



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

Die Problematik des Verbraucherschutzes bei
Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen der GmbH

Verfasser

Mag. Michael Grubhofer

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2010

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften

Betreuer: o.Univ.-Prof. Dr. h.c. Dr. Walter H. Rechberger

Inhaltsverzeichnis

LITERATURVERZEICHNIS	IX
ENTSCHEIDUNGSVERZEICHNIS	XXI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	XXIII
I. EINLEITUNG UND KURZDARSTELLUNG DER PROBLEMATIK	1
II. SCHIEDSGERICHTSBARKEIT IM GMBH-RECHT VOR DEM SCHIEDSRÄG 2006	5
1 EINLEITUNG.....	5
2 DIE OBJEKTIVE SCHIEDSFÄHIGKEIT GESELLSCHAFTSRECHTLICHER STREITIGKEITEN NACH ALTER RECHTSLAGE	6
2.1 <i>Allgemeines</i>	6
2.2 <i>Die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Beschlüsse der Generalversammlung</i>	7
2.2.1 Einleitung	7
2.2.2 Wie können Gesellschafterbeschlüsse bekämpft werden.....	8
2.2.3 Streitigkeiten nach §§ 41ff GmbHG	9
2.2.4 Exkurs: Objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Beschlüsse der AG-Hauptversammlung.....	11
2.2.4.1 Bekämpfungsmöglichkeiten von mangelhaften Hauptversammlungsbeschlüssen	11
2.2.4.2 Objektive Schiedsfähigkeit von Anfechtungsstreitigkeiten nach den §§ 195ff AktG.....	11
2.3 <i>Streitigkeiten über Ansprüche auf Zahlung der Stammeinlagen (§§ 10 und 63 GmbHG)</i>	12
2.4 <i>Streitigkeiten über die Nachschusspflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft</i>	13
2.5 <i>Streitigkeiten über Auskunfts- und Einsichtsrechte und sonstige Minderheitsrechte</i>	13
2.6 <i>Streitigkeiten über Mitwirkungspflichten der Gesellschafter</i>	14
2.7 <i>Streitigkeiten zwischen GmbH und ihren Organen</i>	15
2.7.1 Allgemeines	15
2.7.2 Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abberufung von Organen	15
2.7.3 Streitigkeiten über Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber den geschäftsführenden Organen 16	
2.8 <i>Zulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgerichtes zur Überwindung von Patt-Stellungen bei Unmöglichkeit der Erreichung eines Mehrheitsbeschlusses</i>	17
2.9 <i>Objektive Schiedsfähigkeit über die Bestimmung eines angemessenen Entgelts von Gesellschafterleistungen</i>	18
3 RESÜMEE.....	18
III. DIE ENTWICKLUNG DES VERBRAUCHERSCHUTZES IM SCHIEDSRECHT BIS ZUM SCHIEDSRÄG 2006	20
1 EINLEITUNG.....	20
2 ZPO-URFASSUNG KANNTE FÜR DAS SCHIEDSVERFAHREN KEINE SCHUTZBESTIMMUNG FÜR „SCHWÄCHERE PARTEIEN“	21

II

3	KEINE DEM § 1025 DZPO VERGLEICHBARE REGELUNGEN IM ALTEN ÖSTERREICHISCHEN SCHIEDSRECHT. 21	
4	SCHUTZGESETZTE VOR DER EINFÜHRUNG DES KSCHG MIT EINFLUSS AUF DAS SCHIEDSVERFAHRENSRECHT.....	22
	4.1 Allgemein.....	22
	4.2 Ratengesetz 1886 und 1961.....	23
	4.3 Gesetz über den Versicherungsvertrag von 1917 und dessen Nachfolgesetze.....	25
	4.4 Landpachtgesetz 1969.....	32
5	EINFLUSS DES § 14 KSCHG AUF DAS SCHIEDSRECHT	33
6	EINFÜHRUNG VON § 598 ABS 2 ZPO AF: ERSTE SCHIEDSRECHTLICHE ZPO-REGELUNG, DIE ZU UNTERSCHIEDLICHEN RECHTSFOLGEN ZWISCHEN UNTERNEHMERN UND VERBRAUCHERN FÜHRTE.....	38
7	ARBEITNEHMERSCHUTZ FÜR DAS SCHIEDSVERFAHREN DURCH § 9 ABS 2 ASGG	41
8	EINFÜHRUNG VON § 6 ABS 2 Z 7 KSCHG: SCHIEDSKLAUSELN ZWISCHEN VERBRAUCHERN UND UNTERNEHMERN SIND GRUNDSÄTZLICH SCHIEDSFÄHIG, MÜSSEN ABER IM EINZELNEN AUSGEHANDELT WERDEN.....	45
9	MIETERSCHUTZ UND SCHIEDSRECHT.....	48
	9.1 Allgemein.....	48
	9.2 Kündigung und Räumungsklage.....	49
	9.2.1 Nach dem Mietengesetz.....	49
	9.2.2 Nach dem MRG.....	50
	9.3 Entscheidungen im außerstreitigen Verfahren nach § 37 Abs 1 MRG.....	50
	9.4 Ungleichgewicht zwischen Mieter und Vermieter schließt objektive Schiedsfähigkeit nicht aus.....	52
	9.5 Nach alter Rechtslage waren daher Schiedsklauseln in Mietverträgen grundsätzlich zulässig.....	53
	9.6 Resümee zum Verhältnis: Mieterschutz – Schiedsrecht vor dem SchiedsrÄG 2006.....	54
10	ZUSAMMENFASSUNG DER RECHTSENTWICKLUNG DES VERBRAUCHERSCHUTZES IM SCHIEDSRECHT BIS ZUM SCHIEDSRÄG 2006.....	55
IV.	DAS SCHIEDSRÄG 2006.....	60
1	ALLGEMEIN.....	60
2	WIESO EIN NEUES ÖSTERREICHISCHES SCHIEDSRECHT?	60
3	DIE UMSETZUNG DER GESETZGEBERISCHEN INTENTION	61
4	DIE WICHTIGSTEN ERNEUERUNGEN IM ÜBERBLICK.....	61
	4.1 Die Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit.....	61
	4.2 Sonderbestimmungen für das Verbraucher- und Arbeitsrecht.....	62
	4.3 Form der Schiedsvereinbarung und Bestimmungen über die Vollmacht.....	63
	4.4 Rügepflicht.....	64
	4.5 Gerichtliche Rechtshilfe.....	64
	4.6 Schiedsspruchanfechtung.....	65
	4.7 Anordnung sichernder Maßnahmen.....	66
V.	SCHIEDSGERICHTSBARKEIT IM GMBH-RECHT NACH AKTUELLER RECHTSLAGE.....	67
1	GRUNDSÄTZLICHES	67

III

1.1	<i>Ziel des vorliegenden Kapitels</i>	67
1.2	<i>Vorliegendes Kapitel klammert die Verbraucherproblematik aus</i>	67
2	FORMVORSCHRIFTEN.....	67
2.1	<i>Allgemein</i>	67
2.2	<i>Schiedsvereinbarung durch Satzungsänderung</i>	69
2.3	<i>Formprobleme im Zusammenhang mit nicht im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthaltenen Schiedsvereinbarungen</i>	70
2.3.1	Neuer Gesellschafter tritt nicht der Schiedsvereinbarung bei.....	71
2.3.2	Die Schiedsvereinbarung ist nicht im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthalten und weist einen Formmangel auf; Heilung nach § 583 Abs 3 ZPO möglich?.....	72
3	DIE OBJEKTIVE SCHIEDSFÄHIGKEIT GESELLSCHAFTSRECHTLICHER STREITIGKEITEN NACH NEUER RECHTSLAGE.....	73
3.1	<i>Allgemein</i>	73
3.2	<i>Objektive Schiedsfähigkeit entsprechend dem Gesetz</i>	74
3.2.1	Definition.....	74
3.2.2	§ 582 ZPO.....	74
3.2.3	Ausnahmebestimmungen zu § 582 Abs 1 ZPO.....	75
3.2.4	Zwischenresümee: Die Voraussetzungen der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten.....	76
3.2.5	Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen.....	77
3.2.6	Zweites Zwischenresümee: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind entsprechend dem Wortlaut des § 582 Abs 1 ZPO objektiv schiedsfähig.....	78
3.3	<i>Weiteres über § 582 ZPO hinausgehendes Tatbestandselement für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten?</i>	79
3.3.1	Kern des vorliegenden Problems: ErläutRV scheinen ein nicht in § 582 Abs 1 ZPO genanntes Tatbestandselement für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu fordern.....	79
3.3.2	Lehre sieht zum größten Teil in den ErläutRV ein weiteres Tatbestandselement zur objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten.....	80
3.3.3	Eigene Ansicht: Neben den im Gesetz genannten Tatbestandselementen bestehen keine weiteren Voraussetzungen für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten.....	80
3.3.3.1	Die ErläutRV widerspricht sich selbst und kann daher nicht als Grundlage für ein weiteres Tatbestandselement der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten angesehen werden	81
3.3.3.2	Die Vermengungen der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Frage, welche Personen für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen, ist systemwidrig. Ein Beispiel	82
3.3.3.3	Grund der Widersprüchlichkeit der ErläutRV ist die Übernahme der inhaltlich richtigen, in ihrer dogmatischen Begründung jedoch unrichtigen OGH-Judikatur zur Frage der Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG.....	84
3.4	<i>Resümee: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind objektiv schiedsfähig</i>	89
4	SPEZIALFALL ANFECHTUNGS- ODER NICHTIGKEITSKLAGEN NACH § 41FF GMBHG.....	89
4.1	<i>Ansicht der Lehre</i>	90
4.2	<i>Eigene Ansicht</i>	92
5	RECHTSLAGE IN DEUTSCHLAND.....	93

6	ZUSAMMENFASSUNG	94
VI.	VERBRAUCHEREIGENSCHAFT VON GMBH-GESELLSCHAFTERN.....	96
1	EINLEITUNG.....	96
2	DER VERBRAUCHERBEGRIFF DES § 617 ZPO BEZIEHT SICH AUF JENEN DES § 1 KSchG	97
3	KONKRETISIERUNG DER FRAGESTELLUNG: WERDEN GMBH-GESELLSCHAFTER BEIM ABSCHLUSS VON GMBH-GESELLSCHAFTSVERTRÄGEN ALS VERBRAUCHER ANGESEHEN?.....	97
4	KERNPROBLEM: TRENNUNGSPRINZIPS ODER DOCH WIRTSCHAFTLICHE BETRACHTUNGSWEISE	98
	4.1 <i>Trennungsprinzip</i>	98
	4.2 <i>Wirtschaftliche Betrachtungsweise</i>	100
5	RECHTSPRECHUNG	102
	5.1 <i>Entscheidungen im Zusammenhang mit der Kaufmannseigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH: Weder der Gesellschafter noch der Geschäftsführer einer GmbH ist Kaufmann.</i>	102
	5.2 <i>Entscheidung 6 Ob 607/91: Geschäftsführer einer GmbH ist Verbraucher im Sinne des KSchG...</i>	103
	5.3 <i>Die Entscheidung 8 Ob 90/98p und 8 Ob 202/98h: Der Gesellschafter Geschäftsführer einer GmbH betreibt kein Unternehmer.....</i>	104
	5.3.1 <i>Die Entscheidungen 8 Ob 90/98p</i>	104
	5.3.2 <i>Die Entscheidung 8 Ob 202/98h</i>	105
	5.4 <i>Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a</i>	105
	5.5 <i>Bestätigung der „Wendentscheidung“</i>	107
	5.6 <i>Die Entscheidung 4 Ob 108/06w</i>	108
	5.7 <i>Die Entscheidung 7 Ob 266/06b</i>	109
6	LEHRE	111
	6.1 <i>Lehrmeinungen zur Frage der Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern im Zusammenhang mit § 182 KO</i>	111
	6.2 <i>Lehrmeinungen im Zusammenhang mit der „Wendentscheidung“</i>	113
	6.2.1 <i>Karollus</i>	113
	6.2.2 <i>Bydlinski/Haas</i>	117
	6.2.3 <i>Harrer</i>	121
	6.2.4 <i>Eigner</i>	123
	6.3 <i>Lehrmeinungen im Zusammenhang mit der Entscheidung 4 Ob 108/06w: Minderheitsgesellschafter einer GmbH ist Verbraucher</i>	124
	6.3.1 <i>Huemer</i>	124
	6.3.2 <i>Riss</i>	126
	6.4 <i>Lehrmeinung Dehn im Zusammenhang mit § 1 UGB</i>	127
7	RECHTSSITUATION IN DEUTSCHLAND.....	128
	7.1 <i>Verbraucherbegriff</i>	128
	7.2 <i>Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH</i>	129
	7.3 <i>Kritische deutsche Lehre zur Frage der Verbraucher bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH</i>	131

8	EIGENE MEINUNG.....	133
8.1	<i>Das Trennungsprinzip ist gefallen!</i>	133
8.2	<i>Konsequenz: Ohne Trennungsprinzip verschwimmen die Grenzen zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften: Der GmbH-Alleingesellschafter-Geschäftsführer wird zum Unternehmer; die GmbH-Gesellschafter zu Mitunternehmern</i>	137
8.3	<i>Kann der Mitunternehmer das von den Mitunternehmern betriebene Unternehmen als „sein Unternehmen“ bezeichnen?</i>	139
8.3.1	Zum Begriff des Mitunternehmers und dessen Verhältnis zur GesBR	139
8.3.2	Grundsätzlich: Der Mitunternehmer ist Unternehmer.....	142
8.4	<i>Ohne Trennungsprinzip ist das Verhältnis zwischen GmbH-Gesellschafter und GmbH-Unternehmen unter „sein Unternehmen“ zu subsumieren, und zwar unabhängig von Geschäftsführungskompetenz und Beteiligungsumfang</i>	145
8.5	<i>Entscheidendes Kriterium ist die Beteiligung des GmbH-Gesellschafters und nicht die Geschäftsführungskomponente</i>	147
8.6	<i>Ansicht entspricht dem vom Gesetzgeber des KSchG besonders hervorgehobenen Kriterium der Rechtsklarheit</i>	149
8.7	<i>Zusammenfassung Eigene Meinung</i>	150
9	BESONDERHEIT: VERBRAUCHER-/UNTERNEHMEREIGENSCHAFT DES GMBH-GESELLSCHAFTERS BEIM ABSCHLUSS DES GESELLSCHAFTSVERTRAGES	150
10	ZUSAMMENFASSUNG:.....	154

VII. VERBRAUCHERSCHUTZ IM SCHIEDSRECHT IM ZUGE DES SCHIEDSRÄG 2006 UND SEINE AUSWIRKUNGEN AUF SCHIEDSKLAUSELN IN GMBH-GESELLSCHAFTSVERTRÄGEN

157

1	ALLGEMEIN	157
2	DARSTELLUNG DES § 617 ZPO.....	158
2.1	§ 617 Abs 1 ZPO.....	158
2.1.1	Verbraucher und Unternehmer	158
2.1.2	Bereits entstandene Streitigkeiten.....	159
2.1.3	Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit	160
2.1.4	Problematik des § 617 Abs 1 ZPO für das Gesellschaftsrecht	161
2.2	§ 617 Abs 2 ZPO.....	161
2.2.1	Ausschluss von Schiedsklausel.....	161
2.2.2	§ 617 Abs 2 gilt auch wenn ausschließlich Verbraucher am Rechtsgeschäft beteiligt sind.	162
2.2.3	Problematik für das Gesellschaftsrecht.....	162
2.3	§ 617 Abs 3 ZPO.....	163
2.4	§ 617 Abs 4 und 5 ZPO.....	165
2.4.1	Grundsätzlich.....	165
2.4.2	Verhältnis zu § 14 KSchG	166
2.4.3	Problematik für das Gesellschaftsrecht.....	168
2.5	§ 617 Abs 6 ZPO.....	169
2.6	§ 617 Abs 7 ZPO.....	170
2.7	<i>Zusammenfassung der sich aus § 617 ZPO ergebenden Problematiken für das Gesellschaftsrecht</i> 170	

3	DIE LEHRE ZUR FRAGE, OB § 617 ZPO AUF DEN GESELLSCHAFTER-VERBRAUCHER ANZUWENDEN IST?	
	172	
3.1	<i>Reiner: § 617 Abs 1 führt bei der Beteiligung zumindest eines Verbrauchers zur Unanwendbarkeit der Schiedsgerichtsbarkeit.</i>	172
3.2	<i>Öhlberger</i>	173
3.3	<i>Terlitzza/Weber: § 582 Abs 2 kann nicht zur Derogierung des § 617 ZPO führen; Gesellschafter unterliegt aber nicht dem Verbraucher- Unternehmerkonzept des § 1 KSchG</i>	175
3.4	<i>Reich-Rohrwig/Lahnsteiner</i>	176
3.5	<i>Zusammenfassung der Lehrmeinungen</i>	176
4	EIGENE STELLUNGNAHME ZUR FRAGE, OB § 617 ABS 1 ZPO AUF GMBH-GESELLSCHAFTER MIT VERBRAUCHEREIGENSCHAFT ANWENDUNG FINDET.	176
4.1	<i>Konkurrenz zwischen § 617 Abs 1 und dem Willen des Gesetzgebers, dass gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen grundsätzlich angeordnet werden können.</i>	177
4.1.1	Konkurrenz ist notwendig um § 617 Abs 1 ZPO zu reduzieren	177
4.1.2	Erhebliches gesetzgeberisches Interesse, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können	177
4.1.2.1	Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind grundsätzlich objektiv schiedsfähig	178
4.1.2.2	Besonderes Interesse des Gesetzgebers am Bestehen der Möglichkeit, dass Schiedsgericht für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen angeordnet werden können	179
4.1.2.2.1	§ 581 Abs 2 ZPO	180
4.1.2.2.2	Der Beweggrund des Gesetzgebers des SchiedsRÄG 2006 die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten zu erweitern	181
4.1.2.2.3	Das vom SchiedsRÄG 2006 verfolgte Ziel der Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreichs setzt voraus, dass Schiedsgerichte für zukünftige gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bereits im Gesellschaftsvertrag angeordnet werden können	182
4.1.2.2.4	Die Anpassung der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit indiziert, dass der Gesetzgeber ein Interesse daran hat, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können	184
4.1.2.3	Resümee:	185
4.1.3	§ 617 Abs 1 ZPO: Kurzdarstellung	185
4.1.4	Gesellschaftsrechtliche Besonderheit: GmbH-Gesellschafter werden grundsätzlich als Verbraucher angesehen; Einzige Ausnahme: Der Alleingesellschafter mit Geschäftsführungskompetenz	187
4.1.5	Resümee: Es besteht eine Konkurrenz zwischen § 617 Abs 1 ZPO und dem Willen des Gesetzgebers, dass zukünftige gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden werden können	188
4.2	<i>Der Widerspruch zwischen § 617 Abs 1 ZPO und dem GmbHR ist von erheblicher praktischer Relevanz</i>	189
4.3	<i>Der Gesetzgeber hat an den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschafter bei der Schaffung des § 617 ZPO nicht gedacht</i>	191
4.3.1	In den Materialien zum SchiedsRÄG 2006 wird auf die Problematik zwischen § 617 Abs 1 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen nicht eingegangen	192
4.3.2	Der GmbH-Gesellschafter entspricht nicht dem in § 1 KSchG typisierten Verbraucher	194
4.3.3	Ergebnis: Gesetzgeber hat Problematik übersehen	199

VII

4.4	Wie hätte der Gesetzgeber § 617 Abs 1 geregelt, hätte er auf den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschaftereigenschaft Bedacht genommen? Hätte er das Gesellschaftsrecht insbesondere GmbH-Recht ausgenommen?	199
4.4.1	Welche Möglichkeiten wären dem Gesetzgeber offen gestanden?	200
4.4.2	Das gesetzgeberische Interesse an einer gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wiegt schwerer als das Interesse, Verbraucher-Gesellschafter zu schützen	200
4.4.2.1	Kein besonderes Interesse des Gesetzgebers Verbraucher-Gesellschafter durch § 617 Abs 1 ZPO zu schützen, da diese der Randzielgruppe des § 617 angehören.	201
4.4.2.2	Die Kern- und Randzielgruppen von Schutzbestimmungen und deren rechtliche Konsequenz. Verbraucher-Gesellschafter stellen Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmungen dar.	201
4.4.2.2.1	Kernziel- und Randzielgruppen von Verbraucherschutzbestimmungen auf Grund des im Verbraucherschutz bestehenden Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit.....	201
4.4.2.2.2	Der Verbraucher-Gesellschafter gehört zur Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmung des § 617 Abs 1 ZPO	204
VII.4.4.2.2.2.1	Argument: Das Übersehen der Problematik des Gesetzgebers, dass GmbH-Gesellschafter auch unter den Wortlaut des § 617 Abs 1 ZPO fallen.	204
VII.4.4.2.2.2.2	Argument: Materialien und Entstehungsgeschichte des SchiedsRÄG 2006 zeigen eine Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO, die sich vom Verbrauchergesellschafter stark unterscheidet	204
VII.4.4.2.2.2.3	Argument: Unterschied des Gesellschaftsvertrages zum typischen Verbraucherrechtsgeschäft.....	205
VII.4.4.2.2.2.4	Argument: Die unterschiedlichen Pole, die das Verbraucherrecht und das Unternehmensrecht im Privatrechtsspektrum einnehmen	207
4.4.2.2.3	Ergebnis: Der GmbH-Gesellschafter ist zur Randzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zu zählen .	220
4.4.2.3	Interesse des Gesetzgebers: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten soll grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.....	220
4.4.2.4	Notariatsaktpflicht bei GmbH-Gesellschaftsverträgen ersetzt nicht den durch § 617 Abs 1 ZPO vorgesehenen Schutz, doch kommt diesem nahe.....	221
4.4.2.4.1	Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO.....	222
4.4.2.4.2	Werden die Schutzzwecke des § 617 Abs 1 ZPO durch Bestimmungen des GmbHG bereits erfüllt?	226
4.4.2.4.3	Ergebnis: Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO wird nur teilweise durch Notariatsaktpflicht ergänzt	227
4.4.3	Ergebnis: Unter Bedachtnahme auf die Problematik zwischen § 617 Abs 1 ZPO und Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, hätte der Gesetzgeber den GmbH-Gesellschafter von dieser Bestimmung ausgenommen	228
4.5	Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“ hindert nicht § 617 Abs 1 ZPO reduzierend auszulegen.	230
4.5.1	Methodische Vorbemerkung.....	231
4.5.2	Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw „Verbot der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht.....	234
4.5.2.1	Das Problem	234
4.5.2.2	Materialien zur KSchG-Urfassung	235
4.5.2.3	Lehre	237
4.5.2.4	Rechtsprechung	240

VIII

4.5.3	Steht der eventuell im Verbraucherrecht bestehende Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „ <i>Verbot der teleologischen Reduktion</i> “ im Widerspruch zur teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO?.....	241
4.5.3.1	Die bisherige Rechtsprechung zur Frage des „ <i>Verbotes der teleologischen Reduktion</i> “ im KSchG im Zusammenhang mit der Verbrauchereigenschaft von Gesellschaftern.....	241
4.5.3.2	Die von der Lehre geäußerten Bedenken, die gegen eine teleologische Reduktion des Grundtatbestandes des § 1 KSchG sprechen, liegen bei der teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO nicht vor	244
4.5.3.2.1	Arten der teleologischen Reduktion; Einteilung nach Brandenburg.....	244
4.5.3.2.2	Die Diskussion über ein „ <i>Verbot der teleologischen Reduktion</i> “ bezieht sich ausschließlich auf die erste der beiden Gruppen von teleologischen Reduktionsarten nach der <i>Brandenburgischen</i> Einteilung	246
4.5.3.2.3	Die teleologische Reduktion von § 617 Abs 1 ZPO gehört zur zweiten Gruppe teleologischer Reduktionsarten nach der <i>Brandenburgischen</i> Einteilung	247
4.5.3.2.4	Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO verwirklicht keine der Gefahren, die das „ <i>Verbot der teleologischen Reduktion</i> “ zu verhindern versucht.....	248
4.5.4	Resümee: Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO widerspricht nicht einem eventuell im Verbraucherrecht bestehenden „ <i>Verbot der teleologischen Reduktion</i> “	252
4.6	Resümee: § 617 Abs 1 ZPO ist teleologisch zu reduzieren	253
5	EIGENE STELLUNGNAHME ZUR FRAGE, OB DIE RESTLICHEN BESTIMMUNGEN DES § 617 ZPO AUF SCHIEDSKLAUSELN IN GESELLSCHAFTSVERTRÄGEN ANZUWENDEN SIND?	254
5.1	Zu § 617 Abs 2 ZPO.....	254
5.2	Zu § 617 Abs 3 ZPO.....	257
5.3	Zu § 617 Abs 4 ZPO.....	257
5.4	Zu § 617 Abs 5 ZPO.....	257
5.5	Zu § 617 Abs 6 und 7 ZPO.....	259
6	ZUSAMMENFASSUNG DER EIGENEN STELLUNGNAHMEN: BEI RICHTIGER METHODISCHER AUSLEGUNG (iWS) STELLT § 617 ZPO FÜR SCHIEDSKLAUSELN IN GMBH-GESELLSCHAFTSVERTRÄGEN KEIN HINDERNIS DAR.	259
	ZUSAMMENFASSUNG	260
	LEBENS LAUF DES AUTORS.....	263

Literaturverzeichnis

- Aburumieh/Koller/Pöltner*, Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen, ÖJZ 2006, 439
- Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar V³ (2006)
- Arnold*, Die GmbH im österreichischen Recht, GmbHR 1993, 344
- Auer*, Schiedsvereinbarungen bei der GmbH im Licht des SchiedsRÄG 2005 in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen (2005)
- Bachmann*, Zuständigkeitsabgrenzung Bezirksgericht/Gerichtshof nach § 182 KO, ZIK 2010, 190
- Bachner*, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005, 282
- Backhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts (1989)
- Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht¹¹ (2006)
- Baumbach/Hueck*, Aktiengesetz¹³ (2009)
- Bayer*, Schiedsfähigkeit von GmbH-Streitigkeiten, ZIP 2003, 881
- Beig/Größ*, Sonderprivatrechtliche Anknüpfung bei Vertragsübernahmen, RdW 2004/458, 519
- Bork*, ZHR 1996, 374
- Brandenburg*, Die teleologische Reduktion (1983)
- Brenn*, Weiterhin kein Verbrauchergerichtsstand ohne Warenbestellung; Anwendung als Eingriffsnorm ohne Rücksicht auf das Sachrecht, ÖJZ 2007/13, 131
- Bydlinski Franz*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 695
- Bydlinski Franz*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683
- Bydlinski Franz*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 695
- Bydlinski Franz*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005)
- Bydlinski Franz*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe² (1991)
- Bydlinski Franz*, Sonderprivatrechte - Was ist das? in FS Kastner (1992)

Bydlinski Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (1996)

Bydlinski Franz, System und Prinzipien des Privatrechts (1996)

Bydlinski Peter in *Krejci*, Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007)

Bydlinski Peter, Bürgerliches Recht I⁴ (2007)

Bydlinski Peter, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts-, und Wertpapierrecht (1991)

Bydlinski Peter, Drittfinanzierte Vermögensbeteiligung: "Trennungsklausel" wirksam? RdW 1990, 405

Bydlinski Peter/Haas, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingeschafters für Schulden "seiner" GmbH? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 7 Ob 315/01a vom 11.2.2002, ÖBA 2003, 11

Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 2000/200

Casper, BGH: Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Bürgschaften, BB 1998, 1227

Chiwitt-Oberhammer/Oberhammer, (Nicht-) Schiedssprüche in außerstreitigen Mietrechtsangelegenheiten, wobl 2005, 181

Csoklich, Die Allgemeinen Österreichischen Spediteurbedingungen und das Konsumentenschutzgesetz, ÖJZ 1986, 445

Dauner-Lieb/Dötsch, Ein "Kaufmann" als Verbraucher? - Zur Verbrauchereigenschaft des Personalgesellschafters, DB 2003, 1666

Dehn in *Krejci*, Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007)

Deimbacher, Die Bekämpfung von Generalversammlungsbeschlüssen, GesRZ 1992, 176

Deimbacher, GesRZ 1992, 184

Diregger in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz II (2003)

Dolinar, Österreichisches Außerstreitverfahrensrecht (1982)

Doralt in Münchener Kommentar zum AktG³ (2009)

Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007)

- Duve*, Vermeidung und Beilegung von Gesellschafterstreitigkeiten, dAnwBl 2007, 389
- Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (2003)
- Ehrenzweig*, ÖJZ 1950, 247
- Eigner*, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung (2004)
- Enzinger* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (2008)
- Epping*, NZG 1999, 755
- Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalen Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854
- Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001)
- Fasching* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I² (2002)
- Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289
- Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV (1959)
- Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990)
- Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahrensrecht im österreichischen und im internationalen Recht (1973)
- Fenyves*, Probleme des neuen KSchG, Vertragsbericht, JBl 1980, 475
- Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Kommentar zum ABGB - KSchG³ (2006)
- Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205
- Floretta*, Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, in FS Schwarz (1991)
- Fremuth-Wolf* in *Riegler*, Arbitration Law of Austria (2007)
- Fritz*, Die Vorteilhaftigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht, SWK 1997, W 13 (13)
- Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁶ (2006)
- Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2008)
- Gmeiner* in *Zöllner/Gmeiner*, Zivilprozessordnung²⁶ (2007)

Granzow, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985 (1988)

Grillberger in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ (2002)

Gruber in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I (2003)

Grünwald, *ecolex* 1991, 245

Haas, Beruhen Schiedsabreden in Gesellschaftsverträgen nicht auf Vereinbarungen im Sinne des § 1066 oder vielleicht doch? *SchiedsVZ* 2007, 1

Habersack/Mayer, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, *RZ* 1999, 913

Hämmerle/Wünsch, *Handelsrecht I - Allgemeine Lehren und Handelsstand*⁴ (1990)

Hämmerle/Wünsch, *Handelsrecht II Personengesellschaften*³ (1993)

Harrer, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten in *Graf/Gruber*, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts (2004)

Hartmann, Beck'sche Kurz-Kommentar Zivilprozessordnung⁶⁵ (2007)

Hausmaninger in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV/2² (2007)

Heidinger/Schneider, *Aktiengesetz* (2007)

Heinemann, *Handelsrecht im System des Privatrechts*, in FS Fikentscher (1998)

Hempel, Zur Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Beschlussmängel in der GmbH, in FS Krejci (2001)

Holtzmann/Neuhaus, A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration (1989)

Holzhammer, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*² (1976)

Huemer, *JB1* 2007, 237

Hüffer in *Münchener Kommentar zum AktG VII*² (2009)

Hußlein-Stich, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (1990)

Jabornegg in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2006)

Jabornegg, *DRdA* 1991, 13

Jabornegg/Resch in *Schwimann*, *ABGB Praxiskommentar V*³ (2006)

- Jelinek in Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (2009)
- K Schmidt*, Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters, ZIP 1986, 1510
- K Schmidt*, Handelsrecht⁵ (1999)
- Kalss in Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
- Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005)
- Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht¹ (2002)
- Karollus*, Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH kein Verbraucher, JBl 2002, 526
- Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook Handels- Gesellschaftsrecht (2006)
- Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁴ (1983)
- Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990)
- Kerschner in Jabornegg*, Kommentar zum HGB (1997)
- Kerschner*, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen⁵ (2006)
- Kessal-Wulf in Staudingers Kommentar zum BGB* (2004)
- Kletecka in Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006)
- Klicka*, Der OGH und die Schiedsklausel im Konsumentengeschäft, ecolex 1995, 883
- Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Das neue Schiedsrecht (2006)
- Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Das neue Schiedsrecht (2006)
- Kodek*, Handbuch Privatkonkurs (2002)
- Konecny*, Wiederaufnahme im Außerstreitverfahren, insbesondere im Verfahren zu einvernehmlichen Scheidung, JBl 1983, 20
- Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997)
- Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar² (1999)
- Koppensteiner*, Kritik des "Eigenkapitalersatzrechts", WBl 1997, 496
- Koppensteiner*, Zum Informationsrecht des GmbH-Gesellschafters, in: Kontinuität und Wandel, Beiträge zum Unternehmensrecht in FS Kastner (1975)

Koppensteiner, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 1

Koppensteiner/Rüffler, GmbH Gesetz Kommentar³ (2007)

Kosenik-Wehrle in *Kosenik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz - Kurzkomentar² (2004)

Kossak, Die Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Privatkonkurse, RZ 1995, 2 u 26

Kossak, Korrespondenz, ZIK 1995, 85

Kramer in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I² (1995)

Kramer, Handelsgeschäfte - eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten, in FS Ostheim (1990)

Krejci in *Krejci*, Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch (2007)

Krejci in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ (2002)

Krejci, Gesellschaftsrecht I (2005)

Krejci, Grundfragen zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981)

Krejci, Ist das Verbraucherrecht ein Rechtsgebiet? in FG Mayrhofer (2002)

Krejci, KSchG und ABGB in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981)

Krejci, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandsbildung im "Handelsrecht", in FS Franz Bydlinski (2002)

Krejci, Pacta sunt incerta - Zur relativen Verbindlichkeit von Verbrauchergeschäften, in FS Wolfgang Jelinek (2002)

Krejci, Privatrecht⁷ (2007)

Krejci, Unternehmensrecht⁴ (2008)

Kronsteiner in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG (1998)

Kurz, Ist der Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH "Verbraucher"? NJW 1997, 1828

Langer in *Kosenik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz - Kurzkomentar² (2004)

Längle, Gründungsgeschäfte werdender Unternehmer im Spannungsfeld zwischen HGB und KSchG, in FS Krejci (2001)

- Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaften⁶ (1991)
- Lehmann*, Die Rezeption des europäischen Verbraucherschutzes im österreichischen Recht (2002)
- Liebscher*, Reform des österreichischen Schiedsrechts, RdW 2010, 328
- Liebscher*, The Austrian Arbitration Act 2006 (2006)
- Lwowski* in *Schimansky*, Bankrechts-Handbuch³ (2007)
- Matscher*, Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht, JBl 1975, 412
- Mayer-Maly/Marhold*, Individualarbeitsrecht I (1987)
- Mayr* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO² (2000)
- Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966)
- Mayrhofer/Eccher/Ganner/Nemeth/Schurr/Tangl* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2006)
- Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2006)
- Meinhart*, Mehr Rechte des Verbrauchers beim Verbrauchergeschäft, ARBÖ 1979, 19
- Meyer*, Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung (I), GmbHR 2002, 177
- Micklitz* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I⁵ (2006)
- Mohr*, Privatkonkurs² (2007)
- Münch* in Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung III² (2001)
- Musielak*, Kommentar zur Zivilprozessordnung⁵ (2007)
- Nemeth* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ (2009)
- Neuteufel*, Das neue österreichische Schiedsrecht, ÖJZ 2006, 433
- Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
- Nowotny*, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und Schiedsgericht, WB1 2008, 470
- Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Das neue Schiedsrecht (2006)

Oberhammer, Der Weg zum neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht, *SchiedsVZ* 2006, 57

Oberhammer, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß (1998)

Oberhammer, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002)

Oberhammer, Reform des Schiedsverfahrens in *Fischer*, Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen - Familienrecht, Schiedsverfahrensrecht, Schuldrecht (2006)

Oberhammer, wobl 2009, 183

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

Peschek, Neue Möglichkeiten für Schiedsverfahren im Arbeitsrecht? *RdW* 2003, 153

Petrasch, *ZVR* 1979, 326

Petsche in *Riegler*, *Arbitration Law of Austria* (2007)

Pfeiffer, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht in *Schulte-Nölke/Schulze*, Europäische Rechtsanliegen und nationale Privatrechte (1999)

Pollak, System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes² (1932)

Power, *The Austrian Arbitration Act* (2006)

Prölss/Martin, *Versicherungsvertragsgesetz*²⁶ (1998)

Raeschke-Kessler, Gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren und das Recht der EU, *SchiedsVZ* 2003, 145

Raeschke-Kessler/Wiegand, Schiedsvereinbarungen und -verfahren für Gesellschafterstreitigkeiten, *dAnwBl* 2007, 396

Rebhan in *Jabornegg*, *Kommentar zum HGB* (1997)

Rechberger in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, *Das neue Schiedsrecht* (2006)

Rechberger/Melis in *Rechberger*, *Kommentar zur ZPO*² (2000)

Rechberger/Melis in *Rechberger*, *Kommentar zur ZPO*³ (2006)

Rechberger/Simotta, *Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*⁷ (2009)

Reichert/Harbarth, Statutarische Schiedsklauseln - Einführung, Aufhebung und umwandlungsrechtliche Behandlung, *NZG* 2003, 379

Reich-Rohrwig, *Das österreichische GmbH-Recht I*² (1997)

- Reich-Rohrwig*, Die gerichtliche Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, JBl 1981, 187
- Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH und GmbH & Co KG (2004)
- Reich-Rohrwig*, Spezielle Fragen der Bucheinsicht und der Sonderprüfung bei der GmbH, JBl 1987, 364
- Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner (1992)
- Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, ecolex 2008, 740
- Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht (2006)
- Reiner*, Gerichte und Schiedsgerichte, ÖJZ 2009/32, 302
- Reiner*, SchiedsRÄG 2006: Wissenswertes zum neuen österreichischen Schiedsrecht, ecolex 2006, 468
- Reiner*, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151
- Reiner*, Schiedsverfahren und rechtliches Gehör, ZfRV 2003, 11
- Reiner*, Zur objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem MRG unterliegende Mietverträgen - zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 158/00z, wobl 2009, 160
- Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht¹ (2008)
- Riedler* in *Koziol/Bollenberger/P. Bydlinski*, Kurzkomentar zum ABGB² (2007)
- Riss*, ÖBA 2007/1418, 490
- Roth* in *Weigand*, Practitioner's handbook on international arbitration (2002)
- Roth*, Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, in FS Nagel (1987)
- Roth/Altmeyen*, GmbHG⁵ (2005)
- Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991)
- Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht (2008)
- Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995)
- Schauer*, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB in *Fischer-Czermark/Hopf/Schauer*, Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend (2010)

XVIII

Schilcher in *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht (1978)

Schilcher, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht in *Aicher/Holubek*, Der Schutz des Verbraucherinteressen (2000)

Schlösser in *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO²¹ (1994)

Schlösser in *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO²² (2009)

Schmidt in *Wilhelm/Klaus*, Aktiengesetz Großkommentar⁴ (1992)

Schmidt, Gesellschaftsrecht⁴ (2004)

Schmidt, Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme - Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht, BB 2001, 1862

Schmidt, Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag, JuS 2006, 1

Schmidt, Wozu noch Handelsrecht? - Vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht, JBl 1995, 341

Schönherr, Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen einer Gesellschaft m.b.H., JBl 1960, 1

Schönherr, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und Schiedsgericht, GesRZ 1980, 184

Schumacher, Der Konsumentenschutzgedanke in der österreichischen Rechtsordnung - Zur Position des KSchG im System eines umfassenden Konsumenten(schutz)rechts in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981)

Schürnbrand in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III⁵ (2008)

Schütze in *Wieczorek/Schütze*, Zivilprozessordnung und Nebengesetze - Großkommentar (1995)

Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens² (1990)

Schwarz/Löschnigg, Arbeitsrecht⁵ (1995)

Simotta in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I² (2007)

Spielbüchler/Floretta, Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht I³ (1988)

Strasser in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ (1993)

Strasser in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ (2006)

Straube in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I² (1995)

Straube in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ (2003)

Strigl, AnwBl 1983, 239

Terlitz/Weber, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1

Thöni, Sittenwidrigkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen - Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund? WBl 1992, 353

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

Thöni, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters (I), GesRZ 1987, 82

Tichy, Syndikatsverträge als Beschlussanfechtungsgrund, ecolex 2000, 204

Tiedtke, Entscheidungsbesprechung zu BGH vom 8.11.2005, XI ZR 34/05 (OLG Rostock), EWiR 2006, 319

Ulmer in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III/1⁴ (2004)

Umfahrer, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008)

Unzeitig, Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, ecolex 2008, 915

Wachter, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts - Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, WBl 1991, 81

Wachter, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980)

Wagner/Knechtel, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ (2006)

Wahle, Das Versicherungsvertragsgesetz (1970)

Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁴ (1990)

Weitnauer, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (1975)

Welser, Anmerkungen zum KSchG, JBl 1997, 449

Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 2

Welser, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstücks des KSchG in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981)

Wenger, RWZ 2007, 293

Wilhelm, Der schmale Grat zum Schiedsgericht, ecolex 2005, 89

Wirth/Hoffmann-Nowotny, Rechtshilfe deutscher Gerichte zugunsten ausländischer Schiedsgerichte bei der Beweisaufnahme – ein Erfahrungsbericht, SchiedsV 2005, 66

Wolff, Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1947)

Wünsch, Die Bedeutung des FGG für die GmbH und deren Eintragung im Handelsregister, GesRZ 1982, 155

Wünsch, Kommentar zum GmbHG I (1988)

Wünsch, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen (1968)

Zeiler, Schiedsverfahren (2006)

Zöllner in Kölner Kommentar zum Aktiengesetz (2009)

Entscheidungverzeichnis

- | | |
|------------------------------------|--|
| OGH 12.19.22, 3 Ob 144/22 | OGH 3.6.91, 1 Ob 518/91 |
| OGH 5.16.22, 3 Ob 234/22 | OGH 11.19.91, 4 Ob 524/91 |
| OGH 1.28.36, 4 Ob 21/36 | OGH 7.11.91, 6 Ob 501/91 |
| OGH 2.11.48, 2 Ob 44/48 | OGH 2.28.91, 6 Ob 507/90 (6 Ob 508/90) |
| OGH 6.3.50, 2 Ob 276/50 | OGH 9.26.91, 6 Ob 607/91 |
| OGH 6.3.50, 2 Ob 276/50 | OGH 12.12.91, 8 Ob 633/91 |
| OGH 2.16.55, 3 Ob 68/55 | OGH 11.24.93, 3 Ob 547/93 |
| OGH 12.4.57, 7 Ob 559/57 | OGH 7.14.93, 7 Ob 548/93 |
| OGH 5.17.72, 7 Ob 64/72 | OGH 7.14.94, 1 Ob 553/94 |
| KOG 11.25.74, Okt 34/24 (Kt 66/74) | OGH 10.25.94, 5 Ob 538/94 |
| OGH 9.23.75, 3 Ob 182/75 | OGH 12.14.94, 7 Ob 604/94 |
| OGH 4.7.76, 1 Ob 539/76 | OGH 4.24.94, 9 ObA 2003/96s |
| OGH 10.25.78, 1 Ob 719/78 | OGH 11.28.95, 10 Ob 1615/95 |
| OGH 9.11.79, 4 Ob 536/79 | OLG Köln 12.15.95, 3 U 241/94 |
| OGH 11.20.79, 5 Ob 313/79 | OGH 12.5.95, 4 Ob 588/95 |
| OGH 3.13.80, 7 Ob 13/80 | OGH 12.17.96, 4 Ob 2307/96k |
| OGH 4.21.82, 1 Ob 778/81 | OGH 4.8.97, 1 Ob 2123/96d |
| OGH 12.15.82, 3 Ob 666/82 | OGH 9.25.97, 6 Ob 174/97z |
| OGH 10.21.82, 7 Ob 515/82 | OGH 4.2.98, 6 Ob 219/97t |
| OGH 10.28.82, 7 Ob 61/82 | OGH 12.10.98, 7 Ob 221/98w |
| OGH 12.16.82, 7 Ob 785/82 | OGH 10.29.98, 8 Ob 202/98h |
| OGH 11.9.83, 1 Ob 750/83 | OGH 8.24.98, 8 Ob 90/98p |
| OGH 5.26.83, 6 Ob 786/82 | OGH 4.29.98, 9 ObA 416/97k |
| OGH 2.17.83, 7 Ob 530/83 | OGH 2.9.99, 10 Ob 269/98a |
| OGH 9.6.84, 6 Ob 16/84 | OGH 7.13.99, 5 Ob 186/99k |
| OGH 5.22.85, 1 Ob 573/85 | OGH 1.28.99, 6 Ob 290/98k |
| OGH 6.17.86, 2 Ob 528/86 | OGH 4.22.99, 6 Ob 323/98p |
| OGH 6.17.86, 2 Ob 528/86 | OGH 6.8.00, 2 Ob 158/00z |
| OGH 8.31.89, 6 Ob 14/89 | OGH 5.17.00, 6 Ob 1/00s |
| OGH 10.24.90, 1 Ob 673/90 | OGH 3.29.00, 6 Ob 35/00s |
| OGH 9.6.90, 6 Ob 572/90 | |

OGH 1.26.00, 7Ob368/98p (7Ob369/98k)	OGH 1.31.07, 3 Ob 138/06z
OGH 2.27.01, 1 Ob 273/00d	OGH 2.14.07, 7 Ob 266/06b
OGH 4.3.01, 4 Ob 37/01x	OGH 8.27.08, 7 Ob 126/08t
OGH 5.17.01, 7 Ob 67/01f	OGH 6.3.09, 7Ob 51/09i
OGH 5.23.01, 9 Ob 64/01d	OGH 1.28.10, 8Ob91/09d
OGH 11.7.02, 6 Ob 67/02z	LG Wien 7.26.62, 41 R 386/62
OGH 11.27.02, 7 Ob 213/02b	LG Wien 2.27.46, 43 R 663/47
OGH 2.11.02, 7 Ob 315/01a	
OGH 4.29.03, 1 Ob 22/03x	dBGB 3.26.84, II ZR 171/83
OGH 4.29.03, 1 Ob 22/03x	dBGH 6.5.96, VIII ZR 151/95 (KG)
OGH 6.25.03, 3 Ob 141/03m	dBGH 7.10.96, VIII ZR 213/95 (Naumburg)
OGH 10.22.03, 3 Ob 287/02f	dBGH 2.25.97, XI ZR 49/96 (Naumburg)
OGH 2.20.03, 6 Ob 12/03p	dBGH 2.25.97, XI ZR 49/96 (OLG Naumburg)
OGH 8.5.03, 7 Ob 155/03z	dBGH 6.28.00, VIII ZR 240/99 (Rostock)
OGH 4.28.03, 7 Ob 59/03g	dBGH 6.27.00, XI ZR 322/98 Naumburg)
OGH 11.25.03, 8 Ob 100/03v	dBGH 1.29.01, II ZR 331/00
OGH 2.19.04, 6 Ob 314/03z	dBGH 10.23.01, XI ZR 63/01
OGH 8.26.04, 6 Ob 50/04b	dBGH 11.8.05, XI ZR 34/05 (OLG Rostock)
OGH 11.24.05, 3 Ob 58/05h	dBGH 11.9.67, II ZR 64/67
OGH 4.21.05, 6 Ob 202/04f	
OGH 5.11.05, 9 Ob 27/05v	
OGH 8.9.06, 4 Ob 108/06w	
OGH 6.29.06, 6 Ob 145/06a	
OGH 8.31.06, 6 Ob 182/06t	
OGH 3.29.06, 7 Ob 64/06x	

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (dt. Zeitschrift)
aF	alte Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
BB	Der Betriebs-Berater (dt. Zeitschrift)
BGB	(deutsches) Bürgerliches Gesetzbuch
bspw	Beispielsweise
BWG	Bankwesengesetz
bzw	Beziehungsweise
dBGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
Ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EKEG	Eigenkapitalersatz-Gesetz
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGVVO	VERORDNUNG (EG) Nr. 44/2001 DES RATES vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EVÜ	Europäisches Vertragsstatutübereinkommen
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
f	und der/die folgende
ff	und die folgende
FG	Festgabe
FN	Fußnote
FS	Festschrift
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GesRZ	Der Gesellschafter
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz über Gesellschaften mit beschränkten Haftungen
GS	Gedenkschrift
hA	herrschende Ansicht
HaRÄG	Handelsrechts-Änderungsgesetz
HGB	Handelsgesetzbuch

ieS	im engeren Sinn
IESG	Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz
Immolex	Neues Miet- und Wohnrecht
ImmZ	Österreichische Immobilien-Zeitung
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
JAB	Justizausschussbericht
JB1	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm
JuS	Juristische Schulung (dt.)
JZ	Juristenzeitung
JZ (Deutschland)	Juristenzeitung (dt.)
KO	Konkursordnung
KOG	Kartellobergericht
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
LBI	Ludwig-Boltzmann-Institut für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen.
ModG	UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit
MRG	Mietrechtsgesetz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (dt. Zeitschrift)
NZ	Österreichische Notariatszeitung
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bank-Archiv
ÖBA	Österreichisches Bankenarchiv
OG	Offene Gesellschaft
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
PHG	Produkthaftpflichtgesetz
RdA	Recht der Arbeit
RdW	Recht der Wirtschaft
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RWZ	österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen
RZ	österreichische Richterzeitschrift
SchiedsRÄG	Schiedsrechtsänderungsgesetz
SchiedsVZ	Zeitschrift für Schiedsverfahren (dt.)
SWK	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ	Entscheidungen des österreichischen obersten Gerichtshof
u	und
usw	und so weiter

UGB	Unternehmensgesetzbuch
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VersR	Juristische Rundschau für die Individualversicherungen (dt.)
VersVG	Versicherungsvertragsgesetz
Vgl	Vergleiche
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WEG	Wohnungseigentumsgesetz
wobl	wohnrechtliche Blätter
zB	zum Beispiel
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZIK	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (dt. Zeitschrift)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, früher Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (dt)
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß (dt.)

I. Einleitung und Kurzdarstellung der Problematik

Auf Grund der Vertraulichkeit und relativen Raschheit des Schiedsverfahrens sowie der Beteiligung der Parteien an der Bestellung der Schiedsrichter und des Vorteils der im Gegensatz zu staatlichen Gerichtsurteilen weiteren internationalen Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen besteht in der gesellschaftsvertraglichen Praxis ein nicht unbeachtliches Interesse, Schiedsgerichte mittels Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen für die Erledigung von aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten anzuordnen.

Mit der Neufassung der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit in den §§ 577 bis 618 ZPO durch das Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006, welches Österreich zu einem attraktiven Schiedsort machen sollte, verfolgte der Gesetzgeber unter anderem das Ziel der Stärkung des Wirtschaftsstandortes Österreichs. Wie bereits nach alter Rechtslage sieht auch das neue Schiedsrecht vor, dass Schiedsgerichte auch mittels Statuten, wortunter auch der Gesellschaftsvertrag der GmbH zu zählen ist, angeordnet werden können (§ 581 Abs 2 ZPO).

Gleichzeitig führte der Gesetzgeber mit dem Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 Sonderbestimmungen für Konsumenten ein, um, wie aus den Materialien zu lesen ist, zu gewährleisten, dass im Bereich des Abschlusses und der Formerfordernisse der Schiedsvereinbarung, der Schutzbestimmungen im Verfahren und der Beibehaltung von Aufhebungsgründen des geltenden Rechtes der Rechtsschutz dieser Gruppe gegenüber nicht ausgehöhlt wird. Die am weitest gehende Regelung in diesem Zusammenhang stellt § 617 Abs 1 ZPO dar, welcher regelt, dass zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher Schiedsvereinbarungen nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden können.

Konsequenterweise beziehen sich jedoch Schiedsklauseln, die in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, immer auf zukünftige Streitigkeiten. Gesellschaftern mit Verbrauchereigenschaft wäre somit bei strenger Auslegung des § 617 Abs 1 ZPO die Möglichkeit der Festlegung einer Schiedsvereinbarung im

Gesellschaftsvertrag verwehrt, wenn an der Gesellschaft neben dem Verbraucher ein Unternehmer beteiligt wäre.

Gesteigert wird diese Problematik durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung bezüglich der Verbrauchereigenschaft von Gesellschaftern. Der OGH betrachtet nicht nur den Minderheitsgesellschafter, dessen Beteiligung eine bloße Finanzinvestition darstellt und der keinen bedeutenden Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben kann, als Verbraucher, sondern auch den mit Prokura ausgestatteten Mehrheitsgesellschafter ohne organschaftlicher Geschäftsführungsbefugnis. Die einzige Ausnahme stellt diesbezüglich der Alleingesellschafter-Geschäftsführer der GmbH dar, welchen der OGH nicht als Verbraucher qualifiziert. Diese Rechtsprechung in Kombination mit einem streng ausgelegten § 617 Abs 1 ZPO hätte zur Folge, dass in vielen Fällen Schiedsgerichte für GmbH-Streitigkeiten nicht mehr wirksam angeordnet werden könnten.

Aber auch die restlichen Absätze des § 617 ZPO werfen eine Reihe von Problemen im Zusammenhang mit der gesellschaftsvertraglichen Anordnung von Schiedsgerichten auf. So verlangt § 617 Abs 2 ZPO, dass Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, in einem von diesem eigenhändig unterzeichneten Dokument enthalten sein müssen. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das Schiedsverfahren beziehen, darf dieses nicht enthalten. Auch diese Bestimmung führt bei strenger Auslegung dazu, dass in Gesellschaftsverträgen, welche logischerweise über mehrere Vereinbarungen verfügen, keine Schiedsklauseln eingebaut werden können. § 617 Abs 5 ZPO, welcher bestimmt, dass der Verbraucher seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort in dem Staat haben muss, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat, steht mit dem Gesellschaftsrecht bereits dann im Konflikt, wenn neben einem inländischen Gesellschafter-Verbraucher ein ausländischer an der Gesellschaft beteiligt ist.

Hauptanliegen dieser Dissertationsarbeit wird es daher sein, zu untersuchen, ob Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen der GmbH trotz des § 617 ZPO weiterhin

vereinbart werden können, obwohl Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft an der Gesellschaft beteiligt sind.

Die Wichtigkeit der wissenschaftlichen Untersuchung dieses Themas wird zum einen durch die praktische Relevanz von Schiedsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht unterstrichen und zum anderen durch die Rechtsunsicherheit, die in diesem Bereich, ausgelöst durch die Einführung von Verbrauchersonderbestimmungen im Zuge des SchiedsRÄG 2006, entstanden ist. Dies wird durch die bereits zu dieser Thematik erschienenen, sich in ihrem Lösungsansatz sowie in der Lösung selbst völlig unterschiedlichen Rechtsansichten deutlich. So wird von *Reiner*¹ der Standpunkt vertreten, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Gesellschaftsrechts in jenen Fällen, in denen ein Verbraucher beteiligt ist, praktisch tot sei. Dieser Meinung entgegenstehend vertritt *Öhlberger*² die Auffassung, dass § 617 ZPO auf Grund des § 581 Abs 2 ZPO und weiteren teleologischen Argumenten auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen nicht anzuwenden sei, was zur Folge hat, dass Verbraucher-Gesellschafter Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen rechtswirksam vereinbaren können. *Terlitz/Weber*³ erachten das Verbraucher-Unternehmer-Konzept des KSchG nicht auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen personalistisch geprägter, geschlossener Gesellschaften und somit auch nicht auf § 617 ZPO anwendbar.

Finanzkräftige Investoren, die ein berechtigtes Anliegen an einer raschen und vertraulichen Lösung von möglichen gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten im Zuge eines unter Umständen in ihrer Sprache durchgeführten Schiedsverfahrens haben, können sich entsprechend der derzeitigen unklaren österreichischen Rechtslage nicht sicher sein, ob die Bestimmungen des § 617 ZPO auf sie Anwendung finden und ob dies die Konsequenz mitführt, dass die für ihre Investitionen als *conditio sine qua non* zu betrachtende Schiedsvereinbarung Ungültigkeit besitzt.

¹ *Reiner*, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151 (169);

² *Öhlberger*, Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich?, *ecolex* 2008, 51.

³ *Terlitz/Weber*, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, *ÖJZ* 2008, 1.

Für die systematische Aufarbeitung der Frage, ob die Bestimmungen des § 617 Abs 1 ZPO auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträge Anwendung findet, wird in einem ersten Schritt die rechtliche Situation vor dem Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 untersucht. Neben der Untersuchung der vor dem Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 gegebenen Möglichkeiten, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis der GmbH vor einem Schiedsgericht wirksam zu entscheiden, wird ebenfalls erforscht, wann, wo und weshalb der Verbraucherschutz in die Schiedsgerichtsbarkeit Einzug gefunden hat.

Ein beachtlicher Teil der Dissertation wird der Untersuchung der Frage gewidmet, ob der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher oder als Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG zu betrachten ist.

Im letzten und größten Teil wird unter der Annahme, dass der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher zu qualifizieren ist, untersucht, ob die Bestimmungen des § 617 ZPO hinsichtlich des GmbH-Gesellschafters teleologisch zu reduzieren sind. Dabei wird auch der Frage nachgegangen, ob für die teleologische Reduktion von Verbraucherschutzbestimmungen besondere Regeln bestehen.

Der Verfasser vorliegender Arbeit sieht sich innerhalb der methodologischen Hauptströmungen⁴ als Anhänger der Wertungsjurisprudenz und innerhalb dieser als Anhänger der „Normativen“-Wertungsjurisprudenz.⁵ Hinsichtlich der Methode der Rechtsgewinnung bzw der methodischen Arbeitsmittel orientiert sich der Autor der vorliegenden Arbeit grundsätzlich an der systematischen Einteilung und den Begrifflichkeiten, wie sie bei *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe* dargestellt werden.⁶ Sofern davon abgewichen wird, wird darauf verwiesen.

⁴ Überblick bei *Franz Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriffe*² (1991) 109ff; *Larenz*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaften*⁶ (1991) 119ff.

⁵ Wie sie bei *Kerschner*, *Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen*⁵ (2006) 67 dargestellt wird.

⁶ *Franz Bydlinski*, *Methodenlehre*²

II. Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht vor dem SchiedsRÄG 2006

1 Einleitung

Die vielen Vorteile ⁷ der Schiedsgerichtsbarkeit (Vertraulichkeit, Raschheit, internationale Vollstreckbarkeit, ⁸ Auswahlmöglichkeit von Schiedsrichtern mit Spezialkenntnissen durch die Parteien) gegenüber der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind Grund dafür, dass das Gesellschaftsrecht ein wichtiger Anwendungsbereich der Schiedsgerichtsbarkeit ist.⁹

Bereits vor dem SchiedsRÄG 2006¹⁰ war es möglich, über bestimmte, jedoch nicht sämtliche Streitigkeiten, die sich aus einem Gesellschaftsverhältnis ergeben können, mittels Schiedsspruch rechtswirksam zu entscheiden. Welche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entschieden werden können, ist eine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit. Vorliegendes Kapitel soll einen Überblick darüber geben, welche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten bereits vor dem SchiedsRÄG 2006 objektiv schiedsfähig waren.

⁷ Zu den Vorteilen der Schiedsgerichtsbarkeit vgl nur *Fritz*, Die Vorteilhaftigkeit von Schiedsgerichtsvereinbarungen im Gesellschaftsrecht, SWK 1997, W 13 (13); *Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahrensrecht im österreichischen und im internationalen Recht (1973) 2.

⁸ Schiedssprüche sind in allen der derzeit 137 Vertragsstaaten des UN-Übereinkommens vollstreckbar. UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958 (New Yorker Konvention 1958), BGBl 1961/200; der aktuelle Mitgliederstand ist über die Homepage der UNCITRAL www.uncitral.org abrufbar. (Stand 18.11.2009).

⁹ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen : *Unzeitig*, Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Nowotny*, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und Schiedsgericht, *WBl* 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I - Allgemeine Lehren und Handelsstand⁴ (1990) 61; *Wünsch*, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen (1968) 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, Schiedsfähigkeit von GmbH-Streitigkeiten, *ZIP* 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, Schiedsvereinbarungen und -verfahren für Gesellschafterstreitigkeiten, *dAnwBl* 2007, 396; *Duve*, Vermeidung und Beilegung von Gesellschafterstreitigkeiten, *dAnwBl* 2007, 389.

¹⁰ Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 - SchiedsRÄG 2006 BGBl I 7/2006.

2 Die Objektive Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach alter Rechtslage

2.1 Allgemeines

Unter objektiver Schiedsfähigkeit versteht man die Eigenschaft einer Rechtssache, Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und damit eines Schiedsverfahrens sein zu können. Fehlt der Rechtssache, auf welche sich die Schiedsvereinbarung bezieht, diese Eigenschaft ist die Schiedsvereinbarung unwirksam.¹¹ Welche Rechtssachen objektiv schiedsfähig sind wird durch das Gesetz bestimmt.

Für die objektive Schiedsfähigkeit nach alter Rechtslage war entscheidend, dass die Schiedsvereinbarung über einen vergleichsfähigen Streitgegenstand abgeschlossen wurde (§ 577 ZPO aF).¹² Der Zweck dieser Norm bestand laut OGH darin, dass die Parteien durch eine Schiedsvereinbarung nicht Rechtsfolgen herbeiführen können sollten, die sie durch ein Rechtsgeschäft nicht herbeiführen im Stande waren.¹³

§ 577 ZPO aF erklärte somit nicht explizit, ob gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten objektiv schiedsfähig waren, doch ergab sich bereits aus § 599 Abs 1 ZPO aF, dass Schiedsvereinbarungen auch in Gesellschaftsverträgen geschlossen werden konnten. § 599 Abs 1 ZPO aF bestimmte: *Die Vorschriften dieses Abschnittes finden auf Schiedsgerichte sinngemäß Anwendung, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung der streitenden Teile beruhende Verfügung oder durch Statuten angeordnet werden.* Unter Statuten fielen jedenfalls die Gesellschaftsverträge der GmbH und AG.¹⁴ Aus § 599 Abs 1 ZPO aF ließ sich also

¹¹ vgl. etwa *Fasching*, Schiedsgericht 17; *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV 717ff; *Hausmaninger* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen IV/2² § 582 Rz 26.

¹² § 577 Abs 1 ZPO aF: „Die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen solle (Schiedsvertrag), hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen fähig sind.“ Vgl. auch *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO² § 577 RZ 5; *Reich-Rohrwig*, Das österreichische GmbH-Recht I² (1997) 1/58; OGH 14.12.1994, 7 Ob 604/94 SZ 67/228.

¹³ OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = *ecolex* 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger), der OGH folgt dabei *Thöni*, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, WBI 1994, 298.

¹⁴ *Fasching*, ZPO IV 895; *Fasching*, Schiedsgericht 50; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² § 599 Rz 1.

ableiten, dass Schiedsgerichte grundsätzlich auch mittels Schiedsklausel in einem Gesellschaftsvertrag einer Kapitalgesellschaft angeordnet werden konnten. Über welche konkreten gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten aber durch ein Schiedsgericht rechtswirksam entschieden werden konnte, ist eine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit.

Gesellschaftsverhältnisse kennzeichnen sich unter anderem besonders dadurch aus, dass sich Personen für das Erreichen eines gemeinsamen Zieles zusammenschließen. Das Erreichen des gesetzten Zieles, kann auf unterschiedlichste Arten erfolgen. Die Vorstellungen der an der Gesellschaft beteiligten Personen darüber, wie dieses Ziel tatsächlich erreicht werden soll, können diesbezüglich konkurrieren. Dies wiederum führt dazu, dass in einem Gesellschaftsverhältnis eine Vielzahl von Streitigkeiten möglich sind. Ob gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach alter Rechtslage objektiv schiedsfähig waren, konnte nach alter Rechtslage nicht pauschal beantwortet werden, sondern musste für jede einzelne Streitigkeiten eigens untersucht werden.

Im Folgenden werden daher die einzelnen Streitigkeiten, die sich aus einem Gesellschaftsverhältnis ergeben können, nach ihrer objektiven Schiedsfähigkeit im Sinne der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 überprüft.

2.2 Die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Beschlüsse der Generalversammlung

2.2.1 Einleitung

Das oberste willensbildende Organ der GmbH, die Gesellschafterversammlung, wird durch die Gesamtheit der Gesellschafter verkörpert.¹⁵ Den Gesellschaftern obliegt gemäß Gesetz die Entscheidungen über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages, die Ordnung und Überwachung der Geschäftsführung sowie die Regelung der Gesellschafterrechte.¹⁶ Die Gesamtheit der Gesellschafter übt ihre Willensbildung durch die Fassung von Generalversammlungsbeschlüssen aus (§ 34 ff GmbHG). Streitigkeiten

¹⁵ Vgl etwa *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 4/275.

¹⁶ Vgl etwa *Umfahrer*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung⁶ (2008) Rz 436.

über Gesellschafterbeschlüsse nehmen daher eine entscheidende Stellung in der Summe der gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten ein.

2.2.2 Wie können Gesellschafterbeschlüsse bekämpft werden¹⁷

Das GmbHG sieht zur Bekämpfung von Beschlüssen der Generalversammlung in den §§ 41ff GmbHG die Klage auf Nichtigkeitserklärung eines Gesellschafterbeschlusses vor.¹⁸ Die Klage kann aus formalen Gründen (der Beschluss ist nach dem Gesellschaftsvertrag oder dem GmbHG nicht ordnungsgemäß zustande gekommen) oder aus materiellen Gründen erhoben werden.¹⁹ Die Wirksamkeit des Beschlusses wird durch die Klagserhebung nicht hinausgeschoben,²⁰ doch wirkt das der Klage stattgebende Urteil ex tunc mit der Nichtigkeit des Beschlusses.²¹ Das Urteil ist daher kein Feststellungsurteil, sondern ein Rechtsgestaltungsurteil.²²

Die Lehre leitet aus dem Gesetzestext ab, dass neben der befristeten Anfechtung von Beschlüssen auch eine unbefristete Klage auf Feststellung der Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen besteht, wobei allerdings die Frage, welche Rechtswidrigkeiten nur anfechtbar sind und welche zur „absoluten Nichtigkeiten“ führen, strittig ist.²³

Im Gegensatz dazu hat der OGH anfangs lange judiziert, dass es neben der Klage nach § 41 GmbHG keine Feststellung der Nichtigkeit und damit keine absolut nichtigen

¹⁷ Da sich diese Frage und somit diese Unterkapitel auf grundsätzliche Fragen des Gesellschaftsrechts bezieht, die durch das SchiedsRÄG 2006 nicht tangiert wurden, bezieht sich nachfolgende Darstellung auf die aktuelle Rechtslage.

¹⁸ Zur Bekämpfung von GmbH-Beschlüssen siehe ausführlich: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbH Gesetz Kommentar³ (2007) § 41; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁷ (2008) § 41 mit weiterführender Literatur.

¹⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 21.

²⁰ EvBl 1967/133.

²¹ OGH 23.9.1975, 3 Ob 182/75 GesRZ 1976, 27; OGH 20.11.1979, 5 Ob 313/79 GesRZ 1980, 92.

²² OGH RZ 1958, 46; HS Erg 2205; SZ 56/113.

²³ dafür: *Schönherr*, Die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen einer Gesellschaft m.b.H., JBl 1960, 1; *Reishauer* JBl 1976, 7; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 387ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁵ (1990); *Koppensteiner*, Zur Haftung des GmbH-Gesellschafters, WBl 1988, 1 (5); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 8; *Thöni*, Zur Verantwortlichkeit des GmbH-Gesellschafters (I), GesRZ 1987, 82 (91); *Thöni*, Sittenwidrigkeit von GmbH-Gesellschafterbeschlüssen - Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund?, WBl 1992, 353; dagegen: *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II Personengesellschaften³ (1993) 437.

Gesellschafterbeschlüsse gebe²⁴ und hat im Folgenden dies Frage in einer langen Reihe von Entscheidungen offen gelassen.²⁵ In den jüngsten Entscheidungen wurde vom OGH erst nichtige Beschlüsse anerkannt²⁶ und in der zuletzt zu dieser Frage ergangenen Entscheidung²⁷ negiert.²⁸

2.2.3 Streitigkeiten nach §§ 41ff GmbHG

Die objektive Schiedsfähigkeit von Anfechtungsstreitigkeiten nach §§ 41 ff GmbHG wurde von der Rechtsprechung schon 1950 und in den Jahren vor dem SchiedsRÄG 2006 wiederholt anerkannt; dies auch dann, wenn die angefochtenen Beschlüsse bereits im Außenverhältnis vollzogen wurden.²⁹

Argumentiert wurde dies wie folgt: Da durch eine Schiedsvereinbarung Parteien nur Rechtsfolgen bewirken durften, die sie auch durch Rechtsgeschäfte herbeiführen konnten, und es möglich war einen einmal gefassten Gesellschafterbeschluss durch neuerliche Beschlussfassung mit ex tunc Wirkung aufzuheben., war der Streit über die Anfechtung eines solchen Gesellschafterbeschluss vergleichsfähig und daher objektiv schiedsfähig.³⁰

²⁴ OGH 16.5.1922, 3 Ob 234/22 SZ 4/46; OGH 19.12.1922, 3 Ob 144/22 SZ 4/145; OGH 16.2.1955, 3 Ob 68/55 EvBl 1955/315.

²⁵ OGH 25.9.1997, 6 Ob 174/97z GesRZ 1998, 94 = RdW 1998, 73 = ecolex 1998, 707 = SZ 70/189 = ARD 4921/24/98 = HS 28.072 = HS 28.113 = HS 28.161 = HS 28.180; OGH 19.11.1991, 4 Ob 524/91 RdW 1992, 79 = ecolex 1992, 242 = WBl 1992, 164 = SZ 64/159; OGH 11.7.1991, 6 Ob 501/91 ecolex 1991, 782; OGH 22.5.1985, 1 Ob 573/85 SZ 58/88 = NZ 1989, 158; OGH 26.5.1983, 6 Ob 786/82 GesRZ 1983, 222; OGH 11.9.1979, 4 Ob 536/79 SZ 52/132 = NZ 1980, 92 = JBl 1981, 326; OGH 4.12.1957, 7 Ob 559/57 RZ 1958, 46 = HS 2205; HS 2205 = RZ 1958, 46; OGH 7.4.1976, 1 Ob 539/76 SZ 49/51 = HS 9657.

²⁶ OGH 28.1.1999, 6 Ob 290/98k wbl 1999, 324.

²⁷ OGH 22.10.2003, 3 Ob 287/02f wbl 2004, 192.

²⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 41 Rz 7.

²⁹ OGH 3.6.1950, 2 Ob 276/50 SZ 23/184; OLG Innsbruck EvBl 1989/159; OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = ecolex 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger); OGH 3.4.2001, 4 Ob 37/01x; OGH 29.6.2006, 6 Ob 145/06a; RIS-Justiz RS0045318.

³⁰ OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = ecolex 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger).

Daraus lässt sich ableiten, dass der OGH Beschlüsse, die nicht mit Wirkung ex tunc aufgehoben werden können, als nicht vergleichsfähig und daher auch als nicht objektiv schiedsfähig qualifizierte.³¹

Die in der Jurisdiktionsnorm enthaltenen Bestimmungen über die ausschließlichen Gerichtsstände betrafen nach Ansicht des OGH nur die Rechtssachen, die vor das ordentliche Gericht gebracht werden konnten, und waren daher nicht anwendbar, wenn die Rechtssache auf Grund einer Parteienvereinbarung vor ein Schiedsgericht gebracht werden konnte.³²

Die gesetzliche Rechtskrafterstreckung des § 42 Abs 6 GmbHG stellte für den OGH ebenfalls kein Hindernis für die objektive Schiedsfähigkeit dar. Der Wortlaut des § 594 Abs 1 ZPO ("der Schiedsspruch hat unter den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils...") stand einer Rechtskrafterstreckung des Schiedsspruches auf die nicht am Anfechtungsprozess beteiligten Gesellschafter nicht zwingend entgegen, weil er keine zusätzliche Einschränkung wie "nur" oder "ausschließlich" enthielt. Die Schiedsfähigkeit war zu bejahen, wenn die von der Rechtskrafterstreckung Betroffenen an der Schiedsgerichtsvereinbarung beteiligt waren. Dies war dann etwa der Fall, wenn die Schiedsklausel in der Satzung der Gesellschaft enthalten war.³³

Gegen die Bedenken der Lehre³⁴ in diesem Zusammenhang, dass das schiedsgerichtliche Verfahren dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs bezüglich der von der Rechtskraft Betroffenen nicht gerecht werde, wurde Seitens der Rechtsprechung entgegen gebracht, dass die Verweigerung des rechtlichen Gehörs im schiedsgerichtlichen Verfahren einen Aufhebungsgrund bildet (§ 595 Abs 1 Z 2 ZPO). Dem Anspruch auf Verfahrensbeteiligung war Genüge getan, wenn die

³¹ Nicht ex tunc zu beseitigen: Verschmelzungsbeschluss nach § 220 AktG oder Zustimmungsbeschlüsse zum Abschluss konzernbildender Unternehmensverträge wie Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge; Beschlüsse in Angelegenheiten der Geschäftsführung sind dagegen jederzeit durch einen contrarius actus aufhebbar; vgl OGH 29.6.2006, 6 Ob 145/06a.

³² OGH 3.6.1950, 2 Ob 276/50 SZ 23/184.

³³ OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = ecolex 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger).

³⁴ siehe dazu gleich unten.

Mitgeschafter wie im Anfechtungsprozess vor einem ordentlichen Gericht Gelegenheit zur Nebenintervention erhalten.

Der Standpunkt der Lehre bezüglich der objektiven Schiedsfähigkeit von Beschlussanfechtungsstreitigkeiten war uneinheitlich.³⁵ So wurde vorgebracht, dass sich aus dem Sitz der Gesellschaft ein ausschließlicher Gerichtsstand ergebe und dass die umfassende Gestaltungswirkung des Anfechtungsurteils unvereinbar mit einem Schiedsspruch sei. Als Hauptgegenargument wurde vor allem aber die mangelnde Vergleichsfähigkeit des Anfechtungsstreits vorgebracht.

2.2.4 Exkurs: Objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Beschlüsse der AG-Hauptversammlung

2.2.4.1 *Bekämpfungsmöglichkeiten von mangelhaften Hauptversammlungsbeschlüssen*

Im Gegensatz zum GmbHG, welches nur die Anfechtung nach den §§ 41ff GmbHG kennt, unterscheidet das AktG zwischen nichtigen (§§ 191 ff AktG) und anfechtbaren (§ 195 Abs 1 AktG) Hauptversammlungsbeschlüssen. Nichtigkeit trifft nur bei bestimmten im Gesetz aufgezählten, besonders gravierenden Beschlussmängeln bzw Gesetzesverletzungen zu. In allen anderen Fällen ist der Beschluss bis zu seiner erfolgreichen Anfechtung wirksam, mit welcher er mit ex-tunc-Wirkung für nichtig erklärt wird.

2.2.4.2 *Objektive Schiedsfähigkeit von Anfechtungsstreitigkeiten nach den §§ 195ff AktG*

³⁵ Bejahend: *Fasching*, ZPO IV 719; *Wünsch*, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen 82ff; *Gellis/Feil*, Kommentar zum GmbH-Gesetz⁶ (2006); *Hempel*, Zur Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Beschlussmängel in der GmbH, in FS Krejci (2001) 1771ff; *Kastner/Doralt/Nowotny*, Gesellschaftsrecht⁵ 420; *Schönherr*, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und Schiedsgericht, GesRZ 1980, 184; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 397; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts² (1990) Rz 2176; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht II³ 439; *Backhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts (1989) 129; *Deimbacher*, 1992, 184; ablehnend: *Koppensteiner*, GmbH-Gesetz Kommentar² (1999), § 42 Rz 6; differenzierend: *Thöni*, WBl 1994, 298.

Für das Aktienrecht ging die Rechtsprechung³⁶ und der überwiegende Teil der österreichischen Lehre³⁷ von der Zulässigkeit der Vereinbarung einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit sowohl für die aktienrechtliche Anfechtungs- wie für die Nichtigkeitsklage (§§ 197, 201 AktG) aus.

In Deutschland wird weitgehend die Meinung vertreten, dass Schiedsvereinbarungen über aktienrechtliche Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen unzulässig sind.³⁸

In der Schweiz, wo die AG die Rolle der GmbH im deutschen und österreichischen Wirtschaftsleben spielt, sind nach herrschender Auffassung der Schweizer Rechtsprechung und Lehre Gesellschafterstreitigkeiten innerhalb einer Aktiengesellschaft uneingeschränkt schiedsfähig, jedenfalls soweit es sich um börsennotierten Gesellschaften handelt.³⁹

2.3 Streitigkeiten über Ansprüche auf Zahlung der Stammeinlagen (§§ 10 und 63 GmbHG)

Hinsichtlich dieser Ansprüche wurde vor dem SchiedsRÄG 2006 die objektive Schiedsfähigkeit sowohl von der Rechtsprechung⁴⁰ als auch von der Lehre⁴¹ verneint. Da die Erfüllung der Pflicht zur Einzahlung der Übernahme einer Stammeinlage weder

³⁶ OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = ecolex 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger).

³⁷ dafür: *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² 719; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2176; *Heidinger/Schneider*, Aktiengesetz (2007) § 197 E 8; *Schönherr*, *GesRZ* 1980, 184; *Backhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts 129; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz II; *Schönherr*, *GesRZ* 1980, 184; dagegen: *Strasser* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ § 197 Rz 4.

³⁸ *Hüffer* in *Münchener Kommentar zum AktG VII*² § 246 Rz 30; *Zöllner* in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz BII* Rz 61; *Baumbach/Hueck*, Aktiengesetz¹³ (2009) § 246 Rn 7; Rspr: BGH MDR 1951, 674 = JZ 1951, 655; BGH WM 1966, 1132f; BGH vom 29.3.1996 II ZR 124/95 GmbHR 1996, 437 = ZHR 1996, 374; dagegen: *Schmidt* in *Wilhelm/Klaus*, Aktiengesetz Großkommentar⁴ § 246 Rz 121ff, welcher Streitigkeiten über Hauptversammlungsbeschlüsse für schiedsfähig handelt, sofern ein das Einzelverfahren regelnder Schiedsvertrag vorliegt. Eine satzungsmäßig begründende Schiedsklausel dagegen soll wegen des Grundsatzes der formellen Satzungsstrenge unzulässig sein; darauf Bezug nehmend BGH GmbHR 1996, 437, 439; krit dazu *Bork*, ZHR 1996, 374 (377).

³⁹ *Raeschke-Kessler*, Gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren und das Recht der EU, SchiedsVZ 2003, 145 (154).

⁴⁰ OGH 14.7.1993, 7 Ob 548/93 ecolex 1994, 819 = SZ 66/90; OGH 25.10.1978, 1 Ob 719/78 SZ 51/148 = EvBl 1979/55; OGH 3.6.1950, 2 Ob 276/50 SZ 23/184.

⁴¹ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2176; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² § 577 Rz 5; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 10 RZ 2a.

erlassen noch gestundet werden kann (§ 63 Abs 3 GmbHG), war auch ein Vergleich darüber unzulässig und Folge dessen die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen.

*Reich-Rohrwig*⁴² vertritt diesbezüglich die Auffassung, nicht generell die Unwirksamkeit von Schiedsverträgen anzunehmen, sondern vielmehr nur die Rechtskraft eines Schiedsspruches dann zu verneinen, wenn der vom Schiedsgericht verneinte Anspruch zur Befriedigung der Gläubiger der GmbH erforderlich ist oder in Rechte Dritter eingreift.

2.4 Streitigkeiten über die Nachschusspflicht der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft

Gemäß § 72 GmbHG kann im Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, dass die Gesellschafter über den Betrag der Stammeinlagen hinaus die Einforderung von weiteren Einzahlungen (Nachschüssen) mittels Gesellschafterbeschluss beschließen können.⁴³ Sofern Streitigkeiten diesbezüglich entstehen, handelt es sich daher um Streitigkeiten über Gesellschafterbeschlüsse, die oben bereits behandelt wurden. Es wird daher auf obiges Kapitel II.2.2 „*Die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Beschlüsse der Generalversammlung*“ verwiesen.

2.5 Streitigkeiten über Auskunfts- und Einsichtsrechte und sonstige Minderheitsrechte

Neben dem Recht auf Zusendung des Jahresabschlusses (§ 22 Abs 2 Satz 1 GmbHG), des Gewinnverteilungsvorschlages und dem Recht 14 Tage vor der zur Prüfung des Jahresabschlusses berufenen Versammlung der Gesellschafter in die Bücher Einsicht zunehmen (§ 22 Abs 2 Satz 2 GmbHG), steht den Gesellschaftern nach der Rechtsprechung ein über § 22 Abs 2 GmbHG hinausgehendes allgemeines

⁴² *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/60.

⁴³ Siehe zur Nachschusspflicht ausführlich mit weiteren Verweisen *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 72 Rz 1ff.

Informationsrecht zu.⁴⁴ Der Anspruch des Gesellschafters gegen die Gesellschaft auf Bucheinsicht ist im Verfahren außer Streitsachen zu verfolgen.⁴⁵

Über die Frage, ob über einen Streit bezüglich der Kontrollrechte der Gesellschafter über die Geschäftsführung ein Schiedsgericht rechtswirksam entscheiden konnte, findet sich lediglich eine Entscheidung aus dem Personengesellschaftsrecht. In dieser Entscheidung hatte sich der OGH damit zu befassen, ob eine Schiedsgericht über den Umfang der Kontrollrechte eines Kommanditisten, entscheiden kann, auch wenn es sich dabei grundsätzlich um eine Rechtsfrage handelt, die dem außerstreitigen Verfahren zugeordnet wird. Da in einem solchen Streit, über den ordentliche Gerichte „im Gewand des außerstreitigen Verfahren“ zu entscheiden haben, sich die Parteien wie im Prozess kontradiktorisch gegenüberstehen und über den Anspruch eine Vereinbarung und somit auch einen Vergleich schließen können, qualifizierte der OGH die betreffende Streitigkeit als objektiv schiedsfähig.⁴⁶

2.6 Streitigkeiten über Mitwirkungspflichten der Gesellschafter

Im Zusammenhang mit Streitigkeiten über die Mitwirkungspflichten von Gesellschaftern kann wiederum nur eine höchstgerichtliche Entscheidung aus dem Bereich der Personengesellschaften angeführt werden: Der OGH anerkannte die objektive Schiedsfähigkeit eines Streites über die aus dem Gesellschaftsvertrag ableitbare Pflicht eines Gesellschafters zur Unterfertigung einer Firmenbucheingabe, da er eine solche Pflicht als vergleichsfähig qualifizierte.⁴⁷

⁴⁴ OGH 6 Ob 14/89 NZ 1990, 232; zustimmend *Grünwald*, *ecolex* 1991, 245; *Reich-Rohrwig*, *GmbH-Recht* P 2/745; *Reich-Rohrwig*, *Spezielle Fragen der Bucheinsicht und der Sonderprüfung bei der GmbH*, JBl 1987, 364 (366ff); ablehnend: *Koppensteiner* in *FS Kastner* (1975) 232ff; *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG* § 22 Rz 35.

⁴⁵ OGH 31.8.1989, 6 Ob 14/89; OGH 6.3.1991, 1 Ob 518/91; OGH 9.2.1999, 10 Ob 269/98a; OGH 22.4.1999, 6 Ob 323/98p wbl 1999/372 = ARD 5233/37/2001; OGH 19.2.2004, 6 Ob 314/03z; OGH 26.8.2004, 6 Ob 50/04b; OGH 31.8.2006, 6 Ob 182/06t; OGH 31.1.2007, 3 Ob 138/06z.

⁴⁶ OGH 6.9.1984, 6 Ob 16/84 SZ 57/136 = EvBl 1985/52 = NZ 1985,56 = RdW 1985, 13 anderer Meinung: *Pollak*, *System des Österreichischen Zivilprozeßrechtes mit Einschluß des Exekutionsrechtes*² (1932) 771; *Wolff*, *Grundriß des österreichischen Zivilprozeßrechtes*² (1947) 252; *Holzhammer*, *Österreichisches Zivilprozeßrecht*² (1976), die die Schiedsfähigkeit aller außerstreitiger Angelegenheiten verneinen.

⁴⁷ OGH 29.4.2003, 1 Ob 22/03x wbl 2003/305, 540 = WRInfo 2003/186.

2.7 Streitigkeiten zwischen GmbH und ihren Organen

2.7.1 Allgemeines

Zum einen ist bei Streitigkeiten zwischen GmbH und ihren Organen zwischen Streitigkeiten, die ihre rechtlichen Grundlagen im Gesellschaftsvertrag haben, und Streitigkeiten, deren Ursprung in einem zwischen GmbH und Organwarter individuell vereinbarten Vertrag besteht, zu unterscheiden.

Zum anderen muss zwischen Streitigkeiten über die Bestellung und Abberufung von Organen und Streitigkeiten über Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegenüber deren Organen differenziert werden.

2.7.2 Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abberufung von Organen

Gemäß § 16 Abs 1 kann die Geschäftsführerbestellung durch Gesellschafterbeschluss jederzeit widerrufen werden. Da eine sich daraus ergebende Streitigkeit nichts anders darstellt als eine Streitigkeit über einen Gesellschafterbeschlüsse, kann diesbezüglich auf obiges Kapitel 2.2 „*Die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Beschlüsse der Generalversammlung*“ verwiesen werden, in welchem gezeigt wurde, dass solche Streitigkeiten bereits nach alter Rechtslage objektiv schiedsfähig waren. Die Regelungen des GmbHG und des Gesellschaftsvertrages hinsichtlich der Abberufung von Organen können durch die zwischen Organwarter und der GmbH abgeschlossenen Anstellungsverträgen nicht modifiziert werden.⁴⁸ Daher ist für die Schiedsfähigkeit über die Abberufung von Organen lediglich eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel und nicht eine Schiedsvereinbarung zwischen GmbH und Organwarter über Streitigkeiten aus dem Angestelltenverhältnis von rechtlicher Bedeutung.⁴⁹

⁴⁸ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 16 Rz 6.

⁴⁹ Der Geschäftsführer einer GmbH kann sich daher nicht auf die zwischen ihm und der GmbH abgeschlossenen Geschäftsführervertrag enthaltene Schiedsklausel berufen, um den von der Generalversammlung gefassten Beschluss über seine Abberufung vor einem Schiedsgericht bekämpfen zu können. Sehr wohl hat aber das im Geschäftsführervertrag bestimmte Schiedsgericht über die durch die Abberufung möglicherweise entstandene Kündigungsschädigung zu entscheiden.

Neben der Abberufung des Geschäftsführers durch Beschluss nach § 16 Abs 1 GmbHG, ist auch die Abberufung durch gerichtliche Entscheidung aus einem wichtigen Grund möglich. Bezüglich der Mitglieder des Aufsichtsrates sieht § 30b Abs 5 GmbHG vor, dass das Gericht auf Antrag einer Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten Teil des Stammkapitals erreichen, ein Aufsichtsratsmitglied abzurufen hat, wenn hierfür ein wichtiger Grund vorliegt. Nach herrschender Lehre war die Vereinbarung der Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes in den Bereichen der §§ 16 Abs 2 und 30b Abs 5 GmbHG zulässig.⁵⁰

2.7.3 Streitigkeiten über Schadenersatzansprüche der Gesellschaft gegenüber den geschäftsführenden Organen

Die objektive Schiedsfähigkeit von Schadenersatzansprüchen gegen Organe von Kapitalgesellschaften (§ 10 Abs 4 bis 5, § 25 Abs 5 bis 7 und § 33 GmbHG sowie §§ 84 und 99 AktG) wurde sowohl von der Judikatur⁵¹ als auch mehrheitlich von der Lehre⁵² verneint.

Nach hA ergab sich aus § 10 Abs 6 GmbHG, welcher Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich von Ansprüchen der Gesellschaft gegen deren Geschäftsführer für rechtlich unwirksam erklärt, die mangelnde objektive Schiedsfähigkeit derartiger Schadenersatzansprüche.⁵³

Nach *Reiner*, welcher unter anderen die Gegenmeinung vertritt, waren Ersatzansprüche der GmbH gegen deren Organe schon nach altem Recht objektiv schiedsfähig:⁵⁴ § 10 Abs 6 GmbHG, der die Haftung der Geschäftsführer für falsche Angaben hinsichtlich

⁵⁰ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 16 Rz 26; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², Rz 2/640 (Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern) und 2/650 (Abberufung gesellschaftsfremder Geschäftsführer); *Reich-Rohrwig*, JBl 1987, 364; *Reich-Rohrwig*, Die gerichtliche Abberufung von GmbH-Geschäftsführern, JBl 1981, 187 (196); *Eckert*, Die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers (2003) 105; *Schönherr*, GesRZ 1980, 184; *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (153); *Kastner*, Grundriß des österreichischen Gesellschaftsrechts⁴ (1983) 80; Rsp: OGH 12.12.1991, 8 Ob 633/91 RdW 1992, 173.

