

NZ 2006/24

Die Haftung von Schiedsrichtern und Mediatoren

Von RAA Dr. Clemens Völkl und Ass. Dr. Stefan Perner

Die Streitbeilegung durch Schiedsrichter und Mediatoren gewinnt auch in Österreich zunehmend an Bedeutung. Weitgehend ungeklärt sind aber zentrale Fragen der Haftung dieser Berufsgruppen. In einer jüngst ergangenen E hat der OGH nunmehr zu wichtigen Teilen der Schiedsrichterhaftung Stellung genommen. Die seit Inkrafttreten des Zivilrechts-Mediations-Gesetzes noch um einige Problemkreise reicher gewordene Frage nach der Haftung der Mediatoren hat bisher überhaupt kaum Beachtung gefunden. Diese Umstände waren uns Anlass für die vorliegende Untersuchung.¹

Deskriptoren: Schiedsrichter, Schiedsrichtervertrag, Schiedsrichterhaftung, Haftung der Schiedsrichter, Schiedsrechtsänderungsgesetz 2006, SchiedsRÄG 2006, Mediation, Mediationsvertrag, Haftung der Mediatoren, Sachverständigenhaftung; § 1299 ABGB, §§ 577 ff ZPO, § 584 Abs 2 ZPO, § 594 Abs 4 ZPO idF SchiedsRÄG 2006, ZivMediatG.

A. Schiedsrichter

1. Allgemeines²

Private **Schiedsgerichte** (Gelegenheits- bzw Ad-hoc-Schiedsgerichte)³ sind nichtstaatliche Entscheidungsorgane, die privatrechtliche Streitigkeiten entscheiden. Sie werden aufgrund einer privatrechtlichen Vereinbarung (Schiedsvertrag, Schiedsklausel) in vergleichsfähigen Rechtssachen tätig. Die Haftung für durch solche Schiedsgerichte verursachte Schäden ist Gegenstand dieses Beitrags.

Als Vorzüge eines Schiedsverfahrens⁴ gegenüber einem vor den ordentlichen Gerichten geführten Prozess wird die erhöhte **Vertraulichkeit** ins Treffen geführt, weil der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht gilt. Den Parteien des

Schiedsverfahrens ist es überdies möglich, bei der Auswahl der Schiedsrichter Rücksicht auf erforderliche **Sachkenntnisse** zu nehmen. Ein weiterer Vorteil liegt in der regelmäßig kürzeren **Verfahrensdauer**, weil es in aller Regel keinen Rechtsmittelzug gibt. Daneben zeichnet sich das schiedsrichterliche Verfahren durch eine erhöhte **Flexibilität** aus.⁵ Bekannt ist aber auch, dass ein Schiedsverfahren oft auch Nachteile hat. Mitunter wird die Objektivität der Schiedsrichter in Zweifel gezogen und zwingt der wirtschaftlich stärkere dem schwächeren Vertragspartner ein für diesen nachteiliges Schiedsgericht auf.

Der **Schiedsvertrag** ist die Vereinbarung, dass die Entscheidung einer Rechtsstreitigkeit durch einen oder mehrere Schiedsrichter erfolgen soll. Er hat insbesondere zur Folge, dass die Entscheidungsbefugnis und die Zuständigkeit des Schiedsgerichtes begründet wird und er ein Prozesshindernis für das Verfahren vor den staatlichen Gerichten bildet.⁶ Vom Schiedsvertrag zu unterscheiden ist der **Schiedsgutachtervertrag**, durch den die Parteien einem Dritten (Schiedsgutachter, Schiedsmann) die Feststellung von Tatsachen, einzelnen Tatbestandselementen oder die Ergänzung des Parteiwillens übertragen.⁷ Der Schiedsgutachter übernimmt zwar eine rechtsgestaltende Funktion, seine Entscheidung bildet aber keinen Exekutionstitel, die Parteien müssen das Ergebnis dieser Gestaltung einklagen.

Von Schieds- und Schiedsgutachtervertrag gleichermaßen zu unterscheiden ist der **Schiedsrichtervertrag**, der zwischen den Schiedsrichtern und beiden Parteien geschlossen wird und das Rechtsverhältnis zwischen ihnen regelt. Nach herrschender österreichischer Ansicht⁸ han-

¹ Der vorliegende Aufsatz ist ein Auszug aus dem demnächst erscheinenden Buch *Völkl/Völkl, Beraterhaftung* (Manz 2006).

² Im Herbst 2005 wurde das Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 (SchiedsRÄG 2006; 1158 BlgNR 22. GP) beschlossen, das am 1. 7. 2006 in Kraft tritt. In der Frage der Schiedsrichterhaftung ergeben sich durch die Reform keine Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage.

³ Davon zu unterscheiden sind statutarische (institutionelle) Schiedsgerichte, die auf Grundlage besonderer Gesetze durch die Statuten einer Institution eingerichtet werden. Innerhalb dieser Gruppe unterscheidet man wiederum Zwangsschiedsgerichte und fakultative Schiedsgerichte. Erstere sind für einen Rechtsstreit unabhängig von einer Parteienvereinbarung zwingend zuständig. ZB § 27 Abs 4 BörseG: „Streitigkeiten aus Börsegeschäften sind durch das Börseschiedsgericht zu entscheiden.“ Zweitere können von den Parteien durch Vereinbarung zuständig gemacht werden. Vgl etwa die Art XIII bis XXVII EGZPO, nach denen das Börseschiedsgericht für bestimmte Rechtsstreitigkeiten zuständig gemacht werden kann.

⁴ Zu den Gründen für die geringere Bedeutung des Schiedsverfahrens in Österreich siehe *Fasching, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht* (1973) 2.

⁵ Dies ist insb bei internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten von Bedeutung. Vgl *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁶ (2003) Rz 953. So können die Schiedsparteien die Verfahrenssprache wählen oder die Schiedsrichter ermächtigen, eine Entscheidung nach Billigkeit zu fällen.

⁶ Vgl im Einzelnen *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁶ Rz 955 ff.

⁷ *Fasching, Zivilprozessrecht*² (1990) Rz 2168. Zum Schiedsgutachtervertrag *Garger, Das Schiedsgutachtenrecht* (1996). Vgl allgemein zu den Grundsätzen der Gutachterhaftung bereits *Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten* (1983) insb 32 ff.

