

I. Einleitung

Nach wie vor nimmt die Schiedsgerichtsbarkeit in der Lösung privater Konflikte eine wichtige Rolle ein. Als einer ihrer wesentlichen Vorteile wird traditionell die im Vergleich zum Zivilprozess größere privatautonome Gestaltungsfreiheit im Verfahren genannt.¹ Schon der historische ZPO-Gesetzgeber wollte den Parteien etwa bewusst die „*volle Freiheit lassen, die Constituirung des Schiedsgerichtes und das Verfahren [...] zu regeln*“.²

Der Schiedsspruch selbst ist dem staatlichen Urteil dagegen weitgehend gleichgestellt, § 607 ZPO verleiht ihm „*die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils*“. Nach § 1 Z 16 EO ist er sogar Exekutionstitel, sodass nicht einmal sein Exequatur durch ein staatliches Gericht nötig ist, um auf seiner Basis Zwangsvollstreckung führen zu können.

Vor diesem Hintergrund bedarf das Schiedsverfahren naturgemäß eines normativen Rahmens. Nur dann scheint die Anerkennung des Schiedsspruchs als einem staatlichen Urteil gleichwertig und insb seine Vollstreckung durch staatliche Organe gerechtfertigt:³ „*Kontrolltätigkeit des Staates über Schiedsverfahren und Schiedssprüche [...] stellt das unverzichtbare Korrelat zur Zuerkennung hoheitlicher Entscheidungswirkungen dar*“.⁴ So ist etwa anerkannt, dass die Parteien bei der Bestellung der Schiedsrichter trotz Betonung ihrer grundsätzlichen Freiheit gleich zu behandeln sind.⁵ Was die Verfahrensgestaltung angeht, hält § 594 Abs 1 ZPO eigens fest, dass zwingende Vorschriften der Parteieneinigung vorgehen, also gerade nicht der Parteidisposition unterliegen.

Für eine Reihe an Problemen stellt die ZPO aber auch dispositive Regelungen zur Verfügung, die bei Fehlen einer Parteieneinvernahme zur Anwendung kommen: Mangels abweichender Vereinbarung sind etwa drei Schiedsrichter vorgesehen (§ 586 Abs 2 ZPO), ist auf Antrag nur einer Partei eine mündliche Verhandlung durchzuführen (§ 598 Satz 2 ZPO) und ist der Schiedsspruch zu begründen (§ 606 Abs 2 ZPO).

Auch die Koordination von Schieds- und staatlichem Verfahren hat in § 584 ZPO eine ausführliche Regelung erfahren. Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist dagegen, welchen Einfluss eine Entscheidung in einem früheren Prozess, die den Streitgegenstand vor dem Schiedsgericht betrifft, auf das Schiedsverfahren

1 Bspw Kutschera in Torggler/Mohs/Schäfer/Wong, Handbuch² 16 (Rz 42 ff).

2 k. k. Justizministerium, Materialien I 383.

3 Fasching, Kommentar IV¹ 704 = ders, Schiedsgericht 3; ders, Lehrbuch² Rz 2166; G. Kodek/Mayr, Zivilprozessrecht⁵ Rz 1261; vgl schon Schwab in Liber Amicorum Domke 301 (311); Sperl in FS 50 Jahre ZPO 281 (282); zum verfassungsrechtlich verankerten Umfang der staatlichen Kontrolle Geimer in Schlosser, Integritätsprobleme 113 (170 ff).

4 Bajons in FS Kralik 3 (10).

5 Riegler/Petsche in Liebscher/Oberhammer/Rechberger, Schiedsverfahrensrecht I 401 (Rz 5/19, 5/91ff).

hat. Namentlich stellt sich dieses Problem bei Entscheidungen über im Schiedsverfahren relevante Vorfragen. Die vorliegende Arbeit untersucht daher, wie im Schiedsverfahren mit rechtskräftigen Vorfrageentscheidungen umzugehen ist. Dabei soll zuerst auf Vorentscheidungen eingegangen werden, die von staatlichen Zivilgerichten stammen (II.), um dann allfällige Besonderheiten für den Fall zu untersuchen, dass schon die Vorentscheidung selbst von einem Schiedsgericht getroffen wurde (III.).

II. Bindung an zivilgerichtliche Vorentscheidungen

A. Bindungswirkung zivilgerichtlicher Entscheidungen

1. Grundsätzliches

Die materielle Rechtskraft zivilgerichtlicher Entscheidungen äußert sich in mehreren Facetten: zum einen in der Einmaligkeits-, zum anderen in der Bindungswirkung.⁶ Dabei soll die Einmaligkeitswirkung verhindern, dass über die Hauptfrage eines rechtskräftig abgeschlossenen Erstverfahrens in einem Zweitprozess neuerlich gestritten und entschieden wird (*ne bis in idem*). Eine Klage, die denselben Streitgegenstand wie eine schon rechtskräftig entschiedene Sache hat, ist deshalb wegen des Prozesshindernisses der *res iudicata* ohne inhaltliche Befassung zurückzuweisen.⁷

