

# Formzwang für die Bevollmächtigung zum Abschluss von Schiedsvereinbarungen

---

Martin Trenker

## I. Problemaufriss

Gerade im Schiedsverfahrensrecht wird wegen seiner internationalen Dimension sowie der typischerweise sehr hohen Streitgegenstände Gestaltungsfreiheit und Privatautonomie besonders hohe Bedeutung zugemessen. Spätestens seit dem SchiedsRÄG 2006 lässt auch der Gesetzgeber eine eindeutige Tendenz in Richtung zunehmender Liberalisierung erkennen. Völlig gegenläufig zu dieser Entwicklung und den Bedürfnissen der Praxis kennt das österreichische Recht gleich zwei gravierende Einschränkungen der Privatautonomie bzw der Formfreiheit für den Abschluss von Schiedsvereinbarungen durch rechtsgeschäftliche Vertreter.

Erstens sieht § 583 ZPO ein – abgeschwächtes (unten III.B.) – 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>1</sup> nach ganz hL<sup>2</sup> ist für die Frage, ob ein

---

1 RIS-Justiz RS0019346; RS 0017284, 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; *Wilhelm*, Der schmale Grat zum Schiedsgericht, *ecolex* 2005, 89; *I. Welser*, Vermischte Fragen aus der schiedsgerichtlichen Praxis, in Bernat/Böhler/Weilinger, FS Krejci II (2001) 1881, 1885; aA *Oberhammer*, Schiedsvereinbarung und § 1016 ABGB, in Fischer-Czermak/Kletečka/Schauer/Zankl, FS Welser (2004) 759, 763 ff.

2 RIS-Justiz RS0104095, OGH 4 Ob 144/62, SZ 36/9; 5 Ob 77/98d, EvBl 1998/196, 867; *Strasser* in Rummel, ABGB I<sup>3</sup> (2000) § 1005 Rz 5; *Rubin*, Bevollmächtigung und formgebundenes Rechtsgeschäft, *ecolex* 2010, 24 mwN; krit *Oberhammer* in FS Welser 759, 760 Fn 4, der die Frage aufwirft, warum dem Vertretenen nicht auch die „Warnung“ des Vertretenen wie sonstiges Wissen, Willensmängel odgl zugerechnet wird. Dagegen lässt sich einwenden, dass es der besonderen Schutz-

Formgebot auch auf die betreffende Vollmachtserteilung „durchschlägt“, nämlich entscheidend, welchen Zweck es verfolgt. Liegt dieser im Übereilungsschutz, so muss auch die zugrundeliegende Vollmacht in der vorgeschriebenen Form erteilt worden sein. Eine § 167 Abs 2 BGB vergleichbare Norm, die ein solches „Durchschlagen“ der Formpflicht des Vertretergeschäfts auf die Vollmachtserteilung generell ausschließt, kennt das ABGB dagegen nicht. Auch in Deutschland mehren sich im Übrigen die Stimmen, die einer teleologischen Reduktion von § 167 Abs 2 BGB für jene Formvorschriften das Wort reden, die eine Warnfunktion erfüllen.<sup>3</sup>

Zweitens ordnet § 1008 ABGB an, dass ein Vertreter zur Bestellung eines Schiedsrichters einer Spezialvollmacht bedarf. Dies wird von der ganz hM auch auf den Abschluss einer Schiedsklausel ausgedehnt,<sup>4</sup> was gerade bei ausländischen Schiedsparteien häufig für unliebsame Überraschungen sorgt. Methodisch ist dieses Ergebnis jedoch aufgrund eines einfachen Größenschlusses zweifellos zutreffend. Denn die mit dem Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit einhergehende Schiedsvereinbarung stellt einen drastischeren Eingriff in die Rechtssphäre des Vertretenen dar als die Bestellung eines Schiedsrichters auf Basis einer bereits getroffenen Schiedsvereinbarung. Allfällige Kritik kann daher nur *de lege ferenda* ansetzen.

## II. Kein Spezialvollmachtserfordernis für Unternehmer

Tatsächlich wird § 1008 ABGB im schiedsrechtlichen Schrifttum bisweilen heftig kritisiert<sup>5</sup> und als einer der zentralen Mängel des geltenden Schiedsrechts angesehen.<sup>6</sup> Noch nicht ausreichend gewürdigt wurde mE 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 Handlungsbevollmäch-

---

funktion widersprüche, dem Geschäftsherrn gerade dieses „gewarnt Sein“ über einen nicht in der gebotenen Form bevollmächtigten Vertreter zuzurechnen. Einer Zurechnung anderer Kenntnisse dieses Vertreters steht dies freilich nicht im Wege, dazu noch unten IV.C.

3 Ausf Schramm in Säcker/Rixecker, MünchKomm BGB I<sup>6</sup> (2012) § 167 Rz 16 ff mwN.

4 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; Aburumieb/Koller/Pöltner, Formvorschriften für Schiedsvereinbarungen, ÖJZ 2006, 439, 447; Pernert in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1.01</sup> (2012) § 1008 Rz 9; Strasser in Rummel, ABGB<sup>3</sup> §§ 1006 – 1008 Rz 19.

5 So zB Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2011) Rz 1152: „anachronistische und im internationalen Vergleich einzigartige Vorschrift“.

6 Vgl nur Oberhammer, Schiedsrechts-Änderungsgesetz: Der Rechtsstandort Österreich legt vor, ecolx 2013, 625.

tigten keine Spezialvollmacht nach § 1008 ABGB erforderlich ist. Vergewährt man sich, dass Schiedsvereinbarungen schon wegen der ihrerseits viel problematischeren 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>7</sup>

Diese Auffassung ist zugegebenermaßen nicht unumstritten, besonders die sogenannte Generalvollmacht wird von der überwiegenden Ansicht als zivilrechtliche Vollmacht eingestuft<sup>8</sup>: Allerdings spricht 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 einsichtig, warum der bezweckte zwingende Vertrauensschutz der Verkehrsteilnehmer im Endeffekt doch der Dispositionsbefugnis des Unternehmers unterliegen soll.

