

Herausgegeben von
Univ.-Prof. Dr. Josef Aicher
Univ.-Prof. Dr. Konrad Grillberger
Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Schuhmacher
DDr. Franz W. Urlesberger
Univ.-Prof. Dr. Ewald Wiederin

wirtschaftsrechtliche blätter:wbl

Schriftleiter: Wolfgang Schuhmacher

**Zeitschrift für österreichisches
und europäisches Wirtschaftsrecht**

Verlag Österreich

Heft 1 Januar 2013 27. Jahrgang

ISSN 0930-3855 WIBLE2 27 (1) 1-60 (2013)

Wirtschaftsrechtliche Blätter 27, 1-12 (2013)
Printed in Austria

wbl

Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH

Zugleich eine Anmerkung zu OGH 6 Ob 42/12p und BGH II ZR 255/08

von Univ.-Ass. MMag. Dr. **Martin Trenker**, Innsbruck und RAA MMag. **Mathias Demetz**, BSc, Innsbruck

Die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH wird von der Rechtsprechung seit langer Zeit bejaht. Kürzlich stellte der OGH¹⁾ klar, dass dies auch gelte, wenn die Entscheidung „Tatbestandswirkungen (Reflexwirkungen)“ gegenüber gesellschaftsfremden Dritten hat. Auch der BGH²⁾ hat in einem Grundsatzurteil 2009 seine bisher – unabhängig von den Auswirkungen auf Dritte – ablehnende Haltung aufgegeben, allerdings strenge Anforderungen an eine wirksame Schiedsklausel gesetzt, die auch im österreichischen Recht beachtlich sein könnten. Darüber hinaus ist in letzter Zeit eine intensive Diskussion über die Auswirkungen von § 617 ZPO auf Schiedsklauseln im Gesellschaftsrecht entbrannt. All dies gibt Anlass, grundsätzliche Überlegungen über die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten im GmbH-Recht anzustellen.

Deskriptoren: AktG: §§ 197, 238; GmbHG: §§ 41, 42; JN: § 83b; KSchG: § 6 Abs 2 Z 7; ZPO: §§ 581 Abs 2, 582 Abs 1, 584 Abs 3, 587, 611 Abs 2, 617.

„Außenwirkende“ Beschlüsse; Beschlussanfechtung; Beschlussmängel; GmbH-Schiedsklausel; Schiedsrichterbestellung; Verbraucher-Schiedsvereinbarung.

- I. Einleitung
- II. Allgemeine Zulässigkeit von Schiedsklauseln
 - 1. Grundsätzliche Schiedsfähigkeit
 - 2. Anforderungen an Schiedsklauseln nach BGH II ZR 255/08
 - a. Zustimmung sämtlicher Gesellschafter
 - b. Sicherstellung der Verfahrenskonzentration
 - c. Ausreichende Verständigungspflicht der übrigen Gesellschafter in sinngemäßer Anwendung von § 197 Abs 5 AktG
 - d. Ausreichende Einflussmöglichkeit aller Gesellschafter auf Schiedsrichterbestellung gem § 587 Abs 5 ZPO
 - e. Zwischenergebnis
- III. Teleologische Reduktion von § 617 ZPO und § 6 Abs 2 Z 7 KSchG
 - 1. Problemstellung

- 2. Anwendbarkeit von § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen
- 3. Anwendbarkeit von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG auf Gesellschaftsverträge
- IV. Schiedsfähigkeit bei Tatbestandswirkungen für gesellschaftsfremde „Dritte“
 - 1. Problemstellung und Meinungsstand
 - 2. 6 Ob 42/12p: Tatbestandswirkung steht Schiedsfähigkeit nicht entgegen
 - 3. Stellungnahme
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

Der folgende Beitrag gliedert sich in drei Teile: Zunächst ist die allgemeine Zulässigkeit der Vereinbarung eines Schiedsgerichts über Beschlussanfechtungsstreitigkeiten zu überprüfen, die keine unmittelbaren oder mittelbaren Auswirkungen auf die Rechte und Interessen Dritter haben. Der

¹⁾ OGH 6 Ob 42/12p, JBl 2012, 599.

²⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962 (Duve/Keller).

Schwerpunkt liegt dabei auf der Problematik der Rechtskrafterstreckung auf sämtliche Gesellschafter, woraus nach Ansicht des BGH relativ strenge Anforderungen an die Ausgestaltung der Schiedsklausel abzuleiten sind. Daraufhin ist die in letzter Zeit verstärkt diskutierte³⁾ Frage zu erörtern, ob und inwieweit § 617 ZPO und § 6 Abs 2 Z 7 KSchG der Wirksamkeit von Schiedsklauseln im Wege stehen können. Schließlich wird die in 6 Ob 42/12p relevante Konstellation untersucht, in der ein Schiedsspruch auch Tatbestandswirkungen für außenstehende Dritte hat, zB weil der angefochtene Beschluss ausnahmsweise Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Vertragsabschlusses mit der Gesellschaft war (zB § 238 AktG) oder ein unzulässiges Insihgeschäft geheilt hat. Der OGH hat die diesbezügliche Schiedsfähigkeit entgegen einer verbreiteten Ansicht im Schrifttum⁴⁾ und wohl implizit auch im Gegensatz zur E 6 Ob 170/08f⁵⁾ bejaht.

II. Allgemeine Zulässigkeit von Schiedsklauseln

1. Grundsätzliche Schiedsfähigkeit

Der OGH anerkennt die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in ständiger Rsp.⁶⁾ Während diese Ansicht auch vom Schrifttum weitestgehend geteilt wurde,⁷⁾ stand der BGH lange

Zeit auf dem umgekehrten Standpunkt.⁸⁾ Die meisten der Bedenken aus Deutschland wies der OGH für das österreichische Recht jedoch bereits 1998 vornehmlich unter Berufung auf *Thöni*⁹⁾ zurück¹⁰⁾: So stehe die Ausschließlichkeit des Gerichtsstands gem § 42 Abs 2 GmbHG und der Zwangsgerichtsstand gem § 83b JN der Schiedsvereinbarung nicht im Wege. Auch der Grundsatz des „rechtlichen Gehörs“ (§ 594 Abs 2 ZPO) sei durch die Möglichkeit der Nebenintervention und den Aufhebungsgrund gem § 595 Abs 1 Z 2 ZPO aF (nunmehr § 611 Abs 2 ZPO) ausreichend abgesichert. Die Vergleichsfähigkeit, die nach § 582 Abs 1 ZPO nF für vermögensrechtliche Ansprüche¹¹⁾ ohnehin nicht mehr erforderlich ist, sei zumindest für Beschlüsse gegeben, die mit Wirkung *ex tunc* wieder aufgehoben werden können.¹²⁾ Unproblematisch sei ferner die Rechtskrafterstreckung gem § 42 Abs 6 GmbHG, sofern alle Gesellschafter an der Schiedsvereinbarung beteiligt sind.

Der BGH hegt jedoch in jüngerer Zeit weitere Bedenken gegen die Rechtskrafterstreckung auf nicht am Verfahren beteiligte Gesellschafter, mit denen sich der OGH bislang nicht auseinandergesetzt hat. Insb bestehe die Gefahr miteinander unvereinbarer Urteile, deren Behebung zwar durch eine ausschließliche Zuständigkeit des zuerst einberufenen Schiedsgerichts möglich wäre, aber die problematische Bindung aller späteren Kläger an die von dem ersten getroffene persönliche Schiedsrichterwahl mit sich bringen würde.¹³⁾ Trotz dieser Einwände bejaht nunmehr auch der BGH¹⁴⁾ die grundsätzliche Schiedsfähigkeit, leitet aus ihnen jedoch mehrere Voraussetzungen ab, deren Maßgeblichkeit im Folgenden für das österreichische Recht überprüft werden soll.

2. Anforderungen an Schiedsklauseln nach BGH II ZR 255/08

a. Zustimmung sämtlicher Gesellschafter

Die erste Voraussetzung, dass alle Gesellschafter einer Schiedsklausel grundsätzlich zugestimmt haben müssen,¹⁵⁾ ist wie erwähnt auch vom OGH zu Recht anerkannt.¹⁶⁾ Das Zustimmungserforder-

³⁾ F. Schuhmacher, Der Gesellschafter als Unternehmer, wbl 2012, 71, 78; Schifferl/Kraus, § 617 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, GesRZ 2011, 341; Stippl/Steinhofer, Kein Verbraucherschutz für Gesellschafter im Schiedsrecht, eolex 2011, 816; Harrer, Gesellschafter und Manager als Konsumenten, wbl 2010, 605, 606 f; Nueber, Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern im GmbH-Recht, Zak 2010, 48; Terlitza/Weber, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1, 5 ff; Öhlberger, Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich? eolex 2008, 51, 52; Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151, 164 ff.

⁴⁾ Thöni, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, wbl 1994, 298, 301 ff; C. Nowotny, Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten und Schiedsgericht, wbl 2008, 470, 472 ff; idS wohl auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ (2010) § 197 Rz 4.

⁵⁾ OGH 6 Ob 170/08f, Zak 2009, 19.

⁶⁾ RIS-Justiz RS0045318, OGH 2 Ob 276/50, SZ 23/184; 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206; 4 Ob 37/01x, eolex 2001/350; 6 Ob 145/06a, AnwBl 2008, 151.

⁷⁾ Enzinger in Straube, WK-GmbHG (2009) § 42 Rz 8; Unzeitig, Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, eolex 2008, 915, 916; Terlitza/Weber, ÖJZ 2008, 1, 3 ff; Reiner, GesRZ 2007, 151, 152; M. Auer, Schiedsvereinbarungen bei der GmbH im Licht des SchiedsRÄG 2005, in Kalss/Rüffler, Satzungsgestaltung in der GmbH (2005) 124; Hempel, Zur Schiedsfähigkeit von Rechtstreitigkeiten über Beschlussmängel in der GmbH, in FS Krejci (2001) 1769, 1772 ff; Deimbacher, Die Bekämpfung von Generalversammlungsbeschlüssen, GesRZ 1992, 176, 184 f; Kastner/Doralt/Nowotny, Gesellschaftsrecht⁵ (1990) 420; Reich-Rohrwig, GmbH-Recht (1983) 397; Schönherr, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und Schiedsgericht, GesRZ 1980, 184; grundsätzlich auch Thöni, wbl 1994, 298; aA Koppensteiner/Rüffler,

GmbHG³ (2007) § 42 Rz 6; Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht (1973) 17 f; tendenziell auch Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG⁵ § 197 Rz 4; zweifelnd Dregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² (2012) § 197 Rz 18 f.