Ergänzt wird die Einmaligkeits- durch die Bindungswirkung. Sie sorgt dafür, dass die Hauptfrage des Erstverfahrens in einem zweiten Prozess auch dann nicht erneut aufgerollt wird, wenn sie sich dort nicht nochmals als Haupt-, sondern als Vorfrage stellt. Dann ist das Ergebnis des Erstverfahrens der Entscheidung im Zweitprozess ungeprüft zugrunde zu legen.⁸ Die Rechtskraft kann daher auch in ihrer Ausprägung als Bindungswirkung als Verbot einer neuerlichen Befassung mit dem Streitgegenstand des Erstverfahrens und damit „*partielle Einmaligkeitswirkung*“ aufgefasst werden,⁹ freilich mit anderer Konsequenz: Da der Streitgegenstand des Zweit-

-
- 6 Die Präklusionswirkung, die regelmäßig im Kontext der zeitlichen Grenzen der Rechtskraft diskutiert wird (zB *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/2³ § 411 ZPO Rz 87ff; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 956), ist nach *Musger* in FS Lovrek 521 (527) „keine dritte, zur Einmaligkeits- und Bindungswirkung hinzutretende Wirkung“ der Rechtskraft, sondern abhängig vom konkreten Entscheidungsgegenstand des Zweitprozesses in Form des Prozesshindernisses der *res iudicata* oder als bindende Vorentscheidung zu berücksichtigen; vgl auch *Wilfinger* in *Holoubek/Lang*, Bindungswirkungen 363 (373f).
 - 7 Das ergibt sich nicht zuletzt aus § 239 Abs 3 Z 1, § 261 Abs 1 ZPO (vgl *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 294; weiters *Geroldinger* in *G. Kodek/Oberhammer* § 411 ZPO Rz 17), weshalb die in Deutschland umstrittene Frage, ob die Rechtskraft nur ein Abweichungs- oder auch ein als Prozesshindernis wirkendes Wiederholungsverbot enthält (zur Diskussion bspw *Althammer* in *Stein/Jonas* IV²⁵ § 322 ZPO Rz 19ff), sich für Österreich nie in dieser Schärfe gestellt hat (vgl *Gaul*, ÖJZ 2003, 861 [861ff, 865f]) und in zweiterem Sinne zu beantworten ist (*Fasching*, Kommentar III¹ 693f; *ders.*, Lehrbuch² Rz 1499; *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/2³ § 411 ZPO Rz 14; vgl schon von *Canstein*, Zivilprozessrecht I³ 1010f; *F. Klein*, Vorlesungen 216; *Pollak*, JBl 1933, 115 [115f]; *Schuster von Bonnott*, Zivilprozeßrecht⁴ 378 FN 1).
 - 8 *Brenn* in *Höllwerth/Ziehensack* § 411 ZPO Rz 19; *Fasching*, Kommentar III¹ 694f; *ders.*, Lehrbuch² Rz 1501; *Geroldinger* in *G. Kodek/Oberhammer* § 411 ZPO Rz 18, 80; *G. Kodek/Mayr*, Zivilprozessrecht⁵ Rz 919ff; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ § 411 ZPO Rz 3; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 946, 966.
 - 9 So *Musger* in FS Lovrek 521 (524f); vgl auch *Gottwald* in MüKoZPO I⁶ § 322 Rz 12; *Nieva-Fenoll*, ZZP 129 (2016) 89 (93); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht¹⁸ § 152 Rz 15; *H. Roth* in FS Sutter-Somm 505 (514) = *ders.*, Ritsumeikan Law Review 2016, 83 (91); weiters *Koussoulis*, Beiträge 235ff.

prozesses nicht identisch mit jenem des Erstverfahrens ist, ist die Klage nicht wegen *res iudicata* zurückzuweisen; vielmehr muss eine inhaltliche Entscheidung unter Bindung an das Ergebnis des Erstverfahrens ergehen.

Wird also in einem ersten Verfahren das Bestehen eines Arbeitsvertrags rechtskräftig festgestellt, ist der Richter im Folgeprozess, in dem die Zahlung des Arbeitslohns begehrte wird, daran gebunden, dass der Arbeitsvertrag besteht,¹⁰ wird der Mieter zur Mietzinszahlung verurteilt, muss die Richterin im Kündigungsprozess den Umstand, dass er den Mietzins nicht gezahlt hat, als gegeben annehmen,¹¹ und wenn die Klage des Handelsvertreters auf Provisionszahlung abgewiesen wird, dann ist der Richter in jenem Zweitverfahren, in dem Hilfsrechte wie etwa ein Anspruch auf Bucheinsicht geltend gemacht werden, daran gebunden, dass das Hauptrecht – eben der Provisionsanspruch – nicht besteht.¹²

Dabei ist die Bindungswirkung einer zivilgerichtlichen Vorentscheidung wie auch die Einmaligkeitswirkung im Folgeprozess amtswegig und in jeder Lage des Verfahrens zu berücksichtigen; ein Verstoß dagegen verwirklicht einen in § 477 Abs 1 ZPO freilich nicht aufgezählten Nichtigkeitsgrund.¹³ Sogar nach Rechtskraft der Zweitentscheidung kann die Außerachtlassung der Bindungswirkung noch releviert werden: Dann kann das Verfahren unter den Voraussetzungen des § 530 Abs 1 Z 6, Abs 2 ZPO mittels Wiederaufnahmsklage erneut aufgerollt werden.¹⁴

All das ist mit einzelnen, hier nicht weiter interessierenden Abweichungen im Detail im Grunde unbestritten und kann daher als Ausgangspunkt für die folgende Untersuchung dienen.

