

baren. Die Wirksamkeit sollte auch hier davon abhängen, dass die Aufnahme der Schiedsklausel auf der eigenen Initiative des Angestellten beruhte oder er sich ausdrücklich mit ihr einverstanden erklärte.

Das hiergegen vom Arbeitsministerium initiierte Veto wurde damit begründet, dass durch die Reform unterschiedliches Recht für unterschiedliche Arbeitnehmer geschaffen und dass durch die Verwendung nicht eindeutig definierter Begriffe die Arbeitnehmer grundsätzlich dem Risiko ausgesetzt würden, einem Schiedsverfahren unterworfen zu werden.<sup>15</sup>

#### 4. Stärkung der Parteiautonomie bei der Besetzung des Schiedsgerichts

Verschiedene brasilianische Schiedsinstitutionen führen Schiedsrichterlisten und einige der brasilianischen Schiedsordnungen bestimmen, dass die Ernennung von Schiedsrichtern, die nicht auf der Schiedsrichterliste der Institution geführt werden, unter dem Vorbehalt der Zustimmung der Institution bzw. der Ernennungsstelle steht.<sup>16</sup>

Durch die Reform sollten die Verfahrensregelungen für Schiedsverfahren an Flexibilität gewinnen. Der – offenbar gegen den Widerstand einiger brasilianischen Schiedsinstitutionen – neu eingeführte Art. 13 § 4 des brasilianischen Schiedsgesetzes sieht daher vor, dass die Parteien vereinbaren können, dass die entsprechenden Bestimmungen keine Anwendung finden sollen.

#### 5. Vorläufiger Rechtsschutz

Die Zuständigkeit für vorläufige Maßnahmen vor und während eines Schiedsverfahrens war in Brasilien lange Zeit umstritten. In seinem Urteil *Itarumã v PCBIO*<sup>17</sup> hatte das *Superior Tribunal de Justiça* (STJ) am 19.6.2010 klargestellt, dass staatliche Gerichte bis zum Beginn eines Schiedsverfahrens für einstweilige Maßnahmen zuständig sind. Diese Entscheidung wurde im Reformgesetz umgesetzt.

Gemäß den neuen Artikeln 22A und 22B des brasilianischen Schiedsgesetzes können die Parteien vor einem möglichen Schiedsverfahren vorläufigen Rechtsschutz bei den staatlichen Gerichten beantragen. Wird eine solche Maßnahme gewährt, so wird sie hinfällig, wenn die Begünstigte nicht binnen 30 Tagen ein Schiedsverfahren einleitet. Nach Beginn des Schiedsverfahrens ist allein das Schiedsgericht für Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zuständig. Es kann zudem die durch ein staatliches Gericht erlassenen Maßnahmen abändern oder aufheben.

Eine Besonderheit ist die Schaffung des Rechtsinstituts des „Schiedsbriefts“ (*carta arbitral*) im neuen Artikel 22C des brasilianischen Schiedsgesetzes. Das Schiedsgericht kann mit einem solchen Brief das zuständige staatliche Gericht ersuchen, vom Gericht angeordnete einstweilige Maßnahmen durchzusetzen.

#### 6. Zuständigkeit für die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche

Von besonderem Interesse für die internationale Schiedsgerichtsbarkeit ist schließlich der neue Art. 35 des brasilianischen Schiedsgesetzes. Er überträgt die zentrale Zuständigkeit für die Anerkennung ausländischer Schiedssprüche vom *Supremo Tribunal Federal* (STF) auf das STJ. Damit wird eine bereits im Jahr 2004 erfolgte Verfassungsänderung umgesetzt. Eine

Änderung der anerkennungsfreundlichen Haltung der brasilianischen Justiz auf Basis des New Yorker Übereinkommens sollte damit nicht verbunden sein.

#### 7. Weitere Neuerungen

Das Reformgesetz enthält schließlich einige weitere Neuerungen und Klarstellungen. So wird klargestellt, dass die Einleitung eines Schiedsverfahrens die Verjährung unterbricht (Art. 19 § 2 des brasilianischen Schiedsgesetzes). Nach der alten Gesetzeslage waren zudem nur Schiedssprüche über die gesamte Streitigkeit zulässig. Teilschiedssprüche waren nichtig. Jetzt werden in Art. 23 § 1 des brasilianischen Schiedsgesetzes Teilschiedssprüche ausdrücklich zugelassen.

#### III. Fazit

Als die Kommission zur Überarbeitung des brasilianischen Schiedsrechts eingesetzt wurde, gab es Befürchtungen, dass es zu erheblichen Änderungen des Schiedsgesetzes aus dem Jahr 1996 kommen könnte. Diese Befürchtungen haben sich als unberechtigt herausgestellt. Das durch das Veto der Regierung beschnittene Reformgesetz enthält im Wesentlichen klarstellende Regelungen. Bedeutsam sind vor allem die Regelungen zu Schiedsverfahren unter Beteiligung der öffentlichen Hand, für die künftig der Grundsatz der Öffentlichkeit gilt, und die Bestimmungen zur nachträglichen Aufnahme von Schiedsklauseln in Satzungen von brasilianischen Aktiengesellschaften.

15) Vgl. *Pedro Canário*, aaO; *Irapuã Santano do Nascimento da Silva* und *Humberto Dalla Bernardina de Pinho*, aaO.

16) Vgl. Ziffer 4.4.1 der CAM-CCBC Schiedsordnung, Artikel 32.2 der Schiedsordnung der *Câmara de Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas* (CAM/FGV), Ziffer 3.7 der Schiedsordnung der *Câmara de Arbitragem do Mercado* (CAM).

17) Verfahren No 1.297.974, STJ, 2012.

