universität wien

DISSERTATION

„Die Vertraulichkeit in der Mediation und deren Durchsetzung im österreichischen Zivilprozess“

Verfasserin

Mag. Bianca Wöhrer

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2015

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 783 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	Ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak

Danksagung

Mein Dank gilt meinen Eltern, Gerda und Franz, die mich während meiner gesamten Studienzeit liebevoll unterstützt und immer an mich geglaubt haben. Ohne eure großzügige Unterstützung wäre meine Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen.

Mein Dank gilt meinen Großeltern, Elfriede und Franz, die mich in den letzten Jahren immer tatkräftig unterstützt und ermuntert haben.

Mein Dank gilt meiner großen Schwester Linda, die nicht nur viel Zeit in die Korrektur meiner Arbeit investiert hat, sondern mich auch immer bedingungslos unterstützt hat. Ich weiß es zu schätzen, dass du immer für mich da bist.

Mein Dank gilt auch meinem Freund Friedrich, der stets verständnisvoll für mein zeitintensives Studium war und mir währenddessen immer Rückhalt gegeben hat.

Herrn Prof. Risak danke ich für die rasche Annahme der Betreuung meines Themas und die kritische Hinterfragung meiner Ergebnisse. Im Weiteren bedanke ich mich für die konstruktive fachliche Unterstützung und die inhaltlichen Anregungen.

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit an Eides Statt, dass ich die vorliegende Arbeit selbstständig und ohne Benutzung anderer als der angegebenen Hilfsmittel angefertigt habe. Die aus fremden Quellen direkt oder indirekt übernommenen Gedanken sind als solche kenntlich gemacht. Die Arbeit wurde bisher in gleicher oder ähnlicher Form keiner anderen Prüfbehörde vorgelegt und nicht öffentlich gemacht.

Wien, Juni 2015 Bianca Wöhrer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis **12**

I. Problemstellung **14**

II. Relevanz des Themas **17**

Zum Begriff der Vertraulichkeit 17

Zum Element der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren 17

Zur praktischen Relevanz der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren 19

Mediations-theoretische Argumente zur Sicherung der Vertraulichkeit 21

III. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen **22**

1 Zur historischen Entwicklung der Mediation **25**

1.1 In Österreich 26

1.2 In Europa 28

1.3 Wesentliche Elemente der Mediationsgesetze 30

1.3.1 Zum Zivilrechts-Mediations-Gesetz *30*

1.3.1.1 Freiwilligkeit der Mediand/innen 30

1.3.1.2 Fachliche Qualifikation der Mediationsperson 31

1.3.1.3 Selbstverantwortlichkeit der Mediand/innen 33

1.3.1.4 Neutralität bzw Allparteilichkeit der Mediationsperson 33

1.3.2 Zum EU-Mediations-Gesetz *34*

1.3.2.1 Strukturiertheit des Verfahrens 35

1.3.2.2 Freiwilligkeit und zwingende Anordnung der Mediation 35

1.3.2.3 Selbstverantwortlichkeit und Abgrenzung von anderen außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren 36

1.3.2.4 Unparteilichkeit der Mediationsperson 37

1.3.3 Zusammenfassung der wesentlichen Elemente *37*

2 Allgemeine Regelungen zur Sicherung der Vertraulichkeit **39**

2.1 Allgemeines zu gesetzlichen Vertraulichkeitsregelungen 39

2.1.1 Nach materiellem Recht *39*

2.1.2 Nach formellem Recht *40*

2.1.3 Deckungsgleichheit von materiellen und prozessualen Vertraulichkeitsvorschriften *42*

2.2 Allgemeines zu vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen 42

2.2.1 Nach Privatrecht *43*

2.2.2 Nach Prozessrecht *43*

3 Gesetzliche Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG **45**

3.1 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation 45
3.2 Gesetzliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG 49
3.2.1 Persönlicher Geltungsbereich 49
3.2.1.1 Eingetragene Mediationsperson..... 49
3.2.1.2 Hilfspersonen der eingetragenen Mediationsperson..... 50
3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich.....51
3.3 Inhaltliche Reichweite.....52
3.3.1 Ausgangslage.....52
3.3.2 Zu den anvertrauten Tatsachen 52
3.3.2.1 Problemstellung: Vertraulichkeit von (Einzel-)Gesprächen..... 53
3.3.2.2 Rechtsprechung..... 53
3.3.2.3 Meinungsstand 54
3.3.2.4 Eigene Meinung 55
3.3.2.4.1 Sonderproblemstellung: „Einzelgespräch“ 56
3.3.2.4.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation . 57
3.3.2.4.3 Meinungsstand 58
3.3.2.4.4 Eigene Meinung 58
3.3.2.5 Zur Problemstellung „Erste mediatorische Auskunft“ 59
3.3.2.6 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation..... 59
3.3.2.7 Meinungsstand 61
3.3.2.8 Eigene Meinung 61
3.3.3 Zwischenergebnis 63
3.3.4 Zu den sonst bekannt gewordenen Tatsachen 64
3.3.4.1 Problemstellung: Beobachtungen der Mediationsperson und „beiläufige“ Anmerkungen der Mediationsparteien 65
3.3.4.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation..... 65
3.3.4.3 Meinungsstand 66
3.3.4.4 Eigene Meinung 67
3.3.4.5 Problemstellung: Öffentlich erörterte Tatsachen 70
3.3.4.6 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken der Mediation..... 70
3.3.4.7 Rechtsprechung..... 70
3.3.4.8 Meinungsstand 71
3.3.4.9 Eigene Meinung 72
3.3.4.9.1 Nur eine/mehrere aber nicht alle Mediationsparteien wissen von der offenkundigen Tatsache 73
3.3.4.9.2 Beide/sämtliche Mediationsparteien wissen von der offenkundigen Sache 74
3.3.5 Zwischenergebnis 75

3.3.6 Zu den anlässlich der Mediation verfassten oder durch die Mediationsparteien übergebenen Unterlagen *76*
3.3.6.1 Problemstellung: Von den Mediand/innen übergebene Unterlagen 76
3.3.6.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation 76
3.3.6.3 Regelungen aus anderen berufsrechtlichen Richtlinien betreffend die Mediation 78
3.3.6.4 Regelungen in der ZPO 79
3.3.6.5 Eigene Meinung 79
3.3.6.6 Problemstellung: Anlässlich der Mediation von der Mediationsperson verfasste Unterlagen 82
3.3.6.6.1 Von der Mediationsperson verfasste Unterlagen zu *Beweiszwecken* 82
3.3.6.6.2 Problemstellung: Aussagepflicht der Mediationsperson über Mediationsergebnis 84
3.3.6.6.3 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation . 84
3.3.6.6.4 Eigene Meinung 85
3.3.6.6.5 Von der Mediationsperson verfasste Unterlagen über *sonstige vertrauliche Informationen* 86
3.3.7 Zwischenergebnis *89*
3.4 Zur Strafbestimmung des § 31 ZivMediatG 89
3.4.1 Zu den „Tatsachen" iSd § 31 Abs 1 ZivMediatG *90*
3.4.2 Zur Offenbarung bzw Verwertung geheimer Tatsachen *90*
3.4.3 Zum Tatbestandselement der Verletzung von berechtigten Personeninteressen *92*
3.4.4 Privatanklagedelikt *94*
3.4.5 Rechtfertigungsgründe *94*
3.4.5.1 Problemstellung: Feststellung über das Vorliegen öffentlicher bzw berechtigter privater Interessen 95
3.4.5.2 Meinungsstand 95
3.4.5.3 Eigene Meinung 96
3.4.5.3.1 Überwiegendes öffentliches Interesse am Beispiel der Straftatverhinderungspflicht des § 286 StGB 96
3.4.5.3.2 Überwiegende berechtigte private Interessen am Beispiel der Durchsetzung von Honoraransprüchen der eingetragenen Mediationsperson 98
3.4.5.3.3 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation 100
3.4.5.3.4 Meinungsstand 100
3.4.5.3.5 Eigene Meinung 101
3.4.5.4 Zwischenergebnis 102
3.5 Verfahrensrechtliche Umsetzung der Vertraulichkeit der Mediationsperson im Zivilprozess ... 102
3.5.1 (Relative) Zeugnisunfähigkeit im Zivilprozess *103*
3.5.1.1 Problemstellung: Einvernahme trotz Bestehens eines Vernehmungsverbotes 105
3.5.1.2 Meinungsstand 106
3.5.1.3 Eigene Meinung 106

3.5.2 Entbindung der eingetragenen Mediationsperson von der Vertraulichkeit im Zivilprozess 109
3.5.3 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken der Mediation 109
3.5.4 Gesetzliche Ausgangslage 110
3.5.5 Meinungsstand 111
3.5.6 Eigene Meinung 111
3.5.7 Sonderaspekt: Ausreichen der Entbindung durch nur eine Mediationspartei 113
3.5.7.1 Rechtsprechung 114
3.5.7.2 Meinungsstand 115
3.5.7.3 Eigene Meinung 116
3.5.8 Verfahrensrechtliche Umsetzung der Vertraulichkeit der Hilfspersonen 117
3.5.8.1 Ansicht der Gesetzgebung 118
3.5.8.2 Meinungsstand 118
3.5.8.3 Eigene Meinung 119
3.6 Gesetzliche Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG 120
3.6.1 Örtlicher/Sachlicher Anwendungsbereich 120
3.6.2 Persönlicher Anwendungsbereich 121
3.6.2.1 Eingetragene Mediationsperson - § 5 EU-MediatG 121
3.6.2.2 Nicht-eingetragene Mediationsperson - § 3 EU-MediatG 122
3.6.2.3 Hilfspersonen der Mediationspersonen iSd EU-MediatG 124
3.6.3 Problemstellung: Gleichheitswidrigkeit der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediator/innen 126
3.6.4 Zum Verstoß gegen den Gleichheitssatz und dessen sachlicher Rechtfertigung 127
3.6.4.1 Meinungsstand 127
3.6.4.2 Rechtsprechung 128
3.6.4.3 Zwischenergebnis 129
3.6.5 Zur sachlichen Rechtfertigung 130
3.6.5.1 Anmerkung der Gesetzgebung 130
3.6.5.2 Eigene Meinung 130
3.6.6 Lösungsmöglichkeiten 131
3.6.6.1 Analoge Anwendbarkeit des § 3 EU-MediatG 131
3.6.6.2 Analoge Anwendbarkeit des § 18 ZivMediatG 131
3.6.6.3 Kunst- oder Geschäftsgeheimnis gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO 133
3.6.6.3.1 Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht zur Berufung auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO 134
3.6.6.3.2 Meinungsstand 134
3.6.6.3.3 Eigene Meinung 134
3.6.6.4 Vertraulichkeit aufgrund § 119 Abs 4 GewO 136

3.6.6.4.1 Allgemeine Regelungen aus der GewO ... 136
3.6.6.4.2 Gesetzliche Regelungen zur Vertraulichkeit von gewerblich tätigen nicht-eingetragenen Mediationspersonen ... 137
3.6.7 Zwischenergebnis ... 138
3.7 Inhaltliche Reichweite der Vertraulichkeitsbestimmung des § 3 EU-MediatG ... 140
3.7.1 Zu den Tatbestandselementen ... 141
3.7.2 Ausnahmen von der Vertraulichkeit iSd § 3 EU-MediatG ... 142
3.7.2.1 Zu § 3 Z 1 EU-MediatG ... 142
3.7.2.2 Zu § 3 Z 2 EU-MediatG ... 143
3.7.3 Aufzeichnungen der Mediationsperson zu Beweiszwecken ... 144
3.7.4 Entbindung der Mediationsperson iSd § 3 EU-MediatG ... 145
3.8 Die Vertraulichkeit der Mediationsperson neben anderen berufsrechtlichen Vorschriften ... 147
3.8.1 Allgemeines zur berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwält/innen ... 148
3.8.2 Rechtslage für als Mediationsperson tätige Rechtsanwält/innen ... 148
3.8.3 Zivilprozessuale Absicherung der berufsrechtlichen Vertraulichkeit von Rechtsanwält/innen 149
3.8.4 Der/die Rechtsanwalt/Rechtsanwältin als eingetragene Mediationsperson ... 149
3.8.4.1 Historische Absicht der Gesetzgebung ... 150
3.8.4.2 Meinungsstand ... 151
3.8.4.3 Eigene Meinung ... 151
3.8.5 Rechtsanwält/innen als nicht eingetragene Mediator/innen ... 154
3.9 Ergebnis ... 154
4 Die Vertraulichkeit der Mediationsparteien ... 160
4.1 Überblick: Gesetzliche Regelungen zur Vertraulichkeit der Mediationsparteien ... 160
4.2 Rechtslage nach dem ZivMediatG/EU-MediatG ... 162
4.3 Ergebnis ... 162
5 Die Vertraulichkeit sonstiger am Mediationsverfahren beteiligter Personen ... 164
5.1 Problemstellung ... 164
5.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation ... 164
5.3 Meinungsstand ... 166
5.4 Eigene Meinung ... 166
5.4.1 Sachverständige und Dolmetscher/innen ... 167
5.4.2 „Sonstige Dritte“ ... 169
5.5 Ergebnis ... 170
6 Exkurs: Die Vertraulichkeit von Schiedsverfahren ... 172
6.1 Grundlegendes zur Schiedsgerichtsbarkeit ... 172
6.2 Zu den Vertraulichkeitsregelungen im Schiedsverfahrensrecht ... 173

6.3 Grundsätzliches zur analogen Anwendung der Regeln des Schiedsverfahrensrechts auf das Mediationsverfahren 174
6.4 Untersuchung der Übertragbarkeit von (Vertraulichkeits-)Regelungen aus dem Schiedsverfahren 175
6.4.1 Zu den Geheimhaltungsinteressen der Konfliktparteien 175
6.4.1.1 Im Mediationsverfahren 175
6.4.1.2 Im Schiedsverfahren 176
6.4.1.3 Ergebnis 177
6.5 Methodische Untersuchung der analogen Anwendbarkeit schiedsrechtlicher Vertraulichkeitsbestimmungen auf die Mediation 178
6.5.1 Wesentliche Elemente des Schiedsverfahrens 178
6.5.1.1 Verfahrensablauf 179
6.5.1.2 Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit Mediationsverfahren 179
6.5.1.3 Entscheidungsmacht der Schiedsrichter/innen - endgültige Wirkung von Schiedssprüchen 181
6.5.1.4 Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit Mediationsverfahren 182
6.5.1.4.1 Zur Übertragung der Entscheidungskompetenz 182
6.5.1.4.2 Zur „Urteilswirkung“ von Schiedssprüchen 182
6.5.2 Ergebnis 183
7 Vertragliche Vertraulichkeitssicherung 186
7.1 Ausgangslage 187
7.1.1 Allgemeines 187
7.1.2 Kopplung zweier Hauptverträge - Mediator/innenvertrag und Mediand/innenvertrag 189
7.1.3 Zur Schriftlichkeit 190
7.1.4 Zum Mediator/innenvertrag 190
7.1.4.1 Materiell-rechtlicher, zweiseitig verpflichtender, entgeltlicher Vertrag 191
7.1.4.2 Ziel- oder Dauerschuldverhältnis 191
7.1.4.3 Kategorisierung des Mediator/innenvertrags 192
7.1.4.3.1 Zu den Hauptleistungspflichten der Mediationsperson 192
7.1.4.3.2 Zu den Hauptleistungspflichten der Mediationsparteien 193
7.1.4.3.3 Zu den infrage kommenden gesetzlich vertypten Verträgen 193
7.1.5 Zum Mediand/innenvertrag 198
7.1.5.1 Zweiseitig verpflichtender, entgeltlicher Vertrag 199
7.1.5.2 Ziel- oder Dauerschuldverhältnis 200
7.1.5.3 Kategorisierung des Mediand/innenvertrags 200
7.1.5.3.1 Zu den Hauptleistungspflichten der Mediationsparteien 201
7.1.5.3.2 Zu den infrage kommenden gesetzlich vertypten Verträgen 202
7.2 Zum Element der Vertraulichkeit in den einzelnen Verträgen 202

7.2.1 Problemstellung: Stillschweigende Vertraulichkeitsvereinbarungen 203
7.2.1.1 Zur stillschweigenden Vertraulichkeit der Mediationsperson im Mediator/innenvertrag 203
7.2.1.2 Reichweite der stillschweigenden Vertraulichkeitspflicht 205
7.2.1.3 Zur stillschweigenden Vertraulichkeit der Mediand/innen im Mediand/innenvertrag 207
7.2.1.4 Meinungsstand 207
7.2.1.5 Eigene Meinung 208
7.2.2 Problemstellung: Ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen im Mediator/innenvertrag 209
7.2.3 Meinungsstand zur inhaltlichen Reichweite der vertraglichen Vertraulichkeitspflicht 210
7.2.4 Eigene Meinung 211
7.2.5 Zur Entbindung der Mediationsperson von ihrer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht 213
7.2.6 Problemstellung: Ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen im Mediand/innenvertrag 214
7.2.6.1 Zur inhaltlichen Reichweite 214
7.2.6.1.1 Gesetzliche Auskunftspflichten 215
7.2.6.1.2 Aufklärungspflichten bei Unternehmenskauf 217
7.2.6.1.3 Offenlegung bei öffentlichen Interessen 220
7.2.7 Durchsetzung der vertraglich eingegangenen Vertraulichkeitspflicht 221
7.2.7.1 Problemstellung: Berechtigung oder Verpflichtung der Mediationsperson zur Aussageverweigerung im Zivilprozess aufgrund vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarung 221
7.2.7.2 Meinungsstand in der dLit 222
7.2.7.3 Allgemeines 222
7.2.7.4 Eingetragene Mediationsperson 223
7.2.7.5 Nicht-eingetragene Mediationsperson 224
7.2.7.6 Zwischenergebnis 226
7.2.7.7 Zur Verpflichtung der Mediationsparteien zur Verschwiegenheit im Zivilprozess 227
7.2.7.8 Rechtslage zur Zulässigkeit von Prozess- bzw Beweisverträgen 227
7.2.7.9 Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Beweisverträgen 228
7.2.7.10 Meinungsstand zur Zulässigkeit von Beweisverträgen 229
7.2.7.10.1 Untersuchung über das Bestehen der Parteiendisposition unterliegenden Beweismitteln im österreichischen Zivilprozess 230
7.2.7.10.2 Zwischenergebnis 232
7.2.7.10.3 Eigene Meinung 234
7.2.8 Vertragliche Vertraulichkeit sonstiger am Mediationsverfahren beteiligter Personen 240
7.3 Ergebnis 240
8 Folgen des Verstoßes gegen die Vertraulichkeit 243
8.1 Eingetragene Mediationsperson 243

8.1.1 Rechtsfolgen aus der Durchbrechung der materiellen Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG 243
8.1.1.1 Haftpflichtversicherung zur Deckung schadenersatzrechtlicher Ansprüche der Mediationsparteien ... 243
8.1.1.2 Strafbarkeit gem § 31 Abs 1 ZivMediatG ... 244
8.1.1.3 Berufsrechtliche Folgen ... 244
8.1.2 Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Vertraulichkeitspflichten nach dem EU-MediatG ..245
8.1.2.1 Ansatz zur Begründung einer Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zur Deckung schadenersatzrechtlicher Ansprüche der Mediationsparteien ... 245
8.1.2.2 Strafbarkeit gem § 31 Abs 1 ZivMediatG ... 246
8.1.2.3 Berufsrechtliche Folgen ... 247
8.2 Nicht-eingetragene Mediationsperson ... 248
8.2.1 Rechtsfolgen aus der Durchbrechung der materiellen Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG 248
8.2.2 Rechtsfolgen aus der Durchbrechung der materiellen Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG ... 248
8.3 Schadenersatzrechtliche Ansprüche gegen Mediationspersonen bei Verletzung von Verschwiegenheitspflichten ... 249
8.3.1 Allgemeine Voraussetzungen ... 249
8.3.2 Schadenersatz „ex contractu“ oder „ex delicto“ ... 250
8.3.2.1 Umfang der Ersatzpflicht ... 253
8.3.2.2 Ausgewählte Ersatzansprüche der Mediationsperson ... 255
8.3.2.2.1 Vermögensschäden aufgrund Kreditschädigung ... 255
8.3.2.2.2 Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses ... 256
8.3.2.2.3 Rückforderung des geleisteten Entgelts ... 256
8.3.3 Haftung der Hilfspersonen ... 258
8.3.3.1 Zur direkten Haftung der Hilfsperson ... 258
8.3.3.2 Zur Gehilfenhaftung ... 258
8.4 Schadenersatzansprüche der übrigen Mediationsbeteiligten ... 260
8.5 Ergebnis ... 261
9 Zusammenfassung der Hauptergebnisse ... 263
Literaturverzeichnis ... 267
Abstract ... 277
Lebenslauf der Verfasserin ... 279

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere Ansicht
Abs	Absatz
aE	am Ende
AktG	Aktiengesetz
AktRÄG	Aktienrechtsänderungsgesetz
Anm	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Art	Artikel
ASVG	Arbeits- und Sozialversicherungesetz
BlgNr	Beilage Nummer
Bsp	Beispiel
bspw	beispielsweise
BörseG	Börsegesetz
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
ca	circa
dBGBl	deutsches Bundesgesetzblatt
dBGH	deutscher Bundesgerichtshof
dLit	deutsche Literatur
DRdA	Das Recht der Arbeit
dRspr	deutsche Rechtsprechung
dZPO	deutsche Zivilprozessordnung
EheRÄG	Eherechtsänderungsgesetz
EK	Europäische Kommission
ErläutRV	Erläuternde Bemerkungen Regierungsvorlage
EvBL	Evidenzblatt
evtl	eventuell
f	folgende
ff	fort folgende
FLAG	Familienlastenausgleichsgesetz
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GP	Gesetzgebungsperiode
grds	grundsätzlich
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
iVm	in Verbindung mit
JAP	Juristische Ausbildung und Praxisvorbereitung
Lit	Literatur
lit	litera
mE	meines Erachtens
MediationsG	Mediationsgesetze
mMn	meiner Meinung nach

MS	Meinungsstreit
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NO	Notariatsordnung
Nr	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
öLit	österreichische Literatur
öRspr	österreichische Rechtsprechung
öZPO	österreichische Zivilprozessordnung
PthG	Psychotherapiegesetz
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RL	Richtlinie
RL-BA	Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
StGB	Strafgesetzbuch
sog	sogenannt
stRspr	ständige Rechtsprechung
teilw	teilweise
ua	unter anderem
va	vor allem
veröff	veröffentlicht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
VO	Verordnung
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel
zit n	zitiert nach
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	Zivilprozessordnung

I. Problemstellung

Obwohl die Vertraulichkeit ein zentrales Element der Mediation darstellt, so hat es bisher in der Rspr gar keine und in der Lit nur eine ansatzweise Auseinandersetzung über die Vertraulichkeit in der Mediation sowie deren Durchsetzung im Zivilverfahren gegeben. Nachdem aber sowohl in der Lit als auch von der Gesetzgebung der einheitliche Tenor lautet, dass die Vertraulichkeit die ***„conditio sine qua non“*** der Mediation darstellt, könnte zunächst davon ausgegangen werden, dass es **Probleme mit der Vertraulichkeit** bzw insb mit deren Durchsetzung im Zivilprozess **nicht gibt.**

Tatsächlich ist aber **fraglich**, **in welchem Ausmaß bestehende gesetzliche Regelungen die Vertraulichkeit von Mediationsinformationen schützen** bzw ob die Vertraulichkeit von Personen, die nicht gesetzlich geschützt ist, durch vertragliche Vereinbarungen ausreichend gesichert werden kann. Für den Zivilprozess ist in diesem Zusammenhang besonders relevant, **wie die Verschwiegenheit** aufgrund gesetzlicher bzw vertraglicher Regelungen **durchgesetzt** werden kann und welche (berufs- bzw schadenersatzrechtliche) Konsequenzen sich schließlich aus dem Verstoß gegen entsprechende Pflichten ergeben.

Zunächst wurde im Zuge der **Einführung** des **ZivMediatG**[1] im Jahr 2004 in § 18 die **Vertraulichkeit** des *„Mediators“* sowie seiner *„Hilfspersonen“* und sonstiger Personen *„die im Rahmen einer Praxisausbildung bei einem Mediator unter dessen Anleitung tätig sind“*, normiert. Dabei soll sich deren Vertraulichkeit auf *„Tatsachen“* beziehen, die diesen Personen *„anvertraut“* oder *„sonst bekannt“* wurden. Auf zivilprozessualer Ebene stellt die flankierende Vertraulichkeitsbestimmung das Vernehmungsverbot gem § 320 Z 4 ZPO dar. Die an dieser Stelle im Gesetzestext verwendeten Begriffe der „anvertrauten“ bzw „sonst bekannt“ gewordenen Tatsachen (vgl § 18 ZivMediatG) lassen für den/die Rechtsanwenderin jedoch momentan einen zu großen und va ungewissen Spielraum, um für die Praxis eindeutige Aussagen bzw Vorhersagen über das Bestehen einer Vertraulichkeitsverpflichtung treffen zu können.

Daneben wurde durch die Einführung des ZivMediatG die **Berufsgruppe der Mediator/innen** in sog „eingetragene Mediatoren“ (vom Bundesministerium für Justiz geführte Liste [2]) und sog „nicht-eingetragene Mediatoren“ unterteilt, was für die Vertraulichkeit weitreichende Konsequenzen hatte. Sowohl nach dem **ZivMediatG** (als auch

[1] Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz/ZivMediatG), BGBl I 29/2003.

[2] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 14; Die gesetzlichen Anforderungen zur Eintragung in die Liste der Mediator/innen sind in den §§ 24-28 ZivMediatG determiniert.

der **ZPO**) wird die **Vertraulichkeit** dieser beiden Mediatoren-Gruppen **unterschiedlich geregelt**. Während eingetragenen Mediationspersonen gem § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO ein zivilprozessuales Vernehmungsverbot zur Sicherung der Vertraulichkeit eingeräumt wird, ist für **nicht-eingetragene Mediationspersonen weder** ein **materielles** (berufsrechtliches) noch ein **prozessrechtliches Verschwiegenheitsrecht** vorgesehen.[3]
Für Mediand/innen, deren Mediation durch nicht-eingetragene Mediationspersonen durchgeführt wird, hat dies zur Folge, dass sie sich nicht darauf verlassen können, dass diesen Mediationspersonen die Einhaltung der Vertraulichkeit (im späteren Zivilprozess) ermöglicht wird. In der Lit wurde dies kritisiert bzw deshalb verlangt, die Vertraulichkeitsvorschrift des § 18 ZivMediatG bzw damit einhergehend das Vernehmungsverbot des § 320 Z 4 ZPO analog anzuwenden.[4]

Auf Gesetzesebene ist zudem noch auf die Problematik der Zwei- bzw Dreiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen aufmerksam zu machen. Diese wurden mit **Einführung** des **EU-MediatG** bzgl der Vertraulichkeit **dreigeteilt**. Die unsichere Gesetzeslage ergibt sich im Wesentlichen dadurch, dass nach dem ZivMediatG nur die Vertraulichkeit von sog „eingetragenen Mediator/innen" gesichert werden soll, die ua entsprechende Ausbildungsnachweise nachweisen können (Zweiteilung).[5] Die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediator/innen soll jedoch nach dem EU-MediatG sehr wohl gesichert werden (Dreiteilung), wobei dies die Frage nach dem Vorliegen einer sog „Inländerdiskriminierung" nicht-eingetragener Mediationspersonen aufwirft. Die dafür an sich erforderliche sachliche Rechtfertigung in den ErläutRV des EU-MediatG lautet, dass diese *„auf den unterschiedlichen berufsrechtlichen Anforderungen an die Mediation (beruht)"*, und diese *„Anforderungen (aber)... auf Grund der Richtlinie an die Mediation grenzüberschreitender Streitigkeiten nicht gestellt werden"* kann. Deshalb sei es *„sachlich angemessen (erscheint), die Frage der Vertraulichkeit unterschiedlich zu regeln"*[6].[7] Ob diese Begründung die Ungleichbehandlung nicht-eingetragener Mediationspersonen hinsichtlich der Vertraulichkeit rechtfertigt, wird einen weiteren zentralen Punkt dieser Untersuchung darstellen.

---

[3] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19; *Fucik,* EU-MediatG und ZivMediatG - ein Überblick, ÖJZ 2011/97.
[4] Siehe dazu zB *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3; *Likar/Krommer*, Mediation und Recht - Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 ff.
[5] Siehe dazu Punkt 1.3.1.2.
[6] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[7] Der Fokus der Mediations-RL lag darin, für angrenzende oder sich überschneidende Bereiche von Mediations- und Gerichtsverfahren *„europaweit einheitliche Vorgaben oder Mindeststandards"* zu schaffen. Dadurch sollten die Mitgliedstaaten von der Mediation als alternatives Streitbeilegungsverfahren überzeugt werden, ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 1.

Auf vertraglicher Ebene stellt sich die Frage, ob und wie die Vertraulichkeit jener Personen, die vom gesetzlichen Vertraulichkeitsschutz nicht erfasst sind, (ausreichend) gesichert werden kann. Dabei müssen zunächst die in der Lit bisher nur ansatzweise behandelten Verträge zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson („Mediator/innenvertrag"), sowie der nur unter den Mediationsparteien getroffene „Mediand/innenvertrag" untersucht werden. Anknüpfend daran kann festgestellt werden, ob sich daraus allfällige stillschweigende Vertraulichkeitsverpflichtungen als vertragliche (Neben-)Pflichten ergeben können.
Im Fokus der Betrachtung liegt hier va die **Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien**, da diese sowohl nach dem ZivMediatG als auch dem EU-MediatG im Zivilverfahren gesetzlich **nicht zur Verschwiegenheit berechtigt** sind. In der dLit und dRspr wurde diesem Problem insofern Abhilfe geschaffen, als Absprachen zwischen den Parteien betreffend Beweismittel in Zivilverfahren durch sog „Prozess- bzw Beweismittelverträge" für zulässig erkannt wurden.[8] Dies würde eine überaus interessante Alternative auch für österreichische Mediationsparteien darstellen, wobei Prozessverträge nach der Lit[9] und Rspr[10] jedoch – anders als in Deutschland – als unzulässig betrachtet werden. Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass entsprechende Vereinbarungen der für die Parteien geltenden Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht gem § 178 ZPO widersprechen würden.[11]

Abschließend ist noch auf allfällige Folgen aus dem Verstoß gegen gesetzliche und/oder vertragliche Vertraulichkeitsverpflichtungen einzugehen. Vor allem für die Mediationspersonen müssen schadenersatz- bzw berufsrechtliche Folgen aus der Verletzung des ZivMediatG oder EU-MediatG beleuchtet werden, die sich aus der Durchbrechung der Vertraulichkeit ergeben können. Für alle sonstigen Mediationsbeteiligten, deren Vertraulichkeit gesetzlich nicht gesichert ist, beschränkt sich die Untersuchung auf Schadenersatzansprüche.

---

[8] Vgl in der dLit zB *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001/19 (1398 ff).
[9] *Fasching*, Lehrbuch² (1990) Rz 823.
[10] OGH 7.10.2003, 4Ob188/03f = ÖJZ-LSK 2004/34 = EvBl 2004/40 S 188 - EvBl 2004,188 = RZ 2004/10 S 90 - RZ 2004,90 = RdW 2004,223 = MietSlg 55.679 = SZ 2003/116.
[11] *Fasching*, Lehrbuch² (1990) Rz 823; Vgl dazu auch in der dLit *Rüßmann,* Alternativ-Kommentar ZPO, Vor § 288 Rz 4; *Scherer,* Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, DRiZ 1986, 58 (61 f).

II. Relevanz des Themas

Zum Begriff der Vertraulichkeit

Nachdem eine gesetzliche Regelung bzw **definitorische Erfassung** der „**Vertraulichkeit**“ in der Mediation weder nach dem ZivMediatG[12] noch nach dem EU-MediatG[13] **besteht**, soll zunächst unter Heranziehung der **wörtlichen Interpretation** an den **Begriffskern** der „Vertraulichkeit“ angeknüpft werden.

Etymologisch wird unter „vertraulich“ unter anderem „intim, diskret“ [14] bzw unter „verschwiegen“ auch „geheimhaltend, geheim“[15] verstanden. Das bedeutet daher einerseits, dass es sich bei der Vertraulichkeit um Informationen handelt, die nur für einen **begrenzten Personenkreis bestimmt** sind und andererseits, dass diese „*intern*“ bleiben bzw „*diskret*“ zu behandeln sind und daher **nicht nach außen dringen** können sollen.[16]

Betrachtet man nun den Vertraulichkeitsbegriff aus mediations-theoretischer Sicht, so bedeutet dies bezogen auf die Mediation, dass ein Mediationsverfahren erstens in einem abgegrenzten, nicht jedermann zugänglichen Personenkreis zu erfolgen hat. Daraus folgt, dass die Mediation grundsätzlich unter **Ausschluss der Öffentlichkeit** stattfindet. Zweitens soll der Einhaltung einer diskreten Mediation insoweit Vorsorge getroffen werden, als **sämtliche Informationen**, die sich aus einer Mediation ergeben, auch später noch (zB in einem an die Mediation anschließenden Gerichtsverfahren) **geheim** bleiben, woraus sich der **Geheimhaltungswille der Mediationsparteien** ableiten lässt.[17]

Zum Element der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren

Wie aus den Ausführungen hervorgeht, zeigen sich also **zwei Ausprägungen** hinsichtlich der Vertraulichkeit in der Mediation. Diese stellen sich, ausgehend von den **Interessen** und

---

[12] **§ 1 Abs 1 ZivMediatG** (Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG), BGBl I Nr 29/2003): *„Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen.“*

[13] Gem **§ 2 Abs 1 Z 1 EU-MediatG** (Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-Mediations-Gesetz - EU-MediatG), BGBl I Nr 21/2011) handelt es sich bei der Mediation um *„(...) ein strukturiertes Verfahren ungeachtet seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen, unabhängig davon, ob dieses Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird.“*

[14] Duden, Etymologie Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache[2] (1989) 753.

[15] Duden, Etymologie Herkunftswörterbuch der deutschen Sprache[2] (1989) 658.

[16] http://www.duden.de/rechtschreibung/vertraulich.

[17] *Cremer,* Die Vertraulichkeit der Mediation (2006) 20, 27 ff.

Erwartungen, die von den **Mediationsparteien** an die Mediation gestellt werden, wie folgt dar:

Zum einen basiert die Mediation auf der Idee, dass sich die Mediationsparteien der Mediationsperson gegenüber aber auch untereinander uneingeschränkt **öffnen**. Nur durch eine offene Gesprächsführung kann erreicht werden, dass die Mediand/innen ihre Interessen und Bedürfnisse erkennen und als Folge daraus eine selbstverantwortete und für beide Parteien zufriedenstellende Lösung erarbeiten. Durch diese offene Kommunikation zwischen der Mediationsperson und den Mediand/innen soll im Laufe der Mediation so viel Information über den Konflikt wie möglich gesammelt werden. Der Idealfall wäre, wenn die Parteien dabei nicht durch Zweifel gehemmt werden, ob die jeweils andere Mediationspartei oder die Mediationsperson die preisgegebenen Informationen weitergeben, sondern sie sollen *„vertrauensvoll und offen kooperieren“*[18] können. Aus der **vollständigen Offenlegung** *entscheidungserheblicher Tatsachen*[19] und eigener Interessen gewinnt die Mediation ihre *„konfliktlösende Kraft“*[20]. Diese kann jedoch nur dann erreicht werden, wenn die Mediationsparteien sicher sein können, dass offenbarte Informationen von sämtlichen Beteiligten *vertraulich* behandelt werden.

Zum anderen setzt diese unbedingt erforderliche offene Gesprächsführung voraus, dass sämtliche Tatsachen aus der Mediation bzw insb für die einzelne Mediationspartei relevante Informationen nicht nach außen dringen (Geheimhaltungswille). Für den Erfolg der Mediation von grundlegender Bedeutung ist es daher, dass sie unter grundsätzlichem **Ausschluss der Öffentlichkeit** stattfindet. Der Nicht-Öffentlichkeits-Grundsatz stellt somit einen weiteren zentralen Aspekt der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren dar. Dieser dient dabei nicht nur dazu, die *„konstruktive Atmosphäre einer Mediation ... entscheidend ... (zu fördern)“*[21], sondern schützt auch vor *„unsensibler Berichterstattung“* sowie *„unerwünschter Publicity“*.[22]

---

[18] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 5.