Mit dem somit befürworteten *numerus clausus* der unternehmensrechtlichen Vollmacht kaum vereinbar<sup>9</sup> ist ferner jene (in Deutschland) weitverbreitete Ansicht, dass eine Handlungsvollmacht nur an Personen erteilt werden kann, die in einer bestimmten Weise ins Unternehmen involviert sind; ein Handlungsbevollmächtigter müsse demnach von „innen heraus“ handeln,<sup>10</sup> andernfalls liege eine bloße Zivilvollmacht vor. Gegen diese Auf-

7 U. Torggler, Abschied vom Handelsrecht? (2005) 21; U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger, UGB Großkommentar I/2 (2014) § 48 Rz 15, § 54 Rz 8; Schopper/Trenker in U. Torggler, UGB (2013) § 48 Rz 2; Krebs in K. Schmidt, MünchKomm HGB I<sup>3</sup> (2010) Vorbemerkung § 48 Rz 29 ff mwN auch der Gegenansicht.

8 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; Schubert in Oetker, HGB<sup>2</sup> (2011) § 54 Rz 24; Joost in Canaris/Habersack/Schäfer, Großkomm HGB II<sup>5</sup> (2008) § 49 Rz 47 mwN; implizit wohl auch RIS-Justiz RS0059852, zB OGH 1 Ob 537/83, ÖZW 1985, 82; 2 Ob 238/09b, GesRZ 2011, 43 (Frenzel/Schörghofer); zutr dagegen Krebs in MünchKomm HGB<sup>3</sup> Vorbemerkung § 48 Rz 30, 81; G. H. Roth/Fitz, Unternehmensrecht<sup>2</sup> (2006) Rz 877; K. Schmidt, Handelsrecht Unternehmensrecht I<sup>6</sup> (2014) § 16 Rz 8, 95; U. Torggler/Trenker in Zib/Dellinger, UGB § 54 Rz 59 mwN.

9 Vgl allerdings Krebs in MünchKomm HGB<sup>3</sup> Vorbemerkung § 48 Rz 29.

10 K. Schmidt, Handelsrecht<sup>6</sup> § 16 Rz 89; Krebs, ZHR 159 (1995), 635, 647 ff; ders in MünchKomm HGB<sup>3</sup> Vorbemerkung § 48 Rz 22 ff, § 54 Rz 10; Schubert in Oetker, HGB<sup>2</sup> § 48 Rz 2; Hopt in Baumbach/Hopt, HGB<sup>36</sup> (2014) § 54 Rz 1; Grooterhorst/Preuß, Vollmachten im Unternehmen II<sup>5</sup> (2007) Rz 10; Sonnenschein/Weitemeyer in

fassung sprechen allerdings gleich mehrere Gründe: Zunächst findet sie nicht einmal ansatzweise eine Stütze im Wortlaut des Gesetzes. Ferner 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.

Es besteht daher mE kein Zweifel, dass jede unternehmensbezogene Vollmacht eine Handlungsvollmacht oder Prokura ist und daher § 1008 ABGB nicht zur Anwendung gelangt.<sup>13</sup> Das gilt etwa auch für den vorliegend besonders bedeutsamen Fall der Bevollmächtigung eines Anwalts. Bei näherer Betrachtung ist § 1008 ABGB daher mE bei Weitem nicht jene Sprengkraft beizumessen, wie bisweilen in der schiedsrechtlichen Literatur angenommen wird. Denn wie bereits angedeutet sind Schiedsvereinbarungen mit Verbraucherbeteiligung durch § 617 ZPO ohnehin derart erschwert, dass § 1008 ABGB nur die Spitze des Eisbergs darstellt.

Auch für ausländische Unternehmer gilt das Gesagte, auch wenn deren Heimatrechtsordnung keine Handlungsvollmacht kennt. Soweit österreichisches Recht auf die Bevollmächtigung zur Anwendung kommt (unten V.), führt dies nämlich nicht nur zur Geltung von § 1008 ABGB; vielmehr ist mE auch die Ausnahmeregelung für alle unternehmensbezogenen Vollmachten (§§ 48 Abs 1 S 2, 54 Abs 1 S 2 UGB) analog anwendbar.<sup>14</sup>

---

Heymann, HGB I<sup>2</sup> (2004) § 54 Rz 4; *Koller*, Abschluss von Schiedsvereinbarungen durch rechtsgeschäftliche Vertreter – Problemfelder de lege lata, *ecolex* 2011, 878, 880.

11 So bereits Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs 1897, 50.

12 Denkschrift HGB 50.

13 *U. Torggler/Trenker* in Zib/Dellinger, UGB § 54 Rz 9; *Trenker/Schopper* in *U. Torggler*, UGB § 54 Rz 2; *Joost* in Großkomm HGB<sup>5</sup> § 54 Rz 9 f; *Weber* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB I<sup>2</sup> (2008) § 54 Rz 5.

