

NZ 2024/87

Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten nach 18 OCg 3/22y¹

Der 18. Senat des OGH hat jüngst eine wahrliche landmarkdecision betreffend die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten getroffen, welche sowohl in der gesellschaftsrechtlichen Vertragsgestaltung als auch in der Schiedsrechtsszene massive Spuren hinterlassen dürfte: Im Gefolge der mittlerweile gefestigten Rsp des BGH² fordert nun auch der für Schiedssachen zuständige Fachsenat des OGH, dass – bei exklusiver Passivlegitimation der Gesellschaft – sämtliche Gesellschafter die Möglichkeit haben müssen, sich an der Bestellung eines Schiedsgerichts beteiligen zu können, welches über die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses abprechen soll. Mehr noch: Bereits die Schiedsvereinbarung müsse Vorkehrungen treffen, um die effektive Wahrnehmung dieser Partizipationsmöglichkeit zu schaffen. Andernfalls mangle es an der objektiven Schiedsfähigkeit. Beachtung verdient insoweit freilich der besonders gelagerte Ausgangssachverhalt: Streitgegenständlich war der Beschluss einer KG, deren Gesellschaftsvertrag die Maßgeblichkeit des „Beschlussanfechtungsregimes“ des GmbHG anordnete. Der gegenständliche Beitrag zeichnet Problem und Lösung des Höchstgerichts dogmatisch nach, analysiert die Reichweite der damit verbundenen Folgen und erarbeitet dabei Vorschläge für künftige Vertragsgestalter.

Von Martin Trenker

Inhaltsübersicht:

A. Das Problem

1. Ausgangssachverhalt
2. Prozessuales Ausgangsproblem des Beschlussmängelstreits
3. Sonderproblem Schiedsverfahren: Schiedsrichterbestellung
4. Zusatzproblem OG/KG: Vertragliche Erstreckung der Rechtskraftwirkung?

B. Die Lösung

1. Standpunkt des OGH in 18 OCg 3/22y
2. Stellungnahme
 - a) Vertragliche Übernahme der §§ 41 ff GmbHG für OG/KG
 - i) Keine Klarstellung durch 18 OCg 3/22y
 - ii) Zulässigkeit „unmittelbarer“ oder „mittelbarer“ (§ 42 Abs 6 GmbHG analog) Rechtskrafterstreckung
 - iii) Untauglichkeit/Unnötigkeit alternativer Lösungswege
 - iv) Fazit
 - b) Allseitige Beteiligungsmöglichkeit an der Schiedsrichterbestellung
 - i) Notwendigkeit allseitiger Beteiligungsmöglichkeit an der Schiedsrichterbestellung
 - ii) Kein Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit gem § 611 Abs 2 Z 7 ZPO

iii) Absolut nichtige Schiedsvereinbarung gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO?

iv) Verstoß gegen materiellen *ordre public* gem § 611 Abs 2 Z 8 ZPO

C. Die Konsequenzen

1. „Reparaturbedarf“ gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln
2. Ausweg: Geltungserhaltende Interpretation?
3. Reichweite des „Reparaturbedarfs“: erfasste Gesellschaften
4. Notwendige Vorkehrungen in der Schiedsklausel
 - a) Problemstellung
 - b) Rechtzeitige Information aller Gesellschafter
 - c) Beitrittsmöglichkeit aller Gesellschafter
 - d) Prozedere der Schiedsrichterbestellung
 - e) Alternative: Schiedsrichterbestellung durch „neutrale Institution“
 - f) Parteidrechte bei nachträglichem Beitritt
 - g) Vermeidung mehrerer Schiedsverfahren mit divergierenden Entscheidungen
5. Modus der Änderung bestehender Schiedsklauseln
 - a) Keine Notwendigkeit allseitiger Zustimmung
 - b) Zustimmungspflicht *qua* Treuepflicht

D. Zusammenfassung

A. Das Problem

1. Ausgangssachverhalt

Der OGH hatte in 18 OCg 3/22y (NZ 2024/93 in diesem Heft auf Seite 325) über eine Aufhebungsklage gegen einen Schiedsspruch zu entscheiden, mit der die Kapitalerhöhung einer KG aus materiellen Gründen für unwirksam erklärt worden war. Die bereits jahrzehntealte gesellschaftsvertragliche Regelung dieser KG – maß-

¹ Der Verfasser war am Verfahren beratend auf Seite der Klägerin und der Nebenintervenienten beteiligt.

² II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller), Rz 33 („Schiedsfähigkeit II“); I ZB 23/16 SchiedsVZ 2017, 194, Rz 26 („Schiedsfähigkeit III“); I ZB 13/21 SchiedsVZ 2022, 86, Rz 29 („Schiedsfähigkeit IV“).

geblich war daher eigentlich das Schiedsrecht vor dem SchiedsRÄG 2006,³ was aber letztlich nicht für entscheidungsrelevant erachtet wurde⁴ und daher auch im Folgenden vernachlässigt wird – sah für sämtliche gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vor. Zudem war die Maßgeblichkeit der GmbH-rechtlichen Beschlussanfechtungsvorschriften (§§ 41 ff GmbHG) vereinbart.

2. Prozessuales Ausgangsproblem des Beschlussmängelstreits

Letzteres ist von wesentlicher Bedeutung, weil sich das kapitalgesellschaftsrechtliche Beschlussanfechtungsregime der GmbH (bzw nunmehr auch das der FlexCo [§ 1 Abs 2 FlexKapGG]) und der AG fundamental von jenem der OG und KG unterscheidet.

Das Ausgangsproblem ist in beiden Fällen dasselbe: Der Beschluss ist einerseits Rechtsgeschäft unter den Gesellschaftern, andererseits aber auch Grundlage der Organisationsverfassung und Willensbildung der Gesellschaft.⁵ Folglich tangiert jeder Prozess über die Wirksamkeit eines Gesellschafterbeschlusses sowohl die Rechtsposition aller Gesellschafter als auch jene der Gesellschaft selbst. Daraus folgt aber auch, dass das Ergebnis eines solchen Rechtsstreits für alle diese Personen Wirkung entfalten muss, will man keine „rechtlichen Parallelwelten“ entstehen lassen und damit unerträgliche Verwicklungen in Kauf nehmen. Der Beschluss kann eben nur gegenüber allen Gesellschaftern und der Gesellschaft oder gegenüber niemandem existieren, weshalb es in dieser Frage keine widerstreitenden rechtskräftigen Entscheidungen geben darf!⁶

So weit, so klar – nur setzt das Erfordernis allseitiger Rechtskraftwirkung weitere Garantien voraus: Eine Bindung von Personen an eine gerichtliche Entscheidung, mittels der – wie bei der Aufrechterhaltung oder Vernichtung eines Beschlusses, also eines Rechtsgeschäfts der Gesellschafter – unmittelbar in ihre Rechtssphäre eingegriffen wird, verlangt nämlich im Hinblick auf Art 6 MRK zumindest im Grundsatz, dass diesen Personen im zu-

grunde liegenden Verfahren umfassende Parteirechte zukamen.⁷ Diese Ausgangslage macht den Beschlussmängelstreit wohl zu einem der komplexesten Typen von Zivilprozessen der österr Rechtsordnung. Zur Bewältigung der skizzierten Anforderungen, nämlich allseitige vollumfängliche Parteirechte zur Rechtfertigung allseitiger Rechtskraftwirkung, gehen Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht nun zwei völlig verschiedene Wege.⁸

Im Personengesellschaftsrecht müssen alle Gesellschafter zwingend als notwendige Streitgenossen auf Kläger- oder Beklagtenseite auftreten.⁹ Andernfalls ist die Klage mangels rechtlichen Interesses (§ 228 ZPO) bzw mangels hinreichender Aktiv- oder Passivlegitimation abzuweisen.¹⁰ Damit ist zum einen sichergestellt, dass allen Gesellschaftern rechtliches Gehör zukommt. Zum anderen kann keine zweite (und damit insb keine abweichende) Sachentscheidung in einem „Parallelprozess“ ergehen, weil durch die erforderliche Einbeziehung aller Gesellschafter ein allseitiges streitgegenstandsbezogenes Prozesshindernis (Streitanhängigkeit, *res iudicata*) geschaffen wird. Dass die rechts- und prozessfähige Gesellschaft selbst, welcher der angefochtene Beschluss zumindest auch in gewisser Weise zuzurechnen ist, keine Parteistellung hat, erscheint mE zumindest bei einer Personengesellschaft nach der Konzeption von OG/KG unbedenklich.¹¹ Denn die Gesellschaft wird durch die Parteistellung sämtlicher ihrer gesamthandschaftlich verbundenen Gesellschafter (§ 105 Satz 1 UGB), von denen einzelne oder alle zugleich als organschaftliche Vertreter der Gesellschaft fungieren (§ 125 UGB), zwar nicht formal, aber doch materiell ausreichend „repräsentiert“.¹²

⁷ Oberhammer, Richterliche Rechtsgestaltung und rechtliches Gehör (1994) 84 ff, 113 f; Schwab, Das Prozeßrecht gesellschaftsinterner Streitigkeiten (2005) 406 ff.

⁸ Dazu zB Kalss/Eckert, Zivilprozessrechtliche und schiedsrechtliche Fragen um die Übertragung von GmbH-Anteilen, RdW 2007, 133 (134). Insoweit sehr lesenswert zum (weitgehend vergleichbaren) deutschen Recht, allerdings mit erheblichen Abweichungen im Personengesellschaftsrecht, Schwab, Prozeßrecht 420 ff, 558 ff, 719 ff.

⁹ OGH 18 OCg 3/22y Rz 50. So bereits 9 Ob 1601/94; 4 Ob 109/07 v; 6 Ob 258/08 x; RIS-Justiz RS0035496 [T 9; T 16]; ferner RS0022165; Enzinger, Mehrheitsbeschlüsse 348 ff; Oberhammer, Die OHG im Zivilprozeß (1998) 341 ff, 356 ff; Kalss/Eckert, RdW 2007, 133 (134); Haglmüller in Artmann, UGB I³ (2019) § 119 Rz 36; Kalss, Beschlussmängel in Personengesellschaften vor Gerichten und Schiedsgerichten, GesRZ 2023, 141 (144).

¹⁰ Siehe einerseits OGH 6 Ob 258/08 x, vgl andererseits 1 Ob 40/01 s (allerdings zum Ausschluss aus wichtigem Grund); möglicherweise auch idS 2 Ob 2146/96 v; Oberhammer, OHG 342 f. Während bei der Feststellungsklage eine Abweisung wegen fehlenden rechtlichen Interesses der richtige „dogmatische Anker“ ist, kommt es zu einer Abweisung wegen mangelnder Aktiv-/Passivlegitimation nur, wenn es sich um eine Gestaltungsklage handelt. Bei Beschlussmängeln im Personengesellschaftsrecht ist die Existenz einer Gestaltungsklage allerdings umstritten (zu dieser Diskussion unten A.4. bei und in FN 33 f).

¹¹ Im Ergebnis ebenso Oberhammer, OHG 346.

¹² Vgl zur möglichen Rechtfertigung der Rechtskrafterstreckung durch prozessuale Repräsentation, wenn auch im umgekehrten

³ BGBl I 2006/7.

⁴ OGH 18 OCg 3/22y Rz 80.

⁵ Enzinger, Mehrheitsbeschlüsse bei Personengesellschaften (1995) 62; Enzinger in Straube/Ratka/Rauter, Wiener Kommentar zum GmbH-Gesetz (133. Lfg 2021) § 34 Rz 14 f, 23; Koppensteiner/Rüffler, GmbHG³ (2007) § 34 Rz 3; Koppensteiner, Stimmabgabe und Beschluss, JBI 2017, 273; s auch OGH 6 Ob 786/82; 6 Ob 17/91.

⁶ So bereits RG II 223/14 RGZ 85, 311: „Zudem würde eine auf die Parteien beschränkte Wirkung des Nichtigkeitsurteils in der Mehrzahl der Fälle zu unlösbarem Wirrsal führen, wie zB in dem nicht streitigen Falle ein nicht zu schlichtender Widerstreit entstünde, wenn die beschlossene Kapitalerhöhung dem Gesellschafter K. gegenüber unwirksam wäre, gegenüber den übrigen Gesellschaftern zu Recht bestände.“ Aus dem Schrifttum statt vieler Enzinger, Mehrheitsbeschlüsse 348 f; vgl ferner OGH 6 Ob 258/08 x.

Ganz anders ist das kapitalgesellschaftsrechtliche System des Beschlussmängelstreits ausgestaltet:¹³ Es weist die Passivlegitimation und damit die Verteidigung des gefällten Beschlusses der Gesellschaft zu (§ 197 Abs 2 Satz 2 AktG; § 42 Abs 1 Satz 1 GmbHG). Zur Vermeidung der beschriebenen Verwicklungen wird diese Regelung durch eine gesetzliche Rechtskrafterstreckung auf alle Gesellschafter flankiert. Sie gewährleistet, dass zumindest jene Entscheidungen, mit denen der Beschluss „beseitigt“ wird, für und gegen alle Gesellschafter wirken (§§ 198, 201 Abs 1 AktG; § 42 Abs 6 GmbHG).¹⁴ Ein weiterer Gefahrenherd für widersprüchliche Entscheidungen und sonstige Friktionen ist bei dieser Lösung zwar, dass mehrere Gesellschafter unterschiedliche Anfechtungsklagen einbringen können. Diesem Problem begegnet das Aktienrecht jedoch durch eine Pflicht des Gerichts zur Verbindung mehrerer Beschlussmängelklagen (§ 197 Abs 3 Satz 2, § 201 Abs 2 AktG),¹⁵ eine Pflicht, die im GmbH-Recht richtigerweise analog anzuwenden ist.¹⁶

3. Sonderproblem Schiedsverfahren: Schiedsrichterbestellung

Die Frage, inwieweit diese Lösungsansätze auch im Schiedsverfahren geeignet sind, den herausgearbeiteten Herausforderungen Rechnung zu tragen, oder sie gewisser Modifikationen bedürfen, ist seit langem Gegenstand zahlreicher Abhandlungen.¹⁷ Auch die höchstrichterliche Judikatur hatte sich damit mehrmals zu beschäftigen.¹⁸ Das jüngere Schrifttum hat jedoch eine Schwierigkeit herauskristallisiert, die der OGH – bis zur gegenständlichen E 18 OCg 3/22y – im Kon-

text des Beschlussmängelstreits¹⁹ noch nicht beachtet hatte.²⁰ Im Schiedsverfahren setzen volle Parteirechte zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens, ohne die eine Bindung dieser Person an die Wirkungen des Schiedsspruchs prinzipiell nicht zu rechtfertigen wäre, ein zusätzliches Erfordernis im Vergleich zum staatlichen Verfahren voraus: Jeder dem Schiedsspruch „Unterworfen“ muss auch das Recht haben, an der Schiedsrichterbestellung mitzuwirken!²¹

Das „personengesellschaftsrechtliche Modell“ der Beschlussmängelklage wirft insoweit keine allzu großen Schwierigkeiten auf: Wenn alle Gesellschafter als Kläger oder Beklagte auftreten müssen, sind sie zwangsläufig an der Schiedsrichterbestellung zu beteiligen. Es bleibt lediglich das Problem der Regelung der Abstimmung unter einer Vielzahl an Gesellschaftern auf der einen oder anderen Seite.²² Das ist jedoch ein allgemeines Problem von Mehrparteischiedsverfahren, für das mangels abweichender Vereinbarung § 587 ZPO, insb dessen Abs 5, gilt.²³

Vor wirklichen Herausforderungen steht indes das kapitalgesellschaftsrechtliche Anfechtungsmodell: Parteien sind grundsätzlich nur der oder die klagenden Gesellschafter und die beklagte Gesellschaft. Das rechtliche Gehör aller anderen Gesellschafter wird im staatlichen Verfahren „nur“ durch die Möglichkeit des nachträglichen Beitritts als streitgenössischer Nebenintervenient gewährt. Im Zeitpunkt dieser Beteiligung kann und wird die Schiedsrichterbestellung jedoch bereits vollzogen sein. Hält man die Partizipation an der Schiedsrichterbestellung nun für ein fundamentales prozessuales Grundrecht, ohne das eine Bindung der hiervon ausgeschlossenen Personen gegen Art 6 MRK verstößt, könnte der Schiedsspruch nur gegenüber der Gesellschaft und dem oder den klagenden Gesellschaftern Rechtskraft entfalten.²⁴ Gerade dieses Ergebnis wäre jedoch, wie gezeigt (oben A.2.), das Worst-case-Szenario, das es unbedingt zu vermeiden gilt.

Fall der Repräsentation der Gesellschafter durch die Gesellschaft, *Oberhammer*, OHG 59ff, 361f; zust *Klicka* in *Fasching/Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III/2³ (2017) § 411 ZPO Rz 124.