⁵¹ OGH 14.7.1993, 7 Ob 548/93 eolex 1994, 819 = SZ 66/90.

⁵² gegen objektive Schiedsfähigkeit: *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2²719; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² § 577 Rz 5; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/779; *Koppensteiner*, GmbHG² § 10 Rz 2a; *Backhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts 129; *Fritz*, SWK 1997, W 13 (13); anderer Ansicht: *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (153); differenzierend: *Peschek*, Neue Möglichkeiten für Schiedsverfahren im Arbeitsrecht?, RdW 2003, 153.

⁵³ *Fasching*, Schiedsgericht 17; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2176, verweist lediglich auf die beschränkte Vergleichsfähigkeit gemäß § 10 GmbHG und verneint die Schiedsfähigkeit gänzlich.

⁵⁴ *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (153).

der in bar zu leistenden Stammeinlagen regelt, bestimmt, dass „Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich solcher Ansprüche ... keine rechtliche Wirkung haben, soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger erforderlich ist.“ Insofern die Befriedigung der Gläubiger nicht gefährdet war, waren nach dieser Auffassung Vergleiche und Verzichtleistungen hinsichtlich von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen deren Geschäftsführer daher sehr wohl möglich und die objektive Schiedsfähigkeit in diesen Fällen gegeben.

Nach dem AktG sind Vergleiche auch nach alter Rechtslage gemäß § 84 Abs 4 AktG innerhalb von fünf Jahren seit der Entstehung des Anspruches generell unzulässig. Darüber hinaus ist nach 5 Jahren die Zustimmung der Hauptversammlung notwendig, wobei nicht mehr als 20 % der Anteilseigner widersprechen dürfen. Dadurch war für Streitigkeiten der AG in diesem Bereich nach alter Rechtslage die Schiedsfähigkeit zwar nicht generell ausgeschlossen, jedoch bestand nur ein sehr dünner Anwendungsbereich.⁵⁵

2.8 Zulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgerichtes zur Überwindung von Patt-Stellungen bei Unmöglichkeit der Erreichung eines Mehrheitsbeschlusses

Die Einsetzung eines Schiedsgerichtes zur Überwindung von Patt-Stellungen bei Unmöglichkeit der Erreichung eines Mehrheitsbeschlusses wurde von der Rechtsprechung für unzulässig gehalten.⁵⁶ Wobei hier anzumerken ist, dass es diesbezüglich nur eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 1917 sowie eine Entscheidung des OLG Innsbruck aus 1991 gibt.

Nach *Reich-Rohrwig*⁵⁷ galt dies jedoch nur für jene Fälle, in denen die ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafter gesetzlich zwingend war und die Gesellschafter über die Sache keinen Vergleich schließen konnten.

⁵⁵ *Peschek*, RdW 2003, 153; *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (154).

⁵⁶ OGH NZ 1917, 268; OLG Innsbruck Rpfl 1991, H 2, 36.

⁵⁷ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/61.

2.9 Objektive Schiedsfähigkeit über die Bestimmung eines angemessenen Entgelts von Gesellschafterleistungen

Für Leistungen, die die Gesellschafter der GmbH gegenüber erbringen, können hierfür besondere Vergütungen in angemessener Höhe vereinbart werden (§ 8 Abs 1 GmbHG). Auf Grund der Zukunftskomponente und der Ungewissheit künftiger Kostenentwicklungen, die nicht parallel zu gebräuchlichen Wertsicherungsindices verliefen, kann es sinnvoll sein neben der Vereinbarung eines „angemessenen Preises“ oder „des Marktpreises“, ein Schiedsgericht zur Preisfestsetzung zu vereinbaren. Die Zulässigkeit einer solchen Schiedsvereinbarung nach alter Rechtslage wurde nie ausjudiziert.

Von einem Teil der Lehre wurde eine solche Schiedsvereinbarung als gültig erachtet;⁵⁸ *Koppensteiner*⁵⁹ äußerte diesbezüglich Bedenken: Der potentielle Anteilserwerber musste wissen auf was er sich beim Kauf von Gesellschaftsanteilen einlässt. Daher war es notwendig, dass sozietäre Nebenleistungspflichten sowie deren Gegenleistungen im Gesellschaftsvertrag genau bestimmt waren. Nach *Koppensteiner* war es daher bedenklich, Einzelheiten der Leistungspflicht und der damit im Zusammenhang stehenden Gegenleistungspflicht einer späteren Absprache zu überlassen oder dafür gar die Entscheidung eines Gesellschaftsorgans, eines Dritten oder eines Schiedsgerichts vorzusehen.

3 Resümee

Bereits vor dem Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006 hatten Gesellschafter einer GmbH die Möglichkeit Schiedsgerichte für die rechtswirksame Entscheidung über einen beachtlichen Teil von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, sei es in Form einer eigenständigen Schiedsvereinbarung oder mittels im Gesellschaftsvertrag enthaltener Schiedsklausel, anzuordnen. Welche Erweiterungen das SchiedsRÄG 2006 für den

⁵⁸ *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I², 1/400; *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG I (1988) § 8 Rz 5; *Gellis*³/*Feil* § 8 Rz 5.

⁵⁹ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 8 Rz 7.

Bereich des Gesellschaftsrechts mit sich gebracht hat, zeigt Kapitel V
„Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht nach aktueller Rechtslage“.

III. Die Entwicklung des Verbraucherschutzes im Schiedsrecht bis zum SchiedsRÄG 2006

1 Einleitung

Die Dissertation will eine Antwort auf die Frage finden, welche Auswirkungen die im Zuge des SchiedsRÄG 2006 neu eingeführten Verbraucherschutzbestimmungen des § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen haben, und orientiert sich somit grundsätzlich an der aktuellen Rechtslage. Um die Beweggründe des Gesetzgebers für die Einführung einer Verbraucherschutzbestimmung, wie jener des § 617 ZPO, verstehen zu können, ist es notwendig zu untersuchen, ob Verbraucherschutzbestimmungen bereits in der Schiedsgerichtsbarkeit vor dem SchiedsRÄG 2006 bestanden haben.

Besonders von Interesse wird die Frage sein, welche Gefahren der Gesetzgeber innerhalb des Schiedsverfahrens verwirklicht sah, die ihn veranlasst haben für Verbraucher und andere ihren Vertragspartnern typischerweise „unterlegenen“ und daher aus Sicht des Gesetzgebers „schutzbedürftigen“ Personen Schutzbestimmungen zu erlassen, die die Einschränkung des Rechts dieser Personenkreise auf schiedsgerichtliche Erledigung bestimmter Streitigkeiten zur Folge hatten. Kurz: Was macht das Schiedsverfahrensrecht „gefährlicher“ als das ordentlich Gerichtsverfahren?

Der Verbraucherschutz verfolgt den Zweck den grundsätzlich wirtschaftlich unterlegenen Verbraucher mittels relativ zwingenden Schutzbestimmungen vor dem gesetzlich vermutet überlegenen Unternehmer zu schützen.⁶⁰ Neben dem Verbraucherschutzrecht gibt es aber auch noch weitere Rechtsbereiche, die vom selben gesetzgeberischen Beweggrund gekennzeichnet sind, „schwächeren“ Personen vor „stärkeren“ Personen rechtlichen Schutz zu gewähren. So etwa der Arbeitnehmer- oder der Mieterschutz. Für die Untersuchung des Verbraucherschutzes im Schiedsrecht

⁶⁰ vgl. etwa *Mayrhofer/Eccher/Ganner/Nemeth/Schurr/Tangl* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ Einleitung KSchG Rz 8; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar V³ § 1 KSchG Rz 5; *Krejci* in *Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/4³ Vor § 1 KSchG Rz 2.

können daher diese verwandten Rechtsbereiche nicht außer Acht gelassen werden und stellen einen Bestandteil vorliegender Untersuchung dar.

Noch bevor Bestimmungen in die ZPO aufgenommen worden sind, die dem Schutz „schwächerer Parteien“ innerhalb des Schiedsverfahrens dienen sollten, wurden vor allem in Gesetzen außerhalb der ZPO (RatenG, VersVG, KSchG, ASGG) Bestimmungen erlassen, die diesem Schutzzweck folgten.

Im Folgenden werden die diesbezüglichen Bestimmungen in chronologischer Reihenfolge ihres In-Kraft-Tretens dargestellt. Judikatur und Lehrmeinungen, die im Zusammenhang mit den jeweiligen Bestimmungen stehen, werden auch dann, wenn diese zu einem späteren Zeitpunkt zustande gekommen sind, an die Darstellung der jeweiligen Norm angeschlossen.

2 ZPO-Urfassung kannte für das Schiedsverfahren keine Schutzbestimmung für „schwächere Parteien“

Die Bestimmungen in der Zivilprozessordnung über das schiedsrichterliche Verfahren stammen bis zur Neufassung durch das SchiedsRÄG 2006 im Wesentlichen noch aus der 1895 eingeführten Stammfassung der Zivilprozessordnung.⁶¹ Das im vierten Abschnitt der ZPO-Urfassung geregelte Schiedsrecht kannte weder Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer, Mieter noch für Verbraucher.

3 Keine dem § 1025 dZPO vergleichbare Regelungen im alten österreichischen Schiedsrecht.

Wie die österreichische ZPO durch das SchiedsRÄG 2006, wurden die Schiedsverfahrensbestimmungen der dZPO bereits 1997 durch das Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz vom 22.12.1997⁶² an die internationale

⁶¹ RGBI 1895/113.

⁶² Gesetz vom 22.12.1997 dBGBl. I S. 3224.

Handelsschiedsgerichtsbarkeit angepasst.⁶³ Vor dieser Gesetzesänderung bestimmte § 1025 Abs 2 dZPO: *Der Schiedsvertrag ist unwirksam, wenn eine Partei ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu einem Abschluss oder zu Annahme von Bestimmungen zu nötigen, die ihr im Verfahren, insbesondere hinsichtlich der Ernennung oder Ablehnung der Schiedsrichter, ein Übergewicht über den anderen Teil einräumen.*

Voraussetzung für die Unwirksamkeit des Schiedsvertrages nach § 1025 Abs 2 dZPO ist das Bewusstsein des „Stärkeren“ von seiner Überlegenheit und der Ursächlichkeit für den Abschluss.⁶⁴ In der aktuellen dZPO ist eine Regelung dieser Art nicht mehr enthalten.

Die ZPO-Urfassung enthielt keine derartige Bestimmung, die hinsichtlich der Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung auf die Frage des zwischen den Parteien bestehenden wirtschaftlichen Ungleichgewichts abstellte.

4 Schutzgesetze vor der Einführung des KSchG mit Einfluss auf das Schiedsverfahrensrecht

4.1 Allgemein

Wenn der Frage nachgegangen wird, ab wann der Verbraucherschutz in das österreichische Schiedsrecht Einzug gefunden hat, wäre es falsch zu denken, dass der zeitliche Beginn dieser Untersuchung das Jahr 1979 sein müsste, in welchem das KSchG eingeführt worden ist. Zum einen stellt das KSchG keinesfalls die Kodifikation des gesamten Verbraucherschutzrechtes dar, sondern dient lediglich der Klärung einiger ausgewählter zivilrechtlicher und verfahrensrechtlicher Fragen des Konsumentenschutzes.⁶⁵ Und zum anderen gab es bereits vor dem KSchG Gesetze, die

⁶³ Hartmann, Beck'sche Kurz-Kommentar Zivilprozessordnung⁶⁵ (2007) 2586.

⁶⁴ Schütze in Wieczorek/Schütze, Zivilprozessordnung und Nebengesetze - Großkommentar § 1025 Rz 44; Schütze/Tscherning/Wais, Handbuch des Schiedsverfahrens² (1990) Rn 160; Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁴ (1990) 35.

⁶⁵ Langer in Kosenik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, Konsumentenschutzgesetz - Kurzkommentar² § 1 Rz 1; Langer in Kosenik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer, KSchG²

Schutz für bestimmte „schwächere“ Personenkreise gewährleistet. Teilweise nahmen diese Gesetze auch auf das Schiedsrecht Bezug und sind daher Bestandteil der nachfolgenden Darstellung.

4.2 Ratengesetz 1886 und 1961

Der tragende Gedanke der Konsumentenschutzbewegung ist bedeutend älter als die ihren bisher größten (Teil-)Erfolg darstellende Einführung des KSchG und lag in seiner industriegesellschaftlichen Ausprägung bereits dem RatenG 1896 zugrunde.⁶⁶ Der damalige Gesetzgeber war bestrebt, dem Käufer, der Waren auf Abzahlung kauft, im Fall des Zahlungsverzugs vor allzu harten Sanktionen der Händler –niedergelegt in entsprechenden Vertragsklauseln– zu bewahren. Daher bestimmte er zum Beispiel, dass Terminsverlust nur bei qualifiziertem Ratenverzug geltend gemacht werden könne.⁶⁷ In einer zweiten Welle von Abzahlungsgesetzen in den sechziger Jahren des 20. Jahrhunderts wurde das Ratengesetz 1961 eingeführt.⁶⁸ Der Gesetzgeber suchte hier nicht nur die Folgen des Zahlungsverzugs in erträglichem Rahmen zu halten, sondern problematische Geschäftsabschlüsse von vornherein zu verhindern, damit es erst gar nicht zu einem vorhersehbaren Zahlungsverzug des Verbrauchers kommen konnte.⁶⁹

§ 12 RatenG 1961 bestimmte, dass der Käufer, der im Inland einen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder im Inland beschäftigt war, aus einem Abzahlungsgeschäft nur bei einem Gericht geklagt werden kann, in dessen Sprengel der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt oder der Ort der Beschäftigung liegt. Die Unzuständigkeit des Gerichts konnte dadurch behoben werden, dass sich der Beklagte trotz Belehrung durch den Richter in die Verhandlung einließ.

Auch wenn § 12 RatenG 1961 nicht direkt auf die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus Abzahlungsgeschäften Bezug nahm und das Verhältnis des Schutzcharakters des RatenG 1961 zur Schiedsgerichtsbarkeit auch in dessen

⁶⁶ *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 KSchG.

⁶⁷ *Mayrhofer/Eccher/Ganner/Nemeth/Schurr/Tangl in Klang*, ABGB³ Einleitung KSchg Rz 1.

⁶⁸ BGBl 1961/279.

⁶⁹ *Mayrhofer/Eccher/Ganner/Nemeth/Schurr/Tangl in Klang*, ABGB³

ErläutRV⁷⁰ nicht thematisiert wurde, wurde in der wissenschaftlichen Diskussion die Meinung vertreten, dass der dort ausgeprägte Schutz gegenüber „schwächeren“ Parteien einer wirksamen Schiedsabrede entgegenstehen müsste.⁷¹

Neben dem grundsätzlichen Gedanken, dass die Schiedsgerichtsbarkeit mit einem Gesetz wie dem RatenG 1961, das den Schutz von „Schwächeren“ verfolgt, nicht in Einklang gebracht werden kann, führte *Fasching*⁷² als weiteres Argument § 12 Abs 2 RatenG 1961 an. Nach dieser Bestimmung konnte die Unzuständigkeit nach § 12 Abs 1 RatenG 1961 dadurch geheilt werden, indem sich der Beklagte trotz der Belehrung durch den Richter in die Verhandlung einlässt. Nach *Fasching* konnte der dadurch geschaffene besondere Schutz für den Beklagten nur durch das ordentliche Gericht, niemals aber durch ein Schiedsgericht gewährleistet werden, da bei diesem eine solche „Belehrung“ und die Garantie für ihre Durchführung fehle.

Anderer Ansicht war *Mayrhofer*⁷³, der ein Verbot der Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des RatenG 1961 weder in dessen § 12 Abs 1 noch in § 15 Abs 1 Z 12 verwirklicht sah.

Für die in diesem Kapitel zu untersuchende Kernfrage, welche Gefahren der Gesetzgeber im Schiedsrecht für den Verbraucher verwirklicht sieht, kann im Hinblick auf die Gesetzgebung zum RatenG (1896 u. 1961) nur wenig gewonnen werden, da der Gesetzgeber, wie die Untersuchung der Materialien zu diesen Gesetzen ergab, an die Beziehung des RatenG zum Schiedsverfahrensrecht keine Überlegungen angestellt hat. Erst in der wissenschaftlichen Diskussion ist die Frage aufgetreten, ob der gesetzgeberische Schutz des „Schwächeren“ als Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit ausgelegt werden kann. Aus der Ansicht *Faschings* kann entnommen werden, dass dieser das Schiedsgericht als ein im Gegensatz zum ordentlichen Gericht minderwertiges Entscheidungsfindungsinstrument ansieht, da im Schiedsverfahren bestimmte im ordentlichen Verfahren gesetzlich garantierte Rechte der Parteien nicht gewährleisten sind.

⁷⁰ ErläutRV 421 BlgNR 9. GP 18.

⁷¹ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/22721; *Fasching*, Schiedsgericht 19; *Matscher*, Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit im österreichischen Recht, JBl 1975, 412 (414ff).

⁷² *Fasching*, Schiedsgericht 19.

⁷³ *Mayrhofer*, Das Abzahlungsgeschäft nach dem neuen Ratengesetz (1966) 249.

4.3 Gesetz über den Versicherungsvertrag von 1917 und dessen Nachfolgegesetze

Bereits im Gesetz über den Versicherungsvertrag von 1917⁷⁴ findet sich eine Regelung, welche die objektive Schiedsfähigkeit hinsichtlich von Rechtsstreitigkeiten zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer einschränkt. § 11 dieses Gesetzes ordnete an: *Die Vereinbarung, dass Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag durch ein Schiedsgericht entschieden werden sollen, ist nichtig. Gefolgt von Absatz 2: Es kann jedoch vereinbart werden, dass die Höhe der dem Versicherer obliegenden Leistung durch ein Schiedsgericht zu bestimmen ist. Auf dessen Zusammensetzung und Verfahren finden die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das schiedsrichterliche Verfahren Anwendung. Auf diese Vereinbarung kann sich der Versicherer nicht berufen, wenn er die Leistung verweigert.*

In den erläuternden Bemerkungen der ersten Regierungsvorlage⁷⁵ zum Versicherungsvertrag von 1917 ist Folgendes diesbezüglich zu lesen: *Nicht selten wird der Versicherungsnehmer durch die ihm auferlegten Vertragsbestimmungen genötigt sich in Streitfällen über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag einem Schiedsgerichte zu unterwerfen. Diese Bestimmung erscheint nach den Erfahrungen geeignet, unter Umständen dem Versicherungsnehmer die Durchsetzung seines Rechtes zu erschweren und zu verzögern; sie vermag aber auch deshalb eine Bürgschaft für die objektive Rechtsfindung nicht zu bieten, weil die Entscheidung mit Rücksicht auf die oft komplizierten Vertragsbestimmungen in der Regel umfassendere Rechtskenntnis voraussetzt und zur Lösung derartiger Streitfragen geeignete Personen, die das Amt eines Schiedsrichters zu versehen mögen, nur selten zur Verfügung stehen. In erhöhtem Maße werde diese Streitigkeiten zu Tage treten, wenn es sich um Versicherungsnehmer handelt, die auf dem Lande und entfernt vom Sitz leben, an dem das Schiedsgericht zusammentreten soll. Einem solchen Versicherungsnehmer wird es in der Regele überhaupt unmöglich sein, einen verlässlichen Vertrauensmann ausfindig zu machen, der geeignet und gewillt ist, das Amt des Schiedsrichters zu übernehmen; in*

⁷⁴ RGBI 1917/501.

⁷⁵ ErläutRV 30 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses 18. Session 69; Der Ausschluss der Schiedsgerichte wird hier anders als im etliche Jahre später erlassenen Gesetz unter § 12 behandelt.

vielen Fällen dieser Art wird der Versicherungsnehmer entweder auf die Mithilfe des Versicherers bei der Auswahl des Schiedsrichters angewiesen sein oder er wird sich darum angesichts der Schwierigkeiten, eine passende Persönlichkeit zu finden, überhaupt nicht kümmern und auf diese Weise dazu Anlass bieten, dass das Recht der Bestellung der Schiedsrichter gänzlich auf den Versicherer übergeht. Hiezu kommt, dass die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes, die unter der Herrschaft der alten Prozessordnung einen gewissen Notbehelf darstellte, um dem damals geltenden langwierigen und kostspieligen Verfahren auszuweichen, unter den gegenwärtigen Verhältnissen an praktischer Bedeutung erheblich verloren hat. Das gegenwärtige Verfahren bietet durch seine Raschheit und Verlässlichkeit nicht minder wie durch die Öffentlichkeit und Objektivität, endlich aber auch durch den Instanzenzug Garantien, die den Rechtsschutz gegenüber einer schiedsgerichtlichen Judikatur als einen wesentlich verstärkten erscheinen lassen. Der Entwurf kann daher nicht zulassen, dass der Versicherungsnehmer zu einem Verzicht auf diese Garantien durch die Versicherungsbedingungen verhalten wird, und erklärt demgemäß die Vereinbarung eines Schiedsgerichts für ungültig.

Die erläuternden Bemerkungen erachteten es aber nicht für unzumutbar, Vereinbarungen zuzulassen, wonach die Höhe des vom Versicherer zu ersetzenden Schadens durch einen von beiden Teilen zu bestimmenden Sachverständigen zu erfolgen hat.

Im ursprünglichen Gesetzesentwurf zum VersVG 1917 war die Möglichkeit nicht gegeben, dass Versicherer und Versicherungsnehmer wirksam ein Schiedsgericht anordnen können, welches die Höhe der dem Versicherer obliegenden Leistung bestimmen kann (§ 11 Abs 2 VersVG 1917). Erst im Zuge der Begutachtung und Berichterstattung durch die vereinigte juristische und volkswirtschaftliche Kommission betreffend den Gesetzesentwurf über den Versicherungsvertrag fand diese Möglichkeit Einzug in das Gesetz.⁷⁶

⁷⁶ 112 der Beilagen des Herrenhauses 22. Session 1.

Das Gesetz über den VersVG 1917 wurde mit der Verordnung zur Vereinheitlichung des Rechts der Vertragsversicherung vom 19.12.1939⁷⁷ durch das deutsche Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 30.05.1908⁷⁸ ersetzt, das später durch eine Reihe von Novellen ergänzt und abgeändert wurde.

Das dVersVG 1908 enthält keine dem § 11 VersVG 1917 vergleichbare Regelung über die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit im Versicherungsvertragsrecht. In keiner Stelle des Gesetzes wird auf die Schiedsgerichtsbarkeit Bezug genommen. Auch in den Novellierungen⁷⁹ des dVersVG 1908 wurde die Schiedsgerichtsbarkeit nicht behandelt. Diese Unterscheidung des österreichischen zum deutschen Versicherungsvertragsgesetzes ist deshalb beachtlich, da sich die Regelungen des VersVG 1917 sehr stark am dVersVG 1908 anlehnten.⁸⁰

Das dVersVG 1908 wurde vom Versicherungsvertragsgesetz 1958⁸¹ abgelöst, welches im Wesentlichen die Weiterführung des dVersVG 1908 darstellte.⁸² Dies erklärt, weshalb das heute in Kraft stehende VersVG 1958 im Gegensatz zum VersVG 1917 keine Regelungen über das Verhältnis des Versicherungsvertragsrechtes zur Schiedsgerichtsbarkeit enthält.

Auch in den Novellierungen⁸³ des VersVG 1958 wurden keine Bestimmungen bezüglich der Schiedsgerichtsbarkeit aufgenommen.

Für die Frage, ob Schiedsvereinbarungen zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer wirksam vereinbart werden können, liefert das heute in Kraft stehende VersVG 1958 keine explizite Antwort. Auch der OGH hat sich nicht direkt mit dieser

⁷⁷ dRGBI I 1939, 2443.

⁷⁸ dRGBI 1908, 263.

⁷⁹ Verordnung zur Änderung des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 12. Feb. 1924, dRGBI I 1924 Seite 65; Gesetz über die Einführung der Pflichtversicherung für Kraftfahrzeughalter und zur Änderung des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen sowie das Gesetz über den Versicherungsvertrag vom 7.Nov.1939, dRGBI I. S. 2223; Verordnung zur Vereinheitlichung des Recht der Vertragsversicherung vom 19.Dez.1939, RGBI 1939 S. 2443.

⁸⁰ *Ehrenzweig*, ÖJZ 1950, 247; *Wahle*, Das Versicherungsvertragsgesetz (1970) Vorwort.

⁸¹ BGBl 1959/2.

⁸² ErläutRV 102 BlgNR 8 GP 25.

⁸³ BGBl 1993/90; BGBl 1993/437; BGBl 1993/917; BGBl 1994/509; BGBl 1994/652; BGBl 1996/447; BGBl I 1997/6; BGBl I 1997/140; BGBl I 1999/150; BGBl I 2001/48; BGBl I 2001/98; BGBl I 2003/33; BGBl I 2004/62; BGBl I 2004/131; BGBl I 2006/95.

Frage auseinandergesetzt, sondern hat vielmehr Klarstellungen zur Unterscheidung zwischen Schiedsverfahren und Schiedsgutachterverfahren angestellt.⁸⁴

Das VersVG 1958 enthält jedoch Bestimmungen zum Schiedsgutachterverfahren, welches vom Schiedsverfahren getrennt betrachtet werden muss: Im Schiedsverfahren wird rechtsverbindlich über einen Rechtsstreit entschieden. Das Schiedsgutachten dagegen stellt rechtsverbindlich den Sachverhalt fest, keinesfalls kann es aber über Rechtsfragen verbindliche Aussagen treffen. Dem Schiedsgutachter ist somit jede Entscheidungstätigkeit durch Subsumtion des Sachverhalts unter die Rechtsnorm und die Rechtsfolgenableitung verwehrt.⁸⁵ Im Gegensatz zum Schiedsvertrag unterliegt der Schiedsgutachtervertrag keinem Formzwang.⁸⁶

Auch wenn das Schiedsgutachterverfahren vom Schiedsverfahren unterschieden werden muss, darf nicht übersehen werden, dass das Schiedsgutachterverfahren in seinem Kern dem Schiedsverfahren sehr ähnlich ist: Innerhalb des ordentlichen Gerichtsverfahrens stellt der Richter im ersten Schritt den Sachverhalt fest und subsumiert in weiterer Folge diesen unter die jeweils passenden Rechtsnormen, wodurch er zur für den jeweiligen Sachverhalt entsprechenden Rechtsfolge gelangt. Im Schiedsverfahren übernimmt diese Tätigkeit des ordentlichen Richters der Schiedsrichter. Im Schiedsgutachterverfahren übernimmt der Schiedsgutachter nur einen Teil der richterlichen Tätigkeit, nämlich jenen der Sachverhaltsfeststellung. Diesbezüglich wird beim Schiedsgutachterverfahren wie beim Schiedsverfahren die Entscheidungsfindungskompetenz des Richters eingeschränkt, nur dass sie innerhalb des Schiedsverfahrens gänzlich und beim Schiedsgutachterverfahren nur hinsichtlich der Sachverhaltsfeststellung beschränkt wird. Aufgrund dieser Ähnlichkeit zwischen Schiedsverfahren und Schiedsgutachterverfahren macht es Sinn im Folgenden zu untersuchen, welche Gefahren und Chancen der Gesetzgeber für den „sozial schwächeren“ Versicherungsnehmer im Schiedsgutachterverfahren verwirklicht sieht.

⁸⁴ OGH 13.3.1980, 7 Ob 13/80 ZVR 1980, 311; OGH 27.11.2002, 7 Ob 213/02b.

⁸⁵ *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² § 577 Rz 20; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2168; *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 332; *Prölss/Martin*, Versicherungsvertragsgesetz²⁶ (1998) § 64 Anm 2; *Petrasch*, ZVR 1979, 326; OGH 13.3.1980, 7 Ob 13/80 ZVR 1980, 311; OGH 17.6.1986, 2 Ob 528/86; OGH 27.8.2008, 7 Ob 126/08t; OGH 3.6.2009, 7Ob 51/09i.

⁸⁶ NZ 1987, 156.

Nach § 64 der ursprünglichen Fassung des VersVG 1958 konnte innerhalb des Versicherungsvertrages zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer vereinbart werden, dass über einzelne Voraussetzungen der Ansprüche aus der Versicherung oder über die Höhe des Schadens Sachverständige verbindlich zu entscheiden haben. Wichtiger als die von den Sachverständigen getroffene Feststellung erheblich von der wirklichen Sachlage ab, war die Feststellung nicht verbindlich und erfolgte durch das ordentliche Gericht.

Mit dem Beitritt Österreichs zum Europäischen Wirtschaftsraum wurde es notwendig die österreichische Rechtslage an die im EWR Abkommen aufgezählten EG-Vorschriften anzupassen; so auch an die Richtlinie des Rates vom 22.06.1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung.⁸⁷ Laut den ErläutRV zum Bundesgesetz, mit dem das Versicherungsvertragsgesetz zur Anpassung an das EWR-Abkommen abgeändert wurde,⁸⁸ war es das Ziel dieser Richtlinie, Interessenkollisionen beim Versicherer möglichst zu vermeiden, die darauf zurückzuführen sind, dass der Versicherer dem Rechtsschutzversicherten auch in einer andern Versicherungssparte Versicherungsschutz gewährt oder dass er einen Dritten versichert, dem gegenüber der Rechtsschutzversicherte rechtliche Interessen wahrnehmen und dafür Versicherungsschutz beanspruchen kann.⁸⁹

In diesem Zusammenhang wurde § 158l VersVG 1959 eingeführt, der Art. 6 der oben genannten Richtlinie umsetzen sollte und welcher bestimmt, dass der Versicherungsvertrag ein Schiedsgutachterverfahren vorzusehen hat. Das im Versicherungsvertrag vorgesehene Schiedsgutachterverfahren ist auf die Beilegung von Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Versicherer und dem Versicherten gerichtet. Der diesbezügliche Sachverständige ist bzw die Sachverständigen sind von einem unbeteiligten Dritten oder jeweils in gleicher Anzahl vom Versicherer und vom

⁸⁷ RI 87/344/EWG des Rates v. 22.06.1987 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Rechtsschutzversicherung, ABi L 1987/185, 77.

⁸⁸ BGBl 1993/90.

⁸⁹ ErläutRV 641 BlgNR 18. GP 5f.

Versicherungsnehmer namhaft zu machen, wobei vorgesehen werden kann, dass die Sachverständigen oder ein unbeteiligter Dritter einen Vorsitzenden zu bestimmen hat.

Der Zweck des in §158l VersVG 1959 behandelten Schiedsgutachterverfahrens besteht darin, dem Versicherungsnehmer in jenen Fällen, in welchen sein grundsätzlicher Deckungsanspruch aus der Rechtsschutzversicherung außer Streit steht, jedoch andere Meinungsverschiedenheiten aus dem Rechtsschutzverhältnis bestehen, eine rasche und kostengünstige Alternative zur gerichtlichen Konfliktlösung anzubieten.⁹⁰ Das Besondere an dieser Regelung ist, dass den Vertragsparteien nicht nur das Recht eingeräumt wird, ein Schiedsgutachterverfahren vertraglich vereinbaren zu können, sondern dass der Versicherungsvertrag vorzusehen hat, dass der Versicherungsnehmer ein Schiedsgutachterverfahren in Anspruch nehmen kann.

Mit BGBl 1994/509 wurde die durch § 158l VersVG 1959 eingeführte objektive Auswahlmethode der Sachverständigen im Bereich der Rechtsschutzversicherung einheitlich für die gesamte Schadensversicherung in § 64 VersVG 1959 festgelegt. Dementsprechend wurde die Beschreibung des Bestellungsmodus aus § 158l VersVG 1959 eliminiert.⁹¹

Aus dem eben Dargestellten kann daher hinsichtlich der Frage, welche Gefahren und Chancen der Gesetzgeber für den „sozial Schwächeren“ durch ein Schiedsgutachterverfahren verwirklicht sieht, Folgendes abgeleitet werden: Der europäische Gesetzgeber erachtet es als Nutzen, und somit keinesfalls als Gefahr, für den typischerweise schwächeren Versicherungsnehmer, wenn diesem die Möglichkeit eingeräumt wird, im Falle von Meinungsverschiedenheiten zwischen ihm und dem Versicherer im Bereich der Rechtsschutzversicherung ein Schiedsgutachterverfahren in Anspruch nehmen zu können, dessen Schiedsgutachter durch einen unbeteiligten Dritten oder jeweils in gleicher Anzahl vom Versicherer und Versicherungsnehmer bestimmt werden.

⁹⁰ *Kronsteiner in Fenyves/Kronsteiner/Schauer*, Kommentar zu den Novellen zum VersVG § 158l Rz 8.

⁹¹ vgl. ErläutRV 1553 BlgNR 18 GP 23.

Durch die Anpassung des VersVG 1958 mittels der Einführung von § 158l VersVG 1958 kann meiner Ansicht nach aber nicht abgeleitet werden, dass der österreichische Gesetzgeber diese Einstellung des europäischen Gesetzgebers automatisch teilte. Die Verpflichtung des österreichischen Gesetzgebers zur Umsetzung dieser Regelung lässt sowohl die Variante offen, dass der österreichische Gesetzgeber Zähne knirschend diese Bestimmung in nationales Recht umsetzen musste, als auch jene Variante, dass trotz des europarechtlichen Zwangs zur Umsetzung der Erlass dieser Bestimmung auch im Interesse des österreichischen Gesetzgebers erfolgte.

Die kurze Zeit nach der Einführung des § 158l VersVG 1958 erfolgte Anpassung von § 64 VersVG 1958 bezüglich des Bestellmodus der Schiedsgutachter auf das gesamte Versicherungsvertragsrecht lässt ebenfalls keine Rückschlüsse darauf zu, dass der österreichischen Gesetzgebers die oben dargelegt Einstellung des europäischen Gesetzgebers guthieß. § 64 VersVG wurde nur in Bezug auf den Bestellmodus abgeändert. Ein Recht des Versicherungsnehmers, dass er ein Schiedsgutachterverfahren in Anspruch nehmen kann, wie es § 158l VersVG in Anlehnung an die Richtlinie vorsieht, wurde aber nicht eingeführt.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass der Gesetzgeber des VersVG 1917 von der Schiedsgerichtsbarkeit die Gefahr ausgehen sah, dass der „stärkere“ Versicherer mit Hilfe einer Schiedsvereinbarung dem „schwächeren“ Versicherungsnehmer die Durchsetzung seines Rechtes erschweren könnte und dass die Suche nach geeigneten Schiedsrichtern sich besonders für den Versicherungsnehmer als schwierig erweisen könnte. Dies erklärt die im VersVG 1917 enthaltene Bestimmung, dass Schiedsvereinbarungen hinsichtlich Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag für nichtig erklärt wurden. Diese Bedenken bestanden auf Seiten des deutschen Gesetzgebers des dVersVG 1908 nicht. Auch das heute noch in Kraft stehende VersVG 1958 enthält keine Bestimmungen, welche die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag einschränkt, jedoch enthält dieses Gesetz auch keine Bestimmung, die die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag explizit bejaht. Für die Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber von der Schiedsgerichtsbarkeit für „schwächere“ Vertragsparteien ausgehen sieht, kann

aus dem VersVG 1958 nichts abgeleitet werden. Jedoch kann hinsichtlich des im VersVG 1958 vorgesehen Schiedsgutachterverfahren zumindest für den europäischen Gesetzgeber abgeleitet werden, dass dieser im Schiedsgutachterverfahren für den Versicherungsnehmer vielmehr einen Nutzen als eine Gefahr erachtet. Ob der österreichische Gesetzgeber, welcher die betreffende europäische Richtlinie umzusetzen hatte, von derselben Überzeugung war, kann, wie oben dargelegt, nicht gesagt werden.

4.4 Landpachtgesetz1969

Gemäß § 2 Abs 2 Landpachtgesetz 1969⁹² ist die Vereinbarung über die in diesem Gesetze bestimmten Rechte schiedsrechtlich zu entscheiden unzulässig. Die Materialien⁹³ verweisen diesbezüglich lediglich auf die inhaltliche Übereinstimmung mit § 2 der deutschen Reichspachtschutzordnung⁹⁴, welche durch das Landpachtgesetz abgelöst worden ist, eine Erläuterung über die Gefahren und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit findet sich darin leider nicht.

Die österreichischen Verordnungen und Gesetze⁹⁵, die vor der Reichspachtschutzordnung diese Rechtsbereiche regelten, nahmen auf die Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen sowie auf das Schiedsrecht an sich nicht Bezug.

Die Pächterschutzverordnung vom 26.07.1921 regelte jedoch, dass Pachtverträge, die unter § 1 dieser Verordnung fielen, nur gerichtlich gekündigt werden konnten (§ 4 Abs 3) und dass über die Zulässigkeit einer Erhöhung des Pachtzinses das Bezirksgericht auf Antrag des Verpächters oder des Pächters zu entscheiden hat (§ 7). In der Vollzugsanweisung der Staatsämter für Justiz und für Land- und Forstwirtschaft vom 05.08.1919⁹⁶ wurde in dessen § 6 Abs 1 geregelt, dass über die Zulässigkeit einer Erhöhung des Pachtzinses das Bezirksgericht auf Antrag zu entscheiden hat.

⁹² BGBl 1969/451.

⁹³ EläutRV 1216 BlgNR 11. GP 8.

⁹⁴ Durch die Verordnung vom 14. Okt. 1940, dRGBI I S. 1369 wurde die deutsche Reichspachtschutzordnung vom 30. Juli 1940, dRGBI I S. 1065 eingeführt.

⁹⁵ StGbl 1919/403 (Vollzugsanweisung der Staatsämter für Justiz und für Land- und Forstwirtschaft über den Schutz der Kleinpächter); BGBl 1921/398 (Pächterschutzverordnung vom 26. Juli 1921); BGBl 1925/180 (Pächterschutzverordnung vom 2 Juli 1925).

⁹⁶ StGBl 1919/403.

5 Einfluss des § 14 KSchG auf das Schiedsrecht⁹⁷

Obwohl § 14 KSchG sich seinem Wortlaut entsprechend auf das allgemeine Verfahrensrecht bezieht, hat diese Bestimmung auch Auswirkungen auf die Rechte von Verbrauchern, die sich an einem Schiedsverfahren beteiligen, und wird aus diesem Grund hier näher dargestellt.

§ 14 Abs 1 KSchG regelte bereits in dessen aus dem Jahr 1979 stammenden Fassung⁹⁸, dass für eine Klage gegen einen Verbraucher, der im Inland seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder im Inland beschäftigt ist, nach den §§ 88, 89, 93 Abs 2 und 104 Abs 1 JN nur die Zuständigkeit eines Gerichtes begründet werden kann, in dessen Sprengel der Wohnsitz, der gewöhnliche Aufenthalt oder der Ort der Beschäftigung liegt. Abs 1 wurde 1997 dahingehend abgeändert⁹⁹, dass die bisherige Regelung dann nicht zur Anwendung kommt, wenn die Gerichtsstandsvereinbarung über eine bereits entstandene Streitigkeit geschlossen wird.

Weiters regelt der bis heute unveränderte Abs 3 der selben Norm, dass eine Vereinbarung, mit der für eine Klage des Verbrauchers gegen den Unternehmer ein nach dem Gesetz gegebener Gerichtsstand ausgeschlossen wird, dem Verbraucher gegenüber rechtsunwirksam ist.

Die Abs 1 und 2 folgen dem Vorbild des § 12 RatenG 1961, erfassen aber nicht nur Abzahlungsgeschäfte, sondern alle Verbrauchergeschäfte.¹⁰⁰ § 14 KSchG schafft keine neuen Gerichtsstände, sondern will verhindern, dass vertraglich Verschiebungen der gesetzlichen Zuständigkeit zum Nachteil des Verbrauchers vorgenommen werden. § 14 KSchG enthält Prorogationsverbote, nicht aber eine positive Zuständigkeitsordnung für Verbrauchergeschäfte. Der Verbraucher kann daher mit den im Gesetz bestimmten

⁹⁷ § 14 KSchG wurde durch das SchiedsRÄG 2006 nicht geändert; auch wenn folgende Darstellung sich auf die Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 bezieht, kann sie auch für die aktuelle Rechtslage herangezogen werden.

⁹⁸ BGBl 1979/140.

⁹⁹ BGBl I 130/1997.

¹⁰⁰ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 33; OGH 9.11.1983, 1 Ob 750/83 SZ 56/159 = EvBl 1984/97; OGH 24.10.1990, 1 Ob 673/90 SZ 63/188 = EvBl 1991/16 = JBl 1992, 256; siehe zu § 12 RatenG 1961 Kapitel III.4.2 *Ratengesetz 1886 und 1961*.

Ausnahmen bei jedem Gericht geklagt werden, welches nach den Vorschriften der JN zuständig ist.¹⁰¹

Ob § 14 KSchG auch rechtliche Bedeutung für die Frage der Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern zukommt, ist den Materialien der KSchG-Urfassung nicht zu entnehmen. Die Lehre war sich diesbezüglich uneinig.¹⁰²

So führte *Jelinek*¹⁰³ gegen die Zulässigkeit von Verbraucher-Unternehmer-Streitigkeiten die sich auf die wissenschaftliche Diskussion¹⁰⁴ zu § 12 RatG 1961 stützenden Begründung an, dass der gesetzlich ausgeprägte Schutz des „sozial Schwächeren“ einer wirksamen Schiedsabrede entgegenstehen müsste.

Nach *Jelinek* war es aber zumindest rechtspolitisch erwägenswert, Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern dann für verbindlich anzuerkennen, wenn erstere im Verfahren rechtsfreundlich vertreten sind. § 14 Abs 2 KSchG sieht nämlich die Heilung des Fehlens der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit im Sinne von § 104 Abs 3 JN vor, die dann zur Anwendung kommt, wenn der Beklagte zur Sache vorbringt oder mündlich verhandelt, ohne die Einrede des Fehlens der inländischen Gerichtsbarkeit oder der sachlichen oder örtlichen Zuständigkeit erhebt und dabei durch einen Rechtsanwalt oder einen Notar vertreten ist. *Jelinek* fügte dieser Erwägung jedoch gleich hinzu, dass hierdurch § 14 Abs 1 KSchG überinterpretiert werden würde. Da es sich bei § 14 Abs 3 KSchG im Gegensatz zu § 14 Abs 1 KSchG evident um ein zugunsten des Schutzes sozial Schwacher erlassenes Prorogations- bzw. Derogationsverbot handle, ergibt sich für *Jelinek* aus dem

¹⁰¹ *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 14 KSchG Rz 1; *Mayr* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO² Vor § 83a Rz 1; *Simotta* in *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I² Vor §§ 83a und 83b JN Rz 17; *Kosenik-Wehrle* in *Kosenik-Wehrle/Lehofer/Mayer/Langer*, Konsumentenschutzgesetz - Kurzkomentar² § 14 Rz 1 u 2; *Nemeth* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ § 14 KSchG Rz 2; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 14 Rz 2.

¹⁰² Ablehnend: *Jelinek* in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (2009) 902; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 14 KSchG Rz 12; *Csoklich*, Die Allgemeinen Österreichischen Spediteurbedingungen und das Konsumentenschutzgesetz, ÖJZ 1986, 445; *Ballon*, Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht¹¹ (2006) Rz 486; Zustimmend: *Simotta* in *Fasching*, ZPO I² Vor §§ 83a und 83b JN Rz 78; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2176; ebenso *Mayr* in *Rechberger*, ZPO² Vor § 83a JN Rz 8.

¹⁰³ *Jelinek* in *Krejci*, HBzKSchG 900ff.

¹⁰⁴ *Fasching*, ZPO IV 721; *Fasching*, Schiedsgericht 19; *Matscher*, JBl 1975, 412.

Schutzzweck dieser Bestimmung, dass Streitigkeiten nach § 14 Abs 3 KSchG nicht vor ein Schiedsgericht gebracht werden dürfen.¹⁰⁵

Der grundsätzlich selben Auffassung war *Csoklich*¹⁰⁶, der in der Vereinbarung eines Schiedsgerichts die gleiche Erschwerung für den Verbraucher sah, wie durch den gemäß § 14 KSchG verpönten Ausschluss eines nach dem Gesetz gegebenen Gerichtsstandes. Durch die Vereinbarung der schiedsgerichtlichen Streitbeilegung könnte dem Verbraucher ein Gericht aufgedrängt werden, zu dem er keine örtliche Nahebeziehung hat, müsste sich die vielfach einer breiten Öffentlichkeit nicht zugänglichen Schiedsordnungen beschaffen, müsste Schiedsrichter auswählen und die dafür vorgesehenen Fristen einhalten, und dies alles ohne die beim staatlichen Gericht vorgesehene Anleitung durch den Richter. Zweck des § 14 KSchG sei es aber gerade, den Verbraucher vor Vereinbarungen zu schützen, durch die ihm ein schwer erreichbares Gericht vorgeschrieben wird, wodurch er wiederum in der Verteidigung seiner Rechte behindert wird.

Aus der in §§ 14 Abs 2 KSchG iVm 104 Abs 3 JN vorgesehene Möglichkeit der Heilung der Unzuständigkeit konnte nach *Csoklich* die Zulässigkeit einer Schiedsvereinbarung nicht abgeleitet werden, die zwischen einem anwaltlich vertretenen Verbraucher und einem Unternehmer abgeschlossen worden ist.

*Fasching*¹⁰⁷ vertrat die meiner Meinung nach stimmige Auffassung, dass das Prorogationsverbot des § 14 KSchG für sich allein den Abschluss eines Schiedsvertrags nicht ausschließt, sofern für das vereinbarte Schiedsgericht ein Tagungsort bestimmt wird, der gemäß § 14 KSchG erlaubt ist.

In der Entscheidung 5 Ob 538/94¹⁰⁸ war der OGH erstmals mit der Frage konfrontiert, inwieweit eine Schiedsvereinbarung hinsichtlich von Streitigkeiten aus einem

¹⁰⁵ *Jelinek in Krejci*, HBzKSchG 925.

¹⁰⁶ *Csoklich*, ÖJZ 1986, 445.

¹⁰⁷ *Fasching*, Lehrbuch² RZ 2176.

¹⁰⁸ OGH 25.10.1994, 5 Ob 538/94 ÖJZ-LSK 1995/134 = ÖJZ EvBl 1995/124 = SZ 67/186 = JUS Z/1702 = KRES 1f/19.

Verbrauchergeschäft wirksam ist. Der für die Beantwortung dieser Frage relevante § 14 KSchG regelt jedoch nur die örtlichen und nicht die sachlichen Zuständigkeit im Zusammenhang mit Verbrauchergeschäften. Bestimmungen wie der erst später eingeführt § 6 Abs 2 Z 7 KSchG oder § 617 ZPO nF, welche direkt auf die Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus Verbrauchergeschäften Bezug nehmen, bestanden zu diesem Zeitpunkt für die Frage der Schiedsfähigkeit von Verbraucher-Unternehmerstreitigkeiten noch nicht.

Der OGH entschied, ohne auf die Frage der grundsätzlichen Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung zwischen Verbraucher und Unternehmer einzugehen, dass eine Schiedsvereinbarung zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer dem § 14 KSchG jedenfalls widerspricht, sofern diese einen Tagungsort für das Schiedsgericht beinhaltet, der sich weder am Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder am Ort der Beschäftigung des Verbrauchers befindet. Dasselbe hat für den der Entscheidung zugrunde liegenden Fall zu gelten, wenn die Schiedsklausel keine Bestimmung über den Schiedsort beinhaltet, welche die Schiedsrichter zwingt an einem dem § 14 Abs 1 KSchG entsprechenden Ort zu tagen.

*Klicka*¹⁰⁹ stimmte der grundsätzlichen Überlegung des OGH in dieser Entscheidung zu, dass Schiedsabreden grundsätzlich a minori ad maius an den Prorogationsgrenzen zu messen sind.¹¹⁰ Es wäre nämlich ein gravierender Wertungswiderspruch, wenn der Konsument nur ganz eingeschränkt Gerichtsstandsvereinbarungen abschließen kann, die Vereinbarung eines Schiedsgerichts hingegen unbeschränkt zulässig sein soll.

Doch vertritt *Klicka* die meiner Meinung nach korrekte Ansicht, dass im vorliegenden Fall eine andere Entscheidung gefällt werden hätte müssen, da § 14 KSchG eine zugunsten des Verbrauchers relativ zwingende Schutzbestimmung darstellt.¹¹¹ Im

¹⁰⁹ *Klicka*, Der OGH und die Schiedsklausel im Konsumentengeschäft, *ecolex* 1995, 883.

¹¹⁰ so auch *Csoklich*, *ÖJZ* 1986, 445.

¹¹¹ Die Annahme der Nichtigkeit ergibt sich für *Klicka* aus zwei Gründen: zum einen sei *Welser*, Anmerkungen zum KSchG, 1997, 449 (451) beizupflichten, dass es nicht im Sinne des KSchG sein kann, den Konsumenten gegen seinen Willen zu schützen, und zum anderen ergibt sich bereits aus der konkreten Fassung des § 14 KSchG die relative Nichtigkeit: Für die Klage des Unternehmers gegen den Verbraucher liegt es immer am Beklagten, ob er sich den Schutz des § 14 Abs 1 KSchG zunutze machen will oder nicht. Schießt er nämlich eine unwirksame Gerichtsstandsvereinbarung ab und wird er in der

konkreten Fall wollte aber der Verbraucher die Unzuständigkeit des staatlichen Gerichtes, bei welchem der Unternehmer die Klage eingebracht hat, auf Grund des Vorliegens der Schiedsvereinbarung geltend machen, was Seitens des Unternehmers mit der Gegeneinrede der Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung auf Grund von § 14 KSchG schlussendlich erfolgreich abgewendet wurde. Der Unternehmer berief sich somit auf die Anwendung von § 14 KSchG, was aber auf Grund des relativ zwingenden Charakters dieser Bestimmung nur dem Verbraucher zustehen kann.¹¹²

Meiner Meinung nach ging die eben besprochene Entscheidung aber auch dahingehend zu weit, dass die zwischen den Parteien getroffene Schiedsvereinbarung bereits deshalb § 14 KSchG schon widersprechen soll, da diese keine Bestimmungen über den Tagungsort des Schiedsgerichts enthält. Sinn und Zweck des § 14 KSchG ist es, den Verbraucher davor zu schützen, dass nicht ein von den geographischen Anknüpfungspunkten des Verbrauchers betrachtet weiter entfernt gelegenes Gericht als das grundsätzlich zuständige Gericht mittels Zuständigkeitsvereinbarung für zuständig erklärt werden kann.

Durch das Nicht-Festlegen des Tagungsortes wird diesem Zweck jedoch nicht widersprochen, sondern erst dann, wenn tatsächlich ein Tagungsort bestimmt werden würde, der außerhalb des in § 14 Abs 1 KSchG gelegenen Sprengels liegt. Eine zwischen Verbraucher und Unternehmer geschlossene Schiedsvereinbarung, die keinen Tagungsort enthält, widerspricht somit meiner Meinung nach nicht § 14 KSchG. Die Auswahl des Tagungsortes des Schiedsgerichts ist jedoch durch § 14 KSchG beschränkt und kann daher bei sonstiger Unzuständigkeit des Schiedsgerichts nur auf einen Ort innerhalb des in § 14 Abs 1 KSchG gelegenen Sprengels fallen.

Folge dennoch bei diesem Gericht geklagt, kann er kraft ausdrücklicher Verweisung in § 14 Abs 2 KSchG unzweifelhaft Heilung der Unzuständigkeit nach § 103 Abs 3 JN eintreten lassen. Das zeigt deutlich, dass es letztlich immer am Verbraucher liegt, ob er von den Schutzvorschriften des § 14 KSchG Gebrauch machen will.

¹¹² In den ErläutRV 744 B1gNR 14. GP 33 wird zu § 14 KSchG ausgeführt: *Die vorgeschlagene Bestimmung sucht ihren Zweck dadurch zu erreichen, dass von der gesetzlichen Zuständigkeitsregelung ausgegangen wird und nur rechtsgeschäftliche Verschiebungen zum Nachteil des Verbrauchers ausgeschlossen werden und damit die gesetzliche Regelung (einseitig) zwingen wird.*

Die zum damaligen Zeitpunkt umstrittene Frage¹¹³, ob eine Schiedsvereinbarung zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer rechtsgültig geschlossen werden kann, brauchte auf Grund des in der Schiedsvereinbarung nicht festgelegten Schiedsortes, was nach Ansicht des OGH zur Ungültigkeit der betreffenden Schiedsvereinbarung führte, in dieser Entscheidung nicht behandelt werden und blieb somit weiter offen. Klargestellt wurde aber, dass dann, wenn die zwischen Verbraucher und Unternehmer abgeschlossene Schiedsvereinbarung grundsätzlich gültig ist, auf dieses das Prorogationsverbot des § 14 KSchG anzuwenden ist

Dass Schiedsvereinbarungen grundsätzlich auch zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden können, wurde spätestens durch die Einführung des § 6 Abs 2 Z 7 KSchG zu Gunsten der Erlaubtheit von Schiedsgerichtsvereinbarungen vom Gesetzgeber klargestellt.¹¹⁴

Die Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit für den Verbraucher verwirklicht sieht, kann durch die Untersuchung der Beweggründe des Gesetzgebers, § 14 KSchG zu erlassen, nicht beantwortet werden, da er, ähnlich wie bereits in der Gesetzgebung zum RatenG,¹¹⁵ in den Materialien auf das Verhältnis zur Schiedsgerichtsbarkeit keinen Bezug genommen hat. Diese Aufgabe wurde von der Lehre wahrgenommen, die diesbezüglich, wie oben gezeigt, unterschiedliche Meinungen vertrat.

6 Einführung von § 598 Abs 2 ZPO aF: Erste schiedsrechtliche ZPO-Regelung, die zu unterschiedlichen Rechtsfolgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern führte

Mit der Zivilverfahrens-Novelle 1983,¹¹⁶ welche unter Berücksichtigung der internationalen Rechtslage darauf abzielte, das österreichisches Schiedsverfahren zu verbessern, um Österreich als Austragungsort internationaler Schiedsverfahren

¹¹³ Dagegen etwa *Jelinek in Krejci*, HBzKSchG 902; ebenso *Csoklich*, ÖJZ 1986, 445; *Ballon*, Zivilprozessrecht¹¹; aA *Simotta in Fasching*, ZPO I² Vor §§ 83a und 83b JN Rz 78; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2176; ebenso *Mayr in Rechberger*, ZPO² Vor § 83a JN Rz 8.

¹¹⁴ vgl etwa *Nemeth in Klang*, ABGB³ § 14 KSchG Rz 19.

¹¹⁵ Vgl Kapitel III.4.2 *Ratengesetz 1886 und 1961*.

¹¹⁶ BGBl 1983/135.

attraktiver zu gestalten,¹¹⁷ wurden mit den §§ 598 Abs 2 iVm 595 Z 7 ZPO aF erstmals Regelungen direkt in die ZPO eingeführt, die zu unterschiedlichen Rechtsfolgen zwischen Schiedsverfahren, an welchen zumindest ein Verbraucher beteiligt ist, und Schiedsverfahren, bei welchen nur Unternehmer als Parteien teilnehmen, führte: Wenn bei einem Schiedsspruch die Voraussetzungen gegeben waren, unter denen nach § 530 Ab. 1 Z 1 bis 7 ZPO ein gerichtliches Urteil mittels der Wiederaufnahmsklage erfolgreich angefochten werden konnte, war der Schiedsspruch grundsätzlich aufzuheben. Sofern aber zwei Unternehmer den Schiedsvertrag abschlossen, konnten sie auf diesen Aufhebungsgrund verzichten. Parteien, die keine Unternehmereigenschaft innehatten, war ein solches Recht verwehrt.

Auch wenn die Gesetzestechnik nicht jener entspricht, die üblicherweise im Verbraucherschutzrecht angewendet wird, da durch § 598 Abs 2 ZPO der Verbraucher nicht durch eine Schutzbestimmung von einer allgemein geltenden Regelungen geschützt wird, sondern dem Unternehmer mittels Spezialnorm mehr Privatautonomie zugewilligt wird, ist diese Bestimmung und die dahinter stehenden gesetzgeberischen Beweggründe wichtig für die Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit für den Verbraucher verwirklicht sieht.

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 598 Abs 2 ZPO aF im Bereich der Handelsschiedsgerichtsbarkeit die Privatautonomie zu Lasten der Rechtssicherheit erweitert. Der Gesetzgeber gewährte mit dieser Bestimmung Unternehmern die Möglichkeit, einvernehmlich ein Schiedsverfahren derart zu gestalten, dass dessen rechtskräftig gewordener Schiedsspruch auch dann Geltung hat, wenn sich im Nachhinein für den Schiedsspruch grundlegende Umstände ändern oder sich diese als nachträglich falsch herausstellen. Durch die große Tragweite die der Ausschluss dieses Anfechtungsgrundes mit sich brachte, beschränkte der Gesetzgeber dieses Ausschlussrecht auf den Personenkreis der Unternehmer.

¹¹⁷ Kloiber and Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht (2006) 11; Rechberger in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht (2006) 71f.

In den ErläutRV¹¹⁸ zur Zivilverfahrens-Novelle 1983¹¹⁹ wird für diese gesetzgeberische Vorgehensweise Folgendes angeführt: *Der Aufhebungsgrund des § 595 Z 8 ZPO schiebt durch Übernahme der Voraussetzungen und der Fristen für die Wiederaufnahmsklage den Zeitpunkt, an dem ein Schiedsspruch unanfechtbar wird, weit, nämlich bis zu zehn Jahre, hinaus. Das mag in vielen Fällen für den Geschäftsverkehr untragbar sein und bei internationalen Handelsverträgen dazu führen, dass nicht die Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes in Österreich vereinbart wird.* Weiters wird in den ErläutRV darauf verwiesen, dass die Bestimmungen über die Anfechtung der Erkenntnisse der Börsenschiedsgerichte einen Wiederaufnahmsgrund als Anfechtungsgrund überhaupt nicht kennen. Der Gesetzgeber wollte laut ErläutRV einen Mittelweg gehen. Grundsätzlich sollte die Möglichkeit, einen Schiedsspruch bei Vorliegen der Wiederaufnahmsgründe des § 530 Abs 1 Z 1 bis 7 ZPO anfechten zu können, weiterhin bestehen bleiben, Unternehmern wurde jedoch eingeräumt, die Anwendung dieser Bestimmung auszuschließen.

Die Vorgehensweise des Gesetzgebers der Zivilverfahrens-Novelle 1983 ist mit jenem vom SchiedsRÄG 2006, insbesondere mit der Einführung von § 617 ZPO, in dem Punkt vergleichbar, dass der Gesetzgeber in beiden Fällen das österreichische Schiedsrecht an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzupassen versucht hat, indem er die Privatautonomie innerhalb der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit erhöhte.

Die Umsetzung dieses Gedanken durch die Einführung von § 598 Abs 2 ZPO aF unterscheidet sich jedoch grundlegend von jener Methodik, die im SchiedsRÄG 2006 angewandt wurde. Mit der Zivilverfahrens-Novelle 1983 wollte der Gesetzgeber das für sämtliche Rechtsunterworfene geltende österreichische Schiedsrecht durch nur für Unternehmer geltende Spezialnormen an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anpassen. Dagegen passte der Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006 die für sämtliche Rechtsunterworfenen geltenden ZPO Schiedsrechtsbestimmungen an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit an und

¹¹⁸ ErläutRV 669 BlgNR 15. GP 63.

¹¹⁹ BGBl 1983/135.

fürte seiner Meinung nach dadurch notwendig gewordene Schutzbestimmungen für Verbraucher ein.

Trotz der unterschiedlichen Herangehensweisen der Gesetzgeber war deren Grundeinstellung in dem Sinne dieselbe, dass die Regeln der Handelsschiedsgerichtsbarkeit grundsätzlich nur für Unternehmer und nicht für Verbraucher gelten sollten.

Daraus kann abgeleitet werden, dass ein Schiedsverfahren, in welchem die an § 530 Abs 1 Z 1 bis 7 ZPO angeknüpften Anfechtungsmöglichkeiten ausgeschlossen werden können, aus Sicht des Gesetzgebers für den Nicht-Unternehmer, also für den Verbraucher, eine „Gefahr“ darstellt. Die Abwendung dieser Gefahr erreichte der Gesetzgeber, indem er dieses Ausschlussrecht nur den Unternehmern untereinander gesetzlich zubilligte.

7 Arbeitnehmerschutz für das Schiedsverfahren durch § 9 Abs 2 ASGG

Im Gegensatz zu den oben dargestellten Bestimmungen des § 14 KSchG und § 598 Abs 2 ZPO nimmt die 1987 in Kraft getretene und heute weiterhin, wenn auch in leicht abgeänderter Form, in Kraft stehende Bestimmung des § 9 Abs 2 ASGG direkt Bezug auf die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen, die von Parteien geschlossen werden, deren Verhältnis zueinander durch ein wirtschaftliches Ungleichgewicht gekennzeichnet ist.

Gemäß § 9 Abs 2 ASGG, entsprechend der Stammfassung des ASGG,¹²⁰ waren Vereinbarungen von Parteien, wonach ein Rechtsstreit durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden sollte, in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 2 ASGG, also in betriebsverfassungsrechtlichen Streitigkeiten, und in Sozialrechtssachen unwirksam; in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG war eine solche Vereinbarung nur für bereits entstandene Streitigkeiten wirksam.¹²¹ Mit Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG sind bürgerliche Rechtsstreitigkeiten

¹²⁰ BGBl 1985/104.

¹²¹ vgl auch *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2257.

zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis oder mit dessen Anbahnung umfasst.

Als Beweggrund für die Einschränkung der objektiven Schiedsgerichtsbarkeit durch § 9 Abs 2 ASGG kann aus den Materialien¹²² zu diesem Gesetz abgeleitet werden, dass damit dem Anliegen Rechnung getragen wurde, Sozialgerichtssachen einer vereinbarten Schiedsgerichtsbarkeit zu entziehen. Ohne zu erläutern, weshalb aber Sozialgerichtssachen der objektiven Schiedsfähigkeit entzogen werden sollten, kann auch hier die interessierende Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber im Schiedsrecht für sozial Schwächere verwirklicht sah, nicht beantwortet werden. Lediglich kann festgehalten werden, dass der Gesetzgeber jedenfalls eine Gefahr von der Schiedsgerichtsbarkeit für sozial Schwächere ausgehen sah, diese aber nicht konkretisierte.

Mit Wirkung zum 1.1.2003 wurde § 9 Abs 2 ASGG dahingehend abgeändert,¹²³ dass Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von Kapitalgesellschaft trotz ihrer – zum damaligen Zeitpunkt teilweise umstrittenen-¹²⁴ Arbeitnehmereigenschaft auch über zukünftige Streitigkeiten, die aus dem Arbeitsverhältnis zwischen ihnen als Arbeitnehmern und der Kapitalgesellschaft als Arbeitgeber entspringen, Schiedsvereinbarungen rechtswirksam schließen können.

Gemäß den diesbezüglichen ErläutRV¹²⁵ war Grund für diese Gesetzesnovellierung, dass eine Beschränkung der Schiedsgerichtsbarkeit auf Streitigkeiten zwischen Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern einer Kapitalgesellschaft nicht mehr als zeitgemäß im Sinne eines internationalen Wettbewerbes betrachtet werden konnte. Aus

¹²² ErläutRV 7 BlgNR 16. GP 2.

¹²³ BGBl I 2002/76.

¹²⁴ Vorstandsmitglieder sind keine Arbeitnehmer: *Strasser in Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz³ §§ 75, 76 Rz 65 und 68; *Mayer-Maly/Marhold*, Individualarbeitsrecht I (1987)/5; *Schwarz/Löschnigg*, Arbeitsrecht⁵ (1995) 173f; kritisch diesbezüglich: *Spielbüchler/Floretta*, Arbeitsrecht - Individualarbeitsrecht I³ (1988) 39; dagegen: *Jabornegg*, DRdA 1991, 13; *Wachter*, Dienstleistungen am Rande des Arbeitsrechts - Zur Rechtsstellung von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Sparkassen, WBl 1991, 81; *Wachter*, Wesensmerkmale der arbeitnehmerähnlichen Person (1980) 75 ff, 109 ff; *Floretta*, Zum Vorstandsverhältnis bei Aktiengesellschaften und Sparkassen, in FS Schwarz (1991) 475ff; *Runggaldier/Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften (1991) 33f.

¹²⁵ ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 15 u. 46f.

Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung von zeitraubenden und kostenaufwändigen Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung wird aber lediglich auf die dem Gesetz (§§ 18 ff GmbHG, §§ 71 ff AktG) nach vertretungsfähigen Organe von Kapitalgesellschaften abgestellt, also auf die Geschäftsführer oder Vorstände, und nicht auf leitende Angestellte, worunter auch der Prokurist fallen würde.

Bereits vor der gesetzlichen Normierung in § 9 Abs 2 ASGG, wonach Geschäftsführer und Vorstände einer Kapitalgesellschaft über zukünftige arbeitsrechtliche Streitigkeiten mit der Kapitalgesellschaft Schiedsvereinbarungen schließen können, war dies nach der Rechtsprechung des OGH für jene Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft, die in keinem arbeitnehmerähnlichen Verhältnis und somit nicht unter § 52 Abs 1 ASGG fielen, möglich.¹²⁶ Aus den ErläutRV¹²⁷ zur Novellierung des § 9 Abs 2 ASGG¹²⁸ ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber auch jene Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder unter § 9 Abs 2 ASGG subsumiert wissen wollte, die im Einzelfall nach dem Inhalt der vertraglichen Vereinbarung insbesondere wegen wirtschaftlicher Unselbständigkeit ausnahmsweise arbeitnehmerähnlich sind.

Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften aus dem Anwendungs- bzw. Schutzbereich des ursprünglichen § 9 Abs 2 ASGG zu nehmen, hat erhebliche Relevanz für die Unternehmer- bzw. Verbraucherqualifikation dieser Kapitalgesellschaftsorgane. Meiner Ansicht nach kommt durch die Novellierung des § 9 Abs 2 ASGG klar zum Ausdruck, dass Geschäftsführer und Vorstände von Kapitalgesellschaften als Personen zu qualifizieren sind, die den besonderen Schutz des Gesetzes, wie es im Arbeitnehmerschutz aber auch im Verbraucherschutz der Fall ist, nicht benötigen.

Der OGH stützte sich in der Entscheidung 2 Ob 158/00z¹²⁹ auf § 9 Abs 2 ASGG und erklärte, dass aus dieser Norm ganz eindeutig hervorgehe, dass ein wirtschaftliches

¹²⁶ OGH 24.4.1994, 9 ObA 2003/96s eclex 1996, 787 = WBI 1997, 77 = SZ 69/103 = RdW 1997, 417 = ZASB 1996, 22 = Arb 11.519 = HS 27.155.

¹²⁷ ErläutRV 962 BlgNR 21. GP 46.

¹²⁸ BGBl I 2002/76.

¹²⁹ OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00z RdW 2000/440, 472 = immolex 2001/8, 10 = wobl 2001, 161 (Reiner) = wobl 2001/115, 186 = MietSlg 52.698 = MietSlg 52.817.

Ungleichgewicht zwischen den Parteien nicht die Ungültigkeit der von diesen geschlossenen Schiedsvereinbarungen zur Folge haben kann. Dieser OGH-Entscheidung lag der Rechtsstreit zwischen Mieter und Vermieter zu Grunde, ob der Vermieter das Mietobjekt untervermieten durfte. Der über diesen Rechtsstreit erlassene Schiedsspruch des einvernehmlich nach Streitentstehung einberufenen Schiedsgerichtes wurde von der unterlegenen Partei mittels Aufhebungsantrag bekämpft. Dies unter anderem mit der Begründung, dass die Mieterschutzgesetzgebung ausschließlich der Zuständigkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit unterliegen soll.

Der OGH entschied, dass sich die objektive Schiedsfähigkeit für den Bereich der Mieterschutzgesetzgebung schon ganz eindeutig aus § 9 Abs 2 ASGG ergibt, nach welchem selbst in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG eine Vereinbarung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber, wonach ein Rechtsstreit durch einen oder mehrere Schiedsrichter entschieden werden soll, für bereits entstandene Streitigkeiten wirksam ist.

Obwohl sich diese Entscheidung mit der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit von Mietrechtsstreitigkeiten auseinandersetzte, sprach die darin zum Ausdruck kommenden Rechtsansicht des OGH, dass ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien die objektive Schiedsfähigkeit nicht tangiert, gleichzeitig auch für die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern, die ebenfalls durch ein zwischen den Streitparteien typischerweise bestehendes wirtschaftliches Ungleichgewicht gekennzeichnet sind.

Für die Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber für den Verbraucher bzw für „schwächere“ Personen in der Schiedsgerichtsbarkeit verwirklicht sah, kann aus der Gesetzgebung des § 9 Abs 2 ASGG und den dazugehörigen Materialien zumindest abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit eine Gefahr für den Arbeitnehmer durch die Schiedsgerichtsbarkeit ausgehen sah, die ihn veranlasste, die gesamte Sozialgerichtsbarkeit von der Schiedsgerichtsbarkeit auszuschließen. Welche Gefahren konkret damit verbunden sind, wird in den Materialien nicht gesagt. Für Arbeitsrechtssachen sah der Gesetzgeber die ebenfalls

nicht konkretisierte Gefahr der Schiedsgerichtsbarkeit für den „schwächeren“ Arbeitnehmer nur dann verwirklicht, wenn sich die zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber abgeschlossene Schiedsvereinbarung auf noch nicht entstandene Streitigkeiten bezieht. Weiters ist für die vorliegende Dissertation von Interesse, dass der Gesetzgeber die in ihrer Arbeitnehmer- bzw Arbeitgeberqualifikation umstrittenen geschäftsführenden Organen von Kapitalgesellschaften von einem solchen Schutz durch nachträgliche Gesetzesänderung ausgenommen hat, wodurch der Gesetzgeber zeigt, dass er dies Personenkreise als nicht schutzwürdig erachtet.

Der OGH leitete aus der Gesetzgebung zu § 9 Abs 2 ASGG jedenfalls ab, dass aus dieser Bestimmung hervorgehe, dass ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien für sich allein nicht die Ungültigkeit der von diesen geschlossenen Schiedsvereinbarung zur Folge haben kann. Damit stellte sich der OGH gegen die von *Fasching* und *Matscher* im Zusammenhang mit § 12 RatenG aufgestellten Rechtsansichten¹³⁰, dass der ausgeprägte Schutz in Schutzgesetzen einer wirksamen Schiedsabrede entgegenstehen würde.

8 Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG: Schiedsklauseln zwischen Verbrauchern und Unternehmern sind grundsätzlich schiedsfähig, müssen aber im Einzelnen ausgehandelt werden.

Im Zuge des ZivRÄG 2004¹³¹ führte der Gesetzgeber mit § 6 Abs 2 Z 7 KSchG eine Regelung ein, die bestimmt, dass Schiedsvereinbarungen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer bei sonstiger Ungültigkeit im Einzelnen ausgehandelt werden müssen, wobei den Unternehmer die Beweislast hierüber trifft.

Wie bereits oben erläutert,¹³² hat der OGH einige Jahre vor der Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG Bezug auf eine zwischen einem Verbraucher und Unternehmer geschlossenen Schiedsvereinbarung genommen und klargestellt, dass die zulässige Änderung der sachlichen Zuständigkeit niemals die Zuständigkeit ein vom Verbraucher

¹³⁰ *Fasching*, ZPO IV 721; *Fasching*, Schiedsgericht 19; *Matscher*, JBl 1975, 412 (414); *Jelinek* in *Krejci*, HBzKSchG 902; *Csoklich*, ÖJZ 1986, 445.

¹³¹ BGBl I 91/2003.

¹³² Siehe Kapitel III.5 *Einfluss des § 14 KSchG auf das Schiedsrecht*.

entfernter gelegenes Gericht bewirken kann, als es bei Anwendung der für die ordentliche Gerichtsbarkeit relevanten örtlichen Zuständigkeitsnormen der Fall wäre.¹³³ Das heißt, dass durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes das örtliche Prorogationsverbot des § 14 KSchG nicht umgangen werden kann. Ob aber eine Schiedsvereinbarung grundsätzlich gültig ist, wurde vom OGH dabei nicht beantwortet. In der Lehre war diese Frage umstritten.¹³⁴

Weiters hat der OGH stützend auf § 9 Abs 2 ASGG entschieden, dass das wirtschaftliche Ungleichgewicht zwischen den Parteien nicht zur Folge haben kann, dass Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern keine Wirkung haben.¹³⁵

Von der Judikatur blieb aber bis dahin die Frage offen, ob Unternehmer mit Verbrauchern rechtsgültig Schiedsvereinbarungen schließen können, und wenn ja, ob dies auch mittels in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltenen Schiedsklauseln möglich ist. Die Antwort auf diese Frage folgte durch den Gesetzgeber mit Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG: Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern haben nur dann Gültigkeit, wenn sie auch tatsächlich im Einzelnen ausgehandelt werden; die Beweislast trifft den Unternehmer.

In der diesbezüglichen Erläuterung¹³⁶ nimmt der Gesetzgeber auf das von ihm bereits in der Zivilverfahrens-Novelle 2002¹³⁷ formulierte Ziel Bezug, durch die Institutionalisierung von Schiedsgerichten bei den Kammern der rechtsberatenden Berufe die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern. Dabei ist es dem Gesetzgeber darum gegangen, im Hinblick auf die Konkurrenz der Schiedsgerichtsbarkeit zu den

¹³³ OGH 25.10.1994, 5 Ob 538/94 ÖJZ-LSK 1995/134 = ÖJZ EvBl 1995/124 = SZ 67/186 = JUS Z/1702 = KRES 1f/19; dazu *Klicka*, *ecolex* 1995, 883.

¹³⁴ Dagegen etwa *Jelinek in Krejci*, HBzKSchG 902; ebenso *Csoklich*, ÖJZ 1986, 445; *Ballon*, *Zivilprozessrecht*¹¹ Rz 486; aA *Simotta in Fasching*, ZPO I² Vor §§ 83a und 83b JN Rz 78; *Fasching*, *Lehrbuch*²

Rz 2176; ebenso *Mayr in Rechberger*, ZPO² Vor § 83a JN Rz 8.

¹³⁵ OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00z RdW 2000/440, 472 = *immolex* 2001/8, 10 = wobl 2001, 161 (Reiner) = wobl 2001/115, 186 = *MietSlg* 52.698 = *MietSlg* 52.817; vgl auch Kapitel III.7 *Arbeitnehmerschutz für das Schiedsverfahren durch § 9 Abs 2 ASGG*.

¹³⁶ Erläuterung 173 BlgNR 22. GP 21f.

¹³⁷ BGBl I 2002/76; Erläuterung 962 BlgNR 21. GP 17 u. 20.

staatlichen Gerichten das Prinzip der absoluten Freiwilligkeit der Parteien bei der Vereinbarung eines Schiedsgerichts zu wahren. Durch das in § 6 Abs 2 Z 7 KSchG enthaltene Erfordernis, dass die Vereinbarung im Einzelnen ausgehandelt werden muss, wird das gesetzgeberische Ziel verfolgt, den Verbraucher vor unbedachten Vereinbarungen und weiters davor zu schützen, dass er eine Klausel im Zuge der Vertragsverhandlungen schlicht und einfach übersieht und ihm dadurch der Zugang zu den Gerichten abgeschnitten wird.

Wenngleich § 6 Abs 2 Z 7 KSchG den Tagungsort des Schiedsgerichts nicht erwähnt, stellen die ErläutRV aber klar, dass § 6 Abs 2 Z 7 KSchG in Einklang mit der zu § 14 KSchG ergangenen Judikatur¹³⁸ ausgelegt werden soll und nur ein Tagungsort gewählt werden kann, der mit § 14 KSchG im Einklang steht.¹³⁹

Die ErläutRV¹⁴⁰ nehmen auch Bezug auf § 9 Abs 2 ASGG, der Rechnung für die mit einer Schiedsvereinbarung verbundenen Risiken im Arbeits- und Sozialrecht trägt. Als Risiken der Schiedsgerichtsbarkeit werden dabei der Verlust der absoluten Freiwilligkeit über die Schiedsvereinbarung der Parteien und der Verlust des Zugangs zu den Gerichten genannt. Diese Risiken stellen den Beweggrund des Gesetzgebers dar, die Zulässigkeit von Schiedsverträgen für Verbraucher zu beschränken. Welche Risiken aus Sicht des Gesetzgebers von einem schiedsgerichtlichen Verfahren für einen Verbraucher konkret ausgehen, wird in den Materialien jedoch nicht erklärt.

Weiters führt der Gesetzgeber in den Materialien zum ZivRÄG 2004 auch keine Beweggründe für die unterschiedliche Behandlung von Arbeitnehmern und Verbrauchern an. Während Arbeitnehmer über zukünftige arbeitsrechtliche Streitigkeiten im Sinne von § 50 Abs 1 ASGG gemäß § 9 Abs 2 ASGG keine Schiedsvereinbarungen schließen können, war dies Verbrauchern innerhalb des gesetzlichen Rahmens von §§ 14 und 6 Abs 2 Z 7 KSchG grundsätzlich möglich. Obwohl dieser Abschnitt auf die Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 Bezug nimmt, soll hier schon vorweggenommen werden, dass im Schiedsrecht in der Fassung des

¹³⁸ Siehe Kapitel III.5 *Einfluss des § 14 KSchG auf das Schiedsrecht*.

¹³⁹ ErläutRV 173, BlgNR 22. GP 22; *Nemeth in Klang*, ABGB³ § 6 Abs 2 Z7 KSchG Rz 1.

¹⁴⁰ ErläutRV 173, BlgNR 22. GP 22.

SchiedsRÄG 2006 diesbezüglich eine Gleichstellung zwischen Verbrauchern und Arbeitnehmern besteht; beide können Schiedsvereinbarungen nur über bereits entstandene Streitigkeiten rechtsgültig vereinbaren.¹⁴¹

9 Mieterschutz und Schiedsrecht¹⁴²

9.1 Allgemein

So wie der Verbraucher- und Arbeitnehmerschutz verfolgt der Mieterschutz das Ziel, einem bestimmten Personenkreis, nämlich jenem der Mieter,¹⁴³ mittels relativ zwingenden Rechtsnormen Schutz vor dem typischerweise „überlegenen“ Vertragspartner, dem Vermieter, zu gewähren. Der gesetzgeberische Gedanke, dem „unterlegenen“ Mieter Schutz vor dem „überlegenen“ Vermieter zu gewähren, wird heute im Mietrechtsgesetz (MRG)¹⁴⁴ umgesetzt, dessen Vorgänger das Mietengesetz aus dem Jahr 1922 war.¹⁴⁵

In Beiden Gesetzen wird bzw wurde auf die Schiedsgerichtsbarkeit nicht direkt Bezug genommen. Die schiedsverfahrensrechtlichen Bestimmungen in der ZPO vor dem SchiedsRÄG 2006 nahmen auf das Mietrecht ebenfalls nicht Bezug. Es finden sich daher keine Regelungen, die die Schiedsgerichtsbarkeit für diesen Rechtsbereich ausschließen bzw ausgeschlossen haben, doch gibt es sehr wohl Regelungen die Anlass zur Diskussion gaben, ob bestimmte mietrechtliche Streitigkeiten von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgeschlossen waren.¹⁴⁶

¹⁴¹ Nun geregelt in §§ 617 und 618 ZPO.

¹⁴² Da die Gesetze des Mietrechts nie direkt Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit genommen haben, wird mit diesem Kapitel von der bisherigen systematischen Gliederung dieses historischen Abschnitts abgegangen, nach welcher die jeweiligen auf die Schiedsgerichtsbarkeit bezugnehmenden Gesetze in chronologischer Reihenfolge dargestellt wurden.

¹⁴³ Nicht alle Mieter sind von diesem Schutz erfasst, sondern nur diejenigen, die vom Geltungsbereich des MRG erfasst sind. Für die vorliegende Untersuchung ist der komplizierte Geltungsbereich des Mietengesetzes oder MRG nicht von Interesse und wird hier daher nicht dargestellt.

¹⁴⁴ Mietrechtgesetz (MRG) BGBl 1981/520.

¹⁴⁵ BGBl 1922/872.

¹⁴⁶ Heute regelt § 582 Abs 2 ZPO, dass alle Ansprüche aus Verträgen, die dem MRG oder dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz auch nur teilweise unterliegen, nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein können.

9.2 Kündigung und Räumungsklage

Nach dem Mietengesetz konnten der Mieter und der Vermieter den Mietvertrag nur gerichtlich kündigen.¹⁴⁷ Auch im MRG findet sich diese Regelung wieder, doch ist die Regelung dort nur auf den Vermieter anzuwenden.¹⁴⁸

9.2.1 Nach dem Mietengesetz

Die Rechtsprechung zum Mietengesetz erklärte auf Grund des § 21 Mietengesetz, der eine gerichtliche Aufkündigung des Bestandvertrages verlangte, eine Vereinbarung, nach welcher ein Schiedsgericht über die Auflösung eines den Kündigungsbeschränkungen des Mietengesetzes unterliegenden Bestandverhältnisses zu entscheiden hat, für ausgeschlossen. Begründet wurde dies unter anderem damit, dass das Mietengesetz als das spätere Gesetz die allgemeine Bestimmung des § 577 ZPO aF derogierte. Außerdem sei die Kündigung noch kein Streitiges Verfahren, sondern werde zu diesem erst durch Erhebung der Einwendungen. Selbst wenn die Kündigung außergerichtlich erfolgte, konnte sie gemäß § 566 ZPO nur durch Einwendung bei Gericht außer Kraft gesetzt werden.¹⁴⁹

Ein auf § 1118 ABGB gestütztes Begehren auf Aufhebung eines Pachtvertrages, der nicht der Reichspachtenschutzordnung¹⁵⁰ unterlag, und Räumung des Bestandobjekts qualifizierte der OGH als objektiv schiedsfähig. Dem Einwand, dass die Zwangsbestimmungen des Mieterschutzes die Anwendung der Schiedsklausel ausschließen, brachte der OGH entgegen, dass die Zwangsbestimmung des § 21 Mietengesetz über die Notwendigkeit gerichtlicher Aufkündigung im gegebenen Fall nicht zur Anwendung kommt, da nicht über ein Kündigungsbegehren, sondern über ein Räumungsbegehren zu entscheiden war.¹⁵¹

¹⁴⁷ § 21 MietenG.

¹⁴⁸ § 33 Abs 1 MRG.

¹⁴⁹ LG Wien 27.2.1946, 43 R 663/47 EvBl 1947/402 = JBl 1947, 400.

¹⁵⁰ Reichspachtenschutzordnung vom 30.07.1940 dRGL I S. 1065.

¹⁵¹ OGH 11.2.1948, 2 Ob 44/48 SZ 21/66; LG Wien 26.7.1962, 41 R 386/62 MietSlg9937/47.

Fasching folgte dieser Auffassung.¹⁵²

9.2.2 Nach dem MRG

Die oben geschilderte Judikatur zu § 21 Abs Satz 1 MietenG wurde nach der Ablösung des Mietengesetz durch das MRG auch auf § 33 Abs 1 Satz 1 MRG auf Grund des identischen Wortlauts übernommen.¹⁵³

Die höchstgerichtliche Rechtsauffassung, dass über einen Kündigungsstreit im Bereich des MRG kein Schiedsgericht entscheiden kann, wohl aber über ein auf § 1118 ABGB gestütztes Räumungsbegehren, wird von *Rechberger/Melis* zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 geteilt. *Rechberger/Melis* führen diesbezüglich das Argument an, dass alle Vorverfahren und/oder Auftragsverfahren (zur Erlassung von Zahlungsbefehlen, Zahlungsaufträgen, Kündigungen oder Übergabe bzw. Übernahmeaufträgen) deshalb nicht von einem Schiedsgericht durchgeführt werden konnten, weil § 587 ZPO aF vor der Fällung eines Schiedsspruchs die Anhörung beider Parteien verlangte.¹⁵⁴

9.3 Entscheidungen im außerstreitigen Verfahren nach § 37 Abs 1 MRG

§ 37 Abs 1 MRG zählt eine Reihe von mietrechtlichen Angelegenheiten auf, die vor dem jeweils zuständigen Bezirksgericht unter Anwendung der Bestimmungen über das gerichtliche Verfahren in Rechtsangelegenheiten außer Streitsachen unter Berücksichtigung der Ausnahmen von § 37 Abs 3 MRG zu entscheiden sind.

In der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 war es in der Lehre umstritten¹⁵⁵ und von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung¹⁵⁶ wurde es vertreten, dass Streitigkeiten, die

¹⁵² *Fasching*, ZPO IV 722; *Fasching*, Schiedsgericht 20.

¹⁵³ OGH 28.11.1995, 10 Ob1615/95 EWri/33/19; OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99k EWri I/37/176 = immolex 2000/66, 105 (Kovanyi) = JBI 2000, 460 = MietSlg 51.423 = wobl 2001/114, 183 (Oberhammer).

¹⁵⁴ *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² Rz 8.

¹⁵⁵ Dafür: *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² § 577 Rz 6; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2178; dagegen: *Pollak*, Zivilprozeßrecht² 771; *Wolff*, Zivilprozeßrecht² 252; *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 363.

¹⁵⁶ RS0045187; OGH 6.9.1984, 6 Ob 16/84 SZ 57/136 = EvBl 1985/52 = NZ 1985,56 = RdW 1985, 13; OGH 17.6.1986, 2 Ob 528/86; OGH 29.4.2003, 1 Ob 22/03x wbl 2003/305, 540 = RdW 2003/438, 507 = ecolex 2003/341, 844 = GesRZ 2003, 298.

bloß im „Gewand des außerstreitigen Verfahrens“ entschieden werden,¹⁵⁷ dann grundsätzlich schiedsfähig waren, wenn sich die Parteien wie im Prozess kontradiktorisch gegenüberstanden und über den Anspruch eine Vereinbarung treffen konnten. Wenn jedoch das öffentliche Interesse eine amtswegige Verfahrenseinleitung oder die amtswegige Beteiligung eines Vertreters dieses öffentliche Interesse fordert,¹⁵⁸ die Entscheidung eine qualifizierte Form staatlichen Rechtsschutzes darstellt (alle Grundbuchs- und Registerverfahren) oder der besondere Schutz der Minderjährigen, Abwesenden oder Pflegebefohlenen es verlange, wurde die objektive Schiedsfähigkeit von außerstreitigen Angelegenheiten verneint.¹⁵⁹

Doch ging der OGH¹⁶⁰ im Zusammenhang mit § 37 Abs 1 MRG von dieser Rechtsansicht ab und erklärte die dem Außerstreitrichter zugewiesenen Angelegenheiten des § 37 Abs 1 MRG für objektiv nicht schiedsfähig, unabhängig davon, ob es sich dabei, um eine kontradiktorische Rechtsstreitigkeiten im Gewande des außerstreitigen Verfahrens handelt. Der OGH begründete dies folgendermaßen: Die Unzulässigkeit einer Schiedsvereinbarung kann sich auch aus prozessualen Vorschriften ergeben.¹⁶¹ Der OGH verwies dabei auf die oben bereits geschilderte Judikatur, nach welcher ein Schiedsgericht nicht über eine Kündigung nach § 33 Abs 1 MRG entscheiden kann. Dadurch zeigt sich für den OGH, dass der Gesetzgeber bestimmte Angelegenheiten der Parteiendisposition entrücken wollte. Bei den außerstreitigen Angelegenheiten ist dies unmissverständlich dadurch geschehen, dass in Gemeinden, in denen eine Schlichtungsstelle besteht, sogar das Gericht erst angerufen werden darf, wenn zuvor die Schlichtungsstelle damit befasst wurde (§ 39 Abs 1 MRG). In einer solchen Ordnung sukzessiver Kompetenz von Verwaltungsbehörde und ordentlichem Gericht (in dessen Sprengel das Miethaus liegt), ist für die Schiedsgerichtsbarkeit kein

¹⁵⁷ vgl dazu *Dolinar*, Österreichisches Außerstreitverfahrensrecht (1982) 9 u. 15; *Konecny*, Wiederaufnahme im Außerstreitverfahren, insbesondere im Verfahren zu einvernehmlichen Scheidung, JBl 1983, 20 (23).

¹⁵⁸ *Hausmaninger* verweist hier auf OGH 28.1.1936, 4 Ob 21/36 SZ 18/22.

¹⁵⁹ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 582 Rz 8.