Von Prof. Dr. Dietmar Czernich, LL. M. (New York),  
Wien/Innsbruck\*

### Österreich: Das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht

Nach dem Trennungsprinzip („*theory of separability*“) hat die Schiedsklausel ein eigenes rechtliches Schicksal, das vom Hauptvertrag losgelöst ist. Das Trennungsprinzip schlägt auch auf das auf die Schiedsklausel anzuwendende Recht durch, sodass dieses losgelöst vom Hauptvertrag zu ermitteln ist. In Österreich existiert keine Kollisionsnorm, die das auf die Schiedsklausel anzuwendende Recht bestimmt. Der Aufsatz füllt diese Lücke und geht allen Fragen nach, die mit der Bestimmung des auf Schiedsvereinbarungen anzuwendenden Rechts in Österreich zusammenhängen.

Under the theory of *separability*, the arbitration agreement is to be kept separate from the main con-

\* Der Autor ist Honorarprofessor an der Universität Innsbruck und Seniorpartner bei CHG Czernich Rechtsanwälte in Wien/Innsbruck.

tract. Accordingly, the law applicable to the arbitration agreement does not automatically follow the law of the main contract but has to be determined separately. In Austria, there is no conflict-of-laws rule governing the law applicable to the arbitration agreement. The subsequent article fills this gap and deals with all issues relevant to applying the proper law to the arbitration agreement in Austria.

## I. Einleitung

Der österreichische Gesetzgeber hat im Zuge der grundlegenden Reform des Schiedsverfahrens im Jahre 2006 davon abgesehen, eine eigene Kollisionsnorm zur Festlegung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts zu schaffen.<sup>1</sup> Dies ist insoweit bedauerlich, als dass der korrekten Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts für das Schiedsverfahren mehr Bedeutung zukommt als der Festlegung des auf die Hauptsache anwendbaren Rechts: Während nämlich der unrichtigen Lösung der kollisionsrechtlichen Frage für die Hauptsache nur der Charakter einer einfachen Gesetzesverletzung zukommt, die keinen eigenen Aufhebungsgrund darstellt,<sup>2</sup> können Fehler bei der Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts zur Aufhebung des Schiedsspruchs führen. Wendet das Schiedsgericht nämlich unzutreffend ein Recht an, das scheinbar zur Gültigkeit der Schiedsvereinbarung führt, kann der Schiedsspruch später durch das staatliche Gericht aufgehoben werden, wenn das richtigerweise anzuwendende Recht die Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung (§ 611 Abs. 1 Z. 1 öZPO) normiert; dann steht auch eine Haftung der Schiedsrichter für die Verfahrenskosten im Raum. Fehler bei der Anwendung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts haben daher paradoxerweise größere Auswirkungen als Fehler bei der Ermittlung des auf die Hauptsache anzuwendenden Rechts. Deshalb muss bei Abfassung der Schiedsvereinbarung mindestens genauso großes Augenmerk auf das Statut der Schiedsvereinbarung gelegt werden wie auf die Rechtswahlklausel im Hauptvertrag.

Die Frage nach dem auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Recht und damit der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung stellt sich in verschiedenen Stadien: (1) bei der Beurteilung der Zuständigkeit des Schiedsgerichts; (2) bei der möglichen Aufhebung eines Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht; (3) bei der Anerkennung eines fremden Schiedsspruchs; und schließlich (4) bei der Blockadewirkung eines schiedsvereinbarungswidrig angerufenen staatlichen Gerichts. Der folgende Beitrag widmet sich der Frage der Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts, wenn der Schiedsort in Österreich liegt. Der Fokus liegt hierbei auf der Perspektive des Aufhebungsverfahrens vor dem staatlichen Gericht, denn letztlich muss die Schiedsvereinbarung der Prüfung im Aufhebungsverfahren standhalten.

## II. Hauptteil

### 1. Trennungsprinzip („theory of separability“)

Wenngleich eine gesetzliche Grundlage fehlt, entspricht es der in Österreich in Judikatur<sup>3</sup> und Litera-

tur<sup>4</sup> unwidersprochen gebliebenen Ansicht, dass die Schiedsvereinbarung nicht das rechtliche Schicksal des Hauptvertrags, in den sie eingebettet ist, teilt, sondern ein rechtliches Eigenleben führt, das vom Hauptvertrag losgelöst ist. Dieses Trennungsprinzip („theory of separability“) führt in kollisionsrechtlicher Hinsicht dazu, dass die Schiedsvereinbarung keineswegs automatisch dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht unterliegt, sondern auch auf der Ebene des Kollisionsrechts ein rechtliches Eigenleben führt.<sup>5</sup> Deshalb muss das auf die Schiedsvereinbarung anzuwendende Recht auch gesondert bestimmt werden, eine mechanische und ungeprüfte Übernahme des auf den Hauptvertrag anwendbaren Rechts kommt nicht in Betracht.<sup>6</sup> Die Schiedsvereinbarung hat somit ihr eigenes Statut, das gesondert zu ermitteln ist.<sup>7</sup>

### 2. Normenarmut

Während § 617 öZPO und Art. 3 ff Rom I-VO das Recht bestimmen, das im Schiedsverfahren auf die Hauptsache anzuwenden ist,<sup>8</sup> fehlt der öZPO eine Norm zur Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts. Diese Norm wäre notwendig gewesen, weil Art. 1 Abs. 2 lit. e Rom I-VO Schiedsvereinbarungen ausdrücklich aus ihrem Anwendungsbereich ausnimmt und somit in Österreich keine eigene Kollisionsnorm für Schiedsvereinbarungen besteht. In Betracht kommt somit nur eine allgemeine Kollisionsnorm. Diese kann in § 35 des Bundesgesetzes über das Internationale Privatrecht (IPRG) gefunden werden. Diese Gesetzesstelle gilt für alle vertraglichen Schuldverhältnisse, die nicht in den Anwendungsbereich der Rom I-VO fallen, subsidiär.