¹³ Zum Folgenden instruktiv *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} (2021) § 197 Rz 7; vgl im konkreten Kontext auch *Koller/Wiedermann*, Probleme des Mehrparteien-Schiedsverfahrens in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, in *Czernich/Rüffler*, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht (2022) 109 (120 f).

¹⁴ Vgl nur RIS-Justiz RS0060333; OGH 7 Ob 681/89; 6 Ob 12/19 m.

¹⁵ Vgl *Schwab*, Prozeßrecht 308 ff.

¹⁶ *Trenker/Demetz*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, wbl 2013, 1 (4); *Baumgartner/Mollhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, GmbHG Kurzkommentar (2014) § 42 Rz 5.

¹⁷ Siehe nur *Schönherr*, Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis und Schiedsgericht, GesRZ 1980, 184; *Thöni*, Zur Schiedsfähigkeit des GmbH-rechtlichen Anfechtungsstreits, wbl 1994, 298; *Hempel*, Zur Schiedsfähigkeit von Rechtsstreitigkeiten über Beschlussmängel in der GmbH, in *Bernat/Böhler/Weilinger*, FS Heinz Krejci zum 60. Geburtstag II: Zum Recht der Wirtschaft (2001) 1769; *Trenker/Demetz*, wbl 2013, 1; vgl weiters die Nachweise unten in FN 28.

¹⁸ ZB OGH 7 Ob 221/98 w; 6 Ob 170/08 f; 7 Ob 103/10 p; 6 Ob 42/12 p; 6 Ob 84/14 t.

¹⁹ Anders ist dies im Kontext der Bindung eines Nebenintervenienten: In der E 6 Ob 170/08 f verneint der OGH dessen Bindung an den Schiedsspruch gerade auch mit dem Argument, dass er sich nicht an der Schiedsrichterbestellung beteiligen konnte.

²⁰ Vgl nur die Ausführungen in 18 OCg 3/22y Rz 45 f; ferner RIS-Justiz RS0045318. *Plavec* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON (2023) § 582 Rz 15 dürfte hingegen möglicherweise von einer bewussten Abgrenzung der Rsp des OGH von jener des BGH ausgegangen sein.

²¹ So explizit OGH 6 Ob 170/08 f; ebenso *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny* IV/2³ (2016) § 607 ZPO Rz 44; *Schumacher* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht II (2016) Rz 10/7; *Vavrovsky/Stefan* in *Nueber*, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit und ADR (2021) 519 Rz 4.

²² Vgl dazu *Koller/Wiedermann* in *Czernich/Rüffler*, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht 109 (111 f).

²³ Dazu zB *Riegler/Petsche* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I (2011) Rz 5/72 ff; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny* IV/2³ § 587 ZPO Rz 171; *Plavec* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 587 Rz 13.

²⁴ IdS auch konkret OGH 18 OCg 3/22y Rz 65.

Der BGH hat die Schiedsfähigkeit von kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelstreitigkeiten vor diesem Hintergrund zunächst in der Entscheidung „Schiedsfähigkeit I“²⁵ überhaupt verneint. In den Entscheidungen „Schiedsfähigkeit II–IV“²⁶ hat er diesen allzu restriktiven Ansatz immerhin dahingehend „glockert“, dass die Schiedsvereinbarung angemessene Vorsorge treffen müsse, dass sich alle Gesellschafter an der Schiedsrichterbestellung beteiligen können; andernfalls sei sie nichtig gem § 138 BGB, dem deutschen Pendant zu § 879 ABGB. Auch eine bemerkenswerte Vielzahl an Stellungnahmen der österr Lehre, welche dieses Problem nicht schlicht unbeachtet lässt,²⁷ hält die Beteiligung aller Gesellschafter an der Schiedsrichterbestellung dementsprechend für unerlässlich.²⁸ Le-

diglich *Hausmaninger*²⁹ schlägt alternativ dazu vor, einem ursprünglich übergangenen Gesellschafter ein (wohl unbedingtes) Ablehnungsrecht gem § 589 ZPO analog zu gewähren, nachdem er von der Schiedsrichterbestellung in Kenntnis gesetzt wurde. Welche Konsequenzen die mangelnde Beteiligung hat, also insb, ob sie iS der BGH-Lösung zur Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung gem § 879 ABGB führen soll, wurde dagegen bislang kaum erörtert.

4. Zusatzproblem OG/KG: Vertragliche Erstreckung der Rechtskraftwirkung?

Im streitgegenständlichen Fall handelt es sich zwar eigentlich um eine Personengesellschaft, namentlich eine KG. In deren Gesellschaftsvertrag wurde aber die Geltung des kapitalgesellschaftsrechtlichen Anfechtungsregimes der §§ 41 ff GmbHG vereinbart. Es wurde damit, zumal die betreffende Klage folglich gegen die KG zu richten wäre, auch das soeben herausgearbeitete Problem der gebotenen Partizipation aller Gesellschafter an der Schiedsrichterbestellung „eingekauft“.

Doch damit nicht genug: Gerade in Österreich, dessen Prozessrechtsdogmatik nach wie vor von den Nachwirkungen der „publizistischen Betrachtungsweise“³⁰ geprägt ist (oder mE treffender: unter diesen leidet), ist die Zulässigkeit der vertraglichen Vereinbarung der §§ 41 ff GmbHG für eine rechtsfähige Personengesellschaft keineswegs gesichert. In Deutschland steht die Zulässigkeit einer solchen Gestaltung zwar seit langem außer Streit.³¹ Das österr Schrifttum ist dagegen gespalten, wenngleich auch hierzulande die Stimmen der Befürworter dieser Gestaltungsmöglichkeit überwiegen.³²

Rechtsunsicherheiten im Kontext personengesellschaftsrechtlicher Beschlussmängelstreitigkeiten im Schiedsverfahren, Zak 2023, 188 (192).

²⁹ In *Fasching/Konecny* IV/2³ § 607 ZPO Rz 45; möglicherweise auch idS *Harrer* in *Gruber/Harrer*, GmbHG Kommentar² (2018) §§ 41, 42 Rz 162.

³⁰ Dazu eingehend, freilich ablehnend *Trenker*, Einvernehmliche Parteidisposition im Zivilprozess. Parteiautonomie im streitigen Erkenntnisverfahren (2020) 67 ff.

³¹ BGH II ZR 149/64 BB 1966, 1169; II ZR 293/83 BGHZ 91, 132; II ZR 278/98 NJW 1999, 3113; II ZR 242/04 NJW 2006, 2854; *Hueck*, Das Recht der offenen Handelsgesellschaft⁴ (1971) 186; *Heyman*, Handelsgesetzbuch I³ (2019) § 119 Rz 15; *Schäfer* in *Habersack/Schäfer*, Das Recht der OHG: Kommentierung der §§ 105–160 HGB² (2019) § 119 Rz 92; *Freitag* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, Handelsgesetzbuch I⁴ (2020) Rz 80.

³² Dafür *Oberhammer*, OHG 352 ff; *Dellinger*, Rechtsfähige Personengesellschaften in der Liquidation (2001) 305 FN 86; *H. Torggler* in *Bertl/Mandl/Mandl/Ruppe*, Die Personengesellschaft in Handels- und Steuerrecht (2001) 171; *Plasser*, Beschlüsse von Personengesellschaften und Willensmängel, JBl 2004, 137 (150 ff); *Harrer*, Die Personengesellschaft als Trägerin eines Unternehmens (2010) 197; *Thöni* in *Zib/Dellinger*, UGB Großkommentar II (2017) § 119 Rz 237; *Schauer* in *Kalss/Nowotny/Schauer*, Österreichisches Gesellschaftsrecht² (2017) Rz 2/453, insb die FN 256; aA *Zeiler*, RdW 2023, 392 (399); *Garber*, Zak 2023, 188 (189), beide offensichtlich aus Anlass des gegenständlichen Verfahrens; ferner *Kalss*, GesRZ 2023, 141 (144),

²⁵ II ZR 124/95 NJW 1996, 1753.

²⁶ BGH II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (*Duve/Keller*) („Schiedsfähigkeit II“); I ZB 23/16 SchiedsVZ 2017, 194 („Schiedsfähigkeit III“); I ZB 13/21 SchiedsVZ 2022, 86 („Schiedsfähigkeit IV“).

²⁷ Auf eine bloße Wiedergabe der OGH-Judikatur beschränken sich dementsprechend zB *Unzeitig* (Schiedsklauseln und GmbH-Gesellschaftsvertrag, *ecolex* 2008, 915 [916]), *Kalss* (Gesellschaftsrecht und Schiedsrecht in Österreich, JBl 2015, 205 [208]), *Rechberger/Hofstätter* (in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ [2019] § 582 Rz 2) und *Linder* (in *Foglar-Deinhardstein/Aburumieh/Hoffenscher-Summer*, GmbHG² [2024] § 42 Rz 16); ohne diesbezügliches Problembewusstsein auch *Pelinka* in *Napoko/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG Praxiskommentar (2019) § 197 Rz 2; *Diregger* in *Doralit/Nowotny/Kalss*, AktG II³ (2021) § 197 Rz 19. *Plavec* (in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 582 Rz 15) meint indes wohl, der OGH sei hier andere Wege als der BGH gegangen.

²⁸ *Auer*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, in *Witt et al*, Die Privatisierung des Privatrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2002 (2003) 127 (133); *Auer*, Schiedsvereinbarungen bei der GmbH im Licht des SchiedsRÄG 2005, in *Kalss/Rüffler*, Satzungsgestaltung in der GmbH – Möglichkeiten und Grenzen (2005) 123 (129f); *Reiner*, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151 (155); B. *Terlitz/M. Weber*, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1 (4, 9); *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/92; *Pitkowitz*, Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten – Alles klar? in *Fitz/Kalss/Kautz/Kucsko/Lukas/U. Torggler*, FS für Hellwig Torggler (2013) 959 (966 ff); *Reich-Rohrwig*, Tücken gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln, in FS H. Torggler 985 (992); *Trenker/Demetz*, wbl 2013, 1 (5f); *Zeiler*, Zur schiedsgerichtlichen Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen, in *Schumacher/Zimmermann*, 90 Jahre Fürstlicher Oberster Gerichtshof: FS für Gert Delle Karth (2013) 1055 (1068); *Dorda*, Die schiedsunterworfenene Umgründung und die umgegründete Schiedsklausel, in *Kirchmayr/Mayr/Oberhammer/Rüffler/U. Torggler*, Umgründungen: FS für Hanns F. Hügel zum 65. Geburtstag (2015) 81 (86); *Aschauer/Gantenberger/Gabriel* in *H. Torggler et al*, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit² (2017) Rz 732; *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht (2018) Rz 22.10; *Kalss*, GesRZ 2023, 141 (146f); *Konzett/Nueber* in *Nueber*, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit und ADR 31 Rz 53; *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 20; *Rüffler/Seper*, Gesellschaftsrechtliche Grundlagen: Objektive Schiedsfähigkeit, in *Czernich/Rüffler*, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht 19 (29f); *Zeiler*, Zur Schiedsfähigkeit von gesellschaftsrechtlichen Beschlussmängelstreitigkeiten, RdW 2023, 392 (397); *Garber*,

Zur Klarstellung: Diese Diskussion ist nicht mit der Streitfrage zu verwechseln, ob §§ 41 ff GmbHG, §§ 195 ff AktG (oder § 7 VerG) *per se* (also unabhängig von einer vertraglichen Vereinbarung) analog auf OG/KG anzuwenden sind. Dies wurde und wird zwar von gewichtigen Teilen der Lehre gefordert,³³ vom OGH aber abgelehnt.³⁴ Allerdings gehen selbst die Befürworter dieser Analogie gar nicht so weit, die Parteilollenverteilung des Kapitalgesellschaftsrechts zu übernehmen, sondern erachten weiterhin die anderen Gesellschafter als richtige Beklagte.³⁵ Für die hier interessierende Frage, ob eine OG/KG zwar nicht kraft analoger Anwendung des Gesetzes, aber durch Parteivereinbarung zur richtigen Beklagten einer Beschlussmängelstreitigkeit ausersehen werden kann, ist daraus also keinesfalls etwas zu gewinnen.

Hierfür ist vielmehr Folgendes zu bedenken: Unerlässlicher Bestandteil des kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussanfechtungskonzepts ist die Rechtskrafterstreckung gem § 42 Abs 6 GmbHG bzw §§ 198, 201 Abs 1 AktG für den Fall einer klagsstattgebenden Entscheidung (oben A.2.). Die vertragliche „Übernahme“ dieser Regelung stößt nun insofern auf Bedenken, als darin eine – nach hA³⁶ angeblich – unzulässige privatautonome Disposition über die Rechtskraft erblickt werden könnte.³⁷ Debattiert wird deshalb, ob eine taugliche Ersatzkonstruktion für die zur Gewährleistung von Rechtseinheitlichkeit und -sicherheit unerlässliche Rechtskrafterstreckung gefunden werden kann. Während *Oberhammer*³⁸ insoweit entweder die Annahme einer Vertretung aller Gesellschafter durch die Gesellschaft oder gar die Konstruktion über eine gewillkürte Prozessstandschaft vorschlägt, löst die hM in Deutschland das

Problem über die Annahme einer schuldrechtlichen Bindungswirkung.³⁹ Ersteres bietet jedoch schwerlich Handhabe, wenn die Gesellschaft tatsächlich in eigenem Namen als Partei auftritt (wie dies *in casu* der Fall war); Zweiteres stößt sich mit dem herrschenden, wenn auch zunehmend in Frage gestellten Verbot der gewillkürten Prozessstandschaft.⁴⁰ Ob schließlich eine schuldrechtliche, also materiellrechtliche Bindungswirkung adäquaten Ersatz für eine prozessuale Rechtskrafterstreckung bietet, erscheint auf Basis der publizistischen und damit gleichsam überaus „konservativen“ Haltung in Österreich abermals zweifelhaft.

B. Die Lösung

1. Standpunkt des OGH in 18 OCg 3/22y

In der Tat dürfte auch der OGH zumindest gewisse Zweifel an der Zulässigkeit der vertraglichen Übernahme der §§ 41 ff GmbHG auf eine Personengesellschaft mit der Folge der exklusiven Passivlegitimation der OG/KG hegen (oben A.4.).⁴¹ Letztlich musste der 18. Senat zu dieser Frage aber nicht Stellung beziehen, weil er den Schiedsspruch wegen des aufgezeigten Problems der mangelnden Beteiligungsmöglichkeit aller Gesellschafter an der Schiedsrichterbestellung aufheben konnte. Wenn die Klage gegen die Gesellschaft zu richten ist und folglich nicht alle Gesellschafter ohnedies als notwendige Streitgenossen Parteistellung haben, hält es der OGH nämlich ebenso wie der BGH für erforderlich, in der Schiedsvereinbarung ein Prozedere festzuhalten, welches die Partizipation an der Schiedsrichterbestellung auch jener Gesellschafter gewährleistet, die nicht selbst formelle Partei des Beschlussmängelverfahrens sind. Sofern dies, wie im gegenständlichen Fall, nicht vorliege, wäre es nämlich denkbar, dass der Schiedsspruch nicht für alle Gesellschafter wirksam wäre.⁴²

die mit *Oberhammer*, *Schauer* und *Haglmüller* allerdings Autor: innen für ihre Ansicht ins Treffen führt, die dies so gerade nicht vertreten; krit aber auch schon *Jabornegg/Artmann* in *Jabornegg/Artmann*, UGB I² (2011) § 119 UGB Rz 33; *Zeiler* in FS Delle Karth 1055 (1071 ff).

³³ *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse 341 ff; *Oberhammer*, OHG 356 ff; *Plasser*, JBl 2004, 137 (152); *U. Torggler/H. Torggler*, Zum (rechtsformübergreifenden) Kern der gesellschaftsrechtlichen Kernbereichslehre, in *Altmeyen/Fitz/Honsell*, FS für Günther H. Roth zum 70. Geburtstag (2011) 831 (840 ff); *Kraus* in *U. Torggler*, UGB³ (2019) § 119 Rz 22, 24; *Koppensteiner*, Beschlussmängel im Gesellschaftsrecht, wbl 2022, 1 (4 ff), je mwN.

³⁴ 6 Ob 258/08 x; ebenso nunmehr 18 OCg 3/22y Rz 53; ferner *Thöni* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 119 Rz 255 ff; *Kalss*, GesRZ 2023, 141 (144).

³⁵ Siehe nur *Thöni* in *Zib/Dellinger*, UGB II § 119 Rz 251 mwN bei und in FN 850; unrichtig *Kalss*, GesRZ 2023, 141 (144 bei und in FN 49).

³⁶ *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts² (1990) Rz 1541; *Oberhammer*, OHG 352; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 411 Rz 4; vgl ferner *Klicka* in *Fasching/Konecny III/2*³ § 411 ZPO Rz 80, 155; aA *Trenker*, Parteidisposition 338 ff, insb 346 ff, 615 ff.

³⁷ So explizit *Zeiler* in FS Delle Karth 1055 (1072).