2. Relevanz im Schiedsverfahren – prozessuales Rechtskraftverständnis

Weniger klar ist dagegen das Verhältnis der Bindungswirkung einer rechtskräftigen zivilgerichtlichen Vorentscheidung zu einem nachfolgenden Schiedsverfahren, wenn also das Zweitverfahren, in dem sich die im Erstprozess entschiedene Hauptnunmehr als Vorfrage stellt, kein staatliches, sondern ein Schiedsverfahren ist: Muss das Schiedsgericht seiner Entscheidung die Ergebnisse eines früheren Verfahrens über eine präjudizielle Vorfrage ebenso ungeprüft zugrunde legen wie ein staatliches Gericht? Oder darf bzw muss das Schiedsgericht die Vorfrage selbständig prüfen?

Dabei ist vorweg auf das der Untersuchung zugrunde gelegte Verständnis der Rechtskraft einzugehen. Zur Erklärung des Wesens der Rechtskraft haben sich im

10 OGH 23. 4. 1985, 4 Ob 67/84.

11 OGH 4. 10. 1967, 5 Ob 180/67.

12 BGH 11. 10. 2018, I ZB 9/18 (zwei Schiedsverfahren). Die materiell-rechtliche Annahme, dass (die Bindung an) das Nichtbestehen des Hauptrechts das Nichtbestehen der Hilfsrechte zur Folge hat, hielt die erste Instanz im Aufhebungsverfahren für „zumindest (gut) vertretbar“ und daher jedenfalls nicht *ordre-public*-widrig (BGH 11. 10. 2018, I ZB 9/18 Rz 9); beim BGH war sie dann nicht mehr streitgegenständlich (vgl Rz 3 zum Anfechtungsumfang).

13 Auf bei FN 505.

14 Dazu bei FN 213.

Gründe zwei noch heute relevante Theorien entwickelt.¹⁵ Nach der materiellen Rechtskrafttheorie drückt sich die Rechtskraft nicht (nur) in der oben skizzierten, rein prozessual verstandenen Einmaligkeits- und Bindungswirkung aus, vielmehr wirkt die rechtskräftige Entscheidung materiell-rechtlich konstitutiv: Ist sie richtig, spricht sie also nicht nur die Konsequenzen der bestehenden Rechtslage aus, sondern schafft dafür einen neuen, zusätzlichen Rechtsgrund; ist sie – von der ursprünglichen Rechtslage aus besehen – falsch, gestaltet sie die materielle Rechtslage entsprechend neu und um.¹⁶

Dagegen erschöpft sich die Rechtskraft nach der prozessualen Theorie „*ohne Rückbezug oder Seitenblick auf das materielle Recht*“¹⁷ im rein prozessual verstandenen Verbot, über einen einmal rechtskräftig entschiedenen Streitgegenstand ein weiteres Verfahren zu führen (Einmaligkeitswirkung)¹⁸ sowie in einem Folgeverfahren vom rechtskräftig entschiedenen Ergebnis eines Vorverfahrens abzuweichen (Bindungswirkung). Zu einer Änderung der materiellen Rechtslage durch die Entscheidung kommt es daher gerade nicht.¹⁹

Folgt man der vor allem in der älteren deutschen Lehre vertretenen²⁰ materiellen Rechtskrafttheorie, löst sich die Frage der Bindung von Schiedsgerichten an zivilgerichtliche Vorfrageentscheidungen von selbst, wenn man davon ausgeht, dass Schiedsgerichte an das materielle Recht gebunden sind. Das erinnert freilich an die historische Diskussion dazu:

Noch nach dem Gesetzgeber der dZPO 1877 wurde nämlich der „*Zweck des Schiedsvertrags [...] regelmäßig nur erreicht, wenn die Schiedsrichter nicht verpflichtet werden, sich bei ihrem Sprache nach den Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu richten*“.²¹ Dementsprechend ging die ältere deutsche Lehre davon aus, dass Schiedsgerichte sich nicht an das materielle Recht halten müssen. Rosenberg etwa nahm trotz grundsätzlicher Bindung an, dass die Schiedsrichter mit ihrer Einsetzung stillschweigend von der Beachtung des dispositiven Rechts freigestellt würden.

15 *Fasching*, Kommentar III¹ 695 ff; *ders*, Lehrbuch² Rz 1502; einen rezenten Überblick bietet *H. Roth* in FS *Sutter-Somm* 505 = *ders*, Ritsumeikan Law Review 2016, 83.

16 *Fasching*, Kommentar III¹ 695 f; *ders*, Lehrbuch² Rz 1503; *Geroldinger* in *G. Kodek/Oberhammer* § 411 ZPO Rz 12; *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/2³ § 411 ZPO Rz 19; *G. Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ Rz 921; *Holzhammer*, *Zivilprozeßrecht*² 294; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 390 ZPO Rz 26; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁹ Rz 942.

17 *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1504; ähnlich *ders*, Kommentar III¹ 695; vgl. auch BGH 10. 7. 1951, II ZR 30/51.

18 Zum in Österreich unstrittigen Verständnis der Einmaligkeitswirkung als Wiederholungs-, nicht bloß als Abweichungsverbot s schon FN 7.