§ 35 IPRG erfasst „vertragliche Schuldverhältnisse“ und hat dabei in erster Linie synallagmatische Austauschverträge vor Augen. Schiedsvereinbarungen sind dagegen auf eine bestimmte Art der Streitentscheidung gerichtete Verträge, die nach der Rechtsprechung<sup>9</sup> in Österreich prozessrechtlich qualifiziert werden.<sup>10</sup> Selbst eine prozessrechtliche Einordnung würde der Schiedsvereinbarung aber nichts von ihrer Einordnung als vertragliches Schuldverhältnis nehmen, weil die Schiedsvereinbarung ja *per definitionem* auf einer Ver-

1) Zu den – nicht ganz verständlichen – Gründen siehe Oberhammer, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts in: Rechberger (Hrsg.), Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Institutes für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XXVII 2002, 39, 48 f; vgl. auch Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, 2011, 3/58.

2) OGH, JBl 1992, 192; speziell zur unrichtigen Lösung der kollisionsrechtlichen Frage OGH, RdW 2005, 610 = EvBl 2005/190 (959) = JBl 2005, 800 = ecolex 2006, 33 [Petsche] = SZ 2005/85.

3) OGH 7.8.2007, 4 Ob 127/07 x; OGH 21.4.2004, 9 Ob 34/04 g.

4) Zeiler, Schiedsverfahren, 2. Auflage 2014, § 581 Rn. 103.

5) Zeiler, Schiedsverfahren, 2. Auflage 2014, § 581 Rn. 95.

6) Czernich, The Law Applicable to the Arbitration Agreement, in: Zeiler/Welser et al., Austrian Yearbook on International Arbitration (AYIA) 2015, 73.

7) Rechberger/Evergreen: Gültigkeit der Schiedsvereinbarung, in: Festschrift Schlosser zum 70. Geburtstag, 2005, 733.

8) Zur Abgrenzung beider Normen siehe Czernich, Die Bestimmung des anwendbaren Rechts im Schiedsverfahren: Rom I-VO vs. Nationales Sonderkollisionsrecht, wbl 2013, 554.

9) OGH, SZ 63/201 = EvBl 1991/44 (204) = ecolex 1991, 312; zuletzt OGH, GES 2014, 384 = NZ 2014/124 = ecolex 2014/454 = AnwBl 2015, 68.

10) So schon Böhm, Zur Rechtsnatur des Schiedsvertrags unter nationalen und internationalen Gesichtspunkten, ZfRV 1968, 262; Melis, in: Rechberger, Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2014, § 581 Rn. 5; OGH, RdW 2012/223 (217) = Zak 2011/830 = RZ-EÜ 2012/68 = JBl 2012, 259.

einbarung beruht, deren Inhalt auf die Herbeiführung bestimmter prozessrechtlicher Folgen gerichtet ist. Deshalb sind auch die Vorschriften des bürgerlichen Rechts für die Auslegung der Schiedsvereinbarung heranzuziehen.<sup>11</sup> Insoweit kann an einer Subsumtion der Schiedsvereinbarung unter die allgemeine Kollisionsnorm für vertragliche Schuldverhältnisse (§ 35 IPRG) trotz ihres prozessrechtlichen Einschlags kein Zweifel herrschen. Dies ergibt sich auch daraus, dass § 35 IPRG im Jahre 2009 gerade als Auffangnorm für jene Schuldverhältnisse geschaffen wurde,<sup>12</sup> die nicht unter den Anwendungsbereich der Rom I-VO fallen,<sup>13</sup> und somit einen Lückenschluss darstellt. In diesen fällt die Schiedsvereinbarung.

Nach der hier vertretenen Ansicht ist die in Art. V Abs. 1 lit. a des New Yorker Übereinkommens (NYÜ) enthaltene Kollisionsnorm entgegen der Tendenz in der Rechtsprechung<sup>14</sup> außerhalb des Anerkennungsverfahrens nicht einschlägig.<sup>15</sup> Nach dem klaren Wortlaut ist Art. V NYÜ nur im Verfahren der Anerkennung eines fremden Schiedsspruchs anzuwenden. Eine Anwendung im Aufhebungsverfahren vor den staatlichen Gerichten käme somit nur *per analogiam* in Betracht. Ein Analogieschluss setzt jedoch methodologisch eine planwidrige Gesetzeslücke voraus, die vorliegend aber seit 2009 nicht mehr besteht: § 35 IPRG liefert seitdem eine vollständige Kollisionsnorm für die Schiedsvereinbarungen. Für die überwiegend<sup>16</sup> geforderte analoge Anwendung von Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ bleibt somit im Aufhebungsverfahren kein Raum.<sup>17</sup>

Nach dem hier somit anwendbaren § 35 IPRG sind vertragliche Schuldverhältnisse nach dem Recht zu beurteilen, das die Parteien ausdrücklich oder schlüssig bestimmen. Fehlt es an einer Rechtswahl, so soll nach § 35 Abs. 2 IPRG das Recht derjenigen Partei zur Anwendung kommen, die die charakteristische Leistung erbringt. Ergibt sich aus der Gesamtheit der Umstände, dass das vertragliche Schuldverhältnis offensichtlich eine engere Verbindung zu einem anderen Staat als demjenigen hat, zu dem die Maßgeblichkeit der charakteristischen Leistung verweist, so soll nach § 35 Abs. 3 IPRG das Recht dieses anderen Staates zur Anwendung kommen.

### 3. Ausdrückliche Rechtswahl

Der Königsweg zur Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts bildet die ausdrückliche Rechtswahl in der Schiedsklausel selbst. Diese Rechtswahl würde kraft der von § 35 IPRG gestatteten Rechtswahl zur eindeutigen Festlegung des anwendbaren Rechts führen. Die Rechtswahlvereinbarung für die Schiedsvereinbarung muss ungeachtet der Formpflicht der Schiedsvereinbarung (§ 583 öZPO) nicht schriftlich getroffen werden, eine mündlich getroffene Vereinbarung genügt.