⁸⁾ BGH II ZR 124/95, NJW 1996, 1753; III ZR 18/77, NJW 1979, 2567; II ZR 117/50, BB 1951, 683; instruktiv dazu Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG (2005) Anh § 47 Rz 228.

⁹⁾ Thöni, wbl 1994, 298, 300.

¹⁰⁾ OGH 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206.

¹¹⁾ Darum handelt es sich bei Beschlussmängelstreitigkeiten, siehe unten Fn 84.

¹²⁾ Dazu noch eingehend unten IV.

¹³⁾ BGH II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1755.

¹⁴⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962 (Duve/Keller).

¹⁵⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1964 (Duve/Keller).

¹⁶⁾ OGH 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206.

nis resultiert jedoch entgegen verbreiteter Ansicht¹⁷⁾ uE nicht aus § 50 Abs 4 GmbHG, weil der Zugang zur ordentlichen Gerichtsbarkeit allen Gesellschaftern zusteht und daher kein Sonderrecht einzelner Gesellschafter ist.¹⁸⁾ Vielmehr ist der mit der Schiedsklausel verbundene Verzicht auf den Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten besonders in Hinblick auf Art 83 Abs 2 B-VG und Art 6 EMRK generell nicht ohne Zustimmung des Betroffenen möglich.¹⁹⁾ Zu demselben Ergebnis gelangen jene, die einen Eingriff in den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte annehmen,²⁰⁾ was aber uE zweifelhaft ist, weil das Recht auf ein Verfahren vor den ordentlichen Gerichten allgemeiner Natur ist und nicht speziell mit der Mitgliedschaft zusammenhängt. Jedenfalls ist außerhalb der Einigung im Gesellschaftsvertrag nicht nur die Einführung durch Mehrheitsbeschluss ausgeschlossen, sondern es sind auch einstimmige Beschlüsse unzureichend, sofern nicht alle Gesellschafter an der Abstimmung beteiligt sind oder auf sonstige Weise zustimmen.²¹⁾ Ferner ist irrelevant, dass die passivlegitimierte Gesellschaft nicht selbst Partei der Schiedsvereinbarung in der Satzung ist. Denn die Bindung der am Gesellschaftsvertrag nicht beteiligten GmbH an dessen Vorgaben ist ein dem Verbandsrecht geradezu wesensimmanentes Phänomen, das keinesfalls auf Schiedsklauseln beschränkt wäre.²²⁾ Daraus folgt uE aber umgekehrt auch, dass eine außerstatutarische Vereinbarung nur mit Zustimmung der GmbH wirksam ist, weshalb die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag jedenfalls zu empfehlen ist.²³⁾ Das gilt umso mehr als außerstatutarische Vereinbarungen neu eintretende Gesellschafter grundsätzlich nicht binden können.

Da im Folgenden auch die nachträgliche Änderung einer bestehenden Schiedsklausel anzuspre-

¹⁷⁾ AA Thöni, wbl 1994, 298, 300; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 229.

¹⁸⁾ Zutr Reiner, GesRZ 2007, 151, 161 f; Hempel in FS Krejci, 1769, 1779.

¹⁹⁾ Vgl OGH 6 Ob 170/08f, Zak 2009, 19.

²⁰⁾ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 49 Rz 12; Unzeitig, ecolex 2008, 915, 916.

²¹⁾ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 49 Rz 12; G. H. Roth in Roth/Altmeyen, GmbHG⁷ (2012) § 47 Rz 153a; Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁷ (2009) Anh § 47 Rz 98; ders, Schiedsfähigkeit von GmbH-Streitigkeiten, ZIP 2003, 881, 890; K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ (2007) § 45 Rz 150; aA Reiner, GesRZ 2007, 151, 161 f; Hempel in FS Krejci, 1769, 1780 f, der auch Mehrheitsbeschlüsse für zulässig hält.

²²⁾ BGH II ZR 124/95, NJW 1996, 1753, 1754 f; K. Schmidt, Schiedsfähigkeit von GmbH-Beschlüssen, ZGR 1988, 523, 530 f; zust Unzeitig, ecolex 2008, 915, 917; Bayer, Schiedsfähigkeit von GmbH-Streitigkeiten, ZIP 2003, 881, 886; iE auch Bork, Zur Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten, ZHR 160 (1996) 374, 379; Reichert, Beschlussmängelstreitigkeiten und Schiedsgerichtsbarkeit, in FS Ulmer (2003) 511, 516.

²³⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1964 (Duwe/Keller); vgl G. H. Roth in Roth/Altmeyen, GmbHG⁷ (2012) § 3 Rz 42; aA Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 234.

chen sein wird, ist fraglich, ob auch für diese die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist. Anders als der grundsätzliche Verzicht auf den Zugang zur staatlichen Gerichtsbarkeit erfordert die Änderung einer bereits bestehenden Schiedsklausel nicht die Zustimmung aller Gesellschafter. Dies gilt jedenfalls für Modifikationen hinsichtlich der erhöhten Waffengleichheit bei der Schiedsrichterbestellung (d.), der Ausweitung der Verständigungspflichten der Geschäftsführung (c.) oder der Absicherung der Verfahrenskonzentration bei einem Gericht (b.). Solche Abänderungen des Gesellschaftsvertrags können daher mit satzungsändernder Mehrheit (§ 50 Abs 1 GmbHG) eingeführt werden, sofern die Schiedsklausel bereits Teil des Gesellschaftsvertrags war.²⁴⁾

b. Sicherstellung der Verfahrenskonzentration

Als zweite Voraussetzung müsse eine Verfahrenskonzentration bei *einem* Schiedsgericht sichergestellt sein.²⁵⁾ Der BGH fordert daher, dass entweder ein institutionelles Schiedsgericht für ausschließlich zuständig erklärt wird oder zumindest vereinbart wird, dass die erste Verfahrenseinleitung „Sperrwirkung“ hinsichtlich weiterer Klagen entfaltet. Sonst würde sich die Gefahr paralleler Verfahren und divergierender Urteile ergeben. Dies hätte zur unerwünschten Konsequenz, dass die „Beschlussfestigkeit“ der rechtlichen Beurteilung unterschiedlicher Schiedsrichter ausgesetzt wäre. Die Gesellschaft müsste sich also in mehreren Verfahren verteidigen, die Gesellschafter in mehreren Verfahren als Nebenintervenienten beteiligen. Umgekehrt hätten die überstimmten Gesellschafter die Möglichkeit, ihre „Chancen“ durch die Einleitung mehrerer, paralleler Verfahren zu erhöhen.

Dieses Risiko besteht auch für das österreichische Recht, obwohl gem § 584 Abs 3 ZPO die Anhängigkeit eines Schiedsverfahrens Prozesshindernd für ein weiteres staatliches oder schiedsgerichtliches Verfahren über denselben „geltend gemachten Anspruch“ ist und ein dennoch geführtes weiteres Verfahren nichtig ist.²⁶⁾ Denn „Schiedsanhängigkeit“ ist uE wie Streitabhängigkeit²⁷⁾

²⁴⁾ Reiner, GesRZ 2007, 151, 164; Raeschke-Kessler, Gesellschaftsrechtliche Schiedsverfahren und das Recht der EU, SchiedsVZ 2003, 145, 153; K. Schmidt, Schiedsklauseln und Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht – Ein Beitrag zur Verzahnung von Gesellschafts- und Prozessrecht, BB 2001, 1857, 1862.

²⁵⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1965 (Duwe/Keller); ebenso Bayer, ZIP 2003, 881, 887; ders in Lutter/Hommelhoff, GmbHG¹⁷ Anh § 47 Rz 105; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 234; Borris, Die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten in der Aktiengesellschaft, NZG 2010, 481, 484.

²⁶⁾ Hausmanning in Fasching/Konecny² (2007) § 584 ZPO Rz 32.

²⁷⁾ Fasching, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts (1990) Rz 1186; Rechberger/Klicka in Rechberger, ZPO³ § 232–233 Rz 9; Mayr in Fasching/Konecny² § 233 ZPO Rz 7.

nur bei Identität der Parteien und des Streit-/Schiedsgegenstandes gegeben. Identität der Parteien ist aber bei der zu bannenden Gefahr unterschiedlicher Kläger gerade nicht gegeben. Daran ändert nach hM auch die Anordnung einer Rechtskrafterstreckung nichts.²⁸⁾ Der Gegenauffassung *Thöni*²⁹⁾, wonach Identität der Parteien anzunehmen sei, „wenn ein zweiter Prozess von einem von der Rechtskraft des Anfechtungsurteils Betroffenen eingeleitet wird“, ist uE jedenfalls im Kontext von § 42 Abs 6 GmbHG nicht zu folgen. Da sich die Rechtskrafterstreckung § 42 Abs 6 GmbHG nämlich nur auf klagsstattgebende Urteile bezieht, wäre die Streitanhängigkeit bei Annahme einer „Streitanhängigkeitserstreckung“ vom zukünftigen Prozessausgang abhängig.³⁰⁾ Das ist aber insofern abzulehnen, als zu diesem Zeitpunkt die Prüfung der Streitanhängigkeit obsolet und gerade bei Beschlussanfechtungsklagen die Frist gem § 41 Abs 4 GmbHG bereits abgelaufen sein wird. Außerdem fehlt es an der Identität des Streitgegenstands jedenfalls, wenn „der zur Begründung vorgelegte Lebenssachverhalt“ unterschiedlich ist, also verschiedene Anfechtungs-/Nichtigkeitsgründe vorgebracht werden.³¹⁾

Anknüpfend an diese Ausführungen drängt sich die Frage auf, ob das staatliche Verfahren überhaupt vor widersprüchlichen Entscheidungen gefeit ist, weil sich das Problem der mangelnden Streitanhängigkeit in gleicher Weise stellt. Der Zwangsgerichtsstand³²⁾ gem § 42 Abs 2 GmbHG hindert die Einleitung unterschiedlicher Verfahren an demselben Gericht nicht zwingend. Denn die naheliegende Verfahrensverbinding gem § 187 ZPO steht im Ermessen des Gerichts,³³⁾ auch wenn sich dieses wohl „auf Null reduzieren“³⁴⁾ dürfte. Allerdings sind uE auch §§ 197 Abs 3 S 2, 201 Abs 2 S 2 AktG analog auf Gesellschaften mbH anwendbar, sodass mehrere Beschlussmängelprozesse zwingend zur gemeinsamen Verhandlung zu verbinden sind.³⁵⁾ Denn die oben beschriebenen Gefahren legen deutlich eine planwidrige Lücke des älteren GmbH-Gesetzes offen. Die Gefahr divergierender Urteile ist daher im staatlichen Verfahren ausgeschlossen.