14 Vgl in anderem Zusammenhang OGH 6 Ob 43/13m, *ecolex* 2014/166 (Punkt 10.3).

### III. Schriftlichkeitserfordernis gem § 583 ZPO

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

Größere Probleme dürfte dagegen das auf die Vollmacht ausgedehnte Schriftlichkeitserfordernis gem § 583 ZPO bereiten. Die hL<sup>15</sup> geht allerdings davon aus, dass auch dafür eine Ausnahme für Handlungsbevollmächtigte (und wohl auch Prokuristen) gelte. Abgeleitet 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 sind, auch Schiedsvereinbarungen treffen kann.<sup>16</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 Schiedsvereinbarung besondere Formvorschriften zur Anwendung gebracht würden, geht die hL kurzer Hand davon aus, dass auch das Schriftformerfordernis entfalle.<sup>17</sup>

Diese Auffassung überschreitet mE die Grenzen zulässiger Interpretation: Auch wenn sowohl der Vollmachtsumfang als auch die Einhaltung von Formgeboten Voraussetzungen der Wirksamkeit sind, kann nicht aus einer Regelung, die im Zweifel (!) für die Wirksamkeit der Schiedsklausel spricht, pauschal auf die Unbeachtlichkeit anderer Wirksamkeitsmängel geschlossen

15 *Oberhammer* in Kloiber/Rechberger/Oberhammer/Haller, Das neue Schiedsrecht: Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006, *ecolex Spezial* (2006) 108 f; *ders*, Schiedsrechtsreform: Die letzte Meile, *ecolex* 2011, 876; *Koller* in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I (2011) Rz 3/169; *ders*, *ecolex* 2011, 878, 880; *Aburumieb/Koller/Pöltner*, *ÖJZ* 2006, 439, 447; *Hahnkamper*, Neue Regeln für Schiedsvereinbarungen, *SchiedsVZ* 2006, 65, 68; *Reiner*, Das neue österreichische Schiedsrecht (2006) § 583 Anm 43; *Fellner*, Das neue österreichische Schiedsrecht, *NetV* 2007, 10, 11; *S. Bydlinski/Krejci* in *Krejci*, Reform-Kommentar UGB ABGB (2007) § 54 UGB Rz 5; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>5</sup> 300; *Schinko* in *Straube*, UGB<sup>4</sup> (12. Lfg; 2009) § 54 Rz 13; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze V/2<sup>2</sup> (2007) § 583 ZPO Rz 83; *Zeiler*, Schiedsverfahren §§ 577 – 618 ZPO idF des SchiedsRÄG 2013<sup>2</sup> (2014) § 583 Rz 28.

16 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; *U. Torggler/Trenker* in *Zib/Dellinger*, UGB § 54 Rz 48, wobei in diesem Punkt vertretene Auffassung auf Co-Autor *U. Torggler* zurückgeht.

17 *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/169; *ders*, *ecolex* 2011, 878, 881; *S. Bydlinski/Krejci* in *Krejci*, RK UGB § 54 UGB Rz 5.

werden. Dies gilt umso mehr, als die Bestimmung des Vollmachtsumfangs 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 wird, obwohl dem Gesetzgeber das Problem keineswegs unbekannt war; im weitestgehend zeitgleich entstandenen Entwurf zum SchiedsRÄG 2006 war sogar eine Regelung vorgesehen, wonach das Schriftformerfordernis generell nicht auf die zugrundeliegende Vollmacht „durchschlagen“ sollte; diese wurde allerdings letztlich nicht Gesetz. Der HaRÄG-Gesetzgeber hat sich also – sofern er überhaupt einen entsprechenden Handlungsbedarf erkannt hat – offensichtlich auf das SchiedsRÄG verlassen. Zu spekulieren, ob der HaRÄG-Gesetzgeber die Rechtsfrage vielleicht anders gelöst hätte, wenn er gewusst hätte, dass der Entwurf zum SchiedsRÄG nicht Gesetz wird, ist müßig, weil es *de lege lata* keinesfalls Grundlage der von der hL befürworteten Auslegung sein kann.

Soweit mit der Beseitigung des Erfordernisses von § 1008 ABGB argumentiert wird, ist zunächst festzuhalten, dass diese Bestimmung nicht „neu“ ist, sondern nur aus Art 6 Nr 10 EVHGB ins UGB integriert wurde. Der Ausschluss von § 1008 ABGB ist auch nicht darauf gerichtet, Handlungsbevollmächtigte und Prokuristen speziell von den Anforderungen für Schiedsvereinbarungen zu entbinden, sondern befreit von der Spezial- und Gattungsvollmacht für eine Vielzahl von Geschäften. Der Nichtanwendbarkeit von § 1008 ABGB kann daher schwerlich eine Wertung hinsichtlich anderer Anforderungen an die Vollmacht für eine Schiedsklausel entnommen werden. Spezialvollmachts- und Schriftlichkeitserfordernis sind vielmehr zwei völlig unterschiedliche Problembereiche, die der Gesetzgeber offensichtlich seit jeher unterschiedlich gelöst hat.

Freilich verkennen auch die Materialien zum SchiedsRÄG 2006 an einer Stelle<sup>18</sup> diese Unterscheidung, indem darin ausgeführt wird, dass § 1008 ABGB eine *schriftliche* Spezialvollmacht verlange. Selbst wenn man aber dieser beiläufigen Bemerkung entnehmen wollte, dass der Gesetzgeber zum SchiedsRÄG entgegen Wortlaut und Systematik sowie der bislang völlig unbestrittenen hM<sup>19</sup> davon ausging, durch die Nichtanwendbarkeit von § 1008 ABGB würde sich auch das Schriftlichkeitserfordernis erübrigen, ist dies keine authentische Interpretation (§ 8 ABGB) von § 54 UGB oder § 583 ZPO und kann daher eine entsprechende positivrechtliche Anordnung nicht

---

18 ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 3.

19 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, ABGB<sup>3</sup> §§ 1006 – 1008 Rz 15 mwN.

ersetzen.<sup>20</sup> Auch der OGH hat 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>21</sup>

Keine rechtliche Grundlage findet dagegen ein anderes *obiter dictum* des OGH<sup>22</sup>, wonach § 583 ZPO wie für organschaftliche Vertreter auch für Prokuristen unanwendbar sein soll. Interessanterweise beruft sich das Höchstgericht dabei ohne eine nähere Begründung nur auf eine E aus 1928<sup>23</sup>, in der genau der gegenteilige Standpunkt bezogen wurde. Allerdings ist dem OGH im Ergebnis für *eingetragene* Prokuristen zuzustimmen, weil durch Anmeldung der Prokura zum Firmenbuch mE der vom Schriftlichkeitsgebot gem § 583 Abs 1 ZPO verfolgten Warn- und Beweisfunktion (dazu sogleich III.B.) mehr als Genüge getan wird.