Eine ausdrückliche Rechtswahl eigens in der Schiedsvereinbarung findet sich indes selten.<sup>18</sup> Selbst die zahlreichen Musterschiedsklauseln machen von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch. Dies ist an sich bedauerlich, weil durch wenige zusätzliche Worte ein großes Maß an zusätzlicher Rechtssicherheit gewonnen werden könnte.

Treffen die Parteien eine ausdrückliche Rechtswahl, so sind sie hinsichtlich der Festlegung des gewählten Rechts frei.<sup>19</sup> Dieses muss keinesfalls mit dem Recht am

Schiedsort übereinstimmen, noch muss es dem auf den Hauptvertrag anwendbaren Recht entsprechen. Freilich erfasst die Rechtswahl nur jene Rechtsfragen, die unter das Statut der Schiedsvereinbarung fallen. Nicht darunter fallende Fragen sind entweder einer Rechtswahl nicht zugänglich oder haben ihr eigenes Statut.

### 4. Schlüssige Rechtswahl

Die schlüssige Rechtswahl hat weit größere Bedeutung zur Bestimmung des Schiedsvereinbarungsstatuts als die ausdrückliche Rechtswahl. Dies erklärt sich wohl hauptsächlich daraus, dass die Parteien bei der Abfassung der Schiedsklausel häufig die Notwendigkeit einer ausdrücklichen Rechtswahl übersehen und daher auf die schlüssige Rechtswahl zurückgegriffen werden muss.

Eine schlüssige Rechtswahl liegt vor, wenn beide Parteien die übereinstimmenden Willen hatten, kollisionsrechtliche Vereinbarungen („kollisionsrechtlicher Gestaltungswille“)<sup>20</sup> zu treffen, es aber aus bestimmten Gründen übersehen haben, dies ausdrücklich zu vereinbaren. Diese Voraussetzung wird typischerweise in folgenden Konstellationen vorliegen: (a) Die Parteien wollten die Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Schiedsvereinbarung erstrecken; (b) die Parteien verweisen in der Schiedsvereinbarung auf Rechtsnormen eines bestimmten Staates; oder (c) die Parteien wählen ein bestimmtes institutionelles Schiedsgericht.

#### a) Rechtswahl im Hauptvertrag

Soweit die Parteien im Hauptvertrag eine ausdrückliche Rechtswahl getroffen haben, kann diese Rechtswahl auch als stillschweigende Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung gewertet werden (doppelfunktionale Rechtswahl). Eine derartige Erweiterung der Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Schiedsvereinbarung setzt aber einen darauf gerichteten Willen der Parteien voraus. Hierbei zeigt sich ein gewisses Paradoxon: Wissen die Parteien (oder ihre juristischen Berater) nämlich, dass die Schiedsvereinbarung kollisionsrechtlich ein eigenes Schicksal teilt, so kann nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden, dass sie die Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Schiedsvereinbarung erstrecken wollten. Hätten sie diesen Willen – das Wissen um die „*theory of separability*“ vorausgesetzt – nämlich gehabt, so wäre billigerweise zu erwarten, dass sie eine ausdrückliche Vereinbarung über die Erstreckung der Rechtswahl auch auf die Schiedsvereinbarung treffen. Unterlassen sie dies, muss *e contrario* geschlossen werden, dass sie eben nicht die Ab-

11) OGH 21.6.2000, 1 Ob 31/00 s; OGH, wbl 2003/305 = GesRZ 2003, 298 = ecolx 2003/341 = RdW 2003/438.

12) Gesetz zur Änderung des IPR-Gesetzes, BGBl I 109/2009.

13) So die Begründung der Regierungsvorlage 322 BlgNR 24. GP 5.

14) OGH, SchiedsVZ 2005, 52 [Schumacher].

15) A.A. Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, 2011, 3/54 und Wilske/Fox, in: Wolff (Hrsg.), New York Convention, 2012, Art. II Rn. 230.

16) Zeiler, Schiedsverfahren, 2. Auflage 2014, § 581 Rn. 125.

17) Offen lassend Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Auflage 2005, 383.

18) Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, 2011, 3/61.

19) Czernich, Die Rechtswahl im österreichischen internationalen Vertragsrecht, ZfRV 2013, 157, 168.

20) So treffend Mankowski, Stillschweigende Rechtswahl und wählbares Recht, in: Leible, Das Grünbuch zum Internationalen Vertragsrecht, 2004, 63, 65.

sicht hatten, die Schiedsvereinbarung demselben Recht wie den Hauptvertrag zu unterstellen. Erfahrene Parteien(-vertreter) trifft somit „der Fluch des Wissens“ (oder Wissenmüssens). Die Absicht, die Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Schiedsvereinbarung zu erstrecken, kann bei schiedsverfahrensrechtlich unerfahrenen Parteien(-vertretern), denen die „*theory of separability*“ nicht geläufig ist, wesentlich leichter angenommen werden, werden sie in der Regel doch davon ausgehen, dass die Rechtswahl im Hauptvertrag auch auf die Schiedsvereinbarung durchschlägt.<sup>21</sup>

Insoweit müsste bei der Prüfung des Vorliegens einer aus der Rechtswahl im Hauptvertrag abgeleiteten schlüssigen Rechtswahl für die Schiedsvereinbarung der rechtliche Kenntnisstand der vertragsverfassenden Parteien herangezogen werden. Dies kann jedoch mitunter zu Schwierigkeiten führen, weil die diesbezüglichen Angaben der Parteien in einem späteren Verfahren wohl sehr zielorientiert sein werden und sich einer Überprüfung entziehen. Unter dem Aspekt der Rechtssicherheit und der Vorhersehbarkeit sollte deshalb der Satz aufgestellt werden, dass sich im Zweifel eine Rechtswahl im Hauptvertrag immer auch als schlüssige Rechtswahl auf die Schiedsvereinbarung bezieht, der Rechtswahl somit regelmäßig Doppelfunktionalität zugewiesen wird,<sup>22</sup> weil die Parteien in der Regel davon ausgehen, dass sich die Rechtswahl im Hauptvertrag auf alle vertraglichen Aspekte der Rechtsbeziehung zwischen den Parteien, einschließlich der Schiedsvereinbarung, erstreckt.<sup>23</sup> Beachtenswert ist auch die Auffassung von *Koller*,<sup>24</sup> wonach dieses Recht dann nicht anzuwenden ist, wenn es zur Ungültigkeit der Schiedsvereinbarung führen würde, weil dies nicht dem hypothetischen Parteiwillen entspricht. Stattdessen ist im Sinne einer *favor validitatis* Auslegung objektiv an den Sitz des Schiedsgerichts anzuknüpfen.