⁸ *Fasching, Zivilprozessrecht*² Rz 2198; *derselbe, Schiedsgericht* 69; *Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht*⁶ Rz 961; vgl die Nw bei *Sassen-Abfalter, Schiedsrichterhaftung* (Diss Wien 1996) 15 ff.

delt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag, der als **Werkvertrag** einzuordnen ist. Durch den Schiedsrichtervertrag entstehen Rechte und Pflichten gegenüber den Parteien.⁹ Die Schiedsrichter sind demnach zur Durchführung des Schiedsverfahrens, zu Objektivität und Auskunfts, zur schriftlichen Ausfertigung und Unterfertigung eines beschlossenen Schiedsspruches und zur Rechnungslegung verpflichtet. Die Schiedsrichter sind auch an gemeinsame Weisungen der Parteien gebunden, wenn sich diese innerhalb der den Parteien zustehenden Befugnis halten, das Verfahren des Schiedsgerichtes zu bestimmen. Aus dem Schiedsrichtervertrag entstehen ein Entgeltanspruch, das Recht auf angemessene Vorschüsse¹⁰ auf das Honorar und ein Aufwandsersatzanspruch. Der Schiedsrichtervertrag ist durch ein besonderes **Vertrauensverhältnis** zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern sowie zwischen Schiedsrichtern untereinander gekennzeichnet. Die Parteien können die Schiedsrichter etwa bei berechtigten Zweifeln an ihrer Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit ablehnen (vgl § 588 ZPO idF SchiedsRÄG 2006). Die Schiedsrichter können ihrerseits bis zur Beschlussfassung aus wichtigen Gründen vom Vertrag sofort zurücktreten. Zur **Haftung** aus diesem Vertrag gleich 2., zu **Leistungsstörungen** s 3.

2. Die Haftung der Schiedsrichter

Obwohl Schiedsrichter und Parteien des Schiedsvertrages durch den privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag verbunden sind, richtet sich die schadenersatzrechtliche Haftung der Schiedsrichter gegenüber den Parteien nicht bloß nach den Grundsätzen der Vertragshaftung im allgemeinen Zivilrecht. § 584 Abs 2 ZPO¹¹ sieht nämlich Besonderes für die Haftung der Schiedsrichter vor:

§ 584 Abs 2 ZPO: „Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien, unbeschadet ihres Rechtes, die Außerkraftsetzung des Schiedsvertrages zu begehren, für allen durch seine schuld bare Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden.“

die sich gegen die Qualifikation als Werkvertrag ausspricht (25 f), weil die Parteien dem Schiedsrichter keine Weisungen erteilen können. Das Argument überzeugt nicht. Beim Schiedsrichtervertrag besteht ein – auf den Ablauf des Verfahrens beschränktes – Weisungsrecht. Selbst wenn kein Weisungsrecht bestünde, bedeutete das aber nichts für die Qualifikation des Vertrages, ist ein Weisungsrecht doch nicht zwingendes Merkmal eines Werkvertrages. Vgl auch *Fasching*, Kostenvorschüsse zur Einleitung schiedsgerichtlicher Verfahren, JBl 1993, 545 (548).

⁹ Siehe *Fasching*, Schiedsverfahren 70 ff.

¹⁰ Dazu *Fasching*, JBl 1993, 545 ff.

¹¹ Fast wortgleich nach der Schiedsrechtsreform § 594 Abs 4 ZPO idF SchiedsRÄG 2006: „Ein Schiedsrichter, welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt, haftet den Parteien für allen durch seine schuld hafte Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden.“

Zur Auslegung dieser Bestimmung und zur Haftungsfrage überhaupt existiert nur wenig **Rechtsprechung**. In älteren Entscheidungen spricht der OGH¹² aus, dass der Schiedsrichter für den Schaden haftet, den er durch unbegründetes Zurücklegen des übernommenen Schiedsrichteramtes verursacht hat. Zur Frage der schiedsrichterlichen Haftung bei Verfahrensverstößen und fehlerhaften Schiedssprüchen liegt eine rezente Entscheidung des OGH vor.¹³ Das Höchstgericht vertritt darin im Anschluss an *Weißmann*¹⁴ die Ansicht, dass eine Haftung nur in Betracht komme, wenn entweder ein Nichtspruch vorliege oder der Schiedsspruch angefochten wurde und die Anfechtung erfolgreich war. Das Vorliegen eines Fehlers, der zur Anfechtung berechtige, sei für die Haftung nicht ausreichend, vielmehr setze die Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches darüber hinaus noch die erfolgreiche Anfechtung voraus. Wollte man einen Schadenersatzanspruch gegenüber Schiedsrichtern auch wegen Verfehlungen zulassen, die als Anfechtungsgründe nicht ausreichen, erscheine es aber höchst inkonsequent, die Schiedsrichter einerseits in Anfechtungsfällen erst dann in Anspruch nehmen zu können, wenn der Anfechtungsprozess gewonnen ist, in Fällen geringfügiger Verfehlungen, als es die Anfechtungsfälle sind, hingegen sogleich und überdies noch mit der Chance, weit höhere Entschädigungen zu erhalten als in Anfechtungsfällen, weil der Schiedsspruch mangels Anfechtbarkeit ja rechtskräftig bleibe. Daher komme eine Haftung nur bei erfolgreicher Anfechtung in Betracht. Der OGH musste in der zitierten Entscheidung die Frage nach dem Haftungsmaßstab innerhalb dieser Grenzen, insbesondere, ob schon leichte oder erst grobe Fahrlässigkeit zur Haftung ausreicht, nicht beantworten.

Der OGH folgt in der Begründung ausdrücklich der in der **Lehre** vertretenen Ansicht *Weißmanns*.¹⁵ Dieser nimmt darüber hinaus auch zum Haftungsmaßstab Stellung. Er vertritt die Ansicht, dass Schiedsrichter erst ab grober Fahrlässigkeit haften.¹⁶ *Fasching*¹⁷ meint, dass sich § 584 Abs 2 ZPO (§ 594 Abs 4 idF SchiedsRÄG 2006) nur auf die schuld hafte Pflichtverweigerung oder schuld hafte Verzögerung¹⁸ der Pflichten beziehe, nicht aber auf die Haftung für fehlerhafte Verfahrensmaßnahmen und Schiedssprüche. Er differenziert zwischen Verfahrensverstößen und fehlerhaften Entscheidungen, wobei auch er in beiden Fällen zum Ergebnis gelangt, dass für die schadenersatzrechtliche Haftung ein Anfechtungsgrund nach § 595

¹² GIUNF 676; Rv I 168, ZBl 1919/222, 568.

¹³ 9 Ob 126/04 a (EvBl 2005/190), wo sich der OGH auch mit der einzigen bis dahin zu dieser Frage einschlägigen Entscheidung (3 Ob 573, ZBl 1929/79, 222) auseinandersetzt.

¹⁴ Drei Fragen zur Reform der Schiedsgerichtsbarkeit, in FS Welser (2004) 1149 (1158 ff).

¹⁵ In FS Welser 1158 ff.

¹⁶ *Weißmann*, in FS Welser 1163 ff.

¹⁷ Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV 772 f; *derselbe*, Schiedsverfahren 72 ff.

¹⁸ Zu Pflichtverweigerung und ungebührlicher Verzögerung vgl allgemein *Fasching*, Schiedsverfahren 91 f.