[19] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 5; *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 5, die zwischen Offenheit zwischen den Parteien und der *„Offenlegung entscheidungserheblicher Tatsachen“* grundsätzlich unterscheiden. Während die Offenlegung als *„Voraussetzung“* dafür gesehen wird, dass eine Mediation *„überhaupt stattfinden“* könne, wird unter der *„Offenheit“* hingegen kein *„notwendiges Element“* der Mediation verstanden, da dies im weitesten Sinne die Beziehung der Mediand/innen beschreibt. ME sind beide dieser Elemente notwendig, bzw verstehe ich vielmehr die Offenheit als Überbegriff, die auch die Offenlegung *„entscheidungsrelevanter Tatsachen“* impliziert.

[20] *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation (2008) 39.

[21] *Roth/Markowetz,* Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen. Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 297.

[22] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 11 f.

Zur praktischen Relevanz der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren

Wie aus den obigen Ausführungen erkennbar ist, spielt die Vertraulichkeit daher nicht nur *in* der Mediation sondern auch *für* die Mediation eine zentrale Rolle. Es ist daher fraglich, weshalb im Gegensatz zu Mediations-Definitionen aus anderen Regelwerken[23] in **keiner** der obenstehenden in Österreich geltenden Definitionen des ZivMediatG bzw EU-MediatG *ausdrücklich* auf die Vertraulichkeit als ein *Wesens*element der Mediation eingegangen wird. Nichts desto trotz vertritt die österreichische Gesetzgebung in den ErläutRV des ZivMediatG die Ansicht, dass ***„gegenseitiges Vertrauen und Vertraulichkeit (... als) essentielle Voraussetzungen für die Ausübung der Mediation"***[24] zu betrachten sind. Entsprechendes wird auch in der österreichischen Lit vertreten, wonach die Vertraulichkeit die „***conditio sine qua non***" [25] der Mediation darstelle. Zusätzlich wird die Vertraulichkeit - zumindest indirekt - auch durch entsprechende prozessrechtliche Bestimmungen angeordnet (vgl § 320 ZPO).

Diese gefestigten Ansichten zur zentralen Bedeutung der Vertraulichkeit in der Mediation basieren jedoch nicht in erster Linie auf der Konzeption der einschlägigen österreichischen Gesetze bzw der Literatur, die Wurzeln dieser Auffassungen liegen vielmehr im amerikanischen Vorbild. Um daher die Relevanz der Vertraulichkeit für die Mediation zu erfassen, ist zunächst ein Blick auf das amerikanische Rechtssystem zu werfen.

Aus amerikanischer Perspektive

Um die Interessen an der Geheimhaltung von Mediationsinformationen besser zu verstehen, ist zunächst folgender Aspekt zu berücksichtigen: Im Gegensatz zur österreichischen Rechtspraxis ist es in **Amerika** üblich, **Urteile aus Gerichtsverfahren nicht zu anonymisieren**. Konkret bedeutet dies, dass im Gegensatz zur österreichischen Rechtslage Personen/Parteien in einem *amerikanischen* Prozess keine Anonymität genießen bzw deren **Identität** durch die Publizierung eines Urteils **offen gelegt** wird.[26]

In den Vereinigten Staaten gilt in diesem Zusammenhang va auch der Grundsatz, dass sämtliche Beweise eines Gerichtsverfahrens publik gemacht werden dürfen und damit wird der **Öffentlichkeit** und der **Presse uneingeschränkter Zugang zu Informationen** aus einem

---

[23] Gem dem in Deutschland geltenden Mediationsgesetz, welches erst seit 2012 in Kraft steht, wird die Mediation nach § 1 Abs 1 als *„(...)ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben"* definiert, dMediationsgesetz vom 21. Juli 2012, dBGBl I 1577.

[24] ErläutRV 24 BlgNr 22 GP 29.

[25] Siehe zB *Grünberger,* Die Regelung der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 53; *Kollross,* Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ecolex 2003, (745); Vgl dazu in der dLit bspw *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 20.

[26] Siehe dazu *Kutschera* in *Torggler,* Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit (2007) 45 Rz 21.

Gerichtsverfahren ermöglicht wird.[27] Medienvertreter dürfen diese Informationen verwenden und veröffentlichen, solange sie diese nicht unrechtmäßig in Erfahrung gebracht haben[28] und keine *„zwingenden Gründe des Allgemeinwohls"* dagegen sprechen.[29] Durch diese Publizität erhofft sich die amerikanische Gesetzgebung eine **Kontrolle durch die Öffentlichkeit**, wodurch ein *„faires Verfahren"* sichergestellt werden soll.[30] Folglich kann sich jede/r außenstehende/r „Interessierte" über einen konkreten Rechtsstreit sowie von daran beteiligten Personen ein Bild machen und dementsprechend heikle Informationen in Erfahrung bringen.

Die **Konsequenz** daraus ist, dass in den USA der **Einfluss** und Druck der **Öffentlichkeit in Gerichtsverfahren** bei entsprechendem Interesse **sehr groß** sein kann. Alternative Konfliktregelungsverfahren (wie zB die Mediation sowie Schiedsgerichtsverfahren) und die dabei gewährleistete Sicherung der Vertraulichkeit stellen daher va in Amerika eine ungemein interessante Alternative zu Gerichtsprozessen für die Parteien dar.[31] Das Interesse, va Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse großer Unternehmen unter Verschluss zu wissen oder aber auch einfache Konflikte ohne großes Aufsehen regeln zu wollen, tritt dabei in den Vordergrund, wobei es insb darum geht, diese Angelegenheiten möglichst *vertraulich* zu bewältigen. Daher wird die Mediation va aus dem Gesichtspunkt bevorzugt, um *„keine schmutzige Wäsche in der Öffentlichkeit zu waschen"*.[32]

Aus österreichischer Perspektive

Wenngleich die Identität der Parteien in **Österreich** durch die Anonymisierung von Urteilen im Gegensatz zu den USA eher gewahrt wird, so besteht doch auch hierzulande die **Gefahr**, dass Informationen aus **Gerichtsprozessen** an die Öffentlichkeit gelangen. Schließlich gilt auch im österreichischen Zivilgerichtsverfahren der **Grundsatz der Volksöffentlichkeit** (§§ 171 ff ZPO) sowohl für die Verhandlung als auch die Urteilsverkündung, woraus folgt, dass ausnahmslos jede/r einem Zivilprozess beiwohnen und darüber berichten darf. (Teilweise)

---

[27] *Senger-Weiss,* Wirtschaftsmediation (2001) 193.

[28] The Florida Star v. B.J.F., 109 S.Ct. 2610 zit n *Janisch,* Investigativer Journalismus und Pressefreiheit (1998) 50.

[29] *Janisch,* Investigativer Journalismus und Pressefreiheit (1998) 53 f, wobei zB Journalisten durch Recherche in öffentlich zugänglichen Akten die Namen von Vergewaltigungsopfern erlangten und veröffentlichten, eine Verurteilung dieser Journalisten jedoch ausblieb, da der (jeweils einzelne) Staat die Erreichbarkeit dieser Informationen zu unterbinden hat und daher Journalisten, die sich dieser rechtmäßig erlangten Informationen bedienen, nicht bestraft werden dürfen, The Florida Star v. B.J.F., 109 S.Ct. 2610 zit n *Janisch,* Investigativer Journalismus und Pressefreiheit (1998) 49ff.

[30] *Janisch,* Investigativer Journalismus und Pressefreiheit (1998) 50.

[31] Siehe zur Nichtöffentlichkeit zB im schiedsgerichtlichen Verfahren *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1143.

[32] *Freedman/Prigoff*, Confidentiality in Mediation: The Need for Protection, 2 Ohio State Journal on Dispute Resolution (1986) 38 zit n Senger-Weiss, Wirtschaftsmediation (2001) 284.

Ausnahmen gelten in der ZPO jedoch bspw dahingehend, wenn familiäre Angelegenheiten betroffen sind (§ 172 Abs 2 ZPO) oder wenn eine Verhandlung gestört wird bzw auch, wenn die öffentliche Ordnung gefährdet erscheint (§ 172 Abs 1 ZPO).

Auch wenn im Gegensatz zu einem Verfahren vor den amerikanischen Gerichten die Identität der Parteien und somit diese betreffende relevante Informationen/Beweise aus einem Zivilprozess in Österreich eher gewahrt werden, so besteht auch hier aufgrund des Öffentlichkeitsgrundsatzes die Möglichkeit, dass heikle Informationen nach außen dringen. Somit zeigt sich, dass die Vertraulichkeit der Mediation nicht nur für amerikanische sondern auch für österreichische (Rechts)-Streitigkeiten große Relevanz haben kann und dass auch **aufgrund der Vertraulichkeit die Mediation** eine äußerst **interessante Alternative zu Verfahren** vor ordentlichen Gerichten darstellt.

Aus der soeben erfolgten Darstellung der Relevanz der Vertraulichkeit für das Mediationsverfahren lassen sich somit folgende Aspekte, die für die Sicherung der Vertraulichkeit sprechen, zusammenfassen:

Mediations-theoretische Argumente zur Sicherung der Vertraulichkeit

Eines der wesentlichsten Argumente, die für die Sicherung der Vertraulichkeit sprechen, ist die „***Förderung des Kommunikationsflusses***". Die Parteien sollen in ihrer Lösungsfindung nicht dadurch gehemmt werden, immer wieder abwägen zu müssen, ob sie gewisse Informationen preisgeben sollen und ob diese die andere Partei später gegen sie verwenden wird. Dadurch würde kaum jemals zum Kern des Konflikts vorgedrungen werden, was schließlich zu einer mangelhaften bzw erfolglosen Konfliktlösung führen kann.[33]

Zur Erlangung einer solchen vertrauensvollen Atmosphäre, in der sich die Mediand/innen öffnen können, ist va die Gewährleistung der **Vertraulichkeit von in der Mediation offenbarten Informationen nötig**. Die Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien können dabei vielfältig sein: Diese liegen bspw in der Verhinderung der Offenbarung von Kunst- oder Geschäftsgeheimnissen sowie auch der Geheimhaltung des Ablaufs firmeninterner Arbeitsweisen oder Kalkulationen bzw auch bei Scheitern in dem Risiko, dass die geoffenbarten Informationen gegen eine Partei verwendet werden. Um dies zu erreichen ist es nötig, dass die Vertraulichkeit sämtlicher, an einer Mediation beteiligten Personen gesichert ist. Daher ist jedoch nicht nur die Vertraulichkeit der **Mediationsperson** (wie bereits teilw durch das ZivMediatG bzw EU-MediatG geregelt), sondern mE auch der

[33] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 9; *Groth/v. Bubnoff,* Gibt es „gerichtsfeste" Vertraulichkeit bei der Mediation? NJW 2001, 338 f; *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 2.

Mediationsparteien und **sonstiger** am Mediationsverfahren beteiligter **Dritter** zu sichern. Die Vertraulichkeit verlangt die Sicherheit, dass die Öffentlichkeit von einem Mediationsverfahren so wenig wie möglich erfährt.

Ein weiterer wesentlicher Aspekt, der sich in diesem Zusammenhang ergibt, ist, dass es auch im Interesse der **Gerichte** liegt, die Mediation als **Entlastung** zu sehen und anzuerkennen. Die Mediation kann durch die selbstverantwortete Lösungsfindung der Mediationsparteien und der dadurch ausbleibenden Anrufung der Gerichte eine Alternative zu zeitaufwendigen und kostspieligen Prozessen darstellen. Diese Erleichterung kann durch die Sicherung der Vertraulichkeit dieses Verfahrens zusätzlich gestärkt werden. Die Zusicherung der Vertraulichkeit ist (neben der Selbstbestimmung oder dem Erreichen einer win-win-Lösung) eines der wesentlichsten, wenn nicht *das* wesentlichste Kriterium, sich für alternative Streitbeilegungsverfahren (und damit ua die Mediation) zu entscheiden. Für die Konfliktparteien kann daher die Gewährleistung der Vertraulichkeit als Beweggrund dienen, sich für die Mediation zu entscheiden, was schließlich nicht zuletzt auch den Gerichten zugute kommt.[34]

Es bleibt jedoch festzuhalten, dass eine Mediation **nicht immer erfolgreich** ist. Oft kommt es zu keiner Einigung der Parteien im Rahmen eines Mediationsverfahrens, doch ist zu beachten, dass dieses maßgeblich zur späteren - schnelleren - Konfliktlösung beitragen kann. Schließlich werden die wichtigsten Themen in der Mediation von den Mediationsparteien herausgearbeitet und bearbeitet. Schon alleine das Bewusstsein, die Ursache des Konfliktes zu kennen, kann in der Konfliktlösung weiterhelfen. Doch auch die durch die Mediationsperson unterstützte oder wiederhergestellte Kommunikation zwischen den Mediand/innen kann zu einer spürbaren Besserung des Umgangs der Parteien miteinander führen.[35] Zu beachten ist, dass die (verbesserte) Kommunikation jedoch auch maßgeblich mit dem Vertrauen der Mediationsbeteiligten zusammenhängt. Diese werden sich der Mediationsperson gegenüber nur dann öffnen, wenn sie auch auf ihre Verschwiegenheit vertrauen können.

III. Gang der Untersuchung und Forschungsfragen

Aus juristischer Perspektive bedarf es im ersten Abschnitt dieser Untersuchung zunächst einer **gründlichen Aufarbeitung** der **Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG** sowie des **§ 3 EU-MediatG** und der diese flankierenden Regelungen in den **Verfahrensordnungen**.

[34] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 12 f.
[35] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 11.

Konkret sollen dabei der von dieser Bestimmung erfasste **Adressatenkreis** sowie der **inhaltliche Kern** der Vertraulichkeitsbestimmungen des ZivMediatG bzw des EU-MediatG herausgearbeitet werden. Außerdem werden auf Basis der Literatur und der Rspr zu der der Mediation nahestehenden Berufsgruppen sowie insbesondere vergleichend andere nationale Gesetze zur Mediation aufgearbeitet und zur Lösung der Fragestellungen herangezogen.

Im folgenden Teil soll für Personen, die von der gesetzlichen Vertraulichkeit des § 18 ZivMediatG bzw § 3 des EU-MediatG nicht erfasst sind, untersucht werden, inwiefern deren Vertraulichkeit für einen anschließenden Zivilprozess durch Vertrag geregelt werden kann. Dies stellt gerade deshalb einen Schwerpunkt der Dissertation dar, da bei negativem Ausgang dieser Prüfung die Vertraulichkeit, wenn sie weder gesetzlich noch vertraglich geregelt ist, ein **großes Risiko** für die Mediand/innen darstellen kann. Unterliegt die Vertraulichkeit nicht der Parteiendisposition, so würde dies für die Mediationsparteien die Konsequenz haben, dass ihre offengelegten Informationen entweder durch den/die andere/n Mediand/in oder sonstige am Mediationsverfahren beteiligte Dritte in den Zivilprozess einfließen könnten.

Schließlich werden zum Abschluss dieses Themenkomplexes noch allfällige schadenersatzrechtliche Konsequenzen aus dem Verstoß gegen eine berufsrechtliche bzw vertragliche Verschwiegenheitspflicht analysiert.
Daraus ergeben sich folgende **Forschungsfragen**:

- Welche Personen sind die Normadressaten des § 18 ZivMediatG bzw des EU-MediatG und wie weit ist der Schutzbereich dieser Bestimmungen abgesteckt?
- Wie kann die Vertraulichkeit der Personen, die dem ZivMediatG bzw EU-MediatG nicht unterliegen, gesichert werden? Welche Ansätze ergeben sich aus ausländischen Mediations-G und dem schiedsgerichtlichen Verfahren und inwieweit sind diese transponibel?
- Welche Personen können vertraglich zur Vertraulichkeit verpflichtet werden? Welche Grenzen steckt die österreichische Rechtsordnung derartigen Vertraulichkeitsvereinbarungen und wie können diese im Gerichtsverfahren durchgesetzt werden?
- Welche rechtlichen - insb schadenersatzrechtlichen - Konsequenzen ergeben sich aus dem Bruch vertraglicher oder gesetzlicher Vertraulichkeitspflichten?

Terminologie

- Im Rahmen dieser Arbeit werden Personen, die einen Konflikt beilegen wollen und sich deshalb auf eine Mediation einlassen, als „Mediand/innen“ bzw „Mediationsparteien“ bezeichnet.

- Die dritte Person, die die Mediand/innen bei der Konfliktlösung unterstützt, wird entweder als „Mediator/in“ oder als „Mediationsperson“ bezeichnet.

- Unter „Mediationsbeteiligte“ sind *sämtliche* an der Mediation teilnehmende Personen zu verstehen. Das sind neben den Mediand/innen und der Mediationsperson va auch sonstige Dritte, wie bspw Sachverständige, Dolmetscher etc.

- „Mediationsinformationen“ sind jene Informationen, die im Rahmen der Mediation offenbart wurden.

Um ein möglichst ganzheitliches Bild über die wesentliche Bedeutung der Vertraulichkeit für das Mediationsverfahren zu geben, soll ein kurzer historischer Überblick über die Entstehung der Mediation erfolgen. Anschließend werden anknüpfend an die für diese Arbeit bedeutenden Regelwerke des ZivMediatG bzw EU-MediatG weitere, die Mediation bestimmende, Elemente aufgezeigt. Diese stellen neben der Vertraulichkeit die Basis jedes Mediationsverfahrens dar, weshalb im Zuge der vorliegenden Untersuchung stellenweise ein Zusammenhang zu eben jenen wesentlichen Elementen hergestellt wird, um dem/der Leser/in ein besseres Verständnis zu ermöglichen.

1 Zur historischen Entwicklung der Mediation

Der Ursprung der heute verbreiteten Mediation liegt in den **USA**. Der Auslöser für die Etablierung der Mediation begründete sich in einem **überlasteten Justiz- bzw Verwaltungssystem** der Vereinigten Staaten, welches sich zunehmend va mit komplizierten Baukonflikten in den 1970-er Jahren auseinanderzusetzen hatte. Die fehlende fachliche Expertise der Entscheidungsorgane rief den **Unmut der Betroffenen** hervor, welche sich folglich zunehmend nach alternativen Formen der Konfliktregelung umsahen.[36] Gleichzeitig wurde von der Bevölkerung gefordert, dass die Bürger stärker in gesellschaftliche Entscheidungen eingebunden werden (sog *„public envolvement"*).[37]

Das von *Frank E. Sanders* vorgestellte Modell des „multi-door courthouse" im Jahr 1976 bot eine **Idee** zur Lösung des überlasteten Justizsystems.[38] Das Konzept basierte im Wesentlichen auf der Idee, dass den Konfliktparteien nicht nur die eine „Tür" zum gerichtlichen Verfahren offen steht, sondern dass das Gericht mehrere verschiedene Konfliktbearbeitungsverfahren (wie ua die Mediation oder die Schiedsgerichtsbarkeit) anbietet. Die Vision war, dass dieses Angebot insb auch durch Konfliktparteien, die sich Gerichtsverfahren zB nicht leisten oder diese nicht verstehen konnten, in Anspruch genommen wird.[39]

Zur Lösung des Problems der überlasteten Justiz fand man daher entsprechende **Abhilfe** in der sog „Alternative Dispute Resolution" (ADR) bzw den „alternativen Konfliktregelungsverfahren". Diese kamen jedoch nicht nur in Baukonflikten, sondern zunehmend auch in umwelts-, arbeits- und nachbarschaftsrechtlichen Konflikten zur Anwendung. Aufgrund der **breiten Anwendbarkeit** dieser Konfliktbearbeitungsmethoden in zahlreichen Rechtsgebieten und der steigenden Unzufriedenheit der Rechtssuchenden mit dem bestehenden Justizsystem konnten sich ADR-Verfahren **rasch etablieren**.[40]

Die **Basis** dieser ADR-Verfahren stellen Methoden der Konfliktregelung dar, die entweder **ohne** Unterstützung einer dritten Person („**unassisted negotiation**") **oder mit** Hilfe eines/einer Dritten durchgeführt werden („**assisted negotiation**"). Je nach Intensität des

---

[36] *Hehn* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 6 Rz 33 ff.
[37] *Hehn* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 6 Rz 35.
[38] *Kessler/Finkelstein,* The Evolution of a Multi-Door Courthouse, Catholic University Law Revue (1988) Vol 37, Issue 3 (577 ff).
[39] *Kessler/Finkelstein,* The Evolution of a Multi-Door Courthouse, Catholic University Law Revue (1988) Vol 37, Issue 3 (577 f); *Tochtermann,* Mediation in den USA 30 Jahre nach „Pound", ZKM 6/2006 (168 ff).
[40] *Weidner,* Internationale Erfahrungen mit Umweltmediation 136 f zit n *Hehn* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 6 Rz 36; Vgl auch zB *Steinbrück*, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, dAnwBl 1999, 575; *Montada/Kals*, Lehrbuch der Mediation (2001) 3; *Likar/Krommer*, Mediation und Recht - Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 ff.

Einflusses dieser dritten Person am jeweiligen Konfliktbearbeitungsverfahren wurde die Untergruppe dieser „assisted negotiation“ unterteilt, wobei eines dieser Konfliktregelungsinstrumente die Methode der **Mediation** war.[41]

An der **Harvard Universität** hat man das Potential dieser ADR-Verfahren bzw insb der Mediation erkannt und an der **Erforschung wissenschaftlicher Grundprinzipien** gearbeitet. Im Zuge dieser Arbeiten ist eine eigene „**Harvard-Verhandlungsmethode**“[42] entstanden, wobei es im Wesentlichen um „Kooperation statt Konfrontation“ und um das Erarbeiten einer selbstverantworteten „**win/win** Lösung“ durch die Mediand/innen geht. Obwohl der Zugang der Harvard-Universität auf einer Verhandlungsmethode basiert (und „unassisted“ ist), sollen auch hier insb die Beziehungs- und Interessenebenen der betroffenen Parteien herausgearbeitet und eine Loslösung von starren Positionen erreicht werden.

Das Verfahren der Mediation an sich ist grds durch den Einsatz von psychologischen bzw psychotherapeutischen Erkenntnissen[43] gekennzeichnet und wurde nach und nach durch **Kommunikations- und Moderationstechniken** sowie einer **gegliederten Gesprächsführung** [44] modifiziert. Schließlich sollen die Parteien mithilfe einer Mediationsperson[45] zu einer Übereinkunft kommen, bei der beide/sämtliche involvierte Personen ihr Gesicht wahren können.

1.1 In Österreich

In **Österreich** geschah eine **erste Auseinandersetzung mit** der **Mediation** durch den „**Modellversuch Familienmediation**“ im Jahr 1993, der die Unterstützung von (Ehe)Partnern in Scheidungs-, Obsorge- und Besuchsrechtsverfahren vorsah. Aufgrund der daraus resultierenden positiven Resonanz der Betroffenen[46] wurde dieser fortgeführt und wird bis heute angeboten.[47]

---

[41] *Hehn* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 6 Rz 39 ff.

[42] Vgl näher *Fisher/Ury/Patton,* Das Harvard-Konzept: Sachgerecht verhandeln - erfolgreich verhandeln (1995).

[43] *Hopf,* Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich, Festschrift für Wolfgang Jelinek (2002) 70.

[44] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 17.

[45] Der geschlechtsneutrale Begriff der „Mediationsperson“ wird in dieser Arbeit synonym für den/die Mediator/in verwendet.

[46] *Pelikan* Christa/ *Schandl* Heinz/ *Hanak* Gerhard/ *Pelikan,* Johanna, Familienberatung am Gericht. Bericht über ein gemeinsames Modellprojekt des BM für Umwelt, Jugend und Familie und des BMJ Wien (Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie), 1996, abrufbar unter http://www.irks.at/legacy/downloads/28_Familienberatung%20am%20Gericht%20Familienmediation%20Kinderbegleitung.pdf, (abgerufen am 1.12.2013).

[47] Das gesetzliche Fundament zur Förderung der Familienmediation wurde in § 39 c Familienlastenausgleichsgesetz (BGBl Nr 136/1999) geregelt. Danach ist der/die zuständige Bundesminister/in dazu verpflichtet, entsprechende „Ausführungs-Richtlinien“ zu erlassen, in denen ua geregelt wird, dass es sich

Bereits wenige Jahre später erfolgte durch die Einführung des **§ 99** Eherechts-Änderungsgesetzes (**Ehe-RÄG**) 1999[48] nicht nur eine **gesetzliche Anerkennung der Mediation** in der österreichischen Rechtslandschaft, sondern gleichzeitig wurde auch die **Vertraulichkeit der Mediationsperson** als *„**essentielle Voraussetzung** für ein mediatorisches Wirken“* [49] determiniert. Aus diesem Grund sollte sich die Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson in einem Gerichtsverfahren nach Ansicht der Gesetzgebung auf sämtliche Tatsachen, die ihr im Zuge der Mediationsverhandlungen *„anvertraut oder sonst bekannt wurden“*, erstrecken.[50]

Nur zwei Jahre später im Jahr 2001 wurde diese **Vertraulichkeitsregelung** für Mediationspersonen auch für **kindschaftsrechtliche Angelegenheiten übernommen**. Konkret regelt Art XVI Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz (KindRÄG) 2001[51], dass die Verschwiegenheit der Mediationsperson in Gerichtsverfahren aus Mediationen betreffend Pflegschaftsangelegenheiten über *„anvertraute“* oder *„sonst bekannt“* gewordene Tatsachen einzuhalten ist.[52]

---

um familien- und/oder kindschaftsrechtliche Konfliktfälle handeln muss und wer eine Förderung beantragen darf.

[48] **§ 99 Abs 1 EheRÄG**: *„Ein zwischen Ehegatten zur Erzielung einer gütlichen Einigung über die Scheidung und deren Folgen berufsmäßig und auf der Grundlage einer fachlichen Ausbildung in **Mediation vermittelnder Dritter** (Mediator) ist zur **Verschwiegenheit** über die Tatsachen verpflichtet, die ihm bei den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen **anvertraut** oder **sonst bekannt wurden**. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der Verjährung oder sonstige **Fristen** zur Geltendmachung von Ansprüchen im Zusammenhang mit der Scheidung der Ehe **gehemmt**.*
Abs 2: Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach Abs. 1 ist ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung nach § 301 Abs. 1 StGB, sofern dadurch ein berechtigtes Interesse verletzt wird und der in seinem Interesse Verletzte dies verlangt.”, BGBl I Nr 125/1999.

[49] ErläutRV 1653 BlgNr 20. GP 30.

[50] Dies zeigt, dass die Gesetzgebung schon früh die Mediation bzw die dabei zutage getretenen Informationen schützen und unter das Siegel der Vertraulichkeit stellen wollte. In dem zuvor vorgelegten Ministerialentwurf war die Verschwiegenheit der Mediationsperson noch an eine zwischen dem/der Mediator/in und den Ehepartner/innen zu vereinbarende schriftliche Übereinkunft geknüpft worden. Dabei wurde auch eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson insoweit vorgesehen, als sich diese auf die in der Mediation erzielten Abmachung, also deren Inhalt und Auslegung, bezog. Diese Ausnahme und die Anforderung der schriftlichen Vereinbarung zur Begründung der Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson wurden jedoch vielseitig beanstandet, weshalb sich die Gesetzgebung schließlich für diese umfassende Sicherung der Verschwiegenheit entschied; ErläutRV 1653 BlgNr 20. GP 30.

[51] **Artikel XVI** *„§ 1 Ein zwischen, wenngleich bloß möglichen, Parteien eines Pflegschaftsverfahrens oder ihren gesetzlichen Vertretern berufsmäßig und auf der Grundlage einer fachlichen Ausbildung in **Mediation** vermittelnder Dritter (Mediator) ist zur **Verschwiegenheit** über die Tatsachen verpflichtet, die ihm bei den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen **anvertraut** oder **sonst bekannt wurden**. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der Verjährung oder sonstige **Fristen** zur Geltendmachung kindschaftsrechtlicher Ansprüche **gehemmt**.*
§ 2 Eine Verletzung der Verschwiegenheitspflicht nach § 1 ist ebenso zu bestrafen wie eine verbotene Veröffentlichung nach § 301 Abs. 1 StGB, sofern dadurch ein berechtigtes Interesse verletzt wird und der in seinem Interesse Verletzte dies verlangt.“, BGBl I Nr 135/2000.

[52] ErläutRV 296 BlgNr 21. GP, wobei auch die verfahrensrechtlichen Regelungen in der ZPO (und der StPO) entsprechend übernommen wurden.

Trotz einiger Einwände gegen eine gesetzliche Rahmengesetzgebung zur Mediation, wie zB der charakteristischen Formlosigkeit dieses Verfahrens[53], fasste die Gesetzgebung schließlich den Entschluss ein Rahmen-Mediationsgesetz für Zivilrechtsmediationen zu schaffen. Schirmherr des Entwurfs wurde nach entsprechender Beauftragung des Nationalrats das Bundesministerium für Justiz.[54] Basierend auf zahlreichen Gesprächen mit verschiedenen Interessensvertretungen (zB Mediations-Vereinigungen, Kammern der Rechtsanwält/innen oder Notar/innen) wurde schließlich im Jahr 2001 ein Ministerialentwurf über ein „Bundesgesetz über gerichtsnahe Mediation"[55] erarbeitet.[56] Nach erfolgter Begutachtung dieses Entwurfs wurde eine Regierungsvorlage für ein entsprechendes Mediations-Gesetz erstellt.[57] Diese trat mit Beschlussfassung durch den Nationalrat als „**Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen** (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG)" am 1. Mai 2004 in Kraft.[58]

1.2 In Europa

Auf **europäischer Ebene** waren zunächst Verbraucherrechtsstreitigkeiten sowie daraus folgende Unsicherheiten bzgl der **Ungewissheit des anwendbaren Rechts** und der **hohen finanziellen Belastung** durch ein allfälliges Gerichtsverfahren Auslöser für die Suche nach alternativen Konfliktregelungsmethoden.

In dem von der Europäischen Kommission (EK) erlassenen Grünbuch im Jahr 1993[59] wurde die vorherrschende Lage betreffend Verbraucherrechtsangelegenheiten evaluiert und in einer Empfehlung der EK aus 1998[60] dahingehend aufgegriffen, als zur **Inanspruchnahme außergerichtlicher Konfliktregelungsverfahren hinsichtlich der Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten** aufgefordert wurde.

---

[53] *Steinbrück*, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, dAnwBl 1999, 574; *Hopf,* Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich, Jelinek-FS (2002) 71.

[54] 22. November 2000, E 40/21. GP; ErläutRV 1284 BlgNr 21. GP Mat 4.

[55] JMZ 4.440.1/432-I 1/2001.

[56] ErläutRV 1284 BlgNr 22. GP Mat 5; *Hopf,* Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich Jelinek-FS (2002) 73 ff.

[57] ErläutRV 1284 BlgNr 21. GP Mat 5; Da die 21. Gesetzgebungsperiode des Nationalrates frühzeitig beendet wurde, konnte der bis zu diesem Zeitpunkt erarbeitete Gesetzentwurf dem Nationalrat zwar vorgelegt werden, zu einer Verabschiedung des Gesetzes ist es jedoch in dieser 21. Gesetzgebungsperiode nicht mehr gekommen, siehe dazu ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 14.

[58] Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG) BGBl I Nr 29/2003.

[59] **Grünbuch** über den *„Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt"*, KOM (93) 576 endg http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0576&from=DE (abgerufen am 29.8.2014).

[60] Empfehlung der EK 98/257/EG.

In einer weiteren Empfehlung der EK aus dem Jahr 2001[61] wurde auf die zunehmende Bedeutung außergerichtlicher Konfliktbearbeitungsverfahren hingewiesen und gewisse **Mindeststandards** dafür (wie bspw die Unparteilichkeit der außenstehenden dritten Person, der Transparenz, Effizienz und Fairness des Verfahrens) eingerichtet.

Wenige Monate nach der Festlegung dieser Kriterien legte die EK ein *„**Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht**“* im Jahr 2002[62] vor. Durch dieses Grünbuch sollte gewährleistet werden, dass der **Zugang zum Recht** für europäische Bürger insb hinsichtlich grenzüberschreitender Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen **verbessert**[63] wird und gleichzeitig sollte auch eine Entlastung der Gerichte erreicht werden.[64] Weitere Regelwerke, die basierend auf diesem Grünbuch entstanden waren, waren der 2004 erschienene Verhaltenskodex für Mediatoren[65] sowie die Mediations-RL 2008/52/EG aus dem Jahr 2008[66].

Auf europäischer Ebene sollte durch die Erlassung dieser **Mediations-RL** eine europaweite Vereinheitlichung dahingehend erfolgen, dass *„die **Attraktivität der Mediation**“* an sich **erhöht**, und dadurch auch *„der Zugang zum Recht (...) verbessert“* werde. Hauptadressat/innen dieses Vorhabens waren va Einzelpersonen, die dieses Konfliktlösungsverfahren beanspruchen sollten.[67] Die entsprechende Umsetzung dieser Mediations-RL hatte bis 21. Mai 2011 durch die Mitgliedstaaten zu erfolgen, wobei diese in Österreich *„nur (mehr) im zwingend erforderlichen Ausmaß umgesetzt werden“*[68] musste, da bereits durch das 2004 erlassene ZivMediatG großteils strengere Maßstäbe an die Mediation gestellt und dadurch bereits den Anforderungen der Mediations-RL gerecht wurden. Die entsprechende **Umsetzung** erfolgte in Österreich durch Erlassung des *„Bundesgesetz(es) über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union“* (**EU-MediatG**)[69], welches seit 1. Mai 2011 in Kraft steht.

---

[61] Empfehlung der EK 2001/310/EG.

[62] **Grünbuch** der EK *„über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht“*, KOM (2002) 196 endg http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&qid=1409316202457&from=EN (abgerufen am 29.8.2014).

[63] KOM (2002) 196 endg 5.

[64] KOM (2002) 196 endg 6.

[65] *„European Code of Conduct for Mediators“* http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf (abgerufen am 29.8.2014).

[66] RL 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl L 136/3 vom 24. Mai 2008, in der Folge kurz „Mediations-RL“.

[67] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 3.

[68] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 3.

[69] BGBl I Nr 21/2011.

Da es **keine allgemein anerkannte Definition** zur Mediation gibt[70], erfolgt anknüpfend an die Entstehungsgeschichten des ZivMediatG und EU-MediatG, eine Darstellung der wesentlichen Elemente der Mediation (nach diesen beiden in Österreich geltenden Regelwerken). Diese Auseinandersetzung erfolgt um wesentliche, die Mediation charakterisierende Elemente aufzuzeigen.

1.3 Wesentliche Elemente der Mediationsgesetze

1.3.1 Zum Zivilrechts-Mediations-Gesetz

Das ZivMediatG[71] beschreibt die Mediation in § 1 Abs 1 ZivMediatG wie folgt:

> *„Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen."*

1.3.1.1 Freiwilligkeit der Mediand/innen

Das ZivMediatG sieht vor, dass die **Teilnahme** der Mediand/innen (in der Folge auch Mediationsparteien) an der **Mediation grundsätzlich freiwillig** erfolgt. Allerdings anerkennt die österreichische Rechtsordnung zumindest einen Fall, bei dem die Mediation zwingend angeordnet wird: Zur Wirksamkeit einer **Lehrlingskündigung** durch den/die Dienstgeber/in (§ 15a Abs 3 erster Satz BAG)[72] wird gesetzlich angeordnet, dass die Mediation zwischen Lehrberechtigen/er und Lehrling **zwingend vorgeschalten** wird.[73] Nachdem das ZivMediatG (auch) auf Lehrlingsmediationen anwendbar ist, genügt es demnach für die Freiwilligkeit,

---

[70] *Bühring-Uhle,* Arbitration and Mediation in International Business (1996) 273 zit n *Senger-Weiss,* Wirtschaftsmediation (2001) 5 f.

[71] BGBl I Nr 29/2003.