#### b) Verweis auf Rechtsnormen

Häufig finden sich in einer Schiedsklausel Verweise auf Rechtsnormen eines bestimmten Staates (zB „[...] die Parteien vereinbaren ein Schiedsgericht i.S.d. § 577 öZPO [...]“). Die Bezugnahme auf Rechtsnormen eines bestimmten Staates kann als sehr starkes Indiz dafür gewertet werden, dass die Parteien die Absicht hatten, die Schiedsvereinbarung auch diesem Recht zu unterstellen,<sup>25</sup> andernfalls würde die ausdrückliche Bezugnahme auf bestimmte Rechtsnormen keinen Sinn ergeben. Die eindeutige Bezugnahme auf eine bestimmte Norm in der Schiedsvereinbarung wird in der Regel daher zur Anwendbarkeit jenes Rechts führen, dem die Norm entstammt.

#### c) Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit

Unterstellen die Parteien ihr Schiedsverfahren der *Gestion* durch eine bestimmte Schiedsinstitution – in Österreich etwa dem *Vienna International Arbitral Centre* (VIAC) – so könnte in der Wahl dieser Schiedsinstitution auch die Absicht der Parteien liegen, ihre Schiedsvereinbarung dem Recht am Sitz dieser Schiedsinstitution zu unterstellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sie die von der Institution vorgeschlagene Musterschiedsklausel verwenden.

Freilich ist bei der vorschnellen Annahme einer schlüssigen Rechtswahl Zurückhaltung geboten: Eine schlüssige Rechtswahl zugunsten des Rechts am Sitz

der Schiedsinstitution darf nur dann angenommen werden, wenn die Parteien tatsächlich den übereinstimmenden Willen hatten, dieses Recht für anwendbar zu erklären. Dies muss im Einzelfall sorgfältig geprüft werden. Der Prüfungsmaßstab wird hier umso strenger ausfallen, desto weniger Verbindungen die Parteien zum gewählten Schiedsort sonst haben. Liegen überhaupt keine Verbindungen vor, so kann nur bei Vorliegen eindeutiger Indizien von einer schlüssigen Rechtswahl zugunsten des Rechts am Sitz der Schiedsinstitution ausgegangen werden. Die Verwendung einer Musterschiedsklausel alleine oder die Wahl einer Schiedsinstitution alleine sind nicht ausreichend, weil die Wahl einer bestimmten Schiedsinstitution anderen Überlegungen folgt als jener nach der Festlegung des auf die Schiedsvereinbarung anzuwendenden Rechts. Am kollisionsrechtlichen Gestaltungswillen wird es hier in der Regel fehlen. Die objektive Anknüpfung abseits einer (schlüssigen) Rechtswahl wird aber häufig zum Recht am Sitz der Schiedsinstitution weisen.

#### d) Widersprüchliche Indizien

Widersprechen sich die Indizien für die Annahme einer schlüssigen Rechtswahl, so ist das anwendbare Recht aufgrund der Gesamtheit der Umstände zu ermitteln. Ein häufiger Widerspruchsfall wird etwa vorliegen, wenn die Schiedsvereinbarung einen Verweis auf gesetzliche Normen des Schiedsverfahrensrechts am gewählten Schiedsort enthält, die Rechtswahl im Hauptvertrag jedoch auf ein anderes Recht weist. Die Parteien vereinbaren etwa ein Schiedsgericht iSd § 577 öZPO, unterstellen den Hauptvertrag aber deutschem Recht; oder sie vereinbaren ein Schiedsverfahren unter den *Vienna-Rules*, der Vertrag untersteht aber sonst englischem Recht.

Vom Umstand ausgehend, dass eine schlüssige Rechtswahl nur angenommen werden darf, wenn die Parteien einen übereinstimmenden kollisionsrechtlichen Gestaltungswillen in Bezug auf die Schiedsvereinbarung hatten, liegt es nahe, in der Bezeichnung von Normen einer bestimmten Rechtsordnung den stärksten Ausdruck dieses kollisionsrechtlichen Gestaltungswillens zu sehen, sodass einer Rechtswahl zugunsten des Rechts des Staates, dessen Rechtsordnung diese Normen angehören, der Vorrang gebührt. Widersprechen sich Rechtswahl im Hauptvertrag und Recht am Sitz des institutionellen Schiedsgerichts, so wird der Rechtswahl im Hauptvertrag der Vorrang gebühren, weil die Wahl eines institutionellen Schiedsgerichts nur ein schwaches Indiz für die Anwendbarkeit des Rechts

21) *Koller*, in: *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, *Schiedsverfahrensrecht I*, 2011, 3/61.

22) In diese Richtung argumentierend *OGH*, *ZfRV-LS 2009/38 = RdW 2009/514 (528)*.