ZPO¹⁹ verwirklicht sein und die betreffende Partei den Schiedsspruch angefochten haben muss.²⁰ Nie hafte ein Schiedsrichter für ein Verhalten, das auf die Beachtung einer von beiden Parteien erteilten Weisung zurückzuführen sei. Schiedsrichter dürften nicht schlechter gestellt werden als staatliche Berufsrichter, weshalb sie – gleich, um welchen Pflichtverstoß es sich handelt – in Analogie zu § 3 Abs 1 AHG nur für grobes Verschulden haften.²¹ *Rechberger/Simotta*²² stellen fest, dass der Schiedsrichter den Parteien bei Verletzung der im Schiedsrichtervertrag übernommenen Pflichten schadenersatzpflichtig werde, es jedoch strittig sei, nach welchen Haftungsregeln und in welchem Ausmaß Schiedsrichter haften. Nach *Ch. Hausmaninger*²³ könne durchaus davon gesprochen werden, dass die Schiedsrichter Organe iSd § 1 AHG sind, weil Schiedsgerichtsbarkeit in Österreich – zum Unterschied von anderen Staaten – sehr eng in das Justizsystem eingebunden sei und von diesem auch überwacht werde. *Weißmann*²⁴ hat gegen diese Ansicht eingewendet, dass der Staat keinerlei Ingerenz auf die Bestellung der Schiedsrichter hat, weshalb das für die Amtshaftung typische Rechtsband zwischen Staat und Beliehenem fehle.²⁵ Nach *Rechberger/Melis*²⁶ könne Schadenersatz für Verfahrensverstöße und für fehlerhafte Schiedssprüche nur bei grobem Verschulden begehrt werden, Haftungsregeln und Ausmaß der Haftung seien jedoch umstritten.

¹⁹ Die Schiedsrechtsreform bringt Änderungen bei den Aufhebungsgründen; vgl § 611 Abs 2 ZPO idF SchiedsRÄG 2006; dazu *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002) 130 ff.

²⁰ *Fasching* (Kommentar IV 772 f und Schiedsverfahren 73 f) sagt dies zwar nur bei Verfahrensverstößen explizit, für die Haftung aus einem fehlerhaften Schiedsspruch ergibt sich dies jedoch aus dem Verweis auf den Aufhebungsgrund in § 595 Abs 1 Z 6 ZPO.

²¹ *Fasching* (Kommentar IV 772 f und Schiedsverfahren 73 f) differenziert aber im Detail: bei schuldhafter Pflichtverweigerung reiche grobe Fahrlässigkeit; bei Schädigungen aus Verfahrensverstößen soll nur offenes grobes Verschulden ausreichen; für einen fehlerhaften Schiedsspruch hafte der Schiedsrichter nur, wenn die Rechtsansicht der Schiedsrichter mit dem Gesetz in offenbarem Widerspruch stehe oder die rechtliche Beurteilung wegen grober Unkenntnis der in Frage kommenden Rechtsvorschriften falsch oder unzureichend blieb. Eine unrichtige, aber vertretbare Rechtsansicht reiche also noch nicht aus, auch wenn sie der Rechtsprechung widerstreite.

²² Zivilprozessrecht⁶ Rz 961.

²³ *Ch. Hausmaninger*, Civil Liability of Arbitrators – Comparative Analysis and Proposals for Reform, *Journal of International Arbitration* 1990/4, 7 (38); ähnlich schon *derselbe*, Die einstweilige Verfügung im schiedsgerichtlichen Verfahren (1989) 93 FN 402.

²⁴ In FS Welser 1164. Vgl zu „quasi-hoheitlicher“ Funktion, die nicht zu Amtshaftungsansprüchen führt, bereits *Welser*, Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 78 f.

²⁵ UE erscheint es jedoch fraglich, ob *Ch. Hausmaninger* (*Journal of Arbitration* 1990/4, 38 und Einstweilige Verfügung 93 FN 402) die Konsequenz der Haftung des *Rechtsträgers* an den zitierten Stellen wirklich in dieser Deutlichkeit vertritt, oder ob es ihm primär nur um eine Begründung für die Haftung der Schiedsrichter erst ab grober Fahrlässigkeit geht.

²⁶ In *Rechberger*, ZPO² § 584 Rz 3.

Der Schiedsrichter ist jedenfalls nach richtiger einhelliger Lehre²⁷ **Sachverständiger** iSd § 1299. Im Einzelnen ist zu differenzieren. Ein Schiedsrichter muss nicht zwingend Jurist sein. Bei Verfahren, die etwa technische Sachkenntnisse erfordern, werden mitunter Techniker als Schiedsrichter bestellt.²⁸ Der Schiedsrichter ist jedenfalls Sachverständiger hinsichtlich der besonderen Fähigkeiten, derentwegen er bestellt wird. Der Techniker hat etwa die Sachkenntnisse eines gewöhnlichen Technikers zu präsentieren. Daneben ist der Schiedsrichter – auch ein Nichtjurist – aber auch Sachverständiger hinsichtlich des Schiedsverfahrensablaufes – wer sich bereit erklärt, in einem solchen Verfahren tätig zu sein, muss die dafür nötigen Kenntnisse haben.

Das manchmal in der Diskussion vorgebrachte Argument, ein Schadenersatzprozess gegen die Schiedsrichter liefe gegen Sinn und Zweck des Schiedsverfahrens, ist uE noch keine hinreichende Begründung für eine Haftungseinschränkung gegenüber allgemeinen Grundsätzen, rüttelt der Schadenersatzprozess doch nicht mehr am Ergebnis des Schiedsprozesses. Die streitberichtigende Wirkung des Schiedsverfahrens ist gewahrt, auch wenn es zu einem Schadenersatzprozess kommt, der den Gegner der den Anspruch geltend machenden Partei ja nicht mehr betrifft.

Festzuhalten ist zunächst, dass eine Haftungseinschränkung gegenüber allgemeinen Grundsätzen nur dort in Betracht kommt, wo es tatsächlich um die **Ausübung richterlicher Tätigkeit** geht.²⁹ Nur Verletzungen aus der Übernahme von Pflichten prozessualer Natur können eine strengere Haftung rechtfertigen. **Verletzt der Schiedsrichter hingegen etwa eine Aufklärungs- oder Verschwiegenheitspflicht, haftet er den Parteien wie jeder andere Vertragspartner**, der eine solche Pflichtverletzung begeht.

Eine Einschränkung der schadenersatzrechtlichen Haftung von Schiedsrichtern gegenüber den allgemeinen Grundsätzen ergibt sich in Fällen der Verletzung aus der Übernahme prozessualer Pflichten aber, wie *Weißmann*³⁰ und der OGH³¹ richtig feststellen, aus § 584 Abs 2 ZPO (§ 594 Abs 4 ZPO idF SchiedsRÄG 2006). Dieses Ergebnis ist zunächst schon inhaltlich nicht zu beanstanden: Zu bedenken ist, dass die Ausübung schiedsrichterlicher Tätigkeit naturgemäß ein besonders hohes Potential an Unzufriedenheit mit sich bringt – eine Partei wird mit dem Ergebnis meist nicht zufrieden sein. Die sich allein nach allgemeinen Grundsätzen richtende Schadenersatzpflicht des Schiedsrichters hätte eine eigenartige Konsequenz: Der **Schadenersatzprozess ge-**

²⁷ Vgl bloß *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 961.

²⁸ Vgl zur Auswirkung auf die Haftung auch *Ch. Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung 95.

²⁹ Auf diesen Punkt weist *Sassen-Abfalter*, Schiedsrichterhaftung 57 ff zu Recht hin.

³⁰ In FS Welser 1159 ff.

