

Sachverständig im privatisierten Zivilprozess (Teil II)*

Schiedsgericht, Schlichtung und Mediation als Methoden der Konfliktbearbeitung

3.6. Beweis durch Sachverständige

3.6.1. Staatlicher Zivilprozess

Der Richter hat den – wahren – Sachverhalt innerhalb der durch den Streitgegenstand gesetzten Grenzen aufgrund seiner materiellen Prozessleitungspflicht im Zusammenwirken mit den Parteien umfassend zu ermitteln.⁵² Als Beweismittel nennt die ZPO (§§ 292 ff) ausdrücklich Urkunden, Zeugen, Sachverständige und den Augenschein; weiters können auch die Parteien zum Beweis streitiger Tatsachen vernommen werden. Außer diesen fünf klassischen Beweismitteln kommen alle Erkenntnisquellen in Frage, deren Verwertung nach den Regeln des gerichtlichen Beweisverfahrens (§§ 266 bis 291 ZPO) möglich ist.⁵³

Der **Sachverständige** hat nie eine urteilende Funktion (er bleibt immer **Informations- und Erkenntnisquelle für den Entscheidungsträger**); durch die fachliche Autorität und persönliche Integrität des Gutachters gewinnt aber die richterliche Tatsachenfeststellung an „Wahrheit“ und die richterliche Entscheidung an Überzeugungskraft – der Gutachter legitimiert das Urteil.⁵⁴ Der Richter kann **jede Person** zum Sachverständigen bestellen, die eine besondere **Sachkunde** besitzt, gleichgültig, ob diese Kenntnisse das Ergebnis der Beobachtung des täglichen Lebens, wissenschaftlicher Forschung, gewerblicher oder künstlerischer Betätigung sind.⁵⁵ Die Auswahl des Sachverständigen im Zivilprozess ist durch den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 272 ZPO) geprägt. Für das Gericht muss der **freie Zugang zum Fachwissen** ohne Rücksicht auf die Interessen einzelner Berufe gesichert bleiben. Es kommt vor allem auf das **Vertrauen des Richters in die persönliche Integrität, die Unparteilichkeit und die fachliche Qualifikation des Sachverständigen** an, weshalb die Auswahl des Sachverständigen als Ermessensentscheidung an keine konkreten gesetzlichen Vorgaben gebunden werden kann.⁵⁶ Die Beurteilung, ob ein Sachverständigengutachten zur Feststellung eines bestimmten Sachverhalts ausreicht oder ob zusätzliche Erhebungen (etwa durch einen **zweiten Gutachter**) erforderlich sind, ist ein Akt der Beweiswürdigung, weshalb auch

die Abweisung eines Antrags auf Beiziehung eines zweiten Sachverständigen ein Akt der freien Beweiswürdigung ist.⁵⁷ Ausgehend davon, dass der Sachverständige dem Richter jenes Fachwissen verschafft, das er selbst nicht besitzt, kann jenseits der Wissensgrenze des Richters nur dieses Vertrauen die für den Beweis notwendige richterliche Überzeugung von der Richtigkeit des Gutachtens vermitteln.⁵⁸ Die **Beurteilung, ob ein Sachverständiger über die nötigen Fachkenntnisse verfügt, ist demnach ebenfalls eine Frage der Beweiswürdigung.**⁵⁹

3.6.2. Schiedsgericht⁶⁰

Die Ausgestaltung der Beweisaufnahme und der Beweiswürdigung unterliegt innerhalb der Grenzen des § 594 Abs 2 ZPO (**Gleichbehandlung, Wahrung rechtlichen Gehörs**) und der **Sittenwidrigkeit** als Teil des Verfahrensrechts der **Parteidisposition**. Institutionelle Schiedsregeln statten das Schiedsgericht mit Kompetenzen zur Sachverhaltsermittlung und zur Lenkung der mündlichen Verhandlung aus.⁶¹ Dass **Schiedsrichter zur Ermittlung des rechtserzeugenden Sachverhalts verpflichtet** sind, ist – als Selbstverständlichkeit – nicht ausdrücklich in der ZPO normiert. Ein grober Verstoß gegen diese Verpflichtung bildet gemäß § 611 Abs 2 Z 5 ZPO einen Grund für die Aufhebung des Schiedsspruchs.⁶² Das Schiedsgericht ist nicht auf die in der ZPO geregelten Beweismittel beschränkt.⁶³ Es gilt der Grundsatz des Freibeweises.

Obwohl einer der Hauptbeweggründe der Parteien, sich für den Schiedsrechtsweg zu entscheiden, die Sachkunde der Schiedsrichter ist, kommt es auch im Schiedsverfahren häufig vor, dass **der Schiedsrichter Beratung durch einen Sachverständigen eines ihm fremden Sachbereichs benötigt**, um den Streit entscheiden zu können.

§ 601 ZPO normiert:

„(1) *Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so kann das Schiedsgericht*

1. einen oder mehrere Sachverständige zur Erstattung eines Gutachtens über bestimmte vom Schiedsgericht festzulegende Fragen bestellen;

* Teil I abgedruckt in SV 2012/4, 189.

2. die Parteien auffordern, dem Sachverständigen jede sachdienliche Auskunft zu erteilen oder alle für das Verfahren erheblichen Schriftstücke oder Sachen zur Aufnahme eines Befunds vorzulegen oder zugänglich zu machen.