Es bleibt also festzuhalten, dass eine entsprechende Ausgestaltung der Schiedsklausel uner-

lässlich ist, um die unerwünschten Folgen paralleler Verfahren zu beseitigen. Damit ist aber noch nicht gesagt, ob das Rechtsstaatlichkeitsprinzip die Unwirksamkeit einer Schiedsklausel verlangt, die diesen Gefahren nicht ausreichend begegnet.³⁶⁾ Mehrere Verfahren über denselben Beschluss sind gewiss kostenintensiv und gerade für die beklagte GmbH, die sich gleich mehreren Verfahren aussetzen muss, mit großen Nachteilen verbunden. Ein unlösbarer Konflikt zwischen mehreren rechtskräftigen Urteilen ist indessen nur in sehr eingeschränktem Maß möglich: Denn die Rechtskrafterstreckung bezieht sich nicht auf klagsabweisende Urteile. Die Abweisung der Klage des Gesellschafters A entfaltet daher keine Rechtskraft für jene des Gesellschafters B.³⁷⁾ Erst mit der ersten klagsstattgebenden Entscheidung werden die anderen Verfahren obsolet. Problematisch ist allerdings die Konstellation, dass bereits zuvor eine Klagsabweisung über denselben „Lebenssachverhalt“ ergangen ist, die im Widerspruch zur Erstreckung der Rechtskraft eines anschließenden, beschlussvernichtenden Urteils auf den ursprünglichen Kläger steht. Es ist aber zu bedenken, dass die Gesellschafter der Schiedsklausel in dieser Form zugestimmt haben und man mit guten Gründen davon sprechen kann, dass sich die Parteien das Risiko mehrerer Verfahren selbst aufgebürdet haben. Im Übrigen sollte diese Gefahr kaum überbewertet werden, weil sich Gesellschafter regelmäßig aus Kostengründen hüten werden, zusätzliche Prozesse einzuleiten, anstatt sich einfach als Nebenintervenient an einem bereits geführten Verfahren zu beteiligen.

Dennoch verbleiben die genannten Bedenken. Selbst wenn man aus diesen Gründen eine Unzulässigkeit der Kumulation mehrerer Parallelverfahren annimmt, lässt sich dies aber uE im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung sanieren. Denn die Unwirksamkeit der gesamten Klausel dürfte dem hypothetischen Parteiwillen zweifellos am wenigsten entsprechen. Der BGH hält eine ergänzende Auslegung trotzdem für unzulässig, weil im vorliegenden Fall verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten zulässig sind, aber kein Anhaltspunkt dafür besteht, welche dieser Regelungen die Parteien getroffen hätten.³⁸⁾ UE ist jedoch mangels anderer Anhaltspunkte im Zweifel davon auszugehen, dass die Gesellschafter eine Regelung gewählt hätten, die dem gesetzlichen Modell des staatlichen Verfahrens am ehesten entspricht und die Klagserhebung durch mehrere Gesellschafter nicht per se unzulässig macht, was den geringsten Eingriff in die Rechte der Gesellschafter darstellt. Denn im Vertrag haben die Gesellschafter gar

²⁸⁾ *Fasching*, Zivilprozessrecht, Rz 1186.

²⁹⁾ *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Beschlüsse (1998) 231; ebenso für Deutschland *Berger*, ZHR 164 (2000) 295, 311; *Bork*, ZHR 160 (1996) 380.

³⁰⁾ Vgl auch *Mayr* in *Fasching/Konecny*² § 233 ZPO Rz 7.

³¹⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1965 (*Duwe/Keller*)

³²⁾ *Mayr* in *Rechberger*, ZPO³ § 83b JN Rz 3; *Simotta* in *Fasching/Konecny*² § 83b JN Rz 8 mwN; *Enzinger* in *Straube*, WK-GmbHG § 42 Rz 5.

³³⁾ *Schragel* in *Fasching/Konecny*² § 187 ZPO Rz 6.

³⁴⁾ Vgl zur Zulässigkeit der Nebenintervention OGH 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206 im Anschluss an *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523, 534.

³⁵⁾ Zumindest iE *Enzinger* in *Straube*, WK-GmbHG § 42 Rz 16; wohl auch *Thöni*, Rechtsfolgen 230.

³⁶⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966 (*Duwe/Keller*).

³⁷⁾ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 42 Rz 15: „Gegenüber anderen Klageberechtigten entfalten klagsabweisende Entscheidungen generell keine Wirkungen“; vgl auch *Enzinger* in *Straube*, WK-GmbHG § 42 Rz 37.

³⁸⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1965 (*Duwe/Keller*); ebenso BGH IX ZR 262/97, NJW 1999, 711 f.

keine derartigen Einschränkungen vorgesehen. Diesen Vorgaben wird entsprechend § 197 Abs 3 S 2 AktG die Gestaltung gerecht, dass mehrere Klagen zwar zulässig, jedoch beim zuerst angerufenen Schiedsgericht zu verbinden sind.

Um jedes Risiko zu vermeiden, dringend empfehlenswert bleibt dennoch eine explizite vertragliche Lösung. Es ist entweder die ausschließliche Zuständigkeit eines institutionellen oder des zuerst angerufenen Schiedsgerichts, welche Sperrwirkung für weitere Klagen entfaltet,³⁹⁾ oder eine Verfahrensverbundung beim zuerst angerufenen Gericht festzulegen. Auch eine Änderung bisheriger Klauseln ist anzuraten.

c. Ausreichende Verständigungspflicht der übrigen Gesellschafter in sinngemäßer Anwendung von § 197 Abs 5 AktG

Bereits erwähnt wurde, dass die Möglichkeit der Beteiligung als Streitgenössischer Nebenintervenient entsprechend § 42 Abs 5 GmbHG ausreichend, aber auch erforderlich für die Wahrung des rechtlichen Gehörs ist.⁴⁰⁾ Als dritte Anforderung wird vom BGH aus diesem Grund gefordert, dass alle Gesellschafter von der Anhängigkeit des Schiedsverfahrens zu informieren sind.⁴¹⁾ Ob diese Vorgabe explizit im Gesellschaftsvertrag vorgesehen sein muss, ist insofern fraglich, als vom Schrifttum in sinngemäßer Anwendung von § 197 Abs 5 AktG eine Benachrichtigungspflicht der Geschäftsführer angenommen wird⁴²⁾ und kein Grund ersichtlich ist, warum diese Informationspflicht nur für das staatliche Verfahren gelten soll.⁴³⁾ § 197 Abs 5 AktG knüpft nämlich nur allgemein an der „Erhebung der Klage“ an. Auch die Informationspflicht der Gesellschafter ist daher bereits gesetzlich gewährleistet. Die „sinngemäße Anwendung“ läuft uE darauf hinaus, dass die Geschäftsführer die Gesellschafter persönlich verständigen müssen. Bei analoger Anwendung von § 197 Abs 5 AktG iVm § 18 AktG müsste die Klags-erhebung dagegen nur im Amtsblatt der Wiener Zeitung veröffentlicht werden. Weil GmbH-Gesellschafter anders als Aktionäre nicht mit einer Veröffentlichung in diesem Medium rechnen müssen, ist eine persönliche Verständigung jedoch vorzugswürdig. Diese Differenzierung ist auch aufgrund der idealtypisch personalistischeren Struktur der GmbH gerechtfertigt.

³⁹⁾ So auch *Reiner*, GesRZ 2007, 151, 156.

⁴⁰⁾ OGH 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206; *Thöni*, wbl 1994, 298, 300; *ders*, Drittschutz im aktien-, GmbH-rechtlichen Beschlussanfechtungsprozess, GesRZ 1994, 55, 58; *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523, 533 f; BGH II ZR 73/85, NJW 1986, 2051, 2052.

⁴¹⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966 (*Duwe/Keller*).

⁴²⁾ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 42 Rz 11; *Thöni*, wbl 1994, 298, 300 mwN; *ders*, GesRZ 1994, 55, 59; BGH II ZR 73/85, NJW 1986, 2051, 2052.