³¹ 9 Ob 126/04a, EvBl 2005/190.

gen den Schiedsrichter wäre der Ersatz für das unzulässige Rechtsmittel gegen die schiedsrichterliche Entscheidung und würde oft bereits bei Bestehen einer verhältnismäßig geringen Chance geführt. Dies widerstreitet aber dem Gedanken, dass der Schadenersatz gegen eine richterliche Entscheidung die „letzte Abhilfe“ sein soll.

Schon die enge Grenzziehung in der Frage der Aufhebbarkeit eines Schiedsspruches spiegelt den Gedanken wider, dass Schiedsrichtern ein größerer Entscheidungs- und Ermessensspielraum beigemessen wird als staatlichen Richtern, sind doch ihre Entscheidungen nur beschränkt aufhebbar und entscheidet in aller Regel nur eine Instanz. Dass eine schiedsrichterliche Entscheidung daher mit gewissen Risiken verbunden ist, muss den Parteien klar sein. Dass diese Risiken vollständig durch eine schadenersatzrechtliche Haftung der Schiedsrichter aufgewogen werden, kann wohl selbst von den Parteien nicht erwartet werden und wäre auch nicht sachgerecht. Ein schiedsrichterliches Verfahren würde dann gegenüber dem staatlichen Verfahren ausschließlich Vorteile bringen, weil seine Risiken zur Gänze auf die Schiedsrichter abgewälzt werden könnten.³² In diesem Fall würden sich aber tatsächlich kaum mehr zur Ausübung des Amtes bereite Schiedsrichter finden. Die in der ZPO zugrunde gelegte eingeschränkte Haftung ist der Nachteil, den die Parteien in Kauf nehmen müssen, weil sie die Vorteile des schiedsrichterlichen Verfahrens gegenüber dem staatlichen Rechtssystem, das sie abgewählt haben, genießen. Aus diesen Gründen erscheint das Ergebnis sachgerecht, die schadenersatzrechtliche Haftung des Schiedsrichters an die Außerkraftsetzung des Schiedsspruches zu koppeln.³³

Die Interpretation des § 584 Abs 2 ZPO (§ 594 Abs 4 ZPO idF SchiedsRÄG 2006) lässt dieses Ergebnis auch zu: Die Bestimmung schränkt ihrem Wortlaut nach die vertragliche Haftung des Schiedsrichters auf die Fälle der schuldhaften Pflichtverweigerung oder Verzögerung ein. Damit sind die Fälle des Nichtspruchs, des „grundlosen Rücktritts“ und der ungebührlichen Verzögerung jedenfalls umfasst. Der Wortlaut deckt auf den ersten Blick nicht Fälle einer rechtzeitigen Entscheidung, die aber aus den im Gesetz angelegten Gründen aufgehoben werden kann, liegt doch weder eine Verweigerung noch eine Ver-

zögerung vor. Eine Entscheidung, die aufhebbar ist, ist jedoch nicht endgültig. Schiedsrichter sind aber verpflichtet, das Verfahren zu erledigen. Dies umfasst auch die Pflicht, ihren Teil zu einem Schiedsspruch beizutragen, der „hält“, also nicht aufhebbar ist.³⁴ Daher kann durchaus die Ansicht vertreten werden, es liege eine Verzögerung dieser Pflicht vor, wenn der Schiedsspruch aufgehoben werden kann. Zu ersetzen ist dann der aus der Verzögerung entstehende Schaden. Dass der Schiedsspruch tatsächlich angefochten werden muss, kann zutreffender Weise mit dem Gedanken der Schadensminderungspflicht begründet werden. Der Schadenersatzanspruch entfällt – wie im Fall der Rettungspflicht nach dem AHG³⁵ – zur Gänze, wenn die betreffende Partei diese Möglichkeit nicht genutzt hat.³⁶

§ 3 Abs 1 AHG, wonach der Rechtsträger nur Rückersatz vom Schaden verursachenden Organ nehmen kann, wenn dieses grob schuldhaft gehandelt hat, ist jedoch uE keine taugliche Analogiebasis für die Frage des Haftungsmaßstabes von Schiedsrichtern. Zwar trifft es zu, dass der Berufsrichter nach dieser Bestimmung einer bloß eingeschränkten Haftung ausgesetzt ist, allerdings nicht gegenüber dem Geschädigten, sondern dem Rechtsträger. Die Frage der Rückersatzmöglichkeit des Rechtsträgers, der dem Geschädigten nach dem AHG selbstverständlich schon bei Vorliegen leichter Fahrläs-

³² Dagegen könnte freilich eingewendet werden, dass die Parteien ein – mitunter recht hohes – Schiedsrichterhonorar zahlen. Dabei ist aber zu bedenken, dass auch die Kosten eines lang dauernden, verlorenen Prozesses ein großes Ausmaß erreichen können.

³³ Das Argument, die Parteien machten in Angelegenheiten, die nicht Gegenstand einer Anfechtung nach der ZPO seien, das Schiedsgericht zum „Grenzorgan“ für die rechtskräftige Entscheidung der Rechtsstreitigkeit, weshalb die Haftung ebenso ausgeschlossen sei wie die Haftung für Erkenntnisse des Höchstgerichtes gem § 2 Abs 3 AHG (vgl. Weißmann, in FS Welser 1164 FN 28), ist uE unzulässig. Diese Bestimmung führt nicht generell zur Amtshaftungsfreiheit für letztinstanzliche, sondern nur höchstgerichtliche Entscheidungen und hat den Zweck, dass deren Entscheidungen nicht durch Untergerichte überprüft werden.

³⁴ Ist die Streitigkeit hingegen etwa nicht schiedsfähig, ist der Schiedsspruch unabhängig vom vorausgehenden Verhalten der Schiedsrichter aufhebbar. In diesem Fall trifft die Schiedsrichter eine Pflicht zur Aufklärung über die mangelnde Schiedsfähigkeit, deren Verletzung schadenersatzpflichtig macht. Es liegt anfängliche rechtliche Unmöglichkeit vor, die die Schiedsrichter hätten erkennen müssen.

³⁵ Auch die Rettungspflicht ist nur Ausdruck des allgemeinen Gedankens der Schadensminderungspflicht: Schragel, AHG³ (2003) Rz 181. Der Ersatzanspruch entfällt bei Verletzung der Rettungspflicht jedoch zur Gänze, während bei Verletzung der Schadensminderungspflicht eine Verschuldensteilung vorgenommen wird. Hier liegt aber kein Widerspruch vor, weil auch bei weitaus überwiegendem Eigenverschulden des Geschädigten der Ersatzanspruch entfallen kann; dies wird typischerweise angenommen, wenn er es unterlässt, ein Rechtsmittel einzubringen: vgl zum Problem Schragel, AHG³ Rz 181. Der gänzliche Entfall des Schadenersatzanspruches scheint auch in den Fällen der Schiedsrichterhaftung kein Widerspruch zu allgemeinen Grundsätzen der Schadensminderungspflicht zu sein. Der Geschädigte soll eben primär den im konkreten Verfahren zustehenden Rechtsmittelschutz in Anspruch nehmen.

