitungsanzeige so unvollständig ist, dass diese nicht einmal als solche qualifiziert werden kann.

Hinsichtlich der Prüfung durch das zuständige Organ der jeweiligen Schiedsinstitution, ob all die geforderten Angaben im verfahrenseinleitenden Antrag enthalten sind, ist davon auszugehen, dass diese keine inhaltliche Prüfung der Schiedsklage sein kann. Die Prüfung beschränkt sich darauf, ob *prima facie* alle verlangten Informationen formal im verfahrenseinleitenden Antrag enthalten sind. Das größte Augenmerk wird darauf liegen, ob die Informationen, die für eine Zustellung an den Beklagten notwendig sind, vorhanden sind.²⁹⁷ Die Entscheidung, ob der verfahrenseinleitende Antrag tatsächlich den Verfahrensregeln entsprechend eingebracht wurde und ob dieser zulässig ist, obliegt letztendlich nur dem Schiedsgericht und nicht der Schiedsinstitution.²⁹⁸

Im Unterschied zu den Regelungen der ZPO ist im Bereich der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit kaum Raum für eine Diskussion, in welcher *Form* der verfahrensleitende Antrag bei der Schiedsinstitution einzureichen ist. Die jeweiligen Schiedsordnungen sehen eine schriftliche Klage vergleichbar mit einer Klage im

²⁹⁵ Vgl hierzu auch oben zu den WR.

²⁹⁶ *Gilliéron/Pittet* in *Zuberbühler/Müller/Habegger* Art 3 Rz 11.

²⁹⁷ Vgl hierzu *Fry/Greenberg/Mazza*, *Secretariat's Guide* Rz 3-118 f.

²⁹⁸ Vgl hierzu *Fry/Greenberg/Mazza*, *Secretariat's Guide* Rz 3-118; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, *Institutional Arbitration* 46 Rz 104; *Liebscher* in *Schütze*, *Institutional Arbitration* 324 Rz 105 f.

ordentlichen Gerichtsverfahren oder eine Einleitungsanzeige vor, die physisch an die Institution übermittelt werden muss.²⁹⁹

Am liberalsten scheint die DIS-SchO zu sein: diese sieht in § 5 Abs 1 vor, dass *„die Schiedsklage und Schriftsätze, welche Sachanträge oder eine Klagerücknahme enthalten, [...] durch eingeschriebenen Brief gegen Rückschein, oder Kurierdienst, Fax oder eine andere Übersendungsart, soweit diese einen Nachweis des Zugangs gewährleisten, zu übersenden [sind]“*. Somit kann die Schiedsklage demnach auch auf andere Weise als durch einen klassischen Schriftsatz an die DIS überreicht werden, solange ein Nachweis über den Zugang möglich ist.³⁰⁰ Zu beachten bleibt jedoch, dass § 4 der DIS-Regeln verlangt, dass alle Schriftsätze in so vielen Exemplaren eingereicht werden müssen, dass jedem Schiedsrichter, jeder Partei, und soweit die Einreichung des Schriftsatzes bei der DIS erfolgt (wie eben die Schiedsklage), dieser ein Exemplar zur Verfügung steht. Dementsprechend ist nach § 6 Abs 4 DIS-SchO ein Verbesserungsauftrag zu erteilen, wenn Exemplare der Klage fehlen. Weiters kann nach § 8 DIS-SchO die Übersendung der Klage an den Beklagten davon abhängig gemacht werden, dass bei der DIS die nach § 4 der DIS-SchO erforderliche Anzahl von Exemplaren der Klageschrift eingegangen ist.³⁰¹ Im Falle einer elektronischen Übermittlung der Schiedsklage ist damit jedenfalls ein physischer Schriftsatz in der

²⁹⁹ Art 9 Abs 2 WR 2006: *„Für jeden Beklagten, jeden Schiedsrichter und das Sekretariat ist je eine Klagsausfertigung samt Beilagen einzureichen.“*

Art 7 Abs 2 WR 2013: *„Für jede Partei, jeden Schiedsrichter und das Sekretariat ist je eine Klagsausfertigung samt Beilagen einzureichen.“*

Art 4 Abs 4 lit a. ICC-SchO: *„Der Kläger hat die Klage in der nach Artikel 3(1) erforderlichen Anzahl von Exemplaren einzureichen“*. Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-85, weisen darauf hin, dass die Schiedsklage auch per Email oder Fax eingereicht werden kann, dass aber im Anschluss daran auch physische Schriftsätze („hard copies“) eingereicht werden müssen.

Art 3 Abs 3 Schweizer Regeln: *„Die Einleitungsanzeige ist in so vielen Exemplaren einzureichen wie es Gegenparteien (nachstehend die ‚beklagten Partei(en)‘ genannt) gibt, mit einem zusätzlichen Exemplar für jedes Mitglied des Schiedsgerichts und für das Sekretariat. ...“*.

Unter all den hier behandelten Schiedsordnungen wird – wie auch von Fry/Greenberg/Mazza aaO zur ICC-SchO – vertreten, dass die Klage zwar elektronisch eingereicht werden kann, jedoch im Anschluss die erforderlichen Schriftsätze nachzureichen sind.

³⁰⁰ Vgl Theune in Schütze, Institutional Arbitration 214 ff Rz 34 ff; Schilling in Nedden/Herzberg § 5 DIS-SchO Rz 8 f.

³⁰¹ Vgl hierzu allgemein auch Schilling in Nedden/Herzberg § 4 DIS-SchO Rz 9 ff und § 9 DIS-SchO Rz 6.

erforderlichen Anzahl nachzureichen.³⁰² Daher sind die alternativen Einbringungsmöglichkeiten einer Schiedsklage bei der DIS nur theoretische und es sind auch im DIS-Verfahren in aller Regel physische Schriftsätze einzubringen.³⁰³

2. Vorgehen der Schiedsinstitutionen bei Nichterledigung eines Verbesserungsauftrages

Die verschiedenen institutionellen Schiedsordnungen sehen verfahrenstechnisch unterschiedliche Lösungen vor, wie sich ein Verbesserungsauftrag und dessen Nichterledigung auf die administrative Ebene auswirken. Diese werden im Folgenden kurz dargestellt:

Nach den WR 2006 wird eine Schiedsklage bei nicht rechtzeitiger Erledigung des Verbesserungsauftrages nicht weiter behandelt. Dies bedeutet, dass eine solche mangelhafte Klage „schlummert“ und – obwohl freilich nicht gehörig fortgesetzt und somit ohne verjährungsunterbrechende Wirkung – jederzeit vom Kläger aktiviert werden kann, ohne dass formal eine neue Klage eingebracht werden müsste.³⁰⁴ Dies kann zu Unklarheiten, va bei rechtlich nicht erfahrenen (bzw nicht vertretenen) Parteien, führen. Außerdem bewirkt diese Bestimmung, dass die Causa bei der Schiedsinstitution formal immer weitergeführt werden muss.³⁰⁵ Daher ist die Neuregelung nach den WR 2013 (Art 7 Abs 4), wonach der Generalsekretär das Verfahren bei Nichtvornahme der Verbesserung für beendet erklären *kann*, zu begrüßen.^{306, 307} Erklärt der Generalsekretär das Verfahren für beendet, stellt Art 7 Abs 4 WR 2013 klar, dass dies nicht als

³⁰² *Theune* weist in einem Vorschlag zur Änderung des § 6 DIS-SchO darauf hin, dass die DIS die notwendigen Exemplare auf Kosten der klagenden Partei anfertigen soll, vgl *Theune* in *Schütze*, Institutional Arbitration 214 ff Rz 63.

³⁰³ Vgl hierzu FN 266.

³⁰⁴ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-086.

³⁰⁵ Zur Auswirkung auf die Verjährung vgl *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-016 ff und 9-087 und *Liebscher* in *Schütze*, Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit² Art 9 Rz 1.

³⁰⁶ Vgl *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 4.

³⁰⁷ Die Formulierung, dass der Generalsekretär das Verfahren für beendet erklären „*kann*“, ermöglicht auf Umstände des Einzelfalls adäquat zu reagieren. Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Generalsekretär in aller Regel das Verfahren einstellen wird.

Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht zu qualifizieren ist.³⁰⁸ Stellt der Generalsekretär das Verfahren hingegen nicht formal ein, so „schlummert“ das Verfahren wie oben zu den WR 2006 beschrieben. Eine neuerliche Klagseinbringung ist dann als nicht fristgerechte Verbesserung zu qualifizieren, die allenfalls ihrerseits zur Unterbrechung der Verjährung führen kann.

Im Unterschied zu den WR 2013 regelt die ICC-SchO, dass nach fruchtlosem Ablauf der Frist zur Verbesserung das Verfahren endet, dies aber ebenfalls nicht als Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht zu qualifizieren ist (Art 4 Abs 4). Somit ist keine formelle Beendigung durch die Schiedsinstitution notwendig. Aus Sicht der Schiedsinstitution bedeutet dies eine minimale Arbeitersparnis im Gegensatz zu den WR 2013. Aus Sicht der Parteien – im Stadium der Einleitung ist dies nur die Klägersseite – wäre es aber sicherlich wünschenswert, eine Mitteilung der Schiedsinstitution zu erhalten, dass das Verfahren tatsächlich nicht mehr anhängig ist. Wird im ICC-Schiedsverfahren ein Verbesserungsauftrag verspätet nachgeholt, ist dieser Vorgang – aufgrund der automatischen Beendigung – als neuerliche Schiedsklage zu werten.

Ganz ähnlich wie die ICC-SchO sieht die DIS-SchO in § 6 Abs 4 vor, dass das Verfahren nach fruchtlosem Ablauf einer Frist zur Verbesserung nach § 6 Abs 3 DIS-SchO endet, dies aber ebenfalls keine Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht bedeutet.³⁰⁹ Daher gilt das zur ICC-SchO Gesagte.

Die Schweizer Regeln beinhalten keine expliziten Regeln, was zu gelten hat, wenn einem Verbesserungsauftrag nicht entsprochen wird. Aus Art 3 Abs 5 letzter Satz lässt sich jedoch *e contrario* ableiten³¹⁰, dass das Verfahren nicht als eingeleitet anzusehen ist, wenn die aufgetragene Verbesserung nicht fristgerecht eingereicht wird. Sollte der Mangel erst nach Ablauf der Verbesserungsfrist behoben werden, ist dieser

³⁰⁸ Welche Auswirkung die Verfahrensbeendigung im Einzelfall, richtet sich nach dem anwendbaren Recht, s *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 4.

³⁰⁹ Zur Diskussion ob die Klage nur als unvollständig anzusehen ist, wenn eine der notwendigen Informationen nach § 6 Abs 2 DIS-SchO fehlt oder ob sich dies auch auf Angaben nach § 6 Abs 3 DIS-SchO bezieht, vgl *Theune in Schütze*, Institutional Arbitration 215 Rz 57 ff.

³¹⁰ AA *Reiter in Arroyo* 357, der davon ausgeht, dass die Nichterledigung des Verbesserungsauftrages keine unmittelbare Auswirkung auf das Verfahren hat und das Sekretariat dieses bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts fortführen sowie die Einleitungsanzeige an den Beklagten zustellen muss. Fraglich bleibt nach dieser Ansicht, was geschehen soll, wenn die Einleitungsanzeige aufgrund mangelnder Angaben nicht zugestellt werden kann.

Vorgang somit ebenfalls als neuerliche Einleitungsanzeige zu qualifizieren und nicht als Verbesserung im eigentlichen Sinn.³¹¹

3. Zustellung an den Beklagten

Ist der verfahrenseinleitende Antrag den Regeln entsprechend eingebracht worden, kein Verbesserungsauftrag notwendig bzw. einem Verbesserungsauftrag der Schiedsinstitution Folge geleistet worden, wird dieser dem Gegner zugestellt. Dies übernimmt die jeweilige Schiedsinstitution.³¹² Mit der wirksamen Zustellung (genauer gesagt mit Ablauf von Fristen, deren Lauf im Zeitpunkt der Zustellung beginnt), kann ein Beklagter säumig werden.

D. Zusammenfassung

Zusammenfassend muss mE das Schiedsverfahren nach der ZPO – abgesehen von einer gegenteiligen Parteienvereinbarung – nicht mittels Schriftsatz eingeleitet werden, sondern kann der verfahrenseinleitende Antrag auch auf andere Art und Weise der gegnerischen Partei zugehen, genauso wie nach der dZPO. Nur wenn der verfahrenseinleitende Antrag mit der Aufforderung, einen Schiedsrichter zu bestellen, ergeht, muss dieser auch zwingend schriftlich sein. Die österreichische Rechtslage unterscheidet sich von der deutschen jedoch dadurch wesentlich, dass der verfahrenseinleitende Antrag dem Beklagten zwingend tatsächlich zugehen muss. Eine Verfahrenseinleitung mittels Zustellfiktion ist nicht möglich.

Der Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrags ist jedoch ausschlaggebend dafür, ob das Verfahren rechtswirksam eingeleitet wurde. Entspricht dieser nicht den – ohnehin nicht strengen – skizzierten Anforderungen und wird ein Schiedsverfahren

³¹¹ Vgl. Bärtsch/Petti in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 3 Rz 11; Karrer in Schütze, Institutional Arbitration 377 Rz 91. Karrer weist aaO darauf hin, dass ein Verfahren, das noch nicht begonnen hat, auch nicht geschlossen werden kann. Dem ist zwar im Hinblick auf Art 28 der Schweizer Regeln und aufgrund des Wortlautes voll zuzustimmen. Ob das Verfahren aber nun automatisch endet oder als nicht eingeleitet gilt, macht letztlich für die administrative Ebene (und auch für die Verjährungsfrage nach österreichischem Recht) keinen Unterschied.

³¹² Art 10 Abs 1 WR 2006; Art 7 Abs 5 WR 2013; Art 4 Abs 5 ICC-SchO; Art 3 Abs 6 Schweizer Regeln; § 8 DIS-SchO.

dennoch durchgeführt, ist der auf diesem Verfahren basierende Schiedsspruch nach § 611 Abs 2 Z 2 ZPO aufhebbar.

In der Praxis wird die verfahrenseinleitende Mitteilung im *ad-hoc* Verfahren in aller Regel dennoch schriftlich erfolgen, dies schon allein aus Beweisgründen.³¹³ Im institutionellen Bereich hingegen muss eine Verfahrenseinleitung nach den untersuchten Schiedsregeln mit physischem Schriftsatz erfolgen.

Dem *ad-hoc* und dem institutionellen Schiedsverfahren ist jedoch gemeinsam, dass der Beklagte erst durch wirksamen Zugang des verfahrenseinleitenden Antrags die abstrakte Möglichkeit bekommt, seine Verfahrensrechte auszuüben und ab diesem Zeitpunkt säumig werden kann.

³¹³ Konrad in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 2/104 f.

IV. Säumnis bei der Schiedsrichterbestellung

A. Problemstellung

Die Auswahl eines Schiedsrichters wird von Parteien eines Schiedsverfahrens als besonders wichtig empfunden, weil Parteien sich dadurch erhoffen, auf das Ergebnis des Verfahrens – auch wenn dieses Faktum von Schiedsparteien nicht gerne zugegeben wird – einen gewissen Einfluss zu haben. Wenn sich diese Ansicht auf die Qualifikation eines Schiedsrichters bezieht, dann ist ihr zuzustimmen, ist doch die Wahrscheinlichkeit der Richtigkeit einer Entscheidung durch die Auswahl eines Spezialisten mit einem bestimmten Fachwissen höher, als wenn die Parteien jemanden auswählen, der bei „Null“ beginnen muss. Freilich kann gerade Letzteres auch ein Auswahlkriterium sein, sollten Parteien einen völlig unvoreingenommen, iSv nicht bereits gefestigter Meinung zu einem Thema, Blick auf ihren Streitgegenstand wünschen. Wenn sich die erwähnte Ansicht auf eine gewisse „Parteizuneigung“ bezieht – wie sich das vor allem im Schiedsrecht unerfahrene Parteien erhoffen oder vielleicht sogar erwarten³¹⁴ –, dann ist ihr zumindest theoretisch nicht zuzustimmen, stehen doch die Unparteilichkeit und die Unabhängigkeit im Zentrum der schiedsrichterlichen Tätigkeit.³¹⁵ Will sich eine Person einen Ruf als Schiedsrichter aufbauen und auch langfristig bewahren, ist es für diese überdies unverzichtbar, sich an die Grundsätze der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit zu halten.³¹⁶ Selbst wenn ein Schiedsrichter tatsächlich parteiisch agieren sollte, die Schwelle der erfolgreichen Ablehnung aber noch nicht überschritten wird (588 f ZPO), kann dies für das Verfahren kontraproduktiv sein, verliert ein solcher Schiedsrichter doch *„den Respekt seiner Mitschiedsrichter“*³¹⁷, was dazu führt, dass seine Meinung wenig oder gar nicht miteinbezogen wird.

Die Einflussmöglichkeit einer Partei auf die Konstituierung eines Schiedsgerichts wird auch dadurch beeinflusst, ob ein Einzelschiedsrichter oder ein Senat entscheiden soll und wie der Auswahl- und Bestellungsmodus konkret aussehen

³¹⁴ Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/138.

³¹⁵ Vgl nur § 588 ZPO und die als soft-law zu qualifizierenden IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration; s auch Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/4 und Rz 5/155 ff.

³¹⁶ Vgl zur ähnlich gelagerten Problematik des Privatgutachters Rechberger, SV Sonderausgabe 2012, 31.

³¹⁷ Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/138.

soll.³¹⁸ Wollen die Parteien einen Einzelschiedsrichter, muss auf beiden Seiten eine gewisse Kompromissbereitschaft vorliegen, möchten sie eine Ersatzbestellung durch einen Dritten verhindern.

Gerade diese Einflussmöglichkeiten auf das Schiedsverfahren nimmt sich eine Partei, wenn sie entweder bei der Bestellung des von ihr zu ernennenden Schiedsrichters oder bei der Zusammenarbeit mit der gegnerischen Partei zur Auswahl eines Einzelschiedsrichters säumig ist. Die Auswirkungen dieser Säumnis auf die Zusammensetzung ist Gegenstand folgender Diskussion.

B. Grenzen der Parteiautonomie

Der im Schiedsrecht beinahe alles überragende Grundsatz der Parteiautonomie wird gerade bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts deutlich, genauso wie seine Grenzen. So bestimmt § 586 ZPO, dass die Parteien die Anzahl der Schiedsrichter frei vereinbaren können. Gleichzeitig bestimmt aber *leg cit*, dass die Anzahl der Schiedsrichter immer ungerade sein muss.³¹⁹ Die Wichtigkeit der ungeraden Anzahl für den österreichischen Gesetzgeber wird durch die Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs, der unter Verletzung dieser Bestimmung zustande gekommen ist, nach § 611 Abs 2 Z 4 ZPO betont.³²⁰ Die österreichische Bestimmung zur Anzahl der Schiedsrichter ist strenger als die deutsche, die nur dann eine ungerade Anzahl von Schiedsrichtern vorsieht, wenn die Parteien darüber keine Vereinbarung getroffen haben. Für diesen Fall sieht § 1034 Abs 1 dZPO – wie auch § 586 ZPO – ein Schiedsgericht bestehend aus drei Personen vor, ansonsten sind die Parteien nach dem deutschen Schiedsrecht in der Wahl der Anzahl der Schiedsrichter völlig frei.^{321, 322, 323}

³¹⁸ Für die folgende Diskussion wird davon ausgegangen, dass entweder ein Einzelschiedsrichter oder ein Senat bestehend aus drei Schiedsrichtern entscheiden soll.

³¹⁹ Zu möglichen Problemen bei der Vollstreckung nach dem NYÜ aufgrund der zwingenden Vorschrift, dass das Schiedsgericht aus einer ungeraden Anzahl an Schiedsrichter bestehen muss, weil dies dem Parteiwillen widersprechen könne, s *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 586 ZPO Rz 34.

³²⁰ S hierzu *Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 5/10 f.

³²¹ *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX § 1034 Rz 1; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X § 1034 Rz 1; *Voit in Musielak*¹¹ § 1034 Rz 2; *Münch in Krüger/Rauscher*⁴ III § 1034 Rz 3; *Saenger in Saenger*⁵ § 1034 ZPO Rz 4.

³²² Vgl zur Problematik bei Stimmengleichheit eines Schiedsgerichts bestehend aus einer geraden Anzahl von Schiedsrichtern *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX § 1052 Rz 1; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X § 1052 Rz 1.

Sind der Parteiautonomie hinsichtlich der Anzahl der Schiedsrichter schon nach dem Wortlaut des § 586 ZPO Grenzen gesetzt, gilt dies scheinbar hinsichtlich des Bestellungsverfahrens nicht, können die Parteien doch nach § 587 Abs 1 ZPO dieses frei vereinbaren und kommen die Ersatzbestellungsvorschriften des § 587 Abs 2 ZPO nur zur Anwendung, falls die Parteien keine Vereinbarung darüber getroffen haben. Gleiches gilt nach deutscher Rechtslage (§ 1035 Abs 1 und Abs 3 dZPO).

Im Zusammenhang mit der Säumnis einer Partei bei der Bestellung eines Schiedsrichters oder bei der Mitwirkung bei der Bestellung eines Einzelschiedsrichters stellt sich die Frage, ob die Parteien schon in der Schiedsvereinbarung vorsehen können, dass die gegnerische Partei den Einzelschiedsrichter allein bestellen kann, dass der von der nicht säumigen Partei ausgewählte Schiedsrichter allein entscheiden soll oder die nicht säumige Partei bei einem Schiedsrichterkollegium auch das Bestellungsrecht der säumigen Partei wahrnehmen kann. *Fasching* führt allgemein aus – freilich noch zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 –, dem Gesetz sei klar zu entnehmen, dass für die Schiedsrichterbestellung der Grundsatz der Parität gelten solle. Daraus sei auch der Schluss zu ziehen, dass eine Regelung, die einer Partei allein die Ernennung des einzigen oder aller bzw der Mehrheit der Schiedsrichter übertrage, unwirksam ist.³²⁴ *Fasching* leitet diese Ansicht nicht nur aus allgemeinen Erwägungen, sondern auch aus § 581 ZPO aF³²⁵,³²⁶ ab, welcher das von den Parteien nicht ausgenützte Bestellungsrecht nicht auf die gegnerische Partei, sondern auf das Gericht überträgt.³²⁷ Für die Rechtslage nach dem SchiedsRÄG 2006 geht die hM ebenfalls davon aus, dass der paritätische Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts einer der Grundsätze der Schiedsgerichtsbarkeit sei. Von manchen wird der paritätische Einfluss zum Bestandteil des *ordre public* gezählt.³²⁸ Die Grenze, inwieweit Parteien den

³²³ Krit zur österreichischen Regelungen als „überfürsorgliche Bestimmung (zwingenden Charakters) im Hinblick auf den elementaren Grundsatz der Parteiautonomie“, Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/12; ähnlich krit von Saucken, Reform 118.

³²⁴ *Fasching*, Schiedsgericht 83 mwN auch zur gegenteiligen Auffassung.

³²⁵ Gemeint wohl § 582 ZPO aF.

³²⁶ Ebenso für die Rechtslage nach dem SchiedsRÄG 2006 *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 77.

³²⁷ *Fasching*, Schiedsgericht 84.

³²⁸ *Platte* in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 233 Rz 3 mwN; Zeiler, Schiedsverfahren² § 587 Rz 2 mwN; Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/19; zum *ordre public*

Bestellungsmodus frei vereinbaren können, sei anhand der Grundsätze nach Art 6 EMRK und des Maßstabes der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB zu beurteilen.³²⁹ Demnach sei in einem Bestellungsmodus für den Säumnisfall, der einer Partei ein Übergewicht einräumt, ein Verstoß gegen Art 6 EMRK zu sehen, welcher die Nichtigkeit nach § 879 ABGB zur Folge habe.³³⁰

Die österreichische Rsp hat sich zu dieser Problematik nicht direkt, jedoch allgemein zur Sittenwidrigkeit des Bestellungsverfahrens geäußert. So stellt der OGH in 2 Ob 41/04z³³¹ fest, eine Bestimmung, die vorsieht, dass bei Nichteinigung der

wird die Gleichheit bei der Bestellung zB in der berühmten *Dutco*-Entscheidung gezählt, Cour de Cassation 7.1.1992, 89-1870808 89-18726 (BKMI Industrianlagen GmbH & Siemens AG v Dutco Construction), Nachweis bei *van den Berg*, Yearbook Commercial Arbitration 18, 140 und *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter* in *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter* Rz 2.188 f.

³²⁹ Riegler/Petsche in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 5/19 und Rz 5/88; *G. Kodek* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/43.

³³⁰ *G. Kodek* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/43. S zur stRsp aus der Vereinsschiedsgerichtsbarkeit, die besagt, dass bei der Satzung von Vereinsstatuten eine verstärkte Grundrechtsbindung zu bejahen ist und eine gegen die Grundsätze des fair trial nach Art 6 EMRK verstoßende Regelung über die Besetzung des Vereinsschiedsgerichts gem § 879 ABGB nichtig ist, RIS-Justiz RS0094154. Vgl zur älteren Jud GIUNF 176. In letztgenannter E aus dem Jahre 1898 wurde entschieden, dass es dem Recht auf den gesetzlichen Richter widerspricht, wenn in einer Streitigkeit zwischen einem Versicherten und einer städtischen Versicherungsanstalt laut den Statuten ein Stadtverordnetenkollegium zuständig ist, weshalb in diesem Falle die ordentlichen Gerichte zuständig waren. In der E GIUNF 4808 aus dem Jahre 1909 beurteilte der OGH die Frage, ob eine mit einer Handels- und Gewerbekammer geschlossene Schiedsvereinbarung ungültig ist, nach der das Schiedsgericht der Handels- und Gewerbekammer für allfällige Streitigkeiten zuständig ist, weil der Kläger behauptete, dass die Beklagte dadurch Partei und Richter sei (somit Richter in eigener Sache), was *ab initio* nicht rechtswirksam vereinbart werden könne. *In casu* stieß sich der OGH nicht an der Schiedsvereinbarung und erklärte diese für gültig, musste sich also gar nicht damit auseinander setzen, ob diese geltungserhaltend zu reduzieren wäre. Hinsichtlich der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung führte der OGH aus, dass das „*Erstgericht ... diesen Standpunkt* [gem.: dass niemand Richter und Partei zugleich sein kann] *mit einer Begründung, der wegen ihrer Richtigkeit nicht entgegengetreten zu werden vermag, widerlegt und hiebei gar nicht darauf Gewicht gelegt, daß es Sache des Klägers gewesen wäre, diesen von ihm nun eingenommenen Standpunkt bereits beim Abschluß des Vertrages ... dadurch zur Geltung zu bringen, daß er auf eine solche Vereinbarung gar nicht eingegangen wäre.*“ Auch wenn die genauen Umstände des Falles und die Begründung des Erstgerichts nicht bekannt sind, ist davon auszugehen, dass nur, weil ein Schiedsgericht einer Kammer, die selbst Partei ist, zuständig ist, dies nicht die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung zur Folge hat. Ausschlaggebend ist der Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts und nicht, ob ein Schiedsgericht (bzw eine Schiedsgerichtsorganisation) organisatorisch bei einer Kammer eingerichtet ist. Der zweiten Aussage des OGH, die auf den Abschlusszeitpunkt der Schiedsvereinbarung abzielt, ist hingegen nicht zuzustimmen. Einer wirtschaftlich schwächeren Partei wird es oft nicht möglich sein, auf die Schiedsvereinbarung einen wesentlichen Einfluss zu haben. Gerade daher ist bei einem Verstoß gegen den Grundsatz der Parität eine geltungserhaltende Reduktion angezeigt.

³³¹ OGH 17.03.2005, 2 Ob 41/04z. *in casu* ging es um eine Feststellungsklage eines Anwalts gegen die Rechtsanwaltskammer Wien, mit der begehrt wurde festzustellen, dass sein Ausschluss vom anwaltlichen Treuhandbuch der Rechtsanwaltskammer Wien unwirksam sei. Für diese Klage war laut Statuten ein Schiedsgericht zuständig. Die strittige Stelle in der Schiedsklausel lautete: „*Erzielen die beiden Beisitzer*

Mitschiedsrichter über die Person des Vorsitzenden, dieser von einem Organ einer Schiedspartei zu bestellen ist, widerspreche dem „*Zweck einer paritätischen Besetzung des Schiedsgerichts*“, was die Nichtigkeit dieser Bestimmung und die Anwendung der gesetzlichen Bestellungs Vorschriften zur Folge habe.³³² Dies muss auch für den Grundsatz der Parität widersprechende Regelungen im Fall der Säumnis einer Partei gelten, ist die Konstellation doch insofern vergleichbar, als die Parteien einen ungleichen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts haben.

Einen Hinweis darauf, dass die paritätische Einflussmöglichkeit auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu den nicht-dispositiven Grundsätzen des Schiedsrechts gehört, findet sich in der dZPO in § 1034 Abs 2 dZPO. Dort heißt es, dass dann, wenn die Schiedsvereinbarung einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ein Übergewicht gibt, das die andere Partei benachteiligt, die benachteiligte Partei bei Gericht beantragen kann, dass der Schiedsrichter abweichend von der benachteiligenden Parteienvereinbarung ernannt wird. Diese Regelung ist zwar nicht auf den Fall der Säumnis einer Partei anwendbar, weil § 1034 Abs 2 dZPO gerade die Beteiligung der benachteiligten Partei am Verfahren voraussetzt, die Grundwertung des Gesetzgebers wird dadurch aber offensichtlich. Aufgrund eines Größenschlusses (*argumentum a minori ad maius*) muss diese Wertung gerade auch für den Fall der Nichtteilnahme am Ernennungsprozess gelten.³³³ Dies spricht dafür, bei Anwendung deutschen Schiedsrechts die Situation nicht anders als nach österreichischer Rechtslage zu beurteilen. Demgemäß geht auch die deutsche Lehre mehrheitlich davon aus, dass ein Übergewicht bei der Bestellung nicht zulässig ist.³³⁴ *Schwab/Walter* vertreten hier eine differenzierte Sicht. Diese sind zwar der Ansicht, dass es unzulässig sei, dass eine Partei allein die Schiedsrichter ernannt. Dies gelte sicher in den Fällen, in denen der einen Partei von vornherein ein Übergewicht eingeräumt werde und dann, wenn eine

... keine Einigung über den Vorsitzenden, ist dieser unverzüglich vom Präsidenten der RAK Wien zu bestellen.“

³³² Im Gegensatz dazu wurde in der E GIUNF 176 (s FN 330) noch die Unzuständigkeit des Schiedsgerichts und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte bejaht und somit keine geltungserhaltende Reduktion vorgenommen.

³³³ Vgl zu § 1034 dZPO ausführlich *Lachmann*, Handbuch³ Rz 932 ff.

³³⁴ *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 420; *Schlosser*, ZJP 93 (1980), 133 f; *Kornblum*, NJW 1987, 1105 ff.

Partei allein die überwiegende Zahl der Schiedsrichter ernenne. Für den Fall aber, in dem eine Vereinbarung bestehe, wonach der von einer Partei ernannte Schiedsrichter dann allein entscheiden soll, wenn die andere Partei nicht innerhalb einer bestimmten Frist von ihrem Ernennungsrecht Gebrauch gemacht hat, soll dies nach Ansicht der genannten Autoren zulässig sein.³³⁵ In ihren Ausführungen berufen sich die Autoren auf die E des BGH III ZR 192/84³³⁶ aus dem Jahre 1986, auf die sogleich näher einzugehen sein wird.

Letztgenannte E verweist in wesentlichen Punkten auf die E VII ZR 31/69 aus 1971. Gegenstand dieses Verfahrens war eine Bestimmung in einem Schiedsvertrag, wonach der von einer Partei ernannte Schiedsrichter berechtigt sein soll, den Schiedsspruch allein zu fällen, wenn die andere Partei der Aufforderung nicht nachgekommen ist, innerhalb einer bestimmten Frist ebenfalls einen Schiedsrichter zu benennen.³³⁷ Der BGH erteilte der von manchen vertretenen Ansicht³³⁸, dass aus Gründen der Vertragsfreiheit eine Schiedsvereinbarung mit einem nur subsidiär auszuübenden alleinigen Benennungsrecht einer Partei zulässig sei, eine Absage. Gleiches gilt für die ältere Jud des Reichsgerichts³³⁹, nach der eine Vereinbarung zulässig sein soll, nach der einer Partei von vornherein allein das Ernennungsrecht zukommt. Der BGH führte aus, dass eine Regelung, wonach der von einer Partei ernannte Schiedsrichter allein entscheiden kann, wenn es die andere Partei verabsäumt, einen Schiedsrichter binnen bestimmter Frist zu ernennen, gegen das auch für Schiedsgerichte geltende Gebot überparteilicher Rechtspflege verstoße und daher nach § 134 BGB nichtig sei. Die Überparteilichkeit eines (Schieds)gerichts sei nicht nur in Frage gestellt, wenn die (Schieds)richter tatsächlich voreingenommen sind, sondern schon dann, wenn das Gericht für einen unbefangenen Betrachter den Eindruck erwecken müsse, eine Partei könnte gegenüber der anderen benachteiligt sein. Durch die einseitige Schiedsrichterbestellung werde eine persönliche Beziehung zwischen dem Schiedsrichter und der ihn ernennenden Partei geschaffen, welche die Überparteilichkeit

³³⁵ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 9 Rz 10 mwN.

³³⁶ BGH 15.05.1986, III ZR 192/84 NJW 1986, 3027.

³³⁷ BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69 ZZZ 84 (1971), 336 ff (Kornblum).

³³⁸ Zu den Nachweisen s BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69 ZZZ 84 (1971), 337 und 341 f.

³³⁹ Zu den Nachweisen s BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69 ZZZ 84 (1971), 337 und 340 ff.

des Schiedsgerichts ernstlich in Frage stellen könne, aber nicht müsse. Bestehe nämlich ein entsprechendes Gegengewicht in Form eines von der anderen Partei oder von einem Dritten bzw von einem staatlichen Gericht ernannten Schiedsrichters, dann könne sich die lediglich auf seine unmittelbare Wahl durch eine Partei zurückzuführende Beziehung des Schiedsrichters zu dieser Partei nicht in einem Maße auswirken, dass der Eindruck entstehen könne, dem ganzen Schiedsgericht fehle – worauf es allein ankomme – die notwendige Überparteilichkeit. Werde dagegen ein Schiedsgericht nur von einem oder mehreren ausschließlich von einer Partei bestellten Schiedsrichtern gebildet, sei nicht abzusehen, wie sich die aus einer einseitigen Schiedsrichterbenennung folgenden Gefahren für die Unvoreingenommenheit der tätig werdenden Schiedsrichter auswirke, da insoweit jedes Korrektiv fehle. Hierbei mache es keinen Unterschied, ob vorgesehen ist, dass der Rechtsstreit von vornherein nur von Schiedsrichtern entschieden wird, die eine Partei bestellt, oder ob dies nur für den Fall gelte, dass eine Partei mit ihrer Benennung säumig ist. Eine etwaige geringfügige Verzögerung, die durch die Ersatzbestellung durch ein Gericht oder durch einen vorher bezeichneten Dritten eintritt, sei in Kauf zu nehmen. Damit sei der Makel der fehlenden Überparteilichkeit des Schiedsgerichts gewahrt. Der BGH sah das Ablehnungsrecht jeder Partei nicht als adäquates Hilfsmittel an, weil beim Ablehnungsrecht an in der Person des Schiedsrichters liegende Gründe zu denken sei. Bei einem Schiedsgericht, dessen Mitglieder nur von einer Partei ernannt worden sind, ergebe sich die Besorgnis der Befangenheit aber allgemein aus eben diesem Umstand, mögen die Schiedsrichter selbst keine persönlichen Ansatzpunkte für eine etwaige Parteilichkeit bieten.³⁴⁰ Im Ergebnis befand der BGH, dass die gegenständliche Schiedsvereinbarung aufgrund eines Verstoßes gegen das Gebot der überparteilichen Rechtspflege unwirksam sei. Insgesamt verdeutlicht diese E, dass die Parteiautonomie bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zwar grundsätzlich zu respektieren ist, die Dispositivität aber dort ihre Grenzen findet, wo sich der Anschein der Unparteilichkeit der Schiedsrichter aus dem Bestellungsmodus ergibt.³⁴¹

³⁴⁰ BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69 ZZZ 84 (1971), 337 ff.

³⁴¹ S zu den unterschiedlichen Lehrmeinungen und der älteren deutschen Rsp die Anm von *Kornblum* in ZZZ 84 (1971) 342 und die Anm von *Kornblum* in ZZZ 84 (1971), 346.

Im Gegensatz zu dieser E ging es in der bereits erwähnten E III ZR 192/84 nicht um die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, sondern um die Anerkennung und Vollstreckung eines ausländischen, nämlich englischen, Schiedsspruchs. Gem der dem Schiedsspruch zugrunde liegenden (in einer Charterparty enthaltenen) Schiedsvereinbarung sollte sich das Schiedsgericht aus einem vom Kläger und einem vom Beklagten zu benennenden Schiedsrichter zusammensetzen. Für den Fall, dass diese sich nicht einigen können, sollte die Streitigkeit durch einen von ihnen zu bestellenden Obmann entschieden werden. Nach Entstehen einer Streitigkeit (über die Bezahlung von Frachtkosten) benannte die Klägerin einen Schiedsrichter und bat die Beklagte ihren Schiedsrichter zu benennen, anderenfalls sie den von ihr benannten Schiedsrichter gem Section 7 des Arbitration Act 1950³⁴²,³⁴³ zum alleinigen Schiedsrichter bestellen werde. In weiterer Folge bestellte die Beklagte keinen Schiedsrichter und der von der Klägerin bestellte Schiedsrichter erließ einen Schiedsspruch im Sinne der Klägerin, welche die Vollstreckbarerklärung nach dem NYÜ in Deutschland beantragte. Der BGH verneinte die Frage, ob die Anerkennung dieses englischen Schiedsspruchs, der nur von einem von einer Partei ernannten Schiedsrichter erlassen wurde, einen Verstoß gegen den *ordre public* nach Art V Abs 2 lit b NYÜ darstelle. Der BGH begründete die E wie folgt: Grundsätzlich gelte das Gebot der überparteiischen Rechtspflege als Bestandteil der deutschen öffentlichen Ordnung iSd Art V Abs 2 lit b NYÜ auch für die Schiedsgerichtsbarkeit und referenzierte diesbezüglich auf die BHG-E aus 1970. Jedoch müsse sich *in casu* der Senat nicht mit letztgenannter E auseinandersetzen. Denn diese betraf die Frage, ob ein inländischer Schiedsspruch auf einem unzulässigen Verfahren beruhe, während es hier um die Frage ginge, ob einem ausländischen Schiedsspruch unter dem Gesichtspunkt des *ordre public* die Anerkennung zu versagen ist. Selbst wenn ein deutscher

³⁴² “Where an arbitration agreement provides that the reference shall be to two arbitrators, one to be appointed by each party, then, unless a contrary intention is expressed therein ... (b) if, on such a reference, one party fails to appoint an arbitrator, either originally, or by way of substitution as aforesaid, for seven clear days after the other party, having appointed his arbitrator, has served the party making default with notice to make the appointment, the party who has appointed an arbitrator may appoint that arbitrator to act as sole arbitrator in the reference and his award shall be binding on both parties as if he had been appointed by consent.: Provided that the High Court or a judge thereof may set aside any appointment made in pursuance of this section.”

³⁴³ Die entsprechende derzeit in Geltung stehende Nachfolgebestimmung findet sich in Section 17 English Arbitration Act 1996.

Schiedsspruch wegen Verstoßes gegen die öffentliche Ordnung aufzuheben wäre, folge daraus noch nicht, dass ein Schiedsspruch eines ausländischen Schiedsgerichts unter im Übrigen gleichen Bedingungen keine Anerkennung finden könne. Es sei wie im deutschen internationalen Privatrecht und internationalen Zivilprozessrecht zwischen einem weiter gefassten *ordre public interne* und einem enger gefassten *ordre public international* zu unterscheiden.³⁴⁴ Im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit sei darüber hinaus in besonderem Maße Raum für privatautonome Gestaltungen, weshalb einem ausländischen Schiedsspruch unter dem Gesichtspunkt des deutschen *ordre public* nur dann die Anerkennung versagt werden könne, „wenn das schiedsgerichtliche Verfahren an einem schwerwiegenden, die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens berührenden Mangel leidet.“ Nur solche Verletzungen des Neutralitätsgebots führten zur Versagung der Anerkennung, „die mit den Grundsätzen richterlicher Amtsführung schlechthin unvereinbar sind, etwa weil sie aus der Sicht eines unbefangenen Betrachters die konkrete Befürchtung rechtfertigen, dass der Schiedsrichter nur Vollstrecker des Willens einer Partei ist, oder weil der Schiedsrichter aus sachfremden Erwägungen die Belange einer Partei einseitig fördert.“ Daher könne einem Schiedsspruch nur dann die Anerkennung verweigert werden, wenn sich der Verstoß gegen das Gebot überparteilicher Rechtspflege konkret ausgewirkt habe. Abgesehen davon, bestünden auch gegen das englische Verfahrensrecht unter dem Gesichtspunkt des Erfordernisses richterlicher Unparteilichkeit keine Bedenken. Die Regelung, die zur Bestellung eines Alleinschiedsrichters führe, räume einer Partei nicht von vornherein ein Übergewicht ein, sondern beruhe allein auf der Säumnis einer Partei, diene der Beschleunigung des Verfahrens und könne durch vertragsgemäßes Verhalten vermieden werden. Allfällige durch die Regelung hervorgerufene Härten begegne das englische Verfahrensrecht dadurch, dass der High Court oder einer seiner Richter die Ernennung aufheben kann.

Betrachtet man die beiden Judikate, dann soll also bei der Frage, ob die Bestellung eines Schiedsgerichts durch eine Partei allein – zumindest bei Säumnis einer

³⁴⁴ Zu dieser Unterscheidung s auch Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 135 ff; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 316 ff; Schwarz/Ortner in Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler 133; von Winterfeld, NJW 1987, 3059; Baumert, SchiedsVZ 2014, 139.

Partei – zulässig sein soll oder nicht, zwischen in- und ausländischen Schiedssprüchen unterschieden werden, wobei erstere im Endeffekt strenger behandelt werden.³⁴⁵ Unabhängig davon, ob man zwischen einem *ordre public interne* und *international* unterscheiden will^{346, 347}, stellt sich die Frage, ob man eine Regelung, die einer Partei im Falle der Säumnis der anderen ein Übergewicht einräumt, nicht als so schwerwiegenden Verstoß wahrnimmt, der gegen die – nach österreichischer Diktion – Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung³⁴⁸ verstößt, oder – nach deutscher Diktion – „*der sich über einen Kernbereich von Normen des zwingenden Rechts hinwegsetzt, welche die Grundlagen des staatlichen und wirtschaftlichen Lebens (in einer freien Gesellschaft) berühren und aus bestimmten staatspolitischen, sozial- oder wirtschaftspolitischen Zielsetzungen heraus erlassen worden sind.*“³⁴⁹ Ist dies der Fall, dann ist die Verletzung der Grundwertungen bzw der Grundlagen sowohl im Aufhebungs- als auch im Vollstreckbarerklärungsverfahren³⁵⁰ wahrzunehmen, weil zumindest im innersten Kernbereich *ordre public interne* und *international* deckungsgleich sein müssen.³⁵¹ Diesbezüglich kann es auch keinen Unterschied

³⁴⁵ Krit Kornblum, NJW 1987, 1105; teilweise krit von Winterfeld, NJW 1987, 3059; zust hinsichtlich verfahrensrechtlicher Fragen Horn, SchiedsVZ 2008, 216; Schwarz/Ortner in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler 170, weisen ebenfalls darauf hin, dass es sehr unbefriedigend ist, dass ein Schiedsspruch, je nachdem ob er ein inländischer oder ausländischer ist, unterschiedlich behandelt wird.

³⁴⁶ Schwarz/Ortner in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler 151 ff mwN; vorsichtig aber im Grunde dafür: Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 135 ff; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 316 f; von Winterfeld, NJW 1987, 3059. Dagegen: Kornblum, NJW 1987, 1107. S auch Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1059 Rz 42 ff mwN.

³⁴⁷ Gegen eine unterschiedliche Bewertung eines *ordre public* Verstoßes im Aufhebungsverfahren einerseits und im Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren andererseits spricht, dass die Aufhebungsgründe des ModG, auf dem wiederum sowohl das deutsche als auch das österreichische Schiedsverfahrensrecht aufbauen, aus dem NYÜ übernommen wurden, auch wenn eine Besonderheit des österreichischen Schiedsrechts darin zu sehen ist, dass in § 611 ZPO der verfahrensrechtliche und materiell-rechtliche *ordre public* separat und bezüglich der Wahrnehmung von Amts wegen unterschiedlich geregelt werden. S hierzu (und auch zur Gesetzesgeschichte) Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 ZPO Rz 8; Schlosser in Stein/Jonas²² IX Vor § 1025 Rz 1; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Vor § 1025 Rz 1; Schwarz/Ortner in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler 169 und 176 ff.

³⁴⁸ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 ZPO Rz 166.

³⁴⁹ Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 135; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 316.

³⁵⁰ Für Deutschland: sowohl nach § 1060 dZPO als auch § 1061 dZPO (NYÜ).

³⁵¹ Unberührt bleibt natürlich die (theoretische und unwahrscheinliche) Möglichkeit, dass der nationale Gesetzgeber einen *ordre public* Verstoß nicht als Aufhebungsgrund eines Schiedsspruchs normiert. Diese Diskussion erübrigt sich aber im gegebenen Zusammenhang, weil sowohl der österreichische als auch der deutsche Gesetzgeber – nach dem Vorbild des ModG – diesen Aufhebungsgrund vorsehen.

machen, ob sich die Verletzung konkret ausgewirkt hat, weil schon eine abstrakte Möglichkeit der Verletzung (aus Sicht eines unbefangenen Betrachters) im Kernbereich der Wertungen eines Rechtssystems zu einer Nichttolerierung führen muss, somit zur Aufhebung bzw zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckung. Dies deckt sich mit der stRsp des EGMR – und auch mit der österreichischen Lehre –, wonach Richter auch ihrem äußeren Erscheinungsbild nach unparteilich und unabhängig erscheinen müssen³⁵² und keiner Partei ein Übergewicht bei der Bestellung zukommen darf. Insgesamt ist grundsätzlich daher einer treffend formulierten Ansicht *Schlossers* zuzustimmen, die knapp sieben Jahre vor der E III ZR 192/84 veröffentlicht wurde. Dieser meinte bezüglich der Frage, ob man im Verfahren der Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche das englische Modell der Section 7 des English Arbitration Act 1950 tolerieren könne, dass man „[b]ei allem Respekt vor dem Gebot internationaler Rechtstoleranz, das im Schiedsgerichtswesen besonders ausgeprägt ist ..., [d]a, wo unverdächtige Behelfe leicht zur Verfügung gestellt werden können, wie das Ernennungsrecht durch staatliche Gerichte, (...) selbst dem Ausland gegenüber den groben Klotz des einseitig bestellten Schiedsgerichts auch als Antwort auf den groben Klotz der Obstruktion der säumigen Partei nicht zu akzeptieren (braucht). Die Gefahr einer parteilichen Einstellung des solchermaßen in sein Amt gelangten Schiedsrichters ist um so größer, als er ohnehin nur von der Partei, der er sein Amt verdankt, sein Honorar ohne Schwierigkeiten wird liquideren können.“³⁵³

Dieses auf einer Interessensabwägung beruhende Argument, die zugunsten der Unparteilichkeit des Schiedsgerichts ausschlägt, ist nicht nur auf die Anerkennung und Vollstreckung, sondern auch auf Aufhebung bzw auf die Beurteilung einer Schiedsvereinbarung generell umzulegen. Man könnte natürlich argumentieren, dass die säumige Partei durch den Zeitverlust einer Ersatzbestellung durch einen Dritten oder ein Gericht noch belohnt wird. Dies ändert jedoch nichts daran, dass eine Bestellung durch eine neutrale Stelle dem Gebot und dem Anschein der Rechtsstaatlichkeit dient. Die zu missbilligende Säumnis einer Partei darf daran nichts ändern und kann nicht dazu führen, auf Grundprinzipien zu verzichten. ME sprechen insgesamt die besseren Gründe

³⁵² „Justice must not only be done; it must also be seen to be done“. S exemplarisch EGMR 27.12.2012, 35016/05, *Peruš/Slovenia*. Vgl auch OLG Wien 30.11.2012, 30 R 43/12g.

³⁵³ *Schlosser*, ZZP 93 (1980), 133 f.

dafür, den paritätischen Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts (als Bestandteil des Grundsatzes des fair trial) zum *ordre public* zu zählen, ist doch in einem rechtsstaatlichen System nicht nur die tatsächliche, sondern auch der äußere Anschein der Neutralität von gleich hohem Interesse. Dies bedeutet aber nicht, dass eine Partei über ihr Recht nicht disponieren könnte. Wenn eine Partei der Entscheidung durch den von einer anderen Partei ernannten Schiedsrichter zustimmt, dann ist die Situation nicht anders zu beurteilen, als wenn der Schiedsrichter von beiden Parteien gemeinsam ernannt wird. Dies ist aber eine andere als die im Zentrum stehende Frage, weil in diesem Fall von einer Säumnis nicht die Rede sein kann. Eine Vorwegzustimmung sollte aber aus den erwähnten Gründen nur insoweit zulässig sein, als bei Säumnis mit der Ernennung eines Schiedsrichters eine bereits feststehende außenstehende Person bzw. Stelle entscheiden soll. Die Möglichkeit einer Vorwegzustimmung, dass das Ernennungsrecht auf die andere Partei bei Säumnis mit der Bestellung eines Schiedsrichters übergeht, ist abzulehnen.^{354, 355} Als weiteres Argument für einen die Gleichbehandlung der Parteien sicherstellenden Bestellungsmodus, dessen Verletzung sittenwidrig ist und zur Aufhebung eines Schiedsspruchs oder zur Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckbarkeit führen sollte, kann die österreichische Rsp zur „Vereinsschiedsgerichtsbarkeit“ angeführt werden. Dieser zufolge ist bei der Satzung von Vereinsstatuten eine verstärkte Grundrechtsbindung zu bejahen und eine gegen die Grundsätze des fair trial nach Art 6 EMRK verstoßende Regelung über die Besetzung des Vereinsschiedsgerichtes gem § 879 ABGB nichtig.³⁵⁶ Wenn schon bei einer Schlichtungseinrichtung eines Vereins, dessen Entscheidungen keine Schiedssprüche sind und einer unbeschränkten nachträglichen gerichtlichen Kontrolle unterliegen^{357, 358}, eine solche Grundrechtsbindung bei der Zusammensetzung anzunehmen ist, dann muss dies *argumentum a minori ad maius* auch für die Zusammensetzung eines

³⁵⁴ Krit zur Bestimmung der Section 7 English Arbitration Act 1950 unter dem Aspekt der Gleichbehandlung G. Kodek in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/46.

³⁵⁵ Zum Verzicht auf Grundrechte s G. Kodek in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/37 ff.

³⁵⁶ RIS-Justiz RS0094154; vgl auch G. Kodek in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 1/43.

³⁵⁷ Konrad in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/44.

³⁵⁸ Nach § 8 Abs 2 VerG kann die (volle) Kontrolle durch ordentliche Gerichte nur ausgeschlossen werden, wenn ein Schiedsgericht nach den §§ 577 ff ZPO eingerichtet wird. S hierzu Konrad in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/49 ff; Mayr in *Rechberger*⁴ Vor § 1 JN Rz 11; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 578 Rz 5.

Schiedsgerichts iSd §§ 577 ff ZPO gelten, dessen Entscheidungen nur in den sehr engen Grenzen der Aufhebungsklage überprüfbar sind bzw der beschränkten Prüfung im Rahmen des Verfahrens zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung unterliegen.

Sollten die Parteien nun dennoch eine Vereinbarung getroffen haben, die gegen den Grundsatz der Parität verstößt, stellt sich die Frage welche Auswirkung dies auf die Schiedsvereinbarung hat. Hierzu wird in der österreichischen Lehre zutr vertreten, dass ein solcher Bestellungsmodus ungültig sei. Dies bedeute aber keineswegs, dass deshalb die Schiedsvereinbarung als Ganzes, sondern dass iS einer geltungserhaltenden Reduktion bloß die Vereinbarung über das sittenwidrige Bestellungsverfahren unwirksam ist und die Ersatzbestellungsregelung nach § 587 ZPO zur Anwendung kommt.^{359, 360}

Somit sind der Parteiautonomie klare Grenzen bei der Einflussmöglichkeit auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts gesetzt, auch wenn dies der Gesetzeswortlaut nicht vermuten lässt. Hier greift das Sittenwidrigkeitskorrektiv³⁶¹ ein, welches verlangt, dass beide Parteien den gleichen Einfluss auf die Zusammensetzung haben müssen. Ist eine Partei bei der Ernennung säumig, dann kann nicht vorgesehen werden, dass das Nominierungsrecht des oder aller (Einzel)Schiedsrichter(s) der nicht säumigen Partei zukommt. In diesem Fall ist auf die Bestellungs Vorschriften der *lex arbitri* zurückzugreifen. Anderenfalls ist ein Schiedsspruch mittels Aufhebungsklage anfechtbar. Nach österreichischem Schiedsrecht kommt hierfür der Aufhebungsgrund der Verletzung des verfahrensrechtlichen *ordre public* nach § 611 Abs 2 Z 5 ZPO in

³⁵⁹ Fasching, Schiedsgericht 83; Platte in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 233 Rz 3; Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/19 und Rz 5/92; Reiner, Schiedsrecht § 587 Anm 78; Zeiler, Schiedsverfahren² § 587 Rz 2; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 77.

³⁶⁰ Zur Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion bei Anwendung von § 134 BGB Armbrüster in Säcker/Rixecker⁶ I § 134 Rz 105 ff oder bei Anwendung von § 138 BGB s Armbrüster in Säcker/Rixecker⁶ I § 138 Rz 160 f. Für eine geltungserhaltende Reduktion auch Kornblum, ZZP 84 (1971), 347 mwN, Anm zu BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69.

³⁶¹ Vgl auch ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 12: „Bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit soll den Parteien die Möglichkeit gegeben werden, für Fälle der Mehrparteienschiedsverfahren eine kreativere und schlagkräftigere Lösung zu finden, als eine Bestellung durch das Gericht. Soweit jedoch eine sittenwidrige Schiedsvereinbarung vorliegt, ist ein auf dieser Grundlage ergangener Schiedsspruch ohnedies aufzuheben.“ Die Erwägungen zur Sittenwidrigkeit treffen gleichfalls auf ein Zweiparteienverfahren zu.

Frage, der rügepflichtig ist und nicht von Amts wegen wahrgenommen wird. Da die Bestimmungen über die Zusammensetzung des Schiedsgerichts hinsichtlich der Parität nicht dispositives Recht sind, liegt bei einer Verletzung überdies³⁶² – und vor allem wenn man den Grundsatz der Parität nicht zum *ordre public* zählt – der Aufhebungsgrund nach § 611 Abs 2 Z 4 ZPO vor, der ebenfalls nicht von Amts wegen wahrgenommen wird.^{363, 364} Gerade weil beide Aufhebungsgründe rügepflichtig sind, sind im Fall der Fälle aus (advokatorischer) Vorsicht beide vom Aufhebungswerber geltend zu machen.

Bezüglich der Aufhebungsgründe unterscheidet sich die dZPO von der österreichischen Rechtslage. So stellt zwar auch die entgegen zwingender Vorschriften zur Bildung des Schiedsgerichts vorgenommene Bestellung der Schiedsrichter einen rügepflichtigen Aufhebungsgrund (§ 1059 Abs 2 Z 1 lit d dZPO) dar.³⁶⁵ Bezüglich der Aufhebung wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* bestehen jedoch wesentliche Unterschiede: zum einen unterscheidet die dZPO nicht zwischen dem prozess- und materiellrechtlichen *ordre public*.³⁶⁶ Zum anderen ist ein Verstoß gegen den *ordre public* nach § 1059 Abs 2 Z 2 lit b dZPO nicht rügepflichtig, sondern ist vom Gericht

³⁶² Vgl zur Ansicht, dass der Rückgriff auf den prozessualen *ordre public* subsidiär ist, wenn der Verfahrensintegrität durch spezifische Aufhebungs- oder Anerkennungsversagungsgründe gedacht ist, Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 137 und Rz 150 ff; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 320 und Rz 150 ff; aA Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 1079 mwN.

³⁶³ Zur amtswegigen Wahrnehmung von § 611 Abs 3 ZPO; s hierzu Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 611 Rz 10; Zeiler, Schiedsverfahren² § 611 Rz 31 ff.

³⁶⁴ Vgl auch Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/91 mwN, die nicht darauf eingehen, welcher Aufhebungsgrund bei Übergewicht einer Partei bei der Bestellung vorliegt, sondern auf Rsp zur Vereinsschiedsgerichtsbarkeit verweisen (OGH 31.01.1996, 9 Ob 501/96). Die E stellt fest, dass eine gegen die Grundsätze des fair trial nach Art 6 MRK verstoßende Regelung über die Besetzung des Vereinsschiedsgerichts gem § 879 ABGB nichtig ist, setzt sich aber nicht mit einer Aufhebung eines Schiedsspruchs auseinander. Weiters verweisen dies auf Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 586 ZPO Rz 12. Dieser geht aaO davon aus, dass die zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 ergangene Rsp weiter zu berücksichtigen sei, wonach ein Schiedsspruch bei Übergewicht einer Schiedspartei bei der Bestellung nach § 593 Z 3 ZPO aF angefochten werden kann. Hausmaninger bezieht sich ua auf die gleiche E wie Riegler/Petsche und auf weitere Rsp zur Vereinsschiedsgerichtsbarkeit (OGH 14.12.2000, 7 Ob 110/00b), die bereits erwähnte E GIUNF 176 (FN 330) und den erwähnten Rechtssatz RS0094154 (FN 330). Aus all diesen Quellen ist jedoch nicht ableitbar, dass die Verletzung der Parität (nur) unter § 593 Z 3 ZPO aF fällt, welcher die Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs bei Verletzung gesetzlicher oder vertraglicher Bestimmungen über die Besetzung des Schiedsgerichts regelte.

³⁶⁵ S zur Ansicht, dass bei Übergewicht einer Partei bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts kein Aufhebungsgrund vorliege, sondern ausschließlich der Rechtsbehelf nach § 1034 Abs 2 dZPO zur Verfügung stehe, Lachmann, Handbuch³ Rz 2252.

³⁶⁶ Voit in Musielak¹¹ § 1059 Rz 25 ff; Lachmann, Handbuch³ Rz 2304 ff.

stets zu berücksichtigen und zu prüfen.³⁶⁷ Da ein Verstoß gegen die überparteiliche Rechtspflege und auch die sittenwidrige Herbeiführung eines Schiedsspruchs unter den *ordre public*-Tatbestand fällt³⁶⁸, muss daher dieser Aufhebungsgrund vom Aufhebungswerber nicht separat gerügt werden (was selbstverständlich in einem Anlassfall dennoch zu empfehlen ist). Fällt der Verstoß gegen die paritätische Besetzung des Schiedsgerichts unter den *ordre public* Tatbestand, dann ist dieser Verstoß auch noch nach Ablauf der Antragsfrist zur Aufhebung eines Schiedsspruchs nach § 1059 Abs 3 dZPO im Vollstreckbarerklärungsverfahren für inländische Schiedssprüche nach § 1060 dZPO zu berücksichtigen.³⁶⁹ Auch diesbezüglich besteht auf der Ebene der Vollstreckung ein Unterschied zur österreichischen Rechtslage, ist doch – abgesehen davon, dass nach österreichischer Rechtslage inländische Schiedssprüche keiner Vollstreckbarerklärung bedürfen und nach § 1 Z 16 EO unmittelbar einen Exekutionstitel darstellen³⁷⁰ – ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* bei inländischen Schiedssprüchen im Exekutionsverfahren nach § 613 ZPO nicht mehr zu berücksichtigen³⁷¹, weshalb ein Exekutionsantrag bei einem derartigen Verstoß nicht abgewiesen werden kann.^{372, 373} Mit anderen Worten: ein Verstoß gegen den Grundsatz der paritätischen Besetzung als Verletzung des formellen *ordre public* muss bei inländischen Schiedssprüchen in Österreich mittels Aufhebungsklage geltend gemacht werden, weshalb die Geltendmachung zeitlich begrenzt ist, während in Deutschland dieser Verstoß auch noch im Vollstreckbarerklärungsverfahren Beachtung findet.

Für die Verweigerung der Anerkennung und Vollstreckbarkeit nach dem NYÜ kommt entweder Art V Abs 1 lit d NYÜ – über Geltendmachung der Partei – in Frage oder bei Bejahung des *ordre public*-Charakters der amtswegig wahrzunehmende

³⁶⁷ Voit in Musielak¹¹ § 1059 Rz 35.

³⁶⁸ Voit in Musielak¹¹ § 1059 Rz 26.

³⁶⁹ Voit in Musielak¹¹ § 1059 Rz 37; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 1093.

³⁷⁰ Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 336.

³⁷¹ ErläutRV 1158 BlgNR 28 f; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 613 ZPO Rz 1 f und Rz 10.

³⁷² Jakusch in Angst² § 1 Rz 88 ff.

³⁷³ Im Übrigen kommt es bei der Nichtbeachtung eines Schiedsspruchs im Rahmen des § 613 ZPO nicht zu einer Aufhebung des Schiedsspruches, s Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 613 ZPO Rz 16. Wird im deutschen Exequaturverfahren nach § 1060 dZPO der Antrag auf Vollstreckbarerklärung abgelehnt, so wird auch der Schiedsspruch aufgehoben, s § 1060 Abs 2 dZPO.

Versagungsgrund nach Art V Abs 2 lit b NYÜ.^{374, 375} Auf die erwähnte – abzulehnende – deutsche Rsp, die gegenüber ausländischen Schiedssprüchen liberaler ist und in einem Verstoß gegen den Grundsatz der Parität keinen Grund zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckung sieht, soll an dieser Stelle noch einmal hingewiesen werden.

Abschließend ist nach der hier vertretenen Ansicht zu erwähnen, dass, wenn sich eine nicht säumige Partei nicht einer Aufhebbarkeit oder Versagung der Anerkennung und Vollstreckung des erlangten Schiedsspruchs aussetzen will, diese gut beraten ist, bei Vorliegen einer Schiedsklausel, die ihr im Falle der Säumnis ein Übergewicht bei der Bestellung des Schiedsgerichts einräumt, das staatliche Gericht anzurufen, damit dieses nach § 587 ZPO einen Schiedsrichter für die säumige Partei bestellt. ME stehen auch die Schiedsrichter in einer gewissen Verantwortung. Selbst wenn man die Pflicht zur Erlassung eines vollstreckbaren Schiedsspruches verneint³⁷⁶, kann eine Pflicht zur Erlassung eines aufhebungsresistenten Schiedsspruches unter der *lex arbitri* doch bejaht werden³⁷⁷, weil es einem Schiedsrichter (im Unterschied zur Vollstreckbarkeit) zumutbar ist, den Schiedsspruch unter Beachtung eines einzigen Aufhebungsregimes zu erlassen, weil ja für die Aufhebung das Land zuständig, in dem der Schiedsort lag.³⁷⁸ Daher muss ein Schiedsrichter eine Bestellung, die auf einer den Grundsatz der Parität verletzenden Bestellungsregelung beruht, ablehnen, um ein daraus resultierendes Haftungsrisiko auszuschließen.³⁷⁹ Erfährt der Schiedsrichter erst nach Bestellung von einer solchen Bestimmung – was eher die Regel denn die Ausnahme sein wird –, muss er sein Mandat zurücklegen, worin auch eine Kündigung aus wichtigem Grund des Schiedsrichtervertrages zu sehen ist.³⁸⁰

³⁷⁴ S aber FN 362.

³⁷⁵ Zum Nachweis, dass der *ordre public* Begriff des Art V Abs 2 lit b NYÜ eine prozess- und eine materiell-rechtliche Komponente aufweist, Schwarz/Ortner in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 142 f mwN.

³⁷⁶ Zum Meinungsstand vgl zusammenfassend Hausmaninger in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 205.

³⁷⁷ Hausmaninger in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 205; BGH 05.05.1986, III ZR 233/84 NJW 1986, 3077.

³⁷⁸ Vgl exemplarisch Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 1065.

³⁷⁹ Zur Haftung des Schiedsrichters Bollenberger in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck).

³⁸⁰ Vgl zur Kündigung des Schiedsrichtervertrages aus wichtigem Grund Hausmaninger in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 253 mwN. Vgl zum Schiedsrichtermandat und Schiedsrichtervertrag auch Kap V.B.

C. Gerichtliche Ersatzbestellung

Das System der ZPO zur Bestellung eines Schiedsrichters bei Säumnis durch eine oder die Partei(en) (im Folgenden auch: Ersatzbestellung) ist davon geprägt, dass es möglichst rasch und effizient zur Bildung des Schiedsgerichts kommen soll, aber, dem Grundprinzip der Parteiautonomie entsprechend, die von den Parteien vorgegebenen Voraussetzungen berücksichtigt werden sollen (§ 587 Abs 8 ZPO). Die Bestimmungen über die gerichtliche Ersatzbestellung kommen dann zur Anwendung, wenn ein (zulässig) vereinbartes Bestellungsverfahren nicht zur Bestellung des oder der Schiedsrichter führt (§ 587 Abs 3 ZPO), oder eine Vereinbarung über die Bestellung fehlt und das gesetzliche Bestellungsverfahren nicht zur Bestellung des oder der Schiedsrichter führt (§ 587 Abs 2 Z 1 und Z 4 ZPO), vorausgesetzt der Sitz des Schiedsgerichts ist in Österreich (§ 577 Abs 1 ZPO) bzw solange der Sitz des Schiedsgerichts noch nicht bestimmt ist und eine der Parteien ihren Sitz, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Österreich hat (§ 577 Abs 3 ZPO). Komplettiert werden die Ersatzbestellungsvorschriften durch Regelungen für Mehrparteien-Schiedsverfahren (§ 587 Abs 5 ZPO) und durch eine Auffangbestimmung für sonstige Bestellungs Hindernisse (§ 587 Abs 6 ZPO).³⁸¹ § 587 Abs 7 ZPO sieht vor, dass die säumige Partei trotz Einleitung des gerichtlichen Verfahrens einen Schiedsrichter bis zur gerichtlichen Entscheidung erster Instanz bestellen kann. Diese Norm – eine vergleichbare kennt die dZPO im Übrigen nicht³⁸² – wird in der Lit kritisiert, weil sie eine Einladung zur Verschleppung sei.³⁸³ Dieses Argument ist auf der einen Seite nicht ganz von der Hand zu weisen, auf der anderen Seite ist aber auch zu bemerken, dass die verspätete Bestellung der säumigen Partei sofort wirksam ist und somit jedenfalls schneller zur Konstituierung des Schiedsgerichts führt als das Ersatzbestellungsverfahren. Die Alternative, dass die nicht rechtzeitige Benennung zum Verlust des Bestellungsrechts führt (als Druckmittel zur rechtzeitigen Bestellung), wird relativiert, wenn das Gericht regelmäßig den von einer Partei zu spät benannten

³⁸¹ S hierzu näher *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 150 – 185; *Riegler/Petsche* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 5/58 – 5/62, Rz 5/73 und Rz 5/75.

³⁸² *Schütze* in *Wieczorek/Schütze*⁴ XI § 1035 Rz 21.

³⁸³ *Reiner*, *ecolex* 2005, 523.

Schiedsrichter bestellt.³⁸⁴ Die durch die säumige Partei verursachte Verzögerung ist mE in der Kostenentscheidung nach § 78 AußStrG zu berücksichtigen, die aufgrund des Billigkeitskorrekatives des § 78 Abs 2 AußStrG zu Gunsten des an sich nicht erfolgreichen Antragstellers ausfallen muss, weil der Aufwand des Verfahrens allein dem Antragsgegner, also der säumigen Partei, zuzurechnen ist. Diese Art der Kostenstrafe kann durchaus motivierend wirken, einen Schiedsrichter zu bestellen, weshalb die Ansicht, dass § 587 Abs 7 ZPO eine Einladung zur Verschleppung sei, zu relativieren ist.

Im Allgemeinen ist aber zutreffend, dass die „Gefahr“ der gerichtlichen Bestellung eines Schiedsrichters einen sanften Druck auf die Schiedsparteien ausübt, einen Schiedsrichter zu bestellen und somit auch der Einhaltung der schiedsvertraglichen Verpflichtungen dient.³⁸⁵

Dass die Einmischung des staatlichen Gerichts in das Schiedsverfahren möglichst gering gehalten werden soll, ist auch daran erkennbar, dass sich die Hilfstätigkeit des Gerichts in der Bestellung des Schiedsrichters erschöpft.³⁸⁶ Dieses ersetzt also nur den von der oder den Partei(ein) unterlassenen Bestellungsakt, welcher sich in der Übertragung der Befugnis zur Entscheidung eines Streitfalls erschöpft (das „rechtliche Dürfen“³⁸⁷). Hiervon zu unterscheiden ist der zwischen Schiedsrichtern und Schiedsparteien bestehende Schiedsrichtervertrag, der die Verpflichtung zur Durchführung des Schiedsverfahrens seitens des Schiedsrichters und auf Seiten der Schiedsparteien jedenfalls die Pflicht zur Zahlung des Honorars beinhaltet sowie die Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien regelt.³⁸⁸ Auch wenn Bestellung und Schiedsrichtervertrag als zwei unterschiedliche juristische Akte streng zu trennen sind, ist nicht zu verkennen, dass insofern ein Zusammenhang zwischen Bestellung des Schiedsrichters und Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages besteht, als der

³⁸⁴ S hierzu *Schütze* in *Wieczorek/Schütze*⁴ XI § 1035 Rz 21; OLG München 26.04.2006, 34 SchH 4/06 BeckRS 2006, 05419.

³⁸⁵ *Fasching*, Schiedsgericht 86.

³⁸⁶ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 151.

³⁸⁷ *Fasching*, Schiedsgericht 67; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 96.

³⁸⁸ *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 587 Rz 50; *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck); *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 1 f; *Riegler/Petsche* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 5/35; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Vor § 1025 Rz 7; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X Vor § 1025 Rz 15; s näher Kap V.B.1, 2. und 3.

Schiedsrichtervertrag im Zeitpunkt der Annahme des Amtes zustande kommt.³⁸⁹ Bei Ersatzbestellung durch das Gericht wird davon ausgegangen, dass dieses durch den Antragsteller bevollmächtigt wird, „*namens beider Parteien den Schiedsrichtervertrag abzuschließen*.“^{390, 391}

Das alte Schiedsrecht sah in § 579 ZPO aF vor, dass niemand verpflichtet ist, die Bestellung als Schiedsrichter anzunehmen.³⁹² Dadurch war eindeutig, dass der Bestellungsverfahren selbst zweistufig ist, bestehend aus einem Angebot einer Partei an einen Schiedsrichterkandidaten und der Annahme durch diesen. Eine entsprechende Bestimmung findet sich nach der Schiedsrechtsreform durch das SchiedsRÄG 2006 nicht mehr im Gesetz. Dennoch muss man annehmen, dass niemand dazu gezwungen werden kann, ein Schiedsrichteramt anzunehmen und zu erfüllen und daher die Annahme der Ausübung einer Schiedsrichtertätigkeit auf Freiwilligkeit beruht.³⁹³ Dies ergibt sich nicht nur aus der Natur des Schiedsrichteramtes³⁹⁴, sondern wird auch aus § 588 Abs 1 ZPO abgeleitet.³⁹⁵ Die Freiwilligkeit ergibt sich darüber hinaus aus § 594 Abs 4 ZPO, welcher die Schadenersatzpflicht an die „*Annahme der Bestellung*“ knüpft.

Im Übrigen bedarf der Bestellungsverfahren durch die Parteien zu seinem Abschluss noch der Benachrichtigung der Person des gewählten Schiedsrichters an die gegnerische Schiedspartei, die gem § 587 Abs 2 Z 5 ZPO schriftlich zu erfolgen hat.³⁹⁶

³⁸⁹ OGH 28.04.1998, 1 Ob 253/97f; Schlosser in Stein/Jonas²² IX Vor § 1025 Rz 9; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Vor § 1025 Rz 19; Zeiler, Schiedsverfahren² § 587 Rz 56; Fasching, Schiedsgericht 67, vertritt diesbezüglich eine differenzierte Sicht, wenn er meint, dass „*das einzige Erfordernis* [gemeint: für das Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages], *von dem nicht abgesehen werden kann, (...) die – jedoch schon im Zusammenhang mit der Bestellung – nötige Mitteilung an den Gegner ... (ist).*“ Zust Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 196. S auch Kap V.B.

³⁹⁰ Schlosser in Stein/Jonas²² IX Vor § 1025 Rz 9; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Vor § 1025 Rz 19; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor § 1034 Rz 12; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 194 mwN.

³⁹¹ Zum Zeitpunkt und den Voraussetzungen der Übertragung des Schiedsrichtermandats s sogleich Kap IV.C.1.

³⁹² Fasching, Schiedsgericht 58; Rechberger/Melis in Rechberger² § 579 Rz 2.

³⁹³ Zeiler, Schiedsverfahren² § 587 Rz 13 mwN.

³⁹⁴ Im Unterschied zum Richteramt.

³⁹⁵ ErläutRV 1158 BlgNR 22 GP 13; Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 28 FN 46; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 125 und § 588 ZPO Rz 52; Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/137; Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 588 Rz 2.

³⁹⁶ Fasching, Schiedsgericht 59; Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/46; Zeiler, Schiedsverfahren² § 587 Rz 13.

Ab diesem Zeitpunkt ist der „*Schiedsrichter in seine prozessuale Kompetenz eingetreten* ...“³⁹⁷ Bei der gerichtlichen Ersatzbestellung stellt sich die Situation etwas anders dar, weil die Parteipflichten- und rechte durch das Gericht ausgeübt werden und die Stellung des (potentiellen) Schiedsrichters – wie im Folgenden gezeigt wird – unterschiedlich zur Bestellung durch die Partei ist.

1. Die Parteistellung des in Aussicht genommenen Schiedsrichters im Ersatzbestellungsverfahren

Im gegebenen Zusammenhang ist zu erwähnen, dass es zu den Gepflogenheiten der Schiedsgerichtspraxis gehört, Schiedsrichterkandidaten vor Bestellung bzw genauer gesagt vor dem Angebot eines Schiedsrichtermandats zu kontaktieren, um deren Eignung und Bereitschaft zur Ausübung des Amtes zu prüfen.³⁹⁸ Bei der Ersatzbestellung durch das Gericht fällt dieser Kontakt naturgemäß weg. In der Praxis kontaktieren auch Gerichte, die zur Ersatzbestellung nach § 587 ZPO berufen sind, potentielle Schiedsrichter vorweg, ob sie auch bereit wären, das Schiedsrichtermandat zu übernehmen. Dennoch stellt sich die Frage, ob ein potentieller Schiedsrichter Parteistellung in diesem Verfahren hat und ob jemand einer Ersatzbestellung zum Schiedsrichter, von der er im gerichtlichen Verfahren nicht benachrichtigt wurde oder gegen die er sich ausgesprochen hat, Folge leisten muss bzw ob er sich gegen eine solche Bestellung wehren kann.