[72] **§ 15a Abs 3 erster Satz BAG**: *„Die außerordentliche Auflösung des Lehrverhältnisses durch den Lehrberechtigten ist nur dann wirksam, wenn der Lehrberechtigte die beabsichtigte außerordentliche Auflösung und die geplante Aufnahme eines Mediationsverfahrens spätestens am Ende des neunten bzw. 21. Lehrmonats dem Lehrling, der Lehrlingsstelle und gegebenenfalls dem Betriebsrat sowie dem Jugendvertrauensrat mitgeteilt hat und vor der Erklärung der außerordentlichen Auflösung ein Mediationsverfahren durchgeführt wurde und gemäß Abs. 6 beendet ist. (...)"*; BGBl I Nr 82/2008.

[73] Ein **weiterer Fall** in dem nicht die Mediation selbst sondern eine vorgegebene außergerichtliche Streitbeilegung versucht werden muss, liegt zB bei Nachbarschafts-Streitigkeiten vor. In **Artikel III zum ZivRÄG 2004** wird festgehalten: *„1. Ein Nachbar hat vor der Einbringung einer Klage im Zusammenhang mit dem Entzug von Licht oder Luft durch fremde Bäume oder Pflanzen (§ 364 Abs. 3 ABGB) zur gütlichen Einigung eine Schlichtungsstelle zu befassen, einen Antrag nach § 433 Abs. 1 ZPO zu stellen oder sofern der Eigentümer der Bäume oder Pflanzen damit einverstanden ist den Streit einem Mediator zu unterbreiten. Die Klage ist nur zulässig, wenn nicht längstens innerhalb von drei Monaten ab Einleitung des Schlichtungsverfahrens, ab Einlangen des Antrags bei Gericht oder ab Beginn der Mediation eine gütliche Einigung erzielt worden ist."*; BGBl I Nr 91/2003 Art. III.

wenn den Mediationsparteien die Möglichkeit zum freiwilligen Abbruch der Mediation offen steht.

Daraus folgt, dass die österreichische Gesetzgebung grundsätzlich die zwingende Anordnung zur Mediation - zumindest bei der Lehrlingskündigung - für zulässig ansieht. Für das Element der Freiwilligkeit bedeutet dies, dass sie zwar lediglich für einen Ausnahmefall nicht gilt, die Freiwilligkeit der Mediation aber an sich in der österreichischen Rechtslandschaft eine **Aufweichung** erfahren hat. Es bleibt abzuwarten, ob sich die Gesetzgebung zu einer weitergehenden Aufweichung der Freiwilligkeit entschließen wird.[74]

Wenngleich daher in der österreichischen Gesetzgebung zumindest ein Graubereich in Bezug auf die Freiwilligkeit besteht, so wird in den ErläutRV klargestellt, dass zwar eine Empfehlung des Gerichts zur Mediation möglich und erlaubt sein soll, die Mediand/innen zur Mediation zu zwingen bzw ihnen bei Verweigerung der Mediation eine schlechtere Position im Gerichtsverfahren einzuräumen, dennoch unzulässig sei.[75] Damit hat die Gesetzgebung für Mediationen nach dem ZivMediatG eindeutig klargestellt, dass **zwingend angeordnete Mediationen keine Mediationen iSd ZivMediatG** darstellen.[76]

1.3.1.2 Fachliche Qualifikation der Mediationsperson

Zur fachlichen Expertise der (eingetragenen[77]) Mediationsperson wird vom ZivMediatG gefordert, dass diese die Fähigkeit zur Anwendung *„anerkannter Methoden“* besitzt.[78] Hinzukommend soll die Mediationsperson *„neutral“* sein, die *„Kommunikation (...) systematisch (...) fördern“* und den Mediand/innen bei der Beilegung ihres Konflikts behilflich sein.[79]

---

[74] Es wird ergänzend darauf aufmerksam gemacht, dass bzw ob das Erfordernis der Freiwilligkeit der Mediand/innen eine Voraussetzung einer erfolgreichen Mediation darstellt, schon vielfach Thema zahlreicher Fachartikeln gewesen ist. Aufgrund der Fülle an verschiedenen Ansätzen und Meinungen zu diesem sehr interessanten Aspekt der Mediation soll daher auf weiterführende Lit hingewiesen werden, *Nelle/Hacke*, Obligatorische Mediation. Selbstwiderspruch oder Reforminstrument? ZKM 2001, 56; *Pitkowitz*, Die neuen Mediationsregeln der EU – Ist Österreich noch Wegbereiter? SchiedsVZ 2005, 81 (83); *Schwaighofer*, Braucht Wirtschaftsmediation die Freiwilligkeit der Parteien? in *Gruber/Pichler*, Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005) 135.

[75] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19.

[76] ME ist zusätzlich an der Freiwilligkeit bereits hinsichtlich der Einlassung in ein Mediationsverfahren zu berücksichtigen, dass die gesetzliche Anordnung einer Mediation wenig Sinn auch für das spätere Mediationsverfahren macht. Schließlich liegt die Konfliktlösung in der Selbstverantwortung der Mediationsparteien weshalb die „angeordnete“ selbstverantwortliche Konfliktlösung mit dem Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation unvereinbar erscheint. Siehe zu dieser grundsätzlichen Problematik zB *Nelle/Hacke*, Obligatorische Mediation. Selbstwiderspruch oder Reforminstrument? ZKM 2001, 56; *Pitkowitz,* Die neuen Mediationsregeln der EU – Ist Österreich noch Wegbereiter? SchiedsVZ 2005, 81 (83); *Schwaighofer*, Braucht Wirtschaftsmediation die Freiwilligkeit der Parteien? in *Gruber/Pichler*, Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005) 135.

[77] Siehe zu den „eingetragenen“ Mediationspersonen sofort im Anschluss.

[78] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19.

[79] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19.

Die Gesetzgebung beabsichtigt durch die **Anforderung einer spezifischen fachlichen Ausbildung** der Mediationspersonen, eine Abgrenzung dieser Berufsgruppe von anderen (ähnlichen) Berufsgruppen bzw sonstigen Personen, die sich als Vermittler/innen oder Mediationspersonen in Konfliktsituationen betätigen. Das bedeutet, dass durch die Schaffung des ZivMediatG nicht nur ein Berufsrecht für eingetragene Mediationspersonen geschaffen werden sollte, sondern gleichzeitig auch Anforderungen an diese gestellt, wodurch sie sich von anderen Mediator/innen abgrenzen. Die Konsequenz daraus ist, dass, anknüpfend an fachlichen Qualifikationserfordernissen, eine **Zweiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen** erfolgt ist.

Exkurs: Zweiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen

Die fachliche Qualifikation einer Mediationsperson erfordert die **Aneignung und Anwendung *„wissenschaftlich entwickelter Methoden“*** *im* Mediationsverfahren.[80] Die konkreten Anforderungen wurden durch den BM für Justiz in der Zivilrechts-Mediations-AusbildungsVO näher konkretisiert.[81] Dabei werden neben der Aneignung **theoretischer Kenntnisse** zum Mediationsverfahren va auch **praktische Erfahrungen** gefordert (§ 10 ZivMediatG).

Erfüllt nun eine Person diese Anforderungen des § 10 ZivMediatG sowie darüber hinausgehend, die weiteren Voraussetzungen des § 9 ZivMediatG[82], so kann sich diese als „**eingetragene/r Mediator/in**“ in die Liste des BMJ für Mediator/innen eintragen lassen.

Auf **alle anderen** Mediator/innen, die diese Anforderungen nicht erfüllen, finden die Bestimmungen des ZivMediatG keine Anwendung („**nicht-eingetragene Mediator/innen**“), weshalb ihnen die darin normierten Vorteile (wie zB die Sicherung der Vertraulichkeit oder die Hemmung von Verjährungsfristen) nicht eingeräumt werden.[83] Das maßgebliche Kriterium für die Zweiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen liegt daher - neben weiteren Voraussetzungen[84] - va in der Erfüllung der spezifischen (fachlichen) Anforderungen der §§ 9 und 10 ZivMediatG sowie dem Formalakt der Eintragung.

---

[80] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19.

[81] Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung BGBl II Nr 47/2004.

[82] **§ 9 ZivMediatG**: „Abs 1: Anspruch auf Eintragung in die Liste der Mediator/innen hat, wer nachweist, dass er
1.das 28. Lebensjahr vollendet hat,
2.fachlich qualifiziert ist,
3.vertrauenswürdig ist und
4.eine Haftpflichtversicherung nach § 19 abgeschlossen hat.
Abs 2: Der Eintragungswerber hat in seinem Antrag anzugeben, in welchen Räumlichkeiten er die Mediation ausübt.“

[83] Siehe dazu ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 20.

[84] Dazu zählen das Vollenden des 28. Lebensjahres, der Abschluss einer Haftpflichtversicherung sowie die Vertrauenswürdigkeit der Person (vgl § 9 ZivMediatG).

In diesem Zusammenhang soll auch bereits auf die (dritte) Gruppe der nicht-eingetragenen Mediationspersonen, die in Mediationen mit Auslandsbezug mediatorisch tätig werden, hingewiesen werden. Deren Vertraulichkeit wird nicht nur auf materieller Ebene nach dem EU-MediatG anerkannt, sondern den nicht-eingetragenen Mediationspersonen wird in grenzüberschreitenden Mediationen[85] auch auf prozessualer Ebene die Durchsetzung der Vertraulichkeit ermöglicht.[86]

1.3.1.3 Selbstverantwortlichkeit der Mediand/innen

In den erläuternden Bemerkungen zur RV wird darauf hingewiesen, dass es Aufgabe der *Mediand/innen* ist, ihren Konflikt selbst zu lösen. Grundsätzlich kann und darf die Mediationsperson sie dabei unterstützen, wobei jedoch das **Anbieten von Lösungsvorschlägen** nach der ausdrücklichen gesetzgeberischen Absicht zu **unterbleiben** hat.[87] Dies bedeutet, dass nach österreichischer gesetzlicher Konzeption einerseits ein großes Augenmerk auf die Selbstverantwortlichkeit der Mediand/innen gelegt wird aber andererseits auch - durch die fehlende Entscheidungsmacht - eine Abgrenzung zu anderen ADR-Verfahren wie zB der Schiedsgerichtsbarkeit bzw Schlichtung, erfolgen sollte. Dies wird ausdrücklich in § 16 Abs 1 erster Satz ZivMediatG normiert, wonach die Mediationsperson weder *„vertreten, beraten oder entscheiden“* darf. Verstößt die Mediationsperson gegen dieses Vertretungs-, Beratungs bzw Entscheidungsverbot, so begeht sie gem § 32 Z 2 ZivMediatG eine Verwaltungsübertretung und kann mit einer Geldstrafe von bis zu 3500 € bestraft werden.

1.3.1.4 Neutralität bzw Allparteilichkeit der Mediationsperson

In den ErläutRV zur „**Neutralität**“ der Mediationsperson wird vage ausgeführt, dass eine neutrale Mediationsperson keiner der Mediationsparteien „*zugeordnet werden kann*“, gleichzeitig aber auch zu allen Konfliktparteien *„die gleiche Distanz aufweist“*. Darüber hinaus wird das Verhältnis zwischen der Mediationsperson und den Mediationsparteien so beschrieben, dass die Mediationsperson ***„unparteiisch“*** und ***„unbefangen“*** zu sein hat.

---

[85] Gem § 1 Abs 1 EU-MediatG handelt es sich dabei um *„grenzüberschreitende Streitigkeiten“*, die unter Verweis auf **Art 2 Abs 1 Mediations-RL** wie folgt zu bestimmen sind: *„Eine grenzüberschreitende Streitigkeit im Sinne dieser Richtlinie liegt vor, wenn mindestens eine der Parteien zu dem Zeitpunkt, zu dem*
a) die Parteien vereinbaren, die Mediation zu nutzen, nachdem die Streitigkeit entstanden ist,
b) die Mediation von einem Gericht angeordnet wird,
c) nach nationalem Recht eine Pflicht zur Nutzung der Mediation entsteht, oder
d) eine Aufforderung an die Parteien im Sinne des Artikels 5 ergeht,
ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem einer der anderen Parteien hat.“

[86] Siehe dazu ausführlich Punkt 3.5 ff.

[87] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19.

Dadurch soll erreicht werden, dass diese auf die Mediand/innen gleichermaßen eingeht, ohne eine/n zu bevorzugen.[88]

Der Begriff der Neutralität im Zusammenhang mit der Beschreibung der Eigenschaften einer Mediationsperson ist jedoch **nicht treffend**. Die Mediationsperson soll, nämlich gerade nicht den Mediationsparteien „nur" zuhören und „unberührt" an der Mediation teilnehmen, sondern die Mediand/innen bei der Herausarbeitung und Identifikation ihrer Interessen und Bedürfnisse unterstützen. Die Mediationsperson soll dabei, nicht wie ein/e *unparteiische/r* Richter/in völlig tatsachen-orientiert vorgehen, sondern sich mit den Bedürfnissen der Mediationsparteien auseinandersetzen und diese auch nachvollziehen können. Durch diese Unterstützung der Mediationsperson sollen die Mediationsparteien zu einer Lösung finden, die eine „win-win-Situation" für alle Beteiligten ermöglicht.[89]
Diese Kompetenz, die die Mediationsperson daher mitbringen muss, hat weniger mit Neutralität als mit **Allparteilichkeit** zu tun. Die Fähigkeit, sich auf sämtliche Mediationsparteien gleichermaßen einzulassen und *alle* in ihrem Vorhaben, eine geeignete Lösung zu finden, zu unterstützen wird durch eine allparteiliche Mediationsperson am ehesten erreicht. Schließlich erfolgt in den ErläutRV noch eine entsprechende Anmerkung, dass in *„Fachkreisen (...) in diesem Zusammenhang auch von „Allparteilichkeit" gesprochen"* wird.[90] Dieser Ausdruck trifft die Aufgabe der Mediationsperson nach dem überwiegenden Verständnis insb der praktizierenden Mediationspersonen am treffendsten und wird auch in den Materialien zum ZivMediatG so beschrieben.

1.3.2 Zum EU-Mediations-Gesetz

Auf europäischer Ebene sollte durch die Umsetzung der **Mediations-RL 2008/52/EG** die Mediation betreffend zivil- oder handelsrechtliche grenzüberschreitende Streitigkeiten einheitlich geregelt werden. Wie bereits erörtert, erfolgte die entsprechende **Umsetzung** in Österreich durch das *„Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union"* (EU-MediatG)[91]. Nach dem **EU-MediatG** handelt es sich bei der Mediation gem § 2 Abs 1 Z 1 EU-MediatG um

[88] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19 f.
[89] Vgl zB *Senger-Weiss,* Wirtschaftsmediation (2001) 7; *Spörer/Frese* in *Haft/Schlieffen,* Handbuch Mediation (2002) § 3 Rz 64 ff.
[90] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19 f.
[91] Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-Mediations-Gesetz - EU-MediatG), BGBl I Nr 21/2011.

„(...) ein strukturiertes Verfahren ungeachtet seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen, unabhängig davon, ob dieses Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird."

1.3.2.1 Strukturiertheit des Verfahrens

In der Definition des EU-MediatG wird die Mediation als ein „strukturiertes" Verfahren beschrieben, ohne jedoch nähere Informationen dahingehend abzugeben, *wie* dieses konkret abzulaufen hat. Erst in den ErläutRV zur Mediationsperson wird erkennbar, dass diese für die Durchführung eines strukturierten Verfahrens zuständig ist. Konkret wird in § 2 Abs 1 Z 2 EU-MediatG davon ausgegangen, dass die Mediationsperson die Mediation *„auf **wirksame, unparteiische** und **sachkundige Weise**"* durchführe.

Das bedeutet, dass eine **gewisse fachliche Qualifikation** der Mediationsperson zur Durchführungen einer Mediation erforderlich ist - wie genau diese aussieht, wird hingegen nicht näher beschrieben. Es wird lediglich darauf hingewiesen, dass es gleichgültig sei, welchen Beruf die Mediationsperson ausübt bzw ob und wie sie sich bezeichnet.[92]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass aus dieser Definition nicht klar hervorgeht, *wer* Mediationen iSd EU-MediatG durchführen darf, bzw *wie* diese abzulaufen haben, damit diese Mediationen vom Anwendungsbereich der Bestimmungen des EU-MediatG erfasst sind. In einem späteren Gerichtsverfahren birgt dies die Gefahr, dass gar nicht festgestellt werden kann, ob überhaupt eine Mediation iSd EU-MediatG stattgefunden hat, weshalb die Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen könnten. Unklarheiten können sich bspw daraus ergeben, dass nicht sicher ist, ob die fachliche Qualifikation der Mediationsperson den Anforderungen des EU-MediatG entspricht bzw ob das Verfahren „strukturiert genug" abgelaufen ist. Diese **Rechtsunsicherheit** kann insb für Mediand/innen, die geglaubt haben, vom Anwendungsbereich des EU-MediatG erfasst zu sein, enorme Nachteile bringen (wie zB die Nichtanwendbarkeit von Vertraulichkeitsbestimmungen im Gerichtsverfahren).

1.3.2.2 Freiwilligkeit und zwingende Anordnung der Mediation

Als ein weiteres Element wird die **Freiwilligkeit** der Mediationsparteien in dieser Definition erwähnt, wobei gleichzeitig auch die Möglichkeit, die Mediation durch ein Gericht anzuordnen, besteht. Die nach dem EU-MediatG bestehende **Option der zwingenden**

[92] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 9; Vgl Art 3 lit b Mediations-RL.

Anordnung der Mediation durch Gesetz oder Gericht ist im Gegensatz zum ZivMediatG völlig konträr. Der Zwang zur Mediation soll nach den Bemerkungen zu § 2 EU-MediatG aufgrund des grenzüberschreitenden Bezugs auch für Parteien aus Österreich möglich sein. Danach würden österreichische Verfahrensgesetze die zwingende Vorschreibung zur Mediation zwar nicht vorsehen, die Anordnung könne aber nach der Rechtsordnung eines anderen Mitgliedstaates erfolgen (§ 2 Abs 1 Z 3 lit c EU-MediatG).[93]

Ob und wie die Anordnung mit dem Element der Freiwilligkeit vereinbar ist, darauf wird weder im Gesetzestext noch in den ErläutRV zum EU-MediatG bzw der Mediations-RL eingegangen. Während sich für das ZivMediatG feststellen hat lassen, dass diese von der uneingeschränkten Freiwilligkeit der Mediand/innen ausgeht, kann so eine eindeutige Aussage für das EU-MediatG nicht getroffen werden. Für das Element der Freiwilligkeit bedeutet dies, dass auf europäischer Ebene keine so strengen Maßstäbe an die freiwillige Teilnahme der Mediand/innen gelegt werden und daher **nicht nur vorgeschlagene** sondern **auch zwingend angeordnete Mediationen** trotzdem als **Mediationen iSd EU-MediatG** anzusehen sind.

1.3.2.3 Selbstverantwortlichkeit und Abgrenzung von anderen außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren

Schließlich ist noch auf das Element der Selbstverantwortlichkeit der Mediationsparteien einzugehen. Sowohl die Definition im ZivMediatG als auch nach dem EU-MediatG beschreiben die **selbständige Lösungsfindung** der Mediand/innen als ein **Wesensmerkmal** der Mediation. Zwar ist die Unterstützung durch eine **Mediationsperson** vorgesehen, eine **Entscheidungsmacht** oder die Möglichkeit Lösungsvorschläge zu machen, soll diese jedoch **nicht** innehaben. Dies wird, zusätzlich zur Abgrenzung von Schieds- oder gerichtlichen Schlichtungsverfahren, ausdrücklich in den Bemerkungen zu Art 3 Mediations-RL, der durch § 2 EU-MediatG umgesetzt wurde, erfasst.[94] Doch auch das EU-MediatG selbst enthält zumindest einen Hinweis, der auf eine Abgrenzung zu alternativen Konfliktregelungsverfahren - und damit die fehlende Entscheidungsmacht - schließen lässt. In den ErläutRV zu § 2 Abs 1 Z 1 EU-MediatG steht, dass es sich bei der Mediation um ein Verfahren handelt, bei dem die Mediand/innen *„selbst“* versuchen den Konflikt zu regeln.[95]

---

[93] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 9 f.

[94] Gem Art 3 lit a Mediations-RL leg cit wird ausdrücklich festgehalten, dass sich der Anwendungsbereich der gegenständlichen RL weder auf *„schiedsrichterliche Verfahren“* noch auf *„vorvertragliche Verhandlungen“* bezieht. Darunter sollen neben gerichtlichen Schlichtungsverfahren va auch Schieds- und Schiedsgutachterverfahren zu verstehen sein; ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 9.

[95] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 9.

Dies deutet auf die Selbstbestimmung der Mediand/innen und gerade nicht auf die Entscheidungsgewalt der Mediationsperson hin.
Wenngleich daher entsprechende Hinweise gegen die Einräumung einer Entscheidungsmacht der Mediationsperson vorliegen, so wird im Gegensatz zum ZivMediatG (vgl § 16 Abs 1 iVm § 32 Z 2 ZivMediatG) die Abgabe von Lösungsvorschlägen nicht bestraft.

1.3.2.4 Unparteilichkeit der Mediationsperson

Gem § 2 Abs 1 Z 2 EU-MediatG wird an die Mediationsperson, anknüpfend an Art 3 lit b Mediations-RL, die Anforderung gestellt, dass sie die Mediation *„auf wirksame, **unparteiische** und sachkundige Weise durchzuführen"*[96] hat. Wie bereits zur Strukturiertheit des Verfahrens[97] festgestellt wurde, ist durch die Mediations-RL bzw deren Umsetzung durch das EU-MediatG eine eindeutige Klarstellung der Anforderungen an die Mediationsperson nicht erfolgt. Von dieser Unsicherheit umfasst ist auch die „Unparteilichkeit" der Mediationsperson, wobei - anknüpfend an die Ausführungen des ZivMediatG, in denen ebenfalls von „Unparteilichkeit" der Mediationsperson gesprochen wird - von Folgendem ausgegangen werden kann: Wenngleich weder die Mediations-RL noch das EU-MediatG einen entsprechend *„hohen Standard"* für Mediationsverfahren vorsehen, so weist die Wortwahl der *„unparteiische(n) (...) Weise"* darauf hin, dass auch für Mediationen nach dem EU-MediatG die Anforderung gilt, die Mediationsparteien gleichermaßen in der Lösungsfindung zu unterstützen bzw ihre Bedürfnisse und Interessen dabei zu berücksichtigen.[98] Obwohl der Ausdruck der „Unparteilichkeit" ebenso unpräzise erscheint, wie der der „Neutralität" nach dem ZivMediatG, so ist doch davon auszugehen, dass in beiden Fällen dasselbe, nämlich die **Allparteilichkeit der Mediationsperson**, gemeint ist.

1.3.3 Zusammenfassung der wesentlichen Elemente

Wie den Definitionen zur Mediation aus dem ZivMediatG und dem EU-MediatG zu entnehmen ist, lassen sich zusammengefasst folgende *wesentliche Elemente der Mediation* feststellen:

- **Strukturiertheit** des Verfahrens, die sich in der mehr oder weniger genau determinierten **Qualifikation der Mediationsperson** niederschlägt;
- **Allparteilichkeit** der Mediationsperson;
- **Selbstverantwortlichkeit der Mediand/innen** hinsichtlich der Lösungsfindung;

[96] Hervorhebung durch die Autorin.
[97] Siehe Punkt 1.3.2.1.
[98] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 3, 6 f.

- **Keine Entscheidungsmacht** der Mediationsperson (wobei das EU-MediatG im Gegensatz zum ZivMediatG den Verstoß nicht unter Strafe stellt);
- **Abgrenzung** zu anderen außergerichtlichen Konfliktregelungsverfahren;
- **Vertraulichkeit** der Mediationsperson und -parteien[99].

Entsprechend diesen Elementen handelt es sich bei der Mediation um ein **vertrauliches, außergerichtliches Konfliktregelungsverfahren**, welches durch eine **Mediationsperson strukturiert** und angeleitet wird. Die Mediationsperson **unterstützt** die Mediand/innen in ihrer Lösungsfindung **gleichermaßen**, wodurch diese zu einer **selbstverantworteten** nicht von der Mediationsperson **vorgegebenen Lösung** finden sollen.

[99] Die Vertraulichkeit als ein wesentliches Element der Mediation ergibt sich (wenn auch nicht ausdrücklich in den Gesetzestexten zu den Mediations**definitionen** selbst, so doch) aus den einschlägigen Bestimmungen des § 18 ZivMediatG bzw § 3 EU-MediatG, die schließlich den Kern der anschließenden Ausführungen bilden.

2 Allgemeine Regelungen zur Sicherung der Vertraulichkeit

Grundsätzlich bestehen mehrere Möglichkeiten, die Vertraulichkeit der Mediationsbeteiligten zu sichern. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine entsprechende Sicherung bspw bereits auf gesetzlicher Ebene erfolgt, bzw ob diese von den Parteien (zusätzlich) durch Vertrag ausdrücklich vereinbart worden ist oder ob konkludente Vertraulichkeitsverpflichtungen bestehen.

In der Folge wird zunächst auf **gesetzliche Vertraulichkeitsregelungen** eingegangen, wobei zunächst zwischen materiell-rechtlichen (zB berufsrechtlichen) Vertraulichkeitsregelungen und prozessualen Durchsetzungsbestimmungen zu unterscheiden ist.[100]

2.1 Allgemeines zu gesetzlichen Vertraulichkeitsregelungen

2.1.1 Nach materiellem Recht

Die Normierung gesetzlicher Vertraulichkeitsvorschriften bildet die **Rechtsgrundlage zur Sicherung der Vertraulichkeit** über die von der Mediationsperson offenbarten Informationen im Rahmen einer Mediation. Durch diese Sicherung soll grundsätzlich **kein Motiv für** Konfliktparteien geschaffen werden, sich in eine Mediation einzulassen, um im Laufe der Mediation offengelegte Informationen in einem späteren Gerichtsverfahren verwenden zu dürfen (**Missbrauchsintentionen der Mediationsparteien**).[101] Vielmehr soll nach der Vorstellung der Gesetzgebung speziell für die Mediation durch die Sicherung der Vertraulichkeit, das *„Vertrauen eines Medianden darauf, dass seine Erklärungen in der Mediation ihm in einem späteren Gerichtsverfahren nicht zum Nachteil gereichen können"*[102] gestärkt werden. Insofern steht die Gesetzgebung vor der Aufgabe, dieses Spannungsverhältnis in Form von gesetzlichen Regelungen auszugleichen.

Die bestehenden materiell-rechtlichen Vertraulichkeitsbestimmungen sind dabei nicht nur hinsichtlich ihrer inhaltlichen, sondern auch ihrer personenbezogenen Reichweite abzugrenzen. Es hat eine eindeutige Feststellung zu erfolgen, ***wer*** von diesen Bestimmungen erfasst ist, und ***wie weitgehend*** der Schutzbereich dieser Regelungen ist.

---

[100] *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation (2008) 40.
[101] *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation (2008) 40 f.
[102] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 37.

2.1.2 Nach formellem Recht

Auf verfahrensrechtlicher Ebene werden diese materiell-rechtlichen Vertraulichkeitsbestimmungen durch flankierende ***Aussageverweigerungsrechte*** bzw ***Vernehmungsverbote*** im Zivilprozess geschützt. Diese Aussageverweigerungsrechte bzw Vernehmungsverbote sind in die Kategorie der sog „**Beweismittelverbote**" einzugliedern.
Ganz allgemein wird im Zivilprozess nach dem **Inhalt des Verbotes** zwischen

- **Beweisthemenverboten** (verbieten die Beweisaufnahme über bestimmte Tatsachen[103]),
- **Beweismittelverboten** (untersagen dem Gericht die Verwendung von Beweismitteln entweder generell oder nur bzgl einzelner Tatsachen) und
- **Beweismethodenverboten** (untersagen jegliche rechtswidrige Vorgehensweise zur Erlangung eines Beweises wie zB Folter)

unterschieden.[104] Weiters wird, anknüpfend an die **Folgen,** die sich **aus dem Verstoß gegen** ein **Beweisverbot** ergeben, noch zwischen „**Beweisaufnahme-** und **Beweisverwertungsverboten**" unterschieden. Während Beweis*aufnahme*verbote bestimmte Vorgehensweisen der Beweiserforschung ablehnen, ist durch Beweis*verwertung*sverbote vorgesehen, die Verwendung und Heranziehung bereits vorhandener Beweismittel zu unterbinden.[105] Dies bedeutet daher, dass

- **Beweisverwertungsverbote** verhindern sollen, dass trotz Bestehen eines Beweisverbotes, der aufgenommene Beweis die/eine Grundlage für das Urteil bieten kann[106] und somit der bereits aufgenommene Beweis für die Urteilsfindung „verwertet" wird.
- **Beweisaufnahmeverbote** im Wesentlichen aus der Gruppe der Beweisverbote bestehen. Dazu zählen ua die Beweismittelverbote und damit die bereits erwähnten Vernehmungsverbote (zB nach § 320 Z 4 ZPO) und Aussageverweigerungsrechte iSd §

[103] Wobei in der ZPO kein ausdrückliches Beweisthemenverbot mehr vorhanden ist, siehe dazu *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 772.
[104] *Rechberger/Simotta,* Kommentar zum Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 772.
[105] Vgl dazu *Rechberger/Simotta,* Kommentar zum Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 773.
[106] Beweisverwertungsverbote werden in Österreich mit der Begründung abgelehnt, dass *„vom Richter die Negierung wesentlicher Beweisergebnisse"* verlangt würde, was *„unserem Rechtsempfinden"* widerspreche. In Fällen des Verstoßes gegen Beweismethodenverbote durch das Gericht (wie zB durch den Eingriff in verfassungsrechtlich geschützte Rechte) erscheinen Beweisverwertungsverbote jedoch als zweckmäßige Sanktion, *Rechberger/Simotta,* Kommentar zum Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 773; Vgl auch *Kodek,* Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987) 136.

321 ZPO.[107] Der **Verstoß** gegen ein Beweisaufnahmeverbot ist **sanktionslos**, da nach der hA der Tatbestand des wesentlichen Verfahrensmangels iSd §496 Abs 1 Z 2 ZPO nicht erfüllt wird. Das bedeutet, dass weder der Verstoß gegen ein Aussageverweigerungsrecht iSd § 321 ZPO noch der Verstoß gegen ein von Amts wegen wahrzunehmendes Vernehmungsverbot iSd § 320 ZPO prozessrechtlich sanktioniert wird.[108]

Während § 320 ZPO von Amts wegen wahrzunehmende Vernehmungsverbote normiert[109], regelt § 321 ZPO **Aussageverweigerungsrechte**, die lediglich die Verweigerung der Beantwortung **einzelner Fragen** zulassen. Aussageverweigerungsrechte sind daher im Gegensatz zu den Vernehmungsverboten des § 320 ZPO nicht „automatisch" durch das Gericht zu berücksichtigen, sondern es **genügt eine Belehrung** über das Vorliegen eines Aussageverweigerungsgrundes.[110] Ob der/die Zeuge/Zeugin jedoch von seinem/ihrem Aussageverweigerungsrecht Gebrauch macht, bleibt ihm/ihr überlassen. Im Gegensatz dazu **dürfen Zeug/innen**, die vom Anwendungsbereich des **§ 320 ZPO** erfasst sind, nach dem Gesetz **nicht einvernommen** werden.

Zum Adressatenkreis der Vernehmungsverbote des § 320 ZPO zählen neben Geistlichen (§ 320 Z 2 ZPO) auch die eingetragenen Mediationspersonen (§ 320 Z 4 ZPO). Aufgabe des § 320 ZPO ist es, die Vernehmung eines Zeugen/einer Zeugin auf das Nötigste zu begrenzen. ZB dürfen eingetragene Mediator/innen nur Fragen zur Mediation, die die Fristenhemmung betreffen, gestellt werden.[111]

Zeug/innen, die vom Anwendungsbereich der Aussageverweigerungsrechte des § 321 ZPO erfasst sind, sind va Rechtsanwält/innen[112] oder aber auch Hebammen[113], Psycholog/innen und Psychotherapeut/innen[114] bzw Ziviltechniker/innen[115], bzw auch nicht-eingetragene Mediationspersonen iSd EU-MediatG[116].

---

[107] Wobei auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist und ob dieser die Unterlassung der Verwertung erfordert bzw ob dadurch geschädigte Interessen nicht-wiedergutmachbar beeinträchtigt sind oder nicht, *Peters,* Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP 67, 145 zit n *Kodek,* Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987) 137.

[108] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 773; *Kodek,* Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987) 136 ff*; Prohaska-Marchried,* Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 94 f; aA *Fasching,* Lehrbuch[2] (1990) Rz 936, der in dem rechtswidrigen Beschaffen eines Beweismittels dann von einem Verfahrensmangel ausgeht, sofern die Partei(en) im Zuge der Erlangung gegen verfassungsrechtlich geschützte Grund- und Freiheitsrechte verstoßen.

[109] *Rechberger* in *Rechberger,* Kommentar zur ZPO[3] (2006) § 320 Rz 3 (Oktober 2006, rdb.at).

[110] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 804 ff.

[111] Siehe genauer zur relativen Zeugnisunfähigkeit Punkt 3.5.1.

[112] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 21ff (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[113] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 32 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[114] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 31 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[115] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 29 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[116] Siehe dazu Punkt 3.6.2.2.

2.1.3 Deckungsgleichheit von materiellen und prozessualen Vertraulichkeitsvorschriften

Nach der hM decken sich materielle und formelle Vertraulichkeitsbestimmungen grds.[117] In prozessualen Aussageverweigerungsrechten wird daher nicht „eigenmächtig" die Reichweite der Verschwiegenheit bestimmt, sondern diese stets **korrespondierend zur materiellen Vertraulichkeitsbestimmung** normiert. Die entsprechende materiell-rechtliche Vertraulichkeitsbestimmung verweist idR ausdrücklich auf die im Zivilprozess zur Anwendung kommenden verfahrensrechtlichen Durchsetzungsbestimmung, wobei sich der Schutzbereich dieser beiden Regelungen deckt.[118]

Neben diesen **gesetzlich** normierten **Vertraulichkeitsvorschriften** besteht für die Mediand/innen zusätzlich noch die Möglichkeit, **vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen** abzuschließen. Diese können für die Mediationsparteien zusätzlich zu den bestehenden gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten eine weitere Sicherungsmodalität darstellen. Vertragliche Vertraulichkeitsabreden bieten aber nicht nur bei bereits **bestehenden Vertraulichkeitsregelungen ein Schutzinstrument** zur Sicherung der Vertraulichkeit, sondern wirken auch dann schützend, wenn noch **keine Vertraulichkeitsregelungen festgelegt** wurden.

2.2 Allgemeines zu vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen

Ganz allgemein lässt sich zu vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen festhalten, dass diese zB aufgrund schadenersatzrechtlicher Konsequenzen einen Anreiz für Personen darstellen sollen, die noch nicht bzw nur unzureichend von Gesetzes wegen zur Vertraulichkeit über Mediationsinformationen verpflichtet wurden. Trotzdem stellen vertragliche Vereinbarungen über die Vertraulichkeit ein nur bedingt geeignetes Instrument zur Sicherung der Vertraulichkeit dar, da sich ihre **Durchsetzung im Zivilprozess schwierig** gestaltet. Dies hängt ua damit zusammen, dass das Bestehen vertraglicher Vereinbarungen zunächst vor Gericht bewiesen werden muss (was sich bei Nichtvorliegen einer schriftlichen Vereinbarung als schwierig erweisen kann). Zusätzlich ist zB bei der Geltendmachung vertraglicher Ersatzansprüche zu berücksichtigen, dass gerade der eingetretene Schaden durch die getroffene Vertraulichkeitsabrede verhindert werden sollte.

---

[117] *Prohaska-Marchried,* Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 83 f; *Klecatsky/Morscher*, Rechtsgutachten, H1 Beilage 1; *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 266.

[118] *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff.

Es soll in der Folge ein *Überblick* über vertragliche Vertraulichkeitssicherungs-Modalitäten gegeben werden.