³⁸ OHG 352 ff.

³⁹ BGH II ZR 149/64 BB 1966, 1169; *Hueck*, OHG 186; *Bork*, Die Parteilollen im Streit um die Zugehörigkeit zu einer Personengesellschaft – zugleich eine Anmerkung zu BGH, Urt. v. 6. 11. 1989, II ZR 302/88, ZGR 1991, 125 (136); *Schäfer* in *Habersack/Schäfer*, OHG⁵ § 109 Rz 75; krit *Enzinger* in *Drescher/Fleischer/Schmidt*, Münchener Kommentar zum HGB II⁵ (2022) § 119 Rz 102.

⁴⁰ Zur hM s nur RIS-Justiz RS0032788; RS0053157; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 344; *Nunner-Krautgasser* in *Fasching/Konecny II/1*³ (2015) Vor § 1 ZPO Rz 126 ff; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 354; krit *Holzhammer*, Österreichisches Zivilprozessrecht² (1976) 79; *Oberhammer*, OHG 354 f; *Holzhammer/Roth*, Die Prozeßstandschaft, in *König*, Historiarum ignari semper sunt pueri: FS Rainer Sprung zum 65. Geburtstag (2001) 165 (172 ff); *Kunz*, Die Prozessstandschaft. Eine Untersuchung der Klagebefugnisse Dritter im österreichischen Zivilverfahren (2019) 173 ff; *Trenker*, Parteidisposition 375 ff (395 f); *Domej* in *Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON Vor § 1 Rz 30 ff.

⁴¹ Dafür spricht, dass der OGH (18 OCg 3/22y Rz 58) den Gegnern/Kritikern der Zulässigkeit dieser Gestaltung „beachtliche[] Argumente[]“ attestiert.

⁴² 18 OCg 3/22y Rz 60 f.

Allerdings leitet der schiedsrechtliche Fachsenat aus dem Fehlen einer diesbezüglichen Vorkehrung in der Schiedsvereinbarung – anders als der BGH – ab, dass es der konkreten (!) Beschlussmängelstreitigkeit (eben wegen der unzureichenden Schiedsklausel) bereits an der objektiven Schiedsfähigkeit gem § 611 Abs 2 Z 7 ZPO mangelt.⁴³ Ob die Schiedsvereinbarung darüber hinaus als ungültig, zumal sittenwidrig iSd § 611 Abs 2 Z 1 ZPO einzustufen ist, lässt der OGH hingegen ausdrücklich offen.⁴⁴

2. Stellungnahme

a) Vertragliche Übernahme der §§ 41 ff GmbHG für OG/KG

i) Keine Klarstellung durch 18 OCg 3/22y

Der OGH musste zur Zulässigkeit der vertraglichen Übernahme des kapitalgesellschaftsrechtlichen Beschlussanfechtungssystems auf eine rechtsfähige Personengesellschaft also keine Stellung beziehen, weil er bereits auf Ebene der Schiedsvereinbarung bzw auf jener der objektiven Schiedsfähigkeit durchgreifende Mängel identifizierte (dazu B.1.). Dennoch bleibt die Frage in höchstem Maße praxisrelevant. Denn erstens kann das GmbH-rechtliche Anfechtungsmodell auch ohne Schiedsklausel, also für die Klagsführung vor den ordentlichen Gerichten, vereinbart werden. Zweitens lassen sich die vom OGH identifizierten schiedsrechtlichen Probleme kautelarjuristisch bewältigen (dazu unten C.4.). Im Folgenden sei daher eine Stellungnahme zu dieser Streitfrage erlaubt.

ii) Zulässigkeit „unmittelbarer“ oder „mittelbarer“ (§ 42 Abs 6 GmbHG analog) Rechtskrafterstreckung

Um das Ergebnis sogleich vorwegzunehmen: Mit der überwiegenden Ansicht im Schrifttum⁴⁵ ist eine solche gesellschaftsvertragliche Vereinbarung mE zulässig. Konkret können die Gesellschafter wirksam vereinbaren, dass jede Beschlussmängelklage, egal ob sie auf Feststellung (Nichtigkeit) oder Rechtsgestaltung (Anfechtung) gerichtet ist, gegen die Personengesellschaft zu richten ist; alle Gesellschafter, die nicht ohnehin als Kläger auftreten, können sich als streitgenössische Nebenintervenienten (§ 20 ZPO) am Verfahren beteiligen. „Dafür“ wird die Rechtskraft einer klagsstattgebenden Entscheidung auf alle Gesellschafter erstreckt.

Diese Rechtskrafterstreckung ist mit prozessualen Grundwertungen der österr Rechtsordnung durchaus vereinbar. ME kann bereits die vertragliche Anordnung der Geltung der §§ 41 ff GmbHG als zulässige Form einer vertraglichen Rechtskrafterstreckung qualifiziert werden. Die herrschende Annahme von der Unzulässig-

keit einer vertraglichen Rechtskrafterstreckung hält einer näheren Überprüfung nämlich nicht stand. Ihre Begründung reduziert sich auf die bloße Behauptung, die Rechtskraft wäre als öffentlich-rechtliches Institut jeglicher Parteidisposition unzugänglich. Eine derart begrifflich-konstruktivistische Argumentation ist jedoch bei richtigem methodischen Verständnis zugunsten einer wertenden Analyse der involvierten Interessen aufzugeben.⁴⁶ Insoweit ist – wie an anderer Stelle ausführlich dargelegt⁴⁷ – kein überzeugender Sachgrund ersichtlich, der einer freiwilligen Erweiterung der Rechtskraftgrenzen, also der Unterwerfung einer Person unter die Rechtskraft einer zwischen anderen Parteien ergangenen Entscheidung, *per se* entgegenstehe.

Das muss jedenfalls für den gegenständlichen Sonderfall gelten, dass der Gesetzgeber dieses Modell der Prozessführung mit Rechtskrafterstreckung für die GmbH und AG sogar selbst anordnet und mit der gebotenen Verständigung sowie der Beteiligungsmöglichkeit als streitgenössische Nebenintervenienten taugliche Kautelen zur Wahrung des rechtlichen Gehörs zugunsten der sich der Rechtskraft unterwerfenden Gesellschafter vorsieht. Das ergibt schon die simple Überlegung, dass die vertragliche Vereinbarung dessen, was das Gesetz für andere Gesellschaftsformen (§§ 198, 201 Abs 1 AktG; § 42 Abs 6 GmbHG) explizit anordnet, nicht plötzlich gesetz- oder sittenwidrig sein kann. Wer Gegenteiliges behauptet, müsste signifikante Unterschiede zwischen OG/KG und GmbH betreffend die gegenständliche Problemstellung nachweisen. Solche Unterschiede sind aber nicht erkennbar, weil es beide Male um einen Prozess über die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts unter den Gesellschaftern geht, das einer rechtsfähigen Gesellschaft als deren Organisations- und/oder Willensbildungsakt zugerechnet wird. Bezeichnenderweise führen auch die Gegner dieser Gestaltung im Schrifttum insoweit nur weitgehend substanzlose Floskeln oder gar unbegründete Behauptungen ins Treffen.⁴⁸

⁴⁶ Vgl Trenker, Parteidisposition 337 f.

⁴⁷ Trenker, Parteidisposition 338 ff, insb 346 ff, 615 ff.

⁴⁸ Letzteres gilt für Garber (Zak 2023, 188 [189]), der zwar eine „völlig anders gelagerte Interessenlage“ konstatiert, aber nicht begründet, worin sich diese unterschiedliche Interessenlage äußert. Ersteres trifft auf den – von vornherein nicht leicht verständlichen – Einwand Kals's (GesRZ 2023, 141 [145]) zu, wonach „derartige Regelungen, die zentrale Fragen des Rechtsschutzes und prozessrechtliche Fragen und eine Verschiebung der Rechtsposition nicht in die Hand der Vertragsparteien legt, nicht mit den Wertungen eines ordentlichen fairen Verfahrens unter Einbeziehung der Gesellschafter in Einklang gebracht werden kann und daher nicht zulässig und daher unwirksam ist“. Auch diese Auffassung entbehrt jeder Begründung dafür, dass und warum eine Ausgestaltung, wie sie der Gesetzgeber im Recht der GmbH wählt, im Personengesellschaftsrecht ein Sakrileg für Grundwertungen eines ordentlichen und fairen Verfahrens sein soll.

⁴³ 18 OCg 3/22y Rz 69 ff.

⁴⁴ 18 OCg 3/22y Rz 81.

⁴⁵ Oben A.4. bei und in FN 32.

Letztlich hat die Gegenseite somit nichts anderes als die mE unzureichende Berufung auf das althergebrachte Dogma von der Indisponibilität der Rechtskraft für sich. Selbst jene „prozessualen Hardliner“, denen dieses Dogma als Begründung genügt, müssten aber zumindest den „Umweg“ über eine analoge Anwendung von § 42 Abs 6 GmbHG akzeptieren, wenn eine OG/KG im Gesellschaftsvertrag zur allein passivlegitimierten Partei auserkoren wird.⁴⁹ Lücke und Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen ergäben sich diesfalls aus der vom dispositiven Recht abweichenden Übernahme des GmbH-Regimes im Gesellschaftsvertrag. Dass eine vertragliche Vereinbarung damit als Grundlage einer Analogie fungiert, ist nicht ungewöhnlich. Auch der Abschluss einer Schiedsvereinbarung für den Beschlussmängelstreit einer GmbH bewirkt dementsprechend ja, wie dies der BGH explizit anerkennt, die analoge Anwendung der im GmbHG vorgesehenen Rechtskrafterstreckung.⁵⁰ Die Rechtskrafterstreckung selbst wäre diesfalls nur mittelbare Konsequenz der vertraglichen Regelung. Wenngleich sich diese Lösung zu einem gewissen Grad vorwerfen lassen muss, auf einem „Etikettenschwindel“ zu beruhen, so würde sich dadurch – man möge dieses Maß an Ironie verzeihen – die Annahme der „dogmatischen Ungeheuerlichkeit“ einer Rechtskraftdisposition erübrigen, womit die heile Welt der publizistischen Betrachtungsweise unangetastet bliebe.

iii) Untauglichkeit/Unnötigkeit alternativer Lösungswege

Die Lösung einer unmittelbar oder im Wege der Analogie zu § 42 Abs 6 GmbHG mittelbaren Vereinbarung der Erstreckung der Rechtskraft einer klagsstattgebenden Entscheidung auf alle Gesellschafter einer OG/KG ist auch zweifellos vorzugswürdig gegenüber den beschriebenen (oben A.4.) „Ersatzkonstruktionen“: Die Lösung, dass die OG/KG nur prozessbevollmächtigte Vertreterin aller nicht auf Klagsseite auftretenden Gesellschafter sei,⁵¹ sie also nur im fremden Namen prozessiere, beruht auf einer unberechtigten Willensfiktion.

Das zeigt sich allgemein bereits daran, dass die folgerichtige Kostenersatzpflicht der vertretenen Gesellschafter als der eigentlich Beklagten wohl kaum dem entspricht, was die Gesellschafter bei Vertragsabschluss beabsichtigten. Konkret lieferte demgemäß auch der Sachverhalt zu 18 OCg 3/22y schlicht keine Grundlage dafür, dass die Parteien eine solche Vertreterlösung gewollt hätten.

Die Annahme einer gewillkürten Prozessstandschaft wäre zwar eine taugliche Lösung,⁵² wenn man sie – freilich abermals entgegen der hM – zu Recht für zulässig erachten würde.⁵³ Das zentrale Problem könnte aber auch dieser Weg nicht umgehen, weil eine gewillkürte Prozessstandschaft richtigerweise ebenfalls auf eine Erstreckung der Rechtskraft kraft Vereinbarung hinausläuft,⁵⁴ nämlich eine Erstreckung auf denjenigen, der den Prozessstandschafter zum Prozessieren im eigenen Namen über seine Rechte ermächtigt hat.⁵⁵

Damit bliebe noch die schuldrechtliche Bindungswirkung als Ausweg, wie ihn die deutsche Doktrin befürwortet. Die Idee dahinter besteht darin, dass sich die Gesellschafter *ex ante* materiellrechtlich den Wirkungen/Folgen der Entscheidung im Beschlussmängelstreit unterwerfen, dh sich materiellrechtlich dazu verpflichten, sich an diese Entscheidung zu halten.⁵⁶ Wäre eine solche *materiellrechtliche* Unterwerfung unter die Entscheidung wirklich unproblematisch, während eine *prozessuale* Erstreckung der Bindungswirkung weiterhin für unzulässig erachtet wird, so wäre dies freilich der beste Beweis dafür, dass die Bedenken gegen die vertragliche Rechtskrafterstreckung à la § 42 Abs 6 GmbHG jeder wertenden Grundlage entbehren. Denn: Entweder können sich nicht prozessbeteiligte Gesellschafter den Wirkungen eines Urteils unterwerfen oder sie können es nicht; Zulässiges kann doch nicht dadurch unzulässig werden (oder umgekehrt), dass man ihm eine andere Rechtsnatur zuerkennt.⁵⁷ Wenn die Unterwerfung aber zulässig ist, woran mangels entgegenstehender Sachgründe – wie ausgeführt (B.2.a)(ii) – kein Zweifel bestehen sollte, so besteht der einzig methodisch „ehrliche“ Ansatz darin, diese Dispositionsmöglichkeit auch auf prozessrechtlicher Ebene der Rechtskraft anzuerkennen. Insoweit hat *Oberhammer*⁵⁸ eigentlich be-

⁴⁹ IdS schon *Enzinger*, Mehrheitsbeschlüsse 352. Dem steht nicht entgegen, dass der OGH in 6 Ob 258/08x und nunmehr auch in 18 OCg 3/22y Rz 53 die analoge Anwendung der §§ 41 ff GmbHG im Personengesellschaftsrecht bereits verneint hat (dazu oben A.4. in FN 34). Denn die planwidrige Unvollständigkeit und Vergleichbarkeit der Wertungsgrundlagen ergibt sich im hier behandelten Zusammenhang ja erst aus der vertraglichen Vereinbarung der Passivlegitimation der Gesellschaft, eine Besonderheit, die der OGH in 6 Ob 258/08x nicht zu behandeln hatte. Auch *Zeiler* (RdW 2023, 392 [399 FN 67]) zieht sich auf die bloße Behauptung zurück, es fehle an einer planwidrigen Regelungslücke, weil die Bekämpfung von Beschlussmängelstreitigkeiten im Personengesellschaftsrecht anders geregelt sei.

⁵⁰ II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (*Duve/Keller*), Rz 13f, 24.

⁵¹ Für dessen Zulässigkeit wohl *Oberhammer*, OHG 352 ff. Demgegenüber versteht *Garber* (Zak 2023, 188 [189]) die Ausführungen *Oberhammers* so, dass dieser der „Vertreter-Lösung“ eine Absage erteilt habe.

⁵² Dafür *Oberhammer*, OHG 354 ff.

⁵³ Zum Meinungsstand oben A.4 bei und in FN 40.

⁵⁴ Zum Ganzen *Trenker*, Parteidisposition 391 mwN.

⁵⁵ Vgl BGH V ZR 56/84 NJW-RR 1986, 158; IVb ZR 89/87 NJW 1988, 2375; IV ZR 190/92 BGHZ 123, 132; *Lindacher/Hau* in *Rauscher/Krüger*, Münchener Kommentar zur ZPO I⁶ (2020) Vorbemerkung zu § 50 Rz 80; *Althammer* in *Zöller*, ZPO³⁵ (2024) Vor § 50 Rz 51.

⁵⁶ BGH I ZB 13/21 SchiedsVZ 2022, 86, Rz 29. Indes geht der Einwand *Garbers* (Zak 2023, 188 [189]), wonach es kein Recht gäbe, das an die Gesellschafter übertragen worden sein könnte, an dieser Argumentation vorbei.

⁵⁷ So bereits in anderem Zusammenhang *Trenker*, Parteidisposition 25f.