Das Verfahren zur Ersatzbestellung nach § 587 ZPO richtet sich gem § 616 Abs 1 letzter Satz ZPO und § 617 Abs 10 ZPO bzw § 618 erster Satz ZPO nach den allgemeinen Bestimmungen des AußStrG. § 2 Abs 1 AußStrG regelt, wer Partei des Außerstreitverfahrens ist. Im Unterschied zum Verfahren nach der ZPO, das vom formellen Parteibegriff³⁹⁹ beherrscht ist, tritt im Außerstreitverfahren neben diesen auch

³⁹⁷ *Fasching*, Schiedsgericht 59.

³⁹⁸ Vgl zu diesem Kontakt mit Schiedsrichterkandidaten und dessen Grenzen *Riegler/Petsche* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 5/115 ff.

³⁹⁹ S hierzu auch Kap II.B.

der sog materielle Parteibegriff (§ 2 Abs 1 Z 3 AußStrG).⁴⁰⁰ Formelle Parteien sind – und dies sei an dieser Stelle nur zur Wiederholung erwähnt – die im Antrag bezeichneten Personen, somit Antragsteller und Antragsgegner (§ 2 Abs 1 Z 1 und Z 2 AußStrG). Durch diese Bezeichnung als Parteien erlangen beide Parteistellung. Materielle Partei ist nach *leg cit* derjenige, dessen rechtlich geschützte Stellung durch die begehrte oder vom Gericht in Aussicht genommene Entscheidung oder durch eine sonstige gerichtliche Tätigkeit unmittelbar beeinflusst würde.⁴⁰¹ Die Beurteilung, ob eine gerichtliches Tätigwerden einen Einfluss auf eine rechtlich geschützte Stellung hat, ist *ex ante* vorzunehmen. Irrelevant ist, ob die spätere gerichtliche Entscheidung tatsächlich in die Rechtsposition einer Person eingreift. Das Erfordernis der unmittelbaren Beeinflussung bedeutet, dass die Entscheidung des Gerichts in Rechte bzw Pflichten einer Partei eingreift, ohne dass eine andere Entscheidung gefällt werden muss. Daraus folgt auch, dass eine bloße Reflex- oder Tatbestandswirkung einer gerichtlichen Entscheidung nicht ausreicht.⁴⁰²

Die Rsp musste sich bisher nicht mit der Frage beschäftigen, ob dem Schiedsrichterkandidaten eine Parteistellung aufgrund des materiellen Parteibegriffs zukommt. Auch die Materialien sowohl zum SchiedsRÄG 2006 als auch zum SchiedsRÄG 2013 schweigen sich darüber aus.

Nach den dargestellten Grundsätzen zur Erlangung der Parteistellung aufgrund des materiellen Parteibegriffs gem § 2 Abs 1 Z 2 AußStrG kann aber kein Zweifel daran bestehen, dass ein potentieller Schiedsrichter ab dem Zeitpunkt, in dem seine Bestellung konkret in Aussicht genommen wird, jedenfalls Partei des gerichtlichen Verfahrens zur Ersatzbestellung wird. Immerhin kann eine Ersatzbestellung in einer *ex ante* Betrachtung potentiell geeignet sein, Zweifel an der Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit in diesem und/oder einem anderen Schiedsverfahren hervorzurufen und somit einen Einfluss auf eine rechtlich geschützte Stellung haben.

⁴⁰⁰ Die Amtspartei nach § 2 Abs 1 Z 3 AußStrG wird mangels Relevanz nicht behandelt.

⁴⁰¹ *Feil/Marent*, Außerstreitgesetz² § 2 Rz 2 und Rz 3; *Maurer/Schrott/Schütz*, Außerstreitgesetz § 2 Rz 4 und Rz 5; *Rechberger in Rechberger*, AußStrG² § 2 Rz 4 und Rz 9; RIS-Justiz RS0123028.

⁴⁰² *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 2 Rz 2; *Rechberger in Rechberger*, AußStrG² § 2 Rz 9 und Rz 10; *Feil/Marent*, Außerstreitgesetz § 2 Rz 3; *Maurer/Schrott/Schütz*, Außerstreitgesetz § 2 Rz 5; *G. Kodek in Gitschthaler/Höllwert* § 2 AußStrG² Rz 49.

Diese Ansicht entspricht auch dem *telos* des § 588 Abs 1 ZPO. Nach dieser Bestimmung ist eine Person, die ein Schiedsrichteramt „übernehmen will“ – also sich freiwillig dazu bereit erklärt –, verpflichtet, alle Umstände offen zu legen, die Zweifel an ihrer Unparteilichkeit oder Unabhängigkeit wecken können. Hierbei handelt es sich also um eine vor tatsächlicher Bestellung wahrzunehmende Verpflichtung, gleichzeitig aber auch um eine Möglichkeit auf allfällige Bedenken vor Bestellung hinzuweisen. Nach dem Wortlaut des § 588 Abs 1 ZPO besteht im gerichtlichen Ersatzbestellungsverfahren jedoch keine solche Verpflichtung und Möglichkeit, weil diese Art der Bestellung kein Freiwilligkeitsmoment enthält und grundsätzlich auch gegen den Willen einer Person erfolgen kann (hierzu sogleich). Eine analoge Anwendung dieser Verpflichtung und Möglichkeit im Ersatzbestellungsverfahren kann effektiv nur dann sichergestellt werden, wenn der potentielle Schiedsrichter auch Parteistellung hat. Denn nur Parteien sind vom Verfahren und allen Verfahrensschritten zwingend in Kenntnis zu setzen, also ausreichend zu informieren, und müssen die Möglichkeit bekommen, dazu Stellung nehmen zu können.^{403, 404}

Die Parteistellung des potentiellen Schiedsrichters bewirkt logischerweise, dass jeder Schiedsrichterkandidat sämtliche Parteirechte im Verfahren hat. Grundsätzlich müsste somit ein in diesem Verfahren bestellter Schiedsrichter auch ein Rechtsmittel⁴⁰⁵ gegen den Bestellungsbeschluss des Gerichts haben. Dieses Recht wird jedoch generell – sowohl für die formellen als auch die materiellen Parteien – durch § 587 Abs 9 ZPO ausgeschlossen. Wird ein anderer Schiedsrichter bestellt, dann hat der nicht bestellte schon aufgrund *leg cit* kein Rechtsmittel gegen den Bestellungsbeschluss. Nur im Falle der Ablehnung einer Bestellung an sich durch das Gericht wird die Statthaftigkeit eines Rechtsmittels durch den Antragsteller bejaht, weil anderenfalls die Durchführung des Schiedsverfahrens unmöglich wäre.⁴⁰⁶ Die Anfechtungsmöglichkeit im letztgenannten Fall ergibt sich schon aus § 45 AußStrG, welcher die Zulässigkeit des Rekurses regelt, iVm § 587 Abs 9 ZPO, der die allgemeine Bestimmung des

⁴⁰³ S hierzu *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 15 Rz 2.

⁴⁰⁴ Zur Pflicht des Gerichts, allen Gesichtspunkten Rechnung zu tragen, welche die Bestellung eines unabhängigen und unparteiischen Schiedsrichters sicherstellen, s § 587 Abs 8 ZPO.

⁴⁰⁵ Zum Rekurs und seinen Voraussetzungen im Außerstreitverfahren s *Klicka* in *Rechberger*, AußStrG² § 45 Rz 1.

⁴⁰⁶ ErläutRV 1158 BlgNr 22. GP 13; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 14.

§ 45 AußStrG nur im genannten Fall einschränkt. Der potentielle Schiedsrichter aber, der im Verfahren zur Ersatzbestellung Partei war, hat jedoch auch im Fall der Ablehnung einer gerichtlichen Bestellung kein Rechtsmittel, weil mangels nachteiliger Betroffenheit der rechtlich geschützten Interessen – was bei der *ex ante* Betrachtung jedoch noch nicht ersichtlich war – dieser nicht beschwert ist.⁴⁰⁷ Die Ansicht, dass gegen die Ablehnung einer Bestellung ein Rechtsmittel grundsätzlich zulässig sei, bedarf eine (logische) Klarstellung dahingehend, dass das nicht für eine Ablehnung durch ein letztinstanzliches Gericht gelten kann, weil es dagegen naturgemäß keine ordentlichen Rechtsmittel gibt. Dies hat zur Folge, dass dann die Durchführung eines Schiedsverfahrens wegen nicht durchführbarer Konstituierung des Schiedsgerichts tatsächlich unmöglich wird.⁴⁰⁸ Vor allem seit dem SchiedsRÄG 2013 ist dies praxisrelevant, weil in aller Regel der OGH als erste und einzige Instanz tätig wird.

Die Wirkung, dass eine Bestellung zum Schiedsrichter mit Rechtsmittel nicht bekämpfbar ist, wird aber dadurch relativiert, dass der Schiedsrichter gem § 590 Abs 1 ZPO sein Amt ohne Grund jederzeit zurücklegen kann.⁴⁰⁹ Dies bedeutet, dass eine weitere Bestellung notwendig wird, die gem § 591 Abs 1 ZPO nach den Regeln, die auf die Bestellung des zu ersetzenden Schiedsrichters anzuwenden sind, durchzuführen ist. Auch aufgrund der Tatsache, dass dieses „Spiel“ ewig geführt werden kann und so die effektive Durchführung des Schiedsverfahrens konterkariert werden könnte, wird die Notwendigkeit ersichtlich, dass Schiedsrichterkandidaten nicht nur Parteien des gerichtlichen Bestellungsverfahrens sind, sondern auch deren Wunsch, nicht bestellt zu werden, berücksichtigt wird. *Schlosser* tritt wohl aufgrund dieser Überlegungen dafür ein, dass es durchaus zweckmäßig sei, dass die gerichtliche Bestellung unter der auflösenden Bedingung erfolge, dass der Bestellte das Amt nicht binnen einer bestimmten Frist gegenüber den Parteien annimmt.⁴¹⁰ Dies ist zumindest

⁴⁰⁷ Zum Erfordernis der und zur Beschwer *Klicka/Oberhammer/Domej*, Außerstreitverfahren⁵ Rz 169 ff; *Fucik/Kloiber*, AußStrG § 45 Rz 5; *Rechberger* in *Rechberger*, AußStrG² § 45 Rz 1; OGH 19.10.2011, 4 Ob 119/11w.

⁴⁰⁸ Vgl zur Prüfungstiefe und zur Auswirkung auf § 584 Abs 1 ZPO Kap IV.C.3.

⁴⁰⁹ Vgl auch *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 590 ZPO Rz 43; *Reiner*, Schiedsrecht § 590 Anm 90.

⁴¹⁰ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1035 Rz 10; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1035 Rz 28.

für das österreichische Rechtssystem abzulehnen, weil eine bedingte Entscheidung der österreichischen Rechtsordnung fremd ist.

Sollte ein Schiedsrichter gegen seinen Willen – was selbstverständlich nicht dem *telos* des Gesetzes entspricht und auch unwahrscheinlich ist – nach § 587 ZPO vom Gericht bestellt werden und nach Zustellung des Bestellungsbeschlusses nach § 590 Abs 1 ZPO umgehend von seinem Amt zurücktreten, stellt sich noch die Frage der Auswirkungen dieses Rücktritts auf den Schiedsrichtervertrag. Der Schiedsrichtervertrag kommt mit Bestellung durch das Gericht zustande. Eine Annahme durch den Schiedsrichter, die üblicherweise Voraussetzung der Bestellung und somit des Zustandekommens des Schiedsrichtervertrages ist⁴¹¹, ist bei der gerichtlichen Bestellung nach der hier vertretenen Auffassung nicht Voraussetzung und wird durch den Bestellungsbeschluss substituiert. Trotz des Umstandes, dass Bestellungsakt und Abschluss des Schiedsrichtervertrages idR zusammenfallen, bedeutet der Rücktritt nicht, dass auch der Schiedsrichtervertrag endet, weil das rechtliche Schicksal des Schiedsrichtermandats und des Schiedsrichtervertrags getrennt voneinander zu beurteilen sind.⁴¹² Dennoch ist mE im Rücktritt des Schiedsrichters nach § 590 Abs 1 ZPO auch regelmäßig – und zumindest in der Situation des zwangsweise bestellten Schiedsrichters – eine konkludente Kündigung des Schiedsrichtervertrages zu sehen.⁴¹³ Abhängig davon, ob der Schiedsrichter einen wichtigen Grund zur Kündigung geltend machen kann oder nicht, ist die Frage zu beantworten, ob sich der Schiedsrichter ersatzpflichtig macht oder nicht.⁴¹⁴ *Fasching* betrachtet als wichtige Gründe all jene Umstände, „die eine weitere vertrauensvolle Zusammenarbeit zwischen Schiedsrichtern und Parteien ... nicht erwarten lassen.“⁴¹⁵ Ähnlich für die deutsche Rechtslage formuliert es *Münch*: „Die Kündigung ist berechtigt, wenn dem Schiedsrichter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und bei Abwägung mit den

⁴¹¹ S oben FN 389 und FN 390.

⁴¹² *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 590 ZPO Rz 44.

⁴¹³ Vgl *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 49; wohl auch *Liebscher*, Arbitration 179 Anm 8.

⁴¹⁴ *Fasching*, Schiedsgericht 77; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 253 f; *Liebscher*, Arbitration 179 Anm 8; *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1035 Rz 29 und § 1038 Rz 3; *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 49.

⁴¹⁵ *Fasching*, Schiedsgericht 77; so auch *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 587 Rz 80; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 5.

Parteiinteressen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses insgesamt unzumutbar erscheint.“⁴¹⁶ In der Bestellung wider Willen – welcher den Schiedsrichter zum Rücktritt vom Schiedsrichteramt bewegt, worin auch eine konkludente Kündigung des Schiedsrichtervertrages zu erblicken ist – liegt ein wichtiger Grund, der zur Kündigung berechtigt. Eine vertrauensvolle Basis der Zusammenarbeit zwischen Schiedsrichter und Schiedsparteien ist bei einer Zwangsbestellung nicht gewährleistet. Eine Zwangsbeglückung erweckt üblicherweise gerade kein Vertrauen. Die Fortsetzung eines solchen Vertragsverhältnisses ist daher für alle Vertragsparteien unzumutbar. Daher ist ein Schiedsrichter, der gegen seinen Willen von einem Gericht bestellt wird, von seinem Amt zurücktritt und den Schiedsrichtervertrag kündigt, aus diesem Grund nach § 594 Abs 3 ZPO nicht schadenersatzpflichtig.⁴¹⁷

2. Zuständigkeit und Gerichtsbesetzung bei einer Ersatzbestellung

Seit dem SchiedsRÄG 2013 ist für Angelegenheiten nach dem dritten Titel – somit für die Ersatzbestellung nach § 587 ZPO – gem § 615 ZPO in aller Regel der OGH zuständig, bleibt doch ein Schiedsverfahren mit Konsumentenbeteiligung (§ 617 ZPO) und in Arbeitsrechtssachen (§ 618 ZPO) aufgrund des restriktiven Zugangs zur Schiedsgerichtsbarkeit in diesen Materien weiterhin die Ausnahme.⁴¹⁸ Die Gerichtsbarkeit des OGH wird gem § 8 Abs 3 JN iVm § 5 OGHG durch Senate ausgeübt. In Folge des SchiedsRÄG 2013 wurde für die Angelegenheiten, die in seine Zuständigkeit fallen, ein eigener Senat gebildet (18. Senat).^{419, 420} Da es keine gesetzliche anderslautende Bestimmung gibt, ist (auch) für die Angelegenheiten nach dem dritten Titel ein einfacher Senat gem § 6 OGHG zur Entscheidung berufen. Dies bedeutet, dass diesem insgesamt fünf Mitglieder des OGH angehören.

⁴¹⁶ Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 51.

⁴¹⁷ Zur Schiedsrichterhaftung s Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 595 Rz 6 mwN.

⁴¹⁸ S hierzu ausführlich Rechberger/Hofstätter in Liebscher/Oberhammer/Rechberger II (in Druck) mwN.

⁴¹⁹ Die Gerichtsbarkeit des OGH wird gem § 8 Abs 3 JN iVm § 5 OGHG durch Senate ausgeübt.

⁴²⁰ Die Geschäftsverteilung ist auf der Homepage des OGH (www.ogh.gv.at) abrufbar.

In Verfahren mit Konsumentenbeteiligung sind gem § 617 Abs 8 ZPO (auch) für die Bestellung nach § 587 ZPO die Gerichtshöfe erster Instanz sachlich zuständig.⁴²¹ Gem § 7a Abs 3 JN – die Bestimmungen der JN sind auch im außerstreitigen Verfahren (hier *in concreto* zur Bestellung eines Schiedsrichter [§ 617 Abs 10 ZPO]) anzuwenden⁴²² – entscheidet über die Ersatzbestellung unabhängig vom Streitwert⁴²³ ein Einzelschiedsrichter.⁴²⁴

Bei Schiedsverfahren in Arbeitsrechtssachen sind die Landesgerichte als Arbeits- und Sozialgerichte bzw das Arbeits- und Sozialgericht Wien sachlich zuständig⁴²⁵, welche aufgrund der Anordnung in § 618 ZPO, dass § 617 Abs 10 ZPO „*sinngemäß*“ gilt, im Verfahren zur Ersatzbestellung (konsequenterweise) als Gericht in Außerstreitsachen tätig werden. Die Bestimmungen des „streitigen“ ASGG sind nicht anzuwenden, weil sich gem § 618 ZPO nur Verfahren wegen Klagen auf Aufhebung eines Schiedsspruchs und Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs nach diesen richten. Das Verfahren richtet sich daher sinngemäß nach den Bestimmungen des AußStrG und die Gerichtsbesetzung daher ebenfalls nach § 7a Abs 3 JN, weshalb auch über die Ersatzbestellung eines Schiedsrichters in Schiedsverfahren in Arbeitsrechtssachen ein Einzelrichter (des ASG) entscheidet.⁴²⁶

Der Umstand, dass der OGH als Senat bestehend aus fünf Mitgliedern entscheidet, in Konsumentenangelegenheiten und Arbeitsrechtssachen aber ein Einzelrichter eines Gerichtshofes erster Instanz über die Bestellung nach § 587 ZPO entscheidet, zeigt einen gewissen Wertungswiderspruch auf. Es ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum die Entscheidung des OGHs der Beschäftigung weiterer vier Richter bedarf. Dies vor allem unter Berücksichtigung des Umstandes, dass auch die Entscheidung eines Einzelrichters, mit der ein Schiedsrichter bestellt wird, unanfechtbar

⁴²¹ Zur örtlichen Zuständigkeit s § 617 Abs 8 ZPO.

⁴²² *Fucik/Kloiber*, AußStrG Vor § 1 Rz 1. Nur der Zweite Teile der JN gilt im außerstreitigen Verfahren nicht, weil dieser „Von der Gerichtsbarkeit in Streitsachen“ handelt, s *Fucik/Kloiber* aaO.

⁴²³ Zum Streitwert s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 185.

⁴²⁴ Zur Gerichtsbesetzung allgemein *Rechberger/Hofstätter* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck).

⁴²⁵ Zur örtlichen Zuständigkeit s § 618 iVm § 617 Abs 8 ZPO.

⁴²⁶ Im Übrigen wäre dies nicht anders, wenn das ASGG anwendbar wäre, weil § 11 Abs 3 ASGG nur die Anwendbarkeit von § 7a Abs 1 und Abs 2 JN ausnimmt, jedoch nicht von § 7a Abs 3 JN, vgl *Ballon* in *Fasching/Konecny*³ I § 7a JN Rz 17 und 18.

ist. Hinzu kommt, dass gerade beim OGH aufgrund der Einrichtung eines eigenen Senats und des Umstandes, dass Verfahren mit Konsumentenbeteiligung bzw in Arbeitsrechtssachen äußerst selten sind, die Schiedsrechtsexperten in der ordentlichen Gerichtsbarkeit beim OGH tätig sind bzw sein werden. Eine Änderung wäre daher *de lege ferenda* wünschenswert. Da das OGHG seiner Konzeption zufolge keine Entscheidung eines Mitglieds des OGH allein kennt, wäre zumindest eine Zuteilung zu einem Dreiersenat nach § 7 OGHG erstrebenswert. Eine mündliche Verhandlung muss im Bestellungsverfahren unabhängig vom zur Entscheidung berufenen Gericht aufgrund § 18 AußStrG im Übrigen nicht zwingend durchgeführt werden.

Abschließend sei noch erwähnt, dass ein Besetzungsfehler, egal vor welchem Gerichtstyp, bis zur Erlassung der Entscheidung geltend gemacht werden kann, weil eine Heilung eines Verstoßes gegen Besetzungsvorschriften im AußStrG im Unterschied zu § 260 Abs 4 ZPO nicht vorgesehen ist.⁴²⁷ Aufgrund des Rechtsmittelausschlusses des § 587 Abs 9 ZPO ist jedoch ab dem Zeitpunkt der Beschlussausfertigung die Rüge eines Besetzungsfehlers vor den ordentlichen Gerichten nicht mehr möglich. Nicht ausgeschlossen ist es aber, in einer falschen Gerichtsbesetzung, die zu einer Bestellung eines Schiedsrichters führt, eine mangelhafte Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu sehen. In diesem Fall ist eine indirekte Geltendmachung des Besetzungsfehlers durch Aufhebung des Schiedsspruch nach § 611 Abs 2 Z 4 ZPO möglich.

Der Vollständigkeit halber soll noch auf die vergleichsweise einfache deutsche Rechtslage hingewiesen werden: vergleichbar mit der österreichischen Rechtslage sind gem § 1025 dZPO die deutschen Gerichte zur Ersatzbestellung nach § 1035 dZPO berufen, wenn der Schiedsort in Deutschland liegt (Abs 1), bzw selbst dann, wenn der Schiedsort noch nicht bestimmt ist, aber eine der Parteien ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat (Abs 3).⁴²⁸ Sachlich zuständig ist nach § 1062 dZPO das

⁴²⁷ Mayr/Fucik, Verfahren Rz 94.

⁴²⁸ Vgl Voit in Musielak¹¹ § 1025 Rz 6; Saenger in Saenger⁵ § 1025 ZPO Rz 5.

OLG⁴²⁹, örtlich das in der Schiedsvereinbarung bezeichnete oder, wenn eine solche Bezeichnung fehlt, in dessen Bezirk der Ort des schiedsrichterlichen Verfahrens liegt. Ist der Schiedsort noch nicht bestimmt, dann ist gem § 1062 Abs 3 dZPO das OLG zuständig, in dessen Bezirk der Kläger oder der Beklagte seinen Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat.⁴³⁰ Das Verfahren richtet sich nach § 1063 dZPO, weshalb in Beschlussform entschieden wird.⁴³¹ Dieser nach § 1065 Abs 1 dZPO unanfechtbare Beschluss kann ohne mündliche Verhandlung ergehen.⁴³² Die Gerichtsbesetzung richtet sich nach dem GVG. Daher entscheiden gem § 122 *leg cit* ein Senat des OLG in einer Besetzung von drei Richtern. Die deutsche Rechtslage ist insofern jedenfalls einfacher, als sachlich immer das OLG zuständig ist und die Vorschriften über die Gerichtsbesetzung für alle Schiedsverfahren nach der dZPO gelten. Daher besteht kein Unterschied zwischen Schiedsverfahren mit Verbraucherbeteiligung⁴³³, in Arbeitsrechtssachen⁴³⁴ oder sonstigen Verfahren.⁴³⁵

3. Prüfung der Schiedsvereinbarung durch das Gericht

Wird nun ein staatliches Gericht wegen Säumnis einer Partei bei der Bestellung eines Schiedsrichters angerufen, stellt sich die Frage, ob es als Vorfrage klären muss, ob überhaupt eine Schiedsvereinbarung vorliegt, und gegebenenfalls ja, in welchem

⁴²⁹ In Bayern das BayObLG, s *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1062 Rz 1; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1062 Rz 1.

⁴³⁰ Vgl *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolff*⁴³ § 1062 ZPO Rz 2 ff; *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1062 Rz 2 f; *Saenger* in *Saenger*⁵ § 1062 ZPO Rz 2 f; *Schütze*, Schiedsgericht⁵ 172 ff.

⁴³¹ Zum Verfahren allgemein *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 176 ff; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 10 Rz 26.

⁴³² *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 434; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 10 Rz 23, *Schütze* in *Wieczorek/Schütze*⁴ XI § 1035 Rz 24.

⁴³³ Hingegen kennt auch das deutsche Schiedsrecht eine besondere Formvorschrift für die Schiedsvereinbarung nach § 1031 Abs 5 dZPO, s hierzu *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 141 ff und Rz 157 ff. Ansonsten verzichtete der deutsche Gesetzgeber lobenswerterweise auf weitere Sondervorschriften, vgl hierzu *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 617 ZPO Rz 14 f.

⁴³⁴ Die Schiedsgerichtsbarkeit in Arbeitsrechtssachen ist auch in Deutschland quasi inexistent. Die §§ 101 – 110 ARGG sehen eigene Regelungen für Schiedsverfahren in Arbeitsstreitigkeiten vor. Nur für Streitigkeiten aus Tarifverträgen bzw über deren Bestehen kann die staatliche Gerichtsbarkeit ausgeschlossen werden. S hierzu *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 25.

⁴³⁵ Gleiches gilt für das Aufhebungsverfahren. Eine dem § 612 ZPO entsprechende Klage kennt die deutsche ZPO nicht, weshalb diesbezüglich ein Vergleich nicht möglich ist.

Umfang diese Prüfung zur erfolgen hat (Prüfungstiefe). Das Gesetz gibt hierüber keine Auskunft, sondern leitet das Gericht nur hinsichtlich der zu berücksichtigenden Anforderungen an den Schiedsrichter in § 587 Abs 8 ZPO an.⁴³⁶

In der Lit wird vertreten, dass das Gericht bei Anrufung um Bestellung eines Schiedsrichters als Vorfrage das Vorliegen einer Schiedsvereinbarung zu prüfen habe. Diese Entscheidung habe aber weder für das Gericht noch für ein Schiedsgericht in der Frage der Zulässigkeit des Rechtsweges präjudizielle Wirkung, weil die Lösung bloßer Vorfragen keine Bindungswirkung entfalte.^{437, 438}

Die deutsche Lit hat sich mit der Prüfungspflicht und Prüfungstiefe eingehender als die österreichische beschäftigt:

Schlosser führt aus, dass zwar der Inhalt der Schiedsvereinbarung bei Antragstellung wiedergegeben werden müsse, jedoch nicht wörtlich. Wenn der Antragsgegner nicht reagiert bzw die Angaben des Antragstellers nicht bestreitet, dann seien weitere Ermittlungen des Gerichts nicht nötig (somit ist ein Mangel der Schiedsvereinbarung seiner Ansicht nach rügepflichtig). Die Inexistenz oder Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung hindere die Tätigkeit des Gerichts nur, wenn der Mangel offensichtlich ist.⁴³⁹ Diesbezüglich ist jedoch an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass *Schlosser* zuletzt seine Ansicht zumindest eingeschränkt hat, wenn er nun vertritt, dass das Gericht die Existenz und Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nicht nachzuprüfen habe.⁴⁴⁰

Schwab/Walter gehen von einer Prüfungspflicht der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung aus, beschränken diese aber ebenfalls auf eine offensichtliche Inexistenz oder Unwirksamkeit. Aus diesem Grund könne aber nicht gesagt werden, dass eine Überprüfung nur auf Einrede hin erfolge, weil ein offensichtlicher Mangel natürlich von Amts wegen zu beachten sei. Auch wenn die Streitigkeit offensichtlich

⁴³⁶ Vgl ErläutRV 1158 BlgNr 22. GP 13.

⁴³⁷ *Kloiber/Haller* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 28; zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 bereits *Fasching*, Schiedsgericht 88. Zur Vorfragenproblematik im Zivilprozess *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 892 ff.

⁴³⁸ *Reiner*, *ecolex* 2005, 523, meint noch zum Entwurf des späteren SchiedsRÄG 2006, dass klargestellt werden sollte, dass die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung im Ersatzbestellungsverfahren nicht oder nur sehr eingeschränkt zu prüfen sei.

⁴³⁹ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1035 Rz 6 und Rz 10; so auch *Geimer* in *Zöller*³⁰ § 1035 Rz 17.

⁴⁴⁰ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1035 Rz 20.

nicht von der Schiedsvereinbarung erfasst ist, sei eine Schiedsrichterbestellung durch ein Gericht abzulehnen. Diese Inzidententscheidung habe freilich keine Rechtskraftwirkung.⁴⁴¹

Als Argument für die Prüfung, ob eine wirksame Schiedsvereinbarung vorliegt, wird von *Lachmann* zusätzlich angeführt, dass ein „*Gericht (...) nicht für eine letztlich sinnlose, ins Leere gehende Entscheidung in Anspruch genommen werden (dürfe)*“. ⁴⁴² *Lachmann* führt zur Begründung der Ansicht, die Schiedsvereinbarung nur auf offensichtliche Mängel hin zu prüfen, aus, dass dies „wegen der Möglichkeit eines Rügeverzichts oder des Verlustes des Rügerechts (z.B. wegen Treuwidrigkeit) und im Hinblick darauf, dass das Bestellungsverfahren zügig vorangehen soll, nahe“ ⁴⁴³ liege. Diese Begrenzung auf die Prüfung der Offensichtlichkeit ⁴⁴⁴ trage auch der Gefahr Rechnung, dass das staatliche Gericht die Parteien wegen Unmöglichkeit der Bildung des Schiedsgerichts versehentlich auf den Rechtsweg vor den staatlichen Gerichten zwingen könnte. *Lachmann* tritt – im Gegensatz zu *Schlosser* und in Übereinstimmung mit *Schwab/Walter* – dafür ein, dass eine Prüfung der Schiedsvereinbarung jedenfalls auch ohne Rüge auf solche Mängel zu erfolgen habe, die auf einem Verstoß gegen eine nicht dispositive Norm beruhen, etwa hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit. ^{445, 446}

Neben dieser Mittelposition werden auch die anderen möglichen „Extrem“-Ansichten des Spektrums bezüglich der Prüfung und Prüfungstiefe der Schiedsvereinbarung durch das staatliche Gericht vertreten. *Wais* ⁴⁴⁷ und *Schütze* ⁴⁴⁸ meinen, dass von Amts wegen das Vorliegen einer wirksamen Schiedsvereinbarung zu prüfen sei. Letzterer meint, dies umfasse auch die spätere Aufhebung und das Erlöschen der Schiedsvereinbarung und, ob der Streitfall unter die Schiedsvereinbarung fällt. Auch wenn beide Autoren davon ausgehen, dass diese Prüfung keine bindende Entscheidung

⁴⁴¹ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 10 Rz 24 mwN; so auch *Geimer* in *Zöller*³⁰ § 1035 Rz 17.

⁴⁴² *Lachmann*, Handbuch³ Rz 893 mwN auch zur Rsp.

⁴⁴³ *Lachmann*, Handbuch³ Rz 897 mwN.

⁴⁴⁴ Ebenso für eine Begrenzung der Prüfung auf eine offensichtlich unwirksame Schiedsvereinbarung *Münch in Krüger/Rauscher*⁴ III § 1035 Rz 49.

⁴⁴⁵ *Lachmann*, Handbuch³ Rz 898.

⁴⁴⁶ Zu Nachweisen aus der Rsp s *Lachmann*, Handbuch³ Rz 895.

⁴⁴⁷ *Wais* in *Schütze/Tscherning/Wais* Rz 209 mwN auch zur Rsp.

⁴⁴⁸ *Schütze* in *Wieczorek/Schütze*³ IV § 1029 Rz 21 mwN auch zur Rsp.

über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung darstellt, setzen sie doch eine umfassende Prüfung dieser Vereinbarung voraus.⁴⁴⁹ ⁴⁵⁰ Diese Position der vollinhaltlichen Prüfung muss dahingehend relativiert werden, dass *Schütze* jüngst erst meinte, dass „die h.L. die Prüfung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung bei der Bestellung eines Schiedsrichters durch das Gericht ... darauf (beschränkt), ob eine Schiedsvereinbarung offensichtlich nicht besteht“⁴⁵¹ und weiter, dass bei der *prima facie* Prüfung auf den Antrag abzustellen sei. Wenn das im Antrag manifestierte Rechtsschutzziel ein solches sei, das aufgrund der geltend gemachten Schiedsvereinbarung im Schiedsverfahren durchgesetzt werden kann, so sei das Schiedsgericht zur Entscheidung – auch über seine Zuständigkeit – zuständig. Das Parteivorbringen dürfe nur nicht widersprüchlich sein und den Antrag nicht tragen. Dies sei die Grenze der Prüfungsbefugnis des staatlichen Gerichts.⁴⁵² In der Neuauflage des Kommentars aus dem Jahr 2014 geht *Schütze* überhaupt nicht mehr auf die Prüfungstiefe ein.

Am anderen Ende des Spektrums steht die Ansicht, dass das Gericht bei einem Antrag auf Bestellung eines Schiedsrichters gar keine Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung durchführen darf, selbst bei offensichtlichen Mängeln nicht.⁴⁵³ *Bredow* vertritt genau diese Ansicht und führt hierzu folgende Argumente an: Die Regelungen des 10. Buchs der dZPO sollen die Durchführung eines Schiedsverfahrens weitest möglich sicherstellen, und bei nicht funktionierenden Parteiregelungen hätten die staatliche Gerichte Hilfestellung zu leisten. In diesem Kontext sei auch die Frage zu beantworten, ob bzw welche Kompetenz zur Prüfung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung ein staatliches Gericht bei der Bestellung eines Schiedsrichters habe.⁴⁵⁴ Nach der Systematik der dZPO habe das Schiedsgericht gem § 1040 ZPO selbst über seine Zuständigkeit und somit über die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung zu entscheiden. Die Rüge der Unzuständigkeit sei spätestens mit

⁴⁴⁹ Beide Autoren beziehen sich aaO noch auf die Vorgängerbestimmung von § 1035 dZPO, nämlich auf § 1029 dZPO aF.

⁴⁵⁰ Zu Nachweisen aus der Rsp s *Lachmann*, Handbuch³ Rz 894.

⁴⁵¹ *Schütze* in FS Stürner 537.

⁴⁵² *Schütze* in FS Stürner 537.

⁴⁵³ So nun anscheinend auch *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1035 Rz 20. Vgl zu seiner früheren Meinung FN 439.

⁴⁵⁴ *Bredow* in FS Schlosser 76.

Klagebeantwortung vorzubringen, wobei die Bestellung eines Schiedsrichters diese Rüge nicht ausschließe. Die allfällige Zuständigkeitsentscheidung des Schiedsgerichts sei durch das staatliche Gericht überprüfbar. Dieses System würde durch eine vorherige positive Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung durch das Gericht unterlaufen werden. Die Regelung, wonach die Bestellung eines Schiedsrichters nicht die Rüge der Unzuständigkeit ausschließt, belege, dass die vollständige Besetzung des Schiedsgerichts ein von den Parteien notwendigerweise zu erbringender Schritt sei. Die Bestellung durch das Gericht sei eine Reserveregung⁴⁵⁵, die die Bestellung durch die Partei bzw einen Dritten ersetzt. Dritte nähmen eine Prüfung teilweise schon aufgrund fehlender Qualifikation nicht vor, Institutionen prüften das Bestehen der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung nur, wenn dies in den Regeln vorgesehen sei. Aufgrund der Gesetzessystematik sei daher für die Prüfung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung grundsätzlich das zu bildende Schiedsgericht zuständig.⁴⁵⁶ Hinzu käme, dass eine Heilung von formunwirksamen Schiedsvereinbarungen durch rügelose Einlassung nicht möglich wäre.⁴⁵⁷ Überdies sei 1032 dZPO als *lex specialis* für die gerichtliche Kompetenz zur erstmaligen Entscheidung über die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung anzusehen und schließe eine Wirksamkeitsprüfung im Rahmen von § 1035 ZPO aus.^{458, 459} Soweit eine Rechtfertigung für die Prüfungskompetenz darin gesehen werde, dass der Entscheidung über die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung keine Rechtskraft zukommt, sei dies nicht überzeugend. Bei Ablehnung der Bestellung bestehe keine Möglichkeit mehr, ein Schiedsgericht zu bilden, weshalb dieser endgültigen Entscheidung faktisch doch Rechtskraft zukomme.

⁴⁵⁵ Auch in der österreichischen Lit wird die Anrufung des Gerichts als „Hilfestellung in all jenen Fällen“ gesehen, „in denen es zur Behinderung im Bestellungsablauf kommt und keine anderen ... Sicherungsregeln greifen“, Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 150.

⁴⁵⁶ Bredow in FS Schlosser 77.

⁴⁵⁷ Bredow in FS Schlosser 78. Anm.: genauer gesagt dann, wenn das Gericht bei seiner Prüfung die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung wegen Formmängel feststellt.

⁴⁵⁸ Bredow in FS Schlosser 78.

⁴⁵⁹ § 1032 dZPO entspricht im Wesentlichen § 584 ZPO. Jedoch kann gem § 1032 Abs 2 dZPO bei Gericht bis zur Bildung des Schiedsgerichts ein Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens eingebracht werden. Eine solche Klage kennt das österreichische Schiedsrecht – aus guten Gründen – nicht, s zu den Gründen Oberhammer, Entwurf 57 ff; ErläutRV 1158 BlgNr 22. GP 4 und 6; Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 16; Zeiler, Schiedsverfahren² § 578 Rz 4 mwN; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 578 ZPO Rz 19 mwN.

Dies führe dazu, dass die Parteien unwiederbringlich auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen werden.^{460, 461, 462} Abschließend widmet sich *Bredow* noch dem Argument, dass ein staatliches Gericht nicht mit einer Tätigkeit, die letztlich sinnlos sei, befasst werden soll. Dagegen führt er an, dass etwa bei Erwirkung eines Zahlungsanspruchs, der das Vermögen eines Beklagten bei weitem übersteigt, das staatliche Gericht in Anspruch genommen werden könne und bei Bestellungstätigkeit des Gerichts nicht unerhebliche Gebühren eingehoben werden.⁴⁶³ Im Ergebnis leitet *Bredow* aus der Gesetzessystematik und der Qualifizierung der Regelung der gerichtlichen Ersatzbestellung als Reserveverteilung ab, dass dem Gericht nur eine eingeschränkte Funktion bei der Bestellung zukommt.

Die deutsche Rsp ist uneinheitlich und bewegt sich zwischen der vollen Prüfung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung⁴⁶⁴ und der Beschränkung auf eine offensichtliche Unwirksamkeit⁴⁶⁵. Nicht vergessen werden darf, dass die Rsp, die eine volle Prüfung der Schiedsvereinbarung verlangt, nicht besonders alt ist und daher noch immer als (zumindest teilweise) aktuell betrachtet werden muss.⁴⁶⁶ Es kann daher nicht behauptet werden, dass die herrschende Rsp sich auf die Prüfung einer offensichtlichen Unwirksamkeit beschränke.

Wie dargestellt, geht die spärliche österreichische Lehre davon aus, dass bei der gerichtlichen Bestellung das Gericht die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung als Vorfrage zu beurteilen habe. Die Prüfungstiefe wurde bisher – soweit ersichtlich – noch

⁴⁶⁰ *Bredow* in FS Schlosser 78 f.

⁴⁶¹ *Bredow* führt weiter zur deutschen Rechtslage aus, dass der Partei nach Ablehnung ihres Antrages auf Bestellung die Antragsmöglichkeit nach § 1032 Abs 2 dZPO (Antrag bei Gericht auf Feststellung des Bestehens und Tragweite der Schiedsvereinbarung, s näher *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1032 Rz 21; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1032 Rz 37 ff) zustehen müsste, um die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung feststellen lassen zu können, wogegen ein Rechtsmittel zulässig wäre. Auch in der Tatsache, dass dagegen ein Rechtsmittel zulässig ist, gegen die Entscheidung über den Beststellungsantrag aber nicht, zeige sich die Struktur des Gesetzes, die für wesentliche Fragen ein Rechtsmittel zulasse, für Hilfsfunktionen hingegen nicht, *Bredow* in FS Schlosser 79.

⁴⁶² Zur Untermuerung, dass die Ersatzbestellung nur eine Hilfsfunktion sei, führt *Bredow* aaO weiters gebührenrechtliche Argumente an.

⁴⁶³ *Bredow* in FS Schlosser 80.

⁴⁶⁴ Zu dieser Rsp s *Lachmann*, Handbuch³ Rz 894; *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1035 Rz 49.

⁴⁶⁵ Zu dieser Rsp s *Schütze* in FS Stürner 537 und *Lachmann*, Handbuch³ Rz 895.

⁴⁶⁶ *Lachmann*, Handbuch³ Rz 894, und *Schütze* in FS Stürner 537, beziehen sich auf Entscheidungen aus 2007.

nicht thematisiert. Der österreichische Gesetzgeber hat auf eine dem § 1032 Abs 2 dZPO⁴⁶⁷ vergleichbare Bestimmung, wonach das Gericht zur Feststellung der (Un)wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung angerufen werden kann, aus guten Gründen verzichtet.⁴⁶⁸ Daraus kann aber im Umkehrschluss – in Anlehnung an *Bredows* Argumentation – nicht gefolgert werden, dass das Gericht im Rahmen des Bestellungsverfahrens eine Überprüfung der Schiedsvereinbarung durchführen müsste. Vielmehr kann daraus geschlossen werden, dass der österreichische Gesetzgeber strikter als der deutsche an der Kompetenz-Kompetenz festhalten wollte und eine Überprüfung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung erst bzw nur – abgesehen vom Aufhebungs- sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsverfahren – bei einer Klage im Rahmen des § 584 Abs 1 ZPO wünschte.⁴⁶⁹ Gerade dadurch wird im Zusammenspiel mit § 592 ZPO verdeutlicht, dass für die Klärung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung primär das Schiedsgericht zuständig sein soll. Daran kann auch die Säumnis einer Partei nichts ändern. Ist eine Partei tatsächlich der Ansicht, dass keine wirksame Schiedsvereinbarung vorliegt, dann soll sie dennoch eine Bestellung vornehmen; das Vorbringen der Unzuständigkeit wird ihr dadurch gem § 592 Abs 2 ZPO nicht genommen. Durch die Nichtvornahme einer Bestellung sollte dieses System der Überprüfung nicht ausgehebelt werden, vor allen weil die Zuständigkeitsentscheidung auch noch im Rahmen des § 611 ZPO einer Überprüfung zugänglich ist und der die Zuständigkeit des Schiedsgerichts Bestreitende quasi zwei Instanzen zur Überprüfung hat.⁴⁷¹ Überhaupt legt eine weitere systematische Überlegung nahe, dass der Gesetzgeber keine Überprüfung der Schiedsvereinbarung wünscht: wenn § 578 ZPO anordnet, dass das Gericht nur in den Angelegenheiten tätig werden darf, in denen dies vorgesehen ist, kann dies auch dahingehend verstanden werden, dass dies ebenso bezüglich des Umfangs der Tätigkeit bzw der inhaltlichen

⁴⁶⁷ § 1032 Abs 2 dZPO lautet: „Bei Gericht kann bis zur Bildung des Schiedsgerichts Antrag auf Feststellung der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines schiedsrichterlichen Verfahrens gestellt werden.“

⁴⁶⁸ *Oberhammer*, Entwurf 57 ff.

⁴⁶⁹ Zur Kompetenz-Kompetenz und der strikten Verfolgung durch den Gesetzgeber s *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 2.

⁴⁷⁰ Zu § 584 Abs 1 ZPO und zur Prüfung der Schiedsvereinbarung s näher *Rechberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 6/13 ff; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 584 Rz 4 ff mwN.

⁴⁷¹ Hinzu kommt allenfalls noch eine Überprüfung im Rahmen der Anerkennung und Vollstreckung nach dem NYÜ.

Ausgestaltung dieser Tätigkeit gilt. Diese Auslegung wird dadurch unterstützt, dass es im Gesetz eine Anordnung über die inhaltliche Prüfung eines Gerichts vor Beendigung eines Schiedsverfahrens gibt, nämlich im bereits erwähnten § 584 Abs 1 ZPO. Im Übrigen enthält § 587 Abs 8 ZPO eine inhaltliche Determinierung der Aufgabe des bestellenden Gerichts: eine Prüfungskompetenz betreffend die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung beinhaltet *leg cit* nicht. Mit anderen Worten: hätte der Gesetzgeber eine Prüfung der Schiedsvereinbarung im Rahmen der Ersatzbestellung gewünscht, dann hätte er diese Kompetenz im Gesetz – wie auch in den anderen erwähnten Bestimmungen – festgelegt.

Hinzu kommt, dass es – wie *Bredow* zeigt – selbst bei einer unwirksamen Schiedsvereinbarung und einer Säumnis bei der Bestellung nicht auszuschließen ist, dass sich die säumige Partei dennoch in das Schiedsverfahren einlassen will. Diese Freiheit sollte einer Partei nicht genommen werden. Hinsichtlich der faktischen Rechtskraft ist die österreichische Sicht nur zum Teil deckungsgleich, weil für den Anwendungsbereich der ZPO vertreten wird, dass gegen die Ablehnung der Bestellung ein Rechtsmittel zulässig sei. Somit besteht diesbezüglich wenigstens eine Überprüfungsmöglichkeit durch (theoretisch) zwei weitere Instanzen. Das gilt aber seit dem SchiedsRÄG 2013 nur mehr für Verfahren in Verbraucher- und Arbeitsrechtssachen. In allen anderen Materien, die die Regel darstellen, ist der OGH aufgrund der Anordnung des § 615 ZPO erste und letzte Instanz. Würde man eine Überprüfungsmöglichkeit der Schiedsvereinbarung durch den OGH bejahen und dieser die Wirksamkeit verneinen und deshalb keinen Schiedsrichter bestellen, würde diesem Beschluss auch hinsichtlich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung die faktische Wirkung der Rechtskraft zukommen, weil dieser Beschluss endgültig ist und die Durchführung des Schiedsverfahrens dadurch unmöglich wird. Die Diskussion, ob es sich bei der Beurteilung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung im Rahmen des § 587 ZPO um eine Vorfrage handelt oder nicht, wäre dann nur mehr eine theoretische.

Ein weiteres Problem bei Bejahung der Prüfungskompetenz ergäbe sich im Zusammenhang mit § 584 Abs 1 ZPO. Geht man davon aus, dass der Vorfragenentscheidung über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung keine Bindungswirkung zukommt, dann kann ein anderes Gericht im Rahmen des § 584 ZPO

unter den dort normierten Voraussetzungen die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung selbständig beurteilen und zu einem anderen Ergebnis als das zur Ersatzbestellung angerufene Gericht kommen. Überhaupt ergibt sich (auch) aus § 584 Abs 1 und Abs 3 ZPO die Vorrangstellung des Schiedsgerichts hinsichtlich der Prüfung der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung. Nur in den dort normierten Ausnahmefällen, soll ein Gericht zuständig werden. Diese Vorrangstellung könnte bei einem obstruktiven Verhalten einer Partei ausgehebelt werden, wenn im Rahmen der Ersatzbestellung eine Prüfungskompetenz des Gerichts anzunehmen wäre. Denn wenn nach Ansicht dieses Gerichts keine wirksame Schiedsvereinbarung vorliegt, dann kommt es zu keiner Konstituierung eines Schiedsgerichts.

Nimmt man doch eine Bindungswirkung betreffend die Vorfrage des Vorliegens der Schiedsvereinbarung an, dann wäre dem Gericht die selbständige Beurteilung nach § 584 Abs 1 ZPO genommen und insofern hinfällig. Somit zeigen die Fragen im Zusammenhang mit der Bindungswirkung umso mehr, dass die Annahme einer Prüfungskompetenz fehl am Platz ist.

Insgesamt sprechen die besseren Gründe dafür, dass das zur Ersatzbestellung nach § 587 ZPO angerufene Gerichte, in aller Regel der OGH, keinerlei Prüfungskompetenz bezüglich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung hat.

4. Exkurs: Die Bestimmungsvorschriften des Europäischen Übereinkommens über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit⁴⁷²

Das 1961 in Genf abgeschlossene Europäische Übereinkommen über die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (EÜ) hatte zum Ziel, dem Handel zwischen dem Westen⁴⁷³ und dem damaligen Ostblock⁴⁷⁴ zu dienen.⁴⁷⁵ Im Unterschied

⁴⁷² BGBl 1964/107.

⁴⁷³ Darunter werden jene Staaten verstanden, die nicht dem Einflussbereich der ehemaligen UdSSR angehörten.

⁴⁷⁴ Darunter werden jene Staaten verstanden, die einst Teil der UdSSR waren oder deren Einflussbereich angehörten.

⁴⁷⁵ Neuteufel, AnwBl 2004, 547; Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 165; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 386 und Rz 388.

zum NYÜ⁴⁷⁶ geht das EÜ von der Schiedsvereinbarung und nicht vom Schiedsspruch aus.⁴⁷⁷ Sachlich ist das Übereinkommen auf Schiedsvereinbarungen anzuwenden, die zum Zwecke der Regelung von Streitigkeiten aus internationalen Handelsgeschäften zwischen natürlichen oder juristischen Personen geschlossen wurden, vorausgesetzt, dass beide beim Abschluss der Schiedsvereinbarung ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art I Abs 1 lit a EÜ), sowie auf Schiedsverfahren und Schiedssprüche aufgrund einer solchen Vereinbarung (Art I Abs 1 lit b EÜ).⁴⁷⁸ Der Kreis der Vertragsstaaten beschränkt sich derzeit auf 29⁴⁷⁹, die im Wesentlichen zu jenen Staaten des ehemaligen Ostblocks und Westens gehören, die in der Zeit des kalten Krieges nicht unwesentliche Handelsbeziehungen miteinander pflegten. Daher ratifizierte auch Österreich dieses Übereinkommen 1964.⁴⁸⁰

Das EÜ ist im Zusammenhang mit der Säumnis einer Partei bei der Bestellung eines Schiedsrichters deshalb von Interesse, weil es in Art IV Abs 2 und Abs 3 Ersatzbestellungsvorschriften enthält. Ziel dieser Bestimmungen ist, die Durchführung von Schiedsverfahren bei Mängeln der Schiedsvereinbarung zu sichern.⁴⁸¹ Art IV Abs 2 EÜ regelt die Situation, in welcher bei einem *ad-hoc* Verfahren eine der Parteien nicht binnen 30 Tagen nach Zustellung des verfahrenseinleitenden Antrags an den Beklagten einen Schiedsrichter bestellt hat. In diesem Fall ist auf Antrag der anderen Partei vom „*Präsidenten der zuständigen Handelskammer des Staates*“, in dem die säumige Partei bei Verfahrenseinleitung ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatte, zu bestellen. In Österreich ist dies der Präsident der Wirtschaftskammer

⁴⁷⁶ Zum Verhältnis völkerrechtlicher Abkommen untereinander s. *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 577 ZPO Rz 35 und § 614 ZPO Rz 37 ff.⁴⁷⁷ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 42 Vor Rz 14; *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX Anhang § 1061 Rz 166; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X Anhang § 1061 Rz 390.

⁴⁷⁷ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 42 Vor Rz 14; *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX Anhang § 1061 Rz 166; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X Anhang § 1061 Rz 390.

⁴⁷⁸ Näheres zum sachlichen Anwendungsbereich bei *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 42 Rz 14 f; *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX Anhang § 1061 Rz 166 ff; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X Anhang § 1061 Rz 391 ff; *Neuteufel*, AnwBl 2004, 547.

⁴⁷⁹ S. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 42 Rz 16 und die abgedruckte Liste in der Gesetzessammlung Kodex „Zivilgerichtliches Verfahren 2013/14“³⁶ herausgegeben von *Doralt*.

⁴⁸⁰ Zum zeitlichen Anwendungsbereich des EÜ s. *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 42 Rz 17.

⁴⁸¹ *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 67; *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX Anhang § 1061 Rz 178; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X Anhang § 1061 Rz 407.

Österreich.⁴⁸² Art IV Abs 3 EÜ regelt ua die Situation, in der sich Parteien nicht auf die Person des Einzelschiedsrichters einigen können. Diesbezüglich ist entweder der Präsident der Handelskammer am Schiedsort oder der Präsident der Handelskammer im Sitz- bzw Aufenthaltsstaat des Beklagten bei Verfahrenseinleitung auf Antrag zur Ernennung zuständig. Haben die Parteien keinen Schiedsort gewählt, kann sich der Kläger hierfür entweder an den Präsidenten der Handelskammer im Sitz- bzw Aufenthaltsstaat des Beklagten bei Verfahrenseinleitung oder an das sog Besondere Komitee wenden, dessen Zusammensetzung in der Anlage zum EÜ geregelt wird.⁴⁸³ Übt der Kläger das in Abs 3 *leg cit* eingeräumte Recht nicht aus, kann sie der Beklagte ausüben. Ergänzend enthält Art IV Abs 6 EÜ eine Ersatzzuständigkeit des Besonderen Komitees für die in den Abs 2 und Abs 3 genannten Angelegenheiten, falls der eigentlich zuständige Präsident der Handelskammer seinen Aufgaben nicht nachkommt.

Für Österreich (und auch Deutschland) ist noch die Vereinbarung über die Anwendung des EÜ vom 17.12.1962, die sog Pariser Vereinbarung, von Interesse, welche ausschließlich von Weststaaten, von Österreich 1965 ratifiziert wurde.⁴⁸⁴ Art 1 der Pariser Vereinbarung ersetzt Art IV 2 bis 7 EÜ und sieht vor, dass die „*bei der Bildung ... des Schiedsgerichts ... entstehenden Schwierigkeiten auf Antrag einer Partei durch das zuständige staatliche Gericht behoben*“ werden. In den Staaten, in denen die Pariser Vereinbarung ratifiziert wurde – somit auch in Österreich –, besteht daher die gleiche Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte wie nach der ZPO.

D. Ersatzbestellungsvorschriften der institutionellen Schiedsordnungen

In der Einigung auf ein institutionelles Verfahren ist der wichtigste Fall einer Einigung auf ein Verfahren zur Bestellung der Schiedsrichter iSd § 587 Abs 1 ZPO bzw

⁴⁸² Ursprünglich war dies der Präsident der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft, BGBl 1964/107; Neuteufel, AnwBl 2004, 549.

⁴⁸³ Dabei handelt es sich um ein dreiköpfiges Gremium, das sich aus einem Mitglied aus den Weststaaten und einem aus den Ostblockstaaten sowie einem Vorsitzenden, der alle zwei Jahre wechselt, zusammensetzt, vgl Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 178; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 407.

⁴⁸⁴ Belgien, BRD, Dänemark, Frankreich, Italien, Luxemburg, Österreich; Liste aus Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 42 Rz 16.

§ 1035 Abs 1 dZPO zu sehen.⁴⁸⁵ Die verschiedenen Schiedsordnungen stellen alle auch ein Verfahren bei Säumnis mit der Benennung eines Schiedsrichters zur Verfügung, auf deren Besonderheiten im Folgenden eingegangen werden soll.

1. Anzahl der Schiedsrichter

Zunächst ist festzuhalten, dass bis auf die DIS-SchO alle hier behandelten Schiedsordnungen eine flexible Abweichung von der gesetzlichen Bestimmung hinsichtlich der Anzahl der Schiedsrichter vorsehen. Ist nach § 586 Abs 2 ZPO und § 1034 Abs 1 dZPO mangels anderer Parteienvereinbarung ein Schiedsgericht aus drei Schiedsrichtern zu bestellen, so sehen die WR 2006 und 2013, die ICC-SchO und die Schweizer Regeln vor, dass mangels Vereinbarung der Parteien ein Organ⁴⁸⁶ der Schiedsinstitution darüber entscheidet, ob der Streit von einem Einzelschiedsrichter oder einem Schiedsrichtersenat entschieden werden soll.⁴⁸⁷ Die Entscheidung orientiert sich an den Umständen des Einzelfalls, wobei – wie die WR 2006 und 2013⁴⁸⁸ ausführen – die Schwierigkeit des Falls, die Höhe des Streitwerts und das Interesse der Parteien an einer raschen und kostengünstigen Entscheidung ausschlaggebend sein wird.⁴⁸⁹ Die Schweizer Regeln hingegen führen in Art 6 Abs 2 als Entscheidungskriterium das Interesse der Parteien an einer raschen und kostengünstigen Erledigung nicht an. Aufgrund der Bestimmung in Abs 2, dass alle maßgeblichen Umstände bei der Entscheidung, ob eine Sache einem Einzelschiedsrichter oder Senat zugewiesen werden soll, berücksichtigt werden, ist jedoch auch dieser Faktor zu berücksichtigen.⁴⁹⁰ Die DIS-SchO orientiert sich mangels Vorliegen einer Vereinbarung der Parteien über die Anzahl der Schiedsrichter an der dZPO und bestimmt daher, dass

⁴⁸⁵ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 10 Rz 5.

⁴⁸⁶ Präsidium des VIAC; Gerichtshof der ICC bzw der Swiss Chambers' Arbitration Institution.

⁴⁸⁷ Art 13 Abs 2 WR 2006; Art 17 Abs 2 WR 2013; Art 12 Abs 2 ICC-SchO; Art 6 Abs 1 Schweizer Regeln.

⁴⁸⁸ S hierzu näher *Riegler/Petsche* in *Handbuch Wiener Regeln* Art 17 Rz 9 ff.

⁴⁸⁹ S *Fry/Greenberg/Mazza*, *Secretariat's Guide* Rz 3-439 f; *Wagner/Herzberg* in *Nedden/Herzberg* Art 12 ICC-SchO Rz 6.

⁴⁹⁰ *Dickenmann* in *Arroyo* 384; *Bühler/Feit* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 6 Rz 9, die aufgrund der Systematik davon ausgehen, dass die Kriterien des Art 6 Abs 2 zwar vorherrschend, aber nicht allein ausschlaggebend sind.

im Zweifel ein Schiedsrichtersanat bestehend aus drei Schiedsrichtern zu bestellen ist.⁴⁹¹ Eine Abweichung davon aufgrund der Umstände des Einzelfalls ist daher nicht vorgesehen.

Können sich die Parteien nicht auf einen Einzelschiedsrichter binnen der in den Schiedsordnungen vorgesehenen Frist⁴⁹² einigen oder ist eine der Parteien mit der Ernennung ihres Schiedsrichters säumig, dann geht das Bestellungsrecht – ganz ähnlich dem gerichtlichen Bestellungsverfahren – auf ein Organ der jeweiligen Schiedsinstitution über.⁴⁹³ Das jeweilige Ersatzbestellungsverfahren ist in den jeweiligen Schiedsordnungen nur rudimentär geregelt. Im Folgenden wird dieses jeweils kurz dargestellt:

2. Verfahrensvorschriften

a) Die Wiener Regeln 2006 und 2013

In Verfahren nach den WR 2006 ist es üblich, dass der Generalsekretär nachdem das Präsidium (einen) Kandidaten als Schiedsrichter identifiziert hat, diese Person kontaktiert, ob sie überhaupt bereit und fähig ist, eine Bestellung anzunehmen. Die entsprechende Information leitet der Generalsekretär an das Präsidium weiter, welches dann den Schiedsrichter bestellt.⁴⁹⁴ Damit ist die Bestellung jedoch noch nicht wirksam, sondern erfordert die Erklärung nach Art 7 Abs 2 lit a) WR 2006 der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, sowie die Unterwerfung unter die Schiedsordnung nach lit b) *leg*

⁴⁹¹ *Wagner/Klich* in *Nedden/Herzberg* § 3 DIS-SchO Rz 4.

⁴⁹² Nach Art 14 Abs 3 WR 2006, Art 17 Abs 3 WR 2013, Art 7 Abs 1, Art 8 Abs 2 Schweizer Regeln, § 12 und § 14 DIS-SchO jeweils 30 Tage; nach Art 12 Abs 2 ICC-SchO, jeweils 15 Tage somit insgesamt wiederum 30 Tage, nach Art 12 Abs 3 ICC-SchO, 30 Tage, nach Art 12 Abs 4 ICC-SchO ist keine Frist vorgesehen, sondern ist die Benennung im verfahrenseinleitenden Schriftsatz bzw in der Antwort darauf vorzunehmen.

⁴⁹³ Nach den WR 2006 und WR 2013 ist dies das Präsidium; nach der ICC-SchO und den Schweizer Regeln der jeweilige Gerichtshof; nach der DIS-SchO der DIS-Ernennungsausschuss.

⁴⁹⁴ *Schwarz/Konrad*, *The Vienna Rules* Rz 14-042 und Rz 12-010.

*cit.*⁴⁹⁵ Mit Zugang dieser Erklärungen beim VIAC – Unbedenklichkeit vorausgesetzt – ist die Bestellung wirksam.⁴⁹⁶

Das Ersatzbestellungssystem der WR 2006 wurde durch die WR 2013 nicht geändert.^{497, 498} Die entsprechende Bestimmung zur Ersatzbestellung findet sich in Art 17 WR 2013 und die der Erklärung der Unabhängigkeit in Art 16 Abs 3 WR 2013. Letztere wurde dahingehend präzisiert, dass der Schiedsrichter nun *expressis verbis* seine Verfügbarkeit und – im gegebenen Zusammenhang von besonderem Interesse – auch die Annahme des Schiedsrichteramtes erklären muss, was nach den WR 2006 implizit in der Erklärung nach Art 7 Abs 2 enthalten war.⁴⁹⁹ Die Bestellung des Schiedsrichters ist aber dennoch erst mit Zugang der Erklärung beim VIAC wirksam.^{500, 501} Voraussetzung hierfür ist, dass keine Bedenken im Hinblick auf die Erklärung nach Art 16 Abs 3 WR 2013 und die darin gestellten Anforderungen bestehen. Dogmatisch steht daher die Bestellung unter der aufschiebenden Wirkung einer unbedenklichen Unabhängigkeitserklärung.

Ein auch für die Ersatzbestellung wesentlicher Unterschied zwischen den WR 2006 und WR 2013 besteht darin, dass nach Art 10 Abs 1 WR 2006 die Klage der beklagten Partei zuzustellen ist, wenn das Präsidium nicht zuvor *inter alia* die Durchführung des Verfahrens wegen von den WR 2006 abweichender Vereinbarungen abgelehnt hat. Wird die Klage zugestellt, hat das Präsidium nach den WR 2006 somit keine Kompetenz mehr die Schiedsvereinbarung in irgendeine Richtung hin zu überprüfen. Nach den WR 2013 ist die Klage zuzustellen ohne dass zuvor die Ablehnung der Durchführung des Verfahrens vom Präsidium zu prüfen wäre. Diese

⁴⁹⁵ Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 7-042.

⁴⁹⁶ In diesem Zeitpunkt kommt auch der Schiedsrichtervertrag zustande, s zur vergleichbaren Lage bei der Ersatzbestellung durch das Gericht Kap IV.C.; Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 7-041.

⁴⁹⁷ Vgl Riegler/Petsche in Handbuch Wiener Regeln Art 17 Rz 1.

⁴⁹⁸ Die neu eingeführte Bestätigung der Benennung (Art 19 WR 2013) ist nur bei der Parteienbenennung eines Schiedsrichters anwendbar. S hierzu Riegler/Petsche in Handbuch Wiener Regeln Art 17 Rz 22 und Art 19 Rz 5.

⁴⁹⁹ Die Annahmeerklärung findet sich in Anhang C in Handbuch Wiener Regeln 380 f.

⁵⁰⁰ Riegler/Petsche in Handbuch Wiener Regeln Art 17 Rz 22.

⁵⁰¹ Im Zeitpunkt des Zugangs der Erklärung nach Art 16 Abs 3 WR 2013 kommt auch der Schiedsrichtervertrag zustande, der durch das Präsidium kraft Ermächtigung namens der Parteien abgeschlossen wird, s Riegler/Petsche in Handbuch Wiener Regeln Art 16 Rz 25. Zu beachten ist, dass bei einer Parteienbenennung dieser erst mit Bestätigung der Benennung nach Art 19 WR 2013 zustande kommt, s hierzu auch Riegler/Petsche in Handbuch Wiener Regeln Art 17 Rz 22 und Art 19 Rz 5.

Prüfung ist aufgrund Art 7 Abs 6 WR 2013 erst nach Zustellung der Klage möglich.⁵⁰² Daher kann diese Prüfung mit dem Ersatzbestellungsverfahren zusammenfallen. Wird der Schiedsrichter aber durch das Präsidium ersatzweise bestellt, ist darin auch eine implizite Erklärung zu sehen, dass dieses keine Bedenken hat, die eine Ablehnung der Durchführung des Verfahrens gem Art 7 Abs 6 WR 2013 rechtfertigen würde. Im Unterschied zum staatlichen Ersatzbestellungsverfahren ist jedenfalls eindeutig, dass das Präsidium eine Prüfungskompetenz bezüglich der Schiedsvereinbarung hat, jedoch nur dahingehend, ob die Schiedsvereinbarung von den WR 2013 grundlegend abweichende und mit diesen inkompatible Vereinbarungen beinhaltet.⁵⁰³ Die Frage der Wirksamkeit ist auch nach Art 24 WR 2013 vom Schiedsgericht zu beurteilen.⁵⁰⁴

b) Die ICC-Regeln

Die ICC-SchO ist im Hinblick auf die Ersatzbestellungsvorschriften relativ detailliert und diese gehen einen Weg, der sich von den anderen Schiedsordnungen abhebt. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die ICC in den Nationalstaaten über sog Nationalkomitees verfügt (bzw Gruppen in Territorien, die nicht als Staaten anerkannt sind⁵⁰⁵).⁵⁰⁶ Auf diese wird im Wege der Ersatzbestellungsvorschriften in aller Regel zurückgegriffen, weshalb Art 13 Abs 3 ICC-SchO bestimmt, dass der Gerichtshof auf Vorschlag eines Nationalkomitees oder einer ICC-Gruppe einen Schiedsrichter ernennt. Der ICC-Gerichtshof kontaktiert das Nationalkomitee bzw die Gruppe, welches/welche er für geeignet hält. Bei der Beurteilung der Eignung greift der ICC-Gerichtshof auf die in Art 13 Abs 1 ICC-SchO genannten Kriterien zurück⁵⁰⁷ und zieht auch das anwendbare Recht, Art und Komplexität sowie die Sprache des Verfahrens und den

⁵⁰² *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 20 f.

⁵⁰³ Vgl hierzu näher *Rechberger/Pitkowitz* in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 22.

⁵⁰⁴ *Stippel* in Handbuch Wiener Regeln Art 24 Rz 1 ff.

⁵⁰⁵ Das sind derzeit Hong Kong, Macau, Taiwan und Palästina; s hierzu *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-10.

⁵⁰⁶ Zur Organisationsstruktur s ausführlich *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-10 bis Rz 3-12 und Rz 4-534 ff; *Wagner/Herzberg* in *Nedden/Herzberg* Art 13 ICC-SchO Rz 32.

⁵⁰⁷ Staatsangehörigkeit und (Wohn)sitz der Parteien.

Schiedsort in seine Erwägungen mit ein.⁵⁰⁸ Hierbei kann es sich freilich nur um eine *prima facie* Beurteilung durch den Gerichtshof handeln. Auch die Erfahrungen – Schnelligkeit, Zuverlässigkeit, Transparenz der internen Abläufe sind entscheidende Faktoren – bei vorherigen Anfragen für Vorschläge werden vom Gerichtshof, bei der Entscheidung, welches Nationalkomitee als geeignet erscheint, mitberücksichtigt.^{509, 510} Üblicherweise wird dem vorschlagsberechtigten Nationalkomitee eine Frist von 10 Tagen gesetzt, binnen welcher es einen Vorschlag an die ICC weiterleiten muss.⁵¹¹ Wird diese Frist nicht eingehalten, kann der Gerichtshof entweder seine Anfrage wiederholen, ein anderes Komitee/eine andere Gruppe um Vorschlag bitten oder selbst einen Schiedsrichter ernennen.⁵¹² Um sich eine gewisse Flexibilität zu bewahren, ist der Gerichtshof jedenfalls nicht an den Vorschlag eines Komitees bzw einer Gruppe gebunden.⁵¹³ In bestimmten Fällen, die sich in Art 13 Abs 4 ICC-SchO finden⁵¹⁴, kann ein Schiedsrichter aber auch ohne Zwischenschaltung eines Vorschlags eines Nationalkomitees oder einer Gruppe ernannt werden.⁵¹⁵ Dass die Ernennung eines Schiedsrichters durch den Gerichtshof nicht der Bestätigung nach Art 13 ICC-SchO benötigt, versteht sich von selbst. In allen Fällen setzt die wirksame Schiedsrichterbestellung die Erklärung über die Annahme des Amtes, Verfügbarkeit, Unparteilichkeit und Unabhängigkeit nach Art 11 Abs 2 ICC-SchO voraus, die vor formaler Bestellung dem Sekretariat übermittelt werden muss.⁵¹⁶ Dies erfordert, dass

⁵⁰⁸ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-525; *Wagner/Herzberg* in *Nedden/Herzberg* Art 13 ICC-SchO Rz 33 f.

⁵⁰⁹ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-525.

⁵¹⁰ Zu den üblicherweise von den Nationalkomitees bzw Gruppen berücksichtigten Faktoren für ihre Vorschläge und zu den Details bei Anfragen für Vorschläge s *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-526 ff.

⁵¹¹ Üblicherweise unterbreitet das Nationalkomitee mehr als einen Vorschlag, s *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 86 Rz 287.

⁵¹² *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-529.

⁵¹³ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-530; *Wagner/Herzberg* in *Nedden/Herzberg* Art 13 ICC-SchO Rz 37; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 86 Rz 286.

⁵¹⁴ Ein Staat oder eine staatliche Institution ist Partei des Verfahrens; Gerichtshof möchte einen Schiedsrichter aus einem Land oder Gebiet ernennen, in dem es kein Nationalkomitee gibt; der Präsident des Gerichtshofes möchte aufgrund der Umstände eine Direkternennung durchführen.

⁵¹⁵ *Wagner/Herzberg* in *Nedden/Herzberg* Art 13 ICC-SchO Rz 38; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 87 Rz 293 ff.

⁵¹⁶ Zu dieser Erklärung ausführlich *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-369 ff; *Wagner* in *Nedden/Herzberg* Art 11 ICC-SchO Rz 6 ff; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 71 Rz 200 ff.

der potentielle Schiedsrichter vor der Bestellung kontaktiert wird und somit eine Art Parteistellung im Bestellungsverfahren hat.⁵¹⁷

Festzuhalten ist, dass im Ersatzbestellungsverfahren nach der ICC-SchO die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nicht vom Gerichtshof überprüft werden kann, sondern dem zu konstituierenden Schiedsgericht obliegt. Eine *prima facie* Überprüfung ist nur im Rahmen des Art 6 Abs 4 ICC-SchO möglich.⁵¹⁸

c) Die DIS-SchO

Nach der DIS-SchO kommt die Aufgabe der Ersatzbestellung dem DIS-Ernennungsausschuss und dem DIS-Generalsekretär zu.^{519, 520} Die Aufgaben dieses Ernennungsausschusses werden in § 14 der DIS-Satzung näher umschrieben. Hinsichtlich des Verfahrensablaufs ist festgelegt, dass die Ersatzbestellung auf Vorschlag der Geschäftsführung – die gem § 14 Abs 7 der DIS-Satzung mit ihren Vorschlägen wiederum an keine Weisungen gebunden ist⁵²¹ – erfolgt, der Ausschuss aber weisungsfrei arbeitet und die Entscheidung in der Regel im schriftlichen Verfahren erfolgt.⁵²² Grundsätzlich werden bei der Auswahl des zu ernennenden Schiedsrichters die Kriterien des § 1035 Abs 5 dZPO – eine dem § 587 Abs 8 ZPO vergleichbare Bestimmung⁵²³ –, sowie die Besonderheiten des Falls und die Eignung bzw benötigte Erfahrung des Schiedsrichters berücksichtigt.⁵²⁴ Eine Prüfungskompetenz hinsichtlich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung kommt weder dem Ernennungsausschuss noch der Geschäftsführung zu.

Es kann durchaus als Besonderheit der DIS-SchO gewertet werden, dass diese eine Ersatzbestellung nur auf Antrag der Partei zulässt, und zwar bei einem Schiedsrichtersanat auf Antrag des Klägers (§ 12 Abs 1 DIS-SchO) und bei einem zu

⁵¹⁷ Wagner in Nedden/Herzberg Art 11 ICC-SchO Rz 15.

⁵¹⁸ S hierzu näher Kap VI.C.3.c).

⁵¹⁹ S § 12 Abs 1 DIS-SchO für den Schiedsrichtersanat und § 14 DIS-SchO für den Einzelschiedsrichter.

⁵²⁰ Zur Zusammensetzung Wagner/Klich in Nedden/Herzberg § 12 DIS-SchO Rz 12 und § 14 DIS-SchO Rz 12.

⁵²¹ Die Geschäftsführung wird gem § 16 Abs 1 der DIS-Satzung vom Vorstand bestellt.

⁵²² Wagner/Klich in Nedden/Herzberg § 12 DIS-SchO Rz 15 und § 14 DIS-SchO Rz 13.

⁵²³ Zum Entfall der als entbehrlich angesehenen Nennung des Kriteriums einer anderen Staatsangehörigkeit s ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 13; Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 587 Rz 13.

⁵²⁴ Wagner/Klich in Nedden/Herzberg § 12 DIS-SchO Rz 12 und § 14 DIS-SchO Rz 14.

bestellenden Einzelschiedsrichter auf Antrag jeder Partei (§ 14 DIS-SchO). Der Beklagte hat im Falle eines Schiedsrichterssenats deshalb kein Antragsrecht, weil der Kläger einen Schiedsrichter schon in seiner Klage zu ernennen hat (§ 6 Abs 2 DIS-SchO). Unterlässt er dies, ist der Kläger unter Fristsetzung zur Verbesserung seiner Klage aufzufordern (§ 6 Abs 4 DIS-SchO). Unterbleibt die Benennung weiterhin, endet das Verfahren nach § 6 Abs 4 DIS-SchO.^{525, 526} Unterlässt eine antragsberechtigte Partei einen Antrag auf Bestellung eines Schiedsrichters durch den DIS-Ernennungsausschuss, dann kann das Schiedsgericht nicht konstituiert werden. In diesem Fall bleibt der DIS nur die Möglichkeit, das Verfahren nach § 39 Abs 3 DIS-SchO zu beenden.⁵²⁷

Gem § 16 DIS-SchO muss ein Schiedsrichter die Annahme seines Amtes – eine „Zwangsbeglückung“ ist somit ausgeschlossen – und gleichzeitig die Erfüllung der von den Parteien vereinbarten Voraussetzungen erklären sowie seine Unparteilichkeit und Unabhängigkeit bestätigen. Im Ersatzbestellungsverfahren wird der potentielle Schiedsrichter sinnvollerweise schon vor seiner Ernennung durch den DIS-Ernennungsausschuss kontaktiert und zur Abgabe der § 16-Erklärung aufgefordert, um weitere unnötige Verzögerungen zu vermeiden. Diese Erklärung ist somit eine Vorwegzustimmung zur Annahme des Schiedsrichteramtes, die unter der Bedingung der Ernennung durch den DIS-Ernennungsausschuss und der tatsächlichen Bestellung durch den Generalsekretär steht.⁵²⁸ Das DIS-Ersatzbestellungsverfahren ist nämlich insofern zweistufig, als der DIS-Ernennungsausschuss den Schiedsrichter benennt, dieser aber dennoch – wie auch bei einer Benennung durch die Parteien – vom Generalsekretär gem § 17 DIS-SchO bestellt werden muss.⁵²⁹ Die Sinnhaftigkeit dieser Regelung kann hinterfragt werden. Denn sollte der DIS-Ernennungsausschuss einen Schiedsrichter benennen, dessen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aufgrund einer qualifizierten Annahmeerklärung zweifelhaft ist, haben die Parteien nach § 16 Abs 2 DIS-SchO vor Bestellung durch den Generalsekretär ein Recht zur Stellungnahme.⁵³⁰

⁵²⁵ *Theune in Schütze*, Institutional Arbitration 227 Rz 94.