2.2.1 Nach Privatrecht

Im Rahmen der Privatautonomie obliegt es den Mediand/innen mit der Mediationsperson bzw sonstigen Mediationsbeteiligten, Vertraulichkeitsvereinbarungen über Informationen aus einer Mediation abzuschließen. Diese werden idR zu Beginn der Mediation, also vor Offenlegung geheimer Informationen durch die Mediationsparteien, abgeschlossen, wobei die **schriftliche** Ausfertigung eines solchen Vertrages im späteren Zivilprozess zu Beweiszwecken als unbedingt geboten erscheint.

In der vorliegenden Untersuchung wird der Fokus jedoch auf die zu Beginn einer „anhängigen" Mediation getroffenen vertraglichen Übereinkunft („**Mediationsvertrag**"[119]) zwischen der Mediationsperson und den Mediationsparteien gelegt. Der Inhalt dieser Übereinkunft, kann in den Grenzen des gesetzlich Zulässigen durch die Mediationsparteien frei bestimmt werden.[120]

Neben der Möglichkeit der Mediationsparteien ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen abzuschließen[121], ist darauf einzugehen, ob sich aus dem Mediationsvertrag konkludente Verschwiegenheitspflichten (als vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflicht) ableiten lassen.[122] In diesem Zusammenhang ist weiters relevant, wo sich Grenzen ausdrücklicher Vertraulichkeitsvereinbarungen für die Mediationsparteien in der Praxis aufgrund der Privatautonomie ergeben können (bspw bei Vorliegen überwiegender öffentlicher Interessen)[123].

2.2.2 Nach Prozessrecht

Eine Besonderheit, die im Rahmen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen besteht, stellen sog „**Prozessverträge**" dar. Dabei handelt es sich um *„allgemeine Rechtsfigur(en)"*die

---

[119] *Likar/Krommer,* Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 ff mit Verweis auf *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 8 ff.

[120] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 94 ff.

[121] Zu den ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarungen ausführlich Punkt 7.2.2 (Mediator/innenvertrag) und Punkt 7.2.6 (Mediand/innenvertrag).

[122] Siehe zu den stillschweigenden Vertraulichkeitsvereinbarungen 7.2.4 (Mediator/innenvertrag) und Punkt 7.2.8 (Mediand/innenvertrag).

[123] Siehe zu dieser Problemstellung Punkt 7.2.1.1 ff (Mediator/innenvertrag) sowie Punkt 7.2.1.3 (Mediand/innenvertrag).

nicht nach den Regeln des **Privatrechts** sondern **ausschließlich** *„nach den **Regeln des Prozessrechts zu beurteilen**“* sind.[124]

Eine Unterkategorie dieser Prozessverträge sind sog „**Beweisverträge**“. Diese sollen kraft Parteienvereinbarung entweder

- das Vorbringen bestimmter Tatsachen oder
- die Beantragung bestimmter Beweismittel verhindern (Beweismittelverträge), oder
- dem Gericht eine bestimmte Beweiswürdigung vorschreiben bzw den Beweismitteln einen bestimmten Beweiswert zugestehen (Beweiswürdigungsverträge).[125]

Während diese Beweisverträge in der öLit[126] und öRspr[127] jedoch überwiegend mit dem Argument **abgelehnt** werden, dass diese unter anderem **gegen** das **Prinzip der freien Beweiswürdigung des Gerichts verstoßen,** werden diese in **Deutschland überwiegend anerkannt**.[128] Im Anschluss an die Darstellung gesetzlicher Vertraulichkeitsregelungen wird im Kapitel zu den vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen untersucht, ob derartige Prozess- bzw Beweisverträge, die die Disposition der Mediand/innen über Beweismittel für spätere Zivilgerichtsverfahren regeln sollen, für anschließende Zivilgerichtsverfahren zulässig sein können und wie sich deren Durchsetzung im Zivilprozess gestaltet.

---

[124] *Fasching,* Lehrbuch[2] (1990) Rz 749 f.
[125] *Fasching,* Lehrbuch[2] (1990) Rz 823.
[126] *Fasching,* Lehrbuch[2] (1990) Rz 823; *Senger-Weiss,* Wirtschaftsmediation (2001) 296.
[127] OGH 7.10.2003, 4Ob188/03f = ÖJZ-LSK 2004/34 = EvBl 2004/40 S 188 - EvBl 2004,188 = RZ 2004/10 S 90 - RZ 2004,90 = RdW 2004,223 = MietSlg 55.679 = SZ 2003/116.
[128] *Wagner,* Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998) 48 ff; *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 126 ff; *Hartmann* in *Haft/Schlieffen,* Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 32.

3 Gesetzliche Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG

3.1 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

Nach dem **UNCITRAL-Modellgesetz** [129] ist vorgesehen, dass gem Art 10 ein **Beweisverwertungsverbot** für die Verwendung von Informationen aus der Mediation gilt. Demnach dürfen gem **Art 10 Abs 1 lit a bis f** Aussagen und Informationen, die aus dem Mediationsverfahren herrühren, in einem späteren (Schieds-)Gerichtsverfahren als Beweis nicht verwendet werden.[130] Der Schutzzweck dieser Bestimmung liegt in der Sicherung der Mediationsparteien vor der Offenbarung von Mediationsinformationen.[131]

In Art 10 sind jene Aussagen und Informationen aufgelistet, zu deren Geheimhaltung die Mediationsperson (sowie die Mediationsparteien bzw auch sonstige Dritte) verpflichtet sind.[132] Dazu zählen bspw Meinungen oder Lösungsvorschläge einer Mediationspartei (Art 10 Abs 1 lit b), Kompromisse der Mediationsparteien (Art 10 Abs 1 lit c) bzw umfasst lit f von diesem Beweisverwertungsbot auch Dokumente, die anlässlich der Mediation erstellt worden sind. Gem Art 10 sollen Gegenstand dieses Beweisverwertungsverbots **sämtliche Formen des Informationsaustausches** sein, wonach sowohl mündliche, schriftliche als auch elektronische Äußerungen erfasst sind. Darüber hinaus soll auch non-verbale Kommunikation zwischen den Mediationsparteien vertraulich zu behandeln sein.[133]

Obwohl das UNCITRAL-Modellgesetz von Österreich nicht umgesetzt worden ist, so soll an diesem Beispiel aufgezeigt werden, dass andere Mediationsregelwerke einen anderen

---

[129] Im Jahr 2002 wurde von einer Sonderkommission der Vereinten Nationen der UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) das *„Model Law on International Commercial Conciliation“,* verabschiedet. Dieses stellt ein Modellgesetz zur Schlichtung und Mediation für internationale Handelssachen dar, wobei es von Österreich nicht umgesetzt worden ist.

[130] *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 237.

[131] *Sekolec*, Yearbook Comm. Arb XXVII (2002) 398, 410 zit n *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 239.

[132] **Art 10 Abs 1 UNCITRAL-Modellgesetz**: *„A party to the conciliation proceedings, the conciliator and any third person, including those involved in the administration of the conciliation proceedings, shall not in arbitral, judicial or similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following:*
(a) An invitation by a party to engage in conciliation proceedings or the fact that a party was willing to participate in conciliation proceedings;
(b) Views expressed or suggestions made by a party to the conciliation in respect of a possible settlement of the dispute;
(c) Statements or admissions made by a party in the course of the conciliation proceedings;
(d) Proposals made by the conciliator;
(e) The fact that a party to the conciliation had indicated its willingness to accept a proposal for settlement made by the conciliator;
(f) A document prepared solely for purposes of the conciliation proceedings.“

[133] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 250.

(umfassenderen) Zugang zur Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsinformationen haben. Es soll insb darauf aufmerksam gemacht werden, dass im Unterschied zu den dieser Untersuchung zugrundeliegenden Regelwerken (ZivMediatG, EU-MediatG) nicht an bestimmte Mediationsbeteiligte (Mediationsperson, Mediationsparteien) angeknüpft und diese zur Vertraulichkeit verpflichtet werden, sondern vielmehr die **geheim zuhaltenden Mediationsinformationen konkret geregelt** werden. Gewisse Informationen (wie zB die Einladung zu einem Mediationsversuch oder Vergleichsvorschläge) sollen demnach generell der Geheimhaltung unterliegen, was für die Mediationsparteien schließlich den Vorteil der Sicherheit darüber, welche Informationen konkret geschützt sind, bietet.

Ein dem UNCITRAL-Modellgesetz vergleichbarer Zugang zum Vertraulichkeitsschutz im Mediationsverfahren bietet der „Uniform Mediation Act" (UMA). Dieser wurde im Jahr 2001 durch die „National Conference of commissioners on Uniform State Law" (NCCUSL) entworfen und verabschiedet. Bei dem UMA handelt es sich um ein Modellgesetz, welches der Vereinheitlichung der bestehenden mediations-gesetzlichen Regelungen in den Bundesstaaten der USA dienen soll.
Wie bereits nach dem UNCITRAL-Modellgesetz so wird auch nach dem UMA der Schutz der Vertraulichkeit an bestimmte Informationen und gerade nicht an bestimmte Mediationsbeteiligte geknüpft.[134] Darin ist gem **§ 4 ff Uniform Mediation Act** (UMA)[135] vorgesehen, dass **Gegenstand** der Vertraulichkeit der Mediation die gesamte ***mediation communication*** ist. Konkret handelt es sich bei diesen „geschützten Informationen" nach § 2 Abs 2 UMA um alle mündlichen oder schriftlichen, ausdrücklich oder konkludenten Aussagen, die im Zuge einer Mediation getätigt werden.[136] Einen umfassenden Ausnahmekatalog normiert § 6 UMA, der vorsieht, gewisse Informationen der Mediation in einem Gerichtsverfahren zuzulassen, sofern diese nach § 6 lit a UMA unbedingt bzw nach § 6 lit b UMA durch ein Gericht festgestellt, von der Vertraulichkeit auszunehmen sind. Solche Ausnahmen wonach das Recht zur Verschwiegenheit nicht mehr besteht, liegen vor, wenn bspw alle Parteien eine aufgezeichnete Übereinkunft unterzeichnet haben (vgl § 6 lit a Z 1 UMA) oder wenn in der Mediation eine Körperverletzung oder eine sonstige Straftat

[134] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 265.
[135] Wobei jedem dieser einzelnen Staaten überlassen bleibt, ob sie den UMA tatsächlich umsetzen, *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 174 f.
[136] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 177 f; § 2 Abs 2 UMA; § 4c UMA sieht jedoch vor, dass Informationen, die in der Mediation offenbart werden -und damit der Vertraulichkeit unterliegen- aber sonst in Zivilverfahren zulässig sind, nicht schon deshalb als Beweismittel ausgeschlossen werden können, weil sie in der Mediation verwendet worden sind, *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006)178; § 4 lit c UMA.

angedroht worden ist (§ 6 lit a Z 3 UMA). Auf prozessualer Ebene wird die Vertraulichkeit deckungsgleich ausgehend von den geheimen Informationen aus der *mediation communication* durch sog *privileges* geschützt. Inhaber dieser *privileges* sind die Mediationsperson (bzw auch die Mediationsparteien und sonstige Dritte). Dieses soll die Offenlegung geheimer Informationen in sog *proceedings* (Gerichts-, Schiedsgerichts- oder Verwaltungsverfahren) verhindern.[137]

Im Gegensatz zu den anglosächsischen Mediationsregelwerken, die ausgehend von bestimmten Informationen Vertraulichkeitspflichten aufstellen, steht im Fokus der kontinentaleuropäischen Mediationsgesetze eine/mehrere konkrete Person/en als Mediationsbeteiligte, von der/denen ausgehend die Verpflichtung zur Vertraulichkeit gesetzlich normiert wird.

Die **Mediations-RL** sieht gem Art 7 Abs 1[138] vor, dass nicht nur die Mediationsperson, sondern auch *„in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen"* in (Schieds-)Gerichtsverfahren die Aussage zu Mediationsinformationen zu verweigern haben (vorausgesetzt, es liegt keine gegenteilige Vereinbarung der Mediationsparteien vor). Ausnahmen soll es jedoch zB aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder des Kindeswohls (Art 7 Abs 1 lit a Mediations-RL) geben bzw wenn diese Informationen zur Umsetzung oder Vollstreckung der in der Mediation getroffenen Übereinkunft nötig sind (Art 7 Abs 1 lit b Mediations-RL).[139]

Diese Ausführungen zur Mediations-RL zeigen bereits einen deutlich anderen Zugang zur Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsinformationen auf. Danach werden, anders als nach dem UNCITRAL-Modellgesetz bzw dem UMA, an der Mediation involvierte, konkret bezeichnete Personen zur Verschwiegenheit verpflichtet. Einen dem entsprechenden Zugang bietet auch das in Deutschland geltende Regelwerk zur Mediation.

Nach der in **Deutschland**[140] geltenden Rechtslage ist durch die Einführung des Mediationsgesetzes lediglich die Mediationsperson zur Verschwiegenheit nach § 4 deutsches

---

[137] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 269.

[138] **Art 7 Abs 1 MediationsRL**: *„Da die Mediation in einer Weise erfolgen soll, die die Vertraulichkeit wahrt, gewährleisten die Mitgliedstaaten, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, dass weder Mediatoren noch in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen gezwungen sind, in Gerichts- oder Schiedsverfahren in Zivil- und Handelssachen Aussagen zu Informationen zu machen, die sich aus einem Mediationsverfahren oder im Zusammenhang mit einem solchen ergeben (...)."*

[139] Wobei die Mediations-RL die Möglichkeit vorsieht, dass die einzelnen Mitgliedstaaten „strengere Maßstäbe anlegen", ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 6 f.

[140] DMediationsgesetz vom 21. Juli 2012, dBGBl I 1577.

MediationsG (dMediationsG) verpflichtet.[141] Gem § 4 dMediationsG bezieht sich die Vertraulichkeit der Mediationsperson auf *„alle Informationen, die der Mediator in Ausübung seiner Tätigkeit erlangt hat“*. Gegenstand der Vertraulichkeit sind demnach sämtliche Erklärungen oder auch die Abschlussvereinbarung der Mediationsparteien bzw auch schriftliche Dokumente, die diese beinhalten.[142] Ausdrücklich geregelte Ausnahmen von der Verschwiegenheitspflicht liegen gem § 4 Z 1 bis 3 dMediationsG vor, wonach die Offenlegung aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder zum Schutz des Kindeswohls (Z 2) bzw zur Durchsetzung und Vollstreckung der Mediationsvereinbarung (Z 1) zulässig sein soll. Auf prozessualer Ebene wird die materielle Verschwiegenheit der Mediationsperson durch die Berufung auf ein Zeugnisverweigerungsrecht gem § 383 Abs 1 Nr 6 dZPO durchgesetzt.[143]

Wie bereits die Mediations-RL so zeigt auch dieser Überblick über die deutsche Vertraulichkeitsregelung der Mediationsperson, dass **ausgehend von einer konkreten mediationsbeteiligten Person die Verpflichtung zur Vertraulichkeit** (und damit der Vertraulichkeitsschutz) **begründet** wird. Im Fokus dieser Vertraulichkeitsregelungen liegt daher - im Unterschied zu den anglosächsischen MediationsG - eine/mehrere Personen, die an der Mediation teilnehmen. Hinsichtlich der **konkret geheim zu haltenden** Mediationsinformationen bediente man sich bei den deutschsprachigen Regelwerken hingegen **keiner genauen Legistik**, sondern greift auf sehr generelle Ausdrücke wie gem § 4 dMediationsG *„alle Informationen“* oder Art 7 Abs 1 Mediations-RL *„Aussagen zu Informationen“* zurück. Die Konsequenz dieser unpräzisen Formulierung - welche in einem etwas anderem Wortlaut auch im ZivMediatG bzw EU-MediatG Einzug gefunden hat - ist, dass diese einige Fragen zur Reichweite der bestehenden Vertraulichkeitsregelungen aufwirft.

Anknüpfend an diese vergleichende Darstellung mediations-gesetzlicher Vertraulichkeitsregelungen wird im Anschluss auf die gesetzliche Vertraulichkeit der Mediationsperson nach dem ZivMediatG eingegangen. Bereits in der ursprünglichen Vertraulichkeitsbestimmung des **§ 99 EheRÄG**[144], ist die **wesentliche Bedeutung der**

---

[141] DMediationsgesetz dBGBl I S 1577; *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 189; *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 47.

[142] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 10.

[143] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 26.

[144] **§ 99 Abs 1 EheRÄG 1999:** *„Ein zwischen Ehegatten zur Erzielung einer gütlichen Einigung über die Scheidung und deren Folgen berufsmäßig und auf der Grundlage einer fachlichen Ausbildung in* ***Mediation vermittelnder Dritter (Mediator)*** *ist zur* ***Verschwiegenheit*** *über die Tatsachen verpflichtet, die ihm bei den auf die gütliche Einigung abzielenden Gesprächen anvertraut oder sonst bekannt wurden. Durch solche Gespräche sind der Anfang und die Fortsetzung der Verjährung oder sonstige Fristen zur Geltendmachung von Ansprüchen*

Vertraulichkeit erkannt und die Vertraulichkeit der Mediationsperson gesetzlich geregelt worden.[145] Während diese gesetzliche Vertraulichkeit zunächst für *sämtliche* Mediationspersonen gegolten hat, ist dies durch das ZivMediatG und die darin vorgenommene Zweiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen geändert worden, die dann durch das EU-MediatG weiter geteilt wurde.

3.2 Gesetzliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG

Mit Einführung des ZivMediatG hat ausschließlich die Sicherung der Vertraulichkeit der *eingetragenen* Mediationsperson und deren Hilfspersonen eine ausdrückliche **gesetzliche Verankerung** erfahren.[146] In der einschlägigen Bestimmung des § 18 ZivMediatG wird Folgendes geregelt:

„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.“*[147]

3.2.1 Persönlicher Geltungsbereich

3.2.1.1 Eingetragene Mediationsperson

In § 3 Abs 1 Z 2 ZivMediatG wird ausdrücklich normiert, dass die Bestimmungen des ZivMediatG und damit auch die Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG **ausschließlich auf eingetragene Mediator/innen** (bzw deren Hilfspersonen) anzuwenden sind.

Daran anknüpfend wird in den ErläutRV zu § 18 ZivMediatG festgehalten, welche Personen keinesfalls von der Vertraulichkeit des ZivMediatG erfasst sein sollen: Dabei handelt es sich va um bspw als Vermittler/innen agierende außenstehende **Dritte ohne** entsprechende konfliktlösungsorientierte **Fachkunde** (nicht-eingetragene Mediator/innen). Darunter sind

---

im Zusammenhang mit der Scheidung der Ehe gehemmt.“ (BGBl I Nr 125/1999), der durch BGBl I Nr 29/2003 aufgehoben wurde.

[145] ErläutRV 1653 BlgNr 20. GP 31.

[146] *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3 (48).

[147] BGBl I Nr 29/2003.

nach Ansicht der Gesetzgebung va zB Verwandte zu verstehen, die als „Mittelsmann“ zwischen Angehörigen agieren, aber auch sonstige Personen, die zwar nicht in die Liste der Mediator/innen eingetragen sind, aber trotzdem über fachliche Qualifikation verfügen.[148]

Daraus ergibt sich, dass die Regelungen des ZivMediatG - im Gegensatz zum UNCITRAL-Modellgesetz sowie dem UMA - ausschließlich auf eingetragene Mediationspersonen, die die Voraussetzungen der §§ 9 und 10 ZivMediatG erfüllen, anzuwenden sind. Für alle anderen Inlandsmediationen [149], die durch Mediationspersonen durchgeführt werden und die entsprechenden Anforderungen zur Eintragung nicht erfüllen (nicht-eingetragene Mediationspersonen), kommen die Bestimmungen des ZivMediatG nicht zur Anwendung.

3.2.1.2 Hilfspersonen der eingetragenen Mediationsperson

Des Weiteren wird ausdrücklich in § 18 ZivMediatG geregelt, dass auch „**Hilfspersonen**“ der eingetragenen Mediationsperson von der Vertraulichkeit über Mediationsinformationen erfasst sein sollen. Um Hilfspersonen handelt es sich, sofern sie entweder bei einer eingetragenen Mediationsperson ihre **Praxisausbildung** absolvieren (wie zB ein/e Praktikant/in) oder wenn sie zur Unterstützung der eingetragenen Mediationsperson im Rahmen von *„vorbereitenden, **unterstützenden**, ergänzenden oder allenfalls mitwirkenden Tätigkeiten zur eigentlichen mediatorischen **Tätigkeit**“* [150] (wie zB ein/e Sekretär/in oder Schreibkraft) herangezogen werden.

Nachdem die soeben beschriebenen Hilfspersonen gem § 18 ZivMediatG ebenfalls zu den Normadressaten zählen, gelten in der Folge die Ausführungen zur Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationspersonen entsprechend auch für deren Hilfspersonen, wobei diese nicht ausdrücklich angeführt werden. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson durch die **Einvernahme ihrer Hilfspersonen** - würde sie als zulässig erachtet - **umgangen** würde. Die Sinnhaftigkeit und der telos der Sicherung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson wäre durch die (Zulässigkeit der) Einvernahme der Hilfspersonen daher ad absurdum geführt.
Daraus folgt, dass die anschließenden für eingetragene Mediationsperson geltenden Ausführungen entsprechend auch für ihre Hilfspersonen zur Anwendung kommen müssen.

---

[148] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 19.
[149] Dabei handelt es sich um rein innerstaatliche Sachverhalte, über deren Entscheidung gem § 1 Abs 2 ZivMediatG ein ordentliches (österreichisches) Zivilgericht berufen wäre; Vgl ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 20.
[150] *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 97.

Sofern Aspekte der gesetzlich geregelten Vertraulichkeit für Hilfspersonen nicht gelten, wird jeweils an den relevanten Stellen ausdrücklich darauf aufmerksam gemacht.

3.2.2 Sachlicher Anwendungsbereich

Nicht nur der persönliche sondern auch der sachliche Regelungsgegenstand des ZivMediatG ist eingeschränkt. Dieser umfasst gem § 1 Abs 2 ZivMediatG **ausschließlich Mediationen** *„für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind“*. Straf- oder verwaltungsrechtliche Meditationen sind vom Anwendungsbereich der Bestimmungen des ZivMediatG hingegen **nicht** erfasst. Daraus folgt, dass für Konflikte, deren Ursache im Verwaltungs- oder Strafrecht liegt, die Bestimmungen des ZivMediatG (und damit auch die gesetzliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG) keine Anwendung finden. In den ErläutRV wird jedoch darauf hingewiesen, dass eine Abgrenzung zu rein zivil- *oder* verwaltungsrechtlichen Konflikten in bestimmten Konstellationen nicht immer einfach sein könnte und damit fraglich ist, ob die Bestimmungen des ZivMediatG anzuwenden sind. Letztendlich soll selbst bei verwaltungsrechtlichen Konflikten mit zivilrechtlichen Elementen das ZivMediatG zur Anwendung kommen, wenn aus diesen zivilrechtlichen „Implikationen“ Zivilgerichtsverfahren resultieren können.[151]

Ohne Bedeutung ist hingegen die Tatsache, ob bereits ein anhängiges Gerichtsverfahren oder ein anderes alternatives Konfliktbearbeitungsverfahren durch die Konfliktparteien in Anspruch genommen wird/wurde. Relevant ist nur, dass letztendlich ein Zivilgericht über den Konflikt zur Entscheidung angerufen werden könne.[152]

Damit ergibt sich hinsichtlich der Vertraulichkeit für das ZivMediatG folgende Situation:

	Eingetragene Mediationspersonen (& Hilfspersonen)	**Nicht-eingetragene** Mediationspersonen (& Hilfspersonen)
ZivMediatG	§ 18 ZivMediatG	☒

[151] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 20.
[152] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 20.

3.3 Inhaltliche Reichweite

3.3.1 Ausgangslage

Nach der gesetzlichen Regelung des § 18 ZivMediatG ist die eingetragene Mediationsperson zur Verschwiegenheit von den Mediand/innen ***„anvertrauten“*** und auch ***„sonst bekannt gewordenen Tatsachen“***, verpflichtet.[153] Zusätzlich dazu sind, neben direkt durch die Mediand/innen anvertrauten Tatsachen, auch übergebene oder in der Mediation angefertigte Unterlagen (vgl § 18 zweiter Satz ZivMediatG) von der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson erfasst. Diese sehr allgemeinen Formulierungen verleiten - auch in der Lit[154] - zu der Annahme, dass die eingetragene Mediationsperson nach subjektiv historischer Interpretation zur Verschwiegenheit über **alle mit der Mediation im Zusammenhang stehenden Tatsachen** verpflichtet ist.

Lassen sich nun Konfliktparteien auf ein Mediationsverfahren ein, gehen sie idR davon aus, dass *sämtliche* der Mediationsperson anvertraute oder bekannt gewordene Informationen geheim bleiben. In Einzelfällen erscheint es jedoch mitunter schwierig, die **Reichweite der Vertraulichkeit** der Mediationsperson abzugrenzen, da diese zu bestimmten die Mediation betreffenden Fragen in einem allfälligen Zivilprozess Rede und Antwort stehen muss (siehe dazu Punkt 3.5.1). Es wird zwar die Ansicht vertreten, dass **nur wenige Fragen** wie zB über Beginn und Ende und das Thema der Mediation[155] von der Verschwiegenheit der Mediationsperson nicht erfasst sind[156]; Trotzdem ist, bevor eine eindeutige Aussage dahingehend getroffen werden kann, worüber die Mediationsperson eine Aussage zu machen hat, eindeutig zu ermitteln, welche Informationen entweder „anvertraut“ bzw „sonst bekannt“ geworden sind (und damit der Vertraulichkeit unterliegen) oder zB aus Beweisgründen **Ausnahmen** von der gesetzlichen Vertraulichkeit darstellen und damit die Mediationsperson zur Aussage verpflichten.

3.3.2 Zu den anvertrauten Tatsachen

Weder im Gesetzestext noch in den ErläutRV zu § 18 ZivMediatG wird determiniert, wie weitgehend der Schutzbereich des Tatbestandselements der „anvertrauten Tatsachen“ ist. Nachdem es jedoch unmöglich ist, sämtliche „anvertraute“ Mediationsinformationen aufzulisten, sollen in der Folge **Fallgruppen** zur Veranschaulichung **für das jeweilige**

[153] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29.
[154] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 10.
[155] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 36.
[156] Wie zB Fragen über Beginn und Ende der Mediation oder Fragen zur Fristenhemmung.

Tatbestandselement der „anvertrauten", „sonst bekannt gewordenen" sowie der anlässlich der Mediation verfassten/übergebenen Unterlagen aufgelistet werden.
Die sich aus dem Problemkomplex der „anvertrauten Tatsachen" ergebende Rechtsunsicherheit soll am Beispiel von

- ***Gesprächen*** und

- einer ***ersten Kontaktaufnahme*** zwischen der eingetragenen Mediationsperson und den Mediationsparteien dargestellt und Lösungsansätze geboten werden.

Zunächst wird auf die erste Fallgruppe und auf die Vertraulichkeit der Mediationsperson in Gesprächen bzw Korrespondenz mit den Mediand/innen eingegangen.

3.3.2.1 Problemstellung: Vertraulichkeit von (Einzel-)Gesprächen

Die unmittelbar zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson stattfindende Kommunikation stellt einen Kernpunkt der Konfliktlösung/-bearbeitung in der Mediation dar. Für die eingetragene Mediationsperson ist für den Zivilprozess relevant, ob und inwiefern sie zur Vertraulichkeit über diese Gespräche in der Mediation verpflichtet ist. Es stellt sich daher die Frage, ob sämtliche Gespräche zwischen ihr und den Mediationsparteien vertraulich sind oder ob nur bestimmte Informationen von der Vertraulichkeit erfasst sind bzw ob eine generelle Verpflichtung zur Vertraulichkeit über Gespräche in der Mediation besteht.

3.3.2.2 Rechtsprechung

Von der Rspr ist bzgl der Vertraulichkeit der (eingetragenen) Mediationsperson über geheime Informationen aus der Mediation bisher noch nicht erkennbar Stellung genommen worden.
Es besteht jedoch eine allgemeine, gefestigte Rspr im Zusammenhang mit berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten und „anvertrauten Angelegenheiten", die Aufschlüsse für die genannte Problematik geben kann.
Zunächst soll auf die **generelle Sichtweise** des OGH bzgl „anvertrauter" Informationen und einer darüber bestehenden berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht dargelegt werden. Konkret vertritt der OGH in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass unter „anvertrauten" Tatsachen *„**alle Informationen** verstanden (werden), die der Rechtsanwalt **auf Grund** des Mandatsverhältnisses erlangt hat."*[157] Entsprechende Entscheidungen des OGH liegen auch für Wirtschaftstreuhänder (als Abschlussprüfer) sowie deren Gehilfen[158] oder zB auch für

[157] OGH 19.9.2000, 10 Ob 91/00f; Vgl auch OGH 16.10.1996, 9 ObA 2165/96i; OGH 2.9.2002, 4 Bkd 1/02.
[158] OGH 27.11.2003, 6 Ob 112/03v = RdW 2004,221 = GesRZ 2004, 208; OGH 10.10.2002, 2 Ob 231/02p; OGH 29.6.1995, 15 Os 68/95.

Ärzte[159] vor. An diesen Entscheidungen des OGH ist erkennbar, dass dieser grds von einem weiten Begriffsverständnis der zu schützenden „anvertrauten“ Informationen ausgeht. Folglich lässt sich daraus für die Vertraulichkeit der Mediationsperson ableiten, dass auch für die gesetzliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG ein weiter Schutzbereich für „anvertraute“ Informationen gilt.

Insb die Judikatur zur Vertraulichkeit von Rechtsanwält/innen über „anvertraute Informationen“ erscheint gerade für diese konkrete Untersuchung interessant, da sich die Verschwiegenheitspflichten von Rechtsanwält/innen und Mediator/innen von ihrer Zielsetzung her hinsichtlich der Berücksichtigung einer bzw mehrerer Parteiinteressen bzgl ihres Schutzzwecks ähneln. Auch Rechtsanwält/innen können so wie Mediationspersonen **im Interesse mehrerer Parteien** zB als Vertragsverfasser/innen tätig werden. Aus den Ausführungen zur Rspr des OGH lässt sich daher ableiten, dass die Verschwiegenheit der Rechtsanwält/innen va für von den Klient/innen anvertrauten Informationen zu wahren ist. Unabhängig davon, ob es tatsächlich zu einem Vertretungsverhältnis kommt, hat der/die Rechtsanwalt/Rechtsanwältin anvertraute Tatsachen die ihm/ihr *„im Vertrauen auf die Berufsstellung“* offenbart wurden, vertraulich zu behandeln[160].

Ebenso geht auch *Prohaska-Marchried* von einem weiten Begriffsverständnis des „Anvertrauens“ aus und verweist dabei auf eine Entscheidung des OGH, in der beschrieben wird, dass unter *„anvertraut (...) jene Mitteilungen zu verstehen seien, die in der Erwartung erklärt werden, daß [sic!] sie nicht weitergegeben werden.“*[161]

3.3.2.3 Meinungsstand

Auch *Arnold* ist im Zusammenhang mit der Ausübung des Rechtsanwaltsberufes der Meinung, dass der Begriff des „Anvertrauens“ nicht zu eng auszulegen sei (im Sinne einer engen Wortinterpretation) und geht dabei von einer großzügigen, der Ansicht des dBGH entsprechenden Sichtweise aus: Danach wird bestimmt, dass anvertraute Tatsachen auch jene seien, die (ein/e Anwalt/Anwältin) aufgrund seiner/ihrer *„Vertrauensstellung oder im Zusammenhang damit erfahren hat, gleichgültig ob diese Kenntnis auf einem besonderen Vertrauensakt beruht oder nicht“*.[162]

---

[159] Zur Schwierigkeit der Einsichtnahme in die Krankenakte eines/einer Verstorbenen durch dessen/deren Verwandte, OGH 23.5.1984, 1 Ob 550/84.

[160] OGH 2.9.2002, 4 Bkd 1/02 (RS0116763).

[161] *Prohaska-Marchried,* Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 32, mit Verweis auf die Entscheidung des OGH 5.1.1911 GZ 1911, 399.

[162] *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 260 ff; Entscheidung des dBGH: BGHZ 40, 288 (293) = NJW 1964, 449.

3.3.2.4 Eigene Meinung

Für die Übernahme der Ausführungen des OGH sowie der Lit auf die Mediation soll nicht ausschlaggebend sein, ob es sich um Mandant/innen von Rechtsanwält/innen oder um Mediationsparteien einer Mediationsperson handelt. Schließlich ist zu beachten, dass sich sowohl die Mediationsparteien gegenüber der Mediationsperson als auch Klient/innen gegenüber einem/einer Rechtsvertreter/in **gleichermaßen** aufgrund des Glaubens an die **berufliche Vertrauensstellung** öffnen. Sobald sie sich öffnen und der Mediationsperson bzw dem/der Anwalt/Anwältin geheime Informationen anvertrauen, *vertrauen* sie darauf, dass diese Informationen auch *geheim* bleiben. Aus teleologischer Sicht ergibt sich aus den Ausführungen des OGH und der Lit ein vergleichbarer Schutzbereich der berufsrechtlichen Vertraulichkeitsbestimmungen, der die Übertragung entsprechender Auffassungen zulässt.

Für die Mediation ist den konkreten Ansichten zu entnehmen, dass für „anvertraute Informationen" darauf abzustellen ist, ob sich die Mediand/innen **in der Erwartung öffnen**, dass es sich um ein (berufliches) **Vertrauensverhältnis** zwischen ihnen und der Mediationsperson **handelt** und **diese Informationen daher** auch **vertraulich behandelt** werden. Daraus lässt sich ableiten, dass im Kern des „Anvertrauens" zum einen die **Erwartung** des Sich-Anvertrauenden liegt, dass (alle) Informationen, die einem/einer Geheimnisträger/in **aufgrund der beruflichen Vertrauensstellung** (zB eines/einer Rechtsberater/in) anvertraut werden, **geheim bleiben**. Zur Auslösung des Schutzes der gesetzlichen Vertraulichkeit ist es jedoch nötig, dass diese Erwartung (für die Mediationsperson) erkennbar nach außen tritt. Dazu ist daher zB erforderlich, dass die Mediationsparteien auf den Wunsch nach Geheimhaltung entweder ausdrücklich hinweisen oder sich dieser auf sonstige Weise ergibt (wie zB bei Besprechung von betriebsinternen Erfindungen, die markenrechtlich noch nicht geschützt sind oder bei Einzelgesprächen[163]).
Zum anderen wird von den Mediand/innen erwartet, dass dieses **Vertrauensverhältnis** durch das Gesetz **anerkannt** wird und diese **Geheimhaltungsinteressen entsprechend gesichert** werden. Diese erkennbaren Erwartungen stellen dabei grds **schutzbedürftige Geheimhaltungsinteressen** dar, die zweifellos in den Kern des Schutzbereiches des § 18 ZivMediatG fallen.

[163] Siehe zu den Einzelgesprächen in der Folge Punkt 3.3.2.4.1.

Anknüpfend an die einleitenden Ausführungen[164] zu den **Vergleichsregelwerken zur Mediation** ist erkennbar, dass hier ein anderer Zugang hinsichtlich der Regelung der geheim zu haltenden Informationen gewählt wurde. In den Vergleichsregelungen aus dem anglosächsischen Rechtskreis ist ausdrücklich normiert, ***welche konkreten Informationen*** von der Vertraulichkeit erfasst sein sollen. Bspw wird in dem Verwertungsverbot des UNCITRAL-Modellgesetzes in Art 10 konkret aufgelistet, welche Aussagen bzw Gespräche vertraulich sind. Dazu zählen bspw gem Art 10 Abs 1 lit b Meinungen und Vorschläge zur Lösung des Konflikts bzw gem lit c Kompromisse der Mediationsparteien. Ebenso ist nach dem UMA gem § 2 Abs 2 vorgesehen, dass jede *mediation communication* und daher ***jede Äußerung***, unabhängig davon, ob sie mündlich oder schriftlich erfolgt ist, vertraulich zu behandeln ist. Daraus ergibt sich im Vergleich zu der Vertraulichkeitsregelung des ZivMediatG eine Erleichterung hinsichtlich der Festlegung des Schutzbereichs der gesetzlichen Vertraulichkeit.