¹⁶⁰ OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99k EW r 1/37/176 = immolex 2000/66, 105 (Kovanyi) = JBl 2000, 460 = MietSlg 51.423 = wobl 2001/114, 183 (Oberhammer).

¹⁶¹ Der OGH verweist diesbezüglich auf *Fasching*, Schiedsgericht 19.

Raum. Das zwingt zum Schluss, dass der Gesetzgeber diese Angelegenheit letztlich der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorbehalten wollte.¹⁶²

*Oberhammer*¹⁶³ widerspricht der Ansicht des OGH: Gemäß § 577 Abs 1 ZPO aF knüpfte die objektive Schiedsfähigkeit ausdrücklich an die Vergleichsfähigkeit des Streitgegenstandes an. Man könne nicht bezweifeln, dass der Streit zwischen zwei Kapitalgesellschaften über die Erhöhung des Mietzinses für Geschäftsräumlichkeiten nach § 12a MRG einen vergleichsfähigen Streitgegenstand darstellt. Gerade deshalb kritisierte Oberhammer, dass sich der OGH nicht mit der Frage auseinandersetzte, wie sich das gegenteilige Ergebnis mit der ausdrücklichen Anordnung des § 577 Abs 1 ZPO aF vertragen soll.

9.4 Ungleichgewicht zwischen Mieter und Vermieter schließt objektive Schiedsfähigkeit nicht aus

In der oben¹⁶⁴ bereits dargestellten Entscheidung 2 Ob 158/00z¹⁶⁵ erklärte der OGH, dass ein wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Parteien nicht zur Folge haben kann, dass die ungleichgewichtigen Vertragsparteien keinen Schiedsvertrag untereinander abschließen können. Dies ergebe sich schon ganz eindeutig aus § 9 Abs 2 ASGG, wonach selbst in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG Schiedsvereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber für bereits entstandene und aus dem Arbeitsverhältnis entspringende Streitigkeiten wirksam sind.

¹⁶² OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99k EWri/37/176 = immolex 2000/66, 105 (Kovanyi) = JBl 2000, 460 = MietSlg 51.423 = wobl 2001/114, 183 (Oberhammer).

¹⁶³ *Oberhammer*, wobl 2009, 183; *Chiwitt-Oberhammer/Oberhammer*, (Nicht-) Schiedssprüche in außerstreitigen Mietrechtsangelegenheiten, wobl 2005, 181.

¹⁶⁴ Siehe Kapitel III.7 *Arbeitnehmerschutz für das Schiedsverfahren durch § 9 Abs 2 ASGG*.

¹⁶⁵ OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00z RdW 2000/440, 472 = immolex 2001/8, 10 = wobl 2001, 161 (Reiner) = wobl 2001/115, 186 = MietSlg 52.698 = MietSlg 52.817; *Reiner*, Zur objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem MRG unterliegende Mietverträgen - zugleich eine Besprechung von OGH 2 Ob 158/00z, wobl 2009, 160 (161).

9.5 Nach alter Rechtslage waren daher Schiedsklauseln in Mietverträgen grundsätzlich zulässig.

Nach der Rechtslage vor dem SchiedRÄG 2006 gab es keine Bestimmungen, die Schiedsklauseln in Mietverträgen für unzulässig erklärten. Nach alter Rechtslage waren daher mietrechtliche Angelegenheiten, sofern sie vergleichsfähig im Sinne von § 577 ZPO aF waren, grundsätzlich objektiv schiedsfähig,¹⁶⁶ jedoch gab es bestimmte mietrechtliche Streitigkeiten die ausschließlich für die ordentliche Gerichtsbarkeit bestimmt waren und dadurch von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen wurden; so die Kündigung nach § 33 MRG oder die außerstreitigen Angelegenheiten nach § 37 Abs 1 MRG.

In den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006¹⁶⁷, durch dessen § 582 Abs 2 ZPO alle Ansprüche, die dem MRG unterliegen, als nicht schiedsfähig qualifiziert werden, wird dagegen erklärt, dass der Ausschluss jener Rechtsverhältnisse, die dem Anwendungsbereich des MRG zuzurechnen sind, aus dem Kreis der objektiv schiedsfähigen Ansprüche schon zur Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 dem herrschenden Verständnis entsprechen haben soll. Dabei wird auf die OGH Entscheidung 5 Ob 186/99k¹⁶⁸ verwiesen, in welcher der OGH jedoch nur erklärte, dass die Unzulässigkeit einer Schiedsabrede sich aus prozessualen Vorschriften ergeben kann und dass die Auflösung eines den Kündigungsbeschränkungen des MRG unterliegenden Bestandverhältnisses sowie die außerstreitigen Angelegenheiten des § 39 Abs 1 MRG von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen sind. Dass das Mietrecht von der Schiedsgerichtsbarkeit aber nach alter Rechtslage grundsätzlich ausgenommen worden ist, kann dieser Entscheidung meiner Meinung nach jedoch nicht entnommen werden.

Auch wenn es über den in diesem Abschnitt vorgegebenen Rahmen hinausgeht, soll angemerkt sein, dass der durch den Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006 vorgenommene

¹⁶⁶ vgl OGH 8.6.2000, 2 Ob 158/00z RdW 2000/440, 472 = immolex 2001/8, 10 = wobl 2001, 161 (Reiner) = wobl 2001/115, 186 = MietSlg 52.698 = MietSlg 52.817.

¹⁶⁷ ErläutRV 1158 BlgNR 22 GP 8.

¹⁶⁸ OGH 13.7.1999, 5 Ob 186/99k EWR I/37/176 = immolex 2000/66, 105 (Kovanyi) = JBl 2000, 460 = MietSlg 51.423 = wobl 2001/114, 183 (Oberhammer).

Ausschluss aller Ansprüche aus dem MRG (§ 582 Abs 2) im LBI-Entwurf nicht vorgesehen war. Es wurde ursprünglich von der Arbeitsgruppe des LBI erwogen, eine Bestimmung über die Schiedsfähigkeit von mietrechtlichen Angelegenheiten in den Entwurf aufzunehmen, die folgenden Wortlaut haben sollte: *„Eine Schiedsvereinbarung über Rechtsstreitigkeiten, die das Bestehen oder die Beendigung eines dem MRG unterliegenden Mietvertrags über eine Wohnung oder Wohnungsteile oder die Räumung eines solchen Objekts betreffen, ist unwirksam“*. In der weiteren Diskussion ergab sich jedoch die Meinung, dass es kein sinnvolles Anliegen des Entwurfs sein kann, die Schiedsfähigkeit von MRG Streitigkeiten zu regeln. In den Erläuterungen zum LBI-Entwurf wird diesbezüglich weiter ausgeführt, dass aus Sicht des Mieterschutzes kein Regelungsbedarf bestand, weil die damalige Judikatur hier ohnedies (in wohl schon zu hohem Maße) die Schiedsfähigkeit solcher Angelegenheiten ausschloss.¹⁶⁹

9.6 Resümee zum Verhältnis: Mieterschutz – Schiedsrecht vor dem SchiedsRÄG 2006

Für die in diesem Kapitel interessierende Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber durch das Schiedsrecht vor dem SchiedsRÄG 2006 verwirklicht sah, ist festzuhalten, dass sowohl in der ZPO als auch im Mietengesetz sowie im MRG keine expliziten Regelungen enthalten sind bzw waren, die die aus diesen Gesetzen ableitbaren Ansprüche explizit als objektiv nicht schiedsfähig erklärten. Auch in den Materialien zu den jeweiligen Gesetzen wird auf das Verhältnis zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Mieterschutz nicht eingegangen. Daraus kann abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber dieser Gesetze entweder davon ausging, dass die Schiedsgerichtsbarkeit für den Mieter keine Gefahr darstellt und somit kein besonderer gesetzlicher Schutz aus Sicht des Gesetzgebers notwendig war oder dass der Gesetzgeber auf diese Problematik nicht Bedacht genommen hat.

Von der Rechtsprechung und Lehre wurde, wie oben gezeigt, die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit von Ansprüchen aus dem Mietengesetz oder MRG dahingehend gelöst, indem überprüft wurde, ob die jeweilige Streitigkeit den Tatbestand der

¹⁶⁹ Oberhammer, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002) 41.

objektiven Schiedsfähigkeit des § 577 ZPO aF erfüllte. Somit wurde auf die Vergleichsfähigkeit der jeweiligen Streitigkeit abgestellt, nicht aber auf den Umstand, dass das Mietengesetz und das MRG Schutzgesetze sind. Der OGH stellt sogar klar, dass das Bestehen eines wirtschaftlichen Ungleichgewichtes zwischen den Vertragsparteien der Schiedsvereinbarung für sich alleine nicht ausreicht, um die betreffende Schiedsvereinbarung für unwirksam zu erklären.

Der OGH schloss Kündigungsstreitigkeiten nach dem MRG von der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Begründung aus, dass das MRG und zuvor das MietenG in diesen Angelegenheiten ausschließlich ordentliche Gerichte vorsieht bzw. vorsah. Die vom OGH vorgenommene Ausgrenzung von Kündigungsstreitigkeiten nach dem MRG von der objektiven Schiedsfähigkeit basiert auf der Überlegung, dass das Mietengesetz und das MRG mit § 577 ZPO aF nicht vereinbar war, da diese auf eine „gerichtliche“ Kündigung abstellen, und diese Gesetze die ältere ZPO Bestimmungen derogierten.

Auch wenn die vom OGH vorgenommene Qualifikation, die Angelegenheiten des § 36 Abs 1 ZPO als nicht objektiv schiedsfähig einzustufen, sich nicht sauber durch § 577 ZPO begründen ließ, da einige dieser Angelegenheiten durchaus vergleichsfähig waren, stellte der OGH dennoch nicht auf das gesetzlich vermutete Ungleichgewicht zwischen Mieter und Vermieter ab, sondern argumentiert seine Auffassung mit der vom Gesetzgeber gewollten sukzessiven Kompetenz von Verwaltungsbehörde und ordentlichem Gericht.

10 Zusammenfassung der Rechtsentwicklung des Verbraucherschutzes im Schiedsrecht bis zum SchiedsRÄG 2006

Das RatenG von 1886 sowie dessen Nachfolger von 1961 haben auf die Schiedsgerichtsbarkeit nicht direkt Bezug genommen, sodass aus den Materialien dieser Gesetze über die hier interessierende Frage, welche Gefahren der Gesetzgeber durch die Schiedsgerichtsbarkeit für „schwächere“ Parteien verwirklicht sah, keine aufschlussreiche Antwort abgeleitet werden kann. Doch wurde durch das RatenG 1961 die wissenschaftliche Diskussion ausgelöst, ob der gesetzgeberische Schutz für ihren Vertragspartnern typischerweise „unterlegenen“ Personen die Einschränkung der

objektiven Schiedsfähigkeit notwendig macht. Jener Teil der Lehre, der sich für die Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit aussprach, brachte aber nicht vor, welche konkreten Gefahren das Schiedsrecht für „unterlegene“ Parteien mit sich bringt.

Anders als in den jeweiligen Raten Gesetzen gab es im Versicherungsvertragsgesetz von 1917 eine konkrete Bestimmung, die Schiedsvereinbarungen über Streitigkeiten aus diesem Gesetz für nichtig erklärte. In den Materialien lässt sich diesbezüglich folgende Begründungen finden: *Vor der Einführung dieses Gesetzes sei es nicht selten vorgekommen, dass der Versicherungsnehmer durch die ihm auferlegten Vertragsbestimmungen genötigt wurde sich in Streitfällen über die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag einem Schiedsgericht zu unterwerfen. Nach den Erfahrungen erschienen solche Bestimmungen dazu geeignet, unter Umständen dem Versicherungsnehmer die Durchsetzung seines Rechtes zu erschweren und zu verzögern.*

Einen weiteren Nachteil erachtete derselbe historische Gesetzgeber in der Bestellung der Schiedsrichter auf Seiten des typischerweise „schwächeren“ Versicherungsnehmers; dies besonders im ländlichen Bereich. Der Gesetzgeber befürchtete, dass in vielen Fällen der Versicherungsnehmer entweder auf die Mithilfe des Versicherers bei der Auswahl des Schiedsrichters angewiesen gewesen wäre oder er sich diesbezüglich, angesichts der Schwierigkeiten, eine passende Persönlichkeit zu finden, überhaupt nicht gekümmert und auf diese Weise dazu Anlass geboten hätte, dass das Recht der Bestellung der Schiedsrichter gänzlich auf den Versicherer übergegangen wäre.

Weiters betrachtete der Gesetzgeber des VersVG 1917 die Schiedsgerichtsbarkeit, die unter der alten Prozessordnung ein gewisser Notbehelf gewesen sei, im Gegensatz zum damaligen Zeitpunkt (1917) neuen Prozessordnung als minderwertiges Verfahrensrecht. Der Gesetzgeber wollte nicht zulassen, dass dem Versicherungsnehmer durch einen Verzicht die Garantien der Prozessordnung verwehrt werden.

Die ursprünglichen Bedenken des Gesetzgebers des VersVG 1917 waren beim Gesetzgeber des VersVG 1958, welches im Wesentlichen auf dem deutschen VersVG

1908 aufbaute, nicht mehr gegeben; das heute immer noch in Geltung stehende Gesetz enthält jedenfalls keine Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit.

Auch wenn das VersVG 1958 keine Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit enthält, behandelt es das Schiedsgutachterverfahren, das vom Schiedsverfahren unterschieden werden muss, aber dennoch mit diesem die Gemeinsamkeit aufweist, dass innerhalb dieser Verfahrensarten der Sachverhalt eines bestimmten Rechtsstreites nicht durch ein ordentliches Gericht, sondern einen Schiedsgutachter bzw Schiedsrichter festgestellt wird. Im Zuge der Umsetzung der Richtlinie des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften von Rechtsschutzversicherungen, führte der Gesetzgeber eine Bestimmung ein, nach welcher Rechtsschutzversicherungsverträge ein fakultatives Schiedsgutachterverfahren mit besonderem Auswahlmodus der Schiedsgutachter aufweisen müssen. Daraus lässt sich ableiten, dass zumindest der europäische Gesetzgeber im Schiedsgutachterverfahren keine Gefahr, sondern vielmehr einen Nutzen für den typischerweise dem Versicherer gegenüber „unterlegenen“ Versicherungsnehmer sieht.

Mit der Einführung des KSchG, im Besonderen mit § 14 KSchG, wurde die Frage der Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Verbraucherschutzes bzw im Bereich jener Normen, die den Schutz von „schützenswerten“ Personen verfolgen, nur indirekt tangiert. In den Materialien der KSchG Urfassung lassen sich zum Verbraucherschutz innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit keine Ausführungen finden, was darauf schließen lässt, dass der Gesetzgeber den Verbraucherschutz im Schiedsrecht nicht bedacht hat. Für das Schiedsrecht brachte § 14 KSchG jedenfalls mehr Fragen als Antworten. Die von der Lehre umstrittene Kernfrage war, ob Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern zulässig vereinbart werden können.

Auch die Einführung des § 598 Abs 2 ZPO aF im Zuge der Zivilverfahrens-Novelle 1983 kann nicht als Regelung betrachtet werden, die Verbrauchern Schutz im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit gewähren sollte, doch stellt sie erstmals eine vom Gesetzgeber gewollte Ungleichbehandlung zwischen Unternehmer und Verbraucher innerhalb der ZPO-Regelungen über das Schiedsverfahren dar. Der Wille des

Gesetzgebers bei Erlass dieser Regelung war, sowie es auch beim SchiedsRÄG 2006 der Fall war, die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzupassen. Der Gesetzgeber der Zivilverfahrens-Novelle 1983 verfolgte dabei aber die Gesetzgebungstechnik, zu den für sämtliche Rechtsunterworfenen geltenden ZPO-Bestimmungen eine Spezialvorschrift für Unternehmer einzuführen, die diesen eine weiterreichende schiedsgerichtliche Gestaltungsfreiheit einräumte, die neben dem Vorteil einer raschen Rechtsfindung die Gefahr von unrichtigen und gleichzeitig unkorrigierbaren Schiedssprüchen mit sich brachte. Diese Möglichkeit ausschließlich Unternehmern vorzubehalten, bedeutet im Umkehrschluss, dass für den Gesetzgeber ein Schiedsverfahrensrecht, in welchem die Möglichkeit bestand, die Aufhebung eines Schiedsspruches wegen dem Vorliegen von Wiederaufnahmsgründe im Sinne des § 530 Abs 1 Z 1 bis 7 ZPO vertraglich auszuschließen, für Nicht-Unternehmer - also für Verbraucher - nicht akzeptabel war. Oder anders formuliert: Der Gesetzgeber sah in der Möglichkeit innerhalb des Schiedsverfahrens die Aufhebung eines Schiedsspruches wegen dem Vorliegen von Wiederaufnahmsgründe im Sinne des § 530 Abs 1 Z 1 bis 7 ZPO vertraglich auszuschließen, eine Gefahr, die nur Unternehmern zugemutet werden konnte.

Mit der Einführung von § 9 Abs 2 ASGG wurde erstmals eine Regelung eingeführt, nach welcher ein bestimmter Personenkreis über bestimmte Streitigkeiten nur nach dessen Streitentstehung Schiedsvereinbarungen wirksam treffen kann. Beweggrund war die Sicherung der absoluten Freiwilligkeit der Parteien bei der Vereinbarung einer Schiedsvereinbarung. Ohne dass der Streit bereits entstanden sei, sei es leicht möglich, dass die Vertragsparteien zu wenige Überlegungen über einen möglichen Streit und dem damit verbundenen Schiedsverfahren anstellen würden. Welche Gefahr von einem Schiedsverfahren aus Sicht des Gesetzgebers jedoch konkret ausgeht, kann aus den betreffenden Gesetzesmaterialien nicht abgeleitet werden.

Mit der Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG im Jahr 2004 klärte der Gesetzgeber die bis dahin umstrittene Rechtsfrage, dass Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmer grundsätzlich möglich sind, sofern sie im Einzelnen ausgehandelt werden. Eine Schiedsklausel in AGBs, die nicht im Einzelnen zwischen Verbraucher

und Unternehmer ausgehandelt wird, ist daher ungültig. Beweggrund des Gesetzgebers war es, die absolute Freiwilligkeit der Parteien beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen zu wahren. Auf potentielle Gefahren, die durch das Schiedsverfahren für einen Verbraucher bestehen könnten, macht der Gesetzgeber in den Materialien nicht aufmerksam. Beweggrund des Gesetzgebers war die Wahrung der absoluten Willensfreiheit der Parteien, keinesfalls aber wollte der Gesetzgeber Verbrauchern den Zugang zu Schiedsgerichten beschränken.

Die Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG war die letzte Bestimmung die zu einer Änderung der Rechtslage im Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit und dessen Verhältnis zu „schwächeren Parteien“ vor dem SchiedsRÄG 2006 führte.

IV. Das SchiedsRÄG 2006

1 Allgemein

Dieses Kapitel wird einen kurzen Überblick über das SchiedsRÄG 2006 und seine Auswirkungen auf die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit geben, in dem die wichtigsten Neuerungen im Vergleich zum alten Recht und die diesbezüglichen Beweggründe des Gesetzgebers kurz dargestellt werden.

2 Wieso ein neues österreichisches Schiedsrecht?

Die Bestimmungen über das österreichische Schiedsverfahrensrecht, die aus der Urfassung der ZPO (1895) stammen, wurden vor dem SchiedsRÄG 2006, abgesehen von kleineren Novellierungen, nennenswert nur durch die Zivilverfahrens-Novelle 1983¹⁷⁰ novelliert. Das Ziel der damaligen Reform war es die österreichische an die internationale Schiedsgerichtsbarkeit teilweise anzugleichen, um Österreich als Austragungsort internationaler Schiedsverfahren attraktiver zu machen.¹⁷¹

Zwei Jahre nach der Reform wurde das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit¹⁷² von der Kommission der Vereinten Nationen für Internationales Handelsrecht angenommen, welches in der Folge von einer großen Anzahl von Staaten rezipiert wurde.¹⁷³ 1998 wurde das deutsche Schiedsverfahren mit bewusster Anlehnung an das ModG, das sich zunehmend zu einer Art „Internationaler Standard“ entwickelt hat, reformiert.

¹⁷⁰ BGBl 1986/71.

¹⁷¹ Damals wurden vor allem die starre Schriftform für die Schiedsvereinbarung gelockert, bei Fehlen von Anknüpfungspunkten für die Zuständigkeit ein örtlich zuständiges Gericht für die Bestellung eines Schiedsrichters bestimmt, Vereinfachungen bei der Erforderlichkeit der Unterschrift aller Schiedsrichter auf Ausfertigungen und Urschriften des Schiedsspruches sowie der Bestätigung der Rechtskraft und Vollstreckbarkeit vorgenommen und die Aufhebungsbestimmungen neu gestaltet. (ErläutRV 1158 BeilgNR 22. GP 2)

¹⁷² Im Folgenden als ModG bezeichnet.

¹⁷³ Vgl. Kloiber and Haller in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 14.

Ziel des Gesetzgebers des SchiedsRÄG 2006 war es daher ebenfalls diesen Schritt zu tun und ein zeitgemäßes Schiedsrecht einzuführen, das sich vor allem am ModG orientiert, um die Stellung Österreichs als Schiedsort noch attraktiver zu machen.¹⁷⁴

3 Die Umsetzung der gesetzgeberischen Intention

Durch das SchiedsRÄG 2006 wurden die bisherigen ZPO-Bestimmungen nicht, wie in der Reform von 1983,¹⁷⁵ lediglich novelliert, sondern gänzlich neugefasst. Es wurde aber auch nicht das ModG einfach blind übernommen, was sich schon dadurch zeigt, dass durch das SchiedsRÄG 2006 im Gegensatz zum ModG, welches nur auf die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzuwenden ist,¹⁷⁶ ein allgemein gültiges Schiedsverfahren eingeführt worden ist.¹⁷⁷

4 Die wichtigsten Erneuerungen im Überblick

4.1 Die Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit.

Die objektive Schiedsfähigkeit, nun geregelt in § 582 ZPO, wurde auf alle vermögensrechtlichen Ansprüche *ausgedehnt*, wobei von einem sehr weiten Begriff des „vermögensrechtlichen Anspruches“ auszugehen ist.¹⁷⁸ Die objektive Schiedsfähigkeit von nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen entspricht der alten Rechtslage; sie besteht dann, wenn der nicht vermögensrechtliche Anspruch vergleichbar ist. Explizit in § 582 Abs 2 ZPO genannt und daher nicht objektiv schiedsfähig sind familien-, miet und eigentumsrechtliche Streitigkeiten. Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten finden sich in dieser Aufzählung nicht.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Vgl. ErläutRV 1158 BeilgNR XXII GP 2.

¹⁷⁵ Zivilverfahrens-Novelle 1983, BGBl 1986/71.

¹⁷⁶ Art. 1 Abs 1 ModG; vgl etwa *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 577 Rz 8.

¹⁷⁷ Die § 577ff ZPO haben Geltung für sämtliche Rechtsunterworfenen und sind nicht bspw auf Unternehmer beschränkt.

¹⁷⁸ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 582 Rz 31; dieser verweist auf die ErläutRV SchiedsRÄG 2006, 8; *Fremuth-Wolf* in *Riegler*, Arbitration Law of Austria (2007) § 582 Rz 11; *Liebscher*, The Austrian Arbitration Act 2006 (2006) 7 FN 3; *Oberhammer*, Entwurf 40f; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, Kommentar zur ZPO³ § 582 Rz 2; *Reiner*, GesRZ 2007, 151; *Zeiler*, Schiedsverfahren (2006) § 582 Rz 12.

¹⁷⁹ *Terlitzka/Weber*, ÖJZ 2008, 1 (4).

Wie gesagt, dient dieses Kapitel nur der Erlangung eines Überblicks, bezüglich der Erneuerungen des SchiedsRÄG 2006. Ausführlich wird die objektive Schiedsfähigkeit in Kapitel V „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht nach aktueller Rechtslage*“ sowie in Kapitel VII „*Verbraucherschutz im Schiedsrecht im Zuge des SchiedsRÄG 2006 und seine Auswirkungen auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen*“ behandelt.

4.2 Sonderbestimmungen für das Verbraucher- und Arbeitsrecht

Da das neue österreichische Schiedsrecht ein allgemein gültiges Schiedsverfahren regelt und daher nicht nur, so wie das UNCITRAL Modelgesetz, ausschließlich auf Angelegenheiten des Handels- bzw Unternehmensrecht gerichtet ist,¹⁸⁰ sich aber dennoch an der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit orientiert, bei der in weit größerem Umfang auf die Privatautonomie vertraut werden kann, sah es der Gesetzgeber als eine Notwendigkeit an, Verbraucher und bestimmte Personenkreise des Arbeitsrechts besonderen Schutz durch Sonderbestimmungen (§§ 617 und 618 ZPO) zu gewähren.¹⁸¹ So bestimmt § 617 Abs 1 ZPO unter anderem, dass Verbraucher mit Unternehmern Schiedsvereinbarungen nur über bereits entstandene Streitigkeiten schließen können.

Besonders im Zusammenhang mit dem Gesellschaftsrecht ergeben sich durch diese Regelung Probleme, die Kern vorliegender Dissertation sind. Das Hauptproblem liegt darin, dass Gesellschafter einer GmbH mangels eines zurechenbaren Unternehmens grundsätzlich als Verbraucher angesehen werden und daher über zukünftige Streitigkeiten mit Unternehmern keine Schiedsvereinbarung schließen können. Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen beziehen sich konsequenterweise jedoch immer auf zukünftige Streitigkeiten. Die Frage der Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern wird im Kapitel VI „*Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*“ und die Frage der Anwendbarkeit des § 617 ZPO auf Schiedsklauseln wird in Kapitel „*VII Verbraucherschutz im Schiedsrecht im Zuge des SchiedsRÄG 2006*“

¹⁸⁰ Art 1 Abs 1 ModG: This Law applies to international commercial arbitration, subject to any agreement in force between this State and any other State or States.

¹⁸¹ Vgl ErläutRV 1158 BeilGNR XXII GP 30.

und seine Auswirkungen auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen“ behandelt.

4.3 Form der Schiedsvereinbarung und Bestimmungen über die Vollmacht

Auch nach neuer Rechtslage müssen Schiedsvereinbarungen grundsätzlich schriftlich geschlossen werden. Doch kann nach § 583 Abs 1 ZPO auch mittels zwischen den Parteien gewechselten Schreiben, Telefaxe, E-Mails oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung eine Schiedsvereinbarung nun abgeschlossen werden.

§ 583 Abs 2 ermöglicht es eine Schiedsvereinbarung dadurch zu treffen, dass die Parteien in einem den Formerfordernissen des § 583 Abs 1 entsprechenden Vertrag auf ein Schriftstück Bezug nehmen, das eine Schiedsvereinbarung enthält, und die Bezugnahme dergestalt ist, dass sie diese Schiedsvereinbarung zu einem Bestandteil des Vertrages macht.

Die für das Schiedsrecht relevante in § 1008 ABGB geregelte Bestimmung über die Spezialvollmacht wurde, anders als im LBI-Entwurf¹⁸² vorgesehen, nicht abgeändert. Für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung ist daher grundsätzlich weiterhin eine Spezialvollmacht gemäß § 1008 ABGB notwendig. Doch bestanden schon nach alter Rechtslage Ausnahmen im Bereich des Handels- bzw Unternehmensrechts, die auch nach aktueller Rechtslage zur Anwendung kommen.

So bedurft es bereits vor dem Handelsrechts-Änderungsgesetz¹⁸³ gemäß Art. 6 Nr. 10 EVHGB¹⁸⁴ für die Geschäfte und Rechtshandlungen, zu denen die Prokura oder die Handlungsvollmacht ermächtigten, keiner besonderen Vollmacht nach § 1008 ABGB. Die §§ 49 Abs 1 und 54 Abs 1 UGB stellen nach der heute geltenden Rechtslage ebenfalls klar, dass die Prokura und von Unternehmern erteilte Vollmachten immer den Abschluss von Schiedsvereinbarungen decken und dass es keiner Spezialvollmacht nach § 1008 ABGB bedarf. Gleiches gilt für geschäftsführende Organe von Personen- und

¹⁸² Entwurf des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen Veröffentlicht mit Erläuterungen von Univ.-Prof. Dr. Paul Oberhammer als Band XXVII der Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen.

¹⁸³ BGBl I 2005/120.

¹⁸⁴ DRGBI 1938 I S 1999.

Kapitalgesellschaft; sie bedurften ebenfalls keiner besonderen Bevollmächtigung für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung mit Wirkung für die vertretene Gesellschaft.¹⁸⁵

Durch das SchiedsRÄG 2006 wurde in diesem Zusammenhang weiters neu eingeführt, dass Formmängel gemäß § 583 Abs 3 ZPO durch Einlassen in die Sache, ohne den Formmangel zu rügen, heilen.

4.4 Rügepflicht

Dem neuen Schiedsrecht wurde mit § 579 ZPO eine Rügepflicht der Parteien bezüglich der Verletzung dispositiver oder von den Parteien vereinbarter Verfahrensvorschriften eingeführt, deren Nichtbefolgung dazu führt, dass der Mangel später nicht mehr geltend gemacht werden kann.

4.5 Gerichtliche Rechtshilfe

Da die Ausübung von Zwangsgewalt immer den staatlichen Gerichten vorbehalten ist, stößt ein Schiedsgericht schnell an seine Grenzen, wenn im Zuge des Beweisverfahrens wichtige Zeugen willkürlich nicht erscheinen. Mit § 602 ZPO wurde nun die Möglichkeit geschaffen, dass das Schiedsgericht, ein vom Schiedsgericht hierfür beauftragter Schiedsrichter oder eine Partei mit Zustimmung des Schiedsgerichts bei Gericht die Vornahmen richterlicher Handlungen beantragen können. Die Rechtshilfe kann auch darin bestehen, dass das Gericht ein ausländisches Gericht oder eine Behörde um die Vornahme solcher Handlungen ersucht. Im Vergleich zum alten Recht, welches bereits über eine ähnliche Regelung verfügte, steht das Antragsrecht nun neben dem Schiedsgericht auch den Parteien zu. Zum anderen wird dem Schiedsgericht aber auch

¹⁸⁵ Ergibt sich für OHG und KG aus §§ 126 Abs 2 in Verb. mit 161 Abs 2 HGB; für GmbH: § 20 Abs 2 GmbHG; für AG: § 74 Abs 1 u. 2 AktG; OGH 29.3.2006, 7 Ob 64/06x; OGH 7.11.2002, 6 Ob 67/02z ecolex 2003/81, 176 = JBl 2003, 327 = RdW 2003/106, 133

6 Ob 67/02z mit Hinweis auf *Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289 [297]; vgl auch *Fritz*, SWK 1997, W 13 (13); *Bachner*, Keine Spezialvollmacht für Vorstand und Geschäftsführer, ecolex 2005, 282; anders *Wilhelm*, Der schmale Grat zum Schiedsgericht, ecolex 2005, 89.

das Recht eingeräumt, an der gerichtlichen Beweisaufnahme teilzunehmen und Fragen zu stellen.¹⁸⁶

4.6 Schiedsspruchanfechtung

Negative wie auch positive Zuständigkeitsschiedssprüche sind nun nach § 611 Abs 2 Z 1 ZPO anfechtbar.¹⁸⁷

Die nach alter Rechtslage gegebenen Anfechtungsgründe gemäß § 530 Abs 1 Z 6 (rechtskräftige früherer Entscheidung) und Z 7 (neue Tatsachen oder Beweismittel) ZPO finden sich im neuen Recht nicht wieder.¹⁸⁸ Dafür können, was nach altem Recht gemäß § 598 Abs 2 ZPO aF möglich war,¹⁸⁹ Unternehmer nicht mehr auf die strafrechtlichen Wiederaufnahmegründe einvernehmlich verzichten. Dies ist deshalb beachtlich, da grundsätzlich das neue Schiedsrecht die Privatautonomie, in Hinblick auf die Anpassung an die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, im Vergleich zum alten Recht erweitert hat. Die Frist für die Aufhebungsklage beträgt für die strafrechtlichen Wiederaufnahmegründe gemäß § 611 Abs 5 ZPO nicht 3 Wochen, sondern sind für diese die Fristen über die Wiederaufnahmeklage nach § 534 Abs 2 ZPO beachtlich.

Weiters wurde die Verletzung der *ordre public* als Anfechtungsgrund explizit aufgenommen (§ 611 Abs 2 Z 6 ZPO).

Mit § 612 ZPO wurde eine der Schiedsspruchanfechtung verwandte Regelung eingeführt, nach welcher bei gegebenem rechtlichen Interesse das Feststellen des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruches begehrt werden kann. Auch von

¹⁸⁶ siehe auch *Reiner*, SchiedsRÄG 2006: Wissenswertes zum neuen österreichischen Schiedsrecht, *ecolex* 2006, 468; *Neuteufel*, Das neue österreichische Schiedsrecht, *ÖJZ* 2006, 433; zum deutschen Recht: *Wirth/Hoffmann-Nowotny*, Rechtshilfe deutscher Gerichte zugunsten ausländischer Schiedsgerichte bei der Beweisaufnahme – ein Erfahrungsbericht, *SchiedsV* 2005, 66.

¹⁸⁷ *Reiner*, *ecolex* 2006, 468; *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 611 Rz 100; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 611 Rz 4.

¹⁸⁸ Nach alter Rechtslage sah § 595 Abs 1 Z 7 ZPO aF vor, dass der Schiedsspruch aufzuheben ist, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach § 530 Abs. 1 Z 1 bis 7 ein gerichtliches Urteil mittels der Wiederaufnahmeklage angefochten werden kann. Nach neuer Rechtslage bestimmt § 611 Abs 2 ZPO, dass ein Schiedsspruch aufzuheben ist, wenn die Voraussetzungen vorhanden sind, unter denen nach § 530 Abs. 1 Z 1 bis 5 ein gerichtliches Urteil mittels Wiederaufnahmeklage angefochten werden kann.

¹⁸⁹ Vgl Kapitel III.6 *Einführung von § 598 Abs 2 ZPO aF: Erste schiedsrechtliche ZPO-Regelung, die zu unterschiedlichen Rechtsfolgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern führte*

Interesse in diesem Zusammenhang ist § 613 ZPO, wonach ein Gericht oder eine Behörde in einem anderen Verfahren einen Schiedsspruch nicht zu beachten hat, wenn der Streitgegenstand nach österreichischem Recht nicht schiedsfähig war.

4.7 Anordnung sichernder Maßnahmen

Mit dem neuen § 593 ZPO kommt den Schiedsgerichten erstmals, die bislang nur den ordentlichen Gerichten vorbehaltenen Kompetenz zu, sichernde Maßnahmen auf Antrag der gefährdeten Partei gegen die andere Partei zu erlassen. Parallel dazu hat die gefährdete Partei aber weiterhin das Recht bei einem ordentlichen Gericht eine vorläufige oder sichernde Maßnahme zu beantragen (§ 585 ZPO).

V. Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht nach aktueller Rechtslage

1 Grundsätzliches

1.1 Ziel des vorliegenden Kapitels

Wie im vorangegangenen Kapitel gezeigt wurde, hat das SchiedsRÄG 2006 beachtliche Änderungen für die Schiedsgerichtsbarkeit mitgebracht. Welche Auswirkungen diese auf die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, insbesondere jene im Zusammenhang mit dem GmbH-Recht, haben, wird im folgenden Kapitel erörtert.

1.2 Vorliegendes Kapitel klammert die Verbraucherproblematik aus

Vorliegendes Kapitel schließt an Kapitel II „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht vor dem SchiedsRÄG 2006*“ an und wird versuchen darzulegen, unter welchen Voraussetzungen Schiedsvereinbarungen in GmbH-Gesellschaftsverträgen entsprechend der neuen Rechtslage¹⁹⁰ rechtswirksam geschlossen werden können. Welche Auswirkungen die Verbraucher- bzw. Unternehmerqualifikation von Gesellschaftern auf die Schiedsgerichtsbarkeit hat, ist eine Frage, die in Kapitel VI „*Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*“ behandelt wird, und wird daher im vorliegenden Kapitel grundsätzlich dahingehend ausgeklammert wird, dass dem GmbH-Gesellschafter Unternehmereigenschaft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG unterstellt wird.¹⁹¹

2 Formvorschriften

2.1 Allgemein

Das SchiedsRÄG 2006 hat mit den §§ 581, 583, 617 und 618 ZPO neue Formvorschriften in das Schiedsrecht eingeführt.¹⁹² Die neuen Formvorschriften gelten

¹⁹⁰ Mit *neuer Rechtslage* ist immer die Rechtslage nach dem SchiedsRÄG 2006 gemeint.

¹⁹¹ Nur wenn der Gesellschafter einer GmbH als Verbraucher im Sinn des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG betrachtet wird, kann § 617 ZPO Anwendung auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträge finden.

¹⁹² Einen ausführlichen Überblick über die schiedsgerichtlichen Formvorschriften nach dem SchiedsRÄG 2006 bietet *Aburumieh/Koller/Pöltner*, Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen, ÖJZ 2006, 439.

für Schiedsvereinbarungen, die nach dem 1.7.2006 geschlossen wurden. Die Formerfordernisse von Schiedsvereinbarungen, die vor diesem Datum geschlossen worden sind, sind daher nach den alten ZPO-Bestimmungen über das Schiedsverfahren zu beurteilen (§ 577 Abs 3 ZPO aF).

Wie nach der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 ist es weiterhin aus formalrechtlicher Sicht möglich, Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen zu verankern.¹⁹³ § 581 ZPO regelt in dessen Abs 1 letzter Satz, dass Schiedsvereinbarungen neben der Form einer selbständigen Vereinbarungen auch in Form einer Klausel in einem Vertrag geschlossen werden können, womit unter anderem auch Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen erfasst sind.

Weiters ordnet der § 581 Abs 2 ZPO, ähnlich wie nach alter Rechtslage § 599 Abs 1 ZPO aF, an: *Die Bestimmungen dieses Abschnitts sind auch auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarungen der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden.* Unter den vom Gesetz verwendeten Begriff „Statuten“ sind jedenfalls Gesellschaftsverträge der GmbH und Satzungen der AG zu subsumieren.¹⁹⁴

Die Erweiterung der Formvorschrift des § 577 Abs 3 ZPO aF durch die Zulassung einer Vielzahl von Formen der Nachrichtenübermittlung, die einen Nachweis der Schiedsvereinbarung sicherstellen (zwischen den Parteien gewechselte Schreiben; Email; Fax),¹⁹⁵ hat für Schiedsklauseln im GmbH-Gesellschaftsvertrag keine Relevanz, da für diese die strengen Formvorschriften des GmbHG gelten.¹⁹⁶

¹⁹³ *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO² § 577 Rz 9.

¹⁹⁴ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 581 Rz 306; vgl auch *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 581 Rz 2.

¹⁹⁵ Vgl diesbezüglich *Aburumieh/ Koller/ Pöltner*, ÖJZ 2006, 439.

¹⁹⁶ § 4 Abs 3 GmbHG verlangt für die Beurkundung des Gesellschaftsvertrages die Form des Notariatsaktes. Entgegen dem Wortlaut des § 16 Abs 1 AktG muss die Satzung der AG nicht bloß notariell beurkundet werden, sondern sie muss als Notariatsakt errichtet werden; vgl *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht 3/26; *Jabornegg* in *Schiemer/Jabornegg/Strasser*, Kommentar zum Aktiengesetz⁴ § 16 Rz 11; *Doralt* in *MünchKommZurAG* § 23 Rz 200; *Fitz/Roth*, Der Notar im Kapitalgesellschaftsrecht, JBl 2004, 205; aA: *Gruber* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, Kommentar zum Aktiengesetz I § 16 Rz 29.

§ 583 Abs 2 ZPO ermöglicht den Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch Verweisung auf ein Schriftstück, das eine Schiedsvereinbarung enthält. Drei Voraussetzungen müssen für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch Verweis gegeben sein: Der Verweis muss in einem Vertrag enthalten sein, der die Schiedsklausel zum Bestandteil macht. Der Hauptvertrag muss der Form des § 583 Abs 1 ZPO entsprechen. Und das Schriftstück, auf das verwiesen wird, muss eine gültige Schiedsklausel enthalten.¹⁹⁷

Meiner Ansicht nach entspricht der im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthaltene Verweis auf eine eigenständige Schiedsvereinbarung, die für Streitigkeiten aus dem GmbH-Verhältnis ein Schiedsgericht anordnet, zwar der Formvorschrift des § 583 Abs 2 ZPO, doch kommt der Schiedsvereinbarung nur dann Formgültigkeit zu, wenn diese der für den GmbH-Gesellschaftsvertrag geforderten Notariatsaktform entspricht. Denn es würde dem Sinn der Formvorschriften über den Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages widersprechen, wenn durch einen im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthaltenen Verweis auf eine nicht der Notariatsaktform entsprechende Schiedsvereinbarung Rechte und Pflichten der GmbH-Gesellschafter gestaltet werden könnten, insbesondere wenn es sich dabei, wie es bei einem Verweis auf eine Schiedsvereinbarung der Fall ist, um die rechtlich entscheidende Frage handelt, vor welchem Gerichtstyp (Schiedsgericht oder ordentliches Gericht) Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern entschieden werden sollen.

2.2 Schiedsvereinbarung durch Satzungsänderung

Ob nachträglich in bestehende Statuten durch Mehrheitsbeschluss die Anordnung eines Schiedsgerichts für allfällige Streitigkeiten aufgenommen werden kann, wurde von der höchstgerichtlichen Rechtsprechung nie behandelt,¹⁹⁸ war in der Lehre schon vor dem SchiedsRÄG 2006 strittig¹⁹⁹ und wurde durch die Reform nicht klargestellt.²⁰⁰

¹⁹⁷ *Aburumieh, Koller, and Pöltner*, ÖJZ 2006, 439.

¹⁹⁸ *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (161).

¹⁹⁹ Dafür: *Hempel* in FS Krejci (2001) 1780; ebenso zur deutschen Rechtslage *Epping*, NZG 1999, 755; *Haas*, Beruhen Schiedsabreden in Gesellschaftsverträgen nicht auf Vereinbarungen im Sinne des § 1066 oder vielleicht doch?, SchiedsVZ 2007, 1 (7); Dagegen: *Thöni*, WBI 1994, 298 (300);

*Reiner*²⁰¹ und *Hausmaninger*²⁰² vertreten die Auffassung, dass die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes ohne Zustimmung aller Gesellschafter²⁰³ nicht in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden kann, da die Vereinbarung eines Schiedsgerichtes den Justizgewährungsanspruch berührt. Die Aufhebung mittels Mehrheitsbeschluss einer Schiedsklausel ist aber zu bejahen, da dadurch der Justizgewährungsanspruch wieder aufgestellt wird.

Im italienischen Recht sieht Art 34 des Gesetzesdekrets vom 17.1.2003 Nr. 5. vor, dass nachträglich mit zwei Drittel-Mehrheit unter Austrittsrecht der abwesenden oder widersprechenden Gesellschafter eine Schiedsvereinbarung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden kann.²⁰⁴

2.3 Formprobleme im Zusammenhang mit nicht im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthaltenen Schiedsvereinbarungen

Entscheiden sich Gesellschafter für die Anordnung eines Schiedsgerichts betreffend ihrer aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten, so ist es in der Praxis grundsätzlich Usus, dass das Schiedsgericht durch eine Schiedsklausel im jeweiligen Gesellschaftsvertrag angeordnet wird.²⁰⁵ Dennoch ist es für die Gesellschafter auch möglich, außerhalb des Gesellschaftsvertrages übereinzukommen, dass ein Schiedsgericht über ihre gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten entscheiden

Thöni, WBI 1994, 296 (300); *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 581 Rz 314; *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (163); für das deutsche Recht: *Schlosser* in *Stein/Jonas*, Kommentar zur ZPO²² § 1066 Rz 12; *Schmidt*, Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht als prozessuale Legitimationsprobleme - Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht, BB 2001, 1862; *Reichert/Harbarth*, Statutarische Schiedsklauseln - Einführung, Aufhebung und umwandlungsrechtliche Behandlung, NZG 2003, 379 (381); *Roth*, Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, in *FS Nagel* (1987) 326.

²⁰⁰ *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht (2006) 7.

²⁰¹ *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (162).

²⁰² *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 581 Rz 314.

²⁰³ Nach *Reiner* reicht ein einstimmiger Beschluss der anwesenden Gesellschafter diesbezüglich aus, da die nicht an der Abstimmung teilnehmenden Gesellschafter durch die Bekanntgabe der Tagesordnung geschützt werden. *Reiner* verweist diesbezüglich auf *Krejci*, Gesellschaftsrecht I (2005), 125.

²⁰⁴ *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht 7.

²⁰⁵ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen: *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, GesRZ 2007, 151; *Nowotny*, WBI 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 61; *Wünsch*, Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, ZIP 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, dAnwBI 2007, 396; *Duve*, dAnwBI 2007, 389.

soll.²⁰⁶ Neben dem bereits oben aufgezeigten Problem, welche Form die schiedsrechtliche Nebenvereinbarung aufweisen muss, stellen sich in diesem Zusammenhang noch weitere Fragen, von welchen folgende zwei kurz dargestellt werden: Zum einen die Frage, ob eine Schiedsvereinbarung, die ursprünglich von sämtlichen Gesellschaftern in einer Nebenvereinbarung zum Gesellschaftsvertrag getroffen wurde, auch für den neu der Gesellschaft beigetretenen Gesellschafter Geltung hat, der nur dem Gesellschaftsvertrag nicht aber der Schiedsvereinbarung beigetreten ist? Und zum anderen die Frage, ob eine gegen die Formerfordernisse verstößende Schiedsvereinbarung nur dann nach § 583 Abs 3 ZPO heilen kann, wenn sich sämtliche Gesellschafter und nicht nur ein Teil der Gesellschafter auf das Schiedsverfahren einlassen?

2.3.1 Neuer Gesellschafter tritt nicht der Schiedsvereinbarung bei

Nach *Terlitz/Weber*²⁰⁷ könnte in einem Fall, in welchem die Schiedsvereinbarung in einem sogenannten Sideletter, also einer satzungsergänzenden Nebenvereinbarung, enthalten ist und der neu zur GmbH beitretende Gesellschafter dieser nicht beitrifft, erwogen werden, dass diese auch dann wirkt, wenn er nicht Vertragspartner der Nebenabrede wurde und sich somit nicht der Schiedsvereinbarung unterworfen hat. *Terlitz/Weber* fügen dieser Erwägung unter Verweis auf *Oberhammer*²⁰⁸ jedoch hinzu, dass gegen eine Erstreckung des Schiedsspruchs auf diesen „Dritten“ sprechen würde, dass sich die Unterworfenheit unter die Entscheidungsgewalt des Schiedsgerichts nicht aus der Hoheitsgewalt des Staates, sondern aus der im Schiedsvertrag vorgenommenen privatautonomen Regelung herleitet und der „Dritte“ diese privatautonome Disposition über die zu Gebote stehende Rechtsschutzform für sich und seine Ansprüche nicht vorgenommen hat.

²⁰⁶ Zum Wesen von satzungsergänzenden Nebenvereinbarungen und deren Wirkungen im Verhältnis auf Gesellschafterbeschlüsse: *Tichy*, Syndikatsverträge als Beschlussanfechtungsgrund, *ecolex* 2000, 204; OGH 5.12.1995, 4 Ob 588/95 WB1 1996, 125 = ÖJZ-LSK 1996/70 = *ecolex* 1996, 271 = RdW 1996, 165 = ÖJZ-LSK 1996/158 = NZ 1997, 294 = HS 26.160 = HS 26.194 = HS 26.199 = JUS Z/2052; OGH 28.4.2003, 7 Ob 59/03g RdW 2003/387, 452 = RWZ 2003/63, 226 = GeS 2003, 334 = JBl 2003, 869 = *ecolex* 2003/343, 844 = ÖJZ EvBl 2003/163, 760 = ÖJZ-LSK 2003/180 = GesRZ 2003, 290 = JAP 2004/2005/13, 50 (Zackl) = ÖJZ 2005/2, 12 (Zackl) = SZ 2003/45 = MietSlg 55.814.

²⁰⁷ *Terlitz/Weber*, ÖJZ 2008, 1 (4).

²⁰⁸ *Oberhammer*, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß (1998) 135.

2.3.2 Die Schiedsvereinbarung ist nicht im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthalten und weißt einen Formmangel auf; Heilung nach § 583 Abs 3 ZPO möglich?

§ 583 Abs 3 ZPO bestimmt, dass ein Formmangel der Schiedsvereinbarungen im Schiedsverfahren durch Einlassung in die Sache geheilt wird, wenn er nicht spätestens mit der Einlassung gerügt wird.²⁰⁹

Die Regelung stellt insofern kein Problem dar, als sämtliche Gesellschafter am Schiedsverfahren beteiligt sind. In diesem Fall würde eine zwischen sämtlichen Gesellschaftern außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossene, nicht den Formerfordernissen des § 583 Abs 1 ZPO entsprechende Schiedsvereinbarung durch rügeloses Einlassen sämtlicher Gesellschafter in das Schiedsverfahren geheilt werden. Probleme bestehen aber dann, wenn von allen Gesellschaftern eine nicht den Formvorschriften entsprechende Schiedsvereinbarung abgeschlossen wurde, sich aber nur ein Teil der Gesellschafter auf das Schiedsverfahren einlässt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage: Heilt die von allen Gesellschaftern getroffene formungültige Schiedsvereinbarung durch das Einlassen lediglich eines Teiles der Gesellschafter in das Schiedsverfahren nach § 583 Abs 3 ZPO?

Meiner Ansicht nach kann es in einem solchen Fall zu keiner Heilung der formungültigen Schiedsvereinbarung der am Schiedsverfahren nicht beteiligten Gesellschafter kommen. § 583 Abs 3 ZPO hat den Zweck, dass Parteien, die eine schiedsgerichtliche Entscheidung für einen bestimmten Streit herbeizuführen gewillt sind, der Zugang zum Schiedsgericht nicht dadurch verwehrt werden soll, dass sie beim Abschluss der Schiedsvereinbarung die Formvorschriften des § 583 Abs 1 ZPO nicht eingehalten haben. Die Formvorschrift von § 583 Abs 1 ZPO hat Beweis und

²⁰⁹ Eine Heilung des Formmangels der Schiedsvereinbarung durch rügelose Streiteinlassung war nach der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 nicht möglich. Jedoch konnte der Formmangel durch formelle Unterwerfungserklärung der Parteien geheilt werden. Vgl diesbezüglich: OGH 26.1.2000, 7Ob368/98p (7Ob369/98k) RdW 2000/321, 354 = EFSlg 88.167 = JBl 2000, 738; OGH 27.2.2001, 1 Ob 273/00d JBl 2001, 728; OGH 17.5.2001, 7 Ob 67/01f ecolex 2001/343, 908 = RdW 2002/21, 25 = JBl 2002, 50; OGH 28.2.1991, 6 Ob 507/90 (6 Ob 508/90) ÖJZ NRsp 1991/148 = WBl 1991, 241 = ÖJZ EvBl 1991/126 = SZ 64/22.

Warnfunktion.²¹⁰ Die Warnfunktion des § 583 Abs 1 ZPO will verhindern, dass eine Partei durch voreiliges Verhalten, das Recht auf Zugang zur ordentlichen Gerichtsbarkeit verliert. Die Partei, die trotz formungültiger Schiedsvereinbarung und Kenntnis, dass sie auf Grund der Formungültigkeit der Schiedsvereinbarung zur Teilnahme am Schiedsverfahren nicht gezwungen werden kann, dennoch am Schiedsverfahren teilnimmt, zeigt, dass sie dem Schiedsverfahren beitreten will und dass sie die Schiedsvereinbarung auch bei Einhaltung der geforderten Formvorschriften abgeschlossen hätte. Damit in diesem Fall gemäß § 583 Abs 1 iVm § 611 Abs 2 Z 1 ZPO auf Grund der ursprünglich formwidrigen Schiedsvereinbarung der Schiedsspruch nicht anfechtbar wird, wurde § 583 Abs 3 geschaffen. Diese Ausnahmebestimmung kann jedoch nur der Partei zu Gute kommen, die sich auf das Schiedsverfahren einlässt, und kann keine Anwendung auf jene Fälle finden, in welchen sich nicht sämtliche Parteien am Schiedsverfahren beteiligen, da die sich nicht auf das Verfahren einlassende Partei weiterhin nach § 583 Abs 1 ZPO schützenswert ist.

3 Die Objektive Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach neuer Rechtslage

3.1 Allgemein

Eine der markantesten Änderungen des österreichischen Schiedsverfahrensrechts durch das SchiedsRÄG 2006 stellt die Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit dar. Auch für das Gesellschaftsrecht hat diese gesetzliche Änderung erhebliche Bedeutung, besonders im Zusammenhang mit der Frage, welche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht wirksam entschieden werden können.²¹¹ Entsprechend dem Titel vorliegender Dissertation wird daher im Folgenden die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten untersucht, die sich unter GmbH-Gesellschafter oder zwischen GmbH-Gesellschaftern und der GmbH aus dem Gesellschaftsverhältnis ergeben können.

²¹⁰ *Rechberger/Melis in Rechberger, ZPO³ § 583 Rz 2; Hausmaninger in Fasching, ZPO IV/2².*

²¹¹ *Zur Frage, welche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten vor dem SchiedsRÄG 2006 objektiv schiedsfähig waren, siehe Kapitel II Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht vor dem SchiedsRÄG 2006.*

Wie bereits oben²¹² erwähnt können Schiedsvereinbarungen über Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsrecht nicht nur mittels Schiedsklauseln im GmbH-Gesellschaftsvertrag, sondern auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages geschlossen werden. Da erster Fall in der Praxis²¹³ gewöhnlich gegeben ist und die Dissertation primär auf Schiedsklauseln im GmbH-Gesellschaftsverträgen fokussiert ist, wird in den folgenden Untersuchungen von diesem Fall ausgegangen.

3.2 Objektive Schiedsfähigkeit entsprechend dem Gesetz

3.2.1 Definition

Die objektive Schiedsfähigkeit ist die Eigenschaft einer Rechtssache, Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und damit eines Schiedsverfahrens sein zu können.²¹⁴ Die objektive Schiedsfähigkeit gibt Auskunft darüber, für welche Materien der Staat zum Schutz eines der Beteiligten ein Rechtsschutzmonopol in Anspruch nimmt.²¹⁵ Der Umfang der objektiven Schiedsfähigkeit wird durch das Gesetz festgelegt. Die objektive Schiedsfähigkeit wird nach neuer Rechtslage in § 582 ZPO bestimmt.

3.2.2 § 582 ZPO

§ 582 ZPO bestimmt in Abs 1: *Jeder vermögensrechtliche Anspruch, über den von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nicht vermögensrechtliche Ansprüche hat insofern rechtliche Wirkung, als die Parteien über den Gegenstand des Streits einen Vergleich abzuschließen fähig sind.*

§ 582 Abs 2 bestimmt: *Familienrechtliche Ansprüche sowie alle Ansprüche aus Verträgen, die dem Mietrechtsgesetz oder dem Wohnungsgemeinnützigkeitsgesetz auch*

²¹² Siehe Kapitel V.2 „Formvorschriften“.

²¹³ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen: *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Nowotny*, *WBI* 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, *Handelsrecht I*⁴ 61; *Wünsch*, *Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen* 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, *ZIP* 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, *dAnwBl* 2007, 396; *Duwe*, *dAnwBl* 2007, 389.

²¹⁴ *Hausmaninger* in *Fasching*, *ZPO IV/2*² § 582 Rz 26; *Fasching*, *Lehrbuch*² Rz 2173ff; *Fasching*, *Schiedsgericht* 15ff; *Fasching*, *ZPO IV* 717ff.

²¹⁵ Vgl *Chiwitt-Oberhammer/Oberhammer*, *wobl* 2005, 181 (182); diese verweisen auf *Münch* in *Münchner Kommentar zur Zivilprozessordnung III*² § 1030 Rz 1; *Schlosser* in *Stein/Jonas*, *Kommentar zur ZPO*²¹ § 1025 dZPO Rdnr 26ff; *Schlosser* in *Stein/Jonas*, *ZPO*²² § 1030 dZPO Rdnr 2 mwN.

nur teilweise unterliegen, einschließlich der Streitigkeiten über die Eingehung, das Bestehen, die Auflösung und die rechtliche Einordnung solcher Verträge, und alle wohnungseigentumsrechtlichen Ansprüche können nicht Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Gesetzliche Vorschriften außerhalb dieses Abschnitts, nach denen Streitigkeiten einem Schiedsverfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, bleiben unberührt.

Mit der Neufassung des § 582 Abs 1 ZPO durch das SchiedsRÄG 2006, der an § 1030 dZPO anknüpft,²¹⁶ geht der Gesetzgeber von der alten Rechtslage ab, nach welcher sich die objektive Schiedsfähigkeit an der Vergleichsfähigkeit orientierte. Nach der neuen Rechtslage sind vermögensrechtliche Ansprüche somit grundsätzlich schiedsfähig, nur bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen kommt es weiterhin auf die Vergleichsfähigkeit an. Da der Kreis der vermögensrechtlichen Ansprüche konsequenterweise ein weiterer ist als jener der vergleichsfähigen, vermögensrechtlichen Ansprüche und sich im Bereich der nicht vermögensrechtlichen Ansprüche im Vergleich zur alten Rechtslage nichts geändert hat, hat das SchiedsRÄG 2006 zu einer Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit geführt.

3.2.3 Ausnahmebestimmungen zu § 582 Abs 1 ZPO

§ 582 Abs 2 ZPO zählt jene Rechtsbereiche auf, in denen das staatliche Rechtsschutzmonopol jedenfalls gewahrt und daher die privatautonome Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen werden soll.²¹⁷ Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten werden von dieser Bestimmung nicht erfasst. § 582 Abs 2 enthält jedoch keine abschließende Regelung jener Rechtsbereiche die nicht objektiv schiedsfähig sein sollen. So sind beispielsweise nach § 9 Abs 2 ASGG auch Streitigkeiten im Bereich des kollektiven Arbeitsrechts nicht objektiv schiedsfähig; für Streitigkeiten im Bereich des Individualarbeitsrechts können Schiedsvereinbarungen nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden, es sei denn, es handelt sich um einen

²¹⁶ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 8.

²¹⁷ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

Geschäftsführer oder ein Vorstandsmitglied einer Kapitalgesellschaft.²¹⁸ § 617 Abs 1 ZPO bestimmt, dass Schiedsvereinbarungen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer nur für bereits bestehende Streitigkeiten abgeschlossen werden können.²¹⁹ Eine Bestimmung die gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten explizit ausschließt, besteht nicht.

3.2.4 Zwischenresümee: Die Voraussetzungen der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten

Entsprechend der oben angeführten Definition über die objektive Schiedsfähigkeit sowie den gesetzlichen Bestimmungen, die festlegen welche Streitigkeiten konkret von der objektiven Schiedsfähigkeit erfasst sind, ergibt sich, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, dann objektiv schiedsfähig sind, wenn die Streitigkeiten sich auf vermögensrechtliche Ansprüche beziehen oder, sofern sie nicht vermögensrechtlicher Natur sind, vergleichsfähig sind und keinem der oben genannten Ausnahmebestimmungen zu § 582 Abs 2 ZPO unterfallen.

Da GmbH-Gesellschafter nach der Rechtsprechung des OGH²²⁰ grundsätzlich als Verbraucher im Sinne von § 1 Abs 1 Z 2 KSchG angesehen werden, wäre bei einer streng am Wortsinn orientierten Auslegung des § 617 ZPO die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten erheblich eingeschränkt. Die Frage wie § 617 ZPO auszulegen ist, wird in Kapitel VI „*Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*“ erörtert und wird für vorliegendes Kapitel dahingehend ausgeklammert, dass dem Gesellschafter Unternehmereigenschaft unterstellt wird.²²¹ Unterstellt man dem GmbH-Gesellschafter Unternehmereigenschaft, ist § 617 ZPO auf

²¹⁸ Vgl auch *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ §618 Rz 1; *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht 9.

²¹⁹ Siehe Kapitel IV.4.2 *Sonderbestimmungen für das Verbraucher- und Arbeitsrecht*.

²²⁰ OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b *ecolex* 2007/214, 517 = RdW 2007/550, 529 = GeS 2007, 240 = JBI 2007, 660 = JBI 2007, 647 (*Huemer*) = wbl 2007/199, 444 = ÖBA 2007/1441, 824 = ZfRV-LS 2007/20, 111 = RZ 2007/EÜ 355, 227 = KRES 1a/56 = SZ 2007/26; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w JBI 2007, 237 (*Huemer*) == ÖBA 2007/1418, 490 (Koziol) GesRZ 2006, 318 = RdW 2006/687, 756 = RWZ 2006/87, 292 = RZ 2007/EÜ 8/9, 24 = KRES 1d/86 = SZ 2006/116 = HS 37.448 = HS 37.145; Siehe auch Kapitel VI *Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*.

²²¹ Siehe diesbezüglich die einleitenden Wort zu Kapitel V in V.1.2 *Vorliegendes Kapitel klammert die Verbraucherproblematik aus*.

diesen nicht anzuwenden, sodass für die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus dem GmbH-Verhältnis keine Ausnahmebestimmungen bestehen und folglich für diese Streitigkeiten dann objektiv Schiedsfähigkeit besteht, wenn sie die Tatbestandselemente des § 582 Abs 1 ZPO erfüllen.

Entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 582 Abs 1 ZPO und auf Grund der Tatsache, dass keine Ausnahmebestimmungen für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bestehen, sind gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten somit dann schiedsfähig, wenn sie sich entweder auf vermögensrechtliche Ansprüche beziehen oder, im umgekehrten Fall, vergleichsfähig sind.

3.2.5 Unterscheidung zwischen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen

Wie gesagt, unterscheidet der für die Bestimmung der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten relevante § 582 Abs 1 ZPO zwischen vermögensrechtlichen und nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen.

Das Gesetz gibt keine Auskunft darüber, was unter einem vermögensrechtlichen Anspruch zu verstehen ist. Nach der einstimmigen Lehre²²² kann aus den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006²²³ und dem LBI-Entwurf²²⁴ entnommen werden, dass dem in § 582 Abs 1 ZPO verwendeten Tatbestandselement „vermögensrechtlicher Anspruch“ ein weites Verständnis zugrunde liegt. Nach *Hausmaninger*²²⁵ zählen zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen alle Ansprüche, die auf einem vermögensrechtlichen Rechtsverhältnis beruhen, so alle auf Geld oder geldwerte Sachen und Rechte gerichtete Ansprüche,²²⁶ auch wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis als nicht

²²² *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 582 Rz 31; *Fremuth-Wolf* in *Riegler*, Arbitration § 582 Rz 11; *Liebscher*, Arbitration 7 FN 3; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 582 Rz 2; *Reiner*, GesRZ 2007, 151; *Zeiler*, Schiedsverfahren § 582 Rz 12.

²²³ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 8.

²²⁴ *Oberhammer*, Entwurf 40f.

²²⁵ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 582 Rz 31.

²²⁶ *Hausmaninger* verweist dabei auf ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 8.

vermögensrechtlich einzuordnen ist²²⁷ sowie sonstig Ansprüche, die etwa erblich oder veräußerbar sind.

Nach der stimmigen Ansicht *Reiners*²²⁸ sind sämtlich möglichen gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten vermögensrechtlicher Natur. Neben *Reiner* bestehen seitens der Lehre soweit ersichtlich keine weiteren Stellungnahmen zur Frage, ob gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vermögensrechtlicher oder nicht vermögensrechtlicher Natur sind. Der OGH hat zur dieser Frage ebenfalls noch nicht Stellung genommen.

3.2.6 Zweites Zwischenresümee: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind entsprechend dem Wortlaut des § 582 Abs 1 ZPO objektiv schiedsfähig

Wer der im vorangegangenen Kapitel dargelegten Ansicht folgt und gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten als Streitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche betrachtet, muss entsprechend dem Gesetzeswortlaut des § 582 Abs 1 ZPO und in Anbetracht des Fehlens einer diesbezüglichen Ausnahmebestimmung für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zur Auffassung gelangen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten objektiv schiedsfähig sind. Eine Unterscheidung der jeweiligen gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit, wie nach alter Rechtslage, ist hier nicht mehr notwendig; vielmehr kann pauschal gesagt werden, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach neuer Rechtslage objektiv schiedsfähig sind.

Sofern die Auffassung vertreten wird, dass manche gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nicht vermögensrechtlicher Natur sind, ist für die objektive Schiedsfähigkeit dieser Streitigkeiten wie nach alter Rechtslage entscheidend, ob sie vergleichsfähig sind. Diesbezüglich kann auf die Ausführungen in Kapitel II „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht vor dem SchiedsRÄG 2006*“ verwiesen werden.

²²⁷ *Hausmaninger* verweist hierbei auf *Gmeiner* in *Zöller/Gmeiner*, Zivilprozessordnung²⁶ § 1030 Rz 1; ihm folgend *Zeiler*, Schiedsverfahren § 582 Rz 12.

²²⁸ *Reiner*, *ecolex* 2006, 468 (470).

3.3 Weiteres über § 582 ZPO hinausgehendes Tatbestandselement für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten?

3.3.1 Kern des vorliegenden Problems: ErläutRV scheinen ein nicht in § 582 Abs 1 ZPO genanntes Tatbestandselement für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu fordern

Trotz der eben dargelegten klaren gesetzlichen Regelung, wann eine Rechtsache objektive schiedsfähig ist, besteht in der Lehre Uneinigkeit darüber, ob gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten als grundsätzlich objektiv schiedsfähig betrachtet werden können.²²⁹ Grund dafür ist folgender in den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006 enthaltener Passus:²³⁰ *Ob eine Sache objektiv schiedsfähig ist oder nicht, sagt noch nichts über den Kreis der Personen aus, deren Beteiligung notwendig ist, um eine konkrete Angelegenheit tatsächlich in einem Schiedsverfahren abschließend zu entscheiden. Dort, wo eine Wirkung des Schiedsspruches auch Dritten gegenüber angestrebt ist, muss auch der an der Schiedsvereinbarung beteiligte Kreis weit genug sein, um die Angelegenheit tatsächlich zu regeln. So ist etwa mit der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Ansprüche noch nichts über die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ausgesagt, weil sie auch davon abhängt, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken kann.*

Besonders der letzte Satz des eben zitierten Ausschnittes der ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006 führt zur Fragestellung, ob für die (objektive) Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten neben den in § 582 Abs 1 ZPO enthaltenen Tatbestandselemente darüber hinaus noch weitere Voraussetzungen vom Gesetzgeber gefordert werden?

²²⁹ *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 582 Rz 2; *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² ZPO IV/2² § 582 Rz 40; *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915 (915); *Koppensteiner/Rüffler*, *GmbHG*³ § 42 Rz 6; *Terlitzka/Weber*, *ÖJZ* 2008, 1 (4 u 8); *Enzinger* in *Straube*, *Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz* § 42 *GmbHG* Rz 8.

²³⁰ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

3.3.2 Lehre sieht zum größten Teil in den ErläutRV ein weiteres Tatbestandselement zur objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten

Gewichtige Stimmen in der Lehre stützen sich auf den oben zitierten Ausschnitt der ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006 und erklären, dass die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Beschlussanfechtungsstreitigkeiten vom Gesetzgeber durch das SchiedsRÄG 2006 nicht geklärt bzw bewusst offen gelassen wurde und daher weiterhin umstritten sei.²³¹

*Reiner*²³² ist dagegen der Auffassung, dass damit in Wahrheit nicht das Thema „objektive Schiedsfähigkeit“ angesprochen wird, sondern die Frage, ob all jene, denen gegenüber der Schiedsspruch Rechtskraft erlangen soll bzw muss, Partei der Schiedsvereinbarung sind und ob sie in das Schiedsverfahren und in die Konstituierung des Schiedsgerichtes einbezogen wurden. Die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit sei also zu trennen von der Frage, ob eine konkrete Schiedsvereinbarung gültig ist oder nicht. Diesbezüglich verweist *Reiner* auch darauf, dass bereits vor der Reform Beschlussmängelstreitigkeiten trotz ihrer Wirkung gegenüber Dritten schiedsfähig gewesen waren.²³³

3.3.3 Eigene Ansicht: Neben den im Gesetz genannten Tatbestandselementen bestehen keine weiteren Voraussetzungen

²³¹ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² ZPO IV/2² § 582 Rz 11 u 40; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 42 Rz 6; *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915 (915); *Enzinger* in *Straube*, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz § 42 Rz 8.

²³² *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht 9; *Reiner*, *ecolex* 2006, 468 (470) verweist auf *Auer*, Schiedsvereinbarungen bei der GmbH im Licht des SchiedsRÄG 2005 in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen (2005) 123ff.

²³³ *Reiner*, *ecolex* 2006, 468 (470); *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht 9; in diesem Sinne auch *Auer* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen 123 ff; unentschieden: *Gellis/Feil*, GmbH⁶ § 41 Rz 23 (noch zur alten Rechtslage), nach welchem die Schiedsfähigkeit nicht von der angestrebten Urteilstwirkung abhängt, sondern davon, ob die Parteien über den Gegenstand einen Vergleich abschließen können. Gleichzeitig hängt seiner Meinung nach die Schiedsfähigkeit davon ab, ob die von der Rechtskrafterstreckung gemäß § 42 Abs 6 GmbHG Betroffenen an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind.

für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten.

Ich folge der Auffassung *Reiners*, dass in der oben zitierten Stelle der ErläutRV nicht die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten angesprochen worden ist, und bin daher der Meinung, dass neben den Tatbestandselementen des § 582 Abs 1 ZPO für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere von Streitigkeiten zwischen GmbH-Gesellschaftern, keine weiteren Voraussetzungen zu erfüllen sind. Um diese Ansicht zu erhärten, führe ich zusätzlich zur Ansicht *Reiner* nachfolgende Argumente ins Treffen.

3.3.3.1 Die ErläutRV widerspricht sich selbst und kann daher nicht als Grundlage für ein weiteres Tatbestandselement der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten angesehen werden

Der erste Satz der oben zitierten Stelle der ErläutRV zum SchiedsRÄG²³⁴ lautet: *Ob eine Sache objektiv schiedsfähig ist oder nicht, sagt noch nichts über den Kreis der Personen aus, deren Beteiligung notwendig ist, um eine konkrete Angelegenheit tatsächlich in einem Schiedsverfahren abschließend zu entscheiden.*

Aus diesem Satz geht bereits hervor, dass auch nach den ErläutRV zwischen der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit und der Frage, welche Personen für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen, unterschieden werden muss. Es lässt sich daraus ableiten, dass sowohl die objektive Schiedsfähigkeit als auch die Beteiligung der notwendigen Personen an der jeweiligen Schiedsvereinbarung Voraussetzungen dafür sind, dass eine konkrete Angelegenheit in einem Schiedsverfahren abschließend entschieden werden kann.

Lediglich der letzte Satz (*So ist etwa mit der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Ansprüche noch nichts über die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ausgesagt, weil sie auch davon*

²³⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9; Abgedruckt auf Seite 80.

abhängt, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken kann.) sorgt für Verwirrung bzw steht im Widerspruch zu dem oben zitierten Satz der ErläutRV, da im letzten Teil dieses Satzes erklärt wird, dass die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten auch von der Rechtskraftwirkung des Schiedsspruches gegenüber Dritten abhängt. Doch geht aus dem in diesem Satz verwendeten Wort „etwa“ hervor, dass der vorliegende Satz eine Konkretisierung des Vorangegangenen darstellt, wo aber zwischen objektiver Schiedsfähigkeit und der Frage, welche Personen für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches notwendig sind, unterschieden wird. Der zitierte Abschnitt der ErläutRV widerspricht sich somit selbst.

Bereits aus dieser Tatsache, dass der zitierte Abschnitt der ErläutRV einen Widerspruch zu sich selbst darstellt, darf meiner Ansicht nach daraus keine Ableitungen getroffen werden, dass der Gesetzgeber für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten weitere, über die Tatbestandselemente des § 582 Abs 1 ZPO hinausgehende Voraussetzungen fordert.

3.3.3.2 Die Vermengungen der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Frage, welche Personen für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen, ist systemwidrig. Ein Beispiel

Neben der im vorangegangenen Kapitel gezeigten Widersprüchlichkeit der oben zitierten Stelle der ErläutRV würde es aber auch eine Systemwidrigkeit zum bisherigen von der herrschenden Meinung getragenen Verständnis über die objektive Schiedsfähigkeit darstellen, wenn für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten ein über die Voraussetzungen des § 582 Abs 2 ZPO hinausgehendes, im Gesetz nicht erwähntes Tatbestandselement gefordert werden würde.

Die objektive Schiedsfähigkeit ist die Eigenschaft einer Rechtssache, Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und damit eines Schiedsverfahrens sein zu können.²³⁵ Die

²³⁵ Hausmaninger in Fasching, ZPO IV/2² § 582 Rz 26; Fasching, Lehrbuch² Rz 2173ff; Fasching, Schiedsgericht 15ff; Fasching, ZPO IV 717ff.

objektive Schiedsfähigkeit gibt Auskunft darüber, für welche Materien der Staat zum Schutz eines der Beteiligten ein Rechtsschutzmonopol in Anspruch nimmt.²³⁶ Die objektive Schiedsfähigkeit ist aber nur eine von mehreren Voraussetzungen, die gegeben sein müssen, damit ein Schiedsgericht über einen Rechtsstreit rechtswirksam entscheiden kann. Eine weitere Voraussetzung ist beispielsweise, dass die Streitparteien eine Schiedsvereinbarung geschlossen haben. Diese zwei voneinander unabhängigen Voraussetzungen für die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung werden aber vermengt, wenn die (objektive)²³⁷ Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten auch davon abhängig gemacht wird, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken kann.

Folgendes Beispiel aus einem gesellschaftsrechtlich fremden Bereich soll dies verdeutlichen: A schließt als Auftragnehmer mit B und C einen Werkvertrag. B und C verpflichten sich solidarisch als Auftraggeber gegenüber A den Werklohn nach erbrachter Leistung zu bezahlen. A, B und C sind Unternehmer. Nachdem ein Streit über eine vermeintliche Schlechterfüllung des A entsteht, schließt A mit B eine Schiedsvereinbarung, wonach ein Schiedsgericht über die vermeintliche Schlechterfüllung und die Höhe der Werklohnforderung entscheiden soll. Das einberufene Schiedsgericht lädt auch C als Partei ein, dem Schiedsverfahren beizutreten. C hat keine Schiedsvereinbarung geschlossen und weigert sich dem Schiedsverfahren beizutreten. Das Schiedsgericht erlässt dennoch einen Schiedsspruch, mit welchem eine vermeintliche Schlechterfüllung verneint und folgedessen dem A die im Werkvertrag vereinbarte volle Werklohnforderung zugesprochen wird. A hat daher gemäß dem Schiedsspruch Anspruch auf den vollen vereinbarten Werklohn, da er seine Leistung ordnungsgemäß erbracht hat. Da sich zeigt, dass B zahlungsunfähig ist, richtet sich A mit seinem Zahlungsbegehren an C. Da der Schiedsspruch jedoch nicht auf Grundlage einer zwischen A und C sondern nur zwischen A und B geschlossenen

²³⁶ Vgl. *Chiwitt-Oberhammer/Oberhammer*, wobl 2005, 181 (182); diese verweisen auf *Münch* in *Münchener Kommentar ZPO III* § 1030 Rz 1; *Schlosser* in *Stein/Jonas*, ZPO²¹ § 1025 dZPO Rdnr 26ff; *Schlosser* in *Stein/Jonas*, ZPO²² § 1030 dZPO Rdnr 2 mwN.

²³⁷ Der Verfasser der ErläutRV verwendet an der betreffenden Stelle den Begriff „Schiedsfähigkeit“. Da die Schiedsfähigkeit lediglich in die objektive und die subjektive Schiedsfähigkeit untergliedert werden kann und die subjektive Schiedsfähigkeit an dieser Stelle nicht gemeint sein kann, kann an der betreffenden Stelle mit „Schiedsfähigkeit“ nur die objektive Schiedsfähigkeit gemeint sein.

Schiedsvereinbarung erlassen wurde, kann A den Schiedsspruch gegen C nicht durchsetzen. Grund dafür ist aber nicht, dass Streitigkeiten zwischen Unternehmern aus einem Werkvertrag nicht objektiv schiedsfähig sind, sondern dass nicht sämtliche notwendigen Parteien die Schiedsvereinbarung geschlossen haben.

Dieses Beispiel zeigt klar, dass die objektive Schiedsfähigkeit und der Abschluss der Schiedsvereinbarung durch die notwendigen Personen zwei voneinander zu unterscheidende Voraussetzungen für die Wirksamkeit von Schiedssprüchen sind. Es würde daher der von der herrschenden Meinung getragenen Definition über die objektive Schiedsfähigkeit widersprechen, wenn diese auch davon abhängig gemacht werden würde, ob die Schiedsvereinbarung von sämtlich dafür notwendigen Personen geschlossen wurde.

Aus diesem Grund steht der oben zitierte Satz der ErläutRV nicht nur im Widerspruch zu anderen Teilen der selben ErläutRV sondern auch zur schiedsgerichtlichen Systematik an sich. Diesem Satz darf daher keine zumindest wortwörtliche Beachtung geschenkt werden, woraus folgt, dass für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten keine über die Tatbestandselemente des § 582 Abs 1 ZPO hinausgehende Voraussetzungen bestehen.

Was in diesem Beispiel so klar erscheint sorgt im Gesellschaftsrecht für Probleme. Grund dafür ist die Bestimmung des § 42 Abs 6 GmbHG über die Rechtskrafterstreckung und die daran anknüpfende höchstgerichtliche Judikatur, auf welche sich die eben besprochene Stelle der ErläutRV meiner Ansicht nach bezieht und die im nachfolgenden Kapitel dargestellt wird.

3.3.3.3 Grund der Widersprüchlichkeit der ErläutRV ist die Übernahme der inhaltlich richtigen, in ihrer dogmatischen Begründung jedoch unrichtigen OGH-Judikatur zur Frage der Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG

Es wurde somit gezeigt, dass die oben zitierte Stelle der ErläutRV²³⁸, die den Anschein erwecken lässt, dass die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten von weiteren über die Tatbestandselemente des § 582 Abs 1 ZPO hinausgehende Voraussetzungen abhängig sein könnte, gegenüber sich selbst und gegenüber der schiedsgerichtlichen Systematik widersprüchlich ist.

Doch stellt sich dennoch die Frage, was der Verfasser mit der zitierten Stelle der ErläutRV tatsächlich zum Ausdruck bringen wollte. Um diese Frage beantworten zu können, ist es notwendig die Rechtsprechung zu analysieren, welche meiner Ansicht nach die Verfasser der betreffenden ErläutRV in das Gesetz einfließen lassen wollten.

Es handelt sich dabei um die höchstgerichtliche Judikatur²³⁹, die sich mit der Frage der Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG auseinandersetzt. Diese Bestimmung besagt, dass das die Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses erklärende Urteil gegen alle Gesellschafter wirkt. Dabei stellt sich folgendes rechtliches Problem: Angenommen die Schiedsvereinbarung ist nicht in Form einer Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag enthalten und nur ein Teil der Gesellschafter richten ihre Anfechtungs- bzw Nichtigkeitsklage gegen die Gesellschaft und schließen gleichzeitig mit dieser eine Vereinbarung, dass der Streit von einem Schiedsgericht verbindlich zu entscheiden ist. Das Schiedsgericht erklärt den Beschluss für nichtig, was gemäß § 42 Abs 6 GmbHG für und gegen alle Gesellschafter zu gelten hat, doch haben sich nicht alle Gesellschafter der Schiedsvereinbarung unterworfen. Gilt nun der Schiedsspruch nur gegen einen Teil der Gesellschafter, was § 42 Abs 6 GmbHG widersprechen würde, oder gilt der Schiedsspruch auf Grund von § 42 Abs 6 GmbHG gegen alle Gesellschafter und somit auch gegen jene, die der Schiedsvereinbarung nicht beigetreten sind? Oder, dritte Variante, hat der Schiedsspruch gegen keinen Gesellschafter Geltung, also auch nicht gegen jene, die die Schiedsvereinbarung mit der Gesellschaft abgeschlossen haben?

²³⁸ Siehe Seite 80.

²³⁹ OGH 3.6.1950, 2 Ob 276/50 SZ 23/184; OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = ecolex 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger).

Die Lehre vertrat zu diesem Problem der Rechtskrafterstreckung durch § 42 Abs 6 GmbHG folgende Ansichten: Nach *Fasching*²⁴⁰ schloss § 594 ZPO aF eine Erweiterung der Rechtskraft der Schiedssprüche über die eigentlichen Streitparteien hinaus aus und stand damit im Widerspruch zur Rechtskrafterstreckung gemäß § 42 Abs 6 GmbHG und §§ 198, 201 Abs 1, 216 AktG, welcher jedoch dadurch behoben werden konnte, indem sich alle durch die Rechtskraft Betroffenen als Partei am Schiedsverfahren beteiligten.

*Schönherr*²⁴¹ konnte zur alten Rechtslage die Bedenken Faschings nicht teilen, da seiner Ansicht nach ein Gesellschafterbeschluss, der durch ein Schiedsspruch für nichtig erklärt worden ist, durch die rechtsgestaltende Entscheidung des Schiedsgerichts beseitigt wird und daher einfach nicht mehr existiert und zwar für alle Gesellschafter und Gesellschaftsorgane, mögen sie am Verfahren teilgenommen haben oder nicht. Dieser Auffassung folgte im Wesentlichen auch *Hempel*.²⁴² Beide Autoren erklären aber nicht explizit, ob sich ihre Ansicht nur auf Fälle bezieht, in welchen zwar alle Gesellschafter eine Schiedsvereinbarung geschlossen haben, jedoch nur ein Teil der Gesellschafter am Schiedsverfahren teilgenommen haben, oder ob auch jene Fälle von ihrer Meinung umfasst sind, in welchen der Schiedsvertrag nur von einem Teil der Gesellschafter geschlossen worden ist, der Schiedsspruch aber dennoch auf Grund der gesellschaftsrechtlichen Rechtskrafterstreckung auch gegen jene Gesellschafter gelten soll, die die Schiedsvereinbarung nicht mit abgeschlossen haben.

*Deimbacher*²⁴³ war diesbezüglich genauer und erklärte, dass seiner Meinung nach ein Schiedsspruch, der einen Beschluss aufhebt, auch gegen jene Gesellschafter wirkt, die weder am Schiedsverfahren beteiligt waren noch die diesbezügliche Schiedsvereinbarung unterzeichnet haben. Er begründet dies damit, dass es keine Bedeutung habe, dass Personen betroffen sind, die keinen Schiedsvertrag geschlossen haben, weil die Nichtigkeitserklärung eines Gesellschafterbeschlusses unmittelbar zunächst das Verhältnis zwischen den Klägern und Gesellschaft betrifft. Die Gesellschaft könnte den angefochtenen Beschluss ja auch beheben oder durch einen inhaltlich anderen

²⁴⁰ *Fasching*, ZPO IV 720.

²⁴¹ *Schönherr*, GesRZ 1980, 184.

²⁴² *Hempel* in FS Krejci (2001) 1775.

²⁴³ *Deimbacher*, Die Bekämpfung von Generalversammlungsbeschlüssen, GesRZ 1992, 176.

Beschluss ersetzen. Auch dies würde unabhängig von der Zustimmung des einzelnen Gesellschafters auch für ihn wirken.

*Thöni*²⁴⁴ vertrat die Auffassung, dass die Beschränkung durch den in § 594 ZPO verwendeten Begriff „unter den Parteien“ eine Rechtskraftersteckung nicht zwingend ausschließe, da nur die Worte „unter den Parteien“, nicht aber der Zusatz „nur“ oder „ausschließlich“ vom Gesetz verwendet wird. Dennoch sieht *Thöni* als Voraussetzung für die Schiedsfähigkeit des Anfechtungsstreits vor, dass die von der Rechtskrafterstreckung Betroffenen an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind, da sonst Personen einem Schiedsspruch unterworfen werden könnten, die der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts nicht zugestimmt haben.

Die Rechtsprechung²⁴⁵ hat dieses Problem meiner Ansicht nach im Ergebnis richtig gelöst. Doch ist meiner Meinung nach die rechtliche Begründung nicht korrekt. In der Entscheidung 7 Ob 221/98w äußerte sich der OGH zur Frage der Rechtskrafterstreckung des § 42 Abs 6 GmbHG in Anlehnung an *Thöni*²⁴⁶ dahingehend: *Die Schiedsfähigkeit ist zu bejahen, wenn die von der Rechtskrafterstreckung Betroffenen an der Schiedsgerichtsvereinbarung beteiligt sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Schiedsklausel in der Satzung der Gesellschaft enthalten ist.*

Auch wenn das Ergebnis des OGH, dass ein Schiedsgericht über eine Nichtigkeitsklage nach § 41ff GmbHG nur dann entscheiden kann, wenn alle von der Rechtskraft betroffenen Parteien an der Schiedsgerichtsvereinbarung beteiligt sind, zuzustimmen ist, ist die vom OGH gewählte rechtliche Begründung die falsche. Die eben zitierte Entscheidung erweckt nämlich den Anschein, dass der OGH für die (objektive)²⁴⁷ Schiedsfähigkeit der gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit über die Nichtigkeitsklage gemäß § 41ff GmbHG voraussetzt, dass die von der Rechtskrafterstreckung

²⁴⁴ *Thöni*, WBI 1994, 298 (300).

²⁴⁵ OGH 3.6.1950, 2 Ob 276/50 SZ 23/184; OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = ecolex 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger).

²⁴⁶ *Thöni*, WBI 1994, 298.

²⁴⁷ Der OGH spricht in diesem Zusammenhang von „Schiedsfähigkeit“ und nicht von objektiver Schiedsfähigkeit. Da sich die Schiedsfähigkeit in die objektive und die subjektive Schiedsfähigkeit untergliedert und die subjektive Schiedsfähigkeit nicht gemeint sein kann, ist mit dem vom OGH gewählten Begriff „Schiedsfähigkeit“ die objektive Schiedsfähigkeit zu verstehen.

Betroffenen, somit also alle GmbH-Gesellschafter, an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen. Dem ist jedoch dasselbe entgegenzuhalten, wie bereits zum oben dargestellten Ausschnitt der ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006:²⁴⁸ Es ist keine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit, ob sämtliche Personen, die durch einen Schiedsspruch in ihren Rechten und Pflichten berührt werden, sich am Schiedsverfahren beteiligt haben oder beteiligen hätten können oder Partei der Schiedsvereinbarung waren. Die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit gibt „lediglich“ darüber Auskunft, ob eine bestimmte Rechtssache Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann und ist völlig losgelöst von der Frage zu betrachten, ob ein Schiedsspruch auch gegen Personen wirken kann, die nicht die Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben und/oder nicht am Schiedsverfahren beteiligt waren. Diese Unterscheidung zwischen der Frage der objektiven Schiedsfähigkeit und der Frage, ob alle für die Wirksamkeit des Schiedsspruches notwendigen Personen an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind, wurde jedoch vom OGH nicht vorgenommen.

Diese nicht vorgenommene Unterscheidung hatte für das Endergebnis dieser OGH-Entscheidung keine Relevanz, da meines Erachtens dem OGH die Klarstellung wichtig war, dass ein Schiedsspruch über eine Nichtigkeitsklage gemäß § 41ff GmbHG nur dann Wirkung haben kann, wenn sämtliche Gesellschafter an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind. Doch entwickelt diese nicht vorgenommene Unterscheidung bzw Ungenauigkeit des OGH nun doch Relevanz, indem sie in den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006²⁴⁹ übernommen worden ist.