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

Für nicht eingetragene Prokuristen, Handlungsbevollmächtigte und Vertretern 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“. Namentlich *Oberhammer*<sup>24</sup> hat bereits zu § 577 ZPO bezweifelt, dass der Norm neben ihrer Beweisfunktion noch eine zusätzliche Warn- oder Schutzfunktion zu entnehmen sei, insbesondere weil die durch die Zivilverfahrensnovelle 1983<sup>25</sup> als gleichwertig anerkannte Abschlussformen *via* Telefax keinen solchen Schutz garantieren würden. Diese Auffassung findet nunmehr eine zusätzliche Stütze darin,

20 Bloße Äußerungen im Rahmen eines Gesetzgebungsverfahrens über den Sinn eines anderen Gesetzes sind nach zutr hM keine authentische Interpretation, zB RIS-Justiz RS0008905 mit Beisatz T 3; OGH 1 Ob 222/05m; 4 Ob 111/54, SZ 27/198; *F. Bydlinski* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 8 Rz 1; *Posch* in Schwimann/Kodek, ABGB I<sup>4</sup> (2011) § 8 Rz 3; *Schauer* in Kletečka/Schauer, ABGB-ON<sup>1,01</sup> (2013) § 8 Rz 7.

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

22 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<sup>2</sup> § 583 Rz 27 je mwN.

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

24 *Oberhammer* in FS Welser 759, 763 ff mit ausführlicher Analyse der Entwicklung der Rsp; zust *Koller* in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/168; vgl auch *Reiner*, Schiedsrecht § 583 Anm 43.

25 BGBl 1983/135.

dass § 583 ZPO mittlerweile alle Formen der Nachrichtenübermittlung ausreichen lässt, die einen Nachweis der Vereinbarung sicherstellen. Maßstab der Äquivalenz anderer Formen der Nachrichtenübermittlung ist also die Beweisbarkeit und nicht die Warnwirkung gegenüber dem Abschließenden. Auch die deutsche Lehre ist sich zumindest für Nicht-Verbraucher weitestgehend einig, dass der fast wortgleiche § 1031 dZPO keine Warnfunktion bezweckt.<sup>26</sup>

Nicht einfach ignoriert werden kann aber mE der Umstand, dass der Gesetzgeber in den Materialien zu § 583 ZPO die Annahme einer Warnfunktion als zentralen Formzweck bestätigt hat.<sup>27</sup> Dies gilt umso mehr, als diese Auslegung keineswegs unvertretbar ist, weil nach allgemeiner Lebenserfahrung eine Schiedsklausel *via* e-mail oder Telefax nicht so leichtfertig abgeschlossen wird wie mündlich oder gar stillschweigend.

Ferner ist die auf eine E des OGH aus 1915 zurückgehende<sup>28</sup>, von weiten Teilen des Schrifttums anerkannte Ansicht<sup>29</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 Wahrscheinlichkeit ausgeräumt werden. Auf Basis dieser Annahme ist das „Durchschlagen“ des Formerfordernisses also sogar dann geboten, wenn man § 583 ZPO jeden Übereilungsschutz abspricht. Für diese Ansicht spricht, dass die Frage nach dem Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit derart einschneidend ist, dass es durchaus nachvollziehbar scheint, wenn der Gesetzgeber eine besondere Richtigkeitsgewähr der Zuständigkeitsentscheidung für erforderlich hält. Zudem deckt sich dieses Ergebnis auch mit der Wertung von §§ 87a, 88, 104 JN, dass zuständigkeitsrechtliche Inzidenzstreitigkeiten generell möglichst hintangehalten werden sollen.<sup>30</sup> Diese Bestimmungen verlangen nämlich allesamt einen urkundlichen Nachweis einer zuständigkeitsbegründenden Parteidisposition. § 87a JN dehnt dieses Erfordernis sogar explizit auf den Nachweis der Voll-

---

26 Voit in Musielak, ZPO<sup>10</sup> (2013) § 1031 Rz 1; Münch in Lüke/Wax, MünchKomm ZPO III<sup>4</sup> (2013) § 1031 Rz 8.

27 ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

28 OGH R I 29/15 SpR 250 = GIUNF 7287.

29 Stanzl in Klang, ABGB IV/1<sup>2</sup> (1968) 806 f; F. Bydliński, Gesamtvertretung und Verkehrsschutz, JBl 1983, 627, 643; zust Mänhardt, Vollmachtsstatut beim Schiedsvertrag, in Aicher/Koppensteiner, FS Ostheim (1990) 651, 662 f.

30 OGH R I 29/15 SpR 250 = GIUNF 7287.



macht eines allenfalls involvierten Vertreters aus;<sup>31</sup> zu §§ 88 und § 104 JN wird ein Durchschlagen der Nachweispflicht von der Rsp bejaht.<sup>32</sup>

Zusammenfassend hält der OGH mit guten Gründen am Formerfordernis für die Bevollmächtigung fest.<sup>33</sup> Jedenfalls muss aber seit dem SchiedsRÄG 2006 auch für die Vollmachtserteilung 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>34</sup>

### C. 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 ist für die Gegenpartei alles andere als erfreulich<sup>35</sup>, wenn sie plötzlich entgegen ihrer Erwartung vor einem staatlichen Gericht prozessieren muss, gerade wenn ohne Schiedsvereinbarung nur die internationale Zuständigkeit eines Staats gegeben ist, dessen

---

31 Diese Ausdehnung auf die Bevollmächtigung geht freilich auf den damaligen § 31 Abs 2 der ungarischen Zivilprozessordnung zurück, dessen Normgehalt im Rahmen des Vollstreckungshilfevertrags mit Ungarn ohne nähere Begründung in den Materialien weitestgehend nur nachgestaltet wurde (s *Hermann*, Die Gerichtsentlastungsnovelle [1914] 72 f).

