

# Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht

herausgegeben von

**Hon.-Prof. Dr. Dietmar Czernich, LL.M.**

CHG Rechtsanwälte, Innsbruck

und

**Univ.-Prof. Dr. Friedrich Rüffler, LL.M.**

Universität Wien



Wien 2022

MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

## **Schiedsklauseln in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen**

### **Zur Zulässigkeit und praktischen Problemen bei der Durchsetzung**

#### **Übersicht:**

- I. Einleitung
- II. Zur Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen?
  - A. Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten betreffend Organwalter
  - B. Beschränkung der Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen
    1. Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen in Bezug auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche
    2. Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern einer AG und sonstigen Organwaltern, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich sind
  - C. Geltung der besonderen Erfordernisse nach § 617 Abs 2 ff ZPO?
- III. Probleme bei der praktischen Umsetzung von Schiedsklauseln in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen
  - A. Komplikationen durch eine Schiedsklausel bei Vorliegen einer Schuldnermehrheit
  - B. Folgen einer Schiedsklausel für den D&O-Versicherungsschutz
- IV. Zusammenfassung und abschließende Bemerkungen

### **I. Einleitung**

Der gegenständliche Beitrag setzt sich mit Schiedsklauseln in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen auseinander. Während die grundsätzliche Zulässigkeit solcher Vereinbarungen zwischen dem Organwalter und der Gesellschaft idR zu bejahen ist, können sich in der konkreten Durchführung einer solchen Schiedsvereinbarung beträchtliche Schwierigkeiten ergeben. Diese entstehen weniger im Zusammenhang mit der Durchsetzung anstellungsvertraglicher Ansprüche als bei der Geltendmachung von Schadenersatz gegen Organmitglieder (der auch die Reaktion auf die Geltendmachung anstellungsvertraglicher Ansprüche sein kann) und sind vor allem dem Umstand geschuldet, dass wegen der gesetzlich angeordneten Solidarhaftung mehrerer Geschäftsleiter und wegen des häufigen Bestehens einer D&O-Versicherung

Dritte als Adressaten von Regress- bzw Freistellungsansprüchen in Betracht kommen, die oft selbst keine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben und daher auch nicht ohne eigene Zustimmung jenem Regime unterworfen werden können, das bei Streitverkündung in einem staatlichen Gerichtsverfahren gilt.<sup>1)</sup> Neben der Bindungswirkung des Schiedsspruchs geht es bei der Einbeziehung Dritter in das Schiedsverfahren auch um die Unterbrechung der Verjährung bei Streitverkündung, die in Österreich in Bezug auf Regressansprüche freilich ein wesentlich geringeres Problem ist als in Deutschland, handelt es sich beim Regressanspruch doch idR um einen Anspruch sui generis, der nicht bereits mit dem zugrundeliegenden Anspruch verjährt.<sup>2)</sup> An die sich daraus ergebenden – vor allem für das beklagte Organmitglied gravierenden – Probleme denken die Beteiligten bei Abschluss der (im Anstellungsvertrag enthaltenen) Schiedsvereinbarung typischer Weise gar nicht.<sup>3)</sup> Da Schiedsverfahren nicht öffentlich sind (soweit die Parteien nicht bestimmte Offenlegungsregeln vereinbaren), fallen insbesondere bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen Geschäftsleiter idR jene Bedenken weg, die Gesellschaften manchmal von der Beschreitung des Rechtsweges abhalten mögen, nämlich drohende Reputationsverluste durch mediale Berichterstattung. Der mit Schiedsverfahren verbundene höhere Verfolgungsdruck auf den Aufsichtsrat<sup>4)</sup> ist (in erster Linie) für das Vorstandmitglied/den Geschäftsführer nachteilig.<sup>5)</sup> Bezieht man bei der Vorteils-Nachteils-Analyse von Schiedsverfahren die Kosten ein, so übersteigen jene im Schiedsverfahren – was insbesondere für dreiköpfige Ad-hoc-Schiedsgerichte gilt – idR die Kosten staatlicher Gerichtsverfahren.<sup>6)</sup> Dem steht ein in komplexen Streitigkeiten idR zum Tragen kommender Kompetenzvorteil des Schiedsgerichtes gegenüber

---

<sup>1)</sup> Vgl zB jüngst instruktiv *U. Schäfer/F. Schäfer*, Schiedsklauseln in Vorstandsverträgen – Segen oder Fluch? in FS Triebel (2021) 265 (265 ff).

<sup>2)</sup> *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 896 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at) Rz 2 und 19.

<sup>3)</sup> Realistischer und praxisnaher Befund auch von *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 279 f.

<sup>4)</sup> Diese Annahme gilt zumindest in jenen Fällen, in denen ein Verwalter fremden Vermögens, wie eben der Aufsichtsrat, über die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen entscheidet. Der BGH sprach im Rahmen der Entscheidung vom 21. 4. 1997 zu II ZR 175/95 („ARAG/Garmenbeck“) aus, dass es dem Aufsichtsrat einer AG oblige, eigenverantwortlich das Bestehen von Schadenersatzansprüchen gegenüber Vorstandsmitgliedern zu prüfen. Sofern Schadenersatzansprüche bestehen, sei der Aufsichtsrat verpflichtet, diese zu verfolgen, soweit nicht gewichtige, zumindest gleichwertige Gründe der Gesellschaft dagegensprechen, wozu auch der (drohende) Ansehensverlust in der Öffentlichkeit gehöre.

<sup>5)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 278.

<sup>6)</sup> Bei exorbitant hohen Streitwerten können die nicht gedeckelten und in jeder weiteren Instanz trotz immer geringer werdenden Verfahrensaufwandes nochmals steigenden gerichtlichen Pauschalgebühren das Verhältnis umkehren.

und meist auch die größere Schnelligkeit des eininstanzlichen Schiedsverfahrens.<sup>7)</sup>

Schiedsvereinbarungen in Geschäftsführer- und Vorstandsverträgen sind in Österreich sehr selten anzutreffen. Vereinzelt kommen sie im Rahmen von Auflösungsvereinbarungen vor.

## II. Zur Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen

### A. Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten betreffend Organwalter

Die objektive Schiedsfähigkeit richtet sich nach § 582 Abs 1 Satz 1 ZPO und besteht für jeden vermögensrechtlichen Anspruch, über den von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist. Vermögensrechtliche Ansprüche sind solche, die auf vermögensrechtlichen Rechten beruhen oder eng mit solchen verbunden sind, sowie Ansprüche, die auf eine vermögensrechtliche Leistung gerichtet sind, wobei es keinen Unterschied macht, ob die Ansprüche mittels Leistungs-, Feststellungs- oder Rechtsgestaltungsklage verfolgt werden.<sup>8)</sup>

Basis möglicher Streitigkeiten zwischen der Gesellschaft und ihren Organwaltern können ua sein: das anstellungsvertragliche Entgelt (zB weil über die Berechtigung einer vorzeitigen Vertragsbeendigung Uneinigkeit herrscht, die Berechnung variabler Bezüge strittig ist oder die Gesellschaft die Rückforderung auf der Grundlage einer Claw-back-Klausel geltend macht), die Einhaltung nachvertraglicher Pflichten (zB Wettbewerbsverbot, Geheimhaltungsverpflichtung), vor allem aber Schadenersatzansprüche der Gesellschaft oder – insbesondere im Fall von Vorstandsmitgliedern (wo das Gesetz anders als bei GmbH-Geschäftsführern einen wichtigen Grund verlangt)<sup>9)</sup> – die Abberufung, mit der unmittelbar oder mittelbar<sup>10)</sup> die Beendigung des Anstellungs-

---

<sup>7)</sup> Vgl G. Schima/Eichmeyer, Zur (Un-)Zulässigkeit von Schiedsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsdiensverträgen nach dem SchiedsRÄG 2006, RdW 2008, 723 (723 f).

<sup>8)</sup> Schifferl in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Handbuch Schiedsrecht (2018) Rz 7.37 ff; s auch Pitkowitz, The Arbitrability of Corporate Disputes under Austrian Law – Still Open Questions? in Klausegger/Klein/Kremslehner/Petsche/Pitkowitz/Power/Welser/Zeiler (Hrsg), Austrian Yearbook on International Arbitration 2014 (2014) 33; Sindelar in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer (Hrsg), Handbuch Schiedsrecht (2018) Rz 21.8.

<sup>9)</sup> Vgl einerseits § 75 Abs 4 AktG und andererseits § 16 Abs 1 GmbHG.

<sup>10)</sup> Das kann sein, weil die Abberufung automatisch zu einer Beendigung des Vorstandsvertrages führt (Koppelungsklausel) oder weil der im Falle einer beschränkten Abberufbarkeit (zB Vorstandsmitglieder einer AG, vgl § 75 Abs 4 AktG) zur Abberufung berechtigende wichtige Grund gleichermaßen zur vorzeitigen Beendigung des

vertrages einhergeht. Bezugnehmend auf das oben Gesagte zur objektiven Schiedsfähigkeit ist von der Schiedsfähigkeit dieser Streitigkeiten auszugehen. So wird die Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über Ersatzansprüche oder über die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers explizit bejaht.<sup>11)</sup> Allein die Schiedsfähigkeit der Bekämpfung des Abberufungsbeschlusses eines AG-Aufsichtsrates wird im österreichischen Schrifttum – soweit überblickbar – kaum bzw zumindest nicht explizit erwähnt.<sup>12)</sup>

Anders verhält es sich in Deutschland, wo es ein breites Meinungsspektrum der Befürworter<sup>13)</sup> und Gegner der Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten über die Bekämpfung des Abberufungsbeschlusses gibt.<sup>14)</sup> Die gegen die Schiedsfähigkeit des Organverhältnisses und damit von Streitigkeiten über die Anfechtung oder Nichtigkeitsfeststellung des Abberufungsbeschlusses des Aufsichtsrates ins Treffen geführten Argumente<sup>15)</sup> vermögen jedoch allesamt nicht zu überzeugen und sind artifiziell. Mitnichten wird durch die Zulassung der Schiedsfähigkeit und der Entscheidung durch ein Schiedsgericht das Organgefüge der AG durcheinander gebracht bzw eine „vierte Instanz“ neben den drei vorhandenen Organen installiert.<sup>16)</sup> Denn es geht in Wahrheit um Rechtmäßigkeitskontrolle, die dem Schiedsgericht übertragen wird.<sup>17)</sup> Unzutreffend

Vorstandsvertrages wegen Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Vertragsverhältnisses berechtigt.

<sup>11)</sup> Siehe *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer* (Hrsg), Handbuch Schiedsrecht (2018) Rz 22.6; *Nueber/Konzett*, Schiedsfähigkeit, in *Nueber* (Hrsg), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit und ADR (2021) Rz 41 und 54; *Reich-Rohrwig*, Tücken gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln, in FS H. Torggler (2013) 988 f; *Stipl*, Sonderfall Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg), Schiedsverfahrensrecht I (2012) Rz 4/144.