Der Verfasser der ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006 wollte somit den richtigen Gedanken der eben dargestellten Rechtsprechung übernehmen, doch übernahm er dadurch auch automatisch den dogmatischen Begründungsfehler, wodurch der Eindruck entsteht, dass die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten

²⁴⁸ Siehe Kapitel V.3.3.3.1 *Die ErläutRV widerspricht sich selbst und kann daher nicht als Grundlage für ein weiteres Tatbestandselement der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten angesehen werden* und Kapitel V.3.3.3.2 *Die Vermengungen der objektiven Schiedsfähigkeit mit der Frage, welche Personen für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen, ist systemwidrig. Ein Beispiel.*

²⁴⁹ Siehe Kapitel V.3.3.1 *Kern des vorliegenden Problems: ErläutRV scheinen ein nicht in § 582 Abs 1 ZPO genanntes Tatbestandselement für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu fordern.*

von einer weiteren über jene der Tatbestandselemente des § 582 Abs 1 ZPO hinausgehenden Voraussetzung abhängt. Es ist daher davon auszugehen, dass der Verfasser der ErläutRV somit nicht die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten durch ein weiteres Tatbestandselement anreichern, sondern entsprechend der bisherigen Judikatur klarstellen wollte, dass die Wirksamkeit von Schiedssprüchen besonders im Gesellschaftsrecht davon abhängt, dass sämtliche vom Schiedsspruch erfassten Personen sich der Schiedsvereinbarung unterworfen haben.

3.4 Resümee: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind objektiv schiedsfähig.

Da gezeigt wurde, dass neben den Tatbestandselementen des § 582 Abs 1 ZPO keine weiteren Voraussetzung für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten bestehen, sind diese dann objektiv schiedsfähig, wenn es sich dabei um vermögensrechtliche Ansprüche handelt. Da es sich bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten immer um vermögensrechtliche Ansprüche handelt, sind diese objektiv schiedsfähig.

Es ist daher nicht notwendig wie in Kapitel II *Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht vor dem SchiedsRÄG 2006* die einzelnen Streitigkeiten hinsichtlich ihrer objektiven Schiedsfähigkeit zu untersuchen, da auf Grund der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit im Zuge des SchiedsRÄG 2006 pauschal gesagt werden kann, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten objektiv schiedsfähig sind.

4 Spezialfall Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen nach § 41ff GmbHG

Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und somit Streitigkeiten zwischen GmbH-Gesellschafter sind also objektiv schiedsfähig, da aber gezeigt wurde, dass für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches, welcher in einem Schiedsverfahren über eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage nach § 41ff GmbHG erlassen wird, neben der objektiven Schiedsfähigkeit auch die Frage, wie viele Gesellschafter an der

Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen, entscheidend ist, wird im vorliegenden Kapitel dargestellt, welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit ein Schiedsspruch über eine Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage nach § 41ff GmbHG Wirksamkeit zukommt.

4.1 Ansicht der Lehre

Die Besonderheit von Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklagen nach § 41ff GmbHG für die Schiedsgerichtsbarkeit besteht in der oben²⁵⁰ bereits dargestellte Problematik der Rechtskrafterstreckung nach § 42 Abs 6 GmbHG. Nach dem SchiedsRÄG 2006 wurden in der Lehre zu dieser Problematik unterschiedliche Stellungen bezogen.

Nach *Terlitzza/Weber*²⁵¹ sind jene Fälle unproblematisch, in denen das Schiedsverfahren im Einverständnis aller Beteiligten geführt wird. Darunter sind auch jene Fälle zu zählen, in welchen nicht an der Schiedsvereinbarung beteiligte Gesellschafter am Schiedsverfahren als Partei oder Nebenintervenienten teilnehmen, ohne die Unzuständigkeit des Schiedsspruchs nach § 584 Abs 3 ZPO vor Einlassung in die Sache zu rügen. Für den Fall aber, dass die Schiedsvereinbarung nur von einem Teil der Gesellschafter geschlossen wird, könnte nach *Terlitzza/Weber* erwogen werden, dass der Schiedsspruch für und gegen einen Gesellschafter, der nicht die Schiedsvereinbarung geschlossen hat, wirkt, sofern er als Nebenintervenient dem Schiedsverfahren beigezogen wurde. Doch geben *Terlitzza/Weber* hinsichtlich der Erstreckung des Schiedsspruches auf den Nebenintervenienten zu bedenken, dass sich die Unterworfenheit unter die Entscheidungsgewalt des Schiedsgerichts nicht aus der Hoheitsgewalt des Staates, sondern aus der im Schiedsvertrag vorgenommenen privatautonomen Regelung herleitet und der „Dritte“²⁵² diese privatautonome Disposition über die zu Gebote stehende Rechtsschutzform für sich und seine Ansprüche nicht vorgenommen hat.²⁵³ Dennoch gelangen *Terlitzza/Weber* schlussendlich

²⁵⁰ Siehe obiges Kapitel V.3.3.3.3 *Grund der Widersprüchlichkeit der Erläuterung ist die Übernahme der inhaltlich richtigen, in ihrer dogmatischen Begründung jedoch unrichtigen OGH-Judikatur zur Frage der Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG.*

²⁵¹ *Terlitzza/Weber*, ÖJZ 2008, 1 (4 u 9).

²⁵² Damit ist der Gesellschafter gemeint der nicht Vertragspartei der Schiedsvereinbarung ist, also hier der Gesellschafter der als Nebenintervenient am Schiedsverfahren beteiligt ist.

²⁵³ *Terlitzza/Weber* verweisen hierbei auf *Oberhammer*, Die offene Handelsgesellschaft im Zivilprozeß 135.

zur Ansicht, dass vor dem Hintergrund der Rechtsprechung, zu Frage der Rechtskrafterstreckung von Urteilen auf Nebenintervenienten,²⁵⁴ die Beteiligung betroffener Gesellschafter als Nebenintervenienten zur Wahrung ihrer Interessen ausreiche.²⁵⁵

*Koppensteiner/Rüffler*²⁵⁶ nehmen nur kurz zu dieser Problematik Stellung und sind der Auffassung, dass trotz der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit weiterhin der bereits in der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 vorherrschende Einwand²⁵⁷ besteht, dass die Rechtskrafterweiterung durch § 42 Abs 6 GmbHG kaum mit §§ 594 Abs 1 aF/607 neu ZPO vereinbar sei.

*Gellis/Feil*²⁵⁸ beziehen sich auf *Thöni*²⁵⁹ und sind der Auffassung, dass die gesetzliche Rechtskrafterstreckung des § 42 Abs 6 GmbHG kein Hindernis für die Schiedsfähigkeit darstellt. Die Schiedsfähigkeit sei zu bejahen, wenn die von der Rechtskraft Betroffenen an der Schiedsgerichtsvereinbarung beteiligt sind.

*Auer*²⁶⁰ ist der Auffassung, dass alle Gesellschafter an der Schiedsvereinbarung beteiligt sein müssen und dass das bloße Recht, am späteren Verfahren mitwirken zu können, nicht ausreicht.

²⁵⁴ OGH 8.4.1997, 1 Ob 2123/96d ecocolex 1997, 422 (Oberhammer) = JBl 1997, 368 = ÖJZ-LSK 1997/202/203 = SZ 70/60 = JAP 1997/98, 41 = MietSlg 49.001 = MietSlg 49.658 = ARD 4849/33/97 = immolex 1997/110 = ÖJZ 2004/48, 781 (Fötschl); vgl zur Frage der Beteiligung Betroffener an einem Schiedsverfahren als Nebenintervenienten zur Wahrung ihrer Interessen auch: *Reiner*, Schiedsverfahren und rechtliches Gehör, ZfRV 2003, 11; *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (155); aM *Zeiler*, Schiedsverfahren § 607 Rz 10.

²⁵⁵ *Terlitzka/Weber*, ÖJZ 2008, 1 (9).

²⁵⁶ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 42 Rz 6.

²⁵⁷ Siehe Kapitel V.3.3.3.3 „Grund der Widersprüchlichkeit der ErläutRV ist die Übernahme der inhaltlich richtigen, in ihrer dogmatischen Begründung jedoch unrichtigen OGH-Judikatur zur Frage der Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG“ in welchem die Rechtsprechung und Lehre zur Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen nach § 42 Abs 6 GmbHG dargestellt wird.

²⁵⁸ *Gellis/Feil*, GmbH⁶ § 41 Rz13.

²⁵⁹ Darstellung von *Thöni*, WBl 1994, 298 (300) in Kapitel V.3.3.3.3 „Grund der Widersprüchlichkeit der ErläutRV ist die Übernahme der inhaltlich richtigen, in ihrer dogmatischen Begründung jedoch unrichtigen OGH-Judikatur zur Frage der Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG“.

²⁶⁰ *Auer* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen 128.

Nach *Reiner*²⁶¹, welcher zwischen objektiver Schiedsfähigkeit und der Wirksamkeit von Schiedssprüchen eine Unterscheidung macht, ergibt sich aus § 42 Abs 5 und 6 GmbHG für Beschlussmängelstreitigkeiten das Erfordernis, dass ein Schiedsverfahren über Beschlussmängelstreitigkeiten nur möglich ist, wenn alle Betroffenen, dh die Gesellschaft selbst und alle Gesellschafter, durch ein und dieselbe Schiedsvereinbarung gebunden sind.

4.2 Eigene Ansicht

Wie im Kapitel V.3 „*Die Objektive Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach neuer Rechtslage*“ gezeigt wurde, sind meiner Ansicht nach sämtliche gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und somit Anfechtungs- und Nichtigkeitsklagen nach § 41ff GmbHG objektiv schiedsfähig.

Die für einen Rechtsstreit gegebene objektive Schiedsfähigkeit ist für sich alleine jedoch noch kein Garant dafür, dass ein diesbezüglich erlassener Schiedsspruch wirksam ist. Für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches ist es neben zahlreichen weiteren Voraussetzungen auch notwendig, dass die Schiedsvereinbarung von denjenigen Personen abgeschlossen wird, deren Rechtsverhältnisse durch den Schiedsspruch betroffen sind. Besonders für die Frage der Wirksamkeit von Schiedssprüchen, welche über Nichtigkeits- oder Anfechtungsklagen nach § 41ff GmbHG entscheiden, ist diese Voraussetzung von erheblicher Bedeutung.

Wie im obigen Kapitel V.3.3 „*Weiteres über § 582 ZPO hinausgehendes Tatbestandselement für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten?*“ gezeigt wurde, wollte der Verfasser der ErläutRV zum SchiedsRÄG2006 nicht die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten durch ein weiteres Tatbestandselement anreichern, sondern entsprechend der bisherigen Judikatur²⁶² zur Frage der

²⁶¹ *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (154) mit Verweis auf *Auer*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, in *Die Privatisierung des Privatrechts Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* (2002) 127 (131); *Auer* in *Kals/Rüffler*, *Satzungsgestaltung in der GmbH-Möglichkeiten und Grenzen* 123 (129f).

²⁶² OGH 3.6.1950, 2 Ob 276/50 SZ 23/184; OGH 10.12.1998, 7 Ob 221/98w RdW 1999, 206 = *ecolex* 1999/106 = GBU 1999/05/02 = HS 29.067 = RWZ 1999, 108 (Wenger).

Rechtskrafterstreckung von Schiedssprüchen gemäß § 42 Abs 6 GmbHG klarstellen, dass die Wirksamkeit von Schiedssprüchen besonders im Gesellschaftsrecht davon abhängt, dass sämtliche vom Schiedsspruch erfassten Personen sich der Schiedsvereinbarung zu unterwerfen haben.

Wird das Endergebnis dieser Judikatur, dass nämlich ein Schiedsspruch über Streitigkeiten nach § 41ff GmbHG die Beteiligung sämtlicher betroffener GmbH-Gesellschafter am Schiedsverfahren voraussetzt, für richtig erkannt. Und wird die dabei von der Judikatur angewendete unrichtige Dogmatische Begründung, dass die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten nach § 41ff GmbHG von der Beteiligung sämtlicher betroffener GmbH-Gesellschafter an der Schiedsvereinbarung oder am Schiedsverfahren abhängt, durch die korrekte rechtliche Ansicht ersetzt bzw korrigiert, dass die Frage der Beteiligung der durch den Schiedsspruch betroffenen Gesellschafter nicht die objektive Schiedsfähigkeit, sondern die Wirksamkeit des Schiedsspruches betrifft, so gelangt man zu dem Ergebnis, dass sämtliche Streitigkeiten über Beschlussanfechtungsstreitigkeiten von einem Schiedsgericht mit Wirksamkeit für alle Gesellschafter entschieden werden können, sofern die Schiedsvereinbarung von allen Gesellschaftern vereinbart worden ist, was jedenfalls dann erfüllt ist, wenn die Schiedsvereinbarung in Form einer Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag enthalten ist.

5 Rechtslage in Deutschland

Die objektive Schiedsfähigkeit wird nach deutschem Recht in § 1030 dZPO geregelt, dessen Abs 1 bestimmt: Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nichtvermögensrechtliche Ansprüche hat insoweit rechtliche Wirkung, als die Parteien berechtigt sind, über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen.

Die Regelung ist inhaltlich und sprachlich sehr ähnliche wie jene des § 582 ZPO.²⁶³ Wie der Österreichische Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006, nur bedeutend früher, nämlich

²⁶³ Der österreichische Gesetzgeber orientierte sich bei der Schaffung des § 582 ZPO an § 1030 dZPO; siehe ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 8.

im Jahr 1997, wollte der deutsche Gesetzgeber mit der gänzlichen Neufassung des alten deutschen Schiedsverfahrensrecht durch das SchiedsVG²⁶⁴ das deutsche Schiedsrecht an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anpassen, wobei er im wesentlichen das von UNCITRAL ausgearbeitete UNCITRAL-Modellgesetz übernahm.²⁶⁵

Wie im österreichischem Recht nimmt auch die dZPO auf die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten nicht direkt Bezug, dh, es findet sich keine Regelungen die explizit erklärt, ob gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht wirksam entschieden werden können oder nicht. Somit ist die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit entsprechend den Vorgaben des § 1030 Abs dZPO zu beantworten.

Beschlussanfechtungen oder die Geltendmachung der Nichtigkeit eines Beschlusses wird vom Großteil der deutschen Lehre als grundsätzlich objektiv schiedsfähig betrachtet, sofern sämtliche Gesellschafter sich der Schiedsvereinbarung unterworfen haben und sichergestellt ist, dass die Beteiligungsrechte der Gesellschafter gewahrt bleiben.²⁶⁶ Weiters werden Streitigkeiten über Auskunfts- und Einsichtsrechte des GmbH-Gesellschafters nach §§ 51 a, 51 b GmbHG sowie Streitigkeiten einer GmbH und einem Gesellschafter wegen Leistung der Stammeinlage als objektiv schiedsfähig angesehen.²⁶⁷

6 Zusammenfassung

Durch die Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit im Zuge des SchiedsRÄG 2006 auf vermögensrechtliche Ansprüche sowie vergleichsfähige Ansprüche und der Tatsache, dass der Gesetzgeber keine konkreten Ausnahmebestimmungen hinsichtlich der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten erlassen hat, sind sämtliche gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, die sich auf einen vermögensrechtlichen Anspruch beziehen, was grundsätzlich bei GmbH-Streitigkeiten der Fall ist, objektiv schiedsfähig.

²⁶⁴ Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts vom 22.12.1997 dBGBI I 3224; In Kraft getreten am 1.1.1998.

²⁶⁵ Hartmann, ZPO-Kommentar⁶⁵ Grundz § 1025 Rz 1 u 2.

²⁶⁶ Musielak, Kommentar zur Zivilprozessordnung⁵ (2007) § 1030 Rz 2 mit vielen weiteren Verweisen.

²⁶⁷ Hartmann, ZPO-Kommentar⁶⁵ § 1030.

Dass dennoch von einem beachtlichen Teil diese Ansicht nicht in dieser Klarheit geteilt wird, geht auf die Materialien zum SchiedsRÄG 2006 zurück, in welchen zu lesen ist, dass mit der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Ansprüche noch nichts über die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ausgesagt werden kann, weil sie auch davon abhängt, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken kann.

Ich folge in diesem Zusammenhang der Auffassung *Reiners*, dass die objektive Schiedsfähigkeit getrennt von der Frage der Wirksamkeit eines Schiedsspruches betrachtet werden muss, sodass, wie bereits nach der alten Rechtslage, es weiterhin zu beachten gilt, dass für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches sämtliche von diesem betroffenen Personen Parteien der Schiedsvereinbarung sind, was bei der GmbH jedenfalls dann erfüllt ist, wenn alle GmbH-Gesellschafter sich der Schiedsvereinbarung unterworfen haben. Eine im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel garantiert somit, dass sämtliche für die Wirksamkeit eines Schiedsspruches über GmbH-Streitigkeiten notwendigen Personen erfasst sind.

Das SchiedsRÄG 2006 hat somit im Vergleich zur alten Rechtslage zu einer beachtlichen Erweiterung der Möglichkeiten geführt, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis der GmbH durch Schiedsgerichte wirksam entscheiden zu lassen.

VI. Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern

1 Einleitung

Im Kapitel II „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht vor dem SchiedsRÄG 2006*“ wurde gezeigt, dass bereits vor dem SchiedsRÄG 2006 ein beachtlicher Anteil der gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten durch Schiedsgerichte wirksam entschieden werden konnten. Im Kapitel V „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht nach aktueller Rechtslage*“ wurde gezeigt, dass die Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit durch das SchiedsRÄG 2006 zur objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere von GmbH-Streitigkeiten, geführt hat.

Gleichzeitig wurde aber auch durch das SchiedsRÄG 2006 § 617 ZPO eingeführt, der eine Reihe von Schutzbestimmungen für Verbraucher im Bereich des Schiedsverfahrens vorsieht. Die Bestimmungen des § 617 Abs 1, 3, 4, 5 und 7 ZPO kommen jedoch nur dann zur Anwendung, wenn Verbraucher mit Unternehmern mittels Schiedsvereinbarungen Schiedsgerichte zur wirksamen Entscheidung ihrer Streitigkeiten anordnen; für die Anwendbarkeit der Bestimmungen des § 617 ZPO Abs 2 und 6 ZPO reicht es bereits aus, wenn überhaupt ein Verbraucher an der Schiedsvereinbarung beteiligt ist, egal ob dieser einem Unternehmer oder ebenfalls einem Verbraucher gegenübersteht. Daraus folgt, dass § 617 ZPO für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten ausschließlich dann von Bedeutung ist, wenn Gesellschafter als Verbraucher angesehen werden.

Aufgabe des vorliegenden Kapitels ist es, eine Übersicht der Rechtsprechung und Lehre hinsichtlich der heiklen Frage zu geben, ob ein GmbH-Gesellschafter als Verbraucher im Sinne des § 617 ZPO anzusehen ist. Nach einer kurzen Einführung über die relevanten Bestimmungen sowie über das hier entscheidende Spannungsverhältnis zwischen gesellschaftsrechtlichem Trennungsprinzip und wirtschaftlicher Betrachtungsweise, wird die Judikatur zu dieser Frage referiert und im Anschluss daran die auf diese Bezug nehmende Lehre. Darauf folgend wird die deutsche Rechtsprechung und Lehre dargestellt und abschließend eine eigene Stellungnahme abgegeben.

2 Der Verbraucherbegriff des § 617 ZPO bezieht sich auf jenen des § 1 KSchG

§ 617 ZPO definiert nicht, wer als Verbraucher zu verstehen ist, und verweist auch nicht explizit auf eine diesen Begriff konkretisierende Norm, doch besteht kein Zweifel, dass mit dem von § 617 ZPO verwendeten Verbraucherbegriff jener des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG gemeint ist.²⁶⁸

§ 1 Abs 1 Z 2 KSchG definiert den Verbraucher negativ, indem derjenige als Verbraucher angesehen wird, für den das betreffende Geschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört.²⁶⁹ Wer über kein Unternehmen verfügt, ist somit immer Verbraucher. Doch kann auch eine Person, die über ein Unternehmen verfügt, Verbraucher sein, wenn das Geschäft, welches sie abschließt, nicht zum Betrieb ihres Unternehmens gehört.²⁷⁰ Unternehmer ist im Gegenzug gemäß § 1 Abs 1 Z 1 KSchG derjenige, für den das betreffende Rechtsgeschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Aus den aus § 1 Abs 1 KSchG ableitbaren Definitionen ergibt sich, dass eine Person im Hinblick auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft entweder als Unternehmer oder, sofern sie die dafür notwendigen Eigenschaften nicht aufweist, als Verbraucher anzusehen ist; ein „weder noch“ ist nach § 1 Abs 1 KSchG nicht möglich.

3 Konkretisierung der Fragestellung: Werden GmbH-Gesellschafter beim Abschluss von GmbH-Gesellschaftsverträgen als Verbraucher angesehen?

Wenn nun der Frage nachgegangen wird, ob der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher anzusehen ist, muss zuerst noch die Fragestellung verfeinert werden.

Ob eine bestimmte Person Verbraucher oder Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG ist, kann nämlich nicht pauschal beantwortet werden, sondern es muss diesbezüglich auf das jeweilige Rechtsgeschäft abgestellt werden, für welches in eventu

²⁶⁸ Vgl diesbezüglich etwa *Oberhammer*, Entwurf 49; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 617 Rz 1; *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 22.

²⁶⁹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 4.

²⁷⁰ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ Rz 4.

Verbraucherschutzbestimmungen zur Anwendung kommen könnten. Auch der Spitzenunternehmer, der mehrere tausend Angestellte dirigiert und für diese die Verantwortung trägt, ist beim privaten Kauf einer Tageszeitung gegenüber dem Kioskverkäufer als Verbraucher anzusehen. Dh, dass die Eigenschaft einer Person an einer GmbH als Gesellschafter beteiligt zu sein, noch nichts über ihre Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft hinsichtlich jener Geschäfte aussagt, die sie außerhalb ihres gesellschaftsrechtlichen Tuns tätigt.²⁷¹

Der Titel der vorliegenden Dissertation lautet „Die Problematik des Verbraucherschutz bei Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen der GmbH“ woraus folgt, dass hier die Frage von Interesse ist, ob der GmbH-Gesellschafter hinsichtlich dem Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist.

Doch da sich diese Frage erst seit der Einführung von § 617 ZPO im Zuge des SchiedsRÄG 2006 stellt, wäre die Anzahl von auf diese Frage gerichteten Entscheidung der höchstgerichtlichen Judikatur und Lehrmeinungen klein. Daher wird die Frage folgendermaßen erweitert: Wird der GmbH-Gesellschafter hinsichtlich der Beteiligung an einem Rechtsgeschäft, welches im Zusammenhang mit der GmbH steht, als Verbraucher oder als Unternehmer qualifiziert?

4 Kernproblem: Trennungsprinzips oder doch wirtschaftliche Betrachtungsweise

4.1 Trennungsprinzip

Entsprechend der Verbraucher- Unternehmerdefinition des § 1 Abs 1 KSchG ist derjenige als Unternehmern und somit nicht als Verbraucher anzusehen, der an einem Rechtsgeschäft beteiligt ist, das zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Hinsichtlich der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft des GmbH-Gesellschafters stellt sich

²⁷¹ Zum sogenannten funktionellen Verhältnis zwischen den Vertragsparteien siehe *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch³ § 1 KSchG Rz 50; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 22; *Meinhart*, Mehr Rechte des Verbrauchers beim Verbrauchergeschäft, ARBÖ 1979, 19; *Faber*, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalen Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854;

somit die Frage, ob das im Zusammenhang mit der GmbH geführte Unternehmen dem GmbH-Gesellschafter zugerechnet werden kann, also als „sein“ Unternehmen anzusehen ist?

Folgt man dem im Kapitalgesellschaftsrecht gegebenen Trennungsprinzip, so lautet die Antwort: Nein! Das Trennungsprinzip bedeutet, dass die GmbH als eigenständige juristische Person getrennt von ihren Gesellschaftern zu betrachten ist.²⁷² Die GmbH ist gemäß Gesetz (§ 61 Abs 1 GmbHG) selbständiger Rechts- und Pflichtenträger und kann daher dingliche Rechte erwerben und veräußern, sowie sich eigenständig verpflichten.²⁷³ Daraus ergibt sich, dass für die Verbindlichkeiten der GmbH grundsätzlich nur das Vermögen der GmbH und nicht jenes der Gesellschafter haftet.²⁷⁴ Die GmbH handelt somit im eigenen Namen, auch wenn sie dabei durch ihre Organe vertreten wird.

Das in § 1 Abs 1 Z 1 KSchG verwendete Tatbestandselement „zum Betrieb seines Unternehmens“ kann mit der in § 1 UGB festgelegten Legaldefinition (*Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt.*) insofern gleichgesetzt werden, als in beiden Fällen vorausgesetzt wird, dass die betreffende Person ein Unternehmen betreibt.²⁷⁵

Nach herrschender Meinung wird mit dem „Betreiben“ eines Unternehmens der innere Zusammenhang zwischen dem Unternehmen als Rechtsträger und seiner Tätigkeit hergestellt: Derjenige ist Betreiber eines Unternehmens, in dessen Namen unternehmensbezogene Geschäfte abgeschlossen werden.²⁷⁶ Als eigenständiges Rechtssubjekt, welches im eigenen Namen unternehmensbezogene Geschäfte abschließt, betreibt somit grundsätzlich die GmbH und nicht deren Gesellschafter oder

²⁷² Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ AllgEinl Rz 4.

²⁷³ Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 61 Rz 25.

²⁷⁴ Vgl etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ AllgEinl Rz 4; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 4/351.

²⁷⁵ Vgl etwa *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar KSchG³ § 1 Rz 31: *Der Begriff des Unternehmens wird auch vom § 1 des am 28.9.2005 im Nationalrat beschlossenen Bundesgesetzes über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (UGB) benutzt*; Vgl diesbezüglich auch Erläut RV 1058 BlgNr 22. GP 6.

²⁷⁶ *Krejci* in *Krejci*, Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch § 1 RZ 7; *Straube* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I³ § 1 Rz 24ff; *Rebhan* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 1 Rz 20f.

Geschäftsführer das Unternehmen.²⁷⁷ Dem Gesellschafter sowie dem Geschäftsführer mangelt es entsprechend dem Trennungsprinzip an einem Unternehmen, wodurch diese weder nach § 1 Abs 1 Z 1 KSchG noch nach § 1 UGB als Unternehmer betrachtet werden können. Entsprechend dem „Entweder/Oder“ Prinzip des § 1 Abs 1 KSchG ist der Gesellschafter einer GmbH beim Abschluss eines Geschäftes, welches er für den Betrieb des von der Gesellschaft betriebenen Unternehmens abschließt, entsprechend dem Trennungsprinzip mangels Unternehmen nicht als Unternehmer, sondern als Verbraucher anzusehen.

Entsprechend dem Trennungsprinzip würde § 617 ZPO auf Schiedsklausel in GmbH-Verträgen Anwendung finden, da der Abschluss des Gesellschaftsvertrages zwar als Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit dem von der GmbH betriebenen Unternehmen steht, das Unternehmen jedoch den Gesellschaftern nicht zugerechnet werden kann.

4.2 Wirtschaftliche Betrachtungsweise

Das sich an formalen Kriterien orientierende Trennungsprinzip führt aber dort zu Problemen, wo der die GmbH und somit das von dieser betriebene Unternehmen kontrollierende und Folge dessen lenkende Gesellschafter beim Abschluss von Geschäften, die er für den Betrieb der GmbH im eigenen Namen abschließt, als Verbraucher angesehen wird und dadurch in den Genuss von Schutzbestimmungen gelangt, die dieser auf Grund seiner typischerweise gegebenen großen Erfahrung nicht benötigt. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise setzt hier an und betrachtet denjenigen als Unternehmer, der die Kontrolle über ein Unternehmen hat, unabhängig davon, ob ein eigenständiger Rechtsträger, wie bspw die GmbH, zwischen geschaltet ist oder nicht.

Durch das Abgehen von den formalen Kriterien hinsichtlich der Bestimmung der Unternehmer- bzw Verbrauchereigenschaft, tritt das methodische Vorgehen entsprechend einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ in Konflikt mit dem im Verbraucherrecht gegebenen Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der

²⁷⁷ Vgl *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ (2008) 43.

Einzelfallgerechtigkeit.²⁷⁸ Der Gesetzgeber des KSchG wollte mit § 1 KSchG einen Grundtatbestand für das I. Hauptstück des KSchG schaffen, welcher sich für den Rechtsanwender aus leicht anzuwendenden formalen Kriterien zusammensetzt. Demnach soll es für die Qualifikation einer Person als Verbraucher nach § 1 KSchG keine Rolle spielen, ob dies im konkreten Fall dem mit ihm kontrahierenden Unternehmern unterlegen ist oder nicht.²⁷⁹ Die typische Ungleichgewichtslage war zwar für die Schaffung des § 1 KSchG das Motiv für den Gesetzgeber, dennoch machte er die typische Ungleichgewichtslage nicht zum Merkmal dieses Grundtatbestandes.²⁸⁰ Auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Umstände sollte es nicht ankommen.²⁸¹ Wichtiger war dem Gesetzgeber, mit § 1 KSchG einen Grundtatbestand zu schaffen, der für den Rechtsanwender auf Grund seiner Anknüpfung an klaren formalen Kriterien leicht zu fassen ist und folglich kaum Raum zum Streit über die Frage gewährt, ob das jeweilige Rechtsgeschäft überhaupt unter die Bestimmungen des KSchG fällt oder nicht. In den Worten Krejci ausgedrückt bedeutet dies: *„Die Generalklausel der Ungleichgewichtslage wurde somit dem Postulat nach höherer Rechtssicherheit und Praktikabilität des Gesetzes geopfert. Das Ziel, den Konsumentenschutz durchsetzbar zu machen, erfordert es, pragmatischer Rechtssicherheit den Vorrang gegenüber problematischer Einzelfallgerechtigkeit einzuräumen.“*²⁸²

Wird nun aber bei der Frage, ob der GmbH Gesellschafter als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist, von den formalen Kriterien abgegangen und ihm dennoch die Eigenschaft des Unternehmers zugesprochen, so steht dies im Konflikt mit dem eben dargelegten Postulat nach höherer Rechtssicherheit und Praktikabilität.

²⁷⁸ Siehe diesbezüglich, wenn auch im anderen Zusammenhang, jedoch sehr ausführlich Kapitel VII.4.5 *Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“ hindert nicht § 617 Abs 1 ZPO reduzierend auszulegen.*

²⁷⁹ Krejci in Rummel, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 5.

²⁸⁰ Krejci in Rummel, ABGB II/4³ Rz 5.

²⁸¹ Welser, Die Beschränkung der Vertragsfreiheit beim Konsumentengeschäft, JBl 1980, 2; Welser, Zum Geltungsbereich des I. Hauptstücks des KSchG in Krejci, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 226ff; Krejci in Rummel, ABGB II/4³ Rz 5.

²⁸² Siehe zur Problematik zwischen dem Postulat der Rechtsicherheit und der Auslegung von Verbraucherschutzbestimmungen mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise Kapitel VII.4.5 *Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“ hindert nicht § 617 Abs 1 ZPO reduzierend auszulegen..*

Trennungsprinzip, wirtschaftliche Betrachtungsweise und das Postulat nach höherer Rechtssicherheit und Praktikabilität sind also die Eckpfeiler für das Spannungsverhältnis, welches sich aus der Frage ergibt, ob GmbH-Gesellschafter beim Abschluss von Rechtsgeschäften, die im Zusammenhang mit dem Betrieb des GmbH-Unternehmens stehen, als Verbraucher oder doch als Unternehmer anzusehen sind.

Im Nachfolgenden wird gezeigt, wie von der Rechtsprechung und Lehre diese Frage gelöst wird.

5 *Rechtsprechung*

5.1 Entscheidungen im Zusammenhang mit der Kaufmannseigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH: Weder der Gesellschafter noch der Geschäftsführer einer GmbH ist Kaufmann.

Mit der Wandlung des HGB zum UGB durch das HaRÄG²⁸³ wurde gleichzeitig auch vom Grundtatbestand des Kaufmanns auf jenen des Unternehmers gewechselt, womit der Gesetzgeber am Unternehmerbegriff des KSchG anknüpfte.²⁸⁴ Der komplizierte Begriffe des Kaufmanns weist sicherlich nicht jene Parallelen bzw Identität zum Unternehmerbegriff des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG auf, wie dies der Unternehmerbegriff des § 1 UGB tut. Doch wird, um der Bezeichnung einer wissenschaftlichen Arbeit, wie sie die vorliegende Dissertation darstellen sollte, gerecht zu werden, der ausführlichkeitshalber auch jene höchstgerichtliche Judikatur angeführt, die sich der Frage widmete, ob der Gesellschafter oder Geschäftsführer einer GmbH als Kaufmann im Sinne des § 1 HGB anzusehen war.

Der OGH entschied in sämtlichen Fällen, in welchen er unter anderem über die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafter oder Geschäftsführers einer GmbH zu entscheiden hatte, jeweils strikt, dass weder der Geschäftsführer noch der Gesellschafter einer GmbH als Kaufmann zu qualifizieren ist, da die an den Kaufmannsbegriff geknüpften Rechtsfolgen untrennbar mit dem Betrieb eines Handelsgewerbe verknüpft

²⁸³ BGBl I 2005/120.

²⁸⁴ Zur Umstellung vom Handelsrecht auf das Unternehmensrecht siehe etwa *Krejci in Krejci*, Reformkommentar Einführung. Zum Kaufmannsbegriff siehe etwa *Straube in Straube*, HGB I³ § 1.

seien (§§ 1 u 3 HGB).²⁸⁵ In all diesen Entscheidungen orientierte sich der OGH somit streng am Trennungsprinzip.

5.2 Entscheidung 6 Ob 607/91²⁸⁶ : Geschäftsführer einer GmbH ist Verbraucher im Sinne des KSchG

Obwohl in dieser Entscheidung nicht die Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft eines GmbH-Gesellschafters, sondern der eines GmbH-Geschäftsführers im Zentrum der rechtlichen Beurteilung stand, haben Elemente dieser Entscheidung dennoch Bedeutung für die Frage der Unternehmerqualifikation des GmbH-Gesellschafters.

In dieser Entscheidung erklärte der OGH, dass der Geschäftsführer einer GmbH, an welcher dieser nicht beteiligt ist, für die Übernahme einer persönlichen Bürgschaft für Schulden der GmbH mangels eines eigenen Unternehmens als Verbraucher im Sinne des KSchG anzusehen ist.

Der OGH begründet dies vor allem damit, dass nur dann eine Person als Unternehmer betrachtet werden kann, wenn diese ein Unternehmen - eine auf Dauer angelegte Organisation selbständiger geschäftlicher Tätigkeit - „hat“ oder darüber etwa als Nutzungsberechtigter „verfügt“.²⁸⁷ Von den Handlungen des Geschäftsführers, die er im Namen der Gesellschaft als deren Organ macht und mit welchen er somit diese auch verpflichtet oder berechtigt, sind jene rechtsgeschäftlichen Handlungen zu unterscheiden, die er zwar für die GmbH, wie die Abgabe einer persönlichen Bürgschaftserklärung für Verbindlichkeiten der GmbH, jedoch im eigenen Namen tätigt.

²⁸⁵ OGH 17.5.1972, 7 Ob 64/72 HS 8012 = GesRZ 1973,81 (Griehsler); KOG 25.11.1974, Okt 34/24 (Kt 66/74) GesRZ, 1975, 34; OGH 15.12.1982, 3 Ob 666/82; OGH 14.7.1994, 1 Ob 553/94 SZ 67/128; OGH 29.4.1998, 9 ObA 416/97k.

²⁸⁶ OGH 26.9.1991, 6 Ob 607/91 ÖJZ NRsp 1992/44 = ecolex 1992, 89 = ÖJZ EvBl 1992/51.

²⁸⁷ Der OGH verweist dabei auf *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 9.

Diese Entscheidung wurde in einer Reihe von weiteren OGH-Urteilen bestätigt.²⁸⁸

5.3 Die Entscheidung 8 Ob 90/98p²⁸⁹ und 8 Ob 202/98h²⁹⁰ : Der Gesellschafter Geschäftsführer einer GmbH betreibt kein Unternehmer

Beide in der Überschrift genannten OGH-Entscheidungen beziehen sich auf die Frage, ob ein Gesellschafter einer GmbH, der zugleich Geschäftsführer dieser ist, gemäß § 182 KO ein Schuldnerregulierungsverfahren in Anspruch nehmen kann. § 182 KO lässt dies nur dann zu, wenn der Schuldner kein Unternehmen betreibt. Laut den Materialien²⁹¹ zu § 182 KO²⁹² bezog sich der Gesetzgeber des § 182 KO auf den Verbraucher-/Unternehmerbegriff des § 1 Abs 1 KSchG, wodurch die Relevanz dieser Entscheidungen auf die hier interessierende Frage gegeben ist, ob Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH als Verbraucher oder als Unternehmer zu betrachten sind.

5.3.1 Die Entscheidungen 8 Ob 90/98p

In der Entscheidung 8Ob90/98p entschied der OGH, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht als Unternehmer im Sinne des § 182 KO zu qualifizieren ist.

Der OGH führt in seiner rechtlichen Begründung diesbezüglich folgende Argumente an: Für das Konkursverfahren von Personen, die kein Unternehmen betreiben, sollen die Bezirksgerichte zuständig sein. Damit habe der Gesetzgeber zweifelsohne auf die Bestimmung des § 1 HGB Bezug genommen. Allerdings ergibt sich aus § 1 HGB kein Anhaltspunkt für die Annahme, dass Geschäftsführer einer GmbH, selbst dann, wenn

²⁸⁸ OGH 17.12.1996, 4 Ob 2307/96k HS 27.426 = HS 27.446 = HS 27.494 = HS 27.583 = HS 27.670 = HS 27.783 = HS XXVII/4 = ZfRV 1997, 118; OGH 29.3.2000, 6 Ob 35/00s MietSlg 52.231; OGH 17.5.2000, 6 Ob 1/00s immolex 2000/181, 298 = ecolex 2000/313, 795 = RdW 2001/34, 21 = ARD 5199/28/2001 = MietSlg 52.084 = MietSlg 52.210 = MietSlg 52.232 = MietSlg 52.770 = MietSlg LII/17 = KRES 1a/40; OGH 11.2.2002, 7 Ob 315/01a ecolex 2002/165, 430 = RdW 2002/409, 412 = JBI 2002, 526 = GesRZ 2002, 85 = GeS 2002, 28 = ÖBA 2003, 11 (Bydlinski/Haas) = ÖBA 2003/1083, 58 = SWK 2003, T 9 = SWK 2003, 97 = ARD 5377/17/2003 = SZ 2002/18 = KRES 1a/42; OGH 20.2.2003, 6 Ob 12/03p ÖBA 2003/1151, 871 = RdW 2003/440, 508 = ÖJZ EvBl 2003/137, 647 = ÖJZ-LSK 2003/165 = RZ 2003, 214 = ZfRV-LS 2003/54, 187 = KRES 1a/44a; OGH 21.4.2005, 6 Ob 202/04f KRES 1g/60; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h Zak 2006/88, 54 = ecolex 2006/208, 484 = ÖBA 2006/1349, 461 = JBI 2006, 384 = KRES 1g/63; OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b ecolex 2007/214, 517 = RdW 2007/550, 529 = GeS 2007, 240 = JBI 2007, 660 = JBI 2007, 647 (Huemer) = wbl 2007/199, 444 = ÖBA 2007/1441, 824 = ZfRV-LS 2007/20, 111 = RZ 2007/EÜ 355, 227 = KRES 1a/56 = SZ 2007/26; OGH 28.1.2010, 8Ob91/09d.

²⁸⁹ OGH 24.8.1998, 8 Ob 90/98p ZIK 1998, 209 = ARD 4992/25/98 = RdW 1999, 25 = SZ 71/137.

²⁹⁰ OGH 29.10.1998, 8 Ob 202/98h RdW 1999, 148 = ZIK 1999, 67.

²⁹¹ ErläutRV BlgNR 18. GP 19.

²⁹² KO-Nov 1993 BGBl. Nr. 1993/974./1993.

sie Gesellschafter sind und über einen Mehrheitsanteil verfügen, als Unternehmer zu werten wären. Vielmehr betreiben gerade Gesellschafter einer GmbH oder Organmitglieder juristischer Personen kein Handelsgewerbe und sind daher Kaufleute. Wenn ein Unternehmen auch mittelbar dh. im Weg einer Gesellschaftsbeteiligung betrieben werden kann, gilt dies jedoch nur bei Personengesellschaften. Bei Kapitalgesellschaften tritt der Umstand dazwischen, dass sie selbst Träger von Rechten und Pflichten sind und für die Verbindlichkeiten das Gesellschaftsvermögen haftet.

5.3.2 Die Entscheidung 8 Ob 202/98h

In der Entscheidung 8Ob202/98h bestätigt der 8te Senat seine obige Entscheidung und erklärt darüber hinaus, dass auch der Geschäftsführer, der zeitgleich auch Alleingesellschafter der GmbH ist, nicht als Unternehmer im Sinne von § 182 KO betrachtet werden kann. Auch der Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH betreibt nicht selbst das Unternehmen der Kapitalgesellschaft, vielmehr ist diese auch in einem solchen Fall als selbständige Trägerin von Rechten und Pflichten zwischengeschaltet.

5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a²⁹³

Sachverhalt und Rechtsfrage: Der alleinige Geschäftsführer und Gesellschafter einer „Ein-Mann-GmbH“ verpflichtete sich persönlich zur ungeteilten Hand als Schuldner neben seiner GmbH für einen Kredit, der der GmbH für den Betrieb des GmbH-Unternehmens von der Bank eingeräumt wurde. Im Folgenden wurde über das Vermögen der GmbH der Konkurs eröffnet, worauf die kreditgewährende Bank vom geschäftsführenden Alleingesellschafter die Kreditrückzahlung beehrte. Der Alleingesellschafter haftete laut Kreditvertrag mit der GmbH zur ungeteilten Hand, sei mindestens sechs Wochen mit seiner Leistung in Verzug und unter Androhung des Terminverlustes und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt worden. Der Alleingesellschafter wendete ein, die Bank habe ihre

²⁹³ OGH 11.2.2002, 7 Ob 315/01a ecolex 2002/165, 430 = RdW 2002/409, 412 = JBl 2002, 526 = GesRZ 2002, 85 = GeS 2002, 28 = ÖBA 2003, 11 (Bydlinski/Haas) = ÖBA 2003/1083, 58 = SWK 2003, T 9 = SWK 2003, 97 = ARD 5377/17/2003 = SZ 2002/18 = KRES 1a/42.

Verpflichtungen gemäß § 25b und 25c KSchG nicht eingehalten. Dagegen wendete die Bank ein, dass der Alleingesellschafter einer „Ein-Mann-GmbH“, der zudem die Geschäftsführungskompetenz innehat, nicht als Verbraucher sondern als Unternehmer zu betrachten sei und sich deshalb nicht auf die Regelungen des KSchG stützen kann. Die vom OGH zu klärende Rechtsfrage war daher, ob der Alleingesellschafter und zugleich Geschäftsführer einer GmbH Verbraucher oder Unternehmer im Sinne des KSchG ist.

Der OGH entschied, dass der Alleingesellschafter einer GmbH der zugleich auch die Geschäftsführungskompetenz innehat, als Unternehmer im Sinne des KSchG zu qualifizieren ist.

Als Begründung gibt der OGH an, dass die Haftungsübernahme des Alleingesellschafters letztlich im eigenen Interesse erfolgte und dieser somit selbst unternehmerisch tätig wurde. Es sei nicht einzusehen, warum jemand, der die Organisationsform einer „Ein-Mann-GmbH“ gewählt hat –weil er dadurch, wie der Gesellschafter selbst betont hat- dann grundsätzlich nicht persönlich zu haften habe, wenn er hinsichtlich eines Unternehmenskredites neben der GmbH als Kreditnehmer auftritt, als Verbraucher anzusehen ist. Da die gegenständliche Kreditaufnahme unternehmerischen Zwecken diene, kann sie – aus der maßgeblichen Sicht des funktionellen Verhältnisses zwischen den Streitteilen – für den Kreditnehmer kein Verbrauchergeschäft darstellen.

In seiner rechtlichen Beurteilung geht der OGH unter anderem auch auf die ständige Rechtsprechung des dBGH ein, der bei bedingt vergleichbarer Rechtslage den Gesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, der neben der GmbH als Kreditnehmer für einen an die GmbH gewährten Kredit beteiligt ist, unabhängig vom Grad seiner Beteiligung als Verbraucher iS d § 1 I VerbrKrG betrachtet.²⁹⁴ Nach Ansicht des dBGH

²⁹⁴ Siehe Kapitel VI.7.2 *Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH.*

komme es im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit“ nicht drauf an, ob der mithaftende Geschäftsführer Mehrheits- oder gar Alleingesellschafter der GmbH ist.²⁹⁵

Der Ansicht des dBGH folgt der OGH nicht und gibt diesbezüglich die Begründung an, dass die betreffende, hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft vorzunehmende, sachlich gebotene Differenzierung aus dem Grunde der Rechtssicherheit oder Rechtsklarheit zu unterlassen, nicht notwendig ist. Da der Vertragspartner des Gesellschafters sich über die gesellschaftlichen Beteiligungsverhältnisse zum maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus dem Firmenbuch jederzeit informieren kann, ist die Bedachtnahme darauf, ob der beteiligte Kreditnehmer „gewöhnlicher Geschäftsführer“ oder als geschäftsführender Alleingesellschafter „unumschränkter Herrscher über die Gesellschaft“ ist, ebenso zuzumuten, wie für den betreffenden Alleingesellschafter einsichtig sein müsste, dass er als Mitkreditnehmer eines Unternehmenskredites nicht als Verbraucher behandelt werden kann.

5.5 Bestätigung der „Wendentscheidung“

In den Entscheidungen 6 Ob 12/03p,²⁹⁶ 3 Ob 141/03m,²⁹⁷ 8 Ob 100/03v,²⁹⁸ 9 Ob 27/05v,²⁹⁹ 3 Ob 58/05h,³⁰⁰ und 8 Ob 91/09d³⁰¹ bestätigte der OGH den in der Entscheidung 7 Ob 315/01a entwickelten Rechtssatz,³⁰² dass die Kreditaufnahme eines geschäftsführenden Alleingesellschafters zu unternehmerischen Zwecken für ihn als Kreditnehmer kein Verbrauchergeschäft darstellt.

²⁹⁵ dBGH 25.2.1997, XI ZR 49/96 (OLG Naumburg) NJW 1997, 1443; ZIP 1997, 642; EWiR § 6 VerbrKrG 2/97, 427 (Bülow).

²⁹⁶ OGH 20.2.2003, 6 Ob 12/03p ÖBA 2003/1151, 871 = RdW 2003/440, 508 = ÖJZ EvBl 2003/137, 647 = ÖJZ-LSK 2003/165 = RZ 2003, 214 = ZfRV-LS 2003/54, 187 = KRES 1a/44a.

²⁹⁷ OGH 25.6.2003, 3 Ob 141/03m ÖJZ-LSK 2003/225 = RdW 2003/605, 694 = ecolex 2004/4, 26 = ÖBA 2004/1175, 143.

²⁹⁸ OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v ecolex 2004/156, 364 = ÖJZ-LSK 2004/98 = RdW 2004/261, 281 = ÖBA 2004/1216, 635 = ÖJZ EvBl 2004/99, 465 = KRES 1g/51.

²⁹⁹ OGH 11.5.2005, 9 Ob 27/05v.

³⁰⁰ OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h Zak 2006/88, 54 = ecolex 2006/208, 484 = ÖBA 2006/1349, 461 = JBl 2006, 384 = KRES 1g/63.

³⁰¹ OGH 28.1.2010, 8Ob91/09d.

³⁰² Ris-Jusitz RS0116313.

5.6 Die Entscheidung 4 Ob 108/06w³⁰³

Sachverhalt: Ein zu 15 % beteiligter Minderheitsgesellschafter einer GmbH gibt neben einem weiteren Gesellschafter eine Bürgschaftserklärung gegenüber der der GmbH kreditgewährenden Bank ab, nach welcher eben dieser Minderheitsgesellschafter die solidarische Haftung als Bürge und Zahler für den von der GmbH mit der Bank abgeschlossenen Kreditvertrag übernahm. Über das Vermögen der GmbH wurde der Konkurs eröffnet. Die Bank klagt vom Minderheitsgesellschafter die Zahlung des ausstehenden Kreditbetrages ein. Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. In zweiter Instanz wird vorgebracht, dass die §§ 25c und 25d KSchG bereits in erster Instanz amtswegig aufgegriffen werden hätten müssen, da der Minderheitsgesellschafter einer GmbH als Verbraucher anzusehen ist. Rechtlich galt es für den OGH die Frage zu klären, ob der Minderheitsgesellschafter einer GmbH als Verbraucher oder Unternehmer im Sinne des KSchG zu betrachten ist.

Der OGH erklärte, dass der Minderheitsgesellschafter einer GmbH, dessen Gesellschaftsbeteiligung eine bloße Finanzinvestition ist und der daher keinen relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübt, jedenfalls als Verbraucher im Sinne des KSchG zu qualifizieren ist. Das bloße Anlegen von Kapital ist noch nicht unternehmerisches Handeln. Es fehlt hier der Zusammenhang zwischen dem Betrieb des Unternehmens und einem darauf bezogenen Handeln des Gesellschafters.

In seiner rechtlichen Beurteilung stellte der OGH auch die Rechtsmeinungen von *Karollus*³⁰⁴ und *Bydlinski/Haas* dar³⁰⁵, die auf die Entscheidung 7 Ob 315/01a³⁰⁶ unterschiedlich Bezug genommen haben. Welcher der beiden Rechtsmeinung der OGH folgte, wurde von diesem nicht explizit erklärt, doch stellte er klar, dass der

³⁰³ OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w JBl 2007, 237 (*Huemer*) == ÖBA 2007/1418, 490 (Koziol) GesRZ 2006, 318 = RdW 2006/687, 756 = RWZ 2006/87, 292 = RZ 2007/EÜ 8/9, 24 = KRES 1d/86 = SZ 2006/116 = HS 37.448 = HS 37.145.

³⁰⁴ *Karollus*, Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH kein Verbraucher, JBl 2002, 526; siehe Kapitel VI.6.2.1 *Karollus*.

³⁰⁵ *P.Bydlinski/Haas*, Besonderheiten bei Haftungsübernahme eines geschäftsführenden Alleingeschafters für Schulden "seiner" GmbH? Zugleich eine Besprechung der Entscheidung OGH 7 Ob 315/01a vom 11.2.2002, ÖBA 2003, 11; siehe Kapitel VI.6.2.2 *Bydlinski/Haas*.

³⁰⁶ Siehe Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a.

Minderheitsgesellschafter, dessen Geschäftsbeteiligung eine bloße Finanzbeteiligung darstellt, keinesfalls Unternehmer sein kann. Insofern folgt der OGH in diesem Punkt der Rechtsansicht von *Karollus* nicht, welcher die Geschäftsführereigenschaft für unerheblich hält und darüber hinaus erwägt, auch Minderheitsgesellschafter vom Verbraucherbegriff auszunehmen und somit als Unternehmer zu betrachten.

5.7 Die Entscheidung 7 Ob 266/06b³⁰⁷

Sachverhalt: Die Mehrheitsgesellschafterin (62,5 %) einer GmbH schloss mit einer der GmbH kreditgewährenden Bank einen Bürgschaftsvertrag hinsichtlich der Sicherung des von der Bank an die GmbH gewährten Kredites. Die Mehrheitsgesellschafterin war keine organschaftliche Geschäftsführerin der GmbH, doch war sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bürgschaftsvertrages im deutschen Gerichtsregister eingetragene Prokuristin der GmbH. Die Bank begehrte vom Mehrheitsgesellschafter Zahlung aus dem Bürgschaftsvertrag. Der Mehrheitsgesellschafter brachte vor, er sei Verbraucher im Sinne des KSchG, die Bank hätte bei Abschluss des Bürgschaftsvertrages gemäß § 25c und 25d KSchG entsprechend aufzuklären, was nicht erfolgt sei.

Der OGH entschied, dass der Mehrheitsgesellschafter ohne Geschäftsführungskompetenz nicht als Unternehmer qualifiziert werden kann. Die Innehabung der Prokura ersetzt das Erfordernis der typischen eigenwirtschaftlichen Tätigkeit, die dem geschäftsführenden Gesellschafter als Organ „seiner“ Gesellschaft zukommt, noch nicht. In seiner rechtlichen Beurteilung erklärt der OGH, dass es nun herrschende Rechtsprechung ist, dass der Alleingesellschafter einer „Ein-Mann-GmbH“, der gleichzeitig Alleingeschäftsführer ist, wirtschaftlich betrachtet in Wahrheit selbst (allein) unternehmerisch tätig wird.³⁰⁸

³⁰⁷ OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b ecolex 2007/214, 517 = RdW 2007/550, 529 = GeS 2007, 240 = JBI 2007, 660 = JBI 2007, 647 (*Huemer*) = wbl 2007/199, 444 = ÖBA 2007/1441, 824 = ZfRV-LS 2007/20, 111 = RZ 2007/EÜ 355, 227 = KRES 1a/56 = SZ 2007/26.

³⁰⁸ RIS-Justiz RS0116313

Weiters geht der OGH auf die Lehrmeinungen von *Karollus*³⁰⁹ und *Bydlinski/Haas*³¹⁰ ein, die auf die vorhergehenden Entscheidungen des OGH, bezüglich der Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern, Stellung nahmen.

Der OGH kommt zum Entschluss, dass der Ansicht *Karollus*, dass bei der Beurteilung, ob ein Gesellschafter Unternehmer ist, von der Geschäftsführungstätigkeit abzusehen sei, nicht gefolgt werden kann, da *Karollus* dem Aspekt, dass gerade die Geschäftsführungstätigkeit dem in § 1 Abs 2 KSchG genannten Merkmal des Unternehmerbegriffes (selbständig wirtschaftliche Tätigkeit) sehr nahe kommt, nicht entsprechend Rechnung schenkt. Die Geschäftsführungstätigkeit spreche auch für die größere Erfahrung in wirtschaftlichen Angelegenheiten, die mit ein Grund für die vom Gesetzgeber angenommene typische Ungleichgewichtslage zwischen (unerfahrenem) Verbraucher und (erfahrenem) Unternehmer ist, die durch das KSchG ausgeglichen werden soll.

Der OGH teilt auch nicht die von *Karollus* dargelegten Bedenken hinsichtlich der (Nicht)Zugrundelegung eines europarechtlichen Verbraucherbegriffes. Die europarechtlichen Verbraucherschutzrichtlinien legen in der Regel nur einen Mindestschutz fest. Der Gesetzgeber kann auch ein höheres Schutzniveau annehmen. Im Hinblick auf die den Verbraucherschutzrichtlinien in der Regel zugrunde liegende – im Verhältnis zum KSchG – sehr viel engere Verbraucherdefinition, nämlich als eine natürliche Person, die zu einem Zweck handelt, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, bestehen keine Bedenken – wie bereits auch in der Entscheidung 7 Ob 301/01a (womit wohl irrtümlicherweise die oben³¹¹ bereits dargestellte Entscheidung 7 Ob 315/01a gemeint sein muss) vom OGH erklärt wurde -, dass der Mindestschutz unterschritten werden könne.

³⁰⁹ *Karollus*, JBl 2002, 526.

³¹⁰ *P.Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 11.

³¹¹ Siehe Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a.

6 *Lehre*³¹²

6.1 Lehrmeinungen zur Frage der Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern im Zusammenhang mit § 182 KO

Kossak vertritt die Auffassung, dass der Geschäftsführer einer GmbH die Unternehmereigenschaft im Sinne des § 182 KO erfülle. *Kossak* kritisiert in diesem Zusammenhang, dass der Gesetzgeber vom Unternehmensbegriff des § 1 Abs 2 KSchG ausgegangen sei.³¹³ Wobei von ihm ausgeführt wird, dass das KSchG einen anderen rechts- und sozialpolitischen Hintergrund habe und der Unternehmensbegriff, der in vielen anderen Rechtsbereichen eine zentrale Rolle spielt, ohne dort einzeln jeweils gesetzlich definiert zu sein, normenspezifisch auszulegen sei.³¹⁴ Nach *Kossak* betreibt der Geschäftsführer einer GmbH iSd § 1 HGB und damit auch iSd § 182 KO die GmbH, für welche er als vertretungsbefugtes Organ bestellt worden sei. Als Argumentation stellt *Kossak* vor allem auf den aus § 1 Abs 6 Z 3 IESG entlehnten Begriff des maßgebenden Einflusses auf die Geschäftsführung des Unternehmens ab.³¹⁵

Diese Rechtsansicht hat sich nicht durchgesetzt. Nach herrschender Ansicht³¹⁶ ist das Bezirksgericht für den Geschäftsführer einer GmbH im Sinne des § 182 KO zuständig, auch wenn dieser Mehrheits- oder Alleingesellschafter ist oder die GmbH höchstpersönlich wie ein Einzelunternehmen leitet.

So ist *Bachmann* der Ansicht, dass von einem Unternehmer im Sinne von § 182 KO nicht gesprochen werden kann, wenn der Schuldner nur Geschäftsführer einer GmbH ist und seine Verbindlichkeiten aus Bürgschaften etc resultieren. Doch müsste nach *Bachmann*³¹⁷ näher geprüft werden, ob nicht bereits aus der Beteiligung an einem oder

³¹² So wie die Darstellung der Rechtsprechung zur Frage der Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschafter ist auch die Darstellung der Lehrmeinungen zur selben Frage aufsteigend chronologisch gegliedert.

³¹³ *Kossak* verweist auf die ErläutRV 1218 BlgNR 18. GP 19.

³¹⁴ *Kossak* zitiert in diesem Zusammenhang *Fabricius*, Grundbegriffe des Handels-, Wirtschafts- und Unternehmensrechts⁵ 25

³¹⁵ *Kossak*, Die Zuständigkeit der Bezirksgerichte für Privatkonkurse, RZ 1995, 2 u 26 (31).

³¹⁶ *Mohr*, Privatkonkurs² (2007) 15; *Mohr* in *Konecny/Schubert*, Kommentar zu den Insolvenzgesetzen (1997) § 182 Rz 7; *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs (2002) 26; *Bachmann*, Zuständigkeitsabgrenzung Bezirksgericht/Gerichtshof nach § 182 KO, ZIK 2010, 190.

³¹⁷ *Bachmann*, ZIK 1998, 190

mehreren Unternehmen die Unternehmereigenschaft abzuleiten sei. So sei nach dem OGH ein Vermieter dann als Unternehmer zu qualifizieren, wenn er in einem Haus mehr als fünf Bestandsobjekte vermietet und durch die Verwaltungsarbeit ein bestimmter Organisationsumfang anzunehmen ist.³¹⁸ Es sei daher durchaus möglich, dass auch die Wahrnehmung der Rechte und Pflichten aus einer oder mehreren Gesellschaftsbeteiligungen eine Organisation erfordert, die dem Unternehmensbegriff des § 1 Abs 2 KSchG entspricht.

Hinsichtlich der von *Kossak* geübten Kritik über die Bezugnahme des § 182 KO auf die Legaldefinition des § 1 Abs 2 KSchG stimmt diesem *Bachmann*³¹⁹ insofern zu, als das KSchG einen anderen rechtspolitischen Hintergrund wie die KO habe und dieser Rechtsbegriff daher normenspezifisch auszulegen sei, doch ist *Bachmann* der Meinung, dass gerade der weite Unternehmensbegriff des KSchG in der Regel den Zielsetzungen der KO Rechnung tragen würde, um im komplexeren Verfahren vor dem Gerichtshof unter Führung eines Masseverwalters die Vielfalt unternehmensspezifischer Probleme zu lösen.

*Mohr*³²⁰ vertritt die Auffassung, dass der Betrieb eines Unternehmens jedenfalls dann nicht gegeben sei, wenn der Schuldner bloß das vertretungsbefugte Organ einer Kapitalgesellschaft ist. Gleiches gelte zweifelsohne zumindest auch dann, wenn der Schuldner einen Anteil an der Kapitalgesellschaft hält.

Auch *Kodek*³²¹ stimmt der herrschenden Meinung zu, dass das Bezirksgericht für den Geschäftsführer der GmbH zuständig sei, auch wenn dieser Mehrheits- oder Alleingesellschafter ist. Als Argument führt *Kodek* unter anderem an, dass im Konkurs über das Vermögen des Geschäftsführers oder Gesellschafters sich keine Fragen der Unternehmensfortführung, der Auflösung von Arbeitsverträgen, usw, stellen würden, die Grund für die Ausgestaltung der Abgrenzung zwischen Gerichtshof und Bezirksgericht waren.

³¹⁸ *Bachmann* verweist dabei auf *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/43 § 1 KSchG Rz 19.

³¹⁹ *Bachmann*, ZIK 1998, 190.

³²⁰ *Mohr*, Privatkonkurs² 15.

³²¹ *Kodek*, Handbuch Privatkonkurs 26.

6.2 Lehrmeinungen im Zusammenhang mit der „Wendentscheidung“³²²

6.2.1 *Karollus*³²³

In seiner Entscheidungsbesprechung zu 7 Ob 315/01a³²⁴, in welcher der OGH den Alleingesellschafter und zeitgleichen Alleingeschäftsführer einer „Ein-Mann-GmbH“ als Unternehmer im Sinne des KSchG qualifizierte, teilt *Karollus* das Ergebnis der Entscheidung, doch äußert er sich kritisch hinsichtlich der dogmatischen Begründung dieser Entscheidung.

Karollus stimmt der Ansicht des OGH zu, dass die Frage der Unternehmereigenschaft des GmbH-Gesellschafters nicht, wie bisher, mittels des formalen Unternehmensträgerbegriffes, sondern mittels eines wirtschaftlichen Unternehmerbegriffes zu lösen sei.³²⁵ Die Entscheidung 7 Ob315/01a stelle einen neuen Ansatz des OGH dar, da vor dieser Entscheidung der Unternehmerbegriff so verstanden worden sei, dass darunter nur der Unternehmensträger selbst fällt, also derjenige, in dessen Namen das Unternehmen betrieben wird. Nicht der Gesellschafter oder Geschäftsführer würde demnach das Unternehmen betreiben, sondern die GmbH. Mit der Entscheidung 7Ob315/01a würde der OGH aber diesen formalen Ansatzpunkt zu Gunsten einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ verlassen: Der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH werde, obwohl er unzweifelhaft nicht Unternehmensträger und formal nicht „Unternehmer“ sei, wirtschaftlich als „Unternehmer“ angesehen und damit aus dem Verbraucherbegriff des KSchG ausgeklammert.³²⁶

Gegen diese neue Auffassung würden einerseits „traditionelle“ Gesichtspunkte (Wortlautinterpretation, Gedanke der Rechtssicherheit) sprechen andererseits würden aber für einen „wirtschaftlichen Unternehmerbegriff“ eine teleologisch orientierte,

³²² Siehe diesbezüglich VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a.

³²³ *Karollus*, JBl 2002, 526.

³²⁴ Siehe Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a.

³²⁵ Der OGH in 7 Ob 315/01a zwar nicht explizit von einem „wirtschaftlichen Unternehmensbegriff“, doch werden in der rechtlichen Beurteilung Begriffe wie „unumschränkter Herrscher über die Gesellschaft“ verwendet, was nahelegt, dass der OGH von einem wirtschaftlichen Unternehmensbegriff ausging.

³²⁶ Siehe diesbezüglich auch die Ausführungen in Kapitel VI.4 Kernproblem: Trennungsprinzip oder doch wirtschaftliche Betrachtungsweise.

wirtschaftliche Betrachtungsweise sprechen, die „modernen“ Tendenzen in der Literatur Rechnung trage.³²⁷

Zu den Contra-Punkten führt *Karollus* Folgendes aus: Der Gesetzeswortlaut stelle auf den Betreiber des Unternehmens ab. Die Gesellschaft, und nicht der Gesellschafter oder der Geschäftsführer, betreibe jedoch das Unternehmen. Weiters sei auf Grund des Gedanken der Rechtssicherheit der Grundtatbestand des KSchG bewusst auf möglichst leicht feststellbare formale Kriterien abgestellt worden, um Unsicherheiten über den Anwendungsbereich möglichst hintanzuhalten. So sei insbesondere darauf verzichtet worden, auf die im konkreten Einzelfall gegebenen Schutzwürdigkeit oder Ungleichgewichtslage abzustellen.³²⁸ Mit der Aufweichung des formalen Unternehmerbegriffes zu Gunsten einer wirtschaftlichen Betrachtung wäre aber gleichermaßen eine erhebliche Rechtsunsicherheit verbunden. Die vom OGH in diesem Zusammenhang erwähnte Möglichkeit der Firmenbuchabfrage helfe nur dann etwas, wenn klar sei, ab welcher Beteiligungsgrenze die wirtschaftliche Unternehmereigenschaft eingreife, und ob es nur auf die Kapitalbeteiligung ankomme. Gerade diese Grundsatzfragen seien aber noch offen.

Für den neuen Ansatz des OGH würden teleologische („wirtschaftliche“) Gesichtspunkte sprechen: In einer Zeit, in der eine Vielzahl auch kleinerer Unternehmen in der Rechtsform einer Gesellschaft betrieben werden und daher der Einzelunternehmer immer mehr an Bedeutung verliere, sei das alleinige Abstellen auf den formalen Unternehmensträger zweifelhaft geworden. Demgemäß würde auch zu verwandten Fragestellungen (Anwendungsbereich des § 350 HGB sowie des Schuldenregulierungsverfahrens) überlegt, ob man nicht (geschäftsführende) Gesellschafter als Unternehmer behandeln sollte. Insofern liege die Entscheidung durchaus auf der Linie neuerer Strömungen in der Literatur und führte insgesamt zu

³²⁷ *Karollus* verweist hierbei auf *K Schmidt*, Formfreie Bürgschaften eines geschäftsführenden GmbH-Gesellschafters, ZIP 1986, 1510; *K Schmidt*, Handelsrecht⁵ (1999) § 18 I 1 d aa, 519 ff; *P.Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts-, und Wertpapierrecht (1991); *Kramer* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I² § 350 Rz 2; dagegen *Kerschner* in *Jabornegg*, Kommentar zum HGB § 350 Rz 5. Für den Bereich des Schuldnerregulierungsverfahrens verweist *Karollus* auf *Kossak*, RZ 1995, 2 u 26 (30f); *Kossak*, Korrespondenz, ZIK 1995, 85.

³²⁸ *Karollus* verweist hierbei auf *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 1, 5f, 10f.

einem „moderneren“, den wirtschaftlichen Gegebenheiten besser Rechnung tragenden Unternehmerbegriff bzw Verbraucherbegriff.

Weiters könne sich der Ansatz des OGH auf eine Passage in den Materialien zum KSchG stützen, in der für atypische Fälle eine teleologische Reduktion des Verbraucherbegriffes für möglich gehalten wird.³²⁹

Bezüglich der Frage, ab welcher Beteiligung ein Gesellschafter als „wirtschaftlicher“ Unternehmer zu betrachten ist und ob er dafür Geschäftsführungskompetenz innehaben muss, führt *Karollus* aus, dass es lediglich auf die Gesellschafterstellung ankomme. Bereits nach der bisherigen Rechtsprechung des OGH, sei der Geschäftsführer einer GmbH jedenfalls kein Unternehmer. Daran würde der OGH auch mit der vorliegenden Entscheidung 7Ob315/01a festhalten. Dies sei auch zutreffend, weil nur die Gesellschafterstellung – und nicht jene als Geschäftsführer – eine Qualifikation als „wirtschaftlicher Eigentümer“ des Unternehmens zulässt. Folge dessen müsse dann aber die Gesellschafterstellung auch ohne zusätzliche Geschäftsführerfunktion genügen. Anders könnte man nur dann entscheiden wenn man besonderes Gewicht auf die Geschäftsleitungsfunktion lege. Diese sei aber auch beim Fremdgeschäftsführer gegeben, bei welchem diese gerade nicht ausreiche. Zum anderen hätten die GmbH-Gesellschafter ohnedies ein Weisungsrecht gegenüber dem Geschäftsführer (§ 20 Abs 1 GmbHG), sodass es jedenfalls bei der GmbH völlig unverständlich sei, wenn zwischen dem Alleingesellschafter ohne Geschäftsführerfunktion und dem Alleingesellschafter-Geschäftsführer differenziert werden würde. Für die vom OGH nicht geklärte Frage, ab welcher Beteiligung der Gesellschafter als wirtschaftlicher Eigentümer zu betrachten ist, schlägt *Karollus* vor, dass hier auf das Stimmgewicht bzw auf die Beherrschung oder auf die wirtschaftliche Beteiligung abgestellt werden soll. *Karollus* favorisiert den Ansatz der Kapitalbeteiligung, da für diesen sprechen würde, dass die Kapitalbeteiligung leichter feststellbar sei wie der Einfluss an Treuhandverhältnisse und

³²⁹ ErläutRV zum KSchG 744 BlgNR 14. GP 16; *Karollus* ist der Auffassung, dass dies aber bisher in der Praxis noch keine Rolle gespielt haben dürfte. *Karollus* verweist für eine stärkere Berücksichtigung dieses Ansatzes auf *Franz Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 683, 693 ff.

Syndikatsverträgen, der nach außen nicht offen gelegt werden müsse, sodass die daraus resultierenden Einflussverteilungen für Dritte regelmäßig nicht erkennbar seien.

Nach *Karollus* wären nach diesem Konzept auch Minderheitsgesellschafter als wirtschaftliche „Miteigentümer“ des Unternehmens zu betrachten, wobei *Karollus* eine Grenzziehung bei 20% Kapitalbeteiligung am Gesellschaftsvermögen in Anlehnung an die rechnungslegungsrechtliche Grenzziehung in § 228 Abs 1 HGB vorschlägt, bei deren Unterschreitung der Gesellschafter nicht als „wirtschaftlicher“ Unternehmer betrachtet werden könne.

Karollus bringt weiters vor, dass für die Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft des Gesellschafter einer GmbH der europarechtliche Verbraucherbegriff entscheidend sei. Und zwar auch dann, wenn der Gesellschafter Geschäfte abschließt, die KSchG-Regelungen betreffen, die nicht auf europäischen Verbraucherschutzrichtlinien basieren. Der nationale Gesetzgeber und somit auch die nationalen Gerichte sind zwar nicht auf den ersten Blick an den europäischen Verbraucherbegriff gebunden, wenn sie über Fälle zu entscheiden haben, in welchen KSchG-Normen zur Anwendung kommen, die nicht auf europäischen Verbraucherrecht basiert. Doch würde eine andere als dem europäischen Verbraucherbegriff entsprechende Auslegung des Verbraucherbegriffs dazu führen, dass für auf europarechtliche Verbraucherschutzrichtlinien basierenden KSchG-Regelungen auf Grund einer sich von der österreichischen Judikatur differenzierenden Judikatur des EuGH bezüglich der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern einer GmbH ein anderer Verbraucher- bzw Unternehmerbegriff anzuwenden sei als auf Regelungen, die nicht auf europäischen Verbraucherschutzrecht basieren.³³⁰

Die im KSchG umgesetzten Richtlinien würden – mit Ausnahme der Pauschalreiserichtlinie – im Wesentlichen von einem einheitlichen Verbraucherbegriff ausgehen: Der „Verbraucher“ werde jeweils als natürliche Person definiert, die bei den von der jeweiligen Richtlinie erfassten Geschäften bzw Verträgen zu einem Zweck

³³⁰ *Karollus* verweist hier auf *Habersack/Mayer*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien, RZ 1999, 913; *Faber*, Handbuch zum neuen Gewährleistungsrecht (2001) 45ff.

handle, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden könne.³³¹ Dieser europarechtlich vorgegebene Verbraucherbegriff stelle für die nationalen Rechtsvorschriften und für die nationalen Gerichte einen Mindeststandard dar: Der OGH dürfte daher im Anwendungsbereich der Verbraucherschutzrichtlinien den Verbraucherbegriff zwar weiter, nicht aber enger fassen, als es in der jeweils einschlägigen Richtlinie der Fall sei. Eine Entscheidung darüber, ob der EuGH einen GmbH Gesellschafter als Verbraucher oder Unternehmer ansieht, liege jedoch noch nicht vor.³³² Dem EuGH müsste daher im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens der nächste Fall, in welchem ein Gesellschafter einer GmbH Geschäfte schließt, die nationale KSchG-Regeln betreffen, die auf europarechtliche Verbraucherschutzrichtlinien basieren, vorgelegt werden.

6.2.2 *Bydlinski/Haas*³³³

So wie *Karollus* nehmen auch *Bydlinski/Haas* Stellung zur Entscheidung 7 Ob315/01a.³³⁴ Nach Ansicht *Bydlinski/Haas*, die obiger Entscheidung, in welcher der OGH den Alleingesellschafter einer GmbH mit Geschäftsführungskompetenz als Unternehmer qualifizierte, in concreto zustimmen, sei der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer jedenfalls dann als Unternehmer zu behandeln, wenn wirtschaftliches Eigeninteresse und organschaftliche Handlungsbefugnis für das Unternehmen in einer Person zusammenfallen.

Bydlinski/Haas stimmen der Entscheidung des OGH in concreto zwar zu, doch bemängeln sie, dass aus dem Urteil nicht hervorgehe, wie der OGH methodisch zu seinem Ergebnis gelangt, dass ein Alleingesellschafter, der zugleich Geschäftsführer der betreffenden GmbH ist, als sozusagen „unumschränkter Herrscher über die

³³¹ *Karollus* verweist hier auf *Faber*, ZEuP 1998, 854; *Pfeiffer*, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht in *Schulte-Nölke/Schulze*, Europäische Rechtsanliegen und nationale Privatrechte (1999) 21ff.

³³² In der Entscheidung EuGH 22. 11. 2001, RS C-541/99 und C-542/99, Slg 2001, I-09049 (Cape Snc gegen Idealservice Srl bzw Idealservice MN RE Sas gegen OMAI Srl) ging es jeweils nur um die - vom EuGH

verneinte - Frage, ob auch eine juristische Person "Verbraucher" im Sinne der Klausel-RL sein kann.

³³³ *P.Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 11.

³³⁴ Die Entscheidung wurde oben in Kapitel VI.5.5 *Bestätigung der „Wendentscheidung“* bereits dargestellt.

Gesellschaft“ nicht vom Schutz des KSchG profitieren soll. Nach Ansicht *Bydlinski/Haas* stelle der OGH – ohne dies allerdings offen auszusprechen – eine „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ - ins Zentrum seiner Überlegungen und mache diese zur Basis einer teleologischen Interpretation von § 1 KSchG.³³⁵

Als ein das OGH-Urteil bekräftigendes Argument, weshalb der Gesellschafter einer GmbH, dann wenn er Mehrheitsgesellschafter ist und Geschäftsführungskompetenz innehat, als Unternehmer zu betrachten sei, führt *Bydlinski/Haas* an, dass in einer solchen Konstellation gegen den Willen des Gesellschafter-Geschäftsführers und ohne sein Wissen nichts unternehmensrelevantes geschehen könne. Dies treffe aber auch auf den Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer zu und zwar jedenfalls dann, wenn der Hauptgesellschafter der einzige Geschäftsführer ist bzw ein zweiter nur gemeinsam mit ihm die GmbH vertreten kann. Zwar sei es richtig, dass die Geschäftsführung die Gesellschaft nicht vollkommen eigenverantwortlich leite, sondern - abgesehen von sonstigen Grenzen ihrer Befugnis – an Weisungen der Gesellschafter gebunden sei (Vgl § 20 GmbHG). Doch bedürfe der dafür erforderliche Gesellschafterbeschluss – vorbehaltlich anderer gesetzlicher oder vertraglicher Regelungen – bloß der einfachen Stimmenmehrheit (§ 39 Abs 1 GmbHG). Ein Geschäftsführer mit 50 %iger Beteiligung könne somit nicht nur Beschlüsse in der Generalversammlung über die Weisung an die Geschäftsführung verhindern, sondern diese auch aktiv bestimmen.³³⁶

Bydlinski/Haas können die Frage, ob der Allein- bzw Mehrheitsgesellschafter, wenn er nicht alleine, sondern neben weiteren Geschäftsführern Geschäftsführer ist, als Unternehmer zu betrachten ist, nicht abschließend beantworten, doch spreche auf den ersten Blick vieles dafür, da der Mehrheitsgesellschafter auch bei Vorhandenseins eines weiteren bzw weiterer Geschäftsführer volle Einblicksmöglichkeit in die Verhältnisse der GmbH habe. Er handle im primär eigenwirtschaftlichen Interesse. Und vor allem

³³⁵ Diese Annahme wird insbesondere dadurch gestärkt, dass im Urteil maßgebliche Begründungselemente einer Entscheidung des HG Wien wiederholt werden, in der das HG (WR 688 (1994)) – übrigens im Rahmen eines Zuständigkeitsstreites – über die Verbrauchereigenschaft eines zu 95 % beteiligten GmbH Geschäftsführer zu befinden hatte. Damals war das HG Wien unter Anwendung dieser, ursprünglich aus dem Steuerrecht stammenden, an wirtschaftlichen Normzwecken orientierten spezifischen Art der teleologischen Interpretation zu dem Ergebnis gelangt, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise die Behandlung des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers als schützenswerten Verbraucher ausschließe.

³³⁶ *P.Bydlinski/Haas*, ÖBA 2003, 11 (13).

aber verfügt er – typisierend betrachtet – auf Grund seiner Tätigkeit als Geschäftsführer über weitreichende Geschäftserfahrung und Geschäftsgewandtheit. Genau diese zwei Aspekte würden aber die Unterscheidung zwischen dem (unerfahrenen) Verbraucher und dem (erfahrenen) Unternehmer prägen.

Aus diesem Grund ist nach Ansicht *Bydlinski/Haas* die von *Karollus* vertretene These³³⁷, dass es allein auf die Kapitalbeteiligung und überhaupt nicht auf die Geschäftsführerfunktion ankommen soll, abzulehnen. Der typische Unternehmer werde durch sein „Handeln“ ausgezeichnet. Das bloße Halten von Geschäftsanteilen im Rahmen privater Vermögensverwaltung ohne jedes eigene aktive Tätigwerden im Geschäftsverkehr sollte keine Unternehmereigenschaft begründen. Als Beispiel führt *Bydlinski/Haas* einen Alleingesellschafter an, der seine Anteile geerbt hat und auf Grund seiner unternehmerischen Unkenntnis einen Fremdgeschäftsführer einsetzt. Dieser würde eben weder einem typischen Einzelunternehmer noch dem eigenwirtschaftlich motivierten handelnden „Einmann-“Gesellschafter, der seine Gesellschaft alleine leitet, gleichen. Daran würde auch die Existenz von Weisungsrechten (§20 Abs 1 GmbHG) nichts ändern.

Der Minderheitsgesellschafter ist nach Ansicht *Bydlinski/Haas* auch dann als Verbraucher anzusehen, wenn er über Geschäftsführungskompetenz verfügt. Ein wirtschaftliches Eigeninteresse, welches neben der (organschaftlichen) Handlungsbefugnis für die Qualifikation des GmbH-Gesellschafters als Unternehmer gegeben sein müsse, sei erst bei einer Beteiligung von 50 % gegeben. Dem Minderheitsgesellschafter komme daher kein wirtschaftliches Eigeninteresse zu. Ein Minderheitsgesellschafter, der für eine Schuld der Gesellschaft persönlich haftet, übernehme die Haftung – obgleich zu einem gewissen Teil auch im eigenen Interesse des Interzedenten gelegen – rechtlich und wirtschaftlich gesehen überwiegend für fremde Schuld.

Zur Untermauerung ihrer These, dass für die Unternehmerqualifikation des GmbH-Gesellschafters wirtschaftliches Eigeninteresse, welches erst ab einer Beteiligung ab 50

³³⁷ Siehe Kapitel VI.6.2.1 *Karollus*.

% gegeben sei, und (organschaftliche) Handlungsbefugnis für das Unternehmen nach außen zusammenfallen müssen, führen *Bydlinski/Haas* Beispiele aus anderen Rechtsgebieten an: Im Arbeitsrecht werde ein GmbH-Geschäftsführer der zugleich auch Mehrheitsgesellschafter ist oder der auf Grund seiner Beteiligung zumindest imstande ist, Beschlüsse der Gesellschafterversammlung zu verhindern, nach hM nicht mehr als Arbeitnehmer betrachtet. Dieselbe Wertung stehe auch hinter § 1 Abs 6 Z 2 und 4 IESG, wonach weder Organmitglieder einer juristischen Person noch Gesellschafter mit beherrschendem Einfluss auf die Gesellschaft Anspruch auf Insolvenzausfallgeld haben. Nach § 36 Abs 2 Z 1 ArbVerfG sei der Geschäftsführer zudem von den gesetzlichen Schutzbestimmungen des Arbeitsverfassungsgesetzes ausgeschlossen. Bezüge aus der Geschäftsführertätigkeit werden steuerrechtlich als „Einkünfte aus sonstiger selbständiger Arbeit“ gemäß § 22 Z 2 EStG behandelt.

Weiters spreche für ihre die OGH Entscheidung stützende These die hM über das Verständnis des Tatbestandelementes „sein Unternehmen“ des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG: Nach hM komme es für die Unternehmereigenschaft nicht, wie es sich aus einer strengen wörtlichen Interpretation ergeben würde, auf das Eigentum an den Produktionsmitteln an. Unternehmer soll auch sein, wer über ein Unternehmen bloß verfügt. Dies sei nicht nur für die in diesem Zusammenhang als (einziges konkretes) Beispiel angeführte Pacht eines Unternehmens, sondern nach Ansicht *Bydlinski/Haas* immer dann anzunehmen, wenn jemandem die alleinige Entscheidung über das Schicksal eines Unternehmens zusteht. Wenn Geschäftsführung und kapitalmäßige Mehrheitsbeteiligung in einer Person zusammenfallen, drehe sich das Verhältnis zwischen der Gesellschaft und ihrem Gesellschafter-Geschäftsführer gleichsam um: Nicht dieser sei das Instrument der Gesellschaft, dessen sie sich zur Erreichung des Gesellschaftszwecks bedient; vielmehr sei nun die GmbH zu einem Werkzeug geworden, das der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter für sich arbeiten lässt.

Der Meinung *Karollus*, dass für die Frage der Verbraucher- bzw. Unternehmerqualifikation des Gesellschafters eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen sei und auf Grund der Rechtsharmonisierung auch dann, wenn KSchG-Regelungen betroffen sind, die gar nicht auf europäischen Verbraucherschutzrichtlinien

basieren, bringt *Bydlinski/Haas* folgendes entgegen: Es dürfe nicht übersehen werden, dass es „den“ Verbraucher im Europarecht nicht gebe. Vielmehr wäre der jeweilige Personenkreis zunächst für jede Verbraucherschutz-Richtlinie separat, das heißt insbesondere unter Berücksichtigung des von der jeweiligen Richtlinie angestrebten Schutzzweckes, zu ermitteln.³³⁸ Obwohl im Kernbereich des Verbraucherbegriffes Divergenzen zwar kaum vorstellbar sind, kann aber in einem Grenzfall, wie jener des Gesellschafter-Geschäftsführers, dessen Einordnung als Verbraucher oder Unternehmer schon nach nationalem Recht schwer falle, zu einem Auseinanderklaffen des von einzelnen Richtlinien als Verbraucher geschützten Personenkreises führen. Jedenfalls könne man nicht aus Entscheidungen des EuGH über den in Richtlinien verwendeten Verbraucherbegriff auf Bereiche Schlüsse ziehen, die europarechtlich ganz unterdeterminiert sind.

6.2.3 Harrer³³⁹

Im Zuge seines Aufsatzes „Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten“ spricht sich Harrer im Zusammenhang mit von GmbH-Gesellschaftern persönlichen abgeschlossenen Interzessionsgeschäften für eine teleologische Reduktion des Verbraucherbegriffes aus.

Hinsichtlich der Problematik der Verbraucher- bzw. Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschafter und der daran angeknüpften Frage, ob der GmbH-Gesellschafter beim Abschluss eines Bürgschaftsvertrages zur Absicherung des zwischen seiner GmbH und der Bank abgeschlossenen Darlehens als Verbraucher anzusehen ist und dadurch in den Genuss von Schutzbestimmungen im Interzessionsrechts kommen soll, stellt sich für Harrer auf systematisch-teleologischer Ebene die Vorfrage, ob das KSchG auch dann eingreifen soll, wenn das unternehmerische Element auch auf der Seite des „Verbrauchers“ im Vordergrund steht. Denn das KSchG sei zum Schutz jenes Verbrauchers geschaffen worden, der sozusagen dem Unternehmer gegenübersteht. Wenn aber das Verhalten jener Person, die dem Unternehmen gegenübersteht, ebenfalls nach unternehmerischen Maßstäben determiniert sei, dann würde der Gedanke nicht

³³⁸ Bydlinski/Haas verweisen hierbei auf *Faber*, ZEuP 1998, 854 (859).

³³⁹ *Harrer*, Aktuelle Entwicklungen im Recht der Kreditsicherheiten in *Graf/Gruber*, Aktuelle Probleme des Kreditvertragsrechts (2004) 101.

fern liegen, derartige Fallgestaltungen aus dem Anwendungsbereich auszuklammern. Auf diesem Weg gelange man zu einer teleologischen Reduktion des Verbraucherbegriffes.³⁴⁰ Die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des Verbraucherbegriffes sei bei der Schaffung des KSchG ventiliert worden.³⁴¹

Als weiteres Argument für diese Rechtsansicht führt *Harrer* an, dass sich im GmbH-Recht eine Rechtsfortbildung etabliert habe, die im Vergleich zum Konsumentenschutzrecht konträre Ziele verfolge und verwirkliche. So könne der Gesellschafter im Konkurs der GmbH, das von ihm an die GmbH gewährte Darlehen nicht zurückfordern, da er nicht Konkursgläubiger sei. Für diese Rechtsfortbildung seien vielfältige Gründe geltend gemacht worden.³⁴² Ein Argument sei der Informationsvorsprung des Gesellschafters, der die Unternehmensinterna kennt und sein Geld gegebenenfalls rechtzeitig in Sicherheit bringen kann, was dazu führe, dass der Gesellschafter die Umwandlung des Darlehens hinnehmen müsse.³⁴³ Im Gegensatz dazu wird hinsichtlich der Anwendung des § 25c KSchG (§ 25d KSchG) umgekehrt argumentiert: Weil der Gesellschafter nicht über die erforderliche Information verfüge, bedürfe er der Aufklärung durch die kreditgewährende Bank.³⁴⁴

Dieses Nebeneinander von Konsumentenschutzrecht und Kapitalersatzrecht führe zu widersprüchlichen Ergebnissen. Für *Harrer* gibt es keine hinreichende Gründe, die einen Risikotransfer vom Gesellschafter an die Bank rechtfertigen, der dadurch erfolgt, dass nach § 25 c KSchG sich der bürgende Gesellschafter seiner Verpflichtung unter Hinweis auf seine Verbrauchereigenschaft entziehen kann. Um zwischen Konsumentenschutzrecht und Eigenkapitalersatzrecht ein anstrebenswertes, plausibles Verhältnis erreichen zu können, schlägt *Harrer* vor, dass die Abgrenzung des EKEG³⁴⁵ auch in der vorliegenden Konstellation zur Anwendung kommen soll. Da das EKEG nur Gesellschafter mit einem Anteil von mindestens 25 % (§ 5 EKEG) erfasse, sei es

³⁴⁰ *Harrer* in *Graf/Gruber*, Kreditvertragsrecht 114.

³⁴¹ *Harrer* verweist hierbei auf *Karollus*, JBl 2002, 526, der wiederum auf die ErläutRV zum KSchG 744 BlgNR 14. GP 16 verweist.

³⁴² *Harrer* verweist auf *Schmidt*, Gesellschaftsrecht⁴ (2004).

³⁴³ *Harrer* verweist auf BGHZ 90, 381, 388; kritisch dazu *Koppensteiner*, Kritik des "Eigenkapitalersatzrechts", WBl 1997, 496.

³⁴⁴ *Harrer* in *Graf/Gruber*, Kreditvertragsrecht 115.

³⁴⁵ Eigenkapitalersatz-Gesetz (Gesellschafts- und Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2003) BGBl I 2003/92.

empfehlenswert, § 25c KSchG (§ 25d KSchG) auf Gesellschafter nicht anzuwenden, die einen Anteil von mindestens 25 % halten.