23) *Heiss*, *Internationales Privatrecht in der Schiedsgerichtsbarkeit*, in: *Oberhammer*, *Schiedsgerichtsbarkeit in Zentraleuropa – Arbitration in Central Europe XXIII*, 2009, 89, 98; *Czernich*, *The Law Applicable to the Arbitration Agreement*, in: *Zeiler/Welser et al.*, *Austrian Yearbook on International Arbitration (AYIA) 2015*, 73; *Wilske/Fox*, in: *Wolff* (Hrsg.), *New York Convention*, 2012, Art. II Rn. 233; so auch auf rechtsvergleichender Basis *Born*, *International Commercial Arbitration I*, 2014, 385; *Graffi*, *The law applicable to the arbitration agreement: A practitioner's view*, in: *Ferrari/Kröll* (Hrsg.), *Conflict of Laws in International Arbitration*, 2010, 19, 35.

24) *Koller*, in: *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, *Schiedsverfahrensrecht I*, 2011, 3/63.

25) *Czernich*, *Die Rechtswahl im österreichischen internationalen Vertragsrecht*, *ZfRV 2013*, 157, 164.

an dessen Sitz in Bezug auf die Schiedsvereinbarung darstellt. Die Wahl einer Schiedsinstitution erfolgt nämlich regelmäßig nicht unter dem Gesichtspunkt des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts.

### 5. Mangels Rechtswahl anzuwendendes Recht

Fehlt eine ausdrückliche Rechtswahl und kann eine schlüssige Rechtswahl nicht festgestellt werden, so ist nach § 35 Abs. 2 IPRG das Recht derjenigen Partei anzuwenden, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Die vertragscharakteristische Leistung erbringt in der Regel jene Partei, die nicht in Geld leistet. Bei Schiedsvereinbarungen als entgeltfremde Vertragsverhältnisse, die nicht auf die Erbringung einer bestimmten primären Leistung ausgerichtet sind, scheidet die Anknüpfung an das Recht am Sitz jener Partei, die die vertragscharakteristische Leistung erbringt. In diesem Fall muss auf die Generalnorm des § 1 IPRG zurückgegriffen werden, wonach Rechtsverhältnisse dem Recht unterliegen, zu dem die engste Beziehung besteht. Dies ist in der Regel das Recht am Schiedsort. Alternativ kann infolge einer Rechtslücke auch ein Analogieschluss aus Art. V Abs. 1 lit. a NYÜ gezogen werden, wonach die Schiedsvereinbarung im Zweifel dem Recht des Staates am Sitz des Schiedsgerichts unterliegt. Dies entspricht auch der herrschenden Literatur<sup>26</sup> und Judikatur<sup>27</sup> in Österreich. Soweit das Schiedsgericht somit seinen Sitz in Österreich hat und keine Rechtswahl getroffen wurde, unterliegt die Schiedsvereinbarung daher kraft objektiver Anknüpfung österreichischem Recht.<sup>28</sup>

## III. Umfang des Schiedsvereinbarungsstatuts

### 1. Allgemeines

Die Bestimmung des auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Rechts alleine sagt noch nichts darüber aus, welche rechtlichen Aspekte von diesem Statut umfasst sind und welche Aspekte ein eigenes kollisionsrechtliches Schicksal haben. Das IPRG enthält keine Regelung über den Umfang des Vertragsstatuts. Diese Regelungslücke kann durch eine analoge Anwendung der entsprechenden Bestimmungen der Rom I-VO geschlossen werden, auch wenn diese Norm nicht direkt anwendbar ist. Die Rom I-VO dehnt das Vertragsstatut sehr weit aus, sodass es alle wesentlichen Aspekte abdeckt: Dabei spannt Art. 10 Rom I-VO den Bogen vom Abschluss des Vertrags, seine materielle Wirksamkeit<sup>29</sup> über seine Auslegung (Art. 12 Rom I-VO), seine Erfüllung bis zu seiner Beendigung.<sup>30</sup> Das Vertragsstatut beansprucht somit grundsätzlich universelle Geltung für den gesamten Lebenszyklus des (Schieds-)Vertrags. Nur solche Aspekte, die ausdrücklich aus dem Vertragsstatut ausgenommen sind, haben ein eigenes kollisionsrechtliches Schicksal.

### 2. Besondere Fragen

#### a) Objektive Schiedsfähigkeit

Nach der hier vertretenen Auffassung bildet die objektive Schiedsfähigkeit einen Teil der Schiedsvereinbarung und teilt das auf sie anwendbare Recht.<sup>31</sup> Parteien könnten somit durch eine Rechtswahl Beschränkungen der objektiven Schiedsfähigkeit umgehen, indem sie ein Recht wählen, das die konkrete Beschränkung nicht kennt.<sup>32</sup> Die Grenzen der objekti-

ven Schiedsfähigkeit kommen als international zwingende Bestimmungen jedoch dann zur Anwendung, wenn eine der Parteien ihren Sitz in Österreich hat oder sich die Entscheidung sonst in Österreich manifestiert, etwa wenn der Streitgegenstand in Österreich belegen ist oder der Schiedsspruch hier Rechtswirkungen entfalten soll. Ist dies jedoch nicht der Fall, besteht kein Anlass, den Parteien die Disposition über die objektive Schiedsfähigkeit durch Rechtswahl zu entziehen.

Die Beschränkung der objektiven Schiedsfähigkeit bezieht sich zunächst auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung und somit auf die Zuständigkeit des Schiedsgerichts. Auf einem anderen Blatt steht, dass in Österreich ergangene Schiedssprüche über einen nach österreichischem Recht nicht schiedsfähigen Anspruch nach § 611 Abs. 2 Z. 7 öZPO durch den *Obersten Gerichtshof* (OGH) aufhebbar sind. Dieser besondere Aufhebungsgrund knüpft nicht an dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht an, sondern allein an den Sitz des Schiedsgerichts in Österreich. Selbst wenn die Parteien somit eine nach dem auf die Schiedsvereinbarung anwendbaren Recht gültige Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, kann der Schiedsspruch dennoch durch den OGH aufgehoben werden, wenn das Schiedsgericht seinen Sitz in Österreich hat. Ob ein Vorwegverzicht auf die Anfechtung zulässig ist, wurde in Österreich gerichtlich noch nicht entschieden.<sup>33</sup>