⁵²⁶ S zu den Wirkungen der Beendigung nach § 6 Abs 4 DIS-SchO Kap III.C.2.

⁵²⁷ *Wagner/Klich in Nedden/Herzberg* § 12 DIS-SchO Rz 13 und § 14 DIS-SchO Rz 15.

⁵²⁸ *Wagner/Klich in Nedden/Herzberg* § 12 DIS-SchO Rz 15 und § 14 DIS-SchO Rz 13.

⁵²⁹ *Wagner/Klich in Nedden/Herzberg* § 12 DIS-SchO Rz 15 und § 14 DIS-SchO Rz 13.

⁵³⁰ *Wagner/Klich in Nedden/Herzberg* § 16 DIS-SchO Rz 10; *Theune in Schütze*, Institutional Arbitration 238 Rz 132.

Die Parteien können in dieser Stellungnahme der Bestellung des benannten Schiedsrichters widersprechen. Widerspricht eine der Parteien, dann geht das Bestellungsrecht wiederum auf den DIS-Ernennungsausschuss über.⁵³¹ Gibt die Erklärung des potentiellen Schiedsrichters gem § 16 DIS-SchO keinen Anlass, an der Unparteilichkeit und Unabhängigkeit zu zweifeln, haben die Parteien kein Stellungnahmerecht und es handelt sich bei der Bestätigung durch den Generalsekretär um einen reinen Formalakt, welcher auch vom Ernennungsausschuss wahrgenommen werden könnte, dem die Erklärung gem § 16 DIS SchO ohnehin bereits im Zeitpunkt der Benennung vorliegt. Jedenfalls wird dem Schiedsrichter erst mit Bestellung das Schiedsrichtermanandat übertragen.⁵³²

d) Die Schweizer Regeln

Die Regelung hinsichtlich der Ersatzbestellung eines Einzelschiedsrichters findet sich in Art 7 Abs 3 Schweizer Regeln, diejenige hinsichtlich der Ersatzbestellung eines Mitglieds eines Schiedsrichterkollegiums in Art 8 Abs 2 Schweizer Regeln. Das Verfahren selbst ist inhaltlich nicht geregelt. Die genannten Bestimmungen sehen nur vor, dass der Gerichtshof für die Ersatzbestellung zuständig ist. Trotz Fehlens jeglicher Vorgaben, die bei der Ersatzbestellung zu berücksichtigen sind, zieht der Gerichtshof die gleichen Vorgaben wie die jeweiligen zuständigen Organe nach den anderen Schiedsordnungen in Erwägung, wie etwa Art und Eigenheit des Rechtsstreits, anwendbares Recht, Streitwert, Sprache und Schiedsort des Verfahrens sowie – falls dies notwendig erscheint – Nationalität⁵³³ der Parteien und des Schiedsrichters.⁵³⁴ Eine wie auch immer geartete Prüfungskompetenz hinsichtlich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung kommt dem Gerichtshof unter den Schweizer Regeln nicht zu und

⁵³¹ *Wagner/Klich* in *Nedden/Herzberg* § 16 DIS-SchO Rz 11 und § 17 DIS-SchO Rz 6.

⁵³² In diesem Zeitpunkt kommt auch der Schiedsrichtervertrag zustande. S hierzu *Theune* in *Schütze*, *Institutional Arbitration* 239 Rz 137 und Kap V.B.

⁵³³ Hierzu ausführlich *Bühler/Feit* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 10 Rz 17 ff.

⁵³⁴ *Bühler/Feit* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 10 Rz 10 ff; *Dickenmann* in *Arroyo* 391 f und 399.

somit auch nicht im Ersatzbestellungsverfahren. Dies bleibt allein dem Schiedsgericht vorbehalten.⁵³⁵

Die bei der Benennung eines Schiedsrichters durch die Parteien notwendige Bestätigung durch den Gerichtshof gem Art 5 Schweizer Regeln entfällt naturgemäß bei einer Bestellung durch diesen.⁵³⁶ Daher wird das Schiedsrichtermandat bei der Ersatzbestellung schon im Zeitpunkt der Ersatzbestellung übertragen.⁵³⁷ Eine Annahme des Mandats durch den Schiedsrichter ist in den Schweizer Regeln nicht vorgesehen (zur trotzdem üblichen diesbezüglichen Erklärung s sogleich).⁵³⁸ Dem Grundprinzip der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit folgend, müssen Schiedsrichter nach Art 9 Abs 2 der Schweizer Regeln alle Umstände offenlegen, die Zweifel daran hervorrufen können. Diese Pflicht besteht nicht nur während des Verfahrens, sondern nach *leg cit* auch im Zusammenhang mit einer möglichen Ernennung gegenüber denjenigen, die an den möglichen Schiedsrichter herantreten, daher auch gegenüber dem Gerichtshof. Die Regelung des Art 9 Abs 2 der Schweizer Regeln setzt somit voraus, dass der Gerichtshof vor einer Ersatzbestellung an den möglichen Schiedsrichter herantritt, damit dieser allfällige Umstände, die seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit entgegenstehen, offen legen und der Gerichtshof von einer beabsichtigten Ernennung Abstand nehmen kann.⁵³⁹ Üblicherweise, auch wenn dies die Schweizer Regeln nicht *expressis verbis* vorsehen, sendet der Gerichtshof nach einem uU auch mündlichen Kontakt einen Brief an den potentiellen Schiedsrichter mit Informationen hinsichtlich der Parteien und einer Kurzdarstellung des Falles. Gleichzeitig wird der potentielle Schiedsrichter aufgefordert, eine Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitserklärung an den Gerichtshof zu retournieren.⁵⁴⁰ Diese formularmäßig vorgegebene Erklärung beinhaltet auch eine – wie bereits erwähnt – von den Regeln an sich nicht geforderte Erklärung der Annahme des Schiedsrichtermandats. Dies ist im Hinblick auf die

⁵³⁵ S Art 21 Schweizer Regeln.

⁵³⁶ *Dickenmann in Arroyo* 399.

⁵³⁷ Vgl zu der Bestätigung und deren Rechtswirkungen *Bühler/Feit in Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 5 Rz 19 ff.

⁵³⁸ Der Schiedsrichtervertrag kommt hingegen erst mit Zustimmung des Schiedsrichters zustande, s hierzu näher *Bühler/Feit in Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 5 Rz 21 ff; vgl auch *Dickenmann in Arroyo* 370 f.

⁵³⁹ Vgl *Bühler/Feit in Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 9 Rz 36; zu Art 9 vgl auch *Gordon-Vrba/Vock in Arroyo* 411 ff.

⁵⁴⁰ *Bühler/Feit in Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 9 Rz 37 f.

Rechtssicherheit zu begrüßen, ändert jedoch nichts daran, dass das Schiedsrichtermandat als rechtliches Dürfen – freilich rein theoretisch – auch ohne eine solche Erklärung durch Ersatzbenennung durch den Gerichtshof übertragen werden würde.^{541, 542}

e) Gemeinsamkeiten der institutionellen Regeln

Ist der Kläger bei der Benennung mit dem von ihm zu ernennenden Schiedsrichter säumig, dann sehen alle Schiedsordnungen die Möglichkeit vor, dem Kläger eine diesbezügliche Verbesserung aufzutragen und somit eine Fristverlängerung zu gewähren.⁵⁴³ Nach der DIS-SchO ist dies sogar erforderlich und endet das Verfahren, falls der Kläger keinen Schiedsrichter benennt. Eine Fristverlängerung bei Säumnis des Beklagten mit der Benennung eines Schiedsrichters ist unter allen Schiedsordnungen – bis auf die WR 2006 und 2013 sowie die ICC-SchO – vorgesehen.⁵⁴⁴ Bei der gemeinsamen Benennung eines Einzelschiedsrichters gilt entsprechendes und ist gerade in der Praxis oft erforderlich. Haben sich die Parteien nämlich nicht schon in der Schiedsvereinbarung auf den Bestellungsmodus geeinigt, können sich diese in der kurzen Frist von 30 Tagen, die alle Schiedsordnungen zur gemeinsamen Benennung vorsehen, nur selten auf die Person des Schiedsrichters einigen, weil gerade in diesem Stadium tiefes Misstrauen herrscht. Selbst wenn sie sich auf ein Bestellungsverfahren geeinigt haben, sehen diese Regelungen oft keine Frist zur gemeinsamen Benennung vor, weshalb wiederum auf die (dispositiven) 30-Tagesfristen nach den Schiedsordnungen zurückzugreifen ist.

⁵⁴¹ Das Formular findet sich bei *Bühler/Feit* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 9 Rz 38.

⁵⁴² Im Übrigen bestellt der Gerichtshof auch keinen Schiedsrichter, der eine qualifizierte Erklärung abgibt, s *Dickenmann* in *Arroyo* 399 f.

⁵⁴³ Art 9 Abs 5 WR 2006, Art 7 Abs 4 WR 2013 bzw im Falle der Säumnis des Beklagten analog (*Rechberger/Pitkowitz* in *Handbuch Wiener Regeln* Art 8 Rz 14); Art 4 Abs 4 ICC-SchO wobei Art 5 Abs 2 ICC-SchO streng genommen keine Fristverlängerung für die Benennung eines Schiedsrichters durch den Beklagten zulässt. Die ICC-Praxis gewährt eine Fristverlängerung dennoch, falls die Umstände des Einzelfalls dies erfordern (s *Fry/Greenberg/Mazza*, *Secretariat's Guide* Rz 3-143); Art 3 Abs 5 und Art 3 Abs 9 der Schweizer Regeln. § 12 Abs 1 DIS-SchO für die Verlängerungsmöglichkeit der Ernennungsfrist für den Beklagten nach der DIS-SchO.

⁵⁴⁴ Ist es nicht eindeutig, ob die Schiedsvereinbarung die Bestellung eines Einzelschiedsrichters oder eines Schiedsrichtersensats vorsieht, ist eine analoge Anwendung von § 3 DIS-SchO (drei Schiedsrichter mangels Vereinbarung) angezeigt.

Grundsätzlich bedürfen alle Ersatzbestellungen (mit der oben erwähnten Einschränkung zu den Schweizer Regeln) nach den hier behandelten Schiedsordnungen der Annahme des Schiedsrichteramtes, weshalb eine Bestellung ohne Kontaktierung und gegen den Willen des potentiellen Schiedsrichters nicht möglich ist. Daher muss auf die zum staatlichen Verfahren dargestellte Konstruktion, dass ein Schiedsrichter auch gegen seinen Willen, aber nach Bestellung nach § 590 Abs 1 ZPO sofort zurücktreten kann, nicht zurückgegriffen werden. Nur die Schweizer Regeln sehen *expressis verbis* keine Annahmeerklärung vor, wenngleich es Usus ist, dass auch nach dieser Schiedsordnung der Schiedsrichter vor Bestellung eine diesbezügliche schriftliche Annahmeerklärung abgibt.⁵⁴⁵

Selbst wenn eine Partei mit ihrer Schiedsrichterbestellung säumig ist, das Ersatzbestellungsverfahren eingeleitet wurde, dann aber doch einen Schiedsrichter benennt, ist diese Bestellung – wie auch bei der gerichtlichen Ersatzbestellung nach § 587 Abs 7 ZPO – als wirksam anzusehen. Dies ist vor allem im Hinblick darauf, dass damit in aller Regel keine weitere Zeitverzögerung verbunden ist, zu begrüßen.⁵⁴⁶ Sollte eine Partei eine verspätete Benennung in Verschleppungsabsicht vornehmen und einen Schiedsrichter benennen, von dem sie weiß, dass dieser befangen ist, ist es aber angebracht, dieser Partei die Kosten dieser Prozessphase jedenfalls aufzuerlegen.

E. Zusammenfassung

Für den Fall, dass eine Partei bei der Schiedsrichterbestellung säumig ist, kann von den Parteien nicht vorweg vereinbart werden, dass die andere Partei allein das Schiedsgericht bestellen könnte. Der Grundsatz der Parität ist auch bei Säumnis einer Partei einzuhalten, anderenfalls die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit in einer nicht zu tolerierenden Art und Weise objektiv gefährdet wäre. Ist eine Partei tatsächlich im

⁵⁴⁵ In diesem Zusammenhang bietet sich die Gelegenheit, darauf hinzuweisen, dass eine Annahme eines Rücktritts des Schiedsrichters, wie ihn die ICC-SchO in Art 15 Abs 1 vorsieht, nach österreichischem Recht nicht Voraussetzung für die Wirksamkeit des Rücktritts ist, weil § 590 Abs 1 ZPO in dieser Hinsicht nicht dispositiv ist, s *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 590 ZPO Rz 43 mwN.

⁵⁴⁶ S hierzu näher *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 14-037 und Rz 14-056; *Reiner/Aschauer in Schütze*, Institutional Arbitration 79 Rz 252; *Dickenmann in Arroyo* 399; *Bühler/Feit in Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 8 Rz 9; aA offensichtlich *Theune in Schütze*, Institutional Arbitration 228 Rz 95.

Bestellungsverfahren säumig, bietet das System der gerichtlichen Ersatzbestellung ausreichenden Rechtsschutz.

Da das gerichtliche Ersatzbestellungsverfahren nach den Vorschriften des AußStrG durchzuführen ist, hat der potentielle Schiedsrichter aufgrund des materiellen Parteibegriffs grundsätzlich Parteistellung in diesem Verfahren, ein Rechtsmittel hat er jedoch weder bei Bestellung noch bei Nichtbestellung. Sollte ein Schiedsrichter gegen seinen Wunsch von einem Gericht zum Schiedsrichter bestellt werden, bleibt ihm nur die Möglichkeit, von seinem Amt umgehend zurückzutreten. Darin ist auch eine Kündigung des Schiedsrichtervertrages aus wichtigem Grund zu sehen.

Fraglich und von praktischer Relevanz ist vor allem die Prüfungskompetenz des Gerichts im Ersatzbestellungsverfahren hinsichtlich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, wobei gute Gründe dafür sprechen, dass das Gericht diesbezüglich keine Prüfung, auch keine *prima facie* Prüfung, durchzuführen hat. Im institutionellen Schiedsverfahren stellt sich die Frage einer Prüfung der Schiedsvereinbarung im Ersatzbestellungsverfahren nicht, weil die Institution in diesem Zeitpunkt die Verwaltung des Verfahrens jedenfalls angenommen hat und diese nicht mehr mangels Vorliegen einer Schiedsvereinbarung oder wegen einer mit den Schiedsregeln nicht zu vereinbarenden Schiedsvereinbarung ablehnen kann. Nur im Rahmen eines Verfahrens nach den WR 2013 kann eine Prüfung nach Art 7 Abs 6 mit der Ersatzbestellung zusammenfallen.⁵⁴⁷ Die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung ist daher ab Annahme der Administrierung durch die Schiedsorganisation ausschließlich vom Schiedsgericht zu prüfen, welches gerade durch das Ersatzbestellungsverfahren zu konstituieren ist.

⁵⁴⁷ S Kap IV.D.2.a).

V. Säumnis bei Bezahlung des Kostenvorschusses

A. Problemstellung

Die Durchführung eines Schiedsverfahrens ist mit Kosten verbunden. So fallen Kosten für Beweismittel, für Zeugenvernehmungen, für die Anmietung von Verhandlungsräumlichkeiten und Reisekosten der Schiedsrichter an. Letztere sind überdies regelmäßig nur dann bereit, ein Mandat zu übernehmen, wenn ein Vorschuss auf ihre Honorare – in aller Regel der zweitgrößte Teil der Kosten eines Schiedsverfahrens nach den Honoraren der Parteienvertretung – geleistet wird. Hinsichtlich der Leistung eines Kostenvorschusses ist zwischen einem *ad-hoc* und einem institutionellen Verfahren zu unterscheiden, weil institutionelle Schiedsregeln Bestimmungen über die (Verpflichtung zur) Leistung eines Kostenvorschusses beinhalten.⁵⁴⁸ Sowohl die ZPO als auch die dZPO sehen diesbezüglich für *ad-hoc* Verfahren keine Regelungen vor. Daher wird im Folgenden untersucht, ob grundsätzlich eine Pflicht zur Leistung von Kostenvorschüssen besteht und falls ja, ob diese einklagbar ist.⁵⁴⁹ Rechtsgrundlage einer solchen Pflicht können sowohl der Schiedsrichtervertrag⁵⁵⁰ als auch die Schiedsvereinbarung⁵⁵¹ sein. Im institutionellen Verfahren kommt noch der Schiedsorganisationsvertrag⁵⁵² hinzu.

In § 598 ZPO des Ministerialentwurfs zum SchiedsRÄG 2006⁵⁵³, der insofern dem Entwurf der Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmanns-Instituts folgte⁵⁵⁴, auf welchem das SchiedsRÄG 2006 basiert, war eine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses vorgesehen. Danach konnte das Schiedsgericht – wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben – von diesen einen Vorschuss für die voraussichtlichen Verfahrenskosten verlangen, wobei die Höhe des jeweiligen Kostenvorschusses vom Schiedsgericht bestimmt werden sollte. In Abs 2 des vorgeschlagenen § 598 ZPO fand

⁵⁴⁸ S Kap V.D.

⁵⁴⁹ Im Übrigen wird laut OGH die Streitanhängigkeit durch den Nichterlag eines Kostenvorschusses nicht beendet, s OGH 02.10.2003, 6 Ob 41/03b.

⁵⁵⁰ S Kap V.B.1.

⁵⁵¹ S Kap V.C.

⁵⁵² S Kap V.D. und V.G.

⁵⁵³ ME SchiedsRÄG 2006, 280/ME 22. GP. 7.

⁵⁵⁴ Oberhammer, Entwurf 99.

sich die weitere Vorgehensweise bei Nichterlag des Kostenvorschusses: wenn eine Partei den ihr auferlegten Kostenvorschuss nicht leistet, kann die andere Partei den gesamten Kostenvorschuss erlegen und in weiterer Folge beim Schiedsgericht beantragen, dass der Gegner mit Schiedsspruch zur Erstattung seines Anteils an sie verpflichtet wird. In den Erläuterungen zum Ministerialentwurf heißt es dazu, dass man die Auffassung vertreten könnte, dass es sich beim Rückgriffsanspruch um einen Anspruch aus der Schiedsvereinbarung und nicht über einen den Gegenstand der Schiedsvereinbarung bildenden Hauptvertrag handle. Im letzteren Fall könne die Auffassung vertreten werden, dass der Rückgriffsanspruch vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen wäre.⁵⁵⁵ Der Ministerialentwurf folgte auch in seiner Begründung den Erläuterungen zum Entwurf der Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts.⁵⁵⁶ Somit wurde sowohl im Entwurf des Ludwig-Boltzmann-Instituts als auch im Ministerialentwurf zweierlei unstrittig vorgesehen: zum einen die Pflicht der Partei zur Leistung eines Kostenvorschusses und zum anderen die (vollstreckungsfähige) Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts darüber, wer den Kostenvorschuss in welcher Höhe zu tragen hat. Diese Bestimmung findet sich im SchiedsRÄG 2006 nicht mehr, obwohl – wie es *Oberhammer* völlig zutr formuliert – eine solche Regelung einem dringenden praktischen Bedürfnis entspräche.^{557, 558} Dies bedeutet jedoch im Umkehrschluss nicht automatisch, dass zum einen eine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses und zum anderen die Entscheidungsbefugnis des Schiedsgerichts darüber – wie im Folgenden noch zu zeigen sein wird – zu verneinen wäre. Gleiches gilt für die dZPO, die ebenfalls keine Bestimmung über den Erlag eines Kostenvorschusses enthält.⁵⁵⁹

Die Vorteile des Erlags eines ausreichenden Kostenvorschusses liegen auf der Hand: dieser erspart (zunächst) Streitigkeiten im Verhältnis der Schiedsparteien zu anderen am Schiedsverfahren Beteiligten, die zu wesentlichen Verzögerungen im

⁵⁵⁵ ME SchiedsRÄG 2006, 280/ME 22. GP. 21 f.

⁵⁵⁶ *Oberhammer*, Entwurf 100.

⁵⁵⁷ *Oberhammer*, Entwurf 100.

⁵⁵⁸ *Ischia*, Kosten 142 f mwN zur Diskussion über die vorgeschlagene Bestimmung vor Inkrafttreten des SchiedsRÄG 2006.

⁵⁵⁹ *Ischia*, Kosten 139 und 142 ff mwN.

Schiedsverfahren führen können. Zu denken ist hierbei nicht nur an das Verhältnis der Parteien zu den Schiedsrichtern, sondern auch an jenes zu Sachverständigen, Zeugen und bspw. Vermietern von Räumlichkeiten. All diese Rechtsverhältnisse⁵⁶⁰ sind grundsätzlich einzeln und unabhängig von der Schiedsvereinbarung (und somit auch vom Schiedsverfahren) zu bewerten.⁵⁶¹ Demzufolge und weil Schiedsrichter nicht Richter in eigener Sache sein dürfen, ist es zutr. hM, dass diese bezüglich ihrer eigenen Ansprüche gegenüber den Parteien keinen vollstreckbaren Titel erlassen können.⁵⁶² Genauso verhält es sich mit anderen – wie *Hausmaninger* es nennt – Drittkosten, worunter dieser Sachverständigen- und Zeugengebühren subsumiert.⁵⁶³ Dies gilt auch für alle anderen angesprochenen Kosten (etwa für Verhandlungsräume und auch etwa Kosten für Schriftführer). Allfällige Streitigkeiten im Zusammenhang mit den Honoraren der Schiedsrichter oder Sachverständigen, Kosten für Zeugen, sind nicht von der Schiedsklausel, die dem Schiedsverfahren zugrunde liegt, erfasst, weil diese Dritten nicht Parteien dieser Schiedsklausel sind. Gleiches gilt für Streitigkeiten mit dem Vermieter der Verhandlungsräume. Deshalb sind diese Streitigkeiten in aller Regel vor den ordentlichen Gerichten abzuhandeln, es sei denn, die jeweiligen Vertragspartner einigen sich selbst wieder auf eine Streitbeilegung im Wege eines Schiedsverfahrens.^{564, 565}

⁵⁶⁰ Wie auch das Verhältnis zwischen Parteienvertreter und Partei, welches aber im Zusammenhang mit einem Kostenvorschuss für die Kosten des Schiedsverfahrens nicht von Interesse ist, weil ein allfälliger Kostenvorschuss in diesem Verhältnis nur eine interne Angelegenheit zwischen Mandant und Rechtsvertreter ist.

⁵⁶¹ S. exemplarisch *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 68 ff.⁵⁶² RIS-Justiz RS0045226; RIS-Justiz RS0000233; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 71 und § 587 Rz 223; *Fasching*, Schiedsgericht 75; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 591 und Rz 1207 mwN; *Born*, Arbitration 2001; *Ramberg/Lazareff* in FS Franke 418; Zur Problematik, dass nach einigen Schiedsordnungen das Schiedsgericht die Schiedsgerichtskosten betragsmäßig festlegt, s. *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 28 ff.

⁵⁶² RIS-Justiz RS0045226; RIS-Justiz RS0000233; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 71 und § 587 Rz 223; *Fasching*, Schiedsgericht 75; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 591 und Rz 1207 mwN; *Born*, Arbitration 2001; *Ramberg/Lazareff* in FS Franke 418; Zur Problematik, dass nach einigen Schiedsordnungen das Schiedsgericht die Schiedsgerichtskosten betragsmäßig festlegt, s. *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 28 ff.

⁵⁶³ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 73.

⁵⁶⁴ *Ramberg/Lazareff* in FS Franke 424 f., vertreten, dass die von einer Institution festgesetzten Honorare der Schiedsrichter nur dann durch ein ordentliches Gericht überprüfbar sind, wenn der Schiedsspruch aufgehoben wurde oder der Schiedsrichter ein vorwerfbares Fehlverhalten gesetzt hat.

⁵⁶⁵ Diese Ebene der unterschiedlichen Vertragsbeziehung und daraus resultierender Streitigkeiten ist von der Frage der endgültigen Tragung der Kosten des Schiedsverfahrens zu unterscheiden, also der schiedsgerichtlichen Kostenentscheidung, die sich auf die Ersatzpflicht zwischen den Parteien bezieht. S.

Bei der Säumnis mit der *Bezahlung eines Kostenvorschusses* kann jedoch auch das jeweilige Schiedsgericht für die Frage zuständig sein, ob die in Vorleistung tretende Partei Rückersatz verlangen oder auf Leistung der säumigen Partei klagen kann.⁵⁶⁶

B. Pflicht gegenüber den Schiedsrichtern zur Leistung eines Kostenvorschusses

1. Entgeltlichkeit der schiedsrichterlichen Tätigkeit

Die Rechtsbeziehung der Schiedsrichter zu den Parteien wird durch zwei getrennte Rechtsakte geschaffen: zum einen erlangt ein Schiedsrichter durch die Bestellung die (verfahrensrechtliche) Befugnis übertragen, die Streitigkeit zwischen den Parteien zu entscheiden (Entscheidungsgewalt). Zum anderen regelt der Schiedsrichtervertrag, die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und dem Schiedsrichter.⁵⁶⁷ Die Bestellung, die im Unterschied zum Schiedsrichtervertrag gesetzlich geregelt ist (§ 587 ZPO), hat auf die Honorierung und die damit vorgelagerte Frage, ob ein Kostenvorschuss verlangt werden kann, keinen Einfluss, weshalb an dieser Stelle auf die Übertragung der Entscheidungsgewalt nicht näher eingegangen wird.⁵⁶⁸ Die Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der Arbeit des Schiedsrichters ergibt sich vielmehr aus dem Schiedsrichtervertrag. Bezüglich der Rechtsnatur geht die hM⁵⁶⁹ in Österreich davon aus, dass es sich beim Schiedsrichtervertrag – der auch vom Bestand der Schiedsvereinbarung unabhängig ist⁵⁷⁰ – um einen Werkvertrag mit Elementen der Geschäftsbesorgung – also einen materiellrechtlichen Vertrag –

hierzu Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 609 ZPO Rz 1 ff; Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 609 Rz 1 ff.

⁵⁶⁶ S Kap V.E. und V.F.

⁵⁶⁷ Fasching, Schiedsgericht 67; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 186; Bollenberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger II (in Druck); Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 5/35; Breetzke, Der Betrieb 1971, 465 f; Schlosser in Stein/Jonas²² IX Vor § 1025 Rz 7; Schlosser in Stein/Jonas²³ X Vor § 1025 Rz 15.

⁵⁶⁸ S hierzu Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 96 ff.

⁵⁶⁹ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 187 mwN; Ischia, Kosten 73 mwN.

⁵⁷⁰ Exemplarisch Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 190 mwN; Bollenberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger II (in Druck); Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 6 mwN.

handelt.^{571, 572} In Deutschland wird hingegen überwiegend die Meinung vertreten, der Schiedsrichtervertrag sei ein materiellrechtlicher Vertrag *sui generis*.^{573, 574}

Bei Anwendbarkeit österreichischen Rechts auf den Schiedsrichtervertrag ergibt sich aus den werkvertraglichen Bestimmungen, dass die Schiedsrichtertätigkeit grundsätzlich entgeltlich ist. Sollen die Schiedsrichter unentgeltlich tätig werden, dann muss dies vereinbart sein. Ansonsten haben die Schiedsrichter gem § 1152 ABGB Anspruch auf ein angemessenes Entgelt.⁵⁷⁵ Daher kommt der Schiedsrichtervertrag auch nicht unter der aufschiebenden Bedingung zustande – abgesehen anderslautender Vereinbarung der Vertragsparteien –, dass sich die Parteien auf ein Honorar einigen. Vertragspartner der einzelnen Schiedsrichter und somit auch deren Honorarschuldner – zur ungeteilten Hand – sind grundsätzlich alle Schiedsparteien.⁵⁷⁶ Fällig wird der

⁵⁷¹ Hinsichtlich Zustandekommen und weiteren Inhalt des Schiedsrichtervertrages s näher *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck) mwN und für Deutschland die Nachweise in FN 574.

⁵⁷² *Fasching*, Schiedsgericht 68 f; *Fasching*, Kostenvorschüsse zur Einleitung schiedsgerichtlicher Verfahren, JBl 1993, 548; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 187 mwN; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 2; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 587 Rz 52; *Baier*, SchiedsVZ 2006, 86; OGH 28.04.1998, 1 Ob 253/97f; OGH 02.10.2003, 6 Ob 41/03b; OGH 30.11.2006, 6 Ob 207/06v; OGH 18.09.2012, 4 Ob 30/12h; OGH 17.02.2014, 4 Ob 197/13v.

⁵⁷³ *Richardi/Fischinger* in *Staudinger* §§ 611 ff Rz 95; *Bredow* in *Martinek/Semler/Habermeier/Flohr*³ § 80 Rz 118; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 555 und Rz 561; *Heermann* in *Säcker/Rixecker*⁶ IV § 675 Rz 102; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 11 Rz 8 f, vertreten, dass „erst durch den Vertrag [gemeint: Schiedsrichtervertrag] das prozessuale Amt des Schiedsrichters begründet und damit eine prozessuale Wirkung erzeugt wird.“ Daher müsse der Schiedsrichtervertrag sowohl als Prozessvertrag und materiellrechtlicher Vertrag – im Unterschied zur hM, die diesen als reinen materiellrechtlichen Vertrag ansieht – qualifiziert werden; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Vor § 1025 Rz 7 und *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X Vor § 1025 Rz 15, vertritt offenbar, dass es sich beim Schiedsrichtervertrag um einen Dienstvertrag handle, wenn das Schiedsrichteramt gegen Entgelt ausgeübt wird, ansonsten um einen Auftrag; *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1035 Rz 20, weist – zumindest hinsichtlich der Frage des Honorars mE richtigerweise – daraufhin, dass der Sache nach spürbare Unterschiede zwischen diesen Auffassungen nicht festzustellen seien. Zur Diskussion über die rechtliche Qualifikation s auch *Ischia*, Kosten 85 ff.

⁵⁷⁴ Hinsichtlich Zustandekommen und weiteren Inhalt des Schiedsrichtervertrags s näher *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 563 ff; *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III Vor § 1034 Rz 12 ff.

⁵⁷⁵ *Fasching*, Schiedsgericht 74; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 214; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 587 Rz 53; *Baier*, SchiedsVZ 2006, 86; *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck); RIS-Justiz RS0021668. Zum angemessenen Entgelt allgemein *Schrammel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch* § 1152 Rz 52 ff.

⁵⁷⁶ *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck); *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 222; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 587 Rz 75; RIS-Justiz RS0021668. Zur Höhe des Honorars der Schiedsrichter s etwa *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II mwN; *Welser*, GesRZ 2012, 56, geht davon aus, „dass mit einem Beklagten, der sich am Verfahren gar nicht beteiligt, auch kein Schiedsrichtervertrag geschlossen werden kann.“ Dem kann nicht zugestimmt werden, ist doch im Abschluss einer Schiedsvereinbarung die Ermächtigung der jeweils anderen Partei zu sehen, einen solchen Vertrag für beide Parteien zu schließen.

Honoraranspruch grundsätzlich gem § 1170 ABGB – vorbehaltlich anderer Parteienvereinbarung – „nach vollendetem Werk“, somit mit Beendigung des Verfahrens vor dem Schiedsgericht, sei es mit Schiedsspruch, -vergleich oder Beschluss nach § 608 Abs 2 ZPO.⁵⁷⁷

Ganz ähnlich ist die Vergütung des Schiedsrichters nach deutschem Recht zu beurteilen, die Unterschiede liegen im Detail. Nach deutscher Rechtslage wird ein Honoraranspruch aus § 612 Abs 1 BGB abgeleitet, wonach eine Vergütung als stillschweigend vereinbart gilt, wenn eine Dienstleistung den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist. Solch eine Erwartung wird bei der Übernahme eines Schiedsrichteramtes angenommen.⁵⁷⁸ Im Unterschied zur Bewertung des Honoraranspruchs nach österreichischer Rechtslage, die eine Entgeltspflicht gesetzlich anordnet, aber eine stillschweigende Vereinbarung der Unentgeltlichkeit zulässt⁵⁷⁹, gilt somit nach deutscher Rechtslage Entgeltlichkeit als unter der Bedingung stillschweigend vereinbart, dass eine Vergütung zu erwarten ist. Für den Entgeltanspruch eines Schiedsrichters führen zwar beide Rechtsordnungen in der Praxis zum selben Ergebnis, jedoch mit unterschiedlichen dogmatischen Konstruktionen. Hinsichtlich der Höhe der Vergütung regelt § 612 Abs 2 BGB, dass in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen ist.⁵⁸⁰ Ebenso wie nach österreichischer Rechtslage sind auch die Parteien Gesamtschuldner des Schiedsrichterhonorars.⁵⁸¹ Die Fälligkeit richtet sich im Zweifel nach § 614 BGB, weshalb der Honoraranspruch – der österreichischen Rechtslage entsprechend – erst mit

⁵⁷⁷ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 220 mwN.

⁵⁷⁸ Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 586 mwN; Wais in Schütze/Tscherning/Wais Rz 233 mwN.

⁵⁷⁹ Schrammel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch § 1152 Rz 24. Krejci in Rummel³ I § 1152 Rz 23; Rebhan in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1152 Rz 14 vertritt hingegen, dass beim Werkvertrag „nach hL die Vereinbarung von Unentgeltlichkeit nicht in Betracht kommt.“ Quellen werden in der zitierten Stelle nicht angeführt.

⁵⁸⁰ S zur taxmäßigen Vergütung und zur üblichen Vergütung Fuchs in Bamberger/Roth³⁰ Rz 11 ff; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 31; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 587 f; Wais in Schütze/Tscherning/Wais Rz 233; Bredow in Martinek/Semler/Habermeier/Flohr § 80 Rz 61 und Rz 120; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 12 Rz 12; Buchwitz/Schütt, SchiedsVZ 2015, 2.

⁵⁸¹ Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 586; Lachmann, Handbuch³ Rz 4250; Schütze, Schiedsgericht⁵ Rz 127; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 32; Bredow in Martinek/Semler/Habermeier/Flohr § 80 Rz 120; Buchwitz/Schütt, SchiedsVZ 2015, 2; BGH 22.02.1971, VII ZR 110/69 NJW 1971, 888; Ischia, Kosten 91.

Beendigung des Schiedsverfahrens fällig wird.⁵⁸² Ein Unterschied zur österreichischen Rechtslage besteht darin, dass der Schiedsrichter die Vergütung nach §§ 315, 316 BGB selbst bestimmen kann, wenn sich die übliche Vergütung nach § 612 BGB nicht feststellen lässt, jedoch nicht durch Schiedsspruch (anderenfalls die Schiedsrichter Richter in eigener Sache tätig wären). Die Selbstbestimmung ist aber wiederum durch die staatlichen Gerichte überprüfbar.⁵⁸³ Im Endeffekt bedeutet dies, dass die Honorarhöhe ebenfalls wie nach österreichischer Rechtslage durch das Gericht überprüfbar ist. Eine „vorläufige“ Bestimmung im Rahmen eines Ermessens kennt die österreichische Rechtsordnung hingegen nicht. Die Lage ist freilich insofern vergleichbar als es übliche Praxis ist, dass die Schiedsrichter ein gewisses Honorar einseitig fordern bzw vorgeben.⁵⁸⁴

Für Parteien und Schiedsrichter ist die Höhe des Entgelts ein wesentlicher Punkt. Ein Konflikt darüber – wie auch über den genauen Inhalt des Schiedsrichtervertrages – führt in der Praxis noch vor Behandlung der Streitsache meist nicht nur zu einer erheblichen Zeitverzögerung, sondern auch zu einem belasteten Klima zwischen Parteien und deren Vertretern auf der einen Seite und den Schiedsrichtern auf der anderen Seite, welches sich bis zu einer Befangenheit entwickeln kann. Darin ist einer der wesentlichen Schwachpunkte des *ad-hoc* Verfahrens im Unterschied zum institutionellen Schiedsverfahren ersichtlich, bei dem die Honorare der Schiedsrichter und die Kostenvorschüsse durch die anwendbare Schiedsordnung schablonenartig vorgegeben werden.⁵⁸⁵ Durch die Einigung auf ein institutionelles Schiedsverfahren stimmen die Parteien vorweg zu, dass die Höhe des Schiedsrichterhonorars und der

⁵⁸² Lachmann, Handbuch³ Rz 4176; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 590; Wais in Schütze/Tscherning/Wais Rz 233; Buchwitz/Schütt, SchiedsVZ 2015, 2; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 12 Rz 14. Letztere unterscheiden – zumindest terminologisch – nicht strikt zwischen Entstehen und Fälligkeit des Honoraranspruchs, wenn diese unter der Subüberschrift „Entstehen des Vergütungsanspruchs“ darauf eingehen, wann die Vergütung verdient ist, worunter offenbar Fälligkeit gemeint ist.

⁵⁸³ Voit in Musielak¹¹ Rz 26; Wais in Schütze/Tscherning/Wais Rz 238 und Rz 241 mwN; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 12 Rz 13 mwN. Vgl zur Festlegung nach §§ 315, 316 BGB auch Breetzke, Der Betrieb 1971, 466.

⁵⁸⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 218.

⁵⁸⁵ Bollenberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger II (in Druck); Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 587; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 38; Fouchard/Gaillard/Goldman in Gaillard/Savage Rz 1160; Born, Arbitration 2018 f.

Kostenvorschüsse nach der Honorarordnung der jeweiligen Schiedsregeln⁵⁸⁶ durch ein Organ der jeweiligen Schiedsinstitution bestimmt wird.⁵⁸⁷ Die Schiedsrichter wiederum stimmen dieser Bestimmung durch die Erklärung, das Schiedsrichtermandat anzunehmen (bzw annehmen zu wollen, wenn die Bestellung noch von der Zustimmung oder Bestätigung der Institution abhängig ist), zu, wodurch die Honorarregelung Bestandteil des Schiedsrichtervertrages wird. Dadurch wird die Entscheidung über die Höhe des Honorars und der Kostenvorschüsse vorhersehbar auf einen Dritten ausgelagert, was dem Verhältnis zwischen Parteien und Schiedsrichtern zuträglich ist. Dennoch kommt mE ein Schiedsrichtervertrag nicht nur im *ad-hoc* sondern auch jedenfalls im institutionellen Schiedsverfahren zustande. Der teilweise in der Lehre⁵⁸⁸ vertretenen und auch in der Rsp⁵⁸⁹ zumindest nicht abgelehnten Ansicht, dass bei Einschaltung einer Institution eine direkte Vertragsbeziehung zwischen Schiedsparteien und Schiedsrichtern abhängig von der konkrete Ausgestaltung der Verfahrensordnung nicht zustande kommen muss, wurde bereits an anderer Stelle entgegengetreten.⁵⁹⁰ So wird mE zwar der Inhalt des Schiedsrichtervertrages durch Schiedsregeln näher bestimmt und determiniert, die Hauptpflichten – nämlich die schiedsrichterliche Entscheidungspflicht⁵⁹¹ auf der einen und die Honorarpflicht⁵⁹² auf der anderen Seite – bleiben aber unabhängig von der Ausgestaltung der Schiedsordnung zwischen Schiedsrichter und Schiedsparteien bestehen. Schuldner des Honoraranspruches und des Kostenvorschusses sind daher die Parteien und nicht die Institution, Gläubiger die

⁵⁸⁶ Bzw deren Anhängen; s unten Kap V.D.

⁵⁸⁷ Vgl auch *Ischia*, Kosten 141.

⁵⁸⁸ *Fasching*, JBl 1993, 548; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 300 f mwN; *Schlosser*, Schiedsgerichtsbarkeit² Rz 498; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Vor § 1025 Rz 7; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X Vor § 1025 Rz 15; *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 70 mwN; *Ramberg/Lazareff* in FS Franke 420; *Schöldström* in FS Franke 456.

⁵⁸⁹ OGH 18.09.2012, 4 Ob 30/12h EvBl 2013, 176 (*Hofstätter*).

⁵⁹⁰ EvBl 2013, 176 (*Hofstätter*).

⁵⁹¹ Im Unterschied zum Bestellungsakt (§ 587 ZPO), der sich in einem – wie es *Fasching* treffend bezeichnet – „rechtlichen Dürfen“ erschöpft, ist die Pflicht zur Durchführung Bestandteil des Schiedsrichtervertrages. S *Fasching*, Schiedsgericht 67; auch *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II (in Druck).

⁵⁹² Gegenteiliges muss mE – wie im Weiteren noch näher begründet wird – ausdrücklich vereinbart werden.

Schiedsrichter.⁵⁹³ Die Schiedsinstitution agiert (nur) als Treuhänder des Kostenvorschusses.⁵⁹⁴

Für das *ad-hoc* Verfahren scheint es daher sinnvoll, dass sich die Parteien noch vor Ernennung eines Schiedsrichters über die Höhe des Honorars und eines Kostenvorschusses verständigen und dem Schiedsrichter sogleich bei erstem Kontakt mitteilen, welches Honorar sie bereit sind zu bezahlen. Auf dieser Basis kann dann der Schiedsrichter entscheiden, (das Schiedsrichteramt) und das Angebot zum Abschluss des Schiedsrichtervertrages⁵⁹⁵ anzunehmen oder nicht, bzw kann das Angebot als Verhandlungsbasis zwischen dem potentiellen Schiedsrichter und den Parteien dienen. Selbst wenn dies geschieht, vereinbaren die Parteien des Schiedsrichtervertrages häufig keine Fälligkeit des Honoraranspruchs oder zumindest eines Teils davon schon bei Abschluss des Schiedsrichtervertrages (als Vorauszahlung) oder zu bestimmten Verfahrenszeitpunkten. Schiedsrichter verlangen aber eine gewisse Sicherheit, auch tatsächlich ihr Honorar zu bekommen. Daher stellt sich die Frage, ob Schiedsrichtern ein Kostenvorschuss auf das Honorar auch ohne explizite Vereinbarung zusteht.⁵⁹⁶

⁵⁹³ Zu Nachweisen der französischen Jud, die ebenfalls davon ausgeht, dass die Honorarpflicht eine Pflicht des Schiedsrichtervertrages ist, s *Ramberg/Lazareff* in FS Franke 426 f; aA *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 302.

⁵⁹⁴ EvBl 2013, 176 (*Hofstätter*) mwN; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 4.

⁵⁹⁵ OGH 28.04.1998, 1 Ob 253/97f: „Der Schiedsrichtervertrag kommt dadurch zustande, daß der von einer Partei ausgewählte oder von einer anderen, dazu berufenen Stelle ernannte Schiedsrichter dieses Amt annimmt.“ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Vor § 1025 Rz 9 und *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X Vor § Rz 19; *Fasching*, Schiedsgericht 67, vertritt diesbezüglich eine differenzierte Sicht, wenn er meint, dass „das einzige Erfordernis [gemeint: für das Zustandekommen des Schiedsrichtervertrages], von dem nicht abgesehen werden kann, (...) die – jedoch schon im Zusammenhang mit der Bestellung – nötige Mitteilung an den Gegner ... (ist).“ Zust *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 196.

⁵⁹⁶ *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 594, weisen zu Recht auch auf das Insolvenzrisiko der Parteien hin. Ebenso weist *Schlosser* darauf hin, dass das Vertrauens- oder Autoritätsverhältnis zwischen Schiedsrichtern und Parteien selten so ausgeprägt sei, dass es sich Schiedsrichter leisten könnten, nach dem Modell zu verfahren, zuerst die Arbeit zu erledigen und dann das Entgelt den Parteien in Rechnung zu stellen, *Schlosser*, SchiedsVZ 2004, 22.

2. Anspruch auf einen Kostenvorschuss auf das Honorar des Schiedsrichters

In der Lit wird überwiegend ein Anspruch der Schiedsrichter auf einen Kostenvorschuss auf ihr Honorar bejaht.⁵⁹⁷ Zumindest für das *ad-hoc* Verfahren wird als Grundlage eines solchen Anspruchs das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien und dem jeweiligen Schiedsrichter, also der Schiedsrichtervertrag, angesehen.^{598, 599} In der deutschen Lit und Jud wird sogar mehrheitlich von einer gewohnheitsrechtlichen Vorschusspflicht der Parteien ausgegangen.⁶⁰⁰ Die gewohnheitsrechtliche Konstruktion ist krit zu hinterfragen, weil es mE bei den betroffenen Kreisen an der *opinio iuris* fehlen dürfte.⁶⁰¹ Nur weil es üblich ist, dass Kostenvorschüsse verlangt und in der Regel auch (zumindest von einer Partei) zur Gänze erlegt werden, bedeutet dies noch nicht, dass Schiedsverfahrensparteien dies als ein rechtliches Gebot ansehen. Daher ist die Konstruktion über eine vertragliche Pflicht, die sich aus dem Schiedsrichtervertrag aufgrund einer Verkehrsübung (dazu sogleich) ergibt, vorzuziehen.

⁵⁹⁷ *Fasching*, JBl 1993, 548 argumentiert zum einen mit der „besonderen Eigenart des Schiedsrichtervertrages“ und mit einer analogen Anwendung der im Verfahren vor den ordentlichen Gerichten bestehenden Pflicht zur vorschussweisen Zahlung von Gerichtsgebühren (s hierzu auch FN 606); *Roth*, SchiedsVZ 2004, 66; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 4; vgl auch *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 228 ff mwN; vgl auch *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* II mwN (in Druck); ferner *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/367; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 595 mwN; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 12 Rz 16 mwN.

⁵⁹⁸ *Fasching*, JBl 1993, 548; *Roth*, SchiedsVZ 2004, 66; *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 42 mwN; *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1035 Rz 27; *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/367; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 228 ff mwN; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 587 Rz 4; *Ischia*, Kosten 141 f, geht davon aus, dass auch § 1170 ABGB den Schiedsrichter berechtigt, einen Kostenvorschuss einzufordern, weil der Schiedsrichter sein Werk in Abteilungen verrichtet, nämlich Aktenstudium, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Beratung bzw Konsultation. *Ders* tritt aaO auch für eine gewohnheitsrechtliche Übung ein und dafür, dass ein Kostenvorschuss aufgrund ergänzender Vertragsauslegung zusteht.

⁵⁹⁹ In der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit wird der Inhalt des Schiedsrichtervertrages durch die jeweilig anwendbare Schiedsordnung determiniert. Die hier behandelten Schiedsordnungen sehen alle eine Vorschusspflicht vor. Deshalb ist die Problematik, ob ein Vorschuss auf das Honorar zusteht, in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit von wesentlich geringerer Bedeutung.

⁶⁰⁰ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 12 Rz 16; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 595 mwN auch zur Jud; *Schütze*, Schiedsgericht⁵ Rz 128; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Vor § 1025 Rz 14; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X Vor § 1025 Rz 27; *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 2; s auch *Breetzke*, Der Betrieb, 466; BGH 22.02.1971, VII ZR 110/69 NJW 1971, 888; so auch *Ischia*, Kosten 140.

⁶⁰¹ S zur *opinio iuris* exemplarisch *Posch* in *Schwimann/Kodek*⁴ I § 10 Rz 3; *Wais* scheint vom Gewohnheitsrecht auch nicht gänzlich überzeugt zu sein, wenn dieser meint, dass „diese ‚Übung‘ ... schon fast als Gewohnheitsrecht“ angesehen werden könne, s *Wais* in *Schütze/Tscherning/Wais* Rz 244. S hierzu auch *Fasching*, Schiedsgericht 75.

In der österreichischen Rsp wird nur vereinzelt auf die Frage des Anspruchs der Schiedsrichter auf einen Kostenvorschuss eingegangen.⁶⁰² In 3 Ob 89/85⁶⁰³ stellte der OGH unter Berufung auf *Fasching* fest, dass „[a]uch nach österreichischem Recht (...) den Schiedsrichtern das Recht auf einen angemessenen Vorschuss auf ihre Honorare zu(steht)“. Anzumerken ist jedoch, dass es *in concreto* um eine Aufschiebung der Exekution eines von einem Schiedsgericht nach § 247 der damals geltenden Zürcherischen ZPO gewährten Rückgriffsrechts ging. Nach dieser Bestimmung konnte ein Schiedsgericht beiden Parteien eine Kautions zur Sicherstellung der Prozesskosten auferlegen. Falls die Kautions nur von einer Partei geleistet wurde, konnte das Schiedsgericht dieser Partei ein Rückgriffsrecht gewähren. Dieser Beschluss war gem § 247 Abs 3 *leg cit* einem rechtskräftigen Urteil gleichgestellt. Der OGH kam zum Schluss, dass eine solche Bestimmung entgegen der Auffassung des Revisionswerbers nicht *ordre public*-widrig sei. Die E setzte sich also (nur) *obiter* mit der Frage auseinander, ob auch nach österreichischem Recht ein Anspruch auf einen Vorschuss auf das Honorar der Schiedsrichter besteht.

In der E 6 Ob 41/03b⁶⁰⁴ bezog der OGH hinsichtlich eines Anspruchs auf einen Vorschuss auf das Entgelt eindeutige Stellung.⁶⁰⁵ In der rechtlichen Beurteilung dieser – noch zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 ergangenen – E hält der OGH fest, dass der Schiedsrichtervertrag als Werkvertrag mit Elementen der Geschäftsbesorgung eingestuft werde, sich daraus aber keine Vorschusspflicht hinsichtlich des Entgelts der Schiedsrichter ergebe, weil die §§ 1170 und 1014 ABGB nur Vorschüsse für Barauslagen vorsehen. Das Entgelt sei grundsätzlich nach vollendetem Werk zu entrichten. Dieser Meinung folgend seien unterbliebene Kostenvorschüsse auf das Honorar – die in der Praxis verlangt werden würden – nicht einklagbar. Der OGH ging davon aus, dass die Schiedsrichter ihr Amt vorbehaltlos angenommen hätten und leitete daraus ab, dass mangels Vereinbarung der Parteien eines Kostenvorschusses und der Folgen eines Nichterlages eines Kostenvorschusses sowie „*mangels entsprechender*

⁶⁰² Für Deutschland s BGH 22.02.1971, VII ZR 110/69 NJW 1971, 888, wo eine Vorschusspflicht, die aus dem Schiedsrichtervertrag resultiert, bejaht wird.

⁶⁰³ OGH 30.10.1985, 3 Ob 89/85.

⁶⁰⁴ OGH 02.10.2003, 6 Ob 41/03b JBl 2004, 387 = *ecolex* 2004/50.

⁶⁰⁵ Inhaltlich ging es darum, ob die Untätigkeit eines Schiedsgerichts, weil eine Partei den vertraglich nicht vorgesehenen aufgetragenen Kostenvorschuss nicht bezahlte, die Schiedshängigkeit beseitigt.

Bestimmungen in der von den Schiedsrichtern aufgestellten Verfahrensordnung“, die Schiedsrichter ihre Tätigkeit nicht verweigern, jedoch „*wenn überhaupt, nur solange aussetzen*“ könnten, bis der Kostenvorschuss erlegt wird. Diese Entscheidung wendet sich somit von der beinahe einhelligen Meinung ab, dass Schiedsrichtern auch ein Vorschuss auf ihr Honorar zustehe⁶⁰⁶,⁶⁰⁷ und berücksichtigt nicht, dass eine Vorschusspflicht in aller Regel Inhalt des Schiedsrichtervertrages wird: eine solche Art der Vereinbarung ist mE jedenfalls angezeigt, weil Vertragsparteien in der Schiedsgerichtsbarkeit typischerweise von einer solchen und von einer Einigung auf ein angemessenes Honorar ausgehen, wenngleich keine *opinio iuris* anzunehmen ist, aber eine Übung des Geschäftsverkehrs.⁶⁰⁸ Allenfalls die Höhe des Honorars (und somit auch des Vorschusses auf dieses) wird von den Parteien unterschiedlich bewertet, was letztlich eine Frage der Angemessenheit und damit eine von den ordentlichen Gerichten zu klärende Frage ist. Interessant ist auch die vom OGH geäußerte Ansicht, dass mangels entsprechender Bestimmung in der von den Schiedsrichtern aufgestellten Verfahrensordnung Schiedsrichter ihre Tätigkeit nicht verweigern, sondern allenfalls bis zum Erlag des Kostenvorschusses aussetzen könnten. Nimmt man diese Aussage wörtlich, dann bedeutet dies, dass die Schiedsrichter über den Weg der Verfahrensordnung nach freiem Ermessen eine Kostenvorschusspflicht determinieren können.⁶⁰⁹ Ein solches Vorgehen würde die Vorschusspflicht auf vertragliche Ebene stellen. Die Ansicht des OGH, dass (aufgrund des Gesetzes [oder stillschweigender Vereinbarung]) keine Pflicht zur Leistung eines Vorschusses bestehe, wäre dann

⁶⁰⁶ *Fasching*, JBl 1993, 548, argumentiert mit – wie in FN 597 – den „*Eigenarten des Schiedsrichtervertrages*“ und einer analogen Anwendung der Pflicht zur Einzahlung der Gerichtsgebühren. Unter Eigenart des Schiedsrichtervertrages ist wohl eine Vereinbarung auf einen Vorschuss bei Abschluss des Schiedsrichtervertrages gemeint, von der Parteien üblicherweise ausgehen. Eine analoge Anwendung der Pflicht zur Einzahlung der Gerichtsgebühren ist mE nicht angezeigt, weil keine planwidrige Unvollständigkeit nachgewiesen werden kann. Die Schiedsgerichtsbarkeit und das Abhandeln des Verfahrens werden im Unterschied zum staatlichen Verfahren in die Hände der Parteien und ihrer Vertragspartner gelegt. Die Gerichtsgebühren dienen im Unterschied zu Honoraren in der Schiedsgerichtsbarkeit (zumindest teilweise) dem öffentlichen Interesse, nämlich der Finanzierung der ordentlichen Gerichtsbarkeit. Ein solcher Zweck ist in der Schiedsgerichtsbarkeit nicht ersichtlich.

⁶⁰⁷ S FN 597 und FN 598.

⁶⁰⁸ Zur Verkehrssitte vgl *Rummel in Rummel*³ I § 914 Rz 13 ff; *Binder/Kolmasch in Schwimann*³ IV § 914 Rz 66 ff; *Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch* § 914 Rz 185 ff.

⁶⁰⁹ An anderer Stelle heißt es in der E 6 Ob 41/03b: „*In den Verfahrensregeln, die die Schiedsrichter anlässlich der Klage des hier Beklagten aufgestellt haben, findet sich keine Bestimmung über von den Parteien abzuverlangende Kostenvorschüsse und die Folgen des Nichterlags.*“

praktisch bedeutungslos, weil sich die Schiedsrichter selbst nach Abschluss des Schiedsrichtervertrages über den Weg der Verfahrensordnung – aufgrund des freien Ermessens nach § 594 Abs 1 ZPO – eine Vorschusspflicht sichern könnten.

Aus der zitierten E folgt aber umgekehrt auch, dass die Schiedsrichter gem §§ 1170 und 1014 ABGB einen Anspruch auf einen Vorschuss für ihre Barauslagen haben.^{610, 611} Gleiches gilt auch für die deutsche Rechtslage aufgrund § 669 BGB.⁶¹² Im Vergleich zum Honorar spielen freilich die Barauslagen der Schiedsrichter eine untergeordnete Rolle. Nicht nur deshalb, sondern auch wegen der üblichen Erwartung der Parteien beim Abschluss des Schiedsrichtervertrages, wirkt die Ansicht, dass kein Vorschuss auf das Honorar zustehe, befremdlich.

Somit ist mE von einer Vorschusspflicht der Parteien auf das Honorar der Schiedsrichter – und nicht nur auf die Barauslagen –, die sich direkt aus dem Schiedsrichtervertrag ergibt, auszugehen.⁶¹³ Das gilt auch für die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit, wobei zu beachten ist, dass die Schiedsordnungen eine solche Pflicht explizit vorsehen.

3. Geltendmachung des Kostenvorschusses durch Schiedsrichter

Die Klagbarkeit des Kostenvorschusses auf das Honorar durch die Schiedsrichter wird in der Lit von zahlreichen Autoren abgelehnt, diese könnten jedoch von einem Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch machen, also keine Verfahrenshandlung setzen, bis der Kostenvorschuss erlegt ist.⁶¹⁴ Auch der BGH meint

⁶¹⁰ S auch *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 230; *Baier*, *SchiedsVZ* 2006, 86; vgl auch *Ischia*, *Kosten* 115.

⁶¹¹ Im Übrigen folgt dies mE in aller Regel auch aus dem gleichen Grund wie für den Vorschuss auf das Honorar, nämlich einer verkehrsüblichen Vereinbarung der Parteien des Schiedsrichtervertrages.

⁶¹² *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*⁷ Kap 12 Rz 16; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, *Schiedsgerichtsbarkeit* Rz 594 mwN.

⁶¹³ Selbst in der E 6 Ob 41/03b wird zugestanden, dass es schiedsgerichtlicher Praxis entspräche, dass von den Parteien bei Einleitung des Verfahrens Kostenvorschüsse verlangt werden, um die Honoraransprüche der Schiedsrichter abzusichern.

⁶¹⁴ *Fasching*, *Schiedsgericht* 76; *Baier*, *SchiedsVZ* 2006, 86; *Kreindler/Schäfer/Wolff*, *Schiedsgerichtsbarkeit* Rz 598 mwN; *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*⁷ Kap 12 Rz 19; *Wais* in *Schütze/Tscherning/Wais* Rz 245; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX Vor § 1025 Rz 14; *Schlosser* in

hierzu, dass das Schiedsgericht bei Ausbleiben eines Vorschusses seine Leistung gem § 273 BGB⁶¹⁵ zurückhalten, jedoch nicht den Anspruch auf einen Vorschuss gerichtlich geltend machen könne.⁶¹⁶ Eine nähere Begründung dafür, warum der Anspruch auf einen Kostenvorschuss nicht auch gerichtlich geltend gemacht werden kann, gibt der BGH nicht.

In der bereits zitierten E 6 Ob 41/03b schließt sich der OGH der deutschen Jud und den Lehrmeinungen (ohne Bezugnahme darauf) – offenbar vorausgesetzt, dass ein Kostenvorschuss vereinbart wurde, anderenfalls ja kein Anspruch besteht – an und erwähnt, dass „[u]nterbliebene Kostenvorschüsse als solche nicht einklagbar“ wären.⁶¹⁷ Ebenso heißt es dort, dass Schiedsrichter bei Nichterlag eines Kostenvorschusses „wenn überhaupt“ ihre Tätigkeit aussetzen könnten, bis dieser erlegt wird. Auch wenn diese Formulierung nicht ganz klar ist, gesteht der OGH somit – wie *Hausmaninger* es zutr nennt – „implizit“⁶¹⁸ als Reaktionsmöglichkeit ein Leistungsverweigerungsrecht zu.⁶¹⁹

Die Richtigkeit der Ansicht, dass ein Anspruch auf Kostenvorschuss nicht einklagbar ist, muss krit hinterfragt werden:

Betrachtet man die Beziehung zwischen den Parteien des Schiedsrichtervertrages, so ist umgekehrt auch festzustellen, dass die Parteien nicht die Mitwirkung des Schiedsrichters an der Verfahrensdurchführung gerichtlich erzwingen

*Stein/Jonas*²³ X Vor § 1025 Rz 27; *Voit in Musielak*¹¹ § 1035 Rz 27; *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 3;f zusammenfassend *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 229 und 231 mwN.

⁶¹⁵ Zu § 273 BGB s *Krüger in Säcker/Rixecker*⁶ II § 273 Rz 1 ff.

⁶¹⁶ BGH 07.03.1985, III ZR 169/83 NJW 1985, 1903.

⁶¹⁷ Dies gilt offenbar sowohl für den Kostenvorschuss auf das Honorar als auch auf den Kostenvorschuss für die Barauslagen. Vgl zur Ansicht, dass es nach § 1014 ABGB keine Pflicht zur Vorschussleistung für Barauslagen gebe, *Rubin in Kletečka/Schauer*^{1,01} § 1014 Rz 13 mwN. Folgt man dieser Ansicht, dann handelt es sich beim Vorschuss um eine reine Obliegenheit. Schon allein daraus ergebe sich die Unklagbarkeit, vgl *Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*³ §859 ABGB Rz 5.

⁶¹⁸ *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 231.

⁶¹⁹ Unklar ist auch folgende Aussage: „Denn mangels einer Vereinbarung der Parteien über die Folgen des Nichterlages des Kostenvorschusses und mangels entsprechender Bestimmungen in der von den Schiedsrichtern aufgestellten Verfahrensordnung könnten die Schiedsrichter ihre zunächst vorbehaltlos zugesagte Tätigkeit nicht verweigern, sondern diese, wenn überhaupt, nur solange aussetzen, bis der Kostenvorschuss erlegt wird.“ Wenn die Schiedsrichter ihre Tätigkeit vorbehaltlos zugesagt haben – also einen Anspruch auf einen Vorschuss ausgeschlossen haben –, bleibt kein Raum für einen Kostenvorschuss und somit auch nicht für ein Leistungsverweigerungsrecht bis zum Erlag eines Kostenvorschusses. Vgl zum Anwendungsbereich und zum Austauschverhältnis des § 1052 ABGB *Aicher in Rummel*³ I § 1052 Rz 1 und Rz 5.

können.⁶²⁰ Somit besteht bei Nichtbezahlung eines Kostenvorschusses und Untätigkeit des Schiedsgerichts eine Pattstellung, die dadurch aufgelöst werden kann, dass das Amt des Schiedsrichters durch Einigung der Parteien – was bei Säumnis einer Partei unwahrscheinlich ist – gem § 590 Abs 1 ZPO vorzeitig beendet werden kann⁶²¹; dies führt auch zum Erlöschen des Schiedsrichtervertrages.⁶²² Auch wenn dann in weiterer Folge über allfällige Honoraransprüche (die Frage eines darauf entfallenden Kostenvorschusses stellt sich dann nicht mehr, weil der Honoraranspruch mit Beendigung des Schiedsrichteramts fällig wird⁶²³) in einem Gerichtsverfahren abgesprochen werden muss, so würde wenigstens das Schiedsverfahren durch Bestellung eines anderen Schiedsrichters eine Fortsetzung finden (können). Selbstverständlich ist ein solches Vorgehen für Schiedsparteien nur dann hilfreich, wenn sie sich nur bezüglich der Höhe eines Vorschusses mit dem Schiedsrichter nicht einig werden können.⁶²⁴

Die besprochenen Entscheidungen gehen zum einen davon aus, dass den Schiedsrichtern ohne explizite Vereinbarung kein Honorarvorschuss zusteht – dieser Ansicht wurde bereits entgegengetreten – und behandeln zum anderen Konstellationen, in denen Schiedsrichter aus der Nichtbezahlung nachteilige Folgen für die meritorische Entscheidung ableiteten.⁶²⁵ Sowohl die Rsp als auch die Lit – soweit ersichtlich – setzen sich kaum mit Argumenten, die für oder gegen die Klagbarkeit an sich sprechen auseinander.⁶²⁶ Breetzke bejaht im Grunde ein Klagerecht der Schiedsrichter, muss aber einräumen, dass eine solche Klage häufig dazu führen wird, dass „*dieser Schiedsrichter aus Besorgnis der Befangenheit abgelehnt wird.*“⁶²⁷ Zuletzt trat Münch für eine Klagbarkeit ein, weil ansonsten der sachliche Anspruch faktisch entwertet werden

⁶²⁰ Hausmaninger in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 203 mwN.

⁶²¹ Ein Antrag einer Partei bei Gericht nach § 590 Abs 2 ZPO ist nicht erfolgversprechend, weil der Schiedsrichter zur Ausübung des Zurückbehaltungsrechts befugt ist, Breetzke, *Der Betrieb* 1971, 2052.

⁶²² Hausmaninger in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 248 mwN.

⁶²³ Vgl Breetzke, *Der Betrieb* 1971, 467.

⁶²⁴ Zum Umstand, dass die Weigerung zur Zahlung eines Kostenvorschusses durch beide Parteien bedeuten kann, dass diese nicht mehr an der Durchführung des Schiedsverfahrens interessiert sind, s sogleich und FN 631.

⁶²⁵ BGH 07.03.1985, III ZR 169/83 NJW 1985, 1903.

⁶²⁶ Hausmaninger stellt in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 229 vielsagend fest, dass es fraglich sei, worin genau der Unterschied des undurchsetzbaren Anspruchs zum Leistungsverweigerungsrecht liegt.

⁶²⁷ Breetzke, *Der Betrieb* 1971, 2052.

würde: Das Verbot, eigene Sachen zu entscheiden, beschränke sich eindeutig auf das Schiedsverfahren, weshalb die Schiedsrichter vor einem anderen (ordentlichen) Gericht klagen dürften.⁶²⁸ Ähnlich wie *Breetzke* weist *Wais* darauf hin, dass Schiedsrichter, wenn sie ihren Anspruch auf Kostenvorschuss einklagen könnten, durch eine Klage einen Ablehnungsgrund schaffen würden.^{629, 630} Dem ist insofern zuzustimmen, als eine gerichtliche Streitigkeit zwischen Schiedsgericht und einer Partei objektiv betrachtet die Unparteilichkeit beeinflusst. Leisten beide Parteien den Kostenvorschuss nicht, ist zwar die Unparteilichkeit gegenüber beiden Parteien beeinflusst und ist somit nicht nur für eine Partei von Nachteil, jedoch ist diese Situation verfahrenstechnisch dahingehend zu lösen, dass die Parteien durch die gemeinsame Weigerung einen Vorschuss zu leisten, signalisieren, nicht (mehr) an der Durchführung eines Schiedsverfahrens (zumindest in der bisherigen Konstellation) interessiert zu sein und somit nur ein allfälliges Honorar, aber kein Kostenvorschuss mehr strittig sein kann.^{631, 632}

Auf der Ebene der Unparteilichkeit der Schiedsrichter wird mE bei einer Bejahung eines Leistungsverweigerungsrechts zu wenig beachtet, dass auch die Leistungsverweigerung die Unparteilichkeit objektiv beeinträchtigen kann. Der wesentliche Unterschied zur Klagbarkeit bzw zur Ablehnung der Klagbarkeit liegt darin, dass der Fortgang des Verfahrens in die Hände der Parteien gelegt wird⁶³³, weil bei Säumnis einer Partei die andere aufgefordert wird, den gesamten Kostenvorschuss zu erlegen.⁶³⁴ Tut sie das nicht, führt dies zum Stillstand oder zur Beendigung des Verfahrens. Bei Bejahung einer Klagbarkeit würde die aktive Rolle bei Nichtbezahlung eines Kostenvorschusses und dessen Einforderung dem Schiedsgericht zukommen.

⁶²⁸ *Münch in Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 44. *Münch* verweist aaO darauf, dass es dahin stehen könne, ob eine Klage durch die Schiedsrichter klug sei. Eine Klage könne aber auch zu einer späteren Befangenheit führen.

⁶²⁹ *Wais in Schütze/Tscherning/Wais* Rz 245; *Ischia*, Kosten 157, führt an, dass auch das erforderliche Vertrauensverhältnis bei einer Klage nicht mehr bestehen dürfte.

⁶³⁰ Die Schaffung eines Ablehnungsgrundes selbst kann mE kein Grund sein, die Möglichkeit zur Klageerhebung an sich abzulehnen, ist dies doch nur allenfalls die Konsequenz einer Klageerhebung.

⁶³¹ *Fasching*, JBl 1993, 552, auch 557, tritt für eine konkludente Auflösung der Schiedsvereinbarung ein, wenn „beide Parteien im Einvernehmen die von ihnen geforderten Vorschüsse nicht, ohne dies zu begründen, und auch das Schiedsverfahren nicht weiter urgieren.“

⁶³² Auf die Möglichkeit der gemeinsamen Abberufung nach § 590 Abs 1 ZPO und der damit verbundenen Endigung des Schiedsrichtervertrages wurde bereits hingewiesen.

⁶³³ Vgl auch *Münch in Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 44.

⁶³⁴ Auch *Münch* ist der Ansicht, dass es der „bessere Weg scheint abzuwarten und dadurch die Parteiinitiative herauszufordern“, *Münch in Krüger/Rauscher*⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 44.

Somit ist das bessere Argument gegen eine Klagbarkeit des Kostenvorschusses durch die Schiedsrichter nicht darin zu sehen, dass diese dadurch objektiv befangen werden, sondern dass iSd Parteiautonomie es den Parteien obliegen muss, ob das Schiedsverfahren fortzusetzen ist, weshalb im Endeffekt der hM hinsichtlich der Klagbarkeit des Kostenvorschusses durch die Schiedsrichter zuzustimmen ist.^{635, 636} Faktisch führen sowohl das Zurückbehaltungsrecht der Schiedsrichter als auch eine Klagbarkeit zum selben Ergebnis, nämlich zum Fortgang des Verfahrens ab Leistung des Kostenvorschusses, sofern der Schiedsrichter seinen Schiedsvertrag nicht aus wichtigem Grund kündigt, wozu die Nichtleistung eines angemessenen Kostenvorschusses zählt.^{637, 638}

Die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit muss sich mit derlei verfahrenstechnischen Problemen nicht beschäftigen, weil alle (zumindest hier behandelten) Schiedsordnungen Regelungen über die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses und die verfahrenstechnischen Folgen des Nichterlags beinhalten.^{639, 640} Die Frage der Klagbarkeit stellt sich aber auch in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit. Die Problematik ist aber insofern geringer, als ein Schiedsgericht üblicherweise erst nach Erlag eines ausreichenden Kostenvorschusses den Schiedsakt erhält.⁶⁴¹

⁶³⁵ Die Kritik an der E 6 Ob 41/03b, dass nicht klar sei, warum Schiedsrichter ein Leistungsverweigerungsrecht bei Nichterlag eines Kostenvorschusses haben sollten, wenn diesen gar kein Kostenvorschuss zusteht, bleibt.

⁶³⁶ Für die Klagbarkeit *Breetzke*, Der Betrieb 1971, 2052.

⁶³⁷ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 253 mwN; *Breetzke*, Der Betrieb 1971, 2052; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 13 Rz 12 mwN.

⁶³⁸ Auf Situationen, in denen etwa nur einer der Schiedsrichter eines Schiedsrichterkollegiums seine Leistung verweigert, kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. S hierzu auch *Breetzke*, Der Betrieb 1971, 2051.

⁶³⁹ Art 32 WR 2006; Art 42 WR 2013; Art 36 ICC-SchO; Art 41 Schweizer Regeln; § 25 DIS-SchO.

⁶⁴⁰ Ein weiterer Vorteil liegt darin, dass ein Kostenvorschuss von der Institution treuhänderisch verwaltet wird. Im *ad-hoc* Verfahren wird diese Aufgabe üblicherweise vom Vorsitzenden übernommen – wenngleich es nicht unmöglich ist, dass jeder Schiedsrichter für seinen Kostenvorschuss ein Treuhandkonto eröffnet und den auf sein Honorar geleisteten Kostenvorschuss dort verwahrt –, der den Kostenvorschuss auf ein Anderkonto legen muss, aber aufgrund seiner Stellung als Treuhänder über die erlegten Gelder verfügen kann. Vgl hierzu *Schlosser*, SchiedsVZ 2004, 22 ff.

⁶⁴¹ Zu den Details s Kap V.D.

4. Kostenvorschuss für sonstige Kosten (Drittkosten)

Im Schiedsverfahren fallen neben den Schiedsrichterhonoraren zahlreiche weitere Kosten an. Diese sind gerade im Schiedsverfahren ein nicht zu unterschätzender Kostenfaktor, weil etwa eine Miete für Verhandlungsräumlichkeiten, Protokollierungskosten, Dolmetscherkosten, Sachverständigengebühren und Kosten für einen Augenschein anfallen können.⁶⁴² Unerfahrene Schiedsparteien sind von der Höhe oft überrascht, wenngleich diese Kosten in aller Regel noch immer einen Bruchteil der Vertretungskosten ausmachen werden.

Hinsichtlich dieser Folgekosten eines Schiedsverfahrens ist zunächst zu unterscheiden, wer die Vertragspartner sind.

In der Praxis ist es regelmäßig so, dass die Buchung von Verhandlungsräumlichkeiten (wie auch der Übernachtungsmöglichkeiten für die Schiedsrichter und die Parteien), die Buchung der Protokollierung und von Dolmetschern, Auftragserteilung an Sachverständige etc häufig durch den Vorsitzenden vorgenommen wird und dieser nach außen hin mit den jeweiligen Vertragspartnern in Kontakt tritt. Dies sagt aber noch nichts über die Vertragsbeziehungen und wer Schuldner ist aus sowie in weiterer Folge darüber, wer von wem, falls überhaupt, einen Kostenvorschuss verlangen kann. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Schiedsrichter nicht daran interessiert ist, Vertragspartner Dritter zu werden, sondern sein Haftungsrisiko so gering wie möglich halten will.⁶⁴³ Dass ein Schiedsrichter als Bevollmächtigter der Parteien auftreten darf, kann und sollte bei Abschluss des Schiedsrichtervertrages mit den Parteien erörtert und explizit vereinbart werden. ME hat aber ein Schiedsrichter bzw ein Vorsitzender eines Schiedsrichterkollegiums aufgrund der formellen Prozessleitungsbefugnis (somit basierend auf der Bestellung zum Schiedsrichter), die sich aus dem Gesetz (vgl § 594 Abs 1 ZPO und § 599 ZPO) bzw der anzuwendenden Schiedsordnung ergibt, das Recht, Verträge im Namen der Schiedsparteien abzuschließen, wenn diese für die effektive Durchführung des

⁶⁴² *Ischia*, Kosten 115 f, subsumiert diese Kosten teilweise unter Barauslagen der Schiedsrichter.

⁶⁴³ *Schlosser*, SchiedsVZ 2004, 26.

Verfahrens und die materielle Wahrheitsfindung notwendig sind.⁶⁴⁴ Nur wenn sich Parteien ausdrücklich dagegen erklären, darf das Schiedsgericht einen solchen Vertrag nicht schließen, anderenfalls eine Überschreitung der Vollmacht vorliegt. Daher sind die Parteien vor jedem Vertragsabschluss im Namen der Parteien zu konsultieren, dies schon allein deshalb, weil die Parteiautonomie dem Verfahrensermessen des Schiedsgerichts vorgeht⁶⁴⁵, und weil Parteien die Möglichkeit gegeben werden muss, Einwände gegen einen Vertragsabschluss vortragen zu können. *Schlosser* hingegen möchte das Recht des Obmanns eines Schiedsgerichts, Verträge mit Dritten zu schließen, davon abhängig machen, ob die Kosten hierfür durch einen erlegten Kostenvorschuss gedeckt sind.⁶⁴⁶ Dem ist nicht zu folgen, weil die Vollmacht einen Vertrag zu schließen, nicht durch den Erlag eines Kostenvorschusses bedingt ist. Dies müsste sich eindeutig aus der Verfahrensordnung ergeben. Schließt der Schiedsrichter im Namen der Parteien Verträge – etwa mit einem nicht von einer Partei bestellten Gutachter, einem Hotel, Dolmetscher oder Protokollführer – ab, dann besteht auch kein Raum für die Einforderung eines Kostenvorschusses hierfür durch und vor allem für das Schiedsgericht. Dies ist eine Frage der Beziehung der Vertragsparteien und des Inhalts des jeweiligen Vertrags. Gerade Sachverständige verlangen in aller Regel – und stellen dies auch bei Vertragsabschluss klar – einen Kostenvorschuss. Dieser wird entweder direkt an den Sachverständigen ausbezahlt oder durch den Vorsitzenden des Schiedsgerichts, der dann in dieser Funktion als Treuhänder auftritt, verwahrt. Schuldner (sowohl des Honorars als auch eines allenfalls zustehenden Kostenvorschusses) werden jedenfalls die Parteien des Schiedsverfahrens und nicht die Schiedsrichter, weshalb diese auch keinen Vorschuss dafür verlangen können.