Es erscheint daher aufgrund bestehender Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien bei Vorliegen „anvertrauter Informationen" unbedingt geboten, dass sämtliche ***unmittelbar*** von den **Mediand/innen** an die eingetragene Mediationsperson (schriftliche, mündliche, elektronische) **anvertraute Tatsachen** geheim zu halten sind.[165] ME sind unter die Kategorie der „anvertrauten Tatsachen" daher insb **Mediationsgespräche** zwischen der eingetragenen Mediationsperson und sämtlichen Mediand/innen zu verstehen. Maßgeblich ist dabei, dass die Kommunikation ***unmittelbar*** zwischen Mediand/innen und Mediationsperson bzw über eine unmittelbar durch die Mediationsperson oder Mediationspartei beauftragte dritte Person (wie bspw eine/m Bevollmächtigte/n oder Sekretär/in) stattfindet. Ob dies mündlich (durch Gespräch) oder schriftlich bzw elektronisch (zB E-Mail) erfolgt, ist unbeachtlich, da in beiden Fällen schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen aufgrund des beruflichen Vertrauensverhältnisses bestehen.

3.3.2.4.1 Sonderproblemstellung: „Einzelgespräch"

Ein weiterer, in diesem Zusammenhang besonders zu berücksichtigender Aspekt ist jener der Einzelgespräche zwischen einer Mediationspartei und der Mediationsperson. Dies ist ein besonderes Instrument, welches während eines Mediationsverfahrens durch die Mediationsperson eingesetzt werden kann, wenn bspw die Kommunikation zwischen den Mediationsparteien stockt oder geheime Informationen besprochen werden, die die andere

[164] Siehe Punkt 3.1.
[165] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29 f.

Mediationspartei (noch) nicht erfahren soll. Fraglich ist konkret, ob die Mediationsperson in diesen Fällen geheime Informationen auch gegenüber der anderen Mediationspartei zu wahren hat, oder ob diese zwischen den Mediationsparteien nicht zur Vertraulichkeit verpflichtet ist. Während diese besondere Situation eines Einzelgesprächs nicht ausdrücklich durch das ZivMediatG geregelt wird, befinden sich in anderen Mediationsregelwerken explizite Regelungen dazu.

3.3.2.4.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

Im UNCITRAL-Modellgesetz wird hinsichtlich **Einzelgesprächen** eine entsprechend zu berücksichtigende Differenzierung vorgenommen: Es wird davon ausgegangen, dass grundsätzlich **jede Information** aus einem Einzelgespräch auch der anderen Konfliktlösungspartei **mitgeteilt werden *könne***, wobei es der Mediationsperson überlassen bleibe, ob sie von diesem Recht auch Gebrauch mache. Lediglich wenn die Konfliktlösungspartei **nicht einverstanden sei**, soll eine solche **Offenlegung** dieser vertraulichen Informationen an die andere Partei **unterbleiben**.[166]

Im Gegensatz dazu soll zur Vertraulichkeitsregelung des dMediationsG[167] eine **Offenlegung** der in einem Einzelgespräch offenbarten Geheimnisse **nur nach ausdrücklicher Zustimmung** der Mediationspartei erfolgen. Diese Bedingung wird damit begründet, dass im Ausschluss des/der anderen Mediand/in von einem Gespräch *„konkludent ausgedrückt“* werde, dass diese/r aus dem im Einzelgespräch diskutierten Geheimnisse nichts erfahren solle.[168]

In der Mediations-RL finden sich keine Regelungen zu anvertrauten Informationen zwischen einer Mediationspartei und der Mediationsperson im Rahmen eines Einzelgesprächs.[169]

Wie aus diesen unterschiedlichen Regelungen abzuleiten ist, können sich in der Praxis Schwierigkeiten hinsichtlich der Verpflichtung zur Vertraulichkeit der Mediationsperson zwischen den Mediationsparteien ergeben, da entsprechende Situationen durch das ZivMediatG nicht eindeutig geregelt werden. Während im UNCITRAL-Modellgesetz die

---

[166] Guide to Enactment and Use oft the UNCITRAL Model Law 2002, Comments on art 8, 39 f; *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 220.
[167] DMediationsgesetz vom 21. Juli 2012, dBGBl I 1577.
[168] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen,* Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 5.
[169] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 302.

Vertraulichkeit nur dann bestehen soll, sofern dies ausdrücklich durch die anvertrauende Mediationspartei artikuliert wird, soll die Vertraulichkeit nach der deutschen Rechtslage generell gelten und erst bei ausdrücklicher Zustimmung durch die Mediationspartei offenbart werden dürfen. Der selbe Sachverhalt ist daher nach diesen beiden Vergleichsregelwerken an unterschiedliche Folgen geknüpft. Während nach dem UNCITRAL-Modellgesetz die Mediationspartei die Initiative zur Vertraulichkeit ergreifen und ausdrücklich *für* die Einhaltung der Vertraulichkeit tätig werden muss, wird diese nach dem dMediationsG als „Regelfall" angenommen und soll die ausdrückliche Zustimmung der Mediationspartei *gegen* die Vertraulichkeit gelten.

3.3.2.4.3 Meinungsstand

Soweit ersichtlich hat es in der österreichischen Lit zu dieser Problemstellung noch keine beachtenswerte Auseinandersetzung gegeben.

3.3.2.4.4 Eigene Meinung

Wie die Darstellung der Rechtslage nach dem UNCITRAL-Modellgesetz bzw dem dMediationsG gezeigt hat, kann die ungeregelte Rechtslage nach dem ZivMediatG in der Praxis die Frage aufwerfen, ob die Mediationsperson grds auch zwischen den Mediationsparteien zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. ME ist der in der dLit vertretenen Ansicht, anknüpfend an die obigen Ausführungen, im Wesentlichen zu folgen. Es ist gerade Sinn und Zweck eines *Einzel*gesprächs zwischen der Mediationsperson und einem/einer Mediand/in, sich vollkommen zu öffnen. Würden diese Informationen anschließend durch die Mediationsperson **willkürlich offengelegt**, wäre die Option der **Durchführung solcher Einzelgespräche völlig sinnlos**.

Zusätzlich ist zu beachten, dass Einzelgespräche ein besonderes Instrument der Mediation darstellen. Während Einzelgespräche in der (Schieds-)Gerichtsbarkeit aufgrund der Wahrung des rechtlichen Gehörs nicht zulässig sind, bietet die Mediation diese spezielle Möglichkeit für die Mediand/innen, sich zu öffnen. Nachdem die Abhaltung solcher Gespräche zwischen der Mediationsperson und einer Mediationspartei im Rahmen der Mediation als zulässig erachtet und von den Mediationsparteien akzeptiert wird, wäre es unzweckmäßig, darin offengelegte Informationen der anderen Mediationspartei preiszugeben, wenn diese es nicht erlaubt. Schließlich bestehen va auch bei Einzelgesprächen schutzbedürftige Geheimhaltungsinteressen der Mediand/innen, da sie sich hier besonders vorbehaltlos und uneingeschränkt öffnen können. Daher ist mMn davon auszugehen, dass insb Einzelgespräche unter die Vertraulichkeit der Mediationsperson fallen.

Im Anschluss soll nun auf die zweite Fallgruppe der Vertraulichkeit der Mediationsperson bei der „ersten Kontaktaufnahme“ eingegangen werden.

3.3.2.5 Zur Problemstellung „Erste mediatorische Auskunft“

Wie in anderen Berufsgruppen üblich, so kann auch eine Mediationsperson konsultiert werden, ***bevor* noch eine Übereinkunft mit den Mediationsparteien über eine Mediation besteht**. Dies kann aus unterschiedlichsten Gründen erfolgen: Angefangen von der Einholung allgemeiner Informationen über eine Mediation bis hin zu der Klärung der Frage, ob die Mediationsperson die Unterstützung eines konkreten Konflikts übernehmen möchte. Um diese Anfrage der Parteien zu erfüllen, wird die Mediationsperson die Mediand/innen bitten, den Sachverhalt kurz darzulegen. Die Mediationsparteien werden dieser Bitte idR nachkommen und dabei etwaige Einzelheiten schildern. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob bereits diese Informationen, die durch die Mediationsparteien offenbart werden, als geheim zu behandeln sind. Insb für eine erste Konsultation, aus der *keine* spätere Zusammenarbeit zwischen Mediand/innen und Mediationsperson resultiert, stellt sich diese Frage.

Hier kommt auf formeller Ebene die Heranziehung des Beweisaufnahmeverbotes gem § 320 Z 4 ZPO[170] in Betracht. Unter Begutachtung des Wortlautes des § 320 Z 4 ZPO wird jedoch erkennbar, dass lediglich Informationen aus dem Mediationsverfahren direkt der Vertraulichkeit des Beweisaufnahmeverbotes unterliegen. Es ist daher (nicht nur für die materielle sondern auch für die prozessuale Ebene) zu überprüfen, ob die Vertraulichkeit durch teleologische Interpretation für geheime Informationen gilt, die bereits vor der Mediation offenbart wurden.

3.3.2.6 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

Im UNCITRAL-Modellgesetz lässt sich kein eindeutiger Anhaltspunkt für eine Mediationskommunikation vor Beginn der Mediation finden. In der Lit wird jedoch vertreten, dass sämtliche Beweismittel, die *„bereits vor Durchführung des Mediationsverfahrens“* bestehen, vom Beweisverwertungsverbot des Art 10 **nicht erfasst** sein sollen.[171] Demnach ist die Mediationsperson gem Art 8 dazu befugt, die andere Mediationspartei über

[170] **§ 320 Z 4 ZPO**: *„Eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl. I Nr. 29/2003, in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde.“*
[171] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 252 f.

Informationen, die sie vor Mediationsbeginn in Erfahrung gebracht hat, zu benachrichtigen.[172] Demnach ist nach der Lit - mangels ausdrücklicher Erwähnung - davon auszugehen, dass Informationen, die bereits vor der Mediation offengelegt wurden, auch nicht vom Beweisverwertungsverbot des Art 10 erfasst sind. Daraus ergibt sich, dass die Mediationsperson über Informationen, die vor der Mediation offen gelegt worden sind, nicht nur die andere Mediationspartei informieren, sondern darüber auch im Gerichtsverfahren aussagen darf.

Im Gegensatz dazu fällt gem § 2 Abs 2 UMA unter *mediation communication* jede Äußerung, die nicht nur während sondern bereits **vor** der Mediation stattgefunden hat. Dazu zählt auch der Zeitraum vor dem tatsächlichen Beginn der Mediation als geschützter Zeitabschnitt, da auch Äußerungen *„zur Anbahnung eines Mediationsverfahrens und bei der Auswahl des Mediators"* von der Vertraulichkeit umfasst sind.[173]

Zum dMediationsG wird in diesem Zusammenhang ein konkreter Bezug zwischen der gesetzlichen Vertraulichkeit der Mediationsperson und der ersten mediatorischen Auskunft hergestellt. Dabei wird im Wesentlichen dieselbe Ansicht wie im UMA vertreten, wonach *„bereits die Anbahnung eines Mediationsauftrags"* zum mediatorischen Tätigwerden gelte.[174] Daraus ergibt sich als Ausfluss aus der berufsrechtlichen Vertraulichkeit, dass die Mediationsperson zur Vertraulichkeit über Informationen, die bereits vor Beginn der Mediation anvertraut wurden, verpflichtet ist.

In der Mediations-RL finden sich keine Anhaltspunkte darüber, ob Informationen, die vor der Mediation preisgegeben worden sind, der Vertraulichkeit der Mediationsperson unterliegen.

Während daher nach dem UNCITRAL-Modellgesetz erste mediatorische Auskünfte nicht vom Verwertungsverbot und damit von der Vertraulichkeit (der Mediationsperson) erfasst sein sollen, gilt nach dem UMA und dem dMediationsG genau das Gegenteil, nämlich dass auch Informationen, die bereits vor der Mediation ausgetauscht worden sind, der Geheimhaltung unterliegen sollen.

---

[172] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 253.
[173] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 266.
[174] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 10.

3.3.2.7 Meinungsstand

Nachdem in der österreichischen mediations-theoretischen Lit eine Auseinandersetzung hinsichtlich dieser Problematik noch nicht stattgefunden hat, erfolgt ein Rückgriff auf Lit von Berufsgeheimnisträger/innen. Dies geschieht insb aus dem Gesichtspunkt, da es sich bei diesen von der Lit vertretenen Auffassungen um **allgemein anerkannte Grundsätze der freien Berufe** handelt. Eine Übertragung der entsprechenden Ansätze auf die Berufsgruppe der eingetragenen Mediationspersonen kann deshalb erfolgen, da es sich auch bei diesen um Ausübende einer *„freiberuflichen Tätigkeit"* handelt [175]. Dabei stelle die Verschwiegenheitspflicht für *„Angehörige der freien Berufe (das) oberste Gebot der Treuepflicht zum eigenen Mandanten"* dar[176] bzw könnten sämtliche freie Berufe ohne die Sicherung der Verschwiegenheit erst gar nicht ausgeübt werden[177].Doch selbst in Fällen, in denen eine Mediationsperson angestellt ist, und daher das Kriterium der Freiberuflichkeit nicht erfüllt, ist wesentlich, dass die Tätigkeit, die durch die Mediationsperson ausgeübt wird, auf einer **besonderen Vertrauensbeziehung** basiert. Demnach sollen unabhängig davon, ob es sich um Rechtsanwält/innen, Notar/innen oä handelt, erste Auskünfte stets von der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht erfasst sein. Völlig **unbeachtlich** sei dabei auch die Tatsache, **ob es im Anschluss** an erste Auskunftsgespräche **zum Abschluss eines Vertretungs-/Vertragsverhältnisses** komme.[178] Wie bereits in der vorherigen Problematik ist auch hier der entscheidende Faktor für das Bestehen der berufsrechtlichen Verschwiegenheit das Anvertrauen des/der Geheimnisträgers/Geheimnisträgerin aufgrund der **beruflichen Eigenschaft** und die sich daraus ergebende Vertrauenshaltung.[179]

3.3.2.8 Eigene Meinung

Wie der Lit zu freien Berufen eindeutig zu entnehmen ist, sind erste Auskunftsgespräche zwischen Berufsgeheimnisträger/innen mit gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitsrechten (wie bspw Notar/innen) und ihren Klient/innen vertraulich zu behandeln. Für die im Meinungsstand dargelegte Lit zu den Freiberuflern, ist zunächst zu untersuchen, ob die entsprechenden Ausführungen allgemein gelten bzw auf eingetragene Mediator/innen übertragbar sind.

---

[175] Vgl zB *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 55.
[176] *Manhart,* Verschwiegenheitspflicht. Ein Rechtsvergleich, AnwBl 2002/12 (616).
[177] OBDK 5.11.1973, Bkd 40/73 zit n *Manhart,* Verschwiegenheitspflicht. Ein Rechtsvergleich, AnwBl 2002/12 (616).
[178] *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 263; *Feil/Wennig,* Anwaltsrecht[7] (2012) § 9 Rz 24; *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO[6] (2006) § 37 Rz 1b; *Lohsing/Braun*, Österreichisches Anwaltsrecht[2] (1950) § 9, 118 f.
[179] *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 263, der dabei auch auf das Ärztegesetz bzw Tierärztegesetz verweist; *Feil/Wennig,* Anwaltsrecht[7] (2012) § 9 Rz 24.

Unter Betrachtung dieser Ausführungen und der darin aufgestellten **generelle Annahmen zur allgemeinen Verschwiegenheit** über anvertraute Informationen **aufgrund** einer **(frei-)beruflichen Vertrauensstellung**, lässt sich durch **teleologische Interpretation** dieser Argumentation **zweifellos feststellen**, dass diese auf die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationspersonen **übertragbar** sind.

Wie bereits in der Lit festgestellt, wird ein (frei-)berufliches Vertrauensverhältnis der Parteien zu einer konkreten Person (unabhängig davon, ob diese bspw ein/e Notar/in oder eine eingetragene Mediationspersonen ist) erst aufgrund der beruflichen Stellung begründet. Der **telos** in diesen generell geltenden Aussagen zur Verschwiegenheit liegt nun darin, dass dieses **Vertrauensverhältnis ab Begründung „deckungsgleich"** mit der **Entstehung einer korrespondierenden Verschwiegenheitspflicht gesichert** wird.

Das Ent- und Bestehen eines Vertrauensverhältnisses zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson *ergibt* sich daher gerade aus der beruflichen Tätigkeit. Dieses entsprechende Vertrauen in die (frei-)berufliche Vertrauensstellung ist schließlich auch der Grund, weshalb sich die Mediand/innen gegenüber der Mediationsperson überhaupt öffnen (telos). Wie bereits im einleitenden Kapitel aufgezeigt (siehe Punkt II), ist es geradezu das **Kernstück der Mediation**, dass die Mediationsparteien darauf vertrauen, sich unvoreingenommen bspw in Einzel- oder Gruppengesprächen unter Anwesenheit der Mediationsperson öffnen zu können. Nur durch eine entsprechend vorbehaltlose, offene Gesprächsführung steigt die Wahrscheinlichkeit, dass die Mediation erfolgreich ist. Ob dieses „Öffnen" der Mediationsparteien nun *während* der Mediation oder auch schon *zuvor* im Rahmen eines ersten Gesprächs geschieht, ist mMn für die Mediand/innen rechtlich unbeachtlich. Können und wollen sich die Mediationsparteien also schon *vor* der tatsächlichen Vereinbarung über eine Mediation öffnen, und würde man ihnen im Zuge dessen keinen ausreichenden Schutz bieten, würde dies die Sinnhaftigkeit des gesamten Konzepts der Mediation infrage stellen.

Dies wurde entsprechend auch durch den UMA bzw das dMediationsG berücksichtigt, als diese ebenfalls die Vertraulichkeit der Mediationsperson bereits auf Informationen, die im Stadium der Anbahnung durch die Mediationsparteien offenbart worden sind, erstrecken. Die im UNCITRAL-Modellgesetz normierte Ausnahme, bzw sogar das Recht der Mediationsperson, die Mediationsparteien von gegenständlichen Informationen informieren zu dürfen, stellt einen großen Unterschied zu den Vergleichsregelwerken dar. Die dieser Regelung im UNCITRAL-Modellgesetz zugrundeliegende (aber methodisch deutlich

divergierende[180]) Idee richtet sich wahrscheinlich dahing, dass (auch) die Mediationsperson der anderen Mediationspartei für die Konfliktbearbeitung wesentliche Informationen nicht vorenthalten muss. Entsprechende Situationen zeigen schließlich die Schwierigkeit der Vereinbarkeit des Elements der Allparteilichkeit der Mediationsperson sowie der Einhaltung der Vertraulichkeit. Der Ansatz des Modellgesetzes erscheint daher durchaus nachvollziehbar, wenngleich mE das Element der Vertraulichkeit in diesen Fällen den Vorrang genießen muss. Schließlich könnte die Vertraulichkeit in die Mediationsperson durch die Preisgabe (ausdrücklich) anvertrauter Informationen unwiederbringlich gebrochen sein und damit wäre ein Fortschritt bzw eine weitere Zusammenarbeit undenkbar.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass je früher sich die Mediand/innen öffnen können und wollen, desto besser ist dies für eine erfolgreiche Mediation. Die Mediationsparteien sollen - wie nach dem dMediationsG bzw dem UMA - auch nach dem ZivMediatG sicher sein, dass die Vertraulichkeit der Mediationsperson in jedem Stadium der Mediation gesichert ist. Würde das Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht negiert, wären freiberuflich Tätige vielfach nicht in der Lage, ihren Beruf als Rechtsanwält/in oder schließlich auch als Mediationsperson auszuüben. Nachdem zusätzlich zu den Mediations-Gesetzen die **Vertraulichkeit von Geheimnisträger/innen freier Berufe** mit einer Vertrauensstellung **allgemein anerkannt** ist, und diese auch zweifellos auf die Berufsgruppe der eingetragenen Mediator/innen als Ergebnis aus der teleologischen Interpretation übertragbar ist, ist die Vertraulichkeit der Mediationsperson über Gespräche im Rahmen einer „ersten Auskunft" einzuhalten. Dieser Zeitpunkt der ersten Kontaktaufnahme ist damit bereits als der **Beginn der Vertraulichkeitsverpflichtung** der Mediationsperson anzusehen.

3.3.3 Zwischenergebnis

Zusammenfassend bedeutet dies, dass **sämtliche direkte und unmittelbare Kontakte** zwischen der Mediationsperson und den Mediand/innen,

- mündlich oder schriftlich,
- in Einzel- oder Gruppengesprächen,

[180] Eine weitere Besonderheit des UNCITRAL-Modellgesetzes liegt darin, dass es sowohl für Mediationen als auch für Schlichtungsverfahren anwendbar ist. Dies wirft jedoch große Abgrenzungsprobleme zu anderen Konfliktregelungsverfahren auf, die ua auf der Verwendung von unklarer Terminologie bzw der synonymen Verwendung des Begriffs *„conciliation"* für zwei voneinander strikt zu trennenden Konfliktregelungsverfahren (Mediation und Schlichtung) herrührt. Die Regelungen des UNCITRAL-Modellgesetz sollen jedoch auch in der Folge als Vergleichsregelwerk herangezogen werden um, entsprechende Unsicherheitslagen aufzudecken bzw Parallelen zu anderen Mediations-Gesetzen aufzuzeigen.

von der Mediationsperson **vertraulich** zu behandeln sind.

Der Maßstab, der bei „anvertrauten Informationen“ anzulegen ist - und damit von der Vertraulichkeit der Mediationsperson erfasst sein soll - bezieht sich auf Angelegenheiten, die der Mediationsperson **im Vertrauen** und **aufgrund ihrer Berufsstellung** offenbart worden sind. Es entspricht dabei sowohl der Ansicht des OGH, als auch der Lit, dass grds hinsichtlich anvertrauter Tatsachen bei Bestehen einer (frei-)beruflichen Verschwiegenheitspflicht ein weiter Maßstab anzulegen ist.

3.3.4 Zu den sonst bekannt gewordenen Tatsachen

Nachdem dem ZivMediatG eine eindeutige Definition zu „sonst bekannt“ gewordenen Tatsachen fehlt[181], stellt sich wie schon zu den „anvertrauten Tatsachen“ die Frage, inwiefern die Mediationsperson die Vertraulichkeit über sonstige während der Mediation bekannt gewordene Tatsachen einzuhalten hat. Da gerade im vorigen Kapitel eine Feststellung dahingehend erfolgt ist, dass der Schutzbereich der „anvertrauten Tatsachen“ weit zu interpretieren ist, ist **unklar**, **welche konkreten Informationen** die Gesetzgebung durch dieses Tatbestandselement **geschützt** wissen will. Denkbar wären in diesem Zusammenhang Informationen, die der Mediationsperson zwar nicht unmittelbar durch die Mediationsparteien anvertraut werden, sondern dass vielmehr Vorkommnisse oder Aspekte der Mediation umfasst sein sollen, an denen zumindest eine Mediationspartei ein für die Mediationsperson offensichtliches Interesse an der Geheimhaltung hat.

Konkret könnten dabei bspw Wahrnehmungen der Mediationsperson in Betracht kommen, die sie während einer Mediation macht. Diese würden aufgrund des mangelnden „aktiven“ Anvertrauens der Mediationsparteien vom Tatbestandselement der „anvertrauten Tatsachen“ nicht erfasst. Trotzdem könnten auch an kleinsten **Beobachtungen Geheimhaltungsinteressen** der Mediationsparteien bestehen. Zu denken wäre dabei bspw an den Umgangston, der zwischen den Mediationsparteien herrscht oder auch wie sich die Mediationsparteien im Laufe der Mediation verhalten. Dabei könnte vor Gericht der Hinweis der Mediationsperson, eine Mediationspartei habe sich nicht konfliktlösungsbereit gezeigt, ein schlechtes Licht auf diese werfen.

Einen weiteren interessanten Aspekt stellt in diesem Zusammenhang auch die Frage nach der Vertraulichkeit der Mediationsperson dar, die sich auf **offenkundige bzw öffentlich bekannt**

[181] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29 f.

gewordene Tatsachen bezieht. Bei entsprechend offenkundigen Informationen würden sich die Mediationsparteien der Mediationsperson ebenso wenig „aktiv anvertrauen", was die Frage aufwirft, ob die Mediationsperson, die in der Mediation offenkundige Informationen erfährt, darüber in einem späteren Zivilprozess aussagen dürfte. Denkbar wären in diesem Zusammenhang bspw Informationen, die in bestimmten Geschäftszweigen zwischen Geschäftspartnern durchaus offenkundig sind, für die Mediationsperson aber im Zuge einer Mediation „(sonst) bekannt" werden.
Um das Tatbestandselement der „sonst bekannt" gewordenen Tatsachen klarer fassbar zu machen, soll dieses unter Diskussion der soeben besprochenen zwei Problemkreise der

- **Beobachtungen/Wahrnehmungen** der Mediationsperson bzw **zufällig** im Rahmen der **auftretende Informationen**; oder

- **Tatsachen**, die bereits **öffentlich erörtert** bzw **offenkundig** geworden sind/werden,

eingegrenzt werden.

Zunächst wird auf die erste Fallgruppe, also auf Beobachtungen der Mediationsperson bzw auf sonstige zufällig im Lauf der Mediation auftretende Informationen, eingegangen.

3.3.4.1 Problemstellung: Beobachtungen der Mediationsperson und „beiläufige" Anmerkungen der Mediationsparteien

3.3.4.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

In dem Klauselkatalog des Verwertungsverbotes gem Art 10 UNCITRAL-Modellgesetz finden sich keine Anhaltspunkte, inwiefern auch „sonstige bekannt" gewordene Informationen von der Vertraulichkeit der Mediationsperson erfasst sein sollen. Dabei fehlt auch ein Indiz dahingehend, ob eine „sonstige" nicht ausdrücklich zwischen den Mediationsparteien stattfindende Kommunikation vertraulich ist. In der Lit wird jedoch davon ausgegangen, dass sich das Verwertungsverbot auch auf *„non-verbale Äußerungen"* bezieht.[182]

Im Gegensatz dazu wird in § 2 Abs 2 UMA ausdrücklich normiert, dass sich die Vertraulichkeit auch auf „nonverbale" *mediation communication* bezieht. Dabei wird in den *Official Comments* zu § 2 Abs 2 UMA ausdrücklich darauf hingewiesen, dass zB das Rauchen

[182] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 250.

einer Zigarette keine entsprechende Kommunikation darstelle. Das Nicken als Antwort auf eine Frage hingegen als Kommunikation zu deuten sei und dementsprechend vertraulich zu behandeln wäre. Sogar Beobachtungen der Mediationsperson, die sich bspw auf die geistige Gesundheit einer Mediationspartei beziehen, sind vertraulich, sofern sie - wenn auch indirekt - Mediationsinformationen offenbaren. Dies beziehe sich insb auch auf die geistige Fähigkeit einer Mediationspartei einen Mediationsvergleich abzuschließen, sofern die Mediationsperson den Zweifel an dieser geistigen Fähigkeit aufgrund von Äußerungen der Mediationspartei während der Mediation gemacht hat. Diese Beobachtungen der Mediationsperson wären hingegen nicht von der Vertraulichkeit erfasst, sofern sie zB einen Wintermantel im Hochsommer tragen würde. Das maßgebliche Kriterium zur Abgrenzung stellt in diesen Fällen einzig die Tatsache dar, ob ein bestimmtes Verhalten zum Zweck der Information (Nicken oder Schweigen auf eine Frage) gesetzt worden ist.[183]

Im dMediationsG sowie in der Mediations-RL finden sich keine Anhaltspunkte im Zusammenhang mit dieser Problemstellung.

3.3.4.3 Meinungsstand

In der Lit wird vertreten, dass sich die Verschwiegenheit der Mediationsperson neben den unter die „anvertrauten Tatsachen“ fallenden Fakten va auf Informationen und Inhalte beziehe, die mit der konkreten Mediation *„**inhaltlich im Zusammenhang stehen**“*.[184]

Hopf/Stabentheiner führen dazu aus, dass bei diesen Tatsachen unbeachtlich sei, ob diese - wie bereits erörtert - unmittelbar durch die Parteien anvertraut werden, oder ob die Mediationsperson *„sie auf **sonstige Weise im Zuge des Mediationsgeschehens** erlangte“*.[185]

Nachdem diese Ausführungen noch immer zu allgemein sind und nur wenige Anhaltspunkte über die inhaltliche Reichweite geben, soll neuerlich Lit von anderen freien Berufen herangezogen werden. Insb aus Regelungen, die für Notar/innen gelten, lassen sich für Mediationspersonen relevante Schlüsse ableiten. Vergleicht man konkret den **Schutzbereich der Vertraulichkeitsbestimmungen dieser beiden Berufsgruppen**, so wird erkennbar, dass diese auf **denselben telos abstellen**: Sowohl Notar/innen als auch Mediationspersonen haben in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit die Interessen *sämtlicher* Klient/innen zu

[183] *Official Comment* zu Section 2 (2) UMA.
[184] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 36; *Fuchshuber,* Mediation im Zivilrecht (2004) 17.
[185] *Hopf/Stabentheiner,* Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 861 ff.

berücksichtigen. In der Lit wird deshalb auch vertreten, dass insb Notar/innen *„geborene“* Mediationspersonen seien, da diese noch bevor sich die Mediation etablieren konnte, bereits für mehrere Parteien konfliktlösend tätig geworden seien[186]. Für die Vertraulichkeit von Notar/innen hat dies zur Konsequenz, dass sie schon immer die Geheimhaltungsinteressen mehrerer Parteien zu berücksichtigen hatten. Vergleichbar mit der Mediationsperson müssen sie ebenso vorsichtig im Umgang mit der Offenlegung von geheimen Informationen ihrer Klient/innen sein, da diese ebenso „allparteilich“ tätig werden und daher keinen ihrer Mandant/innen schaden sollen. Daraus lässt sich ableiten, dass sich der Schutzbereich der Vertraulichkeitsbestimmungen dieser beiden Berufsgruppen in ihrem telos deckt (Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen sämtlicher Klient/innen), da sowohl Notar/innen als auch Mediator/innen allparteilich tätig werden.
Zur konkreten Problematik wird im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit von Notar/innen in § 37 NO hinsichtlich der Reichweite ihrer Verschwiegenheitspflicht in der Lit Folgendes vertreten: Die Vertraulichkeit beziehe sich nicht nur auf unmittelbar anvertraute Tatsachen ihrer Klient/innen, sondern auch auf ***sämtliche* vor ihnen *„stattgehabten Verhandlungen“***, sowie dabei noch so ***irrelevant* erscheinende Informationen**.[187]

3.3.4.4 Eigene Meinung

Wie sich zunächst aus den ersten beiden in der mediations-theoretischen Lit vertretenen Auffassungen entnehmen lässt, ist für die inhaltliche Reichweite „sonstiger Tatsachen“ ein *weiter* Maßstab anzulegen. Der Schutzbereich dieses Tatbestandselements deckt sich bei diesen Ansichten insofern, als nach der ersten Auffassung Informationen vertraulich sind, wenn sie *„inhaltlich“* **im Zusammenhang mit der Mediation** stehen. Nach der zweiten Ansicht sind „sonstige Tatsachen“ vertraulich, sofern sie nicht unmittelbar durch die Mediand/innen anvertraut wurden und sich auf *„sonstige Weise“* **aus der Mediation** ergeben. Diese Auffassungen decken mE im Wesentlichen die selben Informationen ab, welche diese *konkret* sind, darüber geben jedoch beide Ausführungen wenig Aufschluss.

In der Lit zu Notar/innen wird dazu schon etwas genauer vertreten, dass noch so **unbeachtlich** erscheinende Informationen vertraulich zu behandeln sind. Bei Übertragung dieser Auffassung - wonach selbst unbeachtlich erscheinende Informationen vertraulich zu behandeln sind - auf die Mediation hat dies zu bedeuten, dass selbst *Beobachtungen und Wahrnehmungen* der Mediationsperson (wie zB die Neigung einer Mediationspartei zur

[186] *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO[6] (2006) § 5 Rz 24.
[187] *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO[6] (2006) § 37 Rz 1b.

Übertreibung um Mitleid zu erregen) oder *sonstige zufällig auftretende Informationen* (bspw durch Akteneinsicht oder unerwartete Kontaktaufnahme durch Dritte) vertraulich zu behandeln sind. Dies ergibt sich mE daraus, dass sich die Mediand/innen der Mediationsperson in der **Erwartung öffnen**, dass selbst noch so irrelevante Bemerkungen vertraulich bleiben. (Auch) aus dieser Erwartung der Mediationsparteien lässt sich ein **schutzbedürftiges Geheimhaltungsinteresse** über zufällig auftretende Informationen der Mediand/innen oder Beobachtungen der Mediationspartei ableiten:
Schließlich kann die Mediationsperson bspw *Wahrnehmungen oder Beobachtungen* über ein Geschäftsgeheimnis bei (Einzel-)Gesprächen zB über Investments oder optimierte Produktionsvorgänge des Unternehmens einer Mediationspartei, das durch sie detailliert beschrieben/aufgezeichnet wird, machen. Aber auch *zufällig auftretende Informationen* können sich bspw im Zusammenhang mit der Besprechung des Lizenzgegenstandes eines Lizenzvertrags ergeben.
In diesem Zusammenhang von besonderer Relevanz ist die nach dem **UMA** bestehende Rechtslage für an das Mediationsverfahren anschließende Zivilprozesse. Danach wird die **Vertraulichkeit einer non-verbalen Kommunikation** wie angeführt daran festgemacht, ob die **Mediationspartei diese** zB als Antwort auf eine Frage der Mediationsperson gibt (zB durch Nicken) - und daher mit der Mediation zusammenhängt; oder ob die non-verbale Kommunikation einer Mediationspartei unabhängig von der Mediation erfolgt (zB Augenrollen während des Mediationsverfahrens, weil es regnet). Sobald eine Beobachtung oder Wahrnehmung daher im Zusammenhang mit einer Information aus der Mediation steht, muss die Mediationsperson die Vertraulichkeit darüber wahren. Die in den *Official Comments* angeführten Bsp veranschaulichen die Zweckmäßigkeit dieser Regelung. Schließlich können diese der Mediationsperson dazu dienen, in der Praxis selbst entscheiden zu können, ob sie Beobachtungen oder Wahrnehmungen aus der Mediation offenbaren darf.[188]

Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass entsprechende Wahrnehmungen der Mediationsperson auch in **späteren (Gerichts-)Verfahren gegen Dritte von großer Relevanz** sein können. Werden nämlich in der Mediation von der Mediationsperson entsprechend „heikle" Beobachtungen über den geistigen Gesundheitszustand gemacht, kann dies nicht nur für den konkreten Konflikt sondern auch in anderen Rechtsstreitigkeiten schwerwiegende Folgen nach sich ziehen. Entsprechende Aussagen der Mediationsperson über *Beobachtungen bzw Wahrnehmungen*, könnten durch ihre Aussage im späteren Zivilprozess viel weitreichendere

[188] Nach dem UMA ist bspw auch das Zeigen einer Narbe auf eine Frage, als vertraulich zu behandelnde non-verbale Beobachtung durch die Mediationsperson geheim zu halten.

Folgen haben, als durch sie zu jenem Zeitpunkt abschätzbar ist. Diese schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien, die durch die Durchbrechung der Mediationsperson gegen die Vertraulichkeit verletzt werden können, bedürfen daher einer besonderen Berücksichtigung bei der Beurteilung, ob Mediationsinformationen dadurch berührt werden.
Im Hinblick auf die **Methode** der Mediation ist weiters zu beachten, dass diese - im Gegensatz zu (Schieds-)Gerichtsverfahren - einen geeigneten Rahmen bieten soll, in dem die Mediationsparteien über ihre festgefahrenen Positionen reflektieren können und von diesen loskommen sollen. Um eine Abkehr von starren Positionen zu erreichen, soll die Mediationsperson die Mediand/innen anleiten, wozu sich die Mediand/innen aber zuerst einmal öffnen und ihre Interessen vorbehaltlos darlegen müssen. Macht die Mediationsperson also im Zuge des Sich-Öffnens der Mediand/innen Beobachtungen, oder treten dabei Informationen auf, die für einen (anderen) Zivilprozess Folgen hätten, so muss die **Vertraulichkeit gerade auch über diese Mediationsinformationen gewahrt** sein. Dies bildet schließlich einen weiteren Schwerpunkt des Mediationsverfahrens: Die Mediation soll einen Rahmen für die Mediand/innen bieten, sich völlig vorbehaltlos öffnen zu können. Dies stellt einen der wesentlichsten Unterschiede va zu Gerichtsverfahren dar, in denen es für **uneingeschränkte Offenheit** zumeist aus taktischen Gründen keinen Platz gibt.