#### b) Beschränkungen für Verbraucher und Arbeitnehmer

Das österreichische Schiedsverfahrensrecht kennt besonders einschneidende Einschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit für Verbraucher (§ 634 öZPO) und Arbeitnehmer (§ 635 öZPO). Hierbei wird der Begriff „Verbraucher“ sehr weit ausgelegt und umfasst auch die Stellung natürlicher Personen als Gesellschafter einer juristischen Person.<sup>34</sup> Diese Einschränkungen

26) Zeiler, Schiedsverfahren, 2. Auflage 2014, § 581 ZPO Rn. 125; H. Schumacher, Unbestimmte Schiedsvereinbarungen und Dissens: Anknüpfungsfragen bei internationalen Schiedsklauseln in der Judikatur des OGH, SchiedsVZ 2006, 54; Melis, in: Rechberger, Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2014, § 581 Rn. 6.

27) OGH 17.11.1971, 8 Ob 233/71; OGH 19.2.2004, 6 Ob 151/03 d; OGH, ecolex 2005/131; OGH, JBl 2006, 726 [Hügel] = RZ-EÜ 2006/365; OGH 23.10.2007, 3 Ob 141/07 t; OGH, RdW 2009/514 = ZIRV-LS 2009/38.

28) OGH, SchiedsVZ 2005, 52 [Schumacher]; OGH, ecolex 2006, 129 = ecolex 2006, 387 [Petsche/Platte] = IPRax 2006, 268 = IPRax 2006, 233 [Geimer].

29) Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, 2011, 3/51.

30) So zum IPRG Verschraegen, in: Rummel, ABGB II/2, 3. Auflage 2002, vor § 35 IPRG Rn. 3.

31) AM Geimer, Internationales Zivilprozessrecht, 7. Auflage 2015, Rn. 3791.

32) Zurückhaltend Koller, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, 2011, 3/74 („denkbar“).

33) Gegen die generelle Zulässigkeit eines Vorausverzichts Melis, in: Rechberger, Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2014, § 595 Rn. 4; Zeiler, Schiedsverfahren, 2. Auflage 2014, § 611 Rn. 54.

34) Vgl. dazu die intensiv geführte literarische Diskussion: Nueber, Der Gesellschafter als Verbraucher im Schiedsverfahren – Schiedsfähigkeit gesellschafts- und stiftungsrechtlicher Streitigkeiten? Aufsichtsrat aktuell 2012, 20, 23; Schifferl/Kraus, § 617 ZPO und Schiedsklauseln in Gesellschaftsverträgen, GesRZ 2011, 341; Stippl, in: Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I, 2011, Rn. 4/133; Terlitzal/Weber, Zur Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten nach dem SchiedsRÄG 2006, ÖJZ 2008, 1; Öhlberger, Sind Schiedsklauseln in GmbH-Gesellschaftsverträgen noch möglich? ecolex 2008, 51; Stippl/Steinhofer, Kein Verbraucherschutz für Gesellschafter im Schiedsrecht, ecolex 2011, 816; F. Schumacher, Der Gesellschafter als Unternehmer – Überlegungen zur Gesellschafterstellung und Unternehmereigenschaft, wbl 2012, 71.

gehen so weit, dass die Schiedsgerichtsbarkeit mit diesen Personengruppen in Österreich praktisch nicht existent ist.<sup>35</sup>

Die Einschränkung der subjektiven Schiedsfähigkeit wird auf der Ebene der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung umgesetzt, indem Schiedsvereinbarungen mit diesen Personengruppen – abseits der Einhaltung der sehr strengen Zulässigkeitsvoraussetzungen – für nicht wirksam erklärt werden. Die fehlende Wirksamkeit führt somit nicht nur dazu, dass der Schiedsspruch wie bei der fehlenden objektiven Schiedsfähigkeit aufgehoben werden kann, sondern dass das Schiedsgericht in Ermangelung einer gültigen Schiedsvereinbarung auch nicht zuständig ist.

Die Wirksamkeit einer Vereinbarung ist Teil des Vertragsstatuts. Sie beurteilt sich daher nach dem Recht, dem der Vertrag unterliegt, wenn man seine Wirksamkeit unterstellt. In einer jüngeren Entscheidung<sup>36</sup> folgte der OGH diesem Grundsatz und erklärte die Frage, ob die Schutzvorschriften für Verbraucher oder Arbeitnehmer zur Anwendung zu bringen sind, als Aspekt des auf den Schiedsvertrag anwendbaren Rechts.<sup>37</sup> Nach dieser Rechtsprechung unterliegt die Qualifikation einer Person als Verbraucher (oder Arbeitnehmer) dem Statut der Schiedsvereinbarung. Damit besteht aber eine Rechtswahlmöglichkeit der Parteien zugunsten eines Rechts, das derartige Beschränkungen nicht kennt. Eine Qualifikation der Beschränkungen der subjektiven Schiedsfähigkeit als zwingende Bestimmung, die sich als Norm der *lex fori* auch gegen das gewählte Recht durchsetzt, kommt nur in Betracht, wenn zumindest eine der Parteien ihren Sitz in Österreich hat oder die Sache sonst einen Österreich-Bezug aufweist, etwa wenn sich der gewöhnliche Arbeitsort des Arbeitnehmers in Österreich befindet.

### 3. Vom Schiedsvereinbarungsstatut ausgenommene Bereiche

#### a) Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit

Die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsfähigkeit einer Person zum Abschluss einer Vereinbarung untersteht nicht dem auf den Vertrag anwendbaren Recht, sondern gemäß § 12 IPRG dem Personalstatut der handelnden Person. Dies gilt auch für Schiedsvereinbarungen.<sup>38</sup> Das Personalstatut ist bei natürlichen Personen ihre Staatsangehörigkeit, bei juristischen Personen ihr Sitz. Insbesondere entscheidet das Gesellschaftsstatut bei der juristischen Person, welche Organe zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung berechtigt sind und welche internen Zustimmungen sie dazu einzuhalten haben.