32 RIS-Justiz RS 0046958, zB OGH 1 Ob 147/7, SZ 45/86 uvm; *Simotta* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze I<sup>3</sup> (2013) § 88 JN Rz 27; aA *Oberhammer* in FS Welser 759, 766 f.

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

34 Zutr *Koller* in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/168; *Aburumieb/Koller/Pöltner*, ÖJZ 2006, 439, 446; vgl allerdings *Oberhammer* in FS Welser 759, 764.

35 Abgesehen von den Vorteilen der Raschheit und Diskretion des Schiedsverfahrens ist insbesondere denkbar, dass nur ein Schiedsspruch eine ausreichende Grundlage für die angestrebte Vollstreckung im Ausland liefert (vgl nur *Hausmaninger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> Vor §§ 577 ff ZPO Rz 4).

Gerichtbarkeit keine vergleichbaren Garantien eines fairen Verfahrens wie etwa die kontinentaleuropäische bietet.

## IV. „Heilung“ des formwidrigen Geschäfts

### A. Anscheinsvollmacht

Um diese drastischen Konsequenzen zu vermeiden, wird in L und Rsp versucht, der Schiedsklausel dennoch über zivilrechtliche Grundsätze zur Wirksamkeit zu verhelfen. Der Schiedsvertrag wird zwar von der hM als reiner Prozessvertrag eingestuft,<sup>36</sup> dennoch ist anerkannt, dass auf ihn ergänzend die allgemeine Zivilrechtsdogmatik zur Anwendung kommen kann.<sup>37</sup>

Durchaus nicht zu unterschätzende Relevanz könnte dabei einer Anscheinsvollmacht zukommen: Diese ist nämlich nicht etwa deshalb *per se* ausgeschlossen, weil die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung wegen des Formerfordernisses nicht zustande gekommen ist. Richtigerweise ist die Anscheinsvollmacht als Ausprägung des allgemeinen Rechtsscheingedankens nämlich ein *aliud* zu einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht, weshalb dafür auch andere Voraussetzungen zu prüfen sind.<sup>38</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>39</sup> Sohni 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.

### B. Genehmigung gem § 1016 ABGB

Liegt vor dem Abschluss der Schiedsklausel aber weder eine formgerechte Bevollmächtigung noch ein formentsprechender Anschein der Bevollmäch-

---

36 *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts<sup>2</sup> (1990) Rz 2171; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> Rz 1146.

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

38 *G. H. Roth/Fitz*, *Unternehmensrecht*<sup>2</sup> Rz 869.

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

tigung vor, bleibt nur noch die Möglichkeit einer nachträglichen Heilung. Primär wird dabei in Judikatur und Lehre an eine Genehmigung gem § 1016 ABGB gedacht. Auch wenn sich § 1016 ABGB auf die Überschreitung des Vollmachtsumfangs und nicht auf eine formwidrige Bevollmächtigung bezieht, sprechen wohl keine Bedenken gegen dessen – zumindest analoge – Anwendung. Konsequenterweise verlangt die stRsp allerdings, dass auch für die Genehmigung § 583 Abs 1 ZPO eingehalten werden muss.<sup>40</sup> Wenig überzeugend ist das Gegenargument, dass bei der Genehmigung anders als bei der Bevollmächtigung des Vertreters kein vergleichbarer Übereilungsschutz mehr vorhanden sei, weil der Geschäftsherr diesfalls den Inhalt des Rechtsgeschäfts kenne<sup>41</sup>. Denn auch beim Abschluss des Schiedsvertrags durch den Geschäftsherrn selbst kennt er ja notwendigerweise den Inhalt des Geschäfts und trotzdem will ihn der Gesetzgeber vor einem übereilten Vertragsabschluss schützen.

Anders verhält es sich beim Spezialvollmachtserfordernis gem § 1008 ABGB, weil der vom Konkretisierungsgebot bezweckte Schutz tatsächlich nicht mehr greift, wenn der Vertretene den abgeschlossenen Vertragstyp und sogar dessen Inhalt bereits kennt.<sup>42</sup> Dementsprechend ist es mE entgegen der Auffassung des 7. Senats des OGH<sup>43</sup> unschädlich, wenn ein Vertrag pauschal genehmigt wird, ohne dass speziell auf die darin enthaltene Schiedsklausel Bezug genommen wird. Auch die Genehmigung mehrerer unter § 1008 ABGB fallender Geschäfte „in einem Aufwasch“ ist mE nicht zu beanstanden.

Diese Überlegungen zur Form der Genehmigung dürften aber in vielen Fällen gar nicht mehr releviert werden, weil dem Vertretenen zumeist schon das erforderliche Erklärungsbewusstsein fehlen wird, wenngleich dieses Problem vom OGH bislang nicht aufgegriffen wurde. Unweigerliche Voraussetzung für eine Genehmigung ist nämlich nach zutr stRsp des BGH<sup>44</sup> 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 Rechtsfol-

---

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

41 *Oberhammer* in FS Welser 759, 773 ff.

42 Zutr *Oberhammer* in FS Welser 759, 775 f.

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

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

gewille einer Sanierung dieses Vertrags zu entnehmen.<sup>45</sup> Aus demselben Grund wird regelmäßig auch kein Anschein einer Genehmigung<sup>46</sup> gegeben sein, 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>47</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>48</sup>: Wird nämlich der Einwand des Beklagten durch rügelose Einlassung ins Verfahren – und zwar egal ob durch die Partei selbst oder einen wie auch immer 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<sup>49</sup> setzt hier dem Übereilungsschutz insofern Grenzen, als es die Rechtssicherheit und Prozessökonomie ab dem Zeitpunkt der ersten Verfahrenshandlung als vorrangig einstuft. Dies ist auch mit dem angenommenen Formzweck vereinbar, dass das Gericht seine Zuständigkeit rasch und mit hoher Richtigkeitsgewähr prüfen können soll (oben III.B.). Denn die Klageeinbringung und die rügelose Einlassung sind ja Handlungen, die gerade gegenüber dem Gericht vorgenommen werden, also von diesem ohne weitere Erhebungen nachvollzogen werden können.

