



Univ.- Ass. MMag. Dr. Martin Trenker • Institut für Zivilgerichtliches Verfahren, Universität Innsbruck

# Abschluss von Schiedsvereinbarungen: Form für die Bevollmächtigung<sup>1</sup>

» RdW 2015/592

Werden Schiedsklauseln von – rechtsgeschäftlichen – Vertretern abgeschlossen, hält das österreichische Recht gleich zwei wesentliche Formgebote bereit, über deren rechtspolitische Berechtigung seit Langem diskutiert wird: Erstens setzt § 1008 ABGB eine Spezialvollmacht voraus, zweitens leitet die hRsp aus § 583 ZPO ab, dass die Vollmacht schriftlich erteilt worden sein muss. Der vorliegende Beitrag untersucht die von diesen Normen tatsächlich ausgehenden Risiken für potenzielle Schiedsparteien, allfällige nachträgliche Heilungsmöglichkeiten sowie die überaus schwierige kollisionsrechtliche Beurteilung.

## 1. Problemaufriss

Nachdem der Schiedsstandort Österreich durch Abkürzung des dreigliedrigen Instanzenzugs für die Aufhebungsklage durch das SchiedsRÄG zumindest in den Augen vieler Praktiker<sup>2</sup> erheblich gestärkt wurde, werden zwei im internationalen Vergleich durchaus bemerkenswerte Formvorschriften für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung durch einen rechtsgeschäftlichen Vertreter weiterhin als gravierendes Problem wahrgenommen.<sup>3</sup>

Erstens sieht § 583 ZPO ein – abgeschwächtes – Schriftlichkeitserfordernis für den Abschluss einer Schiedsvereinbarung vor. Da dieses Formerfordernis nach Ansicht des OGH auch dem Übereilungsschutz dient, wird es auf die Bevollmächtigung zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung ausgedehnt;<sup>4</sup> nach ganz hM<sup>5</sup> ist für die Frage, ob ein Formgebot auch auf die betreffende Vollmachtserteilung „durchschlägt“, nämlich entscheidend, welchen Zweck es verfolgt. Zweitens ordnet § 1008 ABGB an, dass ein Vertreter zur Bestellung eines Schiedsrichters einer Spezial-

vollmacht bedarf. Dies wird von der ganz hM zu Recht *a minore ad maius* auch auf den Abschluss einer Schiedsklausel ausgedehnt.<sup>6</sup>

## 2. Kein Spezialvollmachtserfordernis für Unternehmer

Rechtspolitisch wird § 1008 ABGB freilich heftig kritisiert<sup>7</sup> und wie erwähnt (oben 1.) als zentraler Mangel des geltenden Schiedsrechts angesehen. Noch nicht ausreichend gewürdigt wurde aber die Abhilfe, welche das UGB idZ schafft. § 49 Abs 1 S 2 und § 54 Abs 1 S 2 UGB normieren nämlich, dass bei Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten keine Spezialvollmacht nach § 1008 ABGB erforderlich ist. Vergewärtigt man sich, dass Schiedsvereinbarungen schon wegen der Verbraucherschutzbestimmung des § 617 ZPO im absoluten Regelfall nur zwischen Unternehmern abgeschlossen werden, bleibt vom Spezialvollmachtserfordernis nicht mehr viel übrig. Denn wie im Folgenden näher darzulegen sein wird, ist mE jede unternehmensbezogene Vollmacht entweder eine Prokura oder eine Handlungsvollmacht – *tertium non datur*.<sup>8</sup>

Diese Auffassung ist zugegebenermaßen nicht unumstritten, besonders die sogenannte Generalvollmacht wird vielfach als zivilrechtliche Vollmacht eingestuft;<sup>9</sup> Allerdings legt bereits der Wortlaut des Tatbestands der Handlungsvollmacht in § 54 Abs 1 UGB „[i]st jemand ohne Erteilung der Prokura zum Betrieb eines Unternehmens [...] ermächtigt“ dafür, dass jede unternehmensbezogene Vollmacht, die keine Prokura ist, eine Handlungsvollmacht sein muss. Es ist auch aus teleologischer Sicht nicht einseitig, warum der bezweckte zwingende Vertrauensschutz der Verkehrsteilnehmer im Endeffekt doch der Dispositionsbefugnis des Unternehmers unterliegen soll.

1 Der vorliegende Beitrag stellt eine leicht veränderte Fassung eines Vortrags dar, den der Verfasser beim 15. Graduiertentreffen im internationalen Wirtschaftsrecht am 13. 6. 2014 in Wien gehalten hat und der im Tagungsband *Nueber/Preszlowka/Zwirschmayr, Privatautonomie im Wandel* (2015) 151, erschienen ist.  
2 Krit aber G. Kodek, *Schiedsverfahrensreform: Bitte so nicht!* Zak 2012, 46.  
3 Vgl nur *Oberhammer*, *Schiedsrechts-Änderungsgesetz: Der Rechtsstandort Österreich legt vor*, *ecolex* 2013, 625.  
4 RIS-Justiz RS0019346; RS0017284, zB OGH 8 Ob 4/08h, AnwBl 2008/8165; 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (*Hügel*); 1 Ob 273/00d, JBl 2001, 728; 7 Ob 67/01f, JBl 2002, 50.  
5 RIS-Justiz RS0104095, OGH 4 Ob 144/62, SZ 36/9; 5 Ob 77/98d, EvBl 1998/196, 867; *Strasser in Rummel* I<sup>3</sup> (2000) § 1005 Rz 5; *Rubin*, *Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft*, *ecolex* 2010, 24 mwN.

6 OGH 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (*Hügel*); 2 Ob 235/05f, EvBl 2006/38, 207; 7 Ob 67/01f, JBl 2002, 50; 6 Ob 67/02z, JBl 2003, 327; *Aburumieh/Koller/Pöltner*, *Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen*, *ÖJZ* 2006, 439 (447) uvm.  
7 So zB *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*<sup>8</sup> (2011) Rz 1152: „anachronistische und im internationalen Vergleich einzigartige Vorschrift“.  
8 *U. Torggler*, *Abschied vom Handelsrecht?* (2005) 21; *Schopper/Trenker in U. Torggler*, *UGB* (2013) § 48 Rz 2; *Krebs in MünchKomm HGB* I<sup>3</sup> (2010) Vorbemerkung § 48 Rz 29 ff, mwN auch der Gegenansicht.  
9 *Seikel*, *Umfang, Grenzen und Nachweis der Vertretungsmacht bei privaten und öffentlichen Rechtsträgern in Österreich* (1998) 219; *Krejci*, *Unternehmensrecht*<sup>5</sup> (2013) 299; *Hämmerle/Wünsch*, *Handelsrecht* I<sup>4</sup> (1990) 351; implizit wohl auch RIS-Justiz RS0059852, zB OGH 1 Ob 537/83, ÖZV 1985, 82; 2 Ob 238/09b, GesRZ 2011, 43 (*Frenzel/Schörghofer*); dagegen zu Recht *Krebs in MünchKomm HGB*<sup>3</sup> Vorbemerkung § 48 Rz 30, 81; *U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger*, *UGB Großkommentar I/2* (2014) § 54 Rz 59, je mwN.