⁴³⁾ Ebenso *Thöni*, wbl 1994, 298, 300; *M. Auer* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH, 124, 130; *K. Schmidt*, ZGR 1988, 523, 533.

d. Ausreichende Einflussmöglichkeit aller Gesellschafter auf Schiedsrichterbestellung gem § 587 Abs 5 ZPO

Die Möglichkeit der Nebenintervention gewährt somit zwar ausreichend rechtliches Gehör. Sie kann jedoch im Schiedsverfahren zu einer Bindung an einen von den ursprünglichen Prozessparteien gewählten Schiedsrichter(-senat) führen. Auch im staatlichen Verfahren hat der Nebenintervenient zwar keinen Einfluss auf die Person des Richters. Jedoch gilt dies anders als im Schiedsverfahren auch für Kläger und Beklagten. Es ist daher unter dem Gesichtspunkt der prozessrechtlichen Waffengleichheit und der erforderlichen Objektivität des Schiedsgerichts bedenklich, wenn der zuerst klagende Gesellschafter und die beklagte GmbH die Schiedsrichterbestellung allein vornehmen könnten, obwohl alle Gesellschafter gleichermaßen gem § 42 Abs 6 GmbHG an den Schiedsspruch gebunden sind. Als viertes Erfordernis des BGH sei daher diese Ungleichgewichtslage zu beseitigen.⁴⁴⁾ Dafür müssen die Schiedsrichter entweder bereits in der Abrede bestellt, deren Ernennung einer unabhängigen Institution übertragen oder eine ausreichende Mitwirkungsmöglichkeit der als Nebenintervenienten beitretenden Gesellschafter geschaffen werden.⁴⁵⁾

Im österreichischen Recht wird diese Vorgabe jedoch uE durch § 587 ZPO ausreichend gewährleistet.⁴⁶⁾ Insb ist für den Fall mehrerer Kläger oder Beklagter in Abs 5 *leg cit* eine eigene Regelung getroffen, wonach sich diese binnen vier Wochen auf den/die von ihnen zu bestellenden Schiedsrichter einigen müssen, widrigenfalls „ihr(e) Schiedsrichter“ auf Antrag einer Partei vom (staatlichen) Gericht zu bestellen ist/sind. Dies gilt allerdings nicht für den Schiedsrichter der sich einigendens Gegenseite.⁴⁷⁾ § 587 Abs 5 ZPO ist uE auch für Streitgenössische Nebenintervenienten anwendbar,⁴⁸⁾ weil diese nach hL und Rsp gleichberechtigt mit der Hauptpartei sind.⁴⁹⁾ Sämtliche Gesellschafter haben daher „unverzüglich“ (§ 197 Abs 5 AktG) nach der verpflichtenden Verständigung durch den Geschäftsführer die Möglichkeit,

⁴⁴⁾ BGH II ZR 255/08, NJW 2009, 1962, 1966 (*Duwe/Keller*).

⁴⁵⁾ Ausf dazu zB *Berger*, ZHR 164 (2000) 295, 304 ff; *Reichert* in FS Ulmer 511, 522 ff; *Bayer*, ZIP 2003, 881, 888; *ders* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG¹⁷ Anh § 47 Rz 101 ff; *Raiser* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 235.

⁴⁶⁾ Ebenso wohl *Reiner*, GesRZ 2007, 151, 155; *M. Auer* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH, 124, 131.

⁴⁷⁾ *M. Auer* in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH, 124, 131; *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 587 Rz 10; *Hausmanninger* in *Fasching/Konecny*² § 587 ZPO Rz 170; anders *Cour de Cassation* 7.1.1992, Arrêt no 43 P + R („Dutco“).

⁴⁸⁾ Implizit *Reiner*, GesRZ 2007, 151, 155; vgl allgemein *Hausmanninger* in *Fasching/Konecny*² § 587 ZPO Rz 171.

⁴⁹⁾ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁸ (2010) Rz 353 mwN.

sich als Nebenintervenienten an der Schiedsrichterbestellung zu beteiligen. Eine explizite Sicherstellung der Einflussmöglichkeiten sämtlicher Gesellschafter ist in der Satzung daher uE in Österreich nicht erforderlich, Vertragsverfassern aber in Hinblick auf § 611 Abs 2 Z 2 ZPO vorsichtshalber jedenfalls zu empfehlen. Selbst wenn die Schiedsklausel aber ein abweichendes Bestellungsverfahren vorsähe, bei dem die Gesellschafter bspw erst nach der Bestellung zu verständigen sind, ist zu bedenken, dass dispositiven Gestaltungen gem § 587 Abs 1 ZPO bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit zulässig sind.⁵⁰⁾

e. Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass die Anforderungen für die Wirksamkeit einer Schiedsklausel, die der BGH wegen der Rechtskrafterstreckung gem § 248 dAktG (analog) postuliert, uE grundsätzlich nicht auf das österreichische Recht übertragbar sind. Aus Gründen der Vorsicht und auch im Interesse der Gesellschaft ist jedoch insb die Sicherstellung der Verfahrenskonzentration vertraglich abzusichern. Der OGH hegt somit in 6 Ob 42/12p zu Recht keine Bedenken wegen der Rechtskrafterstreckung gem § 42 Abs 6 GmbHG gegen die Zulässigkeit von Schiedsklauseln über Beschlussmängelstreitigkeiten. Unabdingbare Voraussetzung bleibt aber die Zustimmung aller Gesellschafter. Für nicht zustimmende Gesellschafter ist die Schiedsklausel daher nicht bindend. Da aber die Anfechtbarkeit/Nichtigkeit eines Beschlusses nur für und gegen alle Gesellschafter wirken kann, ist die Schiedsklausel uE sogar zur Gänze nichtig. Ein dennoch geführtes Verfahren könnte daher jedenfalls mit Aufhebungsklage gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO bekämpft werden. Auch ohne Aufhebungsklage kann die Rechtskraft des Urteils aber nicht auf jene Gesellschafter erstreckt werden, die der Schiedsvereinbarung nicht zugestimmt haben. Das Urteil des Schiedsgerichts muss uE deshalb auch ohne Aufhebungsklage wirkungslos bleiben. Denn wie gesagt ist es undenkbar, einen Beschluss nur mit Wirkung gegenüber einzelnen Gesellschaftern anzufechten.

III. Teleologische Reduktion von § 617 ZPO und § 6 Abs 2 Z 7 KSchG

1. Problemstellung

Zweifellos richtig ist auch die Bestätigung der Ansicht des OLG Innsbruck als Berufungsgericht in 6 Ob 42/12p⁵¹⁾, dass § 617 ZPO auf die gegenständliche Schiedsklausel nicht anwendbar ist, weil diese vor dem 1.7.2006 abgeschlossen wurde und sich die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung diesfalls nach altem Recht richtet.⁵²⁾ Für jüngere Gesellschaftsverträge könnten sich jedoch er-

heblich Probleme aus der Anwendung der Norm ergeben.

§ 617 ZPO sieht sehr umfassende Schutzvorschriften zugunsten von Verbrauchern vor, welche mit dem Abschluss einer Schiedsklausel in Gesellschaftsverträgen kaum vereinbar sind. Die einzelnen Absätze von 617 ZPO setzen größtenteils einen Vertrag zwischen Unternehmer und Konsument voraus (Abs 1, 3–5, 7 *leg cit*), teilweise ist aber allein die Beteiligung eines Verbrauchers ausreichend.⁵³⁾ Für die Verbraucher-/Unternehmereigenschaft enthält die ZPO keine spezielle Definition, weshalb auf den allgemeinen Verbraucher-/Unternehmerbegriff (§ 1 KSchG, §§ 1 ff iVm § 343 UGB) zurückzugreifen ist.⁵⁴⁾ Nach der Rsp können Kapitalgesellschaften abhängig von der konkreten Ausgestaltung ihrer Gesellschafterstellung (Beteiligungshöhe, Einflussmöglichkeiten etc) sowohl Verbraucher als auch Unternehmer sein.⁵⁵⁾ Auf diese Abgrenzungsfragen soll im Folgenden nicht eingegangen werden. Vielmehr ist die grundsätzliche Anwendung einzelner in § 617 ZPO genannter Bestimmungen auf Gesellschaftsverträge unabhängig von der Verbrauchereigenschaft der Gesellschafter in Frage zu stellen. Dasselbe gilt für die Bestimmung des § 6 Abs 2 Z 7 KSchG.

2. Anwendbarkeit von § 617 ZPO auf Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen

Widmet man sich zunächst den Bestimmungen, die nur die Beteiligung eines Verbrauchers voraussetzen, ergeben sich uE kaum Probleme: § 617 Abs 2 S 2 ZPO, wonach die Schiedsvereinbarung exklusiv, dh ohne sonstige Klauseln, auf einer eigenen Urkunde festgehalten und eigenhändig unterschrieben werden muss, ist nämlich mit der Zulässigkeit einer statutarischen Schiedsgerichtsvereinbarung gem § 581 Abs 2 ZPO nicht vereinbar. Denn Statuten enthalten zwangsläufig weitere Vertragsklauseln. Den Abschluss von Schiedsklauseln in Statuten für Konsumenten generell ausschließen zu wollen, sollte dem Gesetzgeber aber nicht unterstellt werden. Dementsprechend sieht § 581 Abs 2 ZPO auch nur eine sinngemäße Anwendung der §§ 577 ff ZPO vor. Dies führt nach uE zutr Ansicht dazu, dass die Vorgabe von § 617 Abs 2 ZPO für Statuten, also auch die Satzung einer GmbH, nicht gilt.⁵⁶⁾ Mangels gesicherter Rsp empfiehlt

⁵³⁾ Ausdrücklich ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 30. Teleologische Reduktion erwägend *Hausmanning* in *Fasching/Konecny*² § 617 ZPO Rz 26.

⁵⁴⁾ *Nueber*, Zak 2010, 48, 49; *Reiner*, GesRZ 2007, 151, 165; *Hausmanning* in *Fasching/Konecny*² § 617 ZPO Rz 22.

⁵⁵⁾ RIS-Justiz RS0121109, RS0116313, zB OGH 2 Ob 169/11h, *ecolex* 2012, 683; 6 Ob 105/10z, wbl 2010, 645; 7 Ob 266/06b, ÖBA 2008, 824 (*Haas*); 4 Ob 108/06w, JBl 2007, 237 (*Huemer*).

⁵⁶⁾ *Reiner*, GesRZ 2007, 151, 168; *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 52. Das zusätzliche Argument, dass der Übereinstimmungsschutz ohnehin durch die Notariatsaktsform (§ 4 Abs 3 GmbHG) gesichert sei (so *Terlitz/Weber*, ÖJZ 2008, 1, 8), ist insofern problematisch, als der Gesetzgeber trotz entsprechenden Vorschlags des Entwurfs des

⁵⁰⁾ Vgl auch *Thöni*, Rechtsfolgen 231.

⁵¹⁾ OLG Innsbruck 1 R 274/11w.