6.2.4 Eigner³⁴⁶

Eigner schließt sich im Wesentlichen der oben dargestellten Ansicht von *Bydlinsky/Haas* an, da diese am ehesten den Kompromiss zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit gerecht werde. Die Ansicht *Karollus*, nach welcher allein auf die Kapitalbeteiligung abgestellt wird, sei abzulehnen, da es offensichtlich wesentlich mehr auf die unternehmerische Tätigkeit und Lenkungsbefugnis als auf die Eigentümerstellung ankommen soll. Dies leitet Eigner aus folgenden Überlegungen ab: § 1 Abs 1 KSchG definiere den Begriff des Unternehmers nur insoweit, als dieser sagt, dass derjenige Unternehmer ist, für den das Geschäft zum Betrieb des Unternehmers gehört. Wann ein Geschäft zum Betrieb des Unternehmens gehört, sei eigens zu prüfen. Über den Unternehmerbegriff erfahre man aus dem KSchG daher nur, dass ein Unternehmer ein Unternehmen „haben“ müsse, womit aber nicht notwendigerweise gemeint sei, dass der Unternehmer Eigentümer der Produktionsmittel sein muss. Auch ein Pächter oder sonst im eigenen Namen Nutzungsberechtigter sei Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG.³⁴⁷

Aus diesem Grund sei viel eher P. Bydlinski/Haas zu folgen, die denjenigen als typischen Unternehmer bezeichnen, der aus eigenem wirtschaftlichem Interesse heraus handelt und dem auch die alleinige Entscheidung über die Geschicke eines Unternehmens zusteht, so wie dies eben beim bloßen Unternehmenspächter der Fall sei.

Die für die Qualifikation als Unternehmer notwendige eigenverantwortliche Leitung bzw Lenkungsmöglichkeit liegt nach Eigner bei einem Gesellschafter vor, der mit mehr als 50 % beteiligt ist und damit idealtypischerweise alle Weisungen erteilen könne. Der Minderheitsgesellschafter und Geschäftsführer, der eine Haftung der Gesellschaft übernimmt, sei als Verbraucher zu qualifizieren, da dieser zwar auch im wirtschaftlichen Eigeninteresse handle, doch gehe er, die Haftung überwiegend für eine

³⁴⁶ *Eigner*, Interzedentenschutz unter besonderer Berücksichtigung der Ehegattenhaftung (2004) 61ff.

³⁴⁷ Eigner verweist hierbei auf *Krejci*, KSchG und ABGB in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981) 211ff.

materiell fremde Verbindlichkeit ein; dies gelte umso mehr für den Fremdgeschäftsführer.

6.3 Lehrmeinungen im Zusammenhang mit der Entscheidung 4 Ob 108/06w³⁴⁸: Minderheitsgesellschafter einer GmbH ist Verbraucher

6.3.1 *Huemer*³⁴⁹

Huemer gelangt in ihrer Entscheidungsbesprechung zu 4 Ob 108/106w zum Ergebnis, dass der OGH mit eben dieser Entscheidung, in welcher er einen Minderheitsgesellschafter einer GmbH im Zusammenhang mit der Übernahme einer Bürgschaft als Verbraucher qualifizierte, und der Entscheidung 7 Ob 315/01a³⁵⁰ und deren bestätigenden Folgeurteilen,³⁵¹ die Randbereiche des persönlichen Anwendungsbereiches des KSchG auf Gesellschafter einer GmbH abgesteckt habe: Der Alleingesellschafter einer GmbH sei jedenfalls als Unternehmer einzustufen; der Minderheitsgesellschafter ohne relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung dagegen als Verbraucher.

Nach *Huemer* haben diese Entscheidungen, die allesamt im Zusammenhang mit Interzessionsgeschäften stehen, weit darüber hinausgehende Konsequenzen: Zum einen seien diese Entscheidungen auch auf Genossenschaften, Aktiengesellschaften und Personalgesellschaften von Relevanz.³⁵² Und außerdem stelle sich das vom OGH behandelte Abgrenzungsproblem nicht nur im KSchG, sondern auch in anderen Bereichen, wobei *Huemer* als Beispiele anführt: Das UGB mit seinem Anknüpfungspunkt „Unternehmer kraft Betreibens“ in § 1 UGB; die §§ 33 ff BWG betreffend „Verbraucherkreditverträge“, § 182 KO betreffend die Zuständigkeit für

³⁴⁸ Siehe die Darstellung dieser Entscheidung in Kapitel VI.5.6 *Die Entscheidung 4 Ob 108/06w*.

³⁴⁹ *Huemer*, JBl 2007, 237.

³⁵⁰ Siehe die Darstellung dieser Entscheidung in Kapitel VI.5.5 *Bestätigung der „Wendentscheidung“*.

³⁵¹ OGH 20.2.2003, 6 Ob 12/03p ÖBA 2003/1151, 871 = RdW 2003/440, 508 = ÖJZ EvBl 2003/137, 647 = ÖJZ-LSK 2003/165 = RZ 2003, 214 = ZfRV-LS 2003/54, 187 = KRES 1a/44a; OGH 25.6.2003, 3 Ob 141/03m ÖJZ-LSK 2003/225 = RdW 2003/605, 694 = ecolex 2004/4, 26 = ÖBA 2004/1175, 143; OGH 25.11.2003, 8 Ob 100/03v ecolex 2004/156, 364 = ÖJZ-LSK 2004/98 = RdW 2004/261, 281 = ÖBA 2004/1216, 635 = ÖJZ EvBl 2004/99, 465 = KRES 1g/51; OGH 11.5.2005, 9 Ob 27/05v; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h Zak 2006/88, 54 = ecolex 2006/208, 484 = ÖBA 2006/1349, 461 = JBl 2006, 384 = KRES 1g/63.

³⁵² *Huemer* verweist hierbei auf *Karollus/Huemer/Harrer*, Casebook Handels- Gesellschaftsrecht (2006) 19.

Schuldenregulierungsverfahren; die Gültigkeit von Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher gemäß § 617 ZPO;³⁵³ die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen (§ 14 KSchG); die internationale Anknüpfung für Verbraucher (Art 5 EVÜ) sowie die Zuständigkeitsregeln in Verbrauchersachen nach Art 15 ff EuGVVO bzw Art 13 f Lugano-Übereinkommen.

Da durch die erwähnten Entscheidungen nur der Randbereich der für die Praxis relevanten Frage der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern abgesteckt wurde, seien weiterhin folgende Fragen noch offen: 1.: Ist das Abstellen auf die Geschäftsführungsbefugnis stets Voraussetzung für die Unternehmereigenschaft und somit tatbestandsmäßig? Falls ja, soll auch eine de-facto-Geschäftsführungsbefugnis ausreichen? Und 2.: Bis zu welchem Beteiligungsausmaß ist ein Gesellschafter als Verbraucher einzustufen. *Huemer* ist in diesem Zusammenhang jedenfalls der Überzeugung, dass der OGH den Alleingesellschafter auch dann als Unternehmer qualifiziert hätte, wenn dieser keine Geschäftsführungskompetenz inne gehabt hätte, sonder ein Fremdgeschäftsführer für die betreffende GmbH bestellt gewesen wäre.³⁵⁴

Auf Grund der Verwendung des in Klammer gesetzten Wortes „(daher)“³⁵⁵ habe der OGH in seiner rechtlichen Beurteilung zu erkennen gegeben, dass der Einfluss auf die Geschäftsführung als entscheidendes Kriterium anzusehen sei. Doch meine der OGH nicht nur die formale Bestellung zum Geschäftsführer, sondern den relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung aus der Gesellschafterbeteiligung. Dies sei bei der GmbH (sowie bei der Genossenschaft) nachvollziehbar, da hier die Geschäftsleitungsorgane den Weisungen der Gesellschafter ausgesetzt seien.

Die Grenze für die Frage, ob der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher oder doch als Unternehmer anzusehen ist, liegt nach *Huemer* somit bei einer

³⁵³ *Huemer* verweist hierbei auf *Wenger*, RWZ 2007, 293, welcher auf das Problem zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Verbrauchereigenschaft des Gesellschafters bereits aufmerksam gemacht hat.

³⁵⁴ *Huemer*, JBI 2007, 237 (242).

³⁵⁵ Auszug aus der Entscheidung 4 Ob 108/06w: *Die Frage, ob und unter welchen Umständen auch (bloße) Mehrheits- oder Minderheitsgesellschafter als Unternehmer angesehen werden können, muss hier nicht abschließend entschieden werden. Denn jedenfalls nicht Unternehmer ist ein Minderheitsgesellschafter, dessen Gesellschaftsbeteiligung, wie hier, eine bloße Finanzinvestition ist und der (daher) keinen relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausübt.*

Gesellschafterbeteiligung von 50 %, da ab dieser Grenze der Gesellschafter relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben könne. Auf die formale Geschäftsführungskompetenz kommt es für *Huemer* somit nicht an. Auch wenn Fälle denkbar sind, in welchen ein Gesellschafter mit einer Gesellschaftsbeteiligung von 30 % relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung ausüben könne,³⁵⁶ ist *Huemer* im Sinne der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für eine (pauschale) Grenzziehung bei weniger oder genau 50 % einerseits (Verbraucher) und mehr als 50 % andererseits (Unternehmer).

Bis zur genauen Klarstellung der Frage der Verbraucher- Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern schlägt *Huemer* im Sinne des „Vorichtsprinzips“ der Praxis vor, in allen Zweifelsfällen die verbraucherschutzrechtlichen Sonderbestimmungen einzuhalten.

6.3.2 Riss³⁵⁷

Riss kritisiert in seiner Entscheidungsbesprechung zu 4 Ob 108/06w,³⁵⁸ dass der OGH die praxisrelevante Frage, ob GmbH-Gesellschafter als Verbraucher oder als Unternehmer zu behandeln sind, nicht allgemein beantwortet habe, sondern anstelle dessen sich nur zur Festlegung durchringen konnte, dass nämlich ein Minderheitsgesellschafter, auf dessen Beteiligung eine bloße Finanzinvestition darstelle und der (daher) keinen relevanten Einfluss auf die Geschäftsführung habe, keinesfalls als Unternehmer im Sinne des KSchG sei. Dabei seien aber viele entscheidende Fragen weiterhin offengeblieben, wie zum Beispiel die Frage, was nun unter einer Finanzinvestition zu verstehen sei. Die Frage, wann die Bürgschaftsübernahme durch einen Gesellschafter dem Regime des KSchG unterfällt, würde sich auch nach dieser Entscheidung als nahezu ungeklärt erweisen.

³⁵⁶ Was nach *Huemer* etwa dann der Fall sein kann, wenn die restlichen Anteile sich im Streubesitzen befinden.

³⁵⁷ *Riss*, ÖBA 2007/1418, 490.

³⁵⁸ Siehe die Darstellung dieser Entscheidung in Kapitel VI.5.6 *Die Entscheidung 4 Ob 108/06w*.

6.4 Lehrmeinung *Dehn* im Zusammenhang mit § 1 UGB

Mit der in § 1 Abs 1 UGB geschaffenen Legaldefinition des Unternehmers knüpfte der Gesetzgeber unverkennbar an die in über zwanzigjährige Rechtsanwendung bewährte Definition des Unternehmers in § 1 Abs 1 Z 1 KSchG an. Ausführungen über die Frage, ob der GmbH-Gesellschafter als Unternehmer im Sinne des § 1 UGB anzusehen ist, haben daher auf die hier interessierende Frage, ob derselbe als Unternehmer bzw Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG zu qualifizieren ist, erhebliche Bedeutung.³⁵⁹

Dehn führt in ihrer Kommentierung zu § 1 UGB aus, dass die oben besprochene Judikatur zu §§ 25b und 25c KSchG, in welcher der Alleingesellschafter mit Geschäftsführungskompetenz als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG qualifiziert wurde, könne nur dahin verstanden werden, dass der spezifische Schutzgedanke der §§ 25 b und 25 c KSchG bei einem geschäftsführenden Alleingesellschafter, der naturgemäß die finanzielle Situation der GmbH besser als der Kreditgeber kenne, schlicht obsolet sei und insofern in solchen speziellen Fällen teleologisch zu reduzieren sei.³⁶⁰ Allein aus diesen besonderen Ausnahmen zu rechtsgeschäftlichen Schutzgeboten kann aber nicht abgeleitet werden, dass neben der GmbH künftig auch ein (geschäftsführender? Allein-?) Gesellschafter zum Unternehmer iSd § 1 UGB werden soll. Möge es auch für ihn künftig punktuell zu anderen Reduktionen einer Schutzvorschrift kommen, sei er dennoch weder derjenige, der das Unternehmen in seinem Namen betreibe, noch derjenige, der der Adressat der Ordnungsanliegen des UGB sei. Weiterhin seien GmbH-Gesellschafter daher nicht schon in dieser Eigenschaft Unternehmer im Sinne des § 1 UGB.³⁶¹

³⁵⁹ Vgl ErläutRV zum UGB 1058 BlgNR 22. GP 6. In diesem Zusammenhang soll auch erwähnt werden, dass vor der Einführung des UGB in der Lehre darüber gestritten wurde, ob der GmbH-Gesellschafter hinsichtlich der Formvorschrift des § 350 HGB als Kaufmann anzusehen war: Dafür: *K Schmidt*, ZIP 1986, 1510; *P.Bydlinski*, Die Bürgschaft im österreichischen und deutschen Handels-, Gesellschafts-, und Wertpapierrecht 24ff; *Kramer* in *Straube*, HGB I² § 350 Rz 2; dagegen: *Kerschner* in *Jabornegg*, HGB § 350 Rz 5.

³⁶⁰ *Dehn* in *Krejci*, Kommentar zu den durch das HaRÄG 2005 eingeführten Neuerungen im Unternehmensgesetzbuch und im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch § 1 Rz 12.

³⁶¹ *Dehn* in *Krejci*, Reformkommentar § 1 Rz 14.

7 *Rechtssituation in Deutschland*

7.1 Verbraucherbegriff

Wer als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist, wird nach deutschem Recht in §§ 13 und 14 BGB³⁶² geregelt. Gemäß § 13 BGB ist Verbraucher jede Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. In § 14 BGB wird eine natürliche Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft als Unternehmer definiert, wenn sie bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Vor der Einbettung des Verbraucher-/Unternehmerbegriffes in das BGB fanden sich in verschiedenen Sondergesetzen Definitionen desselben. Da sich die Rechtsprechung des dBGH, die im Folgenden dargestellt wird, besonders mit dem Verbraucherbegriff des § 1 Abs 1 VerbrKrG hinsichtlich der Frage der Verbrauchereigenschaft von GmbH Gesellschaftern und Geschäftsführern auseinandergesetzt hat, ist diese Bestimmung, die durch die neuen § 13 iVm § 491ff BGB abgelöst wurde von erheblicher Relevanz. § 1 VerbrKrG bestimmte: *Dieses Gesetz gilt für Kreditverträge und Kreditvermittlungsverträge zwischen einem Unternehmer, der einen Kredit gewährt (Kreditgeber) oder vermittelt oder nachweist (Kreditvermittler), und einem Verbraucher. Als Verbraucher gelten auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist.*

Dass die Neufassung des § 491 dBGB, welcher den Verbraucherdarlehensvertrag regelt, iVm § 13 dBGB die Gesetzesformulierung aus § 1 Abs 1 S 2 VerbrKrG „nach dem Inhalt des Vertrages“ nicht übernommen hat, führt zur keiner sachlichen Änderung, da der „Zweck“, zu dem der Kreditvertrag abgeschlossen wird, sich nicht ermitteln lässt,

³⁶² Die §§ 13 u 14 BGB in der heutigen Fassung wurden durch das am 27.6.2000 (BGBl I S 897) verkündete Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro eingefügt und verfolgten unter anderem das Ziel der Vereinheitlichung des Verbraucher- und Unternehmerbegriffes für das BGB und die Integration der Sondergesetze in das BGB. Siehe diesbezüglich etwa *Micklitz* in Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch I⁵Vor §§ 13, 14 BGB.

ohne „den Inhalt des Vertrages“ heranzuziehen.³⁶³ Die Entscheidungen der deutschen Höchstgerichte zur Frage der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern und –Geschäftsführern im Zusammenhang mit § 1 Abs 1 S 2 VerbrKrG sind somit auch auf den Verbraucherbegriff des § 13 BGB anzuwenden.

7.2 Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH

Im Gegensatz zu der oben dargestellten österreichischen höchstgerichtlichen Judikatur³⁶⁴ hält sich der dBGH hinsichtlich der Frage der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern der GmbH strikt an das Trennungsprinzip³⁶⁵ und qualifiziert den GmbH-Gesellschafter sowie den GmbH-Geschäftsführer in „gefestigter Rechtsprechung“ als Unternehmer.³⁶⁶

Der Geschäftsführer einer GmbH ist nach ständiger Rechtsprechung des dBGH beim Abschluss von Verträgen in eigenem Namen im Grundsatz Verbraucher im Sinne von § 13 BGB, auch wenn sich die Verträge mittelbar auf die Geschäftstätigkeit der GmbH beziehen, da es an einem Geschäftsabschluss zum Zwecke einer selbständigen beruflichen Tätigkeit fehlt, wenn eine natürliche Person ein Geschäft für ihre Geschäftsführerposition tätigt.³⁶⁷ Dies gilt auch dann, wenn sie bei der Bestimmung der Art und Weise ihrer Arbeit über ein größeres Maß an persönlicher Freiheit verfügen als sozial abhängige Arbeitnehmer.³⁶⁸

³⁶³ *Kessal-Wulf* in Staudingers Kommentar zum BGB § 491 Rz 33.

³⁶⁴ Hinsichtlich dem geschäftsführendem Alleingesellschafter einer GmbH ist der OGH vom Trennungsprinzip abgewichen, indem er diesen als Unternehmer qualifiziert. Siehe diesbezüglich Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a.

³⁶⁵ Zum Trennungsprinzip siehe Kapitel VI.4 Kernproblem: Trennungsprinzips oder doch wirtschaftliche Betrachtungsweise.

³⁶⁶ dBGH 5.6.1996, VIII ZR 151/95 (KG) NJW 1996, 2156; BGHZ 133, 71; dBGH 10.7.1996, VIII ZR 213/95 (Naumburg) NJW 1996, 2865; BGHZ 133, 221; dBGH 25.2.1997, XI ZR 49/96 (OLG Naumburg) NJW 1997, 1443; ZIP 1997, 642; EWiR § 6 VerbrKrG 2/97, 427 (Bülow); dBGH 27.6.2000, XI ZR 322/98 (Naumburg) NJW 2000, 3496; dBGH 28.6.2000, VIII ZR 240/99 (Rostock) NJW 2000, 3133; EWiR § 1 VerbrKrG 1/01, 139 (Bydlinski/Thoß); ZIP 2000, 1493; dBGH 8.11.2005, XI ZR 34/05 (OLG Rostock) EWiR 2006, 319 (Tiedtke) = BGHZ 165, 43 = NJW 2006, 431 = ZIP 2006, 68 = MDR 2006, 525 = BB 2006, 177 = DB 2006, 99 = DNotZ 2006, 192 = WM 2006, 81.

³⁶⁷ *Micklitz* in Münchener BGB Kommentar §13 Rz 49.

³⁶⁸ dBGH 9.11.1967, II ZR 64/67 BGHZ 49, 30 = NJW 1968, 396 = BB 1967, 1394.

Weiters wird nach der Rechtsprechung des dBGB die private Vermögensverwaltung nicht als gewerbliche Tätigkeit angesehen, worunter generell auch der Erwerb oder das Halten eines GmbH-Anteils oder von Aktien durch eine Privatperson fällt. Die Vermögensverwaltung wird jedoch erst dann eine berufs- oder gewerbsmäßige, wenn der Umfang der mit ihr verbundenen Geschäfte einen planmäßigen Geschäftsbetrieb, wie etwa die Unterhaltung eines Büros, oder eine geschäftsmäßige Organisation erfordert.³⁶⁹

Hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft eines GmbH-Gesellschafters im Sinne des § 1 Abs 1 VerbrKrG³⁷⁰ erklärte der dBGH, dass das Halten eines GmbH-Geschäftsanteil keine gewerbliche Tätigkeit darstellt und eine analoge Gleichbehandlung mit einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit, die zur Nichtanwendung des VerbrKrG führen würde, nicht in Betracht kommt. Das Verbraucherkreditgesetz ist vielmehr nach der Begründung des Gesetzes im Zweifel anzuwenden.³⁷¹ Für die Beurteilung als Verbraucher komme es im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht darauf an, ob es sich bei der zu beurteilenden Person um einen Mehrheitsgesellschafter oder gar Alleingesellschafter GmbH handelt.³⁷² Auch die in der Literatur³⁷³ zum Teil bejahte Gleichstellung dieser Geschäftsführungsorgane mit den Kaufleuten des Handelsgesetzbuches oder kaufmannsähnlichen Personen entspricht

³⁶⁹ *Micklitz* in Münchener BGB Kommentar § 13 Rz 45; *Schürnbrand* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III⁵ § 491 Rz 36.

³⁷⁰ Die Regelungen des VerbrKrG wurden im Zuge der deutschen Schuldrechtsreform 2002 mit einer Reihe weiterer Verbraucherschutzgesetzen und dem AGBG zum 1.1.2002 in das BGB überführt. Siehe diesbezüglich *Schürnbrand* in Münchener BGB Kommentar Vor § 491 Rz 9. Nach § 1 Abs 1 VerbrKrG galten als Verbraucher auch alle anderen natürlichen Personen, es sei denn, dass der Kredit nach dem Inhalt des Vertrages für ihre bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit bestimmt ist.

³⁷¹ dBGH 5.6.1996, VIII ZR 151/95 (KG) NJW 1996, 2156; BGHZ 133, 71.

³⁷² dBGH 25.2.1997, XI ZR 49/96 (OLG Naumburg) NJW 1997, 1443; ZIP 1997, 642; EWiR § 6 VerbrKrG 2/97, 427 (Bülow).

³⁷³ In der Entscheidung dBGH 8.11.2005, XI ZR 34/05 (OLG Rostock) EWiR 2006, 319 (Tiedtke) = BGHZ 165, 43 = NJW 2006, 431 = ZIP 2006, 68 = MDR 2006, 525 = BB 2006, 177 = DB 2006, 99 = DNotZ 2006, 192 = WM 2006, 81 verweist der dBGH diesbezüglich auf *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts. Tendenzen zu seiner "Materialisierung", AcP 2000/200; *Kurz*, Ist der Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH "Verbraucher"?, NJW 1997, 1828; *Ulmer* in Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch III/1⁴.

nach der Judikatur des dBGH nicht der Vorstellung des Gesetzgebers und überschreite die Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung, da es an einer Gesetzeslücke mangle.³⁷⁴

7.3 Kritische deutsche Lehre zur Frage der Verbraucher bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH

Ein Teil der deutschen Literatur steht kritisch gegenüber der im vorangegangenen Kapitel dargestellten, sich an den formalen Kriterien des Trennungsprinzips sich orientierenden höchstgerichtlichen Judikatur.³⁷⁵

So wird von einem Teil der deutschen Lehre die Ansicht vertreten, dass für den Erwerb von GmbH-Anteilen die Grundsätze, die der BGH für die eigenkapitalersetzenden Darlehen bei der AG entwickelt hat,³⁷⁶ herangezogen werden sollen, wonach regelmäßig ab dem Erwerb einer Beteiligung von mehr als 25 % des Grundkapitals eine unternehmerische Beteiligung und damit eine gewerbliche Tätigkeit zu bejahen sei.³⁷⁷

*Kurz*³⁷⁸ stellt sich gegen die Rechtsprechung des dBGH, wonach der Mehrheitsgesellschafter und Alleingesellschafter einer GmbH als Verbraucher qualifiziert wird,³⁷⁹ wobei er folgende Argumente anführt. Er ist der Auffassung, dass sich die Wertungswidersprüche zwischen VerbrKrG und Gesellschaftsrecht nur dadurch vermeiden lassen, indem der Allein- und Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer hinsichtlich der Mithaftung für Kredite, die die Gesellschaft aufgenommen hat, aus dem Schutzbereich des VerbrKrG herausgenommen wird, wobei der Begriff der

³⁷⁴ dBGH 8.11.2005, XI ZR 34/05 (OLG Rostock) EWiR 2006, 319 (Tiedtke) = BGHZ 165, 43 = NJW 2006, 431 = ZIP 2006, 68 = MDR 2006, 525 = BB 2006, 177 = DB 2006, 99 = DNotZ 2006, 192 = WM 2006, 81.

³⁷⁵ Rebmann DZWIR 1996, 459; Kurz, NJW 1997, 1828; Wackerbarth DB 1998, 1950, 1955; Canaris, AcP 2000/200; Dauner-Lieb/Dötsch, Ein "Kaufmann" als Verbraucher? - Zur Verbrauchereigenschaft des Personalgesellschafters, DB 2003, 1666; Elßner/Schirmbacher VuR 2003, 247; Mühlert WM 2004, 905ff; Tiedtke, Entscheidungsbesprechung zu BGH vom 8.11.2005, XI ZR 34/05 (OLG Rostock), EWiR 2006, 319; Schmidt, JuS 2006, 1, 4.

³⁷⁶ dBGB 26.3.1984, II ZR 171/83 BGHZ 90, 381 = NJW 1984, 1893.

³⁷⁷ *Kessal-Wulf* in Staudinger BGB § 491 Rz 39; *Lwowski* in *Schimansky*, Bankrechts-Handbuch³ (2007) § 81 Rz 16; *Casper*, BGH: Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Bürgschaften, BB 1998, 1227.

³⁷⁸ *Kurz*, NJW 1997, 1828.

³⁷⁹ Siehe diesbezüglich Kapitel VI.7.2 *Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH*.

„selbständigen beruflichen Tätigkeit“ im Hinblick auf den Schutzzweck des Verbraucherkreditgesetzes eigenständig zu definieren sei.

Der dBGH habe das Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 VerbrKrG verneint, da das Halten eines Geschäftsanteils keine gewerbliche Tätigkeit, sondern Vermögensverwaltung, und die Geschäftsführung einer GmbH keine selbständige, sondern eine angestellt berufliche Tätigkeit sei. Der Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH, der die persönliche Haftung für den der GmbH gewährten Kredit übernimmt, erkläre jedoch nach Ansicht *Kurz* seine Mitverpflichtung nicht aus privatem Anlass, sondern weil dies erforderlich sei, damit die von ihm betriebene GmbH den fraglichen Kredit erhält. Die Übernahme der Mithaftung erfolge daher nicht aus privaten, sondern zu beruflichen Zwecken. Da der Kredit zu beruflichen Zwecken aufgenommen wurde, komme es drauf an, ob die Tätigkeit eine selbständige sei. Der dBGH habe den Begriff der „Selbständigkeit“ im Sinne des § 1 VerbrKrG nicht definiert, weise aber darauf hin, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht Kaufmann im Sinne des § 1 ff HGB sei.³⁸⁰ Diesbezüglich kritisiert *Kurz*, dass nicht schon jeder, der den Kaufmannsbegriff nicht erfüllt, allein deshalb schon Verbraucher im Sinne des VerbrKrG sei. So knüpfe Art 1 Abs 2 lit a Richtlinie 87/102/EWG an die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit an. Ebenso wird der geschützte Personenkreis in § 6 Nr 1 HWiG³⁸¹ und § 1 Abs 1 ProdHG,³⁸² die gleichfalls auf europarechtlichen Vorgaben beruhen, abgegrenzt. § 1 Abs 1 VerbrKrG vermeide auch auf Seiten des Kreditgebers den Kaufmannsbegriff. Dieser sei in keiner anderen nationalen Rechtsordnung innerhalb der EU bekannt und taue daher nicht zu einer richtlinienkonformen Auslegung des § 1 VerbrKrG.

Weiters führt *Kurz* an, dass die Literatur das Kriterium der „Selbständigkeit“ im arbeitsrechtlichen Sinn verstehe und insoweit nur Person ausgrenze, die nicht

³⁸⁰ *Kurz* verweist hierbei auf dBGH 5.6.1996, VIII ZR 151/95 (KG) NJW 1996, 2156; BGHZ 133, 71.

³⁸¹ Das Haustürwiderrufgesetz ist zum 1.1.2002 außer Kraft getreten. Siehe nun § 312 BGB.

³⁸² Gesetz vom 15.12.1989, BGBl. I S. 2198, zuletzt geändert durch Gesetz vom 19.07.2002, BGBl. I S. 2674, mit Wirkung vom 01.08.2002.

Arbeitnehmer sind. Der Geschäftsführer einer GmbH sei entsprechend ständiger Rechtsprechung sowie der herrschenden Meinung nicht Arbeitnehmer.³⁸³

Neben diesen Überlegungen spreche aber auch der Schutzzweck des Verbraucherkreditgesetzes dafür, den Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer aus dem persönlichen Schutzbereich des Verbraucherkreditgesetzes auszuschließen. Dies demonstriert *Kurz* anhand einer Fallvariante, in welcher er Vergleiche zwischen Gesellschafter und Einzelunternehmer anstellt. *Kurz* kommt dabei zum Ergebnis, dass der Normzweck des VerbrKrG nicht auf Personen passe, die sich in Form einer Gesellschaft wirtschaftlich betätigen.³⁸⁴

Weiters ist *Kurz* der Auffassung, dass die durch den dBGH vorgenommene Anwendung der in der Gesetzesbegründung³⁸⁵ enthaltenen Zweifelsregel auf die hier zu behandelnde Frage unrichtig sei,³⁸⁶ da sich diese Zweifelsregel auf die Beweisverteilung hinsichtlich der Tatfrage, ob ein Kredit für private oder berufliche Zwecke aufgenommen wurde, nicht aber auf die Rechtsanwendungsfrage, ob eine bestimmte Person überhaupt in den Schutzbereich einbezogen ist, beziehe.

8 *Eigene Meinung*

8.1 Das Trennungsprinzip ist gefallen!

Ob der GmbH-Gesellschafter, der ein Geschäft für den Betrieb des GmbH-Unternehmens schließt, als Verbraucher oder als Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG anzusehen ist, bestimmt § 1 Abs 1 KSchG selbst: Unternehmer ist derjenige, der ein Geschäft für den Betrieb seines Unternehmens abschließt. § 1 Abs 2 KSchG nimmt eine weitere Konkretisierung vor, wonach ein Unternehmen im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit,

³⁸³ Siehe diesbezüglich auf Literatur- und Entscheidungsverweise bei *Kurz*, NJW 1997, 1828 (FN 15 u 16).

³⁸⁴ *Kurz* verweist hierbei auf OLG Köln 15.12.1995, 3 U 241/94 BB 1996, 1524.

³⁸⁵ *Kurz* verweist hierbei auf BT-Dr 11/5462 S 17.

³⁸⁶ Siehe diesbezüglich Kapitel VI.7.2 *Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH*.

mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein, ist. Eine Definition für „selbständige Tätigkeit“ findet sich im KSchG nicht, jedoch in § 1 Abs 3 GewO 1994³⁸⁷, wonach Selbständigkeit dann vorliegt, wenn die Tätigkeit auf eigene Rechnung und Gefahr ausgeübt wird.³⁸⁸ Die für vorliegende Frage entscheidende Unterfrage muss daher lauten: Kann der GmbH-Gesellschafter das Unternehmen der GmbH als „sein“ Unternehmen bezeichnen. Wenn dem so ist und der Gesellschafter für den Betrieb dieses Unternehmens ein Geschäft schließt, so ist er hinsichtlich dieses Rechtsgeschäftes als Unternehmer anzusehen; im gegenteiligen Fall jedoch als Verbraucher.

Als Auslegungsmöglichkeit bietet sich auf der einen Seite das strenge, sich an formalen Kriterien orientierende Trennungsprinzip und auf der anderen Seite eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, welche über formale Kriterien hinwegsieht und denjenigen als Unternehmer betrachtet, der die tatsächliche wirtschaftliche Macht auf das Unternehmen ausübt. Es gilt jedoch gleich eingangs festzuhalten, dass weder das Trennungsprinzip noch die „wirtschaftliche Betrachtungsweise“ vom Gesetzgeber des § 1 KSchG für die Auslegung des Tatbestandselements „sein Unternehmen“ explizit vorgeschrieben wurde. Jedoch findet das Trennungsprinzip seine Berechtigung in zahlreichen Normen im Bereich des Kapitalgesellschaftsrechts.³⁸⁹

Orientiert man sich für die Frage der Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern am Trennungsprinzip, so wie es der OGH lange gemacht hat³⁹⁰ und die deutsche Judikatur³⁹¹ ohne Wenn und Aber nach wie vor macht, so kann man meiner Ansicht nach nur zu dem Ergebnis gelangen, dass das Unternehmen ausschließlich der GmbH zugerechnet werden kann. Was dazu führt, dass der GmbH-Gesellschafter sich das Unternehmen der GmbH nicht zurechnen lassen kann. Entsprechend dem Trennungsprinzip ist eine Subsumtion des Verhältnisses zwischen GmbH-

³⁸⁷ BGBl 1994/194 in der Fassung von BGBl. I Nr. 8/2010.

³⁸⁸ *Mayrhofer/Nemeth in Klang*, Kommentar KSchG³ § 1 Rz 38.

³⁸⁹ Vgl zum Trennungsprinzip etwa *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ AllgEinl Rz 4.

³⁹⁰ Siehe Kapitel VI.5 *Rechtsprechung*.

³⁹¹ Siehe Kapitel VI.7.2 *Deutsche Rechtsprechung zur Frage der Verbraucher- bzw Unternehmereigenschaft von Gesellschaftern und Geschäftsführern einer GmbH*.

Gesellschafter und GmbH-Unternehmen unter den Begriff „sein Unternehmen“ nicht möglich.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist dagegen nicht so eindeutig. Wer kann aus wirtschaftlicher Sicht ein Unternehmen als „sein“ Unternehmen bezeichnen. Eines ist klar: Der Eigentümer kann es. Der Pächter wohl auch noch, so sieht es jedenfalls die herrschende Lehre.³⁹² Doch was ist mit dem Geschäftsführer der GmbH? Unternehmer, da er aus wirtschaftlicher Sicht das Unternehmen lenkt, oder doch Verbraucher da er jederzeit abberufen werden kann und den Weisungen der Gesellschafter bzw der Generalversammlung zu folgen hat. Und was ist mit dem bloßen Gesellschafter? Verbraucher, da er das Unternehmen eben gerade nicht direkt lenkt, sondern dies durch einen anderen, nämlich den Geschäftsführer, bewerkstelligen lässt? Oder doch Unternehmer, da er Anteile hat, welche ihm Rechte vermitteln, durch welche er den Geschäftsführer bestimmen und weisen kann und somit das Unternehmen indirekt führen kann? Doch wie viele Anteile benötigt der Gesellschafter, damit er als Unternehmer qualifiziert werden kann? Reichen über 50 % der Anteile aus? Mit über 50 % der Anteile kann der GmbH-Gesellschafter sich immerhin als Geschäftsführer bestellen, verhindern, dass ihm durch die anderen Gesellschafter Weisungen erteilt werden oder dass er durch die restlichen Gesellschafter wieder abberufen wird, und somit herrschen wie der Alleingesellschafter-Geschäftsführer. Dies gilt jedoch nur grundsätzlich. Die stark ausgeprägte Privatautonomie im GmbH-Recht lässt Gesellschaftsverträge zu, dessen Regelungen einen Gesellschafter auch bei einer Beteiligung von über 50 % keine absolute Macht auf das Unternehmen ausüben lassen, sodass der Gesellschafter mit über 50 % Beteiligung das Unternehmen nur im Einverständnis der anderen durch den Gesellschaftsvertrag begünstigten Gesellschafter lenken kann.

Soll in diesen Fällen dann auf den Einzelfall abgestellt werden, sodass im einen Fall der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer mit 51% als Unternehmer anzusehen ist, und im anderen Fall dagegen der GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführer mit einem Anteil von 70 %, dessen Gesellschaftsvertrag Bestimmungen aufweisen, die seine absolute Macht am Unternehmen verhindern, als Verbraucher? Was ist mit Strohmännern die für

³⁹² *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 9; *Apathy in Schwimann*, ABGB V³ § 1 Rz 6.

Hintermänner handeln? Wirtschaftlich betrachtet haben letztere die Macht? Ist nur derjenige Unternehmer der auch die absolute wirtschaftliche Macht über ein Unternehmen hat? Was ist dann aber mit gleichberechtigten Mitunternehmern? Keiner von beiden hat absolute wirtschaftliche Macht über das Unternehmen, sollen nun beide als Verbraucher betrachtet werden, was zur seltsamen Situation von „Geister-Unternehmen“ führen würde, da bei einer solchen Betrachtungsweise Unternehmen vorstellbar wären, denen keine Unternehmer zugerechnet werden könnten.

Man könnte nun noch eine Reihe von weiteren Fragen aufzählen, die sich aus dem Versuch ergeben, den GmbH-Gesellschafter mittels einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise als Unternehmer oder als Verbraucher zu kategorisieren. Dies ist jedoch nicht Sinn der vorliegenden Darstellung. Wichtig ist aber festzuhalten, dass sobald man sich entscheidet, mit Hilfe einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Frage zu beantworten, wer ein Unternehmen als „sein Unternehmen“ bezeichnen kann, sich eine Fülle von Unterfragen stellen, die für die Rechtsklarheit alles andere als dienlich sind.

Für welche der beiden Auslegungsmethoden man sich auch entscheiden mag, muss klar sein, dass eine parallele Handhabung nicht machbar ist. Ein bisschen Trennungsprinzip da und ein bisschen wirtschaftliche Betrachtungsweise da, würde zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Entweder wird das Tatbestandselement des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG „sein Unternehmen“ nach formalen oder nach teleologischen Kriterien ausgelegt. Entweder Trennungsprinzip oder wirtschaftliche Betrachtungsweise.

Der OGH hat sich im Zuge der „Wendeentscheidungen“³⁹³ vom Trennungsprinzip abgekehrt, in dem er den Alleingesellschafter-Geschäftsführer als Unternehmer qualifizierte. Dies deshalb, da ein solches Ergebnis nur dann möglich ist, wenn dem Gesellschafter das nach formalen Kriterien ausschließlich der GmbH zurechenbare Unternehmen mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise zugerechnet wird, wodurch das Verhältnis zwischen GmbH-Gesellschafter und GmbH-Unternehmen unter „sein

³⁹³ Siehe Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a und Kapitel VI.5.5 Bestätigung der „Wendeentscheidung“.

Unternehmen“ subsumiert werden kann. In anderen Fällen sich wieder lediglich auf das Trennungsprinzip zu berufen, ist dem OGH seit der Wendeentscheidung³⁹⁴ verwehrt, da er sonst mit dieser im Widerspruch stehen würde. Seit der Wendeentscheidung, kann der OGH daher nicht mehr einen zu 15 % beteiligten GmbH-Gesellschafter mit dem Hinweis auf das Trennungsprinzip als Verbraucher qualifizieren, sondern er muss begründen, weshalb dieser Gesellschafter im Gegensatz zum Alleingesellschafter-Geschäftsführer nicht als Unternehmer angesehen werden kann.³⁹⁵ Studiert man die Entscheidungen, die seit der Wendeentscheidung hinsichtlich der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern vom OGH gefällt wurden, so erkennt man, dass der OGH dementsprechend handelt und in den betreffenden Fällen seine Entscheidungen nicht mittels Trennungsprinzip begründet.³⁹⁶

Daraus folgt, dass mit der Wendeentscheidung das Trennungsprinzip hinsichtlich der Frage der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern zugunsten einer „wirtschaftlichen Betrachtungsweise“ verdrängt wurde.

8.2 Konsequenz: Ohne Trennungsprinzip verschwimmen die Grenzen zwischen Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften: Der GmbH-Alleingesellschafter-Geschäftsführer wird zum Unternehmer; die GmbH-Gesellschafter zu Mitunternehmern

Betrachtet man, so wie es der OGH macht, den Alleingesellschafter-Geschäftsführer als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG, so setzt man sich über sämtliche gesellschaftsrechtlichen Bestimmungen hinweg, die die GmbH zu dem machen, was sie ist, nämlich ein eigenständiges Rechtssubjekt, eine juristische Person. In dem man sich über die Tatsache hinwegsetzt, dass die GmbH eine juristische Person ist, setzt man sich auch darüber hinweg, dass nur die GmbH Unternehmensträger sein kann. Man setzt sich darüber hinweg, dass das Unternehmen entweder im Eigentum der GmbH steht oder von dieser gepachtet wird, dass sämtliche Arbeitsverträge zwischen Arbeitnehmern und

³⁹⁴ Siehe Kapitel VI.5.4 *Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a* und Kapitel VI.5.5 *Bestätigung der „Wendeentscheidung“*.

³⁹⁵ Siehe die in Kapitel VI.5.6 *Die Entscheidung 4 Ob 108/06w* dargestellte OGH-Entscheidung.

³⁹⁶ Siehe Kapitel VI.5.4 *Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a* und Kapitel VI.5.5 *Bestätigung der „Wendeentscheidung“*.

Angestellten des Unternehmens mit der GmbH abgeschlossen werden, sowie dass sämtliche Verträge zwischen den Geschäftspartnern des Unternehmens mit der GmbH abgeschlossen werden. Man setzt sich schlichtweg darüber hinweg, dass die GmbH existiert und erreicht dadurch den Wegfall des gesellschaftsrechtlich gegebenen Hindernisses zwischen Gesellschafter und Unternehmen: Der Gesellschafter ist vom Unternehmen nicht mehr getrennt zu betrachten, sondern das Unternehmen wird zu „seinem“ Unternehmen.

Dadurch dass das Trennungsprinzip auf die Auslegung des in § 1 Abs 1 Z 1 KSchG verwendeten Tatbestandselement „sein Unternehmen“ nicht mehr anzuwenden ist, sind diesbezüglich auch die das Trennungsprinzip charakterisierenden gesellschaftsrechtlichen Regelungen nicht mehr von Relevanz.³⁹⁷ Diese Regelungen stellen aber den wesentlichsten gesellschaftsrechtlichen Unterschied zwischen GmbH-Gesellschaftern zu den Gesellschaftern der Personengesellschaften dar. Der GmbH-Gesellschafter unterscheidet sich vom OG-Gesellschafter, vom Komplementär, vom Kommanditisten und vom GesBR-Gesellschafter dadurch, dass er entsprechend dem Trennungsprinzip nicht für die Verbindlichkeiten des Unternehmens haftet, da für diese allein die rechtsfähige und eigenständige GmbH einzustehen hat.

Ohne Trennungsprinzip verschwinden aber nicht nur die Grenzen zwischen GmbH-Gesellschafter und Gesellschaftern der Personengesellschaften, sondern auch die Grenzen zwischen GmbH-Alleingesellschafter-Geschäftsführer und Einzelunternehmer. Denkt man diesen Gedanken weiter, so muss man aber auch zu dem Ergebnis gelangen, dass ohne Trennungsprinzip der GmbH-Gesellschafter, der gemeinsam mit einem zweiten Gesellschafter zu gleichen Teilen an der GmbH beteiligt ist, einem Mitunternehmer gleichgestellt werden muss. Und weiters muss man auch zu dem Ergebnis gelangen, dass der Minderheitsgesellschafter einer GmbH ohne Geschäftsführungskompetenz einem Mitunternehmer mit geringfügiger Beteiligung und ohne Vertretungsbefugnis gleichzustellen ist.

³⁹⁷ Gemäß § 61 Abs 1 GmbHG hat die GmbH als solche selbständig ihre Rechte und Pflichten; sie kann Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken erwerben, vor Gericht klagen und geklagt werden. Gemäß § 61 Abs 2 GmbHG haften für die Verbindlichkeiten der GmbH nur das Gesellschaftsvermögen; Siehe auch *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ AllgEinl Rz 4.

Die Überwindung des Trennungsprinzips für die Unternehmer-/Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters führt somit zum Ergebnis, dass der GmbH-Gesellschafter für die Beurteilung dieser Frage als Mitunternehmer zu betrachten ist. In einem zweiten Schritt muss nun die Frage beantwortet werden, ob der Mitunternehmer als Verbraucher oder als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG zu betrachten ist. Das Ergebnis dieser Untersuchung muss entsprechend dem eben Gesagten konsequenterweise auch für den GmbH-Gesellschafter gelten.

8.3 Kann der Mitunternehmer das von den Mitunternehmern betriebene Unternehmen als „sein Unternehmen“ bezeichnen?

8.3.1 Zum Begriff des Mitunternehmers und dessen Verhältnis zur GesBR

Wenn im folgenden vom Mitunternehmer gesprochen wird, so gilt es diesen Begriff, der im KSchG nicht enthalten ist, zu definieren und darzulegen, welche rechtlichen, für die hier zu behandelnden Fragen wichtige Besonderheiten mit der Mitunternehmerschaft verbunden sind. Es wird gezeigt, dass der Mitunternehmer, sofern er sich mit seinen Mitunternehmern nicht in einer anderen Gesellschaftsform organisiert, grundsätzlich immer auch Gesellschafter einer GesBR ist. Dadurch eröffnet sich ein weiterer Untersuchungsraum für die Frage, ob der Mitunternehmer als Verbraucher oder als Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG zu betrachten ist, da für diese Frage Lehre und Judikatur im Zusammenhang mit der GesBR, sofern der Zusammenschluss der GesBR-Gesellschafter dem Betrieb eines Unternehmens dient, herangezogen werden kann.

Wenn im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG derjenige Unternehmer ist, der ein Geschäft für den Betrieb seines Unternehmens abschließt, und Unternehmer im Sinne des § 1 UGB derjenige ist, der ein Unternehmen betreibt, so ist als Mitunternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG derjenige zu betrachten, der ein Geschäft für den Betrieb des Unternehmens, welches er gemeinsam mit einem anderen „hat“, abschließt, und Mitunternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 UGB ist dementsprechend derjenige, der gemeinsam mit einem anderen ein Unternehmen betreibt.

Das Gesellschaftsrecht der Personen- sowie der Kapitalgesellschaften bietet eine Fülle von Möglichkeiten, wie Personen gemeinsam ein Ziel, insbesondere ein unternehmerisches Ziel, verfolgen können. Den Gesellschaftern steht es grundsätzlich frei, welche Gesellschaftsform sie für die Umsetzung ihrer unternehmerischen Ziele auswählen. Entscheiden sie sich explizit für keine bestimmte Gesellschaftsform, sondern vereinbaren sie, gemeinsam ein wirtschaftliches Ziel mithilfe des Betriebes eines Unternehmens zu verfolgen, so sind sie zum einen Mitunternehmer und zum anderen Gesellschafter einer GesBR.

§ 1175 ABGB beschreibt die GesBR als „Erwerbsgesellschaft“, die von zumindest zwei Personen auf vertraglicher Grundlage errichtet wird, um „ihre Mühe allein, oder auch ihre Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen“. ³⁹⁸ Als typische Anwendungsmöglichkeit der GesBR wird in der Lehre der Betrieb eines Unternehmens angeführt. ³⁹⁹ Besonders im Baugewerbe erfreut sich die GesBR in Form der ARGE großer Beliebtheit. ⁴⁰⁰ Da der Gesellschaftsvertrag der GesBR formfrei geschlossen werden kann, ⁴⁰¹ entsteht immer dann, wenn sich zumindest zwei Personen zur Verfolgung eines unternehmerischen Zwecks zusammenschließen, ohne dass die Gesellschafter sich auf eine konkrete Rechtsform einigen, ⁴⁰² stillschweigend eine GesBR. ⁴⁰³ Im Gesellschaftsvertrag der GesBR verpflichten sich die Gesellschafter,

³⁹⁸ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Handbuch zum Gesellschaftsrecht (2007) Rz 1.

³⁹⁹ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 23; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 235;

⁴⁰⁰ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 235; *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 2/8; *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*, ABGB Praxiskommentar V³ § 1175 Rz 2.

⁴⁰¹ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht 236; Rz 47; *Jabornegg/Resch* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1175 Rz 8.

⁴⁰² Vgl zum stillschweigend zustande gekommen Gesellschaftsvertrag *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 236; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 43.

⁴⁰³ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 236 ist der Ansicht, dass eine GesBR mangels Rechtspersönlichkeit nicht entstehen kann. Diese Ansicht teile ich nicht. Dass „etwas“ entsteht, setzt nicht voraus, dass dieses „etwas“ Rechtspersönlichkeit hat. Durch die Vereinbarung mehrerer Personen, gemeinsam ein bestimmtes Ziel auf eine bestimmte Art und Weise zu verfolgen, entsteht (auch nach *Krejci*) eine gesellschaftsvertragliche Rechtsbeziehung zwischen den Gesellschaftern. Diese besonderen Rechtsbeziehungen spiegeln aber die GesBR wieder. Die GesBR ist nichts anderes als die Summe der Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern. Da diese Rechtsbeziehungen entstehen können, bin ich der Auffassung, dass auch die GesBR entstehen können muss. Andernfalls müsste man auch zu dem Ergebnis gelangen, dass das Unternehmen, welchem es ebenfalls an Rechtspersönlichkeit mangelt, nicht entstehen kann.

bestimmte Leistungen zur Erreichung eines bestimmten Zwecks zu erbringen, wobei folgende Leistungen vorstellbar sind:

- Sachleistungen (zb Grundstücke, Patente)
- Kapitaleistungen (zb Barzahlungen, Kreditgewährungen)
- Dienstleistungen (Übernahme der Geschäftsführung).⁴⁰⁴

Eine Gleichwertigkeit der Leistungen muss nicht bestehen: Der eine Gesellschafter kann viel, der andere wenig zur Erreichung des Zwecks beitragen.⁴⁰⁵

Mangels Rechtspersönlichkeit der GesBR fehlt es ihr auch an einer organschaftlichen Vertretung.⁴⁰⁶ Bezüglich der gesellschaftsrechtlichen Willensbildung im Bereich der gewöhnlichen Geschäftsführung bedarf es grundsätzlich der einfachen Stimmenmehrheit der Gesellschafter; außergewöhnliche Geschäfte bedürfen ebenfalls nur die einfache Mehrheit, wobei ein Minderheitenschutz besteht.⁴⁰⁷ Mit der Vertretung der GesBR nach außen können die Gesellschafter bestimmte Gesellschafter vertraglich beauftragen (§ 1190 ABGB), was die übrigen davon ausschließt.⁴⁰⁸ Es ist aber auch möglich sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung auszuschließen, indem ein Nichtgesellschafter zum Geschäftsführer bestellt wird.⁴⁰⁹ Dem Verwalter kann sowohl Einzel- als auch Gesamtgeschäftsführungsbefugnis erteilt werden.⁴¹⁰

Nach der herrschenden Lehre⁴¹¹ ist die GesBR weder juristische Person noch teilrechtsfähiges Gebilde. Mangels Rechtspersönlichkeit kann die GesBR auch nicht Unternehmer im Sinne des UGB sein.⁴¹² Das Gleiche muss auch für die Unternehmer-

⁴⁰⁴ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 42.

⁴⁰⁵ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 43.

⁴⁰⁶ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 240.

⁴⁰⁷ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 238.

⁴⁰⁸ *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/51; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 106.

⁴⁰⁹ OGH 7.11.2002, 6 Ob 67/02z ecolex 2003/81, 176 = JBl 2003, 327 = RdW 2003/106, 133; OGH wbl 1998, 551; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 2/53; *Riedler in Koziol/Bollenberger/Bydlinski*, Kurzkomentar zum ABGB² § 1201 Rz 1; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 244; *Bachofner/Kastner*, JBl 1972, 10.

⁴¹⁰ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 243.

⁴¹¹ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 220; *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ Rz 108; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 14; *Grillberger in Rummel*, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch II/1³ § 1175 Rz 23; *Nowotny in Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 2/25.

⁴¹² *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 16.

/Verbraucherqualifikation nach § 1 KSchG gelten: Nur derjenige der Träger von Rechten und Pflichten sein kann, kann auch Normadressat von Schutzbestimmungen sein.

Träger der Rechte und Pflichten ist also nicht die GesBR selbst, sondern die Gesellschafter. Betreiben diese gemeinsam ein Unternehmen, so sind die sogenannten Mitunternehmer die Träger der Rechte und Pflichten des Unternehmens.

Der Begriff des GesBR-Gesellschafters ist weitreichender als jener des Mitunternehmers, da er auch Personen mit umfasst, die gemeinsam ein nicht unternehmerisches Ziel verfolgen und somit keine Mitunternehmer sind. Dagegen ist jeder Mitunternehmer, sofern er sich mit seinen Mitunternehmern nicht in einer anderen Gesellschaftsform organisiert, GesBR-Gesellschafter, da er sich mit einem anderen oder mit anderen zusammenschließt und die Verwirklichung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Ziels mithilfe eines Unternehmens anstrebt.

Insofern deckt sich die Frage, ob der Mitunternehmer als Verbraucher bzw als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG anzusehen ist, mit der Frage, ob der GesBR Gesellschafter einer GesBR, die dem Betrieb eines Unternehmens dient, als Verbraucher oder Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG zu betrachten ist.

8.3.2 Grundsätzlich: Der Mitunternehmer ist Unternehmer

Hinsichtlich der Frage, ob der Mitunternehmer beim Abschluss eines Geschäftes für das gemeinsam betriebene Unternehmen als Unternehmer oder als Verbraucher im Sinne des KSchG zu qualifizieren ist, findet sich, soweit ersichtlich, in der Literatur lediglich eine kurze Stellungnahme im *Klang* Kommentar von *Mayrhofer/Nemeth*,⁴¹³ wobei diese die Auffassung vertreten, dass an einem Unternehmen mehrere Personen beteiligt sein können, ohne dass sich diese Beteiligung zu einer juristischen Person verfestigt. Als Beispiel führen sie die „Arbeitsgemeinschaft“ an, die Bauarbeiten übernimmt: Wenn diese eine „auf Dauer angelegte Organisation“ aufweist, dann betreibe auch die

⁴¹³ *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar KSchG³ 49.

Arbeitsgemeinschaft ein Unternehmen gemäß § 1 Abs 2 KSchG. Dabei verweisen *Mayrhofer/Nemeth* auf eine OGH Entscheidung⁴¹⁴ aus dem Jahr 1982: Kläger war eine aus Bauunternehmern bestehende ARGE. Die ARGE wurde zur Durchführung eines Bauprojekts eingegangen. Für das mit der Bauführung verbundene Haftpflichtrisiko war jeder einzelne Bauunternehmer bei der Beklagten versichert. Der OGH erklärte in dieser Entscheidung, dass der Abschluss des Versicherungsvertrages nicht als Verbrauchergeschäft angesehen werden kann.

In der Entscheidung 8 Ob 202/98h⁴¹⁵ erklärte der OGH, dass das "Betreiben" eines Unternehmens nicht mit "persönlicher Ausübung" gleichgesetzt werden darf und dass das "Betreiben" auch mittelbar, d.h. im Wege einer Gesellschaftsbeteiligung, erfolgen kann; dies jedoch nur bei Personengesellschaften.⁴¹⁶

In Deutschland ist die rechtliche Situation eine andere, da nach deutschem Recht die GesBR über Rechtsfähigkeit verfügt.⁴¹⁷ Dennoch oder gerade deshalb sind die damit in Verbindung stehenden Entscheidungen über die Verbrauchereigenschaft der deutschen GesBR sowie ihrer Gesellschafter von Interesse. Für die Frage der Verbrauchereigenschaft im Sinne des VerbrKrG ist nämlich, nach Ansicht des dBGH, Zurechnungssubjekt des Verbraucherrechts nicht die Gesellschaft, sondern die in der Gesellschaft verbundenen Personen.⁴¹⁸ Nach Ansicht des dBGH war das VerbrKrG auch dann auf das GesBR-Gesellschaftsverhältnis anwendbar, wenn die von der GesBR verfolgte Tätigkeit keine gewerbliche Tätigkeit war.⁴¹⁹ Im Umkehrschluss lässt sich draus ableiten, dass auch nach deutschem Recht, trotz der dortigen Rechtspersönlichkeit der GesBR, die Gesellschafter der GesBR als Unternehmer hinsichtlich von Geschäften,

⁴¹⁴ OGH 28.10.1982, 7 Ob 61/82 RZ 1984/59, 182.

⁴¹⁵ Siehe Darstellung dieser Entscheidung in Kapitel VI.5.3.2 *Die Entscheidung 8 Ob 202/98h*.

⁴¹⁶ Der OGH verweist hierbei auf *Straube* in *Straube*, Kommentar zum Handelsgesetzbuch I² § 1 Rz 25 bis 29.

⁴¹⁷ dBGH 29.1.2001, II ZR 331/00 BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056 = ZIP 2001, 330 = MDR 2001, 459 = BauR 2001, 693.

⁴¹⁸ Siehe diesbezüglich *Schmidt*, Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag, JuS 2006, 1 der auf dBGH 23.10.2001, XI ZR 63/01 BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368 = ZIP 2001, 2224 = MDR 2002, 222 = BB 2001, 2550 verweist.

⁴¹⁹ dBGH 23.10.2001, XI ZR 63/01 BGHZ 149, 80 = NJW 2002, 368 = ZIP 2001, 2224 = MDR 2002, 222 = BB 2001, 2550.

die sie für die GesBR schließen, betrachtet werden, wenn die Tätigkeit der GesBR eine gewerbliche ist.

Aus der Gesetzeslage, der bisherigen Lehre und der Rechtsprechung lässt sich, soweit ersichtlich, somit nicht genau die Frage beantworten, ob ein Mitunternehmer als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z KSchG zu qualifizieren ist. Ich bin der Auffassung, dass der Mitunternehmer jedenfalls als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG zu qualifizieren ist; dies auf Grund folgender Überlegungen:

Wie gesagt, sind zwei Mitunternehmer, die sich zur Verfolgung eines gemeinsamen wirtschaftlichen Zwecks zusammengeschlossen haben und dieses Ziel mithilfe des Betriebes eines Unternehmens erreichen wollen, als Gesellschafter einer GesBR zu betrachten, sofern sie sich nicht unter einer anderen Gesellschaftsform zusammengeschlossen haben. Unternehmensträger können nur die GesBR-Gesellschafter sein, da es der GesBR an Rechtspersönlichkeit fehlt. Als Unternehmer bzw Unternehmensträger des von den GesBR-Gesellschaftern betriebenen Unternehmens kommen somit nur die GesBR-Gesellschafter in Frage.

Gelangt man zu einem anderen Ergebnis und subsumiert das Verhältnis des Mitunternehmers zum Unternehmen nicht unter das Tatbestandselement „sein Unternehmen“, so würde dies die absurde Folge mit sich führen, dass ein von zwei Personen betriebenes Unternehmen keinen Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG haben würde.

Voraussetzung für die Subsumtion unter das Tatbestandselement „sein Unternehmen“ ist daher nicht, dass man alleine das Unternehmen betreibt; die Mitunternehmerschaft reicht aus.

Aus der selben Überlegung muss man auch zum Ergebnis gelangen, dass beim Betrieb eines Unternehmens durch zwei Mitunternehmer der Umstand, dass keiner der beiden Mitunternehmer absolut über das Unternehmen herrschen kann, da hinsichtlich der

Geschäftsführung nach innen das Mehrstimmigkeitsprinzip gilt,⁴²⁰ der Unternehmereigenschaft dieser Mitunternehmer nicht schaden kann. Entscheidend muss sein, dass sie gemeinsam absolute Macht ausüben können, wodurch meines Erachtens jeder der beiden Unternehmer das Unternehmen als „sein“ Unternehmen bezeichnen kann.

Weiters stellt sich die Frage, ob jener von zwei Mitunternehmern, der keine Vertretungsbefugnis hat, das Unternehmen als „sein Unternehmen“ bezeichnen kann. In Analogie zu der wohl herrschenden Lehre,⁴²¹ dass der Einzelunternehmer, der seine Unternehmensgeschäfte durch einen Dritten besorgen lässt, Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist, muss die Antwort auf obige Frage ja lauten, da für den Mitunternehmer, der sich durch den anderen Mitunternehmer oder durch einen Dritten vertreten lässt, nichts anderes gelten kann.

Führt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, so muss man auch zu dem Ergebnis gelangen, dass auch dann, wenn eine Unzahl von Mitunternehmern vorhanden sind, die alle nur zu einem geringen Bruchteil am Unternehmen beteiligt sind, jeder einzelne das Unternehmen als „sein“ Unternehmen bezeichnen kann.

Zusammenfassend halte ich fest: Das Verhältnis zwischen Mitunternehmer zu Unternehmer ist unter das Tatbestandselement des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG „sein Unternehmen“ zu subsumieren. Der Mitunternehmer ist daher unabhängig davon, ob er regelmäßig für sein Unternehmen tätig wird oder sich diesbezüglich vertreten lässt, und unabhängig davon, ob er nur zu einem geringen Bruchteil am Mitunternehmen beteiligt ist, dann als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG anzusehen, wenn er ein Geschäft für den Betrieb des Unternehmens abschließt.

8.4 Ohne Trennungsprinzip ist das Verhältnis zwischen GmbH-Gesellschafter und GmbH-Unternehmen unter „sein Unternehmen“ zu

⁴²⁰ *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 238.

⁴²¹ Vgl etwa mit weiteren zahlreichen Verweisen *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar KSchG³ § 1 KSchG Rz 40ff; vgl auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 21.

subsumieren, und zwar unabhängig von Geschäftsführungskompetenz und Beteiligungsumfang

Auf Grundlage der vorangegangenen Kapitel kann somit gesagt werden: Ohne Trennungsprinzip gibt es keinen Grund den GmbH-Gesellschafter hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft anders als den Mitunternehmer zu behandeln.

Ohne Trennungsprinzip muss der Alleingesellschafter-Geschäftsführer der GmbH dem persönlich handelnden und daher sich nicht vertreten lassenden Einzelunternehmer gleichgestellt werden. Dies entspricht der Rechtsprechung des OGH.⁴²²

Ohne Trennungsprinzip muss aber auch der Alleingesellschafter ohne Geschäftsführungskompetenz dem sich ständig vertreten lassenden Einzelunternehmer gleichgestellt werden. Soweit ersichtlich liegen zu dieser Konstellation noch keine OGH Entscheidungen vor.

Ohne Trennungsprinzip muss der Mehrheitsgesellschafter mit und der Mehrheitsgesellschafter ohne Geschäftsführungskompetenz dem Mitunternehmer mit und dem Mitunternehmer ohne dauernder Vertretung gleichgestellt werden. Der OGH hat dagegen den Mehrheitsgesellschafter mit Prokura als Verbraucher qualifiziert und steht somit im Widerspruch zur Wendjudikatur,⁴²³ in welcher das Trennungsprinzip aufgehoben wurde.

Und ohne Trennungsprinzip muss konsequenterweise auch der Minderheitsgesellschafter mit oder ohne Geschäftsführungskompetenz dem nur zu einem geringfügigen Bruchteil am Unternehmen beteiligten Mitunternehmer mit oder ohne dauernder Vertretung gleichgestellt werden. Auch hier hat der OGH bereits im Widerspruch zur Wendjudikatur entschieden.

⁴²² Siehe Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a.

⁴²³ Siehe Kapitel VI.5.4 Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a und VI.5.5 Bestätigung der „Wendeentscheidung“.

Da der Mitunternehmer, wie oben gezeigt wurde, unabhängig vom Umfang seiner Beteiligung am Unternehmen und unabhängig davon, ob er sich vertreten lässt, dann als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG zu betrachten ist, wenn er ein Geschäft für den Betrieb seines Unternehmens schließt, muss dies auf Grund des Wegfalls des Trennungsprinzips auch für den GmbH-Gesellschafter gelten.

Der OGH schrieb in der „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a: *Es ist nicht einzusehen, warum jemand, der die Organisationsform einer "Ein-Mann-GmbH" gewählt hat - weil er dadurch, wie der Beklagte selbst betont - dann grundsätzlich nicht persönlich zu haften habe, wenn er hinsichtlich eines Unternehmenskredites neben der GmbH als Kreditnehmer auftritt, als Verbraucher anzusehen sein soll.* So muss es nach meinen eben dargelegten Überlegungen aber auch lauten: *Es ist nicht einzusehen, warum 4 Personen, die anstelle einer Mitunternehmerschaft in Form einer GesBR die Organisationsform einer GmbH gewählt haben – weil sie dadurch dann grundsätzlich nicht persönlich zu haften haben, wenn sie neben der GmbH als Kreditnehmer auftreten, als Verbraucher anzusehen sein sollen.*

Ohne Trennungsprinzip gibt es meines Erachtens daher keinen Grund für den GmbH-Gesellschafter in Bezug auf die Anwendbarkeit von Verbraucherschutzbestimmungen andere Kriterien, wie für den Mitunternehmer, anzuwenden. Daraus folgt, dass es auch für die Subsumtion des Verhältnisses zwischen GmbH-Gesellschafter und GmbH-Unternehmen unter das Tatbestandselement des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG „sein Unternehmen“ lediglich darauf ankommt, dass der GmbH-Gesellschafter beteiligt ist, wobei Beteiligungsumfang sowie Geschäftsführungskompetenz keine Rolle spielen.

8.5 Entscheidendes Kriterium ist die Beteiligung des GmbH-Gesellschafters und nicht die Geschäftsführungskomponente

Der OGH, ⁴²⁴ *Bydlinski/Haas* ⁴²⁵ und *Eigner* ⁴²⁶ sind der Auffassung, dass der Gesellschafter neben seiner Beteiligung an der GmbH darüber hinaus auch

⁴²⁴ Siehe Kapitel VI.5.6 *Die Entscheidung 4 Ob 108/06w* und Kapitel VI.5.7 *Die Entscheidung 7 Ob 266/06b*.

Geschäftsführungskompetenz im Sinne einer organschaftlichen Handlungsbefugnis aufweisen müsse, damit er als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG betrachtet werden kann.

Als Argumente werden diesbezüglich vorgebracht, dass das bloße Anlegen von Kapital noch nicht unternehmerisches Handeln sei, da hierbei der Zusammenhang zwischen dem Betrieb des Unternehmens und einem darauf bezogenen Handeln des Gesellschafters fehlen würde. Der typische Unternehmer werde nämlich durch sein Verhalten ausgezeichnet. Nur in einer Konstellation, in der der Gesellschafter über 50% Beteiligung hat und zudem auch noch die organschaftliche Handlungsbefugnis innehat, kann ohne sein Wissen nichts Unternehmensrelevantes gemacht werden.

Diesen Argumenten ist der Wortlaut des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG entgegenzuhalten, der eben nicht davon spricht, dass derjenige Unternehmer ist, der für sein Unternehmen regelmäßig handelt, sondern dass diese Eigenschaft bereits dann vorliegt, wenn eine Person ein Geschäft für den Betrieb seines Unternehmens abschließt. § 1 Abs 1 Z 1 KSchG verlangt jedoch nicht, dass der Unternehmer aktiv ein regelmäßig wiederkehrendes unternehmerisches Verhalten zu setzen hat. Der einzige Zusammenhang der zwischen unternehmerischen Tun des Unternehmens und dem Betrieb seines Unternehmens gemäß § 1 Abs 1 Z 1 KSchG bestehen muss, ist der, dass der Unternehmer an einem Rechtsgeschäft beteiligt sein muss, dass zum Betrieb seines Unternehmens gehört. Dies entspricht auch der bisherigen herrschenden Meinung: Macht jemandes wirtschaftliche Tätigkeit den Einsatz einer geeigneten Organisation notwendig, verfügt der Betreffende jedoch über eine solche Organisation nicht, sondern lässt er die erforderliche Arbeit durch einen anderen Unternehmer verrichten, wird die wirtschaftliche Tätigkeit dennoch demjenigen zugerechnet, der den andern beauftragt hat: Er ist Unternehmer.⁴²⁷ Bedient sich zum Beispiel ein Hauseigentümer zum Zweck der Betreuung seiner Liegenschaft eines Hausverwalters bzw betreibt er das

⁴²⁵ Siehe Kapitel VI.6.2.2 *Bydlinski/Haas*.

⁴²⁶ Siehe Kapitel VI.6.2.4 *Eigner*.

⁴²⁷ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 21; *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar KSchG³ § 1 KSchG Rz 44; *Krejci*, Grundfragen zum Geltungsbereich des I. Hauptstückes des KSchG in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981).

Vermietungsgeschäft über einen Immobilienmakler, weil er selbst nicht in der Lage ist, alle laufenden Geschäfte durchzuführen, so ist er dennoch Unternehmer.⁴²⁸

Weiters ist auch gegen die oben genannten Ansichten die Auffassung von *Karollus*⁴²⁹ vorzubringen, dass nur die Gesellschafterstellung eine Qualifikation als „wirtschaftlicher Eigentümer“ zulasse. So teile ich diesbezüglich die Auffassung von *Karollus*, dass die Geschäftsführungsfunktion für die Frage der Unternehmereigenschaft keine Bedeutung hat, da der Gesellschafter der Geschäftsführung Weisungen erteilen, den Geschäftsführer auswechseln und sich selbst sogar als Geschäftsführer ernennen kann. Würde es auf das Element der Geschäftsführung für die Frage der Unternehmereigenschaft ankommen, so müssten sämtlichen Unternehmer die sich durch Dritte hinsichtlich ihrer unternehmerischen Tätigkeit vertreten lassen, als Verbraucher betrachtet werden, was aber, wie oben bereits gezeigt, nicht der herrschenden Meinung entsprechen würde.

8.6 Ansicht entspricht dem vom Gesetzgeber des KSchG besonders hervorgehobenen Kriterium der Rechtsklarheit.

Ein Anliegen des Gesetzgebers des § 1 KSchG war es einen Grundtatbestand zu schaffen, der es dem Rechtsanwender einfach machen sollte, herauszufinden, ob auf einen bestimmten Sachverhalt die Bestimmungen des I. Hauptstücks des KSchG zur Anwendung kommen oder nicht.⁴³⁰ Hinsichtlich der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft des GmbH-Gesellschafters entspricht das Trennungsprinzip vollkommen diesem Anspruch auf Rechtsklarheit und Rechtssicherheit. Die Wendeentscheidungen,⁴³¹ in welchen das Trennungsprinzip zu Gunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise überwunden wurde,⁴³² in Kombination mit den Entscheidungen, in welchen GmbH-Gesellschafter ohne Geschäftsführungskompetenz

⁴²⁸ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/43 § 1 KschG Rz 21 verweist diesbezüglich auf *Meinhart*, ImmZ 1980, 8, 23.

⁴²⁹ Siehe Kapitel VI.6.2.1 *Karollus*.

⁴³⁰ Sieh diesbezüglich sehr ausführlich Kapitel VII.4.5.2 *Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw. „Verbot der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht*.

⁴³¹ Siehe Kapitel VI.5.4 *Die „Wendeentscheidung“ 7 Ob 315/01a* und Kapitel VI.5.5 *Bestätigung der „Wendentscheidung“*.

⁴³² Siehe Kapitel VI.8.1 *Das Trennungsprinzip ist gefallen!*

oder Minderheitsgesellschafter als Verbraucher qualifiziert wurden,⁴³³ haben zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit geführt. Die Frage, ob der OGH den GmbH-Mehrheitsgesellschafter mit organschaftlicher Geschäftsführungskompetenz als Unternehmer oder Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG betrachtet, ist kaum vorhersagbar.⁴³⁴

Die von mir vertretene Ansicht, die den GmbH-Gesellschafter jedenfalls als Unternehmer im Sinne des § 1 KSchG qualifiziert, sobald dieser ein Geschäft für den Betrieb des GmbH-Unternehmens schließt, entspricht jedenfalls der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit.

8.7 Zusammenfassung Eigene Meinung

Ob ich das Abgehen vom Trennungsprinzip für die Frage der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft des GmbH-Alleingesellschafter-Geschäftsführer für richtig oder falsch halte, will ich hier nicht beurteilen. Doch bin ich der Auffassung, dass man die einmal getroffene Entscheidung, vom Trennungsprinzip für die Frage der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft des GmbH-Gesellschafter abzugehen, auf sämtliche GmbH-Gesellschafter anzuwenden hat. Wenn also ohne Trennungsprinzip der Alleingesellschafter-Geschäftsführer der GmbH wie ein Einzelunternehmer betrachtet wird, so muss konsequenterweise auch der Minderheitsgesellschafter ohne Geschäftsführungskompetenz einer GmbH gleich wie ein Mitunternehmer mit einer geringfügigen Beteiligung und ohne Vertretungsmacht behandelt werden und folge dessen als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG qualifiziert werden.

9 Besonderheit: Verbraucher-/Unternehmereigenschaft des GmbH-Gesellschafter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages

Für die Anwendbarkeit des § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen ist es entscheidend, ob der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher im Sinne von § 1 Abs 1

⁴³³ Siehe Kapitel VI.5.6 *Die Entscheidung 4 Ob 108/06w* und Kapitel VI.5.7 *Die Entscheidung 7 Ob 266/06b*.

⁴³⁴ Vgl etwa Riss in Kapitel VI.6.3.2.

Z 2 KSchG angesehen wird. Wie in diesem Kapitel⁴³⁵ gezeigt wurde, ist diese Frage äußerst umstritten. Für die konkrete Frage, ob der GmbH-Gesellschafter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages als Verbraucher oder als Unternehmer zu betrachten ist, tritt zu den hier besprochenen Fällen, in welchen der GmbH-Gesellschafter mit Dritten Geschäfte für den Betrieb des GmbH-Unternehmens abgeschlossen hat, die Besonderheit hinzu, dass der GmbH-Gesellschafter mit anderen GmbH-Gesellschaftern ein Rechtsgeschäft, nämlich den Gesellschaftsvertrag, abschließt, wodurch die GmbH und in den meisten Fällen auch das von der GmbH betriebene Unternehmen entsteht.

Wenn durch den Gesellschaftsvertrag das Unternehmen entsteht, stellt sich die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag nicht als Vorbereitungsgeschäft im Sinne des § 1 Abs 3 KSchG zu qualifizieren ist. Fällt der Gesellschaftsvertrag, welcher im Zuge einer Unternehmensgründung geschlossen wird, unter § 1 Abs 3 KSchG, ist der GmbH-Gesellschafter hinsichtlich des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages auch dann als Verbraucher anzusehen, wenn man über das Trennungsprinzip zu Gunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise hinwegsieht. Denn auch der Einzelunternehmer wird im Hinblick auf von ihm getätigte Gründungsgeschäfte als Verbraucher betrachtet.⁴³⁶ Soweit ersichtlich, gibt es weder seitens des OGH noch der Lehre Stellungnahmen zu der speziellen Frage, ob der GmbH-Gesellschafter hinsichtlich des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages als Verbraucher betrachtet werden kann. Die Lehre,⁴³⁷ die sich mit der Frage auseinandersetzt, ob § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen anzuwenden ist, verweist betreffend der Verbraucher-/Unternehmereigenschaft des GmbH-Gesellschafters grundsätzlich auf die Rechtsprechung und Lehre in Bezug auf die oben geschilderten Interzessionsfälle,⁴³⁸ in welchen aber immer nur die Verbrauchergeschäftseigenschaft von Rechtsgeschäften

⁴³⁵ Gemeint ist das gesamte bisherige Kapitel VI *Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*.

⁴³⁶ Vgl diesbezüglich *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 15ff; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 59; *Längle*, Gründungsgeschäfte werdender Unternehmer im Spannungsfeld zwischen HGB und KSchG, in *FS Krejci* (2001).

⁴³⁷ Siehe Kapitel VII.3 *Die Lehre zur Frage, ob § 617 ZPO auf den Gesellschafter-Verbraucher anzuwenden ist?*.

⁴³⁸ Siehe die Entscheidungsbesprechungen in Kapitel VI.5.2 oder VI.5.4 bis VI.5.7.

zwischen GmbH-Gesellschaftern und Dritten, nie aber Geschäfte unter den Gesellschaftern zu beurteilen war.

Aussagekraft hat jedoch die Entscheidung 6 Ob 219/97t,⁴³⁹ in welcher sich der OGH nicht mit der Frage auseinandersetzen musste, ob ein Gesellschaftsvertrag einer GmbH als Verbrauchergeschäft betrachtet werden kann, sondern Stellung hinsichtlich der Problematik der Verbrauchergeschäftseigenschaft eines vom Gesellschafter-Geschäftsführers in der Gründungsphase der GmbH geschlossenen Pachtvertrages mit einem Dritten bezog. Der OGH entschied, dass nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes, die Anwendung von § 1 Abs 3 KSchG auf natürliche Personen eingeschränkt ist. Schließen die Gründungsgesellschafter einer GmbH im Namen der erst zu gründenden GmbH Rechtsgeschäfte, so fallen diese daher nicht in den Anwendungsbereich des § 1 Abs 3 KSchG und sind somit keine Verbrauchergeschäfte. Jedoch erklärt der OGH in einem obiter dictum, und dies ist für die hier interessierende Frage wichtig, dass es äußerstenfalls vertretbar sei, die Verbraucherschutzbestimmungen des KSchG auf haftungsrechtliche Ansprüche gegen die an den Gründungsgeschäften beteiligten Personen anzuwenden.

Diese vom OGH obiter vertretene Ansicht könnte meiner Meinung nach dahingehend verstanden werden, dass der GmbH-Gesellschafter, sobald er in der Gründungsphase der GmbH, in welcher zugleich auch das GmbH-Unternehmen gegründet wird, Geschäfte für das in Gründung bestehende Unternehmen im eigenen Namen und nicht im Namen der GmbH schließt, als Verbraucher anzusehen sei. Daraus könnte man ableiten, dass der GmbH-Gesellschafter beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages als Verbraucher anzusehen sei, da der Gesellschaftsvertrag ein Rechtsgeschäft ist, das innerhalb der Unternehmensentstehung vom GmbH-Gesellschafter im eigenen Namen geschlossen wird.⁴⁴⁰

⁴³⁹ OGH 2.4.1998, 6 Ob 219/97t ecolex 1998, 691 = GesRZ 1998, 159 = wbl 1998/329 = NZ 1999, 244 = MietSlg 50.238.

⁴⁴⁰ Dies natürlich nur dann, wenn der GmbH-Gesellschafter nicht aus anderen Gründen als Unternehmer zu betrachten ist, was etwa dann der Fall ist, wenn Gesellschafter Unternehmer kraft Rechtsform ist oder die Gründung der GmbH in den Geschäftsbereich des vom Gesellschafter bereits betriebenen Unternehmens fällt.

Ich bin aber der Meinung, dass zwischen GmbH-Gesellschaftsvertrag und sonstigen Rechtsgeschäften, die im Zuge der Gründung eines Unternehmens geschlossen werden, differenziert werden muss. Mit § 1 Abs 3 KSchG hat der Gesetzgeber jene Fälle vor Augen gehabt, in welchen unerfahrene Personen, die sich entscheiden ein Unternehmen zu gründen, mit bereits erfahrenen Unternehmern in rechtsgeschäftlichen Kontakt treten, um die notwendigen Dinge zu erwerben, die für die Gründung eines Unternehmens erforderlich sind. Als Beispiel führt der Gesetzgeber in den Materialien diesbezüglich die Hausfrau an, die vom Vertreter eine Stickmaschine kauft und sich von diesem die Hoffnung erwecken lässt, dass sie Aufträge zur Herstellung von Strickware erhalten werde, aus deren Erlös sie die Maschine bezahlen und einen Verdienst ziehen könne.⁴⁴¹ Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages unterscheidet sich von den vom Gesetzgeber angedachten Fällen dadurch, dass er nicht mit Dritten geschlossen wird, sondern von den Gesellschaftern, die selbst an der Schaffung und gemeinsamen Nutzung des Unternehmens interessiert sind. Diese Personen stehen dem „Unternehmensgründer“ nicht gegenüber, wie etwa der Bauunternehmer, der das Unternehmensgebäude errichtet, wie der Rohstofflieferant oder wie die Bank, die die für die Unternehmensgründung notwendigen Kredite gewährt. Das Verhältnis der Gesellschafter zueinander ist nicht durch das Prinzip „do ut des“ gekennzeichnet, sondern die Gesellschafter stehen typischerweise auf derselben Seite und wollen mit gemeinsamen Kräften ein gemeinsames Ziel erreichen. Der Gesetzgeber will aber den „schwachen“ Verbraucher nur dann vor dem „starken“ Unternehmer schützen, sofern dieser ihm gegenüber steht und dadurch eine „Gefahr“ darstellt. Der „starke“ Unternehmer der aber auf der Seite des „schwachen“ Verbrauchers steht, ist dagegen kein „Gefahr“, sondern vielmehr ein Nutzen für den Verbraucher. Aus diesem Grund bin ich der Auffassung, dass der Gesellschaftsvertrag nicht auf § 1 Abs 3 KSchG angewendet werden kann und diesbezüglich teleologisch zu reduzieren ist.⁴⁴²

⁴⁴¹ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 16.

⁴⁴² Siehe auch Kapitel VII.4.4.2.2.3 *Argument: Unterschied des Gesellschaftsvertrages zum typischen Verbraucherrechtsgeschäft* sowie Kapitel VII.4.4.2.2.4 *Argument: Die unterschiedlichen Pole, die das Verbraucherrecht und das Unternehmensrecht im Privatrechtsspektrum einnehmen*.

10 Zusammenfassung:

Die Frage der Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern ist nicht abschließend geklärt. Der OGH sieht im Widerspruch zum Trennungsprinzip zwar den Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG an, doch qualifiziert er den mit Prokura ausgestatteten Mehrheitsgesellschafter ohne organschaftlicher Geschäftsführungskompetenz als Verbraucher, wenn er ein Geschäft für den Betrieb des GmbH-Unternehmens schließt. In der Lehre werden unterschiedliche Ansichten vertreten, wobei von jenen, die sich für eine wirtschaftliche Betrachtungsweise und sich gegen ein Festhalten an den strengen und formalen Kriterien des Trennungsprinzips aussprechen, darüber gestritten wird, ob die Geschäftsführungskompetenz oder der Beteiligungsumfang an der GmbH das entscheidende Kriterium für die Unternehmerqualifikation ist. Ich bin der Auffassung, dass, sobald man sich entscheidet, am Trennungsprinzip hinsichtlich der Verbraucher-/Unternehmerqualifikation des GmbH-Gesellschafters nicht mehr festzuhalten und somit einen vom Gesellschaftsrecht getrennten Weg zugehen, dies konsequent für sämtliche GmbH-Gesellschafter zu gelten hat. Meiner Ansicht nach ist daher jeder GmbH-Gesellschafter unabhängig von seinem Beteiligungsumfang und unabhängig davon, ob er Geschäftsführungskompetenz innehat, als Unternehmer anzusehen, wenn er für das GmbH-Unternehmen ein Geschäft abschließt.

Für die Frage, ob ein GmbH-Gesellschafter beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der eine Schiedsklausel enthält, als Verbraucher bzw als Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG zu betrachten ist, wurde in der Lehre, soweit ersichtlich, noch nicht konkret Stellung genommen. In der wissenschaftlichen Diskussion, ob § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen Anwendung findet, wird auf den in diesem Kapiteln dargestellten Ergebnissen der Judikatur und Lehre abgestellt, in welchen vor allem die Verbraucher-/Unternehmereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern im Zuge von Interzessionsgeschäften im Rampenlicht stand, die sich von der Problematik zu Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen dadurch unterscheidet, dass der nach § 1 Abs 1 KSchG zu qualifizierende GmbH-Gesellschafter im einen Fall ein Rechtsgeschäft mit

einem Dritten und im anderen Fall mit seinesgleichen, nämlich den anderen GmbH-Gesellschaftern, schließt.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass dann, wenn der Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages im Zuge der Gründung des GmbH-Unternehmens erfolgt, sich die Frage stellt, ob § 1 Abs 3 KSchG zur Anwendung kommt. Dies hätte zur Folge, dass der GmbH-Gesellschafter auch dann, wenn man das Trennungsprinzip auf die Frage der Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters nach § 1 Abs 1 KSchG nicht anwendet, dennoch als Verbraucher nach § 1 Abs 3 KSchG zu betrachten wäre, sofern dieser nicht bereits Unternehmer im selben Geschäftsbereich ist, wie in jenem, in welchem das in Gründung sich befindende GmbH-Unternehmen tätig sein wird.

Die Problematik im Zusammenhang mit § 1 Abs 3 KSchG stellt sich jedenfalls dann nicht, wenn die Schiedsvereinbarung nach Gründung des Unternehmens geschlossen wird. Das heißt § 1 Abs 3 KSchG iVm mit § 617 ZPO kommt jedenfalls dann nicht zur Anwendung, wenn die Schiedsklausel zu einem Zeitpunkt in den GmbH-Gesellschaftsvertrag aufgenommen wird, zu welchem die Gründungsphase des Unternehmens bereits für beendet betrachtet werden kann.

Ich bin in diesem Zusammenhang der Auffassung, dass § 1 Abs 3 KSchG auf das Rechtsgeschäft des Abschlusses eines GmbH-Gesellschaftsvertrages nicht angewendet werden kann, da der Gesetzgeber, mit dieser Regelung einen anderen Zweck verfolgen wollte. Der Gesetzgeber wollte den noch unerfahrenen Unternehmer in spe vor anderen bereits erfahrenen und daher ihm typischerweise überlegenen Unternehmern schützen, die ihm hinsichtlich der Rechtsgeschäfte, die er für die Unternehmensgründung tätigen muss, bildlich gesprochen gegenüber stehen. Die GmbH-Gesellschafter stehen sich aber nicht in dem Sinne gegenüber, wie dies bei Käufer-Verkäufer, Bestandnehmer-Bestandgeber, Kreditgeber-Kreditnehmer usw der Fall ist. Die GmbH-Gesellschafter sind untereinander vielmehr als Partner zu betrachten. Sind diese Partner „stark“, so stellt dies keine Gefahr, sondern einen Nutzen dar. Aus diesem Grund bin ich der Auffassung, dass § 1 Abs 3 KSchG dahingehend teleologisch reduzierend auszulegen

ist, dass die Gründung des GmbH-Gesellschaftsvertrages nicht unter diese Regelung fällt.

VII. Verbraucherschutz im Schiedsrecht im Zuge des SchiedsRÄG 2006 und seine Auswirkungen auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen

1 Allgemein

Der mit dem SchiedsRÄG2006 neu eingeführte zehnte Titel des Vierten Abschnitts der ZPO über das Schiedsverfahren (§§ 617 bis 618 ZPO) beinhaltet Schutzbestimmungen zugunsten von Verkehrskreisen, die der Gesetzgeber als besonders schützenswert erachtet, nämlich zugunsten von Konsumenten (§ 617 ZPO) und Arbeitnehmern (§ 618 ZPO). Bereits vor dem SchiedsRÄG 2006 wurden diese Personengruppen für den Bereich des Schiedsrechts, wie im Kapitel III „*Die Entwicklung des Verbraucherschutzes im Schiedsrecht bis zum SchiedsRÄG 2006*“ gezeigt wurde, teilweise gesondert behandelt. Sonderbestimmungen in der Art von §§ 617 und 618 ZPO waren den alten ZPO-Bestimmungen jedoch fremd.

Die erwähnten Sonderbestimmungen für Verbraucher und Arbeitnehmer, wobei vor allem die ausführlichen Schutzbestimmungen der Verbraucher im Fokus des vorliegenden Kapitels stehen, führen im Bereich des Gesellschaftsrechts zu erheblichen Problemen. Wie aus dem Titel der Dissertation zu entnehmen ist, handelt es sich bei den Problemen, die sich aus den neu eingeführten Verbraucherschutzbestimmungen im Bereiche des gesellschaftsrechtlichen Schiedsrechts ergeben, um die Hauptthematik dieser Dissertation.

Vorliegendes Kapitel wird zuerst einen genauen Überblick über die neu eingeführten Schutzbestimmungen geben und im Anschluss die sich daraus ergebende Problematik im Bereich des Gesellschaftsrechts erläutern und darauffolgend der Frage nach gehen, ob im Wege der methodischen Auslegung (iwS)⁴⁴³ der einzelnen in § 617 ZPO enthaltenen Bestimmungen, eine Anwendung von § 617 ZPO auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten ausgeschlossen werden kann.

⁴⁴³ Mit der Auslegung iwS verstehe ich in Anlehnung an *Franz Bydlinski*, Methodenlehre² die Auslegung ieS (wörtliche, systematisch-logische, historische und objektiv-teleologische Auslegung) und die ergänzende Rechtsfortbildung (Analogie und teleologische Reduktion).