Ein Schiedsrichter kann aber auch – wenngleich dies eher die Ausnahme denn die Regel sein wird – im eigenen Namen Verträge, die durch das Schiedsverfahren bedingt sind, schließen. Bei einem Senat kann dies jeder einzelne Schiedsrichter sein, wobei am ehesten entweder der Vorsitzende allein oder alle drei Schiedsrichter gemeinsam Vertragspartner – was aber aus Praktikabilitätsgründe tunlichst zu

⁶⁴⁴ *Lotz*, SchiedsVZ 2011, 206 mwN.

⁶⁴⁵ Vgl. hierzu auch Art 6 der IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration (“...after consulting with the Parties...”); *Lotz*, SchiedsVZ 2011, 206.

⁶⁴⁶ *Schlosser*, SchiedsVZ 2004, 26.

vermeiden ist⁶⁴⁷ – werden.⁶⁴⁸ Dies folgt mE ebenfalls aus der Prozessleitungsbefugnis. Der Unterschied liegt darin, dass der Schiedsrichter im Verhältnis zum jeweiligen Vertragspartner der Schuldner des zu leistenden Entgelts (und allenfalls eines Kostenvorschusses) wird.^{649, 650} Da es sich bei diesen Zahlungen an Dritte durch den Schiedsrichter um Barauslagen handelt, kann der betreffende Schiedsrichter hierfür nach der österreichischen Jud einen Vorschuss von den Parteien als Gesamtschuldner verlangen.^{651, 652} Tut er dies nicht, ist das Entgelt von ihm zunächst zu bezahlen. Dadurch läuft ein Schiedsrichter natürlich Gefahr, dass schlussendlich die Parteien die Kosten nicht ersetzen. In einer solchen Situation trägt ein Schiedsrichter nicht nur das ohnehin bestehende Insolvenzrisiko, sondern auch die Gefahr, dass er mit den Schiedsparteien einen Prozess über den Ersatz dieser Kosten – die Kosten des Schiedsverfahrens darstellen und daher von den Parteien zu tragen sind – vor den ordentlichen Gerichten führen muss (es sei denn, dieser Anspruch ist von einer Schiedsvereinbarung zwischen Parteien und Schiedsrichter erfasst).⁶⁵³ Abgesehen davon, dass ein Verzicht auf einen Kostenvorschuss daher aus Schiedsrichtersicht tunlichst zu vermeiden ist, sollte der Schiedsrichter Drittverträge nur unter der Bedingung schließen, dass die Parteien einen Kostenvorschuss hierfür erlegen.⁶⁵⁴ Zu beachten bleibt jedenfalls, dass der Schiedsrichter vor Abschluss eines Vertrages, der durch das Schiedsverfahren bedingt ist, ebenfalls die Parteien kontaktieren und ihnen

⁶⁴⁷ Vgl zu den Befugnissen des Vorsitzenden eines Schiedsgerichts allgemein *Schlosser*, SchiedsVZ 2003, 1.

⁶⁴⁸ Ablehnend *Lotz*, SchiedsVZ 2001, 206 f.

⁶⁴⁹ S allgemein auch *Schlosser*, SchiedsVZ 2004, 26; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 12 Rz 21.

⁶⁵⁰ Insofern ist die aus den 30er Jahren stammende Ansicht der Jud (OGH 04.05.1938, 2 Ob 305/38 SZ20/121), die von der Lit (*Ischia*, Kosten 119 mwN auch zur deutschen Jud; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 601 ZPO Rz 73) übernommen wurde, nämlich dass der Sachverständige in ein Vertragsverhältnis zu den Parteien der Schiedsvereinbarung trete, zu eng, nimmt sie doch auf Umstände des jeweiligen Einzelfalls keine Rücksicht.

⁶⁵¹ Die Kosten sind nach der E 6 Ob 41/03b deshalb als Barauslagen zu qualifizieren, weil es sich dabei um Aufwendungen handelt, „die nicht mit dem Werklohn abgegolten werden“.

⁶⁵² Wie bereits erwähnt folgt dies mE auch bzw ohnehin aus einer Vereinbarung der Parteien des Schiedsrichtervertrags, s Kap V.B.2. (FN 611). Dennoch ist zur Verdeutlichung dieses Anspruchs zu empfehlen, diesen im Schiedsrichtervertrag explizit aufzunehmen, s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 201, der dies als sinnvollen Vertragsinhalt sieht.

⁶⁵³ Streitpunkte können die Höhe und die Notwendigkeit der Kosten sein.

⁶⁵⁴ *Wais* in *Schütze/Tscherning/Wais* Rz 245.

ein Stellungnahmerecht einräumen muss.⁶⁵⁵ Dies damit die Parteien Einwände vorbringen können (wie etwa Einwände gegen einen Sachverständigen, Notwendigkeit oder Bedenken gegen die Höhe bestimmter Kosten) bzw Alternativen vorschlagen können und dadurch der Parteiautonomie Genüge getan wird.^{656, 657}

C. Pflicht der Parteien zur Leistung eines Kostenvorschusses, die sich aus der Schiedsvereinbarung ergibt

Wie einleitend dargestellt, sah der Ministerialentwurf des SchiedsRÄG 2006 vor, dass eine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses und eine gegenseitige Ersatzpflicht, wenn eine Partei den Kostenvorschuss der anderen Partei übernommen hat, gesetzlich normiert werden sollte. Da dieser Vorschlag keinen Eingang in die ZPO fand, ist zu untersuchen, ob eine solche Pflicht nicht ohnehin aus der Schiedsvereinbarung abgeleitet werden kann.

Fasching geht noch davon aus, dass „*Rechtsgrundlage für die Einforderung eines Kostenvorschusses (...) stets nur ein Verpflichtungsverhältnis zwischen Schiedsgericht (bzw Schiedsrichtern) und Parteien sein (kann).*“⁶⁵⁸ Dies sei bei *ad-hoc* Schiedsgerichten der Schiedsrichtervertrag und bei institutionellen Schiedsgerichten mit eigener Gebührenordnung die Unterwerfung unter die jeweilige Verfahrensordnung.⁶⁵⁹ *Fasching* leitet diese Meinung daraus ab, dass die Schiedsvereinbarung ein reiner Prozessvertrag ohne jegliche materielle Rechte und Pflichten sei.⁶⁶⁰ Somit kann *Fasching* folgend aus der Schiedsvereinbarung keine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses abgeleitet werden.

⁶⁵⁵ S auch *Wais* in *Schütze/Tscherning/Wais* Rz 243; auch *Ischia*, Kosten 123.

⁶⁵⁶ Zu den einzelnen Kategorien von sonstigen Kosten vgl auch *Ischia*, Kosten 117 ff.

⁶⁵⁷ Der Vollständigkeit halber wird darauf hingewiesen, dass die Ansprüche aus den einzelnen Verträgen mit Dritten nicht von der dem Verfahren zugrunde liegenden Schiedsvereinbarung erfasst werden und somit dem Schiedsgericht keine Entscheidungsbefugnis hinsichtlich des Anspruchs des Vertragspartners zukommt (vgl hierzu bzgl des „Gebührenanspruchs des Sachverständigen *Ischia*, Kosten 118 mwN und *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 601 ZPO Rz 72 mwN).

⁶⁵⁸ *Fasching*, JBl 1993, 548.

⁶⁵⁹ *Fasching*, JBl 1993, 548.

⁶⁶⁰ *Fasching*, JBl 1993, 548 FN 11; *Fasching*, Schiedsgericht 30; *Pitkowitz/Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 31 ff; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 609 ZPO Rz 94 mwN und Rz 261 f; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 581

In jüngerer Zeit wurde diese Ansicht vermehrt krit hinterfragt.⁶⁶¹ Koller geht vom Parteiwillen aus und argumentiert zutreffend, dass es naheliegend sei, dass „*redliche und vernünftige Vertragsparteien die Zustimmung der jeweils anderen Partei zur Schiedsvereinbarung auch als Einverständnis, sich anteilig an der Finanzierung des Schiedsverfahrens zu beteiligen, verstehen durften.*“⁶⁶² Dies gelte umso mehr, wenn eine gewählte Schiedsvereinbarung eine anteilige Kostenvorschusspflicht vorsieht.⁶⁶³ Eine solche Auslegung sei auch mit dem Zweck einer Schiedsvereinbarung, eine Streitigkeit durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen, in Einklang, weil Schiedsgerichte üblicherweise ohne entsprechenden Kostenvorschuss nicht tätig werden würden. Daher könnte insbesondere dann, wenn der Kläger nicht in der Lage ist, den Anteil des säumigen Beklagten zu übernehmen, der Zweck der Schiedsvereinbarung – ohne Rechtspflicht zur Tragung eines anteiligen Kostenvorschusses – allzu leicht durch Lösung von der Schiedsvereinbarung vereitelt werden. Bei Abschluss der Schiedsvereinbarung gingen Parteien aufgrund der nicht vorhersehbaren Parteirollen und der damit verbunden Risikominimierung von einer anteiligen Vorschusslast aus.⁶⁶⁴

Ganz ähnlich argumentieren Wong/Siwy, die davon ausgehen, dass die prozessrechtliche Natur der Schiedsvereinbarung nicht ausschließt, dass in diesem Abschluss auch andere Vereinbarungen, die materiellrechtlich sind, inkludiert sein können. Die prozessrechtliche Natur beziehe sich ausschließlich auf den Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit und Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit. Dies lasse jedoch keinerlei Rückschlüsse darauf zu, dass dies auch für andere Nebenvereinbarungen („*other agreements included in an arbitration agreement*“) gelte. Daher gehen die Autoren davon aus (Anm.: was selbstverständlich ist), dass bei Abschluss einer institutionellen Schiedsvereinbarung die Parteien die in diesen Regeln beinhaltetete Pflicht übernehmen, jeweils die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen.

Rz 5 mwN. Vgl den Überblick über den aktuellen Meinungsstand bei Zeiler, Schiedsverfahren² § 581 Rz 18.

⁶⁶¹ Fremuth-Wolf kritisiert die Ansicht, dass aus der Qualifikation als prozessrechtlicher Vertrag keinerlei Pflichten abzuleiten seien als zu formalistisch, Fremuth-Wolf in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 65 Rz 55. S auch Fremuth-Wolf, Schiedsvereinbarung 151 ff.

⁶⁶² Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/368 mwN, ebenso ohne nähere Begründung Riegler in Riegler et al Section 609 Rz 9.

⁶⁶³ Für ICC-Verfahren s Fadlallah, ICC Bulletin 2003 14/1, 55.

⁶⁶⁴ Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/368 mwN.

Diese Vereinbarung sei notwendig, damit die Parteien ihre Verpflichtungen, die sich aus dem Schiedsorganisationsvertrag, also dem Vertrag zwischen Parteien und Schiedsinstitution, ableiten, erfüllen, sobald der Kläger das Schiedsverfahren einleitet. Hinsichtlich des Schiedsorganisationsvertrag verweisen *Wong/Siwy* darauf, dass dieser unstrittig ein materiellrechtlicher Vertrag ist. Daher sei es auch nur konsequent, anzunehmen, dass die Verpflichtung der Parteien die Hälfte des Kostenvorschusses zu bezahlen, die sie durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung übernommen haben, eine materiellrechtliche sei.^{665, 666} Hinsichtlich des Kostenvorschusses in einem *ad-hoc* Verfahren sei die rechtliche Situation weniger klar, weil die Parteien in einer solchen Situation regelmäßig nicht ausdrücklich einer Zahlungsverpflichtung zustimmen. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Schiedsrichtervertrages könne der Beklagte zwar eine Verpflichtung zur Bezahlung eines Kostenvorschusses übernehmen, diese sei jedoch keine Verpflichtung gegenüber dem Kläger. Jedoch könne man auch im *ad-hoc* Verfahren davon ausgehen, dass sich die Parteien dessen bewusst sind, dass Schiedsrichter nicht ohne Leistung eines Kostenvorschusses tätig werden. Daher wisse eine Partei beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung, dass sie bei Entstehen einer Streitigkeit zur Zahlung eines Teils des Kostenvorschusses verpflichtet werde, weshalb man von einer Annahme einer stillschweigenden Verpflichtung („...it accepts an implicit obligation...“) auch zur Zahlung eines Kostenvorschusses ausgehen könne. Diese Verpflichtung leite sich aus der Kooperations- und Verfahrensförderungspflicht ab. Daher könne auch im *ad-hoc* Verfahren eine materiellrechtliche Pflicht zur Zahlung eines Anteils am Kostenvorschuss angenommen werden.^{667, 668}

Der rechtsvergleichende Blick nach Deutschland zeigt, dass, obwohl ein überwiegender Teil der Lehre davon ausgeht, die Schiedsvereinbarung sei eine reine

⁶⁶⁵ *Wong/Siwy* in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 204.

⁶⁶⁶ *Schwarz/Konrad* gehen ebenfalls davon aus, dass der Abschluss einer Schiedsvereinbarung auch die (ausdrückliche) Verpflichtung zur Zahlung eines Anteils am Kostenvorschuss beinhaltet, s *Schwarz/Konrad*, *The Vienna Rules* Rz 34-040 ff mwN; ebenso *Reiner*, *Schiedsrecht* § 593 Anm 101; *ders*, *ICC Schiedsgerichtsbarkeit* 149.

⁶⁶⁷ *Wong/Siwy* in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 205.

⁶⁶⁸ Ebenso leitet *Tamminen* die Pflicht zur Zahlung des Kostenvorschusses aus der Pflicht, das Verfahren nach Treu und Glauben zu führen, ab, *Tamminen* in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 287.

Prozessvereinbarung⁶⁶⁹, diese kein Problem damit hat, eine Loyalitätsvereinbarung der Parteien einer Schiedsvereinbarung anzunehmen, aus der auch die materiellrechtliche Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses abgeleitet wird.⁶⁷⁰ Die deutsche Lehre legt sich somit keine gedanklichen Schranken aus der Qualifikation der Schiedsvereinbarung auf.

Die österreichische Rsp hat sich in zahlreichen Entscheidungen mit der Rechtsnatur von Schiedsvereinbarungen auseinandergesetzt. Diesbezüglich ist zu beachten, dass sich die Entscheidungen, aus denen der Rechtssatz abgeleitet wurde, dass Schiedsvereinbarungen als Prozesshandlungen zu beurteilen seien⁶⁷¹, nicht mit der Frage, ob der Abschluss der Schiedsvereinbarung auch eine materiellrechtliche Pflicht zur (Vor-)Finanzierung des Schiedsverfahrens beinhaltet, auseinandersetzen. In aller Regel beschäftigte sich der OGH mit der subjektiven und objektiven Reichweite einer Schiedsvereinbarung⁶⁷² bzw ihrer Gültigkeit⁶⁷³. Als Ausgangspunkt für die Auslegung enthalten die Entscheidungen den Stehsatz, dass der Schiedsvertrag ein Prozessvertrag sei. Keine einzige setzt sich mit allfälligen (Neben)pflichten, die durch oder bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung entstehen, auseinander.

Im Unterschied zur österreichischen finden sich in der deutschen Rsp eindeutige Stellungnahmen hinsichtlich der Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses. So wird etwa in einer Entscheidung des AG Düsseldorf festgestellt, dass

⁶⁶⁹ Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1029 Rz 1; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1029 Rz 2; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1029 Rz 12 ff; Saenger in Saenger⁵ § 1029 Rz 1; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 7 Rz 37 mwN; s auch Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/6 mwN; für eine Doppelnatur Voit in Musielak¹¹ § 1029 Rz 3.

⁶⁷⁰ Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1029 Rz 30; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1029 Rz 3; Wolf/Eslami in Vorwerk/Wolf¹³ § 1029 Rz 19; Saenger in Saenger⁵ § 1029 Rz 25; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1029 Rz 117; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 7 Rz 21.

⁶⁷¹ RIS-Justiz RS0045045: „Schiedsvereinbarungen sind als Prozesshandlungen (Prozessverträge) zu beurteilen. Zur Auslegung des Schiedsvertrages sind daher grundsätzlich die Vorschriften des Prozessrechts heranzuziehen, was aber nicht ausschließt, den von den Parteien mit der Schiedsgerichtsvereinbarung gemeinsam verfolgten Zweck, also die Parteiabsicht und die Grundsätze des redlichen Verkehrs, als Auslegungsmittel heranzuziehen.“

⁶⁷² OGH 03.09.1986, 1 Ob 545/86; 15.10.1987, 6 Ob 658/87; 14.11.1990, 1 Ob 711/89; 13.06.1995, 4 Ob 533/95; 28.11.2000, 1 Ob 126/00m; 29.04.2003, 1 Ob 22/03x; 22.02.2007, 3 Ob 281/06d; 26.08.2008, 4 Ob 80/08f; 08.05.2013, 6 Ob 47/13z; 19.12.2013, 1 Ob 225/13i; 15.05.2014, 6 Ob 5/14z.

⁶⁷³ OGH 21.02.1996, 7 Ob 502/96; 24.07.1997, 6 Ob 186/97i; 05.05.1998, 3 Ob 2372/96m; 26.01.2000, 7 Ob 368/98p (7 Ob 369/98k); 21.06.2000, 1 Ob 31/00s; 17.05.2001, 7 Ob 67/01f; 07.11.2002, 6 Ob 67/02z; 08.11.2011, 3 Ob 191/11a („Undurchführbarkeit“ einer Schiedsklausel infolge Unmöglichkeit).

Schiedsgerichtsverträge – obwohl, wie erwähnt, auch die deutsche Lehre⁶⁷⁴ von einem Prozessvertrag ausgeht – von einklagbaren Mitwirkungs- und Förderungspflichten geprägt seien, wozu auch die Vorschusspflicht beider Parteien gehöre.⁶⁷⁵ Dies entspricht ständiger (höchstgerichtlicher) Jud.^{676, 677}

Auch Kommentatoren der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit gehen – auch wenn sie sich nicht eingehend mit der Frage beschäftigen, ob die Schiedsvereinbarung ein reiner Prozessvertrag ist und welche Konsequenzen dies im Detail hat – davon aus, dass die Parteien eine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgrund der Zustimmung zur Streitbeilegung vor einem Schiedsgericht haben.^{678, 679}

Eine Gesamtbetrachtung der dargelegten Lit zeigt, dass mittlerweile sowohl die nationale als auch internationale Lehre davon ausgeht, dass durch den Abschluss der Schiedsvereinbarung auch eine gegenseitige Verpflichtung der Vertragsparteien zur Leistung eines Kostenvorschusses eingegangen wird. Die österreichische Rsp kann nicht als Argument gegen diese Ansicht angeführt werden, weil sich der OGH bisher mit dieser Frage nicht auseinandergesetzt hat. Aus der Feststellung und als Stehsatz

⁶⁷⁴ S oben FN 669.

⁶⁷⁵ AG Düsseldorf 17.06.2003, 36 C 19607/02 SchiedsVZ 2003, 240.

⁶⁷⁶ OLG Oldenburg 31.03.1971, 8 U 103/70 NJW 1971, 1461; LG Bielefeld 21.10.2003, 17 O 130/03; LG Stuttgart 25.7.2005, 2 O 85/05; LG Arnsberg 7.8.2006, 2 O 83/06; BGH 12.11.1987, III ZR 29/87 NJW 1988, 125; s Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1029 FN 112 mwN; Schlosser in Stein/Jonas²³ X § 1029 FN 183.

⁶⁷⁷ In der Entscheidung BGH 07.03.1985, III ZR 169/83 NJW 1985, 1903 war offenbar in der Schiedsvereinbarung explizit geregelt, dass die Schiedsrichter einen Kostenvorschuss verlangen konnten, weshalb diese Entscheidung nicht dafür relevant ist, ob der Abschluss einer Schiedsvereinbarung eine solche Pflicht implizit umfasst.

⁶⁷⁸ Exemplarisch Fouchard/Gaillard/Goldman in Gaillard/Savage Rz 1254: “[w]here the other party fails to put forward its share (...), the party advancing the costs will ask the arbitral tribunal to order the defaulting party, in the final award or even in a partial award confined to that issue, to pay its share because, by agreeing to refer disputes to arbitration, the defaulting party had undertaken to do so.” (Hervorhebung hinzugefügt); Born, Arbitration 1262 FN 49 mwN sowie Rohner/Lazopoulos, 553 mwN: “By signing the arbitration agreement, each party undertakes to ensure that any subsequent arbitration proceeds as it should. This undertaking generally forms a contractual obligation between the parties which is enforceable. The payment of advances is one of the prerequisites to having disputes adjudicated by an arbitral tribunal. Legal scholars therefore conclude that the arbitration agreement imposes equal contractual obligations on both parties to pay the required advances to allow the proceedings to go forward.” Weitere Nachweise bei Bühler, ASA Bulletin 2006, 291 FN 4; Fadlallah, ICC Bulletin 2003 14/1, 56.

⁶⁷⁹ Von einer vertraglichen Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses bei einer ICC-Schiedsvereinbarung ging auch die English Queen’s Bench Division, Commercial Court, in der E BDSM Ltd v Rafael Advanced Defence Systems [2014] EWHC 451 (Comm) aus; eine Zusammenfassung ist unter <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2014/07/31/failing-to-pay-the-advance-on-costs-and-the-risk-of-inoperability-of-the-arbitration-clause-remedy/> abrufbar.

rezitierten Aussage, dass die Schiedsvereinbarung ein Prozessvertrag sei, lässt sich nichts gewinnen. Nur weil die Schiedsvereinbarung ein Prozessvertrag sein soll, bedeutet dies noch nicht, dass der Abschluss eines solchen Vertrages nicht auch eine weitere (materiellrechtliche) (Neben)Verpflichtung beinhaltet, eben die Leistung eines Kostenvorschusses. Dies zeigt die deutsche Rsp. Der Rückzug auf das Argument der prozessrechtlichen Natur einer Schiedsvereinbarung und dass sich daraus keine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses ergebe, ist letztendlich zu formalistisch und nicht überzeugend. Anderenfalls wäre es für einen Beklagten leicht möglich, sich von einer Schiedsvereinbarung zu lösen, indem ein Vorschuss nicht bezahlt wird⁶⁸⁰ und auch die den Zweck der Schiedsvereinbarung favorisierende Auslegung⁶⁸¹ könnte *ad absurdum* geführt werden, wenn man zwar die Gültigkeit annehmen, es aber zur faktischen Undurchführbarkeit eines Verfahrens durch Verweigerung der Zahlung eines Kostenvorschusses kommen würde. Freilich könnte diesen Argumenten entgegengehalten werden, dass der Kläger den entsprechenden Anteil übernehmen kann. Dies übersieht jedoch zum einen, dass es Situationen geben kann, in denen ein Kläger selbst finanziell nicht in der Lage ist, das gesamte Schiedsverfahren vorzufinanzieren⁶⁸² und zum anderen dass Parteien einer Schiedsvereinbarung aufgrund *Usus* in der (internationalen) (Handels)schiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich von einer Kostenvorschusspflicht ausgehen. Der Parteiwille zum Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung ist auf eine anteilige Tragung gerichtet. Da in diesem die zukünftige Rolle der Vertragsparteien, also wer Kläger oder Beklagter ist, nicht vorhersehbar ist, gehen in aller Regel beide Parteien davon aus, die Finanzierung des Schiedsverfahrens anteilig zu tragen, um das Risiko gleich zu verteilen.⁶⁸³ Dies entspricht auch der wirtschaftlichen Realität, weil Schiedsvereinbarungen häufig zwischen wirtschaftlich unterschiedlich potenten Parteien abgeschlossen werden. Würde der Parteiwille darauf gerichtet sein, dass nur der Kläger einen Kostenvorschuss tragen müsste, dann kann die finanziell stärkere Partei diese Position nützen, um eine

⁶⁸⁰ Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 7 Rz 21; Lachmann, Handbuch³ Rz 448; Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/368.

⁶⁸¹ RIS-Justiz RS0044997.

⁶⁸² Zur Klage auf Leistung s Kap V.F.

⁶⁸³ Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 3/368 mwN.

Schiedsklage der schwächeren Partei zu verhindern. Dies würde auf eine Rechtsschutzverweigerung vor einem Schiedsgericht hinauslaufen, etwas, das Parteien einer Schiedsvereinbarung nicht unterstellt werden kann, weil sie ja gerade für den Streitfall ein besonderes Forum vereinbaren.⁶⁸⁴

Somit ist mE eine gegenseitige anteilige Kostenvorschusspflicht, die sich aus der Schiedsvereinbarung ergibt, zu bejahen. Eine solche entspricht dem Zweck der Schiedsvereinbarung und dem Willen der Parteien einer Schiedsvereinbarung, darüber hinaus ist von einer entsprechenden Verkehrssitte auszugehen. Eindeutig ist dies nach den – wie sogleich dargestellt – hier behandelten Schiedsordnungen, die alle eine anteilige Kostentragung vorsehen. Dies ist als Klarstellung dieser Pflicht zu verstehen.

D. Kostenvorschuss- und Säumnisregelungen in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit

Die anteilige Kostenvorschusspflicht ist aufgrund der in den Schiedsordnungen enthaltenen Bestimmungen, die im Folgenden kurz dargestellt werden, im institutionellen Verfahren noch eindeutiger⁶⁸⁵ als im *ad-hoc* Verfahren. Zu beachten ist, dass im institutionellen Schiedsverfahren eine weitere vertragliche Ebene hinzutritt, nämlich diejenige der Parteien zur Institution (Schiedsorganisationsvertrag⁶⁸⁶), aus welcher selbständige finanzielle Rechte und Pflichten resultieren. Daher ist diesem Vertrag ein eigenes Kapitel im Zusammenhang mit Säumnisfolgen gewidmet.⁶⁸⁷

1. Die Wiener Regeln 2006

In den WR 2006 finden sich die einschlägigen Bestimmungen für den Kostenvorschuss in den Art 34 ff. Logische Voraussetzung der Anwendung der

⁶⁸⁴ Zur Undurchführbarkeit und Kündigung einer Schiedsvereinbarung wegen Mittellosigkeit einer Partei s Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/385.

⁶⁸⁵ Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/368.

⁶⁸⁶ S hierzu *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 264 ff. Vgl zur ebenfalls hinzutretenden Vertragsebene zwischen Schiedsrichter und Schiedsinstitution ebenda Rz 303 ff.

⁶⁸⁷ Kap V.G.

Regelungen über den Kostenvorschuss ist, dass der Kläger gem Art 33 WR 2006 die Einschreibgebühr leistet, anderenfalls gem Abs 4 *leg cit* die Klage nicht weiter behandelt wird. Gem Art 34 WR 2006 setzt der Generalsekretär einen Kostenvorschuss für die voraussichtlichen Schiedsgerichtskosten fest. Diese setzen sich gem Art 32 lit a WR 2006 aus den Verwaltungskosten, den Schiedsrichterhonoraren (inkl allfälliger USt), Barauslagen, den an dieser Stelle nicht interessierenden Parteikosten und weiteren Verfahrenskosten nach Art 35 WR 2006 zusammen. Diesen Kostenvorschuss müssen die Parteien – bevor eine Übergabe der Unterlagen an die Schiedsrichter erfolgt – zu gleichen Teilen binnen 30 Tagen nach Mitteilung durch den Generalsekretär erlegen. Art 34 Abs 3 und Abs 4 WR 2006 setzen sich mit Säumnisfolgen auseinander. Langt der auf den Kläger entfallende Anteil trotz Nachfristsetzung – diese beträgt üblicherweise 15 Tage⁶⁸⁸ – nicht ein, dann wird die Klage nicht weiter behandelt. Dem Wortlaut zufolge ist entscheidend, dass der entsprechende Anteil einlangt bzw nicht einlangt. Wer diesen Anteil somit zahlt, ist nicht entscheidend, weshalb auch der Beklagte oder sogar ein Dritter den Kostenvorschussanteil des Klägers zahlen kann. Dies hat zur Folge, dass das Verfahren fortgeführt wird. Letzteres kann ein Kläger nur mehr dann verhindern, wenn er gem Art 25 WR 2006 seine Klage unter Anspruchsverzicht zurücknimmt.⁶⁸⁹

Art 34 Abs 4 WR 2006 regelt die Folgen des Ausbleibens des Kostenvorschusses, der auf den Beklagten entfällt. In diesem Fall ist der Kläger darüber zu informieren, welcher binnen 30 Tagen diesen Kostenvorschuss erlegen kann. Langt dieser Teil nicht ein, dann wird die beim VIAC anhängige Causa nicht weiter behandelt. Somit hat es der Kläger in der Hand, ob ein Verfahren fortgeführt werden soll oder nicht. Ein Beklagter kann hingegen die Verfahrensfortführung durch Säumnis bei der Bezahlung des auf ihn entfallenden Kostenvorschussanteils nicht verhindern.⁶⁹⁰

Wird der Kostenvorschuss nicht (zur Gänze) einbezahlt, dann wird die Klage *nicht weiter behandelt* (Art 34 Abs 4 WR 2006). Dem Wortlaut zufolge ist naheliegend, dass die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses keine Auswirkung auf die Streitanhängigkeit hat und somit eine Sperrwirkung entfaltet. Will eine der Parteien

⁶⁸⁸ Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 34-030.

⁶⁸⁹ Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 34-030. Vgl auch Zeiler, Schiedsverfahren² § 608 Rz 8.

⁶⁹⁰ Zur Ersatzpflicht des Beklagten s Kap V.E.

nach Ablauf der Fristen zur Bezahlung des Kostenvorschusses doch eine Entscheidung in der Sache herbeiführen, dann reicht aus, dass der Kostenvorschuss einbezahlt wird und somit das Verfahren reaktiviert wird. Eine neuerliche Klagseinbringung ist nicht notwendig.⁶⁹¹

Hinsichtlich weiterer Kostenvorschüsse für Barauslagen, deren Anfall bei Einleitung des Verfahrens und Festsetzung des Kostenvorschusses noch nicht vorhersehbar waren, regelt Art 35 Abs 1 WR 2006, dass der Schiedsrichter(senat) „für die Deckung der voraussichtlichen Kosten zu sorgen und den Generalsekretär darüber zu informieren“ hat. Art 35 Abs 2 WR 2006 sieht vor, dass Verfahrensschritte, für die eine weitere Kostendeckung notwendig ist, erst durchgeführt werden dürfen, wenn diese sichergestellt ist. Hierfür stehen dem Schiedsgericht zwei verfahrenstechnische Möglichkeiten offen. Zum einen kann das Schiedsgericht eine procedural order erlassen und zum anderen kann das Schiedsgericht nach Art 34 Abs 6 WR 2006 vorgehen und den Generalsekretär ersuchen, den Parteien den Erlag eines weiteren Kostenvorschusses aufzutragen.⁶⁹² Letzteres hat den Vorteil, dass der Kostenvorschuss auf das beim VIAC geführte Verfahrenskonto bezahlt wird und somit nicht auf ein Anderkonto des Vorsitzenden überwiesen werden muss. Stehen die Kosten bereits fest, etwa eines Sachverständigen oder einer Raummiete, kann das Entgelt hierfür auch direkt an den Gläubiger überwiesen werden.

In Art 35 Abs 4 WR 2006 ist geregelt, dass der Schiedsrichter(senat) Aufträge im Zusammenhang mit Art 35 Abs 1 WR 2006 im Namen und auf Rechnung der Parteien erteilt. Dies spiegelt die bereits oben allgemein dargestellte Ansicht wider, dass Schiedsrichter aufgrund ihres Mandats für die Parteien handeln können.⁶⁹³ Als weitere Säumnisfolge des Nichterlags eines Kostenvorschusses ist in Art 35 Abs 3 WR 2006 vorgesehen, dass der Schiedsrichter(senat) über die Folgen entscheidet. Damit wird die Auswirkung eines nicht aufgenommenen Beweises auf den Schiedsspruch angesprochen.⁶⁹⁴ Der Nichterlag eines Kostenvorschusses lässt die Beweislastregeln

⁶⁹¹ AA Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 34-030.

⁶⁹² Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 35-003.

⁶⁹³ Zu den Konsequenzen, wenn der Schiedsrichter Aufträge nach Art 35 Abs 4 WR 2006 ohne ausreichende Kostendeckung erteilt, s Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 35-015.

⁶⁹⁴ Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 35-010 ff.

unberührt. Zu beachten bleibt mE auch bei diesem Themenkreis, dass der Nichterlag selbst keinen negativen Einfluss auf die Beweiswürdigung hat. Probleme verfahrenstechnischer Art können sich ergeben, wenn eine Partei mit dem Kostenvorschuss nach Art 35 WR 2006 zur Bezahlung der Verhandlungsräumlichkeiten, Übernachtungsmöglichkeiten, Dolmetscher oder Protokollführer säumig ist. Ist auch die andere Partei nicht zur Bezahlung dieses Anteils bereit, dann kann eine Verhandlung nicht bzw nicht am gewählten Ort durchgeführt werden. Kann das Schiedsgericht nicht aufgrund der Beweislastregeln mit Schiedsspruch entscheiden, weil etwa eine Partei eine mündliche Verhandlung beantragt hat – eine Nichtbeachtung eines Antrags auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung kann zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen⁶⁹⁵ –, dann bleibt einem Schiedsgericht nur mehr die Möglichkeit, das Verfahren nach Art 25 lit cc WR 2006 zu beenden⁶⁹⁶, da die Fortführung des Verfahrens durch die Nichtbezahlung des notwendigen Kostenvorschusses unmöglich geworden ist.

2. Die Wiener Regeln 2013

Die WR 2013 weichen vom Grundkonzept der WR 2006 nicht ab. Die Regelungen für die Einschreibgebühr finden sich jetzt an systematisch richtiger Stelle nach den Bestimmungen zur Klage und Widerklage.⁶⁹⁷ Die Anordnung in Art 10 Abs 4 WR 2013, dass die Klage erst nach Bezahlung der Einschreibgebühr an die andere Partei zugestellt wird, ist als eine Klarstellung gegenüber Art 33 Abs 4 WR 2006 zu verstehen, ebenso die Erklärung der Beendigung des Verfahrens durch den Generalsekretär bei Säumnis mit der Bezahlung dieser Gebühr.⁶⁹⁸, ⁶⁹⁹ Die Verfahrenskosten setzen sich wie nach den WR 2006 aus

⁶⁹⁵ OGH 30.06.2010, 7 Ob 111/10i.

⁶⁹⁶ Vgl auch § 608 Abs 2 Z 4 ZPO.

⁶⁹⁷ Die Einfügung nach der Bestimmung zur Widerklage ist deshalb systematisch richtig, weil auch bei der Widerklage eine Einschreibgebühr zu bezahlen ist.

⁶⁹⁸ Zur Problematik wie Art 10 Abs 4 iVm Art 34 Abs 4 WR 2013 auszulegen ist s sogleich zur gleichartigen Problematik bei der Anwendung von Art 42 Abs 3 iVm Art 34 Abs 4 WR 2013.

Verwaltungskosten, den Honoraren der Schiedsrichter, Barauslagen, Parteienkosten und Auslagen nach Art 43 WR 2013 zusammen (Art 44 WR 2013). Für die Festsetzung des Kostenvorschusses ist weiterhin der Generalsekretär zuständig, für dessen Erlag zu gleichen Teilen die Parteien 30 Tage Zeit haben (Art 42 Abs 1 WR 2013). Auch die Bestimmungen über die Folgen der Säumnis einer Partei hinsichtlich ihres Teils des Kostenvorschusses bleiben unverändert. Eine wesentliche Neuerung, die – soweit ersichtlich – im Bereich der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit einzigartig ist, findet sich in Art 42 Abs 2 und Abs 4 WR 2013.⁷⁰⁰ In Abs 2 *leg cit* wurde nun ausdrücklich verankert, dass mit der Vereinbarung der Wiener Regeln eine gegenseitige schuldrechtliche Vereinbarung getroffen wird, dass sich die Parteien zur anteiligen Kostentragung des Kostenvorschusses verpflichten. Leistet eine der Parteien ihren Anteil nicht, so handelt es sich hierbei um die Verletzung einer vertraglichen Pflicht. Damit sollte die in Praxis und Lehre geführte Diskussion, ob bei Abschluss einer Schiedsvereinbarung die Parteien auch die wechselseitige Verpflichtung eingehen, jeweils die Hälfte des Kostenvorschusses zu tragen, beendet werden.^{701, 702} Das konkrete Vorgehen des VIAC bei Säumnis ist ähnlich wie nach den WR 2006. Ist eine der Parteien mit dem Erlag des Kostenvorschusses säumig, fordert der Generalsekretär die gegnerische Partei zum Erlag auch dieses Vorschussanteils auf (Art 42 Abs3 WR 20013). Im Gegensatz zu den WR 2006 ist die neue Bestimmung insofern liberaler, als nun bei Säumnis des Schiedsklägers mit dem Erlag des Kostenvorschusses der Schiedsbeklagte den auf den Kläger entfallenden Anteil (vorerst) bezahlen kann. In den WR 2006 ist bei Säumnis des Klägers vorgesehen, dass die Klage nicht weiter behandelt wird. Die Neuregelung ist deshalb sinnvoll – abgesehen davon, dass ein Schiedsbeklagter ein Interesse an einer Verfahrensbeendigung durch Schiedsspruch haben kann – weil es einem Kläger nicht mehr möglich ist, einen Beklagten mit einer Schiedsklage wirtschaftlich unter Druck zu setzen, ohne dass es aufgrund des

⁶⁹⁹ Im Unterschied zu den WR 2006 wird nach den WR 2013 die Einschreibgebühr nicht an den Kostenvorschuss der erlegenden Partei angerechnet.

⁷⁰⁰ Vgl *Peters* in Handbuch Wiener Regeln Art 42 Rz 3.

⁷⁰¹ Vgl *Peters* in Handbuch Wiener Regeln Art 42 Rz 19.

⁷⁰² S Kap V.C. und zur solidarischen Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses an die Schiedsrichter oben Kap V.B.

Nichterlags des Kostenvorschusses (auch) zu einer Kostenentscheidung kommt.⁷⁰³ Ein weiterer Unterschied zu den WR 2006 besteht darin, dass bei Nichterlag des gegnerischen Kostenvorschusses der Generalsekretär das Verfahren für beendet erklären kann (womit kein Anspruchsverzicht verbunden ist). Nach den WR 2006 wurde in diesem Fall die Klage nicht weiter behandelt. Auffallend ist, dass der Generalsekretär das Verfahren gem Art 42 Abs 3 WR 2013 nicht zwingend für beendet erklärt, sondern eben für beendet erklären *kann*. Art 34 Abs 4 WR 2013, auf den Art 42 Abs 3 WR 2013 verweist, spricht wiederum davon dass das Verfahren beendet *wird*, wenn eine Zahlungsaufforderung nach Art 42 Abs 3 WR 2013 nicht fristgerecht befolgt wurde. Daher stellt sich die Frage, wie diese Bestimmungen in ihrem Zusammenwirken auszulegen sind. Geht der zwingende Charakter des Art 34 Abs 4 WR 2013 oder der dispositive Charakter des Art 42 Abs 3 WR 2013 vor? ME soll es dem Generalsekretär durch Art 42 Abs 3 WR 2013 ermöglicht werden, auf Umstände des jeweiligen Einzelfalls flexibel zu reagieren. Hinzu kommt, dass Art 42 im Vergleich zu Art 34 WR 2013 die speziellere Norm ist. Daher ist davon auszugehen, dass im Fall der Säumnis mit der Bezahlung des Kostenvorschuss der Generalsekretär den Einzelumständen entsprechend etwa eine oder mehrere zusätzliche Zahlungsfrist(en) einräumen kann und nicht zwingend das Verfahren für beendet erklären wird.⁷⁰⁴ Bleiben auch solche Versuche erfolglos, wird der Generalsekretär, wenngleich nicht zwingend, das Verfahren für beendet erklären. Damit ist geklärt, dass das Verfahren nicht ruht. Will der Kläger den Anspruch zu einem späteren Zeitpunkt geltend machen, muss er daher jedenfalls eine neue Klage einbringen.⁷⁰⁵

Die interessanteste Bestimmung im Zusammenhang mit der Tragung des Kostenvorschusses – weshalb diese schon an dieser Stelle behandelt wird – enthält Art 42 Abs 4 WR 2013. In dieser heißt es, dass das Schiedsgericht auf Antrag der Partei, die den auf die andere Partei entfallenden Kostenvorschuss erlegt, die säumige Partei mit Schiedsspruch oder einer anderen geeigneten Entscheidungsform auffordern

⁷⁰³ Peters in Handbuch Wiener Regeln Art 42 Rz 25 ff.

⁷⁰⁴ AA offenbar Peters in Handbuch Wiener Regeln Art 42 Rz 24 und Rz 26.

⁷⁰⁵ S auch Art 42 Abs 3 letzter Satz WR 2013: „Dies [gemeint: Säumnis mit dem Erlag des auf die andere Partei entfallenden Kostenvorschuss] *hindert die Parteien nicht, dieselben Ansprüche zu einem späteren Zeitpunkt in einem anderen Verfahren geltend zu machen.*“

kann, den auf sie entfallenden Anteil der erlegenden Partei zu ersetzen (selbstverständlich erst nach Bejahung der Zuständigkeit). Damit ordnen die WR 2013 als einzige der hier behandelten institutionellen Schiedsordnungen⁷⁰⁶ ausdrücklich an, dass Parteien durch Abschluss einer Schiedsvereinbarung auch die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Zuständigkeit über die Entscheidung der in Art 42 Abs 2 WR 2013 normierten Pflicht der anteiligen Tragung des Kostenvorschusses vereinbaren.^{707, 708} Diese Bestimmung hat der hier vertretenen Ansicht zufolge – vgl näher Kap V.E.2. – lediglich klarstellende Funktion. Nichtsdestotrotz wird die Regelung dazu beitragen, Unsicherheiten vorzubeugen. Damit haben die WR 2013 einen Weg eingeschlagen, den der Gesetzgeber bei der Reform durch das SchiedsRÄG 2006 – unverständlicherweise – versäumt hat.

Bezüglich einer Notwendigkeit eines weiteren Kostenvorschusses (Art 42 Abs 5 WR 2013) und eines Kostenvorschusses für weitere Verfahrenskosten (Art 43 WR 2013) unterscheiden sich die WR 2013 inhaltlich nicht von den WR 2006, weshalb an dieser Stelle auf die diesbezüglichen Ausführungen verwiesen werden kann.⁷⁰⁹

3. Die ICC-Regeln

Die ICC-SchO setzt sich in Art 36 mit dem Kostenvorschuss auseinander und wird durch Anhang III der ICC-SchO inhaltlich ergänzt und präzisiert. Nach Erhalt der Klage und Erhalt der Registrierungsgebühr nach Art 4 Abs 4 lit b ICC-SchO⁷¹⁰ bestehen zwei Verfahrensstufen für den Erlag eines Kostenvorschusses. Zunächst kann der

⁷⁰⁶ Eine solche Bestimmung enthält auch Art 45 Abs 4 der SCC-Regeln und § 6 Abs der Schiedsgerichtsordnung des dänischen Schiedsinstituts.

⁷⁰⁷ S hierzu Kap V.E.2.

⁷⁰⁸ Vgl hierzu auch *Peters* in Handbuch Wiener Regeln Art 42 Rz 32 ff. Zur Problematik wie sich diese Regelung auf Schiedsvereinbarungen, die vor der Geltung der WR 2013 abgeschlossen wurden, auswirkt vgl *Peters* in Handbuch Wiener Regeln Art 42 Rz 37 ff und auch Kap V.E.2.

⁷⁰⁹ Vgl hierzu auch *Peters* in Handbuch Wiener Regeln Art 43 Rz 1 ff.

⁷¹⁰ Die Nichtbezahlung der Registrierungsgebühr binnen auftragener Frist hat die automatische Beendigung – somit ohne Verständigung – des Verfahrens zur Folge (s hierzu auch *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-121; *Schilling* in *Nedden/Herzberg* Art 4 ICC-SchO Rz 40). Zur Auswirkung auf den Schiedsorganisationsvertrag s Kap V.G.

Generalsekretär gem Art 36 Abs 1 ICC-SchO dem Kläger den Erlag eines vorläufigen Kostenvorschusses auftragen. Dieser soll die voraussichtlichen Kosten bis zur Erstellung des Schiedsauftrages nach Art 23 ICC-SchO decken. Obwohl es im Ermessen des Generalsekretärs (General Counsel) – bzw bei Ermächtigung nach Art 5 Abs 1 Anhang II der ICC-SchO auch im Ermessen des Stellvertretenden Generalsekretärs – liegt, ob ein solcher vorläufiger Kostenvorschuss eingefordert wird, zeigt die Praxis, dass ein solcher regelmäßig dem Kläger vorgeschrieben wird.^{711, 712} Ist ein Kläger mit der Bezahlung eines vorläufigen Kostenvorschusses säumig – üblicherweise gewährt das Sekretariat für die Bezahlung eine Frist von 30 Tagen⁷¹³ – steht das Verfahren still und vom Sekretariat werden keine weiteren Veranlassungen mehr getroffen. Dies bedeutet, dass ein Schiedsgericht nicht gebildet wird und, falls ein solches schon gebildet sein sollte⁷¹⁴, dass diesem die Schiedsakten gem Art 16 ICC-SchO nicht übergeben werden.⁷¹⁵ Grundsätzlich wird es auch möglich und empfehlenswert sein, dass das Sekretariat einem säumigen Kläger eine Nachfrist analog Art 36 Abs 6 ICC-SchO setzt; verstreicht auch diese ergebnislos, gilt die Klage als zurückgenommen.⁷¹⁶ Eine Substituierung nach Art 36 Abs 5 ICC-SchO bei Säumnis des Klägers mit der Bezahlung des vorläufigen Kostenvorschusses ist dem Wortlaut zufolge nicht möglich, weil zum einen gem Art 36 Abs 1 ICC-SchO ein vorläufiger Kostenvorschuss nur dem Kläger auferlegt werden kann und zum anderen nach Art 36 Abs 5 ICC-SchO eine Partei den *Anteil* einer anderen Partei am Kostenvorschuss begleichen kann, wenn diese ihren Anteil nicht bezahlt. Da aber die Zustellung der Klage nach Art 4 Abs 5 ICC-SchO nicht vom Einlangen eines Kostenvorschusses, sondern lediglich vom Erhalt ausreichender Exemplare der Klage und der Registrierungsgebühr abhängt, kann es sein, dass ein Beklagter ein rechtliches

⁷¹¹ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1329; *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 10.

⁷¹² Zur genauen Berechnung des vorläufigen Kostenvorschusses s Art 1 Abs 2 Anhang III der ICC-SchO.

⁷¹³ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1337; *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 10; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 169 Rz 717.

⁷¹⁴ Dies kann der Fall sein, weil die Bildung des Schiedsgerichts nicht von der Bezahlung des vorläufigen Kostenvorschusses abhängt.

⁷¹⁵ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1338; *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 14.

⁷¹⁶ So wohl auch *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1338: "*If the claimant has still not paid after several reminders, the Secretary may apply Article 36(6)...*".

Interesses am Fortgang des Verfahrens hat, selbst wenn dieses nur auf Kosten beschränkt ist. Deshalb sollte es einem Beklagten bei Säumnis des Klägers ermöglicht werden, den vorläufigen Kostenvorschuss zu begleichen, bevor nach Art 36 Abs 6 ICC-SchO – welcher auch bei Säumnis hinsichtlich des vorläufigen Kostenvorschuss anwendbar ist⁷¹⁷ – vorgegangen wird.

Die zweite Stufe hinsichtlich der Finanzierung, der eigentliche Kostenvorschuss eines ICC-Verfahrens, findet sich in Art 36 Abs 2 ICC-SchO. Hierfür ist nicht der Generalsekretär, sondern der Gerichtshof zuständig, und soll die voraussichtlichen Honorare und Auslagen der Schiedsrichter sowie die ICC-Verwaltungskosten abdecken.⁷¹⁸ Daher sind für die Berechnung des Kostenvorschusses die flexiblen Kostentabellen, die sich im Anhang III befinden, zu berücksichtigen.⁷¹⁹ Wie in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit üblich, ist der Kostenvorschuss gem Art 36 Abs 2 ICC-SchO – welcher während des Verfahrens vom Gerichtshof nach Abs 5 *leg cit* angepasst werden kann – von beiden Parteien zu gleichen Teilen zu tragen, wobei ein allfälliger vom Kläger geleisteter vorläufiger Kostenvorschuss nach Art 36 Abs 1 ICC-SchO auf diesen angerechnet wird. Ist eine der Parteien mit der Bezahlung ihres Anteils am Kostenvorschuss oder am angepassten Kostenvorschuss säumig, steht es der gegnerischen Partei nach Art 36 Abs 5 ICC-SchO frei, diesen Anteil zu bezahlen.⁷²⁰ Diesbezüglich ist anzumerken, dass die ICC-SchO keine fixen Fristen enthält.⁷²¹ Üblicherweise informiert das Sekretariat die Parteien über die Entscheidung des Gerichtshofes über die Höhe des zu bezahlenden Kostenvorschusses,

⁷¹⁷ *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 173 Rz 738; *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1418.

⁷¹⁸ Zum Kostenvorschuss bei Mehrparteienverfahren nach Art 7 und 8 ICC-SchO s Art 36 Abs 4 ICC-SchO; *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1342 und Rz 3-1380 ff; *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 25 ff; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 171 Rz 730 ff.

⁷¹⁹ Zur Berechnung s *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1347 ff. Der Kostenvorschuss beinhaltet nicht bei Einleitung des Verfahrens unvorhersehbare Kosten, wie beispielsweise Honorare für Sachverständige oder Kosten für Verhandlungsräumlichkeiten, s *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 20; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 170 Rz 722.

⁷²⁰ Zur Möglichkeit eine Zahlung des Kostenvorschusses in Raten s Art 1 Abs 6 Anhang III der ICC-SchO; *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1358; *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 30.

⁷²¹ Zum tatsächlichen Vorgehen der ICC, welche die säumige Partei mehrmals zum Erlag auffordert, bevor es die gegnerische Partei zur Bezahlung auffordert, s *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1362.

ohne diesen einzufordern. Das Sekretariat stellt diesen erst mit Übergabe der Akten an das Schiedsgericht fällig, üblicherweise bezahlbar innerhalb von 30 Tagen.⁷²² Auch wenn dieses Vorgehen mit Art 16 ICC-SchO (Übergabe des Aktes an das Schiedsgericht) im Einklang steht, birgt es doch (zumindest theoretisch) die Gefahr, dass Schiedsrichter Leistungen erbringen, die – wenngleich üblicherweise eine Deckung durch einen vorläufigen Kostenvorschuss gegeben sein sollte – von den Parteien nicht bezahlt werden. Schiedsrichter (und auch die ICC) tragen somit in diesem Zeitpunkt ein gewisses Ausfallsrisiko. Die Säumnisfolgen finden sich im bereits erwähnten Art 36 Abs 5 und in Art 36 Abs 6 ICC-SchO, wenngleich in Abs 5 nur bestimmt ist, dass „jede Partei den vollen Anteil jeder anderen Partei am Kostenvorschuss bezahlen“ kann, womit noch keine Säumnisfolge geregelt wird, aber bereits klar gestellt ist, dass (auch) im Falle der Säumnis einer Partei die gegnerische deren Kostenvorschussanteil übernehmen kann. Die ICC-Regeln beinhalten keine ausdrückliche Vorschrift, dass die gegnerische Partei davon zu verständigen ist, wenn die andere Partei mit der Bezahlung des Kostenvorschusses (auch nach mehrmaliger Mahnung) säumig ist. Der Umstand, dass eine Partei den Anteil der anderen übernehmen kann, setzt aber schon denkbare Voraussetzungen voraus, dass jene Partei auch von der Säumnis erfährt. Auch wenn es nicht ausgeschlossen ist, dass die säumige Partei die andere auf direktem Weg über die Nichtzahlung informiert, erfolgt daher immer eine Verständigung seitens des ICC-Sekretariats.⁷²³ Dies ist eine Folge der allgemeinen Aufgabe des Sekretariats, die jeweiligen Verfahren zu administrieren. Erfolgt trotz Verständigung und Aufforderung an die gegnerische Partei keine Deckung des gesamten Kostenvorschusses, dann ist nach Art 36 Abs 6 ICC-SchO vorzugehen, der auf jede Art von Kostenvorschüssen anzuwenden ist.⁷²⁴ Demnach kann der Generalsekretär nach Rücksprache mit dem Schiedsgericht dieses anweisen, die Arbeit auszusetzen und eine letzte Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses von mindestens 15 Tagen setzen. Zunächst ist hervorzuheben, dass Art 36 Abs 6 ICC-SchO in der Praxis erst nach mehrmaliger

⁷²² Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1357; Herzberg/Nedden in Nedden/Herzberg Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 22; Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 170 Rz 726.

⁷²³ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1408.

⁷²⁴ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1418; Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 173 Rz 738.

Aufforderung an beide Parteien angewendet wird.⁷²⁵ Nach Ablauf der 15-Tage Frist gelten „die Ansprüche“ (gemeint: die Klage) als zurückgenommen. Da der Generalsekretär dem Wortlaut zufolge im beschriebenen Sinn vorgehen *kann*, aber nicht muss, erlaubt diese Regelung, dass auf Umstände des Einzelfalls Rücksicht genommen wird, etwa wenn nach Ansicht des Generalsekretärs der bereits teilweise erlegte Kostenvorschuss ausreichend ist, um die Verfahrenskosten zu decken, in welchem Fall die Kostenvorschussvorschrift geändert und entsprechend angepasst wird.⁷²⁶ Trotz der Formulierung („kann“) wird man davon ausgehen müssen, dass nach mehrmaliger Aufforderung zur Bezahlung des Kostenvorschusses und negativer Prognose der Kostendeckung der Generalsekretär das Schiedsgericht anweisen muss, die Arbeit auszusetzen, und die 15-Tage Frist nach Art 36 Abs 6 ICC-SchO setzen muss, anderenfalls das Schiedsgericht die Klagen weiter behandeln und somit das Ausfallsrisiko tragen müsste. Das Schiedsgericht kann nämlich nicht von sich aus entscheiden, dass eine Klage aufgrund mangelnder Kostendeckung nicht weiter behandelt wird. Daran ändert auch Art 1 Abs 3 Anhang III der ICC-SchO⁷²⁷ nichts, weil diese Bestimmung auf Art 36 Abs 6 ICC-SchO verweist.⁷²⁸ Möchte ein Schiedsgericht trotz mangelnder Kostendeckung eine Klage weiter behandeln und im Verfahren fortfahren, dann kann und wird es diese Ansicht dem Generalsekretär mitteilen. Bindend ist diese Meinung des Schiedsgerichts jedoch nicht; wenngleich der Generalsekretär diese bei seiner Entscheidung über die Anwendung von Art 36 Abs 6 ICC-SchO miteinbeziehen wird⁷²⁹, bleibt es doch jedermann überlassen, ein Ausfallsrisiko auf sich zu nehmen oder weniger Honorar als nach der Gebührenordnung zustehend zu verlangen. Erfolgt keinerlei Zahlung nach Fristsetzung iSd Art 36 Abs 6 ICC-SchO, dann gilt die Klage als zurückgenommen, jedoch ohne

⁷²⁵ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1419.

⁷²⁶ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1420.

⁷²⁷ Die Bestimmung lautet wie folgt:

„Nach Unterzeichnung des Schiedsauftrages oder dessen Genehmigung durch den Gerichtshof und nach Erstellen des Verfahrenskalenders behandelt das Schiedsgericht grundsätzlich, gemäß Artikel 36(6) der Schiedsgerichtsordnung, nur diejenigen Klagen oder Widerklagen, für die der Kostenvorschuss vollständig eingezahlt worden ist.“

⁷²⁸ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1422.

⁷²⁹ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1423.

Anspruchsverzicht.⁷³⁰ Somit erfolgt diese fiktive Klagsrücknahme automatisch, ohne dass das Schiedsgericht oder der Generalsekretär eine formelle Erklärung erlassen muss. Um allfällige Meinungsverschiedenheiten – etwa wenn ein Kostenvorschuss verspätet einlangt – hintanzuhalten, empfiehlt es sich, dass der Generalsekretär die Parteien über die Wirkungen des Art 36 Abs 6 ICC-SchO informiert. Eine formelle Beendigung ist jedenfalls darin zu erblicken, wenn der Gerichtshof gem Art 37 Abs 6 ICC-SchO „[b]ei vollständiger Klagerücknahme“ das Honorar und die Auslagen sowie die Verwaltungskosten festsetzt. Nach diesem Zeitpunkt ist der Erlag des Kostenvorschusses in diesem Verfahren keinesfalls mehr möglich. Vor diesem Zeitpunkt kann eine Partei versuchen, die Beendigung des Verfahrens aufgrund mangelnder Einbezahlung der Kostenvorschüsse zu verhindern, indem es Einwendungen gegen die Entscheidung des Generalsekretärs nach Art 36 Abs 6 ICC-SchO erhebt, womit die Entscheidung dieser Frage auf den Gerichtshof übergeht. Inhaltlich ist die „betroffene Partei“ bei ihrer Einwendung nicht beschränkt. Der Antrag auf Entscheidung durch den Gerichtshof bewirkt, dass die Entscheidung des Generalsekretärs und die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses außer Kraft gesetzt werden. Ob es sich dabei um eine Unterbrechung oder Hemmung der Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses handelt, darüber schweigt Art 36 Abs 6 ICC-SchO. Darin ist aber keine Unzulänglichkeit der ICC-SchO zu sehen, sondern ist Ausdruck der Flexibilität, wie der ICC-Gerichtshof mit dem Antrag umgeht, weil dieser die Frist bestätigen, verlängern oder eine neue Frist setzen kann, abhängig von seiner inhaltlichen Entscheidung über die Einwendungen.⁷³¹ Selbst wenn der Gerichtshof die Einwendungen verwerfen und die Frist zur Bezahlung des Kostenvorschusses bestätigen sollte, die in weiterer Folge ungenützt abläuft, können die Parteien noch bis zur Mitteilung dieser Entscheidung den Kostenvorschuss einzahlen, weshalb die Parteien – wie *Reiner/Aschauer* hervorheben – durch die Erhebung von Einwendungen nach Art 36 Abs 7 ICC-SchO jedenfalls eine faktische Fristerstreckung erreichen.⁷³² ME ist es in einem solchen Szenario nicht Voraussetzung, dass die Zahlung vom

⁷³⁰ Vgl auch *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1433.

⁷³¹ *Herzberg/Nedden* in *Nedden/Herzberg* Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 35; *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1430.

⁷³² *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 173 FN 457.

Gerichtshof akzeptiert wird, sondern eine solche verspätete Zahlung muss als rechtzeitig angesehen werden, weil durch die Erhebung von Einwendungen die Frist jedenfalls außer Kraft gesetzt wird und somit der Erlag des Kostenvorschusses bis zur Entscheidung des Gerichtshofes geleistet werden kann.⁷³³

Auch im ICC-Schiedsverfahren stellt sich die Frage des Erlags eines Kostenvorschusses für bei Einleitung des Verfahrens nicht absehbare Kosten. Aufgrund der Struktur der ICC-Regeln muss auch diesbezüglich zwischen der Phase bis zur Erstellung des Schiedsauftrages nach Art 23 ICC-SchO und der Phase danach unterschieden werden. Denn nach Art 36 Abs 1 ICC-SchO soll der vorläufige Kostenvorschuss die voraussichtlichen Kosten bis zur Erstellung des Schiedsauftrages decken. Die Kosten des Verfahrens umfassen gem Art 37 Abs 1 ICC-SchO das Honorar und die Auslagen der Schiedsrichter, die Verwaltungskosten der ICC, Honorare und Auslagen der vom Schiedsgericht ernannten Sachverständigen, die angemessenen Aufwendungen der Parteien für die Vertretung und andere Auslagen im Zusammenhang mit dem Schiedsverfahren. Somit soll der vorläufige Kostenvorschuss alle nur erdenklichen Kosten abdecken. Anders verhält es sich beim Kostenvorschuss nach Art 36 Abs 2 ICC-SchO. Dieser dient der Abdeckung der voraussichtlichen Honorare und Auslagen der Schiedsrichter sowie der ICC-Verwaltungskosten. Das bedeutet, dass der Kostenvorschuss nach Art 36 Abs 2 ICC-SchO keine *„Auslagen, die nicht dem Schiedsgericht ... entstehen, sondern mit der Beauftragung weiterer Hilfspersonen – sei es durch das Schiedsgericht, sei es durch die Parteien – verbunden sind, wie bspw. die Honorare und Spesen für Übersetzer, Dolmetscher, Sachverständige, court reporter usw., sowie atypische, größere Kostenblöcke bspw im Zusammenhang mit der Anmietung von hearing facilities o.ä.“*⁷³⁴, abdecken soll. Solche Kosten sind aber typischer Bestandteil eines jeden (ICC-)Schiedsverfahrens. Werden Sachverständige oder anderes Hilfspersonal durch die Parteien beauftragt, so sind auch nur sie Vertragspartner dieser Personen und somit Schuldner des Honorars, welches die Parteien als Kosten des Schiedsverfahrens nach Art 37 ICC-SchO geltend machen

⁷³³ AA Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1432.

⁷³⁴ Herzberg/Nedden in Nedden/Herzberg Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 20.

können.⁷³⁵ Für Sachverständige, die vom Schiedsgericht beauftragt werden, enthält Art 1 Abs 12 Anhang III der ICC-SchO eine Regelung. Dieser zufolge darf ein Sachverständigengutachten erst eingeholt werden, wenn die Parteien einen vom Schiedsgericht bestimmten Vorschuss, der die Kosten des Gutachtens decken soll, bezahlt haben. Schiedsrichter sollten in dieser Situation, wenn sie Vertragspartner⁷³⁶ und Schuldner des Sachverständigen werden, – wie bereits erwähnt – einen Gutachtauftrag unter der Bedingung des Erlags eines ausreichenden Kostenvorschusses oder erst nach Erlag eines solchen erteilen. Die angesprochene Regelung gilt aber auch für den Fall, dass die Schiedsrichter den Vertrag als Bevollmächtigte für die Schiedsparteien schließen. Selbst wenn die Schiedsrichter nicht Vertragspartner des Sachverständigen werden, trifft diese eine Haftung für die Kosten eines Gutachtens. In Art 1 Abs 12 Anhang III der ICC-SchO heißt es nämlich, dass das „*Schiedsgericht (...) für die Zahlung dieser Kosten und Auslagen durch die Parteien verantwortlich (ist).*“⁷³⁷ Durch die Übernahme des Schiedsrichtermandats übernimmt ein Schiedsrichter auch diese Pflicht. Erfolgt kein vollständiger Erlag eines Kostenvorschusses für die Kosten eines Sachverständigengutachtens – gleichgültig, ob der Kostenvorschuss beiden Parteien auferlegt wurde und eine oder beide Parteien damit säumig sind⁷³⁸ –, dann kann der Beweis nicht aufgenommen werden und ist das Schiedsgericht allenfalls auf die Anwendung der Beweislastregeln verwiesen.

Hinsichtlich sämtlicher anderer Kosten, die sich auf Dienstleistungen Dritter beziehen, bestehen – so wie beim parteiernannten Gutachter – keine Probleme, wenn eine der Parteien oder – was freilich selten geschehen wird – alle Parteien diese beauftragen. Fraglich ist jedoch, ob die Schiedsrichter, wenn sie im eigenen Namen oder im Namen der Parteien andere Personen als Sachverständige beauftragen, einen Kostenvorschuss nach den ICC-Regeln verlangen können.⁷³⁹ Der Gerichtshof kann hierfür keinen Kostenvorschuss verlangen oder den ursprünglichen Kostenvorschuss anpassen, weil Art 36 Abs 5 ICC-SchO nur zur Anpassung des Kostenvorschusses nach

⁷³⁵ Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 190 Rz 825.

⁷³⁶ Zur Diskussion wer grundsätzlich aller Vertragspartner von Dritten sein kann s oben Kap V.B.4.

⁷³⁷ Vgl auch Herzberg/Nedden in Nedden/Herzberg Art 36/Anh. III ICC-SchO Rz 38.

⁷³⁸ Ein Vorgehen analog Art 36 Abs 5 ICC-SchO, wonach eine Partei den Kostenvorschuss der säumigen Partei übernehmen kann, ist selbstverständlich möglich.

⁷³⁹ Vgl hierzu in der *ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit Kapitel V.B.4.

Art 36 Abs 2 ICC-SchO ermächtigt, der solche Kosten jedoch nicht erfasst. Die Befugnis des Schiedsgerichts, einen Kostenvorschuss für von Art 36 Abs 2 ICC-SchO nicht erfasste, aber notwendige Kosten zu verlangen, ergibt sich aber aus Art 19 und Art 22 Abs 2 ICC-SchO.⁷⁴⁰ Eine Aufnahme einer Klausel in den Schiedsauftrag, die das Schiedsgericht ermächtigt, für allfällige Kosten einen Kostenvorschuss verlangen zu können, ist dennoch als Klarstellung empfohlen. Beahlt eine der Parteien den ihr vom Schiedsgericht mit verfahrensleitender Verfügung auferlegten Kostenvorschuss nicht, kann analog Art 36 Abs 5 ICC-SchO die andere Partei den Kostenvorschuss erlegen. Erfolgt auch dies nicht, dann unterbleibt, wenn sich der Kostenvorschuss auf ein Beweismittel bezieht, die Aufnahme dieses Beweises. Dies kann für die beweisbelastete Partei aufgrund der Beweislastregeln negative Auswirkungen haben.⁷⁴¹ Bezieht sich der Kostenvorschuss auf Dienstleistungen, die mit der Verfahrensführung in Zusammenhang stehen, wie etwa Übersetzer, Dolmetscher, court reporter oder Kosten für Konferenzräumlichkeiten, dann kann das Schiedsgericht mE ein Vorgehen analog Art 36 Abs 6 ICC-SchO anregen. Wird ein solches vom Generalsekretär abgelehnt, dann muss mE dem Schiedsgericht zugestanden werden, das Verfahren nicht weiter zu führen, weil andererseits das Schiedsgericht das Ausfallrisiko tragen würde. Dadurch kommt es zu einem Zustand gleich einem Ruhen des Verfahrens, weil die ICC-Regeln keine Beendigungsmöglichkeit wegen Unmöglichkeit der Verfahrensfortführung – wie etwa die Wiener Regeln – vorsehen. Dies gilt vor allem dann, wenn eine der Parteien eine mündliche Verhandlung verlangt und der Kostenvorschuss für die Miete der Verhandlungsräumlichkeiten nicht erlegt wird. In dieser Situation sollte das Schiedsgericht keinesfalls einen Schiedsspruch ohne Abhaltung einer mündlichen Verhandlung erlassen, will es sich nicht dem Risiko der Aufhebung des Schiedsspruchs wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs aussetzen⁷⁴², wenngleich es nicht ausgeschlossen ist, dass in der Nichtbezahlung eines Kostenvorschusses für notwendige Ausgaben im Zusammenhang mit einer begehrten Schiedsverhandlung ein

⁷⁴⁰ Eine Pflicht hierzu ist aus Art 25 Abs 1 ICC-SchO abzuleiten.

⁷⁴¹ Wurde ein Vertrag etwa mit einem Sachverständigen bereits geschlossen, kann dieser Schadenersatzsprüche gegenüber seinem Vertragspartner haben, also entweder gegenüber dem/den Schiedsrichter(n) oder den Parteien, wenn der Vertrag in deren Namen abgeschlossen wurde.

⁷⁴² OGH 30.06.2010, 7 Ob 111/10i; zur Pflicht einen vollstreckbaren Schiedsspruch zu erlassen s Art 41 ICC-SchO.

nachträglicher Verzicht auf eine solche zu erblicken ist.⁷⁴³ Ist dies zu verneinen und geht man von einem Ruhen des Verfahrens aus, dann können in weiterer Folge die Parteien theoretisch eine Ablehnung der Schiedsrichter nach Art 14 ICC-SchO begehren, die jedoch wenig erfolgversprechend ist, weil das Verlangen eines Kostenvorschusses für eine notwendige Dienstleistung kein „*prozessinadäquates Verhalten*“⁷⁴⁴ darstellt.⁷⁴⁵ Die Schiedsrichter können die Annahme ihres Rücktritts durch den Gerichtshof nach Art 15 Abs 1 ICC-SchO beantragen. Ein solcher Antrag wird mE dann erfolgversprechend sein, wenn eine Entscheidung aufgrund der Aktenlage nach Art 25 Abs 6 ICC-SchO nicht möglich ist und die Schiedsrichter darlegen können, dass die getroffene Verfügung, für die ein Kostenvorschuss verlangt wird, notwendig ist. Ein Rücktritt, der allein durch „*den Druck oder die Zermürbungstaktiken einer bzw. der Parteien motiviert*“⁷⁴⁶ ist, ist darin nicht zu sehen. Denn die Säumnis der Parteien hat einen direkten Einfluss auf die blockierte Entscheidungsfindung, die Richtigkeit sowie möglicherweise die Vollstreckbarkeit eines Schiedsspruchs. Hinzu kommt, dass dem Schiedsrichter kein Verschulden an der Verletzung seiner Pflicht, das Verfahren effizient zu führen, trifft, sondern allein die Parteien.⁷⁴⁷ Sollten die Parteien – was nur in seltenen Fällen geschehen wird – gemeinsam einen Antrag auf Ersetzung eines Schiedsrichters stellen, wird dieser in aller Regel auch bestätigt werden, weil dadurch dem gemeinsamen Parteiwillen entsprochen wird.⁷⁴⁸ Jedenfalls bleibt in einer Situation, in der ein Kostenvorschuss für eine notwendige Maßnahme nicht bezahlt wird und es in weiterer Folge zu einem Wechsel in der Person des Schiedsrichters kommt das Faktum bestehen, dass auch ein anderer Schiedsrichter die Maßnahme anordnen und einen Kostenvorschuss verlangen wird.⁷⁴⁹

⁷⁴³ Wenngleich – wie schon öfters erwähnt – die Nichtbezahlung für sich allein genommen keinen eindeutigen Erklärungswert hat.

⁷⁴⁴ Nedden in Nedden/Herzberg Art 14 ICC-SchO Rz 17.

⁷⁴⁵ Vgl zur Anlehnung aus anderen Gründen; Nedden in Nedden/Herzberg Art 14 ICC-SchO Rz 17 f; Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-563 und Rz 3-567 ff.

⁷⁴⁶ Nedden in Nedden/Herzberg Art 14 ICC-SchO Rz 13. Zum Rücktritt eines Schiedsrichters s auch Fry/Greenberg/Mazza, The Secretariat's Guide Rz 3-598 ff.

⁷⁴⁷ Vgl auch Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-599 f.

⁷⁴⁸ Nedden in Nedden/Herzberg Art 14 ICC-SchO Rz 15; Vgl Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-606 ff.

⁷⁴⁹ Ist österreichisches Recht anwendbar, dann ist eine Beendigung des Schiedsverfahrens nach § 608 Abs 2 Z 4 ZPO angezeigt, weil die Fortsetzung des Verfahrens unmöglich geworden ist. Für Deutschland s § 1056 Abs 2 Z 3 dZPO.

4. Die DIS-SchO

Die DIS-SchO teilt so wie die ICC-SchO den Kostenvorschuss in zwei separate Vorschüsse auf. Zum einen ist nach § 7 DIS-SchO ein vorläufiger Vorschuss und zum anderen ein Vorschuss für das Schiedsgericht in § 25 DIS-SchO vorgesehen.⁷⁵⁰

Grundsätzlich sind die Bearbeitungsgebühr und der vorläufige Kostenvorschuss vom Kläger bei Einreichung der Klage zu bezahlen. Erfolgt dies nicht, dann wird dem Kläger von der Geschäftsstelle der DIS eine verlängerbare Frist – üblicherweise 30 Tage⁷⁵¹ – gesetzt, binnen derer der Erlag zu erfolgen hat. Der vorläufige Kostenvorschuss wird von der DIS nur bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts verwahrt und verwaltet, danach an das Schiedsgericht weitergeleitet.⁷⁵² Somit übernimmt die DIS nur zeitlich begrenzt – dies im Unterschied zu den anderen hier untersuchten Schiedsinstitutionen – die Funktion eines Treuhänders.⁷⁵³ Dies ändert jedoch nichts an der Fälligkeit des Honorars der Schiedsrichter, weshalb diese den Vorschuss auf einem Treuhandkonto zu verwahren haben, bis Fälligkeit eintritt.⁷⁵⁴ Ist der Kläger mit der Bezahlung der Bearbeitungsgebühr und/oder des vorläufigen Kostenvorschusses säumig und langen die Zahlungen nicht innerhalb der (bei Säumnis üblicherweise einmal verlängerten⁷⁵⁵) Frist ein, dann „endet das Verfahren“ gem Art 7 Abs 2 DIS-SchO.⁷⁵⁶ Eines formellen Beschlusses der DIS bedarf es nicht, wenngleich eine informelle Benachrichtigung des Klägers ratsam ist. Der Beklagte muss in dieser Phase noch nicht benachrichtigt werden, weil ihm noch gar keine Klage

⁷⁵⁰ Die Höhe richtet sich nach der Anlage zu § 40.5. Vgl auch *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 2.

⁷⁵¹ *Manner in Nedden/Herzberg* § 7 DIS-SchO Rz 5 und Rz 10.

⁷⁵² *Manner in Nedden/Herzberg* § 7 DIS-SchO Rz 11.

⁷⁵³ Vgl *Theune in Schütze*, Institutional Arbitration 222 Rz 69.

⁷⁵⁴ In aller Regel werden die Schiedsrichter und Parteien vereinbaren, dass für bestimmte Prozessabschnitte Honorar fällig wird. Zur Problematik der Fälligkeit des Honorars s oben Kap V.B.2.

⁷⁵⁵ *Manner in Nedden/Herzberg* § 7 DIS-SchO Rz 13.

⁷⁵⁶ Dies bedeutet, dass die Einreichung der Klage trotz Nichtbezahlung des Kostenvorschusses und der Bearbeitungsgebühr die Schiedshängigkeit bewirkt, bei endgültiger Nichtbezahlung das Verfahren aber mit Ablauf der Frist endet und in diesem Zeitpunkt die Sperrwirkung der Schiedshängigkeit wegfällt. AA *Manner in Nedden/Herzberg* § 7 DIS-SchO Rz 13, der davon ausgeht, dass die Klage als nicht erhoben gelte. Vgl auch *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 3.

übersendet wurde, weil die DIS die Übersendung von der Zahlung der Bearbeitungsgebühr und des Vorschusses abhängig machen kann, was sie in aller Regel tut.⁷⁵⁷ Nur wenn dem Beklagten vor Bezahlung der in § 7 DIS-SchO erwähnten Kosten zugestellt wurde, sollte diesem die Möglichkeit gegeben werden, die Kosten zu übernehmen und so das Verfahren fortzuführen, wenn der Beklagte daran ein rechtliches Interesse hat. Wird das Verfahren wegen Zahlungssäumnis nach § 7 DIS-SchO beendet, so steht dies einer neuerlichen Klagseinbringung nicht entgegen.