Wie auch in den Erläuterungen zu § 7 UMA festgehalten wurde, besteht zwar die Pflicht der Mediationsperson über bestimmte Umstände aus der Mediation das Gericht zu informieren wie bspw Beginn und Ende der Mediation). **Sonstige Wahrnehmungen oder Beobachtungen**, wie bspw dass sich eine Mediationspartei der aktiven Lösungsfindung entzogen hat, seien jedoch **vertraulich zu behandeln**.[189]

Es lässt sich daher feststellen, dass Informationen aus Beobachtungen bzw non-verbaler Kommunikation **aus der Mediation**, von der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson erfasst sind. Die Mediationsperson hat im Zuge der Beurteilung, ob sie über entsprechende Beobachtungen bzw Wahrnehmungen Aussagen machen darf, darauf abzustellen, ob

- schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien bestehen und
- ob diese im Zusammenhang mit Mediationsinformationen stehen.

[189] *Official Comment* zu Section 7 UMA.

3.3.4.5 Problemstellung: Öffentlich erörterte Tatsachen

Eine weitere Unklarheit, die sich im Zusammenhang mit geheimen Mediationsinformationen ergibt, ist die Frage nach der Vertraulichkeit über öffentlich erörterte bzw offenkundige Tatsachen. Konkret geht es darum, ob eingetragene Mediationspersonen auch (weiterhin) zur Verschwiegenheit über Tatsachen verpflichtet sind, die offenkundig sind/werden bzw in einem Gerichtsverfahren öffentlich erörtert wurden. Schließlich könnte davon ausgegangen werden, dass durch die Offenkundigkeit bzw öffentliche Erörterung einer Tatsache, die Geheimhaltungsbedürftigkeit nicht mehr gegeben ist und somit die Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson nicht mehr besteht. Für die Mediationsparteien würde dies, bei Bejahung des Wegfallens der Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson, bedeuten, dass die Mediationsperson uneingeschränkte Angaben über die nun erörterten bzw offenkundigen Tatsachen machen dürfte bzw in einem anderen Zivilverfahren machen könnte. Fraglich ist daher wie sich die Mediationsperson in konkreten Situationen zu verhalten hat - insb wenn die Öffentlichkeit im zivilprozessualen Verfahren ausgeschlossen wird.

3.3.4.6 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken der Mediation

Weder im UNCITRAL-Modellgesetz noch in der Mediations-RL oder nach dem UMA finden sich ausdrückliche Anhaltspunkte darüber, ob sich die Vertraulichkeit der Mediationsperson auf offenkundige Tatsachen bezieht oder nicht.

Im Gegensatz dazu wird in § 4 Z 3 dMediationsG ausdrücklich normiert, dass die Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson nicht bestehe, sofern *„es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen“*. Dazu wird im Wesentlichen ausgeführt, dass bei **offenkundigen Tatsachen die Geheimhaltungsbedürftigkeit** fehle. Diese könne sich insb aus Unterlagen ergeben, die anonymisiert worden sind. Die Weitergabe entsprechender Unterlagen wäre zulässig, *„solange sie keinen Rückschluss auf bestimmte Personen oder Sachverhalte zulassen“*.[190]

3.3.4.7 Rechtsprechung

Zur beruflichen Verschwiegenheit von Rechtsanwält/innen hinsichtlich öffentlich erörterter Tatsachen wird vom OGH Folgendes vertreten: Die Vertraulichkeit sei unabhängig davon zu

[190] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 18 f.

wahren, ob *„die Kenntnis aller Tatsachen auch anderen zugänglich war“*.[191] Der **OGH** führt dazu in einer aktuelleren Entscheidung näher aus, dass ein Umstand, der *„in einer öffentlichen Verhandlung erörtert wurde ... nicht allgemein zugänglich (ist)“*, sondern **weiterhin als Geheimnis** zu betrachten sei.[192] Entsprechende Ausführungen sind insb für jene Fälle von Relevanz, in denen zwar in der Verhandlung Informationen aus der Mediation erörtert werden, die Öffentlichkeit aber von der Verhandlung ausgeschlossen wird. [193]

3.3.4.8 Meinungsstand

Nachdem sich in der österreichischen mediations-theoretischen Lit keine Anhaltspunkte zu dieser Problematik finden lassen, soll zunächst Lit über die Verschwiegenheit von Notar/innen herangezogen werden.

Über die Frage, ob Notar/innen über **offenkundige Tatsachen**[194] die Verschwiegenheit zu wahren haben, wird **keine einhellige Auffassung** vertreten. Einerseits wird davon ausgegangen, dass durch die Offenkundigkeit das schutzwürdige Interesse des/der Betroffenen wegfalle und daher die *„Verschwiegenheitspflicht endet, sobald etwas offenkundig geworden ist“*.[195]

Auf der anderen Seite wird vertreten, dass für die vor Notar/innen „stattgehabten Verhandlungen“ das *„Siegel der Verschwiegenheit aufgedrückt“* sei und Notar/innen zumindest solange die Verschwiegenheit zu bewahren hätten, bis *„ein Geheimhaltungsinteresse mit voller Sicherheit ausgeschlossen werden kann“*. Dies wird damit begründet, dass die Auskunft von Notar/innen die **endgültige Gewissheit** über einen bestimmten Umstand liefern könne, was durch die Einhaltung der Verschwiegenheitspflicht zu vermeiden sei. Aus Gründen der *„Erhaltung des Klientenvertrauens“* ergäbe die Wahrung der Verschwiegenheit bei öffentlich bekannt gewordenen Tatsachen daher *„durchaus Sinn“*.[196]

Doch auch für Rechtsanwält/innen soll gelten, dass offenkundige Tatsachen von ihrer beruflichen Verschwiegenheit deshalb erfasst sind, sofern diese aufgrund ihrer beruflichen Eigenschaft von Informationen Kenntnis erlangt. Bei entsprechenden Angelegenheiten muss

---

[191] OGH 31.1.1929 = AnwBl 1930, 225 zit n *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 264.

[192] OGH 22.1.2008, 4 Ob 230/07p, der sich dabei auf *Bertel* in Wiener Kommentar zum StGB^2 § 310 Rz 4 (Stand Mai 2010, rdb.at) bezieht.

[193] Zur Vertraulichkeit in Finanzstrafverfahren siehe OGH 25.9.2001, 4 Ob 206/01z.

[194] Eine Tatsache ist offenkundig, sobald sie *„einem größeren Kreis von Personen bekannt geworden ist“*, *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO^6 (2006) § 37 Rz 2.

[195] *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO^6 (2006) § 37 Rz 2.

[196] *Foregger,* Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars. Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag (1987) 127.

es sich nicht einmal um ein Geheimnis handeln, um von der anwaltlichen Verschwiegenheit erfasst zu sein.[197] Das Vertrauensverhältnis zwischen Klient/in und Anwalt/Anwältin würde dabei besonders beeinträchtigt, sofern letztere/r allgemein bekannte Tatsachen durch seine Aussage als solche bestätigt und ihm/ihr diese aber aus der Vertretungstätigkeit bekannt geworden sind.[198]

3.3.4.9 Eigene Meinung

Obwohl der OGH in seiner Entscheidung von der (erstmaligen) „öffentlichen Erörterung" von Tatsachen und im dMediationsG allgemein von „offenkundigen Tatsachen" ausgegangen wird, so stellt sich doch in beiden Konstellationen für die Vertraulichkeit der Mediationsperson dieselbe Problematik: Es ist zu hinterfragen, ob die Mediationsperson über entsprechende Informationen nicht nur einvernommen, sondern ob durch sie entsprechende Informationen grds weitergegeben werden dürfen. In diesem Zusammenhang soll jedoch zunächst auf die Ähnlichkeit dieser beiden Ansätze der „Offenkundigkeit" und der „öffentlichen Erörterung" eingegangen werden:

Ganz allgemein wird sowohl in der dLit und dGesetzgebung als auch in der öLit unter der „**Offenkundigkeit**" eine Tatsache verstanden, die ***„einem größeren Kreis von Personen bekannt geworden ist"***[199]. Doch auch bei dem vom OGH vertretenen Ansatz über die „öffentliche Erörterung" von geheimen Tatsachen, werden Informationen einem entsprechenden größeren Personenkreis (erstmals) bekannt. Die öffentliche Erörterung einer Tatsache löst daher die Offenkundigkeit aus, weshalb öffentlich erörterte Tatsachen eine Unterkategorie der Offenkundigkeit darstellen. Umgekehrt kann sich die Offenkundigkeit jedoch nicht nur aus der öffentlichen Erörterung von Tatsachen in Gerichtsprozessen, sondern vielfach wie auch aus der Verbreitung von geheimen Informationen über moderne Kommunikationskanäle (wie bspw soziale Netzwerke) ergeben.

Obwohl also vom OGH und der dGesetzgebung an unterschiedlichen Ausgangssituationen angeknüpft wird, so geht es hinsichtlich der Offenkundigkeit von Tatsachen (bzw der Unterkategorie der öffentlichen Erörterung von Tatsachen) darum, ob eine Mediationsperson im Zivilprozess darüber aussagen darf. Dabei entsteht für diese Fallgruppe die Problematik, dass selbst bei **anscheinender Offenkundigkeit einer Tatsache noch lange nicht gewiss** ist,

---

[197] *Lohsing/Braun*, Österreichisches Anwaltsrecht[2] (1950) § 9, 120.
[198] OBDK 14. 10. 1991, Bkd 92/89m Anm *Strigl*, AnwBl 1993, 4477.
[199] *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO[6] (2006) § 37 Rz 2; *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 18, die dabei auf *Henssler/Prütting/Henssler* § 43 Rz 45 weiterverweisen.

dass **die diese Information interessierende Person** darüber **Bescheid weiß**. (Dasselbe gilt dabei auch für die öffentliche Erörterung von Tatsachen.)

Aus den völlig unterschiedlichen Ansichten des OGH sowie des dMediationsG lässt sich die Schwierigkeit an den „offenkundigen Tatsachen" gut erkennen. Während nach dem **OGH** auch in einer **öffentlichen Verhandlung** besprochene Tatsachen **weiterhin vertraulich** zu behandeln sind, wurde in der **dGesetzgebung** generell normiert, dass die **Mediationsperson über offenkundige Tatsachen** die **Verschwiegenheit *nicht*** wahren muss.

In der öLit ist man sich hinsichtlich der Einhaltung der Vertraulichkeit über offenkundige Tatsachen insb bzgl Notar/innen nicht einig. Einerseits wird die Vertraulichkeit mit dem Argument abgelehnt, dass die **Schutzbedürftigkeit mit Offenkundigkeit** einer Tatsache **wegfalle**. Andererseits ist man jedoch hinsichtlich der Schutzbedürftigkeit insofern restriktiver, als diese **nie gänzlich ausgeschlossen** werden könne und daher die Vertraulichkeit auch bei Offenkundigkeit weiterhin bestehe. Diese unterschiedlichen Ansichten lassen sich, **anknüpfend an die Schutzbedürftigkeit** der Sich-Anvertrauenden, im Wesentlichen in zwei Gruppen teilen. Während daher nach der einen Auffassung die Schutzbedürftigkeit durch die Offenkundigkeit völlig wegfällt, erachtet die andere Auffassung geheime Tatsachen selbst nach öffentlicher Erörterung weiterhin als schutzbedürftig.

Bei Beantwortung dieser Frage ist mE für die Mediation zwischen zwei Situationen zu unterscheiden.

3.3.4.9.1 Nur eine/mehrere aber nicht alle Mediationsparteien wissen von der offenkundigen Tatsache

Wird für die Mediationsperson bspw aufgrund von Einzelgesprächen mit den Mediationsparteien erkennbar, dass **nicht alle Mediationsparteien** über eine „offenkundige" Sache Bescheid wissen, dann hat sie aus Gründen der **Allparteilichkeit in der Mediation** dafür zu sorgen, dass die andere „unwissende" Mediationspartei jedenfalls davon in Kenntnis gesetzt wird. Der Grund dafür liegt darin, dass es gerade Zweck der Mediation und somit Aufgabe der Mediationsperson ist, zwischen den Mediationsparteien „Waffengleichheit" herzustellen und die Mediationsparteien gleichermaßen bei der Konfliktbearbeitung zu unterstützen. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Konfliktbearbeitung - wenn einer Mediationspartei relevante Informationen dafür vorenthalten werden - von Anfang an zum Scheitern verurteilt ist bzw, selbst wenn ein Ergebnis zustande kommt, bei Bekanntwerden

der zurückgehaltenen Information die Lösung womöglich nicht halten wird. Zur Herstellung der Waffengleichheit zwischen den Mediationsparteien sowie dem Prinzip der Allparteilichkeit hat die Mediationsperson (am besten nach Rücksprache und Zustimmung der betroffenen Mediationspartei) die andere Mediationspartei über die offenkundige Tatsache zu informieren.

Für ein an die Mediation anschließendes Gerichtsverfahren gilt jedoch der in der Lit vertretene Grundsatz, dass die Mediationsperson selbst über offenkundige Tatsachen die Vertraulichkeit zu wahren hat. Wie in der Lit zu Notar/innen und Rechtsanwält/innen ausgeführt, soll die Aussage der Vertrauensperson nicht die Gewissheit über eine offenkundige Tatsache bringen. Dasselbe hat zu gelten, wenn die Mediationsperson von Dritten wie zB von Journalist/innen über entsprechende Informationen befragt wird.

Das bedeutet, dass aufgrund der Gefahr, dass das Vertrauen in die Mediationsperson und deren Allparteilichkeit verloren gehen könnte sowie zur Herstellung der Waffengleichheit zwischen den Mediationsparteien die offenkundige Tatsache durch die Mediationsperson **in der Mediation offen zu legen ist**, die Offenbarung von „offenkundigen" Informationen in Gerichtsverfahren bzw gegenüber außenstehenden Dritten zu unterbleiben hat.

3.3.4.9.2 Beide/sämtliche Mediationsparteien wissen von der offenkundigen Sache

Wissen jedoch beide/alle Mediationsparteien nachweisbar von einer offenkundigen Sache, so stellt sich die **Problematik der Vertraulichkeit der Mediationsperson darüber nur** für den an die Mediation anschließenden **Zivilprozess.** Für die Mediation fällt die Problematik der Vertraulichkeit gegenüber einer Mediationspartei weg, da keine zu berücksichtigenden Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien bestehen.

Bei einem an die Mediation anschließenden Zivilprozess ist jedoch zu **differenzieren,** ob **Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien gegenüber Dritten** bestehen. Liegen diese **vor,** so ist mE die Verpflichtung zur **Vertraulichkeit der Mediationsperson gegeben**. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass obwohl die Offenkundigkeit zwischen den Mediationsparteien gegeben ist, diese aber noch lange nicht auch für Dritte gelten muss. Dürfte die Mediationsperson jedoch über solche Informationen Angaben machen, so wären schutzbedürftige **Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien beeinträchtigt**. Allein aufgrund der Tatsache davon auszugehen, dass sobald eine geheime Information offenkundig geworden ist bzw deren Offenkundigkeit angenommen wird und daher keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen mehr bestehen, würde den Schutzzweck der Vertraulichkeit verfehlen. Schließlich ist es gerade Sinn und Zweck eines Mediationsverfahrens, dass sich die Mediationsparteien darin unvoreingenommen evtl auch über Informationen unterhalten

können, von denen sie wissen, dass diese zwar bspw für ihren Geschäftszweig (zB in der IT-Branche) offenkundig sind, anderen Dritten jedoch in diesem Umfang nicht geläufig sind. Dass diesen Dritten durch die Einvernahme der Mediationsperson Zugang zu solchen „offenkundigen“ Informationen gewährt wird, wäre mE mit dem Schutzzweck der Vertraulichkeit der Mediation nicht vereinbar. Die Mediation soll schließlich der Konfliktlösung der Mediationsparteien dienen und nicht Dritten uneingeschränkten Zugang zu Informationen ermöglichen.

Entsprechend muss daher **nicht nur für den Zivilprozess** sondern **generell gegenüber Dritten** gelten, dass die **Mediationsperson zur Vertraulichkeit verpflichtet** ist. Dies ergibt sich aus den oben erwähnten, unbedingt schutzwürdigen, Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien. Wird die Mediationsperson daher zB von Journalist/innen interviewt, oder bspw auch in einer Vorlesung von Studierenden zu einer konkreten Mediation (die evtl an die Öffentlichkeit gedrungen ist) über „offenkundige“ Informationen befragt, hat sie die Vertraulichkeit einzuhalten. Entsprechendes muss daher zB auch für Wissenschafter/innen gelten, weshalb eine Durchbrechung der Vertraulichkeit zu Forschungszwecken nicht zu rechtfertigen wäre.

3.3.5 Zwischenergebnis

Umstände, die nicht direkt bzw aktiv von den Mediand/innen anvertraut wurden, sondern sich bspw aus

- Beobachtungen der Mediationsperson oder zufällig auftretende Informationen
- bzw aus der öffentlichen Erörterung oder allgemein offenkundigen Tatsachen

ergeben, sind von der Mediationsperson vertraulich zu behandeln. Eine Ausnahme von der Vertraulichkeit besteht dann - und nur dann - wenn für die Mediationsperson ausdrücklich erkennbar ist, dass keine schützenswerten Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien mehr bestehen. Für diese Fälle empfiehlt sich mE dennoch eine Entbindung der Mediationsperson durch die Mediationsparteien.

3.3.6 Zu den anlässlich der Mediation verfassten oder durch die Mediationsparteien übergebenen Unterlagen

3.3.6.1 Problemstellung: Von den Mediand/innen übergebene Unterlagen

In § 18 ZivMediatG wird nicht nur die Vertraulichkeit über „anvertraute" sowie „sonst bekannt gewordenen Tatsachen", sondern in § 18 zweiter Satz ZivMediatG auch der vertrauliche Umgang von in der Mediation erarbeiteten und anlässlich der Mediation übergebenen Unterlagen normiert. Nachdem hier generalklauselartig zunächst davon ausgegangen werden könnte, dass *sämtliche* Unterlagen aus der Mediation vertraulich zu behandeln sind, stellt sich die Frage, ob die Mediationsperson im Zivilprozess nicht zur Offenlegung bzw Herausgabe von Dokumenten zu **Beweiszwecken verpflichtet** werden kann. Dies kann sich dabei nicht nur aus dem Erfordernis ergeben, dass bspw die Mediationsparteien die Mediationsperson zur Vorlage des Mediationsergebnisses verpflichten wollen. Für die Praxis ist dies va dann relevant, wenn es zu Schwierigkeiten/Streitigkeiten bei der Umsetzung des Mediationsergebnisses kommt, keine konkrete Vereinbarung der Parteien für derartige Fälle besteht, und nur die Mediationsperson über relevante Unterlagen verfügt.
Für diesen Fall stellt sich zusätzlich die Frage, ob Ausnahmen von dieser Generalklausel des § 18 zweiter Satz ZivMediatG bestehen (bzw welche Unterlagen konkret davon erfasst sein könnten) und ob, deckungsgleich für den Zivilprozess, Ausnahmen vom Vernehmungsverbot iSd § 320 Z 4 ZPO zu gelten haben.

3.3.6.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

Eine Ausnahme von dem Beweisverwertungsverbot des UNCITRAL-Modellgesetzes besteht nach Art 10 Abs 5 UNCITRAL darin, dass nur aufgrund der Verwendung einer Urkunde in der Mediation nicht automatisch deren Verwertung im darauffolgenden Zivilprozess ausgeschlossen ist. In dem Modellgesetz der UNCITRAL wird diese Problematik folgendermaßen gehandhabt: Soweit ein Beweis in einem Konfliktlösungsverfahren (Mediation oder Schlichtung) vorgelegt wird, macht ihn dies nicht allein deshalb in einem späteren (Schieds-)Gerichtsverfahren unzulässig, weil die Mediationspartei diesen vorgebracht hat. Als Bsp wird in den Erläuterungen zu Art 10 Abs 5 UNCITRAL-Modellgesetz angeführt, dass in einem Streitfall bezüglich eines Frachtvertrags das Verwenden eines Frachtbriefs auch nach erfolgter Vorlage in einem Streitbeilegungsverfahren in einem daran anschließenden (Schieds-)Gerichtsverfahren zulässig ist.[200] Dies bedeutet,

[200] Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law 2002, Comments on Article 10, 47.

dass die Einhaltung der Vertraulichkeit hinsichtlich Urkunden ihre **Grenze** dort findet, wo die in der Urkunde niedergeschriebenen Tatsachen - auch **ohne** deren **Offenlegung in der Mediation - beweisbar** wären.[201]

Wie nach Art 10 Abs 5 UNCITRAL-Modellgesetz beschrieben, so ist auch nach dem UMA vorgesehen, dass die **Vertraulichkeit eines Dokuments nicht gesichert** ist, sofern es **schon vor der Durchführung der Mediation bestanden** hat. Entscheidend für die Begründung der Vertraulichkeit eines Dokuments nach dem UMA ist, dass es **für die Mediation angefertigt** worden ist. Dazu zählen bspw Sachverständigengutachten oder Schriftsätze.[202]

Demnach wird nach den Ausführungen des UNCITRAL-Modellgesetzes bzw dem UMA davon ausgegangen, dass eigens für die Mediation angefertigte Unterlagen bzw darin entstandene Dokumente (wie das Festhalten des Mediationsergebnisses) der Vertraulichkeit unterliegen. Dokumente, die jedoch bereits vor der Mediation bestanden haben und deren Bestehen auch ohne Vorlage im Mediationsverfahren (durch die andere Mediationspartei) beweisbar gewesen wären, unterliegen demnach nicht der Vertraulichkeit.

Nach dem dMediationsG darf die Mediationsperson von den Mediationsparteien **übergebene Unterlagen grds nicht behalten**, sondern hat diese an die Mediationsparteien zurückzustellen (§ 677 BGB analog). Befinden sich trotzdem Dokumente in ihrer Verwahrung, so **darf** sie die **Herausgabe verweigern** (§ 142 Abs 2 iVm § 383 Abs 1 Nr 6 dZPO). Für **anlässlich des Mediationsverfahrens entstandene Urkunden** gilt, dass die Mediationsperson die **Herausgabe** von Verträgen, Gesprächsprotokollen sowie Abschluss- und Zwischenübereinkünfte **verweigern** darf. [203]

Wie aus diesem Überblick erkennbar ist, wird in den verschiedenen Mediations-Regelwerken danach unterschieden, ob Unterlagen, die schon **vor der Mediation bestanden** haben, von den Mediationsparteien **übergeben** werden, oder ob sie durch die Mediationsbeteiligten **anlässlich** der Mediation entstehen. Während nach den anglosächsischen Regelwerken die Mediationsperson zur Vertraulichkeit (und damit auch zur Herausgabe[204]) von **anlässlich der Mediation erstellten** Unterlagen *verpflichtet* ist, *darf* sie nach dem dMediationsG die Herausgabe verweigern. Doch nicht nur betreffend Dokumente, die in der Mediation entstanden sind, sondern auch bei Schriftsätzen die **anlässlich der Mediation übergeben**

---

[201] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 26; *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 118.
[202] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 266; *Official Comment* zu Section 2 (2) UMA.
[203] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 76 ff.
[204] Siehe dazu konkret Punkt 3.3.6.5.

bzw vorgelegt worden sind, bestehen deutliche Unterschiede zwischen den Regelwerken. Während das dMediationsG vorsieht, dass die Mediationsperson auch hinsichtlich dieser Dokumente die Herausgabe verweigern *darf*, wird in den anglosächsischen Regelwerken normiert, dass die Vertraulichkeit überhaupt nur dann bestehen soll, wenn die in den Dokumenten beschriebenen Inhalte - ohne ihre Offenbarung in der Mediation - nicht beweisbar gewesen wären.[205]

Im Hinblick auf die eingangs skizzierten Problemkreise sowie der Darstellung der Rechtslage nach den Vergleichsregelwerken soll zur Beantwortung dieser Fragen danach differenziert werden, ob die Mediationsperson zur Herausgabe

- von übergebenen Unterlagen durch die Mediand/innen
- bzw von eigens durch die Mediationsperson (anlässlich der Mediation) verfassten Unterlagen

verpflichtet ist.

Diese Unterteilung soll in der Folge zur Veranschaulichung auch für die Vertraulichkeit von Dokumenten nach dem ZivMediatG übernommen werden. Zunächst wird auf die erste Fallgruppe, der durch die Mediand/innen übergebenen Unterlagen und der Vertraulichkeit der Mediationsperson darüber, eingegangen.

3.3.6.3 Regelungen aus anderen berufsrechtlichen Richtlinien betreffend die Mediation

Den einzigen in der österreichischen Rechtsordnung geltenden Anhaltspunkt zur Lösung dieser Fragestellungen bieten die Bestimmungen der *„Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes (...)“* (in der Folge RL-BA). Konkret wird in **§ 65 Abs 2 RL-BA** speziell für Rechtsanwält/innen, die als Mediator/innen tätig werden, geregelt, dass sie weder eigene Notizen noch von den Parteien übergebene Unterlagen an Dritte oder (sonstige) Behörden **herausgegeben** dürfen. Einzig zur Rückgabe an die Mediand/innen selbst sind Rechtsanwält/innen, die als Mediationspersonen tätig werden, berechtigt.[206] Daraus ergibt sich, dass als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen anlässlich der Mediation entstandene/übergebene Unterlagen grds nicht gegenüber Dritten herausgeben dürfen. Gleichzeitig wird normiert, dass sie zur Rückgabe entsprechender Unterlagen berechtigt sind (sie müssen es aber nicht).

---

[205] Zur Begründung für diese Regelung siehe die Erläuterungen zu Punkt 3.3.6.5.

[206] **§ 65 Abs 2 RL-BA:** *„(...) Sonst erhaltene Unterlagen darf er an die Parteien oder deren Vertreter zurückstellen, aber nicht an Dritte oder Gerichte (Behörden) herausgeben.“*

Entsprechendes wird auch für **als Mediator/innen** tätige **Notar/innen** in den **Standesrichtlinien** in **Punkt 37** normiert, wonach die Herausgabe der von den Parteien übergebenen Unterlagen zu **unterbleiben** hat, diese aber an die Parteien zurückgestellt werden können von denen sie stammen.[207]

3.3.6.4 Regelungen in der ZPO

Diese berufsrechtlichen Regelungen lassen sich aus der entsprechenden gesetzlichen Regelung des **§ 305 ZPO**[208] wie folgt erklären:

Solange eine „**staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht**" wie zB für Rechtsanwält/innen gem § 9 Abs 2 RAO oder Notar/innen gem § 37 NO (bzw auch ein damit korrespondierendes verfahrensrechtliches Vernehmungsverbot) vorliegt, **darf** die **Herausgabe** von Urkunden **verweigert werden.** Allgemein wird dies als Ausfluss aus dem Verschwiegenheitsrecht insofern als zulässig angesehen, als bei Vorliegen einer „**staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht**" die Berechtigten die **Herausgabe von Dokumenten verweigern dürfen**, falls sie dadurch ihre Verschwiegenheitspflicht verletzen oder ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis offenbaren würden. Einzig bei Vorliegen einer wirksamen Entbindung durch die Partei(en) scheidet die zulässige Weigerung der Herausgabe der Beweismittel oder Urkunden aus (§ 305 Z 4 ZPO).[209]

3.3.6.5 Eigene Meinung

Da die Vertraulichkeit der Mediationsperson gem § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO eine *„**gesetzlich angeordnete Verschwiegenheit**"* darstellt - und korrespondierend auch auf prozessualer Ebene geschützt wird - handelt es sich bei der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson um eine „staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht"[210]. Daraus folgt, dass die Ausführungen zu § 305 ZPO entsprechend auch für die eingetragenen Mediationspersonen gelten. Wie sich aus § 305 ZPO ergibt, bedingt das Bestehen einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht die Einräumung eines

---

[207] **Punkt 37 STR 2000**: *„(...) Erhaltene Unterlagen darf er an die Parteien oder deren Vertreter zurückstellen, nicht aber an Dritte oder Gerichte (Behörden) herausgeben."*

[208] **§ 305 Z 4 ZPO**: *„Die Vorlage anderer Urkunden kann verweigert werden, wenn die Partei durch die Vorlage der Urkunde eine staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit, von der sie nicht gültig entbunden wurde, oder ein Kunst- oder Geschäftsgeheimnis verletzen würde."*; *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 245 f.

[209] *Arnold,* Einschränkungen des Berufsgeheimnisses - Ausnahmen vom Geheimnisschutz, ÖJZ 1982, 1 ff; *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 245 ff; *Klecatsky/Morscher*, Rechtsgutachten über die Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftstreuhänder insb im Strafverfahren, AnwBl 1983 H1 Beilage 1.

[210] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8; Vgl dazu auch *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff; *Kralik,* Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen im Zivilprozess (1996) 49 ff.

Aussageverweigerungsrechts im Zivilprozess. Damit dieses von den Zeug/innen jedoch „lückenlos“ eingehalten werden kann, erfordert dies implizit, dass auch Dokumente, die die Inhalte dieser staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten transportieren, vertraulich behandelt werden. Schließlich würde die Aussageverweigerungspflicht gerade dadurch **umgangen**, wenn diese Geheimnisse beinhaltenden Dokumente zwingend herauszugeben wären.[211]

Diese Verständnis deckt sich mit der Ansicht zum dMediationsG, wonach die Vertraulichkeit der Mediationsperson durch die Herausgabe von Urkunden nicht umgangen werden soll. Selbst bei gerichtlicher Anordnung muss die Mediationsperson die Herausgabe aus berufsrechtlichen Gründen verweigern.[212]
Weshalb sowohl nach dem UMA als auch dem UNCITRAL-Modellgesetz ausschließlich Dokumente vertraulich sein sollen, die anlässlich der Mediation erstellt worden sind, ist zunächst nicht nachvollziehbar. Die Begründung dafür lautet, dass Beweise nicht allein aufgrund der Tatsache, dass sie in der Mediation vorgelegt worden sind, vertraulich sind - und damit der Verwendung in einem Gerichtsverfahren offen stehen[213]. Die Mediationsparteien sollen nicht die Möglichkeit haben, der Mediationsperson eine (gemeinsame) Urkunde zu übergeben und damit die Vorlage in einem Gerichtsverfahren ausschließen zu können, wenn diese ansonsten hätte vorgelegt werden müssen. Weshalb die Zulässigkeit der Verwendung von entsprechenden Dokumenten in diesen Regelwerken befürwortet wird, ist jedoch nicht verständlich. Dem zur Begründung angeführten Argument, die Mediationsparteien sollen sich nicht in die Mediation einlassen, um ihre Dokumente zu immunisieren[214], ist entgegenzuhalten, dass (bei scheiternder Mediation) die Zulässigkeit der Verwertung von diesen Informationen zulasten des Erfolges der Konfliktbearbeitung/-lösung gehen kann. Schließlich soll die Mediation Anlass dazu bieten, sich mit dem Konflikt auseinander zu setzen und evtl auch geheime Informationen zum Zweck der Konfliktlösung preiszugeben. Anknüpfend an diesen Gedanken ist nach der deutschen bzw auch nach der österreichischen Rechtslage (zumindest) **nicht die Mediationsperson zur Herausgabe entsprechender**

[211] *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 245 ff.
[212] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 77.
[213] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 252; 266; Siehe zum UMA *Official Comment* zu Section 5 (4c) UMA.
[214] Siehe zB *Official Comment* zu Section 5 (4c) UMA.

Dokumente berechtigt[215]. Die ist mE - zumindest was die Vertraulichkeit der Mediationsperson betrifft - in dieser Problemlage die beste Lösung, da die Mediationsperson in diesen Fällen auch in einem späteren Zivilprozess nicht in die prekäre Situation der Herausgabe(pflicht) gebracht wird, wodurch auch gleichzeitig das Grundelement der Allparteilichkeit der Mediationsperson eingehalten wird.
Indizwirkung haben hierbei auch die Standesregelungen der Rechtsanwält/innen und Notar/innen, wonach der gesetzgeberische Wille erkennbar wird, dass Dokumente, die von den Mediationsparteien übergeben worden sind, nicht an Dritte oder zB Zivilgerichte herauszugeben sind. Daran ist eindeutig erkennbar, dass außer den Mediationsparteien und der Mediationsperson, weder sonstigen Personen noch den Gerichten von den Mediationsparteien übergebene Dokumente überlassen werden sollen.

Im Ergebnis ist daher, anknüpfend an die Ausführungen des § 305 ZPO bzw des dMediationsG festzuhalten, dass die „staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht" der Mediationsperson durch **Herausgabe** von Dokumenten der Mediationsparteien **umgangen** würde und **daher nicht zulässig** ist. Zusätzlich ist aus anderen gesetzlichen Standesregelungen, die die Herausgabe von Dokumenten der Mediationsparteien durch die Mediationsperson regeln, erkennbar, dass diese vertraulich zu behandeln und nicht an Dritte/Gerichte herauszugeben sind.
Für die Mediationsperson soll in der Praxis ein Hinweis dahingehend erfolgen, dass sie entsprechend schwierige Situationen am besten so löst, indem sie Dokumente, die von den Mediationsparteien anlässlich der Mediation übergeben worden sind, wieder zurückstellt. Damit würden sich entsprechend heikle Situationen gar nicht erst ergeben.
Auf Gesetzesebene wäre es wünschenswert, dass eine **eindeutige gesetzliche Normierung** erfolgt, die für die Mediationsperson eine **Verpflichtung zur Rückgabe** entsprechender Dokumente zum Gegenstand hat. Durch eine Rückgabeverpflichtung der Mediationsperson könnten entsprechend unsichere Situationen nicht nur eindeutig gelöst werden, sondern auch für die Mediationsparteien die Sicherheit bieten, dass (zumindest) durch die Mediationsperson übergebene Unterlagen im Zivilverfahren nicht vorgelegt werden.

[215] Auf die grundlegende Problematik, dass die Mediationsparteien gesetzlich nicht zur Vertraulichkeit über Mediationsinformationen verpflichtet sind und daher entsprechende Dokumente in den Zivilprozess einfließen lassen dürfen, wird unter Punkt 4 eingegangen.

3.3.6.6 Problemstellung: Anlässlich der Mediation von der Mediationsperson verfasste Unterlagen

In der Praxis ist es für die Mediationspersonen möglich, sich während der Mediation Notizen zu machen (um bspw besonders relevante Details von Sitzung zu Sitzung nicht zu vergessen). Diese können jedoch nicht nur als „Gedankenstütze" dienen, sondern darüber hinaus auch als Nachweis über das Stattfinden des Mediationsverfahrens herangezogen werden[216]. Gem **§ 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG** ist die Mediationsperson (auf Verlangen der Mediationsparteien gem Abs 2) daher dazu verpflichtet, gewisse Informationen, die va im Zusammenhang mit **verfahrensrechtlichen Konsequenzen** relevant sind (wie zB Aufzeichnungen über Beginn/Ende der Mediation für den Fristenlauf), zu **dokumentieren**. Die naheliegende Vermutung, dass schlichtweg *sämtliche* von der Mediationsperson anlässlich der Mediation erstellten Unterlagen von der Vertraulichkeitsregelung des § 18 zweiter Satz ZivMediatG[217] erfasst sind, ist daher nicht richtig.

Zur besseren Illustration und auch zur übersichtlicheren Bearbeitung dieses Problemkreises wird **zwischen Informationen unterschieden**, die die Mediationsperson

- ***anlässlich*** eines allfällig später stattfindenden Zivilverfahrens aufzunehmen hat (zu **Beweiszwecken**[218]) sowie

- ***sonstigen*** **vertraulichen Informationen**, über die sie schriftliche Aufzeichnungen führt.