Mit dem somit befürworteten *numerus clausus* der unternehmensrechtlichen Vollmachten kaum vereinbar ist ferner jene va in Deutschland weit verbreitete Ansicht, dass eine Handlungsvollmacht nur an Personen erteilt werden kann, die in einer bestimmten Weise ins Unternehmen involviert sind, andernfalls eine bloße Zivilvollmacht vorliege.<sup>10</sup> Diese Auffassung ist aber entschieden abzulehnen: Abgesehen davon, dass sich dafür im Gesetzeswortlaut kein Anhaltspunkt findet, ist es auch in diesem Zusammenhang abzulehnen, den von § 54 UGB bezweckten Vertrauensschutz von Interna des Unternehmens abhängig zu machen, die der Verkehr nicht erkennen kann.<sup>11</sup> Zudem überrascht es, dass die Gegenansicht ihre Auffassung primär historisch begründet, indem auf die angeblich unveränderte Rechtslage zu Art 47 ADHGB verwiesen wird. Denn in der Denkschrift zur Einführung des HGB wird die referierte Einschränkung auf „Unternehmensangehörige“ sogar explizit abgelehnt;<sup>12</sup> von einer Kontinuität der Rechtslage vor und nach Einführung des HGB kann also keine Rede sein, vielmehr spricht die historische Interpretation eindeutig für die hier vertretene Auffassung.

§ 1008 ABGB kommt somit auf Vollmachten eines Unternehmers nicht zur Anwendung. Das gilt etwa auch für den praktisch besonders relevanten Fall der Bevollmächtigung eines Anwalts und auch für ausländische Unternehmer, selbst wenn deren Heimatrechtsordnung keine Handlungsvollmacht kennt. Soweit österreichisches Recht überhaupt auf die Bevollmächtigung zur Anwendung kommt (dazu unten 4.), führt dies nämlich nicht nur zur Geltung von § 1008 ABGB; vielmehr ist mE auch die Ausnahmeregelung für alle unternehmensbezogenen Vollmachten analog anwendbar.<sup>13</sup> § 1008 ABGB ist folglich bei Weitem nicht jene Sprengkraft beizumessen, wie dies in der Schiedspraxis bisweilen geschieht.

### 3. Schriftlichkeitserfordernis gem § 583 ZPO

#### 3.1. Sonderbehandlung für Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen?

Größere Probleme kann dagegen das auf die Vollmacht ausge dehnte Schriftlichkeitserfordernis gem § 583 ZPO bereiten. Die hL<sup>14</sup> geht indes davon aus, dass auch dafür eine Ausnahme für Handlungsbevollmächtigte (und wohl Prokuristen) gelte. Abge-

leitet wird dies wiederum aus dem UGB und zwar aus dem im Zuge des HaRÄG 2005 neu eingefügten 2. HS von § 54 Abs 1 UGB. Darin wird nach zutreffender Lesart klargestellt, dass der Bevollmächtigte für Streitigkeiten aus Rechtsgeschäften, deren Abschluss vom Umfang seiner Vollmacht gem § 54 Abs 1 gedeckt ist, auch Schiedsvereinbarungen treffen kann.<sup>15</sup> Da der Gesetzgeber damit einen Gleichlauf der Anforderungen an die Vollmacht für das Hauptgeschäft und für die Schiedsvereinbarung herstellen wollte und dieser Zweck vereitelt würde, wenn für die Vollmacht für die Schiedsvereinbarung besondere Formvorschriften zur Anwendung gebracht würden, geht die hL kurzer Hand davon aus, dass auch das Schriftformerfordernis entfalle.

Diese Auffassung überschreitet mE die Grenzen zulässiger Interpretation: Auch wenn sowohl der Vollmachtumfang als auch die Einhaltung von Formgeboten Voraussetzungen einer wirksamen Vertretungshandlung sind, kann nicht aus einer Regelung, die im Zweifel (!) für die Wirksamkeit der Schiedsklausel spricht, pauschal auf die Unbeachtlichkeit anderer Mängel geschlossen werden. Dies gilt umso mehr, als die Bestimmung des Vollmachtumfangs nichts mit dem durch das Formgebot bezweckten Übereilungsschutz zu tun hat. Dementsprechend wird das Erfordernis der Schriftlichkeit in den Materialien zu § 54 UGB – geschweige denn im Gesetzeswortlaut – mit keinem Wort erwähnt, obwohl dem Gesetzgeber das Problem keineswegs unbekannt war. Im weitestgehend zeitgleich entstandenen Entwurf zum SchiedsRÄG 2006 sollte ein Durchschlagen des Schriftformerfordernisses auf die zugrunde liegende Vollmacht zwar noch ausgeschlossen werden; diese Regel wurde jedoch letztlich nicht Gesetz. Der HaRÄG-Gesetzgeber hat diese Frage also offensichtlich dem SchiedsRÄG überlassen und mit § 54 Abs 1 keine auch nur implizite Stellungnahme zum Schriftformerfordernis abgegeben. Auch aus der Unanwendbarkeit von § 1008 ABGB auf unternehmerische Stellvertreter (oben 2.) lässt sich für die hM nichts gewinnen. Abgesehen davon, dass diese Ausnahme schon vor dem HaRÄG in Art 6 Nr 10 EVHGB verankert war, betreffen das Spezialvollmachten- und das Schriftlichkeitserfordernis zwei völlig unterschiedliche Problembereiche, die seit jeher streng voneinander getrennt wurden.<sup>16</sup>

Zusammengefasst hat der OGH der dargestellten Lehrmeinung aus den genannten Gründen – wenn auch nur *obiter* – völlig zu Recht eine Absage erteilt und wendet das Schriftlichkeitserfordernis weiterhin auch auf Handlungsbevollmächtigte an.<sup>17</sup> Einer rechtlichen Grundlage entbehrt dagegen ein anderes *obi-*

<sup>10</sup> K. Schmidt, Handelsrecht Unternehmensrecht I<sup>6</sup> (2014) § 16 Rz 89; Krebs in MünchKomm HGB<sup>3</sup> Vorbemerkung § 48 Rz 22 ff, § 54 Rz 10; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB<sup>36</sup> (2014) § 54 Rz 1; Koller, Abschluss von Schiedsvereinbarungen durch rechtsgeschäftliche Vertreter – Problemfelder de lege lata, *ecolex* 2011, 878 (880) uvm.