³⁶ Oft sind mehrere Schiedsrichter zur gemeinsamen Entscheidung des Falles verpflichtet (Schiedsrichterkollegium). Dann ist es durchaus denkbar, dass nur manche Schiedsrichter ein Verschulden trifft, insb, wenn ein unterschiedlicher Sorgfaltsmaßstab zur Anwendung kommt. ZB: Ein Architekt bildet ein Kollegium mit zwei Juristen. Es fragt sich, ob die schuldlosen für das Verhalten des schuldtragenden Schiedsrichters haften. Dies ist uE zu verneinen. Eine Haftung für fremdes Verschulden ist im österreichischen Privatrecht die Ausnahme. In unserem Fall existiert keine diese Haftung anordnende Bestimmung. Auch aus der Auslegung des Schiedsrichtervertrags wird sich typischerweise keine abweichende Parteienabsicht ergeben. Vgl zum Problem umfassend Perner, Die Haftung von Mitschuldern bei Verletzung vertraglicher Verbindlichkeiten, JBl 2005, 629.

sigkeit haftet, hat nichts mit der Anspruchsberechtigung des Geschädigten zu tun. Lässt man den Schiedsrichter hingegen nur bei grobem Verschulden haften, so ist dies eine gesetzliche Beschränkung des Schadenersatzanspruches. § 3 Abs 1 AHG kann sachlich mit der Notwendigkeit einer funktionierenden Hoheitsverwaltung gerechtfertigt werden. Ein Organ sucht sich – zum Unterschied vom Schiedsrichter – nicht aus, welche Fälle es behandelt. Es soll nicht aus Furcht vor den Folgen seines Handelns in schwierig zu beurteilenden Sachverhalten zum Nichtstun bewegt werden.³⁷ Dieses Argument gilt zum Teil auch für Schiedsrichter – je strenger die Haftung ist, desto weniger vorausdenkende und hinreichend verantwortungsbewusste Personen werden sich zur Ausübung schiedsrichterlicher Tätigkeit bewegen lassen, wie *Fasching*³⁸ es treffend formuliert. Dem wird jedoch in Wahrheit schon durch die strengen Haftungsvoraussetzungen Abhilfe geschaffen. Eine Haftung kommt neben der schuldhaften Pflichtverweigerung nur in Betracht, wenn die zum Schaden führende Pflichtverletzung einen Aufhebungsgrund darstellt und das Schiedsurteil auch tatsächlich aufgehoben wurde. Damit wird der Haftung der Schiedsrichter aber bereits eine enge Grenze gezogen, ist eine Aufhebung des Schiedsspruches doch nur in einem engen Rahmen möglich. Schiedsrichter haften daher innerhalb dieses Rahmens auch für leichtes Verschulden.³⁹ Denkbar ist – in gewissen Grenzen – ein vertraglicher Haftungsausschluss im Schiedsrichtervertrag. Ein Ausschluss der Haftung für grobes Verschulden wird als sittenwidrig iSd § 879 ABGB qualifiziert.⁴⁰ Dem ist uE zuzustimmen. **Nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit kann vertraglich ausgeschlossen werden.**⁴¹

Ein weiterer Aspekt stützt dieses Ergebnis: Bejahte man eine Haftung des Schiedsrichters für Verfahrensverstöße und fehlerhafte Schiedssprüche erst bei Vorliegen grober Fahrlässigkeit, müsste man dies auch für die Haftung bei schuldhafter Pflichtverweigerung und Verzögerung annehmen, andernfalls man zu dem eigenartigen Ergebnis gelangte, dass es für den Schiedsrichter günstiger wäre, rasch zu einer schlampigen Entscheidung zu kommen, als sich etwas mehr Zeit für ein wohlüberlegtes Urteil zu nehmen. Eine Haftung für schuldhaften Verzug erst bei gro-

ber Fahrlässigkeit zu bejahen, scheint aber in Anbetracht des meist im Vordergrund stehenden Zwecks der Verfahrensbeschleunigung zumindest merkwürdig.

Das In-Kraft-Treten des **SchiedsRÄG 2006** wird in der Frage der Haftung der Schiedsrichter **keine Änderungen** bringen. Einerseits wurde § 584 Abs 2 ZPO beinahe wörtlich übernommen (vgl § 594 Abs 4 ZPO idF RV), andererseits wird in den Erläuternden Bemerkungen darauf hingewiesen, dass durch die Reform eine Änderung der Rechtslage in der Schiedsrichterhaftung nicht beabsichtigt ist.⁴²

3. Abhilfe durch das Leistungsstörungenrecht?⁴³

Die schadenersatzrechtliche Haftung der Schiedsrichter ist also aus gutem Grund stark eingeschränkt. Davon zu unterscheiden ist die Frage der Geltendmachung leistungsstörungenrechtlicher Behelfe. Eine fehlerhafte Beschlussfassung kann etwa durchaus als Schlechterfüllung des Schiedsrichtervertrages zu qualifizieren sein.

Nach erfolgter Beschlussfassung können die Regeln über die Schlechterfüllung des Vertrages eingreifen. Die Mangelhaftigkeit der Werkherstellung ist zu bejahen, wenn der Beschluss nicht *lege artis* herbeigeführt wurde. Dafür ist wiederum die konkrete Ausgestaltung des Schiedsrichtervertrages zu beachten. Ist im Schiedsrichtervertrag etwa vereinbart, dass die „Billigkeit“ entscheidendes Merkmal sein soll, so begründet allein die Nichtbeachtung einer Rechtsnorm noch nicht die Mangelhaftigkeit des Beschlusses. Eine Verbesserung im Sinne einer „Neuherstellung“ des Werkes käme zwar mitunter in Betracht.⁴⁴ IdR werden die Parteien jedoch ein Interesse daran haben, eine Preisminderung oder – bei nicht geringfügigen Mängeln – eine Wandlung zu begehren. UE kommt ein Gewährleistungsanspruch aber richtiger An-

³⁷ Dieses Ergebnis könnte freilich oft auch allein durch Heranziehung der Wertungen des DHG (vgl § 3 Abs 2 AHG) vermieden werden.

³⁸ Schiedsverfahren 73.

³⁹ Ähnlich *Ch. Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung 94 FN 405: Die Schiedsrichterhaftung bei fehlerhaften Entscheidungen sei auf die Haftung für eine „unvertretbare Rechtsansicht“ zu beschränken. Dieser Maßstab sei derjenige, der als leichte Fahrlässigkeit in der Frage gelte, ob der Staat für richterliche Fehlentscheidungen amtschaftungspflichtig werde.

⁴⁰ Vgl *Fasching*, Schiedsverfahren 72; *Ch. Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung 94f. Die Ansicht *Faschings* ist insofern widersprüchlich, als nach ihm der Schiedsrichter für grobe Fahrlässigkeit in Analogie zum AHG ohnehin nicht haftet.

⁴¹ Eine solche Freizeichnung muss nach *Ch. Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung 95, alle Schiedsrichter des Verfahrens betreffen und dürfe nur im Einverständnis mit der gegnerischen Schiedspartei erfolgen.