Im Unterschied zu den Wiener Regeln und der ICC-SchO überlässt die DIS-SchO die Frage, ob ein Kostenvorschuss auf die Schiedsrichterhonorare zu leisten ist, dem Schiedsgericht. § 25 DIS-SchO regelt, dass das Schiedsgericht die Fortsetzung des Verfahrens davon abhängig machen kann, dass ein Vorschuss auf die zu erwartenden Kosten des Schiedsgerichts gezahlt wird. Zum einen können die Schiedsrichter wählen, ob sie ein Ausfallsrisiko auf sich nehmen wollen, und zum anderen können sie einen Vorschuss nicht nur für ihr Honorar, sondern nach dem zweiten Satz *leg cit* auch für die zu erwartenden Auslagen und darüber hinaus – und dies im Unterschied etwa zu den ICC-Regeln⁷⁵⁸ – für die gesetzliche Mehrwertsteuer, womit der jeweils anwendbare Steuersatz erfasst ist, verlangen. Letzteres stellt einen Vorteil gegenüber anderen Schiedsregeln dar, weil dadurch Unklarheiten von Anfang an vermieden werden können.⁷⁵⁹ Aus der Praxis ist nämlich bekannt, dass (internationale) Parteien entweder davon ausgehen, dass der von ihnen geleistete Kostenvorschuss die gesetzliche Mehrwertsteuer enthält, oder es für sie oftmals unverständlich ist, dass auf schiedsrichterliche Leistungen überhaupt eine solche Steuer anfällt. Hinsichtlich der Verteilung des Kostenvorschusses regelt § 25 DIS-SchO, dass dieser vom Kläger (unter Anrechnung des bereits geleisteten vorläufigen Vorschusses) und Beklagten jeweils zur Hälfte angefordert werden *soll*. Dadurch kann das Schiedsgericht, welches im Übrigen den Vorschuss bis zur Fälligkeit treuhänderisch verwaltet, auf Umstände, die eine andere Verteilung rechtfertigen, Rücksicht nehmen, wie etwa eine offensichtliche Überbewertung des Streitgegenstands. Die DIS-SchO sieht keine Regelung dafür vor, was zu geschehen hat, wenn eine oder beide Parteien mit der Bezahlung des

⁷⁵⁷ Schilling in Nedden/Herzberg § 8 DIS-SchO Rz 6.

⁷⁵⁸ Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 170 Rz 722.

⁷⁵⁹ Vgl Manner in Nedden/Herzberg § 25 DIS-SchO Rz 8.

Kostenvorschusses säumig sind.⁷⁶⁰ Eindeutig geregelt ist nur, dass bei gänzlichem Nichterlag eines Kostenvorschusses das Schiedsgericht das Verfahren nach § 39 Abs 2 lit 3 DIS-SchO mit Beschluss beenden kann, weil dadurch die Fortsetzung des Verfahrens, das die Schiedsrichter von der Zahlung eines Kostenvorschusses abhängig machen können, unmöglich geworden ist.⁷⁶¹

Für weitere Kosten des Verfahrens, die nicht mit dem Honorar oder den Auslagen eines Schiedsrichters zusammenhängen, wie etwa die bereits vielfach erwähnten Kosten für vom Schiedsgericht beauftragte Sachverständigengutachten, Ausgaben im Zusammenhang mit Verhandlungen und etwaigen Augenscheinen, enthält die DIS-SchO keine ausdrückliche Regelungen. Daher ist auf die allgemeine Bestimmung nach § 27 Abs 1 DIS-SchO zurückzugreifen, wonach das Schiedsgericht zur Sachverhaltsermittlung nach seinem Ermessen Anordnungen treffen kann. Daraus ist ableitbar, dass das Schiedsgericht für diese Anordnungen notwendige Kostenvorschüsse auftragen kann. Üblicherweise wird der Kostenvorschuss den Parteien zu gleichen Teilen auferlegt werden, wobei bei Säumnis einer Partei die andere diesen Anteil übernehmen kann. Erfolgt keine oder nur unzureichende Zahlung, dann wendet das Schiedsgericht, wenn sich die Kosten auf ein Beweismittel beziehen, die anzuwendenden Beweislastregeln an. Bezieht sich der geforderte aber nicht erlegte Kostenvorschuss auf eine notwendige administrative Ausgabe und wird dadurch die Fortführung des Verfahrens unmöglich, ist eine Beendigung des Verfahrens nach § 39 Abs 2 Z 3 DIS-SchO angezeigt.

5. Die Schweizer Regeln

Die Bestimmungen bezüglich des Kostenvorschusses finden sich in Art 41 der Schweizer Regeln und Punkt 4. des Appendix B. Voraussetzung dafür, dass es zur Anwendung dieser Regelungen kommt, ist, dass die Einschreibgebühr gem

⁷⁶⁰ Theune in *Schütze*, Institutional Arbitration 260 Rz 211; *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 3.

⁷⁶¹ Vgl *Manner* in *Nedden/Herzberg* § 25 DIS-SchO Rz 16; *Theune* in *Schütze*, Institutional Arbitration 260 Rz 211.

Art 3 Abs 3 lit i Schweizer Regeln zum Zeitpunkt der Einleitungsanzeige oder gem Art 3 Abs 5 Schweizer Regeln innerhalb der gesetzten Nachfrist bezahlt wurde. Anderenfalls wird das Schiedsverfahren nach Punkt 1.5 Appendix B nicht weitergeführt.⁷⁶²

Sobald das Schiedsgericht bestellt ist, sieht Art 41 der Schweizer Regeln vor, dass das Schiedsgericht in Absprache mit dem Gerichtshof – und nicht wie nach der Mehrheit der anderen Schiedsordnungen ein Organ der Institution allein, aber gleich wie die DIS-SchO – den Parteien den Erlag eines Kostenvorschusses auftragen soll. Als Begründung dafür, dass das Schiedsgericht für eine solche Vorschreibung zuständig sein soll, wird angeführt, dass es sich bei den Schweizer Regeln hinsichtlich der Verwaltung um ein Verfahren „light“ handle. Weiters wären die Schiedsrichter weit besser in der Lage, den benötigten Kostenvorschuss einzuschätzen als eine Institution.⁷⁶³ Auch wenn Art 41 Schweizer Regeln es dem Ermessen des Schiedsgerichts überlässt, ob den Parteien ein Kostenvorschuss zu gleichen Teilen auferlegt wird, zeigt die Formulierung, dass ein Vorschuss auferlegt werden *soll*, eindeutig, dass ein solcher die Regel ist und nur in Ausnahmefällen davon abgesehen werden kann. Ein allfälliger Kostenvorschuss bezieht sich zum einen auf die Honorare der Schiedsrichter (evtl auch eines Sekretärs), deren Reisekosten und sonstigen Auslagen, zum anderen auf die Kosten für Sachverständige und jede weitere vom Schiedsgericht benötigte Unterstützung⁷⁶⁴ und weiters auf die Verwaltungskosten der jeweiligen Kammer. Daraus ergibt sich, dass es die Schweizer Regeln als einzige von den untersuchten Schiedsordnungen dem Schiedsgericht überlassen, ob für die Verwaltungskosten der Institution ein Kostenvorschuss erlegt werden soll oder nicht. Dies ist deshalb erwähnenswert, weil dem Schiedsgericht somit die Entscheidung überlassen wird, ob die Schiedsinstitution das Ausfallsrisiko bezüglich der

⁷⁶² Dem Wortlaut zufolge tritt somit ein Zustand des Ruhens des Verfahrens ein. Die Einleitungsanzeige wird, wie sich aus der Zusammenschau von Art 3 Abs 6 und Punkt 1.5 Appendix B der Schweizer Regeln ergibt, erst nach Überweisung der Einschreibgebühr an den Beklagten weitergeleitet, s *Reiter* in *Arroyo* 366.

⁷⁶³ *Zuberbühler* in *Arroyo* 617.

⁷⁶⁴ *Stacher* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 41 Rz 5, welcher die Ansicht vertritt, dass ein Kostenvorschuss für solche Ausgaben nur dann verlangt werden sollte, wenn zum Zeitpunkt des Auftrages nach Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln bereits absehbar ist, dass diese anfallen werden. Das Schiedsgericht könne später ohnehin einen weiteren Kostenvorschuss verlangen.

Verwaltungskosten tragen soll.^{765, 766, 767} Die DIS-SchO sieht im Unterschied dazu vor, dass die Bearbeitungsgebühr der DIS jedenfalls zu bezahlen ist und das Schiedsgericht nur über den Erlag eines Kostenvorschusses für ihr Honorar entscheiden kann. Aus der Bestimmung des Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln ergibt sich, dass sich der Kostenvorschuss nicht auf sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit einem Schiedsverfahren entstehen können, bezieht. So sind davon nicht die Reise- und sonstige Kosten für Zeugen und die Parteienvertretung erfasst. Letzteres entspricht der üblichen Praxis, dass die Kosten der Vertretung jedenfalls zunächst, von jeder Partei selbst zu tragen sind. Sollte während des Verfahrens ersichtlich werden, dass für Zeugen ein Vorschuss sinnvoll oder notwendig ist, dann kann das Schiedsgericht mE nach Art 41 Abs 3 der Schweizer Regeln einen diesbezüglichen Vorschuss auftragen. Erwähnenswert ist, dass die Schweizer Regeln hinsichtlich der unterschiedlichen Posten klar und deutlich zwischen dem Honorar und Auslagen⁷⁶⁸ der Schiedsrichter (Art 41 Abs 1 iVm Art 38 (a) und (b)) sowie Kosten, die im Zusammenhang mit Beweismitteln oder mit externen Dienstleistungen, die durch das Verfahren notwendig werden (zB Kosten für Verhandlungsräume; Art 41 Abs 1 iVm Art 38 (c))⁷⁶⁹ – also sonstigen Kosten – unterscheiden. Trägt das Schiedsgericht den Erlag eines Kostenvorschusses auf, dann wird dieser in aller Regel vom Sekretariat auf einem separaten Konto verwahrt, wobei mit Zustimmung des Gerichtshofes je nach Fortschritt des Verfahrens ein Teil an das Schiedsgericht ausbezahlt werden kann.⁷⁷⁰ Die Schiedsinstitution wird somit als Treuhänder tätig. Die Schweizer Regeln gehen daher davon aus, dass die Fälligkeit des Honorars erst bei Erlass des Schiedsspruchs eintritt

⁷⁶⁵ Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass Verwaltungskosten erst ab einem Streitwert von CHF 2.000.001 anfallen, s Punkt 2.2. iVm Abschnitt 6 Appendix B.

⁷⁶⁶ Im Falle der Realisierung des Ausfallsrisikos ist eine Haftung der Schiedsrichter gegenüber der verwaltenden Kammer nach Art 45 Abs 1 der Schweizer Regeln nur bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen. Schon zur Vermeidung dieses Risikos wird ein Schiedsgericht in aller Regel einen Kostenvorschuss verlangen.

⁷⁶⁷ Vgl *Stacher in Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 41 Rz 3, der argumentiert, das Schiedsgericht habe eine Pflicht, dass die Verwaltungskosten bezahlt werden und dürfe daher das Verfahren gem Art 41 Abs 4 Schweizer Regeln nicht weiterführen, wenn diese Kosten durch einen Kostenvorschuss nicht ausreichend gesichert sind.

⁷⁶⁸ Diese werden in Punkt 3. Appendix B definiert. Die Abrechnung der Auslagen ist in einer Richtlinie des Gerichtshofes geregelt.

⁷⁶⁹ S *Zuberbühler in Arroyo* 605.

⁷⁷⁰ S Punkt 4 Appendix B der Schweizer Regeln.

und die Schiedsrichter selbst nur einen Vorschuss darauf während des Verfahrens verlangen können. Hinsichtlich der Verwaltungskosten legt Punkt 2.2 Appendix B der Schweizer Regeln nahe, dass diese bei Beginn des Verfahrens fällig sind. Dies würde jedoch die Hinterlegung eines Kostenvorschusses, der sich auf die Verwaltungskosten nach Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln bezieht und eine Festlegung im Schiedsspruch nach Art 38 Schweizer Regeln, überflüssig machen. Deshalb ist Punkt 2.2 Appendix B der Schweizer Regeln dahingehend auszulegen, dass Verwaltungskosten ab einem gewissen Streitwert zu bezahlen sind und keine Regelung über die Fälligkeit enthält.

Sollte während des Verfahrens ersichtlich werden, dass der erlegte Kostenvorschuss nicht ausreicht, etwa weil nicht vorhersehbare Sachverständigengutachten erforderlich sind⁷⁷¹, sieht Art 41 Abs 3 Schweizer Regeln vor, dass das Schiedsgericht von den Parteien⁷⁷² nach Konsultation mit dem Gerichtshof einen weiteren Kostenvorschuss verlangen kann.⁷⁷³

Die Schweizer Regeln beinhalten auch eine klare Regelung, wie bei Säumnis einer Partei mit der Bezahlung eines eingeforderten Kostenvorschusses vorzugehen ist. So sieht Art 41 Abs 4 Schweizer Regeln vor, dass bei Säumnis einer Partei mit der Bezahlung des ihr auferlegten Kostenvorschusses das Schiedsgericht diesen Umstand den Parteien mitzuteilen hat, um den Parteien zu ermöglichen, diesen Anteil doch zu erlegen. Sehen die Schweizer Regeln für die erste Zahlungsaufforderung nach Art 41 Abs 1 iVm Abs 4 Schweizer Regeln eine Zahlungsfrist von 15 Tagen⁷⁷⁴ vor, so ist für die Nachfristsetzung kein zeitlicher Rahmen vorgesehen, weshalb das Schiedsgericht die Zahlungsfrist nach freiem Ermessen festsetzt.⁷⁷⁵ Verstreicht auch die zweite Aufforderung zur Zahlung des Kostenvorschusses, *kann* das Schiedsgericht das

⁷⁷¹ Zu weiteren Fällen, die einen weiteren Kostenvorschuss rechtfertigen s *Zuberbühler* in *Arroyo* 618 Rz 14 und *Stacher* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 41 Rz 13.

⁷⁷² Üblicherweise wird auch in diesem Fall eine Aufteilung von 50:50 erfolgen, wenngleich es nicht ausgeschlossen ist, dass der zusätzliche Kostenvorschuss anders aufgeteilt wird.

⁷⁷³ Die dem Schiedsgericht nach den Schweizer Regeln geschuldeten Beträge beinhalten gem Punkt 5 Appendix B keinerlei Steuern, wenngleich die Parteien nach *leg cit* Schuldner der Steuern oder Lasten auf das Schiedsrichterhonorar sind. Daher beinhaltet ein Kostenvorschuss auch keinen Vorschuss auf Steuern. Daher ist ein allfälliger Vorschuss vor allem auf die allfällige Mehrwertsteuer auf Schiedsrichterhonorare von einer Abmachung zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern abhängig. Diese Bestimmung ist im Lichte unterschiedlicher nationaler Gesetzgebung hinsichtlich der Mehrwertsteuerpflicht auf Schiedsrichterhonorare zu sehen.

⁷⁷⁴ Die Vorgängerbestimmung sah noch eine 30-tägige Frist vor.

⁷⁷⁵ *Zuberbühler* in *Arroyo* 618; *Stacher* in *Zuberbühler/Müller/Habegger*² Art 41 Rz 18.

Verfahren entweder aussetzen oder einstellen, was – wie auch Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln – einmal mehr zeigt, dass es die Entscheidung des Schiedsgerichts ist, wer das Ausfallsrisiko tragen soll.⁷⁷⁶ Damit wird dem Schiedsgericht ermöglicht, auf den jeweiligen Einzelfall angemessen zu reagieren. Eine Aussetzung kann dann angezeigt sein, wenn die säumige Partei – oder auch die andere Partei, die sich bereit erklärt, den Kostenvorschussanteil der säumigen Partei zu übernehmen – überzeugend darlegen kann, dass die Zahlung demnächst erfolgen bzw auf dem Konto der Kammer einlangen wird.⁷⁷⁷ Sollte sich das Schiedsgericht entschließen, das Verfahren mit Einstellungsbeschluss zu beenden, dann sind die Parteien von dieser Absicht gem Art 34 Abs 2 Schweizer Regeln zu informieren.⁷⁷⁸ Die Beendigung des Verfahrens aufgrund der Säumnis mit dem Erlag eines Kostenvorschusses stellt im Übrigen keinen Anspruchsverzicht dar.⁷⁷⁹

E. Gegenseitige Ersatzpflicht bei Säumnis der gegnerischen Partei mit der Bezahlung des Kostenvorschusses

Wie in den Kapiteln V.B., V.C. und V.D. erläutert wurde, haben sowohl die Parteien eines *ad-hoc* als auch eines institutionellen Schiedsverfahrens eine Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses. Zum einen ergibt sich diese Pflicht aus dem Schiedsrichtervertrag und zum anderen aus der Schiedsvereinbarung selbst. Die Pflicht, die sich aus dem Schiedsrichtervertrag ergibt, besteht gegenüber dem Schiedsrichter, die Pflicht, die sich aus der Schiedsvereinbarung ergibt, gegenüber der jeweils anderen Partei. Ist eine Partei des Schiedsverfahrens mit der Leistung ihres Anteils am Kostenvorschuss säumig, kann die andere Partei, um einen Stillstand oder Beendigung des Verfahrens zu verhindern – zum Leistungsverweigerungsrecht der Schiedsrichter vgl Kap V.B.3. und den Säumnisfolgen im institutionellen Schiedsverfahren Kap V.D. – , den Kostenvorschussanteil der säumigen Partei übernehmen. In dieser Situation stellt

⁷⁷⁶ Vgl Stacher in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 41 Rz 3 und zu der aaO vertretenen Meinung FN 767.

⁷⁷⁷ Zuberbühler in Arroyo 618.

⁷⁷⁸ Zuberbühler in Arroyo 619; Stacher in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 41 Rz 15.

⁷⁷⁹ Zuberbühler in Arroyo 618; Stacher in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 41 Rz 16.

sich die Frage, ob die leistende Partei den Kostenvorschuss zurückverlangen kann und falls ja, vor welchem Forum.

1. Anspruchsgrundlage Schiedsrichtervertrag

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Schiedsparteien als Vertragsparteien des Schiedsrichtervertrages gegenüber dem Schiedsrichter eine Solidarhaftung zur Bezahlung des Kostenvorschusses eingehen. Aus dem Umstand, dass die Parteien zur ungeteilten Hand Honorarschuldner sind,⁷⁸⁰ lässt sich ableiten, dass die Parteien auch solidarisch für den Kostenvorschuss haften.⁷⁸¹ Wie beim Honorar ergibt sich die Solidarhaftung nämlich aus der „*Einheitlichkeit und Unteilbarkeit der Leistung der Schiedsrichter gegenüber beiden Parteien und aus dem Wesen des Schiedsrichtervertrages*“⁷⁸².⁷⁸³ Leistet nun eine der Schiedsparteien den gesamten Kostenvorschuss aufgrund der Säumnis der anderen Schiedspartei, dann sind die Rechtsfolgen des § 896 ABGB anwendbar. Mit tatsächlicher Zahlung des gesamten Kostenvorschusses entsteht somit ein Regressanspruch des leistenden Solidarschuldners gegenüber dem säumigen.^{784, 785} Hingegen ist es nicht möglich, dass die nicht säumige Partei die säumige Partei auf Leistung des Kostenvorschusses an den Schiedsrichter auf der Grundlage des Schiedsrichtervertrages klagt, weil der Anspruch auf Erlag eines Kostenvorschusses einer des jeweiligen Schiedsrichters ist.

⁷⁸⁰ S oben FN 576.

⁷⁸¹ Vgl auch *Ischia*, Kosten 144 f.

⁷⁸² *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 222.

⁷⁸³ *Fasching* geht ebenfalls von einer solidarischen Vorschusspflicht aus, *Fasching*, JBl 1993, 550. Wenn *Fasching* zur Begründung der Solidarhaftung ausführt, dass es grundsätzlich auch denkbar wäre, dem Kläger den ganzen Vorschuss aufzuerlegen, weil die Durchführung des Schiedsverfahrens primär in seinem Interesse sei, dies jedoch ohne entsprechende Vereinbarung unzulässig sei, weil dies den Anschein fehlender Objektivität zu begründen geeignet sein könnte, aber zugleich die Eintrittsmöglichkeit des Gegners in die Vorschusspflicht bejaht, welcher den Ersatz aber nicht mit Klage vor den ordentlichen Gerichten (gestützt auf den Schiedsrichtervertrag; einen Anspruch aus der Schiedsvereinbarung verneint *Fasching* wie erwähnt ohnehin) geltend machen könne, dann stellt sich die Frage, ob der Eintritt in die Vorschusspflicht (in der Regel nach mehrmaliger Aufforderung den Kostenvorschuss zu erlegen) nicht erst recht einen Anschein fehlender Objektivität begründen kann.

⁷⁸⁴ Vgl exemplarisch zur Solidarschuld und zum Regressanspruch *G. Kodek* in *Kletečka/Schauer*^{1.01} § 891 Rz 1 ff und § 896 Rz 1 ff; *Apathy/Riedler* in *Schwimann*³ IV § 891 Rz 1 ff und § 896 Rz 1 ff.

⁷⁸⁵ Zum vergleichbaren Regress nach deutscher Rechtslage s exemplarisch *Looschelders* in *Staudinger* § 426 BGB Rz 1 ff.

Mit der Bejahung eines Anspruches auf Rückersatz der den gesamten Kostenvorschuss leistenden Partei gegenüber der säumigen Partei ist noch nicht geklärt, ob für diesen Rückersatzanspruch das Schiedsgericht oder ein ordentliches Gericht zuständig ist. Ist davon auszugehen, dass der Anspruch auf dem Schiedsrichtervertrag beruht und nicht auf der Schiedsvereinbarung zwischen den Parteien, entspringt er einer von der Schiedsvereinbarung unabhängigen Rechtsgrundlage. Es ist auch nicht anzunehmen, dass nach dem Parteiwillen der Anspruch aus dem Schiedsrichtervertrag von der Schiedsvereinbarung umfasst werden sollte.⁷⁸⁶ Somit muss der Anspruch auf Rückersatz, gestützt auf die Regresspflicht des Solidarschuldners, vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden. Nur wenn die Parteien – was in der Praxis wohl kaum vorkommen wird – die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbaren, dann kann dieser Anspruch vor einem solchen abgehandelt werden und kann mit Schiedsspruch erledigt werden. Selbst die Vereinbarung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts des betreffenden Schiedsverfahrens scheint nicht ausgeschlossen, weil die Schiedsrichter nicht über ihren Anspruch auf Leistung eines Kostenvorschusses absprechen würden, sondern über die Ersatzpflicht aufgrund der Solidarschuld nach § 896 ABGB. Daher ist die Entscheidung darüber keinesfalls eine Entscheidung über „unechte Kosten“ des Schiedsverfahrens. Darunter versteht der OGH die Entlohnung der Schiedsrichter, worüber nach stRsp (jedoch noch zum alten Schiedsrecht) das Schiedsgericht nicht entscheiden darf. Demgegenüber kann ein Schiedsgericht im jeweiligen Schiedsverfahren über „echte Kosten“ absprechen, worunter auch Kostenvorschüsse als Barauslagen fallen.⁷⁸⁷ Auch wenn das skizzierte Szenario von der Entscheidung eines Schiedsgerichts über die endgültige Tragung der auch die Schiedsrichterhonorare betreffenden Kosten(vorschüsse) des Schiedsverfahrens in einem Endschiedsspruch zu unterscheiden ist, trifft der Grund, der für die Zulässigkeit der Entscheidung über die „echten Kosten“ angeführt wird, aber gleichermaßen zu: das Schiedsgericht würde nicht über seine eigene Entlohnung eine vollstreckbare Entscheidung treffen, sondern über einen zwischen den Parteien bestehenden Anspruch.

⁷⁸⁶ Fasching, JBl 1993, 551.

⁷⁸⁷ RIS-Justiz RS0000233; zuletzt OGH 18.12.2002, 7 Ob 265/02z.

2. Anspruchsgrundlage Schiedsvereinbarung

Auch dann, wenn sich aus der Schiedsvereinbarung eine gegenseitige anteilige Kostenvorschusspflicht der Parteien ergibt⁷⁸⁸, muss noch geklärt werden, ob bei Substituierung des Kostenvorschusses durch eine Partei, diese ihren Ersatzanspruch vor dem Schiedsgericht oder einem ordentlichen Gericht durchsetzen kann. Die Thematik der Zuständigkeit ist ähnlich umstritten wie die Frage, ob aus der Schiedsvereinbarung eine materiellrechtliche Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses überhaupt ableitbar ist.⁷⁸⁹ Wie bereits erwähnt, hat der Gesetzgeber anlässlich des SchiedsRÄG 2006 eine im Ministerialentwurf enthaltene Bestimmung, die einem Schiedsgericht eine Entscheidungskompetenz über die Ersatzpflicht eingeräumt hätte, nicht umgesetzt und somit die Gelegenheit zur Klarstellung nicht genutzt.

Grundsätzlich wird man diese Frage mithilfe der Auslegung anhand des Parteiwillens im Einzelfall klären müssen. Es ist daher *Koller* vollinhaltlich zuzustimmen, wenn dieser meint, dass es „regelmäßig (...) dem Parteiwillen (entspricht), Streitigkeiten über Ansprüche, die aus einer Verletzung der Schiedsvereinbarung resultieren, der Zuständigkeit des Schiedsgerichts zu unterwerfen.“⁷⁹⁰ In aller Regel wird man davon ausgehen müssen, dass der Anspruch auf Ersatz des Kostenvorschusses von der leistenden Partei gegen die säumige Partei – im Unterschied zum aus dem Schiedsrichtervertrag abgeleiteten Regressanspruch – vor dem Schiedsgericht geltend gemacht werden kann.⁷⁹¹ Für eine gegenteilige Schlussfolgerung müssten besondere Umstände sprechen, die eine andere Auslegung rechtfertigen. Die Rsp hat sich in Österreich bisher mit diesem Thema noch nicht beschäftigt, weshalb es abzuwarten bleibt, welcher Ansicht der OGH folgen wird.⁷⁹² Es bleibt zu hoffen, dass sich dieser nicht von der in der deutschen Rsp und Teilen der

⁷⁸⁸ S oben Kap V.C.

⁷⁸⁹ S hierzu die verschiedenen Meinungen zusammenfassend *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/369 mwN.

⁷⁹⁰ *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/369 mwN; im Ergebnis gleich *Wong/Siwy* in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 206.

⁷⁹¹ So auch im Ergebnis bei der Anwendung deutschen Schiedsverfahrensrechts *Buchwitz/Schütt*, *SchiedsVZ* 2015,7.

⁷⁹² Den Informationen des Autors zu Folge soll derzeit mindestens ein diesbezügliches Verfahren anhängig sein.

Lehre vertretenen Ansicht hinsichtlich der anteiligen Leistung der Vorschusspflicht inspirieren lässt, wonach es sich hierbei um einen vor den staatlichen Gerichten geltend zu machenden Anspruch handelt.⁷⁹³ Hervorgehoben werden muss, dass sich die angesprochene deutsche Rsp (auch noch) nicht mit dem Anspruch auf Ersatz des von der nicht säumigen für die säumige Partei geleisteten Kostenvorschusses beschäftigt hat, sondern nur mit der Klagbarkeit des Vorschusses, ohne dass die andere Partei in Vorlage getreten wäre. Es besteht aber die Gefahr, dass diese Thematik aufgrund der Ähnlichkeit gleich behandelt werden wird. *Schlosser* kritisiert die angesprochene Rsp und führt hierzu aus, dass diese Ansicht den Gesichtspunkt, dass die Schiedsrichter nicht in eigener Sache entscheiden können, mit dem Umstand, dass die Parteien auch untereinander eine Pflicht treffe, den Vorschuss an die Schiedsrichter zu bezahlen, verquicke.⁷⁹⁴ Dies trifft den Kern der Problematik. Die Schiedsrichter entscheiden nämlich nicht vollstreckbar über die Höhe ihres Honorars und sprechen sich nicht – wie in der zitierten BGH-Entscheidung formuliert – selbst etwas zu. Die Schiedsrichter entscheiden über den Erlag – genauer gesagt über dessen Ersatz – einer Sicherheit für ihr Honorar und die Prozesskosten, wozu sich die Parteien regelmäßig durch Abschluss der Schiedsvereinbarung verpflichtet haben, somit über einen Anspruch zwischen diesen und nicht über einen Anspruch zwischen den Schiedsrichtern und Parteien, weshalb die Schiedsrichter nicht in eigener Sache tätig werden. Wenn der OGH seiner

⁷⁹³ BGH 07.03.1985, III ZR 169/83 NJW 1985, 1903; AG Düsseldorf 17.06.2003, 36 C 19607/02 SchiedsVZ 2003, 240, *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 7 Rz 21 mwN; *Lachmann*, Handbuch³ Rz 448; mwN; *Manner* in *Nedden/Herzberg* § 25 DIS-SchO Rz 11 f; *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 5; s auch OLG Oldenburg 31.03.1971, 8 U 103/70 NJW 1971, 1461, welches die spätere BGH-E, dass die Vorschussfrage nicht vor das Schiedsgericht gehöre, vorwegnahm bzw die damals vorhandene OLG-Rsp bestätigte. *In concreto* musste das OLG Oldenburg den Fall beurteilen, dass durch ein rechtskräftiges Urteil eines ordentlichen Gerichtes die Klage einer Schiedspartei auf Zahlung eines Kostenvorschusses dem Schiedsgericht zugewiesen wurde. Der entsprechende Schiedsspruch, in dem die Kläger zur Zahlung eines Kostenvorschusses verpflichtet wurden, wurde wegen der Rechtskraftwirkung der Entscheidung über die Zuweisung an das Schiedsgericht nicht aufgehoben. Die E ist auch deshalb von Interesse, weil es in dieser heißt: „Demgegenüber muß die Erwägung, daß die Schiedsrichter bei der Fällung des Schiedsspruchs über den Kostenvorschuß im Ergebnis in eigener Sache entschieden, zurücktreten. ... Durch den Schiedsspruch ... ist keine die Kläger bindende Entscheidung über die endgültige Höhe der Honoraransprüche der Schiedsrichter ergangen.“ Damit erwähnt das OLG Oldenburg selbst ein wesentliches Argument gegen die hM in Deutschland. S auch Kap V.F.

⁷⁹⁴ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1029 Rz 30; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1029 Rz 55; so auch *Manner* in *Nedden/Herzberg* § 25 DIS-SchO Rz 11 f, jedoch nur für den Fall der Ersatzvorschussleistung. Die Klage vor den staatlichen Gerichten auf Zahlung des Kostenvorschussanteils wird aaO in Rz 11 f nicht kritisch betrachtet; s auch *Buchwitz/Schütt*, SchiedsVZ 2015, 8. Zur Kritik s auch *Wong/Siwy* in *Klauegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 208 f.

Unterteilung in echte und unechte Kosten treu bleibt, dann müsste er in einem zukünftigen Anlassfall zu dem Ergebnis kommen, dass das Schiedsgericht über diesen Anspruch entscheiden kann. Wie der OGH zuletzt in 7 Ob 265/02z aussprach, gehören die Vorschüsse zu den echten Verfahrenskosten, über deren Ersatz im Schiedsverfahren abzusprechen sei. Auch wenn die entsprechenden Entscheidungen immer Kostenentscheidungen in einem Endschiedsspruch betrafen, ist kein Grund ersichtlich, warum das Schiedsgericht nicht vor Entscheidung in der Hauptsache über den Anspruch der nicht säumigen Partei auf Kostenersatz entscheiden könnte. Wesentlich ist, dass das Schiedsgericht auch vor Entscheidung in der Hauptsache nicht in eigener Sache entscheidet.

ME ist die richtige Entscheidungsform über den Ersatzanspruch grundsätzlich ein Teilschiedsspruch, und nicht eine prozessleitende Verfügung oder einstweilige Verfügung.⁷⁹⁵ Die Begründung hierfür ist darin zu sehen, dass es sich beim Anspruch zur Leistung eines Kostenvorschusses um einen eigenen, von der endgültigen Sachentscheidung unabhängigen materiellrechtlichen Anspruch handelt und der (Ersatz des) Kostenvorschuss(es) vom Ersatz bzw von der Tragung der Prozesskosten zu trennen ist.^{796, 797, 798, 799} Für den Endschiedsspruch ergeben sich insofern keine

⁷⁹⁵ Wong/Siwy in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 217; s hierzu allgemein Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/369 FN 1239, der auf *Favre-Bulle*, Les conséquences du non-paiement de la provisions pour frais de l' arbitrage par une partie - Un tribunal arbitral peut-il condamner un défendeur au paiement de sa part de l'avance de frais?, *ASA Bulletin* 2001, 227, verweist, wo für die Entscheidungsform der einstweiligen Verfügung plädiert wird, weil die Vorschusspflicht einen bloß provisorischen Charakter habe; *Fadlallah*, *ICC Bulletin* 2003 14/1, 56 f.

⁷⁹⁶ Gegen eine Entscheidung mittels prozessleitender Verfügung spricht auch die mangelnde Anfechtbarkeit einer solchen sowie die mangelnde (internationale) Vollstreckbarkeit. Gegen die Entscheidungsform einer einstweiligen Maßnahme spricht, dass es sich nach der hier vertretenen Auffassung gerade nicht um eine Maßnahme provisorischen Charakter handelt (s hierzu auch *Secomb*, *ICC Bulletin* 2003 Vol 14/1, 62 und 64), sondern es um einen eigenen materiell-rechtlichen Anspruch geht, über den sogleich entschieden werden kann. Hinzu kommt, dass die häufig geforderte Gefahrenbescheinigung (vgl § 593 Abs 1 ZPO) oft nicht erbracht werden kann (nach Art 33 WR 2013, Art 28 ICC-SchO, Art 26 Schweizer Regeln und § 20 DIS-SchO ist eine Gefahrenbescheinigung nicht notwendig [nach nationalem Recht kann diese Bescheinigung dennoch erforderlich sein, s *Zeiler* in *Handbuch Wiener Regeln* Art 33 Rz 6]; fraglich bleibt aber jedenfalls, ob das geforderte Kriterium der Erforderlichkeit erfüllt ist) und einstweilige Maßnahmen nicht nach dem NYÜ vollstreckbar sind, weshalb die Vollstreckbarkeit vom jeweiligen nationalen Recht abhängt (s hierzu auch *Wong/Siwy* in *Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 217); s hierzu auch *Fadlallah*, *ICC Bulletin* 2003 14/1, 56 f; abl zur einstweiligen Verfügung auch *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*⁷ Kap 12 Rz 19, die dies folgendermaßen begründen: „*Leistet eine Partei nicht, so kann die andere sie auf Leistung verklagen ... Den Schiedsrichtern kann man ein Klagerecht nicht*

Probleme, als die Schiedsrichter in ihrer Kostenentscheidung den Kostenvorschuss so zu berücksichtigen haben, als hätte die säumige Partei ihren Anteil freiwillig geleistet.⁸⁰⁰

Die dargestellte Ansicht trifft sowohl für das *ad-hoc* als auch das institutionelle Schiedsverfahren zu. Nochmals soll an dieser Stelle auf Art 42 Abs 4 WR 2013 hingewiesen werden, welcher ausdrücklich die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für die Entscheidung über die Ersatzpflicht im Falle der Tragung des gesamten Kostenvorschusses durch eine Partei über den auf die säumige Partei entfallenden Anteil regelt.⁸⁰¹

F. Klage auf Zahlung des Kostenvorschusses an die Verwahrstelle, der diesbezügliche Zwischenstreit und die Auswirkungen auf das Hauptverfahren

Im gegebenen Zusammenhang ist noch die Situation zu beleuchten, in der die nicht säumige Partei den Kostenvorschuss der säumigen Partei nicht übernimmt oder übernehmen kann, etwa weil sie selbst nicht (mehr) über die notwendigen finanziellen Mittel verfügt. Aus dem Abschluss einer Schiedsvereinbarung an sich lässt sich – wie erwähnt – eine gegenseitige Verpflichtung zur anteiligen Tragung von Kostenvorschüssen ableiten. Daraus folgt auch grundsätzlich die Möglichkeit, diesen

zubilligen, wohl aber einer Partei gegenüber der anderen. Daher kann die Zahlung eines Gebührenvorschusses auch nicht im Wege einer einstweiligen Verfügung des Schiedsgerichts angeordnet werden.“ Dieser Begründung ist nicht zuzustimmen, bedeutet dies doch, dass ein Klagerecht der Parteien eine einstweilige Verfügung ausschließt.

⁷⁹⁷ AA Fasching, JBl 1993, 551.

⁷⁹⁸ Der Anspruch auf Ersatz des Kostenvorschusses ist ein eigener, von der endgültigen Sachentscheidung unabhängiger Anspruch, daher ist für den Zwischenstreit darüber grundsätzlich ein eigener Kostenvorschuss zu erlegen. Im Unterschied zu der unter V.F. behandelten Problematik ist aber davon auszugehen, dass der zur Gänze erlegte Kostenvorschuss zur Finanzierung des Zwischenstreits jedenfalls ausreicht.

⁷⁹⁹ Vgl zur Meinung, die Kostenvorschussbestimmungen als rein prozessrechtliche Vorschriften und daher einstweilige Maßnahmen als die richtige Entscheidungsform betrachtet, *Secomb*, ICC Bulletin 14/1, 60, 64.

⁸⁰⁰ *Wong/Siwy* in *Klaussegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler* 217 f. Im Gegensatz zu der von diesen Autoren aaO in FN 66 vertretenen Meinung, wird mE der Teilschiedsspruch über den Kostenersatz nicht „obsolet“, sondern bleibt jedenfalls rechtskräftig und vollstreckbar (abgesehen von einer Aufhebung im Wege einer Aufhebungsklage).

⁸⁰¹ S oben V.D.2.2.

Anspruch zwangsweise mit Leistungsklage durchzusetzen. Die in den meisten Schiedsordnungen ausdrücklich vorgesehene Möglichkeit der Substituierung des Kostenvorschusses ändert nichts an der Klagbarkeit, weil es sich hierbei nur um Kann-Bestimmungen handelt und diese nicht mit einem Ausschluss der Klagbarkeit gleichzusetzen sind. Aus denselben Gründen wie für die Entscheidung über die Ersatzpflicht ist mE hierfür – im Gegensatz zur deutschen Rsp und Teilen der deutschen Lehre⁸⁰² – das Schiedsgericht zuständig.⁸⁰³ Im Unterschied zum Anspruch auf Ersatz des für die säumige Partei geleisteten Kostenvorschusses ist dieser Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses an die Verwahrstelle (Schiedsgericht oder Schiedsinstitution) gerichtet.

Für dieses Zwischenverfahren ist grundsätzlich nach den für das *ad-hoc* Verfahren dargestellten Grundsätzen bzw nach den Schiedsordnungen wieder ein Kostenvorschuss fällig.⁸⁰⁴ Der Streitwert bemisst sich nach der Höhe des nicht bezahlten Kostenvorschusses. Dieser Streitwert ist (va nach den institutionellen Schiedsordnungen) wiederum die Grundlage für den Kostenvorschuss.

Vereinbaren die Parteien die Anwendung einer der behandelten Schiedsordnung dann stellen sich unter den einzelnen Schiedsordnungen einige wenig beachtete Probleme. Zunächst ist (auch) in der Frage über den Anspruch auf Zahlung des ausständigen Anteils zwischen dem Außenverhältnis der Parteien zum Schiedsgericht bzw der Schiedsinstitution und dem Innenverhältnis der Parteien zueinander zu unterscheiden.⁸⁰⁵ Das Innenverhältnis ist nicht weiter problematisch, ändert sich doch an der gegenseitigen Pflicht zur Leistung des Kostenvorschusses – auch für das Zwischenverfahren – bei der Vereinbarung einer institutionellen Schiedsordnung

⁸⁰² FN 793.

⁸⁰³ Vgl Koller in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/367 ff, der den Anspruch auf Zahlung des ausständigen Anteils an das Schiedsgericht oder die Schiedsinstitution und den Anspruch auf Rückerstattung des für die säumige Partei geleisteten Kostenvorschusses gleich behandelt; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1029 Rz 30; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1029 Rz 55. Für Nachweise aus der internationalen Jud, welche die Klage vor einem staatlichen Gericht zulassen, s *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, *Institutional Arbitration* 173 FN 458; offenbar gegen eine Leistungsklage *Otto*, *IPrax* 2002, 167.

⁸⁰⁴ S Kap V.B.,C. und D.

⁸⁰⁵ Vgl *Lachmann*, *Handbuch*³ Rz 449; s auch *Fadlallah*, *ICC Bulletin* 2003 14/1, 57.

nichts.⁸⁰⁶ Das Außenverhältnis und die Auswirkungen auf dieses müssen nach den einzelnen Schiedsordnungen analysiert werden. Zwei Probleme sind evident, einerseits die Finanzierung des Zwischenstreits über den Erlag des Kostenvorschusses und andererseits die Auswirkungen dieses Zwischenstreits auf die Fristen zum Erlag des Kostenvorschusses im „Hauptverfahren“ (also des ursprünglichen Schiedsverfahrens).

So sehen sowohl die WR 2006 (Art 12) als auch die WR 2013 (Art 11) vor, dass der Schiedsfall dem Schiedsgericht erst nach vollständiger Bezahlung des Kostenvorschusses (für das Hauptverfahren) übergeben wird. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass keine Fallübergabe erfolgt, so lange eine Hälfte des Kostenvorschusses nicht erlegt ist. Es könnte nun argumentiert werden, dass deshalb dem Schiedsgericht auch nicht die Frage über die Leistung des Kostenvorschusses vorgelegt wird. Diesbezüglich bleibt aber zu beachten, dass Sinn des Erlags eines Kostenvorschusses die Sicherung der Finanzierung des Verfahrens ist.⁸⁰⁷ Durch den Erlag des halben Kostenvorschusses seitens des Klägers für seinen in der eigentlichen Klage geltend gemachten Anspruch ist die Finanzierung der Prozessphase, in der über den Anspruch auf Leistung des Kostenvorschusses entschieden wird, sichergestellt. Der Streitwert dieses Anspruchs bemisst sich nach der Höhe des der säumigen Partei auferlegten Kostenvorschusses und danach würde sich wiederum der eigentlich hierfür fällige Kostenvorschuss berechnen. Dieser ist in aller Regel weit geringer als der bereits (für das Hauptverfahren) einbezahlte Kostenvorschuss. Nur bei einem Kostenvorschuss für die eigentliche Klage, der nicht mehr als das Doppelte des geringsten Kostenvorschusses beträgt, trifft dies nicht zu. Für den Streit über die Zahlung des Kostenvorschussanteils wäre nämlich wiederum der Mindestkostenvorschuss fällig, der aber nur zur Hälfte erlegt ist. Da aber keine sachliche Rechtfertigung dafür ersichtlich ist, dass sich ein nicht zahlungswilliger Beklagter in diesem Wertbereich von der Schiedsvereinbarung lösen könnte, wohingegen dies einem Beklagten bei einem

⁸⁰⁶ S. Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 34-052, wo aus einem ICC-Schiedsspruch in Bezug auf Art 30 Abs 3 ICC-SchO aF, der wie Art 36 Abs 5 ICC-SchO vorsah, dass bei Säumnis der Kostenvorschuss von der anderen Partei bezahlt werden kann, zitiert wird: „[T]his provision is ‚merely an expedient intended to facilitate the continuation of the proceedings‘ and [i]t does not remove the substantive obligation that lies on each party in ICC arbitration, as a result of the contractual undertaking they make towards each other, to have to participate equally in the payment of the advance on costs‘.“

⁸⁰⁷ Bredow in Handbuch Wiener Regeln Art 11 Rz 1.

darüber hinausgehenden Streitwert nicht möglich wäre, muss eine teleologische Reduktion der Kostenvorschussbestimmungen erfolgen.

Unter den ICC-Regeln ist die Situation aufgrund der zwei Phasen, in denen ein Vorschuss verlangt werden kann, etwas anders. Der Fall wird nach Art 16 ICC-SchO zwar ebenfalls erst nach Bezahlung des „*vom Sekretariat zu diesem Zeitpunkt angeforderte[n] Kostenvorschuss*“ an das Schiedsgericht übergeben. Im Unterschied zu den WR 2006 und 2013 kann aber nach der ICC-SchO vom Kläger ein vorläufiger Kostenvorschuss (Art 36 Abs 1 ICC-SchO) eingefordert werden, der die Kosten bis zur Erstellung des Schiedsauftrages decken soll. Auch wenn Art 16 ICC-SchO nicht auf die Bezahlung dieses vorläufigen Kostenvorschusses abstellt und auch den Kostenvorschuss nach Art 36 Abs 2 ICC-SchO erfasst⁸⁰⁸, wird doch in aller Regel bis zur Übergabe der Akten an das Schiedsgericht der von beiden Parteien zu tragenden Kostenvorschuss noch nicht angefordert sein, da dies üblicherweise erst nach Erstellung des Schiedsauftrages erfolgt.⁸⁰⁹ Daher wird die Klage auf Leistung des Hälfteteils der säumigen Partei üblicherweise auch erst nach Übergabe des Falles relevant. Der vorläufige Kostenvorschuss und der von der nicht säumigen Partei erlegte Kostenvorschuss sollte in aller Regel – wie unter den WR 2006 und 2013 – die Finanzierung dieser Prozessphase über die Leistung des Kostenvorschusses sicherstellen. Ist dies nicht der Fall, gilt das zu den WR 2006 und WR 2013 Gesagte sinngemäß: eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass sich die säumige Partei in einem bestimmten Wertbereich von der Schiedsvereinbarung lösen könnte, ist nicht ersichtlich, weshalb eine teleologische Reduktion der Kostenvorschussbestimmungen angezeigt ist. Diese Auslegung wird gerade dadurch unterstützt, dass Anhang III der ICC-SchO es der Institution ermöglicht, auf die Umstände des Einzelfalls bei der Honorarbestimmung (Art 2 Abs 2 Anhang III zur ICC-SchO) und bei der Festsetzung der Verwaltungskosten (Art 2 Abs 5 *leg cit*) zu reagieren.

Nach der DIS-SchO ist mit Einreichung der Klage die Bearbeitungsgebühr und der vorläufige Kostenvorschuss (Anlage zu § 40.5 Nr 17) zu bezahlen. Die Frage eines weiteren Kostenvorschusses nach § 25 DIS-SchO kann sich (muss sich aber nicht) erst

⁸⁰⁸ Haller/Stumpe in Nedden/Herzberg Art 16 ICC-SchO Rz 12.

⁸⁰⁹ Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-1419.

nach Übergabe des Falles an das Schiedsgericht stellen. Sollte eine der Parteien diesbezüglich säumig sein, kann es zur gleichen Problematik wie unter den WR 2006 und 2013 und der ICC-SchO kommen. Grundsätzlich sollte der vorläufige Kostenvorschuss nach § 7 DIS-SchO die Kosten des Zwischenstreits über die Bezahlung des Hälfteanteils der säumigen Partei decken. Sollte dies ausnahmsweise nicht der Fall sein, kann auf das zu den WR 2006 und 2014 und zur ICC-SchO Gesagte verwiesen werden.

Bei einem Verfahren nach den Schweizer Regeln wird die Frage eines Kostenvorschusses idR auch erst nach Übergabe der Akten, die gem Art 5 Abs 5 Schweizer Regeln den Erlag der Einschreibgebühr voraussetzt, an das Schiedsgericht relevant, weil erst danach der Kostenvorschuss gem Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln kalkulierbar ist.⁸¹⁰ Die Probleme der Übergabe wie unter den WR 2006 und WR 2013 existieren somit nicht. Hinsichtlich des Erlags des Kostenvorschusses für die Klage auf Erlag des Kostenvorschusses bei der Verwahrstelle und einer allfälligen mangelnden Deckung durch den von der nicht säumigen Partei erlegten Kostenvorschuss, sind die Schweizer Regeln (wohl ungewollt) am schiedsfreundlichsten. Unter diesen sind nämlich erst ab einem Streitwert von CHF 2.000.001 Verwaltungskosten und somit auch erst ab diesem Betrag ein Kostenvorschuss hierfür zu bezahlen. Die maximalen Verwaltungskosten (bzw eigentlich deren Hälfte) können nicht den Mindestbetrag erreichen, für welchen Verwaltungskosten und ein Kostenvorschuss dafür zu bezahlen wäre. Dies gilt zwar (logischerweise) nicht für die Schiedsrichterhonorare; solche fallen auch bei jedem Streitwert an, nämlich in einer Höhe von mindestens 4 % des Streitwerts. Erlegt der Kläger die Hälfte, also 2 % des Streitwerts, ist damit jedenfalls genug Kostenvorschuss für den Zwischenstreit über den Erlag der anderen 2 % (Streitwert dieser Prozessphase) vorhanden.

Ist die Finanzierung des Zwischenstreits im institutionellen Verfahren gesichert, bleibt noch zu beachten, dass die jeweiligen Schiedsordnungen bestimmte weitere Prozessfolgen für das Hauptverfahren an die Säumnis mit der Bezahlung des

⁸¹⁰ Theoretisch könnte die Festlegung des Kostenvorschusses nach dem Wortlaut des Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln auch vor Übergabe der Akten erfolgen, da dies nur die Bestellung des Schiedsgerichts und Rücksprache mit dem Gerichtshof erfordert.

(gesamten) Kostenvorschusses knüpfen.⁸¹¹ Nach den WR 2006 und WR 2013 wird die Klage nicht weiter behandelt bzw das Verfahren für beendet erklärt, wenn der Kostenvorschuss nicht binnen gesetzter Frist erlegt wird. Die WR 2006 sind in dieser Situation parteifreundlich, weil das Verfahren bei Säumnis mit der Bezahlung des Kostenvorschusses – wie bereits unter V.D.1. erläutert – nicht beendet und durch Zahlung des fehlenden Kostenvorschusses nach Fristablauf das Verfahren „reaktiviert“ wird. Durch die Entscheidung im Zwischenstreit und die allenfalls zwangsweise Eintreibung des Kostenvorschusses erfolgt diese Einzahlung und es steht der Fortführung des Verfahrens nichts mehr im Wege. Nach den WR 2013 wird das Verfahren bei Säumnis mit dem Erlag (auch) eines Teils des Kostenvorschusses beendet. Wird eine Klage auf Bezahlung des Kostenvorschusses eingebracht, dann ergeht der Schiedsspruch darüber in aller Regel nicht binnen der vom Generalsekretär nach Art 42 Abs 3 WR 2013 gesetzten Frist. Selbst wenn der Schiedsspruch in dieser Frist ergehen sollte, wird die tatsächliche Zahlung kaum fristgerecht einlangen. In dieser Situation ist der Ausweg, um die Einstellung des (Haupt)verfahrens zu verhindern, in der Flexibilität der WR 2013 zu finden. Wie bereits erläutert⁸¹², muss der Generalsekretär zum einen das Verfahren nicht zwingend für beendet erklären und zum anderen können Fristen aus berücksichtigungswürdigen Gründen verlängert werden. Gerade in dieser Situation wird der Generalsekretär von seinem Ermessensspielraum Gebrauch machen bzw wird ein Grund, der die Verlängerung einer Zahlungsfrist rechtfertigt, vorliegen.

Unter Anwendung der ICC-SchO besteht aufgrund deren Art 36 Abs 6 die theoretische Möglichkeit, dass bei Säumnis mit dem Erlag des Kostenvorschussanteils des Beklagten das Hauptverfahren nicht mehr weiter geführt wird und das Schiedsgericht angewiesen wird, die Arbeit auszusetzen.⁸¹³ Art 36 Abs 6 ICC-SchO ist jedoch flexibel genug gestaltet, um dem Schiedsgericht die durch den Zwischenstreit zusätzlich benötigte Zeit einzuräumen (auch wenn die übliche Zahlungsfrist von 30 Tagen überschritten ist⁸¹⁴), denn einerseits ist *leg cit* nur eine Kann-Bestimmung und

⁸¹¹ S hierzu näher Kap V.D.

⁸¹² S hierzu näher Kap V.D.2.

⁸¹³ S hierzu näher Kap V.D.3.

⁸¹⁴ Zur Frist s *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1357.

andererseits ist eine Rücksprache mit dem Schiedsgericht vorgesehen. Üblicherweise wird Art 36 Abs 6 ICC-SchO vom Generalsekretär auch nicht angewendet, wenn dieser der Ansicht ist, der bereits erlegte Kostenvorschuss reiche bis zum Abschluss des Verfahrens aus.⁸¹⁵ Diese Anwendung von Art 36 Abs 6 ICC-SchO muss auch für den Zwischenstreit gelten – wofür der erlegte Kostenvorschuss ausreichen wird –, an dessen Ende der fehlende Kostenvorschuss erlegt wird oder eben nicht. Im letzteren Fall kann Art 36 Abs 6 ICC-SchO noch immer ohne Schaden für Institution, Parteien und Schiedsgericht angewendet werden.⁸¹⁶

Unter Anwendung der DIS-SchO kann die Nichtbezahlung (eines Teils) des Kostenvorschusses dazu führen, dass das (Haupt)verfahren nach § 25 DIS-SchO nicht fortgesetzt wird. Die Fristbemessung für die Bezahlung des Kostenvorschusses liegt nach der DIS-SchO im Ermessen des Schiedsgerichts. Aus diesem Grund wird ein umsichtiges Schiedsgericht die Frist zur Zahlung des Kostenvorschusses an den Erlass der Schiedssprüche auf Zahlung des Kostenvorschusses knüpfen und erst bei negativem Ausgang die Einstellung des Verfahrens nach § 39 Abs 2 Z 3 DIS-SchO verfügen.

Nach den Schweizer Regeln hat das Schiedsgericht, wenn die Kostenvorschüsse für das Hauptverfahren nicht vollständig einbezahlt werden, dies den Parteien mitzuteilen, damit die andere Partei die Zahlung leisten kann. Die Frist hierfür liegt im Ermessen des Schiedsgerichts.⁸¹⁷ Langt nun eine Klage auf Erlag des Kostenvorschusses beim Schiedsgericht ein, dann kann das Schiedsgericht mE diese Frist auch wieder verlängern bzw bis zur Entscheidung darüber aussetzen. Dies legt auch die Ansicht nahe, dass Zahlungsschwierigkeiten kein ausreichender Grund sind, um ein Verfahren auszusetzen.⁸¹⁸ Dies muss auch dann gelten, wenn die nicht säumige Partei eine Klage auf Zahlung einbringt.

⁸¹⁵ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1420, s auch Rz 3-1363.

⁸¹⁶ Vgl hierzu *Fadlallah*, ICC Bulletin 2003 14/1, 57, der auf mögliche Probleme mit der Einhaltung von Zahlungsfristen und dem Erlangen eines Schiedsspruchs innerhalb dieser Frist hinweist und deshalb die Beistellung einer Bankgarantie empfiehlt. Dies ist nur insoweit eine Lösung, als die nicht säumige Partei eine solche erhält.

⁸¹⁷ *Zuberbühler* in *Arroyo* 617.

⁸¹⁸ *Zuberbühler* in *Arroyo* 618.

Zusammenfassend ist mE die in Deutschland vertretene Ansicht, dass der Anspruch auf Zahlung des Kostenvorschussanteils vor dem staatlichen Gericht geltend zu machen ist, abzulehnen. Hierfür ist aufgrund der in der Schiedsvereinbarung enthaltenen materiellrechtlichen Verpflichtung zur Leistung des anteiligen Kostenvorschusses ebenfalls das Schiedsgericht zuständig. Eine Entscheidung in eigener Sache fällt das Schiedsgericht nicht, weil dieses nicht über ihr eigenes Honorar, sondern über die gegenseitige Pflicht der Parteien entscheidet. Unter den einzelnen Schiedsordnungen stellen sich einige Fragen hinsichtlich der Finanzierung des Zwischenstreits über die Leistung des Kostenvorschusses durch die säumige Partei und der Auswirkung dieses Zwischenstreits auf Fristen im Hauptverfahren. Diese sind mit etwas Kreativität, aber jedenfalls regelkonform zu lösen. In der *ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit werden in aller Regel keine Vereinbarungen darüber, was bei Säumnis mit dem Erlag eines Teils des Kostenvorschusses zu geschehen hat, vorliegen. Grundsätzlich wird man davon ausgehen können, dass der von einer Partei erlegte Kostenvorschuss die Kosten eines Zwischenverfahrens abdecken wird und das Schiedsgericht ursprünglich festgesetzte Fristen aufgrund ihres Ermessensspielraums verlängern bzw bis zu einer Entscheidung im Zwischenstreit aussetzen kann.⁸¹⁹ Sollte ein Kläger den Kostenvorschussanteil der säumigen Partei selbst nicht vorstrecken können, werden die wirtschaftlichen Probleme zur Finanzierung des Schiedsverfahrens – man denke neben den Kostenvorschüssen auch an die (Vorschüsse auf die) Anwaltshonorare – ohnehin die schiedsrechtlichen übertreffen. Vor allem in dieser Situation ist auf die Möglichkeit einer konsensualen Aufhebung⁸²⁰ der Schiedsvereinbarung oder deren einseitigen Auflösung aus wichtigem Grund⁸²¹

⁸¹⁹ Im gegebenen Zusammenhang muss auf eine Entscheidung eines ICC-Schiedsgerichts hingewiesen werden. Das Schiedsgericht erließ offensichtlich eine einstweilige Maßnahme in Form eines „partial award“ (also eines Schiedsspruchs). Als Begründung führte das Schiedsgericht an, dass die nicht säumige Partei bewiesen habe, dass es nicht über die finanziellen Möglichkeiten verfüge, den Kostenvorschussanteil der säumigen Partei zu übernehmen, Das Verhalten der säumigen Partei führe zu einem unwiederbringlichen Schaden, der durch die Maßnahme hintangehalten werden könnte. Gegen die Entscheidung in Form einer einstweiligen Verfügung bestehen die bereits geäußerten Bedenken (abgesehen von der Gefahrenbescheinigung), s FN 796. Daran ändert auch die Bezeichnung als Schiedsspruch („*falsa demonstratio non nocet*“) nichts. Zu dieser Entscheidung s *Secomb*, ICC Bulletin 14/1, 66 und *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-1415.

⁸²⁰ S hierzu *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/380 ff mwN.

⁸²¹ S hierzu *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/383 ff insb Rz 3/384 mwN.

hinzuweisen, damit die Streitigkeit unter Inanspruchnahme der Verfahrenshilfe vor staatlichen Gerichten ausgefochten werden kann.

G. Der Schiedsorganisationsvertrag und die Auswirkungen der Säumnis mit der Bezahlung der Einleitungsgebühr und des Kostenvorschusses auf diesen

Der logischerweise nur im institutionellen Schiedsverfahren bestehende Schiedsorganisationsvertrag regelt die rechtlichen Beziehungen zwischen Schiedsinstitution und den Parteien.^{822, 823} Diese Vertragsebene ist von derjenigen zwischen den Parteien (Schiedsvereinbarung) und derjenigen zwischen Parteien und Schiedsrichter (Schiedsrichtervertrag) zu unterscheiden.^{824, 825} Der Schiedsorganisationsvertrag kommt mE grundsätzlich mit Zugang des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes bei der Schiedsinstitution zustande⁸²⁶, und zwar selbst dann, wenn die Schiedsinstitution die Durchführung des Verfahrens wegen mangelnder Schiedsvereinbarung ablehnt.⁸²⁷ In der Schiedsvereinbarung ist eine gegenseitige Bevollmächtigung zum Abschluss des Schiedsorganisationsvertrags zu sehen.⁸²⁸ Wie auch aus dem Schiedsrichtervertrag und der Schiedsvereinbarung sind aus dem Schiedsorganisationsvertrag – dessen Inhalt durch die jeweilige Schiedsordnung determiniert wird⁸²⁹ – eigene finanzielle Ansprüche ableitbar.

⁸²² Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 264; Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Rz 559.⁸²³ Zur Rechtsnatur vgl. Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 267 ff mwN.

⁸²³ Zur Rechtsnatur vgl. Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 267 ff mwN.

⁸²⁴ Auch die Vertragsbeziehung zwischen Schiedsrichtern und Schiedsinstitution ist davon zu unterscheiden, auf welche hier mangels Relevanz nicht eingegangen wird.

⁸²⁵ Zur teilweise vertretenen Meinung, dass unter bestimmten Umständen im institutionellen Schiedsverfahren kein Schiedsrichtervertrag bestehe, s. oben V.B.1.

⁸²⁶ S. Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 275 ff (282) mwN; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III Vor §§ 1034 ff Rz 71; Söderlund in FS Franke 492; aA Lionnet/Lionnet, Handbuch³ 196 f und Schlosser in Stein/Jonas²² IX Vor § 1025 Rz 12 sowie in Stein/Jonas²³ X Vor § 1025 Rz 22 (in Abweichung zur von diesem Autor früher vertretenen Meinung, s. Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit² Rz 498).

⁸²⁷ Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit² Rz 498 mwN.

⁸²⁸ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 282 mwN; Schlosser, Schiedsgerichtsbarkeit² Rz 498.

⁸²⁹ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 587 ZPO Rz 283.

1. Einleitungsgebühr

Zunächst ist nach den behandelten Schiedsordnungen mit Verfahrenseinleitung jedenfalls eine Gebühr⁸³⁰ zu bezahlen bzw deren Erlag nachzuweisen. Obwohl davon auszugehen ist, dass der Schiedsorganisationsvertrag zwischen beiden Parteien und der Institution zustande kommt, haftet für die Einschreibgebühr gegenüber der Schiedsinstitution nur der Kläger^{831, 832}, weil die jeweiligen Schiedsordnungen so ausgestaltet sind, dass nur dieser mit Überreichung der Klage diese Gebühr zu bezahlen hat, auch wenn diese wie nach Art 33 Abs 3 WR 2006 oder Art 1 Anhang III der ICC-SchO auf den Kostenvorschuss angerechnet wird. Ein Rückgriff bzw eine Haftung des Beklagten kann weder aus dem Parteiwillen noch aus den Schiedsordnungen abgeleitet werden. Eine Ausnahme hiervon ist § 40.3 der DIS-SchO, welcher regelt, dass die Parteien gesamtschuldnerisch für die Bearbeitungsgebühr haften⁸³³, wobei einerseits anzumerken ist, dass die Bearbeitungsgebühr der DIS keine (reine) Registrierungsgebühr ist, sondern auch die Verwaltungskosten während des Verfahrens der DIS abdecken soll. Andererseits ist die Ausgestaltung des § 40.3 DIS-SchO in der Zusammenschau mit § 7 DIS-SchO nicht ganz verständlich, regelt letztere Bestimmung doch, dass der Kläger mit Einreichung der Klage die Bearbeitungsgebühr zu zahlen hat bzw dem Kläger die Zahlung unter Fristsetzung aufgetragen wird, anderenfalls das Verfahren endet. Diese Bestimmung spricht somit gegen das Konzept einer Gesamtschuld, ist deren Wesenskern aus Gläubigersicht doch, dass er frei wählen kann, welchen der Gesamtschuldner der Gläubiger in Anspruch nimmt.^{834, 835} Gegen eine Gesamtschuld für die Einschreibgebühr unter den anderen behandelten

⁸³⁰ Art 33 WR 2006; Art 10 WR 2013; Art 4 Abs 4 lit b ICC-SchO; § 7 DIS-SchO; Art 3 Abs 3 lit i Schweizer Regeln.

⁸³¹ Vgl Heider/Fremuth-Wolf in Handbuch Wiener Regeln Art 10 Rz 4.

⁸³² Davon zu unterscheiden ist die endgültige Tragung der Verfahrenskosten und der Ersatz sämtlicher Kosten unter den Parteien aufgrund der Kostenentscheidung des Schiedsgerichts.

⁸³³ Manner in Nedden/Herzberg § 7 DIS-SchO Rz 4 und § 40 DIS-SchO Rz 14.

⁸³⁴ Exemplarisch Bydlinksi in Säcker/Rixecker⁶ II § 421 Rz 1; Apathy/Riedler in Schwimann³ IV § 891 Rz 5.

⁸³⁵ Thiele in Schütze, Institutional Arbitration 223 Rz 73, geht davon aus, dass der Kläger allein für die Kosten zu Beginn des Verfahrens verantwortlich ist, ohne auf den Widerspruch zwischen § 7 und § 40.4 DIS-SchO einzugehen.

Schiedsordnungen oder eine Verpflichtung diese anteilig zu tragen, spricht jedenfalls der eindeutige Wortlaut der jeweiligen Schiedsordnungen.⁸³⁶

Wird die Einschreibgebühr nicht bezahlt, ist zunächst klar, dass die Schiedsinstitution ihre in der jeweiligen Schiedsordnung festgelegten Pflichten – dies ist zu Beginn des Verfahrens vor allem die Weiterleitung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes an den Beklagten – nicht erfüllen muss, weil diese nach den Schiedsordnungen von der Leistung eben der Einschreibgebühr abhängig gemacht werden.^{837, 838} Fraglich ist, ob die Schiedsinstitution die Einschreibgebühr vom Kläger einklagen kann. Insgesamt wird man in Anschluss an *Hausmaninger*, der sich in seinen Ausführungen auf den Kostenvorschuss allgemein bezieht, davon ausgehen müssen, dass dieser Anspruch nicht durchsetzbar ist. Die Begründung hierfür, dass die Verfahrensherrschaft bei den Parteien liege und diese allein entscheiden dürften, ob sie ein Schiedsverfahren durchführen wollen oder nicht, ist überzeugend.⁸³⁹

Bezahlt der Kläger die Einschreibgebühr nicht und wird deshalb das Verfahren nicht fortgeführt oder für beendet erklärt^{840, 841}, ist damit noch nicht über das rechtliche Schicksal des Schiedsorganisationsvertrages befunden. ME ist trotz notwendiger Trennung von Verfahren und Schiedsorganisationsvertrag davon auszugehen, dass eine rechtliche Parallelität besteht und der Schiedsorganisationsvertrag mit Beendigung des Verfahrens grundsätzlich endet. Diesbezüglich erscheint es naheliegend, bei Nichtbezahlung der Einschreibgebühr vom Eintritt einer auflösenden Bedingung auszugehen. Durch die Einigung auf eine bestimmte Schiedsordnung hat die zu diesem Zeitpunkt am Verfahren noch nicht beteiligte Partei ihr Einverständnis gegeben, dass

⁸³⁶ Vgl auch *Heider/Fremuth-Wolf* in Handbuch Wiener Regeln Art 10 Rz 4, die von einer Gebühr *sui generis* sprechen.

⁸³⁷ Vgl *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 288.

⁸³⁸ Auf die jeweiligen verfahrensrechtlichen Folgen der Nichtbezahlung der bei Einleitung des Verfahrens fälligen Einschreibgebühr wurde bereits unter Punkt V.D. bei den einzelnen Schiedsregeln hingewiesen.

⁸³⁹ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 292. Vgl hierzu auch die Ausführungen in Kap V.B.3.

⁸⁴⁰ Appendix B Punkt 1.5 der Schweizer Regeln spricht davon, dass das Verfahren „nicht weiterzuführen“ ist. Nach Art 4 Abs 4 ICC-SchO endet ebenfalls das Verfahren bei Nichtbezahlung der Registrierungsgebühr, ebenso nach § 7.2 DIS-SchO bei Nichterlag der Bearbeitungsgebühr.

⁸⁴¹ Die WR 2006 sehen in Art 33 Abs 4 vor, dass die Behandlung der Klage erst nach Bezahlung der Einschreibgebühr erfolgt, beinhaltet aber keine Regelung über die Beendigung des Verfahrens. Insofern ist diese Bestimmung nicht eindeutig, welche verfahrensrechtlichen Konsequenzen die Nichtbezahlung hat (vgl auch *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 33-011 f). Gleiches gilt für die Auswirkungen auf den Schiedsorganisationsvertrag.

der Schiedsorganisationsvertrag unter eben dieser auflösenden Bedingung zustande kommt.^{842, 843}

Je nach Ausgestaltung der Schiedsordnung ist mE auch eine Kündigung durch die Schiedsinstitution – welche grundsätzlich nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes möglich ist – denkbar.⁸⁴⁴ In der Nichtbezahlung der Einschreibgebühr ist die Verletzung einer der Hauptpflichten der klagenden Partei zu erblicken, die als wichtiger Grund zur Kündigung – nach allgemeinen Grundsätzen zu den Dauerschuldverhältnissen – berechtigt.^{845, 846} Die Kündigungserklärung ist in der Erklärung, dass das Schiedsverfahren beendet ist, zu erblicken, die mE dem Beklagten nicht zugehen muss. Eine solche Erklärung sehen etwa die WR 2013 in Art 10 Abs 4 iVm Art 24 Abs 4 vor.

Daher ist somit festzuhalten, dass der Schiedsorganisationsvertrag bei Säumnis mit der Bezahlung der Einschreibgebühr beendet wird. Ob es sich dabei um den Eintritt einer auflösenden Bedingung oder eine Kündigung aus wichtigem Grund seitens der Schiedsinstitution handelt, hängt von der Ausgestaltung der jeweiligen Schiedsordnung

⁸⁴² Hinsichtlich allgemeiner Beendigungsgründe des Schiedsorganisationsvertrages s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 293 ff.

⁸⁴³ Die dogmatische Lösung über eine einvernehmliche Auflösung des Schiedsorganisationsvertrages bei Nichtbezahlung der Registrierungsgebühr erscheint nicht nur unnötig und umständlich, müsste doch für diese die Zustimmung aller Parteien (s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 29) vorliegen, somit auch der noch nicht am Verfahren teilnehmenden Partei. Selbst wenn man in der Zustimmung zur Anwendung einer bestimmten Schiedsordnung, die die Einstellung oder Beendigung des Schiedsverfahrens bei nicht rechtzeitiger Bezahlung des Kostenvorschusses vorsieht, auch die Ermächtigung des Klägers sehen mag, für den Beklagten die Zustimmung zur Auflösung zu erteilen, scheitert diese Lösung daran, dass das Nichtbezahlen nicht als konkludente Willenserklärung zur Auflösung des Schiedsorganisationsvertrages verstanden werden muss. Gleiches trifft auf eine Lösung über die Konstruktion einer Kündigung durch die Parteien (zu dieser s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 296) zu. Die Tatsache, dass die Einschreibgebühr nicht bezahlt wird, hat nicht notwendigerweise den objektiven Erklärungswert einer Kündigung.

⁸⁴⁴ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 297.

⁸⁴⁵ Zur Kündigung aus wichtigem Grund bei Dauerschuldverhältnissen s exemplarisch *Apathy/Riedler* in *Schwimmann*³ IV § 859 Rz 21; *Kletečka/Schauer*^{1,01} § 859 Rz 25.

⁸⁴⁶ Möchte man den Schiedsorganisationsvertrag als Werkvertrag mit Elementen der Geschäftsbesorgung qualifizieren (s oben FN 823), dann ist nach österreichischem Recht (zum anwendbaren Recht s *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 299 mwN) auch die Anwendung von § 1168 ABGB in Erwägung zu ziehen. Dies erfordert jedoch eine Nachfristsetzung, die zwar ohnehin nach den Schiedsordnungen oder aufgrund Übung der Schiedsinstitution erfolgt, aber bei der Kündigung aus wichtigem Grund gerade nicht notwendig ist.

ab. Eine Auswirkung auf den Bestand der Schiedsvereinbarung hat die Beendigung des Schiedsorganisationsvertrages in dieser Konstellation jedenfalls nicht.⁸⁴⁷

2. Kostenvorschuss

Wie bereits oben zu den einzelnen Schiedsordnungen ausgeführt⁸⁴⁸, wird den Parteien zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Kostenvorschuss vorgeschrieben. Üblicherweise dient dieser Kostenvorschuss der Deckung der voraussichtlichen Verwaltungskosten der Institution, der Honorare und sonstiger Auslagen der Schiedsrichter.⁸⁴⁹ Eine Ausnahme stellt die DIS-SchO dar, weil diese keine Einschreibgebühr kennt und die Verwaltungskosten sogleich bei Verfahrenseinleitung (vorerst) vom Kläger durch Erlag der Bearbeitungsgebühr zu bezahlen sind.⁸⁵⁰ Die Bearbeitungsgebühr stellt somit keinen vorläufigen Kostenvorschuss auf die Verwaltungskosten dar, sondern soll diese zur Gänze abdecken. Nur hinsichtlich des Schiedsrichterhonorars kennt auch die DIS-SchO einen Kostenvorschuss.⁸⁵¹

Wird der Kostenvorschuss endgültig nicht bezahlt, sind also sowohl Schiedskläger als auch Schiedsbeklagter jeweils mit der Bezahlung ihres Anteils und/oder des Anteils der gegnerischen Partei säumig, dann ist – wie bereits dargelegt – in den einzelnen Schiedsordnungen geregelt, dass das Verfahren endet oder die Klage nicht weiter zu behandeln ist. Diese Verfahrensfolge ist – wie auch bei der Säumnis der Einschreibgebühr – von der Auswirkung auf den Schiedsorganisationsvertrag zu unterscheiden. Grundsätzlich kann bezüglich der Klagbarkeit des Kostenvorschusses durch die Institution und des rechtlichen Schicksals des Schiedsorganisationsvertrages auf das zur Säumnis mit der Bezahlung der Einschreibgebühr verwiesen werden. Der

⁸⁴⁷ Deshalb kann der Aussage, dass die Auflösung des Schiedsorganisationsvertrages idR auch die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung nach sich ziehe, bei Säumnis mit der Bezahlung der Registrierungsgebühr nicht zugestimmt werden. S hierzu *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 272 und Rz 297.

⁸⁴⁸ Kap V.D.

⁸⁴⁹ Art 34 Abs 2 iVm Art 32 lit a WR 2006; Art 42 Abs 1 WR 2013; Art 36 Abs 2 ICC-SchO; Art 41 Abs 1 Schweizer Regeln.

⁸⁵⁰ § 7 iVm der Anlage zu § 40.5 DIS-SchO.

⁸⁵¹ S oben V.D.4.

wesentliche Unterschied besteht darin, dass zum relevanten Verfahrenszeitpunkt bereits beide Schiedsparteien am Verfahren beteiligt sind. Bei endgültiger Säumnis mit der Bezahlung des Kostenvorschusses beider Parteien ist ebenfalls vom Eintritt einer auflösenden Bedingung im Zeitpunkt der Säumnis auszugehen. Auch hinsichtlich der Kündigung des Schiedsorganisationsvertrages durch die Schiedsinstitution kann auf die Ausführungen zur Säumnis mit der Bezahlung des Kostenvorschusses verwiesen werden. Die Kündigung erfolgt in diesem Fall gegenüber beiden Parteien.⁸⁵²

Sollte die Schiedsinstitution im Vertrauen auf den Erlag der Registrierungsgebühr oder des Kostenvorschusses Leistungen erbracht haben, sei es nur das Anlegen eines Aktes und die Zustellung des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes an den Beklagten, die Gebühr oder der Kostenvorschuss aber schlussendlich nicht geleistet werden – zB weil die Überweisung mangels Deckung durch die angewiesene Bank nicht erfolgt –, steht der Schiedsinstitution Schadenersatz nach allgemein zivilrechtlichen Grundsätzen zu. Dies gilt trotz des Umstandes, dass die Parteien nicht verpflichtet sind, das Verfahren tatsächlich durchzuführen.⁸⁵³ In der Phase bis zur Zustellung an den Beklagten ist nur der Kläger schadenersatzpflichtig, weil es seitens des Beklagten an Rechtswidrigkeit und Verschulden mangelt. Auf Seiten des Klägers liegt die Rechtswidrigkeit in der Verletzung einer Sorgfalts- und Aufklärungspflicht gegenüber der Institution. Einem Kläger ist es zumutbar, dass er über die mangelnde (beabsichtigte) Leistungsfähigkeit bezüglich der Einschreibgebühr rechtzeitig aufklärt. Ab Beteiligung beider Parteien können auch beide potentiell schadenersatzpflichtig werden, weil dann den Beklagten die gleichen Sorgfalts- und Aufklärungspflichten treffen. Umgekehrt trifft die Schiedsinstitution eine Schadenminderungspflicht, weshalb sie daher grundsätzlich erst nach tatsächlichem Erlag oder Erhalt einer Bankgarantie Verfügungen treffen sollte. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass ein Schadenersatz nicht in der Höhe der Einschreibgebühr oder des Kostenvorschusses als pauschalierter Schadenersatz zusteht, sondern in der tatsächlichen Höhe, weil zum einen eine Vertragsstrafe in dieser Höhe nicht vereinbart wurde und zum anderen dies

⁸⁵² Bezüglich der DIS-SchO beziehen sich diese Ausführungen auf den Vorschuss für das Schiedsgericht gem § 25 DIS-SchO.

