

## Verrechnungen

Markenlizenzen im Konzern

Betriebsprüfung Nutzendokumentation

Bankkartenbedingungen  
Missbrauchshaftung

Letztwillig angeordnete  
Schiedsgerichte

Novelle zum  
Privatstiftungsgesetz

Übernahmekommission  
Auslegungskompetenz § 29 Abs 2 ÜbG

Die neue  
Wiedereingliederungsteilzeit

DSGVO  
Einwilligung statt Zustimmung

# Letztwillig angeordnete Schiedsgerichte

*Seit 1. 1. 2017 ist in Österreich das neue Erbrecht<sup>1)</sup> in Kraft. Die neuen Regelungen sind anwendbar, wenn der Erblasser nach dem 31. 12. 2016 verstorben ist.<sup>2)</sup> Wesentliche Änderungen betreffen das gesetzliche Erbrecht und das Pflichtteilsrecht.<sup>3)</sup> Vorschenkungen sind jetzt nicht nur bei der Bemessung des Pflichtteils, sondern auch des gesetzlichen Erbteils anzurechnen.<sup>4)</sup> Im Bestreben nach höherer Sachgerechtigkeit hat der Gesetzgeber kompliziertere Regelungen in Kauf genommen. Daraus könnten in Nachlass-Angelegenheiten zukünftig öfter Streitigkeiten entstehen und die Streitfragen könnten eine höhere Komplexität aufweisen.<sup>5)</sup> Sagt eine letztwillige Verfügung über die Lösung allfälliger Streitigkeiten daraus nichts aus, sind die Gerichte zuständig. Das muss nicht immer die beste Lösung sein.*

WOLFGANG HAHNKAMPER

## A. Vermögensrechtliche Familienstreitigkeiten

Vorgänge des Erbrechts spielen sich zumeist innerhalb der Familie ab.<sup>6)</sup> Wenn ein Streit zwischen Familienmitgliedern vor dem staatlichen Richter landet, ist dies schon unter Lebenden unangenehm: Schmutzwäsche wird gewaschen, alte Rechnungen werden präsentiert. Ob es schlicht um Geld oder Geldeswert geht, ob ein Beschluss in einer Familiengesellschaft bekämpft wird, etwa über Organbestellung oder -abberufung, oder ob im Familiensyndikat über Unternehmensergebnis oder Investitionen gestritten wird:<sup>7)</sup> Stets spielt Persönliches eine Rolle. Öffentlich ausgetragen, kann der Konflikt das Interesse der Medien wecken, Wettbewerber anziehen und ggf auch die Abgabenbehörde auf den Plan rufen.

Das lässt sich vermeiden, indem der Erblasser den künftigen Konfliktparteien die Austragung im Schiedsverfahren vorschreibt.<sup>8)</sup> Er kann eine letztwillige Schiedsklausel verfügen. Ein Schiedsspruch hat nach rechtlichen Kriterien zu ergehen, unterliegt einer Grundsatzkontrolle durch das staatliche Gericht und kann gleich wie ein Gerichtsurteil vollstreckt werden.

Neben den wichtigsten Vorteilen des Schiedsverfahrens, nämlich der nichtöffentlichen Verhandlung und typischerweise der Vertraulichkeit,<sup>9)</sup> haben die Streitparteien im Anlassfall die Möglichkeit, an der Bil-

Dr. Wolfgang Hahnkamper ist Schiedsrichter und emeritierter Rechtsanwalt in Wien.

- 1) Erbrechts-Änderungsgesetz 2015 BGBl I 2015/87; für eine Darstellung vgl zB *Rabl/Zöchling-Jud*, Das neue Erbrecht (2015); *Deixler-Hübner/Schauer*, Erbrecht NEU (2015), oder *Zankl*, Erbrecht<sup>8</sup> (2017).
- 2) Es kommt also insofern zu einer Rückwirkung, insb bei der Hinzu- und Anrechnung von Zuwendungen auf den Pflichtteil und bei der gesetzlichen Erbfolge, vgl *Kogler*, Inkrafttreten und Übergangsbestimmungen des neuen Erbrechts, EF-Z 2016/27, 60.
- 3) §§ 727 ff, 756 ff ABGB idgF; *Kogler*, EF-Z 2016/27.
- 4) § 752 ABGB idgF.
- 5) Hier können Spezialkenntnisse beim Spruchkörper günstig sein; ganz allgemein werden wohl vermehrt Sachverständige eingeschaltet werden.
- 6) *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II<sup>14</sup> (2015) Rz 1828.
- 7) Stellvertretend für das umfangreiche Schrifttum zu Schiedsverfahren und Gesellschaftsrecht vgl *Kals*, Gesellschaftsrecht und Schiedsrecht, JBl 2015, 205/298, und die Auflistung von Gesellschafterstreitigkeiten bei *J. Reich-Rohrwig*, Tücken gesellschaftsvertraglicher Schiedsklauseln, in *FS Torggler* (2013) 985.
- 8) Ggf nach Ausschöpfen konsensualer Methoden, die die Notwendigkeit einer rechtlichen Entscheidung schon im Vorfeld vermeiden, wie Mediation, Schlichtung und Ähnliche (zweistufige Streitschlichtungsklausel); vgl Streitbeitragsbeilegung und -vermeidung in Familienunternehmen, in *Kals/Probst*, Familienunternehmen (2013) 305 ff; *Schäfer*, Alternative Streitbeilegungsverfahren, in *Torggler et al* (Hrsg), Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup> (2017) Rz 103 ff.
- 9) Einen Unternehmensinhaber (noch mehr den Rechtsberater) mag es nämlich bei Verfassung des Testaments beunruhigen, dass am Ende eines Gerichtsverfahrens charakteristische Details über das Unternehmen (wenn auch anonymisiert) im höchstinstanzlichen Urteil im RIS öffentlich einsehbar sind.