19 *Fasching*, Kommentar III¹ 695 f; *ders*, Lehrbuch² Rz 1504 f; *Geroldinger* in *G. Kodek/Oberhammer* § 411 ZPO Rz 13 ff; *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/2³ § 411 ZPO Rz 18, 20; *G. Kodek/Mayr*, *Zivilprozessrecht*⁵ Rz 921; *Holzhammer*, *Zivilprozeßrecht*² 295; *Rechberger/Klicka* in *Rechberger/Klicka*⁵ Vor § 390 ZPO Rz 26; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁹ Rz 943.

20 Vgl. etwa *Althammer* in *Stein/Jonas* IV²³ § 322 ZPO Rz 21 ff; *Gottwald* in *MüKoZPO* I⁶ § 322 Rz 7 f; rezent aber bspw *J. Braun* in FS *Spellenberg* 69; *ders*, Lehrbuch 900 ff; tendenziell auch *Thomale*, JZ 2018, 430 und *ders*, JZ 2018, 1125 (krit dazu *Gaul*, JZ 2018, 1013 und *ders* in FS *H. Roth* 205 [231 ff]).

21 *C. Hahn/Stegemann*, Materialien II/1² 494.

den,²² andere hielten Schiedsgerichte sogar schon von vornherein und ganz generell für nicht an das materielle Recht gebunden.²³

Ganz ähnlich wurde für Österreich von manchen eine „*grundsätzliche Freistellung des Schiedsrichters gegenüber dem materiellen Recht*“ vertreten,²⁴ was allerdings von Anfang an nur für das dispositiv Recht gelten konnte. Nach § 595 Z 6 ZPO der Stammfassung,²⁵ einer Bestimmung, die in der dZPO kein Gegenstück fand,²⁶ war ein Schiedsspruch nämlich bei Verstößen gegen zwingendes Recht aufhebbar.²⁷ Schiedsgerichte hatten insofern jedenfalls das zwingende Recht zu beachten, weil es für den österreichischen Gesetzgeber „*schon die juristische Consequenz*“ erforderte, dass die Parteien auch nicht auf dem Umweg des Schiedsverfahrens von zwingenden Rechtsvorschriften abweichen konnten.²⁸

Ein näheres Eingehen darauf, ob sich daraus im Umkehrschluss etwas für die Bindung der Schiedsrichter an dispositiv Vorschriften gewinnen ließ, erübrigt sich aber aus heutiger Sicht genauso wie die Untersuchung, ob die Rechtskraft für diese Zwecke dem dispositiven oder dem zwingenden Recht zuzuordnen ist.²⁹ Die in verschiedenen Akzentuierungen vertretene Ansicht, dass Schiedsgerichte nicht an das materielle Recht gebunden sind, ist heute nämlich ganz generell überholt:³⁰

Seit³¹ die Schiedsgerichtsbarkeit nicht mehr als materiell-rechtliches, mit dem Vergleich (§§ 1380–1390 ABGB) verwandtes Institut privater Streitbeilegung verstanden wird,³² was sich noch in der aus heutiger Perspektive „*systematisch unpassend*“

22 Rosenberg, Lehrbuch¹ 523; ähnlich zum deutschen ZPO-Entwurf 1931 (s FN 32) *Reichsjustizministerium*, Entwurf 391; gerade anders Baumbach, *Judicium* 1931, 324 (324) und später Mann in FS Flume I 593 (605); vermuteter Parteiwille spreche für Rechtsentscheidung.

23 Vgl etwa Breit, LZ 1918, 1176 (1176ff); Gaupp/Stein II⁴ 875, 877; A. Wach, Handbuch I 65; aA etwa K. Hellwig/Oermann, *System* II 103; Oermann, ZZP 47 (1918) 105 (108ff); Littauer, ZZP 55 (1930) 1 (22ff); vgl auch die Aufarbeitung bei Zieren, *Schiedsverfahrensrecht* 118ff, 203ff.

24 So K. Braun, GZ 1930, 305 (307); aA etwa Sperl, Lehrbuch I/3 803f.

25 RGBI 1895/113.

26 Zur Einführung dieser Bestimmung erst durch die gemeinsame Konferenz der Permanenzkommission des Herrenhauses und des Permanenzausschusses des Abgeordnetenhauses *k. k. Justizministerium*, Materialien II 330.

27 K. Braun, GZ 1930, 305 (305f); zum Vergleich mit der deutschen Rechtslage auch Breit, *Das Recht* 1923, 1, 17, 105 (105, 108); Kessler, *Bindung* 46f; Oermann, ZZP 47 (1918) 105 (116).

28 *k. k. Justizministerium*, Materialien II 330; zum deutschen ZPO-Entwurf 1931 (s FN 32) *Reichsjustizministerium*, Entwurf 390f.

29 Zu den Vorstellungen des Gesetzgebers II.D.2.

30 Zur historischen Diskussion noch Breit, *Das Recht* 1923, 1, 17, 105 (1ff); Bruns, *Zivilprozeßrecht*² Rz 338; Dannenbring, ZZP 65 (1952) 136 (137f); Kessler, *Bindung* 16ff; Kornblum, ZZP 81 (1968) 310 (313f); Lorenz, AcP 157 (1958/59) 265 (277); Schwab in *Liber Amicorum Domke* 301 (302); vgl aber Röhl in *Wassermann* § 1034 ZPO Rz 18: „*ohne praktische Bedeutung*“; ähnlich Rosenberg, Lehrbuch¹ 523; aA Kessler, *Bindung* 9; Mann in FS Flume I 593 (605); zur internationalen Dimension *ders* in *Liber Amicorum Domke* 157 (157ff) = *ders*, ZHR 130 (1968) 97 (98ff) = *ders*, *Beiträge* 349 (349ff).