<sup>12)</sup> So bejahen *Nueber/Konzett* in *Nueber*, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit und ADR Rz 64 unter Verweis auf *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsarrangierungen in Stiftungserklärungen Rz 3/357 und *Koller*, ebenda, unter Verweis auf *Koppensteiner/Rüffler*, GmbHG<sup>3</sup> (2007) § 16 Rz 26, die sich der Sache nach auf den GmbH-GF beziehen, allgemein die objektive Schiedsfähigkeit der Abberufung von Gesellschaftsorganen bei Kapitalgesellschaften und erfassen damit auch Vorstandsmitglieder einer AG. Eine explizite Erwähnung von Vorstandsmitgliedern findet sich allerdings nicht.

<sup>13)</sup> Vgl die Nachweise bei *J. H. Bauer/Arnold/Kramer*, Schiedsvereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern, AG 2014, 677 (682) FN 45.

<sup>14)</sup> Vgl für alle *J. H. Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (681 f) mwN.

<sup>15)</sup> Vgl zB *Spindler* in *MüKo AktG*<sup>4</sup> (2014) § 84 Rz 132; *Mertens/Cahn* in *Köln-Komm AktG*<sup>3</sup> (2010) § 84 Rz 99; *Hommelhoff*, Der aktienrechtliche Organstreit – Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit, ZHR 143 (1979) 288 (312); *Lutter/Krieger*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>5</sup> (2008) Rz 376; unentschieden dagegen die Folgeauflage *Lutter/Krieger/Verse*, Rechte und Pflichten des Aufsichtsrates<sup>6</sup> (2014) Rz 375.

<sup>16)</sup> IdS *Spindler* in *MüKo AktG*<sup>4</sup> § 84 Rz 132; *Hommelhoff*, ZHR 143, 312.

<sup>17)</sup> Zutr *Beiner* in *Beiner/Braun*, Der Vorstandsvertrag<sup>2</sup> (2014) Rz 686; *Vollmer*, Unternehmensverfassungsrechtliche Schiedsgerichte, ZGR 1982, 15 (31); zust *J. H. Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (682). Damit wird gleichzeitig deutlich, dass dem Schieds-

ist auch die Sichtweise, Streitigkeiten über die Wirksamkeit der Abberufung seien nicht schiedsfähig, weil es sich dabei nicht um „vermögensrechtliche“ iSd § 1030 dZPO handle. Das ist vielmehr sehr wohl der Fall (dazu unten). Es sind auch keine Gründe ersichtlich, die eine andersartige Behandlung der Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abberufung von Vorstandsmitgliedern gegenüber Streitigkeiten über die Abberufung von (Gesellschafter-)Geschäftsführern<sup>18)</sup> rechtfertigen würden. Ginge man davon aus, dass Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abberufung eines Vorstandsmitgliedes durch den Aufsichtsrat nicht schiedsfähig wären, müsste bei Vorhandensein einer Schiedsklausel das Vorstandsmitglied den Aufsichtsratsbeschluss im ordentlichen Gerichtsverfahren bekämpfen und die finanziellen Ansprüche im Anschluss vor dem Schiedsgericht durchsetzen, was jedenfalls ein Mehr an Aufwand und Zeit bedeuten und außerdem die Gefahr divergierender Entscheidung herbeiführen würde. Da nicht nur Ansprüche schiedsfähig sind, die auf vermögensrechtlichen Rechten beruhen, sondern auch solche, die derartigen Rechten sehr nahe stehen (s dazu schon oben),<sup>19)</sup> besteht kein Grund, an der Schiedsfähigkeit von Streitigkeiten im Zusammenhang mit der Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer AG zu zweifeln.

---

gericht insoweit von den Parteien auch nicht die Befugnis zu einer Billigkeitsentscheidung eingeräumt werden kann.

<sup>18)</sup> Nur bei Gesellschafter-Geschäftsführern, die zudem im Gesellschaftsvertrag bestellt sind, kann gem § 16 Abs 3 GmbHG die Abberufung auf wichtige Gründe beschränkt und damit im Ergebnis ein Zustand hergestellt werden, der dem bei der immer begründungsbedürftigen Abberufung von Vorstandsmitgliedern einer AG entspricht.

<sup>19)</sup> Das Naheverhältnis wird besonders deutlich, wenn eine sogenannte anstellungsvertragliche „Koppelungsklausel“ existiert, die dazu führt, dass bei jeder begründeten (selbst nicht verschuldeten) Abberufung der Anstellungsvertrag sofort endet (vgl zu Koppelungsklauseln ausführlich *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften [1991] 181 ff; *G. Schima*, Der Aufsichtsrat als Gestalter des Vorstandsverhältnisses [2016] Rz 414 ff). Aber auch ohne Koppelungsklausel ist der Zusammenhang zwischen bloßer Bekämpfung der Abberufung durch Anfechtung des Aufsichtsratsbeschlusses und vermögensrechtlichen Ansprüchen evident, weil bei Abberufung wegen (grober) Pflichtwidrigkeit der Anstellungsvertrag fristlos aufgelöst werden kann (*Runggaldier/G. Schima*, Manager-Dienstverträge<sup>4</sup> [2014] 131; *G. Schima*, Aufsichtsrat Rz 489) und das Vorstandsmitglied dadurch substantielle Ansprüche verliert und weil darüber hinaus Vorstandsverträge in den letzten Jahren vermehrt Kündigungsklauseln beinhalten, die selbst bei unverschuldeter Abberufung (zB bei Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung gem § 75 Abs 4 letzter Fall AktG) die Kündigung des Anstellungsvertrages mit einer Frist von ein paar Monaten vorsehen und damit – sonst bestehende – Ansprüche für eine darüber hinausgehende Restlaufzeit ausschließen (vgl zu Kündigungsklauseln schon *Runggaldier/G. Schima*, Die Rechtsstellung von Führungskräften [1991] 177 f; *G. Schima*, Aufsichtsrat Rz 411 ff; § 2 Abs 3 Z 1 lit b VertragsschablonenVO der BReg schreibt für der Rechnungshofkontrolle unterliegende Gesellschaften Kündigungsklauseln mit sechsmonatiger Frist zum Ende eines Quartals sogar explizit vor; vgl zu diesen verfassungsrechtlich hochbedenklichen Einschränkungen der Vertragsfreiheit umfassend *G. Schima*, Aufsichtsrat Rz 186 ff, 192 ff).

## B. Beschränkung der Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen

### 1. Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen in Bezug auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche

§ 617 ZPO enthält verschiedene Vorgaben betreffend den Abschluss von Schiedsvereinbarungen mit Verbrauchern, wie zB die Unzulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen, aber auch bestimmte Formerfordernisse. Für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche<sup>20)</sup> besteht ebenso eine Sonderregelung, nämlich § 618 ZPO, wobei davon ausgegangen werden kann, dass § 618 ZPO gegenüber § 617 ZPO *lex specialis* ist.<sup>21)</sup>

Über die Anordnung des § 618 ZPO<sup>22)</sup> finden Teile der Vorgaben des § 617 ZPO Anwendung auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche. Nicht davon betroffen ist § 617 Abs 1 ZPO, das Verbot von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen. Dass im Ergebnis sehr wohl ein Verbot von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche gilt, ergibt sich nicht aus der ZPO, sondern aus dem ASGG. Denn § 9 Abs 2 ASGG verbietet Ex-ante-Schiedsvereinbarungen zwischen Arbeitnehmern/Arbeitnehmerähnlichen und Arbeitgebern. Von diesem Verbot sind Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von Kapitalgesellschaften (!) *ex lege* ausgenommen. Dh in diesen Fällen können Ex-ante-Schiedsvereinbarungen abgeschlossen werden. Die Einschränkung auf Kapitalgesellschaften führt zu einer problematischen Ungleichbehandlung von Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft.<sup>23)</sup> Vor-

<sup>20)</sup> Der betroffene bzw geschützte Personenkreis ergibt sich daraus, dass § 618 ZPO auf „Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG“ abstellt und dieser aufgrund der Gleichstellung von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerähnlichen gem § 51 Abs 3 Z 2 ASGG für Zwecke des ASGG ebenso Streitigkeiten von Arbeitnehmerähnlichen mit Bezug zu deren Tätigkeit erfasst, sodass im Ergebnis „Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs 1 ASGG“ auch Rechtssachen von Arbeitnehmerähnlichen sind und insofern § 618 ZPO neben Arbeitnehmern die Gruppe der Arbeitnehmerähnlichen betrifft.

<sup>21)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (728).

<sup>22)</sup> „Für Schiedsverfahren in Arbeitsrechtssachen nach § 50 Abs. 1 ASGG gilt § 617 Abs. 2 bis Abs. 8 und Abs. 10 und 11 sinngemäß, wobei an die Stelle der die Gerichtsbarkeit in bürgerlichen Rechtssachen ausübenden Landesgerichte die Landesgerichte als Arbeits- und Sozialgerichte treten, an die Stelle des Handelsgerichts Wien das Arbeits- und Sozialgericht Wien; das Verfahren über die Klage auf Aufhebung eines Schiedsspruchs und die Klage auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schiedsspruchs richtet sich nach den Bestimmungen des Arbeits- und Sozialgerichtsgesetzes. Der Oberste Gerichtshof entscheidet durch einen nach den Grundsätzen der §§ 10 ff. ASGG zusammengesetzten Senat.“

<sup>23)</sup> Für Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung kommt eine Ungleichbehandlung streng dem Wortlaut folgend zwar ebenfalls in Frage, kann aber faktisch eher ausgeschlossen werden, weil ein Vorstandsmitglied einer Privatstiftung wegen der gesetzlich vorausgesetzten und durch den OGH (zB durch Statuierung einer dreijährigen Mindestbestellungsdauer) noch verstärkten Unabhängigkeit grds nicht Arbeitnehmer

standsmitglieder einer Genossenschaft sind aufgrund ihrer Weisungsabhängigkeit in der Regel zwar Arbeitnehmer, sodass sie unter § 618 ZPO fallen, aber sie sind nicht von der Ausnahme des § 9 Abs 2 ASGG erfasst, weil eine Genossenschaft keine Kapitalgesellschaft ist. Diese Ungleichbehandlung von GmbH-Geschäftsführern und Vorstandsmitgliedern einer Genossenschaft entbehrt uE einer sachlichen Rechtfertigung, sodass eine analoge Anwendung des § 9 Abs 2 ASGG auf Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft und damit die Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen zu bejahen ist.<sup>24)</sup> Ob der OGH dieser Ansicht folgen würde, kann schwer prognostiziert werden, sodass ein Restrisiko für die Parteien der Schiedsvereinbarung hinsichtlich deren Wirksamkeit verbleibt.

Außerdem bestehen folgende Sonderfälle: Vorstandsmitglieder einer AG und Gesellschafter-Geschäftsführer mit substantieller Beteiligung sind weder von § 618 ZPO noch von § 9 Abs 2 ASGG erfasst, sodass die Frage der Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen nach anderen Maßstäben beantwortet werden muss. Selbiges gilt für Vorstandsmitglieder einer Privatstiftung und einer Sparkasse, die üblicherweise auch nicht als Arbeitnehmer bzw arbeitnehmerähnlich zu qualifizieren sind (zum Stiftungsvorstand s FN 23).