Zunächst soll auf die Untergruppe der Mediationsinformationen, die zu Beweiszwecken durch die Mediationsperson angefertigt werden, eingegangen werden.

3.3.6.6.1 Von der Mediationsperson verfasste Unterlagen zu *Beweiszwecken*

Die Mediationsperson ist nach § 17 ZivMediatG dazu **verpflichtet**, gewisse Informationen, die va im Zusammenhang mit verfahrensrechtlichen Konsequenzen relevant sind, zu dokumentieren. Sinn und Zweck dieser Anordnung ist es, dass ein Nachweis darüber erbracht werden soll, dass die Parteien an der außergerichtlichen Beilegung ihres Konflikts arbeiten und dass Gerichtsverfahren oder Fristen durch die Vorschaltung einer Mediation nicht verzögert werden.[219] Zu diesen verpflichtenden Aufzeichnungen zählen gem § 17 Abs 1

---

[216] *Stalzer*, Wirtschaftstreuhänder - Zivilrechtsmediationsgesetz, VWT 2004 H 2, 38.

[217] **§ 18 zweiter Satz ZivMediatG:** *„Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen Unterlagen vertraulich zu behandeln."*

[218] Vgl dazu ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29 zu § 17 und ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 31 zu § 22.

[219] Wird die Mediation durch die Mediationsparteien nicht *„gehörig"* durchgeführt bzw fortgesetzt, so hat die Mediationsperson die Mediationsparteien über die Rechtsfolgen dieser „ungehörigen" Mediation aufzuklären und gegebenenfalls zu beenden, wobei der *„**Wille** der Parteien"* zur (weiteren) Konfliktbearbeitung maßgeblich sein soll, ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29.

ZivMediatG die Dokumentation über **Beginn** und **Ende** der Mediation[220] bzw gem § 17 Abs 2 ZivMediatG die **Aufzeichnung des Mediationsergebnisses**[221].

Die **Gründe**, weshalb in der Gesetzgebung **Dokumentationspflichten** und damit gleichzeitig ausdrückliche Ausnahmen von der Vertraulichkeit der Mediationsperson determiniert wurden, sind vielfältig: Bspw kann die Offenlegung des Beginns einer Mediation für den Fortgang eines Gerichtsverfahrens, welches durch eine Mediation unterbrochen wurde, relevante Folgen haben. Konkret wird in § 22 ZivMediatG normiert, dass die Einlassung der Mediationsparteien in die Mediation jegliche **Fristen** *„von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche"* hemmt. Um eine entsprechende **Hemmung** auszulösen, wird durch das Gericht die Einholung einer Bestätigung über den ***tatsächlichen Beginn/das tatsächliche Ende*** des Mediationsverfahrens veranlasst. Eine entsprechende Bescheinigung ist durch die Mediationsperson gem § 17 Abs 1 ZivMediatG auszustellen. Sinn und Zweck der Bestimmung des § 22 ZivMediatG ist, Verjährungs- und sonstige Fristen aus zivilrechtlichen Ansprüchen zu hemmen. Bei dieser Fristenhemmung handelt es sich um eine sog „**Fortlaufshemmung**". Mit Beginn der Mediation ruht die Frist für die Dauer der Mediation und mit Abschluss der Mediation läuft die verbleibende Frist weiter.[222] Die dahinterstehende Überlegung der Regelung des § 22 ZivMediatG ist, dass die Mediand/innen bei einem (ruhenden) Zivilgerichtsverfahren und dem (gleichzeitigen) Versuch einer Mediation gehindert wären, ihre Ansprüche später im (wiederaufgenommenen) Zivilgerichtsverfahren durchzusetzen. Schließlich könnten ihre **Ansprüche während der Dauer eines Mediationsverfahrens verfallen oder verjähren**, **wenn nicht** eine entsprechende **Fristenhemmung** dem Ablauf dieser Fristen entgegensteht.[223] Durch die entsprechende Hemmung von Fristen über zivilrechtliche Ansprüche während einer laufenden Mediation soll daher erreicht werden, dass sich die Mediand/innen auf die Konfliktlösung konzentrieren können und ihre **Ansprüche** auch **nicht verlieren**.[224]

---

[220] **§ 17 Abs 1 ZivMediatG:** *„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."*

[221] **§ 17 Abs 2 ZivMediatG:** *„Auf Verlangen der Parteien hat der Mediator das Ergebnis der Mediation sowie die zu dessen Umsetzung erforderlichen Schritte schriftlich festzuhalten."*

[222] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 231.

[223] Eine entsprechende Sicherung erfolgte in Art 8 Mediations-RL, wonach die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Mediand/innen nicht aufgrund des Ablaufens von Verjährungsfristen an der Durchsetzung ihrer Ansprüche gehindert sein sollen.

[224] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 38.

Doch auch die Dokumentation über die **Aufzeichnung des Mediationsergebnisses** hat relevante Folgen: Ohne ein entsprechendes schriftliches Festhalten des Mediationsergebnisses wären die Mediand/innen in einem späteren Zivilgerichtsverfahren vor die **Aufgabe** gestellt, zu **beweisen**, **welches Mediationsergebnis zwischen ihnen vereinbart** wurde. Dabei wären sie der Gefahr ausgesetzt, dass das Gericht der anderen - die Unwahrheit behauptende - Mediationspartei eher glaubt. Zu diesem Zweck wurde in § 17 Abs 2 ZivMediatG normiert, dass nicht nur das *„Ergebnis“,* sondern auch *„die zu dessen Umsetzung erforderlichen Schritte festzuhalten“* sind. Durch diese Reglung wurde sichergestellt, dass Resultate aus der Mediation durch eine außenstehende Person dokumentiert werden. Der Vorteil an dieser Bestimmung liegt zweifellos darin, dass mit der Auswahl der Mediationsperson die Wahl auf eine an sich zur Allparteilichkeit verpflichteten Person getroffen worden ist.[225] Die Mediationsperson soll während der *gesamten Mediation* bis hin zur Dokumentation allparteilich sein und somit auch das reibungslose Festhalten und Durchsetzen des Mediationsergebnisses gewährleisten.

3.3.6.6.2 Problemstellung: Aussagepflicht der Mediationsperson über Mediationsergebnis

Eine relevante Frage, die sich im Rahmen dieser Ausführungen stellt, ist, ob die Mediationsperson nicht nur zur Dokumentation sondern auch zur ***Aussage*** über das Mediationsergebnis verpflichtet ist. Mangels Vorliegen einschlägiger Lit soll zur Veranschaulichung mit dem Umgang dieser Problematik ein Überblick über die Rechtslage in anderen Mediationsregelwerken erfolgen.

3.3.6.6.3 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

In Art 10 Abs 1 lit f sind von dem Verwertungsverbot des UNCITRAL-Modellgesetzes Beweismittel, wie zB **Dokumente**, erfasst, die *anlässlich* des Streitbeilegungsverfahrens angefertigt wurden und der Offenlegung in einem (Schieds-)Gerichtsverfahren **entzogen** sind. **Ausnahmen** können jedoch zB Fälle betreffen, in denen die Offenlegung entweder durch das anzuwendende Recht aufgetragen wird (zB Gefährdung der öffentlichen Sicherheit), oder zur **Durchsetzung und Vollstreckung der Einigung aus dem Konfliktregelungsverfahren** nötig ist.[226]

---

[225] Siehe dazu Punkt 1.3.1.4.

[226] **Art 10 Abs 1 lit f**: *„A party to the conciliation proceedings, the conciliator and any third person, including those involved in the administration of the conciliation proceedings, shall not in arbitral, judicial or similar proceedings rely on, introduce as evidence or give testimony or evidence regarding any of the following ...(f) A document prepared solely for purposes of the conciliation proceedings.“*; Guide to Enactment and Use oft the UNCITRAL Model Law, 2002 Comments on article 10, 46.

Entsprechendes wird auch in § 6 lit b Z 2 UMA normiert, wonach zunächst durch den/die Antragsteller/in sowohl die **Wichtigkeit** als auch die **Uneinbringlichkeit der Information** auf **andere Weise** darzulegen ist. Zusätzlich hat der/die Antragsteller/in das Gericht zu überzeugen, dass dieses **Interesse** an dieser Information **gegenüber der Einhaltung der Vertraulichkeit überwiegt**.[227] Überzeugt er/sie das Gericht, so wird das ***privilege* aufgehoben**, wenn das Interesse an der Vertraulichkeit durch das Interesse an dem Beweismittel überwiegt.[228]

Eine entsprechende Regelung ist auch in **§ 4 Abs 1 Z 1 dMediations-G** vorgesehen, wonach Dokumente herauszugeben sind, sofern *„die Offenlegung des Inhalts der (...) erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist."*

Entsprechend wurde auch in der Mediations-RL gem Art 7 Abs 1 lit b geregelt, dass eine Ausnahme von der Vertraulichkeit der Mediationsperson bestehe, sofern es um die *„Umsetzung oder Vollstreckung"* der Mediationsvereinbarung geht. In diesen Konstellationen sei *„die Offenlegung des Inhalts (... der) Vereinbarung"* zulässig.[229]

3.3.6.6.4 Eigene Meinung

Übereinstimmend wird in anderen Mediationsgesetzen nicht nur die Offenlegung entsprechender Dokumente, sondern auch die Zulässigkeit einer Aussage der Mediationsperson über entsprechende Unterlagen ausdrücklich normiert. Wenngleich die Mediationsperson nach der Bestimmung des § 17 ZivMediatG ausdrücklich nur zur Dokumentation entsprechender Vorgänge verpflichtet ist, so ist mE auch davon auszugehen, dass sie über **diese Unterlagen *klarstellende* Aussagen zu machen** hat. Sofern es daher um Aufzeichnungen der Mediationsperson geht, die Beweiszwecken dient, trifft sie eine **Aussageverpflichtung**, sollten sich **Unklarheiten** bei der Auslegung der entsprechenden Dokumente ergeben. Schließlich handelt es sich bei diesen Dokumenten um eigenhändig von der Mediationsperson angefertigte Schriftstücke, weshalb es mMn auch nicht zweckmäßig wäre, die Mediationsperson über die Anfertigung von Unterlagen zu verpflichten, sie aber darüber nicht einvernehmen zu dürfen.

---

[227] *Official Comment* zu Section 6 (6 Z 2) UMA.
[228] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 276.
[229] Vgl Art 7 Abs 1 lit b Mediations-RL.

Ein in der Praxis relevantes Bsp kann sich ergeben, wenn im Zuge der Aufzeichnung der Mediationsperson ein **Schreib- oder Rechenfehler** in die Arbeit passiert oder **Unklarheiten** hinsichtlich der **Wirksamkeit oder der Auslegung der Vereinbarung** entstehen können. Nachdem solche Fehler oder Unklarheiten gerade bspw bei der Bezifferung einer Schadenersatzforderung zentral sein können, ist es möglich, dass dieser Fehler zu einem **Streitthema** werden kann. Nun zu sagen, die Mediationsperson dürfe nur die Dokumente vorlegen, über ihren konkreten Inhalt aber nicht einvernommen werden, wäre mE **nicht zweckmäßig** bzw würde auch dem Zweck der Mediation, die Mediationsparteien in ihrer Konfliktregelung zu unterstützen, widersprechen. Schließlich zählt zur Konfliktregelung nicht nur, dass die Mediationsperson die Mediationsparteien in der Konfliktlösung unterstützt, sondern auch, dass diese gefundene Lösung tatsächlich umgesetzt und erreicht wird. Weitere in der Praxis denkbare Schwierigkeiten, die sich im Zusammenhang mit Aufzeichnungen der Mediationsperson ergeben können, wären bspw, wenn aus den Unterlagen nicht eindeutig hervorgeht, wann die Mediation begonnen/beendet worden ist (relevant für den Fristen(ab)lauf!) oder wie zB eine Passage der Mediationsvereinbarung zu verstehen ist. Dabei soll die Mediationsperson jedoch keine allumfassenden Auskünfte geben, sondern möglichst genau abwägen, welche Informationen im Sinne der Mediationsparteien offenbart werden dürfen, ohne die Vertraulichkeit zu verletzen, für das Zivilgericht aber trotzdem noch nützlich sind.

Daraus ergibt sich, dass die **Mediationsperson nicht nur zur Herausgabe sondern auch zur (klarstellenden) Aussage über die von ihr erstellten Dokumente iSd § 17 ZivMediatG verpflichtet ist**, sofern dies im Zweck dieser Bestimmung, der sich bspw aus der Durchsetzung eines Mediationsergebnisses oder dem Nachweis über das Ende der Mediation ergeben kann, liegt.[230]

Schließlich ist nun noch auf die Untergruppe, der sog „sonstigen vertraulichen Informationen" bzw Dokumentationen der Mediationsperson einzugehen.

3.3.6.6.5 Von der Mediationsperson verfasste Unterlagen über *sonstige vertrauliche Informationen*

§ 18 zweiter Satz ZivMediatG regelt ausdrücklich, dass im Rahmen der Mediation erstellte **Unterlagen** durch die Mediationsperson **generell vertraulich** zu behandeln sind.

[230] Entsprechendes gilt für die nicht-eingetragene Mediationsperson nach dem EU-MediatG, siehe dazu Punkt 3.7.3.

Von dieser generellen Regelung bestehen jedoch - wie soeben dargelegt - gem § 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG **ausdrückliche** Ausnahmen betreffend Vorgänge in der Mediation, zu deren **Dokumentation** bzw - mE auch zu deren **Aussage** - die Mediationsperson **verpflichtet** ist. Fraglich erscheint in diesem Zusammenhang, welche weiteren von der Mediationsperson angefertigten Aufzeichnungen relevant sein könnten und ob diese zusätzlichen, nicht ausdrücklich geregelten, Ausnahmen des § 18 zweiter Satz ZivMediatG darstellen. Weitere Aufzeichnungen, die die Mediationsperson anlässlich der Mediation anfertigen könnte, wären bspw Notizen sowohl über den Fortgang der Mediation aber auch über die Themensammlung, die gemeinsam mit den Mediationsparteien erarbeitet und von der Mediationsperson aufgezeichnet wurde. Doch auch Aktenvermerke über Einzelgespräche oder Telefonate mit den Mediationsparteien oder auch sonstigen Dritten können entsprechende „sonstige vertrauliche Informationen" darstellen.

Im Gegensatz zu den in § 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG normierten Dokumentationspflichten stellen entsprechende Aufzeichnungen mMn aus mehreren Gründen geheime, und damit der Vertraulichkeit der Mediationsperson unterliegende, Unterlagen dar:
Zum einen bilden nach meiner Auffassung entsprechende „sonstige vertrauliche Dokumente" den Kernbereich des § 18 zweiter Satz ZivMediatG. Würde man selbst Aufzeichnungen der Mediationsperson über vertrauliche Gespräche (wie zB in Telefonaten oder aber auch bei der Themensammlung) offenbaren, würde **kein Schutzbereich mehr bestehen**. Schließlich wird zumeist das Substrat bspw aus einem Einzelgespräch von der Mediationsperson aufgezeichnet, weshalb entsprechende Aufzeichnungen darüber ja gerade „anvertraute" oder „sonst bekannt gewordene" Informationen ***beinhalten***. Um in der nächsten Mediationssitzung nahtlos fortsetzen zu können, werden entsprechende Aufzeichnungen der Mediationsperson daher erforderlich sein, insb wenn es sich um eine komplizierte Mediation handelt, oder die Mediationsperson mehrere Mediationen anleitet. Nachdem entsprechende Aufzeichnungen die **geheimsten und sensibelsten Informationen „schlechthin"** zB aus einem Einzelgespräch darstellen können, ist die Einvernahme der Mediationsperson darüber keinesfalls zulässig. Nachdem diese unmittelbar durch die Mediationsperson getätigten Aufzeichnungen gerade „anvertraute" oder „sonst bekannt gewordene" Informationen der Mediationsparteien darstellen, erscheint eine Offenlegung mE absolut unzulässig.

Doch auch unter Berücksichtigung folgenden Aspekts scheidet mMn die Offenlegung „sonstiger vertraulicher Informationen" aus: Beobachtet ein/e Mediand/in während der

Mediation, dass die Mediationsperson über - an sich anvertraute und damit geheime - Informationen der anderen Mediationspartei Aufzeichnungen macht, so könnte diese durch die **Forderung der Offenlegung im Zivilprozess die Vertraulichkeit** der Mediationsperson über diese Unterlagen ganz einfach **umgehen**. Gerade durch diese Umgehung könnten **schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen** der anderen Mediationspartei(en) unterwandert werden. Dies soll mE durch § 18 zweiter Satz ZivMediatG vermieden werden, weshalb auch aufgrund der bestehenden Umgehungsgefahr die Offenlegung entsprechender Aufzeichnungen ausscheidet.

Und schließlich ist noch das Argument anzuführen, dass die Gesetzgebung die Unterlagen, zu deren Offenlegung er die Mediationsperson verpflichten will, ausdrücklich in § 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG normiert hat. Hätte die Gesetzgebung gewollt, dass weitere Aufzeichnungen und Unterlagen aus der Mediation offengelegt werden können, so wären im Rahmen der Regelung des § 17 ZivMediatG **weitere Ausnahmen geregelt** worden. Diese Ausnahmen des § 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG bilden daher mE nicht nur ausdrückliche sondern auch **abschließende** Abweichungen von der allgemeinen Vorschrift des § 18 zweiter Satz ZivMediatG.

Zusammenfassend bedeutet dies, dass sich mE nicht nur aus der **Umgehungsgefahr** und dem Bestehen geheimhaltungsbedürftiger Schutzinteressen die Vertraulichkeit über „sonstige vertrauliche Unterlagen“ ergibt, sondern auch aus **Rechtssicherheitsgründen** davon ausgegangen werden kann, dass **§ 18 zweiter Satz ZivMediatG eine Generalklausel** darstellt (und daher die in **§ 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG geregelten Ausnahmen abschließend** sind). Schließlich könnte bei Bejahung einer über die ausdrücklich geregelten Ausnahmen hinausgehende Offenbarungspflicht nicht mehr festgestellt werden, welche Unterlagen von der Vertraulichkeit geschützt sind und welche Dokumente im Zivilprozess verwendet werden dürfen. ME hat die Gesetzgebung daher in § 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG ausdrückliche und taxative Ausnahmen von der generellen Vertraulichkeitsregelung des § 18 zweiter Satz ZivMediatG über Unterlagen aus der Mediation geschaffen. Daher sind mMn sämtliche sonstige vertrauliche Aufzeichnungen und Dokumente von der Vertraulichkeit der Mediationsperson erfasst.

3.3.7 Zwischenergebnis

Für von der eingetragenen Mediationsperson getätigte Aufzeichnungen ist zu unterscheiden , ob diese zu **verfahrensrechtlichen Beweissicherungszwecken** angefertigt wurden, oder ob es sich um **sonstige vertrauliche** Aufzeichnungen handelt. Während die Mediationsperson bei ersteren Informationen, zu deren Aufzeichnungen sie verpflichtet ist, zur **Herausgabe und Aussage verpflichtet** werden kann, können von ihr zweitere, **sonstige Aufzeichnungen nicht herausverlangt** werden.

3.4 Zur Strafbestimmung des § 31 ZivMediatG

Nachdem sich im vorigen Abschnitt bereits einzelne Ausnahmen von der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson abgezeichnet haben, sollen anschließend weitere Ausnahmekonstellationen behandelt werden. In diesem Zusammenhang wird jedoch zuerst die Strafbestimmung des § 31 ZivMediatG, die bei Durchbrechung der Mediationsperson gegen ihre Vertraulichkeit zur Anwendung kommt, dargestellt. Dabei werden ua Rechtfertigungsgründe erarbeitet, die gleichzeitig entsprechende **Ausnahmen von der Vertraulichkeitsverpflichtung der Mediationsperson** bilden.

§ 31 Abs 1 ZivMediatG: *„Wer entgegen seiner Pflicht zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit (§ 18) Tatsachen offenbart oder verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt, ist vom Gericht mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.“*[231]

Der Hintergrund der Strafbestimmung des § 31 ZivMediatG ist, die **grundlegende Bedeutung des Vertrauensverhältnisses** zwischen den Mediand/innen und der Mediationsperson durch die angedrohte Strafe (nochmals) **hervorzuheben**. Zusätzlich zu dieser Betonung des Vertrauensverhältnisses, sollte durch die in § 31 Abs 1 ZivMediatG angedrohte Strafdrohung va aus **generalpräventiven Gründen** einem zu lockeren Umgang mit der Verschwiegenheit der Mediationspersonen vorbeugen.[232]

[231] BGBl I Nr 29/2003.
[232] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 34 f.

3.4.1 *Zu den „Tatsachen" iSd § 31 Abs 1 ZivMediatG*

Der „**Tatsachen**"-Begriff des § 31 Abs 1 ZivMediatG entspricht zB dem des „Geheimnisses" gem § 310 StGB, welcher die Verletzung des Amtsgeheimnisses normiert.[233] Unter „Geheimnissen" sind daher jene Tatsachen zu verstehen, über die nur ein **eingeschränkter Personenkreis** Kenntnis hat und die auch der **Allgemeinheit nicht zugänglich** sind. Hinzukommend muss ein Geheimnis mit dem Willen des Berechtigten preisgegeben werden, dass dieses nicht über diesen beschränkten Personenkreis hinausgehend, offenbart wird (**Geheimhaltungswille**).[234] Dieser besteht nicht mehr, sobald sich jedermann darüber informieren kann (bspw Telefonbücher).[235]

Daran anknüpfend lässt sich für die Strafbarkeit der Mediationsperson gem § 31 Abs 1 ZivMediatG feststellen, dass in der Mediation „anvertraute" oder „sonst bekannt gewordene" Informationen als **Geheimnisse** anzusehen sind.[236] Schließlich vertrauen sich die Mediand/innen untereinander aber auch gegenüber der Mediationsperson (eingeschränkter Personenkreis) in der Hoffnung an, dass diese „anvertrauten" oder „sonst bekannt gewordenen" Informationen (weiterhin) geheim bleiben (Geheimhaltungswille). Daraus folgt, dass von den Mediand/innen „anvertraute" oder der Mediationsperson „sonst bekannt gewordene" Geheimnisse, sowie auch Unterlagen bzw Aufzeichnungen aus der Mediation durch die eingetragene Mediationsperson **geheim** zu halten sind.

3.4.2 *Zur Offenbarung bzw Verwertung geheimer Tatsachen*

Ein Geheimnis wird gem § 310 StGB bzw § 31 Abs 1 ZivMediatG **offenbart**, indem man eine Tatsache *„jemandem zur Kenntnis bringt, dem sie entweder noch neu oder zumindest nicht als gewiss bekannt ist"*.[237] Eine entsprechende Offenbarung könnte demnach bspw die Veröffentlichung einer Tatsache im Internet[238], die Gewährung von Akteneinsicht oder die Herausgabe von Kopien oder Urkunden sein.[239]

Bezogen auf die Mediation bedeutet dies, dass zB eine Mediationspartei während eines (Einzel-)Gesprächs der Mediationsperson ein Geheimnis anvertraut und dieses der anderen Mediationspartei gegenüber geheim zu halten hat - die Mediationsperson es also **nicht**

---

[233] *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 4.1.
[234] *Hinterhofer,* Strafrecht Besonderer Teil II[5] (2012) § 310 Rz 7.
[235] EvBl 1996/138.
[236] Siehe dazu in der Lit *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 4.3.
[237] *Zagler* in Salzburger Kommentar zum StGB VI § 310 Rz 28 (Stand Mai 2010, rdb.at).
[238] *Hinterhofer,* Strafrecht Besonderer Teil II[5] (2012) § 310 Rz 11.
[239] *Marek/Jerabek,* Korruption und Amtsmissbrauch (2011) § 310 Rz 12.

offenbaren darf. Es können jedoch auch zwischen beiden Mediationsparteien Geheimnisse bestehen, die sie der Mediationsperson gemeinsam anvertrauen, welche ebenfalls vertraulich zu behandeln sind und daher nicht offenbart werden dürfen - va im Hinblick auf eine mögliche Aussage der Mediationsperson vor Gerichts- oder Verwaltungsbehörden.

Im Gegensatz zur Offenbarung geschieht die **Verwertung** eines Geheimnisses gem § 310 StGB bzw § 31 Abs 1 ZivMediatG dadurch, dass der/die Täter/in unmittelbar aus dem Geheimnis **Nutzen zieht**, wobei unbeachtlich ist, ob er/sie diesen nur für ihn/sie und/oder eine/n andere/n erzielt.[240] Zur Erfüllung der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertung ist daher völlig **unbeachtlich**, ob der Nutzen des Geheimnisses im **Eigen- oder Fremdinteresse** liegt. Der daraus erlangte Nutzen muss dabei **nicht unbedingt ein vermögensrechtlicher** sein; Auch durch die Erlangung eines **geschäftlichen, politischen oder privaten Vorteils** wird die Tatbestandsmäßigkeit erfüllt.[241]

Entscheidend für die Abgrenzung der Verwertung von der Offenbarung ist zusammengefasst, dass aus der Verwertung des Geheimnisses entweder der Mediationsperson selbst oder einer anderen (fremden) Person ein Nutzen entsteht. Dass das konkrete Geheimnis jemandem offenbart wird, ist für die Verwertung jedoch nicht tatbestandsmäßige Voraussetzung.[242]
Für die Mediationsperson bedeutet dies, dass sie gem § 31 Abs 1 ZivMediatG tatbestandsmäßig handelt, sobald sie entweder bpsw Dritte von geheimen Informationen aus der Mediation in Kenntnis setzt (Offenbarung) oder aber aus der Verwendung von Mediationsinformationen für sich oder Dritte einen Vorteil zieht (Verwertung). Aus dem Gesetzestext des § 31 Abs 1 ZivMediatG ergibt sich, dass es sich um einen „alternativen Tatbestand“ handelt.[243] Somit wird der Tatbestand der Durchbrechung der Vertraulichkeit der Mediationsperson *entweder* durch **Offenbarung** *oder* **Verwertung** von geheimen Tatsachen erfüllt.[244] Zusätzlich zu diesem Tatbestandselement ist jedoch noch die Verletzung der berechtigten Interessen des/der Betroffenen (Mediationsparteien) erforderlich.

---

[240] *Zagler* in Salzburger Kommentar zum StGB VI § 310 Rz 33 (Stand Mai 2010, rdb.at).
[241] *Marek/Jerabek,* Korruption und Amtsmissbrauch (2011) § 310 Rz 13.
[242] *Bertel* in WK^2 StGB § 310 Rz 43 (Stand Mai 2010, rdb.at); Vgl die Entscheidung des OGH 30.1.2001, 14 Os 114/00.
[243] **§ 31 Abs 1 1. Teilsatz ZivMediatG:** *„Wer entgegen seiner Pflicht zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit (§ 18) Tatsachen offenbart* ***oder*** *verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt (...)“.*
[244] *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 5.3.

3.4.3 Zum Tatbestandselement der Verletzung von berechtigten Personeninteressen

Wie bereits aus § 31 Abs 1 ZivMediatG sowie auch zum Geheimnisbegriff des § 310 StGB festgestellt wurde, ist **zusätzlich** zur Erfüllung der Strafbestimmung entweder der Offenbarung oder der Verwertung eines Geheimnisses *weiters* nötig, dass ein ***„berechtigtes Interesse einer Person verletzt“*** wird[245] („kumulativer Tatbestand“).[246] Zu beachten ist jedoch, dass hinsichtlich der Beeinträchtigung von Personeninteressen die *„(bloße)* ***Eignung****“* dazu **genügt**. Das bedeutet konkret, dass der ***Eintritt*** der tatsächlichen Interessenbeeinträchtigung zur Erfüllung des Tatbestands **nicht erforderlich** ist, sondern dass bereits das Bestehen einer *„abstrakten Gefahr zur Verletzung der genannten Interessen“* durch die Offenbarung oder Verwertung eines Geheimnisses ausreicht.[247] Liegt jedoch das **Einverständnis** der in ihrem Interesse beeinträchtigten Person vor, so wird die **Tatbestandsmäßigkeit** des §31 Abs 1 ZivMediatG **nicht erfüllt**.[248]

Dem Tatbestand des § 31 Abs 1 ZivMediatG entsprechend *„berechtigte“* Parteiinteressen können verletzt werden, *„wenn der Geheimnisverrat jemandem in seinem Ansehen finanziell, beruflich oder geschäftlich schadet“*.[249] Ein solches „berechtigtes“ Interesse an der Geheimhaltung besteht daher bspw bei Eintragungen im Strafregister[250], der Krankengeschichte einer Person[251] oder der Bekanntgabe der Unbescholtenheit einer Person[252]. Der **Schutzinhalt** des Geheimnisbegriffs ist dabei grds **weit anzulegen**: Es sind nämlich zusätzlich zu **materiellen auch ideelle Interessen** wie bspw die **Achtung des Privat- und Familienlebens** auch die **Ehre** zu berücksichtigen.[253] Im Gegensatz dazu besteht ein *un*berechtigtes Interesse va dann, wenn einem *„maßgerechten Dritten der Wunsch nach Geheimhaltung unverständlich erscheint“*. Dies würde demnach den *„bloße(n) Wunsch“* nach Geheimhaltung des/der Betroffenen darstellen.[254]

Weitere (im Zweifelsfall heranzuziehende) Anknüpfungspunkte zur Determinierung „berechtigter“ Parteiinteressen können auch die **Wertungen der Rechtsordnung** bzw die **allgemeinen Rechtsgrundsätze** (§ 7 ABGB) darstellen. Demnach muss zB eine Aussage der

---

[245] *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 6.
[246] *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 6.1.
[247] *Marek/Jerabek,* Korruption und Amtsmissbrauch (2011) § 310 Rz 18.
[248] Vgl dazu *Zagler* in Salzburger Kommentar zum StGB VI § 310 Rz 27 (Stand Mai 2010, rdb.at).
[249] *Bertel* in WK^2 StGB § 310 Rz 17 (Stand Mai 2010, rdb.at).
[250] SSt 52/35; OGH 28.07.1992, 11 Os 47/92.
[251] *Marek/Jerabek,* Korruption und Amtsmissbrauch (2011), § 310 Rz 18.
[252] ÖJZ-LSK 1998/197K, JBl 1999, 748.
[253] *Hinterhofer,* Strafrecht Besonderer Teil II^5 (2012) § 310 Rz 14; *Zagler* in Salzburger Kommentar zum StGB VI § 310 Rz 33 ff (Stand Mai 2010, rdb.at).
[254] *Hinterhofer,* Strafrecht Besonderer Teil II^5 (2012) § 310 Rz 14.

Mediationsperson über eine gegen die **guten Sitten**[255] verstoßende Vereinbarung der Mediationsparteien zulässig sein. Schließlich kann der Fall eintreten, dass die Sittenwidrigkeit nur durch die Aussage der Mediationsperson bewiesen werden kann - da die Mediationsparteien dazu die Aussage verweigern. Die Aussage der Mediationsperson kann in diesen Situationen die einzige Möglichkeit sein, die Sittenwidrigkeit einer Vereinbarung der Mediationsparteien zu bestätigen.

Entsprechendes muss jedoch auch für den **Irrtum** bei Abschluss eines Mediationsvergleiches gelten. Handelt es sich zB um einen wesentlichen durch die andere Mediationspartei veranlassten Irrtum, so muss die Einvernahme der Mediationsperson darüber, ob der Irrtum tatsächlich durch die andere Mediationspartei „adäquat verursacht“ [256] wurde, als entscheidendes Beweismittel einsetzbar und daher zulässig sein.

Ähnlich wären jedoch auch bspw Fälle zu behandeln, in denen die Mediationsperson zum ***„whistleblower“*** wird und geheime Informationen aus einem Mediationsverfahren offenbart. Auch in diesen Fällen bestehen zwar Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien, allerdings ist in diesen Situationen abzuwägen, ob diese auch entsprechend „berechtigt“ und damit tatbestandsmäßig sind. Nicht nur in den Fällen des „*whistleblowing“*, sondern generell wenn **Grundwerte der Rechtsordnung gefährdet** sind, ist das **Vorliegen** (bzw der Vorzug) ***berechtigter*** **Parteiinteressen** jedoch zu verneinen. Entscheidend sind in diesen Fällen, dass *„elementare(n) Bausteine der Rechtsordnung“* [257] gefährdet würden, würde bspw die Einvernahme der Mediationsperson über eine sittenwidrige Vereinbarung der Mediationsparteien für unzulässig erklärt werden. Dies würde den „berechtigte Parteiinteressen-Begriff“ zu weit dehnen, könnten doch dadurch zB sittenwidrige oder mit Irrtum behaftete Vereinbarungen abgeschlossen und unanfechtbar gemacht werden.

Zur Erfüllung des tatbestandsmäßigen Verhaltens des § 31 Abs 1 ZivMediatG ist daher erforderlich, dass:

- eine/mehrere Tatsachen durch die Mediationsperson **offenbart** werden und dadurch **berechtigte Interessen** zumindest einer Person verletzt, oder

[255] Darunter ist der *„Inbegriff jener Rechtsnormen“* zu verstehen, *„die im Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen sind, sich aber aus der richtigen Betrachtung der rechtlichen Interessen ergeben“*, *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 179 ff.
[256] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 156 ff.
[257] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 30 ff.

- eine/mehrere Tatsachen durch die Mediationsperson **verwertet** und dadurch **berechtigte Interessen** zumindest einer Person verletzt werden.[258]

3.4.4 Privatanklagedelikt

Bei der Bestimmung des § 31 Abs 1 ZivMediatG handelt es sich um ein **Privatanklagedelikt**. Das bedeutet, dass es den Mediationsparteien überlassen bleibt, ob sie gegen die Mediationsperson bei Durchbrechung der Vertraulichkeit iSd § 18 ZivMediatG, Anzeige gem § 31 Abs 1 ZivMediatG erstatten wollen.[259]

Für eine entsprechende **Strafverfolgung müssen folgende Voraussetzungen** erfüllt sein:

- Es muss ein entsprechender **Antrag** der betroffenen Mediationspartei vorliegen;
- Die **Vertraulichkeit der Mediationsperson** muss durch die Verwertung „anvertrauter" oder „sonst bekannt gewordener Tatsachen" bzw durch die Offenlegung übernommener oder erstellter Unterlagen **verletzt** worden sein;
- **Berechtigte Interessen** der Mediationsparteien müssen vorliegen;
- Die **Durchbrechung** der Vertraulichkeit ist **nicht** durch berechtigte öffentliche bzw private Interessen iSd § 31 Abs 2 ZivMediatG **gerechtfertigt**.[260]

3.4.5 Rechtfertigungsgründe

Die Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG selbst sieht zwar keine ausdrücklich geregelten Ausnahmen vor, trotzdem bestimmt **§ 31 Abs 2 ZivMediatG zwei Ausnahmesachverhalte**, nach welchen eine **Durchbrechung** der Vertraulichkeit **gerechtfertigt** sein soll. Nach den entsprechenden Rechtfertigungsgründen des **§ 31 Abs 2 ZivMediatG** ist vorgesehen, die Mediationsperson von ihrer Pflicht zur Vertraulichkeit zu befreien, sofern *„die Offenbarung oder Verwertung nach Inhalt und Form durch ein **öffentliches oder** ein **berechtigtes privates Interesse gerechtfertigt** ist."*[261]

---

[258] *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 6.2.
[259] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 35.
[260] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 108.
[261] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 108.

3.4.5.1 Problemstellung: Feststellung über das Vorliegen öffentlicher bzw berechtigter privater Interessen

Die Problematik an diesen Rechtfertigungsgründen ist, dass die Gesetzgebung eine genaue **Definition darüber**, welche Durchbrechungen der Vertraulichkeit durch § 31 Abs 2 ZivMediatG gedeckt sind, **nicht festgelegt** hat. Für die eingetragenen Mediationspersonen stellt sich daher die Frage, durch welche konkreten öffentlichen bzw privaten Interessen die Durchbrechung der Vertraulichkeit gerechtfertigt sein kann. Die Mediationsperson ist daher vor die Schwierigkeit gestellt, zu eruieren, worin die Grenzen ihrer Vertraulichkeit und der Zurückhaltung von Informationen liegen und wann zugunsten öffentlicher oder sonstiger privater Interessen eine Durchbrechung der Vertraulichkeit gerechtfertigt sein kann. In der Praxis kann sich dies für die einzelne Mediationsperson äußerst schwierig gestalten, selbständig feststellen zu müssen, wann ihre Verpflichtung zur Verschwiegenheit aufgrund übergeordneter Interessen verdrängt wird.