⁵⁸ OHG 352; zust *Trenker*, Parteidisposition 340.

reits alles gesagt: „Anstatt Fragestellungen, die inhaltlich zur Rechtskraftwirkung gehören, aus diesem Bereich auf ad hoc geschaffene anderweitige Rechtsfiguren ‚auszulagern‘, sollte man derartige Konstellationen besser zum Anlaß nehmen, die überlieferten Rechtsätze der Rechtskraftlehre zu hinterfragen.“

iv) Fazit

Eine vertragliche Vereinbarung der Anwendung der §§ 41 ff GmbHG auf eine Personengesellschaft bewirkt – entweder unmittelbar kraft Dispositionsbefugnis der Gesellschafter oder mittelbar via § 42 Abs 6 GmbHG analog – eine Rechtskrafterstreckung stattgebender Urteile gegen die Gesellschaft auf alle (!) Gesellschafter. Auf dieser Basis ist gegen die vereinbarte exklusive Passivlegitimation der OG/KG nichts einzuwenden. Das gilt sowohl für staatliche Verfahren als auch für Schiedsverfahren, sohin unabhängig davon, ob überhaupt eine Schiedsklausel in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde. Im Schiedsverfahren besteht jedoch das zusätzliche Problem, dass die im Falle einer erfolgreichen Beschlussanfechtung notwendige Rechtskrafterstreckung auf alle Gesellschafter voraussetzt, dass sich alle Gesellschafter effektiv an der Schiedsrichterbestellung beteiligen konnten (oder das Schiedsgericht von vornherein durch eine neutrale Stelle besetzt wird [dazu unten C.4.e]), was zum Kern der E 18 OCg 3/22y zurückführt.

b) Allseitige Beteiligungsmöglichkeit an der Schiedsrichterbestellung

i) Notwendigkeit allseitiger Beteiligungsmöglichkeit an der Schiedsrichterbestellung

Gerade die mangelnde Bewältigung des Problems der erforderlichen Beteiligungsmöglichkeit aller Gesellschafter an der Schiedsrichterbestellung, welche *in casu* lediglich zwischen den klagenden Gesellschaftern und der beklagten Gesellschaft vollzogen wurde, veranlasste den 18. Senat des OGH nämlich zur Aufhebung des Schiedsspruchs.⁵⁹ Wenn diese Mitwirkungsrechte nicht allen Gesellschaftern rechtzeitig zukämen, so sei eine allseitige Rechtskrafterstreckung nicht zu rechtfertigen, was wiederum die nicht zu duldenende Gefahr widerstreitender Entscheidungen brächte.

Dem ist mit der überwältigenden Zahl an Stimmen aus dem Schrifttum⁶⁰ zuzustimmen. Im Schiedsverfahren ist das Beteiligungsrecht an der Schiedsrichterbestellung eben als unerlässlicher Bestandteil eines fairen Verfahrens gem Art 6 MRK anzusehen, weshalb die bloße Möglichkeit zur streitgenössischen Nebenintervention eine Unterwerfung unter die Urteilswirkungen nicht rechtfertigen kann; es muss dafür auch sichergestellt sein, dass alle Gesellschafter gleichermaßen – das kann

freilich richtigerweise auch bedeuten: gar nicht⁶¹ – auf die Schiedsrichterbestellung Einfluss nehmen können. Ohne allseitige Bindung an klagsstattgebende Entscheidungen ist das prozessuale Konzept der Beschlussanfechtung aber – wie gezeigt (A.2.) – nicht aufrechtzuerhalten.

Man hätte dem zwar möglicherweise auch durch den Vorschlag *Hausmaningers*⁶² Rechnung tragen können, wonach jeder beim Bestellvorgang übergangene Gesellschafter das Recht erhält, die ohne sein Zutun nominierten Schiedsrichter ohne weiteres⁶³ (!) ablehnen zu dürfen. Denn diesfalls könnten übergangene Gesellschafter im Endeffekt, wenn auch nur nachträglich, doch auf die Schiedsrichterbestellung Einfluss nehmen. Abgesehen davon, dass die *lex lata* ein derart unbedingtes Ablehnungsrecht nirgends vorsieht, erscheint die Lösung über eine nachträgliche Abberufung von Schiedsrichtern, die ohne die Mitwirkung aller ernannt wurden, grob prozessunökonomisch. Es überzeugt daher ebenso, dass der OGH diesem Vorschlag eine Abgabe erteilt.⁶⁴

ii) Kein Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit gem § 611 Abs 2 Z 7 ZPO

Der OGH erkennt im skizzierten Problem letztlich einen Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit.⁶⁵ Wenngleich diese Einordnung eine gewisse Stütze in den Gesetzesmaterialien zum SchiedsRÄG 2006 zu finden scheint⁶⁶ und sie von einigen gewichtigen Namen der Lit propagiert wird,⁶⁷ vermag sie mE mit der immer noch überwiegenden Gegenansicht in der Lehre nicht zu überzeugen.⁶⁸

Zunächst sind die Materialien keineswegs eindeutig. Es heißt darin: „So ist etwa mit der Ausweitung der objek-

⁶¹ Der BGH (II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 [Duve/Keller], Rz 20) hält es nämlich mit Recht (C.4.e) ebenso für zulässig, wenn der/die Schiedsrichter von einer neutralen Stelle benannt wird/werden. Wenn man so will, steht der allseitigen Beteiligungsmöglichkeit also die „allseitige Nichtbeteiligungsmöglichkeit“ gleich.

⁶² In *Fasching/Konecny* IV/2³ § 607 ZPO Rz 45.

⁶³ Ob *Hausmaninger* so zu verstehen ist, ergibt sich nicht eindeutig. Wenn er nur für ein „gewöhnliches“ Ablehnungsrecht eintreten sollte, wäre dadurch von vornherein keine angemessene Mitwirkung an der Schiedsrichterbestellung gewährleistet.

⁶⁴ 18 OCg 3/22y Rz 67.

⁶⁵ 18 OCg 3/22y Rz 69 ff.

⁶⁶ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9. Dazu sogleich im Fließtext.

⁶⁷ *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny* IV/2³ § 582 ZPO Rz 40 f; *Kalss*, GesRZ 2023, 141 (145 f, 147); *Zeiler*, RdW 2023, 392 (393 f); aA aber noch *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Schiedsrecht Rz 22.10; *Zeiler*, Schiedsverfahren² (2014) § 582 Rz 13.

⁶⁸ IdS *B. Terlitza/M. Weber*, ÖJZ 2008, 1 (4); *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 3/92; *Fremuth-Wolf* in *Riegler/Petsche/Fremuth-Wolf/Platte/Liebscher*, Arbitration Law of Austria: Practice and Procedure (2007) Section 582 Rz 19; *Zeiler*, Schiedsverfahren² § 582 Rz 13; *Konzett/Nueber* in *Nueber*, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit und ADR 27 Rz 38, 40; *Rüffler/Seper* in *Czernich/Rüffler*, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht 19 (27).

⁵⁹ 18 OCg 3/22y Rz 64 ff.

⁶⁰ Oben A.3. in FN 28.

tiven Schiedsfähigkeit auf vermögensrechtliche Ansprüche noch nichts über die Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten ausgesagt, weil sie auch davon abhängt, inwieweit ein Schiedsspruch Dritten gegenüber rechtsgestaltend wirken kann.⁶⁹ Diese Passage könnte auch so zu verstehen sein, dass die zweite Verwendung des Begriffs „Schiedsfähigkeit“ nicht unbedingt die objektive Schiedsfähigkeit in einem engeren Sinn meint, sondern im weiteren Sinne die Frage adressiert, ob eine Beschlussmängelstreitigkeit vor einem Schiedsgericht überhaupt bestandfest entschieden werden kann (also ohne einen Aufhebungsgrund zu verwirklichen).⁷⁰ Maßgeblich dafür spricht, dass der – vom OGH nicht erwähnte – Einleitungssatz des zitierten Absatzes der Erläuterungen lautet: „Ob eine Sache objektiv schiedsfähig ist oder nicht, sagt noch nichts über den Kreis der Personen aus, deren Beteiligung notwendig ist, um eine konkrete Angelegenheit tatsächlich in einem Schiedsverfahren **abschließend zu entscheiden**“.⁷¹

Selbst wenn diese Passage aber in der Tat anders gemeint wäre, so ist damit keineswegs das letzte Wort gesprochen. Die Anschauung des historischen Gesetzgebers über eine gewisse dogmatische Einordnung darf nämlich besonders kritisch hinterfragt werden, weshalb der Rechtsanwender bei einer abweichenden Qualifikation weit weniger stark in Begründungsnotstand gerät, als wenn er bspw eine in den Materialien ausdrücklich intendierte Rechtsfolge „ablehnt“.⁷²

In der Sache spricht folgende Überlegung gegen die Annahme mangelnder objektiver Schiedsfähigkeit: Wie der OGH explizit klarstellt, sind Beschlussmängelstreitigkeiten bei Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften keineswegs zwangsläufig von der Schiedsgerichtsbarkeit ausgeschlossen.⁷³ Wenn die betreffende Schiedsklausel Vorsorge für die Beteiligung aller Gesellschafter trifft und – wie mE zu ergänzen ist – diese Vorkehrungen auch faktisch eingehalten wurden (dazu noch C.4.b)), spricht ja nichts mehr dagegen, dass ein Schiedsgericht über eine Beschlussmängelklage entscheidet, auch wenn diese „nur“ gegen die Gesellschaft und nicht alle übrigen Gesellschafter gerichtet ist. Wenn die Zulässigkeit der Entscheidung durch das Schiedsgericht aber von der Ausgestaltung (und faktischen Handhabung) der Schiedsklausel im Einzelfall abhängig ist, begründet dies keinen Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit. An der objektiven Schiedsfähig-

keit mangelt es lediglich, wenn das „Objekt“, also der Streitgegenstand, überhaupt nicht von einem Schiedsgericht entschieden werden darf.

Der OGH hält dem die Behauptung entgegen, dass es sehr wohl Fälle gebe, in denen die objektive Schiedsfähigkeit eines Anspruchs vom Vorliegen bestimmter „Kautelen“ abhängt.⁷⁴ Er beruft sich dafür ebenfalls auf die Materialien zum SchiedsRÄG, dies aber zu Unrecht. Aus der einschlägigen Passage ergibt sich nämlich nur, dass der Gesetzgeber zur Wahrung unabdingbarer materiellrechtlicher (Schutz-)Normen manche Materien entweder aus der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen hat oder er andere Schutzvorkehrungen, wie zB § 617 ZPO für Konsumenten oder § 9 ASGG für Arbeitsrechtsstreitigkeiten, getroffen hat.⁷⁵ Anerkanntermaßen (auch vom OGH) handelt es sich bei diesen Kautelen aber eben um keine Einschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit, sondern um Voraussetzungen für eine wirksame Schiedsvereinbarung, womit ein diesbezüglicher Mangel unter § 611 Abs 2 Z 1 ZPO zu subsumieren wäre.⁷⁶ Das bestätigt: Materien sind objektiv schiedsfähig oder nicht, ihre objektive Schiedsfähigkeit kann aber nicht davon abhängen, wie die konkrete Schiedsklausel oder das konkrete Schiedsverfahren ausgestaltet war; die mangelhafte Ausgestaltung der Schiedsklausel kann jedoch ein Problem für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung iSd § 611 Abs 2 Z 1 ZPO darstellen.

iii) Absolut nichtige Schiedsvereinbarung gem § 611 Abs 2 Z 1 ZPO?

Dementsprechend verortet der BGH das Problem seit der eigentlichen Grundsatz-Entscheidung „Schiedsfähigkeit II“⁷⁷ eben bei der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung: Ohne die Gewährleistung allseitiger Beteiligungsmöglichkeit an der Schiedsrichterbestellung sei die Schiedsvereinbarung nichtig iSd § 138 BGB. Dass die einschlägigen Judikate dennoch mit der Abkürzung „Schiedsfähigkeit I–IV“ deklariert werden, dürfte lediglich dem Umstand geschuldet sein, dass die erste einschlägige Entscheidung Beschlussmängelstreitigkeiten noch für absolut schiedsunfähig erachtet hatte, oder auf dem soeben skizzierten (oben B.2.b)(ii) weiten Verständnis von „Schiedsfähigkeit“ beruhen.

Aufgrund der inhaltlichen Anlehnung des OGH an die Auffassung des BGH wäre die Annahme einer nichtigen Schiedsvereinbarung und die damit verbundene Ver-

⁶⁹ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9.

⁷⁰ IdS ist übrigens auch die Verwendung des Begriffs der „Schiedsfähigkeit“ im Titel dieses Beitrags zu verstehen.

⁷¹ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 9 (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁷² Prinzipiell zulässig ist freilich auch Letzteres, vgl RIS-Justiz RS0008799; G. Kodek in Rummel/Lukas, ABGB⁴ (2015) § 6 Rz 99f.

⁷³ 18 OCg 3/22y Rz 71.

⁷⁴ 18 OCg 3/22y Rz 70.

⁷⁵ ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 8f.

⁷⁶ OGH 6 Ob 43/13 m; Koller, Schiedsvereinbarungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, in Knyrim/Leitner/Perner/Riss, Aktuelles AGB-Recht (2008) 155 (188f); Öhlberger, Zur (Nicht-)Anwendung schiedsrechtlicher Verbraucherschutznormen in ausländischen Schiedsverfahren, ÖJZ 2010, 188 (189); Stipl in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 4/105; Linder in FAH, GmbHG² § 42 Rz 17.

⁷⁷ II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller).

wirklich des Aufhebungsklagegrundes des § 611 Abs 2 Z 1 ZPO daher folgerichtig gewesen (was der OGH⁷⁸ ohnedies zusätzlich erwägt, aber letztlich offenlässt). *Prima vista* hätte die Subsumtion unter § 611 Abs 2 Z 1 ZPO allerdings einen gewichtigen rechtsfolgenrechtlichen Unterschied zur Annahme fehlender objektiver Schiedsfähigkeit mit sich gebracht. Während Letztere gem § 611 Abs 3 ZPO von Amts wegen aufzugreifen ist, muss die mit der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung einhergehende Unzuständigkeit des Schiedsgerichts prinzipiell bereits im Schiedsverfahren gerügt worden sein (§ 592 Abs 2 ZPO)⁷⁹ und „schlägt“ diese Rüge nach hL auch auf das Aufhebungsverfahren durch.⁸⁰ Dies hätte *in casu* sogar den Erfolg der Aufhebungsklage in Frage gestellt, weil zwischen den Parteien strittig war, ob die Aufhebungsklägerin im Schiedsverfahren eine hinreichende Rüge erhoben hatte.

Bei näherer Betrachtung hätte mE aber auch die konsequenterweise anzunehmende Ausprägung der Nichtigkeit unabhängig von einer rechtzeitigen Rüge von Amts wegen aufgegriffen werden müssen. Hält man die Schiedsvereinbarung nämlich zum Schutz des rechtlichen Gehörs der nicht hinreichend am späteren Schiedsverfahren beteiligten Gesellschafter für nichtig, so muss diese Nichtigkeit eine absolute sein, weil sie gerade über die Interessen der Streitparteien hinausgeht.⁸¹ Das gilt umso mehr, als man mit dem BGH⁸² auch den Schutz von Grundprinzipien der Rechtsstaatlichkeit vor Augen hat. Ist die Schiedsvereinbarung aber zum Schutz „überparteilicher Interessen“ absolut nichtig, so wäre es unhaltbar, die Nichtigkeit von einer vorherigen Rüge durch die Parteien abhängig zu machen. Andernfalls hätten es die Parteien des Schiedsverfahrens in der Hand, den bezweckten zwingenden Schutz uneteiligter Dritter durch unterlassene Rüge ohne weiteres auszuhebeln.⁸³

Eine absolute Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung ist im Schiedsverfahren also ebenso von Amts wegen wahrzunehmen, wie dies für alle Fälle absoluter Nichtigkeit im Zivilprozess anerkannt ist.⁸⁴ Methodisch bietet sich dafür eine analoge Anwendung von § 611 Abs 3 ZPO an, jedenfalls aber eine teleologische Reduktion des Rückforderungsanspruchs in § 592 Abs 2 ZPO. Auch im gegenständlichen Streitfall zu 18 OCg 3/22y hätte sich somit richtigerweise kein anderes Ergebnis ergeben, wenn der OGH iS der Lösung des BGH den Aufhebungsklagegrund des § 611 Abs 2 Z 1 ZPO herangezogen hätte.

iv) Verstoß gegen materiellen *ordre public* gem § 611 Abs 2 Z 8 ZPO

Überhaupt vorzugswürdig ist mE ein anderer Weg. Die Annahme einer Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung erscheint nämlich in der Sache zu streng, wenn darin zwar keine entsprechende Vorsorge für eine Partizipation aller Gesellschafter getroffen wurde, den Gesellschaftern aber tatsächlich die effektive und rechtzeitige Möglichkeit eingeräumt wurde, sich an der Schiedsrichterbestellung (und am weiteren Verfahren) zu beteiligen.⁸⁵

War dies hingegen nicht der Fall, fehlt das rechtliche Gehör als Grundvoraussetzung der Bindung der „übergangenen“ Gesellschafter; eine Rechtskrafterstreckung wäre in diesem Fall in der Tat mit fundamentalen Garantien eines fairen Verfahrens unvereinbar. Folglich droht das „Horrorzenario“ einer nur Teile der Gesellschafter bindenden Entscheidung über die Wirksamkeit eines Beschlusses. Indem der (klagsstattgebende) Schiedsspruch sohin eine rechtliche Ausgangslage dafür schaffen würde, dass der Beschluss zugleich wirksam und unwirksam sein kann, verstößt er mE gegen den materiellrechtlichen *ordre public* (§ 611 Abs 2 Z 8 ZPO).⁸⁶ Am

oder der beklagte Gesellschafter im Schiedsverfahren eine entsprechende Rüge erhoben haben, in einer Aufhebungsklage relevant werden können. Ansonsten könnten die Gesellschafter, ihre Organe bzw ihre Gesellschafter diesen zwingenden Schutzmechanismus durch rügelose Einlassung ins Schiedsverfahren ins Leere laufen lassen und den Verstoß gegen § 82 GmbHG dadurch ohne weiteres „sanieren“.