---

45 Völlig zutr *Singer* in Staudinger, BGB (2012) Vorbem zu §§ 116 – 144 Rz 43 ff mwN.

46 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.

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

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

49 Zur Konsistenz der Wertungen von materiellem und formellen Recht vgl *Henckel*, Prozessrecht und materielles Recht (1970) passim, vgl insb 65 ff, 93 ff.

## C. Rechtsmissbrauch

Entgegen früher geübter Zurückhaltung<sup>50</sup> geht der OGH in einer jüngeren E<sup>51</sup> schließlich davon aus, dass die Berufung einer Partei auf einen Formmangel auch nicht als *venire contra factum proprium* rechtsmissbräuchlich sein dürfe. 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>52</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 offen zu lassen, ob er die Klausel im Streitfall gelten lässt oder nicht. Ebenfalls ausreichend ist es nach allgemeinen Grundsätzen zur Wissenszurechnung<sup>53</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 mE 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>54</sup> Es kann demnach schwerlich ausschlaggebend sein, wie stark das Vertrauen war, das beim Geschäftspartner hervorgerufen wird;<sup>55</sup> denn die relevante Schutzwürdigkeit des Geschäftsherrn entfällt

---

50 OGH 7 Ob 368/98p, JBl 2000, 738.

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

52 Statt vieler RIS-Justiz RS 0061844, zB OGH 4 Ob 543/83, RdW 1985, 11 (*Hügel*); RS0119567; *Mader*, Rechtsmissbrauch und unzulässige Rechtsausübung (1994) passim.

53 Vgl nur RIS-Justiz RS 0034422; RS0009172; ausf *U. Torggler/Trenker* in Zib/Dellingner, UGB § 48 Rz 137 ff; genau genommen dürfte es sich vorliegend um einen Fall der *Willenszurechnung* handeln, dazu ausf *Trenker*, Insolvenzanfechtung gesellschaftsrechtlicher Maßnahmen (2012) 98 f.

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

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

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.

## V. Anwendbares Recht

### A. Rechtsprechung

Nach den angestellten Überlegungen zum österreichischen Recht ist schließlich von Interesse, wann die genannten spezifischen Erfordernisse auf grenzüberschreitende Sachverhalte – und dies ist bei Schiedsklauseln bekanntlich keine Seltenheit – überhaupt zur Anwendung gelangen. Die österreichische Judikatur knüpft relativ undifferenziert nach dem auf die Schiedsvereinbarung bzw den streitgegenständlichen Vertrag anwendbaren Recht an,<sup>56</sup> was zwar mitunter zu praktikablen Ergebnissen führen dürfte, der Komplexität dieser Rechtsfrage aber nicht gerecht wird.<sup>57</sup>

### B. Anwendbares Kollisionsrecht

Die mE zutreffende Lösung bedarf dagegen stärkerer Differenzierung: Zunächst ist klarzustellen, dass sich aus § 577 Abs 1, 2 ZPO, wonach das Schriftformerfordernis gem § 583 ZPO sogar bei Sitz des Schiedsgerichts im Ausland (sic!) anwendbar sein soll, nicht etwa ergibt, dass sich die Form der Vollmacht zwangsläufig nach der *lex fori* beurteilt.<sup>58</sup> Denn § 583 ZPO enthält schlicht keine Anordnung bezüglich der Form einer Vollmacht; somit obliegt – mE durchaus sachgerecht – dem nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen anwendbaren materiellen Recht die Beurteilung, ob die § 583 ZPO zugrundeliegende *teloi* gebieten, das Formerfordernis auch auf eine Vollmacht auszudehnen.

Richtigerweise ist dafür in einem ersten Schritt zu ermitteln, nach welchem Kollisionsrecht das für die Beurteilung des wirksamen Geschäftsabschlusses durch den Vertreter anzuwendende Recht bestimmt wird. *Koller*<sup>59</sup> befürwortet eine analoge Anwendung der „sonderkollisionsrechtli-

---

56 OGH 7 Ob 67/01f, JBl 2002, 50; 7 Ob 368/98p, 7 Ob 369/98k, JBl 2000, 738.

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

58 Damit ist noch nicht gesagt, ob eine Ausdehnung der Schriftlichkeit auf die Vollmacht nicht etwa als „Eingriffsnorm“ zu qualifizieren ist, dazu unten V.D.

59 *Koller* in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/161.

chen“ 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>60</sup> Denn gerade die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung obliegt der Nachprüfung durch den OGH im Wege des Aufhebungsverfahrens; es wäre aber widersinnig und für die Praxis enorm problematisch, wenn das Schiedsgericht einen anderen Beurteilungsmaßstab zugrunde legen würde als das mit der Aufhebungsklage befasste staatliche Gericht. Dieses hat aber mangels anderer Anhaltspunkte wohl nach allgemeinem österreichischen Kollisionsrecht vorzugehen.<sup>61</sup> Nicht anzunehmen ist nämlich, dass der OGH die Beurteilung der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung etwa nach jenem Recht zu beurteilen hat, welches das Schiedsgericht für zweckmäßig erachtet (§ 603 Abs 2 ZPO), weil andernfalls der Aushebelung zwingender Schutzvorschriften Tür und Tor geöffnet würde. Eine analoge Anwendung von § 603 ZPO auf Wirksamkeitserfordernisse einer Schiedsklausel verbietet sich daher. Aus Gründen der Kohärenz mit der möglichen Beurteilung durch die staatliche Aufhebungsinstanz bleibt mE nichts anderes übrig, als das auf die Beurteilung der Formgültigkeit der Schiedsvereinbarung anwendbare Recht nach allgemeinen Grundsätzen<sup>62</sup> nach dem Kollisionsrecht der *lex fori* zu ermitteln.<sup>63</sup> Erst in einem nächsten Schritt muss ermittelt werden, inwieweit nach diesem IPR eine Rechtswahl zulässig ist.