## **2. Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen mit Vorstandsmitgliedern einer AG und sonstigen Organwaltern, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich sind**

Der Sache nach geht es u.a. um Vorstandsmitglieder einer AG oder einer Privatstiftung, Geschäftsführer einer GmbH mit einer signifikanten Eigenbeteiligung sowie um Vorstandsmitglieder einer Sparkasse, die allesamt idR

---

sein kann (*Arnold*, PSG<sup>4</sup> [2022] § 15 Rz 111) und – orientiert man sich an der einschlägigen Rsp des OGH zu AG-Vorstandsmitgliedern – auch nicht arbeitnehmerähnlich. Für eine – in der Praxis schon wegen § 15 Abs 2 PSG (Unvereinbarkeit von Vorstands- und Begünstigtenstellung) eher seltene – Konstellation kann dieser Befund freilich hinterfragt werden: Wenn sich nämlich der Stifter selbst zum Vorstandsmitglied (gar auf Lebenszeit) bestellt und sich außerdem mit einem von der hA für zulässig gehaltenen Alleinentscheidungsrecht ausstattet (vgl die Nachweise bei *Arnold*, PSG<sup>4</sup> § 117 Rz 31, der diese Ansicht selbst aber mittlerweile – auch unter Berufung auf die Ausführungen von *G. Schima*, Der Vorstandsvorsitzende als „Über-Vorstand“? GES 2010, 260 [264] zum AG-Vorstand – zutr ablehnt), dann entstünde zwischen dem Stifter-Vorstandsmitglied bzw Vorstandsvorsitzenden und den anderen Vorstandsmitgliedern ein Über- und Unterordnungsverhältnis, das es nahelegen würde, ein Arbeitsverhältnis oder – bei entsprechender wirtschaftlicher Abhängigkeit von der Position – zumindest Arbeitnehmerähnlichkeit der anderen Vorstandsmitglieder zu bejahen oder zumindest für möglich zu halten. Überzeugend ist aber die Ansicht, einem solchen Alleinentscheidungsrecht wegen der Unvereinbarkeit mit der Unabhängigkeit und grundsätzlichen Weisungsfreiheit des Stiftungsvorstandes – ebenso wie in der AG – die Anerkennung zu versagen.

<sup>24)</sup> So auch *Reich-Rohrwig* in FS H. Torggler 1018.

weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich sind.<sup>25)</sup> Für diese Personen stellt sich die Frage, ob sich eine Beschränkung der Zulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen aus § 617 Abs 1 ZPO ergibt, der eben solche Vereinbarungen untersagt. Wesentliche Voraussetzung ist, dass es sich bei den betroffenen Organwaltern um Verbraucher handelt.

#### **a) Zur Verbrauchereigenschaft von Organwaltern, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich sind**

§ 617 ZPO gelangt auf „Verbraucher“ zur Anwendung. Der Begriff des Verbrauchers will bei einer ersten – eher wirtschaftlich orientierten – Einschätzung nicht so ganz auf Vorstandsmitglieder von Aktiengesellschaften und Sparkassen passen, die weisungsfrei und eigenverantwortlich das Unternehmen führen und Arbeitgeberfunktion ausüben. Aber auch der Unternehmerbegriff ist problematisch, weil es sich bei Vorstandsmitgliedern typischer Weise um Verwalter fremden Vermögens handelt. Doch eine von beiden Alternativen – Verbraucher oder Unternehmer – muss es sein, denn die beiden Begriffe sind als binäres System aufgebaut: Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt, und wer kein Unternehmer ist, ist Verbraucher. Die Begriffsdefinitionen von § 1 UGB bzw § 1 Abs 1 Z 1 KSchG und § 1 Abs 1 Z 2 KSchG kennen keinen Graubereich.<sup>26)</sup>

Die Tätigkeit eines Geschäftsführers bzw Vorstandsmitgliedes liegt grundsätzlich im Betrieb eines fremden Unternehmens; die Frage ist also, ob Mitglieder eines Leitungsorganes – auch – ein eigenes Unternehmen betreiben. Vom Betrieb eines eigenen Unternehmens ist jedenfalls dann auszugehen, wenn der Organwalter über eine signifikante Beteiligung verfügt. So hat der OGH einen Alleingesellschafter-Geschäftsführer als Unternehmer qualifiziert sowie Gesellschafter-Geschäftsführer mit einer Beteiligung von 50 %.<sup>27)</sup> Sogar 40 % ließ der OGH genügen, um einen Gesellschafter-Geschäftsführer als Unternehmer zu qualifizieren. Freilich erforderte der Gesellschaftsvertrag regelmäßig eine Dreiviertel-Mehrheit für Beschlüsse, sodass der Gesellschafter-Geschäftsführer über eine Sperrminorität verfügte.<sup>28)</sup> Diskutabel ist es, auch eine geringere Beteiligungshöhe ausreichen zu lassen, um Unternehmereigen-

<sup>25)</sup> Vgl betreffend die fehlende AN-Eigenschaft von Vorstandsmitgliedern einer Aktiengesellschaft *Runggaldier/G. Schima*, Führungskräfte 1 ff; *G. Schima*, Die Begründung, Gestaltung und Beendigung der Vorstandstätigkeit durch den Aufsichtsrat, in *Kalss/Kunz* (Hrsg), Handbuch für den Aufsichtsrat<sup>2</sup> (2016) Rz 81 ff und zur (laut OGH) fehlenden Arbeitnehmerähnlichkeit Rz 85 ff.

<sup>26)</sup> Vgl zur Maßgeblichkeit der Definitionen des § 1 Abs 1 Z 1 und 2 KSchG ua *Hausmaninger in Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV/2<sup>3</sup> (2016) § 617 ZPO Rz 22; *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2008, 723 (725); *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 22.30 mwN.

<sup>27)</sup> OGH 11. 2. 2002, 7 Ob 315/01a; 24. 6. 2010, 6 Ob 105/10z.

<sup>28)</sup> OGH 28. 2. 2018, 6 Ob 14/18d.

schaft zu begründen.<sup>29)</sup> Greift man auf die arbeitsrechtliche Rsp zur Frage der Qualifikation von Gesellschafter-Geschäftsführern als Arbeitnehmer<sup>30)</sup> zurück, ergibt sich freilich keine niedrigere Schwelle, weil der OGH bei Fehlen einer – nur in der GmbH möglichen – von den Kapitalanteilen abweichenden Teilhabe an der Willensbildung die Arbeitnehmereigenschaft grds erst bei einer 50 %igen Beteiligung verneint.<sup>31)</sup> Eine starre Grenze der erforderlichen Beteiligungshöhe ist bei der GmbH wegen § 39 Abs 2 GmbHG nicht möglich, der eine abweichende Gewichtung von Stimmrechten und Beteiligungshöhe zulässt. Wägt man alles ab, dann ist es überzeugender, auch bei der Ermittlung der Unternehmer- oder Verbrauchereigenschaft bei Auseinanderlaufen von Eigentum am Kapital und Einfluss auf die Willensbildung (dh Anzahl der Stimmrechte) auf letzteren abzustellen. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass Unternehmereigenschaft die Führung eines eigenen Unternehmens voraussetzt. Denn dafür ist das Eigentum an den Betriebsmitteln nicht erforderlich – man denke an Pacht und Betriebsführungsverträge. Vielmehr geht es um die Befugnis der Verfügung über das Unternehmen.

Auch das Vorstandsmitglied einer AG kann nach Maßgabe einer substantiellen Eigenbeteiligung als Unternehmer qualifiziert werden.<sup>32)</sup> Folgt man der Rsp zum GmbH-Geschäftsführer, muss man mangels gesetzlicher Entkoppe-

---

<sup>29)</sup> So schlägt *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 22.26 eine Beteiligungshöhe von mind 25 % vor. *Kalss* bezieht sich in Rz 22.41 betreffend die 25 %-Schwelle (ebenso wie *Sindelar* aaO Rz 21.34) ua auf OGH 24. 4. 2012, 2 Ob 169/11h, der freilich die gegenteilige Meinung vertritt: „Der Senat hält es für die Unternehmerqualifikation eines (hier geschäftsführenden) GmbH-Gesellschafters für erforderlich, dass dieser die Mehrheit der Geschäftsanteile oder zumindest 50 % hievon (vgl 6 Ob 105/10z) hält. Eine geringere Beteiligung (ohne gesellschaftsvertraglich eingeräumte Sperrminorität) verschafft dem Gesellschafter typischerweise keinen entscheidenden Einfluss auf die Geschäftsführung. Die Ansätze Karollus' und Heidingers, Gesellschafter schon bei einem Geschäftsanteil von 20 bzw 25 % als Unternehmer im Sinne des KSchG zu qualifizieren, vermögen nicht zu überzeugen.“

<sup>30)</sup> Das Prüfungskonzept ist grundsätzlich ein unterschiedliches, aber im Ergebnis geht es jeweils um die Frage der Selbständigkeit. So wird in der arbeitsrechtlichen Rsp üblicherweise das Vorliegen der Tatbestandsmerkmale eines Arbeitsverhältnisses geprüft und in Ermangelung ihres Vorliegens bzw Überwiegens Selbständigkeit angenommen. Beim Begriffspaar Verbraucher/Unternehmer erfolgt die Prüfung umgekehrt – hier wird zuerst die Unternehmereigenschaft geprüft (diese würde thematisch der Selbständigkeit im arbeitsrechtlichen Kontext entsprechen) und bei Fehlen derselben auf die Verbrauchereigenschaft geschlossen.

<sup>31)</sup> Vgl OGH 20. 10. 2021, 9 ObA 70/21s: „Ein derartiger Einfluss ist nicht nur dann zu bejahen, wenn der Gesellschafter-Geschäftsführer über die Mehrheit der Gesellschaftsanteile verfügt, sondern auch wenn die Beteiligung zwar geringer als 50 % ist, ihm aber aufgrund des Gesellschaftsvertrags eine Sperrminorität zusteht, die ihn befähigt, Beschlüsse der Generalversammlung in den für seine persönliche Abhängigkeit wesentlichen Angelegenheiten zu verhindern.“

<sup>32)</sup> *G. Schima*, Aufsichtsrat Rz 438; *Reich-Rohrwigl/Szilagy* in *Artmann/Karollus* (Hrsg), AktG II<sup>6</sup> Anhang zu § 75 Vorstands-Anstellungsvertrag Rz 111 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Stippl* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I

lungsmöglichkeit nach dem Vorbild von § 39 Abs 2 GmbHG folgern, dass erst bei Bestehen einer „Sperrminorität“, dh bei zumindest 50 %iger Beteiligung am Grundkapital der Gesellschaft, Unternehmereigenschaft vorliegt. Zumindest rechtspolitisch ist das uE deutlich überschießend.