⁷⁸ 18 OCg 3/22y Rz 81.

⁷⁹ *Lovrek/Musger* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Schiedsrecht Rz 16.33.

⁸⁰ *Lovrek/Musger* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Schiedsrecht Rz 16.21; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny IV/23* § 611 ZPO Rz 93.

⁸¹ Vgl allgemein zur Abgrenzung absoluter und relativer Nichtigkeit auf Tatbestands- und Rechtsfolgenebene *Trenker*, Parteidisposition 174 ff.

⁸² II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (*DuVe/Keller*), Rz 10, 17, 23, 24; I ZB 23/16 SchiedsVZ 2017, 194, Rz 26.

⁸³ Die Notwendigkeit einer von Amts wegen aufzugreifenden Nichtigkeit möge folgendes Parallelbeispiel verdeutlichen: Verstößt eine Schiedsvereinbarung zwischen einem Gesellschafter und seiner GmbH gegen das Verbot der Einlagenrückgewähr (zur Möglichkeit, dass eine Gerichtsstandsvereinbarung – für Schiedsvereinbarungen kann nichts anderes gelten, wenn man dieser (freilich überprüfungsbedürftigen) Judikatur folgt – gegen § 82 GmbHG verstößt: OGH 6 Ob 202/19b), so muss die daraus resultierende Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0117033; OGH 6 Ob 132/10w; 6 Ob 14/14y; 6 Ob 26/21y uva) im Interesse der Gläubiger unabhängig davon, ob die beklagte Gesellschaft

⁸⁴ *Krejci* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2014) § 879 ABGB Rz 511; *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} (2019) § 879 Rz 226; *Laimer* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Großkommentar zum ABGB – Klang³ (2022) § 879 Rz 212; *Trenker*, Parteidisposition 176 f je mwN.

⁸⁵ IdS sind die Ausführungen von *Trenker/Demetz*, wbl 2013, 1 (5f) zu verstehen, wonach eine tatsächliche Anwendung von § 587 Abs 5 ZPO analog auch ohne vertragliche Vorkehrungen ausreichend sei; idS wohl auch *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (155); insoweit skeptisch *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 20.

⁸⁶ Die E 7 Ob 103/10p, in welcher vergleichbare Fragen der Rechtskrafterstreckung als bloß materiellrechtliche Probleme qualifiziert wurden, deren Fehlbeurteilung keine Aufhebung rechtfertigen würde, könnte gegen dieses Verständnis sprechen. Abgesehen davon, dass der exakte Streitgegenstand aus der Begründung für die Zurückweisung der aoRev nicht klar genug hervorgeht, um dies beurteilen zu können, betont der OGH selbst, dass es sich darin um ein syndikatsvertragliches Problem, also gerade nicht um die Anfechtung eines Beschlusses

konkreten Fall lässt sich das bestens veranschaulichen: Die Kapitalerhöhung wäre dann nämlich möglicherweise nur gegenüber Teilen der Gesellschaft wirksam, gegenüber anderen nicht⁸⁷ – *Schrödingers Katze* lässt grüßen. Es bedarf wohl keiner näheren Erklärung, warum ein solcher Schiedsspruch ein „Schlag ins Gesicht“ für die Einheit der Rechtsordnung wäre⁸⁸ und in die Rechtsordnung einen mit ihr völlig unvereinbaren Rechtsgedanken hineinbringen würde,⁸⁹ was diese Konstellation als klaren Anwendungsfall von § 611 Abs 2 Z 8 ZPO erweist.

Der Vorzug dieser Lösung bestünde also darin, dass nicht jede Schiedsvereinbarung, die keine Regelung für ein umfassendes Mitwirkungsprozedere aller Gesellschafter *ab initio* enthält, von vornherein eine untaugliche Grundlage eines Schiedsverfahrens wäre, sondern dieser „Mangel“ durch entsprechende faktische Handhabung im Einzelfall saniert werden könnte. Auch wäre dieser Weg zu beschreiten, wenn man mit guten Gründen davon ausginge, dass das Problem mangelnder Vorsorge in der Schiedsvereinbarung durch geltungserhaltende Interpretation bzw ergänzende Vertragsauslegung beseitigt werden kann (dazu noch C.2.). Rechtsfolgende ergäben sich indes kaum Unterschiede, weil die Aufhebung nach § 611 Abs 2 Z 8 ZPO ebenso von Amts wegen erfolgt (§ 611 Abs 3 ZPO) und von einer Rüge im Schiedsverfahren unabhängig ist.⁹⁰ Zuzugestehen ist aber, dass die Lösung des 18. Senats sowie jene des BGH, wonach die Mitwirkungs- und Beteiligungsrechte der Gesellschafter *ex ante* im Gesellschaftsvertrag verankert werden müssen,⁹¹ gewisse Vorteile im Hinblick auf die Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit bringt. In jedem Fall wird sich die Rechtspraxis auf diese Lösung einstellen müssen.

ses einer Kapitalgesellschaft handelt. Freilich: Ob ein Schiedsspruch in einem Verfahren zwischen einzelnen Syndikatsmitgliedern ohne Beteiligung aller übrigen, der die erfolgreiche Anfechtung eines syndikatsvertraglichen Beschlusses ausspricht, wirklich nicht durch einen Aufhebungsgrund des § 611 Abs 2 ZPO bedroht ist, erscheint mE zumindest überprüfungsbedürftig (sofern der OGH dies in 7 Ob 103/10p gemeint haben sollte). Ein mögliches Argument dafür wäre mE allenfalls, dass es sich beim Syndikat typischerweise um eine Innengesellschaft handelt, weshalb die Folgen miteinander unvereinbarer Entscheidungen eher tragbar erscheinen als bei einer Kapitalgesellschaft.

⁸⁷ Dagegen schon RG II 223/14 RGZ 85, 311 (dazu oben bei und in FN 6).

⁸⁸ Vgl. *Lovrek/Musger in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Schiedsrecht Rz 16.81.

⁸⁹ Vgl. idS *Hausmaninger in Fasching/Konecny IV/2³ § 611 ZPO* Rz 160.

⁹⁰ Vgl. *Hausmaninger in Fasching/Konecny IV/2³ § 611 ZPO* Rz 86; *Plavec in Kodek/Oberhammer*, ZPO-ON § 611 Rz 51; *Liebscher in Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht II Rz 11/112; zur fehlenden Rügepflicht für Verstöße gegen zwingende gesetzliche Vorschriften (§ 579 ZPO) s insb ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 6; *Hausmaninger*, aaO § 579 ZPO Rz 1.

⁹¹ 18 OCg 3/22y Rz 67.

C. Die Konsequenzen

1. „Reparaturbedarf“ gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln

Ausgehend von der Auffassung des OGH steht für die Rechtspraxis namentlich folgender Befund fest: Schiedsvereinbarungen von Kapitalgesellschaften (dazu sogleich 3.), die ohne weiteres sämtliche gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten einer Gesellschaft einbeziehen, sind nicht geeignet, ein Schiedsgericht auch für Beschlussmängelstreitigkeiten zuständig zu machen. Ob man dies darauf stützt, dass diese Materien auf Basis einer Schiedsvereinbarung ohne die notwendigen Kautelen nicht objektiv schiedsfähig sind, und/oder von der Nichtigkeit der Schiedsvereinbarung ausgeht, macht insofern keinen Unterschied. Geht man aber von der Nichtigkeit aus, so handelt es sich mE nur um Teilnichtigkeit. In Bezug auf andere gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten als Beschlussmängelstreitigkeiten (zumindest für solche, die keine allseitige Rechtskrafterstreckung voraussetzen) bleibt die Klausel weiterhin wirksam. Weder verlangt der Verbotszweck eine über das Beschlussmängelrecht hinausgehende Unwirksamkeit, noch dürfte Gesamtnichtigkeit dem hypothetischen Parteiwillen der Gesellschafter entsprechen.⁹²

Für die Praxis bedeutet dies jedenfalls erheblichen „Reparaturbedarf“, sofern die Gesellschafter weiterhin wünschen, auch Beschlussmängelstreitigkeiten vor einem Schiedsgericht auszutragen, was wegen der besonderen Sensibilität dieser Materien sehr gut denkbar bleibt. Ohne eine solche Anpassung des Gesellschaftsvertrags ist jedem anfechtungswilligen Gesellschafter dagegen zu raten, eine Beschlussanfechtungsklage trotz Schiedsklausel vor dem zuständigen staatlichen Gericht (§ 51 Abs 1 Z 6, § 92 c JN) einzubringen; dies nicht zuletzt im Hinblick auf allfällige Präklusivfristen, wie sie im Kapitalgesellschaftsrecht (§ 41 Abs 4 GmbHG; § 197 Abs 2 AktG) vorgesehen sind (zur Anwendung der Vorgaben von 18 OCg 3/22y auf Kapitalgesellschaften unten C.3.).

2. Ausweg: Geltungserhaltende Interpretation?

Ein möglicher Ausweg aus der Unwirksamkeit aller aktuellen Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen mit „herkömmlicher“ Formulierung könnte zwar in einer geltungserhaltenden Reduktion bzw einer ergänzenden Vertragsauslegung bestehen. Allerdings meint der 18. Senat pauschal, dass es ohne entsprechende Vorkehrungen betreffend die Schiedsrichterbestellung in der Schiedsvereinbarung an der objektiven Schiedsfähigkeit

⁹² Zu diesen beiden „Parametern“ bei der Abgrenzung zwischen Teil- und Gesamtnichtigkeit zutr *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 879 Rz 230; *Laimer in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 879 Rz 214.

mangele. Indem er eine mögliche „Geltungserhaltung“ der Klausel mit keinem Wort prüft, erteilt er dieser Alternative wohl implizit eine Absage. Dafür, dass das Höchstgericht diese Möglichkeit nicht bloß „übersehen“ haben dürfte, spricht nämlich, dass der BGH eine Sanierung durch ergänzende Vertragsauslegung sogar explizit ausgeschlossen hat: Denn eine ergänzende Vertragsauslegung sei unzulässig, wenn und weil mehrere Möglichkeiten zur Behebung des Mangels bestünden, aber kein Anhaltspunkt ersichtlich sei, welche Lösung die Gesellschaft gewählt hätten.⁹³ Für eine geltungserhaltende Reduktion, deren Abgrenzung zur ergänzenden Vertragsauslegung ohnedies umstritten ist,⁹⁴ dürfte konsequenterweise nichts anderes gelten.

Zweifelhaft ist freilich, ob die Grundprämisse des BGH zutrifft: Zu bedenken ist nämlich, dass es – wie noch zu zeigen sein wird (C.4.) – nur einen Weg gibt, die Vorgaben des OGH umzusetzen, ohne umfassendes „Begleitregelwerk“ zu implementieren, was für eine (ergänzende) Vertragsauslegung in der Tat zu weit ginge: Der/Die Schiedsrichter muss/müssen durch eine von den Parteien unabhängige neutrale Stelle bestellt werden. Da eine „Ersatzbestellung“ jedem Mehrparteischiedsverfahren immanent ist, sei es über einschlägige Regeln der jeweiligen Schiedsinstitution,⁹⁵ sei es über § 587 Abs 5 ZPO, kann den Gesellschaftern auch schwerlich unterstellt werden, sie hätten diese Lösung so keinesfalls gewollt.⁹⁶ Wenigstens bei großzügiger Anwendung der Auslegungsregel „*in favorem negotii*“ hätte man eine Schiedsvereinbarung deshalb im Wege der (ergänzenden) Interpretation durchaus dahingehend verstehen können, dass bei Beschlussmängelstreitigkeiten von vornherein nur der jeweils vorgesehene Modus zur „Ersatzbestellung“⁹⁷ zur Anwendung gelangt.⁹⁸ Denn dieses Ergebnis sollte für redliche und vernünftige Gesellschafter doch fast schon zwingend vorzugswürdig gegenüber der Alternative sein, dass die Schiedsklausel für Beschlussmängelstreitigkeiten nicht gilt. Diese Lösung wäre mE auch unabhängig davon gangbar, ob man den Gesellschaftsvertrag streng nach § 914 ABGB interpretiert, wie dies bei Personengesellschaften herrschend ist,⁹⁹ oder ihn nach objektiven Ge-

sichtspunkten auslegt, wie dies jedenfalls der OGH für Kapitalgesellschaften vertritt.¹⁰⁰

Aber nochmals: Der 18. Senat des OGH hat diese Alternative nicht einmal angedacht, der BGH sogar ausdrücklich verworfen. Es erschiene daher mehr als kühn, auf Grundlage einer unveränderten Schiedsklausel einen Beschlussmängelstreit vor einem Schiedsgericht durchzuführen und auf eine wohlwollende geltungserhaltende Interpretation des Höchstgerichts zu hoffen. Dementsprechend sollten Vertragsgestalter eher davon ausgehen, dass eine Neufassung bestehender Schiedsvereinbarungen in Gesellschaftsverträgen unerlässlich bleibt, wenn man Beschlussmängelstreitigkeiten weiterhin miterfassen will. Diesen „Reparaturbedarf“ gilt es im Folgenden im Detail auszuloten.

3. Reichweite des „Reparaturbedarfs“: erfasste Gesellschaften

Was die Reichweite des „Reparaturbedarfs“ betrifft, ist in erster Linie zu klären, ob und inwieweit die zentralen Aussagen der E 18 OCg 3/22y auf andere Gesellschaftsformen übertragbar sind. *In casu* wurde ja nur geklärt, dass das kapitalgesellschaftsrechtliche System, wonach die Passivlegitimation bei der Gesellschaft liegt, höchstens (und auch das nur, wenn man dies überhaupt, also auch für das staatliche Verfahren, für zulässig erachtet [dazu oben B.2.a]) dann auf Personengesellschaften übertragen werden kann, wenn in der Schiedsvereinbarung entsprechende Mitwirkungsrechte aller Gesellschafter vorgesehen sind.

Wie die Judikatur des BGH zeigt, die ja zunächst zu Beschlussmängelstreitigkeiten bei einer GmbH ergangen ist,¹⁰¹ kann bei Kapitalgesellschaften aber (erst recht) nichts anderes gelten. Das Problem hat sogar – wie eingangs gezeigt worden sein sollte (A.3.) – im Kapitalgesellschaftsrecht seinen unmittelbaren Anwendungsbereich, weil die Passivlegitimation der Gesellschaft unter bloßer (nachträglicher) Beteiligungsmöglichkeit der eigentlich beschlussfassenden Gesellschafter dort kraft Gesetzes vorgegeben ist. Auch das ganz überwiegende Schrifttum, welches vor 18 OCg 3/22y eine Partizipationsmöglichkeit aller Gesellschafter bei der Schiedsrichterbestellung gefordert hat,¹⁰² bezieht sich primär auf das Recht der Kapitalgesellschaften, mag dies auch häufig nicht explizit dargelegt worden sein.

⁹³ BGH II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller), Rz 36.

⁹⁴ Vgl nur OGH 7 Ob 11/14 i mwN; Heiß in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} (2017) § 914 Rz 78/0/2.

⁹⁵ Dazu instruktiv Hausmaninger in Fasching/Konecny IV/2³ § 587 ZPO Rz 50.

⁹⁶ Vgl zu dieser Schranke Vonkilch in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, ABGB³ (Klang) (2001) § 914 Rz 172.

⁹⁷ Bei Vereinbarung einer Schiedsinstitution wären das die einschlägigen Regeln der jeweiligen Schiedsordnung, bei Ad-hoc-Gerichten § 587 Abs 5 ZPO (vgl idS bereits Trenker/Demetz, wbl 2013, 1 [5f]).

⁹⁸ Die Benennung eines Schiedsrichters in der Schiedsklage wäre in Folge dieser Auslegung vertragswidrig und folglich gem § 587 Abs 1 ZPO unwirksam.

⁹⁹ OGH 3 Ob 2135/96 h; 4 Ob 229/07 s; Heiß in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 914 Rz 24.

¹⁰⁰ 1 Ob 61/97 w; 2 Ob 51/05 x; 10 Ob 3/06 y; 6 Ob 135/12 i; 2 Ob 117/13 i; RIS-Justiz RS0008813; RS0008834; vgl auch RS0108891.

¹⁰¹ II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller).

¹⁰² Oben A.3. in FN 28.

Sowohl bei einer GmbH, einer FlexCo als auch bei einer AG¹⁰³ muss daher in der Schiedsvereinbarung sichergestellt werden, dass sich alle Gesellschafter effektiv an der Schiedsrichterbestellung beteiligen können. Dass dies gerade bei einer Publikums-AG besonders unpraktikabel erscheint, ändert nichts daran, dass das Ausgangsproblem im Aktienrecht identisch ist wie bei einer GmbH.