⁵²⁾ ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 31.

sich dennoch, die Schiedsklausel im Gesellschaftsvertrag eindeutig vom restlichen Inhalt zu trennen und separat unterschreiben zu lassen. Denn dies genügt zumindest nach Auffassung des BGH, um der inhaltsgleichen Vorgabe von § 1031 Abs 5 dZPO zu entsprechen.⁵⁷⁾ Im Gegensatz zu Abs 2 sind die zusätzlichen Aufhebungsgründe in Abs 6 uE auch für Gesellschaftsverträge maßgeblich, weil wertungsmäßig nichts gegen deren Anwendung spricht.⁵⁸⁾

Schwieriger zu handhaben sind jene Normen, welche die Beteiligung eines Unternehmers und eines Verbrauchers erfordern. Vielfach wird zwar die Ausnahmebestimmung für Vorbereitungsgeschäfte gem § 1 Abs 3 KSchG dazu führen, dass alle Gesellschafter im Zeitpunkt der Gründung Verbraucher sind. Die durch die entsprechende Ausgestaltung der Gesellschafterstellung bedingte Einordnung als Unternehmer ändert im Nachhinein auch nichts mehr an der Nichtanwendbarkeit des KSchG.⁵⁹⁾ Zwingend ist die Anwendung von § 1 Abs 3 KSchG indes keinesfalls, weil die Ausnahme erstens nur für natürliche Personen gilt und zweitens die Gesellschaftsgründung uU auch zur Tätigkeit eines bereits bestehenden Unternehmens gehören kann.⁶⁰⁾

Besonders gravierende Auswirkungen hätte eine Anwendung von § 617 Abs 1 ZPO. Danach können Schiedsvereinbarungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern nur für bereits entstandene Streitigkeiten abgeschlossen werden. Eine Einigung sämtlicher Gesellschafter *ex post* ist aber gerade in der kurzen Anfechtungsfrist gem § 41 Abs 4 GmbHG mehr als unwahrscheinlich. Beschlussmängelstreitigkeiten wären *de facto* nicht mehr schiedsfähig, sofern zumindest ein Gesellschafter Unternehmer ist.⁶¹⁾

Allerdings wurden bereits mehrfach überzeugende Gründe für eine teleologische Reduktion der Bestimmung für Gesellschaftsverträge vorgebracht.⁶²⁾ So besteht gerade nicht die typische Ungleichgewichtslage zwischen Unternehmer und Verbraucher, sondern vielmehr stehen sich sämtliche Vertragspartner mit dem Ziel gegenüber, einen gemeinsamen Zweck zu verfolgen.⁶³⁾ Ganz idS beauftragen Gesellschafter idR gemeinsam Vertragsverfasser, die im Interesse aller handeln müssen.⁶⁴⁾

Ferner besteht Notariatsaktsspflicht (§ 4 Abs 3 GmbHG), weshalb ein Übereilungsschutz des Verbrauchers gewährleistet ist.⁶⁵⁾ Auch ist es gerade bei mehreren Parteien viel schwieriger für einen Unternehmer, anderen Personen seinen Willen aufzuoktroieren als im zweipersonalen Verhältnis. Zudem bietet das Schiedsverfahren Vorteile, die bei gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten eher als bei zweiseitigen Verträgen allen Beteiligten und nicht bloß primär dem Unternehmer zu Gute kommen (zB Verschwiegenheit).⁶⁶⁾ Schließlich ist der typische Wissensvorsprung eines Unternehmers idR zu verneinen, weil es sich bei Gesellschaftsverträgen um Tätigkeiten handelt, die auch für den Unternehmer ungewöhnlich und selten sind.⁶⁷⁾ Aufgrund all dieser Gründe ist es wertungsmäßig wenig überzeugend, dass die Wirksamkeit der Schiedsklausel davon abhängen soll, ob „zufällig“ einer der Gesellschafter Unternehmer ist. Auch wenn die Anwendung des KSchG nicht generell von der konkreten Ungleichgewichtslage abhängt, ist anerkannt, dass eine teleologische Reduktion konkreter, aber zweifelhafter Einzelvorschriften für atypische Situationen möglich ist.⁶⁸⁾ § 617 Abs 1 ZPO ist uE dementsprechend für Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen zu reduzieren. Auch systematisch ist dies überzeugend, weil andernfalls statutarische Schiedsklauseln (§ 581 Abs 2 ZPO) bei Unternehmer- und Verbraucherbeteiligung faktisch ausgeschlossen wären.⁶⁹⁾ Denn die Regelung anderer als zukünftiger Streitigkeiten in Statuten ist praktisch nicht denkbar.

Teleologisch zu reduzieren ist auch § 617 Abs 3 ZPO, wonach der Konsument schriftlich über die wesentlichen Unterschiede zwischen Schiedsverfahren und staatlichem Verfahren zu belehren ist, weil auch in diesem Fall kein vergleichbares „Macht- oder Informationsgefälle“ zwischen den Gesellschaftern besteht. Außerdem wird der Verbraucher aufgrund der Notariatsaktsspflicht (§ 4 Abs 3 GmbHG) ohnehin eingehend belehrt (§ 52 ff NO), wenngleich dies nicht schriftlich zu geschehen hat. Das Schriftlichkeitserfordernis gem § 617 Abs 3 ZPO hat uE nämlich lediglich Beweisfunktion,⁷⁰⁾ welche bei der Zuziehung eines Notars (und idR mehrerer Gesellschafter) ohnehin gewährleistet ist. Auch Abs 3 ist daher nicht auf Klauseln in GmbH-Verträgen anwendbar,⁷¹⁾ womit

Ludwig-Boltzmann-Instituts keine Ausnahme bei notarieller Beurkundung vorgesehen hat.

⁵⁷⁾ BGH II ZR 188/61, NJW 1963, 203.

⁵⁸⁾ Implizit auch *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 53; aA *Terlitza/Weber*, *ÖJZ* 2008, 1, 8.

⁵⁹⁾ *Stippl/Steinhofer*, *ecolex* 2011, 816, 817.

⁶⁰⁾ Vgl auch *Harrer*, *wbl* 2010, 605, 606 f.

⁶¹⁾ Vgl *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151, 168.

⁶²⁾ *Schifferl/Kraus*, *GesRZ* 2011, 341; *Stippl/Steinhofer*, *ecolex* 2011, 816; *Terlitza/Weber*, *ÖJZ* 2008, 1; *Harrer*, *wbl* 2010, 605, 606; *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 53; *F. Schuhmacher*, *wbl* 2012, 71, 78; aA *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151, 168.

⁶³⁾ *Terlitza/Weber*, *ÖJZ* 2008, 1, 7; *Stippl/Steinhofer*, *ecolex* 2011, 816, 818.

⁶⁴⁾ *Schifferl/Kraus*, *GesRZ* 2011, 341, 345.

⁶⁵⁾ *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 53.

⁶⁶⁾ *Zutr Stippl/Steinhofer*, *ecolex* 2011, 816, 818; *Schifferl/Kraus*, *GesRZ* 2011, 341, 344.

⁶⁷⁾ *Schifferl/Kraus*, *GesRZ* 2011, 341, 345.

⁶⁸⁾ *RIS-Justiz* RS0065288, zB *OGH* 6 Ob 105/10z, *wbl* 2010, 645; 2 Ob 32/09h, *ecolex* 2010, 560 (*Graf*).

⁶⁹⁾ Ebenso *Reich-Rohrwig/Lahnsteiner*, Schiedsvereinbarungen mit einem als Arbeitnehmer oder Verbraucher zu qualifizierenden GmbH-Geschäftsführer, *ecolex* 2008, 740, 743; *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 52 f; aA *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151, 168.

⁷⁰⁾ *Zutr Hausmanninger in Fasching/Konecny*² § 617 ZPO Rz 38.

⁷¹⁾ Ebenso *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 53.

Abs 7 ebenfalls seinen Anwendungsbereich verliert. Wiederum ist in der Praxis vorsichtshalber die schriftliche Belehrung aller Gesellschafter empfehlenswert. Entgegen *Öhlberger*⁷²⁾ ist Abs 3 auch nicht anwendbar, wenn sich ein Gesellschafter beim Vertragsabschluss vertreten lässt, weil diesem die Kenntnisnahme der mündlichen Belehrung durch seinen Bevollmächtigten zuzurechnen ist.⁷³⁾ Die schriftliche Belehrung würde dem Vertretenen im Nachhinein auch wenig nützen. Problematisch bleibt die nachträgliche Einführung einer Schiedsklausel durch Änderung der Satzung, weil diesfalls nur eine notarielle Beurkundung gem § 49 Abs 1 GmbHG erforderlich ist. Gerade bei einer Beschlussfassung grundsätzlich gleichberechtigter Gesellschafter im Rahmen der Gesellschafterversammlung wird jedoch uE besonders deutlich, dass die Kategorisierung zwischen Unternehmern und Verbrauchern der wahren Interessenlage nicht gerecht wird. § 617 Abs 3 ZPO bedarf daher auch für diesen Fall einer teleologischen Reduktion.

Gem § 617 Abs 4, 5 ZPO muss ein Sitz des Schiedsgerichts festgelegt werden, der aber nicht in einem anderen Staat als dem liegen darf, in dem der Verbraucher im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der Klagserhebung Wohnsitz, gewöhnlichen Aufenthalt oder Beschäftigungsort hat. Wie problematisch diese Norm für mehrseitige Verträge ist, zeigt sich daran, dass bei Verträgen zwischen zumindest einem Unternehmer und zwei Verbrauchern aus unterschiedlichen Staaten keine Schiedsklausel möglich wäre. Gerade im Gesellschaftsrecht ist aber zu bedenken, dass die wohl regelmäßig gewählte Anknüpfung am Sitz der Gesellschaft keinesfalls willkürlich oder unvorhersehbar ist, wovon der Konsument ausweislich der Materialien geschützt werden soll.⁷⁴⁾ Sie ist auch nicht auf die typische Gefahr zurückzuführen, dass sich der Unternehmer einen ihm genehmen Schiedsort ausbedingt. Dieser Ort ist immerhin sogar als Zwangsgerichtsstand der ordentlichen Gerichtsbarkeit vorgesehen (§ 83b JN). § 617 Abs 5 ZPO gilt daher jedenfalls dann nicht, wenn der Sitz der Gesellschaft als Ort des Schiedsgerichts vereinbart wurde.⁷⁵⁾ Dafür spricht auch, dass eine Anwendung von § 617 Abs 5 ZPO auf Gesellschaftsverträge im Lichte der Grundfreiheiten bedenklich wäre. Denn eine GmbH wird die Gefahr kaum auf sich nehmen, die Wirksamkeit ihrer Schiedsklausel durch den Beitritt ausländischer Gesellschafter zu gefährden. Somit würde die Beteiligung an österreichischen Gesellschaften erschwert, deren Satzung eine Schiedsklausel enthält, ohne dass dies geeignet und insb erforderlich zum Schutz eines zwingenden Allgemeininteresses (Verbraucherschutz) wäre.