Fraglich ist aber, ob die ganz hM in Österreich und Deutschland nicht überhaupt hinterfragenswert ist, wonach Vorstandsmitglieder einer AG ohne Beteiligung oder mit geringer Beteiligung bei Abschluss des eigenen Anstellungsvertrages als Verbraucher eingestuft werden.<sup>33)</sup> Nimmt man nämlich die Rsp des OGH zur fehlenden Arbeitnehmereigenschaft und fehlenden Arbeitnehmerähnlichkeit von Vorstandsmitgliedern einer AG ernst, ließe sich auf dieser Basis uU auch die Unternehmereigenschaft von Vorstandsmitgliedern begründen. Wenn der OGH betont, dass Vorstandsmitglieder funktional Arbeitgeber seien und die Arbeitgeber- und Unternehmerfunktion ausübten, dann wäre es zumindest nicht ganz inkonsequent, zu sagen, dass sie Unternehmer und keine Verbraucher sind. Die Selbständigkeit bei der Beurteilung der Arbeitnehmereigenschaft zu bejahen, aber bei der Beurteilung der Verbrauchereigenschaft zu verneinen, ist zwar grundsätzlich möglich, weil es sich um unterschiedliche Rechtsgrundlagen handelt, nach Maßgabe derer die jeweilige Prüfung vorzunehmen ist; restlos überzeugen kann die Differenzierung aber nicht.<sup>34)</sup> Denn aufgrund der durch privatautonome Gestaltung nicht

---

Rz 4/153; *Sindelar* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 21.35.

<sup>33)</sup> *G. Schima*, Aufsichtsrat Rz 438 und FN 1177; *G. Schima* in *Kalss/Kunz*, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/158; *Reich-Rohrwig/Szilagyi* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> Anhang zu § 75 Vorstands-Anstellungsvertrag Rz 111 mwN (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 22.26. Für D *Voit* in *Musielak/Voit* (Hrsg), ZPO<sup>17</sup> (2020) § 1031 Rn 9; *Münch* in *MüKo ZPO*<sup>5</sup> (2017) § 1031 Rn 49; *Habersack*, Der Anstellungsvertrag zwischen Vorstandsmitglied und Aktiengesellschaft – ein Fall für das AGB-Recht? in *FS Coester-Waltjen* (2015) 1097 (1098); *Graf v. Westphalen*, Organhaftung und Schiedsverfahren, in *FS Feigen* (2014) 355 (357); *U. Schäfer/F. Schäfer* in *FS Triebel* 276; *Micklitz*, *MüKomm*<sup>9</sup> BGB (2021) § 310 Rz 61 betreffend Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder einer AG, allerdings nicht auf den Abschluss eines Anstellungsvertrages abstellend; etwas abweichend *J. H. Bauer/Arnold/Kramer*, AG 2014, 677 (679), die die Verbrauchereigenschaft auch verneinen, wenn das Vorstandsmitglied Aktien der Gesellschaft „in erheblicher Anzahl“ hält. Dabei wird freilich nicht deutlich, ob die Autoren auf einen bestimmten Anteil am Grundkapital abstellen oder auf eine an sich hohe Anzahl an Aktien. Das macht für die Praxis einen erheblichen Unterschied, denn Vorstandsmitglieder börsennotierter Unternehmen, die Aktien der Gesellschaft im Kurswert von mehreren Millionen Euro halten, gibt es in Deutschland und auch Österreich nicht wenige; deren Anteil am Grundkapital bewegt sich wegen der Größe der Unternehmen dennoch idR deutlich unter 1 %.

<sup>34)</sup> Vgl aber noch *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2008, 723 (725), wonach rechtsgeschäftliche, insbesondere organschaftliche Stellvertreter per se keine Unternehmer seien und dass (daher) auch Vorstandsmitglieder, die nicht oder nicht mit einer Kontrollmehrheit an „ihrer“ Kapitalgesellschaft beteiligt sind, Verbraucher seien.

beschränkbaren Weisungsfreiheit<sup>35)</sup> besitzt das Vorstandsmitglied maßgebenden (wenn auch nicht dem eines Mehrheitsgesellschafters einer GmbH vergleichbaren) Einfluss auf die Willensbildung und übt, wie der OGH betont, Arbeitgeber- und Unternehmerfunktion aus. Mangelndes Eigentum an den Betriebsmitteln sollte kein gewichtiges Gegenargument sein, weil Unternehmertum nicht das Eigentum an den Betriebsmitteln zur Voraussetzung hat; man denke an die Pacht oder an den Betriebsführungsvertrag (s auch oben S 71 f).

Da der OGH diese Ansicht aber nicht teilt und eine Änderung der Rsp nicht absehbar ist, muss für die Praxis davon ausgegangen werden, dass ein (nicht über eine Sperrminorität oder gar Mehrheit verfügendes) Vorstandsmitglied gegenüber seiner AG und ein von Gesetzes wegen gar nicht beteiligbares Vorstandsmitglied einer Privatstiftung oder Sparkasse daher immer als Verbraucher zu qualifizieren ist.<sup>36)</sup>

### **b) Exkurs: Wechsel der Unternehmereigenschaft**

Sollte die Unternehmereigenschaft erst im Nachhinein eintreten oder später wegfallen, bspw durch Veränderung der Beteiligungshöhe oder Wegfall der Geschäftsführerposition, gilt Folgendes: Es wird die Meinung vertreten, dass die spätere Entstehung der Unternehmereigenschaft keine neuerliche Unterwerfungserklärung (als Unternehmer) erfordert und eine zuvor unwirksame Unterwerfung heilt.<sup>37)</sup> Auch wenn dieser Ansatz den Vorteil der Praktikabilität auf seiner Seite hat, widerspricht er doch eindeutig Lehre und Rsp zu Dauerschuldverhältnissen als Gründungsgeschäfte iSd § 1 Abs 3 KSchG und dem Grundsatz, bei Beurteilung einer allfälligen Rechtswidrigkeit eines Rechtsgeschäftes auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen. Zwar ist der OGH in einer jüngeren Entscheidung zu geschlechterdiskriminierenden Klauseln in einem KG-Vertrag<sup>38)</sup> vom Grundsatz abgegangen, dass bei der Beurteilung der Nichtigkeit von Vertragsbestimmungen in Dauerschuldverhältnissen der Abschlusszeitpunkt maßgeblich ist, doch begründete das Höchstgericht

---

<sup>35)</sup> Vgl zu im Konzernverbund allenfalls anzuerkennenden Beschränkungen der Weisungsfreiheit jüngst ausführlich *G. Schima*, (Konzern-)Weisungen an den AG-Vorstand, *GesRZ* 2021, 310 (310 ff).

<sup>36)</sup> Eine Möglichkeit, dieses Risiko zu umgehen, könnte sein, den Sitz des Schiedsverfahrens in ein Land zu verlegen, das einen engeren Verbraucherbegriff verfolgt, der jedenfalls Vorstandsmitglieder ausschließt; so *Reiner*, Rechtssicherheit für gesellschaftsvertragliche Schiedsverfahren auch ohne Korrektur des § 617 ZPO durch den Gesetzgeber – Festheft für Peter Doralt zum 80. Geburtstag, *GesRZ* 2019, 101 (104) mit eben diesem Lösungsvorschlag in einem geringfügig unterschiedlichen Kontext.

<sup>37)</sup> Siehe *Kalss*, Gesellschaftsrecht und Schiedsrecht in Österreich – 2. Teil, *JBl* 2015, 297 (301).

<sup>38)</sup> OGH 24. 1. 2019, 6 Ob 55/18h, vgl dazu *Walkner*, Zum maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für die Unzulässigkeit von „Geschlechterklauseln“ in Gesellschaftsverträgen, *AnwBl* 2019, 586 (587 ff).

das damals mit Ausübungskontrolle, weil es um die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung durch eine davon vertraglich kraft einer jahrzehntealten und damals nicht, heute aber schon als diskriminierend anzusehenden Klausel ausgeschlossene Frau ging. Dieser Gesichtspunkt kommt in den hier interessierenden Konstellationen nicht zum Tragen. Aus praktischer Sicht sollte daher vorsichtshalber in solchen Fällen eine neue Unterwerfungserklärung abgegeben werden. Kommt es im Nachhinein zu einem Wegfall der Unternehmer-eigenschaft, bleibt dies zumindest dann ohne Folgen, wenn der Rechtsstreit bereits eingeleitet wurde. Tritt der Wegfall vor Einleitung des Rechtsstreites ein, ist strittig, ob eine neuerliche (Ad-hoc-)Unterwerfung zu erfolgen habe.<sup>39)</sup>

### **c) Umfang der Geltung des § 617 Abs 1 ZPO und Notwendigkeit der teleologischen Reduktion**

Die Rechtsfolge der Bejahung der Verbrauchereigenschaft von Organwaltern, die keine Arbeitnehmer und auch nicht arbeitnehmerähnlich sind, wäre gem § 617 Abs 1 ZPO die Unzulässigkeit von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen. Das würde freilich wegen § 9 Abs 2 ASGG zu dem ganz inkonsistenten Ergebnis führen, dass Arbeitnehmer-Geschäftsführer (weil es sich um eine „Arbeitsrechtssache“ iSd § 9 Abs 2 ASGG handelt) ex ante eine Schiedsvereinbarung abschließen könnten, wohingegen ein nicht-arbeitnehmerähnliches und damit weniger schützenswertes, vom ASGG von Vornherein nicht erfasstes Vorstandsmitglied dazu nur bei schon entstandenen Streitigkeiten in der Lage wäre.

Es besteht kein logisch tragfähiger Grund, der schützenswerteren Gruppe einen geringeren Schutz zu gewähren. Die Anwendung des § 617 Abs 1 ZPO auf Vorstandsmitglieder ohne Arbeitnehmer- oder Arbeitnehmerähnlichenstatus ist daher überschießend.<sup>40)</sup> Durch die teleologische Reduktion kommt es zu einem Gleichklang zwischen arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern (oder Geschäftsführern) und Vorstandsmitgliedern außerhalb des Anwendungsbereiches des ASGG.<sup>41)</sup>

<sup>39)</sup> Vgl *Kalss* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 22.50.

<sup>40)</sup> Ausführlich *G. Schima/Eichmeyer*, RdW 2008, 723 (728 f); *Reich-Rohrwig/Szilagyi* in *Artmann/Karollus*, AktG II<sup>6</sup> Anhang zu § 75 Vorstands-Anstellungsvertrag Rz 112 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); *Sindelar* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 21.66 f.

<sup>41)</sup> Zu berücksichtigen ist auch, dass der Gesetzgeber des am 1.1. 1987 in Kraft getretenen ASGG die 1998 begründete Rsp des OGH nicht vorhersehen konnte, der zufolge Vorstandsmitglieder einer AG im Ergebnis so gut wie nie arbeitnehmerähnlich sind. Unter Zugrundelegung dieser Rsp verbliebe § 9 Abs 2 ASGG für AG-Vorstandsmitglieder gar kein Anwendungsbereich, obwohl diese im Gesetz ausdrücklich genannt sind.

