

# **Diplomarbeit**

zur Erlangung des akademischen Grades  
eines Magisters der Rechtswissenschaften  
an der rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Karl-Franzens-Universität Graz

## **Die Haftung des Mediators unter besonderer Berücksichtigung seiner Position als Vertragsgestalter**

eingereicht von  
Martin Sommer

bei  
o. Univ.-Prof. Dr. Johannes W. Pichler

Graz, Oktober 2008

Ich erkläre ehrenwörtlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen nicht benutzt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe.

.....

Graz, Oktober 2008

## Vorwort

*„Streitende sollten wissen, daß nie einer ganz recht hat und der andere ganz unrecht.“*

*(Kurt Tucholsky, 1890-1935)*

Diese Worte von Tucholsky beschreiben treffend die Grundproblematik jedes zwischenmenschlichen Konflikts. Gerade dieser fehlende Blick über den Tellerrand auf die Sichtweise des Kontrahenten ist durch die Mediation geschlossen worden, die sich nun neben dem Gericht und dem Schiedsgericht zu etablieren beginnt. Das steigende Interesse ist verständlich, wenn man bedenkt, dass die Mediation, losgelöst von rechtlichen Ansprüchen, viel mehr Lösungsmöglichkeiten eröffnet als jedes andere Verfahren und sich daher weg bewegt von der klassischen autoritären Entscheidung eines Dritten oder einem oftmals faulen Kompromiss hin zu einem von den Parteien erarbeiteten dauerhaften Konsens.

Neben meinem Studium, das sich langsam dem Ende zuneigt, besuchte ich das Basiscurriculum Mediation, wobei ich einen Teil der Ausbildung zum eingetragenen Mediator absolvierte. Im Zuge dieser Ausbildung lernte ich bereits die Möglichkeiten, aber auch Grenzen eines Mediationsverfahrens kennen. Wegen meiner Beziehung zur Mediation hat mich die Möglichkeit, eine Diplomarbeit über dieses noch junge Thema zu verfassen, auf der Stelle begeistert.

In der vorliegenden Arbeit möchte ich mich im Speziellen mit der Frage der Haftung des Mediators aus der Mediationsvereinbarung bzw aus dem Mediationsabschlußvertrag auseinandersetzen. Zwar wurde die Mediation mit dem ZivMediatG in Österreich in ein Gewand gekleidet, das den rechtlichen Rahmen für die Ausübung der Mediation festhält, die Frage eines eventuellen Schadenersatzanspruches kann jedoch hiermit nicht geklärt werden. Aufgrund des noch sehr jungen Bestehens des ZivMediatG liegt auch noch keine Judikatur vor, um diese Frage schnell beantworten zu können. Ich möchte daher in dieser Arbeit, unter Berücksichtigung des ZivMediatG und den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten des Mediators, die Möglichkeit der Haftung sowohl aus der Mediationsvereinbarung, die zu Beginn der Mediation zwischen den Medianden und dem Mediator geschlossen wird und die Durchführung der Mediation zum Inhalt hat, als auch aus dem Mediationsabschlussvertrag, der das Ergebnis der Mediation festhält, beleuchten. Hierbei wird sich insbesondere die Frage der rechtlichen Qualifikation der Verträge als auch der rechtlichen Position des Mediators an

sich stellen. In weiterer Folge möchte ich in dieser Arbeit anhand der haftungsträchtigen Bereiche einer Mediation jene Punkte herausarbeiten, die für den Mediator in seiner Rolle als Vertragsgestalter der Mediationsvereinbarung eine wesentliche Bedeutung haben, da ich glaube, dass er sowohl durch gezielte Hinweise und Aufklärung wichtiger Punkte als auch durch die Aufnahme von Vertragsklauseln eine erhebliche Minderung des Haftungspotentials insbesondere aufgrund von Missverständnissen aus unterschiedlichen Erwartungshaltungen der Medianden bewirken kann.

Aufgrund der bereits zahlreichen Publikationen über das Wesen der Mediation und deren Grundzüge wird in dieser Arbeit, abgesehen von einer kleinen notwendigen Einleitung zu Beginn, auf einen allgemeinen Teil über die Mediation bewusst verzichtet. Neben dem Hauptthema der Haftung des Mediators und seiner Rolle als Vertragsgestalter erscheint mir aber ein kurzer Vergleich sowohl mit dem gerichtlichen als auch mit dem schiedsgerichtlichen Verfahren wichtig und sinnvoll. Diese stellen eine Alternative zur Mediation dar bzw können dieser nachfolgen, wobei mit den unterschiedlichen Rollen als Richter bzw Schiedsrichter auch unterschiedliche Haftungsbestimmungen verbunden sind.

Mein besonderer Dank gilt Frau Dr. Cristina Lenz, die mit ihrem praxisbezogenen Seminar „Mediation als Alternative“ mein Interesse für Mediation geweckt hat und mich anschließend fachkundig und mit konstruktiver Kritik bei meiner Diplomarbeit begleitet hat.

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	<b>3</b>
<b>Inhaltsverzeichnis</b>	<b>5</b>
<b>Abkürzungsverzeichnis</b>	<b>7</b>
<b>1. Einleitung</b>	<b>10</b>
<b>1.1. Allgemeines</b>	<b>10</b>
<b>1.2. Grundprinzipien der Mediation</b>	<b>13</b>
<b>1.3. Das 5-Stufensystem bzw. Phasenmodell der Mediation</b>	<b>16</b>
<b>2. Gegenüberstellung mit anderen Verfahren</b>	<b>20</b>
<b>2.1. Allgemeines</b>	<b>20</b>
<b>2.2. Das gerichtliche Verfahren</b>	<b>21</b>
2.2.1. Der Richter	23
2.2.2. Die Haftung des Richters	24
<b>2.3. Das Schiedsgerichtsverfahren</b>	<b>25</b>
2.3.1. Der Schiedsrichter	26
2.3.2. Die Haftung des Schiedsrichters	27
<b>2.4. Das Mediationsverfahren</b>	<b>28</b>
2.4.1. Der Mediator	30
<b>3. Die Haftung des Mediators</b>	<b>33</b>
<b>3.1. Das Zivilrechtsmediationsgesetz</b>	<b>33</b>
3.1.1. Allgemeines	33
3.1.2. Rechte und Pflichten des eingetragenen Mediators	34
3.1.2.1. Allgemeine Rechte und Pflichten	34
3.1.2.2. Pflichten gegenüber den Parteien	36
3.1.2.3. Verschwiegenheit und Vertraulichkeit	46
Exkurs: Der Mediator nach GewO	50
3.1.2.4. Die Haftpflichtversicherung des Mediators	51

3.1.2.5. Fortbildung	54
3.1.2.6. Mitteilungspflicht	54
<b>3.2. Verträge in der Mediation</b>	<b>55</b>
3.2.1. Die Mediationsvereinbarung	56
3.2.1.1. Inhalt der Mediationsvereinbarung	58
3.2.1.2. Der Mediandenvertrag	62
Exkurs: Der Mediationsabschlussvertrag	63
<b>3.3. Rechtliche Beurteilung der Mediationsvereinbarung</b>	<b>66</b>
3.3.1. Die Pflichten des Mediators aus der Mediationsvereinbarung	68
3.3.1.1. Hauptleistungspflicht	69
3.3.1.2. Nebenleistungspflicht	70
3.3.2. Die Pflichten der Medianden aus der Mediationsvereinbarung	72
3.3.2.1. Hauptleistungspflicht	72
3.3.2.2. Nebenleistungspflicht	73
3.3.3. Das Verhältnis der Medianden zum Mediator	75
3.3.4. Das Verhältnis der Medianden zueinander	78
<b>3.4. Rechtliche Grundlagen der Haftung des Mediators</b>	<b>82</b>
3.4.1. Allgemeine Schadenersatzregeln des ABGB	82
3.4.2. Die Sachverständigenhaftung	84
3.4.3. Die Gehilfenhaftung	88
<b>3.5. Der Umfang der Ersatzpflicht</b>	<b>89</b>
<b>4. Resumé und Ausblick</b>	<b>91</b>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<b>93</b>
<i>Judikaturverzeichnis</i>	<b>96</b>
<i>Abbildungsverzeichnis</i>	<b>97</b>
<i>Anhang</i>	<b>98</b>

## Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AHG	Amtshaftungsgesetz
aM	anderer Meinung
Anm. d. V.	Anmerkung(en) des Verfassers
AnwBl	österreichisches Anwaltsblatt
Art	Artikel
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrenrecht
BGBI	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	Bundesminister für Justiz
B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz von 1929
bzw	beziehungsweise
dh	das heißt
ecolex	ecolex, Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EheG	Ehegesetz
EheRÄG 1999	Eherechts-Änderungsgesetz
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
f	folgende(r)
ff	fortfolgende
FLAG	Familienlastenausgleichsgesetz
gem	gemäß
GesRZ	Der Gesellschafter, Zeitschrift für Gesellschafts- und Unternehmensrecht

GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds.	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
iS(d)	im Sinn des
iVm	in Verbindung mit
iZw	im Zweifel
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
JBl	Juristische Blätter
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
mE	meines Erachtens
NO	Notariatsordnung
NYÜ	New Yorker Übereinkommen
NZ	Österreichische Notariatszeitung
oä	oder ähnliches
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RZ	Österreichische Richterzeitung
Rz	Randzahl
SchiedsRÄG 2006	Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006
StGG 1867	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
StPO	Strafprozessordnung
ua	unter anderem
uä	und ähnliches
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof



---

Vgl.	vergleiche
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Zak	Zivilrecht aktuell
z.B.	zum Beispiel
Zit.	Zitat
ZivMediatG	Zivilrechts-Mediations-Gesetz
ZPO	Zivilprozessordnung

# 1. Einleitung

## 1.1. Allgemeines

Die Zeiten der Verwechslung von Mediation und Meditation sind vorbei. Seit Beginn der Mediation im deutschsprachigen Raum in den frühen 90er Jahren ist der Vormarsch dieses neuen Konfliktlösungsinstrumentes ungebrochen. Auch jene Stimmen, die die Mediation als bloße Modeerscheinung bezeichnet haben, sind fast zur Gänze verstummt<sup>1</sup> und sehen die Mediation als sinnvolles, eigenständiges Konfliktlösungsinstrument. Auch die Bezeichnung der Mediation als Vermittlungsverfahren, aus dem Lateinischen „mediare“ (= vermitteln), ist geläufig. Jedoch darf dies nicht mit den zahlreichen Schlichtungs- und Vermittlungsstellen der Standesvertretungen verschiedener freier Berufe verwechselt werden.<sup>2</sup> Das formlose, auf Freiwilligkeit beruhende Verfahren, dessen Ziel eine von den Mediationsparteien, auch Medianden<sup>3</sup> genannt, eigenständig erarbeitete Konfliktlösung unter Anleitung eines Mediators<sup>4</sup> ist, wurde in Österreich zunächst ausschließlich im Familienrecht im Zuge von Modellprojekten (z.B. „FLAG Mediatoren“) angewandt.<sup>5</sup> Auch wenn diesem neuen Verfahren zunächst mit viel Skepsis begegnet wurde, fand die Mediation gerade im Bereich des Familienrechts großen Anklang, da sie Ehepartnern die Möglichkeit eröffnet, außerhalb eines gerichtlichen Verfahrens unter Anleitung eines Mediators einen Konsens über alle möglichen Streitpunkte wie etwa Vermögensaufteilung, Unterhalt etc. zu erzielen. Die Anwendungsbereiche sind heute sehr vielfältig. Neben der bekannten Mediation im Familienrecht haben sich im Besonderen die Sektoren der Wirtschaftsmediation, Schulmediation und die Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich (Umweltmediation) herausgebildet.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> Vgl.: König, Justiz-substituierende Ersatzdroge, Die Presse 25.2.2002, 6.

<sup>2</sup> Vgl.: Fitsch, Rechtsfragen des Mediationsvertrages, JAP 2000/2001, 70 (70).

<sup>3</sup> Anm. d. V.: in der deutschen Literatur wird der Mediand, als Partei des Mediationsverfahrens, mit hartem „t“ geschrieben, also Mediant.

<sup>4</sup> Zugunsten der leichteren Lesbarkeit dieser Arbeit wird auf die alternative Verwendung männlicher und weiblicher Formulierungen verzichtet. Mit jeder Verwendung der männlichen Form ist daher selbstverständlich auch die weibliche mit gleicher Wertschätzung gemeint und umfasst.

<sup>5</sup> Vgl.: Falk/Pruckner, Rechtsgrundlagen der Mediation, in: Falk/Heintel/Krainz (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement (2005) 113 (114 ff).

<sup>6</sup> Vgl.: Klammer/Geißler (Hrsg), Mediation – Einblicke in Theorie und Praxis professioneller Konfliktregelung (1999) 62 ff.

Doch Mediation ist nicht gleich Mediation. Neben der klassischen Einzelmediation, also zwei oder mehr Mediationsparteien und einem Mediator, hat sich auch die Co-Mediation mit zwei Mediatoren als gute Variante der Verfahrensleitung erwiesen. Auch hier ist wieder die Familienmediation zu erwähnen, wo die Co-Mediation zum Standard wurde. Gerade bei Scheidungsmediationen können besonders gute Ergebnisse erzielt werden, wenn ein gemischtgeschlechtliches Mediatorenteam das Verfahren leitet, wodurch beide Geschlechter gleichermaßen vertreten sind und keine Gefahr der Übervorteilung eines Geschlechts bestehen kann.<sup>7</sup> Einen anderen Ansatz bietet die Schulmediation, die durch Vorträge und Integration der Mediation in den Unterricht Jugendliche zwischen zwölf und sechzehn Jahren mit dem Mediationsprozess vertraut macht. Dadurch sollen die Jugendlichen selbst künftige sich aufbauende soziale Konflikte (gem *Glasl*)<sup>8</sup> früher erkennen und diese mittels mediativer Techniken besser bewältigen können.

Die rasche Entwicklung der Mediation ist nicht verwunderlich, wenn man die Vorteile eines solchen Verfahrens betrachtet. Im Gegensatz zu einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren arbeiten die betroffenen Parteien (Medianden) gemeinsam an einer Lösung. Das Ziel ist es nach dem Prinzip „Kooperation statt Konfrontation“ eine Win-Win-Situation herbeizuführen. Dies bedeutet, dass die Medianden sich von einem Gewinn-Verlust-Denken lösen müssen und miteinander nach einer Lösung suchen. Die Aufgabe des Mediators besteht darin, unter Wahrung der „Allparteilichkeit“ den Prozess zu leiten und die Medianden zu einem Konsens zu führen, ohne jedoch selber Lösungsvorschläge zu bringen.<sup>9</sup> Oder nach der Definition von *Breidenbach*: „*Mediation ist die Einschaltung eines neutralen und unparteiischen Dritten im Konflikt, der die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen unterstützt, jedoch über keine eigene (Konflikt-) Entscheidungsbefugnis verfügt.*“<sup>10</sup>

Durch diesen Prozess beinhaltet das Ergebnis einer erfolgreichen Mediation eine Gegenwarts- und Zukunftsorientierung, wodurch künftige Auseinandersetzungen vermieden werden können, sowie eine Ersparnis von Zeit und Geld für die Parteien und den Rechtsstaat.<sup>11</sup> Weitere Aspekte, die für ein Mediationsverfahren sprechen, sind die Vertraulichkeit und die

---

<sup>7</sup> Vgl.: *Draxler/Wiedermann*, Mediation in Österreich. Fragen und – einige- Antworten. Wünsche an den Gesetzgeber, RZ 1998, 122 (125).

<sup>8</sup> Vgl.: *Glasl*, Konfliktmanagement. Ein Handbuch zur Diagnose und Behandlung von Konflikten für Organisationen und ihre Berater<sup>5</sup> (1997) 14f.

<sup>9</sup> Vgl.: *Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296 (296).

<sup>10</sup> Zit.: *Breidenbach*, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt (1995) 4.

<sup>11</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Kommentar zum ZivMediatG (2005) 34 f.

Schnelligkeit des Verfahrens, sowie eine deeskalierende Wirkung der Mediation. Im Fall eines gerichtlichen bzw behördlichen Verfahrens kann dies nicht gewährleistet werden.<sup>12</sup>

In Österreich wurde das Mediationsverfahren - erstmals im europäischen Raum - durch das „Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG)“<sup>13</sup> in die Rechtsordnung als alternative Konfliktlösungsvariante neben dem gerichtlichen Verfahren und dem Schiedsgerichtsverfahren integriert und trat mit 1. Mai 2004 in Kraft. Erste Regelungen zur Mediation wurden durch das EheRÄG 1999 in Österreich eingeführt. So enthielten bereits § 99 EheG, § 320 Z 4 ZPO und § 152 StPO Bestimmungen zur Verschwiegenheitspflicht, Fristenhemmung und zum Zeugnisverweigerungsrecht des Mediators.<sup>14</sup> Diese bereits vorliegenden Regelungen wurden anschließend an das ZivMediatG angepasst.<sup>15</sup> Zu beachten ist, dass sich das ZivMediatG, wie der Name schon sagt, ausschließlich auf Konflikte bezieht, für deren Entscheidung ordentlichen Gerichte im Sinn von Zivilgerichten zuständig sind (gem § 3 Abs 1 Z 1 iVm § 1 Abs 2 ZivMediatG)<sup>16</sup>. Nach einhelliger Meinung genügt somit bereits eine abstrakte Zuordenbarkeit des Konflikts zur Zivilgerichtsbarkeit. Daher fällt die Schulmediation nicht in den Anwendungsbereich des ZivMediatG. Der Schritt des Gesetzgebers die Mediation in die Rechtsordnung zu integrieren wurde vom Ausland sehr interessiert verfolgt und war auch in Österreich nicht unumstritten. Zum einen zweifelte man an einer rechtspolitischen Erforderlichkeit eines solchen Gesetzes, zum anderen kämpfte man ohnehin mit einer Gesetzesflut<sup>17</sup> und verabschiedete Deregulierungsgesetze<sup>18</sup>. Ein weiteres Argument für das Absehen von einer rechtlichen Regelung bietet die Mediation selbst, da das formlose Verfahren ein wesentliches Charakteristikum der Mediation darstellt.<sup>19</sup> Somit bestand die Gefahr, dass dieses Merkmal durch eine überschießende Regelung des Gesetzgebers beseitigt werden könnte.

Ebenso hatte der Gesetzgeber zu bedenken, dass durch eine Verrechtlichung der Mediation sehr leicht eine Standardisierung erfolgen kann, die die Anwendung der Mediation in stärkster Weise behindert, da die Dynamik und Individualität des Verfahrens verloren gehen könnte.<sup>20</sup> Trotz der vorher genannten Argumente überwogen die positiven Aspekte der Entlastung der

---

<sup>12</sup> Vgl.: *Draxler/Wiedermann*, RZ 1998/122 (123).

<sup>13</sup> Vgl.: BGBl I Nr. 29/2003.

<sup>14</sup> Vgl.: *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3, 41 (48f.) ebenso *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, 27 f.

<sup>15</sup> Vgl.: BGBl I Nr. 29/2003.

<sup>16</sup> Vgl.: *Hopf*, ÖJZ 2004/3, 41 (45).

<sup>17</sup> Vgl.: *Hopf*, Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich, in Festschrift für Wolfgang Jelinek (2002) 69 (71).

<sup>18</sup> Vgl.: BGBl I 2001/151.

<sup>19</sup> Vgl.: *Steinbrück*, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung – Chancen für Unternehmen, Anwälte und Gerichte, dAnwBl 1999, 574 (574 f).

<sup>20</sup> Vgl.: *Steinacher*, Mediaion im Prozess der Kodifizierung, perspektive mediation 2005, 14 (14 ff).

Gerichte, der kürzeren Verfahrensdauer und der Haltbarkeit des Mediationsergebnisses. Somit gab es für den Gesetzgeber gute Gründe für die Schaffung einer gesetzlichen Regelung. Die außergerichtliche Bewältigung von Konflikten, wie sie in der Mediation stattfindet, fällt bzw. ragt in den Aufgabenbereich vieler anderer Berufe wie z.B.: Notare, Rechtsanwälte oder Wirtschaftstreuhänder. Dies führte naturgemäß zu einem Misstrauen gegenüber der Mediation und macht eine klare Abgrenzung der Rechtsberatung und Rechtsvertretung von der Mediation erforderlich - umso mehr, wenn man bedenkt, dass für Rechtsanwälte und Notare<sup>21</sup> eine ausführliche berufsrechtliche Regelung besteht.<sup>22</sup> Ein weiteres Argument liefert die Tatsache, dass es in der Mediation, besonders im Bereich der Familienmediation oder auch der Wirtschaftsmediation, oft um heikle Themen wie die wirtschaftliche bzw. soziale Existenz der Medianten geht. Daher erscheint es erforderlich, gesetzliche Regelungen zu erlassen, um die Qualität des Mediationsverfahrens sicherzustellen.<sup>23</sup>

## **1.2. Grundprinzipien der Mediation**

Aufgrund der Flexibilität und Individualität des Mediationsverfahrens enthält das ZivMediatG lediglich Regelungen über die Rahmenbedingungen der Mediation. Dies bedeutet, dass keine zwingenden Verfahrensvorschriften für die Mediation selbst bestehen. Aufgrund der Legaldefinition in § 1 Abs 1 ZivMediatG und den übrigen Bestimmungen des ZivMediatG lassen sich jedoch gewisse Kriterien herausarbeiten, die in jedem Fall erfüllt sein müssen, damit ein Mediationsverfahren vorliegt. In der Literatur wird überwiegend von den Grundsätzen oder auch Grundprinzipien der Mediation gesprochen.<sup>24</sup>

Eines der Prinzipien ist die in der Legaldefinition des Gesetzgebers angeführte Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens. Dies bedeutet, dass beide Parteien aus eigener Motivation, ohne direkten oder indirekten Druck von außen, ein Mediationsverfahren beginnen möchten. Auch im Verfahren außer Streitsachen darf gegen den Willen der Parteien eine Mediation nicht vorgeschaltet werden.<sup>25</sup> Es liegt jedoch laut Gesetzgeber keine Durchbrechung des Prinzips der Freiwilligkeit vor, wenn ein Richter eine Mediation empfiehlt und das Verfahren aus diesem Grund innehält. Daraus folgt, dass die Weigerung einer Partei einem

---

<sup>21</sup> Vgl.: *Grünberger*, Mediation und notarielles Berufsrecht, NZ 2001, 153 (154 ff).

<sup>22</sup> Vgl.: *Hopf* in FS Jelinek, 69 (72).

<sup>23</sup> Vgl.: *Hopf*, ÖJZ 2004/3, 41 (43).

<sup>24</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 (65).

<sup>25</sup> Vgl.: OGH 15.7.1997, 1 Ob 161/97a.

Mediationsverfahren zuzustimmen keine negativen Auswirkungen auf deren Rechtsposition haben darf. Die Problematik des Prinzips der Freiwilligkeit soll im folgenden Absatz verdeutlicht werden.<sup>26</sup>

So müssen den Parteien neben der Mediation auch andere Konfliktlösungsmöglichkeiten wie der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten jederzeit offen stehen.<sup>27</sup> Wäre dies nicht der Fall, so würde eine Freiwilligkeit der Parteien mangels alternativer Handlungsmöglichkeiten nicht mehr vorliegen. Ein weiterer Ausdruck der absoluten Freiwilligkeit der Parteien liegt im umfassenden Beendigungsrecht. Das bedeutet, dass die Medianden die Mediation jederzeit ohne Angabe von Gründen abbrechen können. Der Abbruch hat für die Medianden keine negativen Auswirkungen. Dem Mediator selbst steht kein solches Beendigungsrecht zu. Er kann die Mediation jedoch aus wichtigem Grund beenden.<sup>28</sup> Ein solcher liegt z.B. in einer mehrfachen Pflichtverletzung der Parteien, so dass die Fortsetzung der Mediation für den Mediator unzumutbar wäre. Diese Pflichtverletzung kann ua im ständigen Ignorieren der vereinbarten Sitzungstermine eines Medianden oder in der Androhung körperlicher Gewalt gegenüber dem anderen Medianden oder dem Mediator bestehen.<sup>29</sup> In jedem Fall muss der Grund schwerwiegend genug sein, so dass die Grundsätze der Mediation verletzt sind und/oder die Weiterführung der Mediation dem Mediator nicht mehr zumutbar wäre. Daher liegt laut *Grünberger* ein wichtiger Grund, der den Mediator zum Abbruch berechtigt, bereits in der Weigerung eines Medianden zur Offenlegung wichtiger Informationen iS der Transparenz des Mediationsverfahrens. Schließlich ist eine Mediation auf der Basis von unvollständigen bzw falschen Informationen nicht zielführend, woraus *Grünberger* das Beendigungsrecht des Mediators ableitet.<sup>30</sup>

In Anbetracht der Vielschichtigkeit der menschlichen Konflikte wird man sich jedoch einzugestehen haben, dass dem Prinzip der absoluten Freiwilligkeit nicht immer entsprochen werden kann. So liegt im Bereich der Familienmediation zumeist ein Machtungleichgewicht zwischen den Ehepartnern vor, so dass einer der beiden die Möglichkeit hat direkt oder indirekt Druck auf den Partner auszuüben. Ein zu stark ausgeprägtes Machtungleichgewicht kann daher ein Mediationsverfahren unmöglich machen. Es kann auch eine schwache rechtliche Position einer Partei vorliegen, ob es nun um Unterhalt, Obsorgerecht, um die wirtschaftliche Existenz eines Unternehmens geht oder Druck von Geschäftspartnern im Bereich der Wirtschaftsmediation gegeben ist, so dass eigentlich nur noch der Ausweg der

---

<sup>26</sup> Vgl.: ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 19.

<sup>27</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 44 f.

<sup>28</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation 53 f.

<sup>29</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation 53 f.

<sup>30</sup> Vgl.: *Grünberger*, Die Regelung der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 50 (52 f).

Mediation bleibt und somit eigentlich keine Freiwilligkeit iS des § 1 ZivMediatG mehr vorliegt. Es besteht zwar gem. § 1 ZivMediatG immer die Möglichkeit ein ordentliches Gericht anzurufen. Schließlich manifestiert sich die angesprochene Freiwilligkeit in der Alternative zwischen Gericht und Mediation zu wählen. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass durch ein gerichtliches Verfahren die Beziehungsebene der Parteien großen Schaden nimmt, wodurch eine weitere Zusammenarbeit kaum vorstellbar ist. Diese Gefahr des Verlustes der Beziehungsebene wird durch ein Mediationsverfahren erheblich verringert. Unter Berücksichtigung der genannten Faktoren scheint es nicht weit hergeholt, dass ein wirtschaftlich abhängiges Unternehmen sich dem Druck von Geschäftspartnern ein Mediationsverfahren zu beginnen beugen muss, so dass eigentlich keine Freiwilligkeit mehr vorliegt. Dies hat zur Folge, dass speziell im wirtschaftlichen Kontext die Grenzen der Freiwilligkeit der Mediation schwer zu ziehen sind.<sup>31</sup>

Ebenfalls zu den Grundprinzipien der Mediation gehört die im Vorwort kurz erwähnte „Allparteilichkeit“ des Mediators. *„Allparteilichkeit bedeutet, dass der Mediator/die Mediatorin unparteiisch ist, also kein eigenes Interesse an einem bestimmten Konfliktausgang hat und die Interessen der Konfliktparteien gleichmäßig berücksichtigt sowie die Parteien bei der Artikulierung der eigenen Interessen und Emotionen unterstützt.“*<sup>32</sup> Dieser Definition ist grds zuzustimmen, wobei jedoch die Verwendung des Begriffs „unparteiisch“, der dadurch gekennzeichnet ist, dass keine der Parteien vom Mediator unterstützt werden und somit die aktive Leitung des Mediators nicht mehr gegeben ist, umstritten ist (aM Fürst).<sup>33</sup> Ein weiterer wichtiger Punkt, der in der dargestellten Definition der Allparteilichkeit nach Ganner ein wenig untergeht, ist die Empathie des Mediators. Empathie ist die Fähigkeit, sich in andere Menschen hineinzufühlen bzw Gefühle des Gesprächspartners durch die Gesamtheit aus Mimik, Gestik und Tonlage wahrzunehmen. Sie stellt einen wesentlichen Eckpfeiler der Allparteilichkeit dar und versetzt den Mediator erst in die Lage ein Mediationsverfahren zu leiten. Eine weitere Voraussetzung, um die Allparteilichkeit wahrnehmen zu können, liegt, wie von Ganner angeführt, darin, dass der Mediator selbst kein Interesse an einem bestimmten Konfliktausgang haben darf. Somit macht ein Interessenskonflikt des Mediators die notwendige Allparteilichkeit und damit ein Mediationsverfahren unter seiner Leitung unmöglich. Ein weiterer Grundsatz ist die Offenheit und Transparenz im Mediationsverfahren. Somit haben die Mediatoren alle Informationen, die für die

---

<sup>31</sup> Vgl.: Ganner, Vertragsgerechtigkeit durch Mediation, ÖJZ 2001, 710 (714).

<sup>32</sup> Zit.: Ganner, ÖJZ 2001, 713.

<sup>33</sup> Vgl.: Fürst, Wirtschaftsmediation in Österreich, in Töpel/Pritz (Hrsg), Mediation in Österreich (2000) 185.

Aufarbeitung des Konflikts nützlich sein können, einzubringen und auch selbst ein lösungsorientiertes Verhalten darzulegen. Dies ist für eine erfolgreiche Mediation unabdingbar, da ansonsten die Gefahr besteht, dass nicht alle Konfliktpunkte behandelt werden können und es somit zu keinem für beide Parteien zufrieden stellenden Endergebnis kommt. Damit einher geht die Vertraulichkeit der Informationen, die im Verfahren besprochen werden. Dies gilt nicht nur für den Mediator, sondern selbstverständlich auch für die Medianden.<sup>34</sup> Ist auch nur eine der Grundvoraussetzungen nicht erfüllt, so liegt kein Mediationsverfahren iS des ZivMediatG vor und die Bestimmungen des ZivMediatG kommen nicht zur Anwendung.<sup>35</sup>

Haben sich die beiden Konfliktparteien zur Durchführung einer Mediation entschlossen und bereits mit einem Mediator Kontakt aufgenommen, so erfolgt die erste Sitzung. In dieser werden alle noch offenen Fragen beantwortet, eventuell Kommunikationsregeln festgelegt, die Vorgehensweise unter der Leitung des Mediators erarbeitet und das Ziel der Mediation festgelegt. Auf das Mediationsthema bzw die Mediationsthemen an sich wird in dieser Phase der Mediation nicht eingegangen. Die von den Medianden erarbeiteten individuellen Regelungen werden anschließend in der Mediationsvereinbarung festgehalten.

### **1.3. Das 5-Stufensystem<sup>36</sup> bzw. Phasenmodell<sup>37</sup> der Mediation**

#### I. Auftragsklärung

In der ersten Phase erfolgt die erste Kontaktaufnahme. Neben der Festlegung der Ziele der Mediation können auch Kommunikationsregeln und sonstige Verhaltensregeln (z.B. innerhalb welcher Frist eine Sitzung abgesagt werden kann uä) formuliert werden, die plakativ, meist auf einem Flipchart, festgehalten werden. Diese Flipcharts werden in den folgende Sitzungen wieder aufgehängt, um die Medianden an die gemeinsam vereinbarten Regelungen zu erinnern, und auch um bei Bedarf (z.B. Missachtung von Verhaltensregeln) explizit auf bestimmte Vereinbarungen hinzuweisen.

---

<sup>34</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 72.

<sup>35</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 65.

<sup>36</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, FN 19 73.

<sup>37</sup> Vgl.: *Breidenbach/Falk*, Einführung in die Mediation, in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement (2005) 260 ff.



## II. Themenbereiche

In der zweiten Phase werden Themenbereiche gesammelt, die später ausführlich bearbeitet werden. Hierbei wird oft schon ersichtlich, in welchen Fragen Konsens herrscht und wo vielleicht ein Experte hinzugezogen werden muss. Die Themen an sich werden meist in Form eines Mindmappings plakativ erfasst und zunächst nicht näher bearbeitet.

## III. Interessen und Bedürfnisse (bzw. Konfliktphase)

In dieser zentralen Phase geht es, dem Harvard Konzept folgend, um das Herausarbeiten von Interessen und Bedürfnissen, die sich hinter den Positionen der Parteien befinden. Diese Phase ist ein zentrales und für den Mediator sehr anspruchsvolles Element der Mediation. Durch das „Entschleunigen“, also das bewusste Verlangsamten des Prozesses, sollen vorschnelle Lösungsvorschläge der Medianten vermieden werden. Ansonsten würden die wahren Interessen und Bedürfnisse, die für einen Konsens und somit für eine Win-Win-Situation wesentlich sind, nicht ans Licht kommen und ein haltbares Ergebnis ist eines Konsenses nicht ermöglichen. Der Mediator muss daher unter Wahrung der Allparteilichkeit durch aktives Zuhören und entsprechende gezielte Fragenstellung die Medianten von den Positionen zu ihren Interessen führen. Hierbei ist das Fingerspitzengefühl und die Empathie des Mediators für die richtigen Fragen zum richtigen Zeitpunkt gefragt. Laut *Breidenbach* ist somit die Fähigkeit zur Mediation nur bedingt erlernbar, da es nur sehr schwer möglich ist sich intuitives Handeln und Empathie anzueignen.<sup>38</sup>

Das Paradebeispiel für die Bedeutung der Erarbeitung der Interessen und Bedürfnisse liefert das Lehrbuchbeispiel der Apfelsine, das hier zur Veranschaulichung kurz dargestellt werden soll.

*„Zwei Hausfrauen streiten sich um eine Apfelsine, die sie beide haben wollen. Sie berufen sich auf allerlei juristische Argumente: Die eine hat sie gekauft, die andere hat das Geld dafür gegeben etc. In Einzelgesprächen stellt der Mediator fest, dass beide Hausfrauen bereit sind, der anderen von der Apfelsine etwas abzugeben, wenn sie die Apfelsine zunächst bekommt. Die eine möchte die Schale haben, die andere den Saft.“<sup>39</sup>*

---

<sup>38</sup> Vgl.: *Breidenbach*, Mediation 145 ff.

<sup>39</sup> Zit.: *Neubauer*, Mediation aus berufsrechtlicher Sicht, AnwBl 2001, 242 (244).

#### IV. Möglichkeiten

Nun werden erstmals Lösungen erarbeitet. Nach Hervortreten der Interessen und Bedürfnisse gilt es Lösungsvarianten zu finden, die einen Konsens der Medianden ermöglichen. Der Kreativität der Medianden sind keine Grenzen gesetzt. Jeder noch so skurrile Vorschlag der Medianden soll in dieser äußerst kreativen Phase festgehalten werden. Hierbei wird vom Mediator oft auf ein Brainstorming in allen Variationen (Flipchart, Mediationskarten oä) zurückgegriffen, das eine gute Darstellung aller Lösungsvarianten zulässt. Danach gilt es die Lösungsvorschläge - insbesondere auf ihre Realisierbarkeit - zu bewerten, um sie auf eine überschaubare Anzahl zu reduzieren. Anschließend verhandeln die Medianden über die verbliebenen Möglichkeiten mit dem Ziel eine konsensuale Konfliktlösung zu erreichen.

#### V. Vertrag

Haben sich die Medianden für eine von ihnen erarbeitete Lösung entschieden, so empfiehlt es sich diese schriftlich festzuhalten, wobei zuvor noch in alle Richtungen abgeklärt werden soll, ob die Medianden mit dieser Lösung, auch wenn von ihnen selbst erarbeitet, tatsächlich einverstanden sind und welche Rechtsfolgen sie durch den Mediationsabschlussvertrag herbeiführen wollen. Spätestens hier scheint es sinnvoll Rechtsexperten mit einzubeziehen. Gerade in dieser Phase wird deutlich, ob tatsächlich alle Themen der Medianden bearbeitet wurden oder ob es nicht doch noch Interessen gibt, die es aufzudecken gilt, um zu einer Win-Win-Situation zu gelangen. Ist dies der Fall, so heißt es zurück zu den Interessen und Bedürfnissen.<sup>40</sup>

Das 5-Stufensystem bzw Phasenmodell wird auch als Main-Mediation bezeichnet.<sup>41</sup> Es stellt somit den Kern des Mediationsverfahrens dar. Zuvor findet nach dieser Gliederung die Pre-Mediation statt, welche die Prüfung der Eignung des Falls durch den Mediator, die Entscheidung der Parteien zur Mediation, die Mediatorenauswahl, sowie die Führung von Einzelgesprächen umfasst. Nach der Main-Mediation erfolgt die Post-Mediation, die dazu dient, das in der Main-Mediation erzielte Ergebnis in die entsprechende rechtliche Form zu gießen. Spätestens zu diesem Zeitpunkt ist es ratsam Experten, insbesondere Rechtsexperten hinzuzuziehen. Es sei an dieser Stelle auf das Kapitel „Der Mediationsabschlussvertrag“ verwiesen, das alle Gestaltungsmöglichkeiten festhält. Es besteht auch die Möglichkeit die getroffene Vereinbarung vor Abschluss des endgültigen Vertrags praktisch zu erproben (Reality Check), um sich von der Realisierbarkeit der erarbeiteten Lösung zu überzeugen bzw um anschließend noch entsprechende Änderungen im Mediationsabschlussvertrag

---

<sup>40</sup> Vgl.: Breidenbach/Falk in Falk/Heintel/Krainz, Handbuch 261.

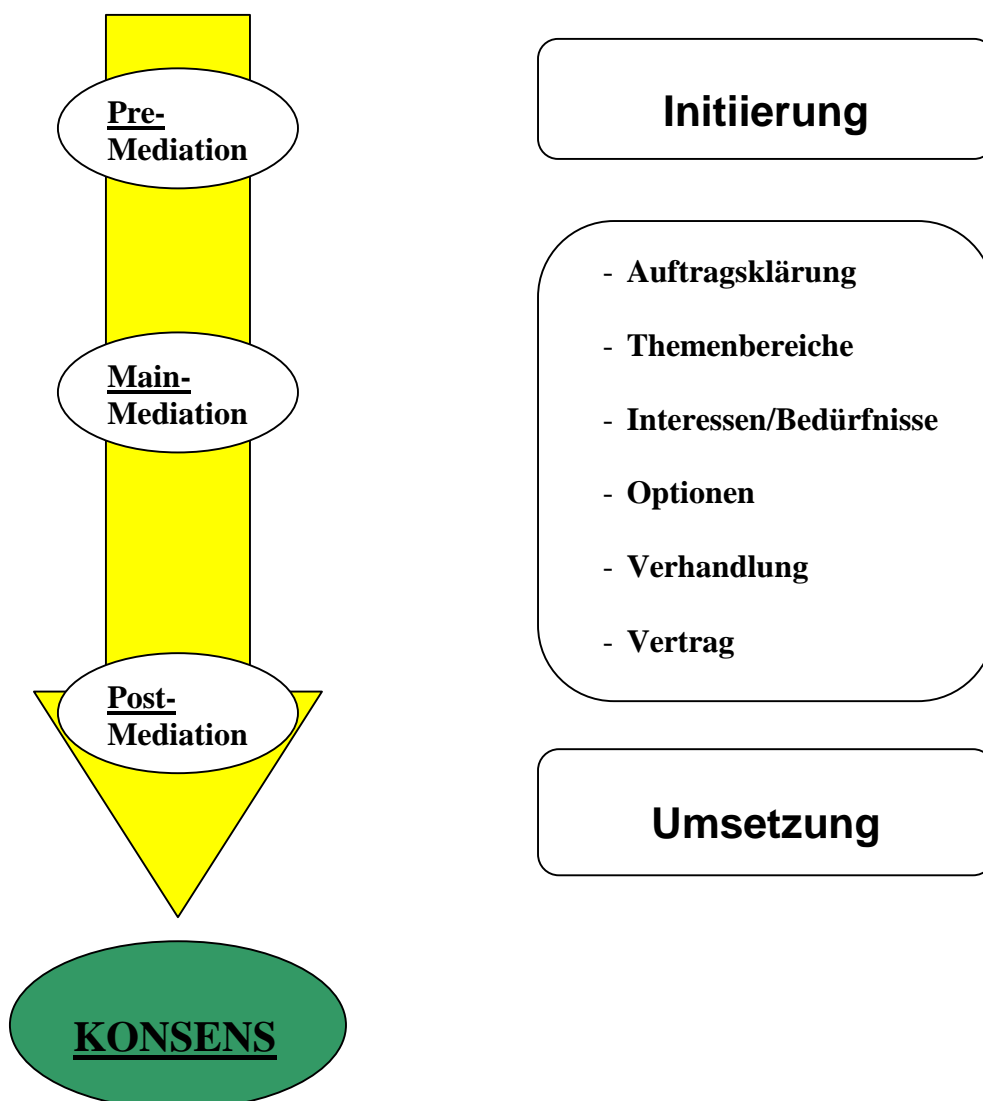
<sup>41</sup> Vgl.: Lenz, Prozessproviding am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Wien (2004) 11 ff.

vorzunehmen. Sinnvoll erscheint eine solche Realitätsprüfung vor allem im unternehmerischen Kontext oder bei Besuchsrechtsvereinbarungen.<sup>42</sup>

Schlussendlich liegt ein auf Konsens der Medianten beruhender Mediationsabschlussvertrag vor (Win-Win-Situation). Auf eine rechtliche Beurteilung der Mediationsvereinbarung sowie die Frage der Haftung des Mediators soll in einem späteren Kapitel ausführlich eingegangen werden.

Abb. 1.

## **DIE PHASEN DES MEDIATIONSVERFAHRENS<sup>43</sup>**



<sup>42</sup> Vgl.: Falk/Koren, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 7.8.

<sup>43</sup> Vgl.: Lenz, Prozessproviding 11.

## 2. Gegenüberstellung mit anderen Verfahren

### 2.1. *Allgemeines*

In den ersten Jahren der Mediation wurde dieser oft mit großer Skepsis begegnet. Besonders die juristischen Grundberufe wie jene des Notars oder des Rechtsanwalts befürchteten einen Einschnitt in ihren Aufgabenbereich und brachten ein, dass mediative Methoden schon immer von ihrem Berufstand praktiziert wurden und einen Teil ihrer Tätigkeit darstellen. Auf die Diskussion rund um die Notwendigkeit eines ZivMediatG sei auf die Einleitung verwiesen. Da die Mediation als eigenständiges Konfliktlösungsinstrument nun in Form des ZivMediatG ihren Platz neben dem gerichtlichen Verfahren sowie dem Schiedsgerichtsverfahren gefunden hat, erscheint es sinnvoll die wesentlichen Unterschiede, sowohl Vor- als auch Nachteile, in einer Gegenüberstellung der Verfahren anzuführen. Neben dem ZivMediatG, das 2004 in die österreichische Rechtsordnung eingeführt wurde, wurde auch das Schiedsgerichtverfahren erst kürzlich novelliert. Diese grundlegende Neugestaltung erfolgte durch das Schiedsrecht-Änderungsgesetz 2006. Das neue Schiedsrecht wurde nach dem Vorbild des UNICITRAL-Modellgesetzes gestaltet und enthält wesentliche Neuerungen hinsichtlich des Anwendungsbereichs, der Schiedsvereinbarung sowie der Bildung des Schiedsgerichts. So sind neuerdings alle vermögensrechtlichen Angelegenheiten schiedsfähig. Auf die Vergleichsfähigkeit kommt es nur mehr bei nicht vermögensrechtlichen Ansprüchen an, wobei familienrechtliche und wohnrechtliche Materien gem § 582 ZPO vom Gesetzgeber aufgrund öffentlichen Interesses explizit von der Schiedsfähigkeit ausgenommen werden (z.B. Gültigkeit einer Ehe, Ehelichkeit eines Kindes). In weiterer Folge kam es zu einer Lockerung der Formvorschriften bezüglich der Schiedsvereinbarung, die nun auch durch Telefax, E-Mail oder durch jegliche andere Art der Nachrichtenübermittlung erfolgen kann. Problematisch erscheint die Notwendigkeit der vorgesehenen handschriftlichen Unterzeichnung der Vereinbarung, da dies z.B. bei E-Mails nicht möglich ist. Jedoch geht die Auslegungspraxis der NYÜ bereits dahin, dass beim Austausch der Schriftstücke diese nicht notwendig unterschrieben sein müssen bzw auch die durch den technischen Fortschritt mögliche

elektronische Signatur eine eigenhändige Unterschrift ersetzen kann. Wesentlich ist lediglich die Zuordenbarkeit des Schriftstücks zum jeweiligen Verfasser bzw. Aussteller.<sup>44</sup>

Bei der Behandlung dieser drei unterschiedlichen Verfahren wird deutlich, dass es das perfekte Verfahren nicht gibt. Jedes Verfahren bietet seine Vor- und Nachteile und ist, vom Sachverhalt abhängig, einmal besser bzw. schlechter für den jeweiligen Sachverhalt geeignet als das andere. Dies wird auch deutlich, wenn man bedenkt, dass die Herrschaft der Konfliktparteien über ihren Konflikt umso mehr abnimmt, je höher die Beteiligung von Dritten ist. So erfahren die Konfliktparteien im Mediationsverfahren bei ihrer Entscheidungsgewalt inhaltlich keine Einbußen, im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren, wo ein Richter anhand von allgemein gültigen Rechtsnormen verbindlich über geltend gemachte Ansprüche entscheidet und somit die Entscheidungskompetenz innehat. Gerade aus diesem Grund soll nun eine Gegenüberstellung des gerichtlichen Verfahrens, des Schiedsgerichtsverfahrens, sowie des Mediationsverfahrens erfolgen. Neben den jeweiligen Verfahren soll auch auf die jeweiligen Verfahrensvorschriften für Richter, Schiedsrichter und Mediatoren eingegangen werden. Aufgrund des Themas der gesamten Arbeit wird hier selbstverständlich besonderes Augenmerk auf eine mögliche Haftung aus einer Verletzung der einschlägigen Verfahrensvorschriften der eben angeführten Personen gelegt.<sup>45</sup>

## **2.2. Das gerichtliche Verfahren**

Das gerichtliche Verfahren ist im Vergleich zum Mediations- oder schiedsgerichtlichen Verfahren von einer strengen Verfahrensordnung gekennzeichnet. Es gilt der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Vollziehung. Dies bedeutet, dass die Gerichte an gehörig kundgemachte Gesetze, Verordnungen und Staatsverträge gebunden sind, auch wenn deren Anwendung für den konkreten Sachverhalt zu keinem befriedigenden Ergebnis für beide Streitparteien führt. Gegen das Urteil des Richters, der autoritär entscheidet, besteht für die Parteien die Möglichkeit Rechtsmittel geltend zu machen, so dass die Entscheidung an die nächste Instanz übergeht. Sowohl die zweite Instanz als auch der OGH haben die Möglichkeit bei Bedenken der Verfassungsmäßigkeit des anzuwendenden Gesetzes eine Überprüfung durch den VfGH zu beantragen.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Vgl.: *Frauenberger-Pfeiler*, Das neue Schiedsrecht (Teil I), Zak 2006/114, 63 (63 ff).

<sup>45</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, 33 ff.

<sup>46</sup> Vgl.: *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (2007) Rz 1010 ff.

Weitere Grundsätze des gerichtlichen Verfahrens sind:<sup>47</sup>

#### Der Grundsatz der Öffentlichkeit (Art 90 Abs 1 B-VG und Art 6 Abs 1 EMRK)

Dies bedeutet, dass jedermann dem Verfahren beiwohnen kann. Dadurch soll die Rechtssicherheit sowie das Vertrauen der Bevölkerung in die Gerichtsbarkeit gefördert werden. Es können jedoch Ausnahmeregelungen bestehen, die entweder von Amts wegen oder auf Parteiantrag wahrgenommen werden. So liegt keine Öffentlichkeit des Verfahrens in Ehesachen sowie bei allen nicht vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen Ehegatten vor (§ 460 Z 3 ZPO). Ebenso kann der Grundsatz der Öffentlichkeit ausgeschlossen werden, wenn dadurch die Sittlichkeit oder die öffentliche Ordnung gefährdet scheint (§ 172 Abs 1 ZPO).<sup>48</sup>

#### Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs (Art 6 Abs 1 EMRK)

Dieser Grundsatz besagt, dass jeder Partei die Möglichkeit gegeben werden muss ihren Standpunkt darzulegen. Es kann jedoch keine Partei zu einer Äußerung gezwungen werden. Es handelt sich um ein prozessuales Grundrecht, das seine Wurzeln in der Achtung und Würde des Menschen hat und die Gleichbehandlung vor dem Gesetz (Art 7 B-VG, Art 2 StGG 1867) gewährleisten soll.

#### Der Grundsatz der Mündlichkeit (Art 90 Abs 1 B-VG und Art 6 Abs 1 EMRK)

Dieser Grundsatz hält fest, dass das Gericht nicht allein auf Grund der Aktenlage ein Urteil fällen darf. Es muss zuvor eine mündliche Verhandlung stattfinden, in der alle Umstände erhoben werden, die der Feststellung des Sachverhalts dienen. In der Verhandlung können Zeugen und Sachverständige geladen werden und die Parteien selbst haben die Möglichkeit ihren Standpunkt zu vertreten. Die mündliche Verhandlung soll auch dem Richter die Möglichkeit geben sich selbst ein Bild zu machen.

#### Der Grundsatz der festen Geschäftsverteilung (Art 87 Abs 3 B-VG)

Dies bedeutet, dass von vornherein durch gerichtsinterne Regelungen (die Geschäftsverteilung erfolgt meist alphabetisch) feststeht, welcher Richter zuständig ist. Das heißt, dass die Parteien keinen Einfluss auf die Bestellung des Richters haben, wodurch die Objektivität des Verfahrens sowie die Unabhängigkeit des Richters gewährleistet werden sollen.

---

<sup>47</sup> Vgl.: Öhlinger, Verfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 626 ff.

<sup>48</sup> Vgl.: Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> (Wien 2003) Rz 281 ff.

### Der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 272 abs 1 ZPO)

Dieser Grundsatz besagt, dass es keine bestimmten Regeln gibt, wie der Richter einen Beweis zu würdigen hat. Jedoch muss der Richter begründen, welche Beweise er berücksichtigt und aus welchem Grund. Dieser Grundsatz lässt sich neben der ZPO auch aus Art 6 EMRK herleiten, da die freie Beweiswürdigung eine Notwendigkeit des fairen Verfahrens darstellt.

Durch den Instanzenzug sowie die strenge Verfahrensordnung gehen mit dem gerichtlichen Verfahren regelmäßig eine lange Verfahrensdauer sowie hohe Prozesskosten einher. Hinzu kommt das Fehlen der Flexibilität, wie sie etwa das Mediationsverfahren oder das schiedsgerichtliche Verfahren aufweisen. Ebenfalls gilt es zu bedenken, dass die Parteien mit einem autoritär gefällten Urteil eher unzufrieden sind als mit einer unter ihrer Mitwirkung entstandenen Lösung. Trotz allem ist das gerichtliche Verfahren als ultima ratio neben dem Mediations- und schiedsgerichtlichen Verfahren eine notwendige Institution, um bei Konflikten, zumindest rechtlich gesehen, bereinigend einzugreifen.<sup>49</sup>

#### **2.2.1. Der Richter**

Berufsrichter sind unabhängige, in einem ständigen Dienstverhältnis zum Staat stehende Staatsorgane, deren Aufgabe in der Rechtspflege von Zivil- und Strafsachen besteht. Sie werden vom Bundespräsidenten oder mit dessen Ermächtigung vom Justizminister auf Dauer ernannt. Die Rechtsstellung des Richters ist geprägt von der richterlichen Unabhängigkeit. Diese ist in der Bundesverfassung gem Art 87, 88 B-VG verankert. Die sich daraus ergebenden Bestimmungen sind die Weisungsungebundenheit (sachliche Unabhängigkeit) sowie die Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters (persönliche Unabhängigkeit). Das bedeutet, dass ein Richter in seinen Entscheidungen an keine Weisungen gebunden ist und somit nach seiner eigenen Rechtsüberzeugung unter Berücksichtigung der Gesetze frei entscheiden kann. Er ist auch nicht an eine frühere Rechtsprechung bei ähnlichen Sachverhalten gebunden, obwohl es sich empfiehlt, aus Gründen der Rechtsicherheit und Gleichbehandlung im Zweifel an der bisher geübten Rechtsprechung festzuhalten. Eine Ausnahme bildet die Tätigkeit des Richters in der Justizverwaltung, wo er sehr wohl an Weisungen gebunden ist. Ebenfalls von großer Bedeutung sind die Unabsetzbarkeit und die Unversetzbarkeit des Richters, die eine Einflussnahme von außen ausschließen sollen und

---

<sup>49</sup> Vgl.: Hopf, ÖJZ 2004/3, 42 f.

somit für eine Gleichbehandlung aller Personen unabhängig von deren Bekanntheit, Beruf oder Vermögen sorgen. Eine Ausnahme von der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit ist ein Urteil in einem Dienst- oder Disziplinargerichtsverfahren. Diese Gerichte werden aus unabhängigen Richtern eines anderen Sprengels gebildet und können verschiedenste Maßnahmen, ua die Versetzung oder den Ruhestand für den betroffenen Richter aussprechen. Solche Gerichte werden meist eingesetzt, wenn ein Richter sich grob pflichtwidrig verhalten hat oder sonst gegen seine Dienstpflichten verstoßen hat. Schlussendlich bleibt festzuhalten, dass der Richter autoritär unter Berücksichtigung der Gesetze nach einem streng festgelegten Verfahren eine Entscheidung trifft, deren Bekämpfung im Rechtsmittelverfahren erfolgen kann.<sup>50</sup>

### 2.2.2. Die Haftung des Richters

Der Richter selbst kann zivilrechtlich aufgrund seiner amtlichen Tätigkeiten nicht geklagt werden. Allerdings ist er ein Staatsorgan und hat daher für jene Schäden, die er bei Besorgung hoheitlicher Vollziehungsgeschäfte rechtswidrig und schuldhaft verursacht, im Zuge der Amtshaftung einzustehen. Die Anwendung der Amtshaftung hat zur Folge, dass der Geschädigte bei Beschreiten des Rechtsweges Ersatz für den verursachten Schaden erhält. Allerdings kann er nicht das jeweilige Staatsorgan klagen, sondern nur den dahinter stehenden Staat. Es kommt daher zu einem Wechsel des Haftungssubjekts. Es ist jedoch zu beachten, dass eine Amtshaftung entfällt, wenn der Geschädigte die Möglichkeit gehabt hätte den Schaden durch das Einbringen von Rechtsmitteln zu verhindern. Daraus ergibt sich der Grundsatz der Subsidiarität der Amtshaftung.<sup>51</sup>

Die Amtshaftung hat jedoch nicht zur Folge, dass der Richter nicht zur Verantwortung gezogen werden kann. Zwar hat der Staat für das Fehlverhalten seiner Organe in hoheitlicher Vollziehung einzustehen, jedoch kann der Staat vom jeweiligen Organ Regress verlangen. Dieser Regressanspruch besteht jedoch nur dann, wenn das Organ vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig gehandelt hat. Liegt bloß leichte Fahrlässigkeit vor, so entfällt die Möglichkeit des Regresses. Eine weitere wesentliche Bestimmung enthält § 2 Abs 3 AHG, wonach aus Erkenntnissen des OGH oder des VwGH kein Ersatzanspruch abgeleitet werden kann, da es sich um Gerichte letzter Instanz handelt.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> Vgl.: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 41 ff.

<sup>51</sup> Vgl.: *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup> (2006) Rz 301 ff.

<sup>52</sup> Vgl.: *Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> Rz 673 ff.



### **2.3. Das Schiedsgerichtsverfahren**

Im Schiedsgerichtsverfahren werden privatrechtliche Streitigkeiten, wenn es die Parteien vereinbaren, nicht von staatlichen Gerichten, sondern von nichtstaatlichen Einrichtungen entschieden. Es muss daher ein vermögensrechtlicher Anspruch bestehen, der ansonsten von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden wäre. Die gesetzlichen Bestimmungen zum schiedsgerichtlichen Verfahren finden sich in §§ 577 ff ZPO. Mit dem Schiedsrechts-Änderungsgesetz 2006 wurden die österreichischen Bestimmungen bezüglich des Schiedsrechts an das UNICITRAL-Modellgesetz angepasst. Das UNICITRAL-Modellgesetz wurde von den Vereinten Nationen 1985 für die internationale Handelsgerichtsbarkeit entworfen und stellt einen Vorschlag zur Rechtsvereinheitlichung dar. In der Zwischenzeit haben bereits über 30 Staaten (1998 Deutschland) ihre nationalen Verfahrensordnungen in unterschiedlicher Intensität an das UNICITRAL-Modellgesetz angepasst.<sup>53</sup>

Die Voraussetzung für ein schiedsgerichtliches Verfahren ist der übereinstimmende Wille der Parteien ihren Konflikt durch ein Schiedsgericht lösen zu wollen. Die Entscheidung den Konflikt durch ein Schiedsgericht zu lösen wird im Schiedsvertrag gem § 583 ZPO schriftlich festgehalten. Es besteht auch die Möglichkeit in einem Vertrag eine Schiedsklausel einzubauen, so dass im Fall einer Streitigkeit aus dem Vertrag ein Schiedsgericht anzurufen ist. Der Schiedsvertrag wird als reiner Prozessvertrag mit doppelter Wirkung gesehen. Zum einen begründet er die Entscheidungsbefugnis und Zuständigkeit des Schiedsgerichts, so dass jede Partei eine Schiedsklage einbringen kann (positive Wirkung). Die negative Wirkung wird darin gesehen, dass durch den Abschluss eines Schiedsvertrags ein Prozesshindernis für das Verfahren vor den staatlichen Gerichten entsteht. Ein weiterer wesentlicher Punkt ist, dass der Schiedsvertrag ausreichend bestimmt sein muss. Der Schiedsvertrag muss sich somit auf einen bestimmten Rechtsstreit aus einem bestimmten Rechtsverhältnis beziehen und es muss die Möglichkeit bestehen einen Vergleich über den Streitgegenstand abzuschließen.<sup>54</sup>

Das schiedsgerichtliche Verfahren endet üblicherweise mit einem Schiedsspruch, der mit absoluter Mehrheit der Schiedsrichter gefällt werden muss. Der Schiedsspruch ist von den Schiedsrichtern zu unterschreiben und wird den Parteien entweder persönlich übergeben oder auf dem Postweg zugestellt. Wird von den Parteien kein Rechtsmittelzug vereinbart, so

---

<sup>53</sup> Vgl.: *Frauenberger-Pfeiler*, Zak 2006/114, 63 ff.

<sup>54</sup> Vgl.: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 955 ff.

entfaltet der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils. Das Verfahren kann jedoch auch mit einem Schiedsvergleich enden. Gem § 1 Z 16 EO gelten sowohl der Schiedsspruch als auch der Schiedsvergleich nach Ablauf der Leistungsfrist als vollstreckbar, auch wenn dem Schiedsgericht selbst keine Vollstreckungsgewalt zukommt. Der Vollständigkeit halber muss auch die Möglichkeit erwähnt werden den Schiedsspruch mittels Aufhebungsklage (§§ 611 ZPO) zu bekämpfen. Es handelt sich hierbei um eine Rechtsgestaltungsklage, die an das Vorliegen von gravierenden Mängeln im Verfahren anknüpft. Sie ist somit vergleichbar mit der Nichtigkeits- oder Wiederaufnahmeklage.<sup>55</sup>

Die Vorteile des schiedsgerichtlichen Verfahrens gegenüber einem Gerichtsverfahren liegen in der üblicherweise kürzeren Verfahrensdauer sowie in den niedrigeren Kosten des Verfahrens. Ein weiterer wichtiger Punkt ist die erhöhte Vertraulichkeit des Verfahrens, da im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht gilt, wodurch auch die Möglichkeit geschaffen wird, Ergebnisse ohne Gesichtsverlust der Partei zu erzielen. Im Gegensatz zum gerichtlichen Verfahren besteht üblicherweise auch eine erhöhte Einigungsbereitschaft der Parteien. Ebenso können die Parteien ihre Schiedsrichter selbst wählen, so dass sie auch spezielle Sachkenntnisse des Schiedsrichters berücksichtigen können. Darin kann jedoch auch ein Problem erblickt werden. Des Öfteren wird die mangelnde Objektivität der bestellten Schiedsrichter kritisiert. Schließlich möchte jede Partei einen für sie guten Schiedsrichter bestellen. Zusätzlich besteht die Gefahr, dass die wirtschaftlich stärkere Konfliktpartei die andere Partei unter Androhung von Sanktionen wie z.B. der Beendigung jeder weiteren Zusammenarbeit in ein für sie nachteiliges Schiedsgerichtsverfahren zwingt.<sup>56</sup>

### **2.3.1. Der Schiedsrichter**

Nach hL können nur voll geschäftsfähige natürliche Personen als Schiedsrichter fungieren. Aktive Richter sind als Schiedsrichter explizit ausgeschlossen. Die Schiedsrichter können entweder durch Benennung im Schiedsvertrag (vertragsernannte Schiedsrichter) oder erst im Streitfall bestellt werden. Erfolgt die Bestellung erst im Streitfall, so muss sich aus dem Schiedsvertrag sowohl die Anzahl als auch die Art der Bestellung der Schiedsrichter ergeben. Wurde dies im Schiedsvertrag nicht geregelt, so hat jede Partei das Recht einen Schiedsrichter

---

<sup>55</sup> Vgl.: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 963 ff.

<sup>56</sup> Vgl.: *Fritz*, Konfliktprophylaxe und Streitbeilegung in Personengesellschaften, GesRZ 2003, 79 (94 ff).

zu benennen, die dann ihrerseits einen Obmann wählen (§ 580 ZPO). Wichtig zu erwähnen ist auch das Recht der Parteien einen Schiedsrichter abzulehnen (§ 586 ZPO). Diese Regelung folgt jener über die Ablehnung eines Richters. Ebenso ist kein Schiedsrichter verpflichtet seiner Bestellung nachzukommen. Hat er jedoch einmal zugestimmt, so kann er nur noch aus wichtigen Gründen zurücktreten. Die Rechtsbeziehung der Parteien zum Schiedsrichter wird im Schiedsrichtervertrag, der nach hL als Werkvertrag anzusehen ist, da eine autoritäre Entscheidung der Schiedsrichter als Ergebnis geschuldet wird, geregelt. Im Schiedsrichtervertrag verpflichtet sich der Schiedsrichter zu einer ordnungsgemäßen Durchführung des Verfahrens sowie zur Objektivität. Im Gegenzug dazu erhält er von den Parteien ein vereinbartes Entgelt. Der Schiedsrichter kann, sofern nichts anderes im Schiedsvertrag vereinbart wurde, das Verfahren unter Berücksichtigung der zwingenden Verfahrensvorschriften nach freiem Ermessen führen. Die zwingenden Vorschriften sind in §§ 594 ZPO enthalten oder ergeben sich aus den Aufhebungsgründen nach § 611 ZPO. Der Schiedsrichter hat in jedem Fall das Parteiengehör zu beachten und darf seine Entscheidung erst nach einer gründlichen Ermittlung des Sachverhalts fällen. Es gilt jedoch zu beachten, dass diese Entscheidung ebenso wie jene des Richters autoritär gefällt wird.<sup>57</sup>

### 2.3.2. Die Haftung des Schiedsrichters

Eine Haftung des Schiedsrichters ist in der Lehre sehr umstritten. Da eine ausführliche Bearbeitung dieses Themas den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, erfolgt nur eine kurze Darstellung der gängigen in der Lehre vertretenen Meinungen. Der Schiedsrichter, der auch nach hL als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB gilt, haftet aufgrund des Schiedsrichtervertrages nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung. § 594 Abs 4 ZPO idF SchiedsRÄG 2006 enthält zusätzlich eine eigene Regelung für die Haftung von Schiedsrichtern.<sup>58</sup> Zur Auslegung dieser Bestimmung sowie zur Beantwortung der Frage nach der Haftung des Schiedsrichters bei Verfahrensverstößen und fehlerhaften Schiedssprüchen existiert nur sehr wenig Rechtsprechung. Jedoch ist der OGH in seiner Entscheidung<sup>59</sup> der Ansicht *Weißmanns* gefolgt, dass eine Haftung des Schiedsrichters nur dann in Betracht kommt, wenn entweder ein Nichtspruch vorliegt oder eine Anfechtung des

---

<sup>57</sup> Vgl.: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> Rz 959 ff.

<sup>58</sup> Anm. d. V.: Die Schiedsrichterreform übernahm nahezu wortgleich die alte Bestimmung des § 584 Abs 2 ZPO.

<sup>59</sup> Vgl.: OGH, 6.6.2005, 9 Ob 126/04a.

Schiedsspruchs erfolgte und diese Anfechtung erfolgreich ist.<sup>60</sup> Somit wird die erfolgreiche Anfechtung vorausgesetzt. Nach *Weißmann* haftet der Schiedsrichter daher erst ab grober Fahrlässigkeit.<sup>61</sup> Laut *Fasching* dürfen Schiedsrichter nie schlechter gestellt werden als staatliche Berufsrichter, so dass laut *Fasching*, in Analogie zu § 3 Abs 1 AHG, Schiedsrichter nur für grobes Verschulden haften. *Ch. Manninger* geht sogar noch weiter und sieht Schiedsrichter als Beliehene und somit als Organe, so dass er zu einer direkten Anwendung des AHG gelangt. In jedem Fall kommt es wie zuvor schon erwähnt zu einer Einschränkung der schadenersatzrechtlichen Vorschriften bei der Übernahme prozessualer Pflichten des Schiedsrichters. Dies ergibt sich laut OGH aus § 594 Abs 4 ZPO idF SchiedsRÄG 2006. Diese Einschränkung erscheint logisch. Schließlich soll der Schadenersatzprozess einer unzufriedenen Partei nicht als Ersatz für das unzulässige Rechtsmittel gegen den gefällten Schiedsspruch dienen.<sup>62</sup>

## **2.4. Das Mediationsverfahren**

Das Mediationsverfahren wird von den Grundprinzipien der Mediation getragen. Diese Grundprinzipien haben sich im Zuge der Praxis herausgebildet und sind in jeder Mediationsvereinbarung enthalten. Einige diese Bestimmungen finden sich auch aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz im ZivMediatG wieder. Somit enthält das ZivMediatG die Rahmenbedingungen des Mediationsverfahrens. Eine engere Regelung hätte die Mediation ihrer Individualität und Flexibilität beraubt und somit zu einer unerwünschten Standardisierung geführt. Eine ausführliche Darstellung findet sich zu Beginn dieser Arbeit, jedoch sollen der Vollständigkeit halber die wesentlichen Punkte nochmals kurz aufgelistet werden.<sup>63</sup>

- Freiwilligkeit und Vertraulichkeit des Verfahrens
- Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Verantwortung der Medianden
- Mitwirkungspflichten der Medianden
- Allparteilichkeit des Mediators

---

<sup>60</sup> Vgl.: *Weißmann*, Drei Fragen zur Reform der Schiedsgerichtsbarkeit, in Festschrift für Rudolf Welser (2004) 1149 (1158 ff).

<sup>61</sup> Vgl.: *Weißmann*, in FS Welser, 1163 ff.

<sup>62</sup> Vgl.: *Völkl/Perner*, Die Haftung von Schiedsrichtern und Mediatoren, NZ 2006/24, 130 ff.

<sup>63</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 74.

- Prozessverantwortung des Mediators
- Ziel eines Konsenses
- Faire und produktive Verhandlungen
- Hinweispflicht auf Beratungsbedarf durch den Mediator

Liegen Mediationsverfahren vor, die keine Zivilrechtsmediationen sind, oder Mediationen, die nicht von eingetragenen Mediatoren geleitet werden, so kommen die entsprechenden Bestimmungen gem § 22 ZivMediatG bezüglich der Fristenhemmung nicht zur Anwendung.<sup>64</sup> Weiters darf nicht übersehen werden, dass auch dem Mediationsverfahren Grenzen gesetzt sind. Ein Mediationsverfahren kann daher nicht durchgeführt werden, wenn eine zwingende rechtliche Lage vorliegt, die jegliche Mediation obsolet macht. So kann z.B. keine Mediation über ein Einfamilienhaus geführt werden, das wegen Überschuldung bereits der Bank gehört. Aufgrund der Freiwilligkeit des Verfahrens ist eine Mediation auch nicht durchführbar, wenn nur eine Partei diese durchführen will. Ebenso muss während eines Mediationsverfahrens auch immer der Weg zum Zivilgericht offen stehen. Ist keine alternative Lösung gegeben, so kann mangels Alternativen nicht mehr von einer Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens gesprochen werden.<sup>65</sup>

Die Grenzen der Mediation können sich jedoch auch erst im Mediationsprozess offenbaren. So kann zum Beispiel ein unüberwindliches Machtgefälle zwischen den Medianden bestehen, das auch in der Mediation nicht abgebaut werden kann. Man mag zunächst nur an die Familienmediation denken, wo ein solches ungleiches Machtverhältnis zwischen den Ehepartnern bestehen könnte. Doch auch in der Wirtschaftsmediation ist ein solcher Fall nicht weit hergeholt. So liegt dieses Machtgefälle zum Beispiel zwischen zwei Unternehmern vor, wenn der eine zu fast 100 % den anderen beliefert. In einer solchen Konstellation kann mit Sicherheit von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit eines Unternehmers gesprochen werden. Im Fall eines Konflikts wird sich für den Mediator in den Vorgesprächen die Frage stellen, ob der Konflikt aufgrund des Machtgefälles überhaupt einem Mediationsverfahren zugänglich ist. Es kann auch, insbesondere in der Familienmediation, vorkommen, dass im Zuge des Mediationsprozesses massive Gewalttaten zwischen den Medianden ans Licht kommen. Diese stellen für den Mediator einen wichtigen Grund dar, die Mediation abzubrechen, da die Durchführung der Gespräche nach den Grundsätzen der Mediation nicht mehr möglich wäre.<sup>66</sup> Auch wiederholte Drohungen gegen den Mediator selbst können zu einem Abbruch

---

<sup>64</sup> Vgl.: Pruckner, Recht der Mediation, 40 f.

<sup>65</sup> Vgl.: Beirer, Mediation in Zivilrechtssachen; Reflexion über eine Regierungsvorlage, 22 ff.

<sup>66</sup> Vgl.: Falk/Koren, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 6.4.3. ff.

durch diesen führen. Eine Mediation kann auch an den Medianden selbst scheitern, wenn diese aus psychischen oder sonstigen gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage sein sollten ihre Interessen im Mediationsprozess zu vertreten. Der Vollständigkeit halber muss auch erwähnt werden, dass Konflikte, deren Lösung in der Beantwortung von Glaubensfragen liegt, einer Mediation nicht zugänglich sind. Durch diese Grenzziehung wird die Einhaltung der Grundprinzipien der Mediation gewahrt und die Wahrscheinlichkeit eines produktiven Mediationsprozesses mit dem Ziel eines Konsenses erheblich erhöht. Die großen Vorteile der Mediation liegen allerdings nicht nur im maßgeschneiderten, von den Medianden inhaltlich bestimmten Mediationsprozess, sondern auch in der Kürze und der Kostengünstigkeit des Verfahrens, wodurch sie sich erheblich vom gerichtlichen Verfahren unterscheidet. Einen weiteren Vorteil birgt die Art der Konsensfindung der Medianden, wodurch eine erhöhte Haltbarkeit des Ergebnisses erzielt wird. Es sind schließlich die Medianden selbst, die ihre eigene Lösung erarbeiten. Eine autoritär gefällte Entscheidung durch Dritte findet nicht statt.<sup>67</sup>

### **2.4.1. Der Mediator**

Die Verfahrensvorschriften des Mediators ergeben sich zu einem großen Teil aus seinen Rechten und Pflichten aus dem ZivMediatG sowie aus den individuellen Regelungen der Mediationsvereinbarung. Die wesentliche Aufgabe des Mediators liegt in der Leitung des Mediationsprozesses. Er ist für den Fortlauf des Mediationsprozesses verantwortlich und hat diesen durch seine mediativen Kenntnisse z.B. in Form von gezielten Fragen, Brainstorming etc voranzutreiben. Ein Großteil seiner Tätigkeit liegt in der Förderung der Kommunikation der Medianden. Zu Beginn des Verfahrens fungiert der Mediator meist als Mittelsmann für die indirekte Kommunikation der Parteien. Jedoch soll sich durch geschickte Fragenstellung und Gesten der Anerkennung des Mediators diese indirekte Kommunikation im Zuge des Verfahrens in eine direkte Kommunikation zwischen den Medianden verwandeln. Der Mediator hat auch emotionale Ausbrüche der Parteien sowie Angst und Misstrauen der Mediation gegenüber zu bewältigen, so dass die notwendige Offenheit und Transparenz für die Findung eines Konsenses gegeben ist.

Ein wesentlicher Unterschied zum gerichtlichen sowie zum schiedsgerichtlichen Verfahren besteht in der Entscheidungskompetenz. Der Mediator ist nicht berechtigt eine Lösung zu

---

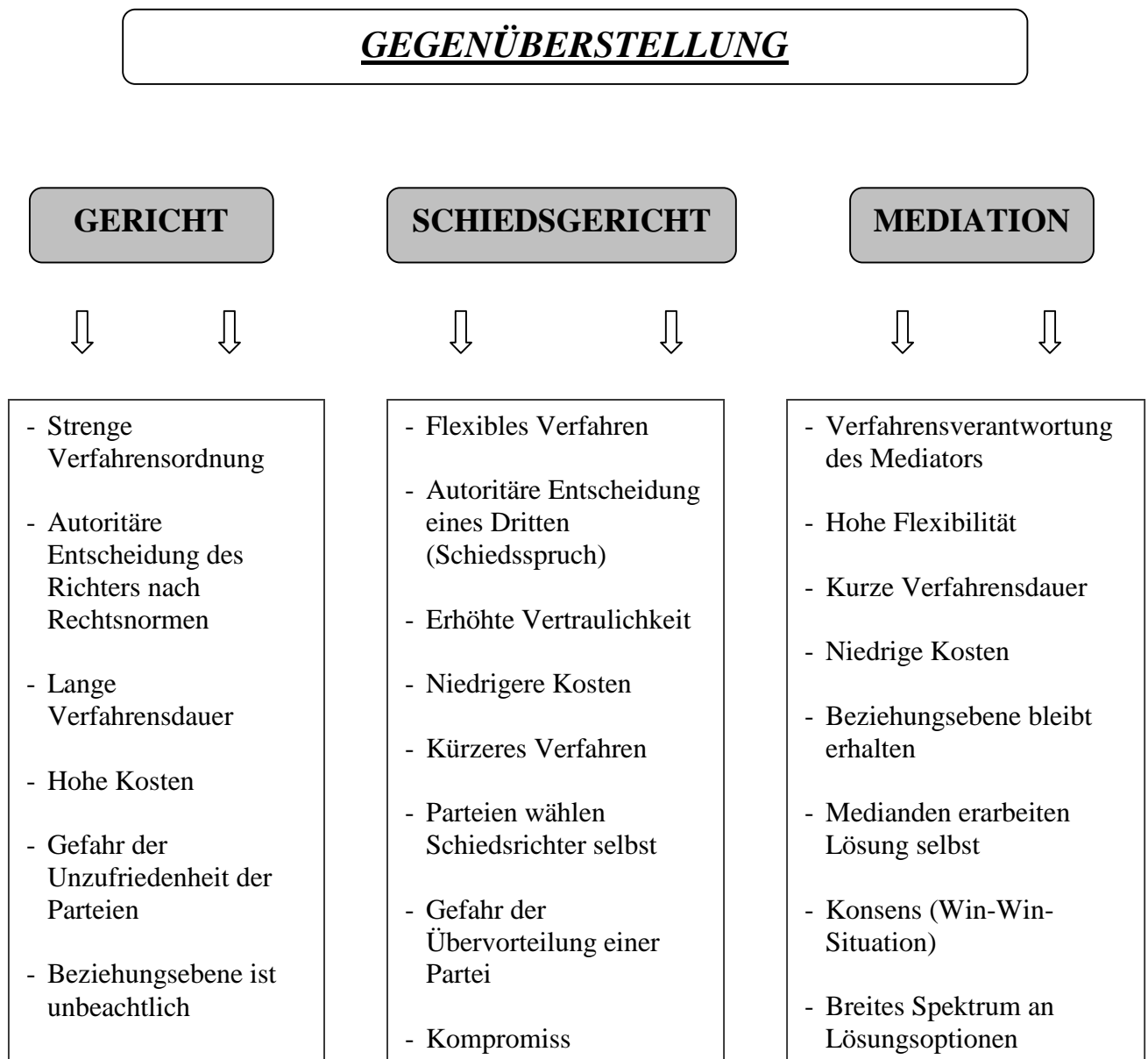
<sup>67</sup> Vgl.: Hopf, ÖJZ 2004/3, 41 f.

präsentieren oder Vorschläge zu machen. Dies ist ein wesentliches Charakteristikum der Mediation, da die Medianden selbst zum Konsens finden sollen. Durch diese selbstständige Erarbeitung der Parteien ist eine Lösung, mag sie auch nicht der Vorstellung des Mediators entsprechen, viel tragfähiger als eine befohlene, von oben herab erteilte Einigung. Der Mediator ist somit für den Mediationsprozess verantwortlich. Die inhaltliche Verantwortung der Mediation haben jedoch die Medianden zu tragen.<sup>68</sup> Das Mediationsverfahren ist ebenso wie das Schiedsgerichtsverfahren nicht an das Öffentlichkeitsprinzip gebunden und unterscheidet sich somit wesentlich vom gerichtlichen Verfahren. Ein weiterer Unterschied liegt in der Allparteilichkeit, die nur der Mediator vorweisen kann, da sowohl der Schiedsrichter als auch der Richter nach dem Gesetz lediglich unparteiisch sind. Auch das Beendigungsrecht aus wichtigem Grund steht nur dem Mediator zu. Ein solches ist weder für den Schiedsrichter noch für den Richter vorgesehen und erscheint auch aufgrund der jeweiligen Charakteristika der Verfahren weder notwendig noch angebracht.

---

<sup>68</sup> Vgl.: *Ferz*, Kenne deine Rechte und Pflichten - Das österreichische Zivilrechts-Mediations-Gesetz in der Praxis, *perspektive mediation* 2005/1, 18 f.

Abb. 2.





## 3. Die Haftung des Mediators

Im folgenden Kapitel soll die Haftung des Mediators beleuchtet werden. Ausgangspunkt bilden zum einen das ZivMediatG, das die Rechte und insbesondere die Pflichten des Mediators regelt und zum anderen die Verträge der Mediation, ihre rechtliche Qualifizierung sowie ihre Gestaltungsmöglichkeiten. Sowohl die Bestimmungen des ZivMediatG als auch die Verträge werden nun in Hinblick auf die Haftung und auf die Rolle des Mediators als Vertragsgestalter untersucht.

### 3.1. Das Zivilrechtsmediationsgesetz

#### 3.1.1. Allgemeines

Das mit 1. Mai 2004 in Kraft getretene ZivMediatG beinhaltet erstmals in Österreich ausführliche Regelungen über die Mediation in Zivilrechtssachen. Neben den sich aus diesem Gesetz ergebenden Rechten und Pflichten des Mediators, auf die im nächsten Kapitel ausführlich eingegangen wird, enthält das ZivMediatG Bestimmungen über die Errichtung eines Beirats sowie die Einführung einer Mediatorenliste, die beim Bundesministerium für Justiz aufliegt (§ 8 ZivMediatG). Weiters werden die Voraussetzungen für die Eintragung in diese Liste festgehalten (§ 9 ZivMediatG). Nur wer in die Liste eingetragen ist, darf die Bezeichnung „eingetragener Mediator“ führen. Der VI. Abschnitt des ZivMediatG, der Bestimmungen über Ausbildungseinrichtungen und Lehrgänge enthält, trat bereits mit 1. Jänner 2004 in Kraft.<sup>69</sup> Diese angeführten Regelungen führen neben dem Entstehen eines rudimentären Berufrechts für eingetragene Mediatoren auch zu einer Qualitätssicherung der Ausbildung sowie zu einem öffentlichen Gütesiegel in Form der Mediatorenliste, die im Internet auf der Seite des Bundesministeriums für Justiz für jeden einsehbar ist. Die Eintragung in diese Liste steht jedem Mediator offen, der die notwendigen Ausbildungsstunden an dazu berechtigten Ausbildungsstätten erbracht hat. Es ist jedoch zu beachten, dass ein Mediationsverfahren nicht unbedingt von einem eingetragenen Mediator durchgeführt werden muss. Durch das Inkrafttreten des ZivMediatG werden nun drei Arten

---

<sup>69</sup> Vgl.: *Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, *ecolex* 2003, 745 (745).

von Mediatoren unterschieden: die eingetragenen Mediatoren, die Mediatoren nach GewO sowie sonstige Mediatoren. Jedoch kommen ua die Bestimmungen der Verschwiegenheitsverpflichtung oder der Fristenhemmung bei einem nicht eingetragenen Mediator vom Gesetz her nicht zur Anwendung, ebenso wie die Regelungen der §§ 16 ff ZivMediatG.<sup>70</sup> Dies bedeutet selbstverständlich einen erheblichen Wettbewerbsnachteil für alle nicht eingetragenen Mediatoren.

Eine weitere wichtige Regelung enthält § 29 Abs 1 ZivMediatG, der bestimmt, dass der Bundesminister für Justiz nach Anhörung des Beirates für Mediation nähere Bestimmungen für die Ausbildung der Mediatoren mittels Verordnung erlassen kann. Diese Regelung hat ihren Grund in der Dynamik der Mediation, da sich die Anwendungsbereiche erweitern, wie auch die Anforderungen an den Mediator ständig steigen bzw sich verändern.<sup>71</sup>

### **3.1.2. Rechte und Pflichten des eingetragenen Mediators**

Die Rechte und Pflichten des Mediators sind vielfältig und wurden in den vorangegangenen Kapiteln kurz angeschnitten. Ihnen kommt besonders in Hinblick auf eine mögliche Haftung des Mediators aus der Mediationsvereinbarung und des Mediationsabschlussvertrags eine besondere Bedeutung zu. Ebenso können diese in der Mediationsvereinbarung festgehaltenen Pflichten die rechtliche Qualifikation der Vereinbarung aufgrund ihrer präzisen Regelungen beeinflussen. Aus diesem Grund sollen die Rechte und Pflichten des Mediators nun ausführlich dargestellt werden.

#### **3.1.2.1. Allgemeine Rechte und Pflichten**

##### § 15 ZivMediatG

*(1) „Wer in die Liste der Mediatoren eingetragen ist, ist*

*1. berechtigt, die Bezeichnung „eingetragener Mediator“ zu führen;*

*2. bei Ausübung der Mediation verpflichtet, diese Bezeichnung zu führen.“*

*(2) „Der Mediator darf keine Vergütung für die Vermittlung oder Empfehlung von Personen zur Mediation geben, nehmen, versprechen oder sich zusichern lassen. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen sind nichtig. Leistungen aus solchen Rechtsgeschäften können zurückgefordert werden.“*

<sup>70</sup> Vgl.: Falk/Koren, Komm ZivMediatG, § 15 Rz 4.1.

<sup>71</sup> Vgl.: Roth/Markowetz, JBl 2004, 297 ff.

Somit kann ein Mediator, sofern er über die notwendige Qualifikation iS § 9 ZivMediatG verfügt und in der Mediatorenliste des BMJ aufscheint, die Bezeichnung „eingetragener Mediator“ führen. In Ausübung seiner Tätigkeit als Mediator ist er sogar dazu verpflichtet.<sup>72</sup> Durch diese Bezeichnung wurde für einen einheitlichen Standard der Mediatorenausbildung gesorgt. Der Gesetzgeber geht sogar gem § 15 Abs 1 Z 2 ZivMediatG so weit eine Verpflichtung der Mediatoren zu dieser Bezeichnung festzulegen, wenn sie eine Mediation ausüben.<sup>73</sup> Im Umkehrschluss müssen die Medianden bei einem Mediator, der diese Bezeichnung nicht führt, davon ausgehen, dass es sich um einen nicht eingetragenen Mediator, also einen Mediator nach GewO, handelt. Verglichen mit dem Mediator nach GewO bestehen im Mediationsverfahren sowie bei den Rechten und Pflichten der Medianden und des Mediators, abgesehen von zwei wesentlichen Bestimmungen, kaum Unterschiede. Sowohl das Zeugnisverweigerungsrecht als auch das Vernehmungsverbot des Mediators als Zeuge in einem späteren Gerichtsverfahren sowie die Fristenhemmung (§ 22 ZivMediatG) gelten ausschließlich für die Zivilrechtsmediation iS des ZivMediatG und sind daher dem eingetragenen Mediator vorbehalten.<sup>74</sup> Für nicht eingetragene Mediatoren gelten § 367 iVm § 119 Abs 4 GewO und § 321 ZPO, die eine abgeschwächte Form der genannten Regelungen des eingetragenen Mediators darstellen. Durch das ZivMediatG wird auch der unbefugte Gebrauch der Bezeichnung „eingetragener Mediator“ gem § 32 Abs 1 ZivMediatG geschützt. Es handelt sich hierbei um eine Verwaltungsübertretung, die subsidiär zur Anwendung kommt.<sup>75</sup>

§ 15 Abs 2 ZivMediatG enthält ein ausdrückliches Provisionsverbot. Dies bedeutet, dass Mediatoren für die Vermittlung von Personen zur Mediation oder die Empfehlung eines Mediators keine Vergütungen annehmen dürfen.<sup>76</sup> Durch diese Regelung soll unseriöse Geschäftsmacherei verhindert werden und die Auswahl des passenden Mediators für die Konfliktparteien nicht beeinträchtigt werden. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind gem § 879 Abs 1 ABGB absolut nichtig. Die absolute Nichtigkeit kann zeitlich unbegrenzt geltend gemacht werden. Es ist jedoch zu beachten, dass eine bereicherungsrechtliche Rückforderung an die allgemeine Verjährungsfrist von dreißig Jahren

---

<sup>72</sup> Vgl.: Kollros, *ecolex* 2003, 745.

<sup>73</sup> Vgl.: Falk/Pruckner in Falk/Heintel/Krainz, Handbuch 121.

<sup>74</sup> Vgl.: Lachmair, „Neue“ Pflichten und Haftung für Mediatoren?, RdW 2004/526, 582 (583 f) sowie Falk/Pruckner in Falk/Heintel/Krainz, Handbuch 115.

<sup>75</sup> Vgl.: Falk/Koren, Komm ZivMediatG, § 15 Rz 3.1. ff.

<sup>76</sup> Vgl.: Falk/Pruckner in Falk/Heintel/Krainz, Handbuch 121.

gem § 1478 ABGB gebunden ist.<sup>77</sup> Zusätzlich normiert § 32 Z 2 eine Verwaltungsübertretung, die mit einer Strafe von bis zu 3 500 Euro geahndet wird.<sup>78</sup>

### 3.1.2.2. Pflichten gegenüber den Parteien

#### § 16 ZivMediatG

*(1) „Wer selbst Partei, Parteienvertreter, Berater oder Entscheidungsorgan in einem Konflikt zwischen den Parteien ist oder gewesen ist, darf in diesem Konflikt nicht als Mediator tätig sein. Desgleichen darf ein Mediator in einem Konflikt, auf den sich die Mediation bezieht, nicht vertreten, beraten oder entscheiden. Jedoch darf er nach Beendigung der Mediation im Rahmen seiner sonstigen beruflichen Befugnisse und mit Zustimmung aller betroffenen Parteien zur Umsetzung des Mediationsergebnisses tätig sein.“*

§ 16 ZivMediatG enthält wesentliche Bestimmungen über das Verhältnis des Mediators zu den Mediationsparteien. Er enthält Unvereinbarkeitsregeln, die einen Interessenkonflikt des Mediators verhindern sollen und mit der Rolle eines Mediators unvereinbar wären. So ist es zum Beispiel einem Anwalt einer Partei aufgrund seiner vorliegenden Voreingenommenheit als Parteienvertreter untersagt, als Mediator im Konflikt seines Mandanten aufzutreten, obwohl er als eingetragener Mediator in der Liste des BMJ aufscheint. Schließlich soll der Mediator unvoreingenommen unter Wahrung der Allparteilichkeit ein Mediationsverfahren leiten. Daher ist es einem Mediator, der in einem Konflikt, auf den sich die Mediation bezieht, entweder

- Partei
- Parteienvertreter
- Berater
- Entscheidungsorgan

ist oder war, untersagt ein Mediationsverfahren zu leiten. Diese Regelung erscheint sinnvoll, da sich der Mediator ansonsten in jedem Fall aufgrund seiner vorangegangenen Tätigkeit mit der Position der Parteien auseinandergesetzt hat und eine Unvoreingenommenheit nicht mehr

---

<sup>77</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I (2006) 181 ff.

<sup>78</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 15 Rz 5.1. ff.

garantiert werden kann. Es ist auch wichtig zu erwähnen, dass sich „Wer“ in Abs 1 nur auf eine natürliche Person beziehen kann, da Mediation gem § 16 Abs 2 ZivMediatG immer „persönlich und unmittelbar“ erfolgen muss und diese Kriterien von einer juristischen Person nicht erfüllt werden können.<sup>79</sup>

Laut *Falk/Koren* ist jedoch eine Differenzierung vorzunehmen. Es ist unumstritten, dass ein Mediator, der selbst Partei ist oder war, nicht die notwendige Allparteilichkeit zu den Medianden aufweist. *„Diese Variante normiert zwingend und mit der Ratio der Unvereinbarkeit eine Interessenskollision, die unabdingbar ist.“*<sup>80</sup> Jedoch besteht laut *Falk/Koren* sowohl für Parteienvertreter als auch Berater und Entscheidungsorgane die Möglichkeit diese Bestimmung durch dispositive Parteienvereinbarung zwischen den Medianden abzuändern. Begründet wird dies durch die Möglichkeit in § 16 Abs 1 S 3 ZivMediatG, die es den Medianden ermöglicht nach Beendigung der Mediation den Mediator mit der Umsetzung des Mediationsergebnisses zu beauftragen. *„Diese Interpretation einer zwar im Gesetz zwingend vorgesehenen Unvereinbarkeitsregel in eine dispositive Parteienvereinbarung umzudeuten, ist zumindest denkmöglich.“*<sup>81</sup> Dieser Ansicht ist mE aufgrund des Wortlauts des Gesetzes, der dies ausdrücklich untersagt, nicht zuzustimmen. Ohne Zweifel würde eine solche Möglichkeit eine erhebliche Vereinfachung für alle Beteiligten darstellen und auch aufgrund der notwendigen Zustimmung beider Medianden zu keiner Benachteiligung führen. Andererseits wird dadurch die Möglichkeit des Missbrauchs einer wirtschaftlich stärkeren Position gefördert, wenn dem Medianden z.B. der ehemalige gegnerische Parteienvertreter als Mediator aufgezwungen wird. Eine weitere Problematik liegt mE in der Verpflichtung des Mediators, trotz seiner vorherigen Tätigkeit und der ihm zugetragenen Informationen eine Allparteilichkeit im Mediationsverfahren sicherzustellen. Bei der Festlegung des zuvor angesprochenen Beendigungszeitpunktes der Mediation, der den Ausgangspunkt für den Auftrag zur Umsetzung des Mediationsergebnisses darstellt, würden unter Berücksichtigung der Meinung *Kollros'* bereits Schwierigkeiten auftreten. Nach *Kollros* kann nämlich noch nicht von einem Ende der Mediation gesprochen werden, wenn die Parteien ein Ergebnis gem § 17 Abs 1 ZivMediatG erzielt haben, das noch einer rechtlichen Überprüfung unterzogen werden muss. Er begründet dies damit, dass ein rechtlich unmöglicher Mediationsabschlussvertrag die Mediation nicht beenden kann, da rechtlich gesehen noch kein Ergebnis vorliegt.<sup>82</sup> Dem gegenüber ist laut

<sup>79</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 16 Rz 1.2. ff.

<sup>80</sup> Zit.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 16 Rz 1.5.1.

<sup>81</sup> Zit.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 16 Rz 1.5.2.

<sup>82</sup> Vgl.: *Kollros*, eolex 2003, 746.

*Pruckner* streng zwischen der Durchführung der Mediation und der juristischen Umsetzung zu unterscheiden, so dass sich die Problematik *Kollros'* nicht stellt.<sup>83</sup> *Pruckner* stellt daher bei der Frage nach dem Ende der Mediation auf den Willen der Mediationsparteien ab. „Mit welchem Zeitpunkt wollen die Parteien die Mediation für beendet wissen? Noch genauer: Mit welchem Zeitpunkt haben sich die Mediationsparteien an die Mediationsergebnisse für gebunden erachtet? Die Beurteilung ist also immer von der Beurteilung der konkreten Umstände des Einzelfalls abhängig.“<sup>84</sup>

Ein weiterer Punkt, der für eine Differenzierung spricht, wird von *Falk/Koren* in Bezug auf den Berater ausgeführt. „Wenn ein Berater von einem Unternehmen beauftragt wird, an einem Prozess begleitend und unterstützend teilzunehmen, so kann sich daraus eine anschließende Mediation ergeben. Der Berater, der zugleich Mediator ist, würde durch die Regelung des § 16 Abs 1 S 1 ZivMediatG von vornherein von dieser Tätigkeit ausgeschlossen werden. Diese Beratungstätigkeit, die als „prämediative Phase“ bezeichnet werden kann, würde bei allzu enger Auslegung des § 16 Abs 1 S 1 ZivMediatG mit dem Recht auf freie Berufsausübung in Konkurrenz stehen.“<sup>85</sup> Auch wenn die Bedenken von *Falk/Koren* berechtigt sind, so ist es mE dennoch unmöglich, auch durch Heranziehung der teleologischen Interpretation, eine Möglichkeit zur Disposition durch die Medianten aufgrund des Gesetzeswortlauts zu schaffen, da man entweder als Mediator oder Berater auftritt. Somit liegt es am Gesetzgeber, durch eine Novellierung eine Lockerung dieser Beschränkung herbeizuführen, deren Zweck mE im Schutz des schwächeren Medianten vor Übervorteilung liegt.

Ebenso darf der Mediator in einem Konflikt, auf den sich die laufende oder bereits abgeschlossene Mediation bezieht, nicht vertreten, beraten oder entscheiden. Ansonsten könnte der Mediator sein im Mediationsverfahren erworbenes Wissen zum Nachteil einer Partei einsetzen. Wie bereits oben kurz angeführt, besteht auch die Möglichkeit des Mediators, im Rahmen seiner sonstigen beruflichen Befugnisse nach Beendigung des Mediationsverfahrens, sofern die Medianten einverstanden sind, das Ergebnis umzusetzen. Zu denken ist in diesem Fall an einen anwaltlichen Vergleich oder an einen Notariatsakt. Dieser Weg steht jedoch nur eingetragenen Mediatoren mit dem entsprechenden juristischen Grundberuf, also Anwälten und Notaren, offen. Zur Vermeidung von Missverständnissen ist es bei der Gestaltung der Mediationsvereinbarung für den Mediator in jedem Fall ratsam vorab zu klären, ob die Medianten eine anschließende Umsetzung wünschen. Das bedeutet

---

<sup>83</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 97.

<sup>84</sup> Zit.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 51.

<sup>85</sup> Zit.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 16 Rz 1.5.3.

auch, dass der Mediator die Medianden über seine Möglichkeiten der anschließenden Umsetzung aufzuklären hat. Ebenso ist es anzuraten die im Zuge der Aufklärung der Medianden geäußerten Wünsche, sofern sie den Regelungen des Mediationsverfahrens nicht widersprechen, in die Mediationsvereinbarung aufzunehmen.<sup>86</sup>

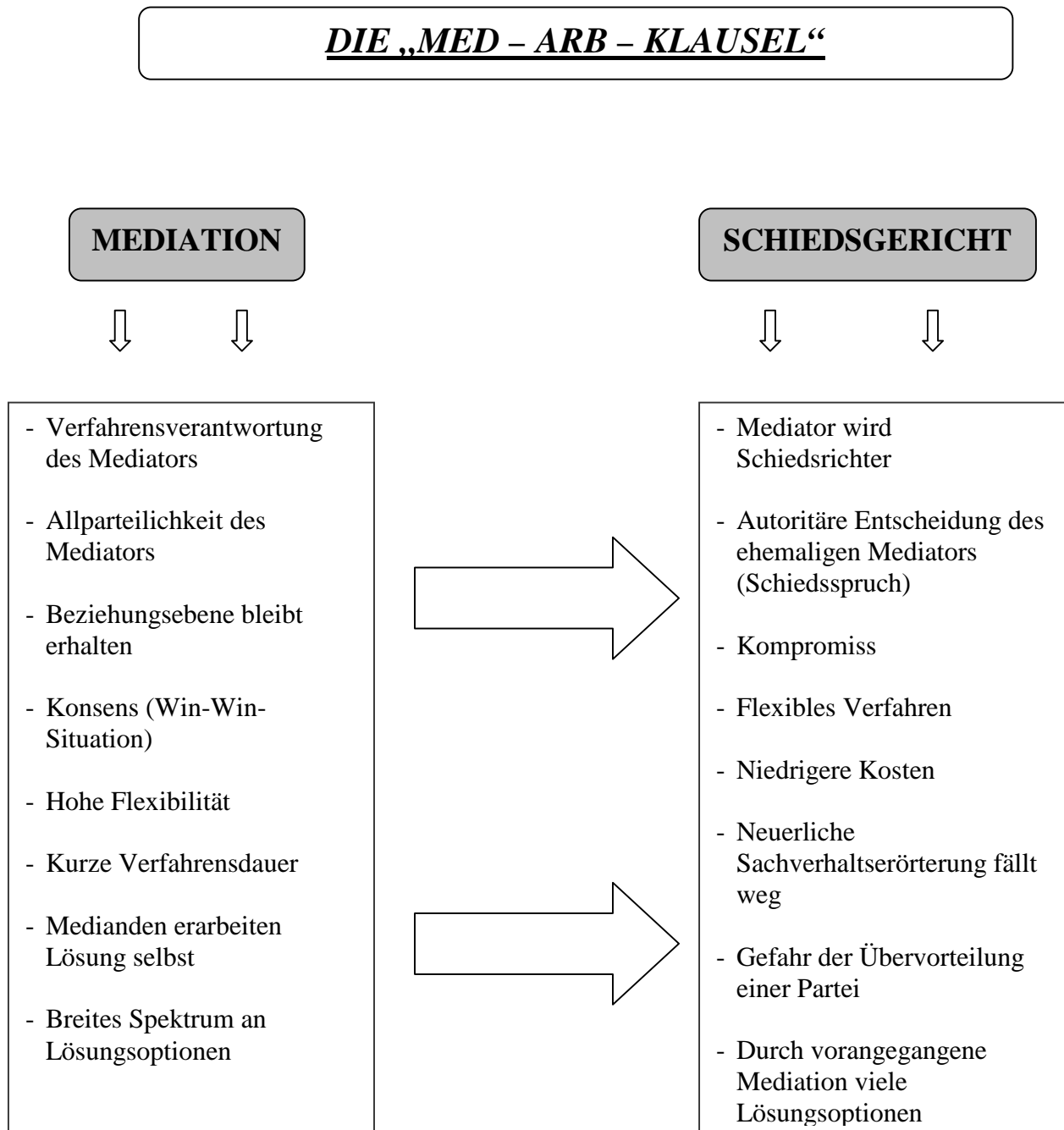
Eine besondere Problematik können mE so genannte „Med-Arb“-Klauseln bieten. Hierbei handelt es sich um eine kombinierte Mediations- und Schiedsklausel. Dies bedeutet, dass die Parteien vereinbaren nach einer erfolglosen Mediation in ein Schiedsverfahren (Arbitration) überzugehen. Daher wäre es denkbar, dass ein Mediator nach der Mediation als Schiedsrichter fungiert und somit die Entscheidungskompetenz innehat. Da der Mediator allerdings bereits im Zuge des Mediationsverfahrens vertrauliche Informationen der Parteien besitzt, ist es mE nur schwer vorstellbar, dass er diese nicht, wenn auch unterbewusst, in seine Entscheidung einfließen lässt. Man beachte, dass die Verpflichtung der Vertraulichkeit aus der Mediationsvereinbarung selbstverständlich auch nach dem Mediationverfahren besteht. Jedoch sieht der Gesetzgeber hier keine Gefahr, da ein Mediator in der Lage sein soll das Schieds- und das Mediationsverfahren mental vollkommen zu trennen.<sup>87</sup> Trotz der geäußerten Bedenken wird dieses Modell in allen seinen Spielweisen in der Praxis mit großem Erfolg und ohne Probleme praktiziert. So ist in den meisten grenzüberschreitenden Verträgen in der EU bereits eine Mediationsklausel enthalten, die zumeist der Schiedsklausel vorgeschaltet ist oder diese sogar verdrängt.

---

<sup>86</sup> Vgl.: *Ferz/Filler*, Mediation, Gesetzestexte und Kommentar (2003) § 16 Rz 5.

<sup>87</sup> Vgl.: *Nöling*, Mediatorenverträge (2003) 80 ff.

Abb. 3.





## § 16 ZivMediatG

(1) [...]

(2) „Der Mediator darf nur mit Zustimmung der Parteien tätig werden. Er hat die Parteien über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation in Zivilrechtssachen aufzuklären und diese nach bestem Wissen und Gewissen, persönlich, unmittelbar und gegenüber den Parteien neutral durchzuführen.“

Hier werden einige der Grundprinzipien des Mediationsverfahrens wegen ihrer Bedeutsamkeit extra im ZivMediatG angeführt. So darf der Mediator aufgrund der Freiwilligkeit des Verfahrens nur mit Zustimmung der Parteien tätig werden. Dies bedeutet auch, dass der Mediator die Parteien über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation aufzuklären hat, so dass diese, mit den notwendigen Informationen versorgt, ihre Entscheidungen treffen können. Für den Mediator ist es daher mE bei der Vertragsgestaltung ratsam die erfolgte mündliche Aufklärung in die schriftlich verfasste Mediationsvereinbarung mit einzubeziehen sowie die für den Mediator oder die Medianden wesentlichen Punkte explizit anzuführen. Zu denken wäre in diesem Fall mE daran, dass den Mediator weder eine inhaltliche Verantwortung für den Mediationsprozess noch für das Mediationsergebnis trifft. Weiters treffen laut Lehre den Mediator auch neben der gerade genannten Aufklärungspflicht und den organisatorischen Pflichten, wie etwa dem Bereitstellen der Räumlichkeiten und der sonstigen Arbeitsutensilien, auch Sorgfaltspflichten, die er im Rahmen der Leitung des Mediationsprozesses wahrzunehmen hat.<sup>88</sup> Nach *Pruckner* ist der Mediator daher verpflichtet alle Angelegenheiten, die einen Konsens verhindern könnten, mit den Medianden zu besprechen.<sup>89</sup> Weiters hat der Mediator die Mediation „nach bestem Wissen und Gewissen, persönlich, unmittelbar und gegenüber den Parteien neutral durchzuführen.“<sup>90</sup> Der Anforderung „nach bestem Wissen und Gewissen“ wird nach hA durch die entsprechende Ausbildung und die regelmäßige Fortbildung Folge geleistet.<sup>91</sup> Der Mediator hat sich auch den Parteien gegenüber neutral zu verhalten. Diese Regelung nimmt Bezug auf die Allparteilichkeit (siehe Einleitung) des Mediators. Er hat die Medianden mit gleicher Wertschätzung zu behandeln, ihre Interessen in gleichem Maße zu berücksichtigen und die Medianden aktiv zu unterstützen.<sup>92</sup>

<sup>88</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz*, Handbuch 117.

<sup>89</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 24.

<sup>90</sup> Zit.: § 16 Abs 2 S 2 ZivMediatG.

<sup>91</sup> Vgl.: *Roth/Markowetz*, JBl 2004, 300.

<sup>92</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz*, Handbuch 120.

Weiters hat die Mediation persönlich und unmittelbar zu erfolgen. Daher ist eine Delegation oder Vertretung durch einen anderen Mediator von vornherein ausgeschlossen. Diese Regelung ist notwendig, wenn man bedenkt, dass die Medianden aufgrund des Offenheits- und Transparenzprinzips, das durch das Vertraulichkeitsprinzip abgesichert ist, sehr persönliche Angelegenheiten im Mediationsprozess thematisieren. Die Unmittelbarkeit bedingt nach dem ZivMediatG die persönliche Anwesenheit des Mediators während der gesamten Mediation. Daher ist eine Mediation mittels E-Mail oder Telefon grundsätzlich ausgeschlossen. Es ist jedoch zu beachten, dass es sehr wohl möglich ist, Erstgespräche im Zuge einer ersten Kontaktaufnahme über das Telefon zu führen, um sich als möglicher Mediator ein Bild des Sachverhalts zu machen.<sup>93</sup>

#### § 16 ZivMediatG

(1) [...]

(2) [...]

(3) *„Der Mediator hat die Parteien auf einen Bedarf an Beratung, insbesondere in rechtlicher Hinsicht, der sich im Zusammenhang mit der Mediation ergibt, sowie auf die Form hinzuweisen, in die sie das Ergebnis der Mediation fassen müssen, um die Umstellung sicherzustellen.“*

Der Mediator hat auch die Pflicht die Medianden auf einen Bedarf von Beratung, insbesondere in rechtlicher Hinsicht, hinzuweisen. Es ist durchaus möglich, dass der Mediator aus einem juristischen Grundberuf kommt. Das Wissen, das der Mediator durch diesen Beruf besitzt, dient ihm jedoch lediglich dazu Konflikte auch von ihrer juristischen Seite zu begreifen. Die Medianden dürfen jedoch vom Mediator nicht erwarten, dass dieser Rechtsfragen zur Gänze erfassen und lösen kann. Es ist dem Mediator sogar ausdrücklich untersagt Rechtsberatung durchzuführen. Daher hat der Mediator die Parteien auch ausdrücklich auf seine Rolle als Mediator hinzuweisen, obwohl er aufgrund seines juristischen Grundberufes zur Rechtsberatung in der Lage wäre.<sup>94</sup> Ein Verbot der Rechtsberatung geht auch ganz klar aus § 16 Abs 1 ZivMediatG hervor, das es dem Mediator untersagt in Konflikten, die sich auf das Mediationsverfahren beziehen, zu beraten, zu vertreten oder zu entscheiden. Der Mediator ist jedoch verpflichtet die Parteien auf einen Bedarf an Beratung, insbesondere an Rechtsberatung hinzuweisen, wenn dies im Zuge des

---

<sup>93</sup> Vgl.: Lachmair, RdW 2004/526, 583.

<sup>94</sup> Vgl.: Ferz/Filler, Mediation, § 10 Rz 3.

Mediationsprozesses erforderlich scheint. Hält sich der Mediator nicht an diese Vorschrift, führt dennoch eine Rechtsberatung durch und verfügt nicht über einen juristischen Grundberuf, so macht er sich der Winkelschreiberei schuldig. Nach *Pruckner* wäre es zumindest denkmöglich, dass ein Mediator mit juristischem Grundberuf eine neutrale, allparteiliche Rechtsberatung durchführt, da § 16 Abs 1 ZivMediatG lediglich eine einseitige Beratung umfasst. Leider unterlässt *Pruckner* weitere Ausführungen zu diesem Thema. Eine weitere Möglichkeit der Argumentation für die Auffassung *Pruckners* liegt mE darin, dass jene Bestimmungen, die eine Rechtsberatung verbieten, dem Schutz der jeweiligen Berufsstände dienen sollen (Rechtsanwalt, Notar). Somit kann sowohl mit der teleologischen als auch mit der historischen Interpretation die Meinung *Pruckners* bestärkt werden, da eine allparteiliche Rechtsberatung eines eingetragenen Mediators, der zugleich Rechtsanwalt oder Notar ist, weder dem Schutzzweck der Norm noch der Intention des Gesetzgebers widerspricht. Somit würde das Verbot der gleichzeitigen Parteienvertretung durch den Mediator umgangen werden, da durch die Allparteilichkeit und Neutralität nicht mehr von einer Parteienvertretung und daher Voreingenommenheit des Mediators gesprochen werden kann.<sup>95</sup>

Eine weitere Problematik ergibt sich jedoch daraus, dass es dem Mediator ausdrücklich nicht gestattet ist Rechtsberatung durchzuführen, er darf jedoch Rechtsauskunft erteilen und muss aufgrund seiner Auskunfts- und Hinweispflichten auf den Bedarf von externer Beratung hinweisen. Da die Grenzen zwischen Rechtsauskunft und Rechtsberatung fließend sind, ist es verständlich, dass viele rechtsberatende Berufe in der Mediation eine Konkurrenz sehen. Die Rechtsauskunft beinhaltet die bloße Wiedergabe der Gesetzeslage, der Gerichtspraxis bzw einfacher Rechtskenntnisse. Die Rechtsberatung jedoch enthält eine intensivere Auseinandersetzung mit dem konkreten Sachverhalt. Es werden verschiedene rechtliche Vorgangsweisen geprüft und abgewogen und es erfolgt die Bildung einer Rechtsansicht nach der Überprüfung des Sachverhalts. Schon alleine aus der vorangegangenen Erklärung wird deutlich, dass eine Abgrenzung schwierig zu treffen sein wird.<sup>96</sup>

Der Mediator ist auch verpflichtet, die Medianden auf die Form der Umsetzung des Mediationsergebnisses hinzuweisen. Dies soll die Realisierung des getroffenen Konsenses sicherstellen, da die Medianden selbst bestimmen welche Rechtsfolgen mit der Errichtung des Mediationsabschlussvertrages einhergehen sollen.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 46 ff.

<sup>96</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 46 ff.

<sup>97</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz*, Handbuch 121.

## § 17 ZivMediatG

- (1) *„Der Mediator hat den Beginn, die Umstände, aus denen sich ergibt, ob die Mediation gehörig fortgesetzt wurde, sowie das Ende der Mediation zu dokumentieren. Als Beginn der Mediation gilt der Zeitpunkt, zu dem die Parteien übereingekommen sind, den Konflikt durch Mediation zu lösen. Die Mediation endet, wenn eine der Parteien oder der Mediator erklärt, sie nicht mehr fortsetzen zu wollen, oder ein Ergebnis erzielt wurde.“*
- (2) *„Auf Verlangen der Parteien hat der Mediator das Ergebnis der Mediation sowie die zu dessen Umsetzung erforderlichen Schritte schriftlich festzuhalten.“*
- (3) *„Der Mediator hat seine Aufzeichnungen mindestens sieben Jahre nach Beendigung der Mediation aufzubewahren. Auf Verlangen der Parteien hat er diesen eine Gleichschrift der Aufzeichnungen auszufolgen.“*

§ 17 ZivMediatG wurde bereits im Zusammenhang mit der Mediationsvereinbarung und Mediationsabschlussvertrag kurz angeschnitten. Nun soll ein besonderes Augenmerk auf die sich aus dieser Bestimmung ergebenden Rechte und Pflichten des Mediators gelegt werden. Eine besondere Stellung kommt dem Beendigungsrecht zu. Dieses berechtigt die Medianden, als Ausdruck der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens die Mediation jederzeit ohne Angaben von Gründen zu beenden. Nach dem Wortlaut des § 1 ZivMediatG betrifft die Freiwilligkeit lediglich die Parteien, nicht aber den Mediator. Allerdings steht dem Mediator, wie schon kurz in der Einleitung angeführt, ein Beendigungsrecht aus wichtigem Grund zu. Hierbei wird man auch die sich aus der Mediationsvereinbarung ergebende Verpflichtung des Mediators zur „lege artis“ durchgeführten Verhandlungsbegleitung mit einbeziehen müssen. Somit liegt ein wichtiger Grund, der den Mediator zur Beendigung berechtigt, vor, wenn die Durchführung der Mediation nicht mehr möglich ist. Die Gründe dafür müssen nicht in der Sphäre der Medianden liegen (z.B.: keine persönliche, unmittelbare oder neutrale Durchführung der Mediation). Hier wird ein strenger Maßstab angelegt, so dass eine Delegation an einen anderen Mediator ausdrücklich ausgeschlossen ist. Im Extremfall bedeutet dies, dass ein Mediator, der z.B. nach einem Unfall im Krankenhaus liegt, dort eine Mediation abhalten muss, um den Erfordernissen der persönlichen und unmittelbaren Mediation nachzukommen. Ist es im konkreten Einzelfall nicht möglich eine Mediation abzuhalten, so hat der Mediator das Mediationsverfahren zu beenden oder wenn es möglich ist die Mediationssitzungen auf einen späteren Zeitpunkt zu verschieben. Bei einer

Beendigung durch den Mediator treffen ihn gem § 16 Abs 2 ZivMediatG Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten, dh er hat die Medianden auf die Rechtsfolgen hinzuweisen.<sup>98</sup>

Gem § 17 Abs 1 ZivMediatG muss der Mediator den Beginn und das Ende der Mediation dokumentieren. Diese Dokumentationspflicht erfolgt schriftlich und ist besonders wichtig für die Regelungen der Fristenhemmung (§ 22 ZivMediatG). Ebenso ist der Mediator verpflichtet, den Zeitpunkt, wann die Parteien ihn zum ersten Mal aufgesucht haben, sowie die erste Mediationssitzung und alle weiteren Sitzungen schriftlich festzuhalten. Durch die Dokumentation soll der Regelung „*gehörig fortgesetzt*“<sup>99</sup> gem Abs 1 entsprochen werden. Gem § 17 Abs 2 ZivMediatG muss der Mediator, wenn die Parteien es verlangen, sowohl das Ergebnis als auch die erforderlichen Schritte zur Umsetzung des Ergebnisses schriftlich festzuhalten.<sup>100</sup> Es ist jedoch nicht die Aufgabe des Mediators, das Ergebnis durch einen entsprechenden Vertrag etc bereits umzusetzen. Es genügt, den Medianden den Weg für die Umsetzung z.B. durch einen prätorischen Vergleich zu erklären oder die Medianden bezüglich der exakten Rechtsform an ihre Anwälte zu verweisen. Die Verpflichtung der Schriftlichkeit trifft den Mediator jedoch nur auf Verlangen der Parteien.<sup>101</sup>

Der Mediator ist auch verpflichtet seine Aufzeichnungen sieben Jahre lang aufzubewahren. Diese Frist orientiert sich nach der Frist für die Aufbewahrung von Aufzeichnungen und Belegen nach der Bundesabgabenordnung und beginnt mit dem Ende der Mediation. Es gilt zwischen zwei Formen von Aufzeichnungen zu unterscheiden: Zum einen gibt es das Außenprotokoll. Hierbei handelt es sich um jene Aufzeichnungen, die der siebenjährigen Aufbewahrungsfrist unterliegen. Diese sind der Beginn und das Ende der Mediation sowie Aufzeichnungen über die Abhaltung von Mediationssitzungen. In das Außenprotokoll fallen auch, sofern die Parteien es verlangen, Aufzeichnungen über das Ergebnis der Mediation und die zur Umsetzung des Konsenses erforderlichen Schritte. Aus Gründen der Beweissicherung, insbesondere wegen der Fristenhemmung, erscheint es sinnvoll auch das Thema der Mediation aufzuzeichnen. Bei der zweiten Form der Aufzeichnungen handelt es sich um Innenprotokolle. Dies sind persönliche Notizen des Mediators, die nicht der Aufbewahrungsfrist unterliegen, jedoch gem § 18 ZivMediatG ebenso wie das Außenprotokoll vertraulich zu behandeln sind.<sup>102</sup>

---

<sup>98</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 6.6.7. ff.

<sup>99</sup> Zit.: § 17 Abs 1 S 1 ZivMediatG.

<sup>100</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz*, Handbuch 121.

<sup>101</sup> Vgl.: *Fuchshuber*, *Mediation im Zivilrecht - Neue Wege der Konfliktlösung* (2004) 16 f.

<sup>102</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 12.1. ff.

Die Parteien haben die Möglichkeit, jederzeit vom Mediator eine Gleichschrift, auch Fotokopien<sup>103</sup> der Aufzeichnungen zu verlangen. Theoretisch besteht für den Mediator die Möglichkeit, Kostenersatz für die Kopien und den damit verbundenen Aufwand zu fordern. Auch bei vergleichbaren Berufen wie z.B. dem Rechtsanwalt ist ein solcher Kostenersatz für Unterlagen oder Aufzeichnungen üblich. Interessant in diesem Zusammenhang ist die Tatsache, dass in der österreichischen Verwaltung die Akteneinsicht gem § 17 AVG häufig so umgesetzt wird, dass den Parteien unentgeltlich eine Kopie ausgehändigt wird, da der Aufwand der Behörden für die Einhebung der Beträge ein unverhältnismäßiger wäre. Entscheidend ist somit die Mediationsvereinbarung, die Regelungen über den Kostenersatz für Kopien und den damit verbundenen Aufwand dahingehend enthalten sollte, ob diese von den Mediatoren selbst zu tragen sind oder bereits mit dem Entgelt des Mediators abgegolten sind. Somit hat der Mediator in seiner Rolle als Vertragsgestalter eine entsprechende Regelung bezüglich der Aufzeichnungen in die Mediationsvereinbarung aufzunehmen. Nach hL kann es sich hierbei nur um Aufzeichnungen aus dem Außenprotokoll handeln, da ansonsten das Vernehmungsverbot im Zivilprozess bzw das Entschlagungsrecht im Strafprozess des Mediators umgangen werden könnte, indem die persönlichen Aufzeichnungen des Mediators von diesem verlangt und anschließend bei Gericht eingebracht werden. Diese Möglichkeit war mit Sicherheit nicht die Intention des Gesetzgebers, so dass der von der Lehre getroffenen Unterteilung in ein Außen- und Innenprotokoll beizupflichten ist. Gem *Ferz/Filler* besteht dieses Recht der Parteien jedoch, ebenso wie die Aufbewahrungspflicht des Mediators, nur bis zu sieben Jahre nach Beendigung der Mediation.<sup>104</sup>

### 3.1.2.3. Verschwiegenheit und Vertraulichkeit

#### § 18 ZivMediatG

*„Der Mediator ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen Unterlagen vertraulich zu behandeln. Gleiches gilt für Hilfspersonen des Mediators sowie für Personen, die im Rahmen einer Praxisausbildung bei einem Mediator unter dessen Anleitung tätig sind.“*

---

<sup>103</sup> Vgl.: *Fuchshuber*, Mediation, 16 f.

<sup>104</sup> Vgl.: *Ferz/Filler*, Mediation, § 17 Rz 5.

Das Mediationsverfahren ist durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien und dem Mediator gekennzeichnet. Nur durch diese Offenheit und Transparenz wird ein Rahmen geschaffen, der es den Parteien ermöglicht, bei Einhaltung der Grundsätze der Mediation einen Konsens zu erzielen. Daher muss neben dem wechselseitigen Vertrauen der Parteien, dem Vertrauen auf die Mediation als Lösungsweg der Probleme, auch ein Vertrauen zum Mediator sowie ein Vertrauen der Parteien zueinander gegeben sein.<sup>105</sup> Um dieses Vertrauensverhältnis abzusichern, besteht gem § 18 ZivMediatG eine Verpflichtung des Mediators zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit. Die Verschwiegenheit bezieht sich auf alle Mediationssitzungen und alle Informationen, die mit der konkreten Mediation im Zusammenhang stehen und im Zuge der Mediation dem Mediator bekannt wurden.<sup>106</sup> Die Verschwiegenheitspflicht wurde bereits durch die Vorgängerbestimmungen des § 99 Abs 1 EheG und des Art XVI Abs 1 KindRÄG 2001 näher geregelt. Mit dem ZivMediatG wurden diese erweitert und alle Unklarheiten beseitigt.<sup>107</sup> Die Verschwiegenheitspflicht kommt nun nicht mehr ausschließlich dem Mediator zu, sondern auch seinen Hilfspersonen und jenen Personen, die beim Mediator im Zuge ihrer Praxisausbildung tätig sind. Dieser Regelung kommt besondere Bedeutung zu, wenn man bedenkt, dass in der Praxisausbildung stehende Personen auch im Rahmen einer Co-Mediation am Mediationsverfahren unter Anleitung des Mediators mitwirken können. Es ist jedoch zu beachten, dass die Verfahrensverantwortung beim Mediator bleibt. Von Personen, die in der Praxisausbildung stehen, zu unterscheiden sind die Hilfspersonen.<sup>108</sup> Sowohl *Pruckner* als auch *Fuchshuber* weisen darauf hin, dass diese ausschließlich vorbereitende, unterstützende, ergänzende bzw höchstens mitwirkende Tätigkeiten im Zuge des Mediationsprozesses ausüben dürfen.<sup>109</sup> Dies lässt sich aus den Grundsätzen der Mediation ableiten, da diese persönlich und unmittelbar durchzuführen ist.<sup>110</sup>

Der Gesetzgeber hält ausdrücklich fest, dass die Verschwiegenheitspflicht absolut ist und auch durch privatrechtliche Vereinbarungen nicht verändert werden kann. Sie ist somit eine „conditio sine qua non“.<sup>111</sup> Jede vertragliche Abänderung der Verschwiegenheitspflicht widerspricht den Grundprinzipien der Mediation, so dass nicht mehr von einem Mediationsverfahren iS des ZivMediatG gesprochen werden kann. Eine Verschwiegenheitsverpflichtung gilt auch für die Medianden im Rahmen der

---

<sup>105</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 18 Rz 2.4. ff.

<sup>106</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 18 Rz 1.6.

<sup>107</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 18 Rz 6.

<sup>108</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 18 Rz 8.

<sup>109</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 97 sowie *Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht, 14 f.

<sup>110</sup> Vgl.: *Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht, 17 ff.

<sup>111</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 19 Rz 2.7.

Mediationsvereinbarung, allerdings nur solange das Mediationsverfahren andauert.<sup>112</sup> Das bedeutet, dass die Medianden im Fall eines Abbruchs des Verfahrens Informationen, die sie in der Mediation vom anderen Medianden erfahren haben, zu ihrem Vorteil nutzen können. Auf diese Möglichkeit hat der Mediator die Medianden zu Beginn der Mediation im Rahmen seiner Aufklärungspflichten hinzuweisen.

Die Bedeutsamkeit der Verschwiegenheit wird auch durch die Strafbestimmung in § 31 ZivMediatG deutlich. Diese Regelung hält fest, dass ein Mediator, der gegen die Verschwiegenheitspflicht verstößt, indem er ihm anvertraute „*Tatsachen offenbart oder verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt*“<sup>113</sup>, mit einer Freiheitsstrafe von bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe von bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen ist. Es ist zu beachten, dass es sich hier um ein Privatanklagedelikt handelt, so dass eine Strafverfolgung nur auf Antrag der in seinem Interesse verletzten Person stattfindet. Aus der Formulierung des § 31 wird deutlich, dass neben dem alternativen Tatbestand der Offenbarung (Gewährung von Akteneinsicht, Überlassung von Fotokopien oder Verbreitung über das Internet uä) bzw der Verwertung, der sich darin manifestiert, dass der Täter für sich oder einen Dritten einen Nutzen zieht (dieser Nutzen kann nach *Hinterhofer* sowohl wirtschaftlicher als auch politischer Natur sein), auch der kumulative Tatbestand „*und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person*“ hinzutritt. Ein berechtigtes Interesse liegt nach hL sowohl im materiellen als auch im ideellen Bereich (Ehre, Achtung des Privat- und Familienlebens uä).<sup>114</sup>

Gem § 31 Abs 2 ZivMediatG besteht jedoch ein dem § 121 Abs 5 StGB nachgebildeter Rechtfertigungsgrund, der die Strafflosigkeit des Mediators trotz Verletzung seiner Verschwiegenheitspflicht bewirkt. Demnach ist der Mediator nicht zu bestrafen, wenn die Offenbarung oder Verwertung durch ein öffentliches oder ein privates Interesse gerechtfertigt ist. Ein öffentliches Interesse, das den Mediator zur Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht berechtigt, wird nach hL in der Strafverfolgung erblickt (z.B. Kenntnis des Mediators über bereits begangene oder zukünftige Verbrechen). Ein berechtigtes privates Interesse liegt nach *Lewis* z.B. in der Offenlegung vertraulicher Tatsachen zum Zwecke der eigenen Honorardurchsetzung.<sup>115</sup> Da der Gesetzgeber jedoch weitere Ausführungen zur Rechtfertigung des Mediators unterlässt, hat dieser stets die heikle

---

<sup>112</sup> Vgl.: *Grünberger*, ÖJZ 2000, 52 f.

<sup>113</sup> Zit.: § 31 Abs 1 S 1 ZivMediatG.

<sup>114</sup> Vgl.: *Hinterhofer*, Strafrecht; Besonderer Teil II<sup>2</sup> (2000) 283 ff.

<sup>115</sup> Vgl.: *Lewis*, § 121 StGB, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Wien 2004) Rz 31 f.



Aufgabe, die Grenzen seiner berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht mittels Interessenabwägung festzulegen.<sup>116</sup>

Wesentlich ist, dass es sich hier um eine strafgerichtliche Verfolgung und nicht bloß um eine Verwaltungsübertretung gem § 32 ZivMediatG handelt. § 32 ZivMediatG kommt nur subsidiär zur Anwendung bei Verletzungen der Bezeichnungspflicht sowie bei Verletzungen gegen §§ 15 Abs 2, 16 17, 19, 21, 27 und zieht eine Geldstrafe von bis zu 3 500 Euro nach sich.<sup>117</sup>

Mit der Regelung der Verschwiegenheit einher geht auch die Zeugnisbefreiung des Mediators vor Zivil- und Strafgerichten. Im Rahmen von zivilgerichtlichen Verfahren besteht daher nach § 320 Z 4 ZPO ein Vernehmungsverbot für den Mediator. Bei strafgerichtlichen Verfahren steht dem Mediator das Entschlagungsrecht nach § 152 Z 5 StPO zu. Es ist zu beachten, dass sowohl das Entschlagungsrecht als auch das Vernehmungsverbot nur den eingetragenen Mediatoren zusteht. Daher müssen alle übrigen Mediatoren vor Gericht aussagen. Es besteht jedoch auch für sie eine abgeschwächte Form des Vernehmungsverbot bzw des Entschlagungsrechts nach § 367 iVm § 119 Abs 4 GewO und nach § 321 ZPO.<sup>118</sup> Es ist jedoch zu beachten, dass die Verschwiegenheitspflicht des Mediators nicht auf jene Informationen Anwendung findet, die für die Fristenhemmung entscheidend sind. Daher muss der Mediator angeben, ob eine Mediation durchgeführt wird oder wurde, ebenso wie das Thema der Mediation sowie den Zeitpunkt des Beginns und gegebenenfalls der Beendigung der Mediation. Diese Regelungen gelten ausschließlich für den Mediator und nicht für die Medianden. Somit können sich diese im Gerichtsverfahren nicht auf das Vernehmungsverbot oder Entschlagungsrecht berufen.<sup>119</sup>

Existieren bereits aufgrund des Grundberufes des Mediators berufsrechtliche Vorschriften über eine Verschwiegenheitspflicht wie etwa bei einem Rechtsanwalt oder Notar, so sind auch diese Vorschriften (§ 9 Abs 2 RAO bzw § 37 NO) zu beachten, wenn der Mediator die Mediation im Rahmen dieses Grundberufes ausübt. Das Gleiche gilt selbstverständlich auch für einen Psychotherapeuten gem § 15 PsychotherapieG. Laut *Hopf* wird folglich immer jene Regelung zur Anwendung kommen, die den größten Schutz der Vertraulichkeit in sich birgt.<sup>120</sup> Für die Vertragsgestaltung hat dies zur Folge, dass der Mediator seine Rolle klar zu definieren hat, so dass deutlich wird, ob er die Mediation im Rahmen seines Grundberufes ausübt oder nicht.

---

<sup>116</sup> Vgl.: *Ferz*, perspektive mediation 2005/1, 20.

<sup>117</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 32 Rz 2.1. ff.

<sup>118</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 36 f.

<sup>119</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 36 f.

<sup>120</sup> Vgl.: *Hopf*, ÖJZ 2004/3, 49.

## Exkurs: Der Mediator nach GewO

Wie bereits in den vorherigen Kapiteln kurz angeschnitten, gilt es drei Arten von Mediatoren zu unterscheiden. Neben den eingetragenen Mediatoren, die ihre Tätigkeit freiberuflich ausüben, und sonstigen Mediatoren gibt es auch Mediatoren, die Mediation gewerbsmäßig, also nach der GewO, betreiben. Die Anzahl der Ausbildungsstunden wurde in den letzten Jahren an jene des eingetragenen Mediators nach ZivMediatG angepasst. Somit werden wohl nur jene Mediatoren auf eine Eintragung beim BMJ verzichten, die wissen, dass sie keine oder kaum Zivilrechtsmediationen durchführen werden (z.B. das Gewerbe „Lebens- und Sozialberatung eingeschränkt auf Mediation“), so dass sich die durch die Eintragung in die Mediatorenliste beim BMJ entstehenden Kosten nicht rentieren würden.

Der große Unterschied zum eingetragenen Mediator liegt jedoch darin, dass sowohl die Fristenhemmung und die Verschwiegenheitsverpflichtung als auch die Regelungen gem §§ 16 ff ZivMediatG nur dem eingetragenen Mediator zukommen.<sup>121</sup> Dies führt zu einem erheblichen, nicht nachvollziehbaren Wettbewerbsnachteil für Mediatoren nach GewO, insbesondere wenn man bedenkt, dass selbst Vergleichsverhandlungen gem. § 1497 ABGB eine Fristenhemmung bewirken. Auch das Entschlagungsrecht sowie das Vernehmungsverbot stehen dem Mediator nach GewO nicht zu. Es besteht jedoch auch für sie eine abgeschwächte Form des Vernehmungsverbot bzw des Entschlagungsrechts nach § 367 iVm § 119 Abs 4 GewO und nach § 321 ZPO.<sup>122</sup>

Eine besondere Problematik ergibt sich nun, wenn ein Mediator nach GewO und ein eingetragener Mediator ein Mediationsverfahren gemeinsam durchführen. Es gibt keine gesetzlichen Regelungen, die eine solches Mediatorenteam verbieten, jedoch kommen die angeführten Begünstigungen trotz gemeinsamer Zusammenarbeit in ein und demselben Mediationsverfahren ausschließlich dem eingetragenen Mediator zu, wodurch eine große Rechtsunsicherheit der Medianden in Bezug auf einen allfälligen Zivilprozess besteht. Dieser Rechtsunsicherheit wird durch eine umfassende Aufklärung seitens der Mediatoren über die jeweiligen Regelungen der Verschwiegenheit zu begegnen sein.

Die momentane rechtliche Regelung ist nicht befriedigend. Zwar vermeidet der Gesetzgeber eine ausschließliche Beschränkung der Zivilrechtsmediation auf eingetragene Mediatoren, was einem Berufsausübungsverbot und einer Verletzung des Gleichheitssatzes sowie des

---

<sup>121</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 15 Rz 4.1.

<sup>122</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 36 f.

Grundrechts auf Freiheit der Berufsausübung gleich käme. Das Ergebnis besteht dennoch in einer sachlich nicht begründbaren „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ der Mediatoren.<sup>123</sup>

In weiterer Folge gilt es zu bedenken, dass gerade die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens nicht nur ein Grundprinzip der Mediation darstellt, sondern auch ein wesentlicher Umstand für die Medianten selbst ist, ein solches Verfahren zu beginnen, und daher jeder Aufweichung der Vertraulichkeit mit großer Skepsis zu begegnen ist.<sup>124</sup>

Besonders in einer solchen Konstellation hat der Mediator die Medianten über die Unterschiede zwischen einem eingetragenen Mediator und einem Mediator nach GewO aufzuklären und diese Aufklärung zur Minderung der Haftung in der Mediationsvereinbarung anzuführen.

### 3.1.2.4. Die Haftpflichtversicherung des Mediators

#### § 19 ZivMediatG

- (1) *„Der Mediator hat zur Deckung der aus seiner Tätigkeit entstehenden Schadenersatzansprüche bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abzuschließen und diese während der Dauer seiner Eintragung in der Liste der Mediatoren aufrechtzuerhalten.“*
- (2) *„Für den Versicherungsvertrag muss folgendes gelten:*
  1. *auf ihn muss österreichisches Recht anwendbar sein;*
  2. *die Mindestversicherungssumme hat 400 000 Euro für jeden Versicherungsfall zu betragen;*
  3. *der Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist unzulässig.“*
- (3) *„Die Versicherer sind verpflichtet, dem Bundesminister für Justiz unaufgefordert und umgehend jeden Umstand zu melden, der eine Beendigung oder Einschränkung des Versicherungsschutzes oder eine Abweichung von der ursprünglichen Versicherungsbestätigung bedeutet oder bedeuten kann, und auf Verlangen des Bundesministers für Justiz über solche Umstände Auskunft zu erteilen. Der Mediator hat diesem den Bestand der Haftpflichtversicherung jederzeit nachzuweisen.“*

---

<sup>123</sup> Vgl.: *Beirer*, Mediation in Zivilrechtssachen, 35 f.

<sup>124</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 15 Rz 1.21.

Der Mediator ist verpflichtet eine Haftpflichtversicherung für seine Tätigkeit als Mediator abzuschließen. Diese deckt Schadenersatzansprüche aus seiner Tätigkeit im Mediationsverfahren ab und muss, solange der Mediator in der Liste der eingetragenen Mediatoren aufscheint, aufrecht gehalten werden. Dies hat zur Folge, dass die Medianden bei einem eingetragenen Mediator davon ausgehen können, dass dieser über eine entsprechende Haftpflichtversicherung verfügt. Dies bedeutet daher auch einen Vertrauensschutz für die Medianden. Die Versicherung muss außerdem bei einem zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherer abgeschlossen werden. Diese Regelung dient der Vermeidung von Verzögerungen im Zuge der Abwicklung von Schadenersatzansprüchen, die sich üblicherweise bei ausländischen Versicherungsunternehmen ergeben können. Im Sinn des Gemeinschaftsrechts werden unter zum Geschäftsbetrieb in Österreich berechtigten Versicherern auch alle im europäischen Wirtschaftsraum zugelassenen Versicherungsanstalten verstanden. Jedoch muss auf alle Haftpflichtversicherungen österreichisches Recht anwendbar sein. Auch ein Ausschluss oder eine zeitliche Begrenzung der Nachhaftung des Versicherers ist gem § 19 Abs 2 Z 3 ZivMediatG ausdrücklich untersagt, um den Versicherungsschutz in jeden Fall zu erhalten. Hat der Mediator bereits eine Haftpflichtversicherung im Rahmen eines anderen Berufes wie z.B.: Rechtsanwalt oder Notar abgeschlossen und deckt diese Versicherung auch die Tätigkeit als Mediator ab, so ist dies dem BMJ nachzuweisen.<sup>125</sup> Laut Gesetzgeber muss im Nachweis der Haftpflichtversicherung explizit ausgeführt sein, dass „eine den Voraussetzungen des § 19 entsprechende Haftpflichtversicherung besteht“<sup>126</sup>. Die Mindestversicherungssumme muss für jeden einzelnen Versicherungsfall 400 000 Euro betragen. Die Höhe der Deckungssumme orientiert sich an den Versicherungen anderer freier Berufe im Justizbereich. Wird diese Deckungssumme nicht erreicht, so sind die Anforderungen an die Haftpflichtversicherung nicht erfüllt und der Mediator ist aus der Liste der eingetragenen Mediatoren zu streichen.<sup>127</sup> Zusätzlich wurde ein doppelter Kontrollmechanismus geschaffen. Zum einen ist der Mediator selbst verpflichtet, jegliche Änderungen oder Einschränkung des Versicherungsschutzes dem BMJ zu melden. Ebenso muss der Mediator in der Lage sein, jederzeit, z.B.: im Fall einer stichprobenartigen Kontrolle, den Bestand der Haftpflichtversicherung ausführlich belegen zu können.<sup>128</sup> Zum anderen ist gem § 19 Abs 3 ZivMediatG der Versicherer selbst, neben dem Mediator, verpflichtet, jede Änderung oder Einschränkung des Versicherungsschutzes dem

---

<sup>125</sup> Vgl.: Hopf, ÖJZ 2004/3, 50.

<sup>126</sup> Zit.: ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 30.

<sup>127</sup> Vgl.: ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 30.

<sup>128</sup> Vgl.: Fuchshuber, Mediation im Zivilrecht, 21 f.

BMJ zu melden. Dieser doppelte Kontrollmechanismus ist in Hinblick auf die Liste der eingetragenen Mediatoren von essentieller Bedeutung. Schließlich sollen potentielle Medianden auf die Richtigkeit der beim BMJ aufliegenden Liste vertrauen können.<sup>129</sup>

Die Haftpflichtversicherung umfasst die Bezahlung von Schadenersatz (Geld) an die geschädigten Parteien ebenso wie die Kosten für die Abwehr von unbegründeten Schadenersatzansprüchen. Die Haftpflichtversicherung deckt jedoch nicht die Bezahlung von Geldstrafen verwaltungsbehördlicher Bescheide oder strafrechtlicher Verurteilungen ab. Da die Haftpflichtversicherung nur den Schaden aus der Tätigkeit des Mediators abdeckt, gilt es diese Tätigkeit näher zu definieren. In jedem Fall besteht die Hauptleistungspflicht des Mediators gegenüber den Medianden in der Leitung und Begleitung des Mediationsprozesses. Der Mediator schuldet daher aufgrund seiner Ausbildung seine diesbezüglichen Kenntnisse und Fähigkeiten. Jede Pflichtverletzung macht ihn daher schadenersatzpflichtig. Die genauen Vereinbarungen sind der Mediationsvereinbarung zu entnehmen, es kann aber davon ausgegangen werden, dass der Mediator in jedem Fall die Pflichten, die sich aufgrund der Grundprinzipien der Mediation ergeben, einzuhalten hat. Die Mediation ist strikt von der Rechtsberatung zu trennen.<sup>130</sup> Daher schuldet der Mediator keine Beratung bezüglich des Inhalts der Mediation. Eine Ausnahme bildet jedoch die Verpflichtung des Mediators auf einen Beratungsbedarf vor allem in rechtlichen Belangen hinzuweisen ebenso wie die Hinweispflicht auf die Form des Mediationsergebnisses, so dass die rechtliche Umsetzung sichergestellt ist. Nach hL genügt hier der ausdrückliche Hinweis des Mediators auf die Einholung von externer Beratung durch einen Rechtsanwalt oder Notar, der aus Beweisgründen in den Sitzungsprotokollen des Mediators vermerkt wird.<sup>131</sup>

---

<sup>129</sup> Vgl.: ErläutRV 24 B1gNR 22. GP 30.

<sup>130</sup> Vgl.: § 16 Abs 1 ZivMediatG.

<sup>131</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 99 ff.

### 3.1.2.5. Fortbildung

#### § 20 ZivMediatG

*„Der Mediator hat sich angemessen, zumindest im Ausmaß von fünfzig Stunden innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren, fortzubilden und dies dem Bundesminister alle fünf Jahre nachzuweisen.“*

Durch diese Bestimmung soll eine gleich bleibende Qualität der Ausbildung der Mediatoren gewährleistet werden. Mediatoren sind verpflichtet, sich mindestens im Ausmaß von fünfzig Stunden in fünf Jahren fortzubilden. Als Fortbildung gelten laut Gesetzgeber die Teilnahme an Fachseminaren, Workshops oder auch an Fallanalysen und berufsbegleitender Supervision uä.<sup>132</sup> Eine Lehrtätigkeit wird nicht als Fortbildung gewertet, da es sich um die Vermittlung eigenen Wissens handelt und sie keine Fortbildung in einer Vertiefung oder eines Erlernens neuer Bereiche der Mediation darstellt.<sup>133</sup> Um in der Mediatorenliste weiter aufzuscheinen, ist die Fortbildung dem BMJ unaufgefordert durch entsprechende Unterlagen nachzuweisen.<sup>134</sup> Erwähnenswert an dieser Stelle ist die Tatsache, dass auch nicht eingetragene Mediatoren, die der GewO unterliegen, dieselbe Anzahl an Ausbildungsstunden leisten müssen wie eingetragene Mediatoren nach dem ZivMediatG. Somit stellt sich berechtigterweise die Frage nach den Gründen der nicht eingetragenen Mediatoren, sich nicht in die Liste des BMJ eintragen zu lassen, obwohl sie die notwendigen Voraussetzungen zur Eintragung erfüllen.

### 3.1.2.6. Mitteilungspflicht

#### § 21 ZivMediatG

*„Der Mediator hat dem Bundesminister für Justiz unverzüglich jede Änderung von Umständen, die seine Eintragung in die Liste der Mediatoren betreffen, mitzuteilen. Die Eintragung ist entsprechend zu ändern.“*

Den Mediator trifft eine Mitteilungspflicht bei allfälligen Änderungen der Daten, die ihn betreffen und in der Liste der Mediatoren aufscheinen. Diese Änderungen muss er

---

<sup>132</sup> Vgl.: Roth/Markowetz, JBl 2004, 300.

<sup>133</sup> Vgl.: ErläutRV 24 B1gNR 22. GP 30.

<sup>134</sup> Vgl.: Hopf, ÖJZ 2004/3, 46 f.

unverzüglich den zuständigen Organen des BMJ melden und die Daten sind von diesen von Amts wegen entsprechend zu ändern.<sup>135</sup> Diese Regelung ist auch Ausdruck des Vertrauensschutzes, da schließlich die möglichen Parteien auf die Richtigkeit der Liste angewiesen sind.<sup>136</sup> Diese Bestimmung ist auch durch eine Strafbestimmung gem § 32 Z 2 ZivMediatG abgesichert. Eine Zuwiderhandlung der Mitteilungspflicht durch einen Mediator wird mit einer Verwaltungsstrafe von bis zu 3 500 Euro bestraft.<sup>137</sup>

### **3.2. Verträge in der Mediation**

Bereits aus den vorherigen Kapiteln lässt sich erahnen, dass das Mediationsverfahren aufgrund seines Wesens ein großes Haftungspotential aufweist. Ein eindeutiges Indiz dafür ist die Verpflichtung des Mediators eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Diese soll allfällige Schadenersatzansprüche aus der Tätigkeit des Mediators abdecken. Ein großer Anknüpfungspunkt, neben den immanenten Grundsätzen bzw Grundprinzipien der Mediation, stellt die Mediationsvereinbarung dar. In diesem zwischen den Medianden und dem Mediator abgeschlossenen Vertrag können die Vertragsparteien individuelle Vereinbarungen zur Durchführung des Mediationsverfahrens treffen, deren Verletzung durch den Mediator zu einer Schadenersatzpflicht führen kann. Diese individuellen Vereinbarungen spiegeln die Individualität eines jeden Konfliktes wider und zeigen einmal mehr, dass eine Standardisierung des Mediationsverfahrens nicht möglich ist. Jedoch hat der Mediator als Gestalter der Verträge die Möglichkeit durch möglichst große Klarheit spätere Konflikte zu vermeiden oder zumindest Einfluss auf das Haftungspotential zu nehmen. Ebenso gilt es die nicht unwesentliche Rolle der Grundberufe der Mediatoren zu beurteilen, da sich die Frage stellt, ob das daraus resultierende und in die Mediation eingebrachte Wissen einen Einfluss auf die Beurteilung von Schadenersatzansprüchen ausübt. Schließlich steht es jedem offen die Ausbildung zum Mediator abzuschließen, so dass es Mediatoren aus den unterschiedlichsten Bereichen gibt, die ihr Spezialwissen der Grundberufe in die Mediation einbringen. Ist auf Mediatoren, die ihr Spezialwissen einbringen, daher ein höherer Sorgfaltsmaßstab anzuwenden? Eine weitere Frage stellt sich bei näherer Betrachtung des § 16 ZivMediatG, der eine Beratung, insbesondere eine Rechtsberatung, ausdrücklich untersagt und es daher

---

<sup>135</sup> Vgl.: *Ferz/Filler*, Mediation, § 21 Rz 2.

<sup>136</sup> Vgl.: ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 31.

<sup>137</sup> Vgl.: ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 35.

Mediatoren mit einem juristischen Grundberuf ausdrücklich verbietet ihr Spezialwissen einzusetzen, was gegen die Anwendung eines höheren Sorgfaltsmaßstabs spricht.

Die Haftung des Mediators soll nun in den folgenden Kapiteln beleuchtet werden, ebenso wie die im ZivMediatG verankerte Haftpflichtversicherung. Wann kommt sie zur Anwendung? Für welche Schäden haftet sie und für welche nicht? Um auf diese Fragen ausführlich eingehen zu können, muss zuvor eine rechtliche Beurteilung der Mediationsvereinbarung erfolgen. Es liegt schließlich ohne Zweifel ein Vertrag zwischen den Medianden und dem Mediator vor, jedoch gilt es zu klären, worin die jeweiligen Hauptleistungs- und Nebenleistungspflichten liegen bzw welche Art von Vertrag überhaupt vorliegt, um die jeweiligen Rechtsfolgen bestimmen zu können. Daher soll in den folgenden Kapiteln zunächst eine ausführliche rechtliche Beurteilung der Mediationsvereinbarung ebenso wie des Mediationsabschlussvertrages erfolgen, um danach die Haftung des Mediators aus der Mediationsvereinbarung bzw aus dem Mediationsabschlussvertrag näher zu beleuchten.

### 3.2.1. Die Mediationsvereinbarung

Unter der Mediationsvereinbarung wird jene Vereinbarung verstanden, die zwischen den Medianden und dem Mediator zu Beginn des Mediationsverfahrens, üblicherweise in der ersten Sitzung, erarbeitet wird und die Durchführung der Mediation zum Inhalt hat.<sup>138</sup> Im Sinn der Privatautonomie ist sie grundsätzlich formfrei. Genauer gesagt handelt es sich bei der Mediationsvereinbarung um zwei Verträge. Einerseits um den Mediationsvertrag, eine Vereinbarung zwischen den Medianden und dem Mediator, und andererseits um den Mediandenvertrag, der nur zwischen den Medianden selbst abgeschlossen wird.<sup>139</sup> Da jedoch in der Praxis zumeist bloß eine Vereinbarung getroffen wird, die sowohl das Verfahren als auch die Beziehungen der Medianden untereinander sowie zum Mediator regelt, wird in der Literatur überwiegend nur einer der beiden Begriffe verwendet, der sowohl die Vereinbarung der Medianden untereinander als auch zum Mediator erfasst (aA *Fitsch*<sup>140</sup>).<sup>141</sup> In Deutschland wird der Mediandenvertrag auch als Mediationsvereinbarung bezeichnet.<sup>142</sup> In Hinblick auf die Haftung des Mediators ist besonderes Augenmerk auf den Mediationsvertrag zu legen, da

---

<sup>138</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement 116 f.

<sup>139</sup> Vgl.: *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 8 ff.

<sup>140</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, FN 23 73.

<sup>141</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 65.

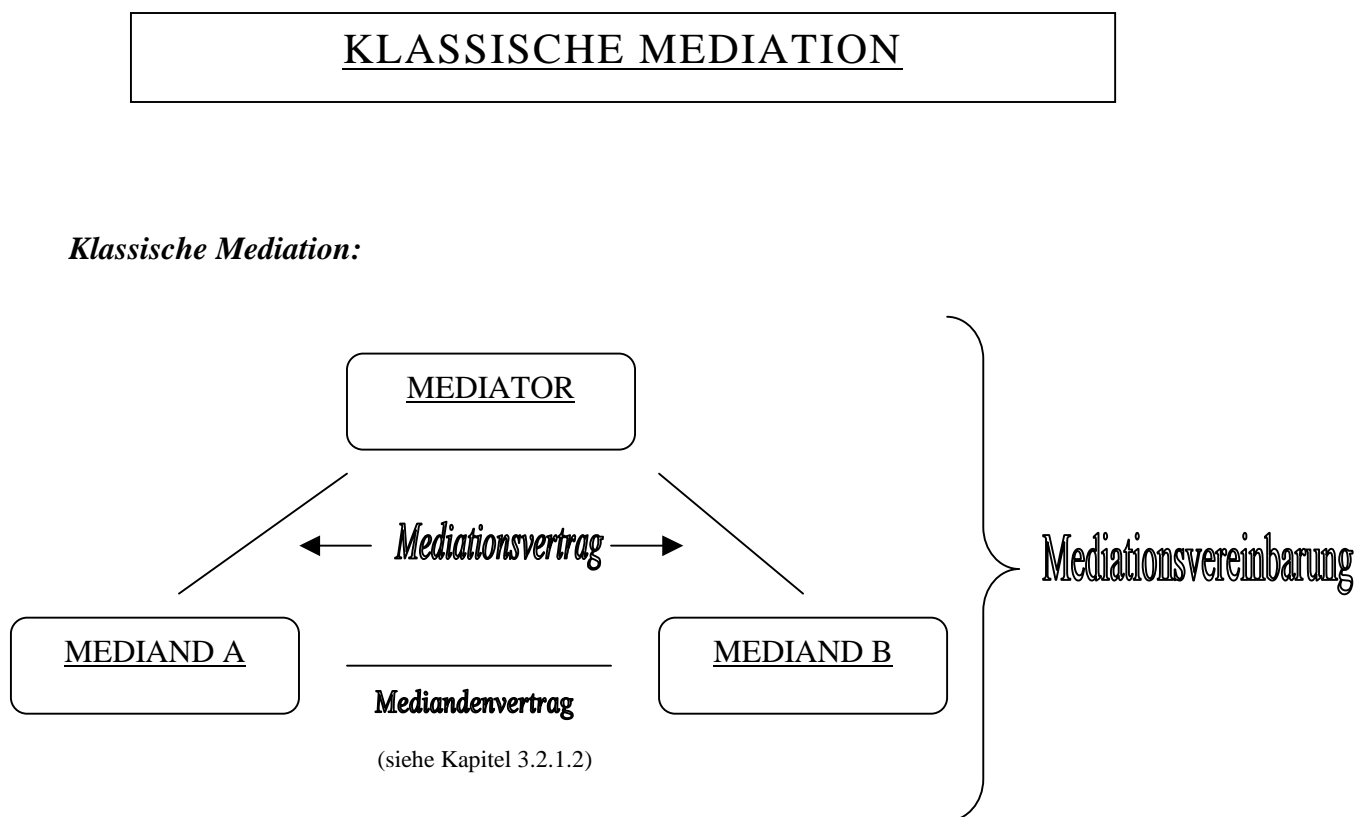
<sup>142</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.17.



es sich hierbei um eine Vereinbarung zwischen den Medianden und dem Mediator handelt, worin die jeweiligen Vertragspflichten festgehalten werden. Gerade in Bezug auf eine Vertragsverletzung und eine möglicherweise sich daraus ergebende Haftung des Mediators wird wohl die Beurteilung des Mediationsvertrags entscheidend sein.<sup>143</sup>

Der Lesbarkeit halber werden in der vorliegenden Arbeit die Begriffe der Mediationsvereinbarung, des Mediandenvertrags und des Mediationsvertrags verwendet, wobei die Mediationsvereinbarung als Oberbegriff sowohl für die Vereinbarung unter den Medianden als auch für die Vereinbarung der Medianden mit dem Mediator zu Beginn der Mediation steht. Es wird jedoch an den passenden Stellen auf die jeweilige Zuordnung, entweder zum Medianden- oder Mediationsvertrag, hingewiesen.

Abb. 4.



<sup>143</sup> Vgl.: Likar/Krommer, AnwBl 2005, 66f.

### 3.2.1.1. Inhalt der Mediationsvereinbarung

Die Mediationsvereinbarung stellt üblicherweise den Beginn des Mediationsverfahrens dar. Ausgehend von der vorangegangenen Begriffserklärung würde dies bedeuten, dass als Beginn der Mediation die ersten Mediationssitzungen zu gelten haben, wenn sich die Beteiligten über den Inhalt der Mediationsvereinbarung geeinigt haben. Dies ist jedoch nicht der Fall. *„Der Mediator hat den Beginn, die Umstände, aus denen sich ergibt, ob die Mediation gehörig fortgesetzt wurde, sowie das Ende der Mediation zu dokumentieren. Als Beginn der Mediation gilt der Zeitpunkt, zu dem die Parteien übereingekommen sind, den Konflikt durch Mediation zu lösen....“*<sup>144</sup> Das bedeutet streng genommen, dass gem der vorher angeführten Zweiteilung in einen Mediandenvertrag und in einen Mediationsvertrag bereits die Übereinkunft der Parteien ein Mediationsverfahren zu beginnen den Beginn der Mediation darstellt. Somit können der Beginn der Mediation und die Erarbeitung der Mediationsvereinbarung zeitlich auseinander fallen.<sup>145</sup> Dies macht es erforderlich, dass der Mediator den Zeitpunkt des Entschlusses der Parteien eine Mediation zu beginnen erfragt und dokumentiert, da die für die Medianden bedeutsame Fristenhemmung (§ 22 ZivMediatG) an den Beginn der Mediation anknüpft.<sup>146</sup>

Die Mediationsvereinbarung ist grundsätzlich aufgrund der Vertragsfreiheit der Parteien formfrei. Eine Ausnahme bilden die Regelungen der „FLAG Mediatoren“, die gem § 11 der Ausführungsrichtlinie zur Mediation iVm § 39c FLAG die Schriftlichkeit ausdrücklich vorschreiben. Somit kann ein individueller Verfahrensplan unter Berücksichtigung der Grundprinzipien der Mediation erstellt werden. Aus diesen Grundprinzipien und den Bestimmungen des ZivMediatG ergeben sich nach *Falk/Pruckner* folgende typische Inhalte einer Mediationsvereinbarung, die ebenso wie andere gesetzliche Regelungen der Formfreiheit Grenzen setzen:<sup>147</sup>

1. Die Freiwilligkeit des Verfahrens
2. Zeugnisverweigerungsrecht und Vernehmungsverbot des Mediators als Zeuge in einem eventuell später stattfindenden Gerichtsverfahren (Vgl.: Kapitel 3.1.2.3.)

---

<sup>144</sup> Zit.: § 17 Abs 1 ZivMediatG.

<sup>145</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 98.

<sup>146</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 4.2.

<sup>147</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg.), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement 120 f.

3. Ein umfassendes Beendigungsrecht aller Parteien als Ausdruck der absoluten Freiwilligkeit des Verfahrens
4. Die Eigenverantwortlichkeit und inhaltliche Verantwortung der Parteien  
Diese werden ersichtlich, wenn man bedenkt, dass die Parteien selbst unter Anleitung des Mediators, der auf die Einhaltung der Grundsätze einer Mediation achtet, gewisse Grundregeln, z.B. die der Kommunikation untereinander, erarbeiten. Typische Regeln wären das gegenseitige Zuhören, den anderen ausreden lassen und nicht unterbrechen, ein faires und gerechtes Verhandeln und keine verbalen Untergriffe.<sup>148</sup> Es ist wesentlich, dass diese Regeln von den Medianden selbst aktiv erarbeitet werden und der Mediator von einer autoritären Festlegung abzusehen hat. „*Es wird damit also auch an gesellschaftlich anerkannte moralische Werte appelliert, ohne diese mit Zwangsgewalt durchsetzen zu können.*“<sup>149</sup> Somit wird sichergestellt, dass nichts gegen den Willen einer Partei vereinbart wird, und das Gefühl eines gemeinsamen Miteinander der Medianden geschaffen („Kooperation statt Konfrontation“).<sup>150</sup>
5. Der Verzicht der Parteien während des Mediationsverfahrens auf ein Anspruchsdenken, also Rechtspositionen zugunsten von Interessen und Motiven („Harvard Konzept“)<sup>151</sup>
6. Die Pflicht zur lösungsorientierten Mitwirkung der Parteien  
Dies beinhaltet die in der Einleitung angeführte Pflicht der Parteien zur Offenlegung aller relevanten Informationen, die zur Lösung des Konflikts beitragen könnten.
7. Die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (Vgl. Kapitel 3.1.2.3.)
8. Die Pflicht der Parteien „*alles zu verhindern, was dem konstruktiven Fortgang des Verfahrens schaden könnte (z.B. Repressionsmaßnahmen)*“.<sup>152</sup> Solche liegen z.B. in der Wirtschaftsmediation in der Drohung eines Medianden seinem Gegenüber zukünftige Aufträge zu entziehen.

---

<sup>148</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.6.

<sup>149</sup> Zit.: *Ganner*, ÖJZ 2001, 713.

<sup>150</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 73 f.

<sup>151</sup> Vgl.: *Neubauer*, AnwBl 2001, 244.

<sup>152</sup> Zit.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 21.

## 9. Die Allparteilichkeit sowie die Prozessverantwortlichkeit des Mediators

## 10. Die Hinweispflicht des Mediators auf Beratungsbedarf

Die Hinweispflicht in ihren unterschiedlichen Formen wird im Kapitel 4.2.1. zusammen mit einer genauen Darstellung der Rechte und Pflichten des Mediators ausführlich abgehandelt.

Abgesehen von diesem typischen Inhalt hat die Literatur gewisse Mindestanforderungen (*essentialia negotii*) an die Mediationsvereinbarung festgelegt. So müssen in der Vereinbarung die Vertragsparteien, Medianden und Mediator, wie auch der Vertragsgegenstand und das Thema der Mediation festgelegt werden. Sinnvollerweise empfiehlt es sich auch das Honorar des Mediators in der Vereinbarung schriftlich festzuhalten<sup>153</sup>, da dieser ansonsten nur ein angemessenes Entgelt gem § 1152 ABGB erhalten würde. *„Ist im Vertrage kein Entgelt bestimmt und auch nicht Unentgeltlichkeit vereinbart, so gilt ein angemessenes Entgelt als bedungen“*. Die Angemessenheit wird im Streitfall von einem Richter unter Berücksichtigung der Dauer der Mediation und nach Anhörung eines Sachverständigen festgelegt.<sup>154</sup> Grundsätzlich führt dies meist zu einem Verlustgeschäft für den Mediator. Auch nachträgliche Änderungen sind jederzeit möglich, wenn die Parteien es wünschen. Diese Änderungen erfolgen durch eine formlose Abänderungsvereinbarung oder einvernehmliches Nichteinhalten. Eine Schriftlichkeit der Änderungen ist nicht erforderlich, jedoch aufgrund der Beweisbarkeit zu empfehlen.<sup>155</sup> Es ist selbstverständlich auch möglich, im Rahmen der Vertragsfreiheit Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) in die Mediationsvereinbarung aufzunehmen.<sup>156</sup> Hierbei handelt es sich um einseitig vorformulierte Vertragsbedingungen, die von einem Vertragsteil meist dann verwendet werden, wenn er sich in einer stärkeren Verhandlungsposition befindet. Nur dann ist es ihm möglich, diese einseitigen Vertragsbedingungen durchzusetzen. Andererseits können Allgemeine Geschäftsbedingungen auch dazu dienen den Vertragsparteien notwendige Einzelregelungen zu ersparen. Dieser Grund wird auch für die Verwendung von AGB's in der Mediationsvereinbarung heranzuziehen sein, da zwischen dem Mediator und den Medianden schon aufgrund des Wesens des Rechtsgeschäfts nicht von einer stärkeren oder schwächeren Verhandlungsposition is einer wirtschaftlichen Überlegenheit gesprochen werden kann.

<sup>153</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 65.

<sup>154</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 24.

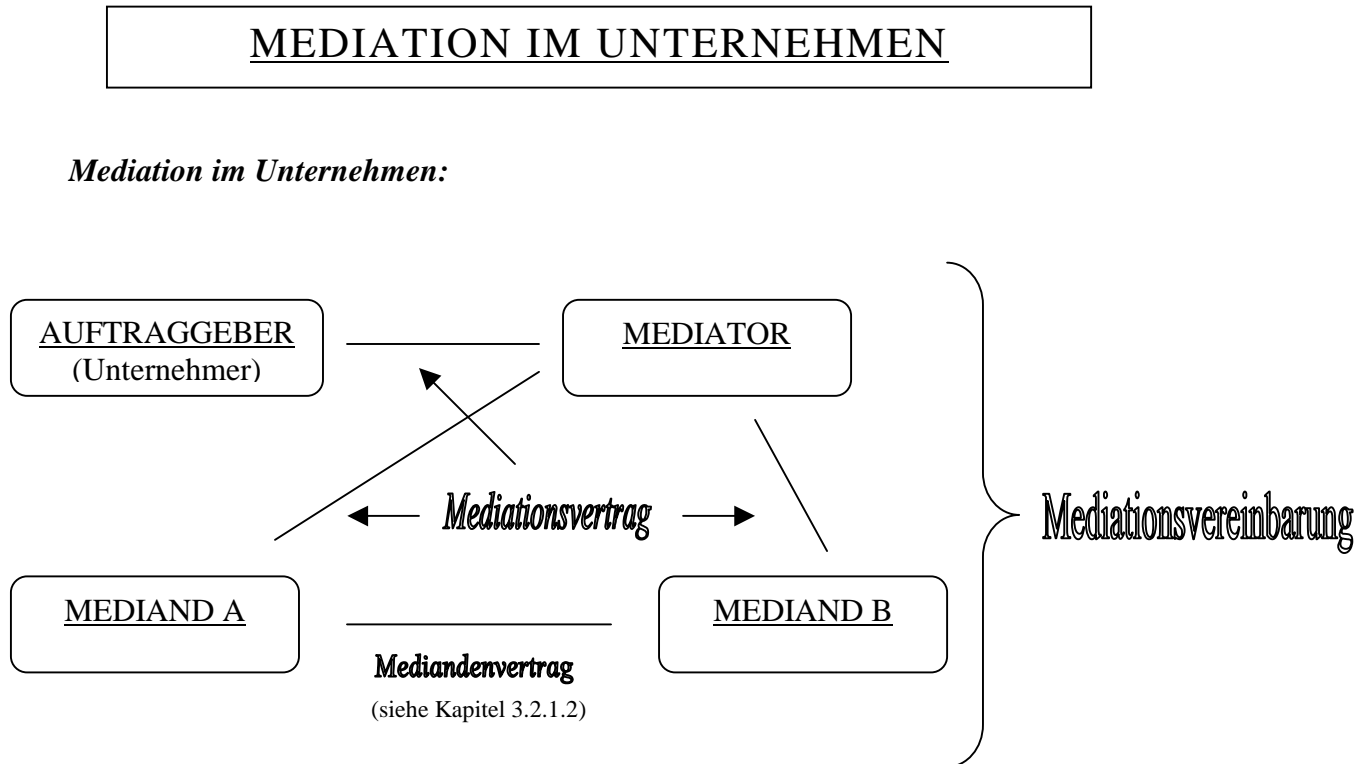
<sup>155</sup> Vgl.: OGH 10.7.1974, 1 Ob 118/74.

<sup>156</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.13.

Damit die AGB's Vertraginhalt werden, muss der Mediator diese mit den Medianden ausdrücklich oder konkludent vereinbaren. Weiters dürfen diese nicht grob benachteiligend sein. Sie sind jedoch dennoch rechtsgültig, wenn der Mediator die Medianden ausdrücklich auf den benachteiligenden Inhalt der Klauseln hingewiesen hat (vgl. § 864a ABGB).<sup>157</sup>

Findet eine Mediation in einem Unternehmen statt, so ist der Auftraggeber ebenfalls als Vertragspartei in der Mediationsvereinbarung zu berücksichtigen. Daher enthält diese Mediationsvereinbarung auch Regelungen zwischen dem Mediator und dem Auftraggeber über die allgemeinen Bedingungen der Mediation. Es ist jedoch zu beachten, dass alle Grundprinzipien wie z.B. die Offenheit und Transparenz, die zwischen den Medianden und dem Mediator im Mediationsverfahren gelten, nicht auf den Auftraggeber erweiterbar sind, da dieser am Prozess selbst nicht beteiligt ist und seine Verpflichtung bloß in der Bezahlung des Entgelts des Mediators besteht. Somit widerspricht z.B. eine Vereinbarung, die eine Berichterstattungspflicht des Mediators an den Auftraggeber über den Inhalt von Mediationsgesprächen bewirkt, dem Prinzip der Vertraulichkeit der Mediation.<sup>158</sup>

Abb. 5.



<sup>157</sup> Vgl.: Bydlinski, Bürgerliches Recht I - Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (2005), Rz 6/23 ff.

<sup>158</sup> vgl.: Falk/Koren, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.9.

Aufgrund der Grundprinzipien der Mediation lässt sich das Mediationsverfahren in ein 5-Stufensystem, auch Phasenmodell der Mediation genannt, gliedern. Die Einhaltung dieses Systems wird vom Mediator als Überwacher des Prozesses gelenkt und gestattet den Medianden eine ausführliche Bearbeitung des Mediationsthemas. Eine Abweichung von diesem System unter Einhaltung der Grundprinzipien der Mediation hindert nicht an einer Qualifizierung als Mediationsverfahren.<sup>159</sup> Ein wesentliches Merkmal des Verfahrens ist schließlich die Flexibilität und Dynamik der Mediation. Dies bedeutet, dass die unterschiedlichen Phasen der Mediation eine bloße Richtlinie, gewissermaßen die Basis für jede Mediation darstellen und sich zeitlich nicht festlegen lassen.<sup>160</sup>

### 3.2.1.2. Der Mediandenvertrag

Neben dem Mediationsvertrag entsteht nach hA durch die Übereinkunft der Parteien, den Konflikt durch Mediation zu lösen, ein zweiter Vertrag: der Mediandenvertrag. Vertragspartner sind hier ausschließlich die Medianden. Im Sinn der Privatautonomie ist der Mediandenvertrag an keine Formvorschriften gebunden. Er kann somit ebenso wie die Mediationsvereinbarung formfrei geschlossen werden und kommt durch übereinstimmende Willenserklärung der Parteien zustande. Da die Einwilligung der Medianden ein Mediationsverfahren zu beginnen die Voraussetzung für den Mediationsvertrag darstellt, handelt es sich bei dem Mediandenvertrag um eine „conditio sine qua non“. Grundsätzlich enthält der Mediandenvertrag bloß die Einwilligung der Parteien den Konflikt durch ein Mediationsverfahren zu lösen. Daraus lassen sich jedoch drei wesentliche Punkte des Mediandenvertrags herausfiltern, die in jedem Fall kumulativ gegeben sein müssen, so dass eine Mediandenvertrag vorliegt und in Folge überhaupt ein Mediationsvertrag geschlossen werden kann:<sup>161</sup>

1. Übereinkommen der Parteien, dass ein Konflikt zwischen ihnen existiert.
2. Übereinkommen, dass dieser Konflikt mittels Mediation gelöst werden soll.
3. Übereinkommen der Parteien, das den allgemein bürgerlich-rechtlichen Grundsätzen entspricht (va keine Sittenwidrigkeit nach § 879 Abs 1 ABGB).

---

<sup>159</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, FN 19 73.

<sup>160</sup> Vgl.: *Breidenbach/Falk*, in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch, 259 f.

<sup>161</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.19. ff.

Wesentlich ist, dass der Mediandenvertrag ausschließlich zwischen den Medianden geschlossen wird. Dies bedeutet, dass alle in diesem Vertrag geschlossenen Vereinbarungen nur zwischen den Medianden wirken. Auch jene Regelungen zwischen den Medianden, die einen Klageverzicht oder die Nichtverwendung von Beweismitteln in einem darauf folgenden Prozess beinhalten, werden dem Mediandenvertrag zugeordnet. Das Gleiche wird auch für die von den Medianden selbst aufgestellten Verfahrensregeln zu gelten haben, die ausschließlich zwischen ihnen gelten. Es besteht auch die Möglichkeit einen Mediandenvertrag in Form einer Mediationsklausel in den Vertrag aufzunehmen. Die Mediationsklausel ist mit einer Schiedsklausel vergleichbar und drückt den Willen der Parteien aus, eventuelle Streitigkeiten mittels Mediation lösen zu wollen.<sup>162</sup>

### **Exkurs: Der Mediationsabschlussvertrag**

Das Mediationsverfahren endet gem § 17 Abs 1 ZivMediatG entweder aufgrund des Entschlusses einer Partei oder beider Parteien die Mediation nicht mehr fortsetzen zu wollen oder aufgrund des Abbruchs der Mediation durch den Mediator selbst. Der Abbruch durch die Medianden ist Ausdruck der absoluten Freiwilligkeit des Verfahrens und muss daher auch nicht begründet werden. Die andere Möglichkeit liegt in der Erzielung eines Konsenses durch die Parteien.<sup>163</sup> Im Mediationsabschlussvertrag, auch Abschlussvertrag genannt, wird das zuvor im Mediationsverfahren erarbeitete Ergebnis festgehalten. Die jeweiligen Willenserklärungen für die Beendigung der Mediationsvereinbarung können gem § 863 Abs 1 ABGB ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Laut *Pruckner* muss eine Beendigung des Mediationsverfahrens durch die Erstellung eines Mediationsabschlussvertrags nicht zwingend erfolgen, auch wenn dies den Regelfall darstellt.<sup>164</sup> So kann zum Beispiel eine Realitätsprüfung auf Haltbarkeit der vorläufigen Vereinbarung in Form einer Evaluierung erfolgen, die weitere Termine der Medianden mit dem Mediator auch nach Abschluss des Vertrags zur Folge haben kann. Das bedeutet, dass die Mediation auch nach Erstellung des Mediationsabschlussvertrags weitergeführt werden kann und erst mit den entsprechenden Willenserklärungen der Medianden als beendet gilt.

Der Mediationsabschlussvertrag ist streng von der Mediationsvereinbarung, die zu Beginn der Mediation geschlossen wird, zu unterscheiden. Es handelt sich hierbei um eine iS der

---

<sup>162</sup> Vgl.: *Nölting*, Mediatorenverträge, 9 ff.

<sup>163</sup> Vgl.: § 17 Abs 1 ZivMediatG.

<sup>164</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 50 f.

Privatautonomie formfreie Vereinbarung, die zwischen den Medianden geschlossen wird und die Neuordnung ihrer persönlichen Verhältnisse zum Inhalt hat. Er dient folglich dazu das Ergebnis des Prozesses festzuhalten.<sup>165</sup> Der Mediationsabschlussvertrag kann bereits eine präzise Regelung für die Umsetzung des Ergebnisses unter Berücksichtigung aller Eventualitäten beinhalten oder bloß weitere Vorgangsweisen und Zusatzvereinbarungen zum Inhalt haben. So wird sicherlich im Fall einer Scheidung die Vermögensaufteilung und das Obsorgerecht für die gemeinsamen Kinder ebenso wie eine mögliche Unterhaltszahlung zu behandeln sein. Andere Aspekte wie etwa Gesellschaftsrechte, Abfertigungen etc wird es im Fall einer Wirtschaftsmediation zu behandeln geben. Grundsätzlich ist eine Schriftlichkeit der getroffenen Vereinbarungen nicht erforderlich (Ausnahme FLAG Mediatoren), diese ist jedoch aufgrund von Beweis- und Dokumentationszwecken zu empfehlen.<sup>166</sup> Gem § 17 Abs 2 ZivMediatG hat der Mediator, wenn die Medianden es verlangen, auch das Ergebnis der Mediation sowie die zur rechtlichen Umsetzung des Ergebnisses notwendigen Schritte schriftlich festzuhalten und den Medianden auszuhändigen. Eine falsche Auskunft, die gegen den objektiven Sorgfaltsmaßstab eines eingetragenen Mediators verstößt (Vgl. Kapitel 4.3.2.), führt zur Schadenersatzpflicht des Mediators.

Bei der rechtlichen Qualifikation des Mediationsabschlussvertrags ist auf die Willenserklärungen der Medianden gem § 861 ABGB abzustellen. Somit bestimmen die Medianden welche Rechtsfolgen sie durch den Mediationsabschlussvertrag herbeiführen möchten. Daher ist es auch durchaus möglich, dass die Parteien das Ergebnis nur unverbindlich festhalten und noch einer rechtlichen Prüfung unterziehen wollen. Der Mediationsabschlussvertrag hat in der Praxis verschiedenste Ausgestaltungsmöglichkeiten. Es kann sich hierbei sowohl um Deklarationen, Absichtserklärungen, Punktationen oder ein bloßes Protokoll als auch um ausformulierte Vereinbarungen handeln. Zu beachten ist jedoch, dass eine Punktation (§ 885 ABGB) nicht bloß eine unverbindliche Auflistung der Vertragspunkte darstellt, sondern die Parteien bereits vertragliche Ansprüche gegeneinander gewinnen.

Wesentlich ist, dass durch den Mediationsabschlussvertrag noch keine rechtliche Umsetzung der Lösung aus dem Mediationsprozess zwingend erfolgen muss. Die Umsetzung kann daher, sofern sie nicht bereits durch den Mediationsabschlussvertrag erfolgte, auch außerhalb des Mediationsverfahrens stattfinden.<sup>167</sup> Hierbei ist der Wille der Medianden ausschlaggebend. Den Idealfall stellt eine Beendigung des Mediationsverfahrens mittels einer Punktation dar.

---

<sup>165</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 66.

<sup>166</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 7.

<sup>167</sup> Vgl.: *Ferz/Filler*, Mediation, 130.



Diese wird anschließend, nach der Mediation, von den Anwälten der Medianden in die erforderliche Form gegossen. Der Mediator ist jedoch in jedem Fall verpflichtet, bei der Erarbeitung der Lösung die Medianden auf den Bedarf von rechtlicher Beratung sowie auf die Rechtsfolgen der jeweiligen Form des Abschlussvertrags hinzuweisen. Der bloße Hinweis darauf genügt, um die ihn treffende Aufklärungspflicht zu erfüllen. Aus Beweisgründen hat der Mediator auch diesen Zeitpunkt zu dokumentieren.<sup>168</sup>

Wichtig zu erwähnen ist in diesem Zusammenhang die besondere Stellung von Mediatoren, die als Anwalt oder Notar auch über eine berufsrechtliche Berechtigung verfügen, Mediationsabschlussverträge in die notwendige rechtliche Form zu gießen. Grundsätzlich gilt das Vertretungs- und Beratungsverbot des Mediators gem § 16 Abs 1 ZivMediatG. Dieses untersagt es ausdrücklich, in einem Konflikt, auf den sich die Mediation bezieht oder bezogen hat, zu beraten oder eine Partei zu vertreten. Jedoch besteht hier eine Ausnahmeregelung. Danach ist ein Mediator, der über die berufsrechtlichen Voraussetzungen verfügt, berechtigt den Mediationsabschlussvertrag in eine rechtliche Form zu gießen, wenn beide Medianden dies ausdrücklich wünschen.<sup>169</sup> Die Umsetzung findet jedoch außerhalb der Mediation statt und muss extra abgerechnet werden. Dies hat zur Folge, dass mögliche Haftungsansprüche aus Fehlern aus der Umsetzung des Mediationsverfahren selbst nicht mehr berühren. Im Übrigen hat ein Mediator seine Rolle streng festzulegen. Es muss daher klar sein, ob er z.B. als Anwalt oder als Mediator auftritt. Die Haftung des Mediators wird durch die zusätzlichen Kenntnisse grundsätzlich nicht erhöht, da der objektive Sorgfaltsmaßstab eines eingetragenen Mediators (Vgl Kapitel 4.3.2.) herangezogen wird. Es besteht jedoch die Möglichkeit, das Spezialwissen des Mediators durch Regelungen in der Mediationsvereinbarung mit einzubeziehen.<sup>170</sup>

In der Praxis ziehen es die Mediatoren jedoch vor, eine Punktation aufzusetzen, die danach von den Medianden ihren Anwälten zur rechtlichen Überprüfung vorgelegt wird oder im Betrieb einer Realitätsprüfung unterzogen wird. Auch für Mediatoren mit einem juristischen Grundberuf ist dies die gängige Lösung, obwohl sie aufgrund ihres Grundberufes zur speziellen Vertragsgestaltung berechtigt wären.<sup>171</sup>

---

<sup>168</sup> Vgl.: ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 19.

<sup>169</sup> Vgl.: *Ferz*, perspektive mediation 2005/1, 19.

<sup>170</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 65.

<sup>171</sup> Vgl.: *Berger/Ukowitz*, Die Stellung der Mediation im Rechtssystem, in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement 105 (111 f).

### **3.3. Rechtliche Beurteilung der Mediationsvereinbarung**

Die Mediationsvereinbarung wird im Rahmen der Privatautonomie formfrei von den Medianden und dem Mediator durch die Abgabe von Willenserklärungen, die auf das Herbeiführen von Rechtsfolgen gerichtet sind, geschlossen. Dies bedeutet, dass die Vereinbarung zur Mediation entweder schriftlich, mündlich oder konkludent erfolgen kann. Diese Regelungen zum Rechtsgeschäft gem den privatrechtlichen Grundsätzen ergeben sich aus §§ 861, 863 ABGB.<sup>172</sup>

#### § 861 ABGB

*„Wer sich erklärt, daß er jemandem sein Recht übertragen, das heißt, daß er ihm etwas gestatten, etwas geben, daß er für ihn etwas tun, oder seinetwegen etwas unterlassen wolle, macht ein Versprechen; nimmt aber der andere das Versprechen gültig an, so kommt durch den übereinstimmenden Willen beider Teile ein Vertrag zustande. So lange die Unterhandlungen dauern, und das Versprechen noch nicht gemacht, oder weder zum voraus, noch nachher angenommen ist, entsteht kein Vertrag.“*

#### § 863 ABGB

- (1) „Man kann seinen Willen nicht nur ausdrücklich durch Worte und allgemein angenommene Zeichen; sondern auch stillschweigend durch solche Handlungen erklären, welche mit Überlegung aller Umstände keinen vernünftigen Grund, daran zu zweifeln, übrig lassen.“*
- (2) „In bezug auf die Bedeutung und Wirkung von Handlungen und Unterlassungen ist auf die im redlichen Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche Rücksicht zu nehmen.“*

Aber auch der Privatautonomie sind Grenzen gesetzt. Im Rahmen der Mediation darf die Mediationsvereinbarung nicht den Grundprinzipien der Mediation widersprechen und nicht gegen zwingende Normen oder die guten Sitten gem § 879 ABGB verstoßen. Ist die Mediationsvereinbarung gem § 879 Abs 1 ABGB absolut nichtig, so wird der Vertrag so behandelt, als wäre er gar nicht zustande gekommen. Die absolute Nichtigkeit wird von Amts

---

<sup>172</sup> Vgl.: *Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechts*<sup>13</sup> I 96 ff.

wegen wahrgenommen. So sind etwa Mediationsvereinbarungen mit Geschäftsunfähigen absolut nichtig. Im Gegensatz dazu handelt es sich bei § 879 Abs 2 ABGB lediglich um eine relative Nichtigkeit, auf die sich die betroffene Partei berufen muss. Tut sie dies nicht so bleibt der Vertrag bestehen. In Bezug auf die Mediationsvereinbarung wäre lediglich Wucher denkbar und kann zur Anfechtung durch die Medianden führen.<sup>173</sup>

Werden jedoch bloß die Grundprinzipien der Mediation durch abweichende Regelungen der Vertragsparteien verletzt, so liegt ein gültiger Vertrag vor, der jedoch aufgrund der Verletzungen nicht zur Anwendung des ZivMediatG führt. Eine Einschränkung der Privatautonomie erfährt die Mediation auch im Rahmen der geförderten Mediation in familienrechtlichen Konfliktfällen. Gem § 11 der Ausführungsrichtlinie zur Mediation iVm § 39c FLAG hat der Abschluss einer Mediationsvereinbarung schriftlich zu erfolgen.<sup>174</sup> Die Schriftlichkeit dient der Beweisbarkeit und der Transparenz des Verfahrens und empfiehlt sich auch für alle übrigen Mediationsverfahren.<sup>175</sup>

Es besteht auch die Möglichkeit, dass der Mediator Allgemeine Geschäftsbedingungen in den Vertrag einbringt. Damit diese rechtswirksam sind, müssen diese mit den Medianden ausdrücklich oder konkludent vereinbart werden. Haben sie zusätzlich einen ungewöhnlichen und für die Medianden benachteiligenden Inhalt (z.B. die Medianden stellen die Räumlichkeiten und das Arbeitsmaterial und müssen dem Mediator im Voraus einen Betrag in Höhe von zwanzig Mediationsstunden bezahlen), so hat der Mediator darauf hinzuweisen.<sup>176</sup> Da der Mediator üblicherweise die Mediation als freiberufliche Tätigkeit ausübt (ausgenommen innerbetriebliche Mediation), kann auch der Konsumentenschutz auf die Mediationsvereinbarung zur Anwendung kommen, wenn die Medianden als Verbraucher auftreten. Dies ist üblicherweise in der Familienmediation und der Nachbarschaftsmediation der Fall. Treten die Medianden ebenfalls als Unternehmer auf, kommt das KSchG mangels Verbraucher nicht zum Zug.<sup>177</sup>

Aufgrund der obigen Ausführungen hat eine gültige Mediationsvereinbarung sich trotz der individuellen Anpassung des Verfahrens durch die Medianden an die Grundprinzipien der Mediation zu halten und darf zwingendes Recht nicht verletzen. Dies ist vom Mediator zu überwachen. Die Mediationsvereinbarung bildet somit die Basis für ein erfolgreiches Verfahren. Es gilt nun die Mediationsvereinbarung, rechtlich gesehen, näher zu beleuchten. Ohne Zweifel liegen bei der Mediationsvereinbarung nicht bloß einseitige Verpflichtungen,

---

<sup>173</sup> Vgl.: *Bydlinski*, Bürgerliches Recht I - Allgemeiner Teil<sup>3</sup> Rz 7/3.

<sup>174</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation, 19.

<sup>175</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I 97 f.

<sup>176</sup> Vgl.: § 864a ABGB.

<sup>177</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.21.

aus denen eine Seite bloß berechtigt und die andere nur verpflichtet wird, vor. Es handelt sich vielmehr um ein Wechselspiel von Rechten und Pflichten, so dass jede Seite sowohl Gläubiger als auch Schuldner ist.<sup>178</sup>

Die Mediationsvereinbarung enthält sowohl Hauptleistungs- als auch Nebenleistungspflichten, die sich in selbstständige und unselbstständige Nebenleistungen unterteilen lassen. Unter der Hauptleistungspflicht versteht man jene Verpflichtung, weswegen die Parteien den Vertrag geschlossen haben. Sie charakterisiert daher den Vertragstyp und macht das Wesen des Rechtsgeschäfts aus. Die unselbstständigen oder auch eigentlichen Nebenleistungspflichten dienen der Hauptleistung und können daher von dieser rechtlich nicht getrennt werden (z.B.: Pflicht des Verkäufers die verkaufte Ware einzupacken). Unselbstständige Nebenleistungspflichten können nicht nur explizit vereinbart werden, sondern sich auch aus der Vertragsauslegung ergeben. Im Gegensatz dazu hat der Gläubiger an einer selbstständigen Nebenleistung ein besonderes Erfüllungsinteresse. Diese kann auch getrennt von der Hauptpflicht als eigenständige Leistung gesehen werden und steht im Gegensatz zur unselbstständigen Nebenleistungspflicht im Entgeltsverhältnis (z.B.: Verpflichtung des Verkäufers ein verkauftes Gerät regelmäßig zu warten). Sie werden auch als „kleine Hauptleistungspflichten“ bezeichnet.<sup>179</sup>

### **3.3.1. Die Pflichten des Mediators aus der Mediationsvereinbarung**

Die Pflichten des Mediators gegenüber den Medianden sind ohne Unterschiede einheitlich geregelt. Eine unterschiedliche Regelung würde das Prinzip der Allparteilichkeit des Mediators sowie die Grundprinzipien der Mediation verletzen und die ordnungsgemäße Durchführung einer Mediation verhindern.<sup>180</sup> Die Medianden sind somit dem Mediator gegenüber iS des ZivMediatG gleichgestellt. Die Pflichten des Mediators lassen sich in die zuvor beschriebenen Haupt- und Nebenleistungspflichten gliedern.

---

<sup>178</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I 115 f.

<sup>179</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> II (2007) 3 ff.

<sup>180</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 74.

### 3.3.1.1. Hauptleistungspflicht

Die Hauptleistungspflicht des Mediators stellt die ordnungsgemäße Verfahrensbegleitung dar. Es wird im Gegensatz zum schiedsgerichtlichen Verfahren kein Erfolg geschuldet sondern die „lege artis“ durchgeführte Prozessleitung, die die Medianden von einem eingetragenen Mediator erwarten dürfen. Die genauen Befugnisse des Mediators ergeben sich zum Teil aus den Grundsätzen des Mediationsverfahrens, aus den Rechten und Pflichten des Mediators nach dem ZivMediatG sowie aus der individuell gestalteten Vereinbarung mit den Medianden. Es ist jedoch wichtig hervorzuheben, dass der Mediator als Verfahrensverantwortlicher lediglich als „Hüter des Verfahrens“ fungiert und daher die Einhaltung der Verfahrenstruktur durch die Medianden, die die „Herren des Verfahrens“ sind, steuert und überwacht. Ein Abweichen von den Grundsätzen der Mediation oder der Verfahrenstruktur z.B. durch das Einbringen von Lösungsvorschlägen durch den Mediator führt zu einer Schadenersatzpflicht des Mediators, sofern sein Fehlverhalten anhand des objektiven Sorgfaltsmaßstabs eines eingetragenen Mediators festgestellt werden kann.<sup>181</sup>

Eine weitere Hauptleistungspflicht stellt nach *Falk/Koren* die Aufklärungspflicht des Mediators nach dem ZivMediatG dar. Diese ergibt sich aus § 16 ZivMediatG und umfasst die Pflicht des Mediators, die Medianden über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation aufzuklären, ebenso wie die Pflicht, auf einen Bedarf von Beratung, insbesondere rechtliche Beratung, hinzuweisen.<sup>182</sup> Man könnte allerdings auch argumentieren, dass eine Hervorhebung dieser Hauptleistungspflicht, wie sie in der Literatur vorgenommen wird, überflüssig ist, da sich diese Pflichten bereits aus der „lege artis“ durchgeführten Verfahrensbegleitung ergeben. Schließlich erwarten sich die Medianden von einer „lege artis“ Verhandlungsbegleitung nach dem ZivMediatG auch die Einhaltung der Bestimmungen des ZivMediatG. Ihr Hauptinteresse liegt somit in einer Verfahrensbegleitung nach dem ZivMediatG und umfasst daher auch die angesprochenen Pflichten des Mediators. Eine weitere denkbare Möglichkeit wäre es, die Aufklärungspflicht nicht als Hauptleistungspflicht, sondern als selbstständige Nebenleistungspflicht zu betrachten, da das Interesse der Medianden, der Hauptgrund des Vertragsschlusses, zweifellos auf eine Konsensfindung unter Anleitung des Mediators gerichtet ist. Auch ein Interesse der Medianden an der Aufklärung durch den Mediator ist zu bejahen und kann mE, wenn es sich nicht schon aus der

---

<sup>181</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76.

<sup>182</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.16.4.

Verfahrensbegeleitung durch den Mediator ergibt, nur als selbstständige Nebenleistungspflicht gesehen werden, die im Entgeltsverhältnis steht.

Auch eine Einordnung in die klassische Gruppe der Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten als unselbstständige Nebenleistungspflicht scheint denkbar und wird auch teilweise von *Fitsch* vorgenommen, der die Aufklärungspflicht in Bezug auf „eine vermittlungsorientierte Betreuung der zwischenmenschlichen Abläufe“<sup>183</sup> als Hauptleistungspflicht sieht, „während sich die Aufklärungspflichten (als unselbstständige Nebenleistungspflichten) auf hemmende Einflüsse beziehen, die von außen auf die Konfliktbearbeitung einwirken können.“<sup>184</sup> Dieser Auffassung ist zu folgen, da die Aufklärungspflicht nach dem ZivMediatG wohl kaum gleichgesetzt werden kann mit den allgemeinen Aufklärungspflichten, die jedem Vertragsverhältnis immanent sind. Schließlich wäre ansonsten die Aufklärungspflicht nach dem ZivMediatG überflüssig. Dies wird sicher nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein, so dass der Zweiteilung der Aufklärungspflicht nach *Fitsch* zu folgen ist.<sup>185</sup>

### 3.3.1.2. Nebenleistungspflicht

Wie bereits oben ausgeführt, gilt es zwischen selbstständigen und unselbstständigen Nebenleistungspflichten zu unterscheiden. Der Unterschied zwischen selbstständigen und unselbstständigen Nebenleistungspflichten liegt in der Entgeltlichkeit der selbstständigen Nebenleistungspflicht. Dieser kann somit ein entsprechender Wert zugeordnet werden und sie kann losgelöst von der Hauptleistungspflicht bestehen. Zusätzlich besteht ein besonderes Interesse einer Partei an deren Erfüllung. Der unselbstständigen Nebenleistung kommt bloß dienende Funktion in Bezug auf eine reibungslose Erfüllung der Hauptleistung zu. Eine besondere Problematik bietet die Abgrenzung zwischen selbstständigen Nebenleistungspflichten und der Hauptleistungspflicht. Diese ist oft schwer zu treffen und ist in der Regel nach dem Einzelfall zu beurteilen. Nach hA liegt jedoch bereits eine Entgeltlichkeit vor, wenn eine Verpflichtung zu einem Tun oder Unterlassen gegeben ist.<sup>186</sup>

Laut *Fitsch* liegt eine selbstständige Nebenleistungspflicht des Mediators in der Geheimhaltungspflicht für die während des Vermittlungsprozesses aufgetauchten Informationen. Dies wird damit begründet, dass die Geheimhaltung für die Mediatoren einen

---

<sup>183</sup> Zit.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76.

<sup>184</sup> Zit.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76.

<sup>185</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76.

<sup>186</sup> Vgl.: *Rummel* in *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I (2000) § 859 Rz 7.

Teil des Gegenwertes darstellt, den sie für die Entlohnung der Hauptleistungspflicht (Verfahrensbegleitung durch den Mediator) erhalten wollen. Die gleiche Argumentationsweise lässt sich mE auch auf die vorhin angesprochene Aufklärungspflicht des Mediators anwenden, um zum Ergebnis einer selbstständigen Nebenleistungspflicht zu gelangen.<sup>187</sup>

Die unselbstständigen Nebenleistungspflichten des Mediators, also jene Pflichten, die der Erfüllung der Hauptleistungspflicht dienen, können zahlreich sein. Diese ergeben sich vor allem aus der Mediationsvereinbarung und können daher individuell vereinbart werden (z.B.: Bereitstellung der Räumlichkeiten oder der Arbeitsmaterialien). Die klassischen unselbstständigen Nebenleistungspflichten stellen die Aufklärungs- Schutz- und Sorgfaltspflichten dar, die jedoch von der Aufklärungspflicht des Mediators nach dem ZivMediatG, eine Hauptleistungspflicht, streng zu unterscheiden ist.

Abb. 6.

## **DIE PFLICHTEN DES MEDIATORS AUS DER MEDIATIONSVEREINBARUNG**

### **Hauptleistungspflichten:**

1. „lege artis“ Verfahrensbegleitung („Hüter des Verfahrens“)
2. Aufklärungspflicht nach ZivMediatG über Wesen und Rechtsfolgen der Mediation
3. Hinweispflicht auf externe Beratung

### **Nebenleistungspflichten:**

1. Verschwiegenheitspflicht
2. Aufklärungs- und Sorgfaltspflicht
3. Individuelle Vereinbarungen (z.B. Arbeitsutensilien und Räumlichkeiten)

<sup>187</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76.

### 3.3.2. Die Pflichten der Medianden aus der Mediationsvereinbarung

Auch die Pflichten der Medianden lassen sich in zwei Bereiche unterteilen. Einerseits die Verpflichtungen der Medianden untereinander, die daher dem Mediandenvertrag zuzuordnen sind, und andererseits die Pflichten der Medianden gegenüber dem Mediator, die, genau genommen, im Mediationsvertrag geregelt werden.<sup>188</sup>

#### 3.3.2.1. Hauptleistungspflicht

Die Hauptleistungspflicht der Medianden untereinander liegt in der Bereitschaft zur Mediation und im entsprechenden kooperativen und produktiven Verhalten in den Mediationssitzungen, um gemeinsam eine Lösung zu finden. *Fitsch* bezeichnet daher die Hauptleistungspflicht der Parteien „*als Verhandlungspflicht nach den Grundprinzipien der Mediation, welche im Mediationsvertrag (Anm. d. V. Mediationsvereinbarung) verbindlich vereinbart wurden*“.<sup>189</sup> Eine Verletzung der Verhandlungspflicht z.B. durch wiederholte Abwesenheit eines Medianden wird den Mediator mE zur Beendigung des Mediationsverfahrens aus wichtigem Grund berechtigen, da eine qualifizierte Pflichtverletzung der Partei vorliegt, die eine Durchführung der Mediation für den Mediator unmöglich macht.<sup>190</sup>

Gegenüber dem Mediator liegt die Hauptleistungspflicht in der Bezahlung des Entgelts.<sup>191</sup> Eine andere Hauptleistungspflicht der Medianden gegenüber dem Mediator ist fast nicht möglich, da eine Unentgeltlichkeit grundsätzlich nicht möglich ist. Liegt eine solche vor, so wird vermutlich eine Bekanntschaft zu einer Partei bestehen. Dies wiederum würde dem Grundsatz der Allparteilichkeit widersprechen und das Mediationsverfahren unmöglich machen. Kennt der Mediator jedoch beide Medianden und wird diese Bekanntschaft für alle Beteiligten offen gelegt, so steht dies nicht im Widerspruch zur Allparteilichkeit. Auch wenn der Mediator von Dritten bezahlt wird, ändert sich nichts an seinem wirtschaftlichen Interesse, so dass die Leistung des Entgelts grundsätzlich immer die Hauptleistungspflicht der Medianden gegenüber dem Mediator darstellt. Theoretisch wäre eine unentgeltliche

---

<sup>188</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz*, Handbuch 118 f.

<sup>189</sup> Zit.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 74.

<sup>190</sup> Vgl.: *Pruckner*, Recht der Mediation 53 f.

<sup>191</sup> Vgl.: *Falk/Pruckner* in *Falk/Heintel/Krainz*, Handbuch 118 f.



Mediation denkbar. Jedoch gilt es zu hinterfragen, worauf das Interesse des Mediators gerichtet ist, da „Freundschaftsdienste“ nach *Fitsch* nicht mit den Grundprinzipien vereinbar sind.<sup>192</sup>

### 3.3.2.2. Nebenleistungspflicht

Laut *Fitsch* liegen die selbstständigen Nebenleistungspflichten der Medianden untereinander in der Verpflichtung der Unterlassung gerichtlicher Schritte während des Mediationsprozesses sowie in der Offenlegung aller für das Verfahren wichtigen Informationen. Allgemein kann gesagt werden, dass alle Nebenabreden, die zu einer Verpflichtung beider Medianden im gleichen Ausmaß führen, in die Gruppe der selbstständigen Nebenleistungspflichten fallen, sofern sie keine Hauptleistung darstellen.<sup>193</sup> Selbstständige Nebenleistungspflichten der Medianden gegenüber dem Mediator sind kaum denkbar, da laut *Fitsch* selbst alternative Wege der Entlohnung des Mediators im Zweifel als Erfüllung der Hauptleistungspflicht und nicht als selbstständige Nebenleistungspflicht gesehen werden.<sup>194</sup> Somit liegt lediglich die Hauptleistungspflicht der Medianden in der Bezahlung des Entgelts vor. Eine mögliche Nebenleistungspflicht der Medianden gegenüber dem Mediator liegt jedoch in der Aufklärungspflicht bezüglich aller Sachverhalte, die der Erfüllung der Hauptleistungspflicht, also der Entlohnung des Mediators, im Wege stehen. Diese Aufklärungspflicht zählt jedoch ebenso wie die Schutz- und Sorgfaltspflichten zu den unselbstständigen Nebenleistungspflichten. Auch die Medianden untereinander treffen Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten. So hat ein Mediand die Beteiligten darüber aufzuklären, wenn er nicht mehr gewillt ist weiter an der Konfliktlösung zu arbeiten oder Informationen erhält, die einem Konsens im Wege stehen. Weitere unselbstständige Nebenleistungspflichten liegen in der Vertraulichkeit aller im Verfahren offen gelegten Informationen ebenso wie im Verbot des Vermittlers als Zeugen.<sup>195</sup>

---

<sup>192</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 74 f.

<sup>193</sup> Vgl.: *Gschnitzer in Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> IV/1 (1968) 467.

<sup>194</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 75 FN 35.

<sup>195</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 75 f.

Abb. 7.

**DIE PFLICHTEN DER MEDIANDEN AUS DER  
MEDIATIONSVEREINBARUNG**

**Gegenüber dem Mediator:**

**Hauptleistungspflichten:**

→ Bezahlung des vereinbarten Entgelts

**Nebenleistungspflichten:**

→ Aufklärungspflicht bezüglich aller Umstände, die der Realisierung der Hauptleistungspflicht im Weg stehen

**Gegenüber den Medianden:**

**Hauptleistungspflichten:**

→ Verhandlungspflicht nach den Grundprinzipien der Mediation

**Nebenleistungspflichten:**

→ Unterlassung rechtlicher Schritte während des Mediationsprozesses

→ Vertraulichkeit der Informationen

→ Offenlegung aller der Mediation dienenden/hemmenden Informationen (Aufklärungspflicht)

### 3.3.3. Das Verhältnis der Medianden zum Mediator

Wie bereits ausführlich dargelegt, handelt sich im Verhältnis der Medianden zum Mediator um ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, da jede Partei sowohl berechtigt als auch verpflichtet wird. Die Hauptleistungspflicht des Mediators stellt die „lege artis“ Verhandlungsbegleitung dar und ist vom Mediator in jeder Mediationssitzung zu erbringen. Die Hauptleistungspflicht der Medianden besteht in der Honorarbezahlung des Mediators sowie in der Mitwirkungspflicht an der Mediation, die dem Mediandenvertrag zu zuordnen ist.<sup>196</sup> Der Leistungsgegenstand in Form der Verhandlungsbegleitung ist inhaltlich ausreichend bestimmt. Da es jedoch an einer zeitlichen Festsetzung der Erbringung der Leistungen mangelt, liegt nach hL ein Dauerschuldverhältnis und kein Zielschuldverhältnis, das auf einen konkreten Erfolg ausgerichtet ist, vor.<sup>197</sup>

Folglich gilt es zu prüfen, ob sich das angesprochene Dauerschuldverhältnis unter einen der bestehenden Vertragstypen des Schuldrechts subsumieren lässt. Es gilt somit die Anwendung des Dienstvertrags (§§1151 ff ABGB), des freien Dienstvertrags sowie des Werkvertrags (§§ 1165 ff ABGB) zu überprüfen. Hinzu kommt noch die Prüfung der rechtlichen Bestimmungen des Auftrags (§§ 1002 ff ABGB).

#### Der Auftrag (§§ 1002 ff ABGB)

*„Ein Auftrag ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, Geschäfte eines anderen auf dessen Rechnung zu besorgen“ (§ 1002 ABGB)*

Unter der Geschäftsbesorgung werden nach hA nur Rechtsgeschäfte oder Rechtshandlungen verstanden. Für tatsächliche Handlungen bestehen eigene Vertragstypen, so dass diese nicht in die Regelungen des Auftrags fallen.<sup>198</sup> Bei der Tätigkeit des Mediators handelt es sich um eine Verfahrensbegleitung bzw eine Konfliktbearbeitung. Da keine Rechtsgeschäfte abgeschlossen oder Rechtshandlungen besorgt werden, sind die Regelungen des §§ 1002 ff ABGB nicht anwendbar. Es liegt daher kein Auftrag vor. Laut *Fitsch* können

---

<sup>196</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.16.4.

<sup>197</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 78.

<sup>198</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> II 209 f.

jedoch diese Regelungen zur Anwendung kommen, wenn die Medianden einen Anwaltsmediator mit der rechtlichen Umsetzung einer Scheidungsmediation beauftragen.<sup>199</sup> Dieser Auftrag ist jedoch getrennt von den Regelungen der Mediationsvereinbarung zu beurteilen.<sup>200</sup>

### Der Dienstvertrag (§§ 1151 ff ABGB) bzw freie Dienstvertrag

#### § 1151 ABGB

*(1) „Wenn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag.“*

Der Dienstvertrag ist durch die Erbringung von Arbeitsleistung gekennzeichnet. Der Dienstnehmer schuldet daher bloß seine Arbeitskraft und keinen bestimmten Erfolg. Er ist jedoch in das Unternehmen des Dienstgebers eingegliedert. Diese Eingliederung äußert sich in der persönliche Abhängigkeit, die durch die Gebundenheit des Dienstnehmers an Arbeitsort, Arbeitszeit und Arbeitsabfolge gekennzeichnet ist. Der freie Dienstvertrag, der gesetzlich nicht geregelt ist, unterscheidet sich vom gewöhnlichen Dienstvertrag durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit. Der freie Dienstnehmer schuldet zwar auch seine Arbeitsleistung, er ist jedoch nicht in die Unternehmensstruktur des Dienstgebers eingegliedert und nicht an die Weisungen des Vorgesetzten gebunden.<sup>201</sup> Die Unterscheidungsmerkmale zum Dienstvertrag müssen nicht kumulativ gegeben sein und können in unterschiedlicher Ausprägung vorliegen. Auch die Bezeichnung des Vertrages ist unerheblich, da es ausschließlich auf die tatsächliche Tätigkeit ankommt.<sup>202</sup>

Die Einordnung des Mediationsvertrags als Dienstvertrag scheitert am Fehlen der persönlichen Abhängigkeit des Mediators. Der Mediator ist während des Mediationsprozesses weder weisungsgebunden noch liegen sonstige Gründe vor, die auf eine persönliche Abhängigkeit des Mediators gegenüber den Medianden hindeuten. Der freie Dienstvertrag jedoch, der durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit gekennzeichnet ist, scheint auf den ersten Blick anwendbar. Der Mediator ist zwar bei der Durchführung der Mediation an

<sup>199</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 79 FN 67.

<sup>200</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 79.

<sup>201</sup> Vgl.: *Koziol/Welser Grundriss*<sup>13</sup> II 249 ff.

<sup>202</sup> Vgl.: OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d.

die Vereinbarungen mit den Medianden gebunden, von einer persönlichen Abhängigkeit kann jedoch keine Rede sein. Somit scheinen die Regelungen des freien Dienstvertrags auf den Mediationsvertrag anwendbar.<sup>203</sup>

### Der Werkvertrag (§§ 1165 ff ABGB)

Der Werkvertrag ist durch die entgeltliche Vereinbarung zur Herstellung eines bestimmten Werkes gekennzeichnet. Grundsätzlich handelt es sich bei einem Werkvertrag um ein Zielschuldverhältnis, da ein konkreter Erfolg geschuldet wird. Es erscheint schon zu Beginn merkwürdig einen Werkvertrag, der ein klassisches Zielschuldverhältnis darstellt, in ein Dauerschuldverhältnis zu zwingen. Nach hM ist dies jedoch zulässig.<sup>204</sup> Da das geschuldete Werk nicht nur ein körperliches Produkt, sondern auch ein ideelles Werk darstellen kann, wäre auch diese Hürde überwunden. Allerdings müsste das zu erbringende Werk den Wünschen und Bedürfnissen der Medianden entsprechen. Dies kann jedoch nicht der Fall sein, da gerade die selbst erarbeitete Lösung der Medianden den Kern des gesamten Mediationsprozesses darstellt. Somit ist das ideelle Werk nicht hinreichend bestimmt und eine Qualifizierung als Werkvertrag zumindest problematisch. Jedoch kann nach *Fitsch* ein werkvertragliches Element dahingehend gesehen werden, dass der Mediator durch seine Tätigkeit eine zwischenmenschliche Atmosphäre schafft, die den Medianden eine Konfliktbereinigung ermöglicht.<sup>205</sup>

Es gilt jedoch in diesem Zusammenhang den Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patienten zu erwähnen, der eine interessante Verbindung zum Mediationsverfahren aufweist, da der Arzt lediglich seine besonderen Kenntnisse in Form einer „lege artis“ durchgeführten Behandlung, aber keinen konkreten Erfolg schuldet. Aufgrund dessen wurde der Behandlungsvertrag vom OGH als nicht näher typisiertes Vertragsverhältnis qualifiziert.<sup>206</sup> Dasselbe wird wohl auch für den Mediator zu gelten haben, der, auch wenn er die geschuldete Verfahrensbegleitung durchführt, nicht für ein die Parteien zufrieden stellendes Ergebnis garantieren kann.<sup>207</sup>

---

<sup>203</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 79.

<sup>204</sup> Vgl.: *Rebhahn* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> VII (2005) § 1165 Rz 5.

<sup>205</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 80.

<sup>206</sup> Vgl.: OGH 7.8.2007, 4 Ob 137/07m.

<sup>207</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 79 f.

Somit enthält der Mediationsvertrag sowohl Elemente des freien Dienstvertrags als auch des Werkvertrags. Laut *Fitsch* gilt es den jeweiligen Einzelfall zu beurteilen. Ist der Parteiwille primär auf die Zurverfügungstellung der Arbeitskraft des Mediators gerichtet, so handelt es sich um einen freien Dienstvertrag. Soll vom Mediator jedoch ein bestimmtes Ergebnis hergestellt werden (z.B. bloße Schaffung einer Gesprächsatmosphäre), so ist dem Werkvertrag der Vorzug zu geben. Im Regelfall enthält der Mediationsvertrag keine genauen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Mediators explizit beschreiben, da dies einer erfolgreichen Mediation, deren Lösungsfindung durch die Medianden erfolgt, abträglich wäre. Auch im Zweifelsfall ist laut *Fitsch* von einem freien Dienstvertrag auszugehen, da die Rechtsfolgen der Beendigung des Mediationsvertrags aufgrund ihrer *ex nunc* Wirkung geeigneter erscheinen.<sup>208</sup>

### 3.3.4. Das Verhältnis der Medianden zueinander

Aufgrund der Ausführungen kann davon ausgegangen werden, dass die Parteien Willenserklärungen abgegeben haben, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sind. Schließlich liegt der Leistungsgegenstand im Versuch eines konstruktiven, gemeinsamen Wirkens der Parteien mit dem Ziel einen Konsens zu erzielen. Zusätzlich können in der Mediationsvereinbarung Regelungen getroffen werden (z.B. keine Verwendung von Informationen in einem eventuellen späteren gerichtlichen Verfahren), um ein rechtlich geschütztes Arbeitsumfeld zu schaffen. Für den Mediator selbst gilt ohnehin die Verschwiegenheitsverpflichtung gem § 18 ZivMediatG (Vgl. Kapitel 2.2.3.). Es ist somit der Wille der Parteien eine Konfliktlösung in einem Mediationsverfahren zu suchen.<sup>209</sup> Eine Einstufung der Mediationsvereinbarung als bloßes Gentlemen's Agreement, also ohne Geschäftswillen der Parteien, liegt eindeutig nicht vor. Eine solche Vereinbarung würde das gesamte Mediationsverfahren zu unverbindlichen Verhandlungen verkümmern lassen, was mit Sicherheit nicht im Sinn der Parteien wäre und alle in der Mediationsvereinbarung enthaltenen Regelungen gegenstandslos machen würde.<sup>210</sup>

Es liegt somit ein gem § 861 ABGB geschlossenes zweiseitig verpflichtendes Rechtsgeschäft vor, da jede Partei sowohl berechtigt als auch verpflichtet wird. Da die Medianden ein Bemühen um eine Konfliktlösung in gleichem Ausmaß schulden, liegt auch eine

<sup>208</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 80.

<sup>209</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 65.

<sup>210</sup> Vgl.: *Kozziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I 97.

Entgeltlichkeit vor, da die jeweiligen Verpflichtungen in einem äquivalenten Verhältnis stehen. Auch die Individualität des Inhalts der Vereinbarung zwischen den Medianden ändert nichts an dem entgeltlichen Charakter der Vereinbarung.<sup>211</sup>

Nun stellt sich jedoch die Frage, ob es sich hierbei um ein Dauerschuldverhältnis oder um ein Zielschuldverhältnis handelt. Ein Dauerschuldverhältnis liegt vor, wenn das Schuldverhältnis mit der Erbringung der Leistung nicht untergeht. Es wird vielmehr ein gewisses Verhalten oder eine periodisch wiederkehrende Leistungserbringung geschuldet. Ein typisches Beispiel für solche Schuldverhältnisse sind Dienstverträge, Bestandverhältnisse oder auch Bezugsverträge. Ein Dauerschuldverhältnis erlischt üblicherweise mit Ablauf einer vereinbarten Zeit oder Kündigung eines Vertragspartners. Im Gegensatz dazu ist das Zielschuldverhältnis auf die einmalige Erbringung einer Leistung gerichtet. Es wird daher kein wiederkehrendes Verhalten oder eine wiederkehrende Leistung geschuldet. Das Zielschuldverhältnis erlischt mit der Erbringung der Leistung (z.B.: Kauf, Tausch, Schenkung).<sup>212</sup>

In unserem Fall haben sich die Medianden in der Mediationsvereinbarung verpflichtet ein Mediationsverfahren iS des ZivMediatG zu führen. Das bedeutet, dass sie nach den Grundsätzen der Offenheit und Freiwilligkeit der Mediation unter der Anleitung des Mediators versuchen zusammen einen Konsens zu finden. Die Parteien schulden demnach keinen Erfolg, sondern ein gewisses Verhalten, nämlich jenes des kooperativen und produktiven Zusammenwirkens, und ein gewisses Umfeld, das ein zweckmäßiges Arbeiten ermöglicht. Eine genaue Darstellung des geschuldeten Verhaltens findet sich in der jeweiligen Mediationsvereinbarung. Dieses Verhalten wird jedoch nicht einmalig geschuldet, sondern muss in jeder Mediationssitzung gegeben sein. Gem § 17 Abs 1 ZivMediatG ist das Mediationsverfahren erst mit einem erarbeiteten Ergebnis oder durch die Ausübung des Beendigungsrechts der Medianden oder des Mediators beendet. Daher ist bloß die Dauer der Mediationsvereinbarung bestimmbar, nicht aber die zu erbringende Leistung. Folglich sind die Verpflichtungen der Medianden aus der Mediationsvereinbarung als Dauerschuldverhältnis zu qualifizieren. Insbesondere die außerordentliche Kündigung in Form des umfassenden Beendigungsrechts der Parteien lässt sich im Dauerschuldverhältnis aufgrund seiner ex nunc Wirkung besser anwenden als das im Rahmen des Zielschuldverhältnis anzuwendende Rücktrittsrecht nach § 918 ABGB, das mit einer ex tunc Wirkung ausgestattet ist.<sup>213</sup>

---

<sup>211</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 66.

<sup>212</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> II 7 ff.

<sup>213</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76 ff.

Aufgrund der Privatautonomie, die die Vertragspartner an keine im Gesetz vorgegebenen Vertragstypen bindet, gilt es nun zu überprüfen, ob die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Medianden sich nicht doch unter einem gesetzlich normierten Vertragstyp subsumieren lassen. Der Dienstvertrag (§§ 1151 ff ABGB) scheitert jedoch am Fehlen der persönlichen Abhängigkeit.<sup>214</sup> Auch eine Qualifikation als freier Dienstvertrag, der durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit gekennzeichnet ist, führt zu keinem zufrieden stellenden Ergebnis, da er die Stellung der Medianden nicht erklären kann.<sup>215</sup> Auch die Bestimmungen des Werkvertrags, die im vorherigen Kapitel behandelt wurden, kommen hier nicht zur Anwendung. Das bedeutet, dass es sich bei den Verpflichtungen zwischen den Medianden nur um ein atypisches Dauerschuldverhältnis handeln kann.<sup>216</sup>

Im Ergebnis handelt es sich laut *Fitsch* bei der Mediationsvereinbarung um eine Vertragskoppelung zweier Hauptverträge, des Mediationsvertrags und des Mediandenvertrags, die jeweils wechselseitig voneinander abhängig sind, wobei *Fitsch*, wohl aufgrund der geeigneteren Rechtsfolgen im Fall der Beendigung bei dem Mediationsvertrag iZw von einem freien Dienstvertrag ausgeht. Diese Koppelung betrifft jedoch lediglich den Abschluss und die Durchführung des Vertrages und nicht die Leistungen des jeweiligen Vertragsverhältnisses. Dies hat zur Folge, dass der Untergang des einen Vertrags auch den Untergang des anderen bedeutet.<sup>217</sup> *Falk/Koren* folgt grundsätzlich der gleichen Auffassung, wobei der Mediationsvertrag nicht als freier Dienstvertrag oder Werkvertrag, sondern primär als atypischer Vertrag gesehen wird, dessen Konkretisierung bei Berücksichtigung des Einzelfalls erfolgt<sup>218</sup>.

---

<sup>214</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> II 249.

<sup>215</sup> Vgl.: *Pfeil* in *Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> VI (2006) §1151 Rz 31.

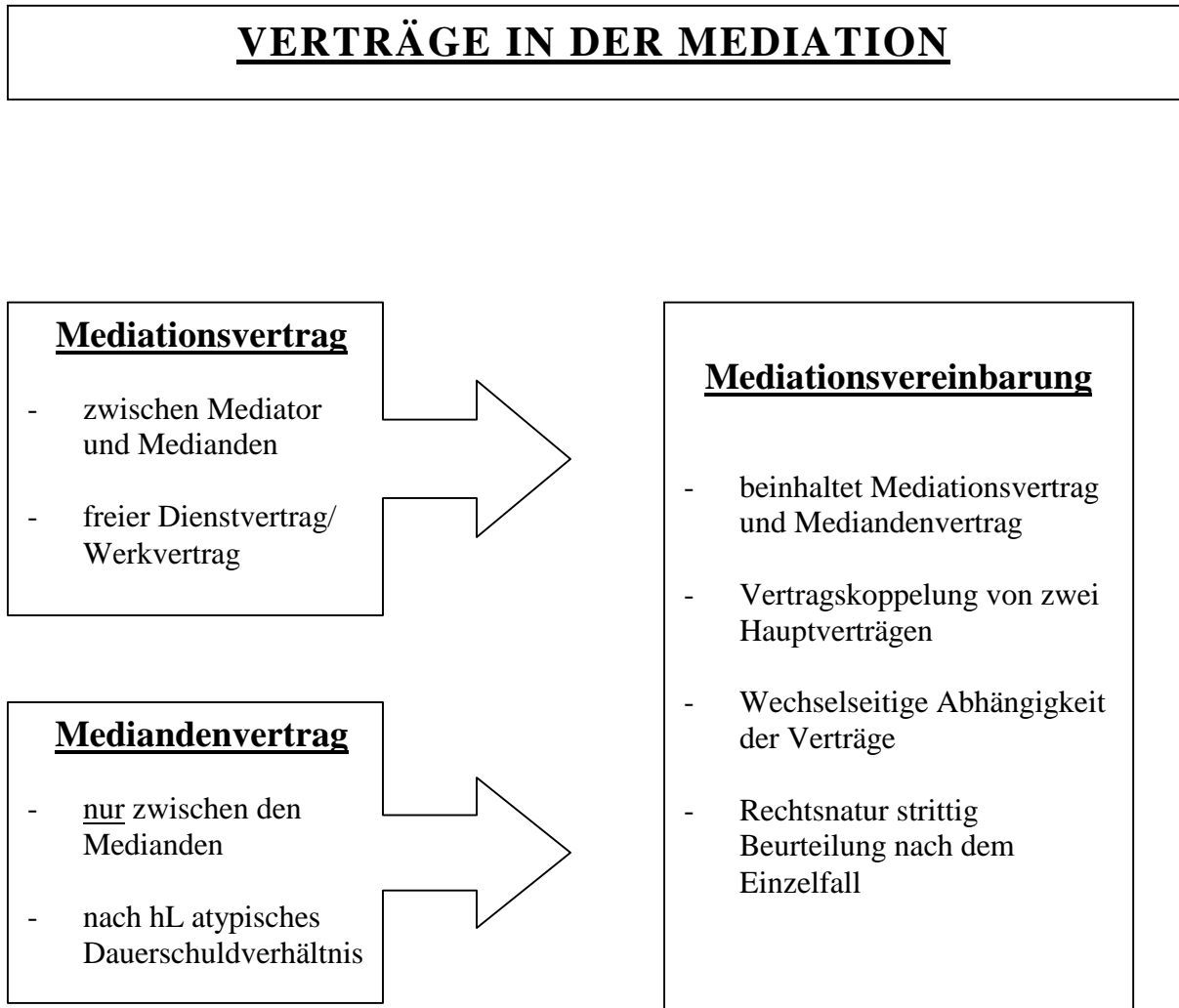
<sup>216</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 76 ff.

<sup>217</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 81.

<sup>218</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.16.5 ff.



Abb. 8.



### **3.4. Rechtliche Grundlagen der Haftung des Mediators**

#### **3.4.1. Allgemeine Schadenersatzregeln des ABGB**

Wie die Ausführungen über die rechtliche Beurteilung der Mediationsvereinbarung gezeigt haben, schuldet der Mediator den Parteien keinen Erfolg, sondern eine „lege artis“ Verhandlungsbegleitung, die in jeder Mediationssitzung zu erbringen ist, so dass ein Dauerschuldverhältnis vorliegt. Hier liegt bereits eine Besonderheit, da den Mediator keine inhaltliche Verantwortung für den Mediationsprozess trifft, sondern eine „lege artis“ Verhandlungsbegleitung nach den individuell vereinbarten Grundsätzen der Mediation, woran auch eine mögliche Schadenersatzpflicht anzuknüpfen ist. Diese kann daher nur vorliegen, wenn der Mediator ein Verhalten setzt (Tun oder Unterlassen), so dass nicht mehr von einer „lege artis“ Verhandlungsbegleitung gesprochen werden kann. Den Maßstab für eine solche Verletzung bilden die allgemeinen Grundsätze der Mediation, die Regelungen des ZivMediatG, insbesondere § 16 ZivMediatG, sowie die individuell vereinbarten Regelungen der Mediationsvereinbarung.

Es gilt daher nun die Voraussetzungen einer Schadenersatzpflicht des Mediators sowie dessen Rechtsstellung iS der allgemeinen Schadenersatzregeln des ABGB näher zu betrachten.<sup>219</sup>

#### § 1295 ABGB

*(1) „Jedermann ist berechtigt, von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern; der Schade mag durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag verursacht worden sein.“*

Neben der Voraussetzung eines Schadens (§ 1293 ABGB) beim Geschädigten müssen nach den allgemeinen Grundsätzen des Schadenersatzrechts Kausalität, Rechtswidrigkeit, sowie ein Verschulden des Schädigers vorliegen. Die Kausalität wird nach der Äquivalenztheorie sowie nach der Adäquanztheorie bestimmt, wobei letztere ein bloßes Zurechnungskriterium darstellt, um die Grenze der Reichweite der Haftung ziehen zu können. Bei der Äquivalenztheorie gilt es zu prüfen, ob das Verhalten für den Schaden eine

---

<sup>219</sup> Vgl.: Lachmair, RdW 2004/526, 583.

„conditio sine qua non“ darstellt. Demnach ist ein Verhalten ursächlich für einen Erfolg, wenn er ohne das Verhalten nicht eingetreten wäre. Im Gegensatz dazu hält die Adäquanztheorie fest, dass ein Verhalten für einen Erfolg adäquat ursächlich ist, wenn es seiner Natur nach für die Herbeiführung solcher Erfolge nicht völlig ungeeignet erscheint. Die Adäquanztheorie dient somit der Haftungsbegrenzung, da der Schädiger nur für Schäden haften soll, die adäquat verursacht wurden. Die Rechtswidrigkeit des Schädigers wiederum kann in der Verletzung absoluter Rechtsgüter des Geschädigten (körperliche Unversehrtheit, Leben und Eigentum) liegen. Aber auch ein Verstoß gegen Verbote oder Gebote der Rechtsordnung (z.B. ZivMediatG) führt zur Rechtswidrigkeit.<sup>220</sup>

In Bezug auf das Mediationsverfahren ist eine Verletzung der absolut geschützten Rechtsgüter kaum vorstellbar. Die Rechtswidrigkeit liegt jedoch auch im Verstoß gegen vertragliche Pflichten wie z.B. eine Mediationsvereinbarung. Somit sind die Beurteilung der Mediationsvereinbarung sowie die Regelungen des ZivMediatG ausschlaggebend für eine Haftung des Mediators. Zusätzlich muss ein Verschulden des Schädigers gegeben sein. Das Verschulden liegt in der Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens. Im Fall des Mediators kann vorsätzliches dh bewusst rechtswidriges Handeln so gut wie ausgeschlossen werden. Es wäre jedoch denkbar, dass der Mediator fahrlässig handelt, sei es aus Unerfahrenheit oder da er nicht die notwendige Aufmerksamkeit an den Tag legt und somit die gebotene Sorgfalt außer Acht lässt. In jedem Fall gilt festzuhalten, dass eine Haftung des Mediators grundsätzlich vorliegt, wenn er seine Pflichten, sei es aus der Mediationsvereinbarung oder aus dem ZivMediatG, verletzt. Eine solche Verletzung besteht z.B. in der Unterstützung eines Medianden, so dass die Allparteilichkeit des Mediators nicht mehr gewährleistet ist, oder im ständigen Einbringen eigener Lösungsvorschläge des Mediators, wodurch eine eigenständig erarbeitete Lösung der Medianden unmöglich gemacht wird.<sup>221</sup>

In Bezug auf den Verschuldensmaßstab des Mediators stellt sich die Frage, ob nicht ein erhöhter Sorgfaltsmaßstab iS der Sachverständigenhaftung heranzuziehen ist, da für die Durchführung eines Mediationsverfahrens besondere Fähigkeiten und Kenntnisse gefordert sind. Diese Überlegung gilt es nun zu untersuchen.

---

<sup>220</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> II 299 ff.

<sup>221</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> II 299 ff.

### 3.4.2. Die Sachverständigenhaftung

#### § 1299 ABGB Sachverständigenhaftung

*„Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennt; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten. Hat aber derjenige, welcher ihm das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewusst; oder bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können, so fällt zugleich dem letzteren ein Versehen zur Last.“*

Die Sachverständigenhaftung knüpft somit an die Ausübung eines Gewerbes, das eine bestimmte Sachkenntnis erfordert, an. Es gilt daher zunächst zu prüfen, ob die Tätigkeit des Mediators als berufliche Tätigkeit gesehen werden kann. Laut *Fitsch*, in Anlehnung an den *VwGH*<sup>222</sup>, „wird unter Beruf ein Kreis von Tätigkeiten mit dazugehörigen Rechten und Pflichten verstanden, den der Mensch im Rahmen der Sozialordnung als dauernde Aufgabe ausfüllt, und der ihm zumeist zum Erwerb des Lebensunterhalts dient.“<sup>223</sup> Auch wenn die Tätigkeit des Mediators in der Praxis meist einen Nebenerwerb darstellt, tut dies der Qualifikation als Beruf keinen Abbruch. Somit findet die Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB Anwendung.

Es stellt sich jedoch die Frage, anhand welcher Kriterien der erhöhte Sorgfaltsmaßstab zu beurteilen ist. Aufgrund des *ZivMediatG* wurde eine einheitliche Ausbildung der eingetragenen Mediatoren geschaffen, so dass der Leistungsstandard der Berufsgruppe der eingetragenen Mediatoren als objektiver Maßstab für die Beurteilung heranzuziehen ist. Es ist jedoch auch in diesem Fall die Mediationsvereinbarung zu beachten, da die Medianten auch individuelle Vereinbarungen treffen können, die die Pflichten des Mediators betreffen. Eine Berücksichtigung der Grundberufe der Mediatoren bei der Beurteilung des Sorgfaltmaßstabs ist grundsätzlich zu verneinen, da dies nur zu einer Verwirrung der dargelegten Regelung führt.<sup>224</sup> Der Grundberuf ist jedoch sehr wohl zu berücksichtigen, wenn die Parteien diesen zum Vertragsgegenstand machen. Dann wird der zuvor angesprochene objektive

---

<sup>222</sup> Vgl.: *VwGH* 11.10.1978, 2706/77.

<sup>223</sup> Zit.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 142.

<sup>224</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 143.

Sorgfaltsmaßstab um das Spezialwissen aus dem Grundberuf erweitert. Es kann jedoch nicht von vornherein angenommen werden, dass auf jeden Mediator aufgrund seines Grundberufes ein unterschiedlicher Sorgfaltsmaßstab Anwendung findet. Dies hängt ganz von den Regelungen der Mediationsvereinbarung ab.<sup>225</sup> Somit ist dieser Punkt bei der Vertragsgestaltung in jedem Fall zu klären, da nicht davon ausgegangen werden kann, dass z.B. ein Ziviltechniker, der zugleich Mediator ist, nur aufgrund seiner technischen Kenntnisse mit der Mediation beauftragt wurde. Es gilt daher unterschiedliche Erwartungshaltungen, sowohl des Mediators als auch der Medianden, durch klärende Gespräche sowie entsprechende Vertragsklauseln zu vermeiden. Eine Sonderstellung wird hierbei wohl der Anwaltmediator einzunehmen haben. Schließlich scheidet eine Berücksichtigung seines Grundberufes an einem ausdrücklichen Verbot der Rechtsberatung. Es muss daher streng unterschieden werden, ob er als Anwalt oder als Mediator auftritt.<sup>226</sup> Der Mediator haftet zwar dafür, dass das Ergebnis rechtlich überprüft und abgesichert wird, jedoch genügt mE der Hinweis auf den Bedarf einer Rechtsberatung, um der gesetzlich geregelten Aufklärungspflicht in Bezug auf die Umsetzung des Mediationsergebnisses nachzukommen (aA *Fitsch*<sup>227</sup>). Verstöße gegen die Hinweis- und Aufklärungspflicht rechtlich relevanter Umstände führen bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen zu einer Schadenersatzpflicht des Mediators.<sup>228</sup> Zu denken wäre in diesem Fall an die Unterlassung des Mediators, die Medianden auf die Notwendigkeit einer Rechtsberatung hinzuweisen, so dass der Mediationsabschlussvertrag nicht in der erforderlichen Form geschlossen wird und dadurch ein Schaden bei den Medianden entsteht. Die ebenfalls wichtige Frage der Art des Schadenersatzes wird anschließend im Kapitel „Der Umfang der Ersatzpflicht“ behandelt. Anknüpfungspunkt für eine Haftung des Mediators ist neben Vertragsverletzungen aus der Mediationsvereinbarung somit § 16 ZivMediatG, der auch die Pflicht des Mediators regelt, auf einen Bedarf an Beratung hinzuweisen. *Völkl* und *Perner* sehen gerade in dieser Regelung ein großes Haftungspotential, da der Mediator im Zuge des Verfahrens auf einen konkreten Beraterbedarf hinweisen muss, was ein großes Problemverständnis sowie spezielle Sachkenntnisse des Mediators erfordert.<sup>229</sup>

Aufgrund der obigen Ausführungen der Sachverständigenhaftung macht sich der Mediator nach *Likar/Krommer* auch schadenersatzpflichtig, wenn er es unterlässt, die Medianden auf die Unwahrscheinlichkeit einer Lösung hinzuweisen, oder wenn er einen Mediationsauftrag

---

<sup>225</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 19 Rz 2.5.

<sup>226</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 67 f.

<sup>227</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 144 ff.

<sup>228</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 143 ff.

<sup>229</sup> Vgl.: *Völkl/Perner*, NZ 2006/24, 136.

annimmt, obwohl er aufgrund seiner Sachkenntnisse weiß, dass die Eskalationsstufe zu hoch ist oder ein zu großes, nicht kompensierbares Machtungleichgewicht herrscht, so dass eine Mediation nicht erfolgreich durchgeführt werden kann.<sup>230</sup> Der Beweis, dass diese Mediationshindernisse bereits zu Beginn der Mediation vorlagen wird nicht immer leicht anzutreten sein. Der Auffassung von *Likar/Krommer* ist mE nur teilweise zu folgen. So ist es nachvollziehbar, dass die Annahme eines Mediationsauftrags, dessen Durchführbarkeit für einen Mediator offensichtlich aufgrund seiner speziellen Kenntnisse nicht gegeben ist, zu einer Schadenersatzpflicht des Mediators führt. Schließlich hat er im Zuge von Vorgesprächen die Geeignetheit des Falles zur Mediation festzustellen. Das bedeutet, dass der Mediator in seiner Rolle als Vertragsgestalter eine entsprechende Regelung bezüglich der Schadenersatzpflicht in die Mediationsvereinbarung aufzunehmen hat, da ansonsten ein Mediationsverfahren geschuldet wird. Stellt sich die Unmöglichkeit der Durchführung der Mediation erst später heraus, da Umstände bekannt werden, die dem Mediator zuvor verschwiegen wurden, so kann er das Mediationsverfahren aus wichtigem Grund beenden.<sup>231</sup> Problematischer erscheint die Verpflichtung des Mediators nach *Likar/Krommer* auf die Unwahrscheinlichkeit einer Lösung hinzuweisen, da er dadurch einen gem § 1 ZivMediatG ausdrücklich verbotenen inhaltlichen Einfluss auf das Mediationsverfahren ausübt. Schließlich haben die Medianden eigenverantwortlich eine Lösung zu finden. Der Mediator kann jedoch durch bestimmte Gesprächstechniken die Vermittlung weiter fördern, andere Sichtweisen bewirken und auf diese Weise den Weg der Medianden zu einem Konsens ebnen.

### § 1300 ABGB

*„Ein Sachverständiger ist auch dann verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Fall haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem anderen verursacht hat.“*

Nach § 1300 ABGB kann ein Sachverständiger für einen gegen Belohnung fahrlässig erteilten nachteiligen Rat zur Haftung herangezogen werden. Nach hA wird „gegen Belohnung“ dahingehend ausgelegt, dass ein Schuldverhältnis zwischen den Parteien vorliegt. Ebenso hat sich die Meinung herausgebildet, dass im Rahmen schuldrechtlicher Sonderbeziehungen jede Partei, unabhängig von ihrer Eigenschaft als Sachverständige, für fahrlässig erteilte Ratschläge haftet. Fehlt es jedoch an einer schuldrechtlichen Sonderbeziehung, so ist die

<sup>230</sup> Vgl.: *Likar/Krommer*, AnwBl 2005, 67.

<sup>231</sup> Vgl.: *Falk/Koren*, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 6.4.

Haftung gem § 1300 S 2 ABGB auf Schäden begrenzt, die durch den Ratschlag wissentlich herbeigeführt wurden. Diese Einschränkung der Haftung gilt jedoch nur für reine Vermögensschäden und ist bei einer Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts nicht mehr gegeben.<sup>232</sup>

Ohne Zweifel handelt es sich bei der Mediationsvereinbarung um einen schuldrechtlichen Vertrag, worin seitens des Mediators eine „lege artis“ Verhandlungsbegleitung geschuldet wird. Es stellt sich nun die Frage, ob die Tätigkeit des Mediators einen Rat oder eine Auskunft darstellt. Nach hL ist der Rat grundsätzlich der Auskunft gleichgestellt.<sup>233</sup> Eine Differenzierung der beiden Begriffe ist laut *Fitsch* in vielen Fällen nicht möglich bzw nicht erforderlich. Dennoch kann eine Unterscheidung dahingehend getroffen werden, dass die Auskunft eine bloße Information enthält, wohingegen dem Rat eine Bewertung bzw ein persönliches Urteil des Ratgebers innewohnt.<sup>234</sup>

In jedem Fall werden sowohl Rat als auch Auskunft durch eine Erklärung, die für den anderen verstehbar ist, ausgedrückt. Es handelt sich jedoch nur um eine Wissensklärung und nicht um eine Willenserklärung, da keine Rechtsfolgen herbeigeführt werden sollen. In der Mediation ist es die Aufgabe des Mediators den Mediationsprozess zu überwachen und die Medianden notfalls darauf hinzuweisen, dass sie Schritte setzen, die im Widerspruch zum Ziel der Konfliktlösung stehen. Dies ergibt sich bereits aus der Mediationsvereinbarung, da der Mediator eine „lege artis“ Verhandlungsbegleitung schuldet. Aus diesem Grund meint *Fitsch*, dass nicht jede einzelne Äußerung des Mediators der Bewertung als Rat oder Auskunft unterliegt. Es kommt vielmehr auf die Summe aller Verhaltensweisen des Mediators während des Mediationsprozesses an, die einen Rat oder eine Auskunft darüber darstellen, wie die Medianden zu einer zufrieden stellenden Konfliktlösung gelangen können. Die Tätigkeit des Mediators entspricht daher in jedem Fall dem in § 1300 ABGB beschriebenen Verhalten, so dass ein Mediator auch für einen nachteiligen Rat haftet. Ein solcher liegt z.B. dann vor, wenn ein Mediator selbst den Medianden Lösungsvorschläge unterbreitet. Dies widerspricht den Grundprinzipien der Mediation und führt, wenn alle zuvor angeführten Voraussetzungen erfüllt sind, zu einer Haftung des Mediators nach §§ 1295, 1299 sowie 1300 ABGB.<sup>235</sup>

---

<sup>232</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> II 353 f.

<sup>233</sup> Vgl.: *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten, 11 f.

<sup>234</sup> Vgl.: *Welser*, Haftung 2 f.

<sup>235</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 143 f.

### 3.4.3. Die Gehilfenhaftung

#### § 1313a ABGB

*„Wer einem anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, haftet ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Personen, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes.“*

#### § 1315 ABGB

*„Überhaupt haftet derjenige, welcher sich einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person zur Besorgung seiner Angelegenheiten bedient, für den Schaden, den sie in dieser Eigenschaft einem Dritten zufügt.“*

Eine Gehilfenhaftung scheint auf den ersten Moment in Anbetracht der Unmittelbarkeit des Mediationsverfahrens und der persönlichen Durchführung durch den Mediator seltsam und unpassend. Es ist jedoch durchaus denkbar, dass eine Hilfsperson, die den Mediator beispielsweise bei der Dokumentationspflicht unterstützt, gegen individuelle Vereinbarungen aus der Mediationsvereinbarung verstößt, so dass eine Haftung nach § 1313a zur Anwendung kommt. Im Unterschied zum Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB, der an ein bestehendes Schuldverhältnis anknüpft, setzt der Besorgungsgehilfe nach § 1315 ABGB kein Schuldverhältnis zwischen dem Geschäftsherrn und dem Geschädigten voraus. Das hat zur Folge, dass bei Erfüllungsgehilfen die Verantwortung des Geschäftsherrn gegenüber dem Geschädigten geringer ausfällt, da er nicht für jedes Verhalten haftet. Eine Haftung ist nur dann gegeben, wenn sich der Geschäftsherr einer untüchtigen oder wissentlich einer gefährlichen Person bedient. Eine Untüchtigkeit liegt vor, wenn die Person für die Tätigkeit absolut ungeeignet ist. Bei der Gefährlichkeit der Person kann der Geschäftsherr nur dann zur Haftung herangezogen werden, wenn er die Gefährlichkeit kannte und sich genau diese dem Geschäftsherrn bekannte Gefährlichkeit realisiert hat.<sup>236</sup>

---

<sup>236</sup> Vgl.: *Koziol/Welser, Grundriss*<sup>13</sup> II 356 ff.



### **3.5. Der Umfang der Ersatzpflicht**

Sind die Voraussetzungen erfüllt und ist daher eine Schadenersatzpflicht des Mediators gegeben, stellt sich unter Berücksichtigung der Art des Schadens die Frage nach dem Umfang der Ersatzpflicht. Eine Wiederherstellung in den vorigen Stand iS des § 1323 ABGB ist aufgrund der Eigenheit des Mediationsverfahrens und der daraus resultierenden Haupt- und Nebenleistungspflichten der Medianden bzw des Mediators problematisch. Eine Wiederholung des Verfahrens unter Beseitigung des Mangels ist wohl nur bei Zustimmung der Medianden denkbar. Jedoch ist anzumerken, dass durch die schadenersatzpflichtige Handlung des Mediators das Vertrauensverhältnis zu den Medianden gestört ist, wodurch eine neuerliche Durchführung nicht empfehlenswert erscheint. Es kann auch davon ausgegangen werden, dass die Medianden selbst nach den Ereignissen des ersten Mediationsverfahrens keine weiteren Sitzungen mit dem betroffenen Mediator durchführen wollen. In weiterer Folge drängt sich auch geradezu die Frage auf, ob eine erneute Durchführung der Mediation nicht die Grundsätze der Mediation selbst verletzt. Schließlich hält § 1 ZivMediatG ausdrücklich die Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens fest. Diese Freiwilligkeit muss mE auch für den Mediator gelten, der ebenso ein Interesse an der Durchführung des Verfahrens haben muss. Daher ist eine aufgezwungene Mediation aufgrund einer Schadenersatzverpflichtung mE nicht mit der Freiwilligkeit vereinbar.<sup>237</sup>

Aufgrund des Erfüllungsinteresses der Medianden wäre auch eine neuerliche Mediation denkbar, die von einem neuen Vermittler geleitet wird, wobei die anfallenden Kosten vom Mediator zu tragen sind. Üblicherweise werden die Medianden die Rückerstattung des gezahlten Entgelts für die Vermittlung verlangen. Diese Vorgehensweise wird aufgrund des folglich gestörten Vertrauensverhältnisses zwischen den Medianden und dem Mediator den Interessen aller Beteiligten wohl am ehesten gerecht.<sup>238</sup>

Es stellt sich auch die Frage, ob der Mediator auch für Folgeschäden zur Haftung herangezogen werden kann. So liegt ohne Zweifel ein Vermögensnachteil vor, wenn sich die Medianden nach einer vom Mediator verschuldeten gescheiterten Mediation vor Gericht wiederfinden. Jedoch scheidet eine Haftung des Mediators laut *Fitsch* an der mangelnden Kausalität, da der Gerichtsweg bloß eine von vielen Handlungsmöglichkeiten für die ehemaligen Medianden darstellt und somit nicht zwingend eine Folge des rechtswidrigen

---

<sup>237</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 146.

<sup>238</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 146.

Handelns des Mediators darstellt. Schließlich ist das Mediationsverfahren freiwillig und kann von den Medianden jederzeit ohne Angabe von Gründen abgebrochen werden, so dass kein eindeutiger Bedingungseintritt (Äquivalenztheorie<sup>239</sup>) bei der Außerachtlassung des rechtlichen Rahmens gegeben ist.<sup>240</sup>

---

<sup>239</sup> Vgl.: *Koziol/Welser*, Grundriss<sup>13</sup> II 309 f.

<sup>240</sup> Vgl.: *Fitsch*, JAP 2000/2001, 146.

## 4. Resumé und Ausblick

Der österreichische Gesetzgeber hat mit dem Zivilrechtsmediationsgesetz in Europa Neuland betreten. In vielen Ländern wurde die Mediation durch Novellierungen der jeweiligen Verfahrensordnungen in die Rechtsordnung eingegliedert, jedoch noch nie so institutionalisiert, wie es der österreichische Gesetzgeber getan hat. In Anbetracht des Ziels die Mediation in Österreich zu etablieren, um die Zivilgerichte zu entlasten und durch das ZivMediatG Vertrauen für dieses neue Rechtsinstitut zu schaffen, kann man die Umsetzung durchaus als gelungen betrachten. Schließlich galt es den Spagat zu schaffen, ein Verfahren, dessen Kernpunkte Formfreiheit, Flexibilität und Individualität darstellen, in ein Gefüge von rechtlichen Normen zu pressen, ohne das Mediationsverfahren dadurch seines Wesens zu berauben. Diese offensichtliche Diskrepanz zwischen Individualität und rechtlicher Normierung galt es mittels des ZivMediatG zu meistern. Trotz allem führte dieser Widerspruch zu einigen rechtlichen Problemen.

Die vorliegende Arbeit hat die Problemfelder aus der Vertragsgestaltung der Mediationsvereinbarung sowie der Haftung des Mediators aufgezeigt und behandelt.

Denn besonders die Haftung des Mediators, womit sich der Hauptteil dieser Arbeit befasst, ist schwer zu erschließen, da die Hauptleistungspflicht des Mediators aus der Mediationsvereinbarung, nämlich jene zur „lege artis“ Verhandlungsbegleitung, ohne entsprechende Konkretisierung zumeist recht unbestimmt bleibt.

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass den Mediator in jedem Fall die Sachverständigenhaftung nach § 1299 ABGB ebenso wie die Haftung für einen nachteiligen Rat (§ 1300 ABGB) trifft. Auch eine Haftung für Gehilfen nach § 1313a oder § 1315 ABGB ist bei Vorliegen der notwendigen Voraussetzungen möglich. Der Ausgestaltung der Mediationsvereinbarung kommt daher für Haftungsfragen essentielle Bedeutung zu. Denn es ist immer der Einzelfall zu beurteilen, um zu einer möglichen Pflichtverletzung und in Folge zu einer Haftung des Mediators zu gelangen.

Auch wenn sich die in der Arbeit angeführten Lösungen auf die vorhandenen Lehrmeinungen stützen und schlüssig und durchdacht erscheinen, gilt es abzuwarten, wie die Zivilgerichte

über derartige Fälle entscheiden werden. Bislang wurde in Österreich noch kein einziger Fall über die Haftung des Mediators ausjudiziert. Aufgrund der Uneinigkeit in der Lehre bezüglich der Rechtsstellung und Haftung des Schiedsrichters sowie der Unterschiede im Verfahren selbst lassen sich nur schwer Parallelen ziehen. Wie in der Arbeit ausgeführt, lassen sich aber Ähnlichkeiten zum Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient erkennen, woran die österreichischen Gerichte anknüpfen könnten. Es erscheint jedoch in jedem Fall für den Mediator empfehlenswert jene Punkte, die ein Haftungspotential beinhalten (z.B. Berücksichtigung von Spezialwissen, Rolle des Mediators, Zusammenarbeit von einem eingetragenen Mediator und einem Mediator nach GewO uä), bei der Vertragsgestaltung durch klare Formulierungen zu berücksichtigen, um Konflikten vorzubeugen.

Es gibt jedoch auch Bestrebungen der Europäischen Union im Zuge der Rechtsvereinheitlichung eine Richtlinie zur Mediation zu erlassen. Somit darf man gespannt sein, welche Auswirkungen eine europaweite Regelung der Mediation auf die weit reichenden österreichischen Bestimmungen hat und inwiefern sich Änderungen im Bereich der Haftung des Mediators ergeben.<sup>241</sup>

---

<sup>241</sup> Vgl.: *Mosser*, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation – ein Zwischenbericht, Zak 2006/522, 306 (306).

## Literaturverzeichnis

*Beirer*, Mediation in Zivilrechtssachen; Reflexion über eine Regierungsvorlage (Wien 2004).

*Berger/Ukowitz*, Die Stellung der Mediation im Rechtssystem, in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement (Wiesbaden 2005) 105.

*Breidenbach*, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, (Köln 1995).

*Breidenbach/Falk*, Einführung in die Mediation, in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement (Wiesbaden 2005) 259.

*Bydlinski*, Bürgerliches Recht I - Allgemeiner Teil<sup>3</sup> (Wien 2005).

*Draxler/Wiedermann*, Mediation in Österreich. Fragen und – einige- Antworten. Wünsche an den Gesetzgeber, RZ 1998, 122.

*Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001)

*Falk/Pruckner*, Rechtsgrundlagen der Mediation, in *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg), Handbuch der Mediation und Konfliktmanagement (Wiesbaden 2005) 113.

*Falk/Koren*, Mediationsgesetz Kurzkomentar (Wien 2005).

*Ferz/Filler*, Mediation, Gesetzestexte und Kommentar (Wien 2003).

*Ferz*, Kenne deine Rechte und Pflichten – Das österreichische Zivilrechts-Mediations-Gesetz in der Praxis, perspektive mediation 2005/1, 17.

*Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages, JAP 2000/2001, 70.

*Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages, JAP 2000/2001, 139.

*Fritz*, Konfliktprophylaxe und Streitbeilegung in Personengesellschaften, GesRZ 2003, 79.

*Frauenberger-Pfeiler*, Das neue Schiedsrecht (Teil I), Zak 2006/114, 63.

*Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht, Neue Wege der Konfliktlösung (Wien 2004).

*Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht<sup>12</sup> (2006).

*Fürst*, Wirtschaftsmediation in Österreich, in *Töpel/Pritz* (Hrsg), Mediation in Österreich (Wien 2000).

*Ganner*, Vertragsgerechtigkeit durch Mediation, ÖJZ 2001, 710.

*Glasl*, Konfliktmanagement. Ein Handbuch zur Diagnose und Behandlung von Konflikten für Organisationen und ihre Berater<sup>5</sup> (1997).

*Grünberger*, Die Regelung der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 50.

*Grünberger*, Mediation und notarielles Berufsrecht, NZ 2001, 153.

*Hinterhofer*, Strafrecht; Besonderer Teil II<sup>2</sup> (2000).

*Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3, 41.

*Hopf*, Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich, in Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag (2002) 69.

*Klammer/Geißler* (Hrsg), Mediation – Einblicke in Theorie und Praxis professioneller Konfliktregelung (Wien 1999).

*Klang* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>2</sup> IV/1 (1968).

*Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, *ecolex* 2003, 745.

*König*, Justiz-substituierende Ersatzdroge, *Die Presse* 25.2.2002, 6.

*Koziol/Welser*, Grundriss des bürgerlichen Rechts<sup>13</sup> I (Wien 2006) und II<sup>13</sup> (Wien 2007).

*Lachmair*, „Neue“ Pflichten und Haftung für Mediatoren?, *RdW* 2004/526, 582.

*Lenz*, Prozessproviding am Beispiel des Mediationsverfahrens Flughafen Wien (Wien 2004).

*Lewisch*, § 121 StGB, in *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch (Wien 2004).

*Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, *AnwBl* 2005, 60.

*Mosser*, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation – ein Zwischenbericht, *Zak* 2006/522, 306.

*Neubauer*, Mediation aus berufsrechtlicher Sicht, *AnwBl* 2001, 242.

*Nölting*, Mediatorenverträge (Köln 2003).

*Öhlinger*, Verfassungsrecht<sup>7</sup> (Wien 2007).

*Pruckner*, Recht der Mediation (Wien 2003).

*Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>6</sup> (Wien 2003).

*Roth/Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296.

*Rummel* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> I (2000).

*Steinacher*, Mediation im Prozess der Kodifizierung, perspektive mediation 2005, 14.

*Steinbrück*, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung – Chancen für Unternehmen, Anwälte und Gerichte, dAnwBl 1999, 574.

*Schwimann* (Hrsg), Praxiskommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch<sup>3</sup> VI (2006) und VII<sup>3</sup> (2005).

*Vökl/Perner*, Die Haftung von Schiedsrichtern und Mediatoren, NZ 2006/24, 129.

*Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983).

*Weißmann*, Drei Fragen zur Reform der Schiedsgerichtsbarkeit, in Festschrift für Rudolf Welser (2004) 1149.

## Judikaturverzeichnis

OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d.

OGH 7.8.2007, 4 Ob 137/07m.

OGH 15.7.1997, 1 Ob 161/97a.

VwGH 11.10.1978, 2706/77.

OGH 10.7.1974, 1 Ob 118/74.



## Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1.: Die Phasen des Mediationsverfahrens S. 19

Abbildung 2.: Gegenüberstellung Gericht/Schiedsgericht/Mediation S. 32

Abbildung 3.: Die „Med – Arb – Klausel“ S. 40

Abbildung 4.: Klassische Mediation S. 57

Abbildung 5.: Mediation im Unternehmen S. 61

Abbildung 6.: Die Pflichten des Mediators aus der Mediationsvereinbarung S. 71

Abbildung 7.: Die Pflichten der Medianden aus der Mediationsvereinbarung S. 74

Abbildung 8.: Verträge in der Mediation S. 81

## Anhang

### Ein Mustervertrag:

### Mediationsvertrag<sup>242</sup>

Mustervertrag von Mag. Gerhard C. Fürst und Dr. Reinhard Dittrich

- 1) Frau ....., wohnhaft in.....und Herr ....., wohnhaft in.....als Beteiligte haben Frau .....und Herrn ....., Adresse des Büros, als Mediationsteam beauftragt, in dem in Punkt zwei dieses Vertrages beschriebenen Fall für sie tätig zu werden.
- 2) Die Beteiligten möchten die Frage.....klären.
- 3) Das gemeinsame Ziel ist, eine Lösung des Konfliktes (eine Mediationsvereinbarung) zu erarbeiten, worin möglichst alle strittigen Punkte einer zufrieden stellenden Lösung für alle Beteiligten zugeführt werden.
- 4) Die Beteiligten – sowie gegebenenfalls ihre Rechtsvertreter – werden an der Mediation in eigener Sache/in ihrer Funktion als Repräsentant des Unternehmens teilnehmen und selbst für ihre Interessen eintreten. Sie werden erforderlichenfalls für ihre rechtliche, abgabenrechtliche oder sonstige Beratung selbst sorgen.
- 5) Das Mediationsteam wird die Beteiligten dabei unterstützen, selbst an einer für sie passenden Lösung zu arbeiten und zu einem gemeinsamen Ergebnis zu kommen. Dieses wird folglich auch von den Beteiligten selbst verantwortet. Das Mediationsteam leistet nicht Gewähr für einen Erfolg/ein bestimmtes Ergebnis seiner Tätigkeit, sondern lediglich für die Einhaltung der Grundsätze der Mediation.

---

<sup>242</sup> Zur Verfügung gestellt von Dr. Reinhard Dittrich (Mediator, Coach, Consultant).

- 6) Es wird größtmögliche Offenheit in allen relevanten Fragen vereinbart. Es verpflichten sich die Beteiligten, alle für die Lösung des Konfliktes wesentlichen Fakten und Informationen in der Mediation offen zu legen bzw. weiterzugeben. Ferner verpflichten sich die Beteiligten, während der Zeit der Mediation keine wie immer gearteten Veranlassungen zu treffen, welche eine zukünftige gemeinsame Lösung beeinflussen oder vorentscheiden könnten.
- 7) Die Beteiligten stellen fest, dass das Mediationsthema derzeit (nicht) gerichtsanhängig ist. Um das Mediationsverfahren durch das Gerichtsverfahren insbesondere durch Verhandlungstermine nicht zu beeinträchtigen, wird festgehalten, dass sich die Parteien verpflichten, für die Dauer der Mediation keine (weiteren) gerichtlichen Schritte aktiv herbeizuführen und gegebenenfalls auch ihre Rechtsanwälte in diesem Sinne zu beauftragen. Sie werden sowohl ihre Rechtsanwälte als auch das Gericht über die Mediation informieren und für die Beobachtung allfälliger Fristen selbst sorgen. Sollte gerichtsseitig ein Verhandlungstermin angesetzt werden, so werden die Parteien – wer immer davon als erstes Kenntnis erhält – das Mediationsteam und den oder die anderen Beteiligten darüber informieren, so dass über die weitere Vorgehensweise beraten werden kann.
- 8) Die Teilnahme der Beteiligten an der Mediation ist freiwillig. Jede/r der Beteiligten kann jederzeit von der Mediation zurücktreten. Die anderen Beteiligten hätten in diesem Fall gemeinsam mit dem Mediationsteam zu klären, ob bzw. wenn ja, wie eine Fortführung der Mediation ohne die betreffende Person möglich und gegebenenfalls mit geänderter Themenliste sinnvoll ist. Die Beteiligten verpflichten sich, im Fall eines geplanten Rücktritts die anderen Beteiligten und das Mediationsteam in einer letzten gemeinsamen Sitzung über ihre Beweggründe aufzuklären. Auch das Mediationsteam kann seine Vermittlungstätigkeit jederzeit einstellen.
- 9) Für die einzelnen Sitzungen werden gemeinsam Termine vereinbart, an denen grundsätzlich alle Beteiligten teilnehmen. Sollte einer der Beteiligten zu einem vereinbarten Termin verhindert sein, so wird er die anderen Beteiligten sowie das Mediationsteam so früh wie möglich darüber informieren und um einen Ersatztermin bemüht sein.

- 10) Außerhalb der Mediationssitzungen werden die Beteiligten mit dem Mediationsteam lediglich organisatorische Fragen besprechen, inhaltliche Fragen sind ausschließlich Gegenstand der gemeinsamen Mediationssitzungen, es sei denn, dass andere Abmachungen mit allen Beteiligten getroffen werden.
- 11) Die Inhalte der Mediationsgespräche sind streng vertraulich und dienen ausschließlich der Erarbeitung einer gemeinsamen einvernehmlichen Lösung. Informationen an Dritte werden nur im Einvernehmen aller Beteiligten weiter gegeben. Das Mediationsteam unterliegt von Berufs wegen einer völligen absoluten Verschwiegenheitspflicht, diese gilt auch für etwaige Behördenverfahren und insbesondere Gerichtsverfahren.
- 12) Das Ergebnis der Mediation kann auf Wunsch der Beteiligten in einer Punktation schriftlich festgehalten werden. Die Verfassung der rechtlich bindenden endgültigen Lösung obliegt den Beteiligten selbst. Dazu werden sich die Beteiligten eines Rechtsanwaltes, Notars, Steuerberaters oder sonstigen Spezialisten bedienen und gesondert beauftragen, damit dieser auf Basis der Punktation für sie tätig werden kann.
- 13) Die Mitglieder des Mediationsteams sind nicht zur rechtlichen Beratung berechtigt. Die Beteiligten bestätigen, vom Mediationsteam auf die Wichtigkeit rechtlicher, abgabenrechtlicher und sonstiger (z.B.: technischer) Beratung in Zusammenhang mit dem Gegenstand der Mediation hingewiesen worden zu sein. Sie haben entsprechende Beratung bereits eingeholt oder werden entsprechende Beratung rechtzeitig einholen. Ferner wurden die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Durchsetzbarkeit eines Mediationsergebnisses in manchen Fällen einer bestimmten rechtlichen Form bedarf.
- 14) Die Mediation findet im Büro des Mediationsteams statt.
- 15) Die Kosten der Mediation betragen € ....pro Stunde (60 Minuten) zuzüglich 20% Umsatzsteuer (für das Mediationsteam) zuzüglich Fahrtkosten außerhalb Wiens (amtliches Kilomergeld). Dazu kommen gegebenenfalls Kosten für Raummiete, allfällige Schreib- und Kopierkosten sowie Kosten für die allfällige Hinzuziehung von Experten, wie z.B. Gutachtern, Steuerberatern, Rechtsanwälten, Notaren, usw. Weiters

können noch Kosten für die Dokumentation, Punktation, Protokollführung (Backoffice) hinzukommen.

16) Für die Kosten wurde eine Übernahme im Verhältnis 1:1 zwischen den Beteiligten vereinbart, wobei jeder der Beteiligten ausdrücklich nur für den auf ihn fallenden Anteil haftet. Die Zahlung erfolgt monatlich nach Rechnungslegung im Nachhinein.

17) Mündliche Nebenabreden bestehen nicht.

18) Änderungen dieses Vertrages bedürfen der Schriftform.

Wien, am.....

Wien, am.....

Wien, am.....