#### b) Rechtsgeschäftliche Vollmacht

Die Vollmacht zum Abschluss des Vertrags untersteht nicht automatisch dem Recht, dem der Vertrag selbst untersteht. Die Rom I-VO kommt infolge der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 1 lit. e nicht zur Anwendung.<sup>39</sup> In diese Lücke tritt § 49 IPRG, der eine Sonderrangknüpfung für die rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht vorsieht. Demnach bestimmt sich Erteilung und Wirkung der Vollmacht gegenüber dem Dritten nach dem Recht, das der Vollmachtgeber bestimmt hat (Rechtswahl). Fehlt es an einer Bestimmung des Rechts, so unterliegt die Vollmacht dem Recht des Staates, in dem diese tatsächlich verwendet wird. Die

Rechtswahl durch den Vollmachtgeber muss hierbei nicht ausdrücklich erfolgen, Schlüssigkeit genügt.<sup>40</sup>

Fehlt es an einer ausdrücklichen Bestimmung und wird die Vollmacht zum Abschluss eines bestimmten Vertrags erteilt, so entspricht es in der Regel dem Willen des Vollmachtgebers, dass die Vollmacht demselben Recht wie der durch sie abzuschließende Vertrag unterliegt. Dessen Statut wird somit auf die Vollmacht erstreckt.<sup>41</sup> In Bezug auf den Abschluss von Schiedsvereinbarungen im Vollmachtsweg führt dies zu dem Ergebnis, dass die Vollmacht demselben Recht unterliegt wie die abzuschließende Schiedsvereinbarung. Für eine prozessuale Sonderanknüpfung an den Schiedsort bleibt kein Raum.<sup>42</sup> Soweit sich das auf die Schiedsvereinbarung anwendbare Recht aus der Rechtswahl im Hauptvertrag herleitet, bestimmt somit das dort gewählte Recht auch das Vollmachtsstatut.

Soweit österreichisches Recht als Vollmachtsstatut berufen ist, ist die Vorschrift des § 1008 Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) zu beachten. Demnach bedarf es zum Abschluss einer Schiedsvereinbarung einer Spezialvollmacht, eine generelle Vollmacht genügt nicht.<sup>43</sup> Eine handelsrechtliche Handlungsvollmacht deckt dagegen den Abschluss einer Schiedsvereinbarung gemäß § 54 Abs. 1 Unternehmensgesetzbuch (UGB) mit ab.<sup>44</sup>

#### c) Form

Ebenso unterliegt die Form nicht automatisch dem Vertragsstatut, sondern ist ebenfalls gesondert anzuknüpfen.<sup>45</sup> Die Ermittlung des anwendbaren Rechts hat hierbei kollisionsrechtlichen Grundsätzen zu folgen, nicht prozessrechtlichen.<sup>46</sup> Nach § 8 IPRG unterliegt die Form eines Vertrags grundsätzlich dem auf den Vertrag anwendbaren Recht, sie deckt sich somit mit dem Vertragsstatut. Alternativ genügt im Sinne eines *favor validitatis* auch die Einhaltung der Ortsform. Beide Anknüpfungsvarianten sind gleichwertig.<sup>47</sup> Im Bereich der internationalen Schiedsvereinbarungen rückt die Vorschrift des § 8 IPRG jedoch in

35) Reiner, Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht, GesRZ 2007, 151, 168.

36) OGH, EvBl LS 2014/62 = ÖJZ 2014/58 (381) [Schumacher] = eolex 2014/166 = GesRZ 2014, 193 = ÖBA 2014/2026 = RZ -EU 2014/106.

37) Krit. Czernich, Anwendbares Recht zur Bestimmung der Verbrauchereigenschaft im Schiedsverfahren, RdW 2014, 251.

38) OGH, JBl 2006, 726 [Hügel] = RZ-EU 2006/365; OGH 23.10.2007, 3 Ob 141/07 t; OGH, RdW 2009/514 = ZfRV-LS 2009/38.

39) OGH 29.5.2012, 9 Ob 18/12 f.

40) Verschraegen, in: Rummel, ABGB II/2, 3. Auflage 2002, vor § 49 IPRG Rn. 7.

41) OGH, eolex 2006, 129 = eolex 2006, 387 [Petsch/Platte] = IPRax 2006, 268 = IPRax 2006, 233 [Geimer].

42) So aber Hausmaninger, in: Fasching/Konecny, ZPO IV, 2. Auflage 2007, § 583 Rn. 91 und Mänhardt, Vollmachtsstatut beim Schiedsvertrag, in: Festschrift Ostheim zum 65. Geburtstag, 1990, 651, 663.

43) Vgl. Koller, Abschluss von Schiedsvereinbarungen durch rechtsgeschäftliche Vertreter – Probleme de lege lata, eolex 2011, 878, 879.

44) OGH, JBl 2006, 726 [Hügel].

45) Verschraegen, in: Rummel, ABGB II/2, 3. Auflage 2002, vor § 35 IPRG Rn. 3.

46) Böhm, Rechtsschutzformen im Spannungsfeld zwischen *lex fori* und *lex causae*, in: Festschrift Fasching zum 65. Geburtstag, 1988, 107, 135; Krilyszyn/Bajons, Zur Internationalisierung des österreichischen Schiedsrechts, in: Jahrbuch für die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit I, 1987, 234, 237; a. A. (für prozessrechtliche Qualifikation) Mänhardt, Schiedsklauseln und anwendbares Recht, in: Festschrift Hofer-Zeni zum 60. Geburtstag, 1998, 203, 208.

47) OGH, SZ 59/27 = EvBl 1987/14 (83) = ZfRV 1987, 199 [Rechberger].