⁸⁵³ *Hausmaninger in Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 291.

ansonsten einer Verpflichtung der Parteien zur Durchführung des Verfahrens gleichkäme. Die Entscheidung, ob ein Verfahren tatsächlich durchgeführt werden soll, obliegt aber den Parteien. Diese können nicht über den Umweg des Schadenersatzes hierzu gezwungen werden.⁸⁵⁴

H. Kostenfolge eines Teilschiedsspruchs über den Kostenvorschuss

Im Endschiedsspruch hat das Schiedsgericht – wie bereits erwähnt – die „Zwischenphase“ über den nicht erlegten oder von der nicht säumigen Partei erlegten Kostenvorschuss so zu behandeln, als ob die säumige Partei ihren Kostenvorschuss erlegt hätte. Weitere Beachtung findet diese Phase jedoch jedenfalls dann im Endschiedsspruch, wenn die nicht säumige Partei Kostenersatz für diesen Verfahrensabschnitt verlangt hat. Unabhängig vom Verfahrensausgang sind der nicht säumigen Partei (gleich wie nach § 48 ZPO) die durch die Weigerung zur Zahlung des Kostenvorschusses verursachten Kosten zu ersetzen.^{855, 856}

I. Zusammenfassung

Die Tätigkeit als Schiedsrichter ist im Zweifel entgeltlich, eine allfällige Unentgeltlichkeit müsste zwischen den Parteien des Schiedsrichtervertrages vereinbart werden. Rechtsgrundlage des Honoraranspruchs ist der Schiedsrichtervertrag, wobei Schuldner die Schiedsparteien zur ungeteilten Hand sind. ME beinhaltet der Schiedsrichtervertrag im Zweifel aufgrund einer Übung des Geschäftsverkehrs auch die

⁸⁵⁴ S hierzu *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 587 ZPO Rz 291 und Rz 296.

⁸⁵⁵ Zu dieser sog Kostenseparation im staatlichen Verfahren s *M. Bydlinski* in *Fasching/Konecny*² II/1 § 48 ZPO Rz 1 ff.

⁸⁵⁶ Entscheidet sich die nicht säumige Partei, den Anteil am Kostenvorschuss der gegnerischen Partei zu zahlen und den Ersatz erst im Endschiedsspruch zu begehren, dann kann sie mE die hierfür aufgewendeten Kosten (Finanzierungskosten) für den gesamten Zeitraum ab Zahlung und nicht nur bis zu dem (fiktiven) Zeitpunkt erfolgreich begehren, in dem sie einen Teilschiedsspruch über den Anteil der säumigen Partei erhalten hätte können. Eine *schuldhafte* Verletzung einer Schadensminderungspflicht kann einer solchen Partei keinesfalls vorgeworfen werden. S zum Ersatz der Finanzierungskosten für Anwalts- und Schiedsrichterhonorare (nicht des Kostenvorschusses), *Risse/Altenkirch*, SchiedsVZ 2012, 13. Zum Ersatz des durch die Finanzierung der Kostenvorschüsse entstandenen Schadens s *Gerstenmaier*, SchiedsVZ 2012, 4. Vgl zur Schadensminderungspflicht allgemein *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*^{1,02} § 1304 Rz 97 ff.

Verpflichtung zur Leistung eines angemessenen Kostenvorschusses auf das Honorar – und nicht nur auf die Barauslagen – der Schiedsrichter. Die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit zeigt in diesem Punkt einen ihrer großen Vorteile, weil die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses (auch auf das Honorar der Schiedsrichter) in allen Schiedsordnungen vorgesehen ist. Obwohl ein Anspruch auf einen Honorarvorschuss besteht, kann dieser dennoch nicht von den Schiedsrichtern eingeklagt werden, weil es den Parteien iSd Parteiautonomie überlassen werden muss, ob sie den Stillstand des Verfahrens – wozu die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses führt – durch Bezahlung des Kostenvorschusses beenden wollen.

Bei den Drittkosten, wie etwa Kosten für einen Sachverständigen, ist zunächst zu klären, wer die Parteien des jeweiligen Vertrages sind. Die formelle Prozessleitungsbefugnis der Schiedsrichter beinhaltet auch das Recht, im Namen der Schiedsparteien Verträge mit Dritten abzuschließen. In diesem Fall ist die Frage des Kostenvorschusses im Einzelfall zu klären, die Schiedsrichter können jedoch nicht Gläubiger dieses Vorschusses werden, allenfalls können sie diesen treuhänderisch verwalten. Schließt ein Schiedsrichter einen Vertrag mit einem Dritten im eigenen Namen ab – auch dazu sind sie aufgrund der formellen Prozessleitungsbefugnis ermächtigt – dann ist der Schiedsrichter Schuldner des Honorars des Dritten. Bei Leistungen an den Dritten handelt es sich um Barauslagen, weshalb der Schiedsrichter hierfür jedenfalls einen Kostenvorschuss verlangen kann.

Die Schiedsvereinbarung beinhaltet die zwischen den Parteien bestehende Pflicht zur anteiligen Tragung eines Kostenvorschusses, und zwar unabhängig davon, ob sich die Parteien auf ein *ad-hoc* oder ein institutionelles Schiedsverfahren verständigt haben.

Leistet eine der Parteien den gesamten Vorschuss, dann kann diese den Anteil der säumigen Partei zurückverlangen. Stützt sie sich hierbei auf den auf dem Schiedsrichtervertrag beruhenden Regressanspruch des leistenden Solidarschuldners, dann kann sie diesen Anspruch – abgesehen anderslautender Vereinbarung der Parteien – nicht vor dem Schiedsgericht geltend machen, sondern muss den ordentlichen Rechtsweg beschreiten. Stützt sich die leistende Partei hingegen auf die aus der Schiedsvereinbarung ergebende gegenseitige Pflicht zur anteiligen Finanzierung

des Schiedsverfahrens, dann ist diese aus der Verletzung der Schiedsvereinbarung resultierende Streitigkeit in aller Regel vor dem Schiedsgericht auszutragen. Bei den institutionellen Schiedsregeln sind die WR 2013 hervorzuheben, welche die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für letztgenannten Anspruch *expressis verbis* in Art 42 Abs 4 WR 2013 verankert haben. Diese Regelung ist iS einer Klarstellung zu begrüßen.

Die aufgrund der Schiedsvereinbarung bestehende Pflicht der säumigen Partei an der Beteiligung des Kostenvorschusses kann von der nicht säumigen Partei alternativ mit Leistungsklage geltend gemacht werden, vorausgesetzt dass diese nicht den Anteil der säumigen Partei übernommen hat. Zuständig ist hierfür wiederum das Schiedsgericht und nicht ein staatliches Gericht. Der von der nicht säumigen Partei erlegte Kostenvorschuss reicht in aller Regel für die Finanzierung dieses Zwischenverfahrens aus.

Auf der Ebene der Beziehungen zwischen Parteien und einer Schiedsinstitution ist zu beachten, dass Schuldner der Einschreibgebühr, die bei Verfahrenseinleitung fällig ist, nur der Kläger ist. Wird diese nicht bezahlt, kann die Schiedsinstitution diesen Anspruch nicht einklagen, aber ihre Leistungen zurückhalten. Die Nichtbezahlung hat nicht nur Auswirkungen auf das Verfahren, sondern auch auf den Schiedsorganisationsvertrag, der dadurch beendet wird. Gleiches gilt für den Kostenvorschuss und die Auswirkungen auf Verfahren und Schiedsorganisationsvertrag bei Säumnis beider Parteien, mit dem wesentlichen Unterschied, dass Schuldner des Kostenvorschusses beide Parteien sind.

VI. Versäumnungsentscheidung im Schiedsverfahren

A. Problemstellung

Wenn eine beklagte Partei vom Verfahren gehörig in Kenntnis gesetzt wurde, kann sie sich dazu entscheiden, auf die Teilnahme an einem Verfahren zu verzichten und zwar entweder von Beginn an oder nach Fortschreiten des Verfahrens und anfänglicher Teilnahme daran. Dies kann etwa daran liegen, dass die Partei finanziell nicht in der Lage ist, an einem Verfahren teilzunehmen, oder, sie kann ein solches Vorgehen aus prozesstaktischen Gründen wählen. Ein weiterer Grund kann darin liegen, dass sich eine Partei der Rechtsnatur einer Schiedsvereinbarung oder eines Schiedsverfahrens und allfälliger Konsequenzen einfach nicht bewusst ist. Staaten scheinen oft bewusst die Entscheidung zu treffen, sich nicht an einem Verfahren zu beteiligen, weil diese sich durch den Schutz der Immunität vor allfälligen Vollstreckungshandlungen sicher fühlen.⁸⁵⁷

Im Folgenden wird daher untersucht, ob und falls ja, unter welchen Bedingungen, ein Versäumnungsschiedsspruch in diesen Situationen erlassen werden kann. Hierbei wird Bezug auf gesetzliche Regelungen, institutionelle Schiedsordnungen und die Parteienautonomie genommen. Unter einem Versäumnungsschiedsspruch wird ein Schiedsspruch verstanden, der allein auf dem Vorbringen der nicht säumigen Partei beruht, deren tatsächliches Vorbringen für wahr zu halten ist, es sei denn, die vorgelegten Beweise widerlegen dieses, und auf dessen Grundlage wiederum über das Klagebegehren zu erkennen ist.

Im österreichischen Zivilprozess ist ein Versäumnungsurteil nach § 396 ZPO – wirksame Zustellung der Ladung zur Tagsatzung bzw des Auftrags zur Klagebeantwortung vorausgesetzt – nur solange zulässig, als sich die säumige Partei noch nicht in den Streit eingelassen hat.⁸⁵⁸ Im Unterschied dazu beziehen sich die folgenden Ausführungen für das Schiedsverfahren auch auf eine Säumnis nach Streiteinlassung.

⁸⁵⁷ Vgl etwa *Born*, Arbitration 2297.

⁸⁵⁸ Zu Streiteinlassung im staatlichen Zivilprozess vgl exemplarisch *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 722 ff.

Auch wenn die Nichtteilnahme der beklagten Partei den Standardfall darstellt, kann sich auch ein Kläger nach Verfahrenseinleitung dazu entscheiden, am Verfahren nicht mehr teilzunehmen. Die diesbezüglichen gesetzlichen Regelungen und Bestimmungen in den einzelnen Schiedsordnungen (unter Berücksichtigung der Parteienautonomie) werden aufgrund des Umstandes, dass es sich hierbei um den selteneren Fall handelt, erst nach der Abhandlung über die Bestimmungen der Säumnis des Beklagten behandelt (Kap VI.D.).

B. Grundlage: Das Versäumnungsurteil

In den Materialien zur Stammfassung der ZPO wird der Grund für die Einführung eines Versäumnungsurteils deutlich zum Ausdruck gebracht, wenn es dort heißt, *„[w]enn der Kläger die von ihm angebrachte Klage im Stiche lässt, indem er gleich bei der ersten Tagsatzung nicht erscheint, so wird anzunehmen sein, dass er auf eine gerichtliche Verfolgung seines Anspruches verzichte, und es soll daher die Klage auf Antrag des Beklagten als zurückgenommen behandelt werden.“*^{859 860 861} Bezüglich

⁸⁵⁹ Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen I (1897) – Materialien II 330.

⁸⁶⁰ § 396 ZPO lautete in der Stammfassung wie folgt:

„Wenn die erste Tagsatzung vom Kläger oder vom Beklagten versäumt wird, so ist das auf den Gegenstand des Rechtsstreites bezügliche thatsächliche Vorbringen der erschienenen Partei, soweit dasselbe nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird, für wahr zu halten und auf dieser Grundlage auf Antrag der erschienenen Partei über das Klagebegehren durch Versäumnungsurtheil zu erkennen.“

⁸⁶¹ § 398 ZPO lautete in der Stammfassung wie folgt:

„(1) Wurde vom Beklagten die Klagebeantwortung nicht rechtzeitig überreicht, so kann der Kläger die Erlassung des Versäumnungsurteils in der Hauptsache (§ 396) beantragen. Der Vorsitzende des Senats hat darüber als Einzelrichter binnen acht Tagen ohne Anberaumung einer Verhandlung zu erkennen. Der § 397a ist sinngemäß anzuwenden, wenn der Beklagte bei der ersten Tagsatzung nicht durch einen Rechtsanwalt vertreten war.

(2) Hat jedoch der Beklagte bei der ersten Tagsatzung die Einrede der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit oder rechtskräftig entschiedenen Streitsache erhoben und wurde eine abgesonderte Verhandlung über diese Einrede angeordnet (§ 260), so kann der Kläger nach Verwerfung der Einreden die Erlassung des Versäumnungsurteils in der Hauptsache beantragen. Wurde eine abgesonderte Verhandlung über diese Einreden nicht angeordnet, so kann der Kläger zunächst nur die Anberaumung einer Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung beantragen. Die Streitverhandlung hat sich in diesem Falle auf die bezeichneten Einreden zu beschränken. Werden sie verworfen, so ist sogleich auf weiteren Antrag des Klägers in der Hauptsache Versäumnungsurteil zu erlassen (§ 396).

der Säumnisfolge für die Beklagten wird weiters ausgeführt, „[w]enn er [gemeint: der Beklagte] in voller Kenntnis des vom Kläger behaupteten Anspruchs und der für diesen Anspruch geltend gemachten Umstände bei der ersten Tagsatzung nicht erscheint, so liegt eben in diesem Thatbestande ein genügendes Substrat, um in Einklange mit der bestehenden Gesetzgebung hier den Grundsatz zu realisieren, dass das Nichterscheinen zur Unterstellung eines Zugeständnisses der angeführten Thatumstände berechtige. In diesen Thatumständen ist zugleich für die richterliche Urtheilsschöpfung eine entsprechende Grundlage gegeben, und es wird daher vom Kläger solchenfalls in Übereinstimmung mit dem bisherigen Rechte die Erlassung eines Versäumungsurtheiles im Sinne einer meritorischen Entscheidung über den Klageanspruch begehrt werden können. Aber die Annahme eines Zugeständnisses kann nicht weiter reichen, als das dem Beklagten vor der ersten Tagsatzung mitgetheilte Thatsachenmaterial;“⁸⁶²

Hinsichtlich einer nicht eingebrachten Klagebeantwortung führen die Materialien aus, dass diese Erwägungen im Grunde ebenfalls zuträfen. Auch in dieser Situation fehle es an einer annähernd ähnlich substantiierten Äußerung über den Anspruch, wie es die Klage ist. Obwohl der Beklagte in der (damals und bis zur ZVN 2002 noch vorgesehenen) ersten Tagsatzung seine Absicht, sich in den Streit einzulassen geäußert habe, lasse er es an dem ersten der zur Verwirklichung dieser Absicht nötigen Schritte fehlen.^{863 864}

Die Materialien zur ZVN 2002, welche die Stammfassung des Versäumungsurtheiles erstmals seit Einführung reformierte⁸⁶⁵, führen als Begründung für

(3) Das Erscheinen des Beklagten zur anberaumten Tagsatzung steht der Erlassung des Versäumungsurtheils nicht entgegen; auf mündliches Vorbringen des Beklagten, das die Hauptsache betrifft, ist bei der Erlassung des Versäumungsurtheils kein Bedacht zu nehmen.

(4) Das Ausbleiben des Klägers von der auf seinen Antrag anberaumten Tagsatzung hat das Ruhen des Verfahrens zur Folge. Der Beklagte kann weder die Erlassung eines Versäumungsurtheils noch die Erstreckung der Tagsatzung zur Aufnahme der Verhandlung in der Hauptsache beantragen.“

⁸⁶² Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen I (1897) – Materialien II 330 f.

⁸⁶³ Materialien zu den neuen österreichischen Civilprozessgesetzen I (1897) – Materialien II 331.

⁸⁶⁴ Bis zur ZVN 2002 wurde einem Beklagten erst nach einer ersten Tagsatzung mit Beschluss der Auftrag zur Klagebeantwortung erteilt, wenn sich die Anordnung einer Streitverhandlung als notwendig erwies, also wenn der Beklagte in der ersten Tagsatzung das Vorbringen des Klägers bestritt (§ 243 Abs 1 ZPO idF vor der ZVN 2002). Nur wenn nach der Klage anzunehmen war, dass sich der Beklagte in den Rechtsstreit einlassen wird, konnte ohne Anberaumung einer ersten Tagsatzung die Beantwortung der Klage aufgetragen werden (§ 243 Abs 4 ZPO idF vor der ZVN 2002). Vgl hierzu *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht³ Rz 441 ff; *Holzhammer*, Zivilprozessrecht² 204 f.

⁸⁶⁵ Dies war bedingt durch die Abschaffung der ersten Tagsatzung (§ 239 aF ZPO).

die Möglichkeit der Fällung eines Versäumnisurteils nach Klage bzw Klagebeantwortung gegen eine Partei, die zur vorbereitenden Tagsatzung nicht kommt (§396 Abs 2 ZPO) – somit noch kein mündliches Vorbringen erstatten konnte – aus, dass eine Partei (nur zur Verdeutlichung: diese Säumnisfolge kann daher auch einen Kläger treffen) „damit zu verstehen [gibt], dass sie an ihrem – schriftlich eingebrachten – Urteilsbegehren nicht mehr interessiert ist. Das Vorbringen des Gegners kann daher für wahr gehalten werden.“⁸⁶⁶ Diese Begründung steht in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung⁸⁶⁷, welches aber dadurch einigermaßen abgefedert wird, dass das Vorbringen nicht durch die vorgelegten Beweise widerlegt sein darf.^{868, 869} Zu beachten ist aber, dass das Gericht nur an das „tatsächliche Vorbringen“ gebunden ist, also das Tatsachenvorbringen, jedoch nicht in seiner rechtlichen Beurteilung beschränkt ist und somit die Schlüssigkeit prüfen muss.⁸⁷⁰

Auch die dZPO kennt ein sog Versäumnisurteil, welches sich jedoch wesentlich vom Versäumnisurteil nach österreichischer Prägung unterscheidet. Daher bietet es sich an dieser Stelle an, kurz auf die Unterschiede einzugehen: § 330 dZPO⁸⁷¹ sieht als Voraussetzung der Erlassung eines Versäumnisurteils⁸⁷² ein Nichterscheinen des korrekt geladenen Klägers bei der mündlichen Verhandlung und einen Antrag auf

⁸⁶⁶ ErläutRV 962 BlgNr 21. GP 39.

⁸⁶⁷ Rechberger führt zutr zum Versäumnisurteil allgemein aus, dass dieses „in auffallendem Widerspruch zu dem sonst die Stoffsammlung beherrschenden abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz“ steht, Rechberger in Rechberger⁴ Vor § 396 Rz 1.

⁸⁶⁸ Vgl hierzu Rechberger in Rechberger⁴ §§ 396-397 Rz 3; Deixler-Hübner in Fasching/Konecny² III § 396 ZPO Rz 14.

⁸⁶⁹ Nach hM enthebt die Säumniswirkung im Tatsachenbereich „nur von der Beweisführung der im Zeitpunkt des Säumnisfalles noch beweisbedürftigen Tatsachen. Sind dagegen vorgebrachte Tatsachen im Zeitpunkt des Säumnisfalls **nicht beweisbedürftig**, weil sie – bzw das Gegenteil davon – **offenkundig** oder **gerichtsbekannt** (§ 269 ZPO) sind, dann ist für die Säumniswirkungen bezüglich dieser Tatsachen kein Raum mehr. Gleiches gilt auch im Fall, dass die aufgestellten Behauptungen durch bereits der Klage beiliegende oder vom Gericht beigeschaffte und aufgenommene Beweismittel widerlegt sind. Trotz abweichenden Vorbringens der erschienenen Partei sind diese Tatsachen dem Urteil zugrunde zu legen.“, Deixler-Hübner in Fasching/Konecny² III § 396 ZPO Rz 14.

⁸⁷⁰ Rechberger in Rechberger⁴ §§ 396-397 Rz 8; Deixler-Hübner in Fasching/Konecny² III § 396 ZPO Rz 7.

⁸⁷¹ § 330 dZPO lautet wie folgt: „Erscheint der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht, so ist auf Antrag das Versäumnisurteil dahin zu erlassen, dass der Kläger mit der Klage abzuweisen ist.“

⁸⁷² Bei dem Ausdruck „Versäumnisurteil“ handelt es sich um die deutsche Bezeichnung für ein „Versäumnisurteil“ österreichischer Diktion.

Erlassung eines Versäumnisurteils der gegnerischen Partei vor. § 331 Abs 1 dZPO⁸⁷³ wiederum sieht vor, dass bei Nichterscheinen des Beklagten ein Versäumnisurteil auf Antrag des Klägers zu erlassen ist. Im Falle der Säumnis des Klägers verliert der Kläger – auf Antrag des Beklagten – den Rechtsstreit, und wird so behandelt, „*als hätte er auf den mit der Klage geltend gemachten Anspruch verzichtet*.“⁸⁷⁴ Ist der Beklagte säumig, wird auf Antrag des Klägers an die Wirkungen eines Geständnisses angeknüpft, wie aus § 331 Abs 1 Satz 1 dZPO ersichtlich ist.^{875, 876} Dies bedeutet im letzten Fall, dass nach deutscher Rechtslage – zur vergleichbaren österreichischen hM sogleich – nicht eine fiktive Anerkennung des Klagsanspruchs erfolgt, sondern ein Geständnis hinsichtlich der vom Kläger vorgetragenen Tatsachen angenommen wird.⁸⁷⁷ Die Geständnisfiktion im Säumnisfall des Beklagten wird zumindest von *Fasching* für die österreichische Rechtslage unterschiedlich beurteilt. Dieser geht im Falle der Säumnis entweder des Klägers oder des Beklagten davon aus, dass aus dem Wortlaut des § 396 ZPO aF – welcher diesbezüglich inhaltlich der geltenden Rechtslage entspricht –, nämlich aus „*für wahr zu halten*“, zu folgern sei, dass dies keine „*Wahrfiktion*“ bedeute, sondern lediglich, dass dadurch dem Vorbringen seine Beweisbedürftigkeit genommen werde.^{878, 879} Zum Teil leitet die Lehre hingegen (auch) aus der österreichischen

⁸⁷³ § 331 dZPO lautet wie folgt:

„(1) Beantragt der Kläger gegen den im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht erschienenen Beklagten das Versäumnisurteil, so ist das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers als zugestanden anzunehmen. Dies gilt nicht für Vorbringen zur Zuständigkeit des Gerichts nach § 29 Abs. 2, § 38.

(2) Soweit es den Klageantrag rechtfertigt, ist nach dem Antrag zu erkennen; soweit dies nicht der Fall, ist die Klage abzuweisen.

(3) Hat der Beklagte entgegen § 276 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 nicht rechtzeitig angezeigt, dass er sich gegen die Klage verteidigen wolle, so trifft auf Antrag des Klägers das Gericht die Entscheidung ohne mündliche Verhandlung; dies gilt nicht, wenn die Erklärung des Beklagten noch eingeht, bevor das von den Richtern unterschriebene Urteil der Geschäftsstelle übermittelt ist. Der Antrag kann schon in der Klageschrift gestellt werden. Eine Entscheidung ohne mündliche Verhandlung ist auch insoweit zulässig, als das Vorbringen des Klägers den Klageantrag in einer Nebenforderung nicht rechtfertigt, sofern der Kläger vor der Entscheidung auf diese Möglichkeit hingewiesen worden ist.“

⁸⁷⁴ Grunsky in Stein/Jonas²² V Vor § 330 Rz 2; vgl zum Versäumnisurteil nach § 330 dZPO näher Grunsky in Stein/Jonas²² V § 330 Rz 1 ff.

⁸⁷⁵ Grunsky in Stein/Jonas²² V Vor § 330 Rz 2; vgl zum Versäumnisurteil nach § 331 dZPO näher Grunsky in Stein/Jonas²² V § 331 Rz 1 ff.

⁸⁷⁶ Zu der Alternative einer Entscheidung nach Aktenlage anstatt eines Versäumnisurteils vgl § 331a dZPO, Grunsky in Stein/Jonas²² V Vor § 330 Rz 24 und § 331a Rz 1 ff; Prütting in Krüger/Rauscher⁴ I § 331a Rz 1 ff und sogleich.

⁸⁷⁷ Vgl hierzu Grunsky in Stein/Jonas²² V § 331 Rz 2.

⁸⁷⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1397.

Bestimmung des § 396 ZPO eine Geständnisfiktion ab⁸⁸⁰, manche zusätzlich eine Präklusionswirkung dahingehend, dass der Säumige von jeglichem Sachvorbringen ausgeschlossen ist.⁸⁸¹

Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem österreichischen Versäumnungsurteil und dem Versäumnisurteil nach deutscher Rechtslage ist jedenfalls, dass gem § 332 dZPO ein Versäumnisurteil auch nach Streiteinlassung möglich ist. *Leg cit* bestimmt nämlich, dass als Verhandlungstermin im Sinne der Paragraphen §§ 330 ff dZPO auch diejenigen Termine anzusehen sind, auf welche eine mündliche Verhandlung vertagt bzw die zur Fortsetzung der Verhandlung bestimmt wird.

⁸⁷⁹ *Sperl* lehnt – obwohl zur alten Rechtslage, lässt sich seine Meinung aufgrund der Gleichartigkeit auf die derzeitige Rechtslage anwenden – sämtliche Theorien zur Geständnisfiktion ab und geht sogar weiter: „Es [gemeint: das Versäumnungsurteil] beruht weder darauf, dass die Gegenpartei durch ihre Untätigkeit die Ansprüche der tätigen Partei stillschweigend auf sich nimmt, noch darauf, dass sie durch ihr Ausbleiben deren Tatsachenvorbringen zugesteht, noch endlich darauf, dass die nicht erschienene Partei wegen Ungehorsams gegenüber der Ladung des Richters durch Prozessverlust bestraft würde. Sämtliche Theorien, die das Urteil in *contumaciam* (das Versäumnungsurteil) aus einer Fiktion – des Anerkenntnisses, des Geständnisses, der Unterwerfung unter einen ungünstigen Richterspruch – erklären wollten, sind ebenso abzulehnen, wie jene, die in der *contumacia* des heutigen Rechtes eine Ungehorsamsstrafe erblickt. Wie der Richter grundsätzlich auf Behauptungen hin entscheidet und nur im Widerspruchsfalle auf Grund von Beweisen, so entscheidet er in einem Versäumnungsfalle ebenso, aber da nur eine Partei zu ihm spricht, auf Grund dieser einseitigen Vorbringungen und nur über den Urteilsantrag dieser einen Partei. Darin liegt der positive Untergrund, auf dem das Versäumnungsurteil errichtet wird, es ist nicht nötig, auch sachlich unrichtig, einen weiteren Untergrund zu konstruieren und zu fingieren. Die ferngebliebene Partei war nicht verpflichtet zu kommen: sie übte ihr gutes Recht aus, wenn sie der Klage keinen Widerstand leistete und das Urteil, wie es der Gegner begehrt, über sich ergehen lässt. Der Untätige übt keinen Ungehorsam, er gesteht nichts zu, er anerkennt nichts.“ Als Beweis hierfür führt *Sperl* § 397 ZPO Abs 1 aF an, in welchem geregelt war, dass auf schriftliche Aufsätze, welche die ausgebliebene Partei eingesendet hat, kein Bedacht zu nehmen ist. Auch wenn es diese Bestimmung in dieser Form nicht mehr gibt, kann – möchte man der Ansicht *Sperls* folgen – dieses Argument noch immer verwendet werden, da die bisher in § 397 Abs. 1 ZPO aF enthaltene Bestimmung, im Hinblick auf das in § 396 Abs. 2 explizit normierte Erfordernis der mündlichen Streiteinlassung in der vorbereitenden Tagsatzung als Doppelregelung überflüssig wurde (vgl ErläutRV 962 BlgNr 21. GP 40). Dass auf sonstige schriftliche Aufsätze, welche die säumige Partei eingesendet hat, kein Bedacht zu nehmen ist, ergibt sich auch – wie *Simotta* in *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 861 FN 51 zutr ausführt – daraus, „dass das Versäumnungsurteil auf Grundlage des für wahr zu haltenden Vorbringens der nicht säumigen Partei zu erlassen ist.“ *Sperl* führt weiter aus: „Säumnisfolge ist nicht das Urteil, sondern nur die kraft ZPO. 144 eintretende Ausschlusswirkung (Präklusion) des Säumigen vom prozessualen Handeln. Erst der nun folgende, gesetzlich (396, 398) erforderter Urteilsantrag der tätigen Partei ist die Grundlage der Entscheidung, die der Richter mit dem Namen Versäumnungsurteil spricht. Dieses hat also seinen inhaltlichen Untergrund nicht in dem Ausbleiben, in einem leeren Nichtgeschehen, das in ein Gestehen, Anerkennen, in einem Ungehorsam umzudeuten, weder ein Bedürfnis vorliegt, noch eine sachliche Berechtigung.“ S *Sperl*, Lehrbuch 490 f.

⁸⁸⁰ *Holzhammer*, Zivilprozessrecht² 279, der darauf hinweist, dass von dieser Geständnisfiktion „alle Behauptungen, die durch vorliegende Beweise (zB Urkunden, Ergebnisse eines früheren Verfügungs- oder Beweissicherungsverfahrens) oder durch offenkundige Tatsachen widerlegt sind“, ausgenommen sind; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*² III § 396 ZPO Rz 14.

⁸⁸¹ *Fasching*, Kommentar III 613 mwN; *Rechberger* in *Rechberger*⁴ §§ 396-397 Rz 2. *Rechberger* weist aaO darauf hin, dass durch die Präklusionswirkung jede Beweisaufnahme ausgeschlossen ist.

Erscheint somit eine Partei zu einem weiteren Verhandlungstermin nicht, dann treten die Säumnisfolgen „ohne Rücksicht auf den Inhalt der früheren kontradiktorischen Verhandlung“⁸⁸² ein. Dies bedeutet, dass alles – das bisher Vorgebrachte und alle Verhandlungsergebnisse –, was vor dem versäumten Verhandlungstermin stattgefunden hat, missachtet und so behandelt wird, als ob es nie vorgefallen wäre.^{883, 884} Alternativ zum Versäumnisurteil besteht nach der dZPO die Möglichkeit der Beantragung einer Entscheidung nach Aktenlage (§ 331a dZPO). Diese Entscheidung kann nicht mit Einspruch, sondern nur mit Berufung und Revision bekämpft werden, und bietet somit eine gewisse Möglichkeit der Verfahrensbeschleunigung. Zu beachten ist, dass bei der Entscheidung nach Aktenlage der gesamte bisherige Prozessstoff, also auch das Vorbringen der säumigen Partei⁸⁸⁵, berücksichtigt wird.⁸⁸⁶ Eine Möglichkeit, die dieser Entscheidungsvariante in etwa entspricht⁸⁸⁷, gab es vor der ZVN 2002 auch in Österreich mit dem sog unechten Versäumnisurteil nach § 399 ZPO.⁸⁸⁸ Ein solches war möglich, wenn die säumige Partei eine Tagsatzung versäumte, also sich bereits in den Streit eingelassen hatte. Jedoch musste das bisher Vorgebrachte aller Parteien, also auch der säumigen, berücksichtigt werden⁸⁸⁹, weshalb von keinem Versäumnisurteil im technischen Sinn gesprochen werden konnte.⁸⁹⁰

⁸⁸² Grunsky in Stein/Jonas²² V § 332 Rz 1.

⁸⁸³ Grunsky in Stein/Jonas²² V § 332 Rz 1. Zu den Einschränkungen vgl aaO Rz 2.

⁸⁸⁴ Die säumige Partei hat nach §§ 338 f dZPO die Möglichkeit eines Einspruchs, der mit dem Widerspruch nach § 397a, 442a ZPO vergleichbar ist. Vgl hierzu Grunsky in Stein/Jonas²² V § 338 Rz 1 ff und § 339 Rz 1 ff. Grunsky weist darauf hin, dass mit dem Rechtsbehelf des Einspruchs zur Beseitigung der Säumnisfolge die Gefahr verbunden ist, dass eine an einer Verzögerung des Zivilprozesses interessierte Partei wiederholt ohne Risiko den Fortgang des Verfahrens aufhalten könne. Selbst die Möglichkeit der vorläufigen Vollstreckung des Versäumnisurteils biete nicht genug Anreiz, eine an einer Verzögerung interessierten Partei zur Prozessförderung zu bewegen, weshalb Grunsky die derzeitige Ausformung des deutschen Versäumnisurteils ablehnt. S hierzu Grunsky in Stein/Jonas²² V Vor § 330 Rz 2. Krit auch Prütting in Krüger/Rauscher⁴ § 330 Rz 2.

⁸⁸⁵ Grunsky in Stein/Jonas²² V § 331a Rz 7.

⁸⁸⁶ S hierzu Grunsky in Stein/Jonas²² V § 331a Rz 1 ff; Prütting in Krüger/Rauscher⁴ I § 331a Rz 1 ff.

⁸⁸⁷ Im Unterschied zu § 331a dZPO forderte § 339 ZPO nicht, dass der Sachverhalt hinreichend geklärt erscheint, vgl Grunsky in Stein/Jonas²² V § 331a Rz 6; Prütting in Krüger/Rauscher⁴ I § 331a Rz 11.

⁸⁸⁸ S hierzu Fasching, Lehrbuch² Rz 1409 ff; Holzhammer, Zivilprozessrecht² 281 f.

⁸⁸⁹ Fasching, Lehrbuch² Rz 1409; Holzhammer, Zivilprozessrecht² 281.

⁸⁹⁰ Fasching, Kommentar III 613.

C. Versäumungsschiedsspruch

1. Gesetzliche Grundlagen

Eine gesetzliche Regelung der Säumnisfolge bei nicht rechtzeitiger Erstattung der Klage, Klagebeantwortung oder Versäumung einer anderen Verfahrenshandlung findet sich in § 600 ZPO.

Abs 1 *leg cit* behandelt den Fall, dass der Kläger nach Verfahrenseinleitung seine Klage nicht einbringt. In dieser Situation ist ein Versäumnungsurteil – auch ein abweisendes – nicht denkbar, da der Streitgegenstand noch nicht definiert ist und somit ein Schiedsgericht keine inhaltliche Entscheidung treffen kann. Auf die Bestimmung des § 600 Abs 1 ZPO wird noch im Zusammenhang mit der Säumnis des Klägers nach Verfahrenseinleitung eingegangen werden.⁸⁹¹

§ 600 Abs 2 ZPO regelt den Fall, dass der Beklagte nicht fristgerecht seine Stellungnahme zum Begehren des Klägers und zu den Tatsachen, auf welche der Kläger sein Begehren stützt, beim Schiedsgericht einbringt. Gem *leg cit* hat das Schiedsgericht in diesem Fall das Verfahren fortzusetzen, ohne dass allein wegen der Versäumung das Vorbringen des Klägers für wahr zu halten ist.⁸⁹² Aufgrund dieses Wortlauts ist ein Versäumungsschiedsspruch auf Antrag des Klägers nicht möglich. Anderes gilt nur dann, wenn die Parteien Abweichendes vereinbart haben.⁸⁹³ Somit können die Parteien ein Schiedsgericht aufgrund der Parteienautonomie ermächtigen, ein Versäumnungsurteil nach dem Vorbild der §§ 396 ff ZPO zu erlassen. Auf die hM und ob der Parteiautonomie diesbezüglich Grenzen gesetzt sind, wird im Folgenden noch näher eingegangen werden. Das eben Gesagte gilt auch für die Versäumung anderer Verfahrenshandlungen, etwa bezüglich der Versäumung der ersten mündlichen Verhandlung nach Erstattung einer Klagebeantwortung. Auch hier ist dem Gesetzeswortlaut zufolge ein Versäumnungsurteil nach dem Vorbild des § 396 Abs 2 ZPO nur möglich, wenn die Parteien entsprechendes vereinbart haben.

⁸⁹¹ Vgl Kap VI.D.

⁸⁹² Wie *Reiner* darstellt, gilt dies auch sinngemäß für das Vorbringen des Beklagten, obwohl der Text nur vom Vorbringen des Klägers spricht, *Reiner*, Schiedsrecht § 600 Anm 131.

⁸⁹³ AA offensichtlich *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 20-271.

Die ErläutRV halten sich hinsichtlich § 600 Abs 2 ZPO knapp. Es wird in diesen lediglich ausgeführt, dass „[ü]bereinstimmend mit dem Modellgesetz und auch der Regelung in der dZPO (...) angeordnet (wird), dass die Säumnis des Beklagten Stellung zu nehmen oder die Versäumung einer sonstigen Verfahrenshandlung (des Klägers oder des Beklagten) auf den Fortgang des Schiedsverfahrens keinen Einfluss hat. Klargestellt wird auch – Art. 25 lit b. Modellgesetz folgend – dass nur aufgrund der Säumnis nicht davon ausgegangen werden darf, dass das Vorbringen des Gegners für wahr zuhalten ist (vgl § 396 ZPO). Die Säumnisbestimmung ist dispositives Recht, sodass die Parteien auch vereinbaren können, dass im Fall der Säumnis auch eine Säumnisentscheidung, also ein Schiedsspruch ergehen kann. Nach geltendem Recht (§ 587 Abs. 2) wäre dies nicht möglich. Erstattet also der Beklagte die Klagebeantwortung nicht, so ist eine Entscheidung des Schiedsgerichts, die sich ausschließlich auf die Säumnis bezieht, nicht zulässig, es sei denn, die Parteien haben derartiges vereinbart. Das Schiedsgericht hat daher über das Vorbringen des Klägers zu verhandeln, allenfalls auch Beweis aufzunehmen. Eine sofortige Entscheidung ist zwar nicht ausgeschlossen, kann aber jedenfalls nicht auf die Säumnis allein gestützt werden.“⁸⁹⁴

Hinzuweisen ist noch darauf, dass die Bestimmung des § 600 Abs 2 vorletzter Satz ZPO überflüssig und auch etwas verunglückt ist, weil das „kann“ als „muss“ zu lesen ist.⁸⁹⁵

Ganz ähnlich – was aufgrund der Tatsache, dass sowohl das österreichische als auch das deutsche Schiedsrecht dem ModG nachgebildet sind, wenig überrascht (vgl Art 25 ModG) – regelt die dZPO die Säumnis der Parteien im Schiedsverfahren. Einschlägig ist § 1048 dZPO, wobei auch hier der Abs 1 den Fall regelt, dass der Kläger seine Klage nicht fristgerecht einbringt. § 1048 Abs 2 dZPO⁸⁹⁶ enthält die Regelung,

⁸⁹⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 20.

⁸⁹⁵ Reiner, Schiedsrecht § 600 Anm 132; Platte in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 386 Rz 10; Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 600 ZPO Rz 44.

⁸⁹⁶ § 1048 Abs 2 dZPO lautet wie folgt:

Versäumt es der Beklagte, die Klage nach § 1046 Abs. 1 zu beantworten, so setzt das Schiedsgericht das Verfahren fort, ohne die Säumnis als solche als Zugeständnis der Behauptungen des Klägers zu behandeln.“

dass bei Versäumung der Klagebeantwortung, das Verfahren fortzusetzen ist, „ohne die Säumnis als solche als Zugeständnis der Behauptungen des Klägers zu behandeln.“ Die Bestimmung des § 1048 Abs 3 dZPO regelt die Folgen der Versäumung einer mündlichen Verhandlung.⁸⁹⁷ Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage, welche die Versäumung der Klagebeantwortung und Versäumung einer anderen Verfahrenshandlung, somit auch einer mündlichen Verhandlung, gleich behandelt, kann nach dem Wortlaut der deutschen Regelung ein Schiedsgericht das Verfahren bei Versäumung einer Verhandlung fortsetzen.⁸⁹⁸ § 1048 Abs 4 zweiter Satz dZPO regelt wie auch die Parallelbestimmung des § 600 ZPO, dass die Parteien eine von der gesetzlichen Regelung abweichende Vereinbarung treffen können.⁸⁹⁹

2. (Aktueller) Meinungsstand

Noch zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 meint *Fasching*, dass ein echter Versäumnisschiedsspruch analog zu den §§ 396, 398, 442 Abs 1 und 2 ZPO aF⁹⁰⁰ nicht möglich sei. *Fasching* begründet dies mit der positiven Anordnung des § 587 Abs 2 ZPO aF⁹⁰¹ – dieser lautete wie folgt: „Wenn sich eine Partei in die Verhandlung vor den Schiedsrichtern nicht einlässt, ist mit der anderen Partei allein zu

⁸⁹⁷ § 1048 Abs 3 dZPO lautet wie folgt:

„Versäumt es eine Partei, zu einer mündlichen Verhandlung zu erscheinen oder innerhalb einer festgelegten Frist ein Dokument zum Beweis vorzulegen, so kann das Schiedsgericht das Verfahren fortsetzen und den Schiedsspruch nach den vorliegenden Erkenntnissen erlassen.“

⁸⁹⁸ Vgl zu der Ansicht, dass das Wort „kann“ die Verfahrensführung nicht in das Ermessen des Schiedsgerichts legt *Schlosser in Stein/Jonas*²² IX § 1048 Rz 4; *Schlosser in Stein/Jonas*²³ X § 1048 Rz 4; und Kap VI.C.2.

⁸⁹⁹ § 1048 Abs 4 dZPO lautet wie folgt:

„Wird die Säumnis nach Überzeugung des Schiedsgerichts genügend entschuldigt, bleibt sie außer Betracht. Im Übrigen können die Parteien über die Folgen der Säumnis etwas anderes vereinbaren.“

⁹⁰⁰ Die §§ 396, 398, 442 ZPO wurden im Zuge der ZVN 2002, BGBl 76/2002, zwar geändert, weil durch den Entfall der ersten Tagsatzung eine Umgestaltung notwendig wurde. Zusätzlich wurde das Versäumnisurteil auf die Fälle ausgedehnt, in denen der Kläger oder der Beklagte nach Klage und Klagebeantwortung zur vorbereitenden mündlichen Streitverhandlung (also zur ersten Tagsatzung der mündlichen Streitverhandlung) nicht erscheint. S ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 38 ff. An den Voraussetzungen, also dass eine Partei säumig (iS von Nichterscheinen vor Streiteinlassung) sein muss, und dass auf Antrag der nicht säumigen Partei ein Versäumnisurteil zu fällen ist, dem das Vorbringen einer Partei zugrunde gelegt wird, wenn dies nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt ist, hat sich nichts geändert.

⁹⁰¹ Dieser Argumentation folgte der Gesetzgeber in den Materialien zum SchiedsRÄG 2006, s oben VI.B.

verhandeln“ – und dem „inneren Zusammenhang mit § 587 Abs 1 ZPO“, welcher bestimmte, dass „[d]ie Schiedsrichter (...) vor Erlassung des Schiedsspruches die Parteien zu hören und den dem Streite zugrunde liegenden Sachverhalt zu ermitteln (haben)“. Daraus ergebe sich auch, dass die Möglichkeit einer Säumnisentscheidung nicht in der Disposition der Parteien (und der Schiedsrichter) liege.⁹⁰²

Hingegen ist *Fasching* zur alten Rechtslage der Ansicht, dass ein Schiedsgericht bei Nichterscheinen einer Partei zu einer mündlichen Verhandlung, aber nach Streiteinlassung⁹⁰³ und Sachvorbringen, analog § 399 ZPO aF⁹⁰⁴ – dort war das sog unechte Versäumnisurteil geregelt⁹⁰⁵ – vorgehen könne, jedoch müsse der nicht anwesende Gegner von einer allfälligen Änderung der Sachlage und der entscheidenden Beurteilungsgesichtspunkte, zu welchen dieser bisher noch nicht Stellung genommen hatte, verständigt werden, anderenfalls ein Aufhebungsgrund nach § 595 Z 2 ZPO aF⁹⁰⁶

⁹⁰² *Fasching*, Schiedsgericht 104 und 127.

⁹⁰³ *Fasching* spricht von „Sacheinlassung“, *Fasching*, Kommentar III 614.

⁹⁰⁴ § 399 ZPO aF lautete wie folgt:

„(1) Wenn nach rechtzeitig überreichter Klagebeantwortung die Tagsatzung zur mündlichen Streitverhandlung anberaumt wurde und eine der Parteien diese oder eine spätere zur mündlichen Streitverhandlung bestimmte Tagsatzung versäumt, so kann die erschienene Partei bei dieser Tagsatzung die Fällung des Urteiles beantragen. Bei der Urteilsfällung ist auf neues tatsächliches Vorbringen der erschienenen Partei, das mit dem Inhalte der von ihr überreichten Schriftsätze oder mit ihren früheren Erklärungen und tatsächlichen Angaben in Widerspruch steht, nur insoweit Bedacht zu nehmen, als dasselbe dem Gegner vor der Tagsatzung durch vorbereitenden Schriftsatz mitgeteilt wurde. Dagegen sind bei der Urteilsfällung nicht bloß die Ergebnisse vorausgegangener Beweisaufnahmen, sondern auch die früheren Erklärungen und tatsächlichen Angaben der nunmehr säumigen Partei zu berücksichtigen, insofern die letzteren in überreichten vorbereitenden Schriftsätzen, im Verhandlungsprotokolle und dessen Anlagen oder im Protokolle beauftragter oder ersuchter Richter beurkundet sind oder den Gegenstand einer vom Gerichte bei einer früheren Tagsatzung verfügten Beweisaufnahme bilden.

(2) Wird der Antrag, wegen Säumnis einer Partei in der Hauptsache das Urteil zu fällen, zu einer Zeit gestellt, da über die bei der ersten Tagsatzung angemeldeten Einreden der Unzulässigkeit des Rechtsweges, der Unzuständigkeit des Gerichtes, der Streitanhängigkeit oder Rechtskraft eine abgesonderte Verhandlung anhängig ist, so kann die Urteilsfällung erst nach Verwerfung dieser Einreden erfolgen.“

Im Zuge der ZVN 2002 wurde § 399 ZPO aF ersatzlos aufgehoben. Als Begründung wurde angeführt, dass „diese Bestimmung in teils wenig sachgerechter Weise die Sachentscheidung an prozesstaktische Überlegungen und an die Fähigkeit, das Ausreichen des bisherigen Prozessvorbringens für eine dem eigenen Rechtsstandpunkt Rechnung tragende Entscheidung in der Verhandlung ad hoc zu beurteilen“ anknüpft (ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 41 f).

⁹⁰⁵ S hierzu *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1409 ff.

⁹⁰⁶ § 595 Z 2 ZPO aF lautete wie folgt:

„(1) Der Schiedsspruch ist aufzuheben,

2. wenn der Partei, die die Aufhebung des Schiedsspruches begehrt, im Verfahren vor den Schiedsrichtern das rechtliche Gehör nicht gewährt wurde oder wenn sie, falls sie eines gesetzlichen Vertreters bedarf, in diesem Verfahren nicht durch einen solchen vertreten war, sofern nicht im letzten Fall die Prozeßführung nachträglich ordnungsgemäß genehmigt worden ist;“

vorliege.^{907, 908} Hierbei handelt es sich somit nicht um ein Versäumnungsurteil, jedoch sehr wohl um eine direkte Konsequenz der Säumnis, die es einem Schiedsgericht nicht ermöglicht, weitere Beweisaufnahmen zu verfügen, sondern nur einen Schiedsspruch auf Antrag einer Partei zu erlassen. Zusätzlich plädiert *Fasching* dafür, dass es den Parteien und den Schiedsrichtern möglich sei, Präklusionsfristen nach § 587 Abs 1 zweiter Satz ZPO aF⁹⁰⁹ zu vereinbaren bzw zu setzen. Nach deren Ablauf seien die befristeten Vorbringen oder Anträge ausgeschlossen.⁹¹⁰

Sperl ist im Unterschied zu *Fasching* 43 Jahre zuvor der Meinung, dass ein Versäumnungsschiedsspruch unter bestimmten Voraussetzungen möglich sei, nämlich dann, „wenn im Schiedsvertrag oder kraft durch die Richter getroffener Festsetzung (587, zweiter Satz) den Parteien die Vornahme bestimmter Prozeßhandlungen (z.B. einer schriftlichen Klagebeantwortung innerhalb einer Frist, das Erscheinen zur Schiedsverhandlung) ausdrücklich bei sonstiger Säumnisfolge nach ZPO. 396 vorgeschrieben worden ist. Solchen Falles könnte das Schiedsgericht die tatsächlichen Angaben der tätigen Partei dem Schiedsspruche ohne Prüfung ihrer Wahrheit zugrunde legen. Fehlt es aber an der Androhung dieser Säumnisfolgen, so kann das nicht

⁹⁰⁷ *Fasching*, Schiedsgericht 104 und 127.

⁹⁰⁸ An anderer Stelle erwähnt *Fasching*, dass im Unterschied zu § 396 ZPO aF, bei dem nur das Vorbringen der erschienenen Partei in die Entscheidung einfließt (echtes Versäumnungsurteil [*Fasching*, Kommentar III 613]), bei einem Urteil nach § 399 ZPO aF „der Forderung nach einer gerechten und möglichst vollständigen Entscheidung der Vorzug (...) gegenüber dem Streben nach rascher Formalerledigung (gegeben)“ wird (*Fasching*, Kommentar III 632).

Dies könnte dahingehend verstanden werden, dass ein echtes Versäumnungsurteil nicht gerecht sein müsse. Die Zulässigkeit eines Versäumnungsurteils bedeutet aber nicht, dass dieses nicht gerecht iSv rechtlich richtig sein muss. Einer Subsumption kann sich der Richter auch bei einem Versäumnungsurteil nicht entziehen. Dass sich das Gericht nicht von der Wahrheit der behaupteten Tatsachen überzeugen muss, wird dadurch eingeschränkt – so schon nach alter Rechtslage –, dass kein Versäumnungsurteil ergehen darf, wenn diese durch die vorgelegten Beweise widerlegt werden. Offenkundig unrichtiges iSv § 269 ZPO darf ebenfalls nicht für wahr gehalten werden, s hierzu etwa *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 861. § 396 ZPO versucht nur – und so ist *Faschings* Ansicht zu verstehen – einen Ausgleich zwischen Verfahrenseffizienz und Richtigkeit der Entscheidung zu schaffen, eine reine Formalerledigung ist das Versäumnungsurteil – zumindest nach dem Gesetzeswortlaut – nicht.

⁹⁰⁹ § 587 ZPO aF lautete wie folgt:

„(1) Die Schiedsrichter haben vor Erlassung des Schiedsspruches die Parteien zu hören und den dem Streite zugrunde liegenden Sachverhalt zu ermitteln. Das Verfahren wird, sofern durch den Schiedsvertrag oder eine nachträgliche schriftliche Vereinbarung der Parteien nichts anderes festgesetzt ist, von den Schiedsrichtern nach freiem Ermessen bestimmt.

(2) Wenn sich eine Partei in die Verhandlung vor den Schiedsrichtern nicht einlässt, ist mit der anderen Partei allein zu verhandeln.“

⁹¹⁰ *Fasching*, Schiedsgericht 104.

geschehen. Das Schiedsgericht hat laut ZPO. 587/2 mit der tätigen Partei allein zu verhandeln. Ob es nun deren Tatbehauptung beweislos annehmen oder Beweise dafür verlangen, also in eremodicio verhandeln will, steht in seinem Ermessen; die tätige Partei kann nicht den Anspruch erheben, daß die Schiedsrichter im Sinne des § 396 ZPO. ihre Behauptung, weil sie der Gegner seiner Untätigkeit wegen nicht widersprochen hat, „für wahr halten“.“⁹¹¹ Sperl ist somit der Ansicht, dass die Möglichkeit eines echten Versäumungsurteils nach der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 in der Disposition der Parteien und/oder des Schiedsgerichts liegt.

Hinsichtlich der Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruch hebt Oberhammer in seinen Erläuterungen zum Entwurf des SchiedsRÄG 2006 hervor, dass „[a]nders als nach bisherigem Recht ... der Ausschluss der Versäumungsentscheidung (...) dispositiv (ist).“⁹¹² Weiters erläutert Oberhammer, dass die Säumnis eines Beklagten keinerlei Geständnisfiktion habe, sondern die Bewertung der Säumnis Teil der freien Beweiswürdigung des Schiedsgerichts sei. Durch die Erwähnung im Gesetzestext, dass „allein wegen der Versäumung das Vorbringen [nicht] für wahr zu halten ist“ (Hervorhebung hinzugefügt), werde der Umstand verdeutlicht, dass Säumnis im schiedsgerichtlichen Verfahren besondere Nachteile haben könne, „etwa weil die mangelnde Mitwirkung bei der Beweisaufnahme im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigt wird oder eine Partei schlicht die Möglichkeit verliert, einem Zeugen spezielle Fragen zu stellen.“⁹¹³

Hausmaninger geht ebenso davon aus, dass es im Schiedsverfahren keinen Versäumungsschiedsspruch gibt, es sei denn die Parteien haben anderes vereinbart. Weiter geht er davon aus, dass ein Beweisverfahren immer durchzuführen sei und dass aufgrund einer Säumnis auch nicht davon ausgegangen werden dürfe, dass das Vorbringen des Gegners für wahr zu halten ist. Dennoch könne die Versäumung im Rahmen der Beweiswürdigung eine Rolle spielen.⁹¹⁴ Unter Bezugnahme auf den

⁹¹¹ Sperl, Lehrbuch 805.

⁹¹² Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 275.

⁹¹³ Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 275.

⁹¹⁴ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 600 ZPO Rz 40 f.

Wortlaut des § 600 Abs 2 ZPO und andere Autoren geht auch *Hausmaninger* davon aus, dass § 600 Abs 2 ZPO dispositiv sei und die Parteien daher vereinbaren könnten, dass im Fall der Säumnis eine Säumnisentscheidung ergehen könne. Nur unter der Bedingung, dass die Parteien entsprechendes vereinbart haben, könne ein Schiedsgericht eine Entscheidung erlassen, die sich ausschließlich auf die Säumnis bezieht.^{915, 916}

In der Kommentierung der WR 2006 von *Schwarz/Konrad* heben die Autoren hervor, dass ein echtes Versäumnisurteil nach dem Vorbild der ZPO nicht mit dem einvernehmlichen Charakter eines Schiedsverfahrens vereinbar sei. Unter Bezugnahme auf Art 20 Abs 6 WR 2006, der bestimmt, dass das Verfahren im Fall der Säumnis einer Partei mit der anderen weiterzuführen ist, meinen sie, dass die Betonung darauf liege, dass mit der teilnehmenden Partei allein zu verhandeln sei⁹¹⁷ und dass der Fall eben nicht automatisch gegen die säumige Partei entschieden werde.⁹¹⁸ *Schwarz/Konrad* führen weiters aus, dass jede Entscheidung des Schiedsgerichts (iSv auch jeder prozessualen Entscheidung und nicht nur der Entscheidung in der Sache selbst) das bisherige Vorbringen (falls es ein solches gegeben hat) der säumigen Partei und jeden Beweis ebenso zu berücksichtigen habe. Zusätzlich könne das Schiedsgericht jeden Beweis aufnehmen, den es für erforderlich hält. Im Besonderen sei ein Schiedsgericht nicht befugt, das Vorbringen der nicht säumigen Partei für wahr zu halten, nur weil die andere Partei nicht teilnimmt. Jedenfalls könnten aber die Schiedsrichter die Säumnis einer Partei im Wege der freien Beweiswürdigung ihrer Entscheidung werten. Unter Berufung auf den dispositiven Charakter des § 600 ZPO sind *Schwarz/Konrad* aber sehr wohl der Meinung, dass die Parteien die Möglichkeit der Erlassung eines echten Versäumnisurteils vereinbaren könnten.⁹¹⁹

⁹¹⁵ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 600 ZPO Rz 33, Rz 42 und Rz 46.

⁹¹⁶ Ebenso *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 600 Rz 2.

⁹¹⁷ Die englische Version des Art 20 Abs 6 der WR 2006 ist in diesem Zusammenhang deutlicher: “*If one party does not take part in the proceedings, the case must be heard with the other party alone.*” (Hervorhebung hinzugefügt). Die deutsche Version lautet: “*Beteiligt sich eine Partei nicht am Verfahren, so ist mit der anderen Partei allein zu verhandeln.*”

⁹¹⁸ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 20-259 f.

⁹¹⁹ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 20-268.

Platte vertritt die Ansicht – entgegen der oben dargestellten Meinung von *Sperl*, aber in Übereinstimmung mit *Fasching* –, dass nach alter Rechtslage ein echter Versäumungsschiedsspruch generell nicht möglich war.⁹²⁰ Es sei jedoch aufgrund des Wortlauts des § 600 Abs 2 ZPO – „wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben“ – im Unterschied zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 möglich, dass die Parteien in der Schiedsvereinbarung die Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruches vereinbaren könnten. Der letzte Satz des § 600 Abs 2 ZPO erfordere, dass das Schiedsgericht vor Erlassung eines Versäumungsurteils dem Beklagten die Möglichkeit einräumt, zu beantragen, die Versäumung hinreichend zu entschuldigen bzw zumindest solche Maßnahmen trifft, sich zu vergewissern, dass der Beklagte seine Säumnis nicht entschuldigen hätte können.⁹²¹ Jedoch selbst wenn ein Versäumungsschiedsspruch möglich sei (aufgrund einer Parteienvereinbarung), dürfe das Schiedsgericht nicht die Behauptungen des Schiedsklägers für wahr halten, sondern müsse sicherstellen, dass es einen ausgewogenen Schiedsspruch erlässt.⁹²² Somit ist *Platte* offensichtlich der Meinung, dass ein echtes Versäumungsurteil iSv § 396 ZPO gar nicht – auch nicht mittels Parteienvereinbarung – möglich ist.

Andere wichtige österreichische Kommentatoren halten sich hinsichtlich der Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruchs knapp und verweisen unter Bezugnahme auf den Gesetzestext darauf, dass ein solches ausgeschlossen, aber § 600 Abs 2 ZPO dispositiver Natur sei.⁹²³

Der rechtsvergleichende Blick in die Bundesrepublik Deutschland zeigt – wohl nur wenig überraschend –, dass auch dort von der hM⁹²⁴ die Möglichkeit eines echten Versäumungsurteils im Schiedsverfahren abgelehnt wird:

Schlosser fasst sich kurz und meint, dass das Versäumnisverfahren der dZPO in der Schiedsgerichtsbarkeit kein Gegenstück habe und dass nur wenige Einzelheiten

⁹²⁰ *Platte* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 388 Rz 16.

⁹²¹ *Platte* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 388 Rz 17.

⁹²² *Platte* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 388 Rz 19.

⁹²³ Vgl *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 600 Rz 6; *Liebscher*, Arbitration 199 Anm 12; *Reiner*, Schiedsrecht § 600 Anm 130.

⁹²⁴ Vgl hierzu sogleich.

überhaupt einer Erläuterung bedürften. Er führt hierzu weiters aus, dass auch in Ausnahmefällen die Passivität des Beklagten nicht als Zugeständnis der Behauptungen des Klägers gewertet werden dürfte⁹²⁵, das Schiedsgericht könne auch „im konkreten Fall“ nicht dem Vortrag des Klägers Glauben schenken. Dies sei nur dann zulässig, wenn das Vorbringen wenigstens im Kern durch Unterlagen belegt sei, „etwa wenn sich aus der vorgelegten vorprozessualen Korrespondenz ergibt, dass der Beklagte den Sachvortrag des Klägers oder Teilen davon nicht widersprochen hat, obwohl ein Widerspruch nahegelegen hätte, wenn der Beklagte die Dinge anders gesehen hätte.“⁹²⁶ Zu den Kernbehauptungen müsse das Schiedsgericht jedenfalls Beweis erheben.^{927, 928}

Ähnlich äußert sich *Lachmann*, der meint, dass eine Säumnis nicht „schematisch“ als Zugeständnis gewertet werden dürfe. Ein Schiedsgericht habe vielmehr sein pflichtgemäßes Ermessen aufgrund der Umstände des Einzelfalls auszuüben, in dessen Rahmen es aber durchaus zu der Annahme eines Zugeständnisses kommen könne. Hinsichtlich der Versäumung einer mündlichen Verhandlung und der nicht bestehenden Möglichkeit ein Versäumnisurteil zu erlassen, meint *Lachmann*, dass diese aus guten Gründen – ohne dies näher zu erläutern – nicht bestehe.⁹²⁹

Wilske/Markert führen in ihrer Kommentierung zu § 1048 Abs 2 dZPO aus⁹³⁰, dass diese Bestimmung der Effektivität des Schiedsverfahrens⁹³¹ diene. Zur Begründung warum ein Schiedsgericht keinen Versäumnisschiedsspruch erlassen könne, führen die genannten Autoren aus, dass das Schiedsverfahren nicht notwendig

⁹²⁵ So auch *Geimer* in *Zöller*³⁰ § 1048 Rz 1.

⁹²⁶ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1048 Rz 3; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1048 Rz 3. Mit diesem Hinweis nimmt *Schlosser* – wenn auch mit umschreibenden Worten – auf die Beweiswürdigung durch das Schiedsgericht Bezug. Vgl zur zitierten Meinung *Schlossers* auch schon *Schlosser*, Schiedsgerichtsbarkeit¹ Rz 563 und Schiedsgerichtsbarkeit² Rz 668.

⁹²⁷ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1048 Rz 1 und Rz 3; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1048 Rz 3; *Otto*, SchiedsVZ 2013, 131, geht im Gegensatz dazu davon aus, dass das Schiedsgericht aufgrund der Umstände des Einzelfalles den Vortrag des Klägers dem Schiedsspruch ohne Beweisaufnahme zugrunde legen dürfe. *Ders* stelle aaO auch Überlegungen dahingehend an, dass die Auswirkungen eines Schiedsspruchs, der ohne Teilnahme des Beklagten zustande gekommen ist, einschneidender als im Gerichtsverfahren sein könnten, weil in diesem ein Einspruch (§§ 338 ff dZPO) offenstehe. Auf die Möglichkeit eines Einspruchsverfahrens vor dem Schiedsgericht weist er ebenfalls aaO hin.

⁹²⁸ Vgl auch *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ I § 1048 Rz 11.

⁹²⁹ *Lachmann*, Handbuch³ Rz 1658 und Rz 1660.

⁹³⁰ *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*¹³ § 1048 Rz 6.

⁹³¹ So auch *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1048 Rz 1. *Münch* meint zu § 1048 dZPO generell, dass diese Bestimmung zusätzlich der Rechtssicherheit diene.

eine mündliche Verhandlung kenne.⁹³² Anscheinend im Unterschied zu *Schlosser* nehmen *Wilske/Markert* an, dass das Schiedsgericht „wenn nötig die erforderlichen Beweise erheben“ müsse und „die mangelnde Äußerung des Beklagten anhand der Umstände des Einzelfalls in freiem Ermessen würdigen“⁹³³ dürfe. Hinsichtlich einer Geständnisfiktion meint *Münch* ganz ähnlich, dass die Säumnis zwar zunächst neutral zu bewerten sei, die Geständnisfiktion sich aber aufgrund „der Umstände des Einzelfalls gleichwohl entsprechend ‚verdichten‘“⁹³⁴ könne. Ob die Säumnis als Zugeständnis gewertet werden kann, liege im schiedsrichterlichen Ermessen.⁹³⁵ So meint auch *Voit*, dass sich aus den Umständen des Einzelfalls ergeben könne, dass der Beklagte dem Vortrag des Klägers nicht widersprechen will.⁹³⁶

Auch bezüglich der Folgen der Versäumung einer mündlichen Verhandlung vertritt die hL zur gesetzlichen Regelung in Deutschland, dass aus einer solchen Versäumung keine Zugeständnisfiktion und somit auch kein Versäumnisschiedsspruch abgeleitet werden könne.⁹³⁷ *Schlosser* meint, dass aus dem Wort „kann“ nicht abzuleiten sei, dass es im Ermessen des Schiedsgerichts liege, das Verfahren fortzusetzen. Vielmehr muss es das Verfahren fortsetzen. Das Schiedsverfahren könne es nur dann beenden, wenn die Voraussetzungen des § 1056 Abs 2 Nr 3 dZPO – nämlich dass die Parteien, somit beide, das Schiedsverfahren trotz Aufforderung durch das Schiedsgericht nicht weiterbetreiben oder die Fortsetzung aus einem anderen Grund unmöglich geworden ist – vorliegen.⁹³⁸ Selbst die Möglichkeit zur Erlassung eines Schiedsspruchs „nach den vorliegenden Erkenntnissen“ ermögliche keinen echten Versäumnisschiedsspruch.⁹³⁹ Diese Formulierung solle nur zum Ausdruck bringen, dass das Vorbringen der nicht säumigen Partei nicht als zugestanden angenommen werden

⁹³² *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1048 Rz 1.

⁹³³ *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1048 Rz 6; so auch *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1048 Rz 3.

⁹³⁴ *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1048 Rz 10.

⁹³⁵ *Münch* in *Krüger/Rauscher*⁴ III § 1048 Rz 10.

⁹³⁶ *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1048 Rz 3.

⁹³⁷ *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1048 Rz 9; *Voit* in *Musielak*¹¹ § 1048 Rz 5.

⁹³⁸ *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1048 Rz 4; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1048 Rz 4.

⁹³⁹ Vgl zum Schiedsspruch nach den vorliegenden Erkenntnissen *Wilske/Markert* in *Vorwerk/Wolf*⁴³ § 1048 Rz 9; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²² IX § 1048 Rz 4; *Schlosser* in *Stein/Jonas*²³ X § 1048 Rz 4.

kann. Daher müsse ein Schiedsgericht, wenn es eine Tatsache als streitig bewertet, Beweise hierzu erheben.⁹⁴⁰

Schwab/Walter sind der Meinung, dass ein Versäumnisschiedsspruch iSd §§ 330 ff dZPO undenkbar sei, selbst eine Schiedsvereinbarung könne ihn nicht vorsehen. Es sei lediglich denkbar, dass das Schiedsgericht einen Schiedsspruch entwerfe, der den bisherigen Prozessstoff verarbeite und den Parteien unter der Androhung, dass der Schiedsspruch so erlassen werde, wenn die Parteien nicht binnen einer bestimmten Frist, einen „Einspruch“ erheben würden. Ein solcher Schiedsspruch würde einem Schiedsspruch nach Aktenlage (vgl § 331a dZPO) entsprechen. Weiter heißt es dann, dass „[d]ann (...) aber ein wahrer Schiedsspruch erst mit seiner Übersendung ... vor(liegt). Ist andererseits ein als Versäumnisschiedsspruch gedachter Schiedsspruch übersandt, so ist er endgültig.“⁹⁴¹ Bezüglich der Anordnung des deutschen Gesetzgebers, dass die Säumnis nicht als Zugeständnis zu werten ist, vertreten *Schwab/Walter*, ganz ähnlich wie *Lachmann*, dass nicht automatisch eine Geständnisfiktion eintritt. Dennoch könne sich aus den konkreten Umständen des Einzelfalls, eine solche abgeleitet werden.⁹⁴² Daher sei es auch der freien Würdigung eines Schiedsgerichts überlassen, ob es über das Vorbringen des Klägers verhandeln und Beweis erheben möchte. Wenn Behauptungen unbestritten blieben – eben wie im Fall der Säumnis – dann sei darüber Beweis zu erheben, wenn Gründe vorliegen, die an der Richtigkeit Zweifel hervorrufen.⁹⁴³

Losgelöst von nationalen Schiedsverfahrensgesetzen geht auch die überwiegende herrschende internationale Meinung davon aus, dass ein echtes Versäumnisurteil – zumindest ohne Parteienvereinbarung –, nicht möglich ist:

Einer der führenden Kommentatoren des internationalen Schiedsrechts, *Born*, ist der Ansicht, dass ein Schiedsgericht das Verfahren *ex parte* weiter betreiben und zusätzlich die säumige Partei von jedem Verfahrensschritt in Kenntnis setzen müsse. Selbst ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung oder einer Regelung in der

⁹⁴⁰ *Voit* in *Musielak* ZPO¹¹ § 1048 Rz 5.

⁹⁴¹ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 18 Rz 16, vgl auch Kap 16 Rz 53.

⁹⁴² Vgl auch *Saenger* in *Saenger*⁵ § 1048 ZPO Rz 3.

⁹⁴³ *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 16 Rz 53.

anwendbaren Schiedsordnung sei ein Schiedsgericht befugt, das Verfahren weiterzuführen und einen „*default award*“ zu erlassen. Damit meint *Born* einen Schiedsspruch, der nach Durchführung eines regulären (Beweis)verfahrens erlassen wird, aber eben ohne Teilnahme einer Partei, und nicht etwa einen Versäumungsschiedsspruch nach dem Vorbild des Versäumungsurteils nach der ZPO.⁹⁴⁴ *Born* weist ausdrücklich darauf hin, dass ein Schiedsgericht eben kein Gericht sei, das die Befugnis hätte, einen Versäumungsschiedsspruch basierend auf der Nichtteilnahme (damit meint er: nicht basierend auf den Behauptungen der teilnehmenden Partei) erlassen könnte.⁹⁴⁵ Deshalb müsse das Schiedsgericht den Kläger auch anweisen, schriftliche Eingaben und Beweise vorzulegen, und falls notwendig, bei einer Schiedsverhandlung Zeugen zu präsentieren. Das Schiedsgericht treffe somit die Pflicht, sich davon zu überzeugen, dass die Schiedsklage sowohl faktisch und rechtlich stichhaltig und begründet ist, ohne jedoch die säumige Partei zu ersetzen. All dies gipfle in einem begründeten Schiedsspruch.⁹⁴⁶ Daher unterscheide sich ein Verfahren, an dem eine Partei nicht teilnimmt, nicht von einem Verfahren, an dem sich alle Parteien beteiligen.⁹⁴⁷ Die Pflicht des Schiedsgerichts ein Verfahren durchzuführen sei ein wesentliches Element der schiedsrichterlichen Gewalt, die notwendig ist, damit ein effektives Verfahren nicht durch eine Partei obstruiert werden kann.⁹⁴⁸ *Born* weist auch darauf hin, dass gerade ein Schiedsspruch, der in einem Verfahren erlassen wird, an dem sich eine Partei nicht beteiligt hat, üblicherweise von dieser Partei mithilfe der Aufhebungsklage bzw im Zuge des Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahrens bekämpft wird. Daher solle darauf geachtet werden, dass kein berechtigter Grund für die Aufhebung oder Verweigerung der Vollstreckung eines Schiedsspruches vorliegt.⁹⁴⁹, ⁹⁵⁰ Jedenfalls sei die Tatsache, dass eine Partei nicht am Verfahren

⁹⁴⁴ *Born*, Arbitration 2297 f und 3027 f.

⁹⁴⁵ „If a party defaults, the tribunal should proceed with the arbitration on an *ex parte* basis, first attempting to obtain the defaulting party's participation and thereafter ensuring at every step that the defaulting party receives notice of the ongoing proceedings. Equally important, an arbitral tribunal is not a court, empowered to issue a default judgment predicated simply on one party's non-participation.“ *Born*, Arbitration 2298.

⁹⁴⁶ *Born*, Arbitration 2299 f.

⁹⁴⁷ *Born*, Arbitration 3027 f.

⁹⁴⁸ *Born*, Arbitration 2146.

⁹⁴⁹ *Born*, Arbitration 2299 f.

teilnimmt, kein Grund, der nach Art V Abs 1 lit b NYÜ zur Versagung der Anerkennung und Vollstreckung führen würde.⁹⁵¹ *Born* geht nicht auf die Frage ein, ob die Möglichkeit eines echten Versäumnisurteils nach nationalem Recht oder internationalen Grundsätzen in der Disposition der Parteien liegt.

Fouchard/Gaillard/Goldman zeigen auf, dass manche nationalen Schiedsgesetze – wie etwa das französische – keinerlei Regelungen hinsichtlich Säumnis einer Partei vorsehen. Dennoch würden zwei Prinzipien zwingend anwendbar sein: zum einen bedeute Säumnis kein Zugeständnis einer Haftung und auch kein Anerkenntnis des Vorbringens des Klägers. Ein Schiedsgericht müsse vielmehr die rechtlichen Argumente und das Tatsachenvorbringen des Klägers überprüfen, gleichzeitig dürfe aber auch nicht das Beweismaß der teilnehmenden Partei erhöht werden.⁹⁵² Zum anderen dürfe ein Verfahren nicht durch das Verhalten einer Partei verlangsamt oder gelähmt werden. Deshalb müsse ein Schiedsgericht trotz Säumnis das Schiedsverfahren unter der Voraussetzung, dass die säumige Partei von jedem Verfahrensschritt in Kenntnis gesetzt wird und dieser die Möglichkeit eingeräumt wird, seinen Standpunkt darzulegen, vorantreiben.⁹⁵³ Diese weithin anerkannte Ansicht fände sich auch in Art 25 ModG wieder. Insgesamt unterscheide sich ein Schiedsspruch, der auf einem Verfahren beruht, an dem sich eine Partei nicht beteiligt hat, nicht von einem Schiedsspruch, der in einem Verfahren unter Teilnahme sämtlicher Parteien erlassen wird.⁹⁵⁴ Aus dem Dargestellten kann somit abgeleitet werden, dass auch *Fouchard/Gaillard/Goldman* die Möglichkeit eines Versäumnissschiedsspruches nach dem Vorbild der §§ 396 ff ZPO kategorisch ausschließen.

Poudret/Besson vertreten unter Bezugnahme auf englisches und deutsches Recht, dass Parteien ein alternatives Vorgehen im Falle der Säumnis vereinbaren

⁹⁵⁰ Dies muss so verstanden werden, dass die Pflicht der Schiedsrichter, einen aufhebungsresistenten (und/oder vollstreckbaren, hierzu s FN 69 und FN 70) Schiedsspruch zu erlassen, *auch* in Verfahren ohne Beteiligung einer Partei besteht.

⁹⁵¹ *Born*, Arbitration 3027.

⁹⁵² Diesbezüglich verweisen die Autoren auf die ICSID Konvention, das ModG und Rechtsprechung.

⁹⁵³ Dies ist ebenfalls einhellige Meinung, vgl etwa exemplarisch *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter* in *Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter* 425 ff; *Tunik*, Int'l Arbitration Law Review 1998, 87; *Butchers/Kimbrough*, Arbitration International 2006, 240; *Poudret/Besson*, Arbitration 508 Rz 588. Letztere meinen jedoch, dass es dann nicht notwendig sei, einer Partei ein Stellungnahmerecht zu jedem Verfahrensschritt einzuräumen, wenn die nicht teilnehmende Partei es klar gemacht habe, nicht zu beabsichtigen, am Verfahren teilzunehmen.