31 Zu diesem Zusammenhang K. Lionnet/A. Lionnet, *Handbuch*³ 51f, 371.

32 Siehe OGH 5. 12. 1901, Nr 14.451, der den Schiedsvertrag explizit als Vergleich und den Schiedsspruch als einen Bestandteil davon bezeichnet; weiters Eisinger, BrJZ 1928, 137 (137); Fokschauer, RZ 1904, 27 (29); Jacobson, Rechtskraft 1 FN 1; Leonhard, NZ 1905, 404, 411 (412); Sperl, ZBl 1928, 821 (822) = *ders* in FS 35. DJT 261 (262); wohl auch Ott,

*send[en]*³³ Erwähnung in § 1391 ABGB widerspiegelt,³⁴ sondern als rechtsprechende Einrichtung, ist nämlich unbestritten, dass Schiedsgerichte auf Basis der materiellen Rechtslage zu entscheiden haben.³⁵ Das ergibt sich nach nunmehriger Gesetzeslage sowohl in Deutschland als auch in Österreich nicht zuletzt daraus, dass eine Billigkeitsentscheidung nur bei expliziter Ermächtigung zulässig ist (§ 603 Abs 3 ZPO; § 1051 Abs 3 dZPO).³⁶ Daraus folgt aber, dass Schiedsgerichte sich grundsätzlich an das materielle Recht zu halten haben, wie der deutsche Gesetzgeber anlässlich der Schiedsrechtsreform Ende der 1990er-Jahre³⁷ ausdrücklich festhielt: „*Das Erfordernis einer ausdrücklichen Vereinbarung macht [...] deutlich, daß die Entscheidung nach Recht und Gesetz auch im Schiedsverfahren die Regel und die Entscheidung allein nach Billigkeit die Ausnahme ist*“.³⁸

Zur materiellen Rechtslage, an die Schiedsgerichte mangels abweichender Vereinbarung nunmehr unzweifelhaft gebunden sind, gehört nach der materiellen Rechtskrafttheorie aber eben auch die durch die Entscheidung konstitutiv festgestellte oder umgestaltete Rechtslage. Schiedsgerichte müssen diese ihrer Entscheidung daher genauso zugrunde legen wie staatliche Gerichte. Vor dem Hintergrund einer materiellen Rechtskrafttheorie ergibt sich die Bindung von Schiedsgerichten an rechtskräftige Vorfrageentscheidungen also unmittelbar aus ihrer Bindung an das materielle Recht.³⁹

Allerdings wird die Rechtskraft in Österreich „*seit jeher*“ prozessual verstanden.⁴⁰ Bei diesem in Österreich nahezu einhellig vertretenen⁴¹ und auch in Deutschland

GrünhutsZ 30 (1903) 273 (327f); Weinmann, ZBl 1933, 497 (509); s weiters Mayer-Maly, DRDA 1979, 386 (389) und Röhl in Wassermann § 1040 ZPO Rz 1. § 754 des nicht Gesetz gewordenen deutschen ZPO-Entwurf 1931 wollte dem Schiedsspruch sogar „die Wirkung eines Vertrages“ und nicht jene eines Urteils (heute § 1055 dZPO) beilegen (Reichsjustizministerium, Entwurf 167); dazu etwa Baumbach, Judicium 1931, 324 (332); Blomeyer in FG Rosenberg 51 (58ff); Bosch, Rechtskraft 65ff; Münch in MüKoZPO III⁶ § 1055 Rz 2, 8; Walter in FS Schwab 539 (547ff); Zieren, Schiedsverfahrensrecht 188 f mit FN 817.

33 Schauer in Czernich/Deixler-Hübner/Schauer, Handbuch 133 (Rz 5.5).

34 Vgl aber Czernich/B. Schneider in Czernich/Geimer, Streitbeilegungsklauseln 423 (Rz 10), nach denen die „*systematische Stellung zwischen Bürgschaft und Zession wohl eher Verlegenheitscharakter*“ hat. Die Bürgschaft ist freilich in §§ 1346 bis 1367 ABGB geregelt, § 1390 ABGB behandelt Bürgschaften für verglichene Forderungen; § 1391 ABGB ist daher systematisch nach den Regeln über den Vergleich eingeordnet.

35 K. Lionnet/A. Lionnet, Handbuch³ 51f, 371, 373; Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 19 Rz 14; Schlosser, Recht² Rz 748; vgl schon Fasching in Gottwald, Schiedsgerichtsbarkeit 729 (947 f).

36 K. Lionnet/A. Lionnet, Handbuch³ 51, 370ff.

37 Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz dBGBI I 1997, 3224.

38 BT-Drucks 13/5274, 53; vgl für Österreich auch ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 22.

39 Allgemein Gottwald in MüKoZPO I⁶ § 322 Rz 7: Bindungswirkung „*erklärt sich zwangslös*“, wenn man der materiell-rechtlichen Theorie folgt; ähnlich Geroldinger in G. Kodek/Oberhammer § 411 ZPO Rz 12.

40 So Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht⁹ Rz 943; ähnlich Fasching, Lehrbuch² Rz 1505 („*seit langem*“); Klicka in Fasching/Konecny III/2³ § 411 ZPO Rz 17 („*ausschließlich*“), Rz 20 („*fast lückenlos*“); vgl auch Koussoulis, Beiträge 61f.