<sup>11</sup> So bereits Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs 1897, 50.

<sup>12</sup> Denkschrift 50.

<sup>13</sup> Vgl in anderem Zusammenhang OGH 6 Ob 43/13m, wbl 2014, 224 (Punkt 10.3).

<sup>14</sup> Statt vieler Oberhammer in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht: Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006, *ecolex* Spezial (2006) 108 f; Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I (2011) Rz 3/169; S. Bydliński/Krejci in Krejci, Reform-Kommentar UGB ABGB (2007) § 54 UGB Rz 5; wN bei Trenker in Nueber/Preszłowska/Zwirczmayr, Privatautonomie 151 (155 FN 15).

<sup>15</sup> AB 1058 BlgNR 22. GP zu § 54 Abs 1; Schinko in Straube, UGB<sup>4</sup> § 54 Rz 13; Zib/Verweijen, Das neue Unternehmensgesetzbuch (2006) § 54 Anm 1; Schopper/Trenker in U. Torggler, UGB § 54 Rz 11; aA Keinert, Das neue Unternehmensrecht (2006) Rz 98.

<sup>16</sup> RIS-Justiz RS0019385, OGH 3 Ob 542/77, SZ 51/81; 1 Ob 114/66, EvBl 1967/2, 10; OLG Graz 4 R 28/85, EvBl 1985/130, 628; Strasser in Rummel I<sup>3</sup> §§ 1006–1008 Rz 15 mwN; vgl allerdings das Missverständnis in ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 3; ausf zum Ganzen Trenker in Nueber/Preszłowska/Zwirczmayr, Privatautonomie 151 (155 ff).

<sup>17</sup> OGH 7 Ob 63/06x, *ecolex* 2006, 645 (Petsche/Platte); ebenso vor dem HaRÄG 2005 OLG Graz 4 R 28/85, EvBl 1985/130, 628.



ter dictum des OGH,<sup>18</sup> wonach § 583 ZPO wie für organschaftliche Vertreter auch für Prokuristen unanwendbar sein soll. Interessanterweise beruft sich das Höchstgericht dabei ohne nähere Begründung nur auf eine Entscheidung aus 1928,<sup>19</sup> in der genau der gegenteilige Standpunkt bezogen wurde. Dennoch ist dem OGH im Ergebnis zuzustimmen, allerdings nur für *eingetragene* Prokuristen, weil durch Anmeldung der Prokura zum Firmenbuch der vom Schriftlichkeitsgebot gem § 583 Abs 1 ZPO verfolgten Warn- und Beweisfunktion mehr als Genüge getan wird.

### 3.2. Zweck von § 583 ZPO als maßgebliche Frage

Für nicht eingetragene Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Vertreter von Nichtunternehmern ist hinsichtlich des Schriftlichkeitserfordernisses dagegen *de lege lata* keine Sonderbehandlung geboten. Zu hinterfragen ist freilich, ob die grundsätzliche Prämisse der Rsp zutrifft, dass § 583 ZPO auch Übereilungsschutz bezweckt und dementsprechend auf die Bevollmächtigung „durchschlägt“ (oben 1.). Dagegen spricht, dass § 583 ZPO nicht nur schriftliche Schiedsklauseln iSd § 886 ABGB, sondern mittlerweile alle Formen der Nachrichtenübermittlung ausreichen lässt, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen. Maßstab der Äquivalenz solcher „anderer Formen“ ist also die Beweisbarkeit und nicht die Warnwirkung gegenüber dem Abschließenden.<sup>20</sup>

Nicht einfach ignoriert werden kann andererseits aber der Umstand, dass der Gesetzgeber in den Materialien zu § 583 ZPO die Annahme einer Warnfunktion als zentralen Formzweck bestätigt hat.<sup>21</sup> Dies gilt umso mehr, als diese Auslegung keineswegs unvertretbar ist, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Willenserklärung *via* E-Mail oder Telefax nicht so leichtfertig abgegeben wird wie mündlich oder gar stillschweigend.

Ferner ist die auf eine Entscheidung des OGH aus 1915 zurückgehende,<sup>22</sup> von weiten Teilen des Schrifttums anerkannte Ansicht<sup>23</sup> nicht von der Hand zu weisen, dass die *ratio* des Formgebots auch darin bestehe, dem Schiedsgericht zu ermöglichen, seine eigene Zuständigkeit rasch, einfach und mit möglichst hoher Wahrscheinlichkeit richtig zu beurteilen. Eine derartige erhöhte Richtigkeitsgewähr und Raschheit der Entscheidung erfordert nämlich, dass auch Zweifel über die erteilte Vollmacht durch Einhaltung der entsprechenden Form mit hoher Wahr-

scheinlichkeit ausgeräumt werden. Auf Basis dieser Annahme ist das „Durchschlagen“ des Formerfordernisses folglich sogar dann geboten, wenn man § 583 ZPO jeden Übereilungsschutz abspricht. Wegen der Tragweite des Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit erscheint es auch durchaus plausibel, wenn der Gesetzgeber eine besondere Richtigkeitsgewähr der Zuständigkeitsentscheidung für erforderlich hält. Zudem deckt sich dieses Ergebnis mit der Wertung der §§ 87a, 88, 104 JN, dass zuständigerrechtliche Inzidenzstreitigkeiten generell möglichst hintangehalten werden sollen.<sup>24</sup> Diese Bestimmungen verlangen nämlich allesamt einen urkundlichen Nachweis einer zuständigkeitsbegründenden Parteidisposition. § 87a JN dehnt dieses Erfordernis sogar explizit auf den Nachweis der Vollmacht eines allenfalls involvierten Vertreters aus,<sup>25</sup> während zu §§ 88 und 104 JN ein Durchschlagen der Nachweispflicht immerhin von der Rsp anerkannt wird.<sup>26</sup>

Zusammenfassend hält der OGH mit guten Gründen am Formerfordernis für die Bevollmächtigung fest.<sup>27</sup> Jedenfalls muss aber seit dem SchiedsRÄG 2006 auch für die Vollmächtserteilung nicht das strenge Schriftformerfordernis gem § 886 ABGB, sondern nur eine der Formen gem § 583 Abs 1 ZPO erfüllt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Vertreter den Schiedsvertrag nachträglich in der „strengsten“ Form der Schriftlichkeit unterfertigt.<sup>28</sup>