⁹⁵⁴ *Fouchard/Gaillard/Goldman* in *Gaillard/Savage* Rz 1224 und Rz 1363.

könnten, weisen jedoch darauf hin, dass dies – ohne konkrete Grenzen aufzuzeigen – durch fundamentale prozessuale Garantien beschränkt sei.⁹⁵⁵

Die dargestellten Meinungen von *Born* und *Fouchard/Gaillard/Goldman* sind exemplarisch für die international vorherrschende Ansicht, dass ein echter Versäumungsschiedsspruch nicht möglich ist.⁹⁵⁶ *Otto* sieht den Grund dafür, dass kein nationales Recht – soweit ersichtlich – einen echten Versäumungsschiedsspruch vorsieht, darin, dass „*Schiedssprüche in der Regel endgültig sind und somit eine inhaltliche Nachprüfung nicht möglich ist.*“⁹⁵⁷

3. Säumnisregelungen im institutionellen Schiedsverfahren und davon abweichende Parteienvereinbarungen

Wie dargestellt sehen zwar die untersuchten gesetzlichen Regelungen kein Versäumungsurteil vor, jedoch handelt es sich hierbei um dispositive Normen. Daher müssen im Folgenden die institutionellen Schiedsregeln, die alle eigene Regelungen darüber, wie mit Säumnis verfahrensrechtlich umzugehen ist, beinhalten, näher betrachtet werden, ob diese und falls ja, unter welchen Umständen ein Versäumungsurteil zulassen.

⁹⁵⁵ *Poudret/Besson*, Arbitration 510 Rz 592.

⁹⁵⁶ Vgl etwa auch *Lew/Mistelis/Kröll*, Arbitration 544 f. Für diese Autoren scheint es so selbstverständlich zu sein, dass kein echter Versäumungsschiedsspruch möglich ist, dass sie nicht einmal erwähnen, dass es einen solchen nicht gibt. Ebenso *Poudret/Besson*, Arbitration 506 ff; *Butchers/Kimbrough*, Arbitration International 2006, 237; *Waincymer*, Procedure 1281 f; *Tunik*, Int'l Arbitration Law Review 1998 88 mwN.

⁹⁵⁷ *Otto*, IPRax 2002, 167 f.

a) Die Wiener Regeln 2006

Die WR 2006 sehen in Art 20 Abs 6 vor, dass im Falle der Nichtbeteiligung am Verfahren einer Partei, mit der anderen Partei allein zu verhandeln ist. Daher legt schon der Wortlaut (arg.: „*ist mit der anderen Partei allein zu verhandeln*“) fest⁹⁵⁸, dass das Verfahren weiterzuführen ist, ohne dass ein echter Versäumungsschiedsspruch erlassen werden könnte⁹⁵⁹, unabhängig davon, ob eine Partei mit der Einbringung der Klagebeantwortung oder zu einem späteren Zeitpunkt säumig wird (also etwa eine mündliche Verhandlung verpasst⁹⁶⁰) und nicht am Verfahren teilnimmt. Dies wird auch durch die Bestimmung des Art 20 Abs 8 WR 2006 bekräftigt, wonach die Parteien vor Schluss des Verfahrens zu befragen sind, ob weitere Beweise angeboten werden, Zeugen vernommen werden sollen oder Erklärungen abgegeben werden. Erst nachdem sich die Schiedsrichter davon überzeugt haben, dass die Parteien hierzu ausreichend Gelegenheit hatten, kann das Schiedsgericht das Verfahren schließen. Die Gelegenheit nach Art 20 Abs 8 WR 2006 ist auch einer säumigen – iSv nicht teilnehmend – Partei zu gewähren. Somit muss ein Schiedsgericht, das nach den WR 2006 zu entscheiden hat, das Verfahren trotz Nichtteilnahme einer Partei im Grunde wie ein jedes anderes Verfahren fortführen und der säumigen Partei einerseits Gelegenheit zur Stellungnahme zu jedem neuen Vorbringen geben und ihr auch die Möglichkeit zur Stellungnahme nach Art 20 Abs 8 WR 2006 einräumen. Erst danach kann das Verfahren geschlossen und in die Phase der Erstellung und des Erlasses des Schiedsspruchs eingetreten werden (Art 25 WR 2006).⁹⁶¹

⁹⁵⁸ Der Ausdruck „*verhandeln*“ ist weit auszulegen und erfasst das gesamte Verfahren. Vgl zur diesbezüglichen Praxis *Haugeneder/Netal* in Handbuch Wiener Regeln Art 29 Rz 18.

⁹⁵⁹ *Liebscher* in *Schütze*, Institutional Arbitration 339 Rz 202; *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 20-257 ff.

⁹⁶⁰ Eine solche ist aufgrund Art 20 Abs 3 WR 2006 bei Antrag einer Partei zwingend durchzuführen; vgl auch OGH 30.06.2010, 7 Ob 111/10i.

⁹⁶¹ Im Übrigen muss das Verfahren bei Säumnis des Beklagten selbstverständlich auch den Bestimmungen des Art 20 Abs 1 als auch Abs 3 letzter Satz WR 2006 entsprechen. Nach Abs 1 *leg cit* sind die Parteien gleich zu behandeln und den Parteien ist in jedem Stadium des Verfahrens das rechtliche Gehör zu gewähren. Nach Abs 3 letzter Satz *leg cit* ist den Parteien jedenfalls Gelegenheit zu geben, von den Anträgen und den Vorbringen der anderen Partei und dem Ergebnis der Beweisaufnahmen Kenntnis zu nehmen und sich dazu zu äußern. Dies bedeutet, dass, sollte eine Partei während der Verhandlung – dieser Ausdruck ist wie erwähnt weit auszulegen und erfasst auch ein rein schriftliches Verfahren ohne

ME ist bei einer entsprechenden Parteienvereinbarung nach Art 20 Abs 1 WR 2006 ein Versäumnungsurteil iSd § 396 ZPO durch die WR 2006 nicht ausgeschlossen. Der Erlass darf nur nicht zwingenden Normen des subsidiär anwendbaren nationalen Schiedsverfahrensrechts widersprechen. Da der Erlass eines echten Versäumnungsurteils nach § 600 Abs 2 ZPO (und auch § 1048 dZPO) eine explizite Parteienvereinbarung voraussetzt, wird dem Versäumnungsschiedsspruch dadurch, nicht aber durch die WR 2006 selbst die Grenze gesetzt. Auch der in Art 20 Abs 1 WR 2006 verankerte Grundsatz der Gleichbehandlung und der Wahrung des rechtlichen Gehörs spricht nicht gegen die Vereinbarung der Möglichkeit eines Versäumnungsschiedsspruches, wenn der säumige Gegner jedenfalls eine Gelegenheit zur Stellungnahme hat, diese aber nicht wahrnimmt.

In diesem Zusammenhang ist auf Art 9 Abs 6 WR 2006 näher einzugehen, wonach das Präsidium die Durchführung eines Schiedsverfahrens verweigern kann, „wenn die Parteien in der Schiedsvereinbarung zwar das Internationale Schiedsgericht der Wirtschaftskammer Österreich bezeichnen, aber von den Wiener Regeln abweichende Vereinbarungen getroffen haben.“ Die Vereinbarung, dass ein Schiedsgericht die Möglichkeit haben soll, im Falle der Säumnis einer Partei ein Versäumnungsurteil zu erlassen, ist eine abweichende Vereinbarung von den Wiener Regeln. Deshalb könnte das Präsidium *prima facie* die Verwaltung eines Verfahrens in diesem Fall ablehnen. Abgesehen davon, dass Institutionen nur in Ausnahmefällen die Administration eines Falles ablehnen⁹⁶², weil damit zum einen ein wirtschaftlicher Verlust verbunden ist und zum anderen der Ruf in der Wahrnehmung der „User“ der Schiedsgerichtsbarkeit beeinträchtigt werden könnte, ist Art 9 Abs 6 WR jedoch dazu gedacht, Verfahren zu verhindern, die mit den WR 2006 unvereinbar sind und/oder die

tatsächliche mündliche Verhandlung bzw. Schriftsätze nach einer mündlichen Verhandlung – oder danach weiteres Vorbringen erstatten, dieses der nicht am Verfahren partizipierenden, gegnerischen Partei zuzustellen ist. Dies entspricht dem Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs. Das Recht sich äußern zu können, setzt voraus, dass dieser Partei eine Gelegenheit für die Äußerung eingeräumt wird. In diesem Zusammenhang bietet auch Art 20 Abs 1 letzter Satz der WR 2006 eine Möglichkeit, allzu lange Verfahrensverzögerungen hintanzuhalten, ist doch ein Schiedsgericht nach dieser Bestimmung berechtigt, nach Vorankündigung Vorbringen und auch die Vorlage von Beweisurkunden nur bis zu einem bestimmten Verfahrensstadium zuzulassen.

⁹⁶² Vgl hierzu Schwarz/Konrad, The Vienna Rules Rz 9-096.

Verwaltung erschweren oder unmöglich machen. Daher ist *leg cit* nur in außergewöhnlichen Situationen anzuwenden.⁹⁶³ Die Vereinbarung, die ein Versäumnungsurteil im Falle der Versäumung einer Klagebeantwortung möglich macht, erschwert die Verwaltung des Schiedsverfahrens selbst nicht und beschneidet auch nicht die Befugnisse der Organe des VIAC.⁹⁶⁴ Aus der Sicht der Parteien ist einer der Vorteile der Schiedsgerichtsbarkeit, auf individuelle Bedürfnisse bei der Verfahrensgestaltung eingehen zu können. Wie *Schwarz/Konrad* richtigerweise betonen, sollte das VIAC nach den WR 2006 ein Verfahren dann nicht ablehnen, wenn eine von den Regeln abweichende Vereinbarung ausschließlich die Parteien selbst betrifft.⁹⁶⁵ Daher kann die Vereinbarung eines Versäumnungsurteils nicht dazu führen, dass nach den WR 2006 das Präsidium die Verwaltung eines Schiedsverfahrens ablehnt.

b) Die Wiener Regeln 2013

Die WR 2013 weichen vom Grundkonzept der WR 2006 inhaltlich nicht ab. So wird in Art 29 Abs 2 bestimmt, dass dann, wenn sich eine Partei am Verfahren nicht beteiligt, der Fortgang des Verfahrens nicht gehindert wird. Auffallend ist der geänderte Wortlaut zur Vorgängerbestimmung, der als eine Klarstellung dahingehend zu verstehen ist, dass sich die Pflicht zur Fortführung auf das gesamte Verfahren, sei dies ein mündliches oder ein rein schriftliches Aktenverfahren, bezieht.^{966, 967}

⁹⁶³ Vgl *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-089, Rz 9-091 und Rz 9-092; vgl hierzu auch *Liebscher in Schütze*, Institutional Arbitration 325 Rz 111.

⁹⁶⁴ Dies wäre nach *Schwarz/Konrad* ein Grund, der zur Ablehnung eines Schiedsverfahrens führen könnte, vgl *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-094; *Liebscher in Schütze*, Institutional Arbitration 325 Rz 113 f.

⁹⁶⁵ *Schwarz/Konrad*, The Vienna Rules Rz 9-093.

⁹⁶⁶ Vgl auch *Netal/Haugeneder* in Handbuch Wiener Regeln Art 29 Rz 18.

⁹⁶⁷ Wie auch die Vorgängerbestimmung muss die Anwendung des Art 29 Abs 2 WR 2013 den übrigen Anforderungen der Schiedsordnung entsprechen (die zumindest im Falle der Anwendung österreichischen Verfahrensrechts im Übrigen eine reine Klarstellung sind, da dies auch nach den zwingenden Bestimmungen der ZPO gilt), nämlich dass das in Art 28 Abs 1 WR 2013 verankerte Gebot der fairen Behandlung und der Gewährung des rechtlichen Gehörs jederzeit zu wahren ist. Hinzu kommt, dass das Schiedsgericht Vorbringen, Vorlage von Beweismitteln und die Aufnahme von Beweisen präkludieren kann. Somit ist auch nach den WR 2013 eine entsprechende Frist zu setzen. Nach der Bestimmung des Art 30 der WR 2013 ist den Parteien jedenfalls Gelegenheit zu geben, von den Anträgen und dem Vorbringen der anderen Partei und den Ergebnissen der Beweisaufnahme Kenntnis zu nehmen und dazu Stellung zu nehmen. Letzteres ergibt sich (auch für eine säumige Partei) freilich schon aus dem Grundsatz der Wahrung des rechtlichen Gehörs.

Einen Unterschied zu den WR 2006, der unter dem Gesichtspunkt der Verfahrenseffizienz zu sehen ist⁹⁶⁸, beinhalten die WR 2013 hinsichtlich des Schlusses des Verfahrens. Musste nach Art 20 Abs 8 der WR 2006 das Schiedsgericht die Parteien befragen – somit auch eine am Verfahren nicht teilnehmende Partei – ob noch weitere Beweise angeboten werden, Zeugen zu vernehmen sind oder ob sie noch Erklärungen abzugeben haben, und erst danach das Verfahren für geschlossen erklärt werden konnte, so findet sich in der Nachfolgebestimmung der WR 2013 (Art 32) dieser Satz nicht mehr. Nach den WR 2013 reicht die Überzeugung des Schiedsgerichts, dass die Parteien ausreichend Gelegenheit hatten, Stellung zu nehmen, um das Verfahren zu schließen. Diese Bestimmung darf aber nicht dahingehend verstanden werden, dass die Parteien vom Schluss des Verfahrens überrascht werden könnten. Dies ergibt sich einerseits daraus, dass den Parteien „*ausreichend Gelegenheit*“ zu gewähren ist, Vorbringen zu erstatten und andererseits wiederum aus dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs.⁹⁶⁹ Um allfällige Zweifel hinsichtlich der regel- und rechtskonformen Anwendung auszuschließen, bietet es sich auch nach den WR 2013 an, vor Schluss des Verfahrens, die Parteien – wie unter Art 20 Abs 8 der WR 2006 – dahingehend zu befragen, ob diese noch etwas vorzubringen haben. Dies kann mE – auch gegenüber einer nicht teilnehmenden Partei – unter einer Setzung einer kurzen Frist erfolgen. Notwendig ist dies jedoch nicht, weil eine säumige Partei nicht davon ausgehen kann, dass sie nach nicht rechtzeitiger Wahrnehmung der Möglichkeit zur Stellungnahme ein weiteres Mal bezüglich weiteren Vorbringens befragt wird.

Somit ergibt sich aus Art 29 Abs 2 WR 2013, dass das Schiedsgericht gemäß Art 32 WR 2013 das Verfahren umgehend nach Säumnis des Beklagten schließen und einen Schiedsspruch erlassen kann. Einzige Voraussetzung ist, dass den Parteien, somit auch der säumigen, hinreichend Gelegenheit gegeben wurde, Vorbringen zu erstatten und Beweise anzubieten. Da der säumigen Partei durch Einräumung der Möglichkeit der Erstattung einer Klagebeantwortung durchaus ausreichend Gelegenheit gegeben wurde, zum Vorbringen des Klägers vorzutragen bzw Beweise anzubieten, ist unter Einhaltung des Art 32 WR 2013 auch die sofortige Beendigung des Verfahrens mit

⁹⁶⁸ Vgl Schäfer/Schifferl/Wong in Handbuch Wiener Regeln Art 32 Rz 2.

⁹⁶⁹ Vgl Schäfer/Schifferl/Wong in Handbuch Wiener Regeln Art 32 Rz 7 f.

Schiedsspruch möglich. Ein wesentlicher Unterschied zwischen diesem nach den WR 2013 möglichen Vorgehen zu einem Versäumungsschiedsspruch nach § 396 ZPO liegt darin, dass nach letzterer Bestimmung das Vorbringen des Klägers für wahr zu halten ist, soweit es nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt ist. Für das Schiedsverfahren stellt sich die Situation umgekehrt dar: gemäß § 600 Abs 2 ZPO – welcher mangels abweichender Bestimmung in der WR 2013 anzuwenden ist, wenn *lex arbitri* österreichisches Recht ist – ist allein wegen der Versäumung das Vorbringen des Klägers nicht für wahr zu halten. Wenn dieses aber durch die vorgelegten Beweise bestätigt wird, kann das Verfahren sofort geschlossen werden und auf dem Vorbringen aufbauend ein Schiedsspruch erlassen werden. Gleiches gilt unter Anwendung des § 1048 dZPO. Somit ist zwar, wenn *lex arbitri* österreichisches oder deutsches Recht ist, nach den WR 2013 ein Schiedsspruch möglich, der allein auf dem Vorbringen des Klägers aufbaut – wie dies auch ein echtes Versäumnungsurteil nach § 396 ZPO tut – und somit einem echten Versäumnungsurteil ähnlich ist. Das Vorbringen der nicht säumigen Partei ist jedoch nicht aufgrund der Säumnis und der damit verbundenen gesetzlichen Anordnung für wahr zu halten, wie dies für einen echten Versäumungsschiedsspruch Voraussetzung wäre.

Ein echtes Versäumnungsurteil iSd § 396 ZPO ist durch die Vereinbarung der WR 2013 ebenso wenig ausgeschlossen wie nach den WR 2006, weil Art 28 Abs 1 WR 2013 ausdrücklich auf Parteienvereinbarungen Bezug nimmt.⁹⁷⁰ Daher kann an dieser Stelle auf das zu den WR 2006 Erwähnte verwiesen werden.

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf den von der Vorgängerbestimmung (Art 9 Abs 6 WR 2006) wesentlich abweichenden Art 7 Abs 6 WR 2013, wonach *[d]as Präsidium (...) die Durchführung des Verfahrens ablehnen (kann), wenn von den Wiener Regeln grundlegend abweichende und mit den Wiener Regeln inkompatible Vereinbarungen getroffen wurden.*“ Die Vereinbarung eines echten Versäumnungsurteil ist mE weder von den WR 2013 grundlegend abweichend noch (und schon gar nicht) mit diesen inkompatibel. Insgesamt ist die Bestimmung enger auszulegen als die Vorgängerbestimmung, da beide Voraussetzungen, nämlich die grundlegende Abweichung und die Inkompatibilität,

⁹⁷⁰ Vgl zur Parteienvereinbarung *Netal/Haugeneder* in Handbuch Wiener Regeln Art 28 Rz 3 ff.

kumulativ vorliegen müssen.⁹⁷¹ Daher kann die Administration eines Schiedsverfahrens, für welches die Parteien die Möglichkeit eines Versäumnungsurteils vereinbart haben, keinesfalls durch das Präsidium abgelehnt werden.

Zusammenfassend gilt, dass ein Versäumnungsschiedsspruch zwar nicht schon allein durch die Vereinbarung der WR 2013 möglich ist (aber ein diesem Rechtsinstitut nahe kommender Schiedsspruch), jedoch können die Parteien einen solchen abweichend von den WR 2013 unter sonstiger Anwendung der WR 2013 vereinbaren.

c) Die ICC-Regeln

Die ICC-Regeln befassen sich an mehreren Stellen mit der Säumnis des Beklagten.

Einleitend ist auf Art 6 Abs 3 ICC-SchO hinzuweisen: reicht ein Beklagter keine Klagebeantwortung gem Art 5 ICC-SchO ein, ist das Verfahren fortzusetzen⁹⁷², jedoch weicht die Bestimmung hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise wesentlich von den anderen Schiedsordnungen ab: *leg cit* sieht dann weiters vor, dass der Generalsekretär die Angelegenheit auch an den ICC-Gerichtshof zur Entscheidung gemäß Art 6 Abs 4 ICC-SchO verweisen kann. Letzterer bestimmt, dass im Falle der Verweisung an den Gerichtshof dieser darüber zu entscheiden hat, ob das Schiedsverfahren fortgesetzt wird. Entscheidungsgrundlage, ob das Verfahren fortgesetzt wird oder nicht, ist, ob der Gerichtshof „auf den ersten Anschein“ überzeugt ist, dass eine ICC-Schiedsvereinbarung „bestehen könnte.“⁹⁷³ Ist der Gerichtshof der Ansicht, dass eine solche Schiedsvereinbarung vorliegt⁹⁷⁴, dann entscheidet im nächsten Schritt das Schiedsgericht gemäß Art 6 Abs 5 ICC-SchO über seine Zuständigkeit. Entscheidet der Gerichtshof nach Art 6 Abs 4 ICC-SchO, dass „kein Schiedsverfahren ... stattfinden kann“, dann bewirkt das nicht, dass die betreffenden Ansprüche nicht in einem anderen

⁹⁷¹ Vgl Rechberger/Pitkowitz in Handbuch Wiener Regeln Art 7 Rz 22.

⁹⁷² Vgl zur „Fortsetzung des Verfahrens“ sogleich.

⁹⁷³ Hierbei handelt es sich also um eine *prima facie* Beurteilung. Die endgültige Entscheidung, ob eine Schiedsvereinbarung vorliegt, obliegt dem Schiedsgericht, s Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-196; Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 52 Rz 127.

⁹⁷⁴ Zu den vom Gerichtshof bei dieser Entscheidung angewendeten Parametern s Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-219 ff.

Verfahren geltend gemacht werden könnten (Art 7 Abs 7 ICC-SchO). Gem Art 6 Abs 6 ICC-SchO steht den Parteien das Recht zu, „*ein zuständiges Gericht hinsichtlich der Frage anzurufen, ob und bezüglich welcher Parteien eine verbindliche Schiedsvereinbarung vorliegt.*“ Letzteres setzt naturgemäß voraus, dass das jeweils anwendbare nationale Recht, eine solche Feststellungsmöglichkeit vorsieht. Für Österreich wird überwiegend vertreten, dass aufgrund § 578 ZPO Klagen auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens einer Schiedsvereinbarung vor den staatlichen Gerichten weder während eines Schiedsverfahrens noch vor Einleitung eines Schiedsverfahrens zulässig sind.⁹⁷⁵ Schlussendlich hat die Bestimmung des Art 6 Abs 6 ICC-SchO aber nicht mehr als klarstellende Funktion, ist doch die Frage, ob ein staatliches Gericht mit dieser Frage befasst werden kann, allein nach dem anwendbaren Recht und nicht nach einer Schiedsordnung zu beurteilen.

Somit ist bei Nichteinreichung einer Klagebeantwortung grundsätzlich ein zweistufiges Verfahren hinsichtlich der Frage, ob überhaupt ein Schiedsverfahren wegen eines eventuellen Mangels an der Schiedsvereinbarung durchzuführen ist, vorgesehen. Nur zur Klarstellung sei an dieser Stelle erwähnt, dass die Entscheidung des ICC-Gerichtshofs, kein Schiedsverfahren durchzuführen, selbstverständlich kein (negatives) Versäumnisurteil und auch keinen (Zuständigkeits)schiedsspruch darstellt. Dies ergibt sich auch aus Art 6 Abs 7 ICC-SchO. Vielmehr handelt es sich um eine Entscheidung darüber, ob ein Verfahren von der ICC verwaltet wird oder nicht.⁹⁷⁶ Die Nichteinbringung einer Klagebeantwortung⁹⁷⁷ führt somit nach den ICC-Regeln automatisch zu einer „Vor-Überprüfung“ der Zuständigkeit eines nach der ICC-SchO zu konstituierenden Schiedsgerichts und ist somit eine Art Ersatz für die Unzuständigkeitseinrede. Die Überprüfung der Zuständigkeit erfolgt jedenfalls in einem zweistufigen Verfahren. Zunächst überprüft der Generalsekretär, ob der ICC-

⁹⁷⁵ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 6; *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 27 Rz 22; *Koller*, JAP 2005/2006/30, 183; *Ischia/Mayr*, RIW 2006, 883; *Kloiber/Haller* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 16; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 578 Rz 2; *Reiner*, Staatliche Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit 10; *Reiner*, Schiedsrecht § 578 Anm 9; *Oberhammer*, Entwurf 57 ff; *Konrad* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 2/65; aA *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 578 ZPO Rz 21 ff.

⁹⁷⁶ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-196.

⁹⁷⁷ Der Bezug auf „*Partei*“ und nicht „*Beklagter*“ trägt Mehrparteienverfahren und der Möglichkeit zur Einbeziehung Dritter Rechnung. S *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-199.

Gerichtshof eine Entscheidung nach Art 6 Abs 4 ICC-SchO treffen soll. Dies läuft darauf hinaus, dass auch der Generalsekretär die Zuständigkeit *prima facie* prüfen muss. Bejaht dieser die Zuständigkeit, ist die Zuständigkeitsfrage meritorisch vom Schiedsgericht zu entscheiden. Entscheidet der Generalsekretär, dass der ICC-Gerichtshof nach Art 6 Abs 4 ICC-SchO entscheiden soll, so führt dies sogar zu einer dreistufigen Überprüfung der Zuständigkeit, wobei die meritorische Entscheidung über die Zuständigkeitsfrage dem Schiedsgericht bzw im Rahmen des Aufhebungsverfahrens dem Gericht (vgl § 611 Abs 2 Z 1 iVm Abs 5 ZPO) vorbehalten bleibt.

Art 6 Abs 3 ff der ICC-SchO stellen somit eine Art Sicherheitsnetz hinsichtlich der Überprüfung der Zuständigkeitsfrage dar. Dies mag im Hinblick auf die Gefahr einer Anfechtung eines Schiedsspruchs wegen Unzuständigkeit Sinn ergeben, wird ein Verfahren aber sicherlich nicht beschleunigen.⁹⁷⁸

In Übereinstimmung mit Art 6 Abs 3 der ICC-SchO und im Zusammenhang mit der Säumnis im Rahmen eines ICC-Schiedsverfahrens ist auch die generelle Bestimmung des Art 6 Abs 8 der ICC-SchO 2012 zu beachten. Dieser bestimmt – wie auch die anderen bereits dargestellten Schiedsordnungen –, dass trotz Weigerung einer Partei, am Schiedsverfahren teilzunehmen, dieses fortzusetzen ist. Hier stellt sich genauso wie unter den bereits behandelten Schiedsordnungen die Frage, in welchem Sinne „Fortsetzung des Verfahrens“ zu verstehen ist. Nicht ausgeschlossen ist, dass das Verfahren sofort geschlossen wird (Art 27 ICC-SchO) und das Schiedsgericht in weiterer Folge einen Schiedsspruch erlässt. Da Art 25 Abs 1 ICC-SchO bestimmt, dass das Schiedsgericht den Sachverhalt mit geeigneten Mitteln feststellt, ist eindeutig, dass auch bei einem solchen Vorgehen die ICC-SchO keinen Versäumungsschiedsspruch zulässt. Würdigt das Schiedsgericht die Säumnis des Beklagten als Zugeständnis – was nicht ausgeschlossen, aber abzulehnen ist⁹⁷⁹ –, kommt aber ein solcher Schiedsspruch einem Versäumnisurteil nahe.^{980, 981}

⁹⁷⁸ Vgl zu der Änderung im Vergleich zu der ICC-SchO 1998, die eine Verfahrensbeschleunigung bringen soll, *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-198.

⁹⁷⁹ Jedoch kann ein Schiedsgericht aufgrund der anwendbaren Beweislastregeln zum gleichen Ergebnis kommen.

⁹⁸⁰ Vgl hierzu auch *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 55 Rz 142 f; vgl auch *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-280.

Die Bestimmung des Art 26 Abs 2 ICC-SchO, wonach ein Schiedsgericht die mündliche Verhandlung bei Ausbleiben einer Partei trotz ordnungsgemäßer Ladung durchführen kann, bezieht sich ausschließlich auf die Verhandlung und nicht auf das Verfahren an sich⁹⁸² und gibt daher insofern keinerlei Auskunft, ob das Schiedsgericht das Verfahren sogleich mit Schiedsspruch beenden könnte. Diesbezüglich sind die oben erwähnten Vorschriften einschlägig. Bei österreichischem Recht als *lex arbitri* ist im gegebenen Zusammenhang auf die Entscheidung 7 Ob 111/10i hinzuweisen.⁹⁸³ Dieser Entscheidung zufolge muss eine mündliche Verhandlung durchgeführt werden, wenn eine solche von einer Partei beantragt wurde. Anderenfalls ist ein ergangener Schiedsspruch nach § 611 Abs 2 Z 2 ZPO aufhebbar. Davon kann im Wege der Parteiendisposition nur dann abgewichen werden, wenn die Parteien eine mündliche Verhandlung ausgeschlossen haben. Art 26 Abs 2 der ICC-SchO stellt keinen solchen Ausschluss einer mündlichen Verhandlung dar, weshalb das Ermessen des Schiedsgerichts in der Frage, ob eine Verhandlung (bei Säumnis einer Partei) durchgeführt werden soll oder nicht, eingeschränkt ist.

Der Bestimmung des Art 19 ICC-SchO zu Folge ist auf das Verfahren die Schiedsgerichtsordnung anzuwenden und soweit diese keine Regeln enthält, sind diejenigen Regeln anzuwenden, die von den Parteien vereinbart wurden.⁹⁸⁴ Somit macht (auch) die ICC-SchO deutlich, dass individuelle Parteienvereinbarungen möglich sind. Im Unterschied zu den WR (sowohl 2006 und 2013) geht die ICC-SchO jedoch ihrem Wortlaut zufolge davon aus, dass Parteienvereinbarungen nur subsidiär erlaubt und zu befolgen sind (arg.: „... *soweit diese keine Regeln enthält* ...“),⁹⁸⁵ wohingegen die WR von der Gleichwertigkeit der WR und einer allfälligen Parteienvereinbarungen ausgehen (arg.: „... *unter Beachtung der Wiener Regeln und der Vereinbarung der Parteien* ...“). Die von den ICC-Regeln definierte Hierarchie ist dann von Relevanz, wenn eine Parteienvereinbarung von der ICC-SchO abweicht bzw ihr widerspricht, die nach dem

⁹⁸¹ Hinsichtlich der fairen Behandlung der Parteien und der Gewährung des rechtlichen Gehörs kann an dieser Stelle an das zu den WR 2006 und WR 2013 Gesagte verwiesen werden. S auch *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-278 f.

⁹⁸² Vgl *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-997.

⁹⁸³ OGH 30.06.2010, 7 Ob 111/10i.

⁹⁸⁴ In Ermangelung einer Parteienvereinbarung ist, wie auch nach den anderen untersuchten Schiedsordnungen, das Verfahren nach dem Ermessen des Schiedsgerichts zu führen.

⁹⁸⁵ Vgl *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-709 und Rz 3-711.

Wortlaut nicht zu beachten wäre.⁹⁸⁶ Doch selbst in einem solchen Fall werden abweichende Parteienvereinbarungen von der ICC bzw einem Schiedsgericht üblicherweise akzeptiert.⁹⁸⁷ Dies ist aufgrund der internationalen Schiedsverfahren immanenten Flexibilität – welche den Parteienerwartungen entspricht – auch nur konsequent, da die Parteiautonomie als prägendes und wesentliches Element anzusehen ist.⁹⁸⁸

Dies muss auch für die Vereinbarung eines Versäumungsschiedsspruchs bei Säumnis gelten, auch wenn Art 25 Abs 1 ICC-SchO gegen eine solche Möglichkeit spricht. Aus Art 6 Abs 8 ICC-SchO lässt sich im Übrigen nicht ableiten, dass die Vereinbarung eines Versäumungsschiedsspruchs nicht möglich wäre; Art und Weise der Verfahrensfortführung kann bei Säumnis ebenso die Beendigung durch Versäumungsschiedsspruch sein. Somit ist auch unter Anwendung der ICC-SchO ein Versäumungsschiedsspruch – Parteienvereinbarung vorausgesetzt – möglich.

Auch die von Art 22 Abs 4 ICC-SchO gesetzte Grenze für Parteienvereinbarungen⁹⁸⁹, nämlich dass die Parteien vom Schiedsgericht fair und unparteiisch zu behandeln sind und dass jede Partei ausreichend Gelegenheit erhält, zur Sache vorzutragen, wird durch eine Vereinbarung, die eine Möglichkeit zur Erlassung eines Versäumungsurteils schafft, nicht überschritten, weil die teilnehmende und die nichtteilnehmende Partei nicht unterschiedlich behandelt werden und auch die säumige Partei die gleichen Stellungnahmemöglichkeiten wie die am Verfahren aktiv teilnehmende Partei hat.⁹⁹⁰

Auch wenn die ICC-SchO nicht wie etwa die WR *expressis verbis* vorsehen, dass der Internationale ICC-Schiedsgerichtshof, das vergleichbare Organ zum Präsidium des VIAC, die Verwaltung eines Falles ablehnen kann, wenn die Parteien von der ICC-SchO abweichende Vereinbarungen treffen, so wird doch angenommen, dass den ICC-Schiedsgerichtshof grundsätzlich eine Verpflichtung zur Verwaltung

⁹⁸⁶ Vgl hierzu auch Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 105 Rz 394 und Rz 398; Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-709 und Rz 3-711.

⁹⁸⁷ Vgl Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-714.

⁹⁸⁸ Vgl hierzu Fry/Greenberg/Mazza, Secretariat's Guide Rz 3-723: "*The broad flexibility of the Rules allows an ICC arbitration to take whatever shape or form the parties and/or the arbitral tribunal consider most appropriate to the particular case.*"

⁹⁸⁹ Reiner/Aschauer in Schütze, Institutional Arbitration 106 Rz 398.

⁹⁹⁰ Vgl hierzu auch die Ausführungen zu den WR 2006.

trifft, er eine solche aber unter bestimmten Umständen ablehnen kann.⁹⁹¹ Dies ergibt sich aus Art 1 Abs 2 ICC-SchO, da diese Bestimmung vorsieht, dass der ICC-Schiedsgerichtshof Entscheidungen von Streitfällen durch Schiedsgerichte „*im Einklang mit der Schiedsgerichtsordnung der ICC*“ verwaltet. Daraus lässt sich ableiten, dass die Parteienvereinbarungen (nur) im Einklang mit der ICC-SchO stehen, nicht jedoch absolut mit diesen übereinstimmen müssen und somit den Parteien ein gewisses Maß an Flexibilität zugebilligt wird. Folgerichtig wird auch vertreten, dass die Verwaltung eines Verfahrens dann abgelehnt werden kann, wenn die Parteien von den elementaren Grundsätzen eines ICC-Schiedsverfahrens abweichen wollen.⁹⁹² Zu diesen fundamentalen Grundsätzen werden ua folgende Punkte gezählt: Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter, das Institut des Schiedsauftrages nach Art 23 ICC-SchO, die Prüfung des Schiedsspruches nach Art 33 ICC-SchO und die Befugnisse des ICC-Schiedsgerichtshofes hinsichtlich der Kosten iSv Art 37 ICC-SchO.⁹⁹³ Als weiteres Beispiel, das eine Ablehnung der Verwaltung eines Schiedsfalles zur Folge hat, wird die Vereinbarung einer geraden Anzahl von Schiedsrichtern ohne Mechanismus, wie in einer Situation vorgegangen werden kann, in der die Schiedsrichter keine einstimmige Entscheidung fällen, genannt.⁹⁹⁴ Diese Beispiele betreffen Situationen, die den geregelten Verfahrensablauf beeinträchtigen. Eine vergleichbare Auswirkung auf das Verfahren hat die Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruches gerade nicht. All die genannten Grundsätze des ICC-Schiedsverfahrens werden auch durch solch eine Möglichkeit nicht beeinträchtigt oder gar ausgeschlossen. Daher ist eine Ablehnung der Verwaltung eines Schiedsverfahrens im Falle der Vereinbarung eines Versäumungsschiedsspruches mE nicht angezeigt.

Somit ist es auch im Rahmen einer ICC-Schiedsvereinbarung⁹⁹⁵ möglich, dass die Parteien für den Fall der Säumnis die Fällung eines Versäumungsschiedsspruches ermöglichen.

⁹⁹¹ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-17; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 33 Rz 27.

⁹⁹² *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-17; *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 33 Rz 27.

⁹⁹³ *Fry/Greenberg/Mazza*, Secretariat's Guide Rz 3-17.

⁹⁹⁴ *Reiner/Aschauer* in *Schütze*, Institutional Arbitration 33 Rz 27.

⁹⁹⁵ Zur Überprüfung der Zuständigkeit im Falle der Säumnis vgl oben.

d) Die DIS-SchO

Die DIS-SchO enthält keine allgemeine Regelung hinsichtlich der Nichtteilnahme einer Partei am Verfahren, sie regelt jedoch in § 30 Säumnisfolgen. Diese Bestimmungen entsprechen den WR 2006 und 2013 (und auch der oben dargestellten hM) insofern, als Säumnis den Verfahrensfortgang grundsätzlich nicht hindert. § 30.1 der DIS-SchO behandelt eigens den Fall, dass der Beklagte seine Klagebeantwortung nicht fristgerecht einreicht. In diesem Fall „*kann*“ das Schiedsgericht das Verfahren fortsetzen, ohne die Säumnis als Zugeständnis der Behauptungen des Klägers zu werten. Der Wortlaut geht jedenfalls dahin, dass bei Fortsetzung des Verfahrens trotz Säumnis des Beklagten, dies keine Zugeständnisfiktion der Behauptungen des Klägers darstellt. Fraglich ist jedoch, was gilt, wenn sich das Schiedsgericht dazu entschließt, das Verfahren nicht fortzusetzen und was Letzteres überhaupt bedeutet. Klar ist zunächst, dass in dieser Konstellation das Verfahren nur durch Schiedsspruch beendet werden kann. Dies ergibt sich aus § 39 DIS-SchO, nach dem ein Schiedsverfahren durch Beschluss oder Schiedsspruch beendet wird.⁹⁹⁶ Die Verfahrensbeendigung mittels Beschluss ist ua dann möglich, wenn die *„Parteien das schiedsrichterliche Verfahren trotz Aufforderung des Schiedsgerichts nicht weiter betreiben oder die Fortsetzung des Verfahrens aus einem anderen Grund unmöglich geworden ist.“* Somit ist im Falle der Säumnis durch den Beklagten bei der Einbringung der Klagebeantwortung keine Einstellung durch Beschluss möglich, weil in diesem Fall das Verfahren nicht durch *beide* Parteien nicht weiter betrieben wird und die Durchführung des Verfahrens durch die Nichtteilnahme des Beklagten nicht unmöglich wird. Daher bleibt im Falle der Säumnis des Beklagten nur die Möglichkeit der Verfahrensbeendigung durch Schiedsspruch. Diesem Schiedsspruch kann das Schiedsgericht logischerweise nur das Vorbringen des Klägers zugrunde legen. § 30.1 DIS-SchO ist jedoch nicht so zu verstehen, dass bei Beendigung des Verfahrens mit Schiedsspruch sofort nach Säumnis des Beklagten iSd *leg cit* die

⁹⁹⁶ Bzw durch Vergleich nach § 32 DIS-SchO, welcher aber notwendigerweise die Beteiligung beider Parteien voraussetzt.

Säumenis als Zugeständnis gewertet werden kann, weil sich das „*kann*“ nur auf die Fortsetzungsmöglichkeit bezieht, aber nicht auf die Wertung der Säumnis. Das Vorbringen des Klägers ist iSd hL – wie oben dargestellt – in jedem Fall zu würdigen. Das „*kann*“ in § 30.1 DIS-SchO drückt somit nur aus, dass bei Entscheidungsreife das Erkenntnisverfahren geschlossen werden kann (vgl. zur Ermittlungspflicht des Sachverhalts durch das Schiedsgericht § 27.1 DIS-SchO). Liegt diese nicht vor, ist das (Erkenntnis)verfahren fortzusetzen. Eine Auswirkung auf die Beweiswürdigung hat die Säumnis jedoch in keinem Fall. Daher entspricht ein Schiedsspruch, der sofort nach Säumnis des Beklagten iSd § 30.1 der DIS-SchO wegen Entscheidungsreife ergeht, im System der Versäumungsurteile einem solchen nicht, weil das Vorbringen des Klägers nicht aufgrund der Säumnis des Gegners für wahr zu halten ist.

§ 30.2 DIS-SchO regelt, was im Falle des Nichterscheins bei einem mündlichen Verhandlungstermin bzw. bei nicht rechtzeitiger Vorlage eines Schriftstückes zum Beweis zu geschehen hat. § 30.2 DIS-SchO sieht zunächst wie auch § 30.1 DIS-SchO vor, dass das Schiedsgericht das Verfahren fortsetzen kann, regelt dann aber im Unterschied zu § 30.1 DIS-SchO, dass das Schiedsgericht bei Fortsetzung „*den Schiedsspruch nach den vorliegenden Erkenntnissen erlassen [kann]*“. Zunächst wird daraus klar, dass Fortsetzung des Verfahrens – wie auch bei § 30.1 DIS-SchO erläutert – auch bedeuten kann, dass das Erkenntnisverfahren geschlossen und ein Schiedsspruch erlassen wird und nicht, dass das Erkenntnisverfahren jedenfalls fortzusetzen ist.⁹⁹⁷ Wenn § 30.1 DIS-SchO die zitierte Textierung nicht beinhaltet, bedeutet dies mE nicht, dass das Schiedsgericht bei Entscheidungsreife das Verfahren nicht sogleich schließen könnte, sondern drückt lediglich aus, dass im Fall, dass (nur) eine Klage und kein weiteres Vorbringen vorliegt, in aller Regel nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Sachverhalt iSd § 27.1 DIS-SchO hinreichend ermittelt ist und Entscheidungsreife vorliegt. Die Anordnung des § 30.2 DIS-SchO, dass der „*Schiedsspruch nach den vorliegenden Erkenntnissen erlassen*“ werden kann, muss als Klarstellung verstanden werden, dass die Versäumung einer Verhandlung oder der Vorlage eines Schriftstückes die Erlassung eines Schiedsspruches nicht verhindern

⁹⁹⁷ ME wäre dies eindeutiger, wenn das Wort fortsetzen durch „*beenden*“ ersetzt würde. Dass die Beendigung bei Säumnis nur durch eine Partei ausschließlich durch Schiedsspruch erfolgen kann, wurde bereits dargelegt.

kann, auch wenn der Sachverhalt nicht vollumfänglich festgestellt wurde. Das Schiedsgericht kann mit den bisherigen Ergebnissen arbeiten und seinem Schiedsspruch – Entscheidungsreife vorausgesetzt – zugrunde legen.

Dass die Parteien den Erlass eines echten Versäumungsurteils vereinbaren können, macht nicht nur § 24.1 DIS-SchO, sondern va § 30.3 DIS-SchO klar, wonach „die Parteien über die Folgen der Säumnis etwas anderes vereinbaren“ können.⁹⁹⁸ Die subsidiäre Anwendung der hier untersuchten nationalen Schiedsverfahrensgesetze (§ 600 Abs 2 ZPO und § 1048 Abs 2 dZPO), die hinsichtlich des Ausschlusses eines echten Versäumungsurteils dispositiv sind, steht dem nicht entgegen.

Somit können die Parteien nach dem Wortlaut des § 30.3 DIS-SchO die Erlassung eines Versäumungsschiedsspruchs abweichend von § 30.1 DIS-SchO vereinbaren.⁹⁹⁹ Hinsichtlich der Wahrung des rechtlichen Gehörs kann auf das zu den WR 2006 Ausgeführte verwiesen werden.

e) Die Schweizer Regeln

Wie auch die DIS-Regeln beinhalten die Schweizer Regeln keine allgemeine Bestimmung hinsichtlich der Auswirkung einer Versäumung auf das Verfahren. Die Folgen der Säumnis finden sich vielmehr in zwei Bestimmungen. Zum einen regelt Art 3 Abs 12 der Schweizer Regeln, dass das Schiedsverfahren durch den Gerichtshof¹⁰⁰⁰ fortzuführen ist, wenn die beklagte Partei keine Einleitungsantwort einreicht, es sei denn, es liegt „*offensichtlich keine Schiedsvereinbarung vor, welche auf diese Schiedsordnung verweist.*“ Zum anderen regelt Art 28 Abs 1 der Schweizer

⁹⁹⁸ Hinsichtlich der fairen Behandlung und Gewährung des rechtlichen Gehörs kann an dieser Stelle auf das zu den WR 2006 und 2012 Gesagte verwiesen werden, vgl auch § 26 DIS-SchO.

⁹⁹⁹ Theune geht in seiner Kommentierung auf die Möglichkeit der Vereinbarung eines echten Versäumungsurteils nach § 30.1 Dis-SchO überhaupt nicht ein, sondern meint nur, dass es keinen echten Versäumungsschiedsspruch geben darf. S Theune in Schütze, Institutional Arbitration 268 Rz 247 mwN: „There shall be no award by default.“

¹⁰⁰⁰ Vgl zu diesem Punkt (b) der „Einführung“ der Schweizer Regeln sowie dessen Geschäftsordnung (https://www.swissarbitration.org/sa/download/internal_rules_2012.pdf).

Regeln für den Fall, dass der Beklagte seine Klageantwort nicht (fristgerecht) einreicht, „ohne dafür ausreichende Gründe vorzubringen“, dass das Schiedsgericht die Fortsetzung des Verfahrens anordnet. Die Zweiteilung der Regelung für die Säumnis ergibt sich aus dem Umstand, dass die Schweizer Regeln zwischen Einleitungsanzeige und Einleitungsantwort sowie Klage und Klagebeantwortung unterscheiden. Im Stadium der Einleitungsanzeige sind die Schweizer Regeln der ICC-SchO ähnlich, weil ja auch diese eine Entscheidungskompetenz des dem Gerichtshof vergleichbaren ICC-Gerichtshofs kennen, wenn eine Partei säumig ist und es Zweifel hinsichtlich des Vorliegens einer gültigen Schiedsvereinbarung gibt. Eine Prüfungskompetenz hinsichtlich des Bestehens einer Schiedsvereinbarung hat auch der Gerichtshof implizit nach Art 3 Abs 12 Schweizer Regeln. Da Art 3 Abs 12 Schweizer Regeln für die Zeit vor der Konstituierung eines Schiedsgerichts gilt, ist ein Versäumungsurteil gar nicht möglich.¹⁰⁰¹ Die Bestimmung bezieht sich lediglich auf die (weitere) Administration des Schiedsverfahrens.¹⁰⁰² Anzumerken ist, dass sich die Prüfung nach Art 3 Abs 12 der Schweizer Regeln auf Offensichtlichkeit beschränkt, somit über eine *prima facie* Prüfung nicht hinausgeht.¹⁰⁰³

Nach Konstituierung des Schiedsgerichts ist bei Säumnis nach Art 28 der Schweizer Regeln vorzugehen: gem Abs 1 *leg cit* ist im Falle der nicht (rechtzeitigen) eingebrachten Klageantwort das Verfahren fortzusetzen. Somit gilt für die Schweizer Regeln das bereits zu den anderen Schiedsordnungen Gesagte: ein Versäumungsschiedsspruch ist nicht möglich. Hinsichtlich der Versäumung eines Verhandlungstermins sieht Abs 2 *leg cit* vor, dass das Schiedsgericht das Verfahren fortsetzen „kann“. Der Wortlaut ist insofern undeutlich, als sich Art 28 Abs 2 Schweizer Regeln nicht auf das Verfahren als Ganzes, sondern nur auf die mündliche

¹⁰⁰¹ Abgesehen davon ist der Streitgegenstand noch nicht hinlänglich bestimmt.

¹⁰⁰² Obwohl die Schweizer Regeln keine dem Art 6 Abs 6 ICC-SchO vergleichbare Bestimmung enthalten, nach der eine Partei, sollte die Schiedsinstitution die weitere Behandlung des Falles aufgrund der *prima facie* Prüfung ablehnen, ein Gericht anrufen kann, ob nicht doch eine verbindliche Schiedsvereinbarung vorliegt, kann eine Partei trotzdem ein Gericht mit dieser Frage befassen, vorausgesetzt das anwendbare nationale Verfahrensrecht stellt solch ein Institut zur Verfügung. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei dieser Feststellungsmöglichkeit um eine Frage des anwendbaren Rechts und nicht der Schiedsordnung. Für Österreich wird eine solche Feststellungsmöglichkeit abgelehnt, s FN 975.

¹⁰⁰³ Bartsch/Petti in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 3 Rz 20.

Verhandlung bezieht¹⁰⁰⁴; er ist insoweit mit der vom Wortlaut her eindeutigeren Vorschrift des Art 26 Abs 2 der ICC-SchO vergleichbar. Wie auch bei Art 26 Abs 2 ICC-SchO ist auf die Entscheidung 7 Ob 111/10i und die sich daraus ergebende Einschränkung hinzuweisen. Auch Art 28 Abs 2 der Schweizer Regeln stellt keinen Ausschluss der mündlichen Verhandlung im Wege der Parteiendisposition dar.¹⁰⁰⁵

Eine Einstellung des Verfahrens nach Art 34 Abs 2 Schweizer Regeln ist in keinem Fall der Säumnis des Beklagten möglich, weil zum einen vor Einlangen einer Einleitungsantwort noch kein Schiedsgericht konstituiert ist und zum anderen die Fortführung des Schiedsverfahrens nach Konstituierung weder unnötig noch unmöglich wird, wie von *leg cit* verlangt.

Zusammenfassend gilt für die Schweizer Regeln somit dasselbe wie für die anderen weiter oben behandelten Schiedsordnungen, nämlich dass bei Säumnis des Beklagten ein Versäumnisurteil nicht vorgesehen ist.

Art 15 der Schweizer Regeln bestimmt, dass das Schiedsgericht das Schiedsverfahren vorbehaltlich der Schiedsordnung nach seinem freien Ermessen – unter Wahrung der Gleichbehandlung und des rechtlichen Gehörs – durchführen kann. Die Schweizer Regeln gehen – im Unterschied zu den anderen behandelten Schiedsordnungen – nicht auf eine Zulässigkeit von Parteienvereinbarungen ein, die von den Schiedsregeln abweichen. Einer strengen Wortinterpretation folgend müsste man daher vertreten, dass die Parteien die Möglichkeit eines Versäumnisurteiles nicht vorsehen können. Richtigerweise ist in diesem Punkt, wie auch schon bei der ICC-SchO dargestellt, zwischen verschiedenen Interessen zu unterscheiden: eine Abweichung von den Schweizer Regeln, welche die innere Organisation der Schiedsinstitution betreffen, ist nicht möglich, eine Abweichung, die allein das Verhältnis der Parteien betrifft, ist hingegen möglich.¹⁰⁰⁶ Dies entspricht auch der dem Schiedsverfahren innewohnenden Vorherrschaft der Parteiautonomie. Die Verständigung der Parteien auf ein Versäumnisurteil betrifft ausschließlich das Parteienverhältnis und beeinträchtigt nicht die Gleichbehandlung und das rechtliche Gehör. Daher ist mE auch unter Anwendung

¹⁰⁰⁴ Vgl Radjai/Oetiker in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 28 Rz 42.

¹⁰⁰⁵ S oben VI.C.3.c).

¹⁰⁰⁶ Vgl Jermini/Gamba in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 15 Rz 6 mwN.

der Schweizer Regeln möglich und kann nicht zur Verweigerung der Durchführung des Schiedsverfahrens durch den Gerichtshof führen.

f) Exkurs: Die Regeln der Zürcher Handelskammer für internationale Schiedsverfahren 1989

Die in der Überschrift genannten Regeln sind nicht mehr in Geltung, weil sie seit 1. Jänner 2004 von den Schweizer Regeln abgelöst wurden. An dieser Stelle sei kurz erwähnt, dass es sich bei den Schweizer Regeln um die harmonisierten Regeln von ursprünglich sechs regionalen Handelskammern handelt, die vor 2004 jeweils eigene Schiedsregeln hatten.¹⁰⁰⁷ Seither werden die bei den einzelnen Kammern eingeleiteten (internationalen) Schiedsverfahren nach den Schweizer Regeln durchgeführt.¹⁰⁰⁸ Die Regeln der Zürcher Handelskammer enthielten für internationale Schiedsverfahren 1998 in Art 32 eine Bestimmung, die es dem Schiedsgericht erlaubte, bei Säumnis einer Partei das Vorbringen der anderen Partei für wahr zu halten. Voraussetzung war, dass eine Partei einmal säumig war, nämlich dass ein Schriftsatz nicht innerhalb offener Frist eingebracht wurde oder dass sie nicht zu einem Verhandlungstermin erschienen ist, jeweils ohne ausreichende Entschuldigung. Danach konnte das Schiedsgericht eine neue Frist für die Einbringung des Schriftsatzes bestimmen oder einen neuen Verhandlungstermin unter Androhung der Folgen einer weiteren Säumnis ausschreiben. Als Folge einer weiteren Säumnis konnte das Schiedsgericht – wie erwähnt – das Vorbringen der nicht säumigen Partei für wahr halten (oder selbst Beweise aufnehmen).¹⁰⁰⁹

¹⁰⁰⁷ Industrie- und Handelskammern Basel, Bern, Genf, Tessin, Waadt und Zürich. Mittlerweile hat auch die Industrie- und Handelskammer Neuenburg ihre frühere Schiedsordnung durch die Schweizer Regeln ersetzt.

¹⁰⁰⁸ Vgl. näher zur Geschichte der Schweizer Regeln Besson/Thommesen in Zuberbühler/Müller/Habegger² 3 ff.

¹⁰⁰⁹ Art 32 lautete wie folgt:

“If a party fails to submit a brief within the deadline or fails to appear at a hearing without adequate excuse, the Arbitral Tribunal may restore the deadline, set a new deadline or call a new hearing and specify the consequences of failure to comply.

If the party fails to comply once more, the Arbitral Tribunal may deem the factual allegations of the other party to be undisputed or may investigate the matter on its own.”

Diese Bestimmung zeigt, dass Schiedsordnungen so gestaltet sein können, dass die Säumnis zu einem Versäumnungsschiedsspruch führen kann, wenngleich bei den Regeln der Zürcher Handelskammer auch eine weitere Fristsetzung vorgesehen war. Die Bestimmung, dass das Schiedsgericht alternativ von sich aus Beweise aufnehmen kann, ist durchaus sinnvoll, weil Situationen denkbar sind, in denen ein Schiedsgericht früheres Vorbringen einer säumigen Partei berücksichtigen möchte, aber weitere Beweise benötigt. Hinzu kommt die Möglichkeit, von der nicht säumigen Partei die Vorlage weiterer Beweismittel zu verlangen, auch wenn nicht davon auszugehen ist, dass die nicht säumige Partei ihr nachteilige Beweise vorlegen wird. Auffallend an der genannten Bestimmung ist auch, dass die Säumnisfolge nicht von einer Antragstellung der anderen Partei abhängig gemacht wurde, die Folge der Säumnis somit allein in der Hand des Schiedsgerichts lag.

Jedenfalls kann die Bestimmung des Art 32 der Regeln der Zürcher Handelskammer für internationale Schiedsverfahren 1989 im Vergleich zu den „modernen“ Schiedsordnungen als durchaus ungewöhnlich und ihrer Zeit weit voraus bezeichnet werden. Zwingende Vorschriften zumindest des österreichischen oder deutschen Rechts würden einer solchen Regelung nicht entgegenstehen.

D. Säumnis der Klägers

Genauso wie bei der Säumnis des Beklagten stellt sich auch bei der Säumnis des Klägers die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Versäumungsschiedsspruch möglich sein kann.

1. Ad-hoc Verfahren

Wie im Kap III.B.1. vertreten wird, sind an den verfahrensleitenden Antrag keine allzu strengen Anforderungen zu stellen, anderenfalls die Bestimmung über die Klage nach § 597 ZPO gegenstandslos wäre. Weiters muss – wie bereits in Kap III.B.2. beschrieben – die Verfahrenseinleitung mE auch nicht schriftlich erfolgen.

Es stellt sich nun die Frage, welche Wirkung es auf ein eingeleitetes Schiedsverfahren hat, wenn der Kläger die Schiedsklage nach § 597 Abs 1 ZPO, die sich „in etwa“¹⁰¹⁰ an den Erfordernissen nach § 226 ZPO orientiert, nicht (rechtzeitig) einbringt. Die Frage scheint eindeutig zu beantworten zu sein, da § 600 Abs 1 ZPO regelt, dass in diesem Falle das Schiedsgericht das Verfahren zu beenden hat. Somit ist in allen Fällen, in denen das Schiedsverfahren nicht schriftlich, oder zwar schriftlich, aber nicht den Anforderungen des § 597 Abs 1 ZPO entsprechend, oder per Aufforderung zur Bestellung eines Schiedsrichters eingeleitet (§ 587 Abs 4 ZPO), daraufhin aber keine Klage nach § 597 Abs 1 ZPO eingebracht wird, einzustellen, und zwar gem § 608 Abs 2 Z 1 ZPO mit Beschluss. Im Detail stellt sich die Frage, wie ein Schiedsgericht in dieser Situation vorzugehen hat. Sowohl in Art 25 ModG als auch in § 1048 Abs 4 dZPO findet sich die Regelung, dass die Verfahrensbeendigung dann nicht zu erfolgen hat, wenn die Säumnis hinreichend entschuldigt ist. In Österreich wurde von einer solchen Regelung bewusst Abstand genommen. *Oberhammer* – dem der Gesetzgeber in den Materialien folgte – führt dazu aus, dass das Schiedsverfahren nicht zu beenden sei, wenn der säumige Kläger seine Schiedsklage noch vor Beschlussfassung des Schiedsgerichts über die Beendigung des Verfahrens einbringt.

¹⁰¹⁰ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 19; vgl auch schon oben Kap III.B.1.

Wenn das Schiedsgericht aber das Verfahren aufgrund Nichteinbringung der Schiedsklage beenden will, solle jenes von der „Durchführung von Erhebungen über das Vorliegen eines möglichen Entschuldigungsgrundes entlastet werden“¹⁰¹¹.¹⁰¹² Anderenfalls müsse man dem säumigen Kläger Gehör gewähren, damit dieser allfällige Entschuldigungsgründe vortragen kann. Diese unökonomische Vorgehensweise sei jedoch nicht erforderlich, da der Kläger ohnehin abermals Klage einreichen könne.¹⁰¹³ Im Übrigen sei die Rechtsfolge des § 600 Abs 1 ZPO dispositiv.¹⁰¹⁴ Letzteres steht im Gegensatz zur Ansicht *Hausmaningers*, der vertritt, dass „die Säumnisfolgen der Sätze 1 bis 3 des Abs 2 ausdrücklich unter Parteivorbehalt stehen ..., ... dies [ist] im Falle des Abs 1 nicht der Fall.“¹⁰¹⁵

Zeiler führt aus, dass eine hinreichende Entschuldigung nicht von den Säumnisfolgen befreie und weist – im Unterschied zu *Oberhammer* – auch darauf hin, dass sich aus dem Wortlaut der Bestimmung nicht ableiten lasse, dass das Verfahren nicht zu beenden sei, wenn der Kläger noch vor der diesbezüglichen Beschlussfassung seine Schiedsklage einbringt.¹⁰¹⁶ Komme es wegen Säumnis zur Beendigung des Verfahrens, dann stehe eine zwischenzeitliche Verjährung einer neuerlichen Verfahrenseinleitung entgegen.¹⁰¹⁷ Hinsichtlich der Verjährung muss präzisiert werden, dass eine zwischenzeitliche Verjährung nicht einer neuerlichen Verfahrenseinleitung an sich entgegensteht. Vielmehr ist die Verjährung eines Anspruchs eine materiellrechtliche Frage, die im Verfahren zu klären ist. Zumindest nach österreichischem Recht ist zusätzlich zu beachten, dass die Verjährung gemäß § 1501 ABGB nur über Einwendung der Parteien zu berücksichtigen ist.

Mit dem Hinweis auf eine mögliche zwischenzeitliche Verjährung kritisieren *Reiner*¹⁰¹⁸ und *Platte*¹⁰¹⁹ die Ansicht, dass der Kläger keine Möglichkeit haben soll, hinreichende Entschuldigungsgründe für die Säumnis vorzutragen. Im Vergleich zum

¹⁰¹¹ *Oberhammer*, Entwurf 103.

¹⁰¹² ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 20.

¹⁰¹³ *Oberhammer*, Entwurf 103; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 600 Rz 1; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 600 ZPO Rz 39.

¹⁰¹⁴ *Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 275.

¹⁰¹⁵ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 600 ZPO Rz 33 und auch Rz 46.

¹⁰¹⁶ *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 600 Rz 4.

¹⁰¹⁷ *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 600 Rz 5.

¹⁰¹⁸ *Reiner*, Schiedsrecht § 600 Anm 129.

¹⁰¹⁹ *Platte* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 385 Rz 7.

staatlichen Zivilprozess sei das Schiedsrecht weniger flexibel, weil dort eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach § 146 ff ZPO möglich sei.¹⁰²⁰ Deshalb sei es notwendig, § 600 Abs 1 ZPO dahingehend zu interpretieren – auch aus Gründen der Gleichbehandlung von Kläger und Beklagtem –, dass dem Schiedsgericht die Möglichkeit eingeräumt werden müsse, dem Kläger eine Fristerstreckung zu bewilligen.¹⁰²¹

Wie bereits aus den vorherigen Absätzen deutlich wurde, ist die Rechtslage in Deutschland anders. Dort ist dem Kläger nämlich bei Säumnis mit der Klageeinreichung nach Fristablauf Gelegenheit zu geben, die Verspätung zu entschuldigen.¹⁰²²

Die Frage eines Versäumungsschiedsspruchs gegen den Kläger stellt sich jedenfalls weder nach österreichischer noch nach deutscher Rechtslage zum Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung, da – wie bereits eingangs erwähnt wurde¹⁰²³ – der Streitgegenstand noch nicht hinreichend bestimmt sein muss. Daher ist diesbezüglich der Meinung zuzustimmen, dass die Rechtsfolge des § 600 Abs 1 ZPO nicht dispositiv ist.¹⁰²⁴

Die Frage der Verfahrensbeendigung und der Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruchs ist von der Frage einer Wiedereinsetzungsmöglichkeit analog § 600 Abs 2 letzter Satz ZPO im Falle der Säumnis des Klägers gem § 600 Abs 1 ZPO zu unterscheiden. Hinsichtlich der Wiedereinsetzungsmöglichkeit, die dem Beklagten nach § 600 Abs 2 letzter Satz ZPO bei Säumnis mit der Einbringung der

¹⁰²⁰ Platte in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 385 Rz 7; vgl auch Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 600 ZPO Rz 39.

¹⁰²¹ Platte in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 385 Rz 8; Reiner, Schiedsrecht § 600 Anm 129.

¹⁰²² Schlosser in Stein/Jonas²² IX § 1048 Rz 2 und in Stein/Jonas²³ X § 1048 Rz 2, vertritt, dass der Kläger alternativ eine Fristverlängerung beantragen kann; Münch in Krüger/Rauscher⁴ III § 1048 Rz 9; Voit in Musielak¹¹ § 1048 Rz 2; Saenger in Saenger⁵ § 1048 Rz 5; trotz des eindeutigen Wortlauts des § 1048 Abs 4 dZPO anscheinend abschwächend Wilske/Markert in Vorwerk/Wolf⁴³ § 1048 Rz 4 („Wegen der Entschuldigungsmöglichkeit nach § 1048 Abs. 4 S. 1 ZPO sollte das Schiedsgericht vor Verfahrensbeendigung dem Kläger die Möglichkeit zur Stellungnahme geben.“).

¹⁰²³ Vgl III.B.1.

¹⁰²⁴ Vgl Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 594 ZPO Rz 80 und § 600 ZPO Rz 33; Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 600 Rz 2; Fremuth-Wolf in Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher 33 Rz 13.

Klagebeantwortung, nicht aber dem Kläger bei Säumnis mit seiner Klage zusteht, sprechen mE die – oben erwähnten – besseren, von *Reiner* und *Platte* vorgetragenen, Gründe dafür, diese auch dem Kläger zu eröffnen. Zumindest über den Weg der Parteiendisposition muss die Vereinbarung der Wiedereinsetzung möglich sein, weil keinerlei Gründe ersichtlich sind, die gegen eine solche Vereinbarung sprechen. Obwohl der Gesetzgeber bewusst darauf verzichtet hat, die zwingenden Vorschriften aufzuzählen¹⁰²⁵, zeigt sich doch in der Lehre, dass die als nicht dispositiv angesehenen Normen¹⁰²⁶ entweder dem öffentlichen Interesse oder der Wahrung der Parteiinteressen dienen. Hinsichtlich der Vereinbarung einer Wiedereinsetzungsmöglichkeit sprechen keine der beiden Interessen gegen eine solche Vereinbarungsmöglichkeit.

*Reiner*¹⁰²⁷ und *Platte*¹⁰²⁸ zufolge soll die Wiedereinsetzungsmöglichkeit nicht einmal einer Parteienvereinbarung bedürfen, sondern aufgrund „*einer sich am Grundsatz der Gleichbehandlung von Kläger und Beklagtem orientierende[n] Auslegung*“¹⁰²⁹ möglich sein. Nicht nur der Grundsatz der Gleichbehandlung, sondern vor allem der Umstand, dass das Schiedsverfahren grundsätzlich flexibler als der staatliche Zivilprozess sein, in diesem Punkt die gesetzliche Regelung aber im Schiedsverfahren strenger sein soll¹⁰³⁰, legen eine solche Lösung nahe. Dagegen sprechen die Materialien.¹⁰³¹ Hier bleibt jedoch zu beachten, dass Gesetzesmaterialien weder das Gesetz selbst sind, noch dieses authentisch interpretieren¹⁰³² und „[d]as Gesetz ... mit seinem Wortlaut, seiner Systematik und in seinem Zusammenhang mit

¹⁰²⁵ *Oberhammer*, Entwurf 25; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 594 ZPO Rz 80.

¹⁰²⁶ Vgl. *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 594 ZPO Rz 80; *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 33 Rz 13.

¹⁰²⁷ *Reiner*, Schiedsrecht § 600 Anm 129.

¹⁰²⁸ *Platte* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 385 Rz 7.

¹⁰²⁹ *Reiner*, Schiedsrecht § 600 Anm 129.

¹⁰³⁰ Vgl. *Reiner*, Schiedsrecht § 600 Anm 129.

¹⁰³¹ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 20.: „Wie das Modellgesetz sieht die Bestimmung in Abs. 1 vor, dass das Verfahren zu beenden ist, wenn der Kläger die Klage nicht fristgerecht einbringt. Das Modellgesetz und die dZPO sehen für den Fall der Versäumung der Frist zur Einbringung der Klage sinngemäß vor, dass die Fristversäumung bei „genügender Entschuldigung“ unbeachtlich ist (§ 1048 dZPO; Art. 25 Modellgesetz: „...if, without showing sufficient cause...“). Dem Vorschlag der Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen folgend wurde von der Übernahme einer derartigen Bestimmung für den Fall der Versäumung der Klagseinbringungsfrist abgesehen (nicht jedoch für die in Abs. 2 des Entwurfs geregelten Fälle).“

¹⁰³² RIS-Justiz RS008799.

anderen Gesetzen über der Meinung der Redaktoren“¹⁰³³ steht. Die systematisch-logische Interpretation des § 600 Abs 1 ZPO spricht mE überzeugend dafür¹⁰³⁴, dass die Wiedereinsetzungsmöglichkeit des § 600 Abs 2 letzter Satz ZPO auch dem Beklagten offensteht, womit der anscheinend („... so beendet das Schiedsgericht das Verfahren“) zwingende Charakter einzuschränken und nur hinsichtlich der Beendigungsform zu befürworten ist. Zusätzlich ist nicht einzusehen, warum einem Kläger bei Versäumung einer sonstigen Verfahrenshandlung eine Entschuldigungsmöglichkeit eingeräumt werden soll (§ 600 Abs 2 letzter Satz ZPO), bei Versäumung der Klagseinbringung hingegen nicht.

Nach Klagseinbringung ist nach hA¹⁰³⁵ auch gegen einen Kläger, der sich dazu entschließt, keine weiteren Verfahrensschritte mehr zu setzen, weder auf Antrag noch aus eigenem Antrieb eines Schiedsgerichts ein Versäumungsschiedsspruch möglich. *E contrario* folgt aus § 600 Abs 1 ZPO, dass bei Einleitung des Schiedsverfahrens mit einer Klage bzw bei rechtzeitiger Klagseinbringung das Schiedsverfahren grundsätzlich mit dem Beklagten fortzusetzen und somit in aller Regel mit Schiedsspruch abzuschließen ist, dies ohne entsprechenden Antrag des Beklagten. Daraus ergibt sich auch, dass die weitere Nichtteilnahme am Verfahren durch den Kläger nicht als Klagsrücknahme interpretiert werden kann, die nach § 608 Abs 2 Z 2 ZPO unter gewissen Umständen zur Verfahrensbeendigung führen kann. Möchte hingegen der Beklagte das Verfahren nicht weiterführen, kann er mE die Einstellung des Verfahrens mit Beschluss verlangen. Dies ergibt sich aus einem *argumentum a maiori ad minus*. Denn wenn das Verfahren nach § 608 Abs 2 Z 4 ZPO selbst dann einzustellen ist, wenn die bisher im Verfahren tätigen Parteien dieses nicht weiter betreiben, dann muss dies auch gelten, wenn der Kläger nicht mehr tätig ist und der Beklagte sein Desinteresse an einem Schiedsspruch durch seinen Antrag auf Verfahrenseinstellung zeigt.

Fraglich ist, ob nach österreichischer Rechtslage die Vereinbarung eines Versäumungsschiedsspruchs nach Klagseinbringung möglich ist, der das Begehren des

¹⁰³³ RIS-Justiz RS0008776.

¹⁰³⁴ So va die Gleichbehandlung der Parteien in der ZPO und die §§ 146 ff ZPO.

¹⁰³⁵ S oben Kap VI.C.2.

Klägers aufgrund seiner Säumnis abweist. Hierbei sind verschiedene Fallkonstellationen denkbar: etwa dass die Parteien vereinbaren, dass bei Versäumung der mündlichen Verhandlung – vergleichbar mit einem negativen Versäumnungsurteil bei Ausbleiben des Klägers nach § 396 Abs 2 ZPO oder sogar vergleichbar mit einer Entscheidung nach Aktenlage iSd § 331a dZPO – eine das Klagebegehren abweisende Entscheidung ergehen soll, oder dass die Parteien vereinbaren, dass eine solche Entscheidung ergehen soll, wenn der Kläger eine bestimmte Frist, etwa für die Einreichung eines weiteren Schriftsatzes, nicht einhält. Wie bereits dargestellt, ist eine solche Vereinbarung bei Säumnis des Beklagten nach überwiegender Meinung unproblematisch, weil dies vom Gesetz in § 600 Abs 2 ZPO als möglich vorgesehen wird. Die Versäumung einer Verfahrenshandlung des Klägers nach Klagseinbringung iSd § 600 Abs 1 ZPO ist unter „andere Verfahrenshandlung“ des § 600 Abs 2 zweiter Satz ZPO zu subsumieren.¹⁰³⁶ Nach dieser Anordnung gilt die Regelung des § 600 Abs 2 erster Satz ZPO auch bei Versäumung einer anderen Verfahrenshandlung durch eine – somit auch durch den Kläger – Partei. Daher besteht auch bei Versäumung einer anderen Verfahrenshandlung – *in concreto* einer Versäumung durch den Kläger nach Klagseinbringung – die Möglichkeit, die Erlassung eines Versäumungsschiedsspruchs zu vereinbaren. Abgesehen von dieser gesetzlichen Anordnung sprechen, wie auch bei der Wiedereinsetzungsmöglichkeit im Falle des § 600 Abs 1 ZPO, keine öffentlichen Interessen oder Parteiinteressen gegen eine solche Vereinbarung, sondern der Grundsatz der Gleichbehandlung, die Flexibilität des Schiedsverfahrens und eine systematisch-logische Interpretation vielmehr dafür.

2. Institutionelle Schiedsverfahren

Im institutionellen Verfahren ist die Lage etwas anders, da dieses mit Ausnahme eines Verfahrens nach den Schweizer Regeln durch eine Schiedsklage einzuleiten ist. Daher stellt sich in diesen Verfahren nicht die Frage, was zu geschehen hat, wenn die

¹⁰³⁶ Vgl. Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 600 ZPO Rz 47; Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 601 Rz 2.

Schiedsklage nach Verfahrenseinleitung nicht (rechtzeitig) eingebracht wird. Jedenfalls –diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Kap VI.C.2. verwiesen werden – ist gegen einen Kläger, der sich entschließt, keine weiteren Verfahrenshandlungen mehr zu setzen, die Erlassung eines negativen Versäumungsschiedsspruchs nicht möglich. Hinsichtlich des Vorgehens eines Schiedsgerichts nach den einzelnen Schiedsordnungen in einer solchen Situation kann auf die Ausführungen zur Säumnis des Beklagten in Kap VI.C.3. verwiesen werden. Somit ist die Säumnis des Klägers gleich wie die Säumnis des Beklagten zu behandeln. Gleiches gilt für die Möglichkeit mittels Parteienvereinbarung, einen negativen Versäumungsschiedsspruch vorzusehen.

Lediglich die Schweizer Regeln sehen die Einleitung des Schiedsverfahrens mittels Einleitungsanzeige vor. Wie bereits dargestellt¹⁰³⁷, folgt auf diese eine Antwort und darauf idR eine Schiedsklage nach Art 18 und eine Klageantwort nach Art 19 der Schweizer Regeln. Insofern sind die Schweizer Regeln mit der ZPO vergleichbar. So regelt auch Art 28 Abs 1 der Schweizer Regeln, dass bei Säumnis mit der Einreichung der Schiedsklage das Schiedsgericht das Verfahren mit Beschluss einstellt. Hinsichtlich des Umstandes, dass zu diesem Verfahrenszeitpunkt ein Versäumungsschiedsspruch – auch nicht mittels Parteienvereinbarung – mangels hinreichend bestimmten Streitgegenstands nicht möglich ist, kann auf die obigen Überlegungen¹⁰³⁸ verwiesen werden. Im Unterschied zur § 600 Abs 1 ZPO sieht Art 28 Abs 1 der Schweizer Regeln explizit die Möglichkeit vor, die Säumnis zu entschuldigen. Zusätzlich wird vertreten, dass ein Schiedsgericht vor Beschlussfassung über die Einstellung die Parteien analog Art 34 Abs 2 der Schweizer Regeln über diese Absicht informieren muss.¹⁰³⁹ Nach Einreichung einer Klageschrift und anschließender Säumnis und hinsichtlich des weiteren Vorgehens des Schiedsgerichts ist die Lage wie bei anderen Schiedsordnungen. Somit sprechen mE auch bei Anwendbarkeit der Schweizer Regeln keine Gründe gegen die Möglichkeit der Vereinbarung eines negativen Versäumungsschiedsspruchs.

¹⁰³⁷ S Kap VI.C.3.e) und d).

¹⁰³⁸ S Kap VI.D.1.

¹⁰³⁹ Vgl Radjai/Oetiker in Zuberbühler/Müller/Habegger² Art 28 Rz 10.

E. Zwischenergebnis

Nach näherer Betrachtung der österreichischen und der deutschen gesetzlichen Voraussetzungen, der hM und der diversen Schiedsregeln kann als Zwischenergebnis festgehalten werden, dass die zwingenden Normen der ZPO und der dZPO einem Versäumungsschiedsspruch nach Klagseinbringung nicht im Wege stehen, dessen Zulässigkeit aber von einer Parteienvereinbarung abhängig machen. Diese Regelungen folgen der einhelligen hM, dass es keinen automatischen Versäumungsschiedsspruch im (internationalen) Schiedsverfahren gibt. Die einzelnen Schiedsregeln sehen, obwohl dies möglich wäre, ebenfalls keine Möglichkeit für ein Schiedsgericht vor, ein Versäumnisurteil zu erlassen. Das freie Ermessen des Schiedsgerichts in der Verfahrensführung ist in zweierlei Hinsicht eingeschränkt, nämlich durch die Schiedsregeln selbst (die ja bei Säumnis eine Verfahrensfortsetzung vorsehen und zwar iS eines „regulären“ Verfahrens wie bei Beteiligung aller Parteien) und durch die nationalen Rechtsvorschriften (die eine explizite Parteienvereinbarung für ein Versäumnisurteil voraussetzen). Im Gegenzug schließt aber auch keine Schiedsordnung die Möglichkeit aus, dass die Parteien in der Schiedsvereinbarung (oder nach Einleitung des Verfahrens) die Voraussetzungen für ein Versäumnisurteil schaffen können.¹⁰⁴⁰ Somit ist die Parteienvereinbarung absolute Voraussetzung für die Erlassung eines Versäumungsschiedsspruchs im Schiedsverfahren, sowohl im *ad-hoc* als auch im institutionellen Schiedsverfahren.