dung des Spruchkörpers mitzuwirken.<sup>10)</sup> Der Erblasser kann auch im Vorhinein für Schiedsrichter eine besondere Qualifikation vorgeben oder eine Vertrauens- und Respektperson für die künftige Streitentscheidung bestimmen – was freilich niemals Unparteilichkeit und Unabhängigkeit in Frage stellen darf.<sup>11)</sup>

Denn Schiedsrichter haben nicht nur bei der Bestellung unabhängig und unparteilich zu sein, sondern dies auf Verfahrensdauer auch zu bleiben.<sup>12)</sup> Das unterliegt auch der gerichtlichen Kontrolle,<sup>13)</sup> wobei das Gericht auf Antrag bei der Bildung des SchiedsG auch mitwirkt.<sup>14)</sup> Dass der mit der Schiedsklausel verbundene Verzicht auf den staatlichen Richter vom Erblasser irrtumsfrei gewollt wird, sichern statt der sonst prozessrechtlichen<sup>15)</sup> hier die erbrechtlichen Formvorschriften.<sup>16)</sup>

Schließlich sind Schiedsverfahren schnell, verglichen mit dem gerichtlichen Instanzenzug.<sup>17)</sup> Dies hilft, die Dauer der innerfamiliären Irritation und der Verunsicherung im familiären Unternehmen zu verkürzen.<sup>18)</sup>

Dass letztwillige Schiedsklauseln in der österr Praxis noch selten sind,<sup>19)</sup> ist Anlass für die folgende Übersicht über die Rechtslage bei letztwillig verfügbaren Schiedsverfahren in Österreich mit Ausblicken auf die Rechtslage in Deutschland und der Schweiz.

## B. Die Rechtsgrundlage für Schiedsverfügungen

SchiedsG sind in Vertragsstreitigkeiten bekannt und üblich, innerstaatlich wie grenzüberschreitend: Vertragsparteien treffen eine Schiedsvereinbarung<sup>20)</sup> bei Vertragsabschluss oder bei Eintritt in eine Rechtsbeziehung. Im Streitfall stehen sie einander als Streitparteien vor einem SchiedsG gegenüber statt vor einem staatlichen Richter. Das entspricht ihrem seinerzeitigen Vertragswillen. Das Schiedsrecht in der österr Zivilprozessordnung orientiert sich am vertraglich vereinbarten SchiedsG.

Letztwillige Schiedsklauseln beruhen nicht auf Vereinbarung. In seinem Letzten Willen legt der Testierende nicht nur fest, wer was aus dem Nachlass nach seinem Tod bekommen soll, sondern ordnet auch an, dass, wenn es zwischen den Hinterbliebenen zu Streitigkeiten kommt, diese nicht von einem staatlichen, sondern von einem SchiedsG zu entscheiden sind. Die österr ZPO anerkennt das seit mehr als 120 Jahren ausdrücklich als zulässig und wirksam.<sup>21)</sup> § 581 Abs 2 ZPO idgF<sup>22)</sup> bestimmt lakonisch und generell, dass die Regeln über das Schiedsverfahren<sup>23)</sup> auf SchiedG sinngemäß anzuwenden sind, welche „in gesetzlich zulässiger Weise durch letztwillige Verfügungen (...) angeordnet werden“. Das deutsche Recht enthält weitgehend ähnliche Bestimmungen.<sup>24)</sup>

Die verfassungsrechtliche Basis der Schiedsgerichtsbarkeit generell („Funktionale Privatisierung von Gerichtsbarkeit“)<sup>25)</sup> wird darin erblickt, dass der Bundesverfassungsgesetzgeber 1920 dieses Rechtsinstitut stillschweigend akzeptiert hat.<sup>26)</sup> Dies gilt, da die Urfassung der ZPO bereits letztwillige Schiedsklauseln vorsah,<sup>27)</sup> auch für diese.

Das ist heute unstrittig. Diskutiert wird hingegen das gebotene Mindestmaß an Rechtsschutz, das heißt die gesetzliche Ausgestaltung von Schiedsverfahren und gerichtlicher Kontrolle, aus der Sicht des Grundrechtsschutzes, Art 6 EMRK.<sup>28)</sup>

10) Dazu kommt noch die nahezu weltweite Vollstreckbarkeit von Schiedssprüchen, wenn im Nachlass mehrere Jurisdiktionen berührt sind.

11) §§ 588 f ZPO, hierauf wird bei der Benennung von nahestehenden Personen in der Schiedsklausel zu achten sein; s die Erwägungen des Senats 18 des OGH in den beiden E v 5. 8. 2014, 18 ONc 1/14 p und 18 ONc 2/14 k; in einem allerdings nicht innerfamiliären Fall vgl *Hahnkamper*, Bias, Conflict and Challenge Of Arbitrators, And Their Duty to Disclose, in *Klausegger et al* (Hrsg), Austrian Yearbook on International Arbitration 2017, 98 f.

12) Bereits FN 11 oben; vgl ebenso *Riegler/Petsche*, Die Bildung des Schiedsgerichts, in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg), Schiedsverfahrensrecht I (2012) Rz 5/135 ff; *Hahnkamper*, Präliminarien des Schiedsverfahrens, in *Torggler et al*, Handbuch Schiedsgerichtsbarkeit<sup>2</sup> (2017) Rz 973 ff.

13) § 611 Abs 2 Z 4 ZPO, in besonders gravierenden und eindeutigen Fällen auch § 611 Abs 2 Z 5 ZPO (verfahrensrechtlicher *ordre public*); vgl *Hahnkamper* in *Torggler et al*, Rz 990 f mwN.