⁴² ErläutRV 1158 BlgNR 22. GP 18: Eine eigene die Haftung der Schiedsrichter betreffende Bestimmung war im ursprünglichen Entwurf (vgl dazu *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts) nicht vorgesehen. Die Aufnahme des § 594 Abs 4 ZPO wird in den Erläuternden Bemerkungen damit begründet, dass der vom OGH judizierten Haftungsbeschränkung die Grundlage entzogen wäre. Aus der Nichtregelung durch den Gesetzgeber hätte nämlich der Schluss gezogen werden können, dass er eine Haftungsbeschränkung – egal welcher Art und in welchem Ausmaß auch immer – gerade nicht möchte. Eine von der derzeitigen Rechtslage abweichende Regelung der Schiedsrichterhaftung ist zwar nach den Erläuternden Bemerkungen denkbar, es bedürfe dafür aber einer ausführlichen vorhergehenden Diskussion. Daher werde die geltende Bestimmung im Wesentlichen unverändert fortgeschrieben.

⁴³ Der Schiedsrichtervertrag kann als privatrechtliche Vereinbarung auch mit **Wurzelmängeln** behaftet sein. Der Abschluss eines Schiedsrichtervertrages über eine Streitigkeit, der die objektive Schiedsfähigkeit fehlt, ist etwa rechtlich unmöglich, weil ein mangelfreies Werk nicht hergestellt werden kann. Praktisch wohl relevanter sind aber die Leistungsstörungen.

⁴⁴ Dabei kommt es natürlich darauf an, aus welchem Grund der Schiedsspruch aufgehoben wurde. Lag keine gültige Schiedsverbarung vor, so kommt die Neuherstellung nicht in Betracht.

sicht nur in sehr engen – mit der Zulässigkeit der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches vergleichbaren – Grenzen in Betracht.⁴⁵ Die Entscheidung des Schiedsgerichtes ist nämlich nur in den Grenzen des § 595 ZPO (§ 611 idF SchiedsRÄG 2006) von den ordentlichen Gerichten überprüfbar. Für die Frage, ob das Honorar rückforderbar ist, ist aber – im Fall der Gewährleistung – vom ordentlichen Gericht zu untersuchen, ob der Schiedsspruch mangelhaft ist. Dies würde wiederum eine Überprüfung des erstellten Werkes (Schiedsspruch) erfordern, die aber idR nicht zulässig ist. Daher kann eine Rückforderung des Honorars nur in den Fällen stattfinden, in denen der Schiedsspruch aufgehoben wurde.

B. Mediatoren

1. Allgemeines

Gem § 1 Abs 1 ZivMediatG⁴⁶ ist Mediator, wer als fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler die Kommunikation zwischen zwei Konfliktparteien fördert, sodass die Streitbeilegung abschließend und im Interesse beider Parteien durch diese selbst erreicht werden kann.

Nachdem für die Ausübung des Berufs des Mediators strenge Zugangserfordernisse und Ausbildungsstandards gelten (vgl § 10 ZivMediatG), ist dessen Sachverständigeneigenschaft iSd § 1299 ABGB jedenfalls zu bejahen.⁴⁷ In concreto, soviel sagt schon § 1 ZivMediatG, hat der Mediator die anerkannten Methoden der Kommunikation zwischen Konfliktparteien zu beherrschen.⁴⁸

Es stellt sich die Frage, woraus sich die Haupt- und Nebenleistungspflichten des Mediators im Zuge der Mediation (und danach) und in weitere Folge eine Haftung ergeben. Auch hier gelten für die Leistungsbegründung primär Vertrag und Gesetz, wobei das *ZivMediatG eigene Nebenpflichten* gegenüber den Parteien vorsieht, dazu später.

Die Hauptleistungspflichten des Mediators legt der *Mediationsvertrag* fest. Allerdings besteht dieser als Teil eines Vertragsgeflechts: Grundlage der Mediation ist die Mediationsklausel⁴⁹ zwischen den Parteien, die diese

entweder im Rahmen eines anderen Rechtsgeschäfts oder selbständig vereinbaren und darin ihre Absicht festlegen, sich einem Mediationsversuch unterziehen zu wollen. Daraus folgen zwei verschiedene Verträge.

Die Mediationsvereinbarung zwischen den Parteien, mit der sie sich dazu verpflichten, untereinander nach Kräften ein Umfeld zu schaffen, welches ein zweckmäßiges Arbeiten am Konflikt ermöglicht.⁵⁰ Diese Vereinbarung zwischen den Parteien hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Mediationsvertrag ieS, jedoch lässt sich aus ihr eine Mitwirkungspflicht der Parteien an der Konfliktlösung ableiten, deren Verletzung durch eine Partei oder beide Parteien sich für den Mediator im Haftungsprozess begünstigend auswirken kann.⁵¹

Der hier interessierende Vertrag ist aber der *Mediationsvertrag ieS zwischen den Parteien und dem Mediator*. Vertragschließende Parteien sind der Mediator und eine oder beide der Konfliktparteien. Für die Haftung spielt dies insofern keine Rolle, als der lediglich von einer Konfliktpartei mit dem Mediator geschlossene Vertrag⁵² jedenfalls auch Schutzwirkungen zugunsten der anderen Konfliktpartei entfaltet, der Mediator daher schon aufgrund seiner berufsbildlichen Tätigkeit dieselben Pflichten beiden Parteien gegenüber hat.

Essentialia negotii des Mediationsvertrages sind die Durchführung der Mediation, der Konfliktgegenstand und die Namen der Konfliktparteien.⁵³ Zusätzlich kann etwa, soweit vorgesehen, eine besondere Mediationsmethode vereinbart werden, ebenso können Bestimmungen betreffend die Kostenaufteilung enthalten sein. Was schuldet der Mediator also?

In Übereinstimmung mit § 1 ZivMediatG schuldet der Mediator als Hauptleistung lediglich seine Kenntnisse und Fähigkeiten betreffend Kommunikationstechniken zur Konfliktbeilegung und sein Bemühen, zwischen den Parteien für ein der Konfliktlösung dienliches Kommunikationsklima zu sorgen. Tatsächlich bedeutet das, dass der Mediator aus den anerkannten Mediationstechniken⁵⁴ die im Einzelfall am besten geeignete auswählt und im Prozess der Konfliktlösung sorgsam und richtig

⁴⁵ Für eine sehr eingeschränkte Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Schlechterfüllung dürfte sich auch *Fasching* (Kommentar IV 754f) aussprechen: „Die Höhe des Honorars ist von der Richtigkeit und Rechtswirksamkeit des Schiedsspruches unabhängig.“ „Die Verweigerung der Exekutionsbewilligung für den Schiedsspruch oder eine Anfechtungsklage (selbst wenn der Schiedsspruch aufgehoben wird) hat außer bei abweichender vertraglicher Regelung keinen Einfluss auf die Fälligkeit und die Verjährung des Honoraranspruches der Schiedsrichter.“

⁴⁶ Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I 2003/29 (24 BlgNR 22. GP).

⁴⁷ Zum Verhältnis der §§ 1299, 1300 ABGB zu berufsrechtlichen Normen vgl bereits *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 28 ff.