F. Änderungsbedarf de lege ferenda?

Völlig zuzustimmen ist der hM, dass nach österreichischer und deutscher Rechtslage die Vereinbarung eines Versäumungsschiedsspruchs durch die Parteien möglich ist. Keinesfalls liegt sowohl nach österreichischem als auch nach deutschem Recht die Entscheidung, ob ein Versäumungsschiedsspruch erlassen werden kann, im Ermessen des Schiedsgerichts, weil beide Rechtsordnungen eine Abweichung von den gesetzlichen Säumnisfolgen nur nach Parteienvereinbarung zulassen. Dies ergibt sich

¹⁰⁴⁰ Vgl auch *Tunik*, Int'l Arbitration Law Review 1998, 88.

eindeutig aus § 594 Abs 1 ZPO und § 1042 Abs 4 dZPO. Somit hat sich die Ansicht *Sperls*, dass ein Versäumungsschiedsspruch nach vorheriger Androhung möglich sei, (auch) nicht mit dem SchiedsRÄG 2006 durchgesetzt.¹⁰⁴¹ Die Parteienvereinbarung ist somit aufgrund des eindeutigen Wortlauts der einschlägigen Bestimmungen in der ZPO und der dZPO *conditio sine qua non* für einen Versäumungsschiedsspruch. Insofern ist der Meinung von *Schwab/Walter*, dass ein Versäumungsschiedsspruch nach den §§ 330 ff dZPO unmöglich sei, nicht zuzustimmen.¹⁰⁴² Unabhängig davon, dass das deutsche Recht das Versäumungsurteil liberaler als das österreichische gestaltet, kann dieser Ansicht nicht gefolgt werden, weil eben der Wortlaut von § 1048 Abs 4 letzter Satz dZPO eindeutig gegen diese Ansicht spricht. Gleiches gilt für die von *Platte* geäußerte Meinung, dass ein Schiedsgericht im Falle einer Parteienvereinbarung über den Erlass eines Versäumnisschiedsspruchs, nicht die Behauptungen des Schiedsklägers für wahr halten dürfe, sondern sicherstellen müsse, einen ausgewogenen Schiedsspruch zu erlassen.¹⁰⁴³ Zum einen hat auch diese Ansicht den eindeutigen Gesetzeswortlaut gegen sich, zum anderen ist nicht ganz ersichtlich, was unter einem ausgewogenen Schiedsspruch zu verstehen ist. Nur wenn *Platte* damit meint, dass das Schiedsgericht dann das Vorbringen der nicht säumigen Partei nicht für wahr halten darf, wenn vorgelegte Beweise dieses widerlegen bzw wenn das Vorbringen offenkundig falsch ist und das Schiedsgericht darüber hinaus die Schlüssigkeit des Vorbringens prüfen muss, ist ihm diesbezüglich uneingeschränkt zuzustimmen.

Zu hinterfragen sind jedenfalls die Argumente, welche von der hM zur Begründung dafür angeführt werden, warum ein Versäumungsurteil ohne eine solche Vereinbarung nicht möglich sein soll (abgesehen vom eindeutigen Gesetzeswortlaut):

¹⁰⁴¹ S hierzu oben Kap VI.C.2.

¹⁰⁴² S oben Kap VI.C.2. Die von *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 18 FN 31, angeführte weitere Belegstelle „*Thomas/Putzo* § 1054 Rn.2“ unterstützt diese Ansicht mE (zumindest) in der aktuellen Auflage nicht. In *Thomas/Putzo*³⁴ § 1054 Rz 5 heißt es: „*Es gibt kein Säumnisverfahren u keinen Versäumnisschiedsspruch.*“ Dies bezieht sich jedoch nur auf die gesetzlichen Folgen, wenn keine andere Parteienvereinbarung vorliegt. Dies ergibt sich aus der Kommentierung in Rz 1, wo es heißt: „*Mangels Vereinbarung regeln Abs 1 -3 die Rechtsfolgen von Versäumung u Säumnis.*“

¹⁰⁴³ S oben VI. 2.2.

Wenn *Schwarz/Konrad* meinen, dass ein Versäumnungsurteil nicht mit dem einvernehmlichen Charakter eines Schiedsverfahrens vereinbar sei¹⁰⁴⁴, dann ist dem zu entgegnen, dass ein solches gerade dem einvernehmlichen Charakter eines Schiedsverfahrens entsprechen könnte. Dies wäre der Fall, wenn man entgegen der hM in Österreich annehmen will, dass die Schiedsvereinbarung eine materiellrechtliche Verpflichtung zur Mitwirkung am Verfahren beinhaltet.¹⁰⁴⁵ Verletzt eine Partei diese Pflicht, verletzt sie auch den einvernehmlichen Charakter der Verfahrensart. Somit ist kein Grund ersichtlich, warum sie von der Verletzung dieser Eigenschaft eines Schiedsverfahrens profitieren soll. Für eine Unterscheidung hinsichtlich einer Säumnisentscheidung zwischen Schiedsverfahren und staatlichem Verfahren besteht unter Bezugnahme auf den einvernehmlichen Charakter mE auch keine sachliche Rechtfertigung. Auf einen staatlichen Zivilprozess ist im Vergleich zum Schiedsverfahren immer dann „zurückzugreifen“, wenn sich die Parteien nicht auf eine Streitbeilegung im Rahmen eines Schiedsverfahrens einigen (können oder wollen). Wenn Parteien im Standardverfahren – wenn man den staatlichen Zivilprozess so nennen will – darauf gefasst sein müssen, dass bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen ein Versäumnungsurteil ergehen kann, ist nicht ersichtlich warum eine Partei diese Folgen durch Säumnis im Sonderverfahren – wenn man das Schiedsverfahren als ein solches im Vergleich zum Zivilprozess bezeichnen will – ausschließen kann und somit davon noch insofern profitieren können soll, als der Erlass einer Sachentscheidung – im Vergleich zum staatlichen Zivilprozess – wesentlich länger dauern wird.¹⁰⁴⁶ Gerade eines der Argumente, das für die Optierung in die Schiedsgerichtsbarkeit gern angeführt wird, nämlich die Verfahrenseffizienz, wird dadurch konterkariert.

Man könnte nun versucht sein, die beiden (angeblichen) Wesenszüge des Schiedsverfahrens, den einvernehmlichen Charakter, nämlich im Verständnis von

¹⁰⁴⁴ Vgl oben Punkt VI. 2.2.

¹⁰⁴⁵ *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/6 und Rz 3/364 mwN.

¹⁰⁴⁶ Die zeitliche Verlängerung des Zivilprozesses im Falle der Erhebung von Rechtsmitteln bzw Rechtsbehelfen gegen ein Versäumnungsurteil im Vergleich zu einem Schiedsverfahren kann in diesem Zusammenhang außer Betracht bleiben, da zum einen Parteien solche nicht erheben müssen und zum anderen Rechtsmittel oder Rechtsbehelfe weitestgehend nicht dispositiv und daher fester Bestandteil des Zivilprozesses sind und daher in Kauf genommen werden müssen.

Schwarz/Konrad als Argument gegen einen Versäumungsschiedsspruch, und die Verfahrenseffizienz, gegeneinander abzuwägen. Bei der Entscheidung, welchem Prinzip der Vorzug zu geben ist, ist mE zu beachten, dass sich das Einvernehmen der Parteien in der Schiedsgerichtsbarkeit, sobald ein Streit entstanden ist, entweder auf Punkte reduziert, die beiden Parteien entgegenkommen (wie etwa längere Fristen für die einzureichenden Schriftsätze; gemeinsame Sprache, wenn eine in der Schiedsvereinbarung nicht festgelegt wurde; Verhandlungsort, der beiden entgegenkommt) oder sich darauf beschränkt, dass die Parteien einen regen Handel – nach dem Motto: gib du mir was, dann gebe ich dir was – betreiben. Von einem tatsächlich einvernehmlichen Charakter kann nur in den seltensten Fällen gesprochen werden. Somit ist der Bezug auf den einvernehmlichen Charakter des Schiedsverfahrens – wenngleich das Einvernehmen der Parteien im Vergleich zum Zivilprozess eine, zumindest theoretisch, ungleich größere Bedeutung – auch deshalb eine nur schwache Begründung, warum ein Versäumungsurteil nicht möglich sein sollte.

Hinsichtlich der Wertung der Säumnis im Wege der freien Beweiswürdigung ist folgendes zu bedenken: die Beweiswürdigung kann in aller Regel nur dazu führen, dass dem Vortrag der nicht säumigen Partei gefolgt wird. Die Schlussfolgerung aus der Säumnis wird üblicherweise sein, dass eine Partei, der wirksam zugestellt wurde, keinen Grund hat, sich gegen die Behauptungen zur Wehr zu setzen. Somit lässt sich nicht der Eindruck verwehren, dass über den Umweg der Beweiswürdigung ohnehin die gleiche Wertung wie bei der Fiktion beim Versäumungsurteil, nämlich dass das Vorbringen der nicht säumigen Partei für wahr zu halten ist, vorgenommen wird. Eine andere Würdigung ist nur dann denkbar, wenn die vorgelegten Beweise dem Vorbringen widersprechen. Eine Vorlage von solchen Beweisen wird keine Partei von sich aus betreiben. Hinzu kommt, dass ein Schiedsgericht idR nicht die Vorlage weiterer Beweise durch die nicht säumige Partei verlangt. Hierbei ist auch zu beachten, dass das Schiedsgericht nicht zum Vertreter der säumigen Partei mutieren¹⁰⁴⁷ und das Beweismaß der nicht säumigen Partei nicht erhöht werden darf.¹⁰⁴⁸

¹⁰⁴⁷ Vgl etwa *Tunik*, Int'l Arbitration Law Review, 88 mwN; *Reiner*, ICC Schiedsgerichtsbarkeit 210.

¹⁰⁴⁸ S oben die Meinung von *Fouchard/Gaillard/Goldman* bei VI.C.2.

Abgesehen davon, bedürfen die Meinungen, die davon ausgehen, dass die Säumnis auf der Ebene der Beweiswürdigung zu behandeln ist und deren Würdigung im Einzelfall als Zugeständnis gewertet werden kann¹⁰⁴⁹, näherer Betrachtung. Es stellt sich nämlich zwingend die Frage, welche Schlüsse aus einer Nichtteilnahme überhaupt gezogen werden können. Sollte sich eine Partei nach Verfahrenseinleitung gar nicht äußern, dann kann aus diesem Verhalten mE überhaupt kein Schluss gezogen werden. Die Nichtteilnahme am Verfahren kann vielerlei Gründe haben, daher ist es nicht möglich, aus einem solchen Verhalten an sich eine bestimmte Bedeutung, wie ein Zugeständnis, abzuleiten.¹⁰⁵⁰ Beispielsweise sei an die Situation gedacht, dass einer Partei nicht die finanziellen Mittel zur Teilnahme am Verfahren zur Verfügung stehen.¹⁰⁵¹ In diesem Fall könnte man noch vertreten, dass es der betreffenden Partei zumutbar ist, zumindest diesen Umstand einem Schiedsgericht mitzuteilen und gleichzeitig mit dieser Mitteilung auch das Vorbringen des Klägers zu bestreiten. Tut ein Beklagter dies, dann kann von einer Geständnisfiktion selbstredend ohnehin nicht mehr ausgegangen werden. Tut er dies aber nicht, ist jede Wertung der Säumnis nicht mehr als Mutmaßung, weil ein Schiedsgericht die finanziellen Verhältnisse und deren Auswirkung auf das Parteiverhalten nicht kennen kann. Insofern ist auch ein Beweisverfahren nicht zielführend und es kann schlussendlich nur das Vorbringen der nicht säumigen Partei gewürdigt werden.

Dass Säumnis nicht zu werten ist, zeigt überdies die Regelung des staatlichen Versäumnisurteils. Denn dort ist das Vorbringen der nicht säumigen Partei für wahr zu halten, weil das Gesetz eben diese Folge anordnet und somit die Beweiswürdigung des Richters hinsichtlich der Säumnis ausgeschlossen ist. In diesem Zusammenhang bleibt freilich zu beachten, dass auch im Bereich des staatlichen Versäumnisurteils die Beweiswürdigung des Richters nicht zur Gänze ausgeschlossen ist und die Folgen einer Säumnis abgefedert sind, denn § 396 Abs 1 ZPO regelt, dass das Vorbringen der nicht säumigen Partei nur dann für wahr zu halten ist, „soweit es nicht durch die vorliegenden Beweise widerlegt wird“. Auch wenn in aller Regel eine Partei es

¹⁰⁴⁹ S oben Punkt VI.C.2.

¹⁰⁵⁰ Vgl hierzu auch *Fouchard/Gaillard/Goldman in Gaillard/Savage* Rz 1224; s oben Punkt VI.C.2.

¹⁰⁵¹ Zur Diskussion, ob in dieser Situation die Schiedsvereinbarung von der verarmten Partei gekündigt werden kann, vgl *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger* I Rz 3/385.

tunlichst unterlassen wird, Beweise vorzulegen, die gegen ihren Standpunkt sprechen bzw gemeinsam mit einer Klage gar keine Beweise vorlegen muss¹⁰⁵², so ist es dennoch (zumindest theoretisch) möglich, dass die vorgelegten Beweismittel gegen sie sprechen.

Der Gesetzgeber hat jedenfalls erkannt, dass die Säumnis als solche nicht gewürdigt werden kann und im Wege einer Abwägung zwischen Verfahrenseffizienz und Richtigkeitsgewähr der Entscheidung einen Mittelweg beschritten. Die Versuche im Schiedsrecht, der Säumnis im Wege der Beweiswürdigung einen bestimmten Gehalt, nämlich eine Geständnisfiktion ohne Anordnung durch Gesetz, Schiedsordnung oder Parteienvereinbarung zuzumessen, kann nur als Versuch verstanden werden, die Möglichkeit der Erlassung eines Versäumnisurteils über Umwege doch zu ermöglichen, auch wenn dies freilich nicht direkt so ausgesprochen wird. Somit führt die Würdigung einer Säumnis iS eines Zugeständnisses in aller Regel zu einem Urteil, das einem Versäumnisurteil entspricht. Gegen ein solche Konstruktion spricht die bereits erwähnte, im Schiedsverfahren oft gepriesene Verfahrenseffizienz, denn durch eine Beweiswürdigungsphase und Begründung der Beweiswürdigung – die zu weiten Teilen auf Mutmaßungen aufbauen wird, wenn diese aus der Säumnis etwas ableiten will – im Schiedsspruch wird das Verfahren wesentlich verlängert, weshalb es effizienter wäre, *de lege ferenda* die Möglichkeit eines Versäumnissschiedsspruchs auch ohne diesbezügliche Parteienvereinbarung zu schaffen.

Ein weiterer Punkt, der in der Diskussion rund um ein Versäumnisurteil mE vernachlässigt wird, ist, dass auch im staatlichen Zivilprozess der Richter jedenfalls in seiner rechtlichen Beurteilung frei ist und eine Schlüssigkeitsprüfung durchzuführen hat. Ohne Anspruchsgrundlage im Gesetz kann das Vorbringen des nicht säumigen Klägers nicht Gegenstand einer Versäumnisentscheidung werden. Im Falle der Unschlüssigkeit muss das Begehren mit Unschlüssigkeitsurteil abgewiesen werden, sofern eine Sanierung nicht möglich ist.¹⁰⁵³ Gleiches gilt für das Schiedsverfahren. Unter Berücksichtigung der Voraussetzung der Schlüssigkeit können Bedenken gegen einen Versäumnissschiedsspruch wenn auch sicherlich nicht zur Gänze ausgeräumt –

¹⁰⁵² Vgl *Fasching* in *Fasching/Konecny*² III § 226 ZPO Rz 36.

¹⁰⁵³ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1398; *Deixler-Hübner* in *Fasching/Konecny*² III § 396 ZPO Rz 7; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ Rz 866 mwN. Zu den Voraussetzungen einer Sanierung vgl ebenda.

darauf zielt dieses Argument aber auch gar nicht ab –, mE aber zumindest begrenzt werden. Es ist ja nicht so, dass ein Schiedsgericht – genau so wenig wie ein staatliches Gericht – eine Klage ungeprüft einem Schiedsspruch zugrunde legen würde. Die Voraussetzungen des staatlichen Versäumnungsurteils finden somit zwischen Verfahrenseffizienz und Richtigkeitsgewähr einen wohl ausgewogenen Kompromiss, der mE durchaus auch im Schiedsverfahren angebracht wäre.

Dieses Spannungsverhältnis zwischen Effektivität des Schiedsverfahrens¹⁰⁵⁴ und der Effizienz desselben ist überhaupt näher zu betrachten. Die Qualität der Zielerreichung, im Schiedsverfahren der Erlass eines rechtlich richtigen Schiedsspruchs, ist sicherlich oberstes Gebot im Prozess der Entscheidungsfindung. Jedoch kann eine Rechtsordnung zum einen nicht dafür garantieren, dass dies auch in sämtlichen Fällen erreicht wird. Selbst das beste Rechtssystem muss mit Fehlentscheidungen leben (können). Zum anderen muss auch jedes Rechtssystem ein bestimmtes Maß an Wirtschaftlichkeit im Auge behalten. Gerade im Schiedsverfahren ist dieses Prinzip durch das in aller Regel eininstanzliche Verfahren verwirklicht. Im Spannungsverhältnis zwischen Effektivität und Effizienz ist gerade nicht ersichtlich, warum in einem Verfahren grundsätzlich ein prolongiertes Beweisverfahren durchzuführen sein soll, wenn an dessen Ende vom Schiedsgericht keine anderen Beweismittel als die, die von der nicht säumigen Partei vorgelegt werden, gewürdigt werden können. An dieser Stelle sei noch einmal daran erinnert, dass eine nicht säumige Partei tunlichst vermeiden wird, gegen sie sprechende Beweismittel vorzulegen. Die strikte Ablehnung eines Versäumnungsschiedsspruchs dient in dieser Konstellation weder der Effektivität noch der Effizienz. Möchte man wenigstens einem der beiden Prinzipien zum Durchbruch verhelfen, nämlich der Effizienz, wäre eine Befürwortung eines Versäumnungsschiedsspruchs angezeigt.

An dieser Stelle sei auch kurz auf die Begründung von *Wilske/Markert*¹⁰⁵⁵ eingegangen, dass das Schiedsverfahren keinen Versäumnungsschiedsspruch kenne, weil eine mündliche Verhandlung nicht vorgeschrieben ist. Dieser Begründung kann für die österreichische Rechtslage insofern nicht zugestimmt werden, als ein

¹⁰⁵⁴ Vgl. *Wilske/Markert* bereits oben unter Punkt VI.C.2.

¹⁰⁵⁵ Vgl. *Wilske/Markert* bereits oben unter Punkt VI.C.2.

Versäumungsurteil im staatlichen Zivilprozess nicht unbedingt die Anberaumung eines mündlichen Verhandlungstermins vorsieht. Nach § 396 Abs 1 ZPO ist nämlich auf Antrag ein Versäumungsurteil bei nicht rechtzeitiger Klagebeantwortung des Beklagten zu erlassen. Für den deutschen Rechtsbereich ist dieser Aussage insoweit zuzustimmen, als das deutsche Versäumnisurteil eine Anberaumung zur mündlichen Streitverhandlung voraussetzt.¹⁰⁵⁶ Ob jedoch darin wirklich der Grund zu sehen ist, warum ein Versäumungsschiedsspruch nicht vorgesehen ist, darf angezweifelt werden, würde dies doch in letzter Konsequenz bedeuten, dass bei zwingender Anberaumung einer Schiedsverhandlung ein Versäumungsurteil möglich wäre. Dies wird aber von der hM selbst bei tatsächlicher Durchführung einer solchen abgelehnt.

Ein weiteres Argument – wenn auch vielleicht ein zu hehres –, das für die Zulassung eines Versäumungsschiedsspruchs *de lege ferenda* spricht, ist, dass in aller Regel die Erschleichung eines Schiedsspruchs die Ausnahme darstellt. Selbst wenn ein Schiedsurteil treuwidrig erschlichen wird, ist ein solcher Schiedsspruch rechtskräftig und vollstreckbar. Jedoch ist in einem solchen Fall die Anfechtung nach § 611 Abs 2 Z 5 und Z 6 ZPO angezeigt. Die Aufhebbarkeit nach der Z 5 (formeller *ordre-public* Verstoß) ist dann zu bejahen, wenn der Schiedsspruch sittenwidrig herbeigeführt wurde, weil dies einen groben Verstoß gegen die Grundwertungen der österreichischen Rechtsordnung darstellt.^{1057, 1058} ME erwächst schon aus der Schiedsvereinbarung eine Treuepflicht, arglistige und gegen Treu und Glauben verstoßende Handlungen zu unterlassen.¹⁰⁵⁹ Auch wenn der bloß unwahre Vortrag der Partei nicht die Schwelle der Sittenwidrigkeit erreicht¹⁰⁶⁰, so wird dies doch dann zu bejahen sein, wenn ein bestimmter Inhalt eines Schiedsspruchs mutwillig herbeigeführt wird. Selbst wenn man diese Ansicht nicht vertreten will, so ist ein Schiedsspruch, der unter einem

¹⁰⁵⁶ Grunsky in Stein/Jonas²² V Vor § 330 Rz 3.f.

¹⁰⁵⁷ Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 ZPO Rz 177; für Deutschland Voit in Musielak¹¹ § 1059 Rz 26.

¹⁰⁵⁸ Zur formellen *ordre-public* Widrigkeit vgl RIS-Justiz RS0110743; exemplarisch Klauser/Kodek^{17.00} § 611 E 33 ff, Hausmaninger in Fasching/Konecny² IV/2 § 611 ZPO Rz 166 ff, Rechberger/Melis in Rechberger⁴ § 611 Rz 8.

¹⁰⁵⁹ Zur Berücksichtigung von Treu und Glauben im Zivilprozess vgl Fasching, Lehrbuch² Rz 135 und Rz 765; Fasching, ÖJZ 1992, 366; ablehnend Schlosser in Stein/Jonas²² IX Anhang § 1061 Rz 156 und Schlosser in Stein/Jonas²³ X Anhang § 1061 Rz 369; zu Treu und Glauben im Schiedsverfahren vgl Rechberger in Liebscher/Oberhammer/Rechberger I Rz 6/80 ff mwN.

¹⁰⁶⁰ Voit in Musielak¹¹ § 1059 Rz 26.

strafgesetzwidrigen Verhalten erlangt wurde, das unter § 530 Abs 1 Z 1 bis 5 ZPO (strafrechtliche Wiederaufnahmegründe) fällt, nach § 611 Abs 2 Z 6 ZPO¹⁰⁶¹ aufhebbar. Vor allem auf die jüngere Jud, dass unrichtiges Vorbringen als Prozessbetrug iSd § 146 StGB qualifiziert wird, ist hinzuweisen¹⁰⁶², weshalb ein solcher Betrug einen Wiederaufnahmegrund darstellt. In vielen Fällen wird daher ein erschlichener Schiedsspruch einen der unter § 530 Abs 1 Z 5 ZPO fallenden Tatbestände erfüllen.

Bejaht man die *ordre-public* Widrigkeit eines erschlichenen Versäumungsschiedsspruch, so ist dieser auch von Art 5 Abs 2 lit b NYÜ erfasst und daher im Anerkennungs- und Vollstreckbarkeitsverfahren nach dem NYÜ von Amts wegen wahrzunehmen.^{1063, 1064} Verneint man die *ordre public* Widrigkeit, dann kann die Verwirklichung der strafrechtlichen Aufhebungsgründe im Anwendungsbereich des NYÜ zur Versagung nach Art V Abs 1 lit e führen, wenn der Schiedsspruch bereits aufgehoben wurde. Zur Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs, der unter Verwirklichung eines strafgesetzwidrigen Wiederaufnahmegrundes zustande gekommen ist, gelangt – zumindest indirekt – auch die Rsp. Wenn nach der Entscheidung 9 ObA 38/90¹⁰⁶⁵ ein Wiederaufnahmegrund nicht vorliegt, wenn die strafbare Handlung für das Zustandekommen der Entscheidung nicht kausal war¹⁰⁶⁶, dann folgt daraus *e contrario* die Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs nach § 611 Abs 2 Z 6 ZPO bei Kausalität des strafbaren Verhaltens für das Ergebnis des Schiedsverfahrens.

Da jede Partei ein Interesse daran hat, dass sie einen Schiedsspruch erhält, der aufhebungsresistent ist, wird sie daher angehalten sein, kein falsches Schiedsurteil zu erschleichen, da „*grobe ... Fälle, in welchen eine Aufhebung des Schiedsspruchs*

¹⁰⁶¹ Zur richtigen Ansicht, dass die Verwirklichung eines strafrechtlichen Wiederaufnahmegrunds auch als ein Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public* angesehen werden kann und § 611 Abs 2 Z 6 ZPO klarstellenden Charakter hat, *Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 326 und *Riegler* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher* 536 Rz 74; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 611 Rz 190; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 611 Rz 9.

¹⁰⁶² OGH 03.05.2001, 15 Os 73/00; OGH 14.05.2008, 13 Os 122/07a; OGH 06.10.2009, 14 Os 103/09t; Zum Prozessbetrug im Zivilverfahren vgl *G. Kodek*, ÖJZ 2010/68, 627 ff.

¹⁰⁶³ Vgl *G. Kodek*, ÖJZ 2010/68, 628.

¹⁰⁶⁴ Im Gegensatz dazu sind im Aufhebungsverfahren weder ein Verstoß gegen den formellen *ordre public* (§ 611 Abs 2 Z 5 ZPO) noch die Verwirklichung strafrechtlicher Aufhebungsgründe (§ 611 Abs 2 Z 6 ZPO) von Amts wegen wahrzunehmen ist (§ 611 Abs 3 ZPO). Gleiches gilt für andere Verfahren nach § 613 ZPO.

¹⁰⁶⁵ Die Entscheidung erging noch vor dem SchiedsRÄG 2006, ist jedoch insofern für die aktuelle Rechtslage relevant, als § 611 Abs 2 Z 6 ZPO weiterhin auf § 530 Abs 1 Z 3 ZPO verweist.

¹⁰⁶⁶ So auch schon OGH 16.12.1981, 6 Ob 741/81 JBl 1982, 497.

geboten erscheint“¹⁰⁶⁷ auch bei Zulassung eines Versäumungsschiedsspruchs durch die genannten Aufhebungsgründe erfasst sein würden.

An dieser Stelle bedarf die vorsichtige Aussage *Ottos*, dass der Grund dafür, dass kein nationales Recht einen Versäumungsschiedsspruch vorsieht, darin liegen dürfte, dass Schiedssprüche endgültig sind und keiner inhaltlichen Nachprüfung unterliegen¹⁰⁶⁸, kurzer Betrachtung. Als Gegenargument und Argument dafür, warum *de lege ferenda* ein Versäumungsschiedsspruch ohne explizite Parteienvereinbarung möglich sein sollte, kann angeführt werden, dass Anwender der Schiedsgerichtsbarkeit gerade wegen des Verzichts auf einen Instanzenzug und der damit verbundenen grundsätzlichen Endgültigkeit (und eingeschränkten Unüberprüfbarkeit), die idR eine weitaus schnellere Streitbeilegung ermöglicht, ein Schiedsgericht als geeignetes Forum wählen. Solchen Parteien, welche die Schiedsgerichtsbarkeit in vollem Bewusstsein aller Vor- und Nachteile wählen, kann auch zugemutet werden, dass sich bei Säumnis ihrerseits die Entscheidung in einer Instanz auf das Vorbringen der nicht säumigen Partei konzentriert. Es ist kein Grund ersichtlich, warum eine bewusst säumige Partei im Schiedsverfahren im Vergleich zum staatlichen Verfahren besser gestellt sein sollte, nur weil das Verfahren keine Überprüfungsinstanz kennt.¹⁰⁶⁹ Konnte eine Partei tatsächlich unverschuldet eine Prozesshandlung nicht vornehmen, dann wäre ein Schiedsspruch durchaus von Aufhebungsgrund des § 611 Abs 2 Z 2 ZPO („... *aus einem anderen Grund ihre Angriffs- oder Verteidigungsmittel nicht geltend machen konnte* ...“) erfasst, womit Fälle vergleichbar der Wiedereinsetzung im staatlichen Zivilverfahren berücksichtigt werden könnten. Auf der Anerkennungs- und Vollstreckungsebene wird diese Situation von Art V Abs 1 lit b NYÜ erfasst. Eine im vollen Bewusstsein säumige Partei ist hingegen nicht schutzwürdig.

¹⁰⁶⁷ Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 326.

¹⁰⁶⁸ Die durch das Verbot der *révision au fond* weitgehend ausgeschlossen ist, vgl. *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2231; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*² IV/2 § 611 ZPO Rz 10 mwN und Rz 205; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*⁴ § 611 Rz 13; OGH 26.1.2005, 3 Ob 221/04b; OGH 5.5.1998, 3 Ob 2372/96m; OGH 20.11.1996, 3 Ob 2374/96f; 18.9.1991, 1 Ob 582/91.

¹⁰⁶⁹ Wie *Rechberger* überzeugend darlegt, ist bei funktionaler Betrachtung des Aufhebungsverfahrens von einem mehrinstanzigen Verfahren auszugehen, *Rechberger*, *ecolex* 2011, 886; *Rechberger* in FS Kaissis 813 ff.

Zudem ist zu bedenken, dass *de lege lata* eine säumige Partei für ihre mangelnde Kooperation – überspitzt formuliert – noch belohnt wird, indem ein Verfahren künstlich verlängert wird und daher ein vollstreckbarer Schiedsspruch eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt, die von dieser dafür genutzt werden kann, Vermögen zu verbringen, um eine Vollstreckung wenn schon nicht zu verhindern, zumindest zu erschweren.

Aus all diesen Gründen wird an dieser Stelle vertreten, dass es kein überzeugendes Argument für die Ansicht gibt, dass die Möglichkeit eines Versäumungsurteiles im Schiedsverfahren ohne Parteienvereinbarung *de lege ferenda* nicht geschaffen werden sollte. Die derzeitige Rechtslage ist zwar zu akzeptieren, eine Änderung ist jedoch zumindest zu überlegen. Der Verfahrensökonomie als wesentliches Element der Schiedsgerichtsbarkeit würde jedenfalls gedient sein.¹⁰⁷⁰

G. Zusammenfassung

Die Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruchs, vergleichbar einem Versäumungsurteil nach § 396 ZPO, wird nach ganz hM sowohl für das *ad-hoc* als auch das institutionelle Schiedsverfahren abgelehnt, es sei denn, die Parteien haben dies vereinbart. Daher unterscheidet sich in aller Regel ein Verfahren, an dem sich eine Partei nicht beteiligt, nicht von einem Verfahren unter Beteiligung aller Parteien. Abzulehnen ist, dass die Säumnis einer Partei einem Geständnis gleich zu halten ist. ME kann die Säumnis für sich allein nicht im Wege der Beweiswürdigung gewertet und irgendwelche Schlüsse daraus gezogen werden, weil zum einen aus einer Säumnis an sich keine Schlüsse zu ziehen sind und dies zum anderen die Gefahr in sich trägt, über diesen Umweg zu den Wirkungen einer Geständnisfiktion zu kommen.

Vielmehr sprechen mE überzeugende Gründe dafür, *de lege ferenda* einen Versäumungsschiedsspruch zu ermöglichen, allen voran die Effizienz des Schiedsverfahrens. Ein Beweisverfahren, an dessen Ende nur die Beweise einer Partei gewertet werden können, erhöht die Kosten und Dauer des Verfahrens unnötig.

¹⁰⁷⁰ Wie *Liebscher* überzeugend ausführt, spricht auch Art 6 EMRK nicht gegen die Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruchs, *Liebscher*, Award 111.

Erschlichene Versäumungsschiedssprüche wären auch durch die strafrechtlichen Aufhebungsgründe erfasst, bzw wären wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* anfechtbar und würden nach dem NYÜ nicht anerkannt und vollstreckt werden. Fälle der unverschuldeten Säumnis sind ebenfalls von einem Aufhebungsgrund erfasst und könnten somit saniert werden. Gleiches gilt für den Anwendungsbereich des NYÜ. Hingegen ist eine bewusst säumige Partei nicht schutzwürdig.

VII. Zusammenfassung der Ergebnisse¹⁰⁷¹

Sowohl im *ad-hoc* als auch im institutionellen Schiedsverfahren gilt der formelle Parteibegriff, wobei sich die Bestimmung der Partei nach dem gesamten Inhalt des verfahrenseinleitenden Schriftsatzes richtet. Die im Unterschied zur ZPO von den Schiedsordnungen geforderten Angaben zur Parteiindividualisierung sind als Mindeststandards dahingehend zu verstehen, dass eine zweifelsfreie Individualisierung der Parteien möglich ist. Soweit die Schiedsordnungen weitere Angaben fordern, sind diese nicht notwendiger Bestandteil. Wenn diese bekannt sind, sollten sie selbstverständlich angeführt werden. Ausschlaggebend bleibt jedoch, dass der verfahrenseinleitende Schriftsatz schiedsordnungsgemäß behandelt werden kann, weshalb in aller Regel Name und Anschrift ausreichen.

Ist die Bestimmung der Partei nicht zweifelsfrei möglich, besteht auch im Schiedsverfahren die Möglichkeit der Verbesserung, wenngleich ein Verbesserungsszenario in der *ad-hoc* Schiedsgerichtsbarkeit unwahrscheinlich ist, weil dies ein bereits konstituiertes Schiedsgericht voraussetzt.

Führt die Richtigstellung der Parteibezeichnung zu einem Parteiwechsel, dann ist das gesamte Schiedsverfahren neu durchzuführen, anderenfalls es zu einer Verletzung des rechtlichen Gehörs kommen würde. Wird einer namensgleichen Partei zugestellt, die bestreitet die gewünschte Partei zu sein, sind die Grundsätze der OGH-Rsp zur Quasi-Partei ebenfalls im Schiedsverfahren anzuwenden und kann diese Frage in einem kurzen Zwischenverfahren geklärt werden.

Wird einer Partei zugestellt, die dem Inhalt des verfahrenseinleitenden Antrags zufolge keinesfalls gemeint sein kann, dann wird dieses Rechtssubjekt nicht Partei des Schiedsverfahrens.

Der Mangel der Partei- und Prozessfähigkeit ist in jeder Lage des Verfahrens vom Schiedsgericht amtswegig wahrzunehmen. Im Falle der Prozessunfähigkeit kann sich das Schiedsgericht über den Weg der Rechtshilfe nach § 602 ZPO an die

¹⁰⁷¹ Diese der besseren Übersicht dienende Zusammenfassung basiert auf den jeweiligen Zusammenfassungen zu den einzelnen Kapiteln und ist daher teilweise wortgleich.

ordentlichen Gerichte wenden und so – über Antrag einer Partei vor dem Schiedsgericht – die Bestellung eines Kurators bzw Sachwalters in die Wege leiten.

Im Zusammenhang mit ausländischen Parteien ist zu beachten, dass § 3 ZPO hinsichtlich der Prozessfähigkeit durch § 611 Abs 2 Z 1 ZPO derogiert wird. Dies gilt jedoch nur für den Zeitpunkt des Abschlusses der Schiedsvereinbarung. Nach diesem Zeitpunkt – somit vor allem im Schiedsverfahren – ist § 3 ZPO anwendbar. Die Parteifähigkeit ausländischer juristischer Personen richtet sich grundsätzlich nach deren Personalstatut. Dies gilt jedoch nicht, wenn ein ordre-public widriger Vorgang zum Verlust der Parteifähigkeit im Ausland führt. In diesem Fall bleibt für ausländische Gesellschaften im Inland – und daher bei Schiedsverfahren mit Sitz in Österreich – ihre Parteifähigkeit bestehen.

Ein Mangel der Partei- oder Prozessfähigkeit führt zur Aufhebbarkeit eines Schiedsspruches bzw kann die Versagung der Anerkennung und Vollstreckung nach dem NYÜ zur Folge haben.

Die Einleitung des Schiedsverfahrens im *ad-hoc* Verfahren nach der ZPO muss nicht unbedingt mit Schriftsatz erfolgen und kann auch auf andere Art und Weise erfolgen, etwa mündlich. Etwas anderes gilt bei einer gegenteiligen Parteienvereinbarung, in der Regel in der Schiedsvereinbarung und dann, wenn der verfahrenseinleitende Antrag mit der Aufforderung der Schiedsrichterbestellung verbunden ist. In diesem Fall sieht § 587 Abs 4 ZPO zwingend vor, dass diese Aufforderung schriftlich ergehen muss. Im institutionellen Bereich hingegen ist die Verfahrenseinleitung nach den behandelten Schiedsordnungen zwingend mit physischem Schriftsatz vorgeschrieben.

Im Gegensatz zur deutschen Rechtslage muss nach der ZPO der verfahrenseinleitende Antrag dem Beklagten zwingend tatsächlich zugehen. Eine Verfahrenseinleitung mittels Zustellfiktion ist nicht möglich. Mit Zugang des verfahrenseinleitenden Antrags erlangt der Beklagte die abstrakte Möglichkeit seine Parteirechte im Verfahren wahrzunehmen, weshalb ab diesem Zeitpunkt Säumnis durch den Beklagten möglich ist. Ausschlaggebend für die rechtswirksame Verfahrenseinleitung ist jedoch auch, dass der verfahrenseinleitende Antrag bestimmte

inhaltliche Mindestanforderungen erfüllt, an die jedoch nicht allzu strenge Anforderungen gestellt werden sollten. Es ist ausreichend, dass der Beklagte weiß, aufgrund welchen Sachverhalts und auf welcher schiedsvertragsrechtlichen Basis gegen ihn ein Schiedsverfahren eingeleitet wurde. Eine Verletzung der Mindestanforderungen kann zur Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs gem § 611 Abs 2 Z 2 ZPO führen.

Ist eine Partei bei der Schiedsrichterbestellung säumig, dann kann von den Parteien nicht vorweg vereinbart werden, dass die andere Partei allein das Schiedsgericht bestellen könnte. Der Grundsatz der Parität ist auch bei Säumnis einer Partei einzuhalten, anderenfalls die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit in einer nicht zu tolerierenden Art und Weise objektiv gefährdet sind. Ist eine Partei tatsächlich im Bestellungsverfahren säumig, bietet das System der gerichtlichen Ersatzbestellung ausreichenden Rechtsschutz.

Da das gerichtliche Ersatzbestellungsverfahren nach den Vorschriften des AußStrG durchzuführen ist, hat der potentielle Schiedsrichter aufgrund des materiellen Parteibegriffs grundsätzlich Parteistellung in diesem Verfahren, ein Rechtsmittel hat er jedoch weder bei Bestellung noch bei Nichtbestellung. Sollte ein Schiedsrichter gegen seinen Wunsch von einem Gericht zum Schiedsrichter bestellt werden, bleibt ihm nur die Möglichkeit, von seinem Amt umgehend zurückzutreten. Darin ist auch eine Kündigung des Schiedsrichtervertrages aus wichtigem Grund zu sehen.

Fraglich und von praktischer Relevanz ist vor allem die Prüfungskompetenz des Gerichts im Ersatzbestellungsverfahren hinsichtlich der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung, wobei gute Gründe dafür sprechen, dass das Gericht diesbezüglich keine Prüfung, auch keine *prima facie* Prüfung, durchzuführen hat. Im institutionellen Schiedsverfahren stellt sich die Frage der Prüfungstiefe im Ersatzbestellungsverfahren nicht, weil die Institution in diesem Zeitpunkt die Verwaltung des Verfahrens jedenfalls angenommen hat und diese nicht mehr mangels Vorliegen einer Schiedsvereinbarung oder wegen einer mit den Schiedsregeln nicht zu vereinbarenden Schiedsvereinbarung ablehnen kann. Die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung ist daher ab Annahme der Administrierung durch die Schiedsorganisation ausschließlich vom Schiedsgericht zu prüfen, welches gerade durch

das Ersatzbestellungsverfahren zu konstituieren ist. Nur unter Anwendung der WR 2013 ist es theoretisch möglich, dass die Prüfung nach Art 7 Abs 6 WR 2013 durch das Präsidium, ob wegen grundlegend abweichender und inkompatibler Vereinbarung von den WR 2013 die Durchführung des Verfahrens abgelehnt werden soll, und das Ersatzbestellungsverfahren zusammenfallen.

Die Tätigkeit als Schiedsrichter ist im Zweifel entgeltlich, eine allfällige Unentgeltlichkeit müsste zwischen den Parteien des Schiedsrichtervertrages vereinbart werden. Rechtsgrundlage des Honoraranspruchs ist der Schiedsrichtervertrag, wobei Schuldner die Schiedsparteien zur ungeteilten Hand sind. ME beinhaltet der Schiedsrichtervertrag im Zweifel aufgrund einer Übung des Geschäftsverkehrs auch die stillschweigende Verpflichtung zur Leistung eines angemessenen Kostenvorschusses auf das Honorar – und nicht nur auf die Barauslagen – der Schiedsrichter. Die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit zeigt in diesem Punkt einen ihrer großen Vorteile, weil die Pflicht zur Leistung eines Kostenvorschusses (auch auf das Honorar der Schiedsrichter) in allen Schiedsordnungen vorgesehen ist. Obwohl ein Anspruch auf einen Honorarvorschuss besteht, kann dieser dennoch nicht von den Schiedsrichtern eingeklagt werden, weil es den Parteien iSd Parteiautonomie überlassen werden muss, ob sie den Stillstand des Verfahrens – wozu die Nichtbezahlung des Kostenvorschusses führt – durch Bezahlung des Kostenvorschusses beenden wollen.

Bei den Drittkosten, wie etwas Kosten für einen Sachverständigen, ist zunächst zu klären, wer die Parteien des jeweiligen Vertrages sind. Die formelle Prozessleitungsbefugnis der Schiedsrichter beinhaltet auch das Recht, im Namen der Schiedsparteien Verträge mit Dritten abzuschließen. In diesem Fall ist die Frage des Kostenvorschusses im Einzelfall zu klären, die Schiedsrichter können jedoch nicht Gläubiger dieses Vorschusses werden, allenfalls können sie diesen treuhänderisch verwalten. Schließt ein Schiedsrichter einen Vertrag mit einem Dritten im eigenen Namen ab – auch dazu sind sie aufgrund der formellen Prozessleitungsbefugnis ermächtigt – dann ist der Schiedsrichter Schuldner des Honorars des Dritten. Bei Leistungen an den Dritten handelt es sich um Barauslagen, weshalb der Schiedsrichter hierfür jedenfalls einen Kostenvorschuss verlangen kann.

Die Schiedsvereinbarung beinhaltet die zwischen den Parteien bestehende Pflicht zur anteiligen Tragung eines Kostenvorschusses, und zwar unabhängig davon, ob sich die Parteien auf ein *ad-hoc* oder ein institutionelles Schiedsverfahren verständigt haben.

Leistet eine der Parteien den gesamten Vorschuss, dann kann diese den Anteil der säumigen Partei zurückverlangen. Stützt sie sich hierbei auf den auf dem Schiedsrichtervertrag beruhenden Regressanspruch des leistenden Solidarschuldners, dann kann sie diesen Anspruch – abgesehen anderslautender Vereinbarung der Parteien – nicht vor dem Schiedsgericht geltend machen, sondern muss den ordentlichen Rechtsweg beschreiten. Stützt sich die leistende Partei hingegen auf die aus der Schiedsvereinbarung ergebende gegenseitige Pflicht zur anteiligen Finanzierung des Schiedsverfahrens, dann ist diese aus der Verletzung der Schiedsvereinbarung resultierende Streitigkeit in der Regel vor dem Schiedsgericht auszutragen. Bei den institutionellen Schiedsregeln sind die WR 2013 hervorzuheben, welche die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für letztgenannten Anspruch *expressis verbis* in Art 42 Abs 4 WR 2013 verankert haben.

Die aufgrund der Schiedsvereinbarung bestehende Pflicht der säumigen Partei an der Beteiligung des Kostenvorschusses kann von der nicht säumigen Partei alternativ mit Leistungsklage geltend gemacht werden, vorausgesetzt dass diese nicht den Anteil der säumigen Partei übernommen hat. Zuständig ist hierfür wiederum das Schiedsgericht und nicht ein staatliches Gericht. Der von der nicht säumigen Partei erlegte Kostenvorschuss reicht in aller Regel für die Finanzierung dieses Zwischenverfahrens aus.

Auf der Ebene der Beziehungen zwischen Parteien und einer Schiedsinstitution ist zu beachten, dass Schuldner der Einschreibgebühr, die bei Verfahrenseinleitung fällig ist, nur der Kläger ist. Wird diese nicht bezahlt, kann die Schiedsinstitution diesen Anspruch nicht einklagen, aber ihre Leistungen zurückhalten. Die Nichtbezahlung hat nicht nur Auswirkungen auf das Verfahren, sondern auch auf den Schiedsorganisationsvertrag, der dadurch beendet wird. Gleiches gilt für den Kostenvorschuss und die Auswirkungen auf Verfahren und Schiedsorganisationsvertrag

bei Säumnis beider Parteien, mit dem wesentlichen Unterschied, dass Schuldner des Kostenvorschusses beide Parteien sind.

Die Möglichkeit eines Versäumungsschiedsspruchs, vergleichbar einem Versäumungsurteil nach § 396 ZPO, wird nach ganz hM sowohl für das *ad-hoc* als auch das institutionelle Schiedsverfahren abgelehnt, es sei denn, die Parteien haben dies vereinbart. Daher unterscheidet sich in aller Regel ein Verfahren, an dem sich eine Partei nicht beteiligt nicht von einem Verfahren unter Beteiligung aller Parteien. Abzulehnen ist, dass die Säumnis einer Partei einem Geständnis gleich zu halten ist. ME kann die Säumnis für sich allein nicht im Wege der Beweiswürdigung gewertet und irgendwelche Schlüsse daraus gezogen werden, weil zum einen aus einer Säumnis an sich keine Schlüsse zu ziehen sind und dies zum anderen die Gefahr in sich trägt, über diesen Umweg zu den Wirkungen einer Geständnisfiktion zu kommen.

Vielmehr sprechen mE überzeugende Gründe dafür, *de lege ferenda* einen Versäumungsschiedsspruch zu ermöglichen, allen voran die Effizienz des Schiedsverfahrens. Ein Beweisverfahren, an dessen Ende nur die Beweise einer Partei gewertet werden können, erhöht die Kosten und Dauer des Verfahrens unnötig. Grobe Fälle der Erschleichung eines Versäumungsschiedsspruchs würden auch durch die strafrechtlichen Aufhebungsgründe erfasst werden bzw wegen eines Verstoßes gegen den *ordre public* aufhebbar sein und nach dem NYÜ nicht anerkannt und vollstreckt werden. Fälle der unverschuldeten Säumnis sind ebenfalls von einem Aufhebungsgrund erfasst und könnten somit saniert werden. Gleiches gilt für den Anwendungsbereich des NYÜ. Hingegen ist eine bewusst säumige Partei nicht schutzwürdig. Insgesamt scheint es daher mE sinnvoll, über die Zulassung eines Versäumungsschiedsspruches nach dem Vorbild des § 396 ZPO zumindest nachzudenken.

Literaturverzeichnis

Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung² (2008)

Aschauer, Arbitral Proceedings and the Enforcement of the Award: Particularly in relation to Austrian Law and the Rules of Arbitration of the SCC, the ICC and the Austrian Federal Economic Chamber (2001), 2 Stockholm Arbitration Report, 33

Arroyo (Hrsg), Arbitration in Switzerland – The Practitioner’s Guide (2013)

Baier, Kosten und Kostenvorschuss im derzeitigen und zukünftigen österreichischen Recht, SchiedsVZ 2006, 86

Bamberger/Roth, Beck’scher Online-Kommentar BGB³⁰ (2014)

Blackaby/Partasides/Redfern/Hunter (Hrsg), Redfern and Hunter on International Arbitration⁵ (2009)

Baumbach/Hueck (Hrsg), GmbH-Gesetz¹⁹ (2010)

Baumert, Ordre public international versus ordre public interne bei inländischen Schiedssprüchen, SchiedsVZ 2014, 139

Baur, Rechtshängig – Schiedshängig, in FS Fasching (1988)

Born, International Commercial Arbitration (2014)

Böckstiegl/Kröll/Nacimienta (Hrsg), Arbitration in Germany: The Model Law in Practice (2007)

Breetzke, Der Vorschuß für den Schiedsrichter, Der Betrieb 1971, 465

Breetzke, Der Schiedsrichter ohne Vorschuss, Der Betrieb 1971, 2050

Bredow, § 1035 ZPO und die „K-Fragen“ für die Parteien, in FS Schlosser (2005) 75

Buchwitz/Schütt, Die Durchsetzung von Vorschussansprüchen in Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2015, 1 ff

Bühler, Note – Sentence Partielle du 1er juin 2004 dans l’affaire CCI No 12491/KGA/EC, ASA Bulletin 2006, 290

Busse, Die Bindung Dritter an Schiedsvereinbarungen, SchiedsVZ 2005, 118

Butchers/Kimbrough, The Arbitral Tribunal’s Role in Default Proceedings, Arbitration International 2006, 233

Chiwitt-Oberhammer, Der fehlerhafte Schiedsspruch (2000)

Doralt/Nowotny/Kalss (Hrsg), Kommentar zum Aktiengesetz (2012)

Fadlallah, Payment of the Advance to Cover Costs in ICC Arbitration: the Parties’ Reciprocal Obligations, ICC Bulletin 2003 14/1, 53

Fasching, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, II (1962), III (1966), IV (1971)

*Fasching/Konecny*² (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, II/1 (2002), II/2 (2003), III (2004), IV/2 (2007), ErgBd (2008)

*Fasching/Konecny*³ (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, I (2014)

Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht (1973)

Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990)

Fasching, Kostenvorschüsse zur Einleitung schiedsgerichtlicher Verfahren, JBl 1993, 545

Fasching, Die Bedachtnahme auf Treu und Glauben im österreichischen Zivilprozess, ÖJZ 1992, 366

Feil, Verbesserung der unrichtigen Parteibezeichnung, Parteiwechsel, mangelnde Parteifähigkeit, GesRZ 1985, 12

Feil/Marent, Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2007)

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), ABGB – 3. Auflage des von Heinrich Klang begründeten Kommentars

Fouchard/Gaillard/Goldman in *Gaillard/Savage* (Hrsg), Fouchard/Gaillard/Goldman on International Commercial Arbitration (1999)

Frauenberger-Pfeiler/Raschauer/Sander/Wessely (Hrsg), Österreichisches Zustellrecht² (2011)

Fremuth-Wolf, Schiedsverfahren und Konkurs, ÖJZ 1998, 848

Fremuth-Wolf, Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall (2004)

Fry/Greenberg/Mazza, The Secretariat's Guide to ICC Arbitration (2012)

Fucik/Kloiber Kurzkommentar zum Außerstreitgesetz (2005)

Gaillard/Di Pietro, Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards (2008)

Gerstenmaier, Zur Verzinslichkeit von Kostenerstattungsforderungen im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2012, 1

Gitschthaler/Höllwerth (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013)

Gloger/Goette/van Huet, Die neue Rechtsprechung zur Existenzvernichtungshaftung mit Ausblick in das englische Recht, DStR 2008, 1141

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁵ (2012)

Haas, Internationale Sportschiedsgerichtsbarkeit und EMRK, SchiedsVZ 2009, 73

Haas/Oberhammer, „Drittwirkung“ von Schiedsvereinbarungen einer Personenhandelsgesellschaft gegenüber ihren persönlich haftenden Gesellschaftern?, in FS Schmidt (2009)

Habegger, Extension of arbitration agreements to non-signatories and requirements of form, ASA Bulletin 2004, 398

Handbuch Wiener Regeln (2013)

Hanotiau, Complex Arbitrations (2005)

Henckel, Parteilehre und Streitgegenstand im Zivilprozess (1961)

Hofstätter, Anm zu OGH 18.09.2012, 4 Ob 30/12h in EvBl 2013, 176

Holzhammer, Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976)

Horvath, The Duty of the Tribunal to Render an Enforceable Award, Journal of Int'l Arbitration, 2001/18/2, 135

Horn, Zwingendes Recht in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, SchiedsVZ 2008, 209

Ischia, Die Kosten des Schiedsverfahrens (2006)

Ischia/Mayr, Das neue österreichische Schiedsverfahrensrecht, RIW 2006, 881

Kalss/Nowotny/Schauer (Hrsg), Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)

Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler (Hrsg), Austrian Yearbook on International Arbitration:

- *Schwarz/Ortner*, Procedural Ordre Public and the Internationalization of Public Policy in Arbitration (2008) 133
- *Tamminen*, The Obligation to pay the advance on costs under the Vienna Rules and Austrian Law (2009)
- *Pitkowitz*, The Arbitrator and the Arbitration Procedure – Shared Funding of Arbitration Proceedings: Fact or Fiction (2011) 31
- *SchiedsVZ 2004/Siwy*, Recalcitrant Parties and the Tribunal's Power to Order Cost Advance Payments (2014) 200

Klausegger, Rechtliches Gehör im Schiedsverfahren, *ecolex* 2011, 37

Klauser/Kodek, ZPO^{17.00} (2012)

Klicka/Oberhammer/Domej, Außerstreitverfahren⁵ (2014)

Kletečka/Schauer, ABGB-ON, 1.01 (Stand 2013), 1.02 (Stand 2014)

Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht (2006)

Kozioł/Bydlinski/Bollenberger (Hrsg), Kommentar zum ABGB³ (2010)

Kreindler/Schäfer/Wolff, Schiedsgerichtsbarkeit Kompendium für die Praxis (2006)

Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg), Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – A Global Commentary on the New York Convention (2010)

G. Kodek, Prozessbetrug im Zivilverfahren, *ÖJZ* 2010, 68

Koller, Das neue österreichische Schiedsrecht I – Die wichtigsten Neuerungen des SchiedsRÄG 2006 im Überblick, *JAP* 2005/2006/30, 182

Kornblum, Anm zu BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69, ZZP 84 (1971) 3336 ff

Kornblum, Das „Gebot überparteilicher Rechtspflege“ und der deutsche schiedsrechtliche ordre public, NJW 1987, 1105

Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis³ (2007)

Lew/Mistelis/Kröll, Comparative International Commercial Arbitration (2003)

Liebscher, The Austrian Arbitration Act 2006 – Text and Notes (2006)

Liebscher, The Healthy Award (2003)

Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I (2012), II (in Druck)

Lionnet/Lionnet, Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit³ (2005)

Lotz, Der Sachverständige im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2011, 203

Martinek/Semler/Habermeier/Flohr (Hrsg), Handbuch des Vertriebsrechts³ (2010)

Maurer/Schrott/Schütz, Kommentar zum Außerstreitgesetz (2006)

Mayr/Fucik, Verfahren außer Streitsachen (2013)

McGuire, Verfahrenskoordination und Verjährungsunterbrechung im Europäischen Prozessrecht (2004)

Meyer-Ladewig, Europäische Menschenrechtskonvention² (2006)

Michalski (Hrsg), Kommentar zum GmbHG² (2010)

Müller/Keilmann, Beteiligung am Schiedsverfahren wider Willen?, *SchiedsVZ* 2007, 113

Musielak (Hrsg), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz¹¹ (2014)

Nedden/Herzberg (Hrsg), ICC-SchO – DIS-SchO Praxiskommentar zu den Schiedsgerichtsordnungen (2014)

Neuteufel, Das Europäische Übereinkommen über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, *AnwBl* 2004, 547

Nowotny, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und Schiedsgericht, *wbl* 2008, 470

O'Brian, Conflict of Laws² (1999)

Oberhammer, Die Offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß (1998)

Oberhammer, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002)

Otto, Säumnis in internationalen Schiedsverfahren, *IPRax* 2002, 164

Otto, Säumnis in Schiedsverfahren, *SchiedsVZ* 2013, 129

Power, The Austrian Arbitration Act (2006)

Poudret/Besson, Comparative Law of International Arbitration (2002)

Ramberg/Lazareff, Challenging Arbitrators' Fees Determined by Arbitration Institutions, in *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (2010) 417

Krüger/Rauscher (Hrsg), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴, I (2013), III (2013)

Rechberger, Parteilehre, Streitgegenstand und der österreichische Oberste Gerichtshof, in *FS Henckel* (1995) 679

Rechberger, Die Rechtsstellung der Beteiligten beim Sachverständigenbeweis, SV Sonderausgabe 2012, 24

Rechberger, Mangel der Parteiexistenz, Mangel der Parteifähigkeit und mangelhafte Parteibezeichnung, in FS Fasching (1988), 385

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung¹ (1994)

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung² (2000)

Rechberger (Hrsg), Kommentar zum Außerstreitgesetz² (2013)

Rechberger (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung⁴ (2014)

Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht (Erkenntnisverfahren)³ (1986)

Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrecht – Erkenntnisverfahren⁸ (2010)

Rechberger, Zum Instanzenzug bei der Anfechtung von Schiedssprüchen, ecolex 2011, 886

Rechberger, Zur Rechtsnatur der Anfechtung von Schiedssprüchen, in FS Kaissis 801 (2012)

Reiner, Handbuch der ICC Schiedsgerichtsbarkeit (1989)

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

Reiner, Das neue österreichische Schiedsrecht (2006)

Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151

Reiner, Schiedsverfahren und rechtliches Gehör, ZfRV 2003/11.

Reiner, Staatliche Justiz und Schiedsgerichtsbarkeit: Konkurrenz oder Kooperation?, Schriftenreihe Niederösterreichische Juristische Gesellschaft, Heft 103 (2008)

Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher (Hrsg), Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure (2007)

Riegler/Koller in *Mistelis/Shore* (Hrsg), World Arbitration Reporter² - Austria (2010)

Risse/Altenkirch, Kostenerstattung im Schiedsverfahren: fünf Probleme aus der Praxis, SchiedsVZ 2012, 5

Rohner/Lazopoulos, Respondent's Refusal to Pay its Share of the Advance on Costs, ASA Bulletin 2001, 549

Rummel (Hrsg), Kommentar zum ABGB³; I (2000), II (2002 ff)

Roth, Tendenzen im Internationalen Kostenrecht – erläutert am Beispiel des Entwurfs eines neuen österreichischen Schiedsverfahrensrechts, SchiedsVZ 2004, 65

Säcker/Rixecker (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁶, I (2012), II (2012), IV (2012)

Saenger (Hrsg), Zivilprozessordnung⁵ (2013)

Sanders (Hrsg), Yearbook of Commercial Arbitration IX (1984)

Sandrock, Die Aufweichung einer Formvorschrift und anderes mehr – Das Schweizer Bundesgericht erlässt ein befremdliches Urteil, SchiedsVZ 2005, 1

Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit¹ (1975)

Schlosser, Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit² (1989)

Schlosser Die Unparteilichkeit des Schiedsrichteramtes, ZZP 93 (1980) 121

Schlosser, Befugnisse und Pflichten des Schiedsgerichtsobmanns, SchiedsVZ 2003, 1

Schlosser, Der Schiedsgerichtsobmann als Vertragspartner, SchiedsVZ 2004, 21

Schopf, Das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter (2000)

Schopper/Strasser, Konturen einer Existenzvernichtung in Österreich, GesRZ 2005, 176

Schöldström, Contractual Relations in Institutional Arbitration, in Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke (2010) 451

Schütze, Handbuch des Schiedsverfahrens (1985)

Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren⁵ (2012)

Schütze (Hrsg), Institutional Arbitration Article-by-Article Commentary (2013)

Schütze (Hrsg), Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit² (2011)

Schütze, Doppelrelevante Tatsachen und Rechtsfragen im Schiedsverfahrensrecht, in FS Stürner (2013) 531

Schütze/Tscherning/Wais (Hrsg), Handbuch des Schiedsverfahrens² (1990)

Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ (2005)

Schwarz/Konrad, The Vienna Rules – A Commentary on International Arbitration in Austria (2009)

Schwimann (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, IV³ (2005), IV³ (2006)

Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB Praxiskommentar, I⁴ (2011)

Secomb, Awards and Orders Dealing with the Advance on Costs in ICC Arbitration: Theoretical Questions and Practical Problems, ICC Bulletin 2003 Vol 14/1, 59

Söderlund The Parties Contract with the Arbitration Institution, in *Between East and West: Essays in Honour of Ulf Franke* (2010) 487

Sperl, Lehrbuch der Bürgerlichen Rechtspflege (1930)

Staudinger (Hrsg), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (2011, 2012; 2013)

*Stein/Jonas*²² (Hrsg), Kommentar zur ZPO, V (2006), IX (2002)

*Stein/Jonas*²³ (Hrsg), Kommentar zur ZPO, X (2014)

Straube (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2013)

Thomas/Putzo Zivilprozessordnung³⁴ (2013)

Torggler, Fünf (Anti-)Thesen zum Haftungsdurchgriff, JBl 2006, 85

Tunik, Default Proceedings in International Commercial Arbitration, Int'l Arbitration Law Review 1998, 86

Verschraegen, Internationales Privatrecht (2012)

von Saucken, Die Reform des österreichischen Schiedsverfahrensrechts auf der Basis des ModGesetzes über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (2004)

Vorwerk/Wolf (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar ZPO¹³ (2014)

Waincymer, Procedure and Evidence in International Arbitration (2012)

Welser, Schiedsverfahren mit unkooperativen Beklagten – ein Bericht aus der Praxis, GesRZ 2012, 55

Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze – Großkommentar, IV³ (1995); XI⁴ (2014)

Wirth, Rechtsbegehren in internationalen Schiedsverfahren – wie bestimmt müssen sie sein, in FS Kellerhals (2004) 148

Wong/Siwy, Recalcitrant Parties and the Tribunal's Power to Order Cost Advance Payments, in *Klaussegger et al* (Hrsg), Austrian Yearbook on International Arbitration 2014 (2014) 200

van den Berg (Hrsg), Yearbook Commercial Arbitration 18 (1993)

von Winterfeld, Noch einmal: Der deutsche ordre public in der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, NJW 1987, 3059

Zeiler, Schiedsverfahren² (2014)

Zuberbühler/Müller/Habegger (Hrsg), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary (2005)

Zuberbühler/Müller/Habegger (Hrsg), Swiss Rules of International Arbitration: Commentary² (2013)

Zöller (Hrsg), Kommentar zur Zivilprozessordnung³⁰ (2014)

Judikaturverzeichnis

OGH:

GIUNF 2669

GIUNF 176

GIUNF 4808

OGH 04.05.1938, 2 Ob 305/38 SZ20/121

OGH 02.02.1971, 4 Ob 366/70 ÖBl 1972, 18

OGH 16.12.1981, 6 Ob 741/81

OGH 14.10.1982, 8 Ob 556/82

OGH 30.10.1985, 3 Ob 89/85

OGH 14.07.1986, 1 Ob 571/86

OGH 03.09.1986, 1 Ob 545/86

OGH 15.10.1987, 6 Ob 658/87

OGH 09.02.1988, 6 Ob 508/86 (6 Ob 509/86)

OGH 28.02.1990, 9 ObA 38/90

OGH 14.11.1990, 1 Ob 711/89

OGH 18.9.1991, 1 Ob 582/91

OGH 15.12.1994, 8 Ob 629/92

OGH 13.06.1995, 4 Ob 533/95

OGH 31.01.1996, 9 Ob 501/96

OGH 21.02.1996, 7 Ob 502/96

OGH 20.11.1996, 3 Ob 2374/96f

OGH 17.04.1997, 8 ObA 2353/96d

OGH 24.07.1997, 6 Ob 186/97i

OGH 28.04.1998, 1 Ob 253/97f

OGH 05.05.1998, 3 Ob 2372/96m

OGH 08.06.1998, 8 ObA 132/98i

OGH 05.08.1999, 1 Ob 163/99y

OGH 05.08.1999, 1 Ob 79/99w

OGH 26.01.2000, 7 Ob 368/98p (7 Ob 369/98k)

OGH 21.06.2000, 1 Ob 31/00s

OGH 28.11.2000, 1 Ob 126/00m

OGH 14.12.2000, 7 Ob 110/00b

OGH 12.04.2001, 8 ObA 98/00w

OGH 03.05.2001, 15 Os 73/00

OGH 17.05.2001, 7 Ob 67/01f

OGH 30.08.2001, 8 ObA 150/01v

OGH 07.11.2002, 6 Ob 67/02z

OGH 18.12.2002, 7 Ob 265/02z

OGH 19.12.2002, 2 Ob 308/02m

OGH 15.01.2003, 7 Ob 272/02d

OGH 02.10.2003, 6 Ob 41/03b

OGH 10.03.2003, 16 Ok 20/02

OGH 29.04.2003, 1 Ob 22/03x

OGH 18.03.2004, 2 Ob 53/04i

OGH 29.04.2004, 6 Ob 313/03b

OGH 14.09.2004 10 ObS 89/04t

OGH 12.10.2004, 1 Ob 240/03f

OGH 26.1.2005, 3 Ob 221/04b

OGH 17.03.2005, 2 Ob 41/04z

OGH 21.06.2005, 5 Ob 127/05w

OGH 20.10.2005, 2 Ob 235/05f

OGH 26.04.2006, 7 Ob 236/05i

OGH 27.06.2006, 3 Ob 75/06k

OGH 30.11.2006, 6 Ob 207/06v

OGH 22.02.2007, 3 Ob 281/06d

OGH 14.05.2008, 13 Os 122/07a

OGH 26.08.2008, 4 Ob 80/08f

OGH 30.09.2009 9 ObA 125/08k

OGH 06.10.2009, 14 Os 103/09t

OGH 30.06.2010, 7 Ob 111/10i

OGH 19.10.2011, 4 Ob 119/11w

OGH 08.11.2011, 3 Ob 191/11a

OGH 22.11.2011, 8 Ob 104/11v

OGH 18.09.2012, 4 Ob 30/12h

OGH 24.04.2013, 9 Ob 27/12d

OGH 08.05.2013, 6 Ob 47/13z

OGH 19.12.2013, 1 Ob 225/13i

OGH 17.02.2014, 4 Ob 197/13v

OGH 15.05.2014, 6 Ob 5/14z

OLG:

OLG Wien 30.11.2012, 30 R 43/12g

Rechtssätze:

RIS-Justiz RS 0036264

RIS-Justiz RS0110743

RIS-Justiz RS0045386

RIS-Justiz RS0009098

RIS-Justiz RS0053103

RIS-Justiz RS0036279

RIS-Justiz RS0045141

RIS-Justiz RS0036279

RIS-Justiz RS0053139

RIS-Justiz RS008799

RIS-Justiz RS0008776

RIS-Justiz RS0009200

RIS-Justiz RS0000233

RIS-Justiz RS0045226

RIS-Justiz RS0021668

RIS-Justiz RS0045045

RIS-Justiz RS 0044997

RIS-Justiz RS0094154

RIS-Justiz RS0123028

EuGH:

EuGH 09.03.1999, C-212/97, *Centros/Erhvervs*

EGMR:

EGMR 27.12.2012, 35016/05, *Peruš/Slovenia*

BGH Deutschland:

BGH 22.02.1971, VII ZR 110/69

BGH 07.03.1985, III ZR 169/83

BGH 05.05.1986, III ZR 233/84

BGH 15.05.1986, III ZR 192/84

BGH 12.11.1987, III ZR 29/87

BGH 17.09.2001, II ZR 178/99

BGH 28.04.2008, II ZR 264/06

BGH 05.11.1970, VII ZR 31/69

AG/LG/OLG Deutschland:

AG Düsseldorf 17.06.2003, 36 C 19607/02

LG Bielefeld 21.10.2003, 17 O 130/03

LG Stuttgart 25.7.2005, 2 O 85/05

LG Arnsberg 7.8.2006, 2 O 83/06

OLG Oldenburg 31.03.1971, 8 U 103/70

OLG München 26.04.2006, 34 SchH 4/06

International:

Cour de Cassation 7.1.1992, 89-1870808 89-18726 (BKMI Industrieanlagen GmbH & Siemens AG v Dutco Construction)

English Queen's Bench Division, Commercial Court, BDSM Ltd v Rafael Advanced Defence Systems [2014] EWHC 451 (Comm)

Anhang

I. Kurzbeschreibung der Arbeit

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit typischen Problemen der Säumnis einer Partei im Schiedsverfahren vor Streiteinlassung und zwar sowohl im *ad-hoc* als auch im institutionellen Schiedsverfahren. Bezüglich der institutionellen Schiedsordnungen beschränkt sich die Arbeit auf die aus österreichischer Sicht besonders relevanten Schiedsordnungen, nämlich die Wiener Regeln (in den Versionen der Jahre 2006 und 2013), die ICC-Regeln, die DIS-Schiedsordnung und die Schweizer Regeln. Die österreichische Gesetzeslage und Rechtsprechung bilden die Grundlage dieser Arbeit, wobei dort, wo von Interesse ein Vergleich zwischen der österreichischen und deutschen Rechtslage angestellt wird.

Einleitend wird untersucht, wer überhaupt Partei eines Schiedsverfahrens sein kann, wobei im Rahmen dieser Untersuchung auch eine kurze Darstellung erfolgt, auf welcher Grundlage Dritte Parteien einer Schiedsvereinbarung werden können. Anschließend wird die Frage untersucht, auf welche Art und Weise ein Schiedsverfahren überhaupt effektiv eingeleitet werden kann. Erst nach Erörterung dieser Grundlagen kann auf die typische Säumnisfälle vor Streiteinlassung eingegangen werden. Daher wird in weiterer Folge ein typischer Fall der Parteisäumnis näher untersucht, nämlich die Säumnis bei der Schiedsrichterbestellung. Ein weiterer Schwerpunkt bilden diverse dogmatische, aber dennoch praxisrelevante, Fragestellungen im Zusammenhang mit der Säumnis bei der Bezahlung eines Kostenvorschusses. Besonders in diesem Rahmen werden auch die zivilrechtlichen Beziehungen zwischen den verschiedenen am Schiedsverfahren beteiligten Akteuren analysiert. Abschließend werden die durch die gesetzlichen Grundlagen gesteckten Grenzen eines Versäumnungsschiedsspruchs nach dem Vorbild des Versäumnungsurteils des staatlichen Zivilprozesses und die diesbezügliche Ausgestaltung in den jeweiligen Schiedsordnungen untersucht.

II. Abstract

The current paper is addressing typical issues of default before entering into argument on the substance of the dispute in *ad-hoc* as well as institutional arbitration proceedings. Regarding institutional arbitration rules, the paper is limited to the – under an Austrian perspective – most relevant arbitration rules, namely the Vienna Rules (the 2006 and the 2013 versions), the ICC Rules, the DIS-Rules as well as the Swiss Rules. The Austrian legislation and jurisprudence constitute the general foundation of this paper, however, with regard to issues of particular interest, a comparison between Austrian and German legislation and the respective legal positions is provided as well.

An analysis of who can be considered a party to arbitration proceedings serves as introduction to this complex topic. In this context, a brief summary of the grounds upon which a third party can fall under the scope of the arbitration agreement will be provided. Subsequently, the effective initiation of arbitration proceedings is evaluated. Only after establishing this basis, issues of default before entering into argument on the substance of the dispute, typically arising in arbitration proceedings, can be addressed. For better illustration, a typical case of party-default, namely the default in the appointment of an arbitrator, will be analysed. Emphasis is also made on several dogmatic issues, however still of practical relevance, related to the non-payment of an advance on costs. Especially in this context, the different legal relationships between the parties involved in arbitration proceedings are scrutinized. Finally, the limitations imposed by the legal framework on rendering a default award, based on the model of a default judgment in state court proceedings, are discussed. In this context, the different approaches under various institutional rules are considered as well.

III. Lebenslauf

Geburtsdatum	04.04.1982
Geburtsort	Wien
Staatsbürgerschaft	Österreich
Adresse	Freyung 6/10/4, 1010 Wien
Telefon	0043/699/1 333 655 3
E-Mail	m.hofstaetter@konrad-partners.com

Ausbildung

07/2015	Eintragung in die Liste der Rechtsanwälte – RAK Wien
06/2012	Rechtsanwaltsprüfung OLG Sprengel Wien Absolvierung mit ausgezeichnetem Erfolg
09/2010	Angelobung als Attorney und Counselor at Law im Bundesstaat New York
07/2009	New York State Bar Exam
08/2008 – 06/2009	Cardozo School of Law, New York City LL.M. Studium, General Studies mit einem Schwerpunkt in Alternative Dispute Resolution
10/2001 – 02/2007	Universität Wien Diplomstudium Rechtswissenschaften

Berufserfahrung

derzeit	Konrad & Partners, Wien Rechtsanwalt
01/2015 – 07/2015	Konrad & Partners, Wien Rechtsanwaltsanwarter
10/2014 – 12/2014	Assistent von em. Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger
09/2012 – 09/2014	Universität Wien Universitätsassistent, Institut für Zivilverfahrensrecht, Lehrstuhl von Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger
10/2009 – 06/2012	Andreas Reiner & Partners, Wien Rechtsanwaltsanwarter
06/2007 – 05/2008	OLG Wien Rechtspraktikant

Publikationen

- 2015 Gerichtliches Verfahren (§§ 615, 616 ZPO) in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg), Schiedsverfahrensrecht II, gemeinsam mit em. Univ.-Prof. DDr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger (in Druck)
- 2014 Anmerkungen zu diversen Schiedssprüchen, VIAC Sammelband, gemeinsam mit em. Univ.-Prof. DDr. h.c. Walter H. Rechberger
- Entscheidungsanmerkung zu OGH 19.03.2013, 10 Ob 5/13b (Wirkungslose Zustellung an Partei statt Vertreter - nicht fristauslösend), EvBl 2014, 69
- 2013 Entscheidungsanmerkung zu OGH 20.11. 2012, 10 Ob 42/12t (Jede mögliche Abgabestelle setzt regelmäßigen Aufenthalt voraus), EvBl 2013, 421, gemeinsam mit Ass.-Prof. Dr. Ulrike Frauenberger-Pfeiler
- Entscheidungsanmerkung zu OGH 18.09.2012, 4 Ob 30/12h (Schiedsrichtervertrag besteht zu den Schiedsparteien), EvBl 2013, 178

Lehrtätigkeit

- Seit 2013 **Donau-Universität Krems**
Abhaltung des Moduls „Schiedsverfahrensrecht national“ für das LL.M. Programm Vertragsrecht und Vertragsgestaltung, gemeinsam mit Ass.-Prof. Dr. Ulrike Frauenberger-Pfeiler
- 2013 und 2014 **Universität Wien**
Pflichtübung aus Zivilverfahrensrecht
- 03/2013 – 08/2013 **Universität Wien**
Betreuung des Moot Court Teams für den ADR Moot Court in Hong Kong, gemeinsam mit Dr. Réka Papp

Vorträge

- 12.12.2013 The Arbitrator's Contract: Formation and Content, YAAP Anniversary Conference, Wien
- 02.11.2013 Recognition and Enforcement under the Recast of Brussels I and the Austrian Arbitration Amendment Act 2013, Eurojuris Conference, Wien
- 27.09.2013 The Austrian Arbitration Amendment Act 2013 and Article 40 of the new VIAC Rules, ArbAut Twin Conference, Belgrad