41 Vgl die Nachweise in FN 19; weiters das Verdikt bei G. Kodek, Einrede 435: „*uneingeschränkt herrschende prozessuale Rechtskrafttheorie*“. Auch Pohle, JBl 1957, 113, dessen Ansatz als Spielart der materiellen Rechtskrafttheorie verstanden wird (etwa Althammer

nunmehr herrschenden⁴² Rechtskraftverständnis kann die Bindung von Schiedsgerichten an rechtskräftige zivilgerichtliche Vorentscheidungen indes nicht unter Rückgriff auf das materielle Recht begründet werden. Das löst das Problem freilich weder im Positiven noch im Negativen, sondern macht eine weitere Analyse erforderlich.

B. Meinungsstand und Kritik

1. Ausgangspunkt

Dabei fällt auf, dass die Bindung des Schiedsgerichts trotz prozessualen Rechtskraftverständnisses allgemein akzeptiert zu sein scheint. So ist der jüngsten österreichischen Kommentierung zur ZPO zu entnehmen, dass zu den durch die Rechtskraft gebundenen Organen nach hA auch die Schiedsgerichte zählen würden,⁴³ und auch in Deutschland ist zu lesen, dass ein Schiedsgericht „für verpflichtet gehalten wird, ein Urteil zu beachten“.⁴⁴ Schlosser hat in einer rechtsvergleichenden Studie vor etwas über 20 Jahren sogar festgehalten, es sei „obvious, that an arbitral tribunal is bound to the res judicata effect of a judgement“.⁴⁵

Die hA scheint vom Bestehen der Bindungswirkung freilich ohne weiteres und ohne nähere Begründung auszugehen.⁴⁶ Die Annahme, dass Bindungswirkung besteht, entspricht dabei einem durchaus nachvollziehbaren ersten Reflex, weil jedenfalls *prima facie* kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung von staatlichen und Schiedsgerichten zu sehen ist. Dass dadurch dasselbe Ergebnis erreicht würde, wie es mit der materielle Rechtskrafttheorie ja ganz zwangslös zu begründen ist,⁴⁷ passt insofern ins Bild: Immerhin wird der Differenzierung zwischen materiellem und prozessualem Rechtskraftverständnis primär beschreibender und erklärender Charakter beigemessen, nicht aber, dass sie zu Unterschieden im Ergebnis führt.⁴⁸

in Stein/Jonas IV²³ § 322 ZPO Rz 23 mit FN 29; *Fasching*, Lehrbuch² Rz 1503; *Klicka* in *Fasching/Konecny* III/2³ § 411 ZPO Rz 20; *H. Roth* in FS Sutter-Somm 505 [507f] = *ders*, Ritsumeikan Law Review 2016, 83 [85]; als eigenständige „*Vermutungslehre*“ abgehandelt allerdings bspw bei *Holzhammer*, Zivilprozeßrecht² 295) beschränkt seine Ausführungen explizit auf die deutsche Rechtslage (113); vgl dazu auch *Pohle* in GedS Calamandrei II 377 = *ders*, Gedanken.

42 Siehe nur *Althammer* in Stein/Jonas IV²³ § 322 ZPO Rz 18ff; *Büscher* in *Wieczorek/Schütze* V⁵ § 322 ZPO Rz 32f; *Gottwald* in MüKoZPO I⁶ § 322 Rz 9.

43 *Geroldinger* in *G. Kodek/Oberhammer* § 411 ZPO Rz 121; ähnlich der Befund bei *Nueber* in *Höllwerth/Ziehensack* § 607 ZPO Rz 6 = *ders* § 607 ZPO Rz 6; vgl schon früh etwa *Eisinger*, BrJZ 1929, 1, 19 (20).

44 *Voit* in *Musielak/Voit*²¹ § 1059 ZPO Rz 28 unter Berufung auf *Schlosser* in Stein/Jonas X²³ § 1044 ZPO Rz 13 (gemeint wohl Rz 14).

45 *Schlosser* in *Karrer*, Tribunals 15 (19); s auch *Wagner* in *Weigand*, Handbook¹ 685 (Rz 371); „*the binding force of judgements rendered by German courts on arbitral tribunals is plain*“; nunmehr *Hanefeld/Schmidt-Ahrendts* in *Weigand/Baumann*, Handbook³ 503 (Rz 9.194).

46 So auch die Einschätzung von *Lühmann*, Rechtskraft 223.

47 Vgl bei FN 39.

48 *Althammer* in Stein/Jonas IV²³ § 322 ZPO Rz 24ff; *Brunn*, Zivilprozeßrecht² Rz 222; *Büscher* in *Wieczorek/Schütze* V⁵ § 322 ZPO Rz 28; *Fasching*, Kommentar III¹ 696; *Fenge* in *Wassermann* § 322 ZPO Rz 4; *Gehle* in *Anders/Gehle*⁸² Vor § 322 ZPO Rz 13; *Geroldinger*

Secunda facie fällt es unter Zugrundelegung der prozessualen Rechtskrafttheorie allerdings gar nicht so leicht, diese Bindung zu begründen. Das lädt zu einer näheren Auseinandersetzung mit dem Problem ein.