### C. Anwendbares materielles Recht

Im Fall des Sitzes des Schiedsgerichts in Österreich<sup>64</sup> ist also primär § 49 IPRG maßgeblich, weil konkret Fragen iZm Vollmacht des abschließenden

---

60 Vgl OGH 6 Ob 43/13m, ecolex 2014/166 (Punkt 7.6).

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

62 S etwa *Verschraegen* in Rummel, ABGB II/2<sup>3</sup> (2004) Vor § 1 IPRG Rz 80.

63 Im Ergebnis wohl auch *Böhm* in FS Fasching 107, 135 f.

64 Zur Frage nach dem (juristischen) Sitz des Schiedsgerichts zB *Hausmaninger* in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze<sup>2</sup> § 595 ZPO Rz 36 ff; *Rechberger/Melis* in Rechberger, ZPO<sup>4</sup> § 596 Rz 1.

Vertreters zu beurteilen sind<sup>65</sup> und die ROM-I VO<sup>66</sup> gem Art I Abs 2 lit f *leg cit* darauf nicht anwendbar ist.<sup>67</sup> Nach § 49 IPRG ist primär eine für den Dritten in erkennbarer Weise getroffene Rechtswahl zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen, nicht aber zwischen dem Vertreter und dem Dritten, maßgeblich. Mangels einer solchen Rechtswahl gilt das Recht jenes Staats, in dem der Stellvertreter nach dem erkennbarem Willen des Geschäftsherrn tätig *werden soll*, subsidiär das Recht des Staates, in dem der Bevollmächtigte konkret tätig *wird*, also den Schiedsvertrag abschließt.<sup>68</sup> Für Formvorschriften, wie das Schriftlichkeitserfordernis des § 583 ZPO, wird § 49 IPRG allerdings von § 8 IPRG überlagert.<sup>69</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 ausreichend, wenn die erforderliche Form am Ort der Vornahme der Rechtshandlung eingehalten wird, also dort, wo die Vollmacht erteilt wurde.<sup>70</sup>

#### D. Schriftformerfordernis für Vollmacht als Eingriffsnorm?

Auf Basis der Annahme des bereits erwähnten prozessualen Interesses an der einfachen Feststellbarkeit der Wirksamkeit einer Schiedsklausel (oben III.B.) befürwortet *Mänhardt* eine Sonderanknüpfung des auf die Vollmacht ausgedehnten Formerfordernisses gem § 583 ZPO nach der *lex fori*.<sup>71</sup> Dogmatisch könnte dies mE nur dadurch erklärt werden, der Anwendung von

---

65 Grundsätzlich werden nach § 49 IPRG umfassend alle vollmichtsrechtlichen Fragen angeknüpft (RIS-Justiz RS0077560, zB OGH 10 Ob 17/04d, ÖBA 2006, 69). Überaus fraglich ist, ob dies – wie von der hM (zB OGH 1 Ob 49/01i, SZ 74/177 mwN) angenommen – auch für Anscheinsvollmachten gilt. Dagegen könnte nämlich sprechen, dass es sich um keine Thematik der Vollmacht, sondern eine Ausprägung des allgemeinen Rechtsscheingrundsatzes handelt. Dies spräche dafür, dass gem § 1 Abs 1 IPRG am Ort der stärksten Beziehung anzuknüpfen ist, was wohl jener Ort wäre, wo der Anschein gesetzt wurde (so zB *Schlosser* in Stein/Jonas, ZPO IX<sup>22</sup> [2002] Anhang § 1061 ZPO Rz 45). Dies dürfte allerdings ohnehin zu demselben Ergebnis wie der nach Auffassung der Rsp regelmäßig anwendbare § 49 Abs 3 IPRG führen.

66 VO (EG) 593/2008.

67 *U. Torggler/Trenker* in Zib/Dellinger, UGB § 48 Rz 31; *Koller*, *ecolex* 2011, 878, 879.

68 *Rechberger*, Evergreen: Gültigkeit der Schiedsklausel, in Bachmann/Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf, FS Schlosser (2005) 733, 739 f; *Koller*, *ecolex* 2011, 878, 879.

69 *Verschraegen* in Rummel, ABGB<sup>3</sup> § 49 IPRG Rz 6.

70 *Rechberger* in FS Schlosser 733, 739.

71 *Mänhardt* in FS Ostheim 651, 662 f.



§ 583 ZPO auf die Bevollmächtigung *quasi* den Charakter einer Eingriffsnorm<sup>72</sup> (konkret besser: Eingriffsrechtssatz) zuzusprechen. Dies hätte zur Folge, dass eine schriftliche Bevollmächtigung unabhängig von allfälligen kollisionsrechtlichen Ergebnissen nach § 49 IPRG bzw § 8 IPRG erforderlich wäre. Gerade im überaus stark vernetzten internationalen Schiedsverkehr ist mE freilich große Vorsicht, vom Eingriffscharakter einer (nicht einmal ausdrücklich kodifizierten) Rechtslage auszugehen. Auch dient die als Zweck des Formerfordernisses angenommene erhöhte Richtigkeitsgewähr in erster Linie dem Schutz der Partei und nicht dem öffentlichen Interesse, was allgemein gegen die Qualifikation als Eingriffsnorm spricht (vgl Art 9 ROM-I-VO).<sup>73</sup> Denn im Schiedsverfahren müssen die Parteien und nicht die öffentliche Hand die Kosten eines aufwändigen Inzidenzstreits über die Zuständigkeit tragen.<sup>74</sup> Aus alledem ergibt sich, dass die Annahme einer Eingriffsnorm<sup>75</sup> mE überschießend wäre.<sup>76</sup>