Auch bei weder Arbeitnehmerstatus besitzenden noch arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern, die Verbraucher sind, ist daher eine Ex-ante-Schiedsklausel zulässig.<sup>42)</sup>

### C. Geltung der besonderen Erfordernisse nach § 617 Abs 2 ff ZPO?

Die (Form-)Erfordernisse des § 617 Abs 2 ff ZPO für Schiedsvereinbarungen können entweder unmittelbar gelten – sofern man die Verbrauchereigenschaft von Vorstandsmitgliedern einer AG, Sparkasse oder Privatstiftung bejaht, was die ganz hM annimmt (s dazu bereits oben Pkt B.2.a) – oder durch die Anordnung des § 618 ZPO, der diese für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche in Geltung setzt und dadurch ein ähnliches Schutzniveau für Arbeitnehmer(-ähnliche) und Verbraucher schafft.<sup>43)</sup> Für wen die (Form-)Erfordernisse des § 617 ZPO jedenfalls nicht gelten, also weder unmittelbar noch via § 618 ZPO, sind als Unternehmer zu qualifizierende Gesellschafter-Geschäftsführer oder wesentlich (jedenfalls mehrheitlich) beteiligte Vorstandsmitglieder einer AG. Unter den (Form-)Erfordernissen finden sich unter anderem:

- Vereinbarung im Rahmen eines eigenen Dokuments sowie eigenhändige Unterzeichnung;
- Schriftliche Rechtsbelehrung über die wesentlichen Unterschiede gegenüber einem Gerichtsverfahren;
- Handelt es sich beim anderen Vertragspartner um einen Unternehmer, gelten Besonderheiten betreffend den Schiedsort – so ist dieser zu vereinbaren, und es gelten einseitig zwingende Restriktionen in Abhängigkeit von Wohnsitz, gewöhnlichem Aufenthalt, Beschäftigungsort des nicht-unternehmerischen Vertragspartners.

In der Lehre wird vertreten, dass diese (Form-)Erfordernisse entgegen dem Wortlaut der Anordnung des § 618 ZPO auf Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder, die Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlich sind keine Anwendung finden, sondern einer teleologischen Reduktion zum Opfer fallen sollen.<sup>44)</sup> Denn es handle sich um ein legislatives Versehen, dass Vorstands-

---

<sup>42)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (729); Reich-Rohrwig/Szilagyí in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> Anhang zu § 75 Vorstands-Anstellungsvertrag Rz 112 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); offenbar aA Kalls in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht Rz 22.26.

<sup>43)</sup> Nur zur Vergleichbarkeit des Schutzstandards Hausmaninger in Fasching/Konecny IV/2<sup>3</sup> § 618 ZPO Rz 15; G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (726); Sindelar in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch Schiedsrecht Rz 21.55.

<sup>44)</sup> R. Reich-Rohrwig/Szilagyí in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> Anhang zu § 75 Vorstands-Anstellungsvertrag Rz 113 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Stippl in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 4/149.

mitglieder und Geschäftsführer nicht generell aus dem Anwendungsbereich des § 618 ZPO ausgeschlossen würden (sondern nur im Rahmen des § 9 Abs 2 ASGG). Weil (bzw wenn) die Formvorschriften des § 617 Abs 2 ff ZPO nicht auf Arbeitnehmer und Arbeitnehmerähnliche zur Anwendung gelangen, müsse Selbiges auch für Organwalter gelten, die weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich seien, weil es andernfalls zu einem höheren Schutz von Organwaltern käme, die gemeinhin als weniger schützenswert zu gelten hätten.<sup>45)</sup>

Gegen diese Ansicht sprechen aber gute Gründe, denn es liegt vielleicht eine wenig glückliche Regelung, aber sicher kein legislatives Versehen vor. § 9 Abs 2 ASGG statuiert hinsichtlich der Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder von Kapitalgesellschaften nur eine Erweiterung der objektiven Schiedsfähigkeit, indem im Zusammenhang mit Verträgen auch noch nicht entstandene Streitigkeiten schiedsfähig sind.<sup>46)</sup> Weitere Ausnahmen, also insbesondere in Bezug auf die (Nicht-)Einhaltung dieser Formbestimmungen enthält § 9 Abs 2 ASGG hingegen nicht.<sup>47)</sup> § 618 ZPO und der darin enthaltene Verweis auf § 617 Abs 2 ff ZPO (nicht aber auf Abs 1 des § 617 ZPO) wurden erst neu geschaffen, und § 618 ZPO unterscheidet nicht danach, ob ein „normales Arbeitsverhältnis“ oder ein Organmitglieder-Arbeitsverhältnis vorliegt. Dem Gesetzgeber kann nicht unterstellt werden, dass er § 9 Abs 2 ASGG im Rahmen des Schiedsrechtänderungsgesetzes 2006 übersehen hätte, denn auch § 9 Abs 2 ASGG wurde in diesem Zusammenhang angepasst, sodass davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber bewusst keine Einschränkung des § 618 ZPO vornahm.<sup>48)</sup> Außerdem statuiert § 9 Abs 3 ASGG, dass es auch abweichende gesetzliche Anordnungen etwa auf der Basis völkerrechtlicher Bestimmungen geben kann.<sup>49)</sup> Hinzu kommt, dass der Wille des Gesetzgebers im Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006 erkennbar und explizit darauf gerichtet war, einen Gleichklang zwischen dem arbeitsrechtlichen und dem verbraucherschutzrechtlichen Schutzniveau herbeizuführen.<sup>50)</sup> Da § 618 ZPO gerade nicht auf § 617 Abs 1 ZPO verweist, der die Ex-ante-Schiedsvereinbarungen betrifft, zeigt sich noch viel deutlicher, dass der Gesetzgeber sehr wohl § 9 ASGG im Blick hatte, denn erst durch § 9 Abs 2 ASGG wird das intendierte ähnliche Schutzniveau für Verbraucher und Arbeitnehmer/Arbeitnehmerähnliche hergestellt.<sup>51)</sup> Im Ergebnis liegen keine Gründe vor, die eine teleologische Reduktion der (Form-)Erfordernisse in Bezug auf Geschäftsführer und Vorstands-

---

<sup>45)</sup> R. Reich-Rohrwig/Szilagyi in Artmann/Karollus, AktG II<sup>6</sup> Anhang zu § 75 Vorstands-Anstellungsvertrag Rz 113 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at); Stippl in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I Rz 4/149.

<sup>46)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (727).

<sup>47)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (727).

<sup>48)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (727).

<sup>49)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (727).

<sup>50)</sup> Siehe zum ähnlichen Schutzniveau bereits oben einleitend hier in Pkt C.

<sup>51)</sup> G. Schima/Eichmeyer, RdW 2008, 723 (727).

mitglieder mit Arbeitnehmer- oder Arbeitnehmerähnlichenstatus rechtfertigen würden.

Auch in jenen Fällen, in denen § 617 ZPO unmittelbar zur Anwendung gelangt (s oben Pkt B.2.a) und nicht erst durch Verweis des § 618 ZPO, besteht kein Erfordernis einer teleologischen Reduktion. Die teleologische Reduktion des § 617 Abs 1 ZPO (Verbot von Ex-ante Schiedsvereinbarungen) betreffend Vorstandsmitglieder, die Verbraucher, aber keine Arbeitnehmer und nicht arbeitnehmerähnlich sind, lässt sich durch einen Vergleich mit arbeitnehmerähnlichen Vorstandsmitgliedern (diese sind vom Verbot gem § 9 Abs 2 ASGG ausgenommen) rechtfertigen. Für eine teleologische Reduktion der restlichen Norm fehlt indes eine tragfähige Grundlage, sodass die (Form-)Erfordernisse des § 617 Abs 2 ff ZPO zur Anwendung gelangen.<sup>52)</sup> Vor allem der schriftlichen Rechtsbelehrung über die wesentlichen Unterschiede zwischen einem staatlichen Gerichtsverfahren und einem Schiedsverfahren kommt in diesem Kontext sogar ganz erhebliche Bedeutung zu (dazu unten III.).

### **III. Probleme bei der praktischen Umsetzung von Schiedsklauseln in Vorstands- und Geschäftsführerverträgen**

#### **A. Komplikationen durch eine Schiedsklausel bei Vorliegen einer Schuldnermehrheit**

Organe sind in etwas größeren Unternehmen – manchmal sogar aufgrund gesetzlicher Verpflichtung – zwei- oder mehrgliedrig organisiert,<sup>53)</sup> sodass zumindest bei AG und GmbH Organhaftungsansprüche oftmals eine Solidarschuld sind, weil bzw wenn mehreren Mitgliedern des Organs der Vorwurf des pflichtwidrigen und schuldhaften Verhaltens gemacht werden kann.<sup>54)</sup> Es steht

<sup>52)</sup> So auch *Sindelar* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch Schiedsrecht Rz 21.35 und Rz 61; aA *Stippl* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I Rz 4/154.

<sup>53)</sup> Der Österreichische Corporate Governance Kodex empfiehlt, dass der Vorstand aus mehreren Personen zu bestehen habe (vgl C-Regel 16, ein Abweichen von dieser Empfehlung muss erklärt werden); Kreditinstitute, Versicherungsunternehmen etc müssten sogar mindestens zwei Vorstandsmitglieder haben.

<sup>54)</sup> Vgl § 25 Abs 2 GmbHG; § 84 Abs 2 AktG; § 23 GenG; s auch *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 265. Die solidarische Haftung setzt eine Pflichtverletzung und Verschulden voraus, sodass insbesondere bei evidentenmaßen einem ganz bestimmten Organwalter zuzuordnenden Fehlleistungen nach der individuellen Pflichtwidrigkeit der anderen Organwalter zu fragen ist, um eine solidarische Haftung zu begründen, die zum Beispiel auch in der Missachtung von Überwachungspflichten liegen kann. Vgl aber zur Privatstiftung *Arnold*, PSG<sup>4</sup> § 29 Rz 78 f, der betont, dass eine analoge Anwendung der GmbH- oder aktienrechtlichen Bestimmung zur Solidarhaftung nicht in Frage komme, sodass die allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätze maßgeblich seien

der geschädigten Gesellschaft frei, alle oder nur einen Schädiger in Anspruch zu nehmen.<sup>55)</sup> Entscheidet sich die Gesellschaft für Letzteres, kann der in Anspruch genommene Schädiger sich an den anderen Solidarschuldern gem § 896 Abs 1 ABGB in einem weiteren Prozess regressieren. Er wird gut daran tun, im Falle der Inanspruchnahme seinen Solidarschuldern den Streit zu verkünden, um so die Bindungswirkung eines klagstattgebenden Urteils auf diese zu erstrecken. In der Praxis ist zu beobachten, dass gerichtlich in Anspruch genommene Organwalter (Vorstandsmitglieder, aber auch Aufsichtsratsmitglieder) einem möglichst großen Kreis an anderen (aktiven oder ehemaligen) Organwaltern den Streit verkünden, um die Strategie der Gesellschaft zu durchkreuzen (die den Kreis der Beklagten idR aufgrund ganz konkreter Erwägungen bestimmt) und dieser den Rechtsstreit so unangenehm wie möglich zu gestalten. Potentielle Solidarschuldner bzw Adressaten von Regressansprüchen können bei in Anspruch genommenen Vorstandsmitgliedern zudem nicht nur Vorstandskollegen sein, sondern insbesondere auch Aufsichtsratsmitglieder,<sup>56)</sup> was idR gerade einen Bestandteil der „Flächenbrand-Strategie“ bildet, aber auch externe Berater.<sup>57)</sup> Abgesehen davon können Solidarschuldner/Nebenintervenienten auf Seiten des beklagten Organwalters aber auch eine wichtige Unterstützung in diesem ersten Prozess bilden. Schon die Streitverkündung – nicht erst die Nebenintervention – hat zur Folge, dass die Solidarschuldner an die wesentlichen Entscheidungsgrundlagen aus diesem Verfahren gebunden sind, sodass in einem Folgeprozess Einreden nicht mehr erhoben werden dürfen, die mit notwendigen Tatsachenfeststellungen aus dem ersten Prozess im Widerspruch stehen.<sup>58)</sup> Dieses Gefüge, nämlich dass es zwar der Klägerin freisteht, nur einen von mehreren Solidarschuldern zu klagen, aber der sodann beklagte Organwalter die Entscheidung gegen ihn – unter der Voraussetzung der Streitverkündung – gegen seine Solidarschuldner im Folgeprozess nutzen kann, weil dem Regressschuldner (dem der Streit verkündet wurde) der Einwand versagt ist, im Vorprozess sei eine unrichtige Entschei-

---

und daher eine Solidarhaftung nur eingreife, wenn die Stiftungsvorstandsmitglieder vorsätzlich gehandelt hätten oder sich die jeweiligen Anteile an der Schädigung nicht bestimmen ließen (vgl § 1302 ABGB). Gerade Letzteres wird aber eher die Regel als die Ausnahme im Zusammenhang mit der Geschäftsleiterhaftung sein, sodass die praktischen Unterschiede gering sein dürften.