⁷²⁾ *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 53.

⁷³⁾ RIS-Justiz RS0081498, zB OGH 7 Ob 39/63, SZ 36/25; 6 Ob 305/63, SZ 37/16.

⁷⁴⁾ ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 30.

⁷⁵⁾ *Öhlberger*, *ecolex* 2008, 51, 52.

3. Anwendbarkeit von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG auf Gesellschaftsverträge

Schließlich ist mangels Derogation durch § 617 ZPO⁷⁶⁾ uE auch auf § 6 Abs 2 Z 7 KSchG einzugehen. Danach muss der Unternehmer beweisen, dass die Schiedsklausel im einzelnen ausgehandelt wurde, was nach hA bedeutet, dass der Unternehmer erkennbar zur Vertragsänderung bereit gewesen sein muss.⁷⁷⁾ Bei Abschluss des Gesellschaftsvertrags werden aber regelmäßig keine von einem Gesellschafter, sondern allenfalls vom Vertragsgestalter vorformulierten Bedingungen verwendet, der dabei idR im gemeinsamen Interesse aller Parteien handelt.⁷⁸⁾ Ein Verstoß gegen § 6 Abs 2 Z 7 KSchG ist daher ohnehin regelmäßig nicht gegeben. Die entsprechende Nachweispflicht des Unternehmers sollte jedoch wegen dieser typischerweise anderen Ausgangslage, als sie der Gesetzgeber bei der Bestimmung im Auge hatte, entfallen. Kann der Verbraucher indes beweisen, dass ein Unternehmer (nicht auch ein sonstiger Gesellschafter) ausnahmsweise die Schiedsklausel einseitig diktiert hat, ist die Anwendung von § 6 Abs 2 Z 7 KSchG berechtigt.

Eine vollständige teleologische Reduktion der Norm muss dagegen für den nachträglichen Beitritt zu einer GmbH gelten, weil sich diesfalls fast zwangsläufig Unternehmer (GmbH gem § 2 UGB) und Verbraucher (zukünftiger Gesellschafter) gegenüberstehen, aber die Schiedsklausel als Bestandteil der bisherigen Satzung gerade nicht mehr im Einzelnen ausgehandelt werden kann. Dadurch würde praktisch jeder Beitritt eines zukünftigen Gesellschafters eine bestehende Schiedsklausel unwirksam machen. Ein solches Ergebnis dient dem Konsumenten weniger als es ihm nützt: Denn so würde ein Beitritt zu einer bestehenden Gesellschaft mit Schiedsklausel *quasi* ausgeschlossen.

Als Ergebnis lässt sich daher festhalten, dass weder § 617 ZPO noch § 6 Abs 2 Z 7 KSchG der Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten entgegenstehen, weil sie uE in maßgeblichen Bereichen teleologisch zu reduzieren sind.

IV. Schiedsfähigkeit bei Tatbestandswirkungen für gesellschaftsfremde „Dritte“

1. Problemstellung und Meinungsstand

Wie bereits unter II. untersucht, steht die in § 42 Abs 6 GmbHG normierte Rechtskrafterstreckung der Schiedsfähigkeit von Beschlussanfechtungen uE im Grundsatz nicht entgegen. Ungeklärt war bislang allerdings, ob dies auch dann gilt, wenn es sich um sogenannte „außenwirkende Beschlüsse“⁷⁹⁾ handelt.

⁷⁶⁾ *Nueber*, Zak 2010, 48, 49; *Kloiber/Haller in Kloiber/Rechberger/OberhammerHaller*, Das neue Schiedsrecht, *ecolex spezial*, 65; aA *Reiner*, GesRZ 2007, 151, 167.

⁷⁷⁾ *Apathy in Schwimann*, ABGB³ (2006) § 6 KSchG Rz 3; *Krejci in Rummel*, ABGB³ (2002) § 6 KSchG Rz 151.

⁷⁸⁾ Vgl *Nueber*, Zak 2010, 48, 49.

⁷⁹⁾ *Thöni*, wbl 1994, 298, 302; *ders*, GesRZ 1994, 55, 57.

In aller Regel wirken Beschlüsse wegen der unbeschränkten und unbeschränkbar Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer (§ 20 Abs 2 GmbHG) nur im Innenverhältnis. Deren rückwirkende Beseitigung ist daher für gesellschaftsfremde Dritte, gegenüber denen der Beschluss ausgeführt wurde, ohne rechtliche Bedeutung und daher unproblematisch. Bei außenwirkenden Beschlüssen entfaltet der angefochtene Beschluss hingegen Tatbestandswirkung auf die Rechtsposition gesellschaftsfremder Dritter; durch den nachträglichen Wegfall des angefochtenen Beschlusses wird somit in deren Rechte eingegriffen. Darunter fallen etwa Beschlüsse über die Genehmigung der Abtretung von vinkulierten Geschäftsanteilen an Nichtgesellschafter, über die Genehmigung von Verschmelzungsverträgen (vgl § 221 Abs 1 AktG), Beherrschungsverträgen oder Gewinnabführungsverträgen (vgl § 238 AktG) sowie die Genehmigung von Inschlaggeschäften des Geschäftsführers.

In der Literatur wurde die Schiedsfähigkeit der Anfechtung außenwirkender Beschlüsse großteils abgelehnt. *Thöni*⁸⁰⁾ verneinte die Schiedsfähigkeit – allerdings noch zur alten Rechtslage – mit der Begründung, dass außenwirkende Beschlüsse einem Vergleich nicht zugänglich seien, was nach § 577 ZPO aF Voraussetzung der Schiedsfähigkeit war. Die Vergleichsfähigkeit von Anfechtungsstreitigkeiten hänge davon ab, ob der mit der Anfechtungsklage angestrebte Erfolg, nämlich die rückwirkende Vernichtung eines rechtswidrigen, vorläufig wirksamen Beschlusses, auch durch erneute Beschlussfassung der Gesellschafter herbeigeführt werden könne. Nach hM können Gesellschafterbeschlüsse mittels neuerlicher Beschlussfassung nur *ex tunc* aufgehoben werden, solange sie nicht zu Berechtigungen Dritter geführt haben.⁸¹⁾ Das ist bei außenwirkenden Beschlüssen aber nicht der Fall. MaW könne die Gesellschafterversammlung nicht nachträglich in wohlervorbene Rechte Dritter eingreifen.⁸²⁾

Seit dem SchiedsRAG 2006 kann gem § 582 Abs 2 ZPO grundsätzlich jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein und zwar unabhängig von seiner Vergleichsfähigkeit. Da Beschlussmängelstreitigkeiten unzweifelhaft unter den weit auszulegenden Begriff⁸³⁾ „vermögensrechtliche Ansprüche“ fallen,⁸⁴⁾ stellt

die mangelnde Vergleichsfähigkeit kein Hindernis dar. Dennoch betonen die Gesetzesmaterialien, dass mit der Ausweitung der objektiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Ansprüche noch nichts über die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ausgesagt sei, weil sie auch davon abhängen, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken könne. Ob eine Sache objektiv schiedsfähig sei oder nicht, besage demnach noch nichts über den Kreis der Personen, deren Beteiligung notwendig sei, um eine konkrete Angelegenheit tatsächlich in einem Schiedsverfahren abschließend zu entscheiden.⁸⁵⁾

Darauf aufbauend vertritt *C. Nowotny*⁸⁶⁾ die Auffassung, dass sich die Wirkungen des Schiedsspruches nur dann auf einen gesellschaftsfremden Dritten erstrecken könnten, wenn dieser die Möglichkeit gehabt habe, Einfluss auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichtes zu nehmen und dem Schiedsverfahren als Nebenintervenient beizutreten. Da es aber Unbehagen bereite, den Dritten zur Führung eines Schiedsverfahrens im Wege der Nebenintervention zu zwingen, wenn er an der Schiedsvereinbarung nicht beteiligt gewesen sei, komme die Schiedsklausel bei außenwirkenden Beschlüssen nicht zur Anwendung.⁸⁷⁾

Der OGH hatte sich bis zur E 6 Ob 42/12p noch nicht mit der Frage auseinander zu setzen. Allerdings deuteten die E zur grundsätzlichen Schiedsfähigkeit von Anfechtungsstreitigkeiten⁸⁸⁾ eher darauf hin, dass er der restriktiven Auffassung *Thönis* folgen würde.⁸⁹⁾ Der OGH hat auch in anderem Zusammenhang zur Rechtskrafterstreckung eines Schiedsspruches auf einen einfachen Nebenintervenienten folgendermaßen Stellung genommen:⁹⁰⁾ Da die Zuständigkeitsbegründung eines Schiedsgerichtes einerseits ein bewusstes und unzweideutiges Opting-Out der Schiedsparteien aus der staatlichen Gerichtsbarkeit voraussetze und andererseits den Schiedsparteien weitergehende Mitwirkungsrechte an der Gestaltung des Schiedsverfahrens (insbesondere an der Bestellung der Schiedsrichter) zukommen würden als dem Nebenintervenienten, komme eine Bindung des Nebenintervenienten an den Schiedsspruch nicht in Betracht. Eine Tatbestands- bzw Reflexwirkung des Schiedsspruches für den (einfachen) Nebenintervenienten im Schiedsverfahren komme somit nicht in Betracht. Denn es fehle an den Voraussetzungen der Gewährung vollen rechtlichen Gehörs hin-

⁸⁰⁾ *Thöni*, wbl 1994, 298, 301 f.

⁸¹⁾ *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 34 Rz 8; *Thöni*, Anerkenntnisurteil gegen die GmbH im Beschlussanfechtungsprozess? *ecolx* 1995, 259, 261; *Römermann* in *Michalski*, GmbHG² (2010) § 47 Rz 624; *Hüffer* in *Ulmer/Habersack/Winter*, GK-GmbHG § 47 Rz 38; *Zöllner* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG¹⁹ (2010) § 47 Rz 31.