Die Frage, ob § 617 ZPO auf gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten anzuwenden ist, hat dann keine Bedeutung, wenn der GmbH-Gesellschafter hinsichtlich des Abschlusses des GmbH-Gesellschaftsvertrages als Unternehmer qualifiziert werden würde. In diesem Fall wäre § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen nicht anzuwenden und dem vorliegenden Kapitel die Sinnhaftigkeit entzogen. Wie im obigen Kapitel VI „*Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*“ gezeigt worden ist, ist die Frage der Verbraucherqualifikation von GmbH-Gesellschafter höchst umstritten. Nach der höchstgerichtlichen Judikatur wird der GmbH-Gesellschafter in Anlehnung an das bei Kapitalgesellschaften herrschenden Trennungsprinzip grundsätzlich als Verbraucher und nur im Ausnahmefall des geschäftsführenden Alleingesellschafters als Unternehmer betrachte. Da die Frage der Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters im Mittelpunkt des vorangegangenen Kapitels stand, wird im vorliegenden Kapitel, um Verwirrungen zu vermeiden, nicht zwischen Minderheits-, Mehrheits- oder Alleingesellschafter mit oder ohne Geschäftsführungskompetenz unterschieden, sondern anstelle dessen einheitlich angenommen, dass der GmbH-Gesellschafter Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG ist.

2 Darstellung des § 617 ZPO

2.1 § 617 Abs 1 ZPO

§ 617 Abs 1 ZPO bestimmt, dass eine Schiedsvereinbarung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher wirksam nur über bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden kann.

2.1.1 Verbraucher und Unternehmer

Die ZPO Bestimmungen erklären nicht wer Verbraucher und Unternehmer im Sinne des § 617 ZPO ist. Auch die erläuternden Regierungsvorlagen geben darüber ausdrücklich keine Auskunft. Doch kann der diesbezüglich unstrittigen Lehre⁴⁴⁴ gefolgt werden und

⁴⁴⁴ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 22; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 617 Rz 1; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151 (165); *Nemeth* in *Klang*, ABGB³§ 6 Abs 2 Z 7 Rz 4.

davon ausgegangen werden, dass sich der Gesetzgeber mit den in § 617 ZPO verwendeten Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ auf § 1 KSchG bezieht.⁴⁴⁵

§ 1 KSchG definiert den Verbraucher negativ, indem im dortigen Abs 1 Z 2 festgelegt wird, dass als Verbraucher derjenige anzusehen ist, für den das in Frage stehende Rechtsgeschäft nicht zum Betrieb seines Unternehmens gehört.⁴⁴⁶ Für die Verbraucherqualifikation ist somit entscheidend, wer Unternehmer ist. Gemäß § 1 Abs 1 Z 1 KSchG ist dies derjenige, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmen gehört. Ein Unternehmen wiederum ist jede auf Dauer angelegte Organisation selbständiger wirtschaftlicher Tätigkeit, mag sich auch nicht auf Gewinn gerichtete sein. Juristische Personen des öffentlichen Rechts sind immer als Unternehmer zu qualifizieren (§ 1 Abs 2 KSchG).

2.1.2 Bereits entstandene Streitigkeiten

Mit einer bereits entstandenen Streitfrage versteht der Gesetzgeber eine konkrete Streitfrage, deren Ausgang im Prozess zu erwarten ist⁴⁴⁷ bzw um einen bereits entstandenen, sohin schon ganz konkret bestimmten bestehenden Rechtsstreit.⁴⁴⁸ Darauf aufbauend vertritt *Hausmaninger*⁴⁴⁹ unter Verweis auf *Backhausen*⁴⁵⁰ die Meinung, dass das Bestehen einer strittigen abstrakten Rechtsfrage für sich alleine, die nicht mit einem konkreten Anspruch zusammenfällt, nicht für die Qualifikation als bereits entstandene Rechtsfrage ausreicht. Es müsse vielmehr eine konkrete Streitfrage aufgetreten sein. Zwischen der Erörterung der konkreten Rechtsfrage, dem zu erwartenden Prozess und dem Abschluss der Schiedsvereinbarung wird man einen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang fordern müssen.

Eine in einem Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel bezieht sich grundsätzlich immer nur auf zukünftigen Streitigkeiten, sofern nicht, was äußerst selten der Fall sein

⁴⁴⁵ Vgl auch *Oberhammer*, Entwurf 49.

⁴⁴⁶ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 22; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 4;

⁴⁴⁷ ErläutRV 7 B1gNR 16 GP 33.

⁴⁴⁸ JAB 527 B1gNR 16. GP 2.

⁴⁴⁹ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 24.

⁴⁵⁰ *Backhausen*, Schiedsgerichtsbarkeit unter besonderer Berücksichtigung des Schiedsvertragsrechts 123.

wird, vor und während dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages Streitigkeiten unter den Gesellschaftern bezüglich des Gesellschaftsverhältnisses bereits entstanden sind.

Die Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 enthielt nur für Arbeitnehmer in § 9 Abs 2 ASGG⁴⁵¹ eine Schutzbestimmung, wonach in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs. 1 ASGG eine Schiedsvereinbarung außer für Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder einer Kapitalgesellschaft nur für bereits entstandene Streitigkeiten wirksam geschlossen werden konnte. Spätestens durch die Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG⁴⁵² war unstrittig, dass Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern grundsätzlich geschlossen werden konnte, doch unterlagen diese dem Prorogationsverbot des § 14 KSchG und mussten gemäß § 6 Abs 2 Z. 7 KSchG besonders ausgehandelt werden. Ob nach alter Rechtslage Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern auch über zukünftige Streitigkeiten geschlossen werden konnte wurde vom OGH nie ausjudiziert.

2.1.3 Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit

Nach § 617 Abs 1 ZPO können Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern nur über bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden. Über zukünftige Streitigkeiten können daher zwischen Verbraucher und Unternehmer keine wirksamen Schiedsvereinbarungen geschlossen werden. Der Verbraucher ist somit nicht pauschal der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen, woraus folgt, dass § 617 Abs 1 ZPO keine Einschränkung der subjektiven Schiedsfähigkeit darstellt. § 617 Abs 1 ZPO schränkt vielmehr die in § 582 ZPO geregelte objektive Schiedsfähigkeit hinsichtlich Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher auf bereits entstandene Streitigkeiten ein.⁴⁵³

⁴⁵¹ Siehe Kapitel III.7 *Arbeitnehmerschutz für das Schiedsverfahren durch § 9 Abs 2 ASGG.*

⁴⁵² Siehe oben Kapitel III.8 *Einführung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG: Schiedsklauseln zwischen Verbrauchern und Unternehmern sind grundsätzlich schiedsfähig, müssen aber im Einzelnen ausgehandelt werden.*

⁴⁵³ *Hausmaninger in Fasching, ZPO IV/2² § 617 Rz 24; Reiner, GesRZ 2007, 151 (168).*

2.1.4 Problematik des § 617 Abs 1 ZPO für das Gesellschaftsrecht

Wenn davon ausgegangen wird, dass Gesellschafter einer GmbH, die nicht als Unternehmer kraft Rechtsform auftreten, grundsätzlich als Verbraucher zu qualifizieren sind, sind auf im GmbH-Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklauseln die Regeln des § 617 ZPO anzuwenden. Da, wie oben bereits gezeigt,⁴⁵⁴ Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen grundsätzlich auf zukünftige Streitigkeiten abzielen, wäre entsprechend dem Wortlaut des § 617 Abs 1 ZPO eine in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel unwirksam, sofern zumindest ein Gesellschafter als Unternehmer auftritt.

2.2 § 617 Abs 2 ZPO

2.2.1 Ausschluss von Schiedsklausel

§ 617 Abs 2 ZPO regelt: *Schiedsvereinbarungen, an denen ein Verbraucher beteiligt ist, müssen in einem von diesem eigenhändig unterzeichneten Dokument enthalten sein. Andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das Schiedsverfahren beziehen, darf dieses nicht enthalten.*

§ 617 Abs 2 ZPO stellt eine Spezialvorschrift zu § 538 ZPO dar. Nach § 583 ZPO können Schiedsvereinbarungen auch mittels Schiedsklauseln in Verträgen, die nicht nur die Schiedsvereinbarung zum Inhalt haben, vereinbart werden. Weiters lässt diese Bestimmung neben der Schriftform auch die Vereinbarung mittels gewechselten Schreiben, Telefaxen, E-mails oder anderen Formen der Nachrichtenübermittlung als ausreichendes Formerfordernis einer Schiedsvereinbarung zu. Durch § 617 Abs 2 ZPO werden die Formerfordernisse einer Schiedsvereinbarung verschärft, sodass Verbraucher mittels Schiedsklauseln keine Schiedsgerichte anordnen können, da eine Schiedsklausel immer nur einen Vertragsbestandteil darstellt und neben der Schiedsklausel weitere Vereinbarungen bestehen, die sich nicht auf das Schiedsverfahren beziehen.

Der alten Rechtslage war eine solche Bestimmung fremd.

⁴⁵⁴ Siehe Kapitel VII.2.1.2 *Bereits entstandene Streitigkeiten*.

2.2.2 § 617 Abs 2 gilt auch wenn ausschließlich Verbraucher am Rechtsgeschäft beteiligt sind.

§ 617 Abs 2 unterscheidet sich von „herkömmlichen“ Verbraucherschutzbestimmung dadurch, dass sie auch dann zur Anwendung kommt, wenn an dem betreffenden Rechtsgeschäft, sprich an der Schiedsvereinbarung, ausschließlich Verbraucher und somit keine Unternehmer beteiligt sind. Die Verbraucherschutzbestimmungen des KSchG gewähren dagegen grundsätzlich dem Verbraucher mittels relativ zwingenden Regelungen Schutz vor dem Unternehmer, mit welchem sie in rechtsgeschäftlichen Kontakt getreten sind. So kommen entsprechend § 1 Abs 1 KSchG die Verbraucherschutzbestimmungen des I. Hauptstückes des KSchG nur dann zur Anwendung, wenn ein Rechtsgeschäft vorliegt, an welchem auf der einen Seite ein Unternehmer und auf der anderen Seite ein Verbraucher beteiligt ist.⁴⁵⁵ Vorliegende Bestimmung weicht von diesem Grundgedanken des Verbraucherschutzes ab und gewährt dem Verbraucher auch dann „Schutz“, wenn ihm kein typischerweise überlegener Unternehmer gegenübersteht, sondern auch dann, wenn der Verbraucher mit seinesgleichen kontrahiert.

Dass § 617 Abs 2 ZPO auch in jenen Fällen zur Anwendung kommt, in welchen Verbraucher keinen Unternehmern gegenüberstehen, stellt kein gesetzgeberisches Versehen dar. Die ErläutRV geben eindeutig zuerkennt, dass es Wille des Gesetzgebers ist, dass § 617 Abs 2 ZPO auch dann für Verbraucher gelten soll, wenn nur Verbraucher am Schiedsverfahren beteiligt sind.⁴⁵⁶

2.2.3 Problematik für das Gesellschaftsrecht

Im Gesellschaftsrecht werden Schiedsvereinbarung grundsätzlich mittels im Gesellschaftsvertrag inkludierter Schiedsklauseln abgeschlossen. Sofern Verbraucher

⁴⁵⁵ Vgl etwa *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 1.

⁴⁵⁶ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30: *Für den Bereich der Konsumenten wird dies im Wesentlichen durch eine Beschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit auf bereits entstandene Streitigkeiten zwischen Unternehmern und Verbrauchern in Abs. 1 einerseits und eine der Warnfunktion verpflichtete besondere Formvorschrift in Abs. 2 für alle Konsumenten (also auch für Vereinbarungen zwischen Konsumenten) andererseits zu erreichen versucht.*

am Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, der eine Schiedsklausel enthält, beteiligt sind, würde dies einen Widerspruch zu § 617 Abs 2 ZPO darstellen, da der vom Verbraucher unterzeichnete Gesellschaftsvertrag neben der Schiedsvereinbarung weitere Bestimmungen enthält, die sich nicht auf das Schiedsverfahren beziehen.

Um § 617 Abs 2 ZPO Genüge zu tun, müsste neben dem Gesellschaftsvertrag ein eigenständiges Dokument von allen Verbraucher-Gesellschaftern unterzeichnet werden, welches bestimmt, dass sämtliche aus dem Gesellschaftsverhältnis resultierende Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht zu entscheiden sind.

2.3 § 617 Abs 3 ZPO

§ 617 Abs 3 ZPO bestimmt, dass bei Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher dem Verbraucher vor Abschluss der Schiedsvereinbarung eine schriftliche Rechtsbelehrung über die wesentlichen Unterschiede zwischen einem Schiedsverfahren und einem Gerichtsverfahren zu erteilen ist.

Die Gesetzesmaterialien ⁴⁵⁷ ergänzen: *Die dem Verbraucher vor Abschluss der Schiedsvereinbarung zu erteilende schriftliche Rechtsbelehrung muss einfach und verständlich, aber doch umfassend und genau formuliert sein. Diese Belehrung soll dem Konsumenten die Bedeutung und die Auswirkungen des Abschlusses einer solchen Vereinbarung verdeutlichen, weshalb sie natürlich sämtliche wesentliche Besonderheiten des Schiedsverfahrens im Vergleich zum gerichtlichen Verfahren darstellen muss, wozu auch die unterschiedlichen Kosten der Verfahren gehören.*

Die Nicht-Einhaltung dieser schriftlichen Rechtsbelehrung stellt einen Aufhebungsgrund eines auf Grundlage einer zwischen Verbraucher und Unternehmer getroffenen Schiedsvereinbarung erlassenen Schiedsspruches dar (§ 617 Abs 7 ZPO).

Was genau als Unterschied zwischen den schiedsgerichtlichen und dem ordentlichen Gerichtsverfahren zu verstehen ist, wird vom Gesetzgeber nicht näher erläutert. In der

⁴⁵⁷JAB 1236 BlgNR 22. GP 1.

Lehre wird daher die meiner Ansicht nach korrekte Auffassung vertreten, dass die Anforderungen an die Rechtsbelehrung auf Grund der fehlenden gesetzlichen Determinierung nicht allzu strikt konzipiert sein muss.⁴⁵⁸

*Hausmaninger*⁴⁵⁹ hat diesbezüglich einen Überblick über die wesentlichen aufklärungsbedürftigen Unterschiede zwischen den beiden Verfahrensarten gegeben: Die im Schiedsverfahren gegebene größere Parteiendisposition;⁴⁶⁰ Der Umstand, dass mit der Vereinbarung des Schiedsrechtswegs ein Rechtsschutzverzicht einhergeht; Die Gefahr mangelnder Objektivität der Schiedsrichter, da diese weder die verfassungsrechtliche geforderten richterlichen Garantien genießen noch die richterliche Qualifikation besitzen; die freie Verfahrensgestaltung der Schiedsrichter im Schiedsverfahren im Gegensatz zu dem an strenge Verfahrensregeln gebundenen Gerichtsverfahren;⁴⁶¹ die Absenz eines ordentlichen Rechtsmittels gegen die Entscheidung des Schiedsgerichtes, die dazu führt, dass eine Anfechtungsmöglichkeit derselben nur bei ganz groben Verstößen gegen die tragenden Grundsätze eines geordneten Verfahrens möglich ist;⁴⁶² sowie die „unterschiedlichen Kosten des Verfahrens“;⁴⁶³ abgesehen von unterschiedlichen Berechnungs- und Ersatzprinzipien (§ 609 ZPO) werden Schiedsverfahrenskosten üblicherweise nicht von einer Rechtsschutzversicherung ersetzt.

Für Vereinbarung einer Schiedsklausel innerhalb eines Gesellschaftsvertrages stellt diese Bestimmung keine speziellen Probleme dar: Sind am Gesellschaftsvertrag auch Verbraucher beteiligt so sind diese, wie oben beschrieben, schriftlich zu informieren, was trotz der in der gesellschaftsrechtlichen Praxis oft gegebenen größeren Zahl von Vertragspartnern keine Schwierigkeiten bereitet. Darüber hinaus wird bei Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen der Sinn und Zweck des § 617 Abs 3 ZPO bereits durch die für den Abschluss von GmbH-Gesellschaftsverträgen

⁴⁵⁸ vgl. *Petsche* in *Riegler*, Arbitration Law of Austria (2007) § 617 Rz 13; *Power*, The Austrian Arbitration Act (2006) § 617 Rz 8; *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 39.

⁴⁵⁹ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 39.

⁴⁶⁰ vgl auch *Petsche* in *Riegler*, Arbitration § 617 Rz 14; *Power*, The Austrian Arbitration Act § 617 Rz 8.

⁴⁶¹ OGH 6.9.1990, 6 Ob 572/90 RdW 1991, 327 = SZ 58/60 = ecolex 1991, 86 = HS 20.848.

⁴⁶² OGH 6.9.1990, 6 Ob 572/90 RdW 1991, 327 = SZ 58/60 = ecolex 1991, 86 = HS 20.848.

⁴⁶³ JAB 1236 BlgNR 22. GP.

vorgeschriebene Notariatsaktpflicht erfüllt. Der Notar ist gem § 52 NO verpflichtet die unterzeichnenden Gesellschafter über den Sinn und die Folgen des Geschäfts zu belehren und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen zu überzeugen. Die Belehrung hat über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäftes zu erfolgen und gehört zu den Amtspflichten des Notars.⁴⁶⁴

Eine dem § 617 Abs 3 ZPO vergleichbare Regelung kannte das alte Schiedsrecht nicht.

2.4 § 617 Abs 4 und 5 ZPO

2.4.1 Grundsätzlich

Die Absätze 4 und 5 des § 617 ZPO enthalten Bestimmungen über den rechtlichen und tatsächlichen Sitz des Schiedsgerichts und stellen daher Spezialvorschriften zu § 595 ZPO dar.

Der Sitz des Schiedsgerichtes muss in der Schiedsvereinbarung festgelegt werden. Die mündliche Verhandlung darf nur dann an einem anderen Ort zusammentreten, wenn der Verbraucher dem zugestimmt hat oder der Beweisaufnahme am Sitz des Schiedsgerichtes erhebliche Schwierigkeiten entgegenstehen (§ 617 Abs 4 ZPO).

§ 617 Abs 5 ZPO erklärt Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher für unbeachtlich, die als Sitz des Schiedsgerichtes einen Staat wählen, in welchem der Verbraucher weder bei Abschluss der Schiedsvereinbarung noch zum Zeitpunkt, zu dem eine Klage anhängig gemacht wird, seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort hat.

Die Schiedsvereinbarung ist jedoch dann nicht unbeachtlich, wenn sich der Verbraucher auf die Schiedsvereinbarung beruft, womit Folgendes gemeint ist: Bringt der Verbraucher beim staatlichen Gericht die Klage ein, ist die Schiedsvereinbarung unbeachtlich. Bringt der Verbraucher die Klage beim Schiedsgericht ein, ist sie

⁴⁶⁴ *Wagner/Knechtel*, Kommentar zur Notariatsordnung⁶ (2006) § 52 Rz 7; vgl auch Kapitel VII.4.4.2.4.2 Werden die Schutzzwecke des § 617 Abs 1 ZPO durch Bestimmungen des GmbHG bereits erfüllt?

beachtlich, da sich der Verbraucher auf die wegen des Verstoßes gemäß § 617 Abs 5 ZPO grundsätzlich unbeachtliche Schiedsvereinbarung stillschweigend beruft. Bringt der Unternehmer die Klage beim staatlichen Gericht ein, hat der Verbraucher die Möglichkeit sich auf die Schiedsvereinbarung zu berufen, was zur Folge hat, dass sich das staatliche Gericht zugunsten des in der Schiedsvereinbarung bestimmten Schiedsgerichtes für unzuständig zu erklären hat. Klagt der Unternehmer vor dem Schiedsgericht, darf dieses nur tätig werden, wenn der Verbraucher sich auf das Verfahren einlässt.⁴⁶⁵

2.4.2 Verhältnis zu § 14 KSchG

Bereits vor dem SchiedsRÄG 2006 war die für das ordentliche Verfahren konzipierte Sitzvorschrift des § 14 KSchG relevant, aus welcher analog für das Schiedsrecht abgeleitet wurde, dass Schiedsvereinbarungen einen Schiedsgerichtsort enthalten müssen, der entweder am Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthaltsort oder am Ort der Beschäftigung des Verbrauchers gelegen ist; dies jedoch nur dann, wenn der Verbraucher im Inland seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt hat oder im Inland beschäftigt ist.⁴⁶⁶

Aus § 14 KSchG leitet die Rechtsprechung⁴⁶⁷ ab und § 617 Abs 4 ZPO verlangt nun explizit, dass der Sitz des Schiedsgerichts bereits in der Schiedsvereinbarung bestimmt sein muss. Eine vertragliche Vereinbarung, nach welcher der Schiedsrichter den Ort des Schiedsgerichts zu bestimmen hat, würde daher beiden Schutzvorschriften widersprechen, dies auch dann, wenn nach dem Wortlaut der Schiedsvereinbarung die Möglichkeit besteht, dass der Richter im Streitfall ein dem § 14 KSchG und 617 Abs 4 ZPO entsprechenden Schiedsort bestimmen könnte.

⁴⁶⁵ Siehe diesbezüglich ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30; *Oberhammer*, Entwurf 54f; *Power*, The Austrian Arbitration Act § 617 Rz 13; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 617 Rz1; *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 46.

⁴⁶⁶ Siehe Kapitel III.5 *Einfluss des § 14 KSchG auf das Schiedsrecht* .

⁴⁶⁷ OGH 25.10.1994, 5 Ob 538/94 ÖJZ-LSK 1995/134 = ÖJZ EvBl 1995/124 = SZ 67/186 = JUS Z/1702 = KRES 1f/19; siehe auch Kapitel III.5 *Einfluss des § 14 KSchG auf das Schiedsrecht* .

§ 617 Abs 4 ZPO verlangt keinen Inlandsbezug des Verbrauchers und geht insofern weiter als § 14 KSchG. Jedoch ist die örtliche Beschränkung des § 14 KSchG die strengere, da sich das in der Schiedsvereinbarung festgelegte Gericht nicht, wie § 617 Abs 4 ZPO fordert, im Inland, sondern im Sprengel des Wohnsitzes, gewöhnlichen Aufenthalts- oder Beschäftigungsortes des Verbrauchers gelegen sein muss.

§ 14 KSchG⁴⁶⁸ wurde durch das SchiedsRÄG 2006 nicht aufgehoben und wird durch § 617 Abs 4 und 5 ZPO auch nicht verdrängt; die Regelungen ergänzen sich.⁴⁶⁹

Daher gilt für den Schiedsort bei Schiedsvereinbarungen, an welchen Verbraucher und Unternehmer beteiligt sind, Folgendes: Wenn an einer Schiedsvereinbarung ein Verbraucher beteiligt ist, der bei Abschluss der Schiedsvereinbarung im Inland weder seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort hat, so kann sich der ebenfalls an der Schiedsvereinbarung beteiligte Unternehmer auf diese nur dann verlassen⁴⁷⁰, wenn ein Schiedsort gewählt wird, der sich in jenem Staat befindet, in welchem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt, seinen Wohnsitz oder Beschäftigungsort hat.

Ein Schiedsort in Österreich kann bei Verbraucherbeteiligung daher nur dann vereinbart werden, wenn der Wohnsitz, gewöhnliche Aufenthalt oder Beschäftigungsort des Verbrauchers sich in Österreich befindet und ein § 14 KSchG entsprechendes Naheverhältnis zum Schiedsort aufweist.

⁴⁶⁸ § 14 KSchG wurde von der Rechtsprechung vor dem SchiedsRÄG 2006 auf Schiedsvereinbarungen analog angewendet; vgl Kapitel III.5 *Einfluss des § 14 KSchG auf das Schiedsrecht*

⁴⁶⁹ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 617 Rz 7; vgl auch *Nemeth* in *Klang*, ABGB³ § 14 KSchG Rz 19f.

⁴⁷⁰ Wird der Schiedsort in einem anderen Staat festgelegt als in jenem, in welchem der Verbraucher seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort hat, so wäre die Schiedsvereinbarung dann beachtlich, wenn sich der Verbraucher darauf beruft, worauf sich der Unternehmer jedoch nicht verlassen kann.

Übersicht über die möglichen Konstellationen und den damit verbundenen Rechtsfolgen des § 14 KSchG und § 617 Abs 5 ZPO:

Inland	Ausland	Rechtsfolge
Schiedsort	WS/gA/BO ⁴⁷¹	§ 14 KSchG kommt nicht zur Anwendung; § 617 Abs 5 ZPO: Schiedsvereinbarung unbeachtlich , der Verbraucher kann sich aber darauf berufen. ⁴⁷²
Schiedsort und WS/gA/BO		§ 617 Abs 5 ist erfüllt, die Schiedsvereinbarung beachtlich; § 14 KSchG kommt zu Anwendung, der Schiedsort muss im Sprengel des WS/gA/BO sein. Schiedsvereinbarung beachtlich.
WS/gA/BO	Schiedsort	Verstoß gegen § 14 KSchG, da der Schiedsort nicht im WS/gA/BO liegt; Verstoß gegen § 617 Abs 5. Schiedsvereinbarung unbeachtlich
	Schiedsort und WS/gA/BO	§ 14 KSchG kommt nicht zur Anwendung, da sich WS/gA/BO nicht im Inland befindet; Schiedsvereinbarung beachtlich

2.4.3 Problematik für das Gesellschaftsrecht

Beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages stehen sich grundsätzlich mehrere als nur zwei Gesellschafter gegenüber. Wenn im Gesellschaftsvertrag eine Schiedsklausel aufgenommen wird und nur ein Verbraucher-Gesellschafter beteiligt ist, so muss gemäß § 617 Abs 4 ZPO der Sitz des Schiedsgerichts festgelegt werden. Wenn der Verbraucher-Gesellschafter seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort nicht in Österreich hat, so ist die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel nach § 617 Abs 5 nur dann beachtlich, wenn sie einen Schiedsort aufweist, der sich in jenem Staat befindet, in welchem der Verbraucher seinen

⁴⁷¹ WS=Wohnsitz; gA = gewöhnlichen Aufenthalt; BO = Beschäftigungsort.

⁴⁷² Bsp: Verbraucher hat gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, Schiedsort ist Wien. § 14 KSchG ist nicht anzuwenden da kein gewöhnlicher Aufenthalt im Inland gegeben ist. Gem § 617 Abs 5 ZPO ist die Schiedsvereinbarung nicht zu beachten, da der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt nicht in jenem Staat hat, in welchem das Schiedsgericht seinen Sitz hat. Bsp: Verbraucher hat seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Wien, Schiedsort ist München. § 14 KSchG und § 617 Abs 5 ZPO werden verletzt.

Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort hat. Bereits in dieser Konstellation ist es nicht mehr möglich einen Schiedsort in Österreich zu wählen.

Noch komplizierter ist die Situation, wenn zwei Verbraucher-Gesellschafter an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind und sich deren Wohnsitz, gewöhnlicher Aufenthalt oder Beschäftigungsort in unterschiedlichen ausländischen Staaten befindet. In dieser Konstellation kann § 617 Abs 5 ZPO nicht erfüllt werden, da sich der Sitz des Schiedsgerichts immer in einem anderen Staat befinden wird, als in jenem, in welchem der Wohnsitz, gewöhnliche Aufenthalt oder Beschäftigungsort einer der beiden Verbraucher-Gesellschafter liegt.

§ 617 Abs 4 ZPO stellt dagegen für statutarische Schiedsvereinbarungen kein Problem dar. Der Bestimmung wird Genüge getan, wenn innerhalb der im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Schiedsklausel der Sitz des Schiedsgerichtes festgelegt wird.

2.5 § 617 Abs 6 ZPO

Als Spezialvorschrift zu § 611 ZPO legt § 617 Abs 6 ZPO weitere Aufhebungsgründe von Schiedssprüchen fest. Voraussetzung ist wie im oben dargestellten § 617 Abs 2 ZPO, dass zumindest ein Verbraucher an der Schiedsvereinbarung beteiligt ist. Diese Sonderbestimmung kommt somit auch dann zum Tragen, wenn nur Verbraucher und keine Unternehmer an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind.

Zum einen besteht nach § 617 Abs 6 ZPO ein Aufhebungsgrund dann, wenn gegen zwingende Rechtsvorschriften verstoßen wurde, deren Anwendung auch bei einem Sachverhalt mit Auslandsberührung durch Rechtswahl der Parteien nicht abbedungen werden konnte. Dieser heute nur für Verbraucher geltende Aufhebungsgrund hatte nach alter Rechtslage (§ 595 Abs 1 Z 6 ZPO aF) allgemeine Geltung.

Zum anderen kann nach § 617 Abs 6 Z 2 ZPO ein Schiedsspruch angefochten werden, wenn die Voraussetzungen gegeben sind, unter denen nach § 530 Abs 1 Z 6 und 7 ZPO ein gerichtliches Urteil mittels Wiederaufnahmsklage angefochten werden kann. Auch diese Regelung hatte in der Rechtslage vor dem SchiedsRÄG 2006 (§ 595 Abs 1 Z 7

ZPO aF) allgemeine Geltung, doch konnten Unternehmer gemäß § 598 ZPO aF in der von ihnen abgeschlossenen Schiedsvereinbarung auf sämtliche Wiederaufnahmsgründe des § 530 Abs 1 Z 1 bis Z 7 verzichten.⁴⁷³

Für das Gesellschaftsrecht stellt § 617 Abs 6 ZPO keine besondere Problematik dar.

2.6 § 617 Abs 7 ZPO

§ 617 Abs 7 ZPO bestimmt, dass der Schiedsspruch aufzuheben ist, wenn das Schiedsverfahren zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher stattgefunden hat und die schriftliche Rechtsbelehrung nach § 617 Abs 3 nicht erteilt wurde. Da sich diese Bestimmung auf § 617 Abs 3 bezieht, wird auf Kapitel VII.2.3 „§ 617 Abs 3 ZPO“ verwiesen. Wie § 617 Abs 3 ZPO stellt § 617 Abs 7 ZPO für das Gesellschaftsrecht kein besonderes Problem dar.

2.7 Zusammenfassung der sich aus § 617 ZPO ergebenden Problematiken für das Gesellschaftsrecht

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass bei der Annahme, dass die Verbraucherschutzbestimmungen des § 617 ZPO wortwörtlich auf Gesellschaftsverhältnisse, an welchen auch Verbraucher-Gesellschafter beteiligt sind, anzuwenden sind, Schiedsklauseln innerhalb von GmbH-Gesellschaftsverträgen nur in wenigen Fällen wirksam vereinbart werden können.

Das Hauptproblem in diesem Zusammenhang stellt sicherlich § 617 Abs 1 ZPO dar, welcher dem Wortlaut entsprechend dahingehend ausgelegt werden muss, dass Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen bereits ab einer Beteiligung nur eines Verbraucher-Gesellschafters unwirksam sind, da Verbraucher mit Unternehmer keine Schiedsvereinbarungen über zukünftige Streitigkeiten abschließen können.

⁴⁷³ Gemäß § 611 ZPO kann auf, die Aufhebungsgründe, die an die Wiederaufnahmsgründe des § 530 Abs 1 Z 1 bis 5 ZPO anknüpfen, auch dann nicht verzichtet werden, wenn die Schiedsvereinbarung ausschließlich von Unternehmern geschlossen wird. Im Vergleich zur alten Rechtslage wurde hier die Privatautonomie von Unternehmern innerhalb des Schiedsrechts durch das SchiedsRÄG 2006 eingeschränkt. Siehe dazu Kapitel IV *Das SchiedsRÄG 2006*.

Die Probleme im Zusammenhang mit § 617 Abs 2 ZPO sind für das Gesellschaftsrecht zwar lästig, aber nicht unüberwindbar. Nach dieser Bestimmung können Schiedsvereinbarungen nicht in Form einer Schiedsklausel in einem Gesellschaftsvertrag vereinbart werden, sondern müssen in einem eigenhändig unterzeichneten Dokument enthalten sein, welches keine andere Vereinbarungen beinhalten darf als solche, die sich ausschließlich auf das Schiedsverfahren beziehen.

Die Bestimmungen des § 617 Abs 4 und 5 ZPO können dagegen unter bestimmten Umständen, nämlich dann, wenn zwei Gesellschafter-Verbraucher, die ihren Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort in unterschiedlichen Ländern haben, an der gesellschaftsrechtlichen Schiedsvereinbarung beteiligt sind, dazu führen, dass die Schiedsvereinbarung unbeachtlich wird.

Die § 617 Abs 6 und 7 ZPO stellen dagegen für das Gesellschaftsrecht keine unüberwindbaren Probleme dar.

Auch wenn der Wortlaut des § 617 ZPO kaum Raum für Zweifel bestehen lässt, stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber tatsächlich den Gesellschafter-Verbraucher von den Bestimmungen des § 617 ZPO mit umfassen wollte und dadurch die Schiedsgerichtsbarkeit im Gesellschaftsrecht zum Erliegen bringen wollte. Der zweite Teil des vorliegenden Kapitels VII *„Verbraucherschutz im Schiedsrecht im Zuge des SchiedsRÄG 2006 und seine Auswirkungen auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen“* setzt sich mit dieser Frage auseinander, wobei es folgende Unterfragen zu klären gilt: War dem Gesetzgeber bewusst, dass der Gesellschafter einer GmbH als Verbraucher zu qualifizieren ist? Wie hätte der Gesetzgeber § 617 ZPO geregelt, wenn ihm diese Problematik bewusst gewesen wäre. Hat der Gesetzgeber ein Interesse an der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit?

3 Die Lehre zur Frage, ob § 617 ZPO auf den Gesellschafter-Verbraucher anzuwenden ist?

Im Folgenden werden die Lehrmeinungen dargestellt, die zu der oben dargelegten Frage, in wieweit § 617 ZPO auf das Gesellschaftsrecht bzw auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen anzuwenden ist, Stellung genommen haben.

3.1 Reiner: § 617 Abs 1 führt bei der Beteiligung zumindest eines Verbrauchers zur Unanwendbarkeit der Schiedsgerichtsbarkeit.⁴⁷⁴

Reiner vertritt die Meinung, dass § 617 Abs 1 ZPO, wonach Schiedsvereinbarungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern über zukünftige Streitigkeiten unwirksam sind, auch für die Anordnung von Schiedsgerichten in Statuten gilt. § 581 Abs 2 ZPO schließe lediglich die Anwendung der für rechtsgeschäftliche Schiedsvereinbarungen geltenden Formvorschriften aus, nicht aber die Bestimmung über die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten. Die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit sei dem Gesetzgeber manifest von grundlegender Bedeutung, wie sich aus § 611 Abs 2 Z 7 ZPO und Abs 3 ZPO ergebe, wonach der Anfechtungsgrund der mangelnden Schiedsfähigkeit auch von Amtswegen wahrzunehmen sei. Die gleiche Wertung sei auch in § 613 ZPO enthalten, wonach ein Gericht oder eine Behörde auch in einem anderen Verfahren einen Schiedsspruch nicht beachten darf, wenn der Aufhebungsgrund der mangelnden objektiven Schiedsfähigkeit vorliegt, und zwar selbst dann, wenn der Schiedsspruch selbst gar nicht angefochten wurde. Auf Grund dieses Erkenntnis ist für *Reiner* die Schiedsgerichtsbarkeit im Bereich des Gesellschaftsrechts in jenen Fällen, in denen Verbraucher und Unternehmer beteiligt sind, „praktisch tot“.

Reiner ist aber der Auffassung, dass § 617 Abs 2 ZPO auf die Anordnung von Schiedsgerichten in Satzungen keine Anwendung findet, da andernfalls § 581 Abs 2 ZPO über die Anordnung von Schiedsgerichte durch Statuten sinnlos wäre, weil § 617 Abs 2 ZPO vorschreibt, dass die Schiedsvereinbarung in einem eigenen Dokument enthalten sein muss, welches andere Vereinbarungen als solche, die sich auf das Schiedsverfahren beziehen, nicht enthalten darf. Nach *Reiner* wäre es, wenn § 617 Abs

⁴⁷⁴ *Reiner*, *ecolex* 2006, 468; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Reiner*, *Gerichte und Schiedsgerichte*, *ÖJZ* 2009/32, 302.

2 ZPO anwendbar wäre, unmöglich, in Satzungen die Erledigung von Streitigkeiten durch Schiedsgerichte vorzusehen.⁴⁷⁵

3.2 Öhlberger⁴⁷⁶

Nach *Öhlberger* bedeutet die vom Gesetzgeber in der Sonderregelung für statutarische Schiedsgerichte des § 581 Abs 2 ZPO verwendete Formulierung „sinngemäß anzuwenden“, dass jene Schiedsverfahrensbestimmungen, die systematisch nicht zum Verbandsrecht und zu Anordnungen in Statuten passen, auf statutarische Schiedsgerichte nicht anzuwenden seien. Ebenso müsse „sinngemäße Anwendung“ bedeuten, dass in jenen Bereichen, die bereits vom Verbandsrecht für Statuten ausreichend geregelt werden, die Schiedsverfahrensbestimmungen der ZPO nicht noch zusätzlich anzuwenden sind. *Öhlberger* spricht in diesem Zusammenhang vom „Vorrang verbandsrechtlicher Bestimmungen bei Doppelgleisigkeit“.

Für *Öhlberger* ist es evident, dass § 617 Abs 1 ZPO, wonach Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher wirksam erst nach Entstehung der Streitigkeit getroffen werden können, mit der Anordnung des § 581 Abs 2 ZPO, nach welcher Schiedsgerichte auch mit Statuten vereinbart werden können, systematisch nicht zusammenpasse. Wollte man ein Schiedsgericht in Statuten anordnen, so müsste bei einer GmbH nach Entstehen einer Streitigkeit ein Gesellschafterbeschluss auf Abänderung des Gesellschaftervertrages gefasst werden. Dies wäre dann bei jeder neuen Streitigkeit zu wiederholen. Darüber hinaus sei es systematisch völlig verfehlt, davon auszugehen, dass in einer für Mehrparteienverfahren gerade typischen Materie, wie dem Gesellschaftsrecht, sämtliche Parteien nach Entstehen einer Streitigkeit einer Schiedsanordnung zustimmen würden. Weiters bringt *Öhlberger* vor, dass § 617 Abs 1 ZPO teleologisch reduziert werden muss: § 617 Abs 1 will den Verbraucher davor schützen, leichtfertig der Zuständigkeit eines Schiedsgerichts zuzustimmen. Diese Bestimmung diene dem Übereilungsschutz. Nun biete aber bei GmbH-Gesellschaftsverträgen bereits die Notariatsaktpflicht den unter

⁴⁷⁵ *Reiner, GesRZ* 2007, 151 (168).

⁴⁷⁶ *Öhlberger, ecoloex* 2008, 51.

den traditionellen Formvorschriften stärksten Übereilungsschutz. § 617 Abs 1 stelle daher eine sinnstörende Doppelgleisigkeit dar, die systematisch nicht in das von strengen Formvorschriften geprägte GmbH-Gesellschaftsvertragsrecht passe.

Wie *Reiner*⁴⁷⁷ ist *Öhlberger* daher der Auffassung, dass § 617 Abs 2 ZPO auf statutarische Schiedsanordnungen in jedem Fall nicht anzuwenden sei, da § 617 Abs 2 ZPO die Anordnung von Schiedsvereinbarungen in Statuten schon per se unmöglich mache und § 581 Abs 2 ZPO, welcher eine solche Möglichkeit aber ausdrücklich vorsieht, ad absurdum geführt werden würde. Weiters komme § 617 Abs 2 ZPO auf Grund des Vorrangs verbandsrechtlicher Bestimmungen bei Doppelgleisigkeit für das Gesellschaftsrecht nicht zur Anwendung, da für einen GmbH-Gesellschaftsvertrag § 4 Abs 3 GmbHG die Beurkundung durch Notariatsakt vorsieht. Sowohl die Regelung aus dem GmbHG als auch jene des § 617 Abs 2 ZPO haben Beweissicherungs- und Warnfunktion.

Ähnlich argumentiert *Öhlberger* in Bezug auf § 617 Abs 3 ZPO. Auch diese Regelung bezwecke nichts anderes als den Schutz vor Übereilung. Für die Errichtung eines Notariatsaktes sehen aber bereits die §§ 52 f NO ausführliche Belehrungspflichten des Notars vor, womit die Rechtsbelehrung nach § 617 Abs 3 ZPO sinnlos werde.

Auch § 617 Abs 5 ZPO ist für *Öhlberger* in Betracht auf statutarische Schiedsklauseln systematisch unpassend und finde daher für diesen Bereich keine Anwendung. Diese Regelung, nach welcher der Verbraucher Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort in dem Staat haben müsse, in dem das Schiedsgericht seinen Sitz hat, sei für das Gesellschaftsrecht nicht nur völlig unpassend, sondern wird in zahlreichen Fällen schlicht nicht erfüllt werden können. Kommen nur zwei Verbraucher-Gesellschafter aus einem anderen Land, könnte die Forderung des § 617 Abs 5 ZPO bereits nicht mehr erfüllt werden. Zur Überwindung dieses Problems schlägt *Öhlberger* vor, dass zumindest zusätzlich zu den in § 617 Abs 5 ZPO angeführten Alternativen auch der Gerichtsstand des § 92b JN für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis als Schiedsort vereinbart werden können muss.

⁴⁷⁷ Zu diesem gleich unten.

Gegen die Regelungen des § 617 Abs 3 ist nach *Öhlberger* aus systematischer Sicht und gegen § 617 Abs 4 ZPO generell nichts einzuwenden.

3.3 Terlitza/Weber⁴⁷⁸: § 582 Abs 2 kann nicht zur Derogierung des § 617 ZPO führen; Gesellschafter unterliegt aber nicht dem Verbraucher-Unternehmerkonzept des § 1 KSchG

Nach *Terlitza/Weber* wollte der Gesetzgeber mit § 581 Abs 1 ZPO den typischen Fall normieren, dass die Schiedsvereinbarung in einem zweiseitigen Rechtsgeschäft enthalten ist. § 581 ZPO Abs 2 stelle demgegenüber nur klar, dass Schiedsvereinbarungen auch in ein- oder mehrseitigen Rechtsgeschäften zulässig angeordnet werden können und die Bestimmung der §§ 577ff ZPO „sinngemäß“ –also soweit diese ihrer Natur nach auch auf derartige Rechtsgeschäfte passen – anzuwenden seien. Ein darüber hinausgehender Regelungszweck sei dieser Bestimmung nicht zu entnehmen.

Dadurch könne nicht davon ausgegangen werden, dass § 581 Abs 2 ZPO die Formvorschriften des § 583 ZPO und in weiterer Folge jene für Verbraucher nach § 617 Abs 2, 3 und 4 ZPO derogiere. In den Materialien zum SchiedsRÄG 2006 würde nämlich immer wieder betont werden, dass sich der Gesetzgeber⁴⁷⁹ bei Normierung der Formvorschriften nicht zu weit vom New Yorker Übereinkommen⁴⁸⁰ entfernen wollte.

Terlitza/Weber kommen aber dennoch zum Ergebnis, dass die Bestimmungen des § 617 ZPO auf Schiedsvereinbarungen, die in Statuten vereinbart werden, nicht anzuwenden sind, indem sie argumentieren, dass der Gesellschafter, in Bezug auf die aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte gegenüber seinen Mitgesellschafter, weder Verbraucher noch Unternehmer im Sinne der Legaldefinition des § 1 Abs 1

⁴⁷⁸ *Terlitza/Weber*, ÖJZ 2008, 1 (6).

⁴⁷⁹ *Terlitza/Weber* verweisen hierbei auf ErläutRV 1158 BlgNR 20. GP 9.

⁴⁸⁰ *Terlitza/Weber* verweisen hierbei auf das Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (UN-Übereinkommen v 10.6..1958).

KSchG sei. § 617 ZPO, welcher die Beteiligung von Verbrauchern an der Schiedsvereinbarung voraussetzt, komme dadurch erst gar nicht zur Anwendung.⁴⁸¹

3.4 Reich-Rohrwig/Lahnsteiner⁴⁸²

Reich-Rohrwig/Lahnsteiner vertreten die Meinung, dass die Bestimmungen des § 617 ZPO auf aufgrund der in § 581 Abs 2 ZPO angeordneten, bloß sinngemäßen Anwendung der Schiedsverfahrensbestimmungen auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen und AG-Satzungen nicht anwendbar sind. Da aber noch keine Judikatur zu dieser Frage vorliegt, sei Vorsicht angebracht. *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner* vertreten somit dieselbe Ansicht wie *Öhlberger*.

3.5 Zusammenfassung der Lehrmeinungen

Das Spektrum der in der Lehre zu findenden Antworten, ob die Bestimmungen des § 617 ZPO auf statutarische Schiedsklauseln anzuwenden ist, ist weit und reicht von der Unbeachtlichkeit des § 617 ZPO für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bis zur Unmöglichkeit, gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten wirksam durch ein Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Die vorgebrachten Argumente sind vielfältig: Die einen erachten in § 581 Abs 2 ZPO die Lösung des Problems, die anderen wiederum geht diese Bestimmung nicht genug weit. Andere wiederum setzen bei der Frage an, ob der Gesellschafter überhaupt als Verbraucher qualifiziert werden kann.

4 Eigene Stellungnahme zur Frage, ob § 617 Abs 1 ZPO auf GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft Anwendung findet.

In den nachfolgenden Kapiteln wird gezeigt, dass aus dem Gesetz und den Materialien zum SchiedsRÄG 2006 ein besonderes Interesse des Gesetzgebers abgeleitet werden kann, dass Schiedsgerichte für zukünftige aus einem Gesellschaftsverhältnis entspringende Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen, mittels Schiedsklauseln angeordnet werden können. Weiters wird gezeigt, dass dieses gesetzgeberische Interesse im Widerspruch zu § 617 Abs 1 ZPO steht und der Gesetzgeber es übersehen hat, eine diesbezügliche

⁴⁸¹ *Terlitz/Weber*, ÖJZ 2008, 1 (7).

⁴⁸² *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, *ecolex* 2008, 740 (743).

Ausnahmebestimmung für Gesellschafter, insbesondere für GmbH-Gesellschafter zu erlassen. Abschließend wird gezeigt, dass diese Gesetzeslücke, die im Fehlen einer Ausnahmebestimmung für GmbH-Gesellschafter im Bereich des § 617 Abs 1 ZPO besteht, mittels teleologischer Reduktion geschlossen werden muss.

4.1 Konkurrenz zwischen § 617 Abs 1 und dem Willen des Gesetzgebers, dass gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen grundsätzlich angeordnet werden können.

4.1.1 Konkurrenz ist notwendig um § 617 Abs 1 ZPO zu reduzieren.

Für den vorliegenden Lösungsversuch ist es entscheidend in einem ersten Schritt festzuhalten, dass zwischen dem sich unter anderem aus § 581 Abs 2 ZPO ableitbaren Willen des Gesetzgebers, dass Schiedsklauseln auch in Statuten vereinbart werden können, und § 617 Abs 1 ZPO eine Konkurrenz besteht.

Die Feststellung dieser Konkurrenz ist Voraussetzung dafür, dass überhaupt in Betracht gezogen werden kann, den klaren Wortlaut des § 617 Abs 1 ZPO teleologisch dahingehend zu reduzieren, dass GmbH-Gesellschafter von dieser Regelung ausgenommen werden und Folge dessen Schiedsgerichte mittels Schiedsklauseln im Gesellschaftsvertrag für zukünftige aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten wirksam angeordnet werden können.

4.1.2 Erhebliches gesetzgeberisches Interesse, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.

Nachfolgend wird gezeigt, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nicht nur grundsätzlich objektiv schiedsfähig sind, sondern dass auf Seiten des Gesetzgebers ein besonderes Interesse für die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit besteht.

4.1.2.1 Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind grundsätzlich objektiv schiedsfähig

Das Kapitel V „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht nach aktueller Rechtslage*“ behandelte ausführlich die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, wobei ich zum Ergebnis gelange, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich objektiv schiedsfähig sind. Es wird daher auf dieses Kapitel verwiesen. Dennoch findet sich nachfolgend eine Kurzzusammenfassung zu dieser Thematik.

Auf Grundlage des klaren Gesetzwortlautes des § 582, welcher die objektive Schiedsfähigkeit regelt, kann man nur zu dem Ergebnis gelangen, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, sofern sie vermögensrechtlicher Natur sind,⁴⁸³ grundsätzlich objektiv schiedsfähig sind. Ist Kern der gesellschaftsrechtlichen Streitigkeit kein vermögensrechtlicher Anspruch so sind sie dann objektiv schiedsfähig, wenn sie vergleichsfähig sind.

Folgender Passus in den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006⁴⁸⁴ sorgt diesbezüglich aber für Verwirrung: *Ob eine Sache objektiv schiedsfähig ist oder nicht, sagt noch nichts über den Kreis der Personen aus, deren Beteiligung notwendig ist, um eine konkrete Angelegenheit tatsächlich in einem Schiedsverfahren abschließend zu entscheiden. Dort, wo eine Wirkung des Schiedsspruches auch Dritten gegenüber angestrebt ist, muss auch der an der Schiedsvereinbarung beteiligte Kreis weit genug sein, um die Angelegenheit tatsächlich zu regeln. So ist etwa mit der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Ansprüche noch nichts über die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ausgesagt, weil sie auch davon abhängt, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken kann.*

Auf den ersten Blick –besonders im Hinblick auf den letzten Satz der oben zitierten Stelle- könnte daraus abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber neben den allgemeinen

⁴⁸³ *Reiner*, GesRZ 2007, 151 geht davon aus, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten immer vermögensrechtliche Ansprüche zur Grundlage haben. So auch in *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht 10.

⁴⁸⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

Tatbestandselementen des § 582 Abs 1 ZPO darüber hinaus für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten fordert, dass der Schiedsspruch gegenüber Dritten, die nicht an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind, nicht rechtsgestaltend wirken darf. Ausführlich wurde im Kapitel V „*Schiedsgerichtsbarkeit im GmbH-Recht nach aktueller Rechtslage*“ gezeigt, dass der Gesetzgeber damit nicht die objektive Schiedsfähigkeit sondern vielmehr die Wirkung von Schiedssprüchen ansprechen wollte und somit kein weiteres Tatbestandselement für die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten schaffen wollte. Die objektive Schiedsfähigkeit gibt nämlich „lediglich“ darüber Auskunft, ob eine bestimmte Rechtssache Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein kann und ist völlig losgelöst von der Frage zu betrachten, ob ein Schiedsspruch auch gegen Personen wirken kann, die nicht die Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben und/oder nicht am Schiedsverfahren beteiligt waren. Wer zu einem anderen Ergebnis kommt, der müsste zum skurrilen Ergebnis gelangen, dass die objektive Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten aus einem zweiseitigen Kaufvertrag, der zwischen zwei Unternehmern abgeschlossen wurde, abhängig davon ist, ob Käufer und Verkäufer an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind.

Die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten bestimmt sich somit nach § 582 Abs 1 ZPO und weiteren auf diese Bestimmung abzielenden Ausnahmeregelungen, wie etwa § 582 Abs 2 ZPO, § 9 Abs 2 ASGG oder eben § 617 ZPO. Blendet man § 617 ZPO aus, so gelangt man zum Ergebnis, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, da sie grundsätzlich vermögensrechtlicher Natur sind, objektiv schiedsfähig.

4.1.2.2 Besonderes Interesse des Gesetzgebers am Bestehen der Möglichkeit, dass Schiedsgericht für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen angeordnet werden können

Es wurde also gezeigt, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten nach neuer Rechtslage unter Ausklammerung des § 617 ZPO grundsätzlich objektiv schiedsfähig sind. Im Folgenden wird gezeigt, dass der Gesetzgeber ein besonderes Interesse daran hat, dass Schiedsgerichte bereits im Gesellschaftsvertrag für erst in Zukunft entstehende

Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis unter den Gesellschaftern mittels Schiedsklauseln angeordnet werden können.

4.1.2.2.1 § 581 Abs 2 ZPO

§ 581 Abs 2 ZPO regelt, dass die Bestimmungen des vierten Abschnitts⁴⁸⁵ auch auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden sind, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden. § 581 Abs 2 ZPO kann als Spezialbestimmung zu § 581 Abs 1 ZPO betrachtet werden. Nach § 581 Abs 1 ZPO wird das Schiedsgericht durch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft, nämlich durch die Schiedsvereinbarung, angeordnet. Mit § 581 Abs 2 ZPO stellt der Gesetzgeber jedoch klar, dass Schiedsgerichte nicht nur dann wirksam entscheiden können, wenn sie mittels einer Schiedsvereinbarung im Sinne des § 581 Abs 1 ZPO angeordnet werden, sondern auch dann, wenn das Schiedsgericht bspw mittels Statut für zuständig erklärt wird.

Die in § 581 Abs 2 ZPO gegebene Möglichkeit, Schiedsgerichte durch Statuten anzuordnen, ist durch das SchiedsRÄG 2006 nicht neu eingeführt worden, sondern war bereits in der Urfassung der ZPO aus dem Jahr 1895⁴⁸⁶ im dortigen § 599 Abs 1 ZPO enthalten. In den Materialien zur ZPO-Urfassung wird auf die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten nicht direkt Bezug genommen.⁴⁸⁷ So wird auch nicht näher definiert was unter Statuten genau zu verstehen ist. Nach *Fasching* ist unter dem in § 599 Abs 1 ZPO aF verwendeten Begriff Statuten vor allem Satzungen juristischer Personen, wie jene der GmbH, AG und Genossenschaft als auch Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften, zu verstehen.⁴⁸⁸

In den Gesetzesmaterialien zum neuen § 581 Abs 2 ZPO wird ausdrücklich erklärt, dass unter Statuten unter anderem auch Gesellschaftsverträge zu verstehen sind.⁴⁸⁹

⁴⁸⁵ Der vierte Abschnitt der ZPO umfasst die §§ 577 bis 618 ZPO über das Schiedsverfahren.

⁴⁸⁶ RGBI 1895/113.

⁴⁸⁷ ErläutRV 688 BlgNR (des Abgeordnetenhauses) 11 Session 324-326.

⁴⁸⁸ *Fasching*, Lehrbuch² Rz 2238; *Fasching*, Schiedsgericht 50.

⁴⁸⁹ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 8 vgl. auch die Lehre: *Kloiber and Haller* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 19; *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 581 Rz 306; *Fremuth-Wolf* in *Riegler*, Arbitration § 581 Rz 77; *Oberhammer*, Entwurf 39; *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (159); *Zeiler*, Schiedsverfahren § 581 Rz 133.

Auch wenn § 581 Abs 1 und 2 ZPO lediglich darauf abstellt, in welcher Form Schiedsgerichte angeordnet werden können, kann aus § 581 Abs 2 ZPO folgendes abgeleitet werden:

- § 581 Abs 2 ZPO zeigt, dass der Gesetzgeber es vorgesehen hat, dass Schiedsgerichte für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vereinbart werden können
- Die Schaffung der Möglichkeit, Schiedsgerichte in Gesellschaftsverträge anzuordnen, macht nur dann Sinn, wenn gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zumindest teilweise objektiv schiedsfähig sind.
- Schiedsgerichte die über gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten entscheiden können, können auch durch eine von allen Gesellschaftern nach Streitentstehung vereinbarten Schiedsvereinbarung nach § 582 Abs 1 ZPO angeordnet werden. Wenn der Gesetzgeber in § 581 Abs 2 ZPO, zuvor in § 599 Abs 1 ZPO aF, vorsieht, dass Schiedsvereinbarungen auch in Statuten angeordnet werden können, so kann daraus nur geschlossen werden, dass es Anliegen des Gesetzgebers ist, dass bereits zu Beginn des gesellschaftlichen Zusammenwirkens vereinbart werden kann, dass sämtliche aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Streitigkeiten, sofern diese objektiv schiedsfähig sind, durch ein Schiedsgericht entschieden werden können.
- Mit der Bestimmung § 581 Abs 1 zeigt der Gesetzgeber somit sein Interesse, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Rahmen der objektiven Schiedsfähigkeit, die im Gesellschaftsrecht grundsätzlich gegeben ist, durch Schiedsgerichte entschieden werden können.

4.1.2.2.2 Der Beweggrund des Gesetzgebers des SchiedsRÄG 2006 die objektive Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten zu erweitern.

In den Erläuterungen zum Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts, welcher durch eine speziell für dieses Vorhaben ins Leben gerufene Arbeitsgruppe des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen verfasst und die Grundlage

des SchiedsRÄG 2006 darstellt,⁴⁹⁰ erklärt *Oberhammer*⁴⁹¹, der Vorsitzender der Arbeitsgruppe war, dass die objektive Schiedsfähigkeit nach alter Rechtslage, welche sich an der Vergleichsfähigkeit der Rechtslage orientierte, zahllose Probleme aufwarf und immer wieder zu erheblichen Unklarheiten führte. Gerade etwa in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten hätten sich hier immer wieder erhebliche Abgrenzungsprobleme ergeben.⁴⁹² Die durch das SchiedsRÄG 2006 umgesetzte Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Streitigkeiten würde Beschlussanfechtungsstreitigkeiten jedenfalls mit umfassen.⁴⁹³ Auch wenn es *Oberhammer* nicht direkt beim Namen nennt, so kann daraus bereits abgeleitet werden, dass eine der Intentionen des SchiedsRÄG 2006 darin bestand, gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in einem noch weiteren Umfang objektiv schiedsfähig zu machen, als dies nach alter Rechtslage der Fall war.

4.1.2.2.3 Das vom SchiedsRÄG 2006 verfolgte Ziel der Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich setzt voraus, dass Schiedsgerichte für zukünftige gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bereits im Gesellschaftsvertrag angeordnet werden können.

In den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006 wird erklärt, dass durch das SchiedsRÄG 2006 die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angepasst werden soll,⁴⁹⁴ um dadurch Österreich zu einem attraktivem Schiedsort zu machen bzw den Schiedsplatz Österreich wettbewerbsfähig zu erhalten, was wiederum die Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreich zur Folge haben soll.⁴⁹⁵ Die mangelnde Attraktivität als Schiedsort stelle einen eindeutigen infrastrukturellen Nachteil für eine Volkswirtschaft dar: Unternehmen aus Ländern, deren Schiedsgerichtsbarkeit eine gutes Renommee genießen, hätten tendenziell viel öfter die Möglichkeit, Schiedsorte im Heimatstaat zu vereinbaren.

⁴⁹⁰ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 2; Vgl zur Entstehungsgeschichte des SchiedsRÄG 2006 etwa *Rechberger in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 71ff.

⁴⁹¹ *Oberhammer* war Vorsitzender dieser Arbeitsgruppe.

⁴⁹² *Oberhammer*, Entwurf 40.

⁴⁹³ *Oberhammer*, Entwurf 41.

⁴⁹⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 1.

⁴⁹⁵ Vgl auch *Rechberger in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 73; *Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Das neue Schiedsrecht (2006) 96; *Liebscher*, Reform des österreichischen Schiedsrechts, RdW 2010, 328.

Zwischen den Rechtsordnungen besteht somit ein nicht zu unterschätzender Wettbewerb, der besonders durch das New Yorker UN-Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.06.1958 gefördert werden würde, sodass man von einem weltweiten „Schiedsmarkt“ in diesem Zusammenhang sprechen kann. Besonders der hohe Grad der Liberalisierung des Schiedsrechts stellt einen Wettbewerbsvorteil der jeweiligen Rechtsordnung dar.⁴⁹⁶

Es würde somit einen Widerspruch darstellen, wenn der Gesetzgeber auf der einen Seite das Schiedsverfahrensrecht aus wirtschaftspolitischen Überlegungen liberalisieren möchte, gleichzeitig aber die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit, welche einen Teil der Handelsschiedsgerichtsbarkeit darstellt, durch zwingendes Recht derartig gravierend einschränken würde, wie es der Fall wäre, wenn § 617 Abs 1 ZPO nicht teleologisch reduziert werden würde. Im Vergleich zum alten österreichischen Schiedsrecht würde durch das SchiedsRÄG 2006 im Bereich der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit genau das Gegenteil der ursprünglichen gesetzgeberischen Intention, die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzupassen und daher die objektive Schiedsgerichtsbarkeit in diesen Bereichen zu erweitern, verwirklicht werden: Durch den Ausschluss der Möglichkeit Schiedsvereinbarungen in GmbH-Gesellschaftsverträgen zu vereinbaren, an welchen ein GmbH-Gesellschafter beteiligt ist, der Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG aufweist, was entsprechend der höchstgerichtlichen Judikatur grundsätzlich der Fall ist,⁴⁹⁷ würde die Schiedsgerichtsbarkeit in diesem Bereich im Vergleich zur alten Rechtslage erheblich eingeschränkt werden.

Die gravierende Einschränkung der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit durch eine nicht stattfindende teleologische Reduktion von § 617 Abs 1 ZPO würden einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für den Schiedsort Österreich darstellen, da die Anordnung von Schiedsgerichten mittels Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen,

⁴⁹⁶ Oberhammer, Entwurf 21; Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Schiedsrecht 96.

⁴⁹⁷ Siehe Kapitel VI Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern.

insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen, in der vertragsgestaltenden Praxis gern angewendet wird.⁴⁹⁸

Wäre diese Möglichkeit innerhalb der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit beschränkt, so ist zu befürchten, dass in jenen Fällen, in welchen die Gesellschafter ein besonders Interesse an der schiedsgerichtlichen Lösung ihrer aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten haben, als Schiedsort nicht Österreich, sondern ein anderer Staat gewählt wird, in welchem gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten problemlos von Schiedsgerichte wirksam entschieden werden können.

Zusammenfassend kann also gesagt werden: Da der Gesetzgeber mit dem SchiedsRÄG 2006 Österreich als Schiedsort -besonders als Schiedsort der Handelsschiedsgerichtsbarkeit- attraktiver machen wollte, stellt es ein Interesse des Gesetzgebers dar, dass in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen, Schiedsgerichte für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten angeordnet werden können.

4.1.2.2.4 Die Anpassung der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit indiziert, dass der Gesetzgeber ein Interesse daran hat, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.

Wie im vorigen Unterkapitel gezeigt worden ist, wollte mit dem SchiedsRÄG 2006 die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angepasst werden. Dabei orientierte sich der Gesetzgeber am ModG.⁴⁹⁹

Das ModG enthält jedoch keine Bestimmungen über die objektive Schiedsfähigkeit, sondern nimmt lediglich in dessen Art. 1 Abs 5 darauf Bezug, indem es klarstellt, dass

⁴⁹⁸ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen : *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Nowotny*, *WBI* 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, *Handelsrecht I*⁴ 61; *Wünsch*, *Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen* 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, *ZIP* 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, *dAnwBl* 2007, 396; *Duvel*, *dAnwBl* 2007, 389.

⁴⁹⁹ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 1.

gesetzliche Regelungen zur Frage der objektiven Schiedsfähigkeit des jeweiligen Staates unberührt bleiben.⁵⁰⁰

Dennoch kann aus der Intention des Gesetzgebers, die Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzupassen, abgeleitet werden, dass der Gesetzgeber ein Schiedsrecht schaffen wollte, welches besonders auf Streitigkeiten aus dem Handelsrecht bzw Unternehmensrecht gerichtet ist. Als Bestandteil des Handels- bzw Unternehmensrecht ist das Gesellschaftsrecht somit von der gesetzgeberischen Intention, die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzupassen, mit umfasst. Auch aus dieser Überlegung lässt sich somit der Wille des Gesetzgebers ableiten, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte wirksam entschieden werden können sollen.

4.1.2.3 Resümee:

Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind objektiv schiedsfähig und es besteht ein Interesse des Gesetzgebers, dass in Gesellschaftsverträgen Schiedsgerichte für die Entscheidung zukünftiger aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringender Streitigkeiten angeordnet werden können.

4.1.3 § 617 Abs 1 ZPO: Kurzdarstellung

Da § 617 Abs 1 bereits im ersten Teil dieses Kapitels genau dargestellt wurde, wird auf diesen Teil⁵⁰¹ verwiesen und im Folgenden das Wichtigste für die Darstellung des Widerspruchs zwischen § 617 und dem Willen des Gesetzgebers, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können, kurz dargestellt.

⁵⁰⁰ *Hausmaninger* in *Fasching*, ZPO IV/2² § 582 Rz 16; *Granzow*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985 (1988) 73f; *Holtzmann/Neuhaus*, A guide to the UNCITRAL model law on international commercial arbitration (1989) 38ff; *Hußlein-Stich*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit (1990); *Roth* in *Weigand*, Practitioner's handbook on international arbitration (2002) Art 1 Rz 15.

⁵⁰¹ Siehe Kapitel VII.2.1 § 617 Abs 1 ZPO (Seite 164).

§ 617 Abs 1 ZPO bestimmt, dass Verbraucher mit Unternehmern nur über bereits entstandene Streitigkeiten wirksam eine Schiedsvereinbarung schließen können. Zukünftige Streitigkeiten können Folge dessen nicht Inhalt einer zwischen Verbraucher und Unternehmer abgeschlossenen Schiedsvereinbarung sein.

Hintergrund dieser durch das SchiedsRÄG 2006 neu eingeführten Bestimmung ist folgende vom Gesetzgeber angestellte Überlegung: Während das Schiedsverfahren der ZPO vor dem SchiedsRÄG 2006 ein allgemeines Schiedsverfahren regelte und damit auch entsprechende Schutzbestimmungen für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen enthielt, zielt das ModG, an welchem sich der Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006 orientiert hat, auf die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit ab, bei der in weit größerem Umfang auf die Privatautonomie vertraut werden kann. Viele der für eine internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angemessenen Bestimmungen sind jedoch schon für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nicht mehr zu vertreten; umso weniger für Rechtsverhältnisse, in denen regelmäßig verdünnte Willensfreiheit besteht oder in die Personen eingebunden sind, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen. Für den Gesetzgeber ist es daher in Frage gekommen, bestimmte Rechtsgebiete als objektiv nicht schiedsfähig oder bestimmte Personengruppen als subjektiv nicht schiedsfähig vom Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens auszuschließen, oder eine Rechtswahl nur bedingt für zulässig zu erklären und entsprechende Aufhebungs- sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsversagungsgründe vorzusehen, oder aber sonstige Kautelen zu treffen. Für Verbraucher sollte dieser Schutz unter anderem in § 617 Abs 1 ZPO durch die Beschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit auf bereits entstandene Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern erreicht werden.⁵⁰²

⁵⁰² ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 3 und 30.

4.1.4 Gesellschaftsrechtliche Besonderheit: GmbH-Gesellschafter werden grundsätzlich als Verbraucher angesehen; Einzige Ausnahme: Der Alleingesellschafter mit Geschäftsführungskompetenz

Die eben in den vorigen zwei Unterkapitel dargestellten Intentionen des Gesetzgebers, auf der einen Seiten den Verbraucher vor der Schiedsgerichtsbarkeit zu schützen und auf der anderen Seite gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zugänglich zu machen, würden völlig unabhängig voneinander bestehen können und kein Problem darstellen, wenn Gesellschafter von Kapitalgesellschaften, insbesondere GmbH-Gesellschafter, grundsätzlich nicht als Verbraucher betrachtet werden würden. Da diese rechtliche Problematik im ersten Teil dieses Kapitels⁵⁰³ und im Kapitel VI „*Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*“ bereits erläutert wurde, wird auf dortige Ausführungen verwiesen und hier nur kurz zusammengefasst, dass der Gesellschafter entsprechend dem im Kapitalgesellschaftsrecht herrschenden Trennungsprinzips mangels eines eigenständigen Unternehmens, da dieses der Kapitalgesellschaft zugerechnet wird, von der höchstgerichtlichen Judikatur als Verbraucher angesehen wird.⁵⁰⁴ Auch der Geschäftsführer der GmbH, der im eigenen Namen Geschäfte für den Betrieb des von der GmbH betriebenen Unternehmens abschließt, wird vom OGH als Verbraucher angesehen.⁵⁰⁵ Eine Ausnahme stellt lediglich der Alleingesellschafter und gleichzeitige Geschäftsführer einer GmbH dar, der vom OGH nicht als Verbraucher angesehen wird.⁵⁰⁶

⁵⁰³ Siehe Kapitel VII.2.1.4 „Problematik des § 617 Abs 1 ZPO für das Gesellschaftsrecht“ (Seite 166).

⁵⁰⁴ OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b ecolex 2007/214, 517 = RdW 2007/550, 529 = GeS 2007, 240 = JBI 2007, 660 = JBI 2007, 647 (Huemmer) = wbl 2007/199, 444 = ÖBA 2007/1441, 824 = ZfRV-LS 2007/20, 111 = RZ 2007/EÜ 355, 227 = KRES 1a/56 = SZ 2007/26; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w JBI 2007, 237 (Huemmer) = ÖBA 2007/1418, 490 (Kozio) GesRZ 2006, 318 = RdW 2006/687, 756 = RWZ 2006/87, 292 = RZ 2007/EÜ 8/9, 24 = KRES 1d/86 = SZ 2006/116 = HS 37.448 = HS 37.145.

⁵⁰⁵ OGH 26.9.1991, 6 Ob 607/91 ÖJZ NRsp 1992/44 = ecolex 1992, 89 = ÖJZ EvBl 1992/51; OGH 17.12.1996, 4 Ob 2307/96k HS 27.426 = HS 27.446 = HS 27.494 = HS 27.583 = HS 27.670 = HS 27.783 = HS XXVII/4 = ZfRV 1997, 118; OGH 17.5.2000, 6 Ob 1/00s immolex 2000/181, 298 = ecolex 2000/313, 795 = RdW 2001/34, 21 = ARD 5199/28/2001 = MietSgl 52.084 = MietSgl 52.210 = MietSgl 52.232 = MietSgl 52.770 = MietSgl LII/17 = KRES 1a/40.

⁵⁰⁶ OGH 11.2.2002, 7 Ob 315/01a ecolex 2002/165, 430 = RdW 2002/409, 412 = JBI 2002, 526 = GesRZ 2002, 85 = GeS 2002, 28 = ÖBA 2003, 11 (Bydlinski/Haas) = ÖBA 2003/1083, 58 = SWK 2003, T 9 = SWK 2003, 97 = ARD 5377/17/2003 = SZ 2002/18 = KRES 1a/42; OGH 20.2.2003, 6 Ob 12/03p ÖBA 2003/1151, 871 = RdW 2003/440, 508 = ÖJZ EvBl 2003/137, 647 = ÖJZ-LSK 2003/165 = RZ 2003, 214 = ZfRV-LS 2003/54, 187 = KRES 1a/44a; OGH 25.6.2003, 3 Ob 141/03m ÖJZ-LSK 2003/225 = RdW

Abgesehen vom Fall der Ein-Mann-GmbH werden GmbH-Gesellschafter lediglich dann als Unternehmer qualifiziert, wenn sie Unternehmer kraft Rechtsform sind oder sich im Zuge des Betriebes ihres eigenen Unternehmens an der GmbH beteiligen. Sofern diese Fälle nicht gegeben sind, wird eine natürliche Person, die sich an einer Gesellschaft beteiligt, im Zusammenhang mit Geschäften, die sie in ihrer Tätigkeit als Gesellschafter abschließt, als Verbraucher betrachtet.

4.1.5 Resümee: Es besteht eine Konkurrenz zwischen § 617 Abs 1 ZPO und dem Willen des Gesetzgebers, dass zukünftige gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden werden können.

Da natürliche Person, die sich nicht im Zuge des Betriebes ihres eigenen Unternehmens an einer GmbH beteiligen, als Verbraucher qualifiziert werden, besteht ein Widerspruch zwischen den oben dargelegten Intentionen des Gesetzgebers, dass auf der einen Seite die Möglichkeit bestehen soll, dass in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen, Schiedsgerichte für zukünftige Streitigkeiten angeordnet werden können, und dass auf der anderen Seite Verbraucher mit Unternehmern keine Schiedsvereinbarungen über zukünftige Streitigkeiten schließen können sollen.

Sofern bereits nur ein Gesellschafter an einem Gesellschaftsvertrag, welcher eine Schiedsklausel hinsichtlich zukünftiger aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringender Streitigkeiten enthält, beteiligt ist, der nicht Unternehmer kraft Rechtsform ist, oder sich an der Gesellschaft nicht im Rahmen des Betriebes seines Unternehmens beteiligt, wäre die Schiedsvereinbarung gemäß § 617 Abs 1 ZPO unwirksam. Der Umstand, dass es trotz des § 617 Abs 1 ZPO grundsätzlich vorstellbar ist, dass in bestimmten (Sonder-)Fällen dennoch wirksame Schiedsvereinbarung vereinbart werden können, hilft nicht darüber hinweg, dass § 617 Abs 1 ZPO den oben dargelegten Willen des

2003/605, 694 = ecolex 2004/4, 26 = ÖBA 2004/1175, 143; OGH 11.5.2005, 9 Ob 27/05v; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h Zak 2006/88, 54 = ecolex 2006/208, 484 = ÖBA 2006/1349, 461 = JBI 2006, 384 = KRES 1g/63.

Gesetzgebers, dass Schiedsgerichte über zukünftige Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen angeordnet werden können sollen, ad absurdum geführt wird.

4.2 Der Widerspruch zwischen § 617 Abs 1 ZPO und dem GmbHR ist von erheblicher praktischer Relevanz

Wie eben gezeigt wurde, widerspricht § 617 Abs 1 ZPO der gesetzgeberischen Intention, dass Schiedsgerichte mittels Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen, angeordnet werden können. Diese gesetzgeberische Intention wird durch § 617 Abs 1 ZPO jedoch nicht gänzlich ad absurdum geführt, da in jenen Fällen, in welchen nur Unternehmer an der GmbH-Gesellschaft als Gesellschafter beteiligt sind, § 617 Abs 1 ZPO nicht zur Anwendung kommt.

Dies ist bspw dann der Fall, wenn sich an einer GmbH ausschließlich Kapitalgesellschaften beteiligen, die Unternehmer kraft Rechtsform sind. Ab der Beteiligung nur einer natürlicher Person, die nach § 1 KSchG als Verbraucher zu qualifizieren ist, würde § 617 Abs 1 ZPO, ohne teleologischer Reduktion dieser Bestimmung, jedoch bereits zur Anwendung kommen, was die Unwirksamkeit der betreffenden Schiedsklausel im GmbH-Gesellschaftsvertrag hätte. Umso größer die praktische Relevanz zwischen dem Widerspruch zwischen § 617 Abs 1 ZPO und der gesetzgeberischen Intention, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten von Schiedsgerichten entschieden werden können, ist, kann umso mehr davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diesen Widerspruch, wäre ihm dieser bewusst gewesen, geklärt hätte.

Es gibt zwar zahlreiche Untersuchungen, die die praktische Bedeutung der GmbH in der österreichischen Wirtschaft belegen,⁵⁰⁷ doch lassen sich keine genaue Untersuchungen finden, die Auskunft über die Anzahl von GmbHs gibt, an denen ausschließlich

⁵⁰⁷ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Allg Einl Rz 7; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2190ff; *Reich-Rohrwig*, Verbreitung und Gesellschafterstruktur der GmbH in Österreich, in FS Kastner (1992) 373; *Arnold*, Die GmbH im österreichischen Recht, GmbHR 1993, 344 (348); *Meyer*, Die GmbH und andere Handelsgesellschaften im Spiegel empirischer Forschung (I), GmbHR 2002, 177; für Deutschland: *Roth/Altmeyen*, GmbHG⁵ (2005) Einleitung Rz 6.

Gesellschafter beteiligt sind, die Unternehmer kraft Rechtsform sind. Im Umkehrschluss lassen sich somit auch keine Untersuchungen finden, welche genau Auskunft über die Anzahl von GmbHs geben, an welchen zumindest ein Gesellschafter beteiligt ist, der Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG aufweist. Doch ergibt sich aus der von Reich-Rohrwig 1992 durchgeführten Untersuchung, dass zum damaligen Zeitpunkt in 70 % aller GmbHs Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt waren.⁵⁰⁸ Da nur natürliche Personen Geschäftsführer einer GmbH sein können, steht somit fest, dass 1992 an zumindest 70 % aller GmbHs natürliche Personen als Gesellschafter beteiligt waren. Da es darüber hinaus auch angenommen werden kann, dass auch in Gesellschaften mit Drittgeschäftsführung auch natürliche Personen als Gesellschafter beteiligt sind, wird der Anteil der GmbHs, an welchen zumindest eine natürliche Person als Gesellschafter beteiligt ist, weit über 70 % aller GmbHs liegen.

Neben dieser Überlegung, welche die praktische Relevanz des § 617 Abs 1 ZPO auf das GmbH-Recht deutlich macht, ist auch auf Grund nachfolgenden Gedanken davon auszugehen, dass die Anzahl der GmbHs, deren Gesellschafter ausschließlich aus Unternehmern kraft Rechtsform bestehen, im Vergleich zu der Anzahl der restlichen GmbHs bescheiden sein muss:

- Bei der GmbH verbinden sich idealtypisch Unternehmer, die nur die Arbeitskraft und ihr Know-How einsetzen können mit kleinen Kapitalisten, ohne dass einer von ihnen die volle persönliche Haftung übernehmen müsste.⁵⁰⁹ In dieser Konstellation wird bereits die natürliche Person, die ihre Arbeitskraft und/oder ihr Know-How einsetzt, auf jeden Fall als Verbraucher qualifiziert, da auf Grund des Trennungsprinzips dieser das Unternehmen, welches von der GmbH betrieben wird, nicht zugerechnet werden kann. Dasselbe gilt auch für die natürliche Person die Teile ihres Vermögens in die GmbH einbringt (Investor); auch diese betreibt auf Grund des Trennungsprinzips nicht das Unternehmen und ist daher als Verbraucher nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG anzusehen.

⁵⁰⁸ Reich-Rohrwig in FS Kastner (1992) 378.

⁵⁰⁹ Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth, Gesellschaftsrecht Rz 2191.

- Auf Grund ihrer Gestaltungsfreiheit lässt sich die GmbH aber auch in anderen Unternehmensbereichen nutzen, was in der Praxis dazu führt, dass ein Drittel (31 %) der Top 100-Unternehmen in Österreich in der Rechtsform der GmbH betrieben werden. 57 % dieser Unternehmen werden in Form der AG geführt, bei welcher sich auf Grund des Trennungsprinzips dieselben bzw ähnliche Probleme durch § 617 ZPO ergeben.⁵¹⁰ Aber auch bei diesen GmbHs ist davon auszugehen, dass natürliche Personen beteiligt sind und sich jene Fälle, an welchen wiederum ausschließlich Kapitalgesellschaften, die Unternehmer kraft Rechtsform sind, beteiligt sind, gering sein wird. Denn Gesellschaften, wie die GmbH, stellen keinen Selbstzweck dar, sondern wurden von natürlichen Personen für natürliche Personen geschaffen. Auch wenn es möglich ist, dass sich an einer GmbH ausschließlich Kapitalgesellschaften beteiligen können, so ist dennoch klar, dass am Ende einer jeden Gesellschaftskette bzw Netzwerk von Tochter- und Muttergesellschaften eine Gesellschaft steht, an welcher zumindest eine natürliche Person beteiligt ist.

Es ist daher davon auszugehen, dass am überwiegenden Teil österreichischer GmbHs Gesellschafter beteiligt sind, die nach der Rechtsprechung des OGH als Verbraucher qualifiziert werden. Jene denkbaren Fälle, in welchen eine in einem GmbH-Gesellschaftsvertrag enthalten Schiedsklausel nicht in Konflikt mit § 617 Abs 1 ZPO steht, sind als gering einzustufen. Aus diesem Grund und dem Umstand, dass Schiedsklauseln in der Praxis nicht selten in GmbH-Gesellschaftsverträgen eingebaut werden, ist die praktische Relevanz von § 617 Abs 1 ZPO auf GmbH-Gesellschaftsverträge groß.

4.3 Der Gesetzgeber hat an den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschafter bei der Schaffung des § 617 ZPO nicht gedacht

Es wurde nun in einem ersten Schritt gezeigt, dass zwischen dem aus § 581 Abs 2 ZPO ableitbaren Willen des Gesetzgebers, dass Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen grundsätzlich vereinbart werden können, und § 617 Abs 1 ZPO eine direktes Konkurrenzverhältnis besteht. In einem zweiten Schritt wird der Frage

⁵¹⁰ *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2192 die sich auf *Reich-Rohrwig*, Grundsatzfragen der Kapitalerhaltung bei AG, GmbH und GmbH & Co KG (2004) 2 beziehen.

nachgegangen, ob dem Gesetzgeber diese Konkurrenz bewusst war oder er diese Problematik übersehen hat. Liegt der erste Fall vor, so wird man davon ausgehen müssen, dass der Gesetzgeber, da er keine Ausnahme für den Bereich des Gesellschaftsrecht im Zusammenhang mit § 617 Abs 1 ZPO geschaffen hat, diese Regelung auch auf Verbraucher-GmbH-Gesellschafter anwenden wollte. War dem Gesetzgeber diese Problematik jedoch nicht bewusst, so muss in einem dritten Schritt gefragt werden, wie der Gesetzgeber § 617 Abs 1 ZPO geregelt hätte bzw ob er für Verbraucher-GmbH-Gesellschafter eine Ausnahmebestimmung geschaffen hätte.

4.3.1 In den Materialien zum SchiedsRÄG 2006 wird auf die Problematik zwischen § 617 Abs 1 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen nicht eingegangen

Wenn in der Lehre⁵¹¹ davon zu lesen ist, dass die Frage, ob gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten schiedsfähig sind, nicht geklärt und in den Materialien zum SchiedsRÄG 2006 ausdrücklich offen gelassen worden ist,⁵¹² so bietet dies noch keine Antwort auf die hier zu behandelnde Frage, ob dem Gesetzgeber die Verbraucher-Gesellschafter-Problematik des § 617 Abs 1 ZPO bewusst war oder ob er diese gar bewusst offen gelassen hat. Zum einen muss hier, wie oben bereits gezeigt, die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten von der Frage der Drittwirkung von Schiedssprüchen differenziert werden und festgehalten werden, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich schiedsfähig sind.⁵¹³

Die Problematik des Verbraucher-Gesellschafters im Zusammenhang mit § 617 ZPO und der Schiedsgerichtsbarkeit an sich wurde dagegen in den Materialien zum SchiedsRÄG 2006 nicht besprochen, sodass hinsichtlich dieser Frage nicht gesagt werden kann, dass der Gesetzgeber diese bewusst offen gelassen hat. Wie im Folgenden gezeigt wird, ist vielmehr davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber die sich aus dem Verhältnis von § 617 Abs 1 ZPO auf die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit ergebende Problematik nicht bewusst war.

⁵¹¹ So etwa *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915.

⁵¹² ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

⁵¹³ Vgl diesbezüglich Kapitel VII.4.1.2.1: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten sind grundsätzlich objektiv schiedsfähig.

Das erste hier anzuführende Argument, welches dafür spricht, dass der Gesetzgeber die Verbraucher-Gesellschafter-Problematik im Zusammenhang mit § 617 Abs 1 ZPO übersehen hat, stellt die Konkurrenz zwischen den oben dargelegten gesetzgeberischen Intentionen an sich dar, die der Gesetzgeber nicht gewollt haben kann. Denn es kann nicht im Interesse des Gesetzgebers sein, Rechtsunsicherheit zu schaffen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wäre ihm die oben geschilderte Problematik bewusst gewesen, eine klärende Regelung geschaffen hätte, die entweder den Verbraucherschutz oder die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit gestärkt hätte.

In den Gesetzesmaterialien zum SchiedsRÄG 2006⁵¹⁴ wird die rechtliche Problematik, dass Gesellschafter einer GmbH grundsätzlich als Verbraucher betrachtet werden und daher dem Wortlaut dieser Bestimmung grundsätzlich unterliegen, nicht thematisiert. Aus den Gesetzesmaterialien geht hervor, dass deshalb in die ZPO Bestimmungen über die Schiedsgerichtsbarkeit Verbraucherschutzbestimmungen aufgenommen worden sind, da die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit durch das SchiedsRÄG 2006 an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angepasst werden sollte, welche sehr stark auf dem Gedanken der Privatautonomie aufbaut.⁵¹⁵ Nach Ansicht des Gesetzgebers sind viele der für eine internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angemessenen Bestimmungen jedoch schon für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nicht mehr zu vertreten; umso weniger für Rechtsverhältnisse, in denen regelmäßig verdünnte Willensfreiheit besteht oder in die Personen eingebunden sind, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen.⁵¹⁶

Unter Personen, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen versteht der Gesetzgeber unter anderem den Verbraucher im Sinne des § 1 KSchG. Doch ist der Begriff des Verbrauchers ein weiter und es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber des

⁵¹⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP.

⁵¹⁵ Vgl Kapitel VII.4.4.2.2.4: Argument: Die unterschiedlichen Pole, die das Verbraucherrecht und das Unternehmensrecht im Privatrechtsspektrum einnehmen.

⁵¹⁶ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30.

SchiedsRÄG 2006 sämtliche Personen, die unter den Verbraucherbegriff des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG subsumiert werden können, auch mit § 617 Abs 1 ZPO erfassen wollte.

4.3.2 Der GmbH-Gesellschafter entspricht nicht dem in § 1 KSchG typisierten Verbraucher

Grundsätzlich knüpfen Verbraucherschutzregeln an dem in § 1 KSchG definiertem Verbrauchergeschäft an.⁵¹⁷ Auch die Rechtsfolgen des § 617 Abs 1 ZPO knüpfen am Verbrauchergeschäft an.⁵¹⁸ Bei Verbrauchergeschäften besteht nach Auffassung des Gesetzgebers typischerweise eine Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungspartnern. Zwar kommt es bei der Anwendung von Verbraucherschutzbestimmungen auf die tatsächliche Überlegenheit aus Gründen der Rechtsklarheit und Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung nicht an,⁵¹⁹ doch sind für den Gesetzgeber nur jene Rechtsgeschäfte Beweggrund für den Erlass für verbraucherrechtliche Sonderschutzbestimmungen, die durch eine Ungleichgewichtslage typischerweise charakterisiert sind. Die Anwendung von Verbraucherschutzbestimmungen auf Rechtsgeschäfte, die zwar vom Grundtatbestand des § 1 KSchG umfasst sind, jedoch tatsächlich nicht durch eine Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungspartnern charakterisiert sind, wird vom Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit zwar geduldet, doch stellen diese keinesfalls den Beweggrund des Gesetzgebers für den Erlass der jeweiligen Verbraucherschutznorm dar.⁵²⁰ Man kann daher zwischen Verbrauchergeschäften im klassischen Sinn, welche den Beweggrund des Gesetzgebers für den Erlass bestimmter Verbraucherschutzbestimmungen darstellen, und Verbrauchergeschäfte im nicht klassischen Sinn unterscheiden, deren Subsumtion unter bestimmte Verbraucherschutzbestimmungen der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit lediglich duldet.

⁵¹⁷ So etwa die Regeln des I. Hauptstücks des KSchG vgl nur *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 1.

⁵¹⁸ Siehe Kapitel VII.2.1.1 *Verbraucher und Unternehmer*.

⁵¹⁹ *Krejci in Rummel*, ABGB II/4³ § 1 Rz 1.

⁵²⁰ Siehe diesbezüglich auch Kapitel VII.4.4.2 „*Das gesetzgeberische Interesse an einer gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wiegt schwerer als das Interesse, Verbraucher-Gesellschafter zu schützen*“

Gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnisse fallen nicht unter Verbrauchergeschäfte im klassischen Sinn: Zum einen stellt das klassische Verbrauchergeschäft auf die Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungspartnern ab, was nur dann Sinn ergibt, wenn sich die Verhandlungspartner „gegenüberstehen“, wie dies beispielsweise bei einem Kauf-, Leasing-, Bestand-, Werkvertrag usw.⁵²¹ der Fall ist. Das Gesellschaftsverhältnis ist aber besonders dadurch gekennzeichnet, dass die Gesellschafter ein gemeinsames unternehmerisches Ziel verfolgen wollen. Um dieses Ziel zu erreichen, stehen sie sich nicht gegenüber, sondern arbeiten mit gebündelten Kräften gemeinsam auf derselben Seite.