<sup>55)</sup> Vgl zB Riedler in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar<sup>5</sup> (2021) § 896 Rz 1; *Gamerith/Wendehorst* in *Rummel/Lukas*, ABGB<sup>4</sup> § 896 Rz 1 (Stand 1. 11. 2014, rdb.at); für D U. Schäfer/F. Schäfer in FS Triebel 266.

<sup>56)</sup> Darauf weisen auch U. Schäfer/F. Schäfer (in FS Triebel 278) zutr hin.

<sup>57)</sup> Vgl auch U. Schäfer/F. Schäfer in FS Triebel 278, 282.

<sup>58)</sup> Vgl zur Bindungswirkung OGH RS0107338; kritisch betreffend die Rsp zur Bindungswirkung in Bezug auf den einfachen Nebenintervenienten *Deixler-Hübner/Meisinger*, Nebenintervention/Streitverkündung – insbesondere im Schiedsverfahren, RdW 2016, 597 (599 f).

derung gefällt worden,<sup>59)</sup> wird bei Vorhandensein einer Schiedsklausel durcheinandergebracht.

Besteht zwischen dem beklagten Organwalter und der Gesellschaft eine Schiedsvereinbarung, stellt sich die Frage (i) ob in einem Schiedsverfahren dem Grunde nach der Streit verkündet werden kann, also ein Dritter dem Schiedsverfahren überhaupt beitreten darf und (ii) ob durch eine etwaige Streitverkündung eine Bindungswirkung begründet wird oder werden kann. Tatsächlich ist die Frage der Nebenintervention in einem Schiedsverfahren ein heikles Problem – und zwar auch dann, wenn die Solidarschuldner allesamt über eine Schiedsvereinbarung verfügen<sup>60)</sup> – denn diese Schiedsvereinbarung wurde jeweils mit der Gesellschaft und nicht mit den Solidarschuldnern (Co-Organwaltern) geschlossen (s aber unten). Anders als in Deutschland besteht für den Organwalter zumindest nicht das Risiko, dass sein Regressanspruch während des ursprünglichen Haftungsprozesses verjährt.<sup>61)</sup> Denn der Regressanspruch ist grundsätzlich ein Anspruch sui generis, der mit der Zahlung an den Geschädigten entsteht und daher nicht bereits mit der ursprünglichen Forderung verjährt.<sup>62)</sup>

Die ZPO selbst sieht keine Regelungen betreffend die Nebenintervention in einem Schiedsprozess vor. Eine analoge Anwendung der Regeln über die Nebenintervention betreffend das ordentliche Gerichtsverfahren scheidet aus.<sup>63)</sup> Da das Schiedsrecht vom Grundsatz der Parteiendisposition geprägt ist, steht es den Parteien offen, entsprechende Vorkehrungen zu treffen, die eine Nebenintervention zulassen.<sup>64)</sup> Insofern findet die Nebenintervention nur statt, wenn die Schiedsparteien sich auf diese einigten, aber nicht auch gegen den Willen einer der Schiedsparteien.

Soweit die Möglichkeit der Nebenintervention besteht, ist nach der Wirkung derselben auf das Verhältnis zwischen beklagtem Organwalter und Solidarschuldner als Nebenintervenienten für einen späteren Regressprozess zu fragen. Würde man der schiedsgerichtlichen Nebenintervention dieselbe Wir-

---

<sup>59)</sup> Vgl OGH 8. 4. 1997, 1 Ob 2123/96d; für D § 74 Abs 3, § 68 dZPO; vgl *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 266.

<sup>60)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 270, 281.

<sup>61)</sup> In Deutschland hat der BGH (BGH WM 2007, 2289 [2290 f]; BGH NZG 2017, 753 [754 f]) tatsächlich die Meinung vertreten, dass der Regressanspruch zu verjähren beginnt mit der Entstehung des Hauptanspruches (vgl *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 274 unter Nachweis der Rsp des BGH), sodass der Betroffene das Problem hat, als in einem Schiedsverfahren beklagtes Vorstandsmitglied parallel mittels Feststellungsklage vor einem staatlichen Gericht gegen seine Kollegen und potentiellen Regressschuldner vorgehen und in dieser Klage seine eigene Haftung argumentieren zu müssen (*U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 275) – ein Alptraum für jeden Organwalter.

<sup>62)</sup> *Kodek in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.03</sup> § 896 Rz 2 und 19 (Stand 1. 1. 2018, rdb.at); OGH 26. 3. 1987, 7 Ob 723/86; 9. 2. 1995, 8 Ob 27/94.

<sup>63)</sup> *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny IV/2*<sup>3</sup> § 594 ZPO Rz 138; für D *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 266.

<sup>64)</sup> *Deixler-Hübner/Meisinger*, RdW 2016, 597 (600).

kung zubilligen wie jener im ordentlichen Gerichtsverfahren, hieße dies, den Solidarschuldner faktisch, nämlich durch die Sanktion der Bindungswirkung, in das Schiedsverfahren zu zwingen, obwohl er nie eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen hat. Aus diesen Gründen entschied der OGH zu Recht, dass eine Bindungswirkung des Schiedsurteils im Falle der Streitverkündung bzw Nebenintervention nur dann eintrete, wenn die betroffene Person ebenso Partei der Schiedsvereinbarung sei.<sup>65)</sup> Eine gegenteilige Rechtsansicht hieße, einen Vertrag zu Lasten Dritter zuzulassen. Diese Sichtweise ist überzeugend, ja unausweichlich. Der parallele Abschluss von – zumindest für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft geltenden – Schiedsvereinbarungen durch sämtliche Vorstandsmitglieder (und Aufsichtsratsmitglieder) löst das Problem nicht und begründet noch nicht die Bindungswirkung des Schiedsurteils.<sup>66)</sup> Hintergrund ist die auch dann fehlende Mitwirkung an der Konstituierung des Schiedsgerichts, die essentiell ist. Freilich begegnet die Bindungswirkung keinen derartigen Bedenken, wenn der Nebenintervenant an der Schiedsrichterbestellung beteiligt wird oder sich dem (schon konstituierten) Schiedsgericht zumindest konkludent nachträglich unterwirft.<sup>67)</sup> Unseres Erachtens müsste es auch genügen, wenn alle Beteiligten (die als Schiedsbeschlagte bzw Regressschuldner in Betracht kommen) Schiedsvereinbarungen mit der Gesellschaft abschließen und sich darin verpflichten, im Falle einer Nebenintervention durch einen im Schiedsverfahren beklagten Organwalter sich einem mit den im staatlichen Zivilprozess geltenden Regeln übereinstimmenden Regime zu unterwerfen und umgekehrt im Falle der eigenen Beklagtenstellung jenen Dritten, denen der Streit verkündet wird, die Möglichkeit der Beteiligung an der Bildung des Schiedsgerichtes einzuräumen (oder umgekehrt als potentieller Nebenintervenant auf so eine Beteiligung zu verzichten). Solche Vereinbarungen müssten als echter Vertrag zugunsten Dritter ausgestaltet sein.<sup>68)</sup> Damit entfielen zwar das Erfordernis zusätzlicher Schiedsvereinbarungen der Organwalter untereinander; die Latte läge aber dennoch hoch. In der Praxis ist noch kein Fall eines derartigen Klauselwerks bekannt geworden. Die Gesellschaft müsste, wenn ihr insbesondere an der mit Schiedsverfahren verbundenen Diskretion gelegen ist, sich entschließen, quasi mit sofortiger Wirkung in alle Anstellungsverträge und in schuldrechtliche Vereinbarungen mit Aufsichtsratsmitgliedern<sup>69)</sup> derartige Bestimmungen auf-

---

<sup>65)</sup> OGH 1. 10. 2008, 6 Ob 170/08 f.

<sup>66)</sup> So auch *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 270.

<sup>67)</sup> *Deixler-Hübner/Meisinger*, RdW 2016, 597 (602).

<sup>68)</sup> Da darin aber naturgemäß auch namentlich (noch) gar nicht bekannte Personen (insb zukünftige Organmitglieder) einzubeziehen wären (weil das System sonst nicht funktioniert), hätte die Regelung insoweit Auslobungscharakter.

<sup>69)</sup> Fraglich ist, ob man die Kompetenz zu deren Abschluss auf Seiten der Gesellschaft der Hauptversammlung zuweist oder dem Vorstand. Da es nicht um Entgeltregelungen geht, ist § 98 AktG uE nicht anwendbar und wäre das vertretungsbefugte Organ der Vorstand. Der Aufsichtsrat kann den Abschluss solcher Vereinbarungen

zunehmen und sich auch gegenüber den einzelnen Organmitgliedern verpflichten, das künftig zu tun. Selbst mit so einer – ohnehin nur begrenzt realistischen – Vorgangsweise lässt sich freilich die Einbeziehung ehemaliger Organwalter nicht bewerkstelligen. Diese können als potentielle Solidar- und Regressschuldner ja noch viele Jahre nach ihrem Ausscheiden eine Rolle spielen.

Aus dieser – überzeugenden – Rechtsansicht des OGH folgt, dass die Vereinbarung einer anstellungsvertraglichen Schiedsklausel für das Vorstandsmitglied gravierende Nachteile mit sich bringt, soweit es um die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft gegen das Vorstandsmitglied geht.<sup>70)</sup> Der in Anspruch genommene Organwalter sieht sich dem Risiko ausgesetzt, als Schiedsbeklagter zu unterliegen, aber im ordentlichen Folgeprozess ebenso wenig durchzudringen, weil das Risiko einander widersprechender Entscheidungen nicht gebannt ist. Deshalb ist der Befund von *U. Schäfer/F. Schäfer*<sup>71)</sup> zutreffend und aus österreichischer Sicht nur in Bezug auf das Fehlen eines Risikos der Verjährung von Regressansprüchen zu relativieren, dass Vorstandsmitglieder, die in ihren Dienstverträgen eine Schiedsklausel akzeptierten, sich „im Hinblick auf potentielle Innenregressansprüche faktisch handlungsunfähig machten“.