⁸²⁾ *Thöni*, wbl 1994, 298, 302.

⁸³⁾ *Rechberger/Melis* in *Rechberger*, ZPO³ § 582 Rz 2; *Zeiler*, Schiedsverfahren (2006) § 582 Rz 12; *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht, § 582 Anm 35; *ders*, GesRZ 2007 151, 152.

⁸⁴⁾ *Reiner*, GesRZ 2007, 151; *Bayer*, ZIP 2003, 881, 883; *Henze*, Aspekte und Entwicklungstendenzen der aktienrechtlichen Anfechtungsklage in der Rechtsprechung des BGH, ZIP 2002, 97.

⁸⁵⁾ ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

⁸⁶⁾ *C. Nowotny*, wbl 2008, 470, 472 ff.

⁸⁷⁾ IdS wohl auch *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 197 Rz 4; *Unzeitig*, *ecolx* 2008, 915, 916.

⁸⁸⁾ OGH 2 Ob 276/50, SZ 23/184; 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206; 4 Ob 37/01x, *ecolx* 2001/350; 6 Ob 145/06a, AnwBl 2008, 151; diese Entscheidungen betrafen alle die alte Rechtslage.

⁸⁹⁾ OGH 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206; 6 Ob 145/06a, AnwBl 2008, 151.

⁹⁰⁾ OGH 6 Ob 170/08f, RdW 2009, 345.

sichtlich der Punkte, bei denen er von einer Tatbestandswirkung erfasst werden solle.⁹¹⁾

2. 6 Ob 42/12p: Tatbestandswirkung steht Schiedsfähigkeit nicht entgegen

Im Anlassfall zu 6 Ob 42/12p ging es zusammengefasst darum, dass die Klägerin als Gesellschafterin der beklagten GmbH beim staatlichen Gericht die Nichtigkeitsklage über die Genehmigung eines Werkvertrages begehrte, der zwischen der Beklagten als Werkbestellerin und einer außenstehenden Gesellschaft als Werkunternehmerin abgeschlossen wurde. Im Gesellschaftsvertrag der beklagten GmbH vom 29.5.2005 wurde für alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsvertrag zwischen der Gesellschaft und den Gesellschaftern sowie zwischen den Gesellschaftern untereinander die ausschließliche Zuständigkeit eines Schiedsgerichtes vereinbart, soweit die Zuweisung der Streitsache an ein Schiedsgericht zulässig ist. Die Klägerin stützte sich im Wesentlichen darauf, dass der Beschluss als nachträgliche Genehmigung des Werkvertrages ein an sich unwirksames Insichgeschäft saniert habe. Alternativ wäre das Geschäft auch wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unzulässig gewesen, weshalb der angefochtene Beschluss Außenwirkungen gegenüber der Werkunternehmerin entfalte. Daher fehle es an der notwendigen Vergleichs- und Schiedsfähigkeit, weshalb die Klageeinbringung beim staatlichen Gericht zulässig sei.

Der OGH betonte zunächst die Irrelevanz der mit dem SchiedsRÄG 2006 verbundenen Änderung, weil Beschlussmängelstreitigkeiten nach stRsp auch zur alten Rechtslage schiedsfähig waren, zumal über eine Klage nach § 41 GmbHG ein Vergleich geschlossen werden könne.⁹²⁾ In der Sache selbst habe die Werkunternehmerin als Vertragspartnerin der beklagten Partei im gegenständlichen Beschlussmängelstreit keinen Anspruch auf rechtliches Gehör. Da die Werkunternehmerin in der Generalversammlung, in der über die Genehmigung des Werkvertrages abgestimmt worden sei, weder ein Teilnahme- noch ein Stimmrecht gehabt habe, sei nicht einzusehen, warum sie im Verfahren zur Bekämpfung des genehmigenden Beschlusses einzubinden wäre.⁹³⁾ Außerdem würde der außenstehende Dritte bei Genehmigung des Vertrages nur eine aufschiebend bedingte Rechtsstellung erwerben, weil die Wirksamkeit des Vertrages stets unter der auflösenden Bedingung der erfolgreichen Beschlussanfechtungsklage stehe. Bei den Auswirkungen der Anfechtung auf den

Dritten handle es sich sohin um eine bloße Tatbestands- oder Reflexwirkung⁹⁴⁾, die regelmäßig keine Parteistellung und somit keinen Anspruch auf rechtliches Gehör begründe.⁹⁵⁾ Die Stellung des gesellschaftsfremden Vertragspartners sei vergleichbar mit der eines Vertragspartners des Masseverwalters⁹⁶⁾, eines Vertragspartners eines Minderjährigen⁹⁷⁾ oder eines Nachlassgläubigers im Verlassenschaftsverfahren⁹⁸⁾, denen nach ständiger Rsp Parteistellung, Rekurslegitimation und somit das rechtliche Gehör abzusprechen sei. Derartige Reflexwirkungen stünden der Schiedsfähigkeit eines Anspruches daher ganz allgemein nicht entgegen.

3. Stellungnahme

Der Ansicht des OGH ist iE zuzustimmen, die Begründung ist jedoch in einigen Aspekten konkretisierungsbedürftig. Zunächst ist es zwar unzweifelhaft richtig, dass der gesellschaftsfremde Werkunternehmer keinen Anspruch hatte, sich an der Beschlussfassung über die Genehmigung des mit ihm abgeschlossenen Vertrages zu beteiligen. Ob daraus zwingend abzuleiten ist, dass dem Dritten auch im Verfahren zur Bekämpfung des genehmigenden Beschlusses kein rechtliches Gehör zusteht, ist uE aber fraglich. Bis zur Genehmigung ist noch kein wirksamer Vertrag zustande gekommen und der Dritte hat insofern noch gar keine schützenswerte Rechtsstellung erworben. Mit der Genehmigung hat der Dritte als Vertragspartner der Gesellschaft allerdings eine Rechtsposition aus dem Vertrag erlangt. Die Rechtsstellung des Vertragspartners der Gesellschaft nach der Beschlussfassung unterscheidet sich daher maßgeblich von jener vor Beschlussfassung, sodass dessen Anspruch auf rechtliches Gehör nicht von vornherein mit dem Hinweis auf sein mangelndes Stimmrecht in der Versammlung vereint werden kann. Dementsprechend kann ein Gesellschafterbeschluss nach hM⁹⁹⁾ mittels neuerlicher Beschlussfassung nur *ex tunc* aufgehoben werden, solange er nicht zu Berechtigungen Dritter geführt hat.

IdS ist auch fraglich, inwieweit der Vergleich zur mangelnden Parteistellung des Vertragspartners eines Minderjährigen im pflegschaftsgerichtlichen Verfahren gem § 154 Abs 3 ABGB überzeugt, dem ebenfalls keine Parteistellung und damit kein Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt wird.¹⁰⁰⁾ Denn durch die gerichtliche Zustimmung erwirbt der Vertragspartner seine Ansprüche erst, während ihm die Beschlussanfechtung seine bereits erworbene Rechtsposition wieder entzieht,

⁹¹⁾ OGH 6 Ob 170/08f, RdW 2009, 345; 1 Ob 694/89, SZ 63/4; RIS-Justiz RS0074953; *Fasching/Klicka* in *Fasching/Konecny*, ZPO² § 411 Rz 172.

⁹²⁾ Vgl RIS-Justiz RS0045318, zB OGH 7 Ob 221/98w, RdW 1999, 206.

⁹³⁾ Der OGH verweist dafür auf *Enzinger* in *Straube*, WK-GmbHG § 42 Rz 8; *Strasser* in *Jabornegg/Strasser*, AktG⁵ § 198 Rz 5; *G. H. Roth* in *Roth/Altmeppen*, GmbH⁶ § 47 Rz 153a.

⁹⁴⁾ Vgl RIS-Justiz RS0041401.

⁹⁵⁾ Vgl RIS-Justiz RS0120841; RS0123028.

⁹⁶⁾ Vgl RIS-Justiz RS0065256; RS0006953.

⁹⁷⁾ Vgl RIS-Justiz RS0006210; RS0006207; RS0006212; RS0006225.

⁹⁸⁾ Vgl RIS-Justiz RS0006611.

⁹⁹⁾ Siehe oben bei und in Fn 81.

¹⁰⁰⁾ Vgl jüngst OGH 3 Ob 4/12b, EvBl 2012/94, 666.

was uE ein erheblicher wertungsmäßiger Unterschied ist.

Völlig zutreffend hat der OGH aber erkannt, dass die vom Vertragspartner erworbene Rechtsposition keine endgültige, sondern auflösend bedingt ist. Solange nämlich die Monatsfrist des § 41 Abs 4 GmbHG noch nicht abgelaufen ist, besteht immer noch die Unsicherheit, dass der Beschluss angefochten und der Klage rechtskräftig stattgegeben wird. Dies hätte zur Folge, dass der Beschluss mit Wirkung *ex tunc* vernichtet wird.¹⁰¹⁾ Erst nach Ablauf der Anfechtungsfrist kann der Vertragspartner darauf vertrauen, dass der Vertrag endgültig rechtswirksam ist. Damit wird auch nicht im Nachhinein über wohlworbene Rechte¹⁰²⁾ des Dritten entschieden. Solange die Anfechtungsfrist nämlich noch offen ist und einzelne Gesellschafter Widerspruch zu Protokoll gegeben haben, besteht noch kein derart schützenswertes Interesse des Dritten, das die Durchführung eines Schiedsverfahrens ohne rechtliches Gehör des Dritten unzulässig machen würde. Das Risiko einer nachträglichen Beschlussanfechtung ist der gesellschaftsrechtlichen Willensbildung immanent. Sofern diese ausnahmsweise Voraussetzung einer außenwirksamen Rechtshandlung ist, müssen Dritte dieses in Kauf nehmen, wenn sie mit der Gesellschaft kontrahieren.