## E. Rechtslage im Anwendungsbereich des NYÜ?

Zu beachten ist allerdings, dass im Anwendungsbereich internationaler Abkommen, konkret insb demjenigen des NYÜ<sup>77,78</sup> § 583 ZPO nach hA durch dessen Art II verdrängt wird,<sup>79</sup> jedenfalls soweit nationales Recht nicht

72 Dazu allgemein RIS-Justiz RS0076721, RS0076728.

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

74 Auch für die Kostendeckung eines allfälligen Aufhebungsprozesses ist spätestens seit dem SchiedsRÄG 2013 ausreichend Sorge getragen (s Tarifpost 3 lit b GGG).

75 Anderes könnte schon wegen § 577 Abs 1 ZPO für das Schriftformerfordernis zum Abschluss der Schiedsvereinbarung selbst (§ 583 ZPO) gelten (so im Ergebnis *Schlosser* in Stein/Jonas, ZPO<sup>22</sup> § 1025 Rz 6). Nach älterer Auffassung soll nach dem Grundsatz *locus regit actum* allein das Recht jenes Staates maßgeblich sein, in dem der Vertrag errichtet wurde (für ausschließliche Anknüpfung am Abschlussort OGH 3 Ob 216/73, EvBl, 1974/168, 355; *Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und internationalen Recht [1973] 31 f).

76 Ebenso *Koller*, *ecolex* 2011, 878, 879.

77 New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche vom 10.6.1958, BGBl Nr 200/1961.

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

79 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, ZPO<sup>22</sup> Anhang § 1061 ZPO Rz 54.

günstiger ist (Art VII NYÜ). Nach dieser Norm anerkennen alle Vertragsstaaten schriftliche Schiedsvereinbarungen, wobei nach Abs 2 *leg cit* dem Schriftformerfordernis nicht nur durch eigenhändige Unterzeichnung, sondern auch durch Wechsel von Briefen oder Telegrammen Genüge getan wird. Da § 583 ZPO somit ohnehin geringere Formanforderungen als Art II Abs 2 NYÜ stellt, erscheint es zwar auf den ersten Blick keine Abhilfe gegen das Schriftformerfordernis für die zugrundeliegende Vollmacht zu schaffen, wenn § 583 ZPO verdrängt wird. Anerkennt man mit Teilen der Lehre allerdings, dass Art II Abs 2 NYÜ keinen Übereilungsschutz bezweckt, spricht Einiges dafür, dass ein „Durchschlagen“ auf die Vollmacht in dessen Anwendungsbereich nicht in Frage kommt.<sup>80</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<sup>81</sup> 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. Dies ist umso eher denkbar, als man die Gewährleistung einer raschen und möglichst richtigen Zuständigkeitsentscheidung als weiteren Formzweck anerkennt, zumal schwerlich argumentiert werden kann, dass dieser nicht auch Art II Abs 2 NYÜ zu Grunde liegt. Zu alledem dürften ohnehin auch zu Art II Abs 2 NYÜ die Befürworter der Annahme einer Warnfunktion überwiegen.<sup>82</sup>

## VI. Zusammenfassung

Während das Erfordernis einer Spezialvollmacht zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung gem § 1008 ABGB in seiner praktischen Bedeutung

---

80 So *Oberhammer* in FS Welser 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; *Reiner*, The form of the Agent's power to Sign an Arbitration Agreement and Article II (2) of The New York Convention, in van den Berg, Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series (1998) 82, 89 ff.

81 Offenbar aA *Reiner* in van den Berg, ICCA Congress Series 82, 87 ff.

82 Schweizer BG BGE 110 II 54, 58; *Alvarez*, Article II(2) of the New York Convention and the Courts, in van den Berg, ICCA Congress Series 67, 73; *Schlosser* in Stein/Jonas, ZPO<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*, New York Convention Art 2 Rz 78 Fn 181 f.

nicht überschätzt werden darf, weil es für Prokuristen und Handlungsbevollmächtigte nicht gilt und jede unternehmensbezogene Vollmacht eines Unternehmers unter einen dieser beiden Vollmachtstypen fällt, besteht für das Schriftlichkeitserfordernis der Bevollmächtigung entgegen hM – *de lege ferenda* bedauerlicherweise – keine vergleichbare Ausnahme. Das Formerfordernis gem § 583 ZPO wird nämlich zu Recht auch auf die einer Schiedsvereinbarung zugrundeliegende Vollmacht angewandt, weil es – wie der Gesetzgeber im Zuge des SchiedsRÄG 2006 bestätigt hat – (auch) dem Übereilungsschutz dient. Darüber hinaus ist auch das Bedürfnis nach einer erhöhten Richtigkeitsgewähr und einer raschen Abwicklung der Zuständigkeitsentscheidung als Zweck der Formvorschrift anzuerkennen, was ebenfalls eine Ausdehnung auf die Vollmachtserteilung erfordert.

Alternativ kommt zwar eine Anscheinsvollmacht in Betracht; auch der dafür erforderliche Anschein muss freilich konsequenterweise in der entsprechenden Form gesetzt werden. Ein Verstoß gegen das Schriftlichkeitsgebot wird nur selten durch nachträgliche Genehmigung saniert werden können, weil dem Geschäftsherrn ohne Kenntnis des Formmangels der erforderliche Erklärungswille fehlt. Wenn sich eine Partei trotz der Kenntnis des Formmangels so verhält, als ginge sie von der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung aus, wäre eine nachträgliche Berufung auf das Formgebot freilich regelmäßig auch rechtsmissbräuchlich. Ansonsten ist bei der Annahme von Rechtsmissbrauch große Zurückhaltung geboten.

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