Aber auch aus einem weiteren Grund stellen gesellschaftsrechtliche Rechtsverhältnisse nicht den klassischen Fall eines Verbrauchergeschäftes dar. Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschaftern, verfolgen grundsätzlich das Ziel gemeinsam ein Unternehmen zu führen. Grundsätzlich leitet die GmbH ein Unternehmen, welches das Ziel verfolgt, Gewinne zu erzielen. Das Unternehmen wird zwar grundsätzlich der GmbH und nicht den Gesellschaftern zugerechnet, doch kann man unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise nur zu dem Ergebnis kommen, dass das Unternehmen von der Summe aller GmbH-Gesellschaftern geleitet wird. Denn diesen kommt in der Summe die absolute Macht über Führung, Existenz und Verwendung des Gewinns des Unternehmens zu. Auch wenn der GmbH-Gesellschafter nach dem formalen Kriterium des Trennungsprinzips als Verbraucher anzusehen ist, sind Gesellschafter aus wirtschaftlicher Betrachtungsweise vielmehr als Unternehmer wie als Verbraucher anzusehen. Ob dieser eben geschilderte Umstand als Anlass genommen werden soll, Gesellschafter grundsätzlich nicht als Verbraucher im Sinne des § 1 KSchG zu betrachten, soll hier nicht behandelt werden.⁵²² Wichtig ist jedoch festzuhalten, dass der Gesellschafter und insbesondere der GmbH-Gesellschafter nicht den klassischen Verbraucher darstellt, welchen der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 617 Abs 1 ZPO besonders schützen wollte. Dies wiederum stellt ein Indiz dar, dass der Gesetzgeber nicht auf die Verbraucher-Gesellschafter-Problematik im Zusammenhang mit § 617 Abs

⁵²¹ Zu den vom I. Hauptstücks des KSchG erfassten Rechtsgeschäfte siehe *Mayrhofer/Eccher/Ganner/Nemeth/Schurr/Tangl in Klang, ABGB³ § 1 KSchG Rz 12.*

⁵²² Dieser Frage wird im Kapitel VI *Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern* behandelt.

1 ZPO Bedacht genommen hat, da er bei der Schaffung von § 617 Abs 1 ZPO besonders auf klassische Verbrauchergeschäfte Bezug genommen hat.

Die von mir aufgestellte Behauptung, dass der Gesetzgeber den Gesellschafter, insbesondere den GmbH-Gesellschafter, nicht als den klassischen Verbraucher betrachtet, welcher der Gesetzgeber mit § 617 Abs 1 ZPO besonders schützen wollte, was wiederum ein Indiz darstellt, dass der Gesetzgeber an die Verbraucher-Gesellschafter-Problematik im Zusammenhang mit § 617 Abs 1 ZPO nicht Bedacht genommen hat, wird auch durch die Entstehungsgeschichte des § 617 ZPO und die diesbezüglichen Kommentierungen *Oberhammers*, Vorsitzender der für den LBI-Entwurf verantwortlichen Arbeitsgruppe, erhärtet: Im LBI Entwurf waren die Verbraucherschutzbestimmung nicht wie nach aktueller Rechtslage in einer Sonderbestimmung zusammengefasst, sondern an der jeweils passenden systematischen Stelle platziert.⁵²³ Der LBI Entwurf sah zwar Verbraucherschutzbestimmungen vor, doch enthielt er keine dem heutigen § 617 Abs 1 ZPO entsprechende Regelung, nach welcher Schiedsvereinbarungen zwischen Verbraucher und Unternehmer über zukünftige Streitigkeiten unwirksam sind.

Oberhammer führte in den Erläuterungen zum LBI Entwurf aus: *Denkbar wäre es freilich auch, im Einklang mit § 9 Abs 2 ASGG Schiedsvereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur dann zuzulassen, wenn die Streitigkeit bereits entstanden ist. Hervorzuheben ist, dass die Arbeitsgruppe eine solche Lösung – die freilich Schiedsverfahren zwischen Unternehmern und Verbrauchern im Ergebnis weitgehend ausschließen würde – für durchaus vertretbar hält. Es darf nicht übersehen werden, dass die Schiedsgerichtsbarkeit – auch international – im Kern ein Instrument zur Bewältigung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmern darstellt. Dieses „klassisch liberale“ Instrument der Prozessbewältigung stellt an den Verbraucher hohe Anforderungen (bietet ihm aber umgekehrt auch Chancen, insbesondere jene auf*

⁵²³ *Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 100; Die ursprünglich vorgesehenen Bestimmungen finden sich bei *Oberhammer*, Entwurf an folgenden Stellen: 178, 188, 196, 262, 324.

*beschleunigten Rechtsschutz); zu beachten ist auch, dass Charakter und Rechtsfolgen einer Schiedsvereinbarung Verbrauchern häufig unbekannt sind.*⁵²⁴

Im Laufe der Gesetzgebungsarbeiten im Rahmen des Bundesministeriums für Justiz wurde der im LBI-Entwurf vorgesehene Verbraucherschutz ausgeweitet. Im Zuge dieser Verschärfungen der Verbraucherschutzbestimmungen im Schiedsrecht fand § 617 Abs 1 ZPO in die Regierungsvorlage Einzug. *Oberhammer* kommentierte diese am LBI-Entwurf vorgenommenen Verschärfungen, als Botschaft zur Verbraucherschiedsgerichtsbarkeit: „*Lasst es lieber bleiben!*“ So erklärt *Oberhammer*, dass das Verbraucherrecht neben dem Arbeitsrecht, familien-, miet- und wohnungseigentumsrechtlichen Ansprüchen im Ergebnis deshalb der Schiedsgerichtsbarkeit entzogen wurde, da man politisch die Liberalisierung des „B2B“-Bereiches⁵²⁵ immer mit entsprechend verschärften Schutzbestimmungen gerade für Verbraucher sozial stimmig macht. Weiters führt *Oberhammer* aus, dass damit in den erwähnten Bereichen in Österreich praktisch keine Schiedsverfahren mehr stattfinden können und dass dies in der österreichischen Praxis kaum jemanden stören dürfte.⁵²⁶ Nach *Oberhammers* Dafürhalten sei dagegen wenig einzuwenden: Der Konfliktregelungsmechanismus „Schiedsverfahren“ sei seiner Grundtendenz nach doch stark auf Verfahren im „B2B“-Bereich⁵²⁷ zugeschnitten. Die meisten Verbraucher wüssten gar nicht, was ein Schiedsverfahren sei. Die typischen Kosten eines Wirtschaftsschiedsverfahrens seien für praktisch alle Verbraucherstreitigkeiten illusorisch hoch. Bis dato gäbe es keine Anhaltspunkte, dass sich daneben eine wesentlich kostengünstigere „Bagatellschiedsverfahrenspraxis“ herausgebildet hätte. Es sei auch zu bezweifeln, ob solche „Billigschiedsverfahren“ überhaupt wünschenswert sind. Den Beteiligten würden sie kaum Vorteile gegen über der staatlichen Gerichtsbarkeit bringen.⁵²⁸

⁵²⁴ *Oberhammer*, Entwurf 42; abgedruckt auch in *Kloiber et al*, Das neue Schiedsrecht (2006) 177.

⁵²⁵ Rechtsverhältnis von Unternehmer zu Unternehmer.

⁵²⁶ *Oberhammer*, Der Weg zum neuen österreichischen Schiedsverfahrensrecht, *SchiedsVZ* 2006, 57 (61); vgl auch *Oberhammer*, Reform des Schiedsverfahrens in *Fischer*, Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen - Familienrecht, Schiedsverfahrensrecht, Schuldrecht (2006) 42.

⁵²⁷ Gemeint sind damit Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmer und Unternehmer.

⁵²⁸ *Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, Schiedsrecht 100f; vgl auch *Oberhammer* in *Fischer*, Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen 43.

Diese Einschätzung *Oberhammers* kann jedoch nur dann zugestimmt werden, wenn Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschafter, vom Verbraucherbegriff ausgeklammert werden. Denn zum einen befinden sich systematisch betrachtet die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit im „B2B“-Bereich und zum anderen würde der Ausschluss der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit in der Praxis mehr als nur störend empfunden werden, da die Verankerung von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen in der Praxis nicht selten vorkommt.⁵²⁹

Aus der Entstehungsgeschichte des § 617 Abs 1 ZPO und den Kommentierungen *Oberhammers*⁵³⁰ zeigt sich aber auch, dass durch § 617 Abs 1 ZPO besonders solche Rechtsgeschäfte erfasst werden sollten, denen keine größere finanzielle Bedeutung zugemessen werden kann, und dass durch § 617 Abs 1 ZPO besonders jene Personen geschützt werden sollten, die auf Grund ihrer gewöhnlichen Tätigkeit, keine Erfahrungen über das Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit haben. Beide Kriterien liegen bei Gesellschaftsverträgen, insbesondere bei GmbH-Gesellschaftsverträgen nicht vor. Bereits das gesetzlich vorgeschriebene Mindestmaß des aufzubringenden Stammkapitals einer GmbH in der Höhe von € 35.000 zeigt,⁵³¹ dass gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten in der Regel eine nicht unbedeutende finanzielle Relevanz haben.

Der Eindruck, dass der Gesetzgeber auf die Verbraucher-Gesellschafter-Problematik nicht Bedacht genommen hat, wird auch durch den Umstand erhärtet, dass die bisherige Judikatur zur Thematik der Verbrauchereigenschaft von Gesellschaftern nicht im Zusammenhang mit schiedsgerichtlichen Fragen stand, was eine weitere Erklärung auf

⁵²⁹ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen : *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Nowotny*, *WBI* 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, *Handelsrecht I*⁴ 61; *Wünsch*, *Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen* 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, *ZIP* 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, *dAnwBI* 2007, 396; *Duwe*, *dAnwBI* 2007, 389.

⁵³⁰ *Oberhammer*, Entwurf 40 ; *Oberhammer* in *Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller*, *Schiedsrecht* 100f; *Oberhammer* in *Fischer*, *Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen* 43.

⁵³¹ Vgl §§ 6 Abs 1 und § 54 Abs 3 GmbHG.

die Frage bietet, weshalb der Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006 auf die Thematik nicht aufmerksam geworden ist.⁵³²

4.3.3 Ergebnis: Gesetzgeber hat Problematik übersehen

Auf Grund der klaren Konkurrenz zwischen dem Willen des Gesetzgebers, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden werden können sollen, und der Verbraucherschutzbestimmung des § 617 Abs 1, sowie auf Grund der erheblichen praktischen Bedeutung dieser rechtlichen Problematik, kann aus dem Umstand, dass der Gesetzgeber weder im Gesetz noch in den Materialien zur Schiedsgerichtsbarkeit zu dieser Problematik Stellung genommen hat, und dem Umstand, dass diese Problematik höchstgerichtlich und in der Lehre bis zum In-Kraft-Treten des SchiedsRÄG 2006 noch nie im Zusammenhang mit der Schiedsgerichtsbarkeit behandelt worden ist, nur geschlossen werden, dass der Gesetzgeber diese Problematik schlichtweg übersehen hat.

4.4 Wie hätte der Gesetzgeber § 617 Abs 1 geregelt, hätte er auf den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschaftereigenschaft Bedacht genommen? Hätte er das Gesellschaftsrecht insbesondere GmbH-Recht ausgenommen?

Da gezeigt worden ist, dass der Gesetzgeber die Konkurrenz zwischen seiner Intention, den Verbraucher durch § 617 Abs 1 ZPO zu schützen, und seiner Intention, den Wirtschaftsstandort Österreich durch die Ermöglichung der schiedsgerichtlichen Klärung von gesellschaftsrechtlichen Fragen zu fördern, übersehen hat, muss nun im dritten Schritt gefragt werden, wie der Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006 agiert hätte, wenn er auf diese Problematik Bedacht genommen hätte. Diesbezüglich ist es notwendig zuerst zu hinterfragen, welche Möglichkeiten dem Gesetzgeber offen gestanden wären, seine oben dargestellten Intentionen bestmöglich aufeinander abzustimmen.

⁵³² Bei den bisher von der Judikatur behandelten Fällen, die sich mit der Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern auseinandersetzte, ging zu einem Großteile um Sicherungsgeschäft, die der Gesellschafter oder der Geschäftsführer der GmbH im eigenen Namen zur Absicherung von Kreditgeschäften, die wiederum zwischen einer Bank und der GmbH vereinbart wurde, abschloss. Aber auch im Zusammenhang mit § 182 KO wurde diese Frage bereits behandelt.

4.4.1 Welche Möglichkeiten wären dem Gesetzgeber offen gestanden?

Im Wesentlichen sind zwei Möglichkeiten vorstellbar, wie der Gesetzgeber die Konkurrenz zwischen § 617 ZPO und der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit lösen hätte können.

Der Gesetzgeber hätte klarstellen können, dass der in § 617 Abs 1 ZPO geregelt Verbraucherschutz auch für Gesellschafter gilt, die gemäß § 1 Abs 1 Z 2 KSchG als Verbraucher zu qualifizieren sind. In diesem Fall hätte der Gesetzgeber dem Verbraucherschutz klar Vorrang gegenüber der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit gewährt und hätte darüber hinaus gezeigt, dass der GmbH-Gesellschafter als eine typischerweise schützenswerte Person zu betrachten sei.

Der Gesetzgeber hätte aber auch § 617 Abs 1 ZPO dahingehend einschränken können, indem er klargestellt hätte, dass Gesellschafter grundsätzlich von dieser Bestimmung ausgenommen werden, auch wenn sie nach § 1 KSchG als Verbraucher zu qualifizieren sind. Nach dieser Konstellation, würde die gesetzgeberische Intention, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich schiedsfähig sind, erhalten bleiben. Der gesetzgeberische Wille, dem Verbraucher Schutz im Schiedsrecht zu gewähren, wäre dadurch reduziert, jedoch keinesfalls aufgehoben worden.

4.4.2 Das gesetzgeberische Interesse an einer gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wiegt schwerer als das Interesse, Verbraucher-Gesellschafter zu schützen

Um zu beantworten, für welche der zwei oben aufgezählten Möglichkeiten sich der Gesetzgeber entschieden hätte, müssen diese miteinander verglichen werden. Jede Möglichkeit führt zur Einschränkung einer der beiden oben herausgearbeiteten gesetzgeberischen Intentionen. Entweder wird die Reichweite des in § 617 Abs 1 ZPO verankerten Verbraucherschutzes oder die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit eingeschränkt. Variante 1 (§ 617 Abs 1 ZPO ist auch auf Verbraucher-Gesellschafter anzuwenden) führt zur beinahe gänzlichen Einschränkung der gesetzgeberischen Intention, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten von

Schiedsgerichten entschieden werden können sollen. Variante 2 (Verbraucher-Gesellschafter von § 617 Abs 1 ZPO ausnehmen) führt dazu, dass dem Verbraucher-Gesellschafter der Schutz des § 617 Abs 1 ZPO nicht gewährt wird.

Wenn nun also die beiden Möglichkeiten bzw Varianten miteinander verglichen werden, so muss auf die eine Seite der Waage das Interesse der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit und auf die andere Seite das Interesse Verbraucher-Gesellschafter (vor Übereilung) zu schützen gelegt werden. Im Folgenden werden die einzelnen Interessen nach deren Wichtigkeit für den Gesetzgeber untersucht.

4.4.2.1 *Kein besonderes Interesse des Gesetzgebers Verbraucher-Gesellschafter durch § 617 Abs 1 ZPO zu schützen, da diese der Randzielgruppe des § 617 angehören.*

4.4.2.2 *Die Kern- und Randzielgruppen von Schutzbestimmungen und deren rechtliche Konsequenz. Verbraucher-Gesellschafter stellen Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmungen dar.*

4.4.2.2.1 *Kernziel- und Randzielgruppen von Verbraucherschutzbestimmungen auf Grund des im Verbraucherschutz bestehenden Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit*

Um zu untersuchen, wie groß das Interesse des Gesetzgebers daran ist, dass Verbraucher-Gesellschafter in Gesellschaftsverträgen mittels Schiedsklauseln Schiedsgerichte für zukünftige aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Streitigkeiten anordnen können, muss auf Folgendes Bedacht genommen werden: § 617 ZPO erklärt nicht explizit, dass der Verbraucher-Gesellschafter in Gesellschaftsverträgen keine Schiedsgerichte anordnen kann, sondern erklärt ganz allgemein, dass Verbraucher mit Unternehmern über zukünftige Streitigkeiten keine wirksame Schiedsvereinbarungen schließen können. Wie bereits im obigen Kapitel VII.4.3 „Der Gesetzgeber hat an den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschafter bei der Schaffung des § 617 ZPO nicht gedacht“ ausgeführt wurde, zielt der Gesetzgeber mit Verbraucherschutzbestimmungen auf Verbrauchergeschäfte ab, die

typischerweise eine Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungspartnern aufweisen. Auf welche Personen Verbraucherschutzbestimmungen anzuwenden sind, bestimmen grundsätzlich die im § 1 KSchG geregelten formalen Kriterien der Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft. Die typischerweise im Verbrauchergeschäft bestehende Ungleichgewichtslage zwischen Verbraucher und Unternehmer ist der Beweggrund des Gesetzgebers für den Erlass von Verbraucherschutzbestimmungen, dennoch stellt der Gesetzgeber aus Gründen der Rechtssicherheit und Vereinfachung der Rechtsdurchsetzung nicht darauf ab, ob im konkreten Einzelfall ein Ungleichgewicht zwischen Verbraucher und Unternehmer vorliegt, sondern er stellt lediglich auf die im § 1 KSchG geregelten formalen Kriterien der Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft ab. Daraus ergibt sich, dass der Gesetzgeber grundsätzlich mit der Schaffung von Verbraucherschutzbestimmungen nicht alle in § 1 Abs 1 Z 2 KSchG als Verbraucher definierte Personen tatsächlich auch schützen wollte. Diejenige Personen, die zwar unter die Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG zu subsumieren sind, tatsächlich jedoch gar nicht dem ihnen gegenüberstehenden Verbraucher unterlegen sind, erhalten nur aus Gründen der Rechtssicherheit verbraucherrechtlichen Schutz.⁵³³

Auf Grundlage dieser Überlegungen teile ich Verbraucher in zwei Gruppen auf: In Kernzielgruppen und in Randzielgruppen. Die Kernzielgruppe stellt jenen Teil der Summe aller Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG dar, welche der Gesetzgeber mit der jeweiligen Schutzbestimmungen besonders schützen wollte. Die Randzielgruppe umfasst jenen Teil der Summe aller Verbraucher, welche keinen besonderen Schutz benötigen, die aber vom Gesetzgeber aus dem Grund des im Verbraucherschutzrecht vorherrschenden Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit als Schutzadressaten der jeweiligen Schutznorm geduldet werden. Das Interesse des Gesetzgebers hinsichtlich der Anwendung von Verbraucherschutzbestimmungen auf Verbraucher, die der Randzielgruppe zuzuordnen sind, besteht somit lediglich in der Wahrung der Rechtssicherheit.

⁵³³ Zum Prinzip des Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit im Verbraucherrecht siehe ausführlich Kapitel VII.4.5 *Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“ hindert nicht § 617 Abs 1 ZPO* reduzierend auszulegen.

Bevor nun untersucht wird, welcher Gruppe (Randziel- oder Kernzielgruppe) der Gesellschafter, insbesondere der GmbH-Gesellschafter, zuzuordnen ist, wird dargestellt, welchen Verbrauchertyp der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 617 Abs 1 ZPO vor Augen hatte, sprich, welche Personen zur Kernzielgruppe zu zählen sind.

Ganz allgemein kann gesagt werden, dass zur Kernzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmungen jedenfalls jene Personen zu zählen sind, die im täglichen Leben auf die Leistungen des Warenherstellers, Warenanbieters oder Werkunternehmers angewiesen sind, welche wirtschaftlich stärker und im Geschäftsverkehr versierter sind.⁵³⁴ Die ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006 begründen die Einführung des § 617 ZPO mit dem Umstand, dass die österreichische Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Schiedsgerichtsbarkeit angepasst wurde und daher über ein sehr hohes Maß an Privatautonomie verfügt. Viele der für eine internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angemessenen Bestimmungen wären jedoch schon für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nicht mehr zu vertreten; umso weniger für Rechtsverhältnisse, in denen regelmäßig verdünnte Willensfreiheit besteht oder in die Personen eingebunden sind, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen.⁵³⁵ *Oberhammer* führt in seinen Erläuterungen zum Entwurf eines neuen Schiedsverfahrens,⁵³⁶ in welchem noch keine Regelung in der Art des § 617 Abs 1 ZPO vorgesehen waren, aus, dass es denkbar wäre, im Einklang mit § 9 Abs 2 ASGG Schiedsvereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur dann zuzulassen, wenn die Streitigkeit bereits entstanden ist. Es dürfe nämlich nicht übersehen werden, dass die Schiedsgerichtsbarkeit im Kern ein Instrument zur Bewältigung von Rechtsstreitigkeiten zwischen Unternehmern darstellt. Weiters darf nach *Oberhammer* nicht übersehen werden, dass Charakter und Rechtsfolgen einer Schiedsvereinbarung Verbraucher nicht bekannt sind.

⁵³⁴ *Welser in Krejci*, Handbuch KSchG 194.

⁵³⁵ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30.

⁵³⁶ *Oberhammer*, Entwurf 42.

Der Gesetzgeber⁵³⁷ geht im Zusammenhang mit § 617 Abs 1 ZPO somit von einem Verbrauchertyp aus, der auf Grund seiner nicht unternehmerischen Tätigkeit, keine Erfahrungswerte hinsichtlich der Schiedsgerichtsbarkeit mitbringt.

4.4.2.2.2 Der Verbraucher-Gesellschafter gehört zur Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmung des § 617 Abs 1 ZPO

VII.4.4.2.2.2.1 Argument: Das Übersehen der Problematik des Gesetzgebers, dass GmbH-Gesellschafter auch unter den Wortlaut des § 617 Abs 1 ZPO fallen.

Nun zur Frage, ob Gesellschafter insbesondere GmbH-Gesellschafter, welche Verbrauchereigenschaft aufweisen, zur Kern- oder zur Randzielgruppe der Schutzbestimmung des § 617 Abs 1 ZPO zählen. Für die Zuordnung zur Randgruppe spricht bereits der Umstand, dass der Gesetzgeber, wie oben bereits gezeigt wurde,⁵³⁸ bei der Schaffung dieser Bestimmung gar nicht bewusst war, dass der Gesellschafter insbesondere der GmbH-Gesellschafter von dieser Bestimmung mit umfasst ist. Eine Personengruppe, an welche der Gesetzgeber bei Schaffung einer bestimmten Schutzbestimmung gar nicht gedacht hat, kommt schon grundsätzlich als Kernzielgruppe einer bestimmten Schutzbestimmung nicht in Frage.

VII.4.4.2.2.2.2 Argument: Materialien und Entstehungsgeschichte des SchiedsRÄG 2006 zeigen eine Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO, die sich vom Verbrauchergesellschafter stark unterscheidet

Wie im obigen Kapitel VII.4.3.2 „*Der GmbH-Gesellschafter entspricht nicht dem in § 1 KSchG typisierten Verbraucher*“ bereits gezeigt wurde, kann aus den Materialien⁵³⁹ sowie der Entstehungsgeschichte des § 617 Abs 1 ZPO und der Kommentierung *Oberhammers*⁵⁴⁰ über die im SchiedsRÄG 2006 umgesetzte Verschärfung des ursprünglich im LBI-Entwurf vorgesehenen Verbraucherschutzes abgeleitet werden,

⁵³⁷ Auch wenn Oberhammer selbstverständlich nicht als Gesetzgeber gewertet werden kann, so darf nicht übersehen werden, dass das SchiedsRÄG 2006 Großteils auf dem Entwurf des LBI, welcher unter dem Vorsitz Oberhammers entstanden ist, aufbaut.

⁵³⁸ Siehe Kapitel VII.4.3 *Der Gesetzgeber hat an den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschafter bei der Schaffung des § 617 ZPO nicht gedacht.*

⁵³⁹ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30.

⁵⁴⁰ *Oberhammer*, Entwurf 42, 49, 54; siehe auch *Oberhammer* in *Fischer*, *Moderne Zivilrechtsformen und ihre Wirkungen* 43.

dass der Gesetzgeber mit § 617 Abs 1 ZPO einen Verbraucher vor Augen hatte, für welchen der Abschluss einer Schiedsvereinbarung ein ungewöhnliches Geschäft darstellt. Der Gesetzgeber hatte als Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO einen Verbraucher vor Augen, der grundsätzlich nur Rechtsgeschäft mit geringer finanzieller Bedeutung abschließt und der auf Grund seiner herkömmlichen Tätigkeit keine Erfahrungswerte über das Wesen der Schiedsgerichtsbarkeit mitbringt.

Beides trifft für den Gesellschafter, insbesondere den GmbH-Gesellschafter nicht zu. Bereits auf Grund des gesetzlich vorgeschriebenen Mindestmaßes des Stammkapitals von € 35.000 sind gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten von nicht unerheblicher finanzieller Bedeutung.⁵⁴¹

Auch Stimmen aus der Praxis bestätigen, dass für Schiedsverfahren mit Konsumenten, schon wegen der damit verbundenen Kosten und der nicht vorhandenen Möglichkeit auf Verfahrenshilfe kein Bedürfnis besteht.⁵⁴² Dass dabei mit dem Begriff Konsument keinesfalls an GmbH-Gesellschafter gedacht wird, zeigt der Umstand, dass in der Praxis Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen nicht selten vor kommen.⁵⁴³

VII.4.4.2.2.3 Argument: Unterschied des Gesellschaftsvertrages zum typischen Verbraucherrechtsgeschäft

Dass ein Gesellschafter, insbesondere der GmbH-Gesellschafter, nicht in die Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO gezählt werden kann, geht auch aus dem Unterschied zwischen dem typischen Verbrauchergeschäft und dem Gesellschaftsvertrag, insbesondere dem GmbH-Gesellschaftsvertrag, hervor. Dem in § 1 KSchG definierten Verbrauchergeschäft liegt nach Auffassung des Gesetzgebers typischerweise eine Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungspartner, also zwischen Verbraucher und Unternehmer, zugrunde.⁵⁴⁴ Aus den ErläutRV zum KSchG

⁵⁴¹ Vgl. §§ 6 Abs 1 u 54 Abs 3 GmbHG.

⁵⁴² *Reiner*, ÖJZ 2009/32, 302 (303).

⁵⁴³ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen: *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Nowotny*, *WBI* 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, *Handelsrecht I*⁴ 61; *Wünsch*, *Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen* 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, *ZIP* 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, *dAnwBl* 2007, 396; *Duve*, *dAnwBl* 2007, 389.

⁵⁴⁴ *Krejci in Rummel*, *ABGB II/4*³ § 1 Rz 1.

zeigt sich klar, dass der Gesetzgeber mit dem Verbrauchergeschäft Rechtsgeschäfte versteht, auf dessen einen Seite die Anbieter bzw Erzeuger der unzähligen auf dem Markt bestehenden und kaum überschaubaren Warenangeboten stehen und auf der anderen Seite die Verbraucher, die ein Nachfrage an diesen Warenangeboten haben.⁵⁴⁵ Unter Warenangeboten sind konsequenterweise nicht nur Waren i.e.S., sprich dingliche Gegenstände, sondern auch Dienstleistungen anzusehen.

Schutzbestimmungen, die Verbrauchern Schutz in bestimmten rechtsgeschäftlichen Situationen bieten wollen, ergeben nur dann Sinn, wenn sich die Ungleichgewichtslage auf Verhandlungsparteien bezieht, die sich vertragstechnisch betrachtet „gegenüber stehen“ und die einen Austausch von Geld, Gütern oder Dienstleistungen bewirken wollen. So stehen im Kaufvertrag, die Interessen des Käufers den Interessen des Verkäufers, im Bestandvertrag, die Interessen des Bestandgebers jenen des Bestandnehmers, beim Werkvertrag, die Interessen des Werkunternehmers jenen des Werkbestellers, im Kreditvertrag, die Interessen des Kreditgebers jenen des Kreditnehmers gegenüber. Diese Rechtsgeschäfte sind durch einen Austausch gekennzeichnet, der ganz Allgemein mit dem Prinzip „Ich gebe, damit du gibst“ umschrieben werden kann: Eine Person gibt Geld, Güter oder erbringt eine Leistung damit sie von ihrem Gegenüber ebenfalls entweder Geld, Güter oder eine Leistung erhält. Der Austausch von Geld, Dingen oder Leistungen zwischen zwei oder mehreren Personen bringt es mit sich, dass sich die „austauschenden“ Personen, sprich die Vertragsparteien, mit unterschiedlichen Interessen gegenüberstehen. Nur dort, wo unterschiedliche Interessen aufeinander stoßen, kann es aber auch zu einer Ungleichgewichtslage zwischen den Verhandlungsparteien kommen, welche die überlegene Seite zu Gunsten ihrer und zu Lasten der Interessen der Gegenseiten ausnützen kann. Aus der Zielsetzung des Gesetzgebers Schutzbestimmungen für Verbrauchergeschäfte zu erlassen, die typischerweise durch eine Ungleichgewichtslage zwischen den Verbrauchern gekennzeichnet sind, ergibt sich daher, dass der Gesetzgeber mit Verbrauchergeschäften, besonders auf solche Rechtsgeschäfte Bedacht genommen hat, die dadurch gekennzeichnet sind, dass sich Vertragspartner mit unterschiedlichen Interessen gegenüberstehen.

⁵⁴⁵ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 12.

Das Gesellschaftsvertragsverhältnis, insbesondere jenes der GmbH, ist dagegen dadurch gekennzeichnet, dass die den Gesellschaftsvertrag abschließenden Gesellschafter sich aus dem Grund zusammenschließen, um ein bestimmtes Ziel, nämlich den Gesellschaftszweck, gemeinsam zu verfolgen. Gesellschafter stehen sich somit grundsätzlich nicht mit unterschiedlichen Interessen gegenüber, sondern schließen sich zusammen, um durch die Bündelung ihrer Kräfte ein gemeinsames bestimmtes Ziel, den Gesellschaftszweck, zu erreichen, welches die Gesellschafter alleine nicht oder nur unter erschwerten Bedingungen erreichen könnten.

Mit dem Abschluss eines Gesellschaftsvertrages erlangt der Gesellschafter keine Ware iwS (Geld, Güter oder Dienstleistungen). Der Gesellschaftsvertrag vermittelt dem Gesellschafter Rechte und Pflichten an der Gesellschaft, welche erst durch den Abschluss des Gesellschaftsvertrages und somit durch das gemeinsame Zusammenwirken der Gesellschafter entstehen. Der klassische Fall, dass der Verbraucher vom Unternehmer eine Ware iwS entgeltlich erhält, liegt beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages, insbesondere eines GmbH-Gesellschaftsvertrages, somit nicht vor.

Da der Gesellschaftsvertrag nicht zu jenen Verbraucherrechtsgeschäften gezählt werden kann, auf welche der Gesetzgeber mit der Schaffung des § 1 KSchG besonders Bedacht genommen hat, sind Gesellschafter, die unter § 1 Abs 1 Z 2 KSchG subsumiert und daher als Verbraucher qualifiziert werden, zur Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmungen an sich und insbesondere von § 617 Abs 1 ZPO zu zählen.

VII.4.4.2.2.4 Argument: Die unterschiedlichen Pole, die das Verbraucherrecht und das Unternehmensrecht im Privatrechtsspektrum einnehmen

Ein weiteres Argument, den Verbraucher-Gesellschafter zur Randzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zu zählen, stellt die Systemwidrigkeit dar, Verbraucherschutzbestimmungen auf Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschafter, anzuwenden. Die Systemwidrigkeit besteht darin, dass der Gesellschafter Normadressat des

Gesellschaftsrechts und somit des Unternehmensrecht iW.S. ist, welches innerhalb des Privatrechtsspektrums dem Verbraucherrecht gegenüber steht. Um diese These zu begründen, wird im Folgenden erklärt, was als Privatrechtsspektrum zu verstehen ist, welche Positionen das Verbraucherrecht und das Gesellschaftsrecht in diesem einnimmt und welche Konsequenzen damit verbunden sind.

Auch wenn hinsichtlich der Einteilung bestimmter Privatrechtsmaterien in Sonderprivatrechte, insbesondere betreffend der jeweiligen Einteilungskriterien, unterschiedliche Ansichten bestehen, so herrscht in der Lehre Einigkeit darüber, dass sich das Privatrechtssystem aus dem Bürgerlichen Recht bzw. aus dem „allgemeinen“ Privatrecht, welches besonders durch seine Allgemeingültigkeit gekennzeichnet ist und daher sich daher an alle Rechtsadressaten gleichermaßen richtet,⁵⁴⁶ und auch aus einer Vielzahl von Sonderprivatrechten zusammensetzt, die auf enger umschriebene Personengruppen gerichtet sind und die durch ein eigenständiges Ordnungsziel gekennzeichnet sind.⁵⁴⁷

Das Handelsrecht bzw. dessen Nachfolger, das Unternehmensrecht, wird als Sonderprivatrecht betrachtet.⁵⁴⁸ Das Unternehmensrecht befasst sich mit vom allgemeinen bürgerlichen Recht nicht ausreichend, nicht zufrieden stellend oder überhaupt nicht beantworteten Ordnungsfragen der unternehmerischen (also professionellen) Tätigkeit.⁵⁴⁹ Als Sonderrecht des unternehmerischen Geschäftsverkehrs beruht das Unternehmensrecht auf Grundprinzipien, die eine interessengerechte Abwicklung des Geschäftsverkehrs gewährleisten sollen: Es ist gekennzeichnet durch das Prinzip der Bewegungsfreiheit, das Prinzip der einfachen und schnellen

⁵⁴⁶ Siehe zum Begriff des Bürgerlichen Rechts etwa *P. Bydlinski*, Bürgerliches Recht I⁴ (2007) Rz 1/1.

⁵⁴⁷ Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996) 415ff; *Franz Bydlinski*, Sonderprivatrechte - Was ist das?, in *FS Kastner* (1992) 71; vgl. auch *Kletecka* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I¹³ (2006) 8.

⁵⁴⁸ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 4; *Krejci* in *Krejci*, Reformkommentar Einführung Rz 1; *Krejci*, Methodisches, Dogmatisches und Politisches zur Grundtatbestandsbildung im "Handelsrecht", in *FS Franz Bydlinski* (2002); *Kalss/Schauer*, Allgemeines Handelsrecht¹ (2002) Rz 1/2; *Straube* in *Straube*, HGB I³ Einführung Rz 9; *Längle* in *FS Krejci* (2001) 238; *K Schmidt*, Handelsrecht⁵ 3.

⁵⁴⁹ *Krejci* in *Krejci*, Reformkommentar Einführung Rz 3.

Abwicklung, durch das Prinzip der erweiterter Selbsthilfe und durch das Prinzip weitgehender Privatautonomie.⁵⁵⁰

Grund für die gesetzliche Sonderbehandlung des Unternehmens durch die unternehmensrechtlichen Bestimmungen ist die Erkenntnis, dass sich Unternehmer von sonstigen Marktteilnehmern durch die Professionalität unterscheiden. Sie sind in ihrem Metier andauernd tätig und konzentrieren ihre Kräfte darauf, diese Tätigkeit berufsmäßig gekonnt zu verrichten.⁵⁵¹ Aus all dem lässt sich eine geringere Schutzwürdigkeit des Unternehmers ableiten.⁵⁵²

All diese besonderen Merkmale des ehemaligen Handels- und heutigen Unternehmensrechts führen dazu, dass der Großteil der unternehmensrechtlichen Regelungen dispositiven Charakter haben, was Ausfluss des Zugeständnisses des Gesetzgebers gegenüber dem Unternehmer auf Privatautonomie ist. Zwingendes Recht ist relativ selten und findet sich vor allem dort, wo schutzwürdige Interessen der Allgemeinheit in Frage stehen.⁵⁵³

Ob das Verbraucherrecht⁵⁵⁴ als eigenständiges Sonderprivatrecht angesehen werden kann, ist zweifelhaft.⁵⁵⁵ In den in der Literatur auffindbaren Katalogen, in welchen die unterschiedlichen Sonderprivatrechte aufgelistet werden, ist das Verbraucherrecht teilweise enthalten,⁵⁵⁶ teilweise aber auch nicht enthalten.⁵⁵⁷ Soweit ersichtlich hat sich *Franz Bydlinski* am ausführlichsten mit dieser Frage auseinandergesetzt, wobei er zum Ergebnis gelangte, dass es dem Konsumentenbegriff und der Konsumentenschutzidee an der Fähigkeit mangle, die notwendige innere und äußere Systematik zur Ausbildung

⁵⁵⁰ Vgl *Straube* in *Straube*, HGB I³ Einführung Rz 14 zum Handelsrecht; *Krejci* in FS Franz Bydlinski (2002) 227; *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 3.

⁵⁵¹ *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 8.

⁵⁵² Noch zum Kaufmannsbegriff *Längle* in FS *Krejci* (2001) 239.

⁵⁵³ *Hämmerle/Wünsch*, Handelsrecht I⁴ 4. Weitere und aktueller Quellen anfügen.

⁵⁵⁴ Zum Begriff des Verbraucherrechts *Schumacher*, Der Konsumentenschutzgedanke in der österreichischen Rechtsordnung - Zur Position des KSchG im System eines umfassenden Konsumenten(schutz)rechts in *Krejci*, Handbuch zum Konsumentenschutzgesetz (1981).

⁵⁵⁵ Vgl *Krejci*, Ist das Verbraucherrecht ein Rechtsgebiet?, in FG *Mayrhofer* (2002); *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 KSchG Rz 3; vgl auch *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 708ff.

⁵⁵⁶ Siehe bspw *Krejci*, Privatrecht⁷ (2007) Rz 72.

⁵⁵⁷ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 417; *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I¹³ 8.

eines Sonderprivatrechts für Verbraucher hervorzubringen.⁵⁵⁸ Nach *Krejci*⁵⁵⁹ kann von einem inhaltlichen Gesamtsystem eines Verbraucherrechts nicht die Rede sein. Vielmehr stelle das Verbraucherrecht naturgemäß nichts anderes als die Summe bestenfalls am System des Zivilrechts anbindende Stückwerke zu den unterschiedlichsten Ordnungsfragen dar. Dennoch zählt *Krejci* an anderer Stelle das Verbraucherrecht neben dem Unternehmensrecht und Arbeitsrecht zu den Sonderprivatrechten.⁵⁶⁰ Im Lehrbuch von *Koziol/Welser*⁵⁶¹ wird in dortiger Einteilung des Privatrechts das Unternehmensrecht, das Wertpapierrecht, große Teile des Arbeitsrechts, das Privatversicherungsrecht, die Bestimmungen über den gewerblichen Rechtsschutz (Patent-, Marken- und Musterrecht, Recht des unlauteren Wettbewerbs) zu den Sonderprivatrechten gezählt; das Verbraucherrecht wird dabei jedoch nicht erwähnt. Nach *P. Bydlinski* gehören neben dem ABGB etwa das KSchG, MRG und WEG oder die besonderen Haftpflichtgesetze (EKHG, PHG usw) zum „allgemeinen“ Privatrecht. Jedermann sei –auch- Verbraucher.⁵⁶² Auf Grund ähnlicher Überlegungen sind nach Ansicht der Autoren des KSchG-Bandes des Klang Kommentars die Rechtsregeln des KSchG als Teil des allgemeinen Privatrechts zu betrachten.⁵⁶³ Abseits der Debatte über die Einteilung des Verbraucherrechts als Sonderprivatrecht oder Teil des Allgemeinen Bürgerlichen Rechts wird in der wissenschaftlichen Diskussion das Verbraucherrecht oft als Sonderprivatrecht dargestellt.⁵⁶⁴

Auch wenn die Kategorisierung des Verbraucherrechts als Sonderprivatrecht, wie eben gezeigt, zweifelhaft ist, so kann doch gesagt werden, dass das Verbraucherrecht eine Materie darstellt, die sich aus der Summe jener Normen zusammensetzt, die dem Schutz des typischerweise schwächeren Verbrauchers gegenüber dem stärkeren Unternehmer

⁵⁵⁸ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 735.

⁵⁵⁹ *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ Vor § 1 KSchG Rz 3.

⁵⁶⁰ *Krejci*, Privatrecht⁷ Rz 72.

⁵⁶¹ *Kletecka* in *Koziol/Welser*, BR I¹³ 8.

⁵⁶² *P. Bydlinski*, BR I Rz 1/1.

⁵⁶³ *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Kommentar zum ABGB - KSchG³ (2006) Einleitung Rz15 wobei diese auf *Schumacher* in *Krejci*, Handbuch KSchG 1ff; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 718ff und *Krejci* in *FG Mayrhofer* (2002) 121.

⁵⁶⁴ Vgl etwa *Beig/Größ*, Sonderprivatrechtliche Anknüpfung bei Vertragsübernahmen, RdW 2004/458, 519; *Brenn*, Weiterhin kein Verbrauchergerichtsstand ohne Warenbestellung; Anwendung als Eingriffsnorm ohne Rücksicht auf das Sachrecht, ÖJZ 2007/13, 131 (132); *Franz Bydlinski*, JBl 1996, 683 (688)

dienen.⁵⁶⁵ Für die Umsetzung dieser Zielsetzung, den schwächeren Verbraucher vor dem stärkeren Unternehmer zu schützen, bedient sich der Gesetzgeber vor allem zwingender Regelungen, um den Missbrauch der Vertragsfreiheit zu Lasten des schwächeren Verhandlungs- und Vertragspartners Einhalt zu gebieten. Normadressat des Verbraucherrechts ist also der Verbraucher, den der Gesetzgeber vor dem typischerweise überlegenen Unternehmer schützen will. Gekennzeichnet ist das Verbraucherrecht durch den hohen Anteil an zwingenden Regelungen zu Gunsten der Normadressaten. Der hohe Anteil an zwingendem Recht bringt mit sich, dass der Grad an Privatautonomie im Vergleich zu anderen Privatrechtsmaterien sehr gering ist.⁵⁶⁶

Das Zentrum des Privatrechts(systems) stellt das größtenteils im ABGB geregelte Bürgerliche Recht dar, welches auf sämtliche Rechtsunterworfenen bzw. an die Allgemeinheit gerichtet ist.⁵⁶⁷ Auf Grund seiner Ausrichtung auf die Allgemeinheit umfasst das Bürgerliche Recht jedoch nicht ausreichend die Rechtsverhältnisse der Personengruppe der Unternehmer bzw. der Kaufleute. Diese Aufgabe wird vom Handelsrecht bzw. Unternehmensrecht erfüllt, welches, wie gesagt, besonders durch den hohen Grad an dispositiven Regelungen und somit durch ein hohes Maß an Privatautonomie gekennzeichnet ist. Das Bürgerliche Recht nimmt zugleich aber aus Sicht des Gesetzgebers nicht genügend Rücksicht auf das in bestimmten Rechtsverhältnissen typischerweise zwischen den Verhandlungspartnern bestehende Ungleichgewicht, was Materien wie das Arbeitnehmer-, Mieter- oder eben das Verbraucherschutzrecht notwendig macht, welche wiederum im Vergleich zum Bürgerlichen Recht durch zahlreiche zwingende, die Privatautonomie einschränkende Regelungen charakterisiert sind.

Der unterschiedlich ausgeprägte Grad an Privatautonomie und dispositiven Regeln im Verbraucherrecht auf der einen und im Unternehmensrecht auf der anderen Seite führt dazu, dass das für die privatautonome Rechtsgestaltung wichtige Prinzip, an rechtlich

⁵⁶⁵ *Krejci in Rummel*, ABGB II/43 Vor § 1 KSchG Rz 2.

⁵⁶⁶ Vgl. etwa *Schumacher in Krejci*, Handbuch KSchG 59.

⁵⁶⁷ *P.Bydlinski*, BR I Rz 1/7.

Vereinbartes gebunden zu sein, im Unternehmensrecht am stärksten und im Verbraucherrecht am geringsten ausgeprägt ist.⁵⁶⁸

Betrachtet man nun das gesamte Privatrecht und teilt es nach dem Grad der Privatautonomie der einzelnen Materien ein, so erhalten wir ein Spektrum des Privatrechts, in dessen Mitte sich das Bürgerliche Recht befindet und dessen Pole auf der einen Seite vom Unternehmensrecht und auf der anderen Seite von Schutzrechten wie dem Verbraucherrecht eingenommen werden. Was hier innerhalb eines Privatrechtsspektrums darzustellen versucht wird bezeichnet *Schauer*⁵⁶⁹ als den „Trialismus des Vertragsrechts“: Neben das allgemeine Vertragsrecht treten die handelsrechtlichen Sonderbestimmungen und mit zunehmender Regelungsdichte die Sondervorschriften des Verbraucherschutzes.⁵⁷⁰

Das Gesellschaftsrecht ist Teil des Unternehmensrechts.⁵⁷¹ Es stellt den überwiegenden Teil des unternehmensrechtlichen Organisationsrechts dar.⁵⁷² Die Bedeutung des Gesellschaftsrechts für das Wirtschaftsleben ist ebenso eminent wie evident.⁵⁷³ Die meisten größeren Unternehmen werden heute nicht von Einzelunternehmen, sondern von Gesellschaften betrieben. Ohne Gesellschaftsrecht kann das private Wirtschaftsleben, die Privatwirtschaft nicht auskommen.⁵⁷⁴ Gesellschaftsrecht ist das Recht der privatrechtlichen Personenvereinigungen, die zur Erreichung eines bestimmten Zwecks durch Rechtsgeschäfte begründet werden.⁵⁷⁵ Unternehmer, die ein bestimmtes Ziel nicht alleine verfolgen können oder wollen, haben die rechtliche Möglichkeit sich in einer

⁵⁶⁸ Vgl. *Krejci*, *Pacta sunt incerta* - Zur relativen Verbindlichkeit von Verbrauchergeschäften, in FS *Wolfgang Jelinek* (2002) 160.

⁵⁶⁹ *Schauer*, Integration des Handels- und Unternehmensrechts in das ABGB in *Fischer-Czermak/Hopf/Schauer*, *Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend* (2010) 151.

⁵⁷⁰ *Schauer* verweist hierbei auf *Kramer*, *Handelsgeschäfte - eine rechtsvergleichende Skizze zur rechtsgeschäftlichen Sonderbehandlung unternehmerischer Kontrahenten*, in FS *Ostheim* (1990) 306; *Heinemann*, *Handelsrecht im System des Privatrechts*, in FS *Fikentscher* (1998) 378.

⁵⁷¹ *Straube* in *Straube*, *HGB I³ Einführung Rz 11*; *Kalss/Schauer*, *Allgemeines Handelsrecht Rz 1/13 u 24*; *Rieder/Huemer*, *Gesellschaftsrecht*¹ (2008) 27; vgl. auch *Krejci* in FS *Franz Bydlinski* (2002) 226.

⁵⁷² *Krejci*, *Gesellschaftsrecht I 4*.

⁵⁷³ *Krejci*, *Gesellschaftsrecht I 3*.

⁵⁷⁴ *Krejci*, *Gesellschaftsrecht I 3*; vgl. auch *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, *Gesellschaftsrecht Rz 2190 ff.*

⁵⁷⁵ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, *Gesellschaftsrecht Rz 1/1*.

Gesellschaft zu vereinigen, um mit gebündelten Kräften ein gemeinsame Ziel in Angriff zu nehmen; das Gesellschaftsrecht bietet diesbezüglich die Rahmenbedingungen.⁵⁷⁶

Wenn auch darüber diskutiert werden könnte, ob beispielsweise die Gesellschaft Bürgerlichen Rechts zum Unternehmensrecht zu zählen ist, da diese im ABGB geregelte Gesellschaftsform auch nicht unternehmerisch tätig sein kann, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Bestimmungen über die GmbH jedenfalls zum Unternehmensrecht zu zählen sind. Dies geht bereits aus dem Beweggrund des Gesetzgebers des GmbHG hervor, der dem im Zuge der Industrialisierung und der raschen Ausweitung des Handels entstandenen Wunsches nach einer Gesellschaftsform, die zwar die weitgehende Haftung der eingetragenen Personengesellschaft ausschließt, trotzdem aber nicht mit so großem Aufwand an Kapital und Verwaltung verbunden ist wie die AG, nachkommen wollte.⁵⁷⁷

Dass der Gesellschaftszweck der GmbH (§ 1 Abs 1 GmbHG) auch ein ideeller sein kann, ändert nichts daran, das Gesellschaftsrecht, insbesondere jenes der GmbH, dem Unternehmensrecht zuzurechnen ist. Denn neben dem Gesellschaftszweck kennt das GmbHG auch den Gegenstand des Unternehmens, welcher gemäß § 4 Abs 1 GmbHG im Gesellschaftsvertrag bestimmt sein muss. Das Verhältnis dieser beiden Begriffe zueinander ist nicht abschließend geklärt,⁵⁷⁸ doch kann bereits aus dem Umstand, dass im Gesellschaftsvertrag angegeben werden muss, welchen Gegenstand das Unternehmen der GmbH hat, abgeleitet werden, dass die GmbH jedenfalls ein Unternehmen betreiben muss. Die GmbH ist somit auf unternehmerische Tätigkeit ausgerichtet.⁵⁷⁹ Ihr Zweck, sprich das Übereinkommen der Gesellschafter, was mit dem unternehmerisch erwirtschafteten Mitteln gemacht werden soll, kann auch ein ideeller sein. Doch schadet dies an der Unterordnung des GmbH-Rechts in das

⁵⁷⁶ Vgl diesbezüglich *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 18.

⁵⁷⁷ *Umfahrer*, GmbH⁶ § 1 Rz 1; zur Entstehungsgeschichte der GmbH ausführlich *Kalss/Eckert*, Zentrale Fragen des GmbH-Rechts (2005) 54ff.

⁵⁷⁸ Zum Unterschied Gesellschaftszweck und Unternehmensgegenstand der GmbH vgl etwa *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht 31; *Umfahrer*, GmbH⁶ § 3 Rz 94ff; *Duursma/Duursma-Kepplinger/Roth*, Gesellschaftsrecht Rz 2149 ff; *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 19 u 43; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² 1/9ff; *Wünsch*, Kommentar zum GmbHG I § 1 Rz 5; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht ... (Allgemeiner Teil) *Wünsch*, Die Bedeutung des FGG für die GmbH und deren Eintragung im Handelsregister, GesRZ 1982, 155 (156).

⁵⁷⁹ Vgl auch *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² E/1.

Unternehmensrecht genau so wenig, wie es der rechtlichen Qualifikation des Unternehmers schadet, dass er den aus seinem Unternehmen erwirtschafteten Gewinn für ideelle Zwecke aufopfern kann.

Das Gesellschaftsrecht, insbesondere das Recht der Personengesellschaften als auch das Recht der GmbH, ist wesentlich durch das Prinzip der Gestaltungsfreiheit geprägt. Sowohl das Recht der Personengesellschaften als auch das GmbHG ist überwiegend dispositives Recht.⁵⁸⁰ Den Gesellschaftern soll somit eine möglichst weitgehende Beweglichkeit bzw. Privatautonomie eingeräumt werden.⁵⁸¹ Dennoch darf nicht übersehen werden, dass im Gesellschaftsrecht auch zwingende Regelungen zu Gunsten des Gläubigerschutzes und des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern bestehen.⁵⁸²

Als Teil des Unternehmensrechts steht das Gesellschaftsrecht, insbesondere das GmbH-Recht, an jenem Ende des oben skizzierten Privatrechtsspektrums, welches durch ein hohes Maß an Privatautonomie gekennzeichnet ist; das Verbraucherrecht am gegenüberliegenden Ende.

Wenn nun der Gesellschafter, insbesondere der GmbH-Gesellschafter, der im Hinblick auf den Verbraucher am anderen Ende des Privatrechtsspektrums angesiedelt ist, als Verbraucher qualifiziert wird, stellt dies meiner Ansicht nach eine Systemwidrigkeit dar oder steht zumindest nicht im Einklang mit der sich aus den einzelnen privatrechtlichen Materien ergebenden Systematik. Es stellt nämlich einen Widerspruch dar, wenn der Gesetzgeber die Angelegenheiten ein und desselben Personenkreis durch Gesetze aus einem Rechtsbereich regelt, der durch ein hohes Maß an Privatautonomie gekennzeichnet ist, da der Gesetzgeber diesem Personenkreis einen erhöhten Erfahrungswert zumisst, und gleichzeitig diesem Personenkreis Schutz auf Grund seiner Unerfahrenheit gewährt.

⁵⁸⁰ Zum GmbHG: *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ Allg Einl Rz 6; zum Gesellschaftsrecht allgemein: *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 5.

⁵⁸¹ *Kalss* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht Rz 1/7.

⁵⁸² *Krejci*, Gesellschaftsrecht I 5.

Nun behandelt vorliegende Arbeit jedoch § 617 Abs 1 ZPO, eine Regelung die schon auf Grund ihrer gesetzlichen Positionierung nicht dem materiellen Privatrecht, sondern dem Verfahrensrecht angehört und es stellt sich daher die Frage, ob auf diese Bestimmung die eben vorgebrachten Überlegungen der unterschiedlichen Positionierung des Verbraucher- und Gesellschafts- bzw Unternehmensrecht innerhalb des Privatrechtsspektrums überhaupt angewendet werden können? Sehr wohl, wie die nachfolgenden Überlegungen zeigen werden.

Im Gegensatz zum materiellen Recht, welches eine inhaltliche Ordnung für menschliches Zusammenleben schafft, ist das formelle Recht bzw das Verfahrensrecht die Summe jener Rechtsnormen, welche das Verfahren der Rechtsdurchsetzung vor den staatlichen Behörden regeln, und ist daher stets öffentliches Recht.⁵⁸³ Auch wenn das Schiedsverfahrensrecht nicht exakt unter dieses Definition subsumiert werden kann, da sich diese Verfahrensart gerade dadurch auszeichnet, dass dabei privatrechtliche Streitigkeiten aufgrund übereinstimmender Parteienerklärungen anstatt von staatlichen Gerichten durch nichtstaatliche Entscheidungsorgane entschieden werden,⁵⁸⁴ darf nicht darüber hinwegblickt werden, dass ein nach den Regeln des 4. Abschnitts der ZPO erlassener Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen und somit exekutierbaren gerichtlichen Urteils zukommt (§ 607 ZPO).

Dadurch dass es sich bei § 617 Abs 1 ZPO um formelles Recht bzw Prozessrecht und daher um öffentliches Recht handelt, wäre es somit unrichtig, diese Bestimmung in das oben dargestellten Privatrechtsspektrum einzugliedern, welches sich rein aus materiellrechtlichen Bestimmungen zusammensetzt.

Versteht man das für vorliegende Untersuchung konstruierte Privatrechtsspektrum jedoch weiter und zählt diesem auch jene formellen Regelungen zu, die bestimmen, auf welche Weise das materielle Recht im konkreten Einzelfall festzustellen ist, so stellt die Aufnahme des § 617 Abs 1 ZPO in das Privatrechtsspektrum zur Überprüfung etwaiger Systemwidrigkeiten kein unrichtiges Vorgehen dar. Dass das Zivilprozessrecht, zu

⁵⁸³ *Kletecka in Koziol/Welser, BR I*¹³; *Fasching in Fasching, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen I*² Einleitung Rz 79.

⁵⁸⁴ Vgl etwa *Rechberger/Simotta, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts*⁷ (2009) Rz 1143.

welchem § 617 Abs 1 ZPO zu zählen ist, öffentliches Recht darstellt, schadet diesem Vorgehen nicht. So liegt nach *Fasching*⁵⁸⁵ die Besonderheit des Zivilprozessrechtes darin, dass es die Durchsetzung des Privatrechts bezweckt und daher auf die wesentlichen Eigenarten des zugrundeliegenden Anspruches Bedacht nehmen muss. Nach *Fasching* kann sich aus seiner Eigenschaft als öffentliches Recht als solcher noch keine Folgerungen für seine Anwendung und Auslegung ergeben.⁵⁸⁶

Für die hier anstehende Untersuchung, ob die Anwendung des § 617 Abs 1 ZPO auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträge eine Systemwidrigkeit darstellt, teile ich das Privatrechtsspektrum daher in zwei Bereiche auf: Der erste Bereich besteht aus den materiellen Bestimmungen, die die Rechtsverhältnisse zwischen den Rechtssubjekten regeln. Der zweite Bereich besteht aus den formellrechtlichen Bestimmungen, welche erklären, wie die Regelungen des ersten Bereiches durchgesetzt werden können. Das Recht des ersten Bereiches bezeichne ich als materielles Privatrecht, jenes des zweiten Bereiches als formelles Privatrecht.

Auch das formelle Privatrechtsspektrum zeigt hinsichtlich der Frage des Grades der Privatautonomie dieselben bzw ähnliche Charakteristiken auf, wie es oben beim materiellen Privatrechtsspektrum gezeigt wurde. Das Pendant zum ABGB, welches sich an die Allgemeinheit richtet und Rechtsverhältnisse zum Gegenstand hat, die für jeden „Bürger“ bzw jedes Rechtssubjekt bedeutsam sind, sind im formellen Privatrecht (oder im auf das Privatrecht gerichtete Verfahrensrecht) die ZPO und die JN, die ebenfalls auf die Allgemeinheit gerichtet sind. Doch sowie das ABGB aus Sicht des Gesetzgebers für gewisse Personenkreise zu streng geregelt ist, hat der Gesetzgeber im Bereich des formellen Privatrechts für diese Personenkreise die Möglichkeit geschaffen, dass diese untereinander auf Basis des Einvernehmens eigene Verfahrensregeln bestimmen können. Ausdruck dieser gesetzgeberischen Intention ist das Schiedsverfahrensrecht, welches zwar ebenfalls in der ZPO geregelt ist und daher Allgemeingültigkeit hat, sich aber stark an der internationalen

⁵⁸⁵ *Fasching* in *Fasching*, ZPO I² Einleitung Rz 79.

⁵⁸⁶ *Fasching* verweist hierbei auf EvBl 1971/168 und *Strigl*, 1983, 239.

Handelsschiedsgerichtsbarkeit orientiert und somit eigentlich für den Personenkreis der Unternehmer konzipiert wurde.⁵⁸⁷

Auf der anderen Seite nimmt die ZPO, gleich wie das ABGB, auf die in bestimmten Rechtsverhältnissen zwischen den dortigen Parteien bestehende Ungleichgewichtslage zu wenig Rücksicht, sodass der Gesetzgeber sich veranlasst sieht in jenen Bereichen des formellen Rechts, in denen die Parteien Vereinbarungen über die Verfahrensgestaltung treffen können, diese Möglichkeiten zu Gunsten des Schutzes der typischerweise „unterlegenen“ Partei einzudämmen: So regelt beispielsweise § 14 Abs 1 KSchG, dass die für die Parteien in der JN grundsätzlich gegebene Möglichkeit, die örtliche Zuständigkeit des Gerichtes zu bestimmen, bei Verbraucherstreitigkeiten nur unter bestimmten dem Verbraucher zu Gute kommenden Gründen gegeben ist. Der Schutz der zu schützenden Personenkreise wird dabei, gleich wie im oben dargestellten materiellen Privatrecht, durch zwingendes Recht gewährleistet. Ein weiteres Beispiel, das zugleich den Mittelpunkt der vorliegenden Arbeit darstellt, ist § 617 ZPO, der dem Verbraucher Schutz vor den „Gefahren“ des an der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit orientierten Schiedsverfahren bietet. Durch die Orientierung an der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit wird im Schiedsverfahren in weit größerem Umfang auf die Privatautonomie vertraut, als dies im allgemeinen Verfahrensrecht der Fall ist. Nach Ansicht des Gesetzgebers sind viele der für eine internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angemessenen Bestimmungen jedoch schon für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nicht mehr zu vertreten; umso weniger für Rechtsverhältnisse, in denen regelmäßig verdünnte Willensfreiheit besteht oder in die Personen eingebunden sind, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber unter anderem den Zugang des Verbrauchers zur Schiedsgerichtsbarkeit durch die zwingenden Bestimmungen des § 617 ZPO stark eingeschränkt.

Die Summe der formellrechtlichen Privatrechtsbestimmungen können daher, sowie jene des materiellen Privatrechts, innerhalb eines formell- und materiellrechtlichen Privatrechtsspektrum dargestellt werden, welches sich nach dem Parameter des Grades

⁵⁸⁷ Vgl ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 1 u 30.

der Privatautonomie gliedert. Dabei stehen jene Verfahrensbestimmungen deren Normadressaten vom Gesetzgeber als schützenswert betrachtet werden auf der einen Seite des Spektrums, welches durch eine hohe Dichte von zwingenden Regelungen und somit durch einen geringen Grad an Privatautonomie gekennzeichnet ist. Am anderen Ende dieses Spektrums finden sich die Verfahrensbestimmungen, die auf jene Personenkreise zugeschnitten sind, die typischerweise auf Grund ihrer professionellen Tätigkeit ihre Angelegenheiten mehr privatautonom zu regeln im Stande sind, als dies die „üblichen“ Rechtsunterworfenen sind. Diese Verfahrensbestimmungen sind durch ein hohes Maß an Privatautonomie gekennzeichnet.

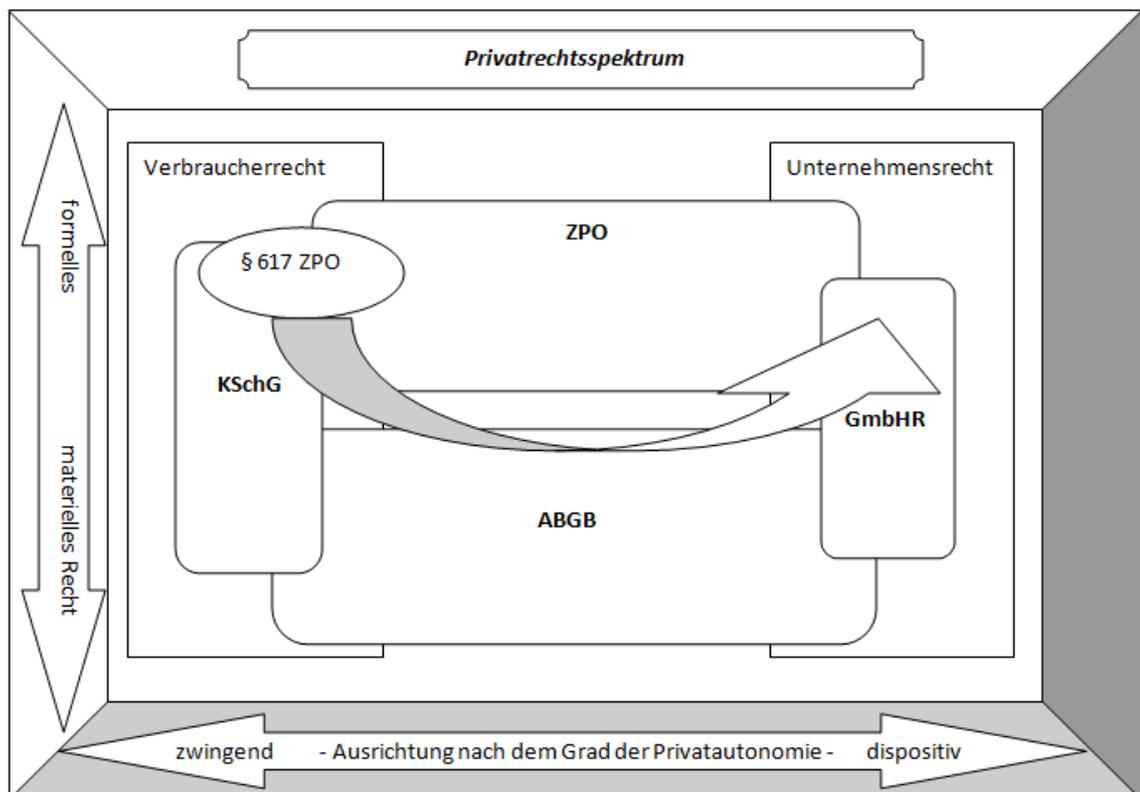
Der Gegenüberstellung des Unternehmensrechts und des Privatrechts innerhalb eines Privatrechtsspektrums, welches sich nach dem Parameter der Privatautonomie gliedert, könnte entgegengehalten werden, dass das Unternehmensrecht zum Verbraucherrecht in gar keinem Gegensatz steht, da vom Unternehmensrecht auch Rechtsgeschäft erfasst sind, die zwischen Unternehmern und Konsumenten –also sogenannte einseitige Unternehmergeschäfte- erfasst sind. Solche Geschäfte werden gleichzeitig als Verbraucher- sowie als Unternehmergeschäfte angesehen. Schließt ein Privatkunde mit seiner Bank einen Vertrag, der den Kontokorrentregeln der §§ 355 ff UGB unterliegt, so unterliegt dieses Geschäft gleichzeitig auch den verbraucherschutzrechtlichen Regeln über unzulässige Vertragsbestandteile nach § 6 KSchG.⁵⁸⁸ Widerspricht die Anwendbarkeit von Verbraucherschutzbestimmungen auf der einen und unternehmensrechtlichen Bestimmungen auf der anderen Seite hinsichtlich ein und desselben Sachverhaltes der These, dass sich das Verbraucherrecht und das Unternehmensrecht innerhalb des Privatrechtsspektrums gegenüberstehen? Nein. Da die Intention des Gesetzgebers der jeweiligen Privatrechtsmaterien eine grundlegend andere ist, was eine Unterscheidung bzw Gegenüberstellung dieser Rechtsgebiete durchaus rechtfertigt. Mit dem Verbraucherrecht versucht der Gesetzgeber den besonderen Schutzanliegen des Verbraucherschutzes nachzukommen, was zwingendes Recht und die Einschränkung der Privatautonomie notwendig macht. Das Unternehmensrecht ist

⁵⁸⁸ Vgl etwa *Schmidt*, Wozu noch Handelsrecht? - Vom Kaufmannsrecht zum Unternehmensrecht, JBl 1995, 341

dagegen gerichtet auf die Interessen der Unternehmer, die für ihre professionelle Tätigkeit vor allem ein hohes Maß an Privatautonomie benötigen.⁵⁸⁹

Zusammenfassend kann also gesagt werden, dass es einen systematischen Widerspruch darstellt, wenn auf den Gesellschafter, insbesondere den GmbH-Gesellschafter, der als Normadressat des Unternehmensrecht am einen Ende des materiell- und formellrechtlichen Privatrechtsspektrums positioniert ist, welches auf Grund der typischerweise erweiterten Erfahrung seiner Normadressaten durch ein hohes Maß an Privatautonomie gekennzeichnet ist, Schutzbestimmungen, wie die des § 617 Abs 1 ZPO, angewendet werden, die dem Verbraucherrecht entspringen, welches am anderen Ende des materiell- und formellrechtlichen Privatrechtsspektrums angesiedelt ist, das durch eine hohe Anzahl von zwingenden Schutzbestimmungen für die gesetzlich vermutet unerfahrenen Verbraucher charakterisiert ist.

Dieser Gedanke wird in nachfolgender Skizze bildlich dargestellt:



⁵⁸⁹Vgl auch *Krejci*, Unternehmensrecht⁴ 14.

Aus dieser eben gezeigten Systemwidrigkeit ist meiner Ansicht nach abzuleiten, dass der Gesetzgeber den GmbH-Gesellschafter nicht zur Kernzielgruppe von verbraucherrechtlichen Schutzbestimmungen, insbesondere nicht zur Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zählt.

4.4.2.2.3 Ergebnis: Der GmbH-Gesellschafter ist zur Randzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zu zählen

Auf Grund des Umstandes, dass der Gesetzgeber den Gesellschafter bei der Schaffung von § 617 Abs 1 ZPO übersehen hat, auf Grund der gezeigten Systemwidrigkeit, Gesellschaftern Verbraucherschutz zukommen zu lassen, und auf Grund des Umstandes, dass zwischen Gesellschaftern geschlossene Schiedsvereinbarungen nicht dem klassischen zweiseitigen Rechtsgeschäft entsprechen, ist abzuleiten, dass Gesellschafter und insbesondere GmbH-Gesellschafter nicht zur Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO gezählt werden können, sondern, wenn überhaupt,⁵⁹⁰ eine Randgruppe des § 617 Abs 1 ZPO darstellen.

Die Schutzbestimmung § 617 Abs 1 ZPO zielt somit nicht auf den Verbraucher-Gesellschafter ab bzw wurde nicht für diesen besonders erlassen. Ein besonderes Interesse des Gesetzgebers, dass der Gesellschafter-Verbraucher, insbesondere der GmbH-Gesellschafter dem § 617 Abs 1 ZPO unterliegen soll, ist somit nicht ersichtlich.

4.4.2.3 *Interesse des Gesetzgebers: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten soll grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.*

Wenn nun auf der einen Seite gezeigt worden ist, dass keine besonderes Interesse des Gesetzgebers bestehen, GmbH-Gesellschafter vom Anwendungsbereich des § 617 Abs 1 ZPO zu erfassen, so muss auf der anderen Seite und im Hinblick auf eine teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO untersucht werden, ob der Gesetzgeber ein Interesse daran hat, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden werden können.

⁵⁹⁰ Siehe diesbezüglich Kapitel VI *Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern.*

Diesbezüglich kann im Wesentlichen auf die Ausführungen in Kapitel VII.4.1.2.2 „*Besonderes Interesse des Gesetzgebers am Bestehen der Möglichkeit, dass Schiedsgericht für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen angeordnet werden können*“ verwiesen werden, in welchem gezeigt wurde, dass aus den schiedsgerichtlichen Bestimmungen der ZPO insbesondere aus § 581 Abs 2 ZPO abgeleitet werden kann, dass der Gesetzgeber, abgesehen von der Problematik der Drittwirkung von Schiedssprüchen im Gesellschaftsrecht, es grundsätzlich wollte, dass Gesellschafter ihre aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entscheiden lassen können. Weiters wurde im eben genannten Kapitel gezeigt, dass der Gesetzgeber mit der Anpassung der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, worunter auch die Schiedsgerichtsbarkeit über gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu zählen ist, den Wirtschaftsstandort Österreich stärken wollte. In der internationalen Vertragspraxis ist es nicht unüblich, dass in Gesellschaftsverträgen Schiedsklauseln verankert werden.⁵⁹¹ Es besteht somit ein nicht unbeachtliches Interesse des Gesetzgebers, dass Gesellschafter ihre aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht entscheiden lassen können.

4.4.2.4 Notariatsaktpflicht bei GmbH-Gesellschaftsverträgen ersetzt nicht den durch § 617 Abs 1 ZPO vorgesehenen Schutz, doch kommt diesem nahe.

Ein weiteres Argument, welches dafür spricht, dass der Gesetzgeber den GmbH-Gesellschafter von § 617 Abs 1 ZPO ausgenommen hätte, wenn ihm die Problematik der Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern im Zusammenhang mit § 617 Abs 1 ZPO bewusst gewesen wäre, ist die für den Abschluss von GmbH-Gesellschaftsverträgen zwingend vorgesehene Notariatsaktpflicht, die dem Schutz des Gesellschafters vor Übereilung dient.⁵⁹² Die Schlagkraft dieses Arguments hängt davon ab, ob der Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO durch die für den Abschluss von GmbH-

⁵⁹¹ Zur Praxisrelevanz von Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, insbesondere in GmbH-Gesellschaftsverträgen : *Unzeitig*, *ecolex* 2008, 915; *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151; *Nowotny*, *WBI* 2008, 470; auch schon *Hämmerle/Wünsch*, *Handelsrecht I*⁴ 61; *Wünsch*, *Schiedsgerichtsbarkeit in Handelssachen* 5; zur gleichen Situation in Deutschland *Bayer*, *ZIP* 2003, 881; *Raeschke-Kessler/Wiegand*, *dAnwBI* 2007, 396; *Duve*, *dAnwBI* 2007, 389.

⁵⁹² Wie *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51 argumentiert; siehe diesbezüglich Seite 176.

Gesellschaftsverträgen vorgesehene Notariatsaktpflicht gänzlich oder nur teilweise gedeckt wird.

Im Folgenden wird daher der Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO genau analysiert und untersucht, ob dieser durch die im GmbH-Gesetz vorgesehenen Notariatsaktpflicht bereits erfüllt wird.

4.4.2.4.1 Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO

Das alte Schiedsrecht regelte ein allgemeines Schiedsverfahren und enthielt damit auch entsprechende Schutzbestimmungen für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen.⁵⁹³

Mit dem SchiedsRÄG 2006 wurde das allgemeine österreichische Schiedsverfahrensrecht an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angepasst, bei der in weit größerem Umfang auf die Privatautonomie vertraut wird und teilweise Schutzbestimmungen des bisher geltenden Schiedsverfahrens beseitigt werden, wie etwa die Einschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit, aber auch die Schutzbestimmungen zugunsten zwingenden Rechts.⁵⁹⁴ Während Schiedsvereinbarungen unter Unternehmern üblich und verbreitet sind, handelt es sich dabei im Verhältnis zu einem Verbraucher doch um ein ungewöhnliches Geschäft.⁵⁹⁵

Charakter und Rechtsfolgen einer Schiedsvereinbarung sind Verbrauchern häufig nicht bekannt.⁵⁹⁶ In den ErläutRV zum SchiedsRÄG 2006⁵⁹⁷ steht im Zusammenhang mit § 617 ZPO geschrieben: *Viele der für eine internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit angemessenen Bestimmungen sind jedoch schon für den durchschnittlichen Rechtsunterworfenen nicht mehr zu vertreten; umso weniger für Rechtsverhältnisse, in denen regelmäßig verdünnte Willensfreiheit besteht oder in die Personen eingebunden sind, die unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen. Mit dem stark am Modellgesetz orientierten Entwurf werden teilweise Schutzbestimmungen des bisher geltenden Schiedsverfahrens beseitigt, wie etwa die Einschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit aber auch Schutzbestimmungen zu Gunsten zwingenden Rechts. Es ist*

⁵⁹³ Hausmaninger in Fasching, ZPO IV/2² § 617 Rz 2.

⁵⁹⁴ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30; Oberhammer, Entwurf 49; Hausmaninger in Fasching, ZPO IV/2² § 617 Rz 2.

⁵⁹⁵ Oberhammer, Entwurf 49.

⁵⁹⁶ Oberhammer, Entwurf 42; Hausmaninger in Fasching, ZPO IV/2²

⁵⁹⁷ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30.

somit auf andere Weise dafür Sorge zu tragen, dass zwingende Bestimmungen österreichischen Rechts, die etwa auch durch Rechtswahl nicht abbedungen werden können, nicht durch die Wahl des (Schieds)Rechtsweges umgangen werden können. In Frage kommt es, bestimmte Rechtsgebiete als objektiv nicht schiedsfähig oder bestimmte Personengruppen als subjektiv nicht schiedsfähig vom Anwendungsbereich des Schiedsverfahrens auszuschließen, oder eine Rechtswahl nur bedingt für zulässig zu erklären und entsprechende Aufhebungs- sowie Anerkennungs- und Vollstreckungsversagungsgründe vorzusehen, oder aber sonstige Kautelen zu treffen.

Nach den ErläutRV⁵⁹⁸ soll dieser Schutz für den Bereich der Konsumenten neben anderen zwingenden Bestimmungen durch § 617 Abs 1 ZPO durch eine Beschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit auf bereits entstandene Streitigkeiten zwischen Unternehmern und Verbrauchern gewährleistet werden.

Die ErläutRV lassen sich somit dahingehend zusammenfassen, dass der Gesetzgeber für den Verbraucher im neuen Schiedsrecht⁵⁹⁹ die Gefahr ausgehen sieht, dass zwingendes Recht zu Lasten des Verbrauchers durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts umgangen werden kann. Trotz der in den ErläutRV aufgezählten Gefahr, die der Gesetzgeber für den Verbraucher durch das neue österreichische Schiedsrecht ausgehen sieht, hat der Gesetzgeber den Verbraucher nicht gänzlich von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen, sondern nur hinsichtlich zukünftiger Streitigkeiten. Eine explizite Erklärung für das nur teilweise Ausschließen des Verbrauchers aus der Schiedsgerichtsbarkeit findet sich jedoch nicht. Es stellt sich daher die Frage, weshalb der Gesetzgeber den Verbraucher nicht gänzlich von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen hat, wenn nach Ansicht des Gesetzgebers von dieser Verfahrensart für den Verbraucher eine so schwerwiegende Gefahr, wie die Umgehungsmöglichkeit von zwingendem Recht ausgeht.

Die Antwort kann nur lauten, dass der Gesetzgeber die Gefahr der Umgehungsmöglichkeit von zwingendem Recht zu Lasten des Verbrauchers nur bei

⁵⁹⁸ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 30.

⁵⁹⁹ Mit neuen Schiedsrecht ist das Schiedsrecht in der Fassung des SchiedsRÄG 2006 gemeint.

Schiedsvereinbarungen über zukünftige Streitigkeiten verwirklicht sieht, nicht aber bei Schiedsvereinbarungen über gegenwärtige Streitigkeiten. Der Schutzzweck von § 617 Abs 1 ZPO verbirgt sich somit hinter der Frage, was Schiedsvereinbarungen über zukünftige Streitigkeiten für den Verbraucher gefährlicher macht als Schiedsvereinbarungen über gegenwertige Streitigkeiten.

Wie gesagt ist die aus den ErläutRV ableitbare Antwort, dass durch die Vereinbarung von Schiedsgerichten zu Lasten des Verbrauchers zwingendes Recht ausgeschlossen werden kann, nicht zufriedenstellend, da dies auch durch Schiedsvereinbarungen über gegenwärtige Streitigkeiten möglich ist. Worin unterscheiden sich also Schiedsvereinbarungen über zukünftige und gegenwärtige Streitigkeiten?

Der Unterschied besteht meines Erachtens in der ebenfalls in den ErläutRV⁶⁰⁰ genannten verdünnten Willensfreiheit, die den grundsätzlich ausschlaggebenden Grund einer jeden Verbraucherschutzbestimmung darstellt. Die Willensbildung hinsichtlich einer Schiedsvereinbarung über eine gegenwärtige Streitigkeit betrifft nur einen willensbildenden Aspekten, nämlich den, ob die Parteien eine bereits entstandene Streitigkeit vor einem Schiedsgericht, anstelle vor einem ordentlichen Gericht, entscheiden lassen möchten.

Anders bei der Schiedsvereinbarung über eine zukünftige Streitigkeit. Schiedsvereinbarungen über zukünftige Streitigkeiten beziehen sich grundsätzlich auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft, aus welchem möglicherweise Streitigkeiten erwachsen können. Dies bringt mit sich, dass die Schiedsvereinbarung über zukünftige Streitigkeiten grundsätzlich anders wie die Schiedsvereinbarung über bereits entstandene Streitigkeiten zwei Willensbildendeaspekte beinhalten: Zum einen hängt die Willensbildung vom Interesse der Parteien ab, die Schiedsvereinbarung an sich zu treffen, um dadurch die Entscheidung für etwaige Streitigkeiten durch ein Schiedsgericht gewährleistet zu haben, und zum anderen vom Interesse der Parteien, das Rechtsgeschäftes, auf welches sich die Schiedsvereinbarung bezieht, abzuschließen.

⁶⁰⁰ ErläutRV 744 B1gNR 14. GP 30.

Die Schiedsvereinbarung stellt in diesem Fall eine Art Nebenvereinbarung des eigentlichen Grundgeschäftes dar. Dies kann zu zwei für das Verbraucherschutzrecht inakzeptablen Situationen verdünnter Willensbildung führen: Zum einen ist die Situation vorstellbar, dass eine Vertragspartei ein derart großes Interesse am Abschluss des Grundgeschäftes hat, dass sie die Schiedsvereinbarung, auf welche die andere Vertragspartei beharrt, in Kauf nimmt, obwohl sie eigentlich an dieser kein Interesse hat. Und zum anderen ist es vorstellbar, dass eine unerfahrene Partei, wie sie typischerweise der Verbraucher darstellt, sich bei der Vertragsanbahnung keine sonderlichen Gedanken über die Konsequenzen über eine Schiedsvereinbarungen hinsichtlich zukünftiger Streitigkeiten macht, da ihr Fokus besonders auf das Grundgeschäft gerichtet ist und sie davon ausgeht, dass es zu keinen Streitigkeiten kommen wird, was unter Umständen damit zusammen hängen könnte, dass ihr gar nicht bewusst ist, welche Streitigkeiten überhaupt entstehen könnten.

Die inakzeptabelste Situation wäre die Kombination aus beiden eben geschilderten Fällen: Das Interesse am Abschluss des Grundgeschäftes des Verbrauchers ist groß, seine Kenntnis, welche Streitigkeiten sich verwirklichen können, gering, und sein Vertrauen darauf, dass alles gut gehen wird, sprich keine Streitigkeiten entstehen werden, ist groß. In all den eben genannten Situationen wäre die Willensbildung zu Lasten des Verbraucher erheblich verdünnt und die in den ErläutRV genannte Gefahr, dass der überlegene Unternehmer die Schiedsgerichtsbarkeit zur Umgehung von zwingendem Recht ausnützen könnte somit größer, als dies beim Abschluss einer Schiedsvereinbarung über eine gegenwärtige Streitigkeit der Fall wäre. Bei der gegenwärtigen Streitigkeit hat der Unternehmer weder das Druckmittel der Abschlussverweigerung des Hauptrechtsgeschäftes noch besteht die Gefahr, dass der Verbraucher nicht weiß, auf welche konkrete Streitigkeit er sich einlässt.

Daraus ergibt sich das § 617 Abs 1 ZPO zwei Schutzzwecke verfolgt. Zum einen dient § 617 Abs 1 ZPO dem Schutz vor Übereilung. Der Verbraucher soll davor geschützt werden, dass er auf Grund seiner Unerfahrenheit keine Vereinbarung trifft, die er bei genauerer Überlegung und besserer Kenntnis nicht getroffen hätte. Es soll verhindert werden, dass der Verbraucher erst im Nachhinein erkennt, also nachdem der Streit

entstanden ist, dass der Abschluss der Schiedsvereinbarung von seiner Warte aus betrachtet einen Fehler darstellt, den er nie gemacht hätte, wenn er bessere Kenntnis gehabt hätte, welche Streitigkeiten von der Schiedsvereinbarung umfasst sind und welche Vor- und Nachteile mit der Schiedsvereinbarung verbunden sind. Und zum anderen will § 617 Abs 1 ZPO den Verbraucher davor schützen, dass der Unternehmer das große Interesse des Verbrauchers am Abschluss des Rechtsgrundgeschäftes nicht nach dem Motto „friss Vogel oder stirb“ ausnützen kann, um den Verbraucher zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung zu drängen, die er gar nicht abschließen möchte.

4.4.2.4.2 Werden die Schutzzwecke des § 617 Abs 1 ZPO durch Bestimmungen des GmbHG bereits erfüllt?

Hinsichtlich dem Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO vor Übereilung kann ins Treffen geführt werden, dass die für den Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages in § 4 Abs 3 GmbHG vorgesehene Notariatsaktpflicht (§ 52 NO)⁶⁰¹ ebenfalls dem Zweck dient, die Gesellschafter vor einer voreiligen und somit unüberlegten Unterzeichnung des Gesellschaftsvertrages zu schützen. Der Notar ist gemäß § 52 NO verpflichtet, bei Aufnahme eines Notariatsaktes die Parteien über den Sinn und die Folgen des Geschäfts zu belehren und sich von ihrem ernstlichen und wahren Willen zu überzeugen. Das Ausmaß der Belehrung richtet sich nach dem gegebenen Bildungs- und Intelligenzgrad, den offenbaren Kenntnissen der Partei und dem Umstand, dass sie durch einen Rechtskundigen vertreten oder bereits beraten ist, und ist daher für jede Partei unterschiedlich erforderlich. Die Belehrung hat über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäftes zu erfolgen und gehört zu den Amtspflichten des Notars. Er hat Gestaltungsalternativen vorzuschlagen, soweit sie den Parteien nicht bekannt sind und sie noch keine festen Vorstellungen haben, damit sie gegebenenfalls Folgerungen daraus ziehen können.⁶⁰²

Schließen Gesellschafter einen GmbH-Gesellschaftsvertrag, der eine Schiedsklausel beinhaltet, so hat der Notar die Gesellschafter über die Tragweite einer solchen

⁶⁰¹ *Nowotny* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Gesellschaftsrecht 4/117 u 118; *Umfahrer*, GmbH⁶ Rz 39ff; *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 4 Rz 22; *Reich-Rohrwig*, GmbH-Recht I² Rz 1/30; *Fitz/Roth*, JBl 2004, 205.

⁶⁰² *Wagner/Knechtel*, NO-Kommentar⁶ § 52 Rz 7.

Schiedsvereinbarung aufzuklären; er hat die Gesellschafter über das Wesen, die Vor- und Nachteile der Schiedsgerichtsbarkeit zu informieren. Er wird daher auch darüber aufklären müssen, welche konkreten von der Schiedsvereinbarung mit umfassten Streitigkeiten vorstellbar sind.

Die für den GmbH-Gesellschaftsvertrag gesetzlich vorgesehene Notariatsaktpflicht und die damit in Verbindung stehende Rechtsbelehrung des Notars dient also dem Schutz, dass die den GmbH-Gesellschaftsvertrag unterzeichnenden Gesellschaftern nicht voreilig handeln. Auch wenn der Schutz vor Übereilung in § 617 Abs 1 ZPO auf strengere Art und Weise verwirklicht wird, indem nämlich diese Bestimmung Verbrauchern die Möglichkeit entzieht, mit Unternehmern über zukünftige Streitigkeiten Schiedsvereinbarungen zu schließen, so ist dem Schutz vor Übereilung auch durch die im GmbH-Recht vorgesehene Notariatsaktpflicht Genüge getan. Denn die Gefahr, dass ein Gesellschafter einen Gesellschaftsvertrag inklusive Schiedsklausel voreilig unterzeichnet, ohne sich darüber auseinander gesetzt zu haben, ob er im Falle der Streitverwirklichung diese tatsächlich vor einem Schiedsgericht und nicht vor einem ordentlichen Gericht entscheiden lassen möchte, besteht auf Grund der Aufklärung durch den Notar nicht.

Anders sieht es hinsichtlich dem zweiten Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO aus, der verhindern möchte, dass der Verbraucher, der grundsätzlich keine Schiedsvereinbarung schließen möchte, auf Grund seines großen Interesse am Grundgeschäft, in diesem Falle also am Gesellschaftsvertrag, die Schiedsvereinbarung bzw Schiedsklausel billigend in Kauf nimmt. Davor hilft weder die für den GmbH-Gesellschaftsvertrag vorgesehene Notariatsaktpflicht noch eine andere Regelung des Gesellschaftsrechts.

4.4.2.4.3 Ergebnis: Schutzzweck des § 617 Abs 1 ZPO wird nur teilweise durch Notariatsaktpflicht ergänzt

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass bei einer Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO, der vorgesehene Schutz des Verbrauchers durch die im GmbH-Recht vorgesehene Notariatsaktpflicht zwar nicht gänzlich, jedoch teilweise ergänzt wird. Im

Hinblick auf den im Kapitel VII.4.4.2 „*Das gesetzgeberische Interesse an einer gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit wiegt schwerer als das Interesse, Verbraucher-Gesellschafter zu schützen*“ gezeigten Umstand, dass der Verbraucher-GmbH-Gesellschafter nicht zur Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zu zählen ist und diesem daher der Gesetzgeber kein besonderes Schutzinteresse mitbringt, stellt die Erkenntnis, dass der in § 617 Abs 1 ZPO vorgesehene Schutz teilweise auch durch die für den Abschluss von GmbH-Gesellschaftsverträgen vorgesehene Notariatsaktpflicht erfüllt wird, ein weiteres Argument für die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO dar.

4.4.3 Ergebnis: Unter Bedachtnahme auf die Problematik zwischen § 617 Abs 1 ZPO und Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, hätte der Gesetzgeber den GmbH-Gesellschafter von dieser Bestimmung ausgenommen

Auf Grundlage der vorangegangenen Kapitel kann nun die Frage beantwortet werden, ob der Gesetzgeber des SchiedsRÄG 2006 für GmbH-Gesellschafter eine Ausnahmebestimmung zu § 617 Abs 1 ZPO geschaffen hätte, wenn er auf den Widerspruch zwischen dieser Bestimmung und der gesetzgeberischen Intention, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zugänglich sein sollen, Bedacht genommen hätte.