4. Notwendige Vorkehrungen in der Schiedsklausel

a) Problemstellung

Als eigentliche Gretchenfrage für die Praxis bleibt nunmehr, wie die geforderten Kautelen in der gesellschaftsvertraglichen Schiedsvereinbarung inhaltlich ausgestaltet sind. Der 18. Senat stellt immerhin klar, dass alle Gesellschafter so zeitgerecht in das Schiedsverfahren einzubeziehen sind, dass sie sich an der Auswahl der Schiedsrichter und der Konstituierung des Schiedsgerichts beteiligen können. Die Gesellschafter müssen „in ausreichendem Maß und rechtzeitig in das Schiedsverfahren eingebunden werden“.¹⁰⁴ Abgesehen von der Frage, was Letzteres im Detail bedeutet, ist es beileibe keine einfache Übung, dieses Mitwirkungsrecht kautelarjuristisch sicherzustellen.

Kalss¹⁰⁵ hat bereits darauf hingewiesen, dass das Deutsche Institut für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) in Anhang 5 ihrer Schiedsgerichtsordnung 2018 „Ergänzende Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten“ („DIS-ERGeS“) formuliert hat.¹⁰⁶ Diese Regeln sind als offensichtliche Reaktion auf die vom BGH formulierten und vom OGH nunmehr nachvollzogenen Vorgaben zur Beteiligungsmöglichkeit aller Gesellschafter zu verstehen. Sie können deshalb auch im Folgenden als „Diskussionsgrundlage“ für die notwendigen vertraglichen Vorkehrungen dienen.

b) Rechtzeitige Information aller Gesellschafter

Die erste große Hürde besteht dabei darin, wie alle Gesellschafter noch vor der Schiedsrichterbestellung über den Rechtsstreit informiert und zur Beteiligung aufgefordert werden können. Art 2.2 DIS-ERGeS setzt darauf, dass der Kläger in der Schiedsklage die Namen und Adressen aller Gesellschafter, die nicht als Partei fungie-

ren, aber von einer Rechtskrafterstreckung erfasst sein könnten, als „Betroffene“ bekannt zu geben hat; zusätzlich kann auch der/die Beklagte binnen eines Monats ab Übermittlung der Schiedsklage Betroffene namhaft machen (Art 3.2 DIS-ERGeS).

Wichtiger als dieser Mechanismus ist mE, im Gesellschaftsvertrag vorzusehen, dass die zuständigen organ-schaftlichen Vertreter die Schiedsklage allen Gesellschaftern übermitteln oder sie zumindest – mit der Möglichkeit zur Einsichtnahme – hierüber informieren müssen. Richtigerweise folgt diese Informationspflicht freilich schon aus dem Gesetz: Namentlich verpflichtet § 197 Abs 5 AktG den Vorstand der AG sogar zur öffentlichen Bekanntmachung der Erhebung der Klage gem § 18 AktG. In der GmbH wird – zumindest in sinn-gemäßer Anwendung dieser Norm – eine Verständigungspflicht der Geschäftsführer befürwortet,¹⁰⁷ was wegen § 38 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2, § 40 Abs 2 GmbHG darauf hinausläuft, dass alle Gesellschafter mittels rekommandierten Schreibens zu verständigen sind.¹⁰⁸ Auch wenn dies richtigerweise sowohl bei der AG als auch der GmbH (und konsequenterweise auch bei vertraglicher Übernahme des GmbH-rechtlichen Anfechtungsregimes in einer OG/KG) nicht nur für eine Klage vor einem staatlichen Gericht, sondern auch vor einem Schiedsgericht gilt,¹⁰⁹ sollte dies unbedingt in der gesellschaftsvertraglichen Schiedsklausel angeordnet werden (insb bei der GmbH, wo es keine unmittelbar einschlägige gesetzliche Grundlage gibt), um keinen Zweifel an der Umsetzung der in 18 OCg 3/22y postulierten Vorgaben aufkommen zu lassen.

Die Annahme einer individuellen Verständigungspflicht, wie sie für die Geschäftsführer einer GmbH bejaht wird, kann eine rechtzeitige Verständigung allerdings nie mit letzter Sicherheit sicherstellen. Abgesehen davon, dass die Geschäftsführer diese Pflicht im Einzelfall missachten könnten, bleibt denkbar, dass ihnen Gesellschafter oder deren aktuelle Adresse unbekannt sind oder ein Fehler bei der Zustellung des rekommandierten Schreibens passiert. Das GmbHG trägt diesen Risiken bei der Einberufung der Gesellschafterversammlung Rechnung, indem sich wegen § 78 GmbHG kein nicht im Fir-

¹⁰³ Die Verbreitung von Schiedsklauseln in Satzungen von AGs dürfte allerdings ohnedies begrenzt sein, vgl Reich-Rohrwig, Analyse der Satzungen von Aktiengesellschaften in Österreich, in *Schuhmacher/Stockenhuber/Straube/Torggler/Zib*, FS für Josef Aicher (2012) 605 (624); Rüdfler/Seper in *Czernich/Rüdfler*, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht 19 (30).

¹⁰⁴ 18 OCg 3/22y Rz 66.

¹⁰⁵ GesRZ 2023, 141 (147).

¹⁰⁶ Abrufbar unter <https://www.disarb.org/werkzeuge-und-tools/dis-regeln> (abgerufen am 24. 5. 2024). Dazu näher Borris, Die „Ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten“ der DIS („DIS-ERGeS“), *SchiedsVZ* 2009, 299.

¹⁰⁷ Thöni, Drittschutz im aktien-, GmbH-rechtlichen Beschlussanfechtungsprozeß, *GesRZ* 1994, 55 (59); *Koppensteiner/Rüdfler*, *GmbHG*³ § 42 Rz 11; *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, *GmbHG* (51. Lfg, 2013) § 42 Rz 9; *Linder in FAH*, *GmbHG*² § 41 Rz 122, § 42 Rz 36; vgl auch *Enzinger in WK GmbHG* § 42 Rz 20, der mit unrichtiger Berufung auf *Koppensteiner/Rüdfler* von einer Pflicht zur Streitverkündung ausgeht.

¹⁰⁸ *IdS Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler*, *GmbHG* § 42 Rz 9, die von vornherein eine Analogie zu § 40 GmbHG befürworten.

¹⁰⁹ *Thöni*, wbl 1994, 298 (300); *Reiner*, *GesRZ* 2007, 151 (156); *Auer in Kalss/Rüdfler*, Satzungs-gestaltung 123 (129 f); *Trenker/Demetz*, wbl 2013, 1 (5); *Harrer in Gruber/Harrer*, *GmbHG*² §§ 41, 42 Rz 162; *Eckert/Schopper in Eckert/Schopper*, *AktG-ON*¹⁰⁰ § 197 Rz 20; vgl auch *Rüdfler/Seper in Czernich/Rüdfler*, *Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht* 19 (30).

menbuch eingetragener Gesellschafter auf die mangelhafte Zustellung berufen kann;¹¹⁰ auch ist anerkannt, dass nach § 38 Abs 1 Satz 1 Halbsatz 2 GmbHG stets nur an die der Gesellschaft zuletzt bekannt gegebene Adresse „zuzustellen“ ist¹¹¹ und der Nachweis eines rekommandierten Schreibens (unabhängig vom tatsächlichen Zugang) ausreicht.¹¹² Es spricht mE viel dafür, diese Grundsätze, zumal wenn sie in der Schiedsvereinbarung ausdrücklich verankert sind, ebenso auf die gegenständlich interessierende Information über eine erhobene (Schieds-)Klage anzuwenden. Dagegen ließe sich jedoch einwenden, dass die Information aller Gesellschafter über die Einbringung der Beschlussmängelklage funktional eher einer prozessordnungskonformen Zustellung der Klage oder Streitverkündung entspricht als die Einberufung einer Gesellschafterversammlung und hierfür deshalb strengere Grundsätze gelten.

Schon diese Zweifel an den gesetzlichen „Sanierungsmöglichkeiten“ einer fehlerhaften individuellen Information erweisen die öffentliche Bekanntmachung mE als die grundsätzlich vorzugswürdige Lösung. Denn auch bei der GmbH muss eine vereinbarte öffentliche Bekanntmachung in der vertraglich vorgesehenen Form (zB in der „Wiener Zeitung“ [§ 18 AktG]) ausreichen.¹¹³ Immerhin wird dieser Weg für die AG sogar *ex lege* vorgegeben und ist eine Zustellung durch öffentliche Bekanntmachung auch dem prozessualen Zustellregime nicht gänzlich fremd (§ 115 ZPO; § 25 ZustellG). Diese Gestaltung hat den offensichtlichen Vorteil, dass sie – anders als eine individuelle Zustellung – unabhängig von individuellen Begebenheiten eine ausreichende allseitige Information sicherstellt. Nach einer gesellschaftsvertraglich angeordneten Veröffentlichung in der hierfür vorgesehenen Weise kann sich nämlich kein (!) Gesellschafter mehr darauf berufen, er wäre nicht rechtzeitig verständigt worden, um sich an der Konstituierung des Schiedsgerichts zu beteiligen.

Gegen die vertragliche Übernahme der Veröffentlichungspflicht iSd § 197 Abs 5 AktG könnte man zwar einwenden, dass dadurch eines der zentralen Motive beeinträchtigt würde, aufgrund derer überhaupt ein Interesse am Abschluss einer Schiedsvereinbarung besteht, nämlich das Geheimhaltungsinteresse der Gesellschafter. Dieses Übel, das *per se* nicht überbewertet werden sollte, weil ja keine wesentlichen Verfahrensdetails veröffentlicht werden müssen, mutet aber als geringes Opfer an, wenn man sich demgegenüber die

möglichen Konsequenzen eines Fehlers bei der individuellen Zustellung vor Augen führt: Wenngleich mE eher davon auszugehen ist, dass der OGH in 18 OCg 3/22y „nur“ verlangt, dass die Schiedsvereinbarung prinzipiell geeignete Vorkehrungen zur Verständigung aller Gesellschafter trifft, um die objektive Schiedsfähigkeit bzw eine gesetzeskonforme Schiedsvereinbarung zu bejahen,¹¹⁴ müsste man einem nicht rechtzeitig verständigten Gesellschafter konsequenterweise dennoch die Möglichkeit geben, sich nachträglich gegen den Schiedsspruch zur Wehr zu setzen, zumal dessen Rechtskraft auch ihn binden soll.¹¹⁵ Mit einer wohl als herrschend zu bezeichnenden Auffassung wäre ihm als – potentiell – streitgenössischen Nebenintervenienten die Legitimation zur Aufhebungsklage zuzubilligen.¹¹⁶ Einschlägiger Aufhebungsklagegrund wäre § 611 Abs 2 Z 2 ZPO, weil der übergangene Gesellschafter an eine Entscheidung gebunden sein soll, die in einem Verfahren erlassen wurde, in welchem er keine ausreichenden Parteirechte hatte.¹¹⁷

Da die Frist des § 611 Abs 4 Satz 1 ZPO zudem wohl erst mit Zustellung an den übergangenen Gesellschafter beginnen könnte,¹¹⁸ stünde der Schiedsspruch also dauerhaft unter dem „Damokles-Schwert“ einer mögli-

¹¹⁴ AA für Deutschland *Borris*, *SchiedsVZ* 2009, 299 (309).

¹¹⁵ Insoweit ist die Feststellung, eine Berechtigung zur Aufhebung des Schiedsspruchs erübrige sich (*Deixler-Hübner/Meisinger* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, *Schiedsrecht* Rz 8.147), mE abzulehnen. Sofern die Schiedsvereinbarung ausreichende Kautelen vorsieht, ist der Schiedsspruch auch dem übergangenen Gesellschafter gegenüber wirksam, bis er die Aufhebungsklage erhebt. Eine andere, wohl zu bejahende Frage ist, ob auch die Parteien des Schiedsverfahrens dieses erfolgreich mit der Begründung bekämpfen können, der Schiedsspruch entfalte keine umfassende Rechtskrafterstreckung, weshalb er gegen den materiellen *ordre public* verstoße (oben B.2.b)(iv)) oder weshalb es ihm – iS der Lösung des OGH – sogar an der objektiven Schiedsfähigkeit mangle (so in der Tat für Deutschland *Borris*, *SchiedsVZ* 2009, 299 [309]).

¹¹⁶ Vgl OGH 7 Ob 221/98 w; *Thöni*, wbl 1994, 298 (300); *Liebscher* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, *Schiedsverfahrensrecht* II Rz 11/57 f; *Deixler-Hübner/Meisinger* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, *Schiedsrecht* Rz 8.146; wohl nur referierend *Platte* in *Riegler et al*, *Arbitration Law Section* 587 Rz 46; *Zeiler*, *Schiedsverfahren*² § 582 Rz 48; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny IV/2*³ § 611 ZPO Rz 190; *Lovrek/Musger* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, *Schiedsrecht* Rz 11.57 f. Der bisweilen als Vertreter der Gegenansicht angeführte *Oberhammer* (OHG 137 f mit FN 54) nimmt zum gegenständlichen Problemkomplex mE nicht Stellung.

¹¹⁷ IdS zu § 595 Abs 1 Z 2 ZPO aF OGH 7 Ob 221/98 w; *Thöni*, wbl 1994, 298 (300).

¹¹⁸ Ebenso für die GmbH (anders freilich für die AG) *Lovrek/Musger* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, *Schiedsrecht* Rz 16.98 FN 3584. Vgl ferner sogar zum einfachen Nebenintervenienten, wenn auch im staatlichen Verfahren, OGH 1 Ob 145/02 h (verst Senat); 9 ObA 188/02 s; 3 Ob 102/05 d; 5 Ob 61/22 i; RIS-Justiz RS0117093. Dort ist allerdings anerkannt, dass der Nebenintervenient nach Ablauf der Rechtsmittelfrist gegenüber der Hauptpartei kein Rechtsmittel mehr erheben kann, s OGH 3 Ob 45/11 f; 10 ObS 28/12 h. Auf den streitgenössischen Nebenintervenienten lässt sich das aber mE nicht übertragen.

¹¹⁰ *Harrer* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 38 Rz 5; *Aburumieh/Arlt/Gruber* in *FAH*, *GmbHG*² § 38 Rz 16.

¹¹¹ *Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler* in *U. Torggler*, *GmbHG* § 38 Rz 3; *Harrer* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 38 Rz 6; *Aburumieh/Arlt/Gruber* in *FAH*, *GmbHG*² § 38 Rz 5.

¹¹² *Harrer* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 38 Rz 11; implizit wohl auch *Aburumieh/Arlt/Gruber* in *FAH*, *GmbHG*² § 38 Rz 1.

¹¹³ Dass die Vereinbarung öffentlicher Bekanntmachung auch bei der GmbH möglich ist, ist anerkannt, so zB *Harrer* in *Gruber/Harrer*, *GmbHG*² § 38 Rz 10.

chen Aufhebung, sofern nicht letzte Gewissheit darüber besteht, dass alle Gesellschafter rechtzeitig und ordnungsgemäß über die Klagserhebung informiert wurden. Es sollte daher oberste Priorität haben, dieses Risiko um jeden Preis auszuschließen, was durch die Vereinbarung (und tatsächliche Vornahme) einer öffentlichen Bekanntmachung möglich scheint.

c) Beitrittsmöglichkeit aller Gesellschafter

Dass alle Gesellschafter rechtzeitig und ordnungsgemäß über die Einbringung der Beschlussmängelklage informiert werden, hat den Zweck, dass sie sich anschließend am Verfahren beteiligen können. Auch dieses Beitrittsprozedere sollte folglich in der Schiedsvereinbarung geregelt werden.

Nach Art 3.2 DIS-ERGeS können alle Gesellschafter binnen eines Monats nach Übermittlung der Schiedsklage gegenüber der DIS erklären, ob sie dem Verfahren beitreten wollen und bejahendenfalls, ob sie dies auf Kläger- oder Beklagtenseite tun wollen. Die DIS-ERGeS sehen dabei eine Möglichkeit zur Beteiligung als Partei oder als streitgenössischer Nebenintervenient vor (Art 2.1). Zumindest im österr. Recht ist Letzteres im Hinblick auf den Dispositionsgrundsatz (der Kläger bestimmt die Parteien!) vorzugswürdig. Da sich die prozessuale Rechtsstellung des streitgenössischen Nebenintervenienten inhaltlich ohnehin nicht von der einer Partei unterscheidet,¹¹⁹ ist dieses Problem aber wohl primär akademischer Natur.