3.4.5.2 Meinungsstand

Auch in der Lit wird - im Zusammenhang mit der Kommentierung des § 31 Abs 2 ZivMediatG - davon ausgegangen, dass der *„Rechtsanwender vor gravierende Interpretationsschwierigkeiten“* gestellt wird. Dabei erscheint problematisch, dass die Gesetzgebung die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson zwar im zivilgerichtlichen Prozess durch Vernehmungsverbote gesichert hat, während er/sie jedoch eine **eindeutige Definition** der ***„öffentlichen und berechtigten privaten gerechtfertigten Interessen“*** **vermissen** lässt.[262]

Unter erneuter Heranziehung des § 310 StGB und der diese Bestimmung kommentierenden Lit wird zu den (in § 310 StGB) aufgestellten Interessen folgendes vertreten: Unter **öffentlichen Interessen** sind jene zu verstehen, die in Art 20 Abs 3 B-VG normiert sind. Darunter fallen zB die *„Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, die umfassende Landesverteidigung (oder) auswärtige Beziehungen (...)“*.[263] **Berechtigte private Interessen** einer Person können - wie bereits erörtert[264] - sowohl finanzielle, als auch berufliche Interessen darstellen.

---

[262] *Ferz/Filler*, Kurzkommentar ZivMediatG (2003) § 31 Rz 2; ErläutRV 24 BlgNr 22 GP 35.
[263] *Hinterhofer,* Strafrecht Besonderer Teil II[5] (2012) § 310 Rz 13; *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 31 Rz 13.2; vgl dazu Art 20 Abs 3 B-VG.
[264] Siehe dazu Punkt 3.4.3.

3.4.5.3 Eigene Meinung

Nachdem die Gesetzgebung es verabsäumt hat, den Schutzbereich der Rechtfertigungsgründe zu definieren, sollen zur besseren Darstellung der eigenen Ansicht im Anschluss Fallgruppen gebildet werden. Diese sollen für die Praxis Anhaltspunkte bieten, welche Interessen vom Schutzbereich der entsprechenden Rechtfertigungsgründe gedeckt sind und wie bei der Feststellung widerstreitender Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien mit öffentlichen oder privaten Interessen in der Praxis vorzugehen ist.

3.4.5.3.1 Überwiegendes öffentliches Interesse am Beispiel der Straftatverhinderungspflicht des § 286 StGB

Die Durchbrechung der Vertraulichkeit zur Einhaltung bzw Sicherung öffentlicher Interessen erscheint zunächst plausibel. Was jedoch genau unter „öffentlichen Interessen" verstanden wird und inwiefern zur Durchsetzung dieser überwiegenden öffentlichen Interessen die Durchbrechung der Vertraulichkeit gerechtfertigt ist, ist hingegen unklar. Die **Strafverhinderungspflicht iSd § 286** dient dabei der Veranschaulichung, welches Vorgehen **generell als rechtskonform** im Zusammenhang mit der **Verfolgung und Einhaltung öffentlicher Interessen** angesehen wird.

Nach § 286 Abs 1 StGB trifft **jedermann** eine in dieser Bestimmung normierte ***„Straftatverhinderungspflicht"***. Das bedeutet, dass jede/r nach § 286 Abs 1 StGB dazu verpflichtet ist, eine *„unmittelbar bevorstehende oder schon begonnene Ausführung (einer vorsätzlichen Straftat) zu verhindern oder ... der Behörde (§ 153 Abs 1) oder dem Bedrohten mitzuteilen."*

Unter *„unmittelbar bevorstehend"* sind Situationen zu verstehen, in denen zweifellos feststeht, dass *„der Täter seinen Tatplan unverzüglich oder doch innerhalb kürzester Zeit zu realisieren"* beginnt. Zur Verhinderung der Tat genügt jede Handlung die *„objektiv geeignet"* ist, den/die Täter/in an der Tatausführung zu hindern, wobei dies von Umständen des Einzelfalls abhängt.[265]

In Abs 2 des § 286 StGB werden zusätzlich „Strafausschließungsgründe"[266] normiert, nach denen eine Bestrafung nach Abs 1 ausscheidet:

§ 286 Abs 2 StGB: „*Der Täter ist nach Abs. 1 nicht zu bestrafen, wenn er (...)*

Z3*: durch die Verhinderung oder Benachrichtigung eine andere rechtlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht verletzen würde und die aus der Verletzung dieser Pflicht*

[265] *Plöchl*, in WK^2 StGB § 286 Rz 7, 8 (Stand März 2013, rdb.at).
[266] *Plöchl*, in WK^2 StGB § 286 Rz 18 (Stand März 2013, rdb.at).

drohenden Folgen schwerer gewogen hätten als die nachteiligen Folgen aus der Unterlassung der Verhinderung oder Bekanntmachung."

Aus der Strafverhinderungspflicht iSd § 286 Abs 1 StGB lässt sich ableiten, dass öffentliche Interessen bspw bei (dem Versuch) der Begehung einer vorsätzlichen Straftat beeinträchtigt werden. Aus § 286 Abs 2 Z 3 StGB geht jedoch für Träger/innen einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht hervor, dass sie ***vor*** **Verletzung** ihrer gesetzlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht eine **Interessenabwägung** vorzunehmen haben. Der **Maßstab**, der bei dieser Interessenabwägung angelegt wird, ist, wie ein „***objektiver Betrachter***" eine konkrete Situation (an Stelle der eingetragenen Mediationsperson) eingeschätzt hätte.[267] Ergibt diese Interessenabwägung, dass die Folgen aus dem Bruch der Verschwiegenheit nicht schwerer wiegen, so *muss* die Mediationsperson die Straftat verhindern und somit die Vertraulichkeit durchbrechen. Dieser Durchbrechung stellt jedoch aufgrund des Bestehens von überwiegendem öffentlichen Interesse einen Rechtfertigungsgrund gem § 31 Abs 2 ZivMediatG dar.[268]

Im Ergebnis lässt sich aus den **Anforderungen an die Strafausschließung** nach **§ 286 Abs 2 StGB korrespondierend** für den Rechtfertigungsgrund des **§ 31 Abs 2 ZivMediatG** Folgendes festhalten: Die Offenbarung bzw Verwertung von Geheimnissen darf erfolgen, wenn dies zur Sicherung überwiegender öffentlicher Interessen geschieht.[269] Die eingetragene Mediationsperson hat daher eine **Interessenabwägung** vorzunehmen, ob überwiegende **öffentliche Interessen bestehen** und ob diese **durch die Durchbrechung der Vertraulichkeit gesichert** werden können.

Daraus lassen sich folgende wesentliche Schlüsse ableiten: Die eingetragene Mediationsperson darf **die berufsrechtliche Vertraulichkeit** iSd § 18 ZivMediatG nach § 31 Abs 2 ZivMediatG (in Einklang mit § 286 Abs 2 Z 3) **nur brechen**, wenn dies durch **überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt** ist. Dabei hat die Mediationsperson objektiv die Interessen dahingehend abzuwägen, ob die Folgen aus der Verletzung öffentlicher Interessen (und damit der Verhinderung der Straftat[270]) gegenüber den Folgen aus der Durchbrechung gegen die Vertraulichkeit überwiegen.

---

[267] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 49.
[268] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 48 f.
[269] *Fuchshuber*, Mediation im Zivilrecht (2004) 24.
[270] Weitere Beispiele, die entsprechende Strafverhinderungspflichten und damit Rechtfertigungsgründe iSd § 31 Abs 2 ZivMediatG darstellen, sind bspw das Aussprechen von (**gefährlichen) Drohungen** in Scheidungsmediationen oder Mediationen betreffend Unterhaltsangelegenheiten. Doch auch in der Einigung der

Für die Praxis als Orientierungshilfe können der Mediationsperson auch folgende in den anderen MediationsG anerkannte **überwiegende öffentliche Interessen** dienen. Diese entsprechen mE auch schwerwiegenderen Interessen, die die Durchbrechung der Vertraulichkeit der Mediationsperson rechtfertigen. Nach dem dMediationsG liegen entsprechende überwiegende öffentliche Interessen vor, wenn gegen Grundwerte der Rechtsordnung (*ordre public*) verstoßen wird. Davon umfasst sind bspw Gefahren für die körperliche oder psychische Unversehrtheit einer Person bzw eines Kindes.[271] Auch nach dem UMA bzw dem UNCITRAL-Modellgesetz bestehen öffentliche Interessen darin, den Schutz des Einzelnen bzw der Bevölkerung zu sichern. Als Bsp der Beeinträchtigung öffentlicher Interessen dienen dabei ebenso gesundheitliche, umweltbedingte oder sicherheitsbezogene Gefahren.[272]

Liegen nach Heranziehung eines objektiven Maßstabs überwiegende öffentliche Interessen vor, so ist zwar der Tatbestand gem § 31 Abs 1 ZivMediatG erfüllt, die Durchbrechung der Vertraulichkeit aber gem Abs 2 gerechtfertigt.

3.4.5.3.2 Überwiegende berechtigte private Interessen am Beispiel der Durchsetzung von Honoraransprüchen der eingetragenen Mediationsperson

Als zweite Ausnahme können jedoch auch private Interessen als Rechtfertigungsgrund für die Mediationsperson dienen. Diese hat anknüpfend an die obigen Ausführungen festzustellen, ob durch den **Bruch der Verschwiegenheit die befürchteten Folgen** aus der Offenbarung der Geheimnisse **schwerer wiegen**, als durch die Nichtverhinderung der Straftat (dem öffentlichen Interesse). Sind mit der **Offenbarung des Geheimnisses schwerwiegendere Folgen als aus der Beeinträchtigung öffentlicher Interessen** verbunden, so ***muss*** sich die Mediationsperson **auf die Vertraulichkeit berufen.**[273]

Honoraransprüche dienen im vorliegenden Fall als Beispiel für den Rechtfertigungsgrund der „berechtigten privaten Interessen" iSd § 31 Abs 2 ZivMediatG. Dabei handelt es sich um die Verfolgung *wirtschaftlicher* - und somit berechtigter privater Interessen [274] - also Interessen der Mediationsperson selbst. Anhand dieses Fallbeispiels soll der für die Praxis relevante Fall

---

Mediand/innen die betrügerische Absichten enthält, lässt sich eine Strafverhinderungspflicht der Mediationsperson ableiten, *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 48 f.

[271] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 15 ff.

[272] Vgl nach dem UMA *Official Comment* zu Section 6 (3 lit a) UMA; Vgl UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliations with Guide to Enactment, Comments on Art 9, 42.

[273] Von *Pruckner* wird in diesem Zusammenhang vertreten, dass sich die Mediationsperson auf die Vertraulichkeit berufen *kann*, wenn die aus der Mediation offenbarten Informationen schwererwiegende Folgen hätten, als die Nichtverhinderung der Straftat, *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 48 f.

[274] Siehe dazu Punkt 3.4.3.

dargestellt werden, dass der Bruch der Verschwiegenheit selbst bei Verfolgung eigener Ansprüche der Mediationsperson gerechtfertigt sein kann.

Honoraransprüche der Mediationsperson entstehen entweder durch vertragliche Vereinbarung zu Beginn der Mediation[275], bzw bei Nichtvorliegen einer entsprechenden Vereinbarung, ist im Zweifel die Regel des § 1152 ABGB heranzuziehen, wonach „*angemessenes Entgelt als bedungen*“ gilt.[276] Sind die Mediand/innen nach Beendigung der Mediation nicht bereit, das (vereinbarte) Honorar zu zahlen, so kann die Mediationsperson insofern in Beweisnotstand kommen, als sie die Vertraulichkeit durchbrechende Aussagen gegen die Mediationsparteien machen müsste, um ihre eigenen Ansprüche durchsetzen zu können. Daher drängt sich die Frage nach der Zulässigkeit und Vereinbarkeit mit der Vertraulichkeit der Mediationsperson im Zusammenhang mit Honoraransprüchen auf, bzw ist fraglich wie weit eine solche Aussage zur Verfolgung eigener „berechtigter privater Interessen“ der Mediationsperson überhaupt gehen darf.

Ein weiterer Fall, wonach der Vertraulichkeitsverstoß der Mediationsperson aufgrund **überwiegender privater Interessen gerechtfertigt** ist, kann sich va nach der Mediation in einem an die Mediation anschließenden Zivilprozess ergeben. Hat eine Mediationspartei die andere Konfliktpartei arglistig getäuscht und hat diese Täuschung zur Vereinbarung über eine große Vergleichssumme geführt, so kann eine klarstellende Aussage der Mediationsperson über das Zustandekommen dieser Vereinbarung gerechtfertigt sein.[277] Schließlich würden hier „berechtigte private Interessen“ der getäuschten Mediationspartei vorliegen und aufgrund der **rechtswidrigen Handlung der anderen Mediationspartei** eindeutig überwiegen.
Eine andere Situation, wonach überwiegende private Interessen bestehen können, ergibt sich, wenn **eine Mediationspartei rechtswidrige Handlungen der anderen Mediationspartei** aus dem Mediationsverfahren **zur Anzeige** bringt. Während die Verteidigung der Mediationsperson in eigener Sache (und damit der Verstoß gegen die Vertraulichkeit) als zulässig anerkannt wird[278], ist die Beantwortung dieser Frage für Interessen der Mediationsparteien nicht einfach. Generell gilt, dass die Mediationsperson eine **Interessenabwägung** vorzunehmen hat - insb unter Berücksichtigung der Schwere der rechtswidrigen Handlung der Mediationspartei und dem privaten Interesse der anzeigenden

[275] Diese Honorarforderungen der Mediationsperson gegen die Mediand/innen sind Hauptleistungspflichten der Mediand/innen, *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 139 ff.
[276] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 24.
[277] *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 27.
[278] Siehe oben.

Mediationspartei. Es ist jedoch gerade in solchen Konstellationen darauf zu achten, dass die **Vertraulichkeit von Mediationsverfahren nicht ausgenutzt** wird. Schließlich soll das Mediationsverfahren nicht dazu dienen, rechtswidrige Handlungen zu verüben (wie zB eine Todesdrohung auszusprechen) und die Mediationsbeteiligten dann dazu verpflichten, dies unter den „Teppich der Vertraulichkeit" zu kehren. Auf der anderen Seite muss die Mediationsperson im Rahmen der Interessenabwägung jedoch auch darauf Bedacht nehmen, dass nicht sämtliche (behauptete) rechtswidrige Handlungen den Bruch der Verschwiegenheit rechtfertigen.[279]

3.4.5.3.3 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

In der deutschen mediations-theoretischen Lit wird vertreten, dass die **Interessen der Mediand/innen** hinter jene der Mediationsperson **zurücktreten** - und somit die Verschwiegenheitspflicht aufheben - **sofern** es sich um ***„schutzwürdige Interessen der Mediationsperson"*** handle. Dies könne zB bei Verfahren betreffend Honorarstreitigkeiten (oder Haftpflichtansprüchen) erforderlich werden.[280]

Weder in den Kommentierungen zum UNCITRAL-Modellgesetz oder der Mediations-RL noch nach dem UMA finden sich Anhaltspunkte im Zusammenhang mit dieser Problematik.

3.4.5.3.4 Meinungsstand

Konkret zu dieser Problematik wird auch in der Lit zu Berufsgeheimnisträger/innen vertreten, dass in Fällen, in denen diese aufgrund strafbarer Handlungen angeklagt sind, von der Einhaltung der Berufsverschwiegenheit insofern befreit seien, als dies zu ihrer eigenen Verteidigung unbedingt notwendig erscheint.[281] In den gegenständlichen Ausführungen wird auf eine Honorarforderung eines Parteienvertreters wie folgt Bezug genommen: Zur Durchsetzung von **Honoraransprüchen** wird vertreten, dass diese grundsätzlich erst **nach Beendigung der Vertretung** sowie **nach Ausschöpfung sämtlicher gütlicher Einigungsversuche** zulässig sei. Zunächst dürfe man sein Vorbringen ausschließlich auf eine *„allgemeine Formulierung"* beschränken. Erst wenn diese durch die Mandant/innen bestritten werde, dürfe er sein Vorbringen durch die Verwendung von vertraulichen Informationen konkretisieren. Begründet wird diese Ansicht im Wesentlichen mit dem Argument, dass der

[279] *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 31 ff.
[280] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 20, 21.
[281] *Lohsing/Braun*, Österreichisches Anwaltsrecht[2] (1950) § 9, 124.

Schutzzweck der beruflichen Verschwiegenheit, Schaden von den Mandant/innen abzuwenden, in diesen Fällen keine Wirkungen entfalte.[282]

3.4.5.3.5 Eigene Meinung

Der Schutzzweck der Vertraulichkeit der Mediationsperson liegt in der Wahrung und Verfolgung von Mediationspartei(en)-Interessen. Die Einhaltung der Vertraulichkeit der Mediationsperson ist dabei im Wesentlichen unbeschränkt und zeitlich unbegrenzt. Im Laufe einer Mediation kann es jedoch dazu kommen, dass diese bspw vorzeitig beendet oder schlicht für die Mediand/innen einen nicht zufrieden stellenden Ausgang genommen hat. In weiterer Folge ist es daher denkbar, dass sich die Mediationsparteien weigern, der Mediationsperson das (vereinbarte) Honorar zu zahlen.

Für die Mediationsperson bedeutet dies, dass sie ihr Honorar im Gerichtsweg einzuklagen hat. Wie den Ausführungen aus der dLit zum dMediationsG zu entnehmen ist, stellen Fälle von Haftpflicht- oder Honorarstreitigkeiten Situationen dar, in denen die Mediationsperson Ansprüche gegen die Mediand/innen durchzusetzen versucht. Bei solchen Situationen handelt es sich um Konstellationen, in denen die Mediationsperson in einen Interessenkonflikt kommen kann: Sie hätte dabei nicht nur die Interessen der Mediationsparteien, sondern auch ihre eigenen zu berücksichtigen. Nach der dLit gehen die *„schutzwürdigen Interessen“* der Mediationsperson jenen der Mediand/innen jedoch vor. Dies ist ua damit zu begründen, dass - wie auch in der öLit angeführt - der **Schutzzweck der Vertraulichkeit der Mediationsperson** dort ein **Ende** haben soll, wo es darum geht ***eigene* Ansprüche der Mediationsperson durchzusetzen**. Würde man der Mediationsperson die Verfolgung eigener berechtigter *(wirtschaftlicher)* Interessen aberkennen, würde die Reichweite des Schutzzwecks der Vertraulichkeit völlig verkannt. Die Mediationsperson geht ihrer Profession schließlich auch aus wirtschaftlichen Gründen nach, um ua ihr Einkommen zu sichern. Damit die Mediationsperson ihre (Honorar-)Ansprüche adäquat verfolgen kann, wird es nötig sein, dass sie den Ablauf bzw die Dauer der Mediation darlegt. Im Zuge der Darlegung können einzelne Aspekte aus der Mediation - wie bspw zum Beweis über die Höhe der Honorarforderung - für das Gericht von besonderer Relevanz sein. Zu diesem Zweck muss die Mediationsperson befugt sein, ihre Ansprüche und Forderungen vorzubringen, und im Zuge dessen Informationen aus der Mediation zu offenbaren bzw zu verwerten. Würde die Verfolgung entsprechender Ansprüche nicht als zulässig angesehen, wären die Mediationspersonen ständig der Gefahr ausgesetzt, dass die Mediand/innen ihre Honoraransprüche bestreiten, und sie wären - aufgrund der Verpflichtung zur Vertraulichkeit

[282] *Prohaska-Marchried,* Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 45 f.

- nicht befugt, gegen die Mediand/innen vorzugehen. Dies ist mE keinesfalls zulässig und kann auch nicht die Absicht der Gesetzgebung gewesen sein. Daher ist die Durchbrechung der Vertraulichkeit zur Durchsetzung eigener (Honorar-)Ansprüche der Mediationsperson zulässig.[283]

Zusammengefasst bedeutet dies für die Rechtfertigungsgründe des § 31 Abs 2 ZivMediatG, dass die **Mediationsperson abzuwägen** hat, ob **die Offenbarung bzw Verwertung** eines **Geheimnisses *geeignet*** ist, ein „**berechtigtes Interesse**" einer **Person zu verletzen**. **Bejaht** man diese (abstrakte) Eignung (die tatsächliche Beeinträchtigung des Interesses muss nicht erfüllt sein), so hat die Mediationsperson im Anschluss eine **Abwägung dahingehend** vorzunehmen, ob ein **überwiegendes** (anderes) „**öffentliches**" oder „**berechtigtes privates Interesse**" besteht. Liegt ein entsprechend überwiegendes öffentliches oder privates Interesse vor, so ist die **Durchbrechung der Verschwiegenheit** nach § 31 Abs 2 ZivMediatG **gerechtfertigt.**[284]

3.4.5.4 Zwischenergebnis

An der Vorschrift des § 18 ZivMediatG zeigt sich, dass die Gesetzgebung durch den umfassenden Schutz der Vertraulichkeit über Mediationsinformationen einen hohen Stellenwert einräumt. Die weitreichende Sicherung der Vertraulichkeit zeigt sich dabei einerseits an den weit gefassten Tatbestandselementen der „anvertrauten" und „sonst bekannt" gewordenen Tatsachen, sowie der Generalklausel für Unterlagen aus der Mediation.
Andererseits erachtet die Gesetzgebung die Verletzung der Vertraulichkeit ausschließlich in Fällen als zulässig, in denen Dokumente zu Beweiszwecken angefertigt, oder übergeordnete öffentliche oder private Interessen zu berücksichtigen sind. Damit wurde eine sehr umfassende und restriktive Bestimmung für die Vertraulichkeit der Mediationsperson geschaffen.

3.5 Verfahrensrechtliche Umsetzung der Vertraulichkeit der Mediationsperson im Zivilprozess

Materielle (berufsrechtliche) Vertraulichkeitsregelungen bedürfen zu ihrer Umsetzung im zivilgerichtlichen Verfahren korrespondierende Verschwiegenheitsrechte. Für die Vertraulichkeitsregelung gem § 18 ZivMediatG wurde in den ErläutRV festgehalten, dass

[283] Wobei die Mediationsperson nicht beliebig Informationen, sondern *ausschließlich* Informationen, die zur Darlegung ihrer Ansprüche erforderlich sind, aus der Mediation offenbaren darf.
[284] Vgl dazu die Kommentierung von *Marek/Jerabek,* Korruption und Amtsmissbrauch (2011) § 310 Rz 19.

§ 320 Z 4 ZPO die entsprechende verfahrensrechtliche Durchsetzungsbestimmung darstellt.[285]

§ 320 ZPO: *„Als Zeugen dürfen **nicht** vernommen werden (...)*

***Z 4**: eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl. I Nr. 29/2003, in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde."*

3.5.1 (Relative) Zeugnisunfähigkeit im Zivilprozess

Die Vorschrift des § 320 Z 4 ZPO sichert die Vertraulichkeit eingetragener Mediator/innen jedoch nicht durch ein „bloßes" Aussageverweigerungsrecht, vielmehr handelt es sich dabei um ein **von Amts wegen zu beachtendes Vernehmungsverbot**. [286] Dieses Vernehmungsverbot soll **verhindern**, dass die **eingetragene Mediationsperson** über Informationen aus der Mediation **einvernommen werden darf**. Durch die Normierung eines Vernehmungsverbotes zur Durchsetzung der Vertraulichkeit der Mediationsperson wollte von gesetzgeberischer Seite verhindert werden, dass die eingetragene Mediationsperson als Zeuge/Zeugin einvernommen werden darf und Aufzeichnungen, Wahrnehmungen oder ihr übergebene Unterlagen als Beweismittel im Prozess einfließen können.[287]

Nach der Lit ist jedoch anerkannt, dass die Vernehmung der Mediationsperson als Zeuge/Zeugin hinsichtlich **folgender Fragen zulässig** ist.[288]

- Wird/Wurde eine Mediation durchgeführt?
- Welches Thema wird/wurde in der Mediation behandelt?
- Wann hat die Mediation begonnen und wann hat sie geendet?
- Weitere Fragen zur Entscheidung über die Fristenhemmung.[289]

Wie bereits in früheren Ausführungen festgestellt[290], hat die Mediationsperson bestimmte Unterlagen zur Dokumentation über Beginn und Ende der Mediation anzufertigen. Diese haben im Wesentlichen die Aufgabe, Fristenläufe für die Dauer einer Mediation zu hemmen. Zu Beweiszwecken hat daher die Mediationsperson Aufzeichnungen über entsprechende Angaben zu führen und -wie bereits festgestellt - auch Aussagen darüber zu machen.

---

[285] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30.
[286] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 37.
[287] *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) § 18, 181; ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30.
[288] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 ZPO Rz 1 (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[289] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 36.
[290] Siehe unter Punkt 3.3.6.6.1.

Dies erklärt im Wesentlichen die Zulässigkeit der Einvernahme der Mediationsperson über obenstehende Fragen: Angaben der Mediationsperson darüber, ob ein Mediationsverfahren (noch) läuft (1. Punkt) bzw wann es beendet wurde oder begonnen hat (3. Punkt) und auch weitere Fragen die Fristenhemmung betreffend (4. Punkt) sind daher zulässig. Doch auch die Frage, welches Thema Gegenstand der Mediation war (2. Punkt) ist erheblich: Bspw kann es dazu kommen, dass in einem laufenden Gerichtsverfahren eruiert werden muss, ob ein konkreter Anspruch daraus in der Mediation behandelt wird. Die eingetragene Mediationsperson hat zu dieser Frage eine Aussage zu machen, damit in weiterer Folge die Fristen für diesen unterbrochen werden.

Dieser Fragenkatalog, der von der eingetragenen Mediationsperson zu beantworten ist, hat jedoch in Anknüpfung an die Ausführungen zu den Ausnahmen der Vertraulichkeit bzgl des Mediationsergebnisses[291] eine **Erweiterung** zu erfahren. Wie bereits ausführlich dargestellt, können sich beim Festhalten des Mediationsergebnisses bspw bei Auslegungsfragen oder Schreib- bzw Rechenfehler der Mediationsperson ergeben. Daher kann eine Aussage der Mediationsperson über diese von ihr selbst angefertigten Unterlagen, die das Mediationsergebnis dokumentieren, sehr aufschlussreich sein. Zusätzlich soll durch diese **Aussagepflicht der Mediationsperson über das Mediationsergebnis** gewährleistet werden, dass sich die Mediationsparteien ihrer Verantwortung zur Einhaltung des Mediationsergebnisses nicht einfach entziehen können. Schließlich könnte ein/e Mediand/in behaupten, das in der Mediation festgehaltene Ergebnis wäre in einem anderen Sinne auszulegen bzw hätte er/sie es anders verstanden. In diesen Fällen kann die Aussage der Mediationsperson klarstellenden Charakter haben und vor der Verzögerung des Prozesses schützen.
Anknüpfend an die Ausführungen zur materiellen Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG hat daher auch auf zivilprozessualer Ebene eine Ausdehnung der Zulässigkeit der Befragung der Mediationsperson hinsichtlich mehrerer Aspekte aus der Mediation zu erfolgen. Korrespondierend zu der (zulässigen) Durchbrechung der Verschwiegenheit der Mediationsperson muss auch das Vernehmungsverbot eine Auflockerung bzw „Durchbrechung“ erfahren. Daher ist mE der **obenstehende Katalog** um Fragen, die sich bei Schwierigkeiten hinsichtlich der Auslegung oder Umsetzung des Mediationsergebnisses ergeben, **zu erweitern**. Diese könnten bspw lauten:

[291] Siehe unter Punkt 3.3.6.6.1 ff.

- Ist in der Mediation ein Ergebnis erzielt worden?
- Wurden Durchsetzungsmodalitäten von den Mediationsparteien vereinbart? Wenn ja, welche?
- Sollte der Verstoß gegen die Mediationsvereinbarung (Rechts-)Folgen auslösen? Wenn ja, welche?
- Bzw darf die Mediationsperson generell im Zivilprozess Fragen beantworten, die sich auf Geheimnisse beziehen, bei denen entweder überwiegend private oder öffentliche Interessen bestehen (Rechtfertigung gem § 31 Abs 2 ZivMediatG).

Wie diese Ausführungen zeigen, ist das im zivilprozessualen Verfahren eingeräumte Vernehmungsverbot der eingetragenen Mediationsperson kein Absolutes, sondern es wirkt nur **relativ**. Das bedeutet, dass die eingetragene Mediationsperson grundsätzlich in sehr eingeschränktem Rahmen befragt werden darf (**relative Zeugnisunfähigkeit**). Eine Einvernahme, die über diese Fragen hinausgeht und weitere Inhalte aus der Mediation zum Gegenstand hätte, ist hingegen **nicht zulässig**.[292]

	Eingetragene Mediationspersonen	**Nicht-eingetragene** Mediationspersonen
ZivMediatG / ZPO	§ 18 ZivMediatG iVm **§ 320 Z 4 ZPO**	☒

3.5.1.1 Problemstellung: Einvernahme trotz Bestehens eines Vernehmungsverbotes

Für die Praxis stellt sich in diesem Zusammenhang jedoch die Frage, was passiert, wenn die eingetragene Mediationsperson **trotz Bestehens eines von Amts wegen zu beachtenden Vernehmungsverbots**, durch das Zivilgericht dennoch **einvernommen** wird. Dabei kann die Befragung durch das Gericht über die soeben dargelegten Fragen hinausgehend erfolgen. Unklar ist, ob bei überschießender Befragung durch das Gericht, die Aussage der Mediationsperson aufgenommen und in der Folge verwertet werden darf.

[292] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 ZPO Rz 9 (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Hopf/Stabentheiner*, Das Eherechts-Änderungsgesetz 1999, ÖJZ 1999, 874.

3.5.1.2 Meinungsstand

Anknüpfend an die zu Beginn dargestellte Unterteilung der Beweisverbote[293] soll zunächst die generelle, in der Lit zu dieser Problematik vertretene Sichtweise, dargelegt werden.

Bei den Vernehmungsverboten iSd § 320 ZPO bzw den Aussageverweigerungsrechten iSd § 321 ZPO handelt es sich um „Beweismittelverbote", wonach dem Gericht die Verwendung bestimmter Beweismittel entweder generell oder nur bzgl einzelner Tatsachen untersagt ist.[294]

In der Lit wird eine weitere Unterteilung der Beweisverbote, anknüpfend an die Folgen, die sich aus dem Verstoß gegen ein Beweisverbot ergeben, zwischen „Beweisaufnahme- und Beweisverwertungsverboten" vorgenommen. Beweismittelverbote werden in die Kategorie der **Beweisaufnahmeverbote** eingegliedert, wozu das bereits erwähnte Vernehmungsverbot (des § 320 Z 4 ZPO) aber auch die Aussageverweigerungsrechte iSd § 321 ZPO zählen.[295]

Der **Zweck** eines Beweisaufnahmeverbots liegt darin, dass **bestimmte Beweise** dem **Gericht generell nicht zugänglich** sein sollen. Sind die Voraussetzungen eines Beweisaufnahmeverbots erfüllt, so steht dies - wie bspw in § 320 Z 4 ZPO geregelt - der Einvernahme der Mediationsperson entgegen.

Zu beachten ist jedoch, dass der **Verstoß** gegen ein solches Beweisaufnahmeverbot **nicht sanktioniert** wird, da nach der hA der Tatbestand des wesentlichen Verfahrensmangels iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO nicht erfüllt wird.[296] Das bedeutet, dass weder der Verstoß gegen ein Aussageverweigerungsrecht iSd § 321 ZPO noch der Verstoß gegen ein von Amts wegen wahrzunehmendes Vernehmungsverbot iSd § 320 ZPO prozessrechtliche Sanktionen zur Folge hat.[297]

3.5.1.3 Eigene Meinung

Aus dieser gefestigten Ansicht in der Lit, die im Wesentlichen übereinstimmend im Zusammenhang mit der Übertretung von Vernehmungsverboten gem § 320 ZPO vertreten wird, lassen sich für die eingetragene Mediationsperson folgende Schlüsse ziehen:

---

[293] Siehe dazu Punkt 2.1.2.

[294] *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilverfahrensrechts[8] (2010) Rz 772 ff; *Rechberger* in *Rechberger,* Kommentar zur ZPO[3] Vor § 266 Rz 24 (Stand Oktober 2006, rdb.at); *Fasching,* Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts[2] (1990) Rz 824 ff.

[295] Wobei auf den Schutzzweck der Norm abzustellen ist und ob dieser die Unterlassung der Verwertung erfordert bzw ob dadurch geschädigte Interessen nicht-wiedergutmachbar beeinträchtigt sind oder nicht, *Peters,* Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozeß, ZZP 67, 145 zit n *Kodek,* Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987) 137.

[296] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 773; *Kodek,* Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess (1987) 136 ff*; Prohaska-Marchried,* Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 94 f; aA *Fasching,* Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts[2] (1990) Rz 936, der in dem rechtswidrigen Beschaffen eines Beweismittels dann von einem Verfahrensmangel ausgeht, sofern die Partei(en) im Zuge der Erlangung gegen verfassungsrechtlich geschützte Grund- und Freiheitsrechte verstoßen.

[297] Vgl dazu auch Entscheidungen des OGH 6.4.2006, 6 Ob 37/06v; OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01m.

Wird die eingetragene Mediationsperson über die wenigen zulässigen Fragen hinausgehend einvernommen, so ist diese Einvernahme durch das Zivilgericht zwar **rechtswidrig**, der Verstoß gegen das Vernehmungsverbot des § 320 Z 4 ZPO wird aber nach der **hM** nicht geahndet und bleibt daher **sanktionslos**. Ausnahmen werden ausschließlich dahingehend gemacht, wenn die rechtswidrige Beweiserlangung durch einen Eingriff in **verfassungsrechtliche Grundrechte** (zB Erlangung des Beweises durch Folter) erfolgt. Eine **Verwertung** der Beweise hat in diesen Fällen ausnahmslos zu **unterbleiben** (Beweisverwertungsverbot aufgrund **Beweismethodenverbot**).[298] Dieser Ansicht der hM wird - mE zutreffend - von *Fasching* entgegen gehalten, dass Verstöße gegen Beweismittelverbote aufgrund des *„besonderen Schutzzwecks (...) als erheblicher Verfahrensmangel zu beachten“*[299] seien. Entsprechendes wird auch von *Holzhammer* vertreten, der den Verstoß gegen ein Beweismittelverbot ebenfalls als *„schweren Verfahrensmangel“* ansieht.[300]

Dem wird in der Lit va das Argument entgegengehalten, dass wenn weder der/die Zeuge/Zeugin selbst, noch die Parteien oder das Gericht gegen die Einvernahme bzw Aussage des/der Zeugen/Zeugin bei der Befragung Einspruch erheben, *„kein Grund“* bestehe, diese Aussage nicht zu verwerten. Im Übrigen seien die für das Bestehen des Beweisaufnahmeverbots vorherrschenden Gründe *„ohnedies im Rahmen der freien Beweiswürdigung des Aussageinhalts zu berücksichtigen (§ 327 ZPO)“*.[301]

Diese Argumente der Lit können jedoch mE nicht überzeugen. Die Zulässigkeit eines Verstoßes gegen ein Beweisaufnahmeverbot von der Initiative zur Beeinspruchung der Parteien oder dem/der Zeugen/Zeugin selbst abhängig zu machen (das Gericht wird nicht gegen sich selbst vorgehen), ist sinnwidrig. Schließlich soll die Verfahrensordnung (hier: die ZPO) dazu dienen, gewisse „Spielregeln“ für den Zivilprozess aufzustellen, an die sich sämtliche Parteien zu halten haben - und deren (Nicht-)Einhaltung durch das Gericht überwacht werden soll. Dass die bloße Untätigkeit der Parteien bzw des/der Zeugen/Zeugin durch die Verwertung des Gerichts - welches gegen ein Verbot verstoßen hat - zulässig sein soll, ist paradox. Entsprechend hat das Gericht auