

im Konkurs befindliches Unternehmen im Interesse der Konkursgläubiger weiterführt, so ist es seine vornehmliche Pflicht zu verhindern, dass die „neuen“ Gläubiger durch einen „Konkurs im Konkurs“ auch noch in den Vermögensverfall des Gemeinschuldners hineingezogen und geschädigt werden. Insoweit gehen ihre Interessen denen der anderen am Konkursverfahren Beteiligten vor.

Bei der zentralen Stellung, die dem Factoringverhältnis im gegenständlichen Fall für das Schicksal der Konkursmasse zukam, hätte der Beklagte dieses Verhältnis entweder **persönlich oder durch einen eingewiesenen und überwachten zuverlässigen Gehilfen ständig verfolgen müssen**. Hinreichende Kontrollmöglichkeiten konnte er durch ein entsprechend ausgestaltetes Abrechnungs- und Abstimmungsverfahren schaffen. Darauf, ob hierdurch alle Unregelmäßigkeiten in dem Umfang und in den Einzelheiten, wie der Beklagte sie jetzt nach mühevollen Ermittlungen aufgedeckt haben will, hätten aufgeklärt werden können, kommt es nicht an. Zumindest hätte eine solche Überwachung eine **ausreichende Grundlage für eine realistische Einschätzung** der durch die N gewährten Kredithilfe gegeben. Den Beklagten befreite von dieser **Überwachungspflicht** weder die Zustimmung des Gläubigerausschusses zur Betriebsfortführung noch das Ansehen der Factoringbank, erst recht nicht der Umstand, dass das leitende Vorstandsmitglied N durch seine Bestellung zum Mitglied des Gläubigerausschusses gegenüber den übrigen Beteiligten des Konkursverfahrens in eine besondere Verantwortung genommen war. Ebenso wenig dringt die Revision mit ihrer Rüge durch, das Berufungsgericht habe das Vorbringen des Beklagten nicht gewürdigt, dass der Zahlungsverfall der Gemeinschuldnerin nicht schon bei Eingehung der unbezahlt gebliebenen Lieferverträge, dh ab Mai 1969, sondern erst endgültig im Juli und August 1969 dadurch eingetreten sei, dass die N vertragswidrig Forderungen gegen gute Kunden nicht mehr bevorschusst habe. Damit kann die Revision nicht die hier entscheidende Feststellung ausräumen, dass die Forderungen der Kläger bereits im Zeitpunkt ihrer Entstehung durch die schon damals nicht ausreichende Deckung an liquiden Betriebsmitteln und die unzureichende Überwachung des Factoringverhältnisses durch den Beklagten gefährdet waren und sich deshalb schon damals die Möglichkeiten eines Ausfallens für die Kläger abzeichneten. Ob der Schadensverlauf damals auch schon in den Einzelheiten vorausgesehen werden konnte, brauchte das Berufungsgericht nicht nachzuprüfen (BGH VI ZR 75/73, VersR 1975, 767).

3. Auch bei einer telefonischen Bestellung kann der Käufer (hier: Gemeinschuldnerin) das mit der Übersendung der Ware abgegebene Angebot des Verkäufers nur im Sinne eines bedingten Übereignungsangebots verstehen, wenn der Lieferung bereits mehrere Lieferungen vorausgegangen waren, bei denen sich der Verkäufer auf den Lieferscheinen und Rechnungen das Eigentum bis zur endgültigen Bezahlung vorbehalten hatte. Befindet sich die zuletzt gelieferte Ware nach Eröffnung des Konkursverfahrens noch bei der Gemeinschuldnerin, so macht sich der Konkursverwalter nach § 82 dKO wegen **schuldhafter Verletzung des Aussonderungsrechts des Verkäufers** (§ 43 dKO, § 985 BGB) schadenersatzpflichtig, wenn er in Kenntnis der vorangegangenen Lieferungen und Lieferungsunterlagen die Ware veräußert, weil er die Klauseln über den Eigentumsvorbehalt in den Geschäftsbedingungen des Verkäufers für unwirksam hält (OLG Köln 19 U 140/95, VersR 1996, 1507).

F. Schiedsrichter

(Stefan Perner / Clemens Völkl)

Schiedsrichtliche Tätigkeit wird zumeist nicht hauptberuflich ausgeübt. Grundsätzlich kann jedermann zum Schiedsrichter bestellt werden, sofern er die

Voraussetzungen der konkreten Schiedsklausel oder der verwiesenen Schiedsordnung erfüllt.

Aufgrund ihrer Expertise werden nicht selten Berater zu Schiedsrichtern bestellt, die dann für diese besondere Tätigkeit nach eigenen Maßstäben haften.

1. Vertragliche Einordnung und Pflichten aus dem Schiedsrichtervertrag⁴⁸⁶⁾

Private **Schiedsgerichte** (Gelegenheits- bzw Ad-hoc-Schiedsgerichte)⁴⁸⁷⁾ 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 Kapitels. 928

Als Vorzüge eines Schiedsverfahrens⁴⁸⁸⁾ 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** aus⁴⁸⁹⁾. Bekannt ist aber, 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. 929

Der **Schiedsvertrag** ist die „Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen.“ (§ 581 Abs 1 ZPO). Er hat insbesondere zur Folge, dass die Entscheidungsbefugnis und die Zustän- 930

⁴⁸⁶⁾ Das Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 (SchiedsRÄG 2006, BGBl I 2006/7; 1158 BlgNR 22. GP) trat am 1. Juli 2006 in Kraft. In der Frage der Schiedsrichterhaftung ergaben sich durch die Reform keine Änderungen gegenüber der geltenden Rechtslage: dazu Rz 948.

⁴⁸⁷⁾ 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 Börsengeschäften sind durch das Börseschiedsgericht zu entscheiden.“ Weitere 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.

⁴⁸⁸⁾ Zu den Gründen für die geringere Bedeutung des Schiedsverfahrens in Österreich siehe *Fasching*, Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht 2.

⁴⁸⁹⁾ Dies ist insbesondere bei internationalen Wirtschaftsstreitigkeiten von Bedeutung. Vgl *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 953. So können die Schiedsparteien die Verfahrenssprache wählen oder die Schiedsrichter ermächtigen, eine Entscheidung nach Billigkeit zu fällen.

digkeit des Schiedsgerichts begründet wird und er ein Prozesshindernis für das Verfahren vor den staatlichen Gerichten bildet⁴⁹⁰).

931 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 übertragen⁴⁹¹); zum Gutachtensvertrag vgl Rz 195 ff. Der Schiedsgutachter übernimmt zwar eine rechtsgestaltende Funktion, seine Entscheidung bildet aber keinen Exekutionstitel, die Parteien müssen das Ergebnis dieser Gestaltung einklagen.

932 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 Ansicht⁴⁹²) handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag, der als **Werkvertrag** einzuordnen ist.

933 Durch den Schiedsrichtervertrag entstehen **Rechte und Pflichten** gegenüber den Parteien⁴⁹³).

Die Schiedsrichter sind demnach zur Durchführung des Schiedsverfahrens, zu Objektivität und Auskunft, zur schriftlichen Ausfertigung und Unterfertigung eines beschlossenen Schiedsspruchs 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 Schiedsgerichts zu bestimmen.

Aus dem Schiedsrichtervertrag entstehen ein Entgeltanspruch, das Recht auf angemessene Vorschüsse⁴⁹⁴) auf das Honorar und ein Aufwendersatzanspruch.

934 Der Schiedsrichtervertrag ist durch ein besonderes **Vertrauensverhältnis** zwischen den Parteien und den Schiedsrichtern und den Schiedsrichtern untereinander gekennzeichnet. Die Parteien können die Schiedsrichter etwa bei berechtigten Zweifeln an ihrer Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit ablehnen (vgl § 588 ZPO). Die Schiedsrichter können ihrerseits bis zur Beschlussfassung aus wichtigen Gründen vom Vertrag sofort zurücktreten. Zur **Haftung** aus diesem Vertrag gleich Rz 935 ff, zu **Leistungsstörungen** siehe Rz 949 ff.

2. Die Haftung der Schiedsrichter

935 Obwohl Schiedsrichter und Parteien des Schiedsvertrags durch den privatrechtlichen Schiedsrichtervertrag verbunden sind, richtet sich die Schadenersatz-

⁴⁹⁰) Vgl im Einzelnen *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 955 ff.

⁴⁹¹) *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 2168. Zum Schiedsgutachtervertrag *Garger*, Das Schiedsgutachtenrecht.

⁴⁹²) *Fasching*, Zivilprozeßrecht² Rz 2198; *derselbe*, Schiedsgericht 69; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 961; vgl die Nw bei *Sassen-Abfalter*, Schiedsrichterhaftung 15 ff, 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 Vertrags, ist ein Weisungsrecht doch nicht zwingendes Merkmal eines Werkvertrags. Vgl auch *Fasching*, Kostenvorschüsse zur Einleitung schiedsgerichtlicher Verfahren, JBl 1993, 545 (548).

⁴⁹³) Siehe *Fasching*, Schiedsverfahren 70 ff.

⁴⁹⁴) Dazu *Fasching*, JBl 1993, 545 ff.

rechtliche Haftung der Schiedsrichter gegenüber den Parteien nicht bloß nach den Grundsätzen der Vertragshaftung im Allgemeinen Zivilrecht. Die ZPO⁴⁹⁵⁾ sieht in § 594 Abs 4 vor, dass ein Schiedsrichter, „welcher die durch Annahme der Bestellung übernommene Verpflichtung gar nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt“, den Parteien „für allen durch seine schuldhafte Weigerung oder Verzögerung verursachten Schaden“ haftet.

Zur Auslegung dieser Bestimmung und zur Haftungsfrage überhaupt existiert nur wenig **Rechtsprechung**. In älteren E spricht der OGH⁴⁹⁶⁾ aus, dass der Schiedsrichter für den Schaden haftet, den er durch unbegründetes Zurücklegen des übernommenen Schiedsrichteramts verursacht hat. Zur Frage der schiedsrichterlichen Haftung bei Verfahrensverstößen und fehlerhaften Schiedssprüchen liegt eine rezente Entscheidung des OGH vor⁴⁹⁷⁾. **936**

Das Höchstgericht vertritt darin im Anschluss an *Weißmann*⁴⁹⁸⁾ 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 Schadenersatzanspruchs darüber hinaus noch die erfolgreiche Anfechtung voraus. Wollte man einen Schadenersatzanspruch gegenüber Schiedsrichtern auch wegen Verfehlungen zulassen, die als Anfechtungsgründe nicht ausreichten, erscheine es aber höchst inkonsequent, die Schiedsrichter einerseits in Anfechtungsfällen erst dann in Anspruch nehmen zu können, wenn der Anfechtungsprozess gewonnen ist, in Fällen geringfügigerer 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. **937**

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 L vertretenen Ansicht *Weißmanns*⁴⁹⁹⁾. Dieser nimmt darüber hinaus auch zum Haftungsmaßstab Stellung. Er vertritt die Ansicht, dass Schiedsrichter erst ab grober Fahrlässigkeit haften.⁵⁰⁰⁾ **938**

*Fasching*⁵⁰¹⁾ meint, dass sich § 584 Abs 2 ZPO (§ 594 Abs 4 idF SchiedsRÄG 2006) nur auf die schuldhafte Pflichtverweigerung oder schuldhafte Ver-

⁴⁹⁵⁾ Diese Bestimmung entspricht der Regelung des § 584 Abs 2 ZPO idF vor dem SchiedsRÄG 2006 inhaltlich: siehe ErlRV 1158 BlgNR 22. GP 18.

⁴⁹⁶⁾ GIUNF 676; Rv I 168, ZBl 1919/222, 568.

⁴⁹⁷⁾ 9 Ob 126/04 a, JBl 2005, 800 = 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.

⁴⁹⁸⁾ Drei Fragen zur Reform der Schiedsgerichtsbarkeit, in FS Welser 1149 (1158 ff).

⁴⁹⁹⁾ In FS Welser 1158 ff.

⁵⁰⁰⁾ *Weißmann*, in FS Welser 1163 ff.

⁵⁰¹⁾ Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen IV 772 f; *derselbe*, Schiedsverfahren 72 ff.

zögerung⁵⁰²) 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 ZPO⁵⁰³) (§ 611 ZPO idF SchiedsRÄG 2006) verwirklicht sein und die betreffende Partei den Schiedsspruch angefochten haben muss⁵⁰⁴).

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 haften⁵⁰⁵).

*Rechberger/Simotta*⁵⁰⁶) 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*⁵⁰⁷) 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*⁵⁰⁸) 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 fehle⁵⁰⁹).

⁵⁰²) Zu Pflichtverweigerung und ungebührlicher Verzögerung vgl allgemein *Fasching*, Schiedsverfahren 91 f.

⁵⁰³) Die Schiedsrechtsreform brachte Änderungen bei den Aufhebungsgründen; vgl *Oberhammer*, Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts 130 ff.

⁵⁰⁴) *Fasching* (Kommentar¹ 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 (Fassung vor dem SchiedsRÄG 2006).

⁵⁰⁵) *Fasching* (Kommentar¹ 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.

⁵⁰⁶) Zivilprozessrecht⁶ Rz 961.

⁵⁰⁷) *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 93 FN 402.

⁵⁰⁸) In FS Welser 1164.

⁵⁰⁹) 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.

Nach *Rechberger/Melis*⁵¹⁰) könne Schadenersatz für Verfahrensverstöße und für fehlerhafte Schiedssprüche nur bei grobem Verschulden begehrt werden, Haftungsregeln und Ausmaß der Haftung seien jedoch umstritten.

Der Schiedsrichter ist jedenfalls nach richtiger einhelliger L⁵¹¹) **Sachverständiger** iSd § 1299 ABGB; dazu allgemein Rz 26 ff und Rz 49/1. Im Einzelnen ist zu differenzieren. Ein Schiedsrichter muss nicht zwingend Jurist sein. Bei Verfahren, die etwa technische Sachkenntnisse erfordern, werden mitunter Techniker als Schiedsrichter bestellt⁵¹²). Der Schiedsrichter ist jedenfalls Sachverständiger hinsichtlich der besonderen Fähigkeiten, derentwegen er bestellt wird. Der Techniker hat etwa die Sachkenntnisse eines gewöhnlichen Technikers zu prästieren. Daneben ist der Schiedsrichter – auch ein Nichtjurist – aber auch **Sachverständiger hinsichtlich des Schiedsverfahrensablaufs** – 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 **streitbereinigende 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** geht⁵¹³). Nur Verletzungen aus der Übernahme von Pflichten prozessualer Natur können eine weniger strenge 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*⁵¹⁴) und der OGH⁵¹⁵) richtig feststellen, aus § 584 Abs 2 ZPO (idF vor dem SchiedsRÄG 2006; nun § 594 Abs 4 ZPO). 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 gegen den Schiedsrichter wäre der Ersatz für das unzulässige Rechtsmittel gegen die**

⁵¹⁰) In *Rechberger*, ZPO² § 584 Rz 3.

⁵¹¹) Vgl bloß *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁶ Rz 961.

⁵¹²) Vgl zur Auswirkung auf die Haftung auch *Ch. Hausmaninger*, Einstweilige Verfügung 95.

⁵¹³) Auf diesen Punkt weist *Sassen-Abfalder*, Schiedsrichterhaftung 57 ff zu Recht hin.

⁵¹⁴) In FS Welser 1159 ff.

⁵¹⁵) OGH 9 Ob 126/04, JBl 2005, 800 = EvBl 2005/190.

schiedsrichterliche Entscheidung und würde oft bereits bei Bestehen einer verhältnismäßig geringen Chance geführt. Dies widerspricht aber dem Gedanken, dass der Schadenersatz gegen eine richterliche Entscheidung die „letzte Abhilfe“ sein soll.

943 Schon die enge Grenzziehung in der Frage der Aufhebbarkeit eines Schiedsspruchs 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 könnten⁵¹⁶). 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 Schiedsspruchs zu koppeln⁵¹⁷).

944 Die Interpretation des § 594 Abs 4 ZPO 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 Verzögerung 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 ist⁵¹⁸). Daher kann durchaus die

⁵¹⁶) 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.

⁵¹⁷) 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.

⁵¹⁸) 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**

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 zutreffenderweise mit dem Gedanken der Schadensminderungspflicht begründet werden. Der Schadenersatzanspruch entfällt – wie im Fall der Rettungspflicht nach dem AHG⁵¹⁹⁾ – zur Gänze, wenn die betreffende Partei diese Möglichkeit nicht genutzt hat⁵²⁰⁾. 945

§ 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 Haftungsmaßstabs von Schiedsrichtern. Zwar trifft es zu, dass der Berufsrichter nach dieser Bestimmung einer bloß eingeschränkten Haftung ausgesetzt ist, allerdings nicht gegenüber dem Geschädigten, sondern gegenüber dem Rechtsträger. Die Frage der Rückersatzmöglichkeit des Rechtsträgers, der dem Geschädigten nach dem AHG selbstverständlich schon bei Vorliegen leichter Fahrlässigkeit 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 Schadenersatzanspruchs. § 3 Abs 1 AHG kann sachlich mit der Notwendigkeit einer funktionierenden Hoheitsverwaltung gerechtfertigt werden. 946

Schiedsfähigkeit, deren Verletzung schadenersatzpflichtig macht. Der Schiedsfall könnte nämlich als **offenbar untauglicher Stoff** iSd § 1168a ABGB betrachtet werden, der eine Warnpflicht der Schiedsrichter auslöst.

⁵¹⁹⁾ Auch die Rettungspflicht ist nur Ausdruck des allgemeinen Gedankens der Schadensminderungspflicht: *Schrägel*, AHG³ 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 unterlässt, ein Rechtsmittel einzubringen: vgl zum Problem *Schrägel*, AHG³ Rz 181. Der gänzliche Entfall des Schadenersatzanspruchs 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.

⁵²⁰⁾ Oft sind mehrere Schiedsrichter zur gemeinsamen Entscheidung des Falles verpflichtet (Schiedsrichtertribunal bzw -kollegium). Dann ist es durchaus denkbar, dass nur manche Schiedsrichter ein Verschulden trifft, insbesondere wenn ein unterschiedlicher Sorgfaltsmaßstab zur Anwendung kommt. ZB: Ein Architekt bildet mit zwei Juristen ein Schiedsrichtertribunal; das Schiedsurteil ist aufhebbar, weil die Juristen die Rechtslage verkannt haben. Dem Architekten war dies nicht erkennbar. 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 Sonderbestimmung. Auch aus der Auslegung des Schiedsrichtertrags wird sich typischerweise keine abweichende Parteienabsicht ergeben. Vgl zum Problem umfassend *Perner*, Die Haftung von Mitschuldern bei Verletzung vertraglicher Verbindlichkeiten, JBl 2005, 629. Eine Haftung käme demnach nur dann in Betracht, wenn der nicht sachverständige Schiedsrichter den Fehler nach § 1297 ABGB leicht hätte erkennen können, dazu bei Rz 281 ff.

tigt 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 werden⁵²¹). 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*⁵²²) es treffend formuliert. Dieser Gefahr wird jedoch bereits durch die – sich aus der Auslegung des § 594 Abs 4 ZPO ergebenden – strengen Haftungsvoraussetzungen Rechnung getragen. **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 Schiedsspruchs doch nur in einem engen Rahmen möglich. Schiedsrichter haften daher innerhalb dieses Rahmens **auch für leichtes Verschulden**⁵²³). Denkbar ist – in gewissen Grenzen – ein vertraglicher Haftungsausschluss im Schiedsrichtervertrag. Ein Ausschluss der Haftung für grobes Verschulden wird als sittenwidrig iSd § 879 ABGB qualifiziert⁵²⁴). Dem ist uE zuzustimmen. Nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit kann vertraglich ausgeschlossen werden⁵²⁵); vgl dazu Rz 418 ff.

947 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 gelangte man zu dem eigenartigen Ergebnis, 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 grober Fahrlässigkeit zu bejahen, scheint aber angesichts des meist im Vordergrund stehenden Zwecks der Verfahrensbeschleunigung zumindest merkwürdig.

948 Das In-Kraft-Treten des **SchiedsRÄG 2006** hat in der Frage der Haftung der Schiedsrichter **keine Änderungen** gebracht. Einerseits wurde die frühere Haftungsnorm in § 594 Abs 4 ZPO beinahe wörtlich übernommen, andererseits wird

⁵²¹) Dieses Ergebnis könnte freilich oft auch allein durch Heranziehung der Wertungen des DHG (vgl § 3 Abs 2 AHG) vermieden werden.

⁵²²) Schiedsverfahren 73.

⁵²³) 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 amtshaftungspflichtig werde.

⁵²⁴) 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.

⁵²⁵) 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.

in den Erläuterungen zur RV darauf hingewiesen, dass durch die Reform eine Änderung der Rechtslage in der Schiedsrichterhaftung nicht beabsichtigt ist⁵²⁶).

3. Abhilfe durch das Leistungsstörungenrecht?⁵²⁷

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 Schiedsrichtervertrags zu qualifizieren sein. 949

Nach erfolgter Beschlussfassung können die Regeln über die Schlechterfüllung des Vertrags eingreifen. Die Mangelhaftigkeit der Werkherstellung ist zu bejahen, wenn der Beschluss nicht *lege artis* herbeigeführt wurde. 950

Dafür ist wiederum die konkrete **Ausgestaltung des Schiedsrichtervertrags** 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 Werks käme zwar mitunter in Betracht⁵²⁸). 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 richtigerweise nur in sehr engen – mit der Zulässigkeit der Geltendmachung eines Schadenersatzanspruchs vergleichbaren – Grenzen in Betracht.⁵²⁹) Die Entscheidung des Schiedsgerichts ist 951

⁵²⁶) ErlRV 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 Erläuterungen 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 Erläuterungen denkbar, es bedürfe dafür aber einer ausführlichen vorhergehenden Diskussion. Daher werde die geltende Bestimmung im Wesentlichen unverändert fortgeschrieben.

⁵²⁷) Der Schiedsrichtervertrag kann als privatrechtliche Vereinbarung auch mit **Wurzelmängeln** behaftet sein. Der Abschluss eines Schiedsrichtervertrags 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.

⁵²⁸) Dabei kommt es natürlich darauf an, aus welchem Grund der Schiedsspruch aufgehoben wurde. Lag keine gültige Schiedsvereinbarung vor, so kommt die Neuherstellung nicht in Betracht.

⁵²⁹) Für eine sehr eingeschränkte Möglichkeit der Geltendmachung von Ansprüchen aus der Schlechterfüllung dürfte sich auch *Fasching* (Kommentar¹ 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 Honoraranspruchs der Schiedsrichter.“

nämlich nur in den Grenzen des § 611 ZPO 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 Werks (Schiedsspruch) erfordern, die aber in der Regel nicht zulässig ist. Daher kann eine Rückforderung des Honorars nur in den Fällen stattfinden, in denen der Schiedsspruch aufgehoben wurde.

G. Mediatoren

(Stefan Perner / Clemens Völkl)

1. Vertragliche Einordnung und Pflichten bei Mediation

- 952** Gemäß § 1 Abs 1 ZivMediatG⁵³⁰) 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.
- 953** Da für die Ausübung des Berufs des Mediators strenge Zugangserfordernisse und Ausbildungsstandards gelten (vgl § 10 ZivMediatG), ist dessen **Sachverständigeneigenschaft** iSd § 1299 ABGB jedenfalls zu bejahen. In concreto, so viel sagt schon § 1 ZivMediatG, hat der Mediator die **anerkannten Methoden der Kommunikation zwischen Konfliktparteien** zu beherrschen⁵³¹).
- 954** Es stellt sich die Frage, woraus sich die Haupt- und Nebenleistungspflichten des Mediators im Zuge der Mediation (und danach) und in weiterer Folge eine Haftung ergeben. Auch hier gelten für die Leistungsbegründung primär Vertrag⁵³²) und Gesetz, wobei das **ZivMediatG eigene Nebenpflichten** gegenüber den Parteien vorsieht, dazu siehe Rz 962 ff.
- 955** Die Hauptleistungspflichten des Mediators legt der Mediationsvertrag fest. Allerdings besteht dieser als Teil eines **Vertragsgeflechts**: Grundlage der Mediation ist die Mediationsklausel⁵³³) zwischen den Parteien, die diese entweder im Rahmen eines anderen Rechtsgeschäfts oder selbstständig vereinbaren und darin ihre Absicht festlegen, sich einem Mediationsversuch unterziehen zu wollen. Daraus folgen zwei verschiedene Verträge: Einerseits die Mediationsvereinbarung zwischen den Parteien, mit der sie sich dazu verpflichten, untereinander nach Kräften ein Umfeld zu schaffen, welches ein zweckmäßiges Arbeiten am Konflikt ermöglicht⁵³⁴). Diese Vereinbarung zwischen den Parteien hat grundsätzlich keinen Einfluss auf den Mediationsvertrag ieS, jedoch lässt sich aus ihr eine Mitwir-

⁵³⁰) Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl I 2003/29 (ErlRV 24 BlgNR 22. GP).

⁵³¹) Dazu unten Rz 958.

⁵³²) Zu dessen Auslegung dienen in weiterer Folge, wie immer, die Umstände des Einzelfalles und die Grundsätze des redlichen Verkehrs.

⁵³³) Zu dieser und ihrem (sinnvollen) Anwendungsbereich im Gesellschaftsrecht *Fritz / K. Schauer*, Chancen und Grenzen der Mediation in gesellschaftsrechtlichen Streitigkeiten, SWK 2003, W 169.

⁵³⁴) 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, insb weil die Parteien die Mediation grundsätzlich einseitig jederzeit abbrechen können.

kungspflicht der Parteien an der Konfliktlösung ableiten, deren Verletzung durch eine oder beide Parteien sich für den Mediator im Haftungsprozess begünstigend auswirken kann⁵³⁵).

Der hier interessierende Vertrag ist aber der **Mediationsvertrag** **ieS** zwischen den Parteien und dem Mediator. Vertragsschließende 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 Vertrag⁵³⁶) jedenfalls auch Schutzwirkungen zugunsten der anderen Konfliktpartei entfaltet, der Mediator daher schon aufgrund seiner berufsbildlichen Tätigkeit **dieselben Pflichten beiden Parteien gegenüber hat**. **956**

Essentialia negotii des Mediationsvertrags sind **die Durchführung der Mediation, der Konfliktgegenstand, die Namen der Konfliktparteien**⁵³⁷). Zusätzlich kann etwa, soweit vorgesehen, eine besondere Mediationsmethode vereinbart werden, ebenso können Bestimmungen betreffend die Kostenaufteilung enthalten sein. **957**

Was schuldet der Mediator also? In Übereinstimmung mit § 1 Ziv-MediatG 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 Mediationstechniken⁵³⁸) die im Einzelfall am besten geeignete auswählen und im Prozess der Konfliktlösung sorgsam und richtig 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 ist⁵³⁹). Zwar wäre auch denkbar, von einer Erfolgs-

⁵³⁵) Vgl dazu auch *Hacke*, Der ADR-Vertrag 35 ff und 88.

⁵³⁶) Denkbar wäre etwa eine Mediationsklausel, in der sich eine Partei vorab zur Entrichtung des Mediatorenhonorars verpflichtet.

⁵³⁷) *Hutner*, Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung, *SchiedsVZ* 2003, 226 (228).

⁵³⁸) Vgl auch *Grünberger*, Mediation und notarielles Berufsrecht, *NZ* 2001, 153 (153 ff); *Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, *ecolex* 2003, 745. Zu den Mediationstechniken im Einzelnen siehe etwa *Falk*, *Handbuch Mediation und Konfliktmanagement*; *Breidenbach*, *Mediation*; *Plachetka/Seiwald/Sivec*, *Wirtschaftsmediation in Österreich* 17 ff.

⁵³⁹) *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 Entscheidung 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 Rz 932.

verbindlichkeit in jenem Sinne auszugehen, als der Erfolg bzw das Werk⁵⁴⁰) 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 ergeben⁵⁴¹)⁵⁴²).

959 **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 im Einflussbereich beider Parteien, weshalb die Risikoordnung für das Gelingen der Mediation eindeutig bei den Konfliktparteien zu erfolgen hat.

960 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 kann⁵⁴³). 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; so etwa die Auswahl eines besonders beschaffenen Orts zur Durchführung der Gespräche und ähnliches. Der Mediator muss dann einen Ort finden, der den anerkannten Regeln für die anzuwendende Technik entspricht.

2. Haftung des Mediators

961 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 wäre⁵⁴⁴). Gleiches muss gelten, wenn spezielle Verfahrensabläufe bereits im Mediationsvertrag vereinbart wur-

⁵⁴⁰) Vgl zu dieser Möglichkeit *Fitsch*, JAP 2000/2001, 70.

⁵⁴¹) 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.

⁵⁴²) 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.

⁵⁴³) So auch *Fitsch*, JAP 2000/2001, 70.

⁵⁴⁴) Ähnlich *Grünberger*, Mediation und notarielles Berufsrecht, NZ 2001, 153; anders *Kollros*, *ecolex* 2003, 745.

den. 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 Beweisprobleme⁵⁴⁵).

Für den Mediationsvertrag ergeben 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 erhält⁵⁴⁶). Die §§ 16 ff ZivMediatG legen daher besondere Pflichten des Mediators gegenüber den Parteien fest. **962**

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 normiert⁵⁴⁷) und damit die Äquidistanz des Mediators wahrt⁵⁴⁸). Eine Beteiligung an der Umsetzung der durch die Mediation erzielten Ergebnisse – etwa Verfassen eines Vertrags oder sonstiger Urkunden – bedarf der Zustimmung beider (aller) Parteien. **963**

§ 16 Abs 2 ZivMediatG ist eine der Kerngrundlagen für die Anknüpfung der Haftung des Mediators, die Bestimmung sieht eine **spezifische gesetzliche Aufklärungspflicht** vor: **964**

Den Mediator trifft einerseits, um sicherzustellen, dass die Parteien sämtliche notwendigen Grundlagen ihrer Entscheidungsfindung kennen, die Pflicht, sie vor Beginn des Streitbeilegungsversuchs über das Wesen der Mediation (§ 1 ZivMediatG) und deren **Rechtsfolgen** (§§ 18, 22 ZivMediatG) aufzuklären. **965**

Andererseits – und hier fällt die haftungsrechtliche Relevanz noch stärker auf – müssen die Parteien vom Mediator gem § 16 Abs 3 ZivMediatG auch auf den **Bedarf an weiter gehender Beratung** hingewiesen werden, der sich insbesondere aus rechtlicher Sicht im Zusammenhang mit der Mediation ergeben kann. Dabei reicht der bloße Hinweis auf die Ratsamkeit der Beiziehung eines Rechtsanwalts nicht aus, vielmehr muss der Mediator im Zuge des Mediationsgeschehens den konkreten Bedarf an Beratung einer Partei erkennen und sie darauf hinweisen⁵⁴⁹). Die Pflicht zum Hinweis auf die Beratungsbedürftigkeit bedeutet freilich eine enorm große Verantwortung für den Berater, denn er hat ein **entsprechendes Problembewusstsein und damit ausreichende Kenntnisse in** **966**

⁵⁴⁵) Auf die Kausalitätsproblematik weist schon *Fitsch*, JAP 2000/2001, 139, hin.

⁵⁴⁶) Vgl zur Mediation als Instrument der Vertragsgerechtigkeit und zu einer Pflicht des Mediators, die Streitbeilegung abubrechen, wenn eine der Parteien übermächtig erscheint, *Ganner*, Vertragsgerechtigkeit durch Mediation, ÖJZ 2003, 710.

⁵⁴⁷) Dazu ausführlicher *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen – ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296.

⁵⁴⁸) ErlRV 24 BlgNR 22. GP 19.

⁵⁴⁹) ErlRV 24 BlgNR 22. GP 19.

verschiedenen Rechts- und anderen Fachgebieten mitzubringen, um den Bedarf an weiter gehender Beratung überhaupt erkennen zu können.

Beispiele:

Die Unternehmen A und B einigen sich nach einer Mediation darauf, einen Liefervertrag weiterzuführen, wobei Unternehmen A auf sämtliche Kündigungsrechte verzichtet, weil ihm dafür andere Vorteile versprochen werden. Ein halbes Jahr später wird das Unternehmen A insolvent, weil es sich aus dem, wie sich herausstellt, äußerst nachträglichen Vertrag nicht mehr befreien kann. Der Mediator hat weder auf einen weiter gehenden Rechts-, Steuer- noch auf einen eventuell notwendigen betriebswirtschaftlichen Beratungsbedarf hingewiesen. Mit den Mitarbeitern eines Unternehmens werden im Zuge einer Übernahme großzügige Zusicherungen vereinbart, sodass diese die Übernahme nicht weiter blockieren. Ob die Übernahme aber unter den nach der Mediation bestehenden Voraussetzungen überhaupt noch sinnvoll ist, ist unklar. Der Mediator hat auf den Bedarf der Beiziehung eines Personalberaters ebenso wenig wie auf Rechts- und betriebswirtschaftlichen Beratungsbedarf hingewiesen.

967 Bereits anhand dieser beiden Beispiele zeigt sich die wesentliche Frage: Hätte der Mediator erkennen müssen, dass eine Partei der Beratung durch einen Rechtsanwalt und einen Unternehmensberater bedarf? Ein Erkennen des Beratungsbedarfs ist freilich nur dann möglich, wenn der Mediator auch die **einschlägigen Problemstellungen** kennt; sie zu lösen muss er nicht imstande sein. So muss der Mediator beispielsweise schon etwas über § 12a MRG gehört haben, um überhaupt auf diese Haftungsfalle im Bereich der Unternehmensmiete hinweisen zu können. Was der Mediator im Einzelfall tatsächlich in anderen Fachbereichen wissen muss, richtet sich freilich nach § 1299 ABGB. Er muss daher jene Kenntnisse und Fähigkeiten besitzen, die von einem durchschnittlichen Berufskollegen erwartet werden dürfen. Man wird zwischen allgemeinen Kenntnissen, die jeder Mediator zu besitzen hat, und Spezialkenntnissen eines Wirtschafts-, Familien- oder Nachbarschaftsmediators unterscheiden können. Wesentlicher Anhaltspunkt dafür, was ein Mediator wissen muss, sind die Bestimmungen betreffend Ausbildung und Qualifikation der Mediatoren (§ 10 iVm § 29 ZivMediatG): Laut § 29 Abs 2 Z 1 lit h ZivMediatG hat die Ausbildung zum Mediator auch die „rechtlichen, insbesondere zivilrechtlichen Fragen der Mediation sowie Rechtsfragen von Konflikten, die für eine Mediation besonders in Betracht kommen“ zu beinhalten. Da es sich dabei lediglich um einen von 11 Fachbereichen handelt, dürfen die Anforderungen an die rechtlichen Fachkenntnisse nicht überspannt werden, in anderen Bereichen (etwa im betriebswirtschaftlichen Bereich) erhalten Mediatoren überhaupt keine Zusatzausbildung. Ferner trifft Mediatoren auch die **Pflicht zur Fortbildung** (§ 20 ZivMediatG) in angemessenem Ausmaß, zumindest aber 50 Stunden in fünf Jahren. Auch aktuelle Rechtskenntnis kann daher in gewissem Ausmaß erwartet werden.

968 Bereits aus diesen Umständen und dem Wortlaut des § 16 Abs 3 ZivMediatG – Bedarf an Beratung, insbesondere in rechtlicher Hinsicht – ergibt sich, dass zwar auf jeglichen weiter gehenden Beratungsbedarf hinzuweisen ist, die Problemerkennungs- und Hinweispflicht aber im Bereich von **Rechtsfragen** viel weiter geht als in anderen Fachgebieten. Aus § 10 ZivMediatG ergibt sich uE ferner eine einzel-fallabhängige **Erforschungspflicht** des Mediators in Bezug auf **die rechtlichen**

Grundlagen des konkreten Mediationsfalls. Der Mediator hat sich daher so weit in diese Materie einzulesen, dass er grundlegende Probleme erkennen und die Parteien gegebenenfalls auf weiteren Beratungsbedarf hinweisen kann. Nach den Materialien zum ZivMediatG⁵⁵⁰) ist es nämlich wichtig, dass der Mediator im Interesse der Parteien in der Lage ist, ihren Konflikt gerade auch in seiner rechtlichen Dimension möglichst rasch und weitgehend zu begreifen. Darüber hinaus kann aber nicht von ihm erwartet werden, dass er die zur Diskussion stehenden Rechtsfragen gänzlich zu erfassen und zu lösen vermag. Der Mediator ist nicht Rechtsberater, darauf wird er die Parteien erforderlichenfalls freilich auch hinzuweisen haben.



Praxistipp: Der Mediator sollte die Parteien unbedingt dazu anhalten, das erzielte Ergebnis von einem Rechtsanwalt prüfen zu lassen, bevor dieses verbindlich wird, und die entsprechende Belehrung auch schriftlich dokumentieren.

Eine **Erforschungspflicht in anderen Fachbereichen** als dem rechtlichen kann aus dem Gesetzestext uE nicht abgeleitet werden. Dies ist auch nicht erforderlich, denn die Anwesenheit des Mediators entbindet die Parteien keineswegs von ihrer Eigenverantwortung, und sie werden gerade etwa in wirtschaftlichen Fragestellungen oft besser Bescheid wissen als der Mediator. Außerdem ist die besondere Wichtigkeit rechtlicher Fragen auch deshalb gerechtfertigt, weil es sich um ein Gebiet handelt, wo erfahrungsgemäß häufig Folgen nicht erkannt oder berücksichtigt werden und nur so langfristige Zufriedenheit der Parteien mit dem Ergebnis der Mediation gewährleistet werden kann. Eine **Hinweispflicht** des Mediators in anderen Fachbereichen ist nur dann zu befürworten, wenn das Problem für den Mediator leicht erkennbar war; der für die Erkennbarkeit maßgebende Sorgfaltsmaßstab ergibt sich aus § 1299 ABGB, wobei sich aus der Spezialisierung des Beraters Unterschiede ergeben können⁵⁵¹); von einem deklarierten Wirtschaftsmediator wird man etwa betriebswirtschaftliche Grundkenntnisse erwarten können, von einem Familienmediator nicht⁵⁵²).



Praxistipp: Der Mediator sollte sich vor allem in rechtlicher Hinsicht gründlich auf jeden einzelnen Konfliktfall vorbereiten. Gibt er **besondere Kenntnisse** in anderen Spezialgebieten, insbesondere im Eintrag in der Mediatorenliste, an, sollte auch eine eingehende Vorbereitung auf diesem Gebiet erfolgen.

⁵⁵⁰) ErlRV 24 BlgNR 22. GP 15.

⁵⁵¹) Für den Leistungsstandard der Mediation als solcher gilt ein allgemeiner Sorgfaltsmaßstab, der vom Grundberuf unabhängig ist (zutreffend *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages II, JAP 2000/2001, 139), jedoch ist uE bezüglich der Hinweispflicht zwischen den einzelnen Grundberufen zu differenzieren.

⁵⁵²) Vgl dazu auch die Liste der Mediatoren in Zivilrechtssachen beim BMJ unter <http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at> (Stand: 22. 1. 2007), in der jeder Mediator mit einem oder mehreren Tätigkeits- bzw Spezialgebieten ausgewiesen ist; auch dieser Umstand spricht für einen **differenzierten Sorgfaltsmaßstab**, weil die Parteien sich den Berater nach Spezialgebiet aussuchen können und daher auch nur gewisse Kenntnisse erwarten dürfen.

Hat der Mediator seine Hinweispflicht verletzt, so haftet er für jenen Schaden, der deshalb entstanden ist, weil kein Berater hinzugezogen wurde. Dabei ist auch zu berücksichtigen, ob bei Hinwegdenken des schadenstiftenden Verhaltens ein anderes Mediationsergebnis erzielt worden wäre; auch hier geht es also zum Teil um hypothetische Kausalverläufe, vgl dazu Rz 679 ff und 1003 ff.

971 Aus der Erforschungs- und Hinweispflicht ergibt sich schließlich auch eine Pflicht des Mediators, die Parteien darauf hinzuweisen, in welche Form sie das Ergebnis der Mediation kleiden müssen, um dessen Realisierung sicherzustellen, etwa in Form eines anwaltlichen Vergleichs, eines Notariatsakts oder eines gerichtlichen Vergleichs⁵⁵³). Bei Bedarf hat sich der Mediator die erforderlichen Kenntnisse anzueignen.

972 Gemäß § 17 ZivMediatG trifft den Mediator auch eine genaue Dokumentationspflicht bezüglich Beginn, Ablauf, Ende und sämtlicher wesentlicher Umstände der Mediation. Haben sich die Parteien auch auf eine Umsetzung des Ergebnisses geeinigt, so ist diese nur auf Verlangen der Parteien schriftlich festzuhalten. Der Mediator ist nicht verpflichtet (und auch nicht befugt), eine rechtsgeschäftliche Urkunde über das Mediationsergebnis zu verfassen.

Diese Aufzeichnungen hat der Mediator sieben Jahre lang aufzubewahren und den Parteien auf Wunsch auszufolgen. Die Dokumentationspflicht dient der Beweissicherung bezüglich der Fristenwahrung in einem nachfolgenden Zivilverfahren⁵⁵⁴); verletzt der Mediator seine Dokumentationspflicht und entsteht einer Partei im Rechtsstreit daraus ein Nachteil – etwa weil nicht mehr bewiesen werden kann, dass eine Frist noch nicht abgelaufen oder der Anspruch noch nicht verjährt ist –, so kann dies eine Haftung des Mediators begründen.

973 § 18 ZivMediatG statuiert eine besondere Verschwiegenheitspflicht des Mediators⁵⁵⁵) hinsichtlich sämtlicher Tatsachen, die ihm im Rahmen der Mediation von den Parteien anvertraut wurden, sowie hinsichtlich sonst bekannt gewordener Tatsachen und Fakten. Die Verschwiegenheitspflicht des Mediators ist ihrem Wortlaut entsprechend weit zu verstehen, weil gegenseitiges Vertrauen und Vertraulichkeit „essentielle Voraussetzungen“ einer Mediation sind⁵⁵⁶). Die Verschwiegenheit darf nur dann aufgegeben werden, wenn die Offenbarung oder Verwertung der an sich der Verschwiegenheitspflicht unterliegenden Tatsachen nach Inhalt und Form durch ein öffentliches oder berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt ist. Zwar handelt es sich dabei um einen besonderen Rechtfertigungsgrund der Strafbestimmung des § 31 ZivMediatG, jedoch wird dieser auch im Haftungsprozess zu berücksichtigen sein.

⁵⁵³) ErlRV 24 BlgNR 22. GP 20.

⁵⁵⁴) ErlRV 24 BlgNR 22. GP 20. Die Dokumentationspflicht bezieht sich lediglich auf die Fristenwahrung, nicht aber auf sonstige den Parteien im Zuge der Mediation bekannt gewordene Beweismittel, da diese von der Verwendung als Beweismittel in einem nachfolgenden Zivilprozess ausgeschlossen sein sollen. Auch § 320 ZPO sieht eine dementsprechende Zeugnisbefreiung des Mediators vor; vgl für den Strafprozess § 152 Abs 1 Z 5 StPO.

⁵⁵⁵) Allerdings gilt auch für nicht eingetragene Mediatoren eine Verschwiegenheitspflicht, die sich aus dem freien Dienstvertrag (= Mediationsvertrag) ergibt; ähnlich *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60.

⁵⁵⁶) ErlRV 24 BlgNR 22. GP 20 mwN.

Die Verschwiegenheitspflicht trifft konsequenterweise auch **Hilfspersonen** und Personen, die im Rahmen einer Praxisausbildung bei einem Mediator tätig sind; zumindest für das Verschulden Ersterer hat der Mediator bei Verletzung der Verschwiegenheitspflicht wie für eigenes gem § 1313 a ABGB einzustehen.

Unterliegt der Mediator auch einer anderen berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht – etwa jener der RAO oder NO –, so ist auch diese zu berücksichtigen; vorrangige Geltung ist der Regelung einzuräumen, die den **weiter reichenden Schutz der Vertraulichkeit** gewährleistet⁵⁵⁷).

Bei den besonderen Schutz- und Sorgfaltspflichten des ZivMediatG handelt es sich um gesetzliche Pflichten, die direkt in den Mediationsvertrag einfließen, ihre Verletzung führt daher zu einem **vertraglichen Schadenersatzanspruch** geschädigter Konfliktparteien. Daneben/Ergänzend gelten die allgemeinen Pflichten aus dem Grundvertrag; zum freien Dienstvertrag siehe Rz 84 ff. **974**

3. Mediationsinstitute, Co-Mediation und Haftpflichtversicherung

Wurde in der Mediationsvereinbarung eine **Institution** nominiert, so wird zu unterscheiden sein, ob dieser lediglich die Auswahl des Mediators übertragen wurde oder ob sie tatsächlich Partei des Mediationsvertrags wurde. Im ersten Fall haftet sie nur für Auswahlverschulden, im zweiten Fall hätte sie, da sie selbst zur Mediation verpflichtet ist, für ein Verschulden des Mediators gem § 1313 a ABGB wie für eigenes einzustehen. Da aber in die Liste der Mediatoren bislang nur natürliche Personen eingetragen werden können und auch nur diese zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet sind, Mediationsinstitutionen also den Begriff des Mediators iSd ZivMediatG nicht erfüllen und damit womöglich auch die zivilprozessualen Wirkungen der Mediation entfielen, stellt sich grundsätzlich die Frage, ob der Mediationsvertrag als solcher überhaupt mit einer Institution abgeschlossen werden könnte. Dies wohl nur dann, wenn die Institution als Mediator in die Liste eingetragen wäre. Das ist schon deshalb nicht möglich, weil die Eintragungsvoraussetzungen der §§ 8 und 9 ZivMediatG auf Eigenschaften und Angaben abstellen, die nur natürliche Personen besitzen können. Im Übrigen könnte, bei Eintragung auch juristischer Personen, die tatsächlich auftretende Person des Mediators wohl nicht mehr ausreichend kontrolliert werden. Gegen die Zulässigkeit von Institutionen als Mediatoren spricht auch, dass der Mediator seine Aufgabe entsprechend § 16 Abs 2 ZivMediatG **persönlich** wahrzunehmen hat, jedoch ist die Mediation durch Teams (sog **Co-Mediation**; vgl zur Haftung mehrerer Berater bei Rz 279 ff) zulässig⁵⁵⁸). **975**

Mediatoren sind gem § 19 ZivMediatG zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung mit einer Mindestversicherungssumme von € 400.000 für jeden Versicherungsfall verpflichtet; der Versicherungsvertrag – zum Haftpflichtversicherungs- **976**

⁵⁵⁷) Dazu *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3; dagegen wird auch die Ansicht vertreten, dass dann, wenn die Mediation ohnehin vom Berufsbild einer anderen Berufsgruppe erfasst sei, die Normen des ZivMediatG überhaupt nicht anwendbar sind, so *Stalzer*, Wirtschaftstreuhänder – Zivilrechtsmediationsgesetz, VWT 2004 H 2, 38.

⁵⁵⁸) Zur Zulässigkeit der Co-Mediation *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296.

recht Rz 437 ff – hat österreichischem Recht zu unterliegen, der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig. Der Abschluss eines entsprechenden Versicherungsvertrags ist Eintragungsvoraussetzung in die 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 Deckungsbereichs⁵⁵⁹).

Für jene Berufsgruppen, deren **Berufsbilder** seit jeher auch die Konfliktbereinigung (= Mediation) beinhalten – zB Rechtsanwälte⁵⁶⁰ oder Notare⁵⁶¹ –, ist auch ohne ausdrückliche Vereinbarung von einer Deckungspflicht des Versicherers aufgrund der bereits bestehenden Berufshaftpflichtversicherung auszugehen.

- 977** Bereits am Erfordernis des Abschlusses einer Berufshaftpflichtversicherung zeigt sich, dass die Tätigkeit des Mediators durchaus schadensgeniegt ist. Das lässt sich vor allem darauf zurückführen, 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.

H. Unternehmensberater

1. Allgemeines

- 978** Zentrales **Ziel** des Unternehmensberaters ist es, wirtschaftliche Veränderungen zum Nutzen des Klienten zu bewirken⁵⁶²).
- 979** Die Unternehmensberatung ist ein **Gewerbe** und richtet sich daher nach den berufsrechtlichen Normen der GewO. Für die Ausübung der Tätigkeit ist gem § 94 Z 74 GewO grundsätzlich eine Berufszulassungsprüfung oder der Abschluss eines Hochschulstudiums⁵⁶³) erforderlich, der Unternehmensberater ist daher immer Sachverständiger iSd § 1299 ABGB⁵⁶⁴).
- 980** **Wirkungskreis und Befugnisse** des Unternehmensberaters umreißen § 136 iVm § 29 GewO. Demnach sind für den Umfang der Gewerbeberechtigung insbesondere die für die Ausübung erforderlichen eigentümlichen Arbeitsvorgänge,

⁵⁵⁹) Vgl etwa die Bedingungen der Haftpflichtversicherung für Mitglieder des Berufsverbandes österreichischer Psychologinnen und Psychologen; <http://www.boep.or.at/download/Polizze-Haftpflicht.pdf> (Stand: 22. 1. 2007).

⁵⁶⁰) So bereits *Steinacher*, Die Mediationsrichtlinie, AnwBl 2000, 124.

⁵⁶¹) Zu diesen *Wagner/Knechtel*, NO⁶ § 5 Rz 20 ff; *Grünberger*, NZ 2001, 153.

⁵⁶²) WKO, Berufsbild des Unternehmensberaters 2004: http://wko.at/ubit/ub/berufsbild_UB.pdf (Stand: 22. 1. 2007).

⁵⁶³) Unternehmensberatungs-Verordnung, BGBl II Nr 2003/94. Dazu eingehend *Neuber*, Unternehmensberaterprüfung als Voraussetzung für das Vorliegen der selbstständigen Tätigkeit als Unternehmensberater gem § 22 Z 1 lit b EStG 1988, ÖStZ 1997, 150; VwGH 95/14/0026, ARD 4715/8/96 = *ecolex* 1996, 124 = AnwBl 1996/6166.

⁵⁶⁴) Vgl dazu Rz 25 ff; ist zur Ausübung einer Tätigkeit eine besondere Befähigung – insb eine öffentliche Prüfung – erforderlich, ist der Tatbestand des § 1299 ABGB jedenfalls erfüllt; für Unternehmensberater OGH 4 Ob 265/99 w, JBl 2000, 441 (*Staudegger*) = RdW 2000/189 = *ecolex* 2000/39.