(2) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat der Sachverständige, wenn eine Partei dies beantragt oder das Schiedsgericht es für erforderlich hält, nach Erstattung seines Gutachtens an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen. Bei der Verhandlung können die Parteien Fragen an den Sachverständigen stellen und eigene Sachverständige zu den streitigen Fragen aussagen lassen.

(3) Auf den vom Schiedsgericht bestellten Sachverständigen sind §§ 588 und 589 Abs. 1 und 2 [Ablehnungsgründe und Ablehnungsverfahren] entsprechend anzuwenden.

(4) Haben die Parteien nichts anderes vereinbart, so hat jede Partei das Recht, Gutachten eigener Sachverständiger vorzulegen. Abs. 2 gilt entsprechend.“

Die Parteien können im Rahmen ihrer Verfahrensherrschaft in jedem Verfahrensabschnitt – bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit – auch anderes vereinbaren. Sie können etwa die Beiziehung eines Sachverständigen zur Gänze oder nur in bestimmten Verfahrensabschnitten ausschließen, seine **Gutachtertätigkeit auf bestimmte Fragenbereiche einschränken** oder die Auswahl des Schiedsgerichts auf bestimmte Personen oder Fragen einschränken. Die Bestellung von Sachverständigen kann auch ausschließlich den Parteien überlassen werden. **Gegen den Willen der Parteien kann das Schiedsgericht daher Sachverständige nicht hinzuziehen.** Demgegenüber kann der Sachverständigenbeweis im staatlichen Zivilprozess gemäß § 183 Abs 1 Z 4 ZPO uneingeschränkt, also auch gegen den Widerspruch beider Parteien, von Amts wegen aufgenommen werden.⁶⁴ Obwohl § 601 ZPO kein Erfordernis der Notwendigkeit ausdrücklich aufstellt, ist es impliziert: Ein **Schiedsrichter, der über die erforderlichen Fachkenntnisse verfügt** (zumeist gerade eben wegen dieser bestellt wurde), **darf keinen Sachverständigen bestellen**, weil dies einer Delegation seiner höchstpersönlichen Pflicht (und einer Verletzung des Schiedsrichtervertrages) gleichkäme.⁶⁵

So wie der vom staatlichen Gericht bestellte Sachverständige gemäß § 355 ZPO aus denselben Gründen wie ein Richter abgelehnt werden kann (§§ 355, 356 ZPO), kann der vom Schiedsgericht bestellte – nicht der „parteibestellte“⁶⁶ – **Sachverständige wie ein Schiedsrichter abgelehnt werden.** Der Sachverständige ist demgemäß auch verpflichtet, mögliche Ablehnungsgründe von sich aus **offenzulegen** (§ 588 Abs 1 ZPO). Im Unterschied zum staatlichen Rechtsbereich besteht **keine Pflicht zur Leistung des Sachverständigenedes.**

3.6.3. Mietrechtsschlichtungsstelle

Neben dem AußStrG (das in § 31 Abs 3 die Bestellung von Sachverständigen regelt) kommt das AVG zur Anwendung,⁶⁷ dessen § 52 zur Aufnahme eines Sachverständigenbeweises die der Behörde beigegebenen oder zur Verfügung stehenden amtlichen Sachverständigen (**Amts-sachverständigen**) vorsieht. Nichtamtliche Sachverständige können ausnahmsweise herangezogen werden, wenn sich durch ihre Verwendung eine wesentliche Verfahrensbeschleunigung ergeben würde (§ 52 Abs 3 AVG [nur bei Anregung durch den Antragsteller und wenn die Kosten einen vom Antragsteller bestimmten Betrag voraussichtlich nicht überschreiten]), Amtssachverständige nicht zur Verfügung stehen oder sich ein „besonderer Fall“ ergibt (§ 52 Abs 2 AVG).

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung hat die Behörde die **Schlüssigkeit der Sachverständigengutachten** zu überprüfen. Auch im Verwaltungsverfahren ist einer fachlichen Äußerung nicht ein umso höherer Beweiswert beizumessen, je höher die **amtliche Stellung des Sachverständigen** ist, der die Äußerung abgegeben hat. Eine solche Auffassung ist der österreichischen Rechtsordnung fremd.⁶⁸

Im Rahmen der freien Beweiswürdigung hat die Behörde die **Schlüssigkeit der Sachverständigengutachten** zu überprüfen. Auch im Verwaltungsverfahren ist einer fachlichen Äußerung nicht ein umso höherer Beweiswert beizumessen, je höher die **amtliche Stellung des Sachverständigen** ist, der die Äußerung abgegeben hat. Eine solche Auffassung ist der österreichischen Rechtsordnung fremd.⁶⁸

3.6.4. Patientenschlichtungsstelle

Die Beweisaufnahme wird von der Schlichtungsstelle durchgeführt, die dabei **auf Sachverständigengutachten zurückgreifen kann.**⁶⁹ Es bestehen keine Regeln für ein förmliches Beweisverfahren:⁷⁰ Im Unterschied zu einem Gerichtsverfahren findet keine förmliche Verhandlung, sondern eine Besprechung in formloser Atmosphäre statt. Lässt sich der Sachverhalt in der ersten Sitzung nicht klären, wird **regelmäßig das Gutachten eines medizinischen Sachverständigen** eingeholt, das der Kommission die für ihre Entscheidungsfindung nötige Sachverhaltsaufklärung liefern soll. Um Nahe- oder Konkurrenzverhältnisse zwischen dem betroffenen Arzt und dem medizinischen Sachverständigen auszuschließen, werden manchmal Gutachter aus anderen Bundesländern oder aus dem Ausland herangezogen. Ihre Nominierung erfolgt im Einvernehmen der betroffenen Parteien einschließlich der Haftpflichtversicherungen, die in der Regel auch die hierfür anfallenden **Kosten** übernehmen.⁷¹