### 3.3. Zwischenergebnis: Unwirksamkeit bei nicht formgerechter Bevollmächtigung

Ist ein Vertreter dagegen nicht in der ausreichenden Form bevollmächtigt worden, ist eine von ihm abgeschlossene Schiedsvereinbarung grundsätzlich unwirksam. Ein allenfalls bereits ergangener Schiedsspruch könnte konsequenterweise gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO durch Aufhebungsklage an den OGH beseitigt werden. Allerdings schafft der ebenfalls mit dem SchiedsRÄG 2006 eingeführte § 583 Abs 3 ZPO Abhilfe gegen die Frustration des Aufwands eines gesamten Verfahrens, indem Formmängel der Schiedsvereinbarung mit rügeloser Einlassung in die Sache geheilt werden. Auch dadurch wird dem vorliegenden Problem seine praktische Brisanz freilich nur teilweise entzogen. Denn es kann für die Gegenpartei massive Nachteile mit sich bringen,<sup>29</sup> wenn sie plötzlich entgegen ihrer Erwartung vor einem staatlichen Gericht prozessieren muss.

18 OGH 7 Ob 208/09b, RdW 2010, 346; 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (Hügel); ebenso *Fasching*, Die Form der Schiedsvereinbarung, ÖJZ 1989, 289 (297); *Zeiler*, Schiedsverfahren §§ 577–618 ZPO idF des SchiedsRÄG 2013<sup>2</sup> (2014) § 583 Rz 27, je mwN.

19 OGH 3 Ob 648/28, Rsp 1928/379, 215.

20 Gegen Übereilungsschutz bereits *Oberhammer*, Schiedsvereinbarung und § 1016 ABGB, in FS Welsch 759 (763 ff); zust *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/168; vgl auch die hL zu § 1031 dZPO, zB *Voit* in *Musielak/Voit*, ZPO<sup>12</sup> (2015) § 1031 Rz 1; *Münch* in *MünchKomm ZPO III*<sup>4</sup> (2013) § 1031 Rz 8.

21 ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

22 OGH R I 29/15, GIUNF 7287.

23 *Stanzl* in *Klang IV/1*<sup>2</sup> (1968) 806 f; *F. Bydlinski*, Gesamtvertretung und Verkehrsschutz, JBl 1983, 627 (643); zust *Mänhardt*, Vollmächtsstatut beim Schiedsvertrag, in FS Ostheim (1990) 651 (662 f).

24 OGH R I 29/15, GIUNF 7287.

25 Diese Ausdehnung auf die Bevollmächtigung geht freilich auf die unreflektierte Übernahme des damaligen § 31 Abs 2 der ungarischen ZPO zurück (siehe *Hermann*, Die Gerichtsentlastungsnovelle [1914] 72 f).

26 RIS-Justiz RS0046958, zB OGH 1 Ob 147/7, SZ 45/86 uvm; *Simotta* in *Fasching/Konecny*<sup>3</sup> (2013) § 88 JN Rz 27; aA *Oberhammer* in FS Welsch 759 (766 f).

27 OGH 8 Ob 4/08h, AnwBl 2008/8165; 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (Hügel).

28 Zutr *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/168; *Aburumieh/Koller/Pöltner*, ÖJZ 2006, 439 (446); vgl allerdings *Oberhammer* in FS Welsch 759 (764).

29 Abgesehen von den Vorteilen der Raschheit und Diskretion des Schiedsverfahrens ist insb denkbar, dass nur ein Schiedsspruch im beabsichtigten Vollstreckungsstaat anerkannt und vollstreckt wird.



### 3.4. „Heilung“ des formwidrigen Geschäfts

#### 3.4.1. Anscheinsvollmacht

Um diese Konsequenzen zu vermeiden, wird diskutiert, inwieweit ein Formmangel der Bevollmächtigung durch zivilrechtliche Grundsätze iwS „geheilt“ werden kann. Der Schiedsvertrag wird zwar von der hM als reiner Prozessvertrag eingestuft;<sup>30</sup> dennoch ist anerkannt, dass auf ihn ergänzend die allgemeine Zivilrechtsdogmatik zur Anwendung kommen kann.<sup>31</sup>

Durchaus nicht zu unterschätzende Relevanz könnte dabei einer Anscheinsvollmacht zukommen: Diese ist nicht etwa deshalb *per se* ausgeschlossen, weil die Bevollmächtigung wegen der Verletzung des Formerfordernisses nicht zustande gekommen ist. Als Ausprägung des allgemeinen Rechtsscheingedankens ist die Anscheinsvollmacht nämlich ein *aliud* zu einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht, weshalb dafür auch andere Voraussetzungen zu prüfen sind.<sup>32</sup> Konsequenterweise muss aber der Anschein in einer Form gesetzt worden sein, die § 583 Abs 1 ZPO Genüge tut, um dessen Schutzfunktion nicht zu unterlaufen.<sup>33</sup> SohIn dürften in der Praxis einige als unbillig empfundene Konstellationen dadurch „saniert“ werden, dass der Geschäftsherr vor Vertragsabschluss dem Dritten etwa *per* E-Mail signalisiert hat, dass die abschließende Person sein Vertreter ist.

#### 3.4.2. Genehmigung gem § 1016 ABGB

Liegt vor dem Abschluss der Schiedsklausel aber weder eine formgerechte Bevollmächtigung noch ein formentsprechender Anschein der Bevollmächtigung vor, bleibt nur noch die Möglichkeit einer nachträglichen Genehmigung analog § 1016 ABGB. Wiederum ist es allerdings nur konsequent, dass die Rsp auch für die Genehmigung die Einhaltung der Form des § 583 Abs 1 ZPO verlangt.<sup>34</sup> Nicht erforderlich ist es indes entgegen einer Entscheidung des OGH,<sup>35</sup> dass sich die Genehmigung auch iSd § 1008 ABGB speziell auf die Schiedsklausel und nicht pauschal auf den gesamten Vertrag bezieht. Denn der vom Konkretisierungsgebot bezweckte Schutz greift nachträglich nicht mehr, wenn der Vertretene den abgeschlossenen Vertragstyp und sogar dessen konkreten Inhalt bereits kennt.<sup>36</sup>

Noch größere Probleme als die Form der Genehmigung bereitet aber der Umstand, dass dem Vertretenen zumeist das er-

forderliche Erklärungsbewusstsein für eine Genehmigung fehlen wird, wenngleich dieses Problem vom OGH bislang nicht releviert wurde. Unweigerliche Voraussetzung für eine Genehmigung ist nämlich nach zutr stRsp des BGH<sup>37</sup> ganz allgemein, dass der Geschäftsherr eine solche überhaupt für erforderlich hält; er muss also wissen oder es zumindest ernstlich für möglich halten, dass die ursprünglich geschlossene Vereinbarung an einem Formmangel leidet. Handelt der Vertretene dagegen nur in der irrigen Vorstellung, bereits an den Vertrag gebunden zu sein, ist seinem Verhalten nicht der Rechtsfolgewille einer Sanierung dieses Vertrags zu entnehmen.<sup>38</sup> Aus demselben Grund wird regelmäßig auch keine Anscheinsgenehmigung möglich sein,<sup>39</sup> sofern der Geschäftsherr nicht auch den Rechtsschein setzt, vom Formmangel Kenntnis zu haben.