2. Der Ansatz von Wagner und Nueber/Auer

Diese Auseinandersetzung scheint dennoch recht kurz auszufallen, wenn man bei Wagner zur mit der österreichischen durchaus vergleichbaren deutschen Rechtslage liest, die Frage nach der Bindung von Schiedsgerichten an in staatlichen Verfahren ergangene Urteile sei „schnell beantwortet: Da Schiedsgerichte echte Rechtsprechung ausüben, sind sie in demselben Umfang an Gerichtsurteile gebunden wie staatliche Gerichte“.⁴⁹ Ähnlich vertreten Nueber und Nueber/Auer für Österreich, die Bindung ergebe sich „aus der Gleichstellung von Urteil und Schiedsspruch“.⁵⁰

Wie genau das eine aus dem anderen folgen soll, bleibt dabei jedoch offen. Bei Wagner ist nämlich schon nicht ganz klar, was damit gemeint ist, dass Schiedsgerichte „echte Rechtsprechung“ ausüben. Der Hinweis erinnert jedenfalls an die in Österreich allen voran von Sperl begründete Auffassung,⁵¹ dass Schiedsrichter ein „öffentliches Amt“ innehätten,⁵² sie mit „Richtergewalt“ auftreten⁵³ und der Schiedsspruch so zum „Staatsakt“ werde.⁵⁴ Dieser Ansatz⁵⁵ wird zwar in dieser Schärfe heu-

in G. Kodek/Oberhammer § 411 ZPO Rz 11; U. P. Gruber in BeckOK ZPO⁵² § 322 Rz 11; Gottwald in MüKoZPO I⁶ § 322 Rz 13; Klicka in Fasching/Konecny III/2³ § 411 ZPO Rz 22; Nieva-Fenoll, ZZP 129 (2016) 89 (94); H. Roth in FS Sutter-Somm 505 (510ff) = ders, Ritsumeikan Law Review 2016, 83 (87ff); Saenger in Saenger¹⁰ § 322 ZPO Rz 11; Seiler in H. Thomas/Putzo⁴⁵ § 322 ZPO Rz 5; G. Vollkommer in Zöller³⁵ Vor § 322 ZPO Rz 14; M. Vollkommer in FS R. Stürner I 581 (599ff); anders aber wohl ders, MDR 2016, 976 (976f, 979ff); zurückhaltend zur Annahme praktischer Auswirkungen auch Neuner, ZZP 54 (1929) 217 (239f); Pohle in GedS Calamandrei II 377 (380) = ders, Gedanken 4; Schwab, ZZP 77 (1964) 124 (132); Völzmann-Stickelbrock in Prüttling/Gehrlein¹⁵ § 322 ZPO Rz 3; aA J. Braun, Rechtskraft I 57; ders in FS Spellenberg 69 (72ff); ders, Lehrbuch 904f; Gaul, JuS 1962, 1 (3, 7f); ders in FS Weber 155 (158); ders in FS Flume I 443 (444f); ders, Möglichkeiten 41; ders in Ackermann/Arnold/Eckardt/Giesen/Klose/Krämer/Lakkis/Müller-Ehlen/Ricken/Schnorr/Schultes, Jahrbuch 1999 9 (26ff); ders, ÖJZ 2003, 861 (868f); ders in Schilken/Deren-Yıldırım/Yıldırım, Probleme 89 (99); ders in FS Schilken 275 (284ff); ders in FS Klamaris 231 (250); ders in FS H. Roth 205 (269f); Koussoulis, Beiträge 69ff; Martens, ZZP 79 (1966) 404 (405).

49 Wagner in Böckstiegel/K. P. Berger/Bredow, Beteiligung 7 (11); dem folgend Synatschke, Unzuständigkeitserkklärung 106; Schütze in Wieczorek/Schütze XI⁷ § 1054 ZPO Rz 13; Thümmel in Schütze/Thümmel, Schiedsgericht⁷ § 13 Rz 23.

50 Nueber in Höllwerth/Ziehensack § 607 ZPO Rz 6 = ders § 607 ZPO Rz 6; Nueber/Auer, ecolex 2018, 35 (36).

51 Vgl Chiwitt-Oberhammer, Schiedsspruch 49: „ausgeprägt öffentlichrechtliche Theorie“.

52 Sperl, ZBl 1928, 821 (825) = ders in FS 35. DJT 261 (265); ders, Lehrbuch I/3 781; ähnlich ders in FS 50 Jahre ZPO 281 (289); aA noch ders, Lehrbuch I/1 56f; weiters Eisinger, BrJZ 1929, 1, 19 (1f).

53 Sperl, Lehrbuch I/3 781 (aber auch 774, 777); ähnlich ders, ZBl 1928, 821 (826, 827 FN 7) = ders in FS 35. DJT 261 (266, 267 FN 7): „Gerichtsgewalt“.