⁴⁸ Dazu unten 2.

⁴⁹ Zu dieser und ihrem (sinnvollen) Anwendungsbereich im Gesellschaftsrecht *Fritz/K. Schauer*, Chancen und Grenzen der Mediation in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, SWK 2003, W 169.

⁵⁰ So *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages I, JAP 2000/2001, 70; jedoch bleibt weitgehend ungeklärt, wie weit eine solche Pflicht tatsächlich reicht und ihre Verletzung sanktioniert werden könnte, va nachdem die Parteien die Mediation grundsätzlich einseitig jederzeit abbrechen können.

⁵¹ Vgl dazu auch *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 35 ff u 88.

⁵² Denkbar wäre etwa eine Mediationsklausel, in der sich eine Partei vorab zur Entrichtung des Mediatorenhonorars verpflichtet.

⁵³ *Hutner*, Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung, SchiedsVZ 2003, 226 (228).

⁵⁴ Vgl auch *Grünberger*, Mediation und notarielles Berufsrecht, NZ 2001, 153 (153 ff); *Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, eolex 2003, 745. Zu den Mediationstechniken im Einzelnen siehe etwa *Falk*, Handbuch Mediation und Konfliktmanagement (2005); *Breidenbach*, Mediation (1995); *Plachetka/Seiwald/Sivec*, Wirtschaftsmediation in Österreich (2005) 17 ff.

anwenden muss; für Auswahl und Anwendung gilt § 1299 ABGB. Es handelt sich dabei in aller Regel um ein Dauerschuldverhältnis, das mit der Beilegung des Konflikts oder dem Abbruch der Mediation endet. Grundsätzlich ist also davon auszugehen, dass es sich um eine Sorgfaltsverbindlichkeit handelt, weil der Mediator nicht mehr zur Herstellung dieses Kommunikationsklimas tun kann, als sich redlich zu bemühen. Ihm kommen keinerlei Entscheidungsbefugnisse zu, die Konfliktlösung liegt also allein bei den Parteien. Mandat scheidet aus, weil die Förderung des Kommunikationsklimas eine tatsächliche Aufgabe und keine Rechtshandlung ist.⁵⁵ Zwar wäre auch denkbar, von einer Erfolgsverbindlichkeit in jenem Sinne auszugehen, als der Erfolg bzw das Werk⁵⁶ in der Herstellung dieses Klimas zu sehen ist. Dies ist aber uE für die Mehrheit der Fälle schon deshalb abzulehnen, weil die Erstellung dieses „Werks“ ja vom Willen zweier Personen abhängt, auf die der Mediator keinen unbegrenzten Einfluss nehmen kann. Überhaupt würden sich bei einer derartigen Rechtsnaturbestimmung – nämlich als Werkvertrag – relativ schwierige Fragen ergeben.^{57, 58} Keinesfalls schuldet der Mediator eine tatsächliche Konfliktbeilegung, weil er eben nur eine eingeschränkte Anleitungsfunktion hat. Die tatsächliche Herbeiführung einer Lösung liegt daher nicht in seinem, sondern dem Einflussbereich beider Parteien, weshalb die Risikoordnung für das Gelingen der Mediation eindeutig bei den Konfliktparteien zu erfolgen hat.

Schließlich kann festgehalten werden, dass der Mediationsvertrag ganz überwiegend beim *freien Dienstvertrag* einzuordnen ist. Denkbar ist allerdings, dass es sich um einen *Typenkombinationsvertrag* handelt, wenn einzelnen Teilleistungen Werkvertragscharakter zugeordnet werden kann.⁵⁹ Das ist insbesondere dann denkbar, wenn eine spezielle Mediationsmethode vereinbart wurde und

der Mediator bestimmte Umstände (die nicht bloß von geringer Bedeutung sind) herbeiführen muss, um den Streitbeilegungsprozess starten zu können. ZB: Auswahl eines besonders beschaffenen Ortes zur Durchführung der Gespräche. Der Mediator muss dann einen Ort finden, der den anerkannten Regeln für die anzuwendende Technik entspricht.

2. Haftung des Mediators

Verletzt der Mediator die anerkannten Grundsätze der Mediation, so haftet er dann, wenn diese Pflichtverletzung zu einem Mediationsergebnis führt, das eine der Konfliktparteien benachteiligt oder die Mediation aufgrund der Pflichtverletzung vorzeitig abgebrochen wird. Freilich besteht auch hier die Schwierigkeit, nachzuweisen, dass die Mediation bei Hinwegdenken der Pflichtverletzung erfolgreich abgeschlossen worden wäre.⁶⁰ Gleiches muss gelten, wenn spezielle Verfahrensabläufe bereits im Mediationsvertrag vereinbart wurden. Diesfalls ist aber nur die Pflichtverletzung leichter nachweisbar – der Mediator verliert daher auch seinen Anspruch auf Entgelt leichter –, der Nachweis der kausalen Schädigung stellt den Geschädigten aber vor die gleichen Beweisprobleme.⁶¹

Für den Mediationsvertrag ergibt sich aufgrund der besonderen Stellung des Mediators – und nicht zuletzt aus dem ZivMediatG – eine Reihe von haftungsrechtlichen Besonderheiten gegenüber dem allgemeinem Vertragsrecht: Bereits das ZivMediatG anerkennt die besondere Tätigkeit des Mediators als Vermittler zwischen den Parteien, der dadurch eine – im Vergleich zu anderen Beratern – besonders verantwortungsvolle Position einnimmt, weil seine Tätigkeit langfristig Rechtsbeziehungen beeinflussen kann und er regelmäßig Zugang zu besonders sensiblen Informationen erhält.⁶² Die §§ 16 ff ZivMediatG legen daher besondere Pflichten des Mediators gegenüber den Parteien fest.

So sieht § 16 Abs 1 ZivMediatG eine besonders strikte Regelung bezüglich Interessenkonflikten vor, indem er die Unvereinbarkeit von Mediation mit Beratungs-, Vertretungs- oder Entscheidungstätigkeiten vor und nach Abschluss der Mediation in derselben Sache normiert⁶³ und damit die Äquidistanz des Mediators bewahrt.⁶⁴ Eine Beteiligung an der Umsetzung der durch die Mediation erzielten Ergebnisse – etwa Verfassen eines Vertrags oder sonstiger Urkunden – bedarf der Zustimmung beider (aller) Parteien.

⁵⁵ *Fitsch*, JAP 2000/2001, 70. Anders könnte dies bei der Schlichtung (dazu allgemein *Perner/Völkl*, Conciliation, Mediation, ADR, ÖJZ 2003, 495 [495 ff]) zu beurteilen sein, weil sie eine Stellung zwischen Mediation und Schiedsverfahren einnimmt und die E am Ende beim Schlichter liegt. Qualifizierte man daher die Urteilsfällung als Rechtshandlung, wäre der Schlichtungsvertrag als Mandat zu sehen; dies wird aber schon beim Schiedsrichtervertrag nicht angenommen, dazu oben A.1.

⁵⁶ Vgl zu dieser Möglichkeit *Fitsch*, JAP 2000/2001, 70.