Aufgrund der Anerkennung der Gleichwertigkeit von staatlichem und Schiedsverfahren macht es uE auch keinen Unterschied, ob sich dieses Risiko durch die Anfechtung vor einem ordentlichen oder einem Schiedsgericht verwirklicht. Bedenken gegen ein Schiedsverfahren könnten zwar insofern geäußert werden, als es die Gesellschafter in der Hand hätten, durch Einberufung eines Schiedsgerichts und der Bestellung ihnen wohl gesonnener Schiedsrichter nachträglich Verträge zu Fall zu bringen, wogegen der Dritte machtlos wäre. Sollte sich bspw nach Genehmigung eines Insichgeschäftes herausstellen, dass dieses Geschäft nachteilig für die Gesellschaft ist (zB wegen kurzfristiger Kurseinbrüche), könnten die Gesellschafter und die Gesellschaft im gemeinsamen Zusammenwirken einen Anfechtungsstreit „fingieren“, in dem sich die Gesellschaft nicht gegen die Anfechtung zur Wehr setzt. Dem ist allerdings entgegen zu halten, dass diese Gefahr bei einem gerichtlichen Anfechtungsstreit genauso gegeben ist. Im Anfechtungsstreit, der nach den Regeln der ZPO zu führen ist, gilt der Dispositionsgrundsatz und die beklagte Gesellschaft könnte das Klagebegehren anerkennen oder mangels Erstattung einer Klagebeantwortung ein Versäumungsurteil herbeiführen.¹⁰³⁾ Aufgrund der verfahrensrechtlichen Dispo-

sitionsmaxime sind auch Vergleiche über außenwirksame Beschlüsse unbedenklich, sofern man – wie der OGH¹⁰⁴⁾ – nicht mit der dhM die Zulässigkeit eines „beschlussbeseitigenden“ Vergleichs¹⁰⁵⁾ und zT auch Versäumungs- oder Anerkenntnisurteils¹⁰⁶⁾ generell ablehnt. Die von der dhM vorgebrachten Bedenken sind aber nicht auf außenwirkende Beschlüsse beschränkt, sondern beziehen sich darauf, dass am Vergleich alle klageberechtigten Gesellschafter beteiligt sein müssten.¹⁰⁷⁾ Daher ist es nur konsequent, dass der OGH auch bei außenwirkenden Beschlüssen die Schiedsfähigkeit und daher auch die Vergleichsfähigkeit nach § 577 ZPO aF bejaht.

Im Übrigen ist der Vertragspartner vor der erwähnten „Inszenierung“ eines Schiedsverfahrens oder sonstigen sachlich nicht nachvollziehbaren Dispositionen über den Streitgegenstand zu dessen Lasten nach allgemeinen Grundsätzen nicht völlig schutzlos. Eine Berufung des Dritten darauf, dass die Gesellschaft nach Rechtscheingrundsätzen gebunden sei, wird zwar von der hM¹⁰⁸⁾ zu Recht abgelehnt. Da die Rechtsposition des Dritten unter der auflösenden Bedingung der Erhebung einer Anfechtungsklage steht, fehlt es ihm nämlich in aller Regel an einer gutgläubigen Vertrauensdisposition.¹⁰⁹⁾ Allerdings könnte dem Einwand der Gesellschaft, dass der Beschluss mittels Schiedsspruch *ex tunc* beseitigt worden sei, die Replik des Rechtsmissbrauchs entgegengehalten werden,¹¹⁰⁾ wenn und weil die Schiedsrichter offenkundig nicht objektiv entschieden haben. Dies hätte zur Folge, dass sich die Gesellschaft nicht auf die Anfechtung des Beschlusses berufen kann und der mit dem Dritten abgeschlossene Vertrag wegen der Einrede des Rechtsmissbrauchs¹¹¹⁾ dennoch wirksam ist. Alternativ kann der Dritte die

¹⁰⁴⁾ Oben bei und in Fn 92.

¹⁰⁵⁾ K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ (2007) § 45 Rz 159; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 252; Römermann in Michalski, GmbHG² (2010) Anh § 47 Rz 523 je mwN.

¹⁰⁶⁾ K. Schmidt in Scholz, GmbHG¹⁰ § 45 Rz 159; aA Römermann in Michalski, GmbHG² Anh § 47 Rz 525; Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 253 mwN auch der Gegenansicht.

¹⁰⁷⁾ Raiser in Ulmer/Habersack/Winter, GK-GmbHG Anh § 47 Rz 252.

¹⁰⁸⁾ Diregger in Doralt/Nowotny/Kalss, AktG² § 197 Rz 13; Strasser in Jabornegg/Strasser, AktG³ § 198 Rz 5; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 42 Rz 14: „nur in Ausnahmefällen“.

¹⁰⁹⁾ Vgl Schopper/Trenker in U. Torggler, UGB (2012) § 56 Rz 3; P. Bydlinski in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, ABGB³ (2010) § 1029 Rz 6 ff.

¹¹⁰⁾ So Zöllner in Baumbach/Hueck, GmbHG¹⁰ Anh § 47 Rz 132, für den Fall, dass sich die Gesellschaft auf einen rechtswidrigen Bestätigungsbeschluss beruft; vgl allgemein zum Rechtsmissbrauch RIS-Justiz RS0061844, zB OGH 4 Ob 543/83, RdW 1985, 11 (Hügel); RS0119567; Mader, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) passim.

¹¹¹⁾ Dazu G. Kodek in Kletečka-Schauer, ABGB-ON (2010) § 1295 Rz 87; Reischauer in Rummel, ABGB³ (2007) § 1295 Rz 86 je mwN.

¹⁰¹⁾ Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ § 42 Rz 13; Thöni, GesRZ 1994, 55, 56; OGH 6 Ob 786/82, GesRZ 1983, 222; 1 Ob 612/80, GesRZ 1981, 184; 3 Ob 553/81, GesRZ 1980, 92.

¹⁰²⁾ Dies führt Thöni, wbl 1994, 298, 302, als maßgebliches Argument gegen die Schiedsfähigkeit an.

¹⁰³⁾ Zu den Möglichkeiten eines verfahrensrechtlichen Drittschutzes im Beschlussanfechtungsprozess auf Thöni, GesRZ 1994, 55.

GmbH auf Schadenersatz in Anspruch nehmen (§ 1295 Abs 2 ABGB) und zwar uE in Höhe des Erfüllungsinteresses. Auch ein Ersatzanspruch gegen die Schiedsrichter ist bei vorsätzlicher, sittenwidriger Schädigung möglich, weil diesfalls auch reine Vermögensschäden ersatzfähig sind.¹¹²⁾ Allerdings dürfte eine vorsätzliche Schädigung idR nur bei völlig unvertretbaren Entscheidungen nachweisbar sein, wie zB bei der Stattgabe einer außerhalb der Monatsfrist gem § 41 Abs 4 GmbHG eingebrachten Klage.

Die fehlende Beschlussanfechtung ist daher Tatbestandsmerkmal oder auflösende Bedingung der Sanierung des Insihgeschäfts. Der OGH hat folglich zu Recht ausgesprochen, dass die Entscheidung über die Anfechtung bloße Tatbestands- oder Reflexwirkung hat, welche keine materielle Parteistellung begründet.¹¹³⁾ Zugleich ist damit die Streitfrage¹¹⁴⁾ bejaht worden, ob sowohl ein gerichtliches Rechtsgestaltungsurteil als auch ein derartiger Schiedsspruch Gestaltungs- bzw Reflex-/Tatbestandswirkung gegenüber nicht am Verfahren beteiligten Dritten entfaltet. Dem steht auch Art 6 EMRK nicht entgegen. Da es hinsichtlich des außenstehenden Dritten um reine Reflexwirkungen des Schiedsspruches geht, handelt es sich uE nämlich nicht um „seine Sache“¹¹⁵⁾ im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK.

¹¹²⁾ *Koziol/Welser*, Grundriss Bürgerliches Recht II¹³ (2007) 314; *Karner* in KBB, ABGB³ (2010) § 1295 Rz 2.

¹¹³⁾ RIS-Justiz RS0123028, zB 6 Ob 186/07g, HS 38.200.

¹¹⁴⁾ Zum Meinungsstand *Fasching/Klicka in Fasching/Konecny*² § 411 ZPO Rz 162 ff mwN.

¹¹⁵⁾ Vgl zum Interpretationsspielraum des Wortlauts *Fasching/Klicka in Fasching/Konecny*² § 411 ZPO Rz 163.

V. Zusammenfassung

Beschlussmängelstreitigkeiten einer GmbH sind grundsätzlich schiedsfähig. Besondere Anforderungen an die Ausgestaltung der Schiedsklausel bestehen trotz der Rechtskrafterstreckung gem § 42 Abs 6 GmbHG uE nicht, wenngleich aus Gründen „anwaltlicher/notarieller Vorsicht“ und im Interesse der Gesellschaft die Verfahrenskonzentration mehrerer Anfechtungsklagen bei demselben Schiedsgericht sichergestellt werden sollte. Auch die Vereinbarung einer ausreichenden Mitwirkungsmöglichkeit aller klagenden bzw als Nebenintervenienten beitretenden Gesellschafter an der Schiedsrichterbestellung ist empfehlenswert, wegen § 587 Abs 5 ZPO aber uE nicht erforderlich.

Die konsumentenschutzrechtlichen Bestimmungen § 617 ZPO und § 6 Abs 2 Z 7 KSchG sind für gesellschaftsrechtliche Schiedsverträge in maßgeblichen Bereichen teleologisch zu reduzieren. Denn die diesen Normen zugrundeliegenden Wertungen sind zum größten Teil nicht auf die Interessenlage beim Abschluss eines Gesellschaftsvertrags übertragbar.

Die Tatsache, dass ein Beschluss Reflex- und Tatbestandswirkungen für die rechtliche Position Dritter entfaltet, steht der Wirksamkeit der Schiedsklausel ebenfalls nicht im Wege. Sofern ein Beschluss Voraussetzung für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten ist, steht dessen Rechtsposition lediglich unter der auflösenden Bedingung, dass der Beschluss nicht angefochten wird. Ob sich das Risiko der Anfechtung im staatlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahren verwirklicht, macht aufgrund der Anerkennung der Gleichwertigkeit beider Verfahren keinen Unterschied.