Auf den ersten Blick erscheint es nach dem Gesagten also zu undifferenziert, wenn der OGH davon ausgeht, dass die von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt eingebrachte Klage eine Genehmigung iSd § 1016 ABGB ist.<sup>40</sup> Denn erstens unterscheidet er nicht, ob der Anwalt schriftlich bevollmächtigt wurde, was aber konsequenterweise für die Genehmigung erforderlich wäre. Zweitens wurde nicht festgestellt, ob der Geschäftsherr (bzw sein Vertreter) überhaupt einen Formmangel für möglich hielt, der ihn zu einer Genehmigung veranlasst hätte. Bei näherer Betrachtung der Wertung des § 583 Abs 3 ZPO erweist sich die Auffassung des OGH im Ergebnis dennoch als zutreffend.<sup>41</sup> Wird nämlich der Einwand des Beklagten durch rügelose Einlassung ins Verfahren – und zwar egal, ob durch die Partei selbst oder einen auch formfrei bevollmächtigten Vertreter, sowie unabhängig von einem allfälligen Erklärungsbewusstsein – präkludiert, muss im Ergebnis dasselbe für die Einbringung der Schiedsklage gelten. Denn diese ist ja funktionell nichts anderes als die Einlassung des Klägers ins Verfahren, weshalb mE eine analoge Anwendung von § 583 Abs 3 ZPO geboten ist. Das Prozessrecht setzt hier dem Übereilungsschutz insofern Grenzen, als es die Rechtssicherheit und Prozessökonomie ab dem Zeitpunkt der ersten Verhandlung als vorrangig einstuft.

### 3.5. Rechtsmissbrauch

Entgegen früher geübter Zurückhaltung<sup>42</sup> geht der OGH in einer jüngeren Entscheidung<sup>43</sup> schließlich davon aus, dass die Berufung einer Partei auf einen Formmangel als *venire contra factum*

<sup>30</sup> *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 2171; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>5</sup> Rz 1146.

<sup>31</sup> Statt vieler *Schumacher*, Unbestimmte Schiedsvereinbarungen und DisSENS: Anknüpfungsfragen bei internationalen Sachverhalten in der Judikatur des OGH, *SchiedsVZ* 2005, 54 (56); *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny V/2<sup>2</sup>* (2007) § 581 ZPO Rz 97 mwN.

<sup>32</sup> *G. H. Roth/Fitz*, Unternehmensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 869.

<sup>33</sup> Vgl *Wörle*, Anscheins- und Duldungsvollmacht beim Abschluss von Schiedsvereinbarungen, *ecolex* 2013, 424 (425 f); siehe zum vergleichbaren Ausdrücklichkeitserfordernis für die Prokura *U. Torggler*, Abschied 22; *Schopper/Trenker* in *U. Torggler*, UGB § 48 Rz 14.

<sup>34</sup> OGH 7 Ob 368/98p, JBl 2000, 738; 6 Ob 67/02z, JBl 2003, 327; aA *Oberhammer* in FS Welser 759 (771 ff).

<sup>35</sup> OGH 7 Ob 368/98p, JBl 2000, 738; zust *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> (2012) § 1016 Rz 3.

<sup>36</sup> Zutr *Oberhammer* in FS Welser, 759 (775 f).

<sup>37</sup> Vgl BGH VIII ZR 258/69, NJW 1971, 1795; II ZR 92/87, NJW 1988, 1199; V ZR 266/88, NJW 1990, 1106 uvm.

<sup>38</sup> Völlig zutr *Singer* in *Staudinger*, BGB (2012) Vorbem zu §§ 116–144 Rz 43 ff mwN.

<sup>39</sup> Zur Zulässigkeit der Anscheinsgenehmigung *Canaris*, Handelsrecht<sup>24</sup> (2006) § 14 Rz 22; *Perner* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.01</sup> § 1016 Rz 3; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 56 Rz 9.

<sup>40</sup> RIS-Justiz RS0017284 mit Beisatz T 8; OGH 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (*Hügel*).

<sup>41</sup> Im Ergebnis auch *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO<sup>4</sup> (2014) § 583 Rz 4.

<sup>42</sup> OGH 7 Ob 368/98p, JBl 2000, 738.

<sup>43</sup> OGH 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (*Hügel*); vgl auch bereits 2 Ob 235/05f, EvBl 2006/38, 207.



*proprium* rechtsmissbräuchlich sein könne. Konkret ist der Vertreter gegenüber dem Partner der Schiedsklausel seit der Gründung der Gesellschaft als deren „faktisch Leitender“ aufgetreten und hat über Jahre in einer Weise agiert, die für den Vertragspartner keinen Zweifel daran ließ, dass sich die Gesellschaft an die Schiedsklausel halten würde.

Die Heranziehung des allgemeinen Rechtsprinzips des Rechtsmissbrauchs<sup>44</sup> ist zwar dogmatisch grundsätzlich nicht zu beanstanden; so ist die Einrede der mangelhaften Form mE etwa dann unbeachtlich, wenn der Geschäftsherr das Formgebot bewusst missachtet, um sich letztlich offenzulassen, ob er die Klausel im Streitfall gelten lässt oder nicht. Ebenfalls ausreichend ist es nach allgemeinen Grundsätzen zur Wissenszurechnung,<sup>45</sup> dass der konkret betroffene oder ein sonstiger Vertreter, der entsprechendes Vertrauen beim Vertragspartner erweckt, den Formmangel kennt und den Dritten dennoch weiterhin im Glauben an die Wirksamkeit der Schiedsklausel lässt.