14) §§ 587 bis 589 ZPO.

15) Für vertragliche Schiedsklauseln § 583 (Formerfordernis), §§ 617, 618 ZPO (Schutz des Schwächeren) und andere.

16) Für letztwillige Verfügungen gelten die Formvorschriften des Bürgerlichen Rechts; vgl *Zöchling-Jud/Kogler*, Letztwillige Schiedsklauseln, GesRZ 2012, 79 (81) sowie FN 35 unten.

17) Nur eine Verfahrensinstanz, danach Anfechtung des Schiedspruchs gleich beim OGH.

18) Vgl *Czernich*, Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen, in FS *Eccher* (2017) 275.

19) Dieses Anwendungsgebiet der Schiedsgerichtsbarkeit steckt in Österreich noch in den „Kinderschuhen“, vgl *Koller*, Die Schiedsvereinbarung, in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg), Schiedsverfahrensrecht I (2012) Rz 3/86, bzw gilt als „exotisch“; vgl *Nueber*, Schiedsverfahren von Todes wegen – Gedanken zur testamentarischen Schiedsklausel, JEV 2013, 118; *Nueber*, Letztwillige Schiedsverfahren, in *Gruber/Kals/Müller/Schauer*, Handbuch Erbrecht und Vermögensnachfolge<sup>2</sup> (2017) 847.

20) Zur Terminologie „Schiedsvereinbarung, Schiedsklausel, Schiedsverfügung, Schieds(gerichts)anordnung“ ua s *Koller* in *Liebscher et al*, Rz 3/1 f.

21) Zur Gesetzesgeschichte vgl *Czernich* in FS *Eccher* 277 und *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002) 38 unter Verweis auf die Vorgängerbestimmung, § 599 Abs 1 ZPO aF.

22) Vor dem SchiedsRÄG 2006 gleichlautend in § 599 Abs 1 ZPO aF.

23) 4. Abschnitt des 6. Teils, das sind die §§ 577 bis 618 ZPO, also der gesamte Abschnitt „Schiedsverfahren“ der ZPO.

24) § 1066 dZPO.

25) *Herbst*, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung, in FS *Torggler* (2013) 487; mit Verweis auf *Funk*, Logik der Schiedsgerichtsbarkeit, in *Verschraegen* (Hrsg), Interdisziplinäre Studien zur Komparatistik und zum Kollisionsrecht I (2010) 106.

26) *Kodek*, Verfassung und Grundrechte, in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger* (Hrsg), Schiedsverfahrensrecht I (2012) Rz 1/5.

27) § 599 ZPO aF, s FN 21.

28) Mehr zu verfassungs- und grundrechtlichen Fragen: *Kodek* in *Liebscher et al*, Rz 1/1 ff; *Herbst* in FS *Torggler* 485 ff; *Reiner*, Schiedsverfahren und rechtliches Gehör, ZfRV 2003/11, 52; zu Art 6 Abs 1 EMRK, insb zur Zulässigkeit und Reichweite des Verzichts auf staatlichen Rechtsschutz, *Matscher*, Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK, in FS *Nagel* (1987) 227 ff; *Bangert*, Die Bindung privater Schiedsgerichte an Art 6 Abs 1 EMRK, in FS *Wildhaber* (2007) 41 ff; Darstellungen der deutschen Rechtslage samt Diskussionsstand *Nueber*, Neues zum rechtlichen Gehör im Schiedsverfahren, wbl 2013, 130

## 1. Schiedsgerichte aufgrund letztwilliger Anordnung

Im Wort „angeordnet“ liegt der ganze Unterschied. Letztwillig vereinbaren nicht Parteien das SchiedsG, sondern es wird ihnen vom Erblasser „verordnet“. Auf ihre Einwilligung kommt es nicht an. Oft wissen sie gar nichts davon.

Autonom ist hier der Erblasser. Für die im Schiedsrecht essentielle Parteiautonomie<sup>29)</sup> genügt seine Testierfreiheit.<sup>30)</sup> Das ist ungewohnt<sup>31)</sup> und vielleicht ein Grund, warum Erblasser und Berater zögern, eine Schiedsklausel zu setzen. Dies auch dort, wo es nach der Sachlage empfehlenswert oder geboten wäre.<sup>32)</sup>

Die Voraussetzungen für eine wirksame letztwillige Schiedsverfügung sind wenige und unproblematisch:

- Formerfordernis: Letztwillige Schiedsanordnungen sind ebenso wie Schiedsvereinbarungen (§ 583 Abs 1 ZPO)<sup>33)</sup> grundsätzlich nur wirksam, wenn sie schriftlich erfolgt sind. Für sie gilt das Formregime für letztwillige Verfügungen.<sup>34)</sup> Die Testamentsform ersetzt also die Form der Schiedsvereinbarung. So, und nur so, ist auch die Wendung „in gesetzlich zulässiger Weise“ in § 581 Abs 2 ZPO zu verstehen.<sup>35)</sup>
- Subjektive Schiedsfähigkeit: Wer testierfähig ist, kann letztwillig für Nachlassstreitigkeiten rechtswirksam die Zuständigkeit des SchiedsG anordnen.<sup>36)</sup>
- Objektive Schiedsfähigkeit: Was im Schiedsverfahren entschieden werden soll, legt der Verfü-

(131), und *Burkowski*, Letztwillige Schiedsklauseln (Diss Univ Wien, 2016, unveröff) 43 ff.

29) Ausführungen zur verfassungsrechtlichen Grundlage der Schiedsgerichtsbarkeit beschränken sich aber zumeist auf ihre vertragliche Ausprägung, zB „die (freiwillige) Schiedsgerichtsbarkeit ist Ausfluss der Privatautonomie der Parteien“ oder „Die Besonderheit der Schiedsgerichtsbarkeit besteht darin, dass ein auf privatrechtlicher Vereinbarung beruhendes, von den Parteien bestimmtes Schiedsgericht und Schiedsverfahren vom Staat anerkannt (...) wird.“, beides *Herbst* in FS Torggler 488.

30) Vgl zB für Deutschland die Testierfähigkeit, verstanden als eine spezielle Ausprägung der Privatautonomie: *Crezelius*, Schiedsgerichte und Erbrecht, in FS Westermann (2008) 171.

31) Es wirft allenfalls die Frage auf, ob die Parteien das angeordnete Schiedsverfahren „freiwillig“ führen; ansonsten wären im Schiedsverfahren nämlich die Garantien des Art 6 EMRK voll zu beachten und nicht nur dessen Grundwertungen, vgl *Kodek in Liebscher et al*, Rz 1/32 ff, 1/37 ff.

32) *Koller in Liebscher et al*, Rz 3/86.

33) Unterschriftlich in einer Urkunde oder im Korrespondenzweg, neuerdings genügt auch „halbe Schriftform“ wie in Deutschland (§ 1031 Abs 2 dZPO), vgl OGH 18 OCg 1/15 v SZ 2015/61.

34) Das sind im neuen Erbrecht §§ 577 ff ABGB und in Deutschland §§ 2231 ff, 2247 ff, 2267 BGB.

35) *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 81; ähnlich in § 1066 dZPO „in gesetzlich statthafter Weise“, dazu *Schulze*, Letztwillig eingesetzte Schiedsgerichte, MDR 2000, 314 (315); *Leipold* in MünchKomm zum BGB<sup>7</sup> (2017) § 1937 Rz 29; *Paulytta*, Erbrechtliches Schiedsgericht und Pflichtteilsrecht, ZEV 2003, 89 (91); aA *Czernich* in FS Eccher 281; für die Schweiz vgl *Schlumpf*, Testamentarische Schiedsklauseln (2011) 136 ff.

36) *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 81; *Fasching*, Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts (1990) Rz 2172; *Hausmaninger in Fasching/Konecny* IV/2<sup>3</sup> § 581 ZPO Rz 298; *Nueber*, JEV 2013, 120.

gende in der Schiedsklausel fest.<sup>37)</sup> Voraussetzung für die Behandlung im Schiedsverfahren ist, dass der Anspruch bzw Streit objektiv schiedsfähig ist. Objektiv schiedsfähig sind, gleich wie beim vereinbarten SchiedsG, alle vermögensrechtlichen Ansprüche, nichtvermögensrechtliche soweit sie vergleichsfähig sind.<sup>38)</sup> Familienrechtliche Ansprüche sind in keinem Fall schiedsfähig.<sup>39)</sup>

Dass der Erblasser die Bestimmung des Erben nicht an Dritte delegieren kann, somit auch nicht an ein SchiedsG, ist im materiellen Recht begründet.<sup>40)</sup> Dabei handelt es sich überdies nicht um Rechtsfindung, sondern um Willensbetätigung. Das ist keine Aufgabe für ein SchiedsG, hat also mit Schiedsfähigkeit nichts zu tun.<sup>41)</sup>

## 2. Was im Schiedsverfahren behandelt werden kann

Dem SchiedsG können letztwillig alle Streitigkeiten zugewiesen werden, die vor dem staatlichen Gericht zu führen wären, gleich ob im streitigen oder im Außerstreitverfahren.<sup>42)</sup> Angelegenheiten, die zu den „Kerntätigkeiten“ des NachlassG zählen, scheiden aus. Das ist dort der Fall, wo das Gericht im öffentlichen Interesse tätig wird (Todesfallsaufnahme, Entgegennahme von Erbantrittserklärungen)<sup>43)</sup> oder wo die Führung durch ein SchiedsG nicht praktikabel ist.<sup>44)</sup> Der Schiedsgerichtsbarkeit zugänglich sind: Streitigkeiten über Wirksamkeit, Anfechtung und Auslegung von letztwilligen Verfügungen über die Erbberechtigung, über Ansprüche aus Vermächtnissen,<sup>45)</sup> und auch über Pflichtteilsansprüche (s dazu unten Pkt D.2.). Ist Streitgegenstand die Anfechtung eines Testaments, so gilt, wie bei vereinbarten Schiedsklauseln, die „Doctrine of Separability“: Die Unwirksamkeit der testamentarischen Verfügung hindert die (Weiter-)Geltung der testamentarischen Schiedsklausel grundsätzlich nicht.<sup>46)</sup> Folgt die Unwirksamkeit allerdings aus dem Mangel der Testierfähigkeit, so umfasst dieser Mangel auch die Schiedsklausel. Ein dennoch gefällter Schiedsspruch wäre anfechtbar.<sup>47)</sup>

37) Die Schiedsklausel muss sich nicht auf den ganzen Nachlass erstrecken, zB könnte sie der Erblasser auf Streitigkeiten beschränken, die mit dem Familienunternehmen zu tun haben, während er Streit über alles andere, zB Vermächtnisse über sein Privatvermögen, den Gerichten belässt.

38) § 582 Abs 1 ZPO; *Koller in Liebscher et al*, Rz 3/85.

39) § 582 Abs 2 ZPO; *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 81.

40) § 564 ABGB, sog materielle Höchstpersönlichkeit.

41) *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 83; *Koller in Liebscher et al*, Rz 3/354; *Czernich* in FS Eccher 285.

42) ZB für Letzteres der Erbrechtsstreit bei widersprechenden Erbantrittserklärungen, *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 82.

43) *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 82.

44) *Koller in Liebscher et al*, Rz 3/88.

45) *Koller in Liebscher et al*, Rz 3/89; Beispiele für nicht schiedstaugliche Materien s *Czernich* in FS Eccher 283 f.

46) *Czernich* in FS Eccher 284.

47) *Reich-Rohrwig* in *CMS Reich-Rohrwig Hainz* (Hrsg), Erbrecht 2017 (2016) 173.



## C. Schiedsgerichte ohne Konsens

Wie bereits oben ausgeführt, sind beim vertraglich vereinbarten SchiedsG Verfahrensparteien die Vertragspartner. Dass Dritte am Schiedsverfahren teilnehmen (müssen), die selbst die Schiedsvereinbarung nicht mitabgeschlossen haben, kommt vor, ist aber selten.<sup>48)</sup>

Bei letztwillig angeordneten SchiedsG ist das der Regelfall.<sup>49)</sup> Den vorangegangenen Vorausverzicht auf die staatliche Gerichtsbarkeit hat der Erblasser letztwillig, mit Rechtswirkung für die Streitteile, abgegeben. Der ist aber nicht mehr da und auch nicht Partei des Rechtsstreits.

Dennoch gilt die letztwillige Schiedsklausel kraft Gesetzes und bindet die Streitteile in Nachlassstreitigkeiten. Ob ausnahmslos, ist Gegenstand der Diskussion, welche nachfolgend kurz dargestellt wird.

### 1. Streit zwischen letztwillig bedachten Personen

Dass sich jemand, der die Zuwendung aus einer letztwilligen Verfügung annimmt, an die damit verbundene Schiedsklausel zu halten hat, leuchtet ein. Die Schiedsgerichtsbarkeit ist heute<sup>50)</sup> als eine der staatlichen Gerichtsbarkeit gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit anerkannt,<sup>51)</sup> sodass eine Schiedsklausel auch nicht als Belastung angesehen werden kann.<sup>52)</sup> Und wer gibt, ordnet an – auch für den Streitfall das Konfliktmanagement. Wer damit nicht einverstanden ist, muss die Zuwendung nicht annehmen. Und wenn die Streitteile mit der Schiedsanordnung übereinstimmend nicht einverstanden sind, können sie sie – mit Wirkung zwischen ihnen – durch eine Gerichtsstandsvereinbarung außer Wirkung setzen.<sup>53)</sup>

Dennoch wird für die Wirksamkeit der Schiedsanordnung auch gegenüber letztwillig Bedachten nach einem „legitimierenden Willensakt“ gesucht.<sup>54)</sup> Diesen findet ein Teil der deutschen Lehre im Konstrukt des „kleinen Konsenses“: Indem er die Zuwendung im Nachlassfall nicht zurückweist, sondern beansprucht, erkläre sich der letztwillig Bedachte implizit mit dessen Schiedsanordnung einverstanden.<sup>55)</sup>

Das trifft zwar zu. Der „legitimierende Willensakt“ ist aber angesichts der vom Gesetz klar vorgegebenen Regelung nicht notwendig. Das ergibt sich daraus, dass in der Lehre heute – vor allem bei Diskussion der Bindung von Pflichtteilsberechtigten (s unten Pkt D.2.) – zwischen der Befugnis des Testierenden zur materiellen Verfügung über den Nachlass einerseits und jener zur Festlegung der Streitlösungsmethode für Nachlass-Streitigkeiten andererseits streng unterschieden wird.<sup>56)</sup>

Die Hilfskonstruktion des „kleinen Konsenses“ wird als „Trick“ oder „Fiktion“ verstanden und abgelehnt.<sup>57)</sup> Jedenfalls bedarf es keiner zusätzlichen quasi-vertragsrechtlichen Rechtfertigung der Wirksamkeit letztwilliger Schiedsklauseln im Verhältnis zwischen Erben und Vermächtnisnehmern. Dass letztwillig Bedachte an letztwillig verfügte Schiedsklauseln gebunden sind, kann somit als gesichert gelten.

## 2. Ansprüche von nicht letztwillig Bedachten – Pflichtteilsstreit

Mit der Verfügung des Erblassers nicht einverstanden sind die Pflichtteilsberechtigten. Ihr Anspruch stützt sich ausschließlich auf das Gesetz.<sup>58)</sup> Ihnen kann man Konsens im Hinblick auf die darin enthaltene Schiedsklausel nicht unterstellen.<sup>59)</sup>

Dennoch gilt auch für sie nach dem Wortlaut des Gesetzes, dem keine Einschränkung zu entnehmen ist, eine letztwillige Verfahrenswahl des Erblassers.

Ob das so ist, ob also die letztwillige Schiedsklausel auch Pflichtteilsberechtigte bindet bzw binden kann, darüber gibt es eine lebhaftige Debatte in Österreich, Deutschland und der Schweiz.<sup>60)</sup> In keiner der Jurisdiktionen macht das Gesetz eine Einschränkung, dass etwa für Pflichtteilsansprüche eine letztwillige Schiedsklausel nicht gälte. Während diese Wirksamkeit gegenüber letztwillig Bedachten aber weitgehend unstrittig ist, lehnen sie große Teile der Lehre für die Durchsetzung von Pflichtteilsansprüchen ab. Begründet wird das mit der Verletzung des Grundsatzes der Parteiautonomie, teilweise sogar mit dem Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit. Die durch das Pflichtteilsrecht bewirkte materielle Verfügungsbeschränkung des Erblassers „schlage auf die prozessuale Gestaltung durch“.

In der Tat bewirkt das Pflichtteilsrecht eine materielle Beschränkung der Testierfreiheit des Erblassers

48) Wie zB bei abgetretenen Ansprüchen oder in anderen Fällen von Rechtsnachfolge, vgl *Fremuth-Wolf*, Die Schiedsvereinbarung im Zessionsfall (2004); *Zeiler*, Schiedsverfahren<sup>2</sup> § 581 ZPO, Rz 106–114; für Deutschland vgl auch zuletzt *Pfeiffer*, Gewillkürte Prozessstandschaft im Schiedsverfahren, SchiedsVZ 2017, 135.

49) Wenn alle potentiell Nachlassbeteiligten schon im Vorhinein, dh zu Lebzeiten des Erblassers, eine Schiedsvereinbarung abgeschlossen haben, liegt vertragliche Schiedsgerichtsbarkeit vor, vgl *Haas*, Letztwillige Schiedsverfügungen iSd § 1066 ZPO, ZEV 2007, 49 (51).

50) Jedenfalls seit dem SchiedsRÄG 2006.

51) Für Österreich insb durch die Gleichstellung von Schiedssprüchen mit Gerichtsurteilen § 607 ZPO und § 1 Z 16 EO; vgl *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny* IV/2<sup>3</sup> Vor §§ 577 ff ZPO Rz 9; in Deutschland geht der Gesetzgeber ebenso jedenfalls seit dem Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz von einer Gleichwertigkeit des Rechtsschutzes aus, § 794 Abs 1 Z 4 a dZPO; vgl *Haas*, ZEV 2007, 52 mwN.

52) *Burkowski*, Letztwillige Schiedsklauseln 89 ff; *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 84 ff.

53) Freilich könnte der Erblasser für diesen Fall den Entfall der Zuwendung angeordnet haben.

54) Für Österreich *Koller* in *Liebscher et al*, Rz 3/87, 3/352; für eine detaillierte Darstellung vgl *Burkowski*, Letztwillige Schiedsklauseln 43 ff, 76 ff, mit Verweis auf *Vorhofer*, Schiedsverfahren bei Erbstreitigkeiten (Diss WU Wien, 2015, unveröff) 82 ff.

55) *Haas*, ZEV 2007, 51 mwN.

56) Allen voran *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 84 mwN.

57) Kritisiert ua von *Czernich* in FS Eccher 280 als „den wahren Charakter der testamentarischen Schiedsklausel verstellend“ und *Crezelius* in FS Westermann 171 als „gekünstelt“.

58) § 764 ABGB.

59) Dies gilt in Österreich jetzt auch für den gesetzlichen Erben, wenn er von Miterben die Anrechnung von Vorschenkungen begehrt §§ 781 ff ABGB; in der Folge wird nur die Position des Pflichtteilsberechtigten behandelt; die des gesetzlichen Erben unter den genannten Umständen ist für die folgenden Ausführungen arg a maiori zu denken.

60) Für eine Übersicht über den Schweizer Meinungsstand s *Schlumpf*, Testamentarische Schiedsklauseln 30 f, 168 ff.

sers. In diesem Umfang kann er über den Nachlass nicht verfügen. Strittig ist, ob dies verhindert, dass der Verfügende (auch) hierfür eine alternative Streitlösung vorschreibt. Hier bestehen zwei gegensätzliche Positionen:

- Die „materiell-rechtliche“ Ansicht<sup>61)</sup> geht vom „Durchschlagen“ aus; der Erblasser könne die Streitlösung nur in den Grenzen seiner materiell-rechtlichen Verfügungsmacht bestimmen und nicht, wo er materiell nicht verfügen kann; Pflichtteilsberechtigte seien insoweit nicht anders zu behandeln als Nachlassgläubiger: Auch ihnen kann der Erblasser ja nicht einseitig das Schiedsverfahren für die Anspruchsdurchsetzung vorschreiben.
- Die „prozessuale“ Position, wonach die beiden Ausprägungen der letztwilligen Verfügungsmacht zu trennen sind und die Wahl der Streitlösungsmethode keinen Beschränkungen unterliegt.<sup>62)</sup>

Die Vertreter der materiell-rechtlichen Ansicht kommen zum Ergebnis, dass Pflichtteilsstreitigkeiten von einer letztwillig getroffenen Schiedsordnung nicht erfasst sein können und daher vor dem staatlichen Gericht ausgetragen werden müssen; jene der verfahrensrechtlichen Beurteilung meinen, dass auch Pflichtteilsansprüche nur auf dem vom Erblasser angeordneten Weg durchgesetzt werden können. Es obliege dem SchiedsG, der materiellen Verfügungsbeschränkung Geltung zu verschaffen.

Für Österreich ist das Überwiegen einer Meinung noch nicht feststellbar.<sup>63)</sup> In Deutschland scheint sich

die Judikatur der materiell-rechtlichen Betrachtung anzuschließen.<sup>64)</sup>

Der Autor neigt zur prozessualen Beurteilung, weil das Gesetz es unzweideutig so vorgibt und die Bindung auch der Pflichtteilsberechtigten dem Willen des Erblassers, der (bzw insoweit er) uneingeschränkt das Schiedsverfahren anordnet, entspricht. Das Schiedsverfahren ist lediglich eine andere, dem staatlichen Gerichtsverfahren gleichwertige Methode der Konfliktlösung, und verfassungsrechtliche Gründe sprechen nicht dagegen.

Quasi ein Mittelweg wurde für das deutsche Recht neulich im Schrifttum, aus Anlass der jüngst ergangenen E des OLG München aufgezeigt.<sup>65)</sup> Ausgegangen wird dabei von einer Formel, die wie folgt differenziert: „Wer durch eine Verfügung von Todes wegen bedacht wird, muss die Zuständigkeit eines SchiedsG akzeptieren. Wer seine Position nicht vom Erblasser ableitet (Pflichtteilsberechtigte, die insoweit wie Nachlassgläubiger zu behandeln sind), kann ihr nicht einseitig unterworfen werden.“<sup>66)</sup> Nach der dort vertretenen Meinung wäre zwar der Erbe an eine letztwillige Schiedsverfügung (sie umfasste im Anlassfall ausdrücklich Pflichtteilsansprüche) gebunden, nicht jedoch der Pflichtteilsberechtigte. Dieser habe vielmehr ein Wahlrecht, ob er (freiwillig!) gegen den Erben das SchiedsG anruft (wogegen jener nicht Unwirksamkeit der Schiedsverfügung einwenden könnte) oder ob er sich an das staatliche Gericht wendet (wo dem Erben der Einwand der Schiedsklausel verwehrt wäre).

Damit steht für die zu erwartende Klärung durch die österr Gerichte eine dritte Variante zur Auswahl.

## D. Konsumentenschutz im Erbrecht?

Ein österr Spezifikum ist der schiedsrechtliche Verbraucherschutz bei Schiedsvereinbarungen.<sup>67)</sup> Danach bestehen für Schiedsvereinbarungen zwischen

61) ZB *Leipold* in MünchKomm zum BGB<sup>7</sup> (2013) § 1937 Rz 34; *Haas*, ZEV 2007, 51; *Lange*, Letztwillige Schiedsklauseln in der jüngsten Rechtsprechung, ZEV 2017, 4; *Herzog* in *Staudinger*, BGB (2015) § 2317 Rz 94; *Schulze*, MDR 2000, 316; *Müller-Christmann* in BeckOK BGB<sup>42</sup> (Stand 1. 2. 2017) § 1937 Rz 9; *Voit* in *Musielak*, ZPO<sup>13</sup> (2016) § 1066 Rz 3.

62) *Geimer* in FS Schlosser 206; *Geimer* in *Zöller*, ZPO<sup>31</sup> § 1066 Rz 18; *Pawlytta*, ZEV 2003, 92 f; *Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht (2007) 98 ff; *Crezelius*, Schiedsgerichte und Erbrecht, in FS Westermann (2008) 171 f; *Wegmann*, Die Schiedsgerichtsbarkeit in Nachlasssachen, ZEV 2003, 21; *Werner*, Das Schiedsverfahren als Instrument zur Lösung erbrechtlicher Streitigkeiten, ZEV 2011, 508; *Grunsky*, Letztwillige Schiedsgerichte, in FS Westermann (2008) 260 f.

63) *Zöchling-Jud/Kogler*, GesRZ 2012, 83; *Burkowski*, Letztwillige Schiedsklauseln 87.

64) OLG München 34 Sch 12/15 ZEV 2016, 334; 34 Sch 13/15 SchiedsVZ 2016, 233; LG Heidelberg 2 O 128/13 ZEV 2014, 310.

65) *Bandel*, Pflichtteilsstreitigkeiten im Schiedsverfahren – München *locuta causa finita?* SchiedsVZ 2017, 72.

66) *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 74, mit Verweis auf *Lange*, ZZP 2015, 417 mwN.

67) Im Zuge der Bemühung um die Modernisierung des deutschen Schiedsrechts gibt es auch dort neuerdings Bestrebungen mit dem Ziel, eine ähnliche Schutzbestimmung in das Prozessrecht einzuführen.

Unternehmern und Verbrauchern („B2C“<sup>68</sup>) und für solche, an denen nur Konsumenten beteiligt sind („C2C“),<sup>69</sup> unterschiedliche zusätzliche Wirksamkeitsvoraussetzungen. In der Literatur wurde hierzu jüngst die Meinung vertreten, die Voraussetzungen für die Wirksamkeit von „C2C“-Vereinbarungen gälten auch für Schiedsklauseln in letztwilligen Verfügungen.<sup>70</sup>

Diese Meinung geht mE schon im Ansatz fehl. Denn eine Anordnung ist eben keine Vereinbarung. Eine letztwillige Verfügung ist eine einseitige förmliche, nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, deren Abänderung oder Widerruf dem Verfügenden bis zu seinem Tod freisteht.<sup>71</sup> Schon ihr Grundcharakter als höchstpersönlicher Rechtsakt,<sup>72</sup> verbunden mit dem Fehlen jeglicher Bindung im Verhältnis zwischen Erblasser und Bedachten (und auch Nicht-Bedachten; s oben – Pflichtteilsberechtigte) macht dies evident.<sup>73</sup>

Das Vorliegen einer Vereinbarung ist aber notwendige Voraussetzung für die Qualifikation einer Person als Konsument. Nur dann macht diese Eigenschaft Sinn und nur dann kann sie demnach den vom Gesetzgeber beabsichtigten „Schutz vor Schiedsgerichtsbarkeit“ von Verbrauchern auch vor Ihresgleichen auslösen (§ 617 Abs 2, 6 ZPO, bei „C2C“-Geschäften).<sup>74</sup>

Dass Konsumentenschutz sich nicht streng auf zweiseitige Rechtsgeschäfte beschränkt, sondern auch Offerte und andere einseitige rechtsgeschäftliche Akte umfasst,<sup>75</sup> widerlegt das nicht. Denn sämtliche in der Judikatur und Literatur ersichtlichen Beispiele für solche „einseitigen“ Akte sind Teil von oder beziehen sich direkt oder indirekt auf zweiseitige idR entgeltliche Rechtsgeschäfte(n).<sup>76</sup> Durch die Einschränkung „in gesetzlich zulässiger Weise“ in § 581 Abs 2 ZPO hat der Gesetzgeber denn auch mit Bedacht verhindert, dass einem Erklärungsempfänger unter Lebenden mittels einseitiger Erklärung, zB in einer Vertragskündigung, eine Schiedsklausel oktroyiert werden kann.<sup>77</sup>

Für letztwillige Schiedsklauseln fehlt es somit an der Grundlage für die Anwendung konsumentenschutzrechtlicher Bestimmungen. Den Schutz ganz anderer, nämlich erbrechtspolitischer, Interessen<sup>78</sup> besorgen die Bestimmungen über den Pflichtteil.

Auf letztwillige Schiedsklauseln finden somit mE weder das KSchG noch der § 617 ZPO Anwendung.

## E. Praktische Aspekte

Dass sich bei streitgünstiger Vermögens- dh Nachlassstruktur die Aufnahme einer Schiedsklausel in die letztwillige Verfügung empfehlen kann, wurde ausgeführt. Die bis zur Klärung durch die Rsp in Österreich bezüglich Pflichtteilsstreitigkeiten allenfalls bestehende Unsicherheit steht nach meiner Beurteilung einer umfassenden letztwilligen Schiedsanordnung nicht im Wege. Sollte die Judikatur der Schiedsklausel diese Reichweite versagen, erfolgt die Austragung – insoweit – eben vor dem staatlichen Gericht.

Mit dem Entschluss zur letztwilligen Schiedsklausel ist es aber noch nicht ganz getan. Der Testie-

rende sollte vielmehr überlegen, ob ein Einzelschiedsrichter einschreiten soll oder ein Dreier-SchiedsG (hier spielen Kostenüberlegungen eine Rolle), ferner ob Ad-hoc- oder institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit vorzuziehen ist.<sup>79</sup> Das Erstere wird sich empfehlen, wenn der Streit sich voraussichtlich auf zwei Parteien beschränken wird.

Für Mehrparteien-Verfahren ist aber der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit der Vorzug zu geben.<sup>80</sup> Moderne institutionelle Regeln<sup>81</sup> gewähren nämlich der Institution, zB dem ICC-Court oder dem VIAC-Präsidium, Eingriffs- und Gestaltungsbefugnisse, womit sie die Verbindung von Verfahren, die Einbeziehung weiterer Parteien (consolidation, joinder) rasch und flexibel gestalten und va die damit zusammenhängenden Probleme der Schiedsrichterbestellung lösen können.<sup>82</sup>

Da Erbschafts-Streitigkeiten häufig „domestic“ sind (und nicht grenzüberschreitend, „international“), ist es in diesem Zusammenhang daher von Interesse, dass VIAC seit Neuestem auch nationale Streitsachen („domestic cases“) administriert.<sup>83</sup>

68) § 617 Abs 1, 3, 4, 5 und 7 ZPO.

69) § 617 Abs 2, 6 ZPO.

70) *Czernich* in FS Echer 288 ff.

71) *Apathy/Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>5</sup> (2017) § 552 Rz 3.

72) *Apathy/Neumayr* in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB<sup>5</sup> § 564 Rz 1.

73) Auf die Rechtslage beim Erbvertrag wird hier nicht eingegangen. Vgl dazu *Haas*, ZEV 2007, 51 f; *Schulze*, MDR 2000, 314.

74) *Czernich* spricht von „testamentarischer Schiedsklausel“ und folgert selbst „Es ist etwas ganz Anderes, ob sich zwei Personen (...) einigen, (...) oder ob nur eine Person eine Verfügung trifft und die anderen sich dieser zu fügen haben.“, vgl *Czernich* in FS Echer 280.

75) OGH 7 Ob 170/98 w SZ 72/12; *Schwimann/Kodek*, Praxiskommentar § 1 KSchG Rz 1.

76) Bei *Schwimann/Kodek*, aaO, finden sich: Vergleich oder Auflösungsvertrag über ein Verbrauchergeschäft, Vertrag über Mitgliedschaft in einem Kundenprogramm, Werkvertrag, Kündigung, Rücktrittserklärung, Anfechtung, Mängelrüge „und andere Anzeigen oder Mitteilungen“.

77) *Oberhammer*, Entwurf 39.

78) ZB ein Mindestmaß an Begünstigungen für Blutsverwandte, Ehegatten und Eingetragene Partner.

79) In der Auswahl der/s Schiedsrichter(s) sind die Parteien wohlgermerkt bei beiden frei, wenn diese(n) nicht der Erblasser vorgegeben hat.

80) Obwohl auch bei Bildung des SchiedsG in Ad-hoc-Mehrparteienstreitigkeiten das Gericht (OGH) Hilfestellung leisten kann, § 587 iVm § 615 ZPO.

81) Freilich sind deren Musterklauseln idR als vertragliche Schiedsklausel formuliert, zB jene von VIAC ([www.viac.eu/de/schiedsverfahren/empfohlene-schiedsklauseln](http://www.viac.eu/de/schiedsverfahren/empfohlene-schiedsklauseln) [abgefragt am 13. 6. 2017]); die Klausel muss daher für die Verwendung in letztwilligen Verfügungen adaptiert werden, zB „Alle Streitigkeiten oder Ansprüche, die sich aus oder im Zusammenhang mit dieser letztwilligen Verfügung oder dem davon betroffenen Nachlass ergeben, einschließlich Streitigkeiten über die Gültigkeit der Verfügung, ihre Auslegung sowie über gesetzliche Ansprüche, welcher Art auch immer aus dem Nachlass, insb Pflichtteilsansprüche, werden nach der Schiedsordnung des internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich (Wiener Regeln) endgültig entschieden (...)“.

82) Art 7 ff ICC-Regeln; Art 14 f Wiener Regeln.

83) Durch die jüngst beschlossene und inzwischen in Kraft getretene WKG-Novelle 2017 ist die Einschränkung des Internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich (VIAC) auf internationale Streitfälle weggefallen.