3.6.5. Mediation

Voraussetzung für die unbefangene Diskussion ist, dass das Mediationsverfahren vertraulich bleibt. Aus diesem Grund sehen manche Mediationsregeln für den Fall, dass keine gütliche Einigung zustande kommt, in einer **merk-würdigen Verknennung der sanktionsbewehrten (§ 288 StGB) Wahrheitspflicht vor Gericht** vor, dass die im Mediationsverfahren ausgetauschten **Informationen in einem darauffolgenden Verfahren beim staatlichen Gericht nicht verwendet werden dürfen.**⁷² § 320 Z 4 ZPO sieht vor, dass eingetragene Mediatoren in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde, **nicht als Zeugen – und daher auch nicht als Sachverständige (§ 367 ZPO) – vernommen werden dürfen.** Es handelt sich um ein von Amts wegen zu beachtendes Beweisaufnahmeverbot, das im

Interesse der Förderung des **Vertrauensverhältnisses zwischen Medianden und Mediator** normiert worden ist. Eine Entbindung von dieser Verschwiegenheitspflicht (vgl. § 18 ZivMediatG) durch die Parteien ist nicht möglich. Leider misstraut der Gesetzgeber den friedensrichterlichen Fähigkeiten der Zivilrichter so sehr, dass er zur Förderung der „Bereitschaft, sich dem Mediator und dem Gegenüber zu öffnen“,⁷³ die **Mediation der Beichte gleichstellt** und Mediatoren wie Geistliche behandelt (§ 320 Z 2 und 4 ZPO), um das **Mediationsgeschehen aus dem Zivilprozess zu verbannen**.⁷⁴ Die Verschwiegenheitspflicht gilt für den Mediator und dessen Hilfspersonen für Mediationsgespräche, Informationen, die mit der konkreten Mediation in Zusammenhang stehen, und für Tatsachen oder Unterlagen, die während der Mediation erstellt oder anlässlich der Mediation übergeben wurden. Die Verschwiegenheitspflicht ist eine absolute, sie ist durch keinen Vorbehalt, etwa im Interesse der Rechtspflege, eingeschränkt und **kann auch nicht abbedungen werden**. Diese Pflicht der Mediatoren und ihrer Hilfspersonen ist neben dem absoluten Vernehmungsverbot in zivilgerichtlichen Verfahren durch ein Entschlagungsrecht im Strafrecht und strafrechtliche Sanktionen bei Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht abgesichert.⁷⁵ Mediatoren, die nicht in die Zivilrechtsmediationsliste eingetragen sind, können das Vernehmungsverbot als Zeugen nicht in Anspruch nehmen.⁷⁶

Die Parteien können während der Mediation **Privatgutachten** in Auftrag geben und vorlegen, wenngleich die Beweisbarkeit von Tatsachen in der Mediation keine Rolle spielen soll. Sachverständige können auch einvernehmlich eingesetzt werden, um zu beurteilen, ob die vereinbarte Lösung rechtlich, wirtschaftlich, technisch „hält“ und den (gemeinsamen) Bedürfnissen der Parteien entspricht. In der Mediation kann einem Sachverständigen, der als „Gehilfe“ oder Konsulent einer Partei tätig ist, die Rolle zukommen, das aufgetretene Problem in einer für den Mediator verständlichen Weise darzustellen. Wenn auf der Gegenseite ebenfalls ein qualifizierter Sachverständiger als Berater tätig ist, kann mit größerer Wahrscheinlichkeit gerechnet werden, dass **die Sachverständigen „auf technischer Ebene“ Einigkeit erzielen**, was einer Einigung der Parteien auf kaufmännischer Ebene häufig den Weg bereiten wird.⁷⁷

3.7. Erörterung der Beweisergebnisse

3.7.1. Staatlicher Zivilprozess

Zum „**fair trial**“ im Sinne des Art 6 Abs 1 EMRK gehört, dass jede Partei sich zum Standpunkt des Gegners äußern und zu allen Beweisaufnahmen Stellung nehmen kann. Die bloße Gewährung des Fragerechts reicht nicht aus.⁷⁸ Die Parteien haben, wie es § 178 ZPO ausdrückt, „*die Ergebnisse der geführten Beweise darzulegen*“, was erst möglich ist, wenn die Beweise bereits aufgenommen worden sind. Sie können auch schon bei der Beweisaufnahme zugegen sein und mit Zustimmung des Gerichts auch an Zeugen und Sachverständige diejenigen Fragen stellen, die sie zur Aufklärung und Vervollständigung der

Aussagen für dienlich erachten (§ 289 Abs 1 ZPO).⁷⁹ Gemäß § 259 Abs 1 ZPO umfasst die Streitverhandlung auch die **Erörterung der Ergebnisse der Beweisaufnahme**.