⁵⁷ Kann der Konfliktfall oder gar eine der Parteien ein „untauglicher Stoff“ sein? Diesbezügliche Aufklärungspflichten bestehen auch bei freiem Dienstvertrag, die Anwendung der werkvertraglichen Warnpflicht auf derartige Fragen mutet aber zumindest verwunderlich an.

⁵⁸ Dieses Argument mag zwar als dogmatisch nicht gänzlich stichhaltig wahrgenommen werden, bei näherer Betrachtung stellt sich aber heraus, dass eine solche Wahrnehmung vorschnell wäre, dies auch in Anbetracht der Rsp zur Abgrenzung der Vertragstypen: Ist die Einordnung unter verschiedene Vertragstypen im konkreten Sachverhalt denkbar, deutet das gehäufte Auftreten von Problemstellungen und Abgrenzungsfragen bei einem Vertragstyp darauf hin, dass die Wahl der anderen Alternative eher passt. Freilich können derartige Überlegungen nur einen Teil der Abgrenzung ausmachen.

⁵⁹ So auch *Fitsch*, JAP 2000/2001, 70.

⁶⁰ Ähnlich *Grünberger*, Mediation und notarielles Berufsrecht, NZ 2001, 153; anders *Kollros*, *ecolex* 2003, 745.

⁶¹ Auf die Kausalitätsproblematik weist schon *Fitsch*, JAP 2000/2001, 139 hin.

⁶² Vgl zur Mediation als Instrument der Vertragsgerechtigkeit und zu einer Pflicht des Mediators, die Streitbeilegung abzubrechen, wenn eine der Parteien übermächtig erscheint, *Ganner*, Vertragsgerechtigkeit durch Mediation, ÖJZ 2003, 710.

⁶³ Dazu ausführlicher *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen – ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBI 2004, 296.

⁶⁴ ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 19.

3. Haftpflichtversicherung

Mediatoren sind gem § 19 ZivMediatG zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von € 400.000,- für jeden Versicherungsfall verpflichtet; der Versicherungsvertrag hat österreichischem Recht zu unterliegen, der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig. Der Abschluss eines entsprechenden Versicherungsvertrags ist Eintragungsvoraussetzung zur Liste der Mediatoren beim BMJ. Bislang stehen – soweit ersichtlich – noch keine allgemeinen Bedingungen einer Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Mediatoren zur Verfügung, jedoch beinhalten mehrere Bedingungswerke bereits ausdrücklich die Mediation als Teil des Deckungsbereichs;⁷⁴ für jene Berufsgruppen, deren

⁷⁴ Vgl etwa die Bedingungen der Haftpflichtversicherung für Mitglieder des Berufsverbandes österr Psychologinnen und Psychologen; http://www.boep.or.at/download/BOEP_Haftpflicht.pdf

Berufsbilder seit jeher auch die Konfliktbereinigung (= Mediation) beinhalten – zB Rechtsanwälte⁷⁵ oder Notare⁷⁶ –, ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung von einer Deckungspflicht des Versicherers aufgrund der bereits bestehenden Berufshaftpflichtversicherung auszugehen.

Bereits am Erfordernis des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung zeigt sich, dass die Tätigkeit des Mediators durchaus schadensgeneigt ist. Dies gründet sich darauf, dass das Gesetz erhöhtes Problembewusstsein von Mediatoren verlangt, eine eingehende Vorbereitung auf jeden einzelnen Fall ist daher angezeigt, um das Schadens- und damit Haftungsrisiko möglichst gering halten zu können.

⁷⁵ So bereits *Steinacher*, Die Mediationsrichtlinie, AnwBl 2000, 124.

⁷⁶ Zu diesen *Wagner/Knechtel*, NO⁵ (2000) § 5 Rz 20; *Grünberger*, NZ 2001, 153.

NZ 2006/25

Der ABGB-Kaufvertrag gilt doch für Grundbuchszwecke

Zugleich eine Besprechung der Entscheidung des OGH 5 Ob 5/06 f

Von Univ.-Doz. Mag. DDr. Ludwig Bittner, öffentlicher Notar, Hollabrunn

Inhaltsübersicht:

- A. Bisheriger Meinungsstand
- B. Die Entscheidung 5 Ob 5/06 f
- C. Beurteilung der Entscheidung

A. Bisheriger Meinungsstand

In der E 5 Ob 252/04a vom 29. 10. 2004 forderte der OGH ohne weitere Begründung, dass in einem Kaufvertrag, in dem zwei Liegenschaften/Anteile veräußert wurden und der nicht einmal einen Quadratmeterpreis enthielt, ein Hinweis enthalten sein müsste, welcher Teil des Kaufpreises auf welche Liegenschaft entfalle, da das Grundbuchsgericht den Rechtsgrund zu prüfen habe (§ 26 Abs 2 GBG) und andernfalls das Bestimmtheitserfordernis des § 1054 ABGB nicht gegeben sei.

Die E wurde in der Lehre heftig kritisiert. So wurde vertreten, dass der OGH nunmehr einen eigenen Kaufvertrag für Grundbuchszwecke verlange, das Grundbuchsgesetz demnach sonderprivatrechtliche Regelungen für Liegenschaftskaufverträge enthalten würde und die E in krassem Widerspruch zu den rechtlichen Grundsätzen des ABGB stünde.¹ *Holzner*² ergänzte treffend, dass

¹ *Bittner*, Gibt es einen eigenen Kaufvertrag für Grundbuchszwecke? NZ 2006/3.

² Entscheidungsbesprechung in JBl 2005, 588.

das, was die Vertragsparteien zivilrechtlich nicht zu interessieren braucht, weil es für den geschlossenen Vertrag nicht essentiell ist, auch aus dem Blickwinkel des Rechtsgrunderfordernisses das Grundbuchsgericht nichts angehe. Was geschieht, wenn sich Parteien bei einem zivilrechtlich wirksamen Kaufvertrag über die Aufschlüsselung des Kaufpreises nicht mehr einigen? Dann liege wohl ein zivilrechtlich wirksamer Kaufvertrag vor, der grundbücherlich in alle Ewigkeit undurchführbar bleibt. Und eine Aufschlüsselungsklage sieht das österreichische Recht wohl nicht vor. Vermutet wurde auch, dass der OGH bloß spätere Rechtsstreite über teilweise Anfechtungen der Verträge durch das Erfordernis der Aufschlüsselung des Kaufpreises erleichtern wollte.³ Jedenfalls hat der OGH in seiner neuen E 5 Ob 5/06 f seine Meinung revidiert.

B. Die Entscheidung 5 Ob 5/06 f

Mit B vom 24. 1. 2006, 5 Ob 5/06 f hatte der OGH einen hinsichtlich der wesentlichen Umstände nahezu identen Sachverhalt zu beurteilen. Am 18. 4. 2005 schlossen der Erstantragsteller als Verkäufer und der Zweitantragsteller als Käufer über die in der Vertragsurkunde angeführten Liegenschaftsanteile einen Kaufvertrag, der einen Gesamtkaufpreis festsetzte, mit Kaufvertrag vom 4. 5. 2005

³ *Bittner*, NZ 2006/3.