Es wurde gezeigt, dass dem Gesetzgeber dieser Widerspruch nur auf zwei Arten lösen hätte können. Zum einen hätte er klarstellen können, dass § 617 Abs 1 ZPO auch für GmbH-Gesellschafter gilt, sofern diese Verbrauchereigenschaft nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG aufweisen. Zum andern hätte er klarstellen können, dass Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschafter, von § 617 Abs 1 ZPO auszunehmen sind. Für welche dieser zwei Möglichkeiten sich der Gesetzgeber entschieden hätte, hängt davon ab, ob er entweder seinem Interesse an der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit oder seinem Interesse, den GmbH-Gesellschafter mit

Verbrauchereigenschaft besonderen Schutz zukommen zu lassen, größere Bedeutung beimisst.⁶⁰³

Das Interesse des Gesetzgebers, dass Streitigkeiten aus dem GmbH-Verhältnis durch Schiedsgerichte entschieden werden können, ist beachtlich. Dies wurde anhand des § 581 Abs 2 ZPO,⁶⁰⁴ der Intention des Gesetzgebers den Wirtschaftsstandort Österreich zu stärken⁶⁰⁵ sowie der gesetzgeberischen Intention, das österreichische Schiedsrecht an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit anzupassen,⁶⁰⁶ gezeigt.⁶⁰⁷

Dagegen ist das Interesse des Gesetzgebers, den GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft den Schutz des § 617 Abs 1 ZPO zukommen zu lassen, bescheiden bzw gar nicht vorhanden. Dies wurde dadurch belegt, indem gezeigt wurde, dass Verbraucherschutzbestimmungen grundsätzlich auf Kernzielgruppen gerichtet sind, die sich aus jenen Personen zusammensetzen, die der Gesetzgeber mit den jeweiligen Verbraucherschutzbestimmungen besonders schützen wollte. Gleichzeitig haben Verbraucherschutzbestimmungen aber auch Schutzwirkungen für Personen, die der Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmungen zuzurechnen sind und die im Gegensatz zu den Personen der Kernzielgruppe keinen besonderen gesetzlichen Schutz benötigen, was vom Gesetzgeber nicht direkt gewollt, sondern lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit toleriert wird. Anhand einer Reihe von Argumenten wurde gezeigt, dass der GmbH-Gesellschafter zur Randzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zu zählen ist, woraus sich ergibt, dass das Interesse des Gesetzgebers,

⁶⁰³ Siehe Kapitel VII.4.4.1 *Welche Möglichkeiten wären dem Gesetzgeber offen gestanden?*

⁶⁰⁴ Siehe Kapitel VII.4.1.2.2.1 *§ 581 Abs 2 ZPO.*

⁶⁰⁵ Siehe Kapitel VII.4.1.2.2.3 *Das vom SchiedsRÄG 2006 verfolgte Ziel der Stärkung des Wirtschaftsstandorts Österreichs setzt voraus, dass Schiedsgerichte für zukünftige gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bereits im Gesellschaftsvertrag angeordnet werden können.*

⁶⁰⁶ Siehe Kapitel VII.4.1.2.2.4 *Die Anpassung der österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit an die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit indiziert, dass der Gesetzgeber ein Interesse daran hat, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.*

⁶⁰⁷ Siehe auch Kapitel VII.4.4.2.3 *Interesse des Gesetzgebers: Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten soll grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.*

den GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft den Schutz des § 617 Abs 1 ZPO zukommen zulassen gering bzw nicht vorhanden ist.⁶⁰⁸

Da gezeigt wurde, dass das Interesse des Gesetzgebers, dass GmbH-Gesellschafter ihre Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht entscheiden lassen können, beachtlich und daher größer ist als das geringe Interesse des Gesetzgebers, Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft vor den Gefahren der Schiedsgerichtsbarkeit zu schützen, und darüber hinaus auch gezeigt wurde, dass durch die für den Abschluss des GmbH-Gesellschaftsvertrages vorgesehene Notariatsaktpflicht dem Schutzgedanken des § 617 Abs 1 ZPO teilweise ersetzt,⁶⁰⁹ ergibt sich, dass der Gesetzgeber bei Bedachtnahme auf diese Problematik den GmbH-Gesellschafter von § 617 Abs 1 ZPO ausgenommen hätte.

Da die nach dem Gesetzeszweck notwendige Ausnahme von Gesellschaftern, insbesondere von GmbH-Gesellschaftern, vom Anwendungsbereich des § 617 Abs 1 ZPO aus dem Grund nicht erfolgte, da dem Gesetzgeber die damit im Zusammenhang stehende Problematik nicht bewusst war, ist die durch das Fehlen dieser Ausnahme entstandene Gesetzeslücke mittels teleologischer Reduktion zu schließen.⁶¹⁰

4.5 Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“ hindert nicht § 617 Abs 1 ZPO reduzierend auszulegen.

In den vorangegangenen Kapiteln wurde gezeigt, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 617 Abs 1 ZPO den Widerspruch zwischen § 617 Abs 1 ZPO und der gesetzgeberischen Intention, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte wirksam entschieden werden können sollen, übersehen hat. Es wurde weiters gezeigt, dass der Gesetzgeber, wenn er auf diese Problematik Bedacht genommen hätte, ein Ausnahmeregelung für § 617 Abs 1 ZPO geschaffen hätte, nach

⁶⁰⁸ Siehe diesbezüglich Kapitel VII.4.4.2.2 *Die Kern- und Randzielgruppen von Schutzbestimmungen und deren rechtliche Konsequenz. Verbraucher-Gesellschafter stellen Randzielgruppe von Verbraucherschutzbestimmungen dar.*

⁶⁰⁹ Siehe Kapitel VII.4.4.2.4 *Notariatsaktpflicht bei GmbH-Gesellschaftsverträgen ersetzt nicht den durch § 617 Abs 1 ZPO vorgesehenen Schutz, doch kommt diesem nahe.*

⁶¹⁰ Vgl diesbezüglich die Definition der teleologischen Reduktion nach *Franz Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre (2005) 70.

welcher GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft Schiedsgerichte für zukünftige aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringende Streitigkeiten mittels Schiedsklauseln im Gesellschaftsvertrag wirksam anordnen könnten. Aufgabe des vorliegenden Kapitels ist die Untersuchung, ob der eventuell dem § 1 KSchG zugrundeliegende Gedanke des Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit eine Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO verbietet.

4.5.1 Methodische Vorbemerkung

Noch bevor im Nachfolgenden die im Verbraucherrecht bestehende Besonderheit des Vorranges der Rechtssicherheit bzw des „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit dargestellt wird, ist es wichtig klarzustellen, welche methodische Vorgehensweise es entspricht, den GmbH-Gesellschafter nicht unter § 617 Abs 1 ZPO zu subsumieren. Im Wesentlichen kommen diesbezüglich zwei Möglichkeiten in Frage. Entweder wird § 617 Abs 1 ZPO im Wege der Rechtsfortbildung teleologisch reduziert oder im Wege der Auslegung (ieS)⁶¹¹ restriktiv ausgelegt.

Die Grenzziehung zwischen Auslegung und Analogie bzw teleologischer Reduktion ist fließend, weil auch die Grenzen des Begriffshofs bzw Begriffskernes vielfach unscharf sind. Da der methodische Vorgang grundsätzlich gleich ist, schadet es im Allgemeinen nicht, dass in der Literatur und in der Judikatur nicht immer scharf zwischen Auslegung und Analogie bzw teleologischer Reduktion unterschieden wird. Die Unterscheidung wird allerdings in Rechtsgebieten wichtig, wo Analogie bzw teleologische Reduktion unzulässig ist oder zumindest strengeren Voraussetzungen unterliegt.⁶¹² § 617 Abs 1 ZPO verfolgt den Zweck den „unterlegenen“ Verbraucher vor dem „überlegenen“ Unternehmer zu schützen und ist somit als Verbraucherschutzbestimmung dem Verbraucherrecht zuzurechnen, in welchem, wie im Nachfolgenden noch gezeigt wird,

⁶¹¹ Franz Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 55ff unterteilt die Auslegung iwS in die Auslegung ieS und in die ergänzende Rechtsfortbildung. Die Auslegung ieS lassen nur methodische Ergebnisse zu, die sich im Rahmen des möglichen Wortsinnes bewegen. Zur Auslegung ieS gehört die wörtliche, systematisch-logische, historische und die objektive-teleologische Auslegung. Wird die Grenze des möglichen Wortsinns überschritten so liegt ergänzende Rechtsfortbildung vor, bei welcher mit Analogieschluss und teleologischer Reduktion gearbeitet wird.

⁶¹² Vgl. Kerschner, Wissenschaftliche Arbeitstechnik und Methodenlehre für Juristen⁵ 51f.

hinsichtlich der teleologischen Reduktion Besonderheiten bestehen. Eine genaue Unterscheidung zwischen den methodischen Arbeitsmitteln ist im Zusammenhang mit der Frage, ob GmbH-Gesellschafter unter § 617 Abs 1 ZPO zu subsumieren sind, somit von wesentlicher Bedeutung.

Für die Frage, ob das Nicht-Subsumieren des GmbH-Gesellschafters unter § 617 Abs 1 ZPO eine teleologische Reduktion oder eine restriktive Auslegung darstellt, müssen zuvor folgende Fragen voneinander getrennt werden. Zum einen die Frage, ob der GmbH-Gesellschafter beim Unterzeichnen des Gesellschaftsvertrages als Verbraucher oder Unternehmer im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 KSchG anzusehen ist. Und zum anderen die Frage, ob der GmbH-Gesellschafter dann auch unter § 617 Abs 1 ZPO zu subsumieren ist, wenn er als Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG zu betrachten ist. Nur bei der ersten Frage, ob der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher oder als Unternehmer anzusehen ist, ist die Abgrenzung zwischen den methodischen Arbeitsmitteln, die zu einer Antwort auf diese Frage führen sollen, schwierig. Wie in der Einleitung zu vorliegendem Kapitel VII⁶¹³ erklärt wurde, wird die Beantwortung der Frage der Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters dem Kapitel VI „*Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*“ überlassen und hier dahingehend ausgeklammert, dass dem GmbH-Gesellschafter Verbrauchereigenschaft unterstellt wird. Übrig bleibt somit die eindeutig zu beantwortende Frage, ob das Nicht-Subsumieren des als Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Gesellschafters unter § 617 Abs 1 ZPO das methodische Arbeitsmittel der teleologischen Reduktion oder der restriktiven Auslegung darstellt.

§ 617 Abs 1 ZPO lautet: „*Schiedsvereinbarungen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher können wirksam nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden.*“ Geht man davon aus, dass GmbH-Gesellschafter grundsätzlich als Verbraucher zu qualifizieren sind, ist es mittels des methodischen Arbeitsmittel der Auslegung nicht möglich zum Ergebnis zu gelangen, dass der GmbH-Gesellschafter, der einen Gesellschaftsvertrag unterzeichnet, in welchem eine Schiedsklausel hinsichtlich zukünftiger aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringender Streitigkeiten enthalten ist,

⁶¹³ VII.1 Allgemein.

nicht unter § 617 Abs 1 ZPO zu subsumieren ist. Denn klammert man die Frage der Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters aus und geht davon aus, dass dieser als Verbraucher zu qualifizieren ist, würde sich jedes Ergebnis, nach welchem der GmbH-Gesellschafter nicht unter § 617 Abs 1 ZPO subsumiert wird, außerhalb des Rahmens des möglichen Wortsinnes des § 617 Abs 1 ZPO bewegen und daher ergänzende Rechtsfortbildung darstellen.⁶¹⁴

Nach *Franz Bydlinski* ist Voraussetzung der ergänzenden Rechtsfortbildung die Gesetzeslücke, welche als „planwidrige Unvollständigkeit“ der vorfindlichen Rechtsvorschrift gesehen wird. Es fehlt für das anstehende Problem eine ihrem Text nach anwendbare Vorschrift, die aber vorhanden wäre, wenn der Gesetzgeber seinem Plan oder Entwurf für die Rechtsordnung nur konsequent gefolgt wäre.⁶¹⁵ Innerhalb der ergänzenden Rechtsfortbildung stellt, die teleologische Reduktion das Gegenstück zur Analogie dar. In der Analogiesituation bleibt die textliche Fassung des Tatbestandes hinter dem Zweck des Gesetzes zurück, bei der teleologischen Reduktion ist es umgekehrt: Hier umfasst die einschlägige Norm mehr als es ihrem Zweck entspricht.⁶¹⁶ Im Falle der teleologischen Reduktion stellt das Fehlen einer dem Gesetzeszweck notwendigen Ausnahmebestimmung die Gesetzeslücke dar.

Und genau dies ist der Fall, wenn der GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft nicht unter § 617 Abs 1 ZPO subsumiert wird, indem argumentiert wird, dass der Gesetzgeber, den GmbH-Gesellschafter von § 617 Abs 1 ZPO ausgenommen hätte, wenn er an die Besonderheiten im Zusammenhang mit Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen und § 617 Abs 1 ZPO gedacht hätte.

Wenn daher der GmbH-Gesellschafter entsprechend den in den vorangegangenen Kapiteln vorgebrachten Argumenten von § 617 Abs 1 ZPO ausgenommen wird, so stellt dies keine Auslegung i.e.S. sondern eine teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO dar.

⁶¹⁴ Zur Abgrenzung zwischen ergänzender Rechtsfortbildung und Auslegung i.e.S. vgl. *Franz Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 55.

⁶¹⁵ *Franz Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 59f.

⁶¹⁶ *Franz Bydlinski*, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 69.

4.5.2 Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw. „Verbot der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht

4.5.2.1 Das Problem

Die Schaffung des KSchG wurde als ein weiterer Schritt im Ausbau des Zivilrechts zum Schutz der Schwächeren betrachtet.⁶¹⁷ Gesetzgeberisches Ziel des KSchG ist es, auf möglichst umfassende Weise der Ausnützung von Ungleichgewichtslagen im Verhältnis der Vertragspartner zugunsten des Überlegenen den Kampf anzusagen und den Schwächeren zu schützen. Der Gesetzgeber stand bei der Verwirklichung dieses Ziels vor dem Problem, auf welche Weise diese „Ungleichgewichtslage“ zwischen den Vertragspartnern tatbestandsmäßig umschrieben werden soll: Zum einen hätte er den Beweggrund für das KSchG, nämlich die Ungleichgewichtslage an sich, zur tatbestandsmäßigen Voraussetzung für die Anwendbarkeit der KSchG Schutzbestimmungen machen können. Und zum anderen hätte der Gesetzgeber einen möglichst abstrakten Tatbestand formulieren können, welcher einfach und daher praktikabel auf den Einzelfall angewendet werden kann und der möglichst alle Fälle umfasst, die typischerweise eine Ungleichgewichtslage aufweisen.⁶¹⁸

Der Gesetzgeber hat sich für die zweite Variante entschieden und einen Grundtatbestand für das I. Hauptstück des KSchG geschaffen, welcher sich zwar an der typischerweise zwischen Verbraucher und Unternehmen gegebenen Ungleichgewichtslage orientiert diese jedoch nicht als Tatbestandsmerkmal enthält. Da dieser Tatbestand, der dem Ordnungsziel des Gesetzes entspricht und sich an handfesten, praktikablen Merkmalen orientiert, auf der einen Seite den Vorteil der Recht Klarheit mit sich bringt, aber auf der anderen Seite auch Fälle mit umfasst, die nicht vom Schutzzweck erfasst sind, gleichzeitig aber auch Fälle nicht mit umfasst sind, die durch eine Ungleichgewichtslage gekennzeichnet sind, stellt sich die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Grundtatbestand des § 1 KSchG teleologisch reduziert

⁶¹⁷ Krejci in Krejci, Handbuch KSchG226; Weitnauer, Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht (1975).

⁶¹⁸ Vgl Krejci in Krejci, Handbuch KSchG 226f.

werden kann. Oder anders formuliert: Besteht im Verbraucherrecht ein „*Verbot der teleologischen Reduktion*“?

Die Beantwortung dieser Frage, hat essentielle Bedeutung auf die von mir aufgestellte Behauptung, dass § 617 Abs 1 ZPO in dem Sinne teleologisch zu reduzieren ist, dass der GmbH-Gesellschafter von dieser Regelung auszunehmen ist.

Die Beantwortung dieser Frage steht im Spannungsverhältnis zwischen dem Postulat der Rechtssicherheit und dem Normzweck, Schutz in Ungleichgewichtslagen zu bieten.⁶¹⁹ Im Folgenden wird versucht diese Frage anhand der Materialien zum KSchG, der Lehre und Rechtsprechung, die sich mit dieser Frage auseinandersetze, zu beantworten.

4.5.2.2 *Materialien zur KSchG-Urfassung*

Auf der einen Seite wird in den ErläutRV⁶²⁰ zur KSchG-Urfassung⁶²¹ ausführlich erklärt, weshalb für den Geltungsbereich des KSchG nicht auf die Ungleichgewichtslage an sich abgestellt werden kann, sondern auf objektive, einigermaßen genau zu umschreibende und festzustellende Umstände, bei denen die Lage, die das Motiv der Regelung bildet, typischerweise gegeben ist. So wird in den ErläutRV diesbezüglich ausgeführt: *Die typischen Umstände, die einen besonderen Schutz des Verbrauchers erforderlich machen, sind die Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer an wirtschaftlicher Macht und an Wissen; der Unterschied des Wissens spannt sich über einen weiten Bereich, von der Kenntnis konkreter Tatsachen, was etwa die Beschaffenheit eines Produktes anbelangt, über die Kenntnis allgemeiner Erfahrungssätze, etwa über seine Verwendbarkeit, bis zum Wissen um die Psychologie der Kundenbehandlung, besonders bei der Anbahnung und Schließung eines Vertrages; zu diesem Wissen gehört auch die Erfahrung aus der Vielzahl von Geschäften, das Wissen um die dabei vorkommenden Zwischenfälle und*

⁶¹⁹ Vgl Krejci in Krejci, Handbuch KSchG 235.

⁶²⁰ ErläutRV 744 BlgNR 14. GP 15f.

⁶²¹ BGBl 1979/140.

die rechtlichen Möglichkeiten, wie für solche Zwischenfälle die eigenen rechtliche Stellung möglichst günstig gestaltet werden kann. Diese Unterlegenheit an Wissen hat nichts mit einer – in diesem Zusammenhang oft genannten - intellektuellen Unterlegenheit zu tun; eine solche wird wohl auch oft dazukommen, ist aber wahrscheinlich nicht typisch, es handelt sich einfach um Wissen, das sich beim Unternehmer durch die Spezialisierung auf solche Geschäfte einesteils von selbst sammelt und für dessen Erwerb er andernteils erhebliche Mittel aufwendet, deren Aufwendung für den Verbraucher weder möglich noch sinnvoll wäre. Auf solche verhältnismäßig unbestimmte, vom Einzelfall abhängende und in der Psyche der Beteiligten liegende Umstände, die ganz allgemein, losgelöst von einzelnen Rechtsfragen nicht messbar sind und für die daher hier auch kein Maßstab gegeben werden kann, kann die gesetzliche Umschreibung eines Geltungsbereichs nicht abgestellt werden. Der Geltungsbereich der Vorschrift würde damit viel zu unklar. Es muss daher auf andere, objektive einigermaßen genau zu umschreibenden und festzustellenden Umstände abgestellt werden, bei denen die Lage, die das Motiv der Regelung bildet, typischerweise gegeben ist.

Dieser Teil der ErläutRV zeigt, dass der Gesetzgeber einen Tatbestand geschaffen hat, der sich besonders am Postulat der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit orientiert. Diesem Gedanken folgendes würde es jedoch einen Widerspruch darstellen, wenn dieser Tatbestand teleologisch reduziert werden könnte. Denn würde der Rechtsanwender im konkreten Einzelfall, welchem ein Rechtsverhältnis zu Grunde liegt, das nach den formalen Kriterien des Grundtatbestandes als Verbrauchergeschäft zu qualifizieren ist, auf Grund einer tatsächlich nicht gegebenen Ungleichgewichtslage versuchen, den Grundtatbestand teleologisch zu reduzieren, so würde dem Zweck dieser Bestimmung eben nicht entsprochen werden, da für die Anwendbarkeit der KSchG-Bestimmungen letztendlich das Vorliegen der nur sehr schwer feststellbare Ungleichgewichtslage entscheidend wäre. Dieser Teil der ErläutRV lässt somit die Vermutung zu, dass der Gesetzgeber von einem Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw einem „Verbot der teleologischen Reduktion“ hinsichtlich des Geltungsbereiches des KSchG ausgegangen ist.

Auf der anderen Seite wird in den ErläutRV aber auch ausgeführt, dass die im einzelnen Fall gegebene Ungleichgewichtslage nicht völlig ausgeblendet werden darf:

„Es muss der Rechtsprechung überlassen werden, für einen Fall nicht einfach den Umkehrschluss zu ziehen, wenn auf ihn die Merkmale der gesetzlichen Umschreibung nicht ganz zutreffen, sondern die im Gesetz für den typischen Fall zum Ausdruck kommenden Wertungen auch auf andere Fälle anzuwenden, auf die sie passen (möglicherweise kann sich umgekehrt eine teleologische Reduktion des Geltungsbereichs ergeben, wenn ein Fall, in dem die gesetzlichen Geltungsmerkmale verwirklicht sind, gänzlich verschieden ist von dem Typ, der dem Gesetzgeber bei seiner Regelung vorgeschwebt ist).“ In diesem Teil der ErläutRV wird somit explizit erklärt, dass die teleologische Reduktion des Geltungsbereiches des KSchG unter bestimmten Umständen möglich ist.

Zusammenfassend kann also, *Krejci*⁶²² folgend, gesagt werden: Aus den ErläutRV kann nicht exakt abgeleitet werden, ob innerhalb des KSchG ein Vorrang der Rechtsicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw ein „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ besteht, da die ErläutRV zu dieser Frage Empfehlungen in beide Richtungen abgeben: Zum einen zeigen sie, dass die Rechtssicherheit den wesentliche Beweggrund des Gesetzgeber darstellt, einen aus objektiven und einigermaßen genau umschriebenen Elementen zusammengesetzten Grundtatbestand zu erlassen, und zum anderen weisen sie aber auch daraufhin, dass aus Gründen der Einzelfallgerechtigkeit am Grundtatbestand nicht immer festgehalten werden soll.

4.5.2.3 *Lehre*

In der Literatur wurde die Frage, ob für den Grundtatbestand des KSchG die Rechtssicherheit der Einzelfallgerechtigkeit vorgeht bzw ein „*Verbot der teleologischen Reduktion*“⁶²³ besteht, ausführlich diskutiert.⁶²⁴ Die teleologische Reduktion des

⁶²² Siehe gleich unten, wo die das für die hier zu behandelnde Frage Wichtigste aus *Krejci* in *Krejci*, Handbuch KSchG 233 zusammengefasst wird.

⁶²³ Der Begriff „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ wird dabei von der Lehre und Rsp jedoch nicht verwendet. Um komplizierte Formulierungen zu vermeiden verwende ich diesen Begriff, worunter verstanden wird, dass das grundsätzlich anerkannte methodische Arbeitsmittel der teleologischen Reduktion in der jeweiligen Situation unzulässig ist.

⁶²⁴ *Schilcher* in *Krejci/Schilcher/Steininger*, Konsumentenschutzgesetz, ABGB und Verfahrensrecht 63 f; *Fenyves*, Probleme des neuen KSchG, Vertragsbericht, JBl 1980, 475; *Meinhart*, ARBÖ 1979, 19; *Welser*

Grundtatbestandes wird dabei unter Bezugnahme auf die ErläutRV teilweise für zulässig und teilweise für unzulässig erachtet.

Diejenigen⁶²⁵, die sich für eine teleologische Reduktion aussprechen, beziehen sich vor allem auf die ErläutRV, aus welchen, wie oben bereits gezeigt, abgeleitet werden kann, dass der Gesetzgeber trotz seines Interesses an Rechtssicherheit eine teleologische Reduktion akzeptiert.

Aber auch jene Stimmen, die sich gegen eine teleologische Reduktion aussprechen beziehen sich auf die ErläutRV. Nach *Welser*⁶²⁶ ist eine teleologische Reduktion des § 1 KSchG auch dann, wenn Unternehmer und Konsument an Erfahrung und wirtschaftlicher Stärke einander ebenbürtig sind, unzulässig, da das Gesetz seinen Schutz bloß schematisch verwirklicht habe, sodass es auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Gegebenheiten nicht ankomme. Eine derartige am Typus orientierte Abgrenzungsmethode sei einer Lösung vorzuziehen, die das Ungleichgewicht im Einzelfall „unter Berücksichtigung aller Umstände“ bestimme, weil dies zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen müsste. Bis zur Entscheidung des Richters wäre kaum Klarheit darüber zu erzielen, nach welchen Vorschriften ein Geschäft zu behandeln sei und die richterliche Beurteilung selbst wäre mit zahlreichen Unsicherheitsfaktoren behaftet. Gerade dies war ja auch die Sorge des Gesetzgebers, die ihn dazu veranlasst hat, einen handlicheren Grundtatbestand zu entwickeln. *Welser* geht zwar auf die Ausführungen in den ErläutRV, die zur teleologischen Reduktion des Grundtatbestandes aufmuntern, nicht ein, doch erklärt er, dass atypische Situationen Anlass dafür sein können, eine konkrete, aber zweifelhafte Einzelsvorschrift

in *Krejci*, Handbuch KSchG 195f; *Welser*, JBl 1980, 2 (5); *Krejci* in *Krejci*, Handbuch KSchG 232; *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar KSchG³ § 1 KSchG Rz 26 – 30; *Apathy* in *Schwimann*, ABGB V³ § 1 KSchG Rz 6; *Krejci* in *Rummel*, ABGB II/4³ § 1 KSchG Rz 5; *Bydlinski*, Das bewegliche System und die Notwendigkeit einer Makrodogmatik, JBl 1996, 695; *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts 723ff.

⁶²⁵ *Schilcher* in *Krejci/Schilcher/Steininger*, KSchG 63 f; *Fenyves*, JBl 1980, 475; *Schilcher*, Das Transparenzgebot im Vertragsrecht in *Aicher/Holubek*, Der Schutz des Verbraucherinteressen (2000) 125; *Meinhart*, ARBÖ 1979, 19.

⁶²⁶ *Welser* in *Krejci*, Handbuch KSchG 195f; *Welser*, JBl 1980, 2.

entsprechend zu interpretieren. *Krejci* geht davon aus, dass *Welser* mit dem Begriff „interpretieren“ auch die teleologische Reduktion mit umfasst hat.⁶²⁷

Krejci kommt nach einer Analyse des Verhältnisses zwischen dem verbraucherrechtlichen Normzweck, Schutz in Ungleichgewichtslagen zu bieten, und dem Postulat der Rechtssicherheit zu dem Ergebnis, dass je größer die Schwierigkeit ist, die tatsächliche Ungleichgewichtslage festzustellen, es sich umso eher empfiehlt, sich mit dem an typischen Fällen orientierenden gesetzlichen Tatbeständen abzufinden. Ist die Feststellung einer Ungleichgewichtslage nicht schwieriger als die Konkretisierung zahlreicher sonstiger Geltungsbereiche von Gesetzen, wird man für uneingeschränkte teleologische Reduktion oder Analogie zu § 1 KSchG eintreten dürfen. Stellt die Feststellung der Ungleichgewichtslage in der Regel ein Hindernis für die Anwendbarkeit der Verbraucherschutzregeln dar, muss der Verbrauchergeschäftstatbestand unangetastet bleiben. Bereits auf Grund der Vielzahl der verschiedensten Umstände, die eine Unterlegenheit auslösen können, aus der Vielfalt ihrer Kombinierbarkeit sowie ihrer Intensitätsstufen, wird die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter einen, wie auch immer formulierten, allgemeinen Unterlegenheitstatbestand größte, oft unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten. All dies spreche nicht nur gegen eine Verdrängung des Verbrauchergeschäftstatbestandes mittels teleologischer Reduktion bzw mit Hilfe von Analogien durch einen von der Rechtsprechung erst zu entwickelnden, an der ursprünglichen Zielsetzung des I. Hauptstückes des KSchG orientierten Unterlegenheitstatbestand, sondern auch gegen die These vom Verbrauchergeschäftstatbestand als bloß widerlegliche Vermutung einer Unterlegenheitssituation. *Krejci* führt als weiteres Argument an, dass auch dann, wenn der Verbrauchergeschäftstatbestand als widerlegliche Vermutung einer Unterlegenheitssituation gesehen wird, der Streit um die Unterlegenheitssituation im Einzelfall unschwer vom Zaun gebrochen werden kann. Die Aussicht auf einen möglicherweise langwierigen Prozess würde den Verbraucher mitunter doch von gerichtlichen Schritten abhalten.⁶²⁸

⁶²⁷ *Krejci* in *Krejci*, Handbuch KSchG 231.

⁶²⁸ *Krejci* in *Krejci*, Handbuch KSchG 238.

Mayrhofer/Nemeth sind der Auffassung, dass das bewusste Anknüpfen des Gesetzgebers an das Verbrauchergeschäft, bei welchem typischerweise eine Unterlegenheitssituation vorliegt, es nicht zu lasse, im konkreten Fall die Anwendung der Schutzbestimmungen in erster Linie davon abhängig zu machen, ob das in den ErläutRV angesprochene Ungleichgewicht zwischen den Geschäftspartner wirklich vorliegt. Das Abstellen auf die typische Lage könne also dazu führen, dass wegen der Verwirklichung einer solchen Lage eine Person als Verbraucher anzusehen ist, obwohl bei ihr im konkreten Fall die motivierende Unterlegenheit nicht oder nur zum Teil vorliegt. Dies alles schließe aber nicht aus, dass nach den allgemeinen Regeln einzelne Bestimmungen des I. Hauptsücketes des KSchG analog auf ähnliche Sachverhalte anzuwenden sind – wenn nämlich eine planwidrige Lücke vorliegt und sich eine solche Bestimmung als die sachlich am ehesten entsprechende Regelung erweist, oder dass umgekehrt die Anwendung einer Bestimmung des KSchG teleologisch zu reduzieren ist.⁶²⁹

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass in der Lehre keine Einigkeit darüber besteht, ob der Grundtatbestand des KSchG sowie Schutzbestimmungen des Verbraucherrechts teleologisch reduziert werden können. Doch kann gesagt werden, dass diejenigen, die sich gegen die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion des KSchG-Grundtatbestandes aussprechen, dies mit der Schwierigkeit begründen, dass die im konkreten Einzelfall gegebene oder eben nicht gegebene Ungleichgewichtslage nur äußerst schwierig feststellbar ist.

4.5.2.4 *Rechtsprechung*

Der OGH vertritt die Auffassung, dass die Vorschriften des ersten Hauptstückes des KSchG der Tatsache Rechnung tragen wollen, dass im rechtsgeschäftlichen Verkehr Parteien mit unterschiedlicher wirtschaftlicher Stärke, Erfahrung oder sonstiger Qualifikation aufeinander treffen und die daraus für den schwächeren Vertragspartner resultierenden Gefahren ausschalten oder mindern. Dabei wird aber darauf abgestellt, dass einerseits ein Unternehmer und andererseits ein Verbraucher am jeweiligen

⁶²⁹ *Mayrhofer/Nemeth* in *Klang*, Kommentar KSchG³ § 1 KSchG Rz 26f; vgl auch *P.Bydlinski*, Drittfinanzierte Vermögensbeteiligung: "Trennungsklausel" wirksam?, RdW 1990, 405; *Lehmann*, Die Rezeption des europäischen Verbraucherschutzes im österreichischen Recht (2002) 173ff.

Rechtsgeschäft beteiligt ist. Auf die tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten im Einzelfall kommt es nicht an; dies mag zwar in Ausnahmefällen als unbillig empfunden werden, doch wurde die am Typus orientierte Abgrenzungsmethode einer Lösung vorgezogen, die zu einer unerträglichen Rechtsunsicherheit führen müsste; es ist also unzulässig, in analoger Anwendung des § 1 KSchG ein Geschäft schlechthin dem ersten Hauptstück des KSchG zu unterstellen, weil zwischen den Parteien ein erhebliches Ungleichgewicht besteht; eine solche Vorgangsweise würde das Anliegen des Gesetzes, eine praktikable Lösung zu finden, vereiteln.⁶³⁰ Der OGH folgt dabei den oben dargestellten Ansichten von *Krejci* und *Welser*.⁶³¹

4.5.3 Steht der eventuell im Verbraucherrecht bestehende Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“⁶³² im Widerspruch zur teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO?

4.5.3.1 Die bisherige Rechtsprechung zur Frage des „Verbotes der teleologischen Reduktion“ im KSchG im Zusammenhang mit der Verbrauchereigenschaft von Gesellschaftern.

Mit Ausnahme der Fälle, die sich mit der Verbrauchereigenschaft des Alleingeschafters und gleichzeitigen Geschäftsführers einer GmbH auseinandersetzen,⁶³³ hat der OGH in jenen Fällen, in welchen er mit der Frage der

⁶³⁰ OGH RS0065327: OGH 21.4.1982, 1 Ob 778/81 SZ 55/51; OGH 21.10.1982, 7 Ob 515/82 SZ 55/157; OGH 16.12.1982, 7 Ob 785/82; OGH 17.2.1983, 7 Ob 530/83; OGH 9.11.1983, 1 Ob 750/83 SZ 56/159 = EvBl 1984/97; OGH 24.11.1993, 3 Ob 547/93 ecolex 1994, 228 = WoBl 1994/68, 230; OGH 23.5.2001, 9 Ob 64/01d RdW 2001/745, 734 = ecolex 2001/310, 837 = JBl 2002, 123 = KRES 1a/41; OGH 5.8.2003, 7 Ob 155/03z wobl 2003/183, 337 = VR 2003/621, 185 = RdW 2003/607, 695 = ecolex 2003/369, 909 = JBl 2004, 183 = immolex 2004/56, 85 = EW r W/18/1 = MietSlg 55.475 = MietSlg 55.748 = SZ 2003/88 = MietSlg LV/20 = VersE 2022

⁶³¹ Vgl etwa OGH 21.4.1982, 1 Ob 778/81 SZ 55/51.

⁶³² In der Lehre und Rechtsprechung wird diese Begriffs konstruktion nicht verwendet. Ich verstehe darunter, dass das grundsätzlich anerkannte methodische Arbeitsmittel der teleologischen Reduktion nicht gestattet ist.

⁶³³ OGH 11.2.2002, 7 Ob 315/01a ecolex 2002/165, 430 = RdW 2002/409, 412 = JBl 2002, 526 = GesRZ 2002, 85 = GeS 2002, 28 = ÖBA 2003, 11 (Bydlinski/Haas) = ÖBA 2003/1083, 58 = SWK 2003, T 9 = SWK 2003, 97 = ARD 5377/17/2003 = SZ 2002/18 = KRES 1a/42; OGH 20.2.2003, 6 Ob 12/03p ÖBA 2003/1151, 871 = RdW 2003/440, 508 = ÖJZ EvBl 2003/137, 647 = ÖJZ-LSK 2003/165 = RZ 2003, 214 = ZfRV-LS 2003/54, 187 = KRES 1a/44a; OGH 25.6.2003, 3 Ob 141/03m ÖJZ-LSK 2003/225 = RdW

Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern oder GmbH-Geschäftsführern konfrontiert war, entschieden, dass GmbH-Gesellschafter auf Grund des bei Kapitalgesellschaften herrschenden Trennungsprinzips kein Unternehmen betreiben und daher nicht als Unternehmer sondern als Verbraucher zu qualifizieren sind.⁶³⁴ Durch das Festhalten am Trennungsprinzip und den formalen Tatbestandsmerkmalen brauchte sich der OGH in diesen Fällen nicht mit der Frage auseinander setzen, ob und unter welchen Umständen der Grundtatbestand des § 1 KSchG oder einzelne Verbraucherschutzbestimmungen teleologisch reduzierend ausgelegt werden können.

Mit der Entscheidung 7 Ob 315/01a nahm der OGH erstmals Abstand vom Trennungsprinzip und entschied, dass der Alleingesellschafter einer GmbH, welcher zugleich Alleingeschäftsführer der GmbH ist, für ein Rechtsgeschäft, das er im eigenen Namen für das von der GmbH betriebene Unternehmen abschließt, als Unternehmer zu betrachten ist, auch wenn er nach dem Trennungsprinzip gar kein Unternehmen betreibt. Zur Thematik der Rechtssicherheit nimmt der OGH in dieser Entscheidung in zwei Absätzen Stellung: Er verweist auf die Judikatur des deutschen BGH,⁶³⁵ welcher in einem ähnlichen Rechtsfall entschied, dass der Gesellschafter als Verbraucher zu qualifizieren ist und es aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht drauf ankommen kann, ob der Gesellschafter Mehrheits- oder Alleingesellschafter ist. Der OGH teilt die Rechtsansicht des BGH nicht und gibt als Begründung an: *Einem Kreditgeber, der sich über die gesellschaftlichen Beteiligungsverhältnisse zum*

2003/605, 694 = ecolex 2004/4, 26 = ÖBA 2004/1175, 143; OGH 11.5.2005, 9 Ob 27/05v; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h Zak 2006/88, 54 = ecolex 2006/208, 484 = ÖBA 2006/1349, 461 = JBI 2006, 384 = KRES 1g/63.

⁶³⁴ OGH 14.2.2007, 7 Ob 266/06b ecolex 2007/214, 517 = RdW 2007/550, 529 = GeS 2007, 240 = JBI 2007, 660 = JBI 2007, 647 (*Huemer*) = wbl 2007/199, 444 = ÖBA 2007/1441, 824 = ZfRV-LS 2007/20, 111 = RZ 2007/EÜ 355, 227 = KRES 1a/56 = SZ 2007/26; OGH 9.8.2006, 4 Ob 108/06w JBI 2007, 237 (*Huemer*) == ÖBA 2007/1418, 490 (Kozioł) GesRZ 2006, 318 = RdW 2006/687, 756 = RWZ 2006/87, 292 = RZ 2007/EÜ 8/9, 24 = KRES 1d/86 = SZ 2006/116 = HS 37.448 = HS 37.145; OGH 26.9.1991, 6 Ob 607/91 ÖJZ NRsp 1992/44 = ecolex 1992, 89 = ÖJZ EvBl 1992/51; OGH 17.12.1996, 4 Ob 2307/96k HS 27.426 = HS 27.446 = HS 27.494 = HS 27.583 = HS 27.670 = HS 27.783 = HS XXVII/4 = ZfRV 1997, 118; OGH 17.5.2000, 6 Ob 1/00s immolex 2000/181, 298 = ecolex 2000/313, 795 = RdW 2001/34, 21 = ARD 5199/28/2001 = MietSlg 52.084 = MietSlg 52.210 = MietSlg 52.232 = MietSlg 52.770 = MietSlg LII/17 = KRES 1a/40.

⁶³⁵ dBGH 28.6.2000, VIII ZR 240/99 (Rostock) NJW 2000, 3133; EWiR § 1 VerbrKrG 1/01, 139 (Bydlinski/Thoß); ZIP 2000, 1493; dBGH 25.2.1997, XI ZR 49/96 (Naumburg); dBGH 10.7.1996, VIII ZR 213/95 (Naumburg) NJW 1996, 2865; BGHZ 133, 221; dBGH 5.6.1996, VIII ZR 151/95 (KG) NJW 1996, 2156; BGHZ 133, 71.

maßgeblichen Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus dem Firmenbuch jederzeit informieren kann, ist eine Bedachtnahme darauf, ob der beteiligte Kreditnehmer oder Bürge "gewöhnlicher Geschäftsführer" oder als geschäftsführender Alleingesellschafter "unumschränkter Herrscher über die Gesellschaft" ist, ebenso zuzumuten, wie für den betreffenden Alleingesellschafter einsichtig sein müsste, dass er als "Mitkreditnehmer" eines Unternehmenskredites nicht als Verbraucher behandelt werden kann. Die betreffende, hinsichtlich der Verbrauchereigenschaft vorzunehmende, sachlich gebotene Differenzierung aus dem Grunde der Rechtssicherheit oder Rechtsklarheit zu unterlassen, erscheint dem erkennenden Senat daher nicht notwendig.

Weitere Ausführungen zur Frage der Rechtssicherheit finden sich in dieser wie auch in den darauffolgenden höchstgerichtlichen Entscheidungen,⁶³⁶ in welchen diese Rechtsansicht bestätigt wurde, nicht.

Aus methodischer Sicht ist das Vorgehen des OGH in diesen Fällen als teleologische Reduktion zu qualifizieren. Der Tatbestand des § 1 KSchG, nach dessen formalen Kriterien der GmbH-Alleingesellschafter als Verbraucher zu qualifizieren ist, wird auf Grund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise so weit reduziert, sodass im Ergebnis der GmbH-Alleingesellschafter nicht mehr als Verbraucher angesehen werden kann.

Wenn auch die eben dargestellte Entscheidung nicht genau erklärt, ob für Verbraucherschutzbestimmungen grundsätzlich die teleologische Reduktion unzulässig ist, so kann aus der Entscheidung zumindest abgeleitet werden, dass nach der höchstgerichtlichen Rechtsprechung ein eventuell bestehendes „Verbot der teleologischen Reduktion“ nicht absolut wirkt und unter besonderen Umständen nicht beachtet werden muss.

⁶³⁶ OGH 20.2.2003, 6 Ob 12/03p ÖBA 2003/1151, 871 = RdW 2003/440, 508 = ÖJZ EvBl 2003/137, 647 = ÖJZ-LSK 2003/165 = RZ 2003, 214 = ZfRV-LS 2003/54, 187 = KRES 1a/44a; OGH 25.6.2003, 3 Ob 141/03m ÖJZ-LSK 2003/225 = RdW 2003/605, 694 = ecolex 2004/4, 26 = ÖBA 2004/1175, 143; OGH 11.5.2005, 9 Ob 27/05v; OGH 24.11.2005, 3 Ob 58/05h Zak 2006/88, 54 = ecolex 2006/208, 484 = ÖBA 2006/1349, 461 = JBl 2006, 384 = KRES 1g/63.

4.5.3.2 Die von der Lehre geäußerten Bedenken, die gegen eine teleologische Reduktion des Grundtatbestandes des § 1 KSchG sprechen, liegen bei der teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO nicht vor

Ob im Verbraucherrecht ein Verbot der teleologischen Reduktion besteht oder nicht, ist für die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO nicht von Relevanz, da sich die in den vorangegangenen Kapiteln dargestellte teleologische Reduktion des Grundtatbestandes des KSchG grundlegend von der teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO, wonach der GmbH-Gesellschafter von dieser Regelung auszunehmen ist, unterscheidet.

Um dies zu belegen, muss zuerst gezeigt werden, dass es unterschiedliche Arten der teleologischen Reduktion gibt und dass bei dem im Zusammenhang mit § 1 KSchG diskutierten „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ von Verbraucherschutzbestimmungen eine andere Art der teleologischen Reduktion vorliegt, die von jener teleologischen Reduktion, die zur Ausklammerung des GmbH-Gesellschafters aus § 617 Abs 1 ZPO führt, unterschieden werden muss. Weiters wird auch gezeigt, dass die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO einen anderen Zweck als die teleologische Reduktion des § 1 KSchG verfolgt und mit diesem nicht im Widerspruch steht.

4.5.3.2.1 Arten der teleologischen Reduktion; Einteilung nach Brandenburg

Die teleologische Reduktion ist innerhalb der Methodenlehre der ergänzenden Rechtsfortbildung zuzurechnen. Voraussetzung der ergänzenden Rechtsfortbildung ist das Vorhandensein einer Gesetzeslücke. Als Gesetzeslücke wird in der Regel eine „planwidrige Unvollständigkeit“ der vorfindlichen Rechtsvorschrift verstanden. Es fehlt also gerade für das jetzt anstehende Problem eine ihrem Text nach anwendbare Vorschrift, die aber vorhanden wäre, wenn der Gesetzgeber seinem Plan oder Entwurf für die Rechtsordnung nur konsequent gefolgt wäre.⁶³⁷

Während die ebenfalls zur ergänzenden Rechtsfortbildung zu zählende Analogie darauf gerichtet ist, eine planwidrige Unvollständigkeit zu schließen, die dadurch besteht, dass

⁶³⁷ Franz Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 60.

die textliche Fassung des Tatbestandes hinter dem Zweck bzw Grund des Gesetzes zurückliegt,⁶³⁸ ist die teleologische Reduktion darauf gerichtet, den textlich über den Zweck des Gesetzes hinausgehenden Tatbestand einzuschränken. In letzterem Fall wird als Lücke bzw „planwidrige Unvollständigkeit“ die nicht vorhandene Ausnahmebestimmung zum vorhandenen aber zu weit gefassten Tatbestand gesehen.⁶³⁹

*Franz Bydlinski*⁶⁴⁰ unterscheidet in seinen Werken „Grundzüge der juristischen Methodenlehre“ und „Grundzüge der juristischen Methodenlehre“, an welchen sich der Verfasser vorliegender Arbeit hinsichtlich der Methoden der Rechtsgewinnung orientiert,⁶⁴¹ nicht zwischen verschiedenen Arten, Gruppen oder Kategorien der eben in Grundzügen beschriebenen teleologischen Reduktion.

Brandenburg ist hier genauer und teilt die teleologische Reduktion in fünf verschiedene Typen ein, die in zwei Gruppen unterteilt werden können. In der ersten Gruppe, die drei Typen umfasst, handelt es sich stets um die Einschränkung einer einzelnen Norm durch den ihr zugehörigen Normzweck. Die zweite Gruppe enthält zwei Typen teleologischer Reduktion. Der erste betrifft die teleologische Reduktion zur Beseitigung von Normwidersprüchen, der zweite beseitigt Widersprüche zwischen einer Norm und einem Prinzip. Dieses Prinzip gehört nicht – wie in allen Fällen der ersten Gruppe – zur einschränkenden Norm selbst, sondern stammt aus anderen Normen oder Rechtsgebieten und kann auch ein allgemeiner Gerechtigkeitszweck sein.⁶⁴²

Die von *Brandenburg* vorgenommene Unterteilung der teleologischen Reduktion basiert auf der systematischen Aufgliederung der Gründe, die eine teleologische Reduktion von Rechtsnormen notwendig machen. Die teleologische Reduktion setzt eine planwidrige Lücke voraus. Es gibt jedoch mehrere Möglichkeiten, die zu einer Entstehung einer planwidrigen Lücke führen. Unterscheidet man diese Möglichkeiten, so erhält man die von *Brandenburg* dargestellten Gruppen: Bei der ersten Gruppe entsteht die Lücke, sprich das planwidrige Fehlen einer Ausnahmeregelung zum

⁶³⁸ Vgl etwa *Franz Bydlinski*, Methodenlehre² 475.

⁶³⁹ Vgl etwa *Franz Bydlinski*, Methodenlehre² 480.

⁶⁴⁰ *Franz Bydlinski*, Methodenlehre² und weitere.

⁶⁴¹ Vgl Einleitung der Dissertation.

⁶⁴² *Brandenburg*, Die teleologische Reduktion (1983) 35.

betreffenden Tatbestand, durch den Widerspruch des Normzwecks zum zu weitgefassten Tatbestand. Grund der planwidrigen Lücke bei der zweiten Gruppe ist der Widerspruch des Tatbestandes mit einer anderen Norm bzw mit einem dem Tatbestand fremden Prinzip.

4.5.3.2.2 Die Diskussion über ein „Verbot der teleologischen Reduktion“ bezieht sich ausschließlich auf die erste der beiden Gruppen von teleologischen Reduktionsarten nach der *Brandenburgischen* Einteilung

Bei der oben dargestellten Diskussion⁶⁴³ über das Bestehen des „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ im Verbraucherrecht beziehen sich diejenigen, die sich für eine teleologische Reduktion aussprechen, vor allem auf jenen Teil der ErläutRV zum KSchG, in welchen es heißt: *„Es muss der Rechtsprechung überlassen werden, für einen Fall nicht einfach den Umkehrschluss zu ziehen, wenn auf ihn die Merkmale der gesetzlichen Umschreibung nicht ganz zutreffen, sondern die im Gesetz für den typischen Fall zum Ausdruck kommenden Wertungen auch auf andere Fälle anzuwenden, auf die sie passen (möglicherweise kann sich umgekehrt eine teleologische Reduktion des Geltungsbereichs ergeben, wenn ein Fall, in dem die gesetzlichen Geltungsmerkmale verwirklicht sind, gänzlich verschieden ist von dem Typ, der dem Gesetzgeber bei seiner Regelung vorgeschwebt ist).“*

Und von jenen, die sich für ein Verbot aussprechen,⁶⁴⁴ werden folgende Argumente ins Treffen geführt:

- Die Möglichkeit den Grundtatbestand des KSchG auf Grund einer im Einzelfall nicht gegebenen Ungleichgewichtslage zu reduzieren, würde zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen. Bis zur Entscheidung des Richters wäre kaum Klarheit darüber zu erzielen, nach welchen Vorschriften ein Geschäft zu

⁶⁴³ Siehe Kapitel VII.4.5.2 *Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw „Verbot der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht* (Seite 226).

⁶⁴⁴ Hierbei ist abermals, wie bereits bei Fußnote 623 (Seite 230), darauf hinzuweisen, dass in der Lehre nicht der Begriff „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ verwendet wird, sondern dieser vom Verfasser der vorliegenden Arbeit aus Gründen der Vereinfachung und um komplizierte Formulierungen zu verwenden angewendet wird. Mit „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ ist gemeint, dass das grundsätzlich anerkannte methodische Arbeitsmittel der teleologischen Reduktion in der jeweiligen Situation unzulässig ist.

behandeln sei und die richterliche Beurteilung selbst wäre mit zahlreichen Unsicherheitsfaktoren behaftet. Gerade dies war ja aber auch die Sorge des Gesetzgebers, die ihn dazu veranlasst hat, einen handlicheren Grundtatbestand zu entwickeln.⁶⁴⁵

- Bereits auf Grund der Vielzahl der verschiedensten Umstände, die eine Unterlegenheit auslösen können, aus der Vielfalt ihrer Kombinierbarkeit sowie ihrer Intensitätsstufen, wird die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter einen, wie auch immer formulierten, allgemeinen Unterlegenheitstatbestand größte, oft unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten.⁶⁴⁶

Abstrakt formuliert wurde in obiger Diskussion somit über die Frage gestritten, ob ein teilweise textlich zu weit gefasster Tatbestand, nämlich der KSchG-Grundtatbestand des § 1 KSchG, durch dessen Zweck, Schutz in Fällen von Ungleichgewichtssituationen zu gewähren, teleologisch reduziert werden kann, sodass jene Sachverhalte, in welchen keine Ungleichgewichtslage vorliegt, von dieser Bestimmung ausgeklammert werden.

Für die Einteilung der teleologischen Reduktion in die im vorangegangenen Kapitel beschriebenen Gruppen bedeutet dies, dass innerhalb der Diskussion über das „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ innerhalb des Verbraucherrechts, lediglich die erste Gruppe der teleologischen Reduktion behandelt wurde, bei welcher die Norm durch den ihr zugehörigen Zweck eingeschränkt wird. Die zweite Gruppe, die durch die Einschränkung einer Norm durch eine andere Norm oder normfremde Prinzipien charakterisiert ist, wurde von dieser Diskussion nicht erfasst.

4.5.3.2.3 Die teleologische Reduktion von § 617 Abs 1 ZPO gehört zur zweiten Gruppe teleologischer Reduktionsarten nach der *Brandenburgischen* Einteilung

In den Kapiteln VII.4.1 bis VII.4.4 wurde gezeigt, dass der Gesetzgeber bei der Schaffung des § 617 Abs 1 ZPO, welcher bestimmt, dass Verbraucher mit Unternehmern wirksam nur über bereits entstandene Streitigkeiten Schiedsvereinbarung schließen können, eine systemwidrige Lücke geschaffen hat, indem er für GmbH-Gesellschafter keine Ausnahmeregelung geschaffen hat. Diese Lücke macht es

⁶⁴⁵ Welser in *Krejci*, Handbuch KSchG 196; Welser, JBl 1980, 2.

⁶⁴⁶ *Krejci* in *Krejci*, Handbuch KSchG 238.

notwendig § 617 Abs 1 ZPO teleologisch zu reduzieren. Die Begründung, weshalb hier eine Lücke besteht bzw eine Ausnahmebestimmung fehlt, geht weder auf den Zweck des § 617 Abs 1 ZPO noch auf jenen des § 1 KSchG zurück, sondern fußt auf der Konkurrenz zwischen § 617 Abs 1 ZPO und dem Willen des Gesetzgebers, dass für die Entscheidung von gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten bereits im Gesellschaftsvertrag, insbesondere im GmbH-Gesellschaftsvertrag, mittels Schiedsklauseln Schiedsgerichte angeordnet werden können.

Die angestrebte teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO versucht somit nicht, § 617 Abs 1 ZPO durch den ihr zugehörigen Zweck einzuschränken, sondern gründet sich auf dem Widerspruch zwischen der zu reduzierenden Norm und einem aus anderen Normen ableitbaren Prinzip. Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO ist somit der zweiten Gruppe der teleologischen Reduktionsarten zuzuordnen.

4.5.3.2.4 Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO verwirklicht keine der Gefahren, die das „Verbot der teleologischen Reduktion“ zu verhindern versucht

Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO entspricht somit nicht jener Art von teleologischer Reduktion, an welche die Befürworter des „Verbotes der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht gedacht haben. Dies alleine reicht jedoch noch nicht abschließend aus, um alle Zweifel auszuräumen, dass die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO keinem Verbot unterliegt.

Die Anwendung des im Verbraucherrecht eventuell bestehenden „Verbotes der teleologischen Reduktion“ kann dann für die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO ausgeschlossen werden, wenn die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO nicht dem Sinn und Zweck widerspricht, welcher hinter dem eventuell im Verbraucherrecht bestehenden „Verbot der teleologischen Reduktion“ steht.

Wie in den vorangegangenen Unterkapiteln gezeigt wurde, soll mit dem „Verbot der teleologischen Reduktion“ verhindert werden, dass das Gericht feststellen muss, ob im konkreten Fall eine Ungleichgewichtslage tatsächlich besteht. Für die Frage, ob

Verbraucherbestimmungen auf einen konkreten Sachverhalt anzuwenden sind, soll lediglich jene Sachverhaltsfeststellung notwendig sein, die für die Beantwortung der Rechtsfrage, ob die Parteien unter die jeweiligen formalen Tatbestandselemente des § 1 Abs 1 KSchG subsumiert werden können, gebraucht wird. Der Zweck des „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ besteht somit darin, die Klärung der Rechtsfrage, ob ein Verbrauchergeschäft vorliegt oder nicht, von einer schwierigen und zeitaufwendigen Sachverhaltsfeststellung zu befreien. Weiters soll im Sinne der Rechtsklarheit vermieden werden, dass der Rechtsunterworfene sich in Unkenntnis darüber befindet, welche Rechtsregeln auf ihn Anwendung finden.⁶⁴⁷

Die teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO setzt sich dagegen nicht mit gegebenen oder nicht gegebenen Ungleichgewichtslagen in Einzelfällen auseinander, sondern ist ausschließlich mit der Rechtsfrage verbunden, ob der sich aus anderen Normen und den dazugehörigen Materialien ableitbare Wille des Gesetzgebers eine Reduzierung des § 617 Abs 1 ZPO rechtfertigt.

Nun könnte eingewendet werden, dass eine Ausweitung des „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ hin zu einem absoluten „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ im Verbraucherrecht, welches auch die teleologische Reduktionsart der zweiten Gruppe umfassen würde, zu mehr Rechtsklarheit führen würde, da der Rechtsunterworfene genau wüsste, dass er als GmbH-Gesellschafter immer als Verbraucher anzusehen ist und daher wirksam keine Schiedsklauseln im Gesellschaftsvertrag schließen kann.

Doch muss in diesem Zusammenhang die Rechtsunklarheit, die durch die Schwierigkeit der Sachverhaltsfeststellung gekennzeichnet ist, von der Rechtsunklarheit, die in Verbindung mit der Schwierigkeit der Lösung einer konkreten Rechtsfrage steht, unterschieden werden. Rechtsunsicherheit, die durch unzureichend bestimmte und daher konkretisierungsbedürftige Gesetzesbegriffe entsteht, kann durch den OGH auf Grund

⁶⁴⁷ Vgl diesbezüglich Kapitel VII.4.5.2 *Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw. „Verbot der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht.*

seiner Leitfunktion behoben werden.⁶⁴⁸ Sobald der OGH über die Frage, ob ein GmbH-Gesellschafter, dem Verbrauchereigenschaft im Sinne des § 1 KSchG zukommt, wirksam mittels Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen ein Schiedsgericht für zukünftige Streitigkeiten anordnen kann, entschieden hat, gibt es keine Möglichkeit „Verbraucher“-Prozesse mit dieser Rechtsfrage zum Nachteil des Verbrauchers in die Länge zu ziehen. Diese Möglichkeit besteht bei der Rechtsunklarheit, die ihren Grund in der Problematik der Sachverhaltsfeststellung findet, jedoch nicht. Jeder einzelne Fall bringt einen einzigartigen Sachverhalt mit sich, der in jedem einzelnen Prozess eigens festgestellt werden muss.

Dies zu verhindern ist aber der Sinn und Zweck des für das Verbraucherrecht eventuell bestehenden „*Verbot des teleologischen Reduktion*“. So schreibt diesbezüglich *Krejci*:⁶⁴⁹ *Wie immer man einen allgemeinen Unterlegenheitsbestand auch formulieren wollte: die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes wird meist größte, oft unüberwindbare Schwierigkeiten bereiten. Das ergibt sich schon aus der Vielzahl der verschiedensten Umstände, die eine Unterlegenheit auslösen können, aus der Vielfalt ihrer Kombinierbarkeit sowie ihrer Intensitätsstufen: Es gibt die mannigfachsten Formen fachlicher, psychischer und physischer, intellektueller, wirtschaftlicher oder rechtlicher Überlegenheit. Die Überlegenheitssituation schaffenden Umstände können in den verschiedensten Varianten und Kombinationen auftreten und können einmal entscheidendes, dann gravierendes oder auch nur geringfügiges „Gewicht“ haben. Sie können bei ein und derselben Person auf die mannigfachste Art und Weise variieren, je nachdem, in welcher Angelegenheit die Person zu welchem Zeitpunkt, in welcher wirtschaftlichen, persönlichen oder sonstigen Situation sie dem einen oder anderen Verhandlungspartner gegenübersteht. Auch wird es nur selten vorkommen, dass einander zwei Vertragsparteien in völligem Verhandlungsgleichgewicht begegnen. Immer wieder wird dem einen gegenüber dem anderen situationsbedingt der eine oder andere Vorteil nützlich, der einen oder andere Nachteil schädlich sein. Wir haben es stets nicht allein mit einem „Ob“ der Unterlegenheit zu tun, immer wieder stellt sich auch die Frage nach dem Inwieweit. Wo aber liegt für den Fall, dass man konkrete*

⁶⁴⁸ Zur Leitfunktion des OGH vgl etwa *Rechberger/Simotta*, Zivilprozess⁷ Rz 1037ff.

⁶⁴⁹ *Krejci* in *Krejci*, Handbuch KSchG 238.

Unterlegenheitssituationen messen wollte, die Grenze und der Maßstab für die „typische“ bzw. „normale“ Unterlegenheit zwischen Verbraucher und Unternehmern? Wollte man im konkreten Fall die Anwendbarkeit der für Verbrauchergeschäfte geschaffenen Rechtsfolgen an einer (wie bestimmbaren?) typischen Unterlegenheitssituation orientieren, dürfte man im Grunde nicht nur in Fällen der Gleichgewichtslage oder der Überlegenheit des Verbrauchers die Anwendung des I. Hauptstückes des KSchG ablehnen; man müsste vielmehr in Fällen, in denen zwar eine Ungleichgewichtslage zwischen Verbraucher und Unternehmer vorliegt aber eben nicht die typische, für § 1 KSchG beachtliche an der Anwendung des I. Hauptstückes zweifeln. Für all derlei Prüfungen fehlen jedoch die Maßstäbe. Je umfassender der ungemein entwicklungsfähige Komplex eventuell zu prüfender Umstände wäre, desto problematischer würde die Gesetzesanwendung.

Diese Probleme stellen sich jedoch bei der Rechtsfrage, ob § 617 Abs 1 ZPO durch den aus anderen Normen und dazugehörigen Materialien ableitbaren Willen des Gesetzgebers reduziert werden soll,⁶⁵⁰ nicht, da sich hierbei die Problematik über eine im konkreten Einzelfall tatsächlich gegebene oder nicht gegebene Ungleichgewichtslage nicht stellt.

Auch die Gefahr, dass durch die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO die Verfahrensdauer zu Lasten des Verbrauchers erheblich verlängert werden könnte, besteht nicht. Die durch das „Verbot der teleologischen Reduktion“ bezweckte Verhinderung einer schwierigen und zeitaufwendigen Sachverhaltsfeststellung, wird durch die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO nicht berührt. Aber nur diese kann zu einer erheblichen Verlängerung der Verfahrensdauer führen. Für die Klärung der Rechtsfrage, die sich hinter der teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO verbirgt, benötigt das Gericht keine besonderen zeitaufwendigen Sachverhaltsfeststellungen, sondern nur den Zeitaufwand für die Lösung der zugegebenermaßen komplizierten Denkaufgabe, wie er für jede andere komplexe Rechtsfrage ebenfalls aufgewendet werden muss.

⁶⁵⁰ Wenn von der teleologischen Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO gesprochen wird, so ist damit immer gemeint, dass der Gesellschafter, insbesondere der GmbH-Gesellschafter, welcher Verbrauchereigenschaft aufweist, von der Anwendung des § 617 Abs 1 ZPO auszunehmen ist.

Zusammenfassend kann also festgehalten werden, dass die Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO dem Sinn und Zweck des „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ und somit auch nicht dem Sinn und Zweck des im Verbraucherrecht bestehenden Prinzips des Vorrangs der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit nicht widerspricht.

4.5.4 Resümee: Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO widerspricht nicht einem eventuell im Verbraucherrecht bestehenden „*Verbot der teleologischen Reduktion*“

Die Frage, ob im Verbraucherrecht ein „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ besteht, ist umstritten.⁶⁵¹ Geht man davon aus, dass im Verbraucherrecht ein „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ besteht, so muss zwischen mehreren Arten von teleologischer Reduktion unterschieden werden, die wiederum in zwei Gruppen aufgeteilt werden können. Bei der teleologischen Reduktion der ersten Gruppe wird die zu reduzierende Norm deshalb eingeschränkt, da die textliche Fassung der Norm weiter reicht als der Zweck derselben. Bei der teleologischen Reduktion der zweiten Gruppe erfolgt die Einschränkung der Norm auf Grund des Widerspruchs der zu reduzierenden Norm zu einer anderen Norm. Es wurde gezeigt, dass die Überlegungen eines „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ nur auf die erste Gruppe teleologischer Reduktionsarten gerichtet sind, die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO dagegen der zweiten Gruppe zuzuordnen ist, welche von der Diskussion über ein „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ nicht erfasst ist.

Weiters wurde gezeigt, dass der Zweck eines eventuell im Verbraucherrecht bestehenden „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ durch die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO nicht verletzt wird. Zweck des „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“ ist es, Rechtsunsicherheit und Rechtsunklarheit dadurch zu vermeiden, indem die ansonsten notwendige, zeitaufwendige und anhand sachgerechter Kriterien kaum lösbare Sachverhaltsfrage, ob im jeweiligen Einzelfall tatsächlich eine Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien vorliegt, ausgeschlossen wird. So könnte

⁶⁵¹ Siehe Kapitel VII.4.5.2 *Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw. „Verbot der teleologischen Reduktion“ im Verbraucherrecht.*

es ohne „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ auf Grund der komplizierten Feststellung, ob im konkreten Einzelfall eine Ungleichgewichtslage zwischen den Parteien besteht, in den einzelnen Verbraucher-Prozessen zu einer erheblichen für den Verbraucher nachteiligen Verlängerung der Verfahrensdauer kommen. Weiters würde bis zur Sachverhaltsfeststellung durch den Richter, keine Klarheit darüber bestehen, ob ein bestimmtes Rechtsverhältnis den Bestimmungen des Verbraucherrechts unterliegt.

All diese dem Sinn und Zweck des § 1 KSchG widersprechenden Gefahren sollen durch das „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ entschärft werden. Da die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO diese Gefahren nicht verletzt, widerspricht sie aber auch nicht dem Zweck des eventuell im Verbraucherrecht bestehenden „*Verbotes der teleologischen Reduktion*“.

Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO ist somit nicht von einem eventuell im Verbraucherrecht bestehenden „*Verbot der teleologischen Reduktion*“ umfasst und steht im Einklang mit dem Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit. Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO ist daher zulässig.

4.6 Resümee: § 617 Abs 1 ZPO ist teleologisch zu reduzieren

Es wurde gezeigt, dass es Wille des Gesetzgebers ist, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten, insbesondere jene der GmbH, vor Schiedsgerichten entschieden werden können sollen. Es wurde gezeigt, dass dieser gesetzgeberische Wille in Konkurrenz zur § 617 Abs 1 ZPO steht. Es wurde gezeigt, dass diese Konkurrenz dem Gesetzgeber nicht bewusst war. Es wurde gezeigt, dass das Interesse des Gesetzgebers, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten durch Schiedsgerichte entschieden werden können, höher wiegt als das nicht vorhandene Interesse Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft durch § 617 Abs 1 ZPO zu schützen. Es wurde somit gezeigt, dass der Gesetzgeber, wenn er an diese Konkurrenz Bedacht genommen hätte, den Verbraucher-Gesellschafter, insbesondere den GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft, von § 617 Abs 1 ZPO ausgenommen hätte. Es wurde gezeigt,

dass das der im Verbraucherrecht umstrittene Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit, nicht auf die Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO anzuwenden ist.

Es wurde somit gezeigt, dass § 617 Abs 1 ZPO teleologisch zu reduzieren ist, sodass GmbH-Gesellschafter, auch wenn sie als Verbraucher gemäß § 1 Abs 1 Z 2 KSchG betrachtet werden, von dieser Bestimmung auszunehmen sind und daher wirksam Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen auch über zukünftige Streitigkeiten vereinbaren können.

5 Eigene Stellungnahme zur Frage, ob die restlichen Bestimmungen des § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen anzuwenden sind?

Wie im vorangegangenen Kapitel⁶⁵² aufwendig gezeigt worden ist, vertrete ich die Auffassung, dass § 617 Abs 1 ZPO teleologisch zu reduzieren ist, sodass GmbH-Gesellschafter wirksam Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen hinsichtlich zukünftiger Streitigkeiten vereinbaren können, auch wenn ihnen Verbrauchereigenschaft nach § 1 Abs 1 Z 2 KSchG zukommt. Die dabei entwickelten Gedanken können zum größten Teil auch auf die Beantwortung der Frage angewendet werden, ob die restlichen Bestimmungen des § 617 ZPO⁶⁵³ auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen anzuwenden sind.⁶⁵⁴

5.1 Zu § 617 Abs 2 ZPO

Wie § 617 Abs 1 ZPO steht auch § 617 Abs 2 ZPO im Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention, dass Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschafter, ihre aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten vor einem

⁶⁵² Kapitel VII.4 *Eigene Stellungnahme zur Frage, ob § 617 Abs 1 ZPO auf GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft Anwendung findet.*

⁶⁵³ Gemeint sind die Absätze 2 bis 7.

⁶⁵⁴ Dies erklärt die in der Gliederung vorgenommene Abgrenzung zwischen § 617 Abs 1 ZPO und § 617 Abs 2 bis 7 ZPO.

Schiedsgericht wirksam entscheiden lassen können.⁶⁵⁵ Anders wie § 617 Abs 1 ZPO steht jedoch § 617 Abs 2 ZPO nicht „nur“ im Widerspruch zu der eben dargestellten, aus dem Gesetz und den dazugehörigen Materialien indirekt ableitbaren gesetzgeberischen Intention,⁶⁵⁶ sondern auch im direkten Widerspruch zu einer konkreten Bestimmung (§ 581 Abs 2 ZPO). § 581 Abs 2 ZPO bestimmt im Anschluss an die in § 581 Abs 1 ZPO geregelte Legaldefinition über die Schiedsvereinbarung, dass die Bestimmungen des vierten Abschnittes der ZPO⁶⁵⁷ auf Schiedsgerichte sinngemäß anzuwenden sind, die in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügung oder andere nicht auf Vereinbarung der Parteien beruhende Rechtsgeschäfte oder durch Statuten angeordnet werden. Wie *Reiner*⁶⁵⁸ und *Öhlberger*⁶⁵⁹ bereits richtig gezeigt haben, würde § 581 Abs 2 ZPO hinsichtlich der dort angeordneten Möglichkeit, Schiedsgerichte auch in Statuten anzuordnen, durch § 617 Abs 2 ZPO ad absurdum geführt werden. Da nämlich ein Gesellschaftsvertrag neben der Schiedsklausel immer auch Bestimmungen enthält, die sich nicht auf das Schiedsverfahren beziehen, wäre es somit unmöglich, in Satzungen die Erledigung von Streitigkeiten durch Schiedsgerichte vorzusehen.⁶⁶⁰

Dass der Gesetzgeber diese Problematik übersehen hat, wurde bereits in Kapitel VII.4.3 „*Der Gesetzgeber hat an den besonderen Fall der Verbraucher-Gesellschafter bei der Schaffung des § 617 ZPO nicht gedacht*“ gezeigt und braucht daher an dieser Stelle nicht näher erläutert werden.

Anders als noch bei § 617 Abs 1 ZPO bietet für den hier vorliegenden Konflikt jedoch § 581 Abs 2 ZPO bereits die Lösung für die Frage, ob § 617 Abs 2 ZPO für Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschafter, Anwendung findet. *Öhlberger*⁶⁶¹

⁶⁵⁵ Hinsichtlich der konkreten Problematik zwischen § 617 Abs 2 ZPO und der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit siehe Kapitel VII.2.2.3.

⁶⁵⁶ Die dargestellte gesetzgeberische Intention, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten entschieden werden können, leitet sich nur indirekt aus dem Gesetz und den Materialien ab; siehe diesbezüglich Kapitel VII.4.1.2 *Erhebliches gesetzgeberisches Interesse, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können*.

⁶⁵⁷ Das sind die Bestimmungen über das Schiedsverfahren: § 577 bis 618 ZPO.

⁶⁵⁸ *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151 (168).

⁶⁵⁹ *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51(52).

⁶⁶⁰ *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151 (168).

⁶⁶¹ *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51 (51f).

hat gezeigt, dass mit dem im § 581 Abs 2 ZPO verwendeten Begriff „sinngemäße anzuwenden“ zu verstehen ist, dass Schiedsverfahrensbestimmungen, die systematisch nicht zum Verbandsrecht und zu Anordnung von Statuten passen, auf statutarische Schiedsgerichte nicht anzuwenden sind.⁶⁶²

§ 617 Abs 2 ZPO verhindert aber per se, dass Schiedsgerichte in Statuten angeordnet werden können, und ist daher systematisch unpassend und folge dessen auf diesen Bereich nicht anzuwenden.⁶⁶³

Für den Bereich der GmbH ist noch ein weiteres Argument anzuführen, welches für eine Ausnahme statutarischer Schiedsvereinbarungen von der Bestimmung des § 617 Abs 2 ZPO spricht: Der vom Gesetzgeber mit § 617 Abs 2 ZPO verfolgte Schutzzweck wird bereits durch die für den Abschluss eines GmbH-Vertrages vorgesehene Notariatsaktpflicht erfüllt. Sinn und Zweck des § 617 Abs 2 ZPO besteht darin, zu verhindern, dass der Verbraucher die in einem Vertragswerk eingebaute Schiedsklauseln übersieht und ihm dadurch entgegen seinem eigentlichen Willen der Zugang zur ordentlichen Gerichtsbarkeit verwehrt wird. § 617 ZPO will somit Bewusstsein auf Seiten des Verbrauchers schaffen, dass das von ihm abschließende Rechtsgeschäft eine Schiedsvereinbarung beinhaltet. Diesem Zweck wird aber bereits mit der für den Abschluss eines GmbH-Gesellschaftsvertrages vorgesehenen Notariatsaktpflicht Genüge getan, da auf Grund dieser der Notar sämtliche Gesellschafter gemäß § 52 NO über die einzelnen Bestimmungen und deren Auswirkungen zu belehren hat. Diese Belehrungspflicht umfasst auch die Aufklärung über die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Schiedsklausel.⁶⁶⁴

⁶⁶² Der Auffassung von *Öhlberger* kann jedoch nur insoweit gefolgt werden, solange dem § 581 Abs 2 ZPO ausschließlich Auswirkungskraft auf andere Formvorschriften zugestanden wird. Es würde jedoch zu weit gehen, wenn aus dem in § 581 Abs 2 ZPO verwendeten Begriff „sinngemäß anzuwenden“ auch abgeleitet werden würde, dass auch Bestimmungen, die die objektive Schiedsfähigkeit einschränken, wie etwa § 617 Abs 1 ZPO, auf statutarische Schiedsgerichte nicht angewendet werden können. Das sich § 581 Abs 2 ZPO nur auf Formvorschriften bezieht, geht bereits aus der systematischen Positionierung dieser Bestimmung hervor: § 581 Abs 2 ZPO folgt § 581 Abs 1 ZPO, in welchem zum einen die Schiedsvereinbarung definiert wird und zum anderen die Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen bestimmt werden.

⁶⁶³ Vgl auch *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151 (168)

⁶⁶⁴ Vgl diesbezüglich das Kapitel VII.4.4.2.4 *Notariatsaktpflicht bei GmbH-Gesellschaftsverträgen ersetzt nicht den durch § 617 Abs 1 ZPO vorgesehenen Schutz, doch kommt diesem nahe.*

§ 617 Abs 2 ZPO findet daher keine Anwendung auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen, unabhängig davon, ob ausschließlich, teilweise oder keine Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft daran beteiligt sind.

5.2 Zu § 617 Abs 3 ZPO

Wie im Kapitel VII.2.3 gezeigt wurde, stellt § 617 Abs 3 ZPO für Schiedsklauseln innerhalb des GmbH-Gesellschaftsvertrages kein Hindernis dar und braucht daher an dieser Stelle nicht näher diskutiert werden.

5.3 Zu § 617 Abs 4 ZPO

Auch diese Bestimmung steht nicht im Widerspruch mit der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit.⁶⁶⁵

5.4 Zu § 617 Abs 5 ZPO

Auch bei § 617 Abs 5 ZPO zeigt sich, dass der Gesetzgeber nicht auf die Problematik zwischen § 617 ZPO und der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit Bedacht genommen hat.⁶⁶⁶ Sobald zwei Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft beim Abschluss des Gesellschaftsvertrages einer GmbH beteiligt sind, die bei Abschluss des Gesellschaftsvertrages oder zum Zeitpunkt, zu dem eine Klage anhängig gemacht wird, ihren Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort in unterschiedlichen Staaten haben, könnte derjenige Verbraucher-Gesellschafter die Schiedsvereinbarung für unwirksam erklären, der seinen Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort nicht in jenem Staat hat, in welchem der Sitz des Schiedsgerichtes gelegen ist. Diese gesetzliche Bestimmung steht somit gleich wie § 617 Abs 1 und 2 ZPO im Widerspruch zur gesetzgeberischen Intention⁶⁶⁷, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Wege der Schiedsgerichtsbarkeit entschieden werden können. Wie bei § 617 Abs 1 ZPO stellt sich auch hier die Frage, ob der Gesetzgeber für § 617 Abs 5 ZPO eine Ausnahmebestimmung hinsichtlich Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen

⁶⁶⁵ Siehe Kapitel VII.2.4 § 617 Abs 4 und 5 ZPO.

⁶⁶⁶ Ausführlich zu dieser These Kapitel VII.4.1 *Konkurrenz zwischen § 617 Abs 1 und dem Willen des Gesetzgebers, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten in Gesellschaftsverträgen grundsätzlich angeordnet werden können.*

⁶⁶⁷ Siehe diesbezüglich Kapitel VII.4.1.2 *Erhebliches gesetzgeberisches Interesse, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.*

geschaffen hätte, wenn er auf die Problematik zwischen § 617 ZPO und der gesellschaftsrechtlichen Schiedsgerichtsbarkeit Bedacht genommen hätte.

Um diese Frage beantworten zu können, muss das Interesse des Gesetzgebers, Gesellschaftern, die unter den Verbraucherbegriff des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG fallen, den Schutz des § 617 Abs 5 ZPO zukommen zu lassen, der gesetzgeberischen Intention gegenübergestellt werden, nach welcher Gesellschafter ihre Streitigkeiten im Wege der (Handels-)Schiedsgerichtsbarkeit lösen können sollen.

Bereits in den Kapiteln VII.4.3.2 und VII.4.4.2.2 wurde gezeigt, dass der Gesetzgeber den Gesellschafter, insbesondere den GmbH-Gesellschafter, nicht zur Kernzielgruppe des § 617 Abs 1 ZPO zählt, sondern mit dieser Bestimmung den klassischen Verbraucher, worunter eben nicht der GmbH-Gesellschafter zu verstehen ist, vor der stark an der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit orientierten österreichischen Schiedsgerichtsbarkeit größtenteils ausnehmen und dadurch schützen wollte. Da die in den oben erwähnten Kapiteln entwickelten Argumente nicht ausschließlich auf § 617 Abs 1 ZPO zugeschnitten sind, sondern auch auf die weiter gehende Frage angewendet werden können, ob der Gesetzgeber den Gesellschafter, insbesondere den GmbH-Gesellschafter, als klassischen Verbraucher ansieht und ihn deshalb durch Schutzbestimmungen im Bereich der sehr privatautonom strukturierten Schiedsgerichtsbarkeit ausschließen wollte, können die zu § 617 Abs 1 ZPO vorgebrachten Argumente ohne weiteres auch auf § 617 Abs 5 ZPO angewendet werden.

Ein besonderes Interesse des Gesetzgebers, dass der GmbH-Gesellschafter mit Verbrauchereigenschaft dem § 617 Abs 5 ZPO unterliegen soll, ist somit nicht ersichtlich. Dem steht das, wie oben⁶⁶⁸ bereits ausführlich gezeigt wurde, Interesse des Gesetzgebers gegenüber, dass Gesellschafter, insbesondere GmbH-Gesellschafter, ihre aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht entscheiden lassen können. Wie bei § 617 Abs 1 ZPO führt die Interessensabwägung

⁶⁶⁸ VII.4.1.2 *Erhebliches gesetzgeberisches Interesse, dass gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten grundsätzlich durch Schiedsgerichte entschieden werden können.*

somit zum Ergebnis, dass der Gesetzgeber bei Bedachtnahme auf die sich aus § 617 Abs 5 ZPO ergebende Problematik auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen den GmbH-Gesellschafter von dieser Bestimmung ausgenommen hätte. § 617 Abs 5 ZPO ist daher in diesem Sinne teleologisch⁶⁶⁹ zu reduzieren.

5.5 Zu § 617 Abs 6 und 7 ZPO

Auch § 617 Abs 6 und 7 ZPO stellt für die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit keine besondere Problematik dar.⁶⁷⁰

6 Zusammenfassung der eigenen Stellungnahmen: Bei richtiger methodischer Auslegung (iwS)⁶⁷¹ stellt § 617 ZPO für Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen kein Hindernis dar.

Auch wenn der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher gemäß § 1 Abs 1 Z 2 KSchG betrachtet wird,⁶⁷² hindert keine der Bestimmungen des § 617 ZPO,⁶⁷³ dass in GmbH-Gesellschaftsverträgen Schiedsklauseln verbindlich verankert werden können und Schiedsgerichte Folge dessen wirksam über die jeweiligen von der Schiedsklausel erfassten gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten wirksam entscheiden können. Für die diesbezügliche Begründung der einzelnen Bestimmungen wird auf die jeweiligen Zusammenfassungen der einzelnen Kapitel zu den jeweiligen Bestimmungen verwiesen.⁶⁷⁴

⁶⁶⁹ Zur Problematik der teleologischen Reduktion bei Verbraucherschutzbestimmungen siehe Kapitel VII.4.5 *Der Vorrang der Rechtssicherheit gegenüber der Einzelfallgerechtigkeit bzw das „Verbot der teleologischen Reduktion“* hindert nicht § 617 Abs 1 ZPO reduzierend auszulegen.

⁶⁷⁰ Siehe Kapitel VII.2.5 § 617 Abs 6 ZPO und Kapitel VII.2.6 § 617 Abs 7 ZPO.

⁶⁷¹ Was unter Auslegung iwS gemeint ist, wird in Kapitel VII.4.5.1 *Methodische Vorbemerkung* erklärt, siehe Fußnote 611 (Seite 224).

⁶⁷² Siehe Kapitel VI *Verbrauchereigenschaft von GmbH-Gesellschaftern*.

⁶⁷³ Problematisch sind in diesem Zusammenhang die Absätze 1,2 und 5 des § 617 ZPO.

⁶⁷⁴ Für § 617 Abs 1 ZPO siehe Kapitel VII.4.6 Resümee: § 617 Abs 1 ZPO ist teleologisch zu reduzieren (Seite 245);

für § 617 Abs 2 ZPO siehe Kapitel VII.5.1 *Zu § 617 Abs 2 ZPO* (Seite 246);

für § 617 Abs 5 ZPO siehe Kapitel VII.5.4 *Zu § 617 Abs 5 ZPO* (Seite 248).

Zusammenfassung/Abstract

Die vorliegende Arbeit beschäftigt sich mit der Frage, ob die mit dem SchiedsRÄG 2006 eingeführten Verbraucherschutzbestimmungen des § 617 ZPO auf in GmbH-Gesellschaftsverträge enthaltenen Schiedsklauseln, die Schiedsgerichte zur wirksamen Erledigung der aus dem Gesellschaftsverhältnis der GmbH entspringenden Streitigkeiten anordnen, anzuwenden sind. Die Beantwortung dieser Frage hat für die vertragsgestaltende Praxis erhebliche Bedeutung. Im Rampenlicht steht vor allem § 617 Abs 1 ZPO, welcher anordnet, dass Verbraucher nur über bereits entstandene Streitigkeiten eine Schiedsvereinbarung schließen können. Da Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen sich grundsätzlich ausschließlich auf in Zukunft erst entstehen werdende Streitigkeiten beziehen, hätte die Anwendung von § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen der GmbH zur Folge, dass die von den Gesellschaftern vorgenommene Anordnung, dass ein Schiedsgericht mit all den damit verbundenen Vor- und Nachteilen entscheiden soll, unwirksam wäre.

Für die Untersuchung dieser Frage wurde in einem ersten Schritt die rechtlichen Möglichkeiten vor und nach dem SchiedsRÄG 2006 analysiert, unter welchen Bedingungen Schiedsgerichte wirksam für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten angeordnet werden können. Dabei wurde das Ergebnis erzielt, dass bereits vor dem SchiedsRÄG 2006 gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten zu einem beachtlichen Teil von Schiedsgerichten entschieden werden konnten. Durch das SchiedsRÄG 2006 und die damit verbundene Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit wurden diese Möglichkeiten noch weiter vergrößert.

Weiters wurde die Entwicklung des Verbraucherschutzes im Schiedsrecht dargestellt, wobei dabei die Frage im Mittelpunkt stand, welche Gefahren der Gesetzgeber für den Verbraucher in der Schiedsgerichtsbarkeit verwirklicht sieht. Hierbei wurde das Ergebnis erzielt, dass der Gesetzgeber bis zum SchiedsRÄG als Begründung für den Verbraucherschutz bzw den „Schwächerenschutz“, worunter beispielsweise auch das Arbeits- und Mietrecht zu zählen ist, nie konkret erklärt hat, welche Gefahren dieser für den Verbraucher mit der Schiedsgerichtsbarkeit verbunden sieht. Der Gesetzgeber gab jedoch zu erkennen, dass besonders die Wahrung der Freiheit der Willensbildung der

einzelnen Parteien, die sich für die Schiedsgerichtsbarkeit entschließen, entscheidend ist.

Wer Verbraucher ist, wird nicht in § 617 ZPO, sondern in § 1 KSchG bestimmt. Die Frage, ob § 617 ZPO auf Verbraucher überhaupt zur Anwendung kommt, hängt somit von der in Lehre und Rechtsprechung nicht unumstrittenen Frage ab, ob der GmbH-Gesellschafter als Verbraucher im Sinne des § 1 KSchG anzusehen ist. Dadurch dass der OGH sich hinsichtlich der Verbraucher-/Unternehmerqualifikation des Alleingesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH vom Trennungsprinzip abgewendet hat und diesen nicht als Verbraucher qualifizierte, ist Rechtsunsicherheit in Bezug auf diese Frage entstanden. Vom OGH wurde bisher ausschließlich der Alleingesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH als Unternehmer betrachtet. Sowohl den Minderheitsgesellschafter ohne Geschäftsführungskompetenz als auch der mit Prokura ausgestattete Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, der über keine organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis verfügt, wurden als Verbraucher qualifiziert. Von der jüngeren Lehre, die sich grundsätzlich für ein Abstandnehmen vom sich an strengen formalen Kriterien orientierenden Trennungsprinzip zugunsten einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise ausspricht, wird darüber gestritten, ob die Gesellschaftsbeteiligung, die Geschäftsführungskompetenz oder ein Mix aus beidem das ausschlaggebende Kriterium für eine teleologische Beurteilung der Verbraucher-/Unternehmerqualifikation des GmbH-Gesellschafters im Sinne des § 1 Abs 1 KSchG ist. Der Autor der vorliegenden Arbeit vertritt hierbei die Auffassung, dass sobald man sich über das Trennungsprinzip für die Frage der Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters hinwegsetzt – so wie es der OGH hinsichtlich dem Alleingesellschafter-Geschäftsführer getan hat-, dies konsequent auf alle GmbH-Gesellschafter anzuwenden ist; und zwar unabhängig vom Umfang des Beteiligungsumfangs sowie des Bestehens einer Geschäftsführungskompetenz des GmbH-Gesellschafters.

Der größte Teil vorliegender Arbeit stellt die Untersuchung dar, ob § 617 ZPO auch dann auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträge anzuwenden ist, wenn der GmbH-Gesellschafter beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrages als Verbraucher im Sinne des § 1 Abs 1 Z 2 KSchG betrachtet wird. Von Seiten der Rechtsprechung gibt es zu dieser noch relativ jungen Frage noch keine Entscheidungen. Die Lehre dagegen

deckt das Spektrum der möglichen Antworten komplett ab: So sehen die einen, § 617 Abs 1 ZPO auf Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträge anwendbar, wodurch die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit so gut wie tot sei. Andere wiederum sind der Auffassung, dass eine teleologische Reduktion angebracht sei, und § 617 Abs 1 die gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit nicht einschränken würde.

Der Autor vertritt die Auffassung, dass der Gesetzgeber die sich aus dem Zusammenspiel zwischen der Judikatur zur Verbrauchereigenschaft des GmbH-Gesellschafters und der Frage der Anwendbarkeit des § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen ergebende Problematik übersehen hat. Weiters ist der Autor der vorliegenden Arbeit der Auffassung, dass der Gesetzgeber, hätte er auf diese Problematik Bedacht genommen, eine Ausnahmebestimmung für GmbH-Gesellschafter eingeführt hätte, wonach Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen auf sämtliche Bestimmungen des § 617 ZPO ausgenommen worden wären. Daher gelangt der Autor zum Ergebnis, dass § 617 ZPO im Wege der ergänzenden Rechtsfortbildung teleologisch zu reduzieren ist.

Lebenslauf des Autors

Studium

- seit 10/2008 Doktoratsstudium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien: Betreuer: Prof. Rechberger; Thema: Die Problematik des Verbraucherschutzes bei Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen der GmbH
- 12.02.2007 Magister der Rechtswissenschaften
- 10/2005 bis 05/2006 Teilnahme am Austrian Mootcourt (für Zivilrecht): Wiener Vorrunde: Bester mündlicher Vortrag sowie Gesamtsieger; Österreich Finale: Bester Schriftsatz sowie Gesamtsieger
- 03/2002 bis 02/2007 Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Wien

Berufstätigkeit und Praktika

- 25.09.2008 Rechtliche Vertretung des FC Lustenau 1907 vor dem Senat 2 des Österreichischen Fußballbundes
- 11/2007 bis 06/2008 Gerichtsjahr: je 3 Monate Bezirksgericht Josefstadt, 1080 Wien; sowie 09/2008 Staatsanwaltschaft Wien, 1080 Wien; Handelsgericht Wien, 1030 Wien
- 06/2007 Kanzlei KWR, 1220 Wien
Rechtspraktikant
- 10/2004 bis 06/2005 Rechtsanwaltskanzlei Schuppich Sporn und Winischhofer, 1010 Wien; Rechtspraktikant, Tätigkeiten: Rechtsrecherche, Verwaltung der Kanzleibibliothek, Behördengänge
- 07/2005 sowie Rechtsanwaltskanzlei Dr. Klaus Grubhofer, Dornbirn
- 07/2006 bis 08/2006 Rechtspraktikant, Tätigkeit: Rechtsrecherche, Vorbereitung von Schriftsätzen, Mandantenberatung