Ohne das Vorliegen solcher subjektiver Voraussetzungen, die nur schwer beweisbar sein dürften, ist jedoch große Zurückhaltung geboten und ein rechtsmissbräuchliches Verhalten kaum denkbar. Denn es darf nicht außer Acht gelassen werden, dass jede Geltendmachung eines Formmangels zwangsläufig ein *venire contra factum proprium* beinhaltet, dies aber vom Gesetzgeber zugunsten von offenbar höherwertig eingestuften Schutzgütern akzeptiert wird.<sup>46</sup> Es kann demnach schwerlich ausschlaggebend sein, wie stark das Vertrauen war, das beim Geschäftspartner hervorgerufen wird,<sup>47</sup> denn die relevante Schutzwürdigkeit des Geschäftsherrn entfällt nicht dadurch, dass er sich wegen Unkenntnis des Formmangels – sei es auch über längere Dauer – so verhält, als ob er sich an die (vermeintlich) bindende Schiedsklausel halten würde.

## 4. Anwendbares Recht

### 4.1. Selbstständige Anknüpfung des Vollmachtstatuts

Nach den angestellten Überlegungen zum österreichischen Recht ist schließlich von Interesse, wann die genannten Formanforderungen auf grenzüberschreitende Sachverhalte – und dies ist bei Schiedsklauseln bekanntlich keine Seltenheit – überhaupt zur Anwendung gelangen. Die österreichische Judikatur hat sich bislang kaum explizit dazu äußern müssen: Während in 7 Ob 67/01f<sup>48</sup> die Anwendung österreichischen Rechts unstrittig war,

wurde in 7 Ob 368/98p<sup>49</sup> relativ undifferenziert auf das für den streitgegenständlichen Vertrag gewählte Recht abgestellt. Das greift zu kurz: Erstens wäre dafür nämlich nachzuweisen, dass der Wahl des materiellen Rechts auch eine schlüssige Rechtswahl hinsichtlich der Schiedsklausel<sup>50</sup> und des Vollmachtstatuts zu entnehmen wäre.<sup>51</sup> Zweitens müsste begründet werden, auf welcher gesetzlichen Grundlage eine solche Rechtswahl hinsichtlich des Vollmachtstatuts überhaupt fußt. Dafür ist es aber unerlässlich, zunächst das – jedenfalls nach der österreichischen Kollisionsrechtsordnung (§ 49 IPRG) selbstständig anzuknüpfende – Vollmachtstatut zu ermitteln.

### 4.2. Anwendbares Kollisionsrecht

In einem ersten Schritt ist dafür zu klären, nach welchem Kollisionsrecht das für die Beurteilung des wirksamen Geschäftsabschlusses durch den Vertreter anzuwendende Recht bestimmt wird. Anders als bei staatlichen Gerichten, bei denen stets das Kollisionsrecht der *lex fori* gilt, ist dies bei Schiedsgerichten nicht gleichermaßen „in Stein gemeißelt“. So befürwortet etwa *Koller*<sup>52</sup> eine analoge Anwendung der „sonderkollisionsrechtlichen“ Norm des § 603 ZPO, womit also eine ausdrücklich Parteiwahl oder subsidiär das vom Gericht für angemessen erachtete Recht anzuwenden wäre.

Dagegen spricht mE, dass § 603 ZPO mit guten Gründen nur für die „Streitigkeit“, nicht aber für die Beurteilung der Wirksamkeit der Schiedsklausel gilt.<sup>53</sup> Gerade die subsidiäre Beurteilung nach dem Ermessen des Gerichts wird der Bedeutung der Frage nach der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung nicht gerecht. Könnte sich das Schiedsgericht das insoweit anwendbare Kollisionsrecht nämlich mehr oder minder „aussuchen“, würde der Aushebelung zwingender Schutzvorschriften Tür und Tor geöffnet. Dementsprechend ist anerkannt, dass der OGH die Wirksamkeit einer Schiedsklausel im Rahmen einer Aufhebungsklage gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO grundsätzlich nach österreichischem Kollisionsrecht zu bewerten hat.<sup>54</sup> Es ist somit schon im Interesse der Kohärenz mit der möglichen Beurteilung durch die staatliche Aufhebungsinstanz anzunehmen, dass das auf die Beurteilung der Formgültigkeit der Schiedsvereinbarung anwendbare Recht entsprechend allgemeinen Grundsätzen<sup>55</sup> nach dem Kollisionsrecht der *lex fori* zu ermitteln ist.<sup>56</sup>

44 Statt vieler RIS-Justiz RS0061844; RS0119567; OGH 4 Ob 543/83 RdW 1985, 11 (Hügel); Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) passim.

45 Vgl nur RIS-Justiz RS0034422; RS0009172; ausf U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger, UGB § 48 Rz 137 ff.

46 Vgl OGH 7 Ob 368/98p, JBl 2000, 738; 1 Ob 273/00d, JBl 2001, 728; 2 Ob 412/57, JBl 1957, 623.

47 So aber offenbar OGH 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 (Hügel); Wörle, eolex 2013, 424 (427).

48 OGH 7 Ob 67/01f, JBl 2002, 50.

49 OGH 7 Ob 368/98p, 7 Ob 369/98k, JBl 2000, 738.

50 Zu dieser Frage siehe zB Epping, Die Schiedsvereinbarung im internationalen privaten Rechtsverkehr nach der Reform des deutschen Schiedsverfahrensrechts (1999) 52 ff mwN.

51 Vgl ebenso Böhm, Rechtsschutzformen im Spannungsfeld zwischen *lex fori* und *lex causae*, in FS Fasching (1988) 107 (129); Aburumieh/Koller/Pöltner, ÖJZ 2006, 439 (445); Koller, eolex 2011, 878 (879).

52 Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/161 mwN.

53 Vgl OGH 6 Ob 43/13m, wbl 2014, 224 (Punkt 7.6).

54 Insofern gleicher Ansicht Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/159; vgl auch Böhm in FS Fasching 107 (135 f).

55 Siehe etwa Verschraegen in Rummel II/2<sup>3</sup> (2004) Vor § 1 IPRG Rz 80.

56 Im Ergebnis wohl auch Böhm in FS Fasching 107 (135 f).



### 4.3. Anwendbares Sachrecht

Nach österreichischem Kollisionsrecht, dh beim Sitz des Schiedsgerichts in Österreich<sup>57</sup> (soeben 4.2.), richtet sich das Vollmachtstatut nach § 49 IPRG (siehe nämlich Art 1 Abs 2 lit g ROM I-VO).<sup>58</sup> Nach § 49 IPRG ist zunächst eine für den Dritten in erkennbarer Weise getroffene Rechtswahl zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen maßgeblich, also nicht, wie der OGH im Ergebnis meint (oben 4.1.), die mit dem Vertragspartner abgeschlossene Rechtswahl. Mangels einer solchen Rechtswahl gilt das Recht jenes Staates, in dem der Stellvertreter nach dem erkennbaren Willen des Geschäftsherrn tätig werden soll, subsidiär das Recht des Staates, in dem der Bevollmächtigte konkret tätig wird, also den Schiedsvertrag abschließt.<sup>59</sup> Für Formvorschriften, wie das Schriftlichkeitserfordernis des § 583 ZPO, wird § 49 IPRG allerdings von § 8 IPRG überlagert.<sup>60</sup> Danach ist freilich ebenfalls am Statut der Rechtshandlung, also der Bevollmächtigung, anzuknüpfen, womit im Ergebnis primär doch wieder § 49 IPRG maßgeblich ist; alternativ ist es gem § 8 IPRG allerdings ausreichend, wenn die erforderliche Form am Ort der Vornahme der Rechtshandlung eingehalten wird, also dort, wo die Vollmacht erteilt wurde.<sup>61</sup>