Wichtiger scheint es, eine Regelung zu treffen, wie der Beitritt formal vollzogen/bestätigt wird. Inhaltlich ist kein rechtliches Interesse (§ 17 Abs 2 ZPO) erforderlich,¹²⁰ sondern lediglich, dass der Beitrittswillige tatsächlich Gesellschafter ist, was sich grundsätzlich aus dem Firmenbuch ergibt.¹²¹ Dennoch sollte der erfolgreiche Beitritt durch die Schiedsinstitution formal bestätigt werden. Schwieriger ist die Rechtslage, wenn ein *Ad-hoc*-Gericht zusammentreten soll. Diesfalls bietet sich die Regelung an, dass der Beitrittsschriftsatz an beide Parteien gerichtet werden muss und der Beitritt mit

dem Nachweis eines rekommandierten Schreibens (zumindest vorerst¹²²) als bewirkt gilt (vgl. § 18 Abs 1 ZPO).

d) Prozedere der Schiedsrichterbestellung

Werden alle Gesellschafter, sei es individuell, sei es durch öffentliche Bekanntmachung, rechtzeitig und ordnungsgemäß über die Einbringung der Beschlussmängelklage informiert, ist noch zu klären, auf welche Weise sichergestellt werden kann, dass sie sich in ausreichendem Maß bei der Konstitution des Schiedsgerichts einbringen können, um ihre Rechte und Interessen angemessen wahrnehmen zu können.¹²³

Für den Fall eines Schiedsgerichts mit drei Schiedsrichtern sieht Art 8.2 DIS-ERGeS vor, dass in der Schiedsklage kein Schiedsrichter benannt werden muss, sondern beide Parteien innerhalb eines Monats einen beisitzenden Schiedsrichter bekannt zu geben haben. Sollte im Falle mehrerer Parteien oder (streitgenössischer) Nebenintervenienten keine fristgerechte gemeinsame Benennung von einer der beiden Seiten möglich sein, so wählt der DIS-Ernennungsausschuss beide (!) beisitzenden Schiedsrichter nach dem hierfür allgemein vorgesehenen Prozedere aus (Art 8.3 DIS-ERGeS). Ist von vornherein nur ein Einzelschiedsrichter vereinbart, so müssen sich die Parteien gemeinsam – inklusive sämtlicher beigetretener Parteien und Nebenintervenienten – innerhalb eines Monats auf diesen einigen (Art 7.1 DIS-ERGeS), andernfalls der Schiedsrichter ebenfalls vom DIS-Ernennungsausschuss bestellt wird (Art 7.3 DIS-ERGeS).

Eine derartige Gestaltung sollte mE jedenfalls mit den Anforderungen des OGH kompatibel sein. Zum praktisch besonders bedeutsamen Bestellungsprozedere eines Drei-Richter-Senats seien allerdings noch einige Gedanken erlaubt: Aus Gründen der Waffengleichheit ist die skizzierte Lösung von Art 8.3 DIS-ERGeS aus Sicht jener Seite, die sich nicht auf „ihren“ beisitzenden Schiedsrichter einigen kann, „großzügig“. Die mangelnde Einigung führt nämlich dazu, dass auch die Gegenseite ihres Ernennungsrechts verlustig geht und beide Schiedsrichter von einer neutralen Stelle ernannt werden. Wenngleich diese Lösung durchaus im internationalen Trend liegt, ist zu beachten, dass § 587 Abs 5 ZPO und Art 18.4 Wiener Regeln für gewöhnliche Mehrparteienverfahren eine „Ersatzbesetzung“ nur für den von der säumigen Partei auszuwählenden Richter vorsehen.¹²⁴ Schon das legt nahe, dass auch eine derartige Vertragsgestaltung – entgegen bisweilen geäußerten Bedenken¹²⁵ – schwerlich

¹¹⁹ So konkret zu § 42 Abs 5 GmbHG OGH 7 Ob 681/89; RIS-Justiz RS0036021; allgemein *Schneider in Fasching/Konecny II/13* § 20 ZPO Rz 21 ff; *Fucik in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 17 Rz 3; im konkreten Kontext zB *Eckert/Schopper in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 32.

¹²⁰ Der Beitritt eines Gesellschafters zum Beschlussmängelstreit setzt nach einhelliger Ansicht keinen Nachweis eines rechtlichen Interesses voraus, s zB *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 42 Rz 11; *Fucik in Rechberger/Klicka*, ZPO⁵ § 18 Rz 5; *Eckert/Schopper in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 30; *Linder in FAH*, GmbHG² § 42 Rz 35.

¹²¹ Behauptet der Gesellschafter trotz mangelnder Eintragung im Firmenbuch Gesellschafter zu sein, bietet es sich an, ihn vorläufig dennoch als streitgenössischen Nebenintervenient zuzulassen und seine Behauptung erst nach Konstitution des Schiedsgerichts von diesem überprüfen zu lassen. Wird der Beitritt von vornherein abgelehnt, geschieht dies auf Gefahr der Schiedsparteien, die damit abermals eine erfolgreiche Aufhebungslage riskieren.

¹²² Vgl. FN 121.

¹²³ OGH 18 OCg 3/22y Rz 66.

¹²⁴ Zum Ganzen auf *Hausmaninger in Fasching/Konecny IV/23* § 587 ZPO Rz 48 ff, 170.

¹²⁵ *Eckert/Schopper in Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 20. Auch die DIS erkannte offenbar Zweifel an der Zulässigkeit einer solchen Regelung für Deutschland, dazu *Borris*, SchiedsVZ 2009, 299 (308).

per se gegen den Grundsatz der Waffengleichheit verstoßen kann.¹²⁶ Eine dritte Gestaltungsmöglichkeit hat der BGH selbst ins Spiel gebracht: Es könne auch vorgesehen werden, dass sich mehrere Personen auf Kläger- oder Beklagtenseite durch Mehrheitsbeschluss auf „ihren“ Schiedsrichter einigen.¹²⁷

Bei allen drei skizzierten Varianten ist schließlich zu fragen, ob die Schiedsvereinbarung auch ein Prozedere regeln muss, wie die mögliche Einigung auf einen Schiedsrichter zu erzielen ist. Ist für die Schiedsrichterbestellung ein Mehrheitsbeschluss vorgesehen, dürfte dies unerlässlich sein. Aber auch sonst gilt es zu bedenken, dass die bloße Anordnung einer notwendigen Einigung aller betroffenen Personen zwar auf ein „Veto-Recht“ jedes Einzelnen hinausläuft. Ohne verfahrensrechtliche Regelung bleibt aber erstens unklar, wie dieses Veto ausgeübt werden kann/muss. Zweitens dürfte die vom OGH geforderte Beteiligung „in ausreichendem Maß“¹²⁸ an der Schiedsrichterbestellung wohl einen – zumindest idealtypisch – konstruktiven Bestellungsprozess (und nicht eine bloße Veto-Möglichkeit) vor Augen haben, der nur durch verfahrensrechtliche Mindestvorgaben sichergestellt erscheint. Wenngleich dennoch Zweifel bleiben, ob das Höchstgericht wirklich derart weitreichende Vorgaben verlangen würde, sollte idealerweise zumindest Folgendes klargestellt werden: Sofern keine gemeinsame Erklärung aller Beteiligten auf Kläger- oder Beklagtenseite erfolgt, haben alle Beteiligten das Recht, binnen einer gewissen Frist ihren „Wunschschiedsrichter“ gegenüber der Schiedsinstitution (oder bei einem Ad-hoc-Gericht: gegenüber der Gegenpartei) zu benennen, und ist hieraus abzuleiten, ob die erforderliche Einstimmigkeit/Mehrheit erzielt wurde.

Eindeutig zu weit ginge hingegen die mögliche Schlussfolgerung aus 18 OCg 3/22y, dass auch alle Gesellschafter Parteien des Schiedsrichtervertrags sein müssten. Es genügt eine Mitwirkungsmöglichkeit aller Gesellschafter bei der grundsätzlichen Auswahl der Schiedsrichter, also dem eigentlichen Bestellungsakt.¹²⁹ Hingegen kann der Abschluss des Schiedsrichtervertrags als notwendiger Umsetzungsakt für diese Auswahl ohne weiteres den formellen Parteien des Schiedsverfahrens vorbehalten bleiben.¹³⁰

¹²⁶ So bereits Auer in *Kalss/Rüffler*, *Satzungsgestaltung* 123 (131); vgl auch Reiner, *GesRZ* 2007, 151 (155, allerdings wohl mit vorsichtigen Zweifeln in FN 49); Trenker/Demetz, *wbl* 2013, 1 (4f).

¹²⁷ BGH II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller), Rz 20; zust. *Wertenbruch* in *Fleischer/Goette*, *Münchener Kommentar zum GmbHG* II⁴ (2023) Anh § 47 Rz 502 mwN auch der (vereinzelt) Gegenansicht.

¹²⁸ 18 OCg 3/22y Rz 66.

¹²⁹ Vgl zur Unterscheidung vom Bestellungsakt und dem Schiedsrichtervertrag zB *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, *Schiedsverfahrensrecht* II Rz 14/1.

¹³⁰ Zu den Parteien des Schiedsrichtervertrags instruktiv *Bollenberger* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, *Schiedsverfahrensrecht* II Rz 14/10f.

e) Alternative: Schiedsrichterbestellung durch „neutrale Institution“

All diese diffizilen Detailprobleme lassen sich freilich vermeiden. Das Postulat des OGH, dass sich jeder Gesellschafter an der Bestellung der Schiedsrichter beteiligen können muss, ist nämlich zu weit formuliert. Namentlich überzeugt es nicht, wenn beide Parteien ihre Einflussnahme auf die Konstitution des Schiedsgerichts von vornherein aus der Hand geben. Werden der oder die Schiedsrichter nämlich durch eine gesellschaftsvertraglich festgelegte Institution oder Person bestellt, ist nicht ersichtlich, warum dies ausgerechnet gegenüber jenen Gesellschaftern, die keine formelle Parteistellung innehaben, sich aber *ab initio* als streitgenössische Nebenintervenienten beteiligen können, zu einem unfairen Verfahren iSd Art 6 MRK führen soll. Keine der Streitparteien hat diesfalls ja die Möglichkeit, die Schiedsrichterbestellung zu ihren Gunsten zu beeinflussen, sodass kein prozessuales Waffenungleichgewicht droht. Folgerichtig hat der BGH dementsprechend schon klargestellt: „Sämtliche Gesellschafter müssen an der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter mitwirken können, **sofern nicht die Auswahl durch eine neutrale Stelle erfolgt.**“¹³¹

Die Lösung einer Schiedsrichterbestellung durch eine neutrale Institution hat den großen Vorteil, dass sie keine weiteren flankierenden Maßnahmen betreffend die Schiedsrichterauswahl durch mehrere Streitparteien auf Kläger- oder Beklagtenseite erfordert (und sohin auch keine folgenschweren Fehler bei der Umsetzung der Vorgaben des OGH begangen werden können). Freilich wird erst die zukünftige Praxis zeigen, ob betroffene Gesellschafter bereit sind, ihr Einflussrecht auf die Schiedsrichterauswahl für diesen Vorteil an Rechtssicherheit aufzugeben.¹³²

f) Parteirechte bei nachträglichem Beitritt

Zur Klarstellung: All diese Kautelen betreffend die Mitwirkungsrechte an der Schiedsrichterbestellung ändern selbstverständlich nichts daran, dass jeder Gesellschafter auch im weiteren Verfahren die vollen Mitwirkungsrechte eines streitgenössischen Nebenintervenienten ausüben können muss. Andernfalls wäre eine Rechtskrafterstreckung auf ihn wiederum nicht zu rechtfertigen, womit abermals ein „gespaltenes Gesellschaftsverhältnis“ drohte.

Das muss im Grundsatz auch dann gelten, wenn sich ein Gesellschafter erst nach Konstitution des Schiedsverfahrens als streitgenössischer Nebenintervenient auf

¹³¹ II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller), Rz 20 (Hervorhebung durch den Verfasser). Die einschlägige Passage wird vom OGH in 18 OCg 3/22y Rz 48 zitiert, diese Alternative aber in weiterer Folge nicht mehr aufgegriffen.

¹³² Die DIS hat sich etwa bewusst dafür entschieden, der Mitwirkung der Parteien und Nebenintervenienten nach Möglichkeit den Vorzug zu geben, so *Borris*, *SchiedsVZ* 2009, 299 (304).

Kläger- oder Beklagtenseite beteiligen will.¹³³ Zu beachten ist lediglich, dass er das Verfahren in der jeweiligen Lage des Rechtsstreits akzeptieren muss, er also nicht mehr zulässigerweise monieren kann, dass er hinsichtlich bestimmter Verfahrenshandlungen wegen des verspäteten Beitritts präkludiert ist (natürlich nur: sofern er rechtzeitig und ordnungsgemäß informiert wurde). Das gilt insb für die unterlassene Mitwirkung an der Konstitution des Schiedsgerichts. Wenngleich sich all dies mE ohnehin aus dem Gesetz ergibt (§ 19 Abs 1 Satz 1 ZPO), empfiehlt es sich aus Vorsichtsgründen, insoweit ebenfalls entsprechende Regelungen in der Schiedsvereinbarung zu treffen. Art 4.3 DIS-ERGeS dürfte dafür ein taugliches Vorbild liefern.

g) Vermeidung mehrerer Schiedsverfahren mit divergierenden Entscheidungen

Unerwähnt ließ der 18. Senat des OGH schließlich eine andere Anforderung, welche der BGH bereits in der Entscheidung „Schiedsfähigkeit II“¹³⁴ an eine gesetzeskonforme Schiedsvereinbarung für einen Beschlussmängelstreit gestellt hat: Die Schiedsklausel müsse dafür sorgen, dass die Streitigkeit ausschließlich beim zuerst angerufenen Schiedsgericht konzentriert werde, indem entweder ein institutionelles Schiedsgericht exklusiv für zuständig erklärt oder zumindest vereinbart werde, dass die erste Verfahrenseinleitung „Sperrwirkung“ für weitere Klagen entfalte.¹³⁵

Hintergrund dieser Vorgabe ist erneut ein Vergleich mit der Rechtslage im Falle einer Beschlussmängelklage vor einem staatlichen Gericht: Derartige Klagen können erstens gem § 246 Abs 3 Satz 1 dAktG ausschließlich beim zuständigen Landgericht am Sitz der Gesellschaft eingebracht werden.¹³⁶ Zweitens sind mehrere Anfechtungsklagen gem § 246 Abs 3 letzter Satz dAktG zwingend zu verbinden.¹³⁷

Auch das österr Kapitalgesellschaftsrecht kennt vergleichbare Vorkehrungen: Gem § 42 Abs 2 GmbHG; § 197 Abs 1 AktG, deren Anordnung einer ausschließlichen Zuständigkeit im Einklang mit jener von § 83 b JN zu verstehen ist, besteht sogar eine Zwangszuständigkeit beim sachlich zuständigen Gerichtshof des satzungsmäßigen Sitzes der Kapitalgesellschaft.¹³⁸ Gem § 197 Abs 3, § 201 Abs 2 AktG sind mehrere Verfahren

zwingend zu verbinden und gilt auch das richtigerweise analog im Recht der GmbH (oben A.2. aE).¹³⁹

Naheliegenderweise könnte der OGH dem BGH deshalb auch dahingehend folgen, dass in Schiedsvereinbarungen für die gebotene Zuständigkeitskonzentration zu sorgen ist.¹⁴⁰ Deshalb empfiehlt es sich, im Zuge der nun iaR ohnedies erforderlichen Anpassung bestehender Schiedsvereinbarungen gleich eine Regelung zur Verfahrenskonzentration zu treffen: Art 9 DIS-ERGeS ordnet zu diesem Zweck vereinfacht dargestellt an, dass nach Eingang der ersten Schiedsklage die Durchführung eines zweiten Schiedsverfahrens „mit einem Streitgegenstand, über den gegenüber den jeweils beteiligten Parteien und Betroffenen nur einheitlich entschieden werden kann“, unzulässig sei; die nachfolgende Klage könne aber in einen Beitritt zum ersten Schiedsverfahren umgedeutet werden.

Eine verhältnismäßig einfache, aber mE ebenso hinreichende Alternative bestünde in der Vereinbarung einer zwingenden Verfahrensverbindung zugunsten des zuerst angerufenen Schiedsgerichts. Sowohl bei Wahl eines institutionellen als auch eines *ad hoc* einzurichtenden Schiedsgerichts muss jede (fristgerechte) Beschlussanfechtungsklage iwS,¹⁴¹ die nach Zustellung der ersten Schiedsklage an die beklagte Gesellschaft zulässigerweise erhoben wird, die also nicht bereits am Hindernis der Schiedsanhängigkeit scheitert (§ 584 Abs 3 ZPO),¹⁴² mit dieser verbunden werden.¹⁴³ Zu kurz dürfte es hingegen greifen, lediglich eine institutionelle Schiedsordnung zu vereinbaren, die eine Verfahrensverbindung bloß auf Antrag einer Partei vorsieht.¹⁴⁴ Zumindest wenig effizient erscheint mE außerdem eine bloße Unterbrechung später eingeleiteter Schiedsverfahren.¹⁴⁵

5. Modus der Änderung bestehender Schiedsklauseln

a) Keine Notwendigkeit allseitiger Zustimmung

Abschließend gilt es, den gebotenen Modus für die wohl iaR erforderliche Änderung bestehender Schiedsvereinbarungen zu untersuchen. Rsp und hL gehen mit

¹³³ Reiner, GesRZ 2007, 151 (156).