Vor diesem Hintergrund wird besonders deutlich, dass die Geltung der „Formvorschriften“ in § 617 Abs 2 ff ZPO sehr wohl einem praktischen Bedürfnis entspricht und für eine „teleologische Reduktion“ keine überzeugende Grundlage existiert (s oben II.C). Insbesondere die schriftliche Rechtsbelehrung über „die wesentlichen Unterschiede zwischen einem Schiedsverfahren und einem Gerichtsverfahren“ (§ 617 Abs 3 ZPO) entfaltet besondere Bedeutung. Diese Belehrung hat, um ihre Funktion als Zulässigkeitsvoraussetzung zu erfüllen, im konkreten Zusammenhang sich insbesondere auf die Darlegung der Nachteile des Schiedsverfahrens im Zusammenhang mit dem Bestehen einer Schuldnermehrheit und dem Fehlen von dem staatlichen Zivilprozess vergleichbaren Regeln über die Nebenintervention zu erstrecken.

Die umgekehrte Variante, nämlich dass ein Organwalter und Gesamtschuldner von der Gesellschaft in Anspruch genommen wird, der über keine Schiedsvereinbarung mit letzterer verfügt, bereitet indes natürlich keine Probleme. Der vor einem staatlichen Gericht Beklagte kann dem durch eine Schiedsklausel mit der Gesellschaft verbundenen Solidarschuldner im ordentlichen Verfahren ohne Weiteres den Streit verkünden und auf diesem Wege

---

aber mittels Beschlusses nach § 95 Abs 5 letzter Satz AktG an seine Zustimmung binden.

<sup>70)</sup> Schiedsverfahren, die nur die Geltendmachung von anstellungsvertraglichen Ansprüchen des Vorstandsmitglieds zum Gegenstand haben, stehen vor diesem Problem nicht, weil keine Dritten betroffen sind (sieht man von dem Fall ab, dass zwei oder mehrere Konzerngesellschaften mit dem Vorstandsmitglied vergütungsrelevante Vereinbarungen geschlossen haben).

<sup>71)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 278.

Regressansprüche vorbereiten. Denn die Schiedsvereinbarung des Solidarschuldners betrifft ja nur Rechtsstreitigkeiten bzw Verfahren zwischen dem Solidarschuldner und der Gesellschaft, aber nicht auch zwischen dem Solidarschuldner und dem beklagten Organwalter, sodass einer Streitverkündung und damit einhergehenden Bindungswirkung in diesem Verhältnis nichts entgegensteht.

## B. Folgen einer Schiedsklausel für den D&O-Versicherungsschutz

Vor allem bei Vorstandsmitgliedern einer AG, aber auch bei anderen Organwaltern (wenn auch nicht in demselben Ausmaß), ist es mittlerweile auch in Österreich fast durchwegs üblich, dass die Gesellschaft eine Vermögensschadens-Haftpflichtversicherung zu Gunsten des Organwalters abschließt.<sup>72)</sup> Eine solche Versicherung liegt auch im Interesse der Gesellschaft, weil damit der Haftungsfonds im Falle einer Inanspruchnahme des Organwalters durch die Gesellschaft (bis zur Ausnützung der Versicherungssumme) gesichert wird.<sup>73)</sup>

Der Versicherungsschutz betrifft einerseits die Abwehr von Schadenersatzansprüchen, dh die Beratungs- und Verteidigungskosten des Organwalters in Bezug auf unberechtigte Schadenersatzansprüche und andererseits die Freistellung von berechtigten Schadenersatzansprüchen durch den Versicherer.<sup>74)</sup> Im Falle der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den versicherten Organwalter hat der Versicherer grundsätzlich die Wahl, die Ansprüche zu befriedigen oder deren Abwehr zu finanzieren; im Falle einer gerichtlichen Erledigung (Urteil, Anerkenntnis, Vergleich) kann der Organwalter die Befriedigung durch den Versicherer verlangen.<sup>75)</sup>

U. Schäfer/F. Schäfer werfen in Bezug auf die deutsche Rechtslage die Frage auf, ob die Eintrittspflicht des Versicherers auch für (Schaden-)Ersatzpflichten besteht, über die durch einen Schiedsspruch entschieden wurde und bejahen

---

<sup>72)</sup> Dabei wird idR nicht die Versicherung für eine bestimmte Person abgeschlossen, sondern für eine bestimmte Gruppe, zB alle Vorstandsmitglieder und Aufsichtsratsmitglieder. Die Gesellschaft ist Versicherungsnehmerin und Prämienschuldnerin; versichert ist der jeweilige Organwalter. Vgl G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/134.

<sup>73)</sup> G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/134. Daran knüpft sich die in Ö wie in D bis heute heftig umstrittene Frage nach dem Entgeltcharakter der Prämienübernahme durch die Gesellschaft. Überzeugend ist nach wie vor und ungeachtet aller Einwände jene Auffassung, die das Interesse des versicherten Organwalters am Bestehen des Versicherungsschutzes in den Vordergrund rückt und den Entgeltcharakter der Prämienübernahme bejaht (vgl näher G. Schima, Aufsichtsrat Rz 360 mwN).

<sup>74)</sup> G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/135.

<sup>75)</sup> G. Schima in Kalss/Kunz, Handbuch Aufsichtsrat<sup>2</sup> Rz 17/135.

diese unter Verweis auf § 100 dVVG, denn die Norm verpflichte den Versicherer, den Versicherungsnehmer von jedweder Inanspruchnahme freizustellen.<sup>76)</sup> § 106 dVVG bezieht sich auf die Feststellung des Anspruchs durch „rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich“. Der Anspruch könne auch durch einen Schiedsspruch festgestellt werden, weil dieser zwischen den Schiedsparteien gem § 1055 ZPO dieselbe Wirkung habe wie ein rechtskräftiges Urteil.<sup>77)</sup> Dass die meisten Versicherungsbedingungen nur die Begriffe der ordentlichen Gerichtsbarkeit verwendeten, nicht aber auf ein Schiedsverfahren explizit erwähnten, sei keine ausreichende Begründung, um den Versicherungsschutz zu beschränken.<sup>78)</sup> Die entscheidende Frage sei vielmehr, ob der Versicherer an den Schiedsspruch gebunden sei oder in einem Deckungsprozess gegen die versicherte Person einwenden könne, jener Anspruch, über den im Schiedsverfahren (positiv) entschieden wurde, bestünde gar nicht.<sup>79)</sup> Nach *U. Schäfer/F. Schäfer* ergäbe sich die Bindungswirkung des Schiedsspruchs für den Versicherer aus der Auslegung des Versicherungsvertrages.<sup>80)</sup> Soweit im Versicherungsvertrag keine entsprechende Klausel enthalten sei, bestünde das Risiko, dass der Versicherer die Bindungswirkung des Schiedsspruchs erfolgreich bestreiten könnte; denn immerhin habe er sich nicht der Schiedsklausel unterworfen und bestünden im Schiedsverfahren verschiedene prozessuale Nachteile (kein Instanzenzug, keine Nebenintervention), für die nicht der Versicherer, sondern die versicherte Person einstehen solle.<sup>81)</sup> Die daraus resultierende Problematik ist evident: Besteht keine Bindungswirkung für den Versicherer hinsichtlich des Schiedsspruchs, drohen divergierende Entscheidungen im Schiedsverfahren einerseits und im Deckungsprozess andererseits. Doch nicht nur die versicherte Person würde sich in einer prekären Lage befinden; *U. Schäfer/F. Schäfer* zeigen zutreffend auf, dass auch die Gesellschaft – abgesehen vom potenziell unzureichenden Haftungsfonds des Organwalters – ein Risiko trägt. Denn sie hat (üblicher Weise) den Versicherungsvertrag abgeschlossen und es dabei verabsäumt, entsprechende Vorkehrungen für Schiedsverfahren hineinzureklamieren, sodass sich daraus uU ein Anspruch des Organwalters gegen die Gesellschaft ergeben könne.<sup>82)</sup>

Die Analyse von *U. Schäfer/F. Schäfer* bzw das von ihnen aufgezeigte Risiko ist uE aufgrund der überwiegend vergleichbaren Rechtslage auf Österreich übertragbar. So verpflichtet § 149 VersVG – korrespondierend mit

<sup>76)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 283.

<sup>77)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 284.

<sup>78)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 283 f.

<sup>79)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 284. Siehe § 106 Satz 1 dVVG, in dem von der Feststellung des Anspruchs „(durch rechtskräftiges Urteil, Anerkenntnis oder Vergleich) mit bindender Wirkung für den Versicherer“ die Rede ist.

<sup>80)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 285 unter Verweis auf BGH NJW 1993, 68 (69).

<sup>81)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 286.

<sup>82)</sup> *U. Schäfer/F. Schäfer* in FS Triebel 286 f.

§ 100 dVVG – den Versicherer dazu, dem Versicherungsnehmer aufgrund dessen Verantwortlichkeit zu bewirkende Leistungen zu ersetzen. Wie auch § 106 dVVG stellt § 154 Abs 1 VersVG auf die Feststellung der Ansprüche des Dritten durch rechtskräftiges Urteil, durch Anerkenntnis oder Vergleich ab, und § 607 ZPO räumt einem Schiedsspruch zwischen den Parteien die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils ein. Insofern ist auf Basis der gesetzlichen Lage aus den bereits von *U. Schäfer/F. Schäfer* ins Treffen geführten Argumenten davon auszugehen, dass die Entscheidung durch Schiedsspruch die Ersatzfähigkeit nicht bereits dem Grunde nach ausschließt. Allerdings ist damit noch nichts über die Bindungswirkung des Schiedsspruchs und darüber gesagt, ob sich diese auf den Versicherer erstreckt, wenn die Anspruchsabwehr im Schiedsverfahren ganz oder teilweise scheitert. Zutreffend wird davon ausgegangen, dass die Frage der Bindungswirkung sich grundsätzlich aus dem Versicherungsvertrag ergibt und wird – zumindest für ordentliche Gerichtsurteile – explizit bejaht.<sup>83)</sup> Freilich ergibt sich aus dieser Ansicht nicht zwingend, dass auch Schiedssprüche diese (versicherungsrechtliche) Bindungswirkung entfalten, und *U. Schäfer/F. Schäfer* haben gezeigt, dass aufgrund der mit einem Schiedsverfahren verbundenen Nachteile und Unzulänglichkeiten betreffend die Einbeziehung Dritter ins Verfahren das Risiko besteht, dass dem Schiedsspruch keine Bindungswirkung für den Versicherer beigemessen wird. Klarheit bestünde nur dann, wenn der Versicherungsvertrag explizit auf Schiedsverfahren Bezug nehme. Dies wäre wünschenswert, weil nicht nur das Vorstandsmitglied, sondern auch die Gesellschaft bei Verneinung der Bindungswirkung Nachteilen ausgesetzt wäre und andernfalls auch die etwas skurrile Situation drohte, dass der Organwalter im Deckungsprozess das Gericht von seinem haftungsbegründenden Verhalten überzeugen muss. Sollten sich Vorstandsmitglied und Aufsichtsrat daher auf eine Schiedsklausel einigen, ist es essentiell, die D&O-Versicherungsbedingungen entsprechend anzupassen.