54 Sperl in FS 50 Jahre ZPO 281 (289f, 311).

55 Vgl noch Böhm, ZFRV 1968, 262 (277); zurückhaltender aber ders in FS Fasching 107 (130); für Deutschland etwa Reichsjustizministerium, Entwurf 390: Schiedsspruch als „delegierte[r] staatshoheitliche[r] Urteilsakt“; H.-J. Hellwig, Systematik 53ff; ähnlich für die

te wohl nicht mehr vertreten,⁵⁶ wenn die Schiedsgerichtsbarkeit als „*staatlich geordnete Rechtsverfolgung* [...] vor nicht-staatlichen Entscheidungsorganen“ verstanden wird,⁵⁷ er trifft aber im Kern das weiterhin herrschende prozessuale Verständnis von Schiedsvertrag und -spruch. Auch heute noch wird ja der Schiedsspruch insb mit Blick auf § 607 ZPO, nach dem er „die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils“ hat, als „*Rechtsprechungsakt*“ charakterisiert:⁵⁸ „*Ein Schiedsgericht übt zwar keine öffentliche Gewalt aus, setzt keine Hoheitsakte. Schiedsgerichtsbarkeit ist gleichwohl materiell Rechtsprechung*“.⁵⁹

Wagner dürfte mit seinem Hinweis, dass „*Schiedsgerichte echte Rechtsprechung ausüben*“,⁶⁰ also die auch in Deutschland gesetzlich angeordnete Gleichstellung von Schiedssprüchen mit staatlichen Urteilen (§ 1055 dZPO) und damit ihr prozessuales Wesen meinen,⁶¹ zumal sich das Verständnis der Schiedsgerichtsbarkeit ab dem 20. Jahrhundert weg von einem materiell-rechtlichen Institut hin zu einer rechtsprechenden Einrichtung entwickelt hat.⁶² Dafür spricht nicht zuletzt, dass er an anderer Stelle prozessuales und materielles Verständnis gegenüberstellt und explizit betont, bei der Schiedsgerichtsbarkeit handle es sich eben um „*echte Rechtsprechung*“ und nicht „*um einen antizipierten Vergleich über das materielle Recht*“.⁶³ Auch Nueber und Nueber/Auer verweisen für ihre Argumentation auf § 607 ZPO.⁶⁴

Schweiz *Guldener*, Schweizerisches Zivilprozeßrecht³ 596 mit FN 5; *ders*, Internationales Zivilprozeßrecht 108.

- 56 Zurückhaltend schon *Petschek*, ZBl 1934, 15 (20); auf zu den verschiedenen Erklärungsansätzen *Chiwitt-Oberhammer*, Schiedsspruch 46ff; *Klement*, Rechtskraft 115ff; *Schlosser*, Recht² Rz 40ff; *Solomon*, Verbindlichkeit 288ff; zur Integration des nichthoheitlichen Schiedsspruchs in die Rechtsordnung per „*antizipiertem Legalanerkenntnis*“ *Rüßmann/Spohnheimer* in FS Wolf 517 (519ff); *Spohnheimer*, Gestaltungsfreiheit 7ff.
- 57 *Fasching*, Kommentar IV¹ 702 = *ders*, Schiedsgericht 1 in Anlehnung an *Pollak*, System² 771; zust *Matscher*, JBl 1975, 412, 452 (413); vgl auch VfGH 15. 6. 1953, G 3/53; für Deutschland etwa *Rüßmann/Spohnheimer* in FS Wolf 517 (518); *Spohnheimer*, Gestaltungsfreiheit 7f; *Wais in Schütze/Tscherning/Wais*, Handbuch² Rz 217; für die Schweiz *Rüede/Hadenfeldt*, Schiedsgerichtsrecht² 3f.
- 58 *Koller* in *Liebscher/Oberhammer/Rechberger*, Schiedsverfahrensrecht I 91 (Rz 3/4); für Deutschland etwa *Lachmann*, Handbuch³ Rz 8; *Schlosser* in *Stein/Jonas* X²³ § 1029 ZPO Rz 1; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit⁷ Kap 1 Rz 1.
- 59 BGH 5. 12. 1985, III ZR 180/84. Das Motiv einer Beleihung der Schiedsrichter mit staatlicher Hoheitsgewalt findet sich aber etwa bei *Czernich* in *Czernich/Deixler-Hübner/Schauer*, Handbuch 359 (Rz 10.8); *Hausmaninger*, Verfügung 93 FN 402; *dems*, Journal of International Arbitration 1990 H 4, 7 (38); für Deutschland auch *H.-J. Hellwig*, Systematik 53ff; zurückhaltend *Weißmann* in FS R. Welser 1149 (1164); dagegen *Leitner*, Haftung 127ff; *Geimer in Schlosser*, Integritätsprobleme 113 (118f, 121f).
- 60 Wagner in *Böckstiegel/K. P. Berger/Bredow*, Beteiligung 7 (11).
- 61 Vgl *Thümmel* in *Schütze/Thümmel*, Schiedsgericht⁷ § 13 Rz 23 mit ähnlichem Wortlaut wie Wagner in *Böckstiegel/K. P. Berger/Bredow*, Beteiligung 7 (11) und explizitem Hinweis auf § 1055 dZPO; s auch Wagner in *Weigand*, Handbook¹ 685 (Rz 371).
- 62 *K. Lionnet/A. Lionnet*, Handbuch³ 48ff; *Schlosser*, Recht² Rz 42; zur Abgrenzung vom früher herrschenden materiell-rechtlichen Verständnis weiters etwa *Böhm*, ZfRV 1968, 262 (262ff); *Sperl* in FS 50 Jahre ZPO 281 (284ff); *ders*, Lehrbuch I/3 782ff; vgl dazu schon bei FN 32.
- 63 Wagner, Prozeßverträge 715f.
- 64 Nueber in *Höllwerth/Ziehensack* § 607 ZPO Rz 6 = *ders* § 607 ZPO Rz 6; *Nueber/Auer*, ecolex 2018, 35 (36).