¹³⁴ II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller), Rz 24 f.

¹³⁵ BGH II ZR 255/08 NJW 2009, 1962 (Duve/Keller), Rz 24 f.

¹³⁶ Schäfer in Goette/Habersack/Kalss, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz IV⁵ (2021) § 246 Rz 71; Koch, Aktiengesetz¹⁸ (2024) § 246 Rz 37.

¹³⁷ Schäfer in MüKoAktG IV⁵ § 246 Rz 75; Drescher in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht⁶ (2024) § 246 AktG Rz 41.

¹³⁸ Im Ergebnis weitgehend unstrittig, zB Thöni, wbl 1994, 298 (299); Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 42 Rz 5; Mayr in Rechberger/Klicka, ZPO⁵ § 83 b JN Rz 3; Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 15 mwN.

¹³⁹ Trenker/Demetz, wbl 2013, 1 (4); Baumgartner/Mollnhuber/U. Torggler in U. Torggler, GmbHG § 42 Rz 5.

¹⁴⁰ Dagegen aber Trenker/Demetz, wbl 2013, 1 (4); Reich-Rohrwig in FS H. Torggler 985 (992).

¹⁴¹ Gemeint ist jede Klage, deren Streitgegenstand auf Feststellung der Nichtigkeit/Unwirksamkeit oder Anfechtung des Beschlusses gerichtet ist.

¹⁴² Insoweit ist schon zweifelhaft, ob die bloße Verschiedenheit des Anfechtungsklägers reicht, um einen neuen Streitgegenstand zu begründen, dafür Trenker/Demetz, wbl 2013, 1 (3 f) mwN der Gegenansicht.

¹⁴³ Vgl schon Trenker/Demetz, wbl 2013, 1 (5).

¹⁴⁴ Vgl dazu Koller/Wiedermann in Czernich/Rüffler, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht 109 (123 f).

¹⁴⁵ Auf diese Möglichkeit weisen Koller/Wiedermann in Czernich/Rüffler, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht 109 (123 f) hin.

Recht davon aus, dass die Einführung einer Schiedsvereinbarung nicht nur einen einstimmigen Beschluss,¹⁴⁶ sondern sogar die Zustimmung sämtlicher Gesellschafter erfordert.¹⁴⁷ Wenngleich der 6. Senat des OGH dies bislang nur für eine GmbH explizit bejaht hat und Folgerungen aus dieser Entscheidung insoweit erschwert werden, als sie keine Begründung für dieses Ergebnis angibt, gilt bei der AG¹⁴⁸ mE nichts anderes. Der mit dem Verzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit verbundene Eingriff in Art 6 MRK darf eben nicht ohne Zustimmung einzelner Gesellschafter vollzogen werden.¹⁴⁹

Diese Erwägung lässt sich jedoch nicht auf die gegenständig interessierende „Sanierung“ einer bereits zulässigerweise, also mit Zustimmung aller Gesellschafter vereinbarten Schiedsvereinbarung übertragen. Es ist ja davon auszugehen, dass Gesellschafter mit der Aufnahme einer umfassend formulierten Schiedsklausel in einem Gesellschaftsvertrag auch – um nicht zu sagen: gerade – Beschlussmängelstreitigkeiten der Kompetenz des Schiedsgerichts unterwerfen wollten. Dass der OGH daran nunmehr Anforderungen stellt, mit denen die Gesellschafter bzw ihre Vertragsgestalter nicht gerechnet haben, ändert die Interessenlage der Gesellschafter keineswegs derart, dass zur bloßen Umsetzung dieser Vorgaben eine neuerliche Zustimmung aller gefordert werden müsste. Ganz im Gegenteil: Die Kautelen des OGH sollen die Parteirechte der einzelnen Gesellschafter ja ausweiten, weshalb die Anpassung der Schiedsvereinbarung an diese Vorgaben im Hinblick Art 6 MRK keine Verschlechterung, sondern eine Verbesserung darstellt. Es gibt daher keinen Grund, für die „geltungserhaltende Modifikation“ der Schiedsvereinbarung ein erhöhtes Quorum zu verlangen; es gilt vielmehr das sonst gesetzlich (§ 146 Abs 1 AktG; § 50 Abs 1 GmbHG) oder gesellschaftsvertraglich vorgesehene Mehrheitsquorum. Dies entspricht auch der ganz hA in Deutschland.¹⁵⁰

¹⁴⁶ So allerdings *Reiner*, GesRZ 2007, 151 (161 ff); vgl auch OGH 6 Ob 84/14 t.

¹⁴⁷ OGH 6 Ob 104/17 p; RIS-Justiz RS0131908; *Thöni*, wbl 1994, 298 (300); *Thöni*, Rechtsfolgen fehlerhafter GmbH-Gesellschafterbeschlüsse (1998) 229; *Trenker/Demetz*, wbl 2013, 1 (3); *Kalss*, JBl 2015, 205 (211); *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG³ § 49 Rz 12; *Milchrahm/Rauter* in WK GmbHG (145. Lfg 2023) § 50 Rz 76/1; ebenso *Linder* in FAH, GmbHG² § 42 Rz 16, der dies allerdings mit Einstimmigkeit gleichsetzt.

¹⁴⁸ ZB *Eckert/Schopper* in *Eckert/Schopper*, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 20; ebenso *Pelinka* in *Napokoj/Foglar-Deinhardstein/Pelinka*, AktG Praxiskommentar § 197 Rz 2; *Diregger* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG II³ § 197 Rz 19, die aber Einstimmigkeit mit alleseitiger Zustimmung gleichsetzen.

¹⁴⁹ Die Argumentation *Rohmanns* (wbl 2020, 66 [69 ff]), wonach der Verbleib in der Gesellschaft als konkludente Zustimmung zur Einführung der Schiedsklausel zu werten sei, mag zwar möglicherweise bei isolierter Betrachtung von Art 6 MRK und der einschlägigen Rsp des EGMR zutreffen, steht aber in Konflikt mit Grundwertungen der österr Rechtsgeschäftslehre.

¹⁵⁰ *Asmussen*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelkonflikten in Körperschaften (2008) 107; *Nietsch*, Schiedsfähigkeit von Be-

b) Zustimmungspflicht qua Treuepflicht

Mehr noch: Aus der Treuepflicht der Gesellschafter wird regelmäßig sogar die Verpflichtung resultieren, einer Satzungsänderung zuzustimmen, die sich lediglich darin erschöpft, die in 18 OCg 3/22y artikulierten Anforderungen des OGH an eine Schiedsklausel für Beschlussmängelstreitigkeiten umzusetzen.¹⁵¹ Da diese Gesellschaftsvertragsänderung nur dazu dient, das ursprüngliche Ziel der Vertragsparteien zu erreichen, ist keine hinreichende sachliche Rechtfertigung für eine Verweigerung der Zustimmung ersichtlich. Dementsprechend ist auch die Sanierung von Satzungsängeln generell als Fallgruppe anerkannt, in der eine Zustimmungspflicht kraft Treuepflicht greift.¹⁵²

Anderes wäre aber denkbar, wenn im Einzelfall berechtigte Zweifel bestünden, ob und inwieweit die beabsichtigte Anpassung geeignet ist, die Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten sicherzustellen. MaW könnte also (nur) das begründete Interesse der Gesellschafter, keine Rechtsunsicherheit darüber in Kauf nehmen zu wollen, ob Beschlussmängelstreitigkeiten vor einem Schiedsgericht oder – wegen unzureichender Umsetzung der Kautelen des OGH – doch vor einem staatlichen Gericht auszutragen sind, eine Verweigerung der Zustimmung rechtfertigen.

Im Übrigen wäre eine Ablehnung des Beschlussantrags aber treuwidrig. Nach hL zur AG, aber auch nach einer im Vordringen befindlichen Ansicht zur GmbH, dürfte der Versammlungsleiter ablehnende Stimmen folglich nicht berücksichtigen bzw müsste er sie sogar in eine Zustimmung umdeuten.¹⁵³ Werden die Stimmen dennoch als wirksam gezählt, hätten die „unterlegenen“ Gesellschafter mE richtigerweise die

schlussmängelstreitigkeiten in der GmbH, ZIP 2009, 2269 (2277); *Schwedt/Lilja/Schaper*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten: Die neuen Ergänzenden Regeln für gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten der DIS, NZG 2009, 1281 (1284); *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG²¹ (2023) Anh § 47 Rz 98; *Wertenbruch* in *MüKoGmbHG II*⁴ Anh § 47 Rz 498; *Raeschke-Kessler* in *Prütting/Gehrlein*, ZPO¹⁴ (2022) § 1066 Rz 14; aA *Riegger/Wilske*, Auf dem Weg zu einer allgemeinen Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten? ZGR 2010, 733 (744 f); tendenziell auch *Duve/Keller*, NJW 2009, 1962 (1967) (EAnm).

¹⁵¹ Ebenso für Deutschland *Asmussen*, Schiedsfähigkeit 107; *Borris*, SchiedsVZ 2009, 299 (310); *Witte/Hafner*, Schiedsfähigkeit von Beschlussmängelstreitigkeiten im Recht der GmbH am Maßstab der neuen BGH-Rechtsprechung und ihre Auswirkungen, DStR 2009, 2052 (2056); *Wertenbruch* in *MüKoGmbHG II*⁴ Anh § 47 Rz 496 f; *Römermann* in *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt*, GmbH-Gesetz II⁴ (2023) Anh § 47 Rz 561 aE.

¹⁵² *Nagele/Lux* in *Artmann/Karollus*, AktG III⁶ (2019) § 145 Rz 14; *Breisch/Mitterecker* in *Adensamer/Mitterecker*, Gesellschafterstreit (2021) Rz 3/58; *P. Doralt/Winner* in *Doralt/Nowotny/Kalss*, AktG I³ (2021) § 47 a Rz 41; *Enzinger* in WK GmbHG (149. Lfg 2023) § 39 Rz 52 f; *J. Mayer/U. Torggler*, Treuwidrige und rechtsmissbräuchliche Stimmen in der Hauptversammlung, JBl 2021, 700 (701).

¹⁵³ Ausf zum Meinungsstand *J. Mayer/U. Torggler*, JBl 2021, 700 (703 ff, 708 ff mwN).

Möglichkeit, mit einer Beschlussanfechtungsklage iVm einer positiven Beschlussfeststellungsklage vorzugehen und dadurch die Änderung der Satzung bzw der darin aufgenommenen Schiedsvereinbarung zu erwirken.¹⁵⁴

D. Zusammenfassung

Der zuständige Fachsenat des OGH stellt in 18 OCg 3/22y klar, dass eine gesellschaftsrechtliche Beschlussmängelstreitigkeit, in welcher die Gesellschaft und nicht alle übrigen Gesellschafter als Beklagte fungiert (zu diesen beiden „Modellen“ oben A.2.), nur dann durch ein Schiedsgericht entschieden werden kann, wenn alle Gesellschafter „in ausreichendem Maß und rechtzeitig“ eingebunden werden, um sich an der Schiedsrichterbestellung zu beteiligen. Damit weicht der OGH zwar insoweit von seiner bisherigen Rsp¹⁵⁵ ab, als die mangelnde allseitige Partizipationsmöglichkeit an der Konstituierung des Schiedsgerichts bislang nicht als Hindernis für einen (bestandfesten) Schiedsspruch über eine Beschlussmängelklage gewertet wurde.¹⁵⁶ Der 18. Senat kann sich aber auf die gefestigte Rsp des BGH¹⁵⁷ und eine beeindruckende Zahl an Stimmen aus dem neueren Schrifttum¹⁵⁸ berufen.

Im Einzelnen verlangt der OGH, dass nicht nur alle Gesellschafter *tatsächlich* Gelegenheit zur Beteiligung an der Schiedsrichterbestellung haben müssen (was mE eigentlich ausgereicht hätte [oben B.2.b)(iv)]), sondern bereits in der Schiedsvereinbarung entsprechende Vorsorge hierfür getroffen werden muss. Andernfalls mangle es an der objektiven Schiedsfähigkeit (§§ 582, 611 Abs 2 Z 7 ZPO). ME vermag das damit erzielte Ergebnis, wonach die objektive Schiedsfähigkeit nicht mehr vom jeweiligen Streitgegenstand, sondern der konkreten Ausgestaltung der Schiedsvereinbarung abhängt, systematisch jedoch nicht zu überzeugen (oben B.2.b)(ii)). Folgerichtig erscheint vielmehr die Annahme der Nichtigkeit der Schiedsklausel (§ 611 Abs 2 Z 1 ZPO). Da es sich richtigerweise um absolute Nichtigkeit handeln müsste, wäre dieser Mangel auch im Aufhebungsverfahren amtswegig und trotz einer im Schiedsverfahren unterlassenen Rüge aufzugreifen (oben B.2.b)(iii)).

Die vom 18. Senat postulierten Vorgaben lösen, sofern man mit dem Höchstgericht offenbar keine Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion *qua* Vertragsauslegung für möglich erachtet (oben C.2.), erheblichen Anpassungsbedarf in der gesellschaftsrechtlichen Vertragspraxis aus (oben C.1.). Dieser besteht nicht nur – wie im streitgegenständlichen Fall – für eine KG, deren Gesellschaftsvertrag die Anwendung der §§ 41 ff GmbHG vorsieht, sondern für alle Kapitalgesellschaften (oben C.3). Im Einzelnen müssen Schiedsvereinbarungen künftig Regelungen zur Information aller Gesellschafter über die Einbringung der Schiedsklage vor Konstitution des Schiedsgerichts (dazu C.4.b)) und zum Prozedere ihres möglichen Beitritts als streitgenössischer Nebenintervenient (dazu C.3.c)) sowie ihre Mitwirkungspflicht an der Bestellung der Schiedsrichter (oben C.4.d)) vorsehen. Schließlich verlangt zumindest der BGH vertragliche Vorkehrungen zur Vermeidung mehrerer Schiedsverfahren, in denen divergierende Entscheidungen über die Wirksamkeit des angefochtenen Beschlusses gefällt werden können, was vernünftigerweise auch von österr Vertragsgestaltern beachtet werden sollte (oben C.4.g)). Die somit wohl fast ausnahmslos gebotene Anpassung bestehender Schiedsklauseln wird immerhin dadurch erleichtert, dass hierfür keine Notwendigkeit allseitiger Zustimmung besteht (C.5.a)) und die Gesellschafter iaR sogar eine Zustimmungspflicht *qua* Treuepflicht treffen dürfte (C.5.b)). Ohne entsprechende Anpassung des Gesellschaftsvertrags ist eine Beschlussanfechtungsklage wohl trotz Schiedsklausel vor den staatlichen Gerichten einzubringen (C.1.).

Offen lässt der OGH in 18 OCg 3/22y, ob es überhaupt – also auch im Rahmen der staatlichen Gerichtsbarkeit – möglich ist, im Gesellschaftsvertrag einer (rechtsfähigen) Personengesellschaft das kapitalgesellschaftsrechtliche Beschlussanfechtungsmodell mit der Folge zu vereinbaren, dass die Passivlegitimation ausschließlich der Gesellschaft zugewiesen wird. Löst man sich vom begriffsjuristischen Dogma der absoluten Indisponibilität der Rechtskraft zugunsten einer wertungsbezogenen Beurteilung der involvierten Interessen, sprechen allerdings keine überzeugenden Gründe gegen eine solche Gestaltung. Unproblematisch ist insoweit auch die damit verbundene Übernahme der im Kapitalgesellschaftsrecht sogar *ex lege* (§§ 198, 201 Abs 1 AktG; § 42 Abs 6 GmbHG) vorgesehenen Rechtskrafterstreckung einer „beschlussvernichtenden“ Entscheidung (oben B.2.a)).

¹⁵⁴ Instruktiv zur Anwendbarkeit der positiven Beschlussfeststellungsklage im Falle der Berücksichtigung (vermeintlich) treuwidriger Stimmabgaben Eckert/Schopper in Eckert/Schopper, AktG-ON^{1.00} § 197 Rz 49; Linder in FAH, GmbHG² § 41 Rz 171.

¹⁵⁵ Oben A.3. bei und in FN 18.

¹⁵⁶ Siehe nur RIS-Justiz RS0045318.

¹⁵⁷ Oben A.3. bei und in FN 26.

¹⁵⁸ Oben A.3. bei und in FN 28.

Über den Autor:

Univ.-Prof. MMag. Dr. Martin Trenker ist Leiter des Instituts für Zivilgerichtliches Verfahren der Universität Innsbruck und Autor zahlreicher Publikationen gerade an der Schnittstelle von zivilgerichtlichem Verfahrensrecht und Gesellschaftsrecht.