#### **IV. Zusammenfassung und abschließende Bemerkungen**

Die vorangehende Analyse hat gezeigt, dass Schiedsklauseln in Geschäftsführer- und Vorstandsverträgen zulässig sind, aber keinesfalls unbedacht abgeschlossen werden sollten.

1. Nicht nur Streitigkeiten über anstellungsvertragliche Ansprüche des Vorstandsmitglieds/Geschäftsführers einerseits und Schadenersatzansprüche der Gesellschaft andererseits sind schiedsfähig, sondern auch Streitigkeiten über die Wirksamkeit bzw Berechtigung des Abberufungsbeschlusses des Auf-

---

<sup>83)</sup> Ausführlich *Ramharter*, D&O-Versicherung (2018) Rz 6/15 ff mwN; *Schauer*, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995) 402 f.

sichtsrates (in der GmbH: der Gesellschafter). Die gegen die Schiedsfähigkeit letzterer insb in Deutschland nach wie vor zum Teil vorgebrachten Bedenken, es würde eine vierte Instanz dem dreiteiligen Organgefüge der AG aufgezwängt, vermögen nicht zu überzeugen. Denn es geht um Rechtmäßigkeitskontrolle, die auch einem Schiedsgericht überantwortet werden kann. Die Autorisierung des Schiedsgerichts zu Billigkeitsentscheidungen scheidet bei Streitigkeiten über Beschlussanfechtungen aus den insoweit zutreffenden Erwägungen der Kritiker der Schiedsfähigkeit solcher Streitigkeiten aber aus.

2. Schiedsvereinbarungen können mit Vorstandsmitgliedern einer AG und Geschäftsführern einer GmbH ex ante unabhängig davon getroffen werden, ob sie Arbeitnehmer, arbeitnehmerähnlich oder keines von beiden sind. Bei Arbeitnehmern und Arbeitnehmerähnlichen ergibt sich das unmittelbar aus § 9 Abs 2 ASGG, bei sonstigen aus einer teleologischen Reduktion von § 617 Abs 1 ZPO, die verhindert, dass Organmitglieder, die mangels Arbeitnehmereigenschaft oder Arbeitnehmerähnlichkeit weniger schutzwürdig sind, mittels eines Verbotes von Ex-ante-Schiedsvereinbarungen aufgrund der ihnen regelmäßig bei Abschluss des Anstellungsvertrages zukommenden (und nach hM nur bei mehrheitlicher Beteiligung oder Sperrminorität ausgeschlossenen) Verbrauchereigenschaft höheren Schutz erhalten. Dies gilt auch für Vorstandsmitglieder von Sparkassen und Privatstiftungen, die an der von ihnen geleiteten juristischen Person gar nicht beteiligt werden können und regelmäßig weder Arbeitnehmer noch arbeitnehmerähnlich, aber Verbraucher sind. Bei Vorstandsmitgliedern von Genossenschaften ist wegen ihrer aufgrund Weisungsunterworfenheit idR gegebenen Arbeitnehmereigenschaft eine analoge Anwendung von § 9 Abs 2 ASGG zwecks Vermeidung einer unsachlichen Ungleichbehandlung gegenüber GmbH-Geschäftsführern zu befürworten.

3. Auf der Grundlage der hM zur Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmereigenschaft bei Geschäftsleitern ist bei Auseinanderfallen von Beteiligung am Kapital und an der Willensbildung (die § 39 Abs 2 GmbHG ermöglicht) Letztere das ausschlaggebende Kriterium. Die hL und Rsp ist tendenziell zu streng, wenn sie – freilich insoweit konsistent mit der (indes ebenfalls kritikwürdigen) Rsp zur Arbeitnehmereigenschaft bei GmbH-Geschäftsführern – erst bei einer Sperrminorität (also 50 %) die Unternehmereigenschaft bejaht. Bei Vorstandsmitgliedern einer AG könnte die hL und Rsp von der Verbrauchereigenschaft generell hinterfragt werden, weil AG-Vorstandsmitglieder – wie der OGH im Zusammenhang mit der Verneinung der Arbeitnehmereigenschaft (seit 1975) und der Verneinung sogar der Arbeitnehmerähnlichkeit (seit 1998) insoweit zutr ausführt – Arbeitgeber- und Unternehmerfunktion ausüben. Ungeachtet des Umstandes, dass sie Verwalter fremden Vermögens sind, passt die Verbrauchereigenschaft auf sie nicht gut.

4. Keine tragfähige Basis gibt es für eine von Teilen der Lehre befürwortete teleologische Reduktion der kraft Verweisung in § 618 ZPO angeordneten

Geltung der in § 617 Abs 2 ff ZPO enthaltenen (Form-)Erfordernisse für die Zulässigkeit und Wirksamkeit von Schiedsvereinbarungen bei Vorstandsmitgliedern und Geschäftsführern, die Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlich sind. Ein legistisches Versehen ist angesichts der Gesetzwerdungsgeschichte auszuschließen. Vielmehr sind sowohl bei Geschäftsleitern, die Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnlich sind oder weder das eine noch das andere, aber Verbraucher, die Vorgaben des § 617 Abs 2 ff ZPO zu beachten. Wichtig ist im konkreten Zusammenhang vor allem § 617 Abs 3 ZPO („schriftliche Rechtsbelehrung über die wesentlichen Unterschiede zwischen einem Schiedsverfahren und einem Gerichtsverfahren“).

5. Beim praktischen Einsatz von Schiedsvereinbarungen stellen sich – insbesondere im Verhältnis AG-Vorstandsmitglied – Probleme vor allem im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen der Gesellschaft. Diese resultieren vor allem daraus, dass es häufig mehr als einen Geschäftsleiter gibt und mehrere sorgfaltswidrig handelnde Geschäftsleiter – zumindest im Aktien- und GmbH-Recht immer, sonst de facto meist wegen § 1302 ABGB – solidarisch haften und bei Existenz eines Aufsichtsorgans (Aufsichtsrat) auch dessen Mitglieder in den Haftungsverbund einbezogen sind. Ohne mit Zustimmung des/der Dritten erfolgte Einbeziehung in das Schiedsverfahren ist eine Streitverkündung an den/die potentiellen Regressschuldner nicht mit den Wirkungen einer Streitverkündung in einem staatlichen Gerichtsverfahren verbunden, insbesondere nicht mit Bindungswirkung. Der in einem staatlichen Gerichtsverfahren in der Folge auf Regress in Anspruch Genommene kann daher die Unrichtigkeit des Schiedsspruches einwenden, mit dem der Kläger verurteilt worden war.

6. Das unter 5. beschriebene Problem lässt sich auch nicht durch parallelen Abschluss von Schiedsvereinbarungen sämtlicher potentieller Solidarschuldner (Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder; externe Berater können ohnehin kaum vertraglich einbezogen werden) mit der Gesellschaft lösen. Eine Ausnahme ist nur begründbar, wenn diese Vereinbarungen im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter (in Bezug auf künftige Organmitglieder im Wege der Auslobung) einerseits die Verpflichtung jedes potentiellen Solidarschuldners enthalten, eine Streitverkündung gegen sich mit den Wirkungen wie in einem staatlichen Verfahren gelten zu lassen und andererseits die Verpflichtung des potentiellen Streitverkünders, dem Streitverkündeten eine Mitwirkung an der Bildung des Schiedsgerichts zu ermöglichen. Selbst wenn eine Gesellschaft sich entscheiden sollte, ab sofort mit sämtlichen Vorstands- und Aufsichtsratsmitgliedern derartige Vereinbarungen abzuschließen und sich außerdem zu verpflichten, das auch künftig zu tun, verbliebe noch immer das Problem ehemaliger Organwalter, die noch Jahre nach ihrem Ausscheiden als solidarisch Haftende bei Schadensfällen in Betracht kommen.

7. Anders als in Deutschland, wo der BGH Regressansprüche gegen Gesamtschuldner gleichzeitig mit dem Anspruch des Geschädigten verjähren lässt, besteht in Österreich zumindest nicht das Problem, dass der Schiedsbeklagte parallel eine Feststellungsklage vor einem staatlichen Gericht gegen die potentiellen Regressschuldner einbringen und darin sein eigenes Fehlverhalten argumentieren muss. Denn der Regressanspruch entsteht nach zutr Ansicht der hL und Rsp des OGH erst mit Befriedigung der Forderung des Gläubigers.

8. Zutreffend ist die Ansicht, wonach der Abwehranspruch des Versicherten gegen den D&O-Versicherer ungeachtet der in den Versicherungsbedingungen diesbezüglich nicht eindeutigen Terminologie auch die Hilfe (und Finanzierung) bei der Abwehr von ungerechtfertigten Ansprüchen der Gesellschaft umfasst, die vor einem Schiedsgericht erhoben werden. Das bedeutet aber nicht, dass im Falle des Scheiterns der Abwehr der Versicherer im Deckungsprozess an den Schiedsspruch gebunden ist, wenn er selbst in das Schiedsverfahren nicht einbezogen war und auch nicht die Möglichkeit der Teilhabe hatte. Soweit die Gesellschaft nicht Sorge trug, den D&O-Versicherungsschutz im Versicherungsvertrag auch auf durch Schiedsspruch entschiedene Schadenersatzansprüche zu erstrecken, besteht ein erhebliches Risiko, dass der Versicherer im Deckungsprozess die Unrichtigkeit des Schiedsspruchs einwenden kann. Dies ist nicht nur für den Organwalter nachteilig, sondern uU auch für die Gesellschaft, weil sie sich möglicher Weise gegenüber dem Organwalter haftbar macht, dem sie vertraglich einen angemessenen und funktionierenden Versicherungsschutz zugesagt hat.

9. Aus alledem folgt, dass Schiedsvereinbarungen zwischen Gesellschaft und Geschäftsleiter für Letzteren – vor allem bei der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen durch die Gesellschaft – potentiell sehr nachteilig sind. Die sich vor allem aus dem Bestehen einer Schuldnermehrheit und der fehlenden Bindungswirkung einer Streitverkündigung an einen vertraglich diesbezüglich nicht gebundenen Dritten ergebenden Nachteile bei der Verfolgung von Regressansprüchen überblicken Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer typischer Weise nicht, ja manchmal nicht einmal deren Rechtsberater. Auch daran zeigt sich, dass für eine teleologische Reduktion von § 618 iVm § 617 Abs 2 ff ZPO keine tragfähige Grundlage besteht und im Gegenteil vor allem der von § 617 Abs 3 ZPO vorgeschriebenen „schriftlichen Rechtsbelehrung über die wesentlichen Unterschiede zwischen einem Schiedsverfahren und einem Gerichtsverfahren“ besondere Bedeutung zukommt. Diese Belehrung hat sich insbesondere auf die aus der Sicht des Geschäftsleiters gegebenen Nachteile des Schiedsverfahrens im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Regressansprüchen eines im Schiedsverfahren von der Gesellschaft geklagten Geschäftsleiters zu erstrecken.