Auf Basis der Annahme des bereits erwähnten prozessualen Interesses an der raschen und einfachen Feststellbarkeit der Wirksamkeit einer Schiedsklausel (oben 3.2.) befürwortet *Mänhardt* eine Sonderanknüpfung des auf die Vollmacht ausgedehnten Formerfordernisses gem § 583 ZPO nach der *lex fori*.<sup>62</sup> Dogmatisch setzt das die Qualifikation des Schriftlichkeitserfordernisses für die Vollmacht als prozessuale Norm (besser: Rechtssatz) voraus. Dasselbe Ergebnis könnte freilich auch durch Annahme einer Eingriffsnorm begründet werden.<sup>63</sup> Beides hätte zur Folge, dass eine schriftliche Bevollmächtigung unabhängig von den soeben ermittelten kollisionsrechtlichen Ergebnissen nach § 49 IPRG bzw § 8 IPRG erforderlich wäre. Mit Letzterem wäre es jedoch schwer vereinbar, dass die als Zweck des Formerfordernisses angenommene erhöhte Richtigkeitsgewähr in erster Linie dem Schutz der Partei und nicht dem öffentlichen Interesse dient (vgl Art 9 ROM I-VO).<sup>64</sup> Denn im Schiedsverfahren müssen die Parteien und nicht die öffentliche Hand die Kosten eines

aufwendigen Inzidenzstreits über die Zuständigkeit tragen.<sup>65</sup> Dieses Argument, insb aber der originär zivilrechtliche Charakter des Vollmachtstatsprechens tendenziell auch gegen eine prozessuale Sonderanknüpfung, mag die spezielle Facette der Form der Bevollmächtigung auch teilweise (!) von prozessualen Wertungen getragen sein. Die besseren Gründe streiten somit insgesamt mE eher dagegen, eine schriftliche Vollmacht bei einem Schiedsgericht mit Sitz in Österreich unabhängig vom auf die Bevollmächtigung anwendbaren materiellen Recht zu fordern.<sup>66</sup> Jedenfalls gilt dies für die Anwendung von § 1008 ABGB,<sup>67</sup> weil dem Spezialvollmachtserfordernis als *telos* allein der Schutz des Vollmachtgebers, nicht aber prozessuale Gesichtspunkte oder sonstige öffentliche Interessen zugrunde liegen.

### 4.4. Rechtslage im Anwendungsbereich des NYÜ?

Zu beachten ist allerdings, dass im Anwendungsbereich internationaler Abkommen, konkret insb demjenigen des NYÜ,<sup>68, 69</sup> § 583 ZPO nach hA durch dessen Art II verdrängt wird,<sup>70</sup> jedenfalls soweit nationales Recht nicht günstiger ist (Art VII NYÜ). Obwohl § 583 ZPO ohnehin geringere Formanforderungen als Art II Abs 2 NYÜ stellt, ist dies vorliegend nicht unbedingt irrelevant. Von Teilen der Lehre wird nämlich befürwortet, dass Art II Abs 2 NYÜ keinen Übereilungsschutz bezweckt. Auf Basis dieser Ansicht spricht einiges dafür, dass ein „Durchschlagen“ auf die Vollmacht in dessen Anwendungsbereich nicht infrage kommt.<sup>71</sup>

Völkerrechtlich zwingend ist dieser Schluss freilich nicht, weil das NYÜ keine Regelung zur Stellvertretung enthält und dieser Bereich daher der nationalen Regelung obliegt. Mangels unmittelbarer Geltung des NYÜ für die Wirksamkeit der Bevollmächtigung ist es umgekehrt nicht unwahrscheinlich, dass der OGH die notwendigen teleologischen Schlüsse aus den aufgestellten Erfordernissen nach nationalem Recht ziehen und dementsprechend ein „Durchschlagen“ auf die Vollmacht bejahen könnte.<sup>72</sup> Dies ist umso eher denkbar, als man die Gewährleistung einer raschen und möglichst richtigen Zuständigkeitsentscheidung als

<sup>57</sup> Zur Frage nach dem (juristischen) Sitz des Schiedsgerichts zB *Hausmaninger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 595 ZPO Rz 36 ff.

<sup>58</sup> Grundsätzlich werden nach § 49 IPRG umfassend alle vollmachtrechtlichen Fragen angeknüpft, RIS-Justiz RS0077560, zB OGH 10 Ob 17/04d, ÖBA 2006, 69.

<sup>59</sup> *Rechberger*, Evergreen: Gültigkeit der Schiedsklausel, in FS Schlosser (2005) 733 (739 f); *Koller*, *ecolex* 2011, 878 (879).

<sup>60</sup> *Verschraegen in Rummel II/2*<sup>3</sup> § 49 IPRG Rz 6.

<sup>61</sup> *Rechberger* in FS Schlosser 733 (739).

<sup>62</sup> *Mänhardt* in FS Ostheim 651 (662 f); offenlassend *Rechberger* in FS Schlosser 733 (740 f); *Hausmaninger in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 581 ZPO Rz 285, § 583 ZPO Rz 91.

<sup>63</sup> Darauf reduzierend *Trenker in Nueber/Preszlowka/Zwirschmayr*, Privatautonomie 151 (166 f).

<sup>64</sup> Vgl OGH 3 Ob 230/05b, SZ 2006/41; *Verschraegen in Rummel II/2*<sup>3</sup> Vor § 35 IPRG Rz 22.

<sup>65</sup> Auch für die Kostendeckung eines allfälligen Aufhebungsprozesses ist spätestens seit dem SchiedsRÄG 2013 ausreichend Sorge getragen (siehe TP 3 lit b GGG).

<sup>66</sup> Ebenso *Koller*, *ecolex* 2011, 878 (879); zum deutschen Recht im Ergebnis auch *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*<sup>7</sup> (2005) Kap 44 Rz 19.

<sup>67</sup> AA aber *Mänhardt* in FS Ostheim 651 (662 f).

<sup>68</sup> New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10. 6. 1958, BGBl 1961/200.