3.7.2. Schiedsgericht

Das Gebot des rechtlichen Gehörs verlangt, dass beiden Parteien, so oft das Verfahren dazu Anlass gibt, Gelegenheit gegeben wird, an den **Beweisaufnahmen teilzunehmen und zu deren Ergebnissen Stellung zu nehmen**. Ob das Schiedsgericht die Parteien gleichzeitig oder nacheinander schriftlich oder mündlich hören will, steht in seinem Ermessen. Der Schiedsspruch ist nur dann anfechtbar und unwirksam, wenn einer Partei das **rechtliche Gehör** überhaupt nicht gewährt wurde.⁸⁰ Darüber hinaus bestimmt das Schiedsgericht den Ablauf des (Sachverständigen-)Beweises.⁸¹

Das **Gutachten** des Sachverständigen ist den Parteien gemäß § 599 Abs 3 Satz 2 ZPO **zur Kenntnis zu bringen**. Der Sachverständige hat nach Erstattung seines Gutachtens an einer mündlichen Verhandlung teilzunehmen, wenn dies entweder eine Partei beantragt oder das Schiedsgericht für erforderlich hält. Der Parteienantrag muss nicht begründet sein. Ob die **Teilnahme des Sachverständigen an einer mündlichen Verhandlung** erforderlich ist, ist schiedsgerichtliche Ermessenssache. Bei der mündlichen Verhandlung können die Parteien Fragen an den Sachverständigen stellen und eigene Sachverständige (Parteiensachverständige) als „sachverständige Zeugen“ (**expert witnesses**) zu den streitigen Fragen aussagen lassen.⁸² Haben die Parteien nichts Abweichendes vereinbart, können Gerichtssachverständige und private Sachverständige **nebeneinander** tätig werden.⁸³

3.7.3. Mietrechtsschlichtungsstelle

Falls nötig, hat eine mündliche Schlichtungsverhandlung zu erfolgen, in der auch Beweisergebnisse erörtert werden können. Wenn auch bei der mündlichen Verhandlung eine Einigung der Streitpartner aussichtslos erscheint, werden von der Schlichtungsstelle **Amtsgutachten** bei den dafür zuständigen Magistratsabteilungen angefordert.⁸⁴

3.7.4. Patientenschlichtungsstelle

Eine Erörterung der Beweisergebnisse **kann** (muss aber nicht) im Rahmen der Besprechung mit den Beteiligten stattfinden.

3.7.5. Mediation

Es gibt keine Beweisergebnisse, die erörtert werden könnten.

3.8. Beweismwürdigung

3.8.1. Staatlicher Zivilprozess

Beweisen⁸⁵ ist die **Tätigkeit**, die dem Richter **die Überzeugung von der Wahrheit** oder Unwahrheit des von den Par-

teien behaupteten Sachverhalts **vermittelt**.⁸⁶ Der Beweis ist erbracht, wenn ein so hoher Grad an Überzeugung erreicht ist, dass kein vernünftiger, die Lebensverhältnisse klar überschauender Mensch noch zweifelt.⁸⁷ Damit wird dem Richter die volle Verantwortung für die „**Wahrheitsfindung**“ auferlegt. **Widersprüchliche Beweisergebnisse** sind nicht Hindernis, sondern Ausgangspunkt der Beweiswürdigung. Nur dann, wenn für mehrere Sachverhaltsvarianten beinahe gleich viel spricht, ist der Beweis nicht erbracht und eine Entscheidung nach Beweislastregeln angezeigt.

Freie richterliche Beweiswürdigung bedeutet **nicht Willkür**: Auch wenn sich nicht alles durch das Medium der Sprache vollständig mitteilen lässt,⁸⁸ kann doch nur durch größtmögliche **Offenlegung der Gedankengänge** eine Annäherung an das wissenschaftliche Erkenntnisideal der Falsifizierbarkeit (Widerlegbarkeit, **Prüfbarkeit**)⁸⁹ erreicht werden. Gelingt es dem Richter nicht, deutlich zu machen, aus welchen Gründen er seiner Entscheidung gewisse Beweisergebnisse zugrunde gelegt hat, anderen hingegen nicht gefolgt ist, liegt ein als **Verfahrensmangel** geltend zu machender Begründungsmangel vor, der im Falle seines Aufzeigens in einem Rechtsmittel zur Aufhebung der Entscheidung führt.⁹⁰ Finden sich im Urteil statt einer Beweiswürdigung überhaupt nur Leerformeln und offensichtliche Scheinbegründungen, liegt einer der Nichtigkeitsgründe des § 477 Abs 1 Z 9 ZPO vor.⁹¹ In seiner Beweiswürdigung sollte der Richter aber nicht verhehlen, dass er einen **logischen Sprung macht, wenn er das Wahrscheinliche und Plausible zur Wahrheit macht**, sodass im Ergebnis das wirklich Wahre nur dann Aussicht hat, im Urteil als wahr festgestellt zu werden, wenn es zugleich das Höchstwahrscheinliche ist.⁹²

Manchmal versuchen Parteien oder Zeugen, dem Richter in ihrer Fachsprache scheinbar tiefgründige und geheimnisvolle Tatsachen mitzuteilen, die nach **Übersetzung in eine allgemein verständliche Sprache** – hier kann der Sachverständige als Dolmetscher fungieren – auch für den Laien schnell begreifbar und überprüfbar sind. Der an der Beweisaufnahme teilnehmende Gerichtssachverständige kann die „**technische**“ **Unmöglichkeit/Unwahrscheinlichkeit** derartiger Behauptungen sofort (und nicht erst viele Wochen später in seinem schriftlichen Gutachten) aufzeigen, den „Experten im Zeugenstand“ sofort zur Rede stellen und damit wesentlich zu einer lebendigen Verhandlung und zur Wahrheitsfindung beitragen. Am Ende ist der **Übergang von der richterlichen Wahrheitssuche zum sprachlich formulierten „Wahrspruch“ immer Sache eines Beschlusses, einer Entscheidung**,⁹³ bei der „*gerade das Einzigartige, das Ausnahmeweise, das Seltene, das Zufällige Gefahr läuft, um sein Recht zu kommen.*“⁹⁴ Das **Zivilverfahren ist Wahrheitssuche** und es ist durchaus möglich, dass viele Urteilsfeststellungen wahr sind. Aber auch wenn sie wahr sind, können wir das niemals sicher wissen.

3.8.2. Schiedsgericht

§ 599 Abs 1 letzter Satzteil ZPO bekräftigt den auch im staatlichen Verfahren geltenden Grundsatz der freien Be-

weiswürdigung der Beweisergebnisse für die Gewinnung des rechtserzeugenden Sachverhalts. Das „Recht auf Beweis“ und dessen freie Würdigung sind Teil des Anspruchs auf faire Justizgewährung.⁹⁵ Diese Bestimmung ist **zwingend** und nicht durch Parteienvereinbarung abdingbar.⁹⁶

3.8.3. Mietrechtsschlichtungsstelle

Das Verwaltungsverfahren vor der Schlichtungsstelle ist ein dem Gerichtsverfahren angenähertes Verfahren, in dem ebenso wie in diesem der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt. Die Behörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des gesamten Verfahrens nach **freier Überzeugung** zu beurteilen, **was für wahr zu halten** ist und was nicht (§ 39 Abs 3 MRG; § 32 AußStrG).

3.8.4. Patientenschlichtungsstelle

Zur Sachverhaltsklärung gehört auch im privaten Schlichtungsverfahren die **Beweiswürdigung durch die Kommission**, die jedoch nur darin zum Ausdruck kommt, dass die Kommission entweder einen Entschädigungsvorschlag macht oder nicht. Eine beweiswürdigende Begründung des Vorschlags ist nicht vorgesehen.

3.8.5. Mediation

Wo es keine Entscheidung über die Wahrheit von Tatsachenbehauptungen gibt, kann es auch keine Beweiswürdigung geben.

3.9. Rechtliche Beurteilung

3.9.1. Staatlicher Zivilprozess

Das Urteil ist die durch das Gericht gefällte **Sachentscheidung über den von den Parteien gestellten Urteilsantrag** (Klagebegehren, Aufrechnungseinwendung, Zwischenantrag auf Feststellung). Erst wenn die Tatsachen (der Sachverhalt) feststehen, kann die Rechtsfrage gelöst werden. Zur **Tatfrage** gehört die Feststellung der den Sachverhalt bildenden Tatsachen einschließlich aller Schlussfolgerungen; zur **Rechtsfrage** gehören die Anwendung der Rechtsnorm samt der für ihre Anwendung vorausgesetzten Erfahrungssätze sowie sämtliche rechtlichen Schlussfolgerungen aus dem festgestellten Sachverhalt.⁹⁷ Das Sachverständigengutachten trägt zur Lösung der Tatfrage bei; **rechtliche Beurteilungen sind dem Sachverständigen verwehrt**. Finden sie sich in einem Gutachten, sind sie **unbeachtlich**.⁹⁸ So hat der Sachverständige die Art, die Dauer und die Intensität erlittener Schmerzen, aber nicht die Höhe des Schmerzensgeldes einzuschätzen; ebenso zwar die Marktkonformität (Ortsüblichkeit) von Entgelten (Mietzins, Reparaturkosten), aber nicht deren rechtliche „Angemessenheit“. Er hat den Zeitwert, den Wrackwert und die ortsüblichen Kosten für die Reparatur eines Kraftfahrzeugs zu ermitteln, aber nicht zu beurteilen, ob rechtlich ein Totalschaden vorliegt.

3.9.2. Schiedsgericht

§ 603 ZPO normiert, dass das **Schiedsgericht jedenfalls die rechtliche Beurteilung** übernimmt; in Übereinstimmung mit den Rechtsvorschriften oder Rechtsregeln, die von den Parteien vereinbart worden sind, in deren Ermangelung mit den vom Schiedsgericht für angemessen erachteten Rechtsnormen, bei ausdrücklicher Ermächtigung durch die Parteien sogar nach Billigkeit. Das Schiedsverfahren ist auch in diesem Sinn eng an das staatliche Zivilverfahrensrecht angelehnt, sodass eine rechtliche Beurteilung durch andere Personen (etwa Sachverständige) auch hier nicht in Betracht kommt.

3.9.3. Mietrechtsschlichtungsstelle

Im Bescheid wird über das Begehren des Antragstellers abgesprochen, wobei die Schlichtungsstelle – zusammengesetzt aus Beamten, die des Wohnrechts kundig sind – die rechtliche Beurteilung vornimmt. Die **Rechtsfrage löst allein die Schlichtungsstelle**, die beigezogenen Amtssachverständigen dürfen keine rechtliche Beurteilung vornehmen.

3.9.4. Patientenschlichtungsstelle

Es erfolgt **keine rechtliche Beurteilung im Sinne eines rechtsverbindlichen Zu- oder Absprechens eines Anspruchs**. Vielmehr empfiehlt die Schlichtungsstelle einen ihrer Ansicht nach angemessenen Betrag als Schadenersatz, den der Patient annehmen oder ausschlagen kann. Dabei ist eine gewisse rechtliche Beurteilung durch die Kommission nötig, da sie sonst nicht über ein Entschädigungsangebot entscheiden könnte. Dieser Streitbereinigungsvorschlag ist gemeinsam mit seinen wichtigsten **Gründen** in der Sitzung mündlich bekannt zu geben.⁹⁹

3.9.5. Mediation

Es gibt keinen – als wahr angenommenen – Sachverhalt und keine rechtliche Beurteilung.

3.10. Bindungswirkung und Durchsetzbarkeit der Entscheidung (Rechtskraft, Vollstreckbarkeit)

3.10.1. Staatlicher Zivilprozess

Die **Rechtskraft** (§ 411 ZPO) ist die entscheidende Urteilswirkung, die den Urteilen ihre rechtliche Sonderstellung verleiht, ihnen die „Kraft des Rechts“, die „**Autorität des Richterspruchs**“ gibt.

Formelle Rechtskraft bedeutet die Unanfechtbarkeit eines Urteils in dem Rechtsstreit, in dem es ergangen ist; sie ist insoweit nur eine Verfahrensrechtslage. Erst wenn das Urteil für den laufenden Rechtsstreit unanfechtbar geworden ist, kommt ihm in der Regel auch eine weitergehende Wirkung für die Zukunft zu, die **materielle Rechtskraft**. Erst sie verleiht dem Urteil die autoritative Wirkung der Maßgeblichkeit der Entscheidung für die Zukunft, um

Rechtssicherheit und Rechtsfrieden herzustellen. Die **Vollstreckbarkeit** kommt den Leistungsbefehlen (und in seltenen Ausnahmefällen unvollständigen Rechtsgestaltungsurteilen) zu. Sie bewirkt, dass der Berechtigte nach ungenutztem Ablauf der Leistungsfrist die Durchsetzung des Leistungsbefehls durch gerichtliche Zwangsvollstreckung begehren kann. Die **Gestaltungswirkung** kommt nur den Rechtsgestaltungsurteilen zu. Sie besteht in der durch das Urteil unmittelbar bewirkten Änderung der Rechtslage. Die **Tatbestandswirkung** (Reflexwirkung): Das Urteil ist wie jedes andere Ereignis eine Tatsache, kann als solche zum Tatbestandselement einer anderen Rechtsnorm werden und dann die in dieser Rechtsnorm genannten Rechtsfolgen auslösen.

3.10.2. Schiedsgericht

Der Schiedsspruch hat gemäß § 607 ZPO zwischen den Parteien die **Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils**. Er erwächst unter denselben Voraussetzungen wie ein Urteil in formelle und materielle Rechtskraft, entfaltet Feststellungswirkung, Gestaltungswirkung und Tatbestandswirkung und wirkt unter denselben besonderen Voraussetzungen auf Dritte wie ein Urteil.¹⁰⁰ Gegen einen Schiedsspruch ist der **Aufhebungsantrag** (§ 611 ZPO) zulässig, weil der Staat mit dem Einbau der Schiedsgerichte in das staatliche Rechtsprechungssystem bestimmte **Mindestgarantien** zu übernehmen hat.¹⁰¹ Dabei handelt es sich nicht um eine Anfechtung des Schiedsspruchs im Instanzenzug, sondern um **eine Art Rechtsmittelklage** (§ 611 ZPO). Die Rechtskraft und Vollstreckbarkeit des Schiedsspruchs werden dadurch nicht hinausgeschoben.¹⁰²

§ 607 ZPO betrifft inländische Schiedssprüche, also Schiedssprüche, die von einem Schiedsgericht mit Sitz (§ 595 ZPO) in Österreich erlassen werden und auf dessen Verfahren daher gemäß § 577 Abs 1 ZPO die Bestimmungen der §§ 577 ff ZPO anwendbar sind. Weitere Voraussetzung für die Gleichstellung ist, dass der Schiedsspruch die **gesetzlichen Formal- und Inhaltserfordernisse** erfüllt und kein *eo ipso* wirkungsloser Nichtschiedsspruch ist.¹⁰³ Die Rechtskraft des Schiedsspruchs ist immer von Amts wegen wahrzunehmen. Sie ist der Parteiendisposition entzogen.¹⁰⁴ Daher können die Parteien auch nicht die Unwirksamkeit des Schiedsspruchs verbindlich anerkennen.¹⁰⁵ Die materielle (innere) Rechtskraft wirkt nicht nur im Schiedsverfahren, sondern – im gleichen Umfang wie die materielle Rechtskraft der Entscheidungen staatlicher Zivilgerichte – auch gegenüber anderen Gerichten und Behörden. Sie umfasst das Verbot *ne bis in idem* (**Einmaligkeitswirkung**) und die Beachtung der Präjudizwirkung (**Bindungswirkung**).¹⁰⁶

3.10.3. Mietrechtsschlichtungsstelle

Gemäß § 39 Abs 4 MRG kann die Entscheidung der Schlichtungsstelle durch **kein Rechtsmittel** angefochten werden. Mit Anrufung des Gerichts tritt die Schlichtungs-

stellenentscheidung außer Kraft („**sukzessive Zuständigkeit**“). Erfolgt keine **Anrufung des Bezirksgerichts**, ist der Bescheid der Schlichtungsstelle ein **vollstreckbarer Exekutionstitel** im Sinne des § 1 EO.

3.10.4. Patientenschlichtungsstelle

Der Vorschlag der Schlichtungsstelle auf Entschädigung entfaltet **keine Bindungswirkung und er ist nicht vollstreckbar**. Das Ergebnis des Schlichtungsverfahrens kann ein außergerichtlicher Vergleich sein. Ein solcher außergerichtlicher Vergleich bildet keinen Exekutionstitel, nur mit Abschluss eines gerichtlichen Vergleiches tritt Rechtswirksamkeit und Vollstreckbarkeit ein.¹⁰⁷

3.10.5. Mediation

In Mediationsverfahren erzielte Einigungen entfalten keine Bindungswirkung und Vollstreckbarkeit; sie können aber Grundlage eines „**Mediationsvergleiches**“ (§ 433a ZPO) sein: Über den Inhalt der in einem Mediationsverfahren über eine Zivilsache erzielten schriftlichen Vereinbarung kann **vor jedem Bezirksgericht ein gerichtlicher Vergleich** geschlossen werden. Ist es den Parteien nach dem anwendbaren Recht nicht erlaubt, über den Gegenstand des Streits einen Vergleich abzuschließen (zB über Ansprüche aus **unerlaubten** Geschäften sowie über die Gültigkeit einer **Ehe** und überhaupt im Eheverfahren), so ist kein gerichtlicher Vergleich aufgrund einer bereits abgeschlossenen Mediationsvereinbarung zulässig.¹⁰⁸ Verstößt eine Vereinbarung gegen materielles Recht oder die guten Sitten, begründet dies nach herrschender Ansicht ein **Protokollierungsverbot**. Damit der **Richter die Zulässigkeit des Vergleichsabschlusses prüfen** kann, hat er die Parteien zu veranlassen, alle nach der Sach- und Rechtslage erforderlichen Angaben zu machen.

4. Schlussbemerkungen

Der demokratische **Rechtsstaat lebt von der zivilisierten Auseinandersetzung**, sei es im Rahmen eines staatlichen Zivilprozesses, eines Schiedsgerichtsverfahrens, eines Schlichtungsverfahrens oder einer Mediation.

Wenn es um **Konsensfindung** geht, sind in jedem dieser Foren alle *soft skills* erwünscht, die die Einigung fördern. Die Methode, in einer tiefsinnig klingenden Sprache Trivialitäten als höhere Weisheit zu verkaufen und dadurch die inhaltliche Diskussion echter Probleme zu vermeiden, ist aber Teil jenes sozialen Übels, als dessen Lösung sie sich aus gibt.

Wenn es um **Wahrheit** und um **Recht** geht, ist es die Aufgabe des Entscheidungsträgers, dafür zu sorgen, dass das Verfahren zu keinem Expertensymposium verkommt und das Gutachten kein „säkularisierter Gottesbeweis“ wird. Aufgabe des Sachverständigen ist es, durch Bemühen um Objektivität, Unparteilichkeit und Fairness (insbesondere rechtliches Gehör) im Zuge seiner Befundaufnahme sowie

durch **Nachvollziehbarkeit und Nachprüfbarkeit** seines sachkundig erstellten Gutachtens zu verhindern, dass seine subjektiven Vermutungen zur Gewissheit und damit zum Beweis werden, ohne dass objektiv etwas bewiesen wäre. Aufgabe des Entscheidungsträgers und des Sachverständigen ist es, der sichtbaren Gerechtigkeit zum Durchbruch zu verhelfen und den **demokratischen Rechtsstaat, keinen autoritären Obrigkeitsstaat, zu verkörpern**.

Zu hoffen bleibt, dass die österreichische Richterschaft ihre psychologische Autorität nicht ihrer offiziellen Bestimmung als unabhängige dritte Macht im Staat und ihren überkommenen Ritualen verdankt (dann wäre der Zivilprozess nur ein weiterer Event), sondern dem **persönlichen Ansehen der Berufsrichter und der Überzeugungskraft ihrer Argumente**. Unser Rohstoff ist der menschliche Konflikt und unser Endprodukt der Rechtsfrieden. Anders als der österreichische Gesetzgeber¹⁰⁹ betrachte ich den staatlichen Zivilprozess weiterhin nicht als soziales Übel, sondern als besonders zivilisierte Konfliktbearbeitungsmethode. Diese Methode soll nicht erst dann angewendet werden, wenn alle privaten Konfliktbearbeiter versagt haben. Zu viele Köche verderben den Brei.

Anmerkungen:

⁵² *Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 266 ZPO Rz 1.*

⁵³ *Deixler-Hübner/Klicka, Zivilverfahren⁷ (2011) 81.*

⁵⁴ *Vgl Schiller, Richter – Sachverständiger, Rechte – Pflichten, SV 1996/4, 3.*

⁵⁵ *Fasching, Lehrbuch², Rz 999.*

⁵⁶ *OGH 18. 2. 1992, 5 Ob 1006/92, MietSlg 44.782.*

⁵⁷ *RIS-Justiz RS0097380; RS0040586; RS0097433; RS0043163.*

⁵⁸ *Schiller, SV 1996/4, 3.*

⁵⁹ *RIS-Justiz RS0098078.*

⁶⁰ *Vgl Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 599 ZPO Rz 11, 37 bis 40.*

⁶¹ *Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 599 ZPO Rz 11.*

⁶² *Verstoß gegen den verfahrensrechtlichen *ordre public*; so auch Zeiler, Schiedsverfahren, § 599 ZPO Rz 4.*

⁶³ *Fasching, Schiedsgericht, 107; Voit in Musielak, ZPO⁵, § 1042 Rz 21.*

⁶⁴ *Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 601 ZPO Rz 39 f.*

⁶⁵ *Zum Folgenden Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 601 ZPO Rz 44, 48.*

⁶⁶ *Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 601 ZPO Rz 65 f.*

⁶⁷ *Ostermayer, Mietrecht. Kommentar zum MRG, § 39 AB 1529, 398.*

⁶⁸ *VwGH 27. 4. 1962, 2174/60; 12. 10. 1972, 2396/71.*

⁶⁹ *Vgl Final Report to DG SANCO – Study on the use of Alternative Dispute Resolution in the European Union, National Report Austria (2009) 166.*

⁷⁰ *Kuderna, Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, DRdA 1978, 3.*

- ⁷¹ M. Roth/Sperl, AnwBl 2000, 387.
- ⁷² Aschauer, Alternative Streitbeilegung – ein praktischer Überblick für Bausachverständige, SV 2010, 76.
- ⁷³ ErlRV 24 BlgNR 22. GP, 37.
- ⁷⁴ Tanczos, Wünsche an die ARGE Zivilprozess, SV 2006, 193.
- ⁷⁵ Falk/Koren, ZivMediatG, 181 f.
- ⁷⁶ Vgl. Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation² (2009) Register 3, Kap 10.2, 18 f.
- ⁷⁷ Aschauer, SV 2010, 76 f.
- ⁷⁸ Schragel in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 176 ZPO Rz 11.
- ⁷⁹ Schragel in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 178 ZPO Rz 6.
- ⁸⁰ OGH 6. 9. 1990, 6 Ob 572/90.
- ⁸¹ Zeiler, Schiedsverfahren, § 601 ZPO Rz 8.
- ⁸² Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 601 ZPO Rz 60 bis 62.
- ⁸³ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 601 ZPO Rz 77.
- ⁸⁴ Vgl. Czasny/Bständig/Hartig/Schöffmann, Wirkungsanalyse zentraler Problembereiche des Mietrechts, online abrufbar unter <http://www.iswb.at/forschung/forschung.php?ID=70>.
- ⁸⁵ Für die folgenden Absätze Tanczos/Tanczos, Arzthaftung (2010) 111.
- ⁸⁶ Fasching, Lehrbuch², Rz 799.
- ⁸⁷ „An Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit“; vgl. Rechberger in Rechberger, ZPO³, Vor § 266 Rz 5 mwN.
- ⁸⁸ M. Bydlinski in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 428 ZPO Rz 4.
- ⁸⁹ Popper, Logik der Forschung⁶ (1976) 14; derselbe, Ausgangspunkte³ (1984) 52.
- ⁹⁰ Klauser/Kodek, JN – ZPO¹⁶ (2006) § 272 ZPO E 37; Rechberger in Rechberger, ZPO³, § 272 Rz 3; LGZ Wien 15. 12. 1993, 41 R 833/93, MietSlg 45.678.
- ⁹¹ M. Bydlinski in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 428 ZPO Rz 4; Klauser/Kodek, JN – ZPO¹⁶, § 272 ZPO E 33
- ⁹² Bauer, 10 Gebote für den Streitrichter (1942) 38.
- ⁹³ Popper, Auf der Suche nach einer besseren Welt (1990) 15.
- ⁹⁴ Bauer, 10 Gebote, 38.
- ⁹⁵ Oberhammer, Entwurf, 101.
- ⁹⁶ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 599 ZPO Rz 44.
- ⁹⁷ Hierzu und zum Folgenden Kloiber in Fucik/Klauser/Kloiber, ZPO¹¹ (2011) 485.
- ⁹⁸ Fasching, Lehrbuch², Rz 1004.
- ⁹⁹ Siehe Anmerkung 69.
- ¹⁰⁰ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 607 ZPO Rz 18.
- ¹⁰¹ Vgl. Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 611 ZPO Rz 3.
- ¹⁰² Vgl. Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 611 ZPO Rz 64; OGH 2. 10. 2003, 6 Ob 41/03b.
- ¹⁰³ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 607 ZPO Rz 19 f.
- ¹⁰⁴ OGH 11. 9. 1957, 2 Ob 382/57, JBl 1957, 594; Fasching, Schiedsgericht, 131.
- ¹⁰⁵ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 607 ZPO Rz 28.
- ¹⁰⁶ Ch. Hausmaninger in Fasching/Konecny, Zivilprozessgesetze², § 607 ZPO Rz 34.
- ¹⁰⁷ Siehe Anmerkung 69.
- ¹⁰⁸ Hierzu und zum folgenden Absatz Fucik in Fucik/Klauser/Kloiber, ZPO¹¹, 435.
- ¹⁰⁹ ErlRV 962 BlgNR 21. GP, 36.

Korrespondenz:
Mag. Alfred Tanczos
Oberlandesgericht Graz
Marburger Kai 49, 8010 Graz