<sup>69</sup> Der Anwendungsbereich ist freilich umstritten. Nach OGH 8 Ob 233/71, JBl 1974, 629, reicht es, dass es auf die Anerkennung und Vollstreckung in einem anderen Vertragsstaat ankommen könne (zst *Oberhammer* in FS Welscher 759 [761]; aA ausf *Schlosser in Stein/Jonas*, Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>22</sup> Anhang § 1061 ZPO Rz 28; offenlassend OGH 7 Ob 236/05i, JBl 2006, 726 [Hügel]).

<sup>70</sup> OGH 8 Ob 233/71, JBl 1974, 629; ebenso *Mänhardt* in FS Ostheim 651 (656); *Rechberger* in FS Schlosser 733 (735 mwN); *Schlosser in Stein/Jonas*<sup>22</sup> Anhang § 1061 ZPO Rz 54.

<sup>71</sup> Dafür *Oberhammer* in FS Welscher 759 (768); *Koller in Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, *Schiedsverfahrensrecht I* Rz 3/171; *Wolff in Wolff*, *New York Convention* (2012) Art 2 Rz 78 ff mwN.

<sup>72</sup> IdS *Schwab/Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*<sup>7</sup> Kap 44 Rz 19, freilich in Bezug auf die hinsichtlich der Vertretung liberalere deutsche Rechtsordnung.

weiteren Formzweck anerkennt, zumal schwerlich argumentiert werden kann, dass dieser nicht auch Art II Abs 2 NYÜ zugrunde liegt. Zu alledem dürften ohnehin auch zu Art II Abs 2 NYÜ die Befürworter der Annahme einer Warnfunktion überwiegen.<sup>73</sup>

## 5. Zusammenfassung

Während das Erfordernis einer Spezialvollmacht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung gem § 1008 ABGB in seiner praktischen Bedeutung nicht überschätzt werden darf, weil es richtigerweise für sämtliche unternehmensbezogenen Vollmachten nicht gilt, besteht für das mit guten Gründen aus § 583 ZPO abgeleitete Schriftlichkeitserfordernis der Bevollmächtigung entgegen hL keine vergleichbare Ausnahme. Auch für die Möglichkeit einer Anscheinsvollmacht wird es oftmals an der konsequenterweise erforderlichen Einhaltung der Form des § 583 ZPO, für eine Genehmigung am notwendigen Erklärungswillen des Ge-

schaftsherrn fehlen. Bei der Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Berufung auf das Schriftformerfordernis ist ebenfalls große Zurückhaltung geboten. Eine nachträgliche „Heilung“ des Formmangels wird somit häufig ausscheiden. Ob das Spezialvollmachten- und Schriftlichkeitserfordernis bei einem grenzüberschreitenden Sachverhalt überhaupt zur Anwendung gelangen, richtet sich bei einem Schiedsort in Österreich grundsätzlich nach § 49 iVm § 8 IPRG.

*De lege ferenda* bleibt zu resümieren, dass das Schriftformerfordernis wenig befriedigend ist, zumal es das gerade im internationalen Verkehr vorhandene, besondere Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Vertrauensschutz zugunsten eines kaum mehr zeitgemäßen Übereilungsschutzes opfert.

**73** Schweizer BG BGE 110 II 54, 58; Schlosser in Stein/Jonas<sup>22</sup> Anhang § 1061 ZPO Rz 51; Wackenhuth, Die Schriftform für Schiedsvereinbarungen nach dem UN-Übereinkommen und Allgemeine Geschäftsbedingungen, ZZP 99 (1986) 445 (453 f); Hausmann in Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht<sup>6</sup> (2004) Rz 6673; wN bei Wolff in Wolff, NYC Art 2 Rz 78 FN 181 f.



### Der Autor:

Univ.-Ass. MMag. Dr. **Martin Trenker** ist Mitarbeiter am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck und Autor zahlreicher Publikationen zum Zivil-, Zivilprozess-, Gesellschafts- und Insolvenzrecht.

✉ [martin.trenker@uibk.ac.at](mailto:martin.trenker@uibk.ac.at)

🌐 [lesen.lexisnexis.at/autor/Trenker/Martin](http://lesen.lexisnexis.at/autor/Trenker/Martin)

Foto: privat

Dipl.-Ing. Mag. Dr. Gernot Fritz, BSc./MMMag. Thomas K. Mayr-Riedler • Wien

# Vertragliche Absicherung des nichtinsolventen Vertragspartners<sup>1</sup>

» RdW 2015/593

Die mit dem IRÄG 2010<sup>2</sup> eingefügte insolvenzrechtliche Auflösungsperre nach den §§ 25a und 25b IO setzt der Vertragsauflösung durch die nichtinsolvente Partei bei Insolvenz ihres Vertragspartners erhebliche Schranken. Dieser Beitrag untersucht die Grenzen der nach aktueller Rechtslage zulässigen Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen der Vertragserrichtung, die eine Erreichung der Zielsetzungen des nichtinsolventen Vertragspartners (Absicherung der Masseinsuffizienz, Auflösung des Vertragsverhältnisses) ohne Verletzung der §§ 25a und 25b IO zulassen, und bietet im Anschluss einen Überblick und eine Einteilung der möglichen Absicherungsmechanismen anhand der damit verfolgten Ziele.

## 1. Einführung in die Problemstellung

Wenngleich eine erfolgreich verlaufende Unternehmenssanierung zwar nicht bloß im Interesse des Insolvenzschuldners, sondern auch im Interesse der Insolvenzgläubiger liegt, kann die in §§ 25a und 25b IO statuierte Auflösungsperre erheblich negative Folgen für den nichtinsolventen Vertragspartner nach sich ziehen. Insb besteht das Risiko, dass die Masseforderungen oftmals uneinbringlich sind oder diese aufgrund der geringen Quote nur zu einem kleinen Bruchteil (wenn überhaupt) befriedigt werden. Daneben hängt die Insolvenz des Vertragspartners auch wie ein Damokles-Schwert über der Vertragsbeziehung, zumal es dem nichtinsolventen Teil seit dem IRÄG 2010 innerhalb eines gewissen Zeitraumes nach Insolvenzeröffnung nicht möglich ist, das Vertragsverhältnis mit der insolventen Partei allein aufgrund des Faktums der Insolvenzeröffnung aufzulösen.

Vor dem IRÄG 2010 war die Vereinbarung einer Vertragsklausel, die einer Vertragspartei im Insolvenzfall ihres Vertragspart-

**1** Dieser Aufsatz gibt ausschließlich die persönliche Meinung der Autoren wieder.

**2** Insolvenzsicherungsänderungsgesetz 2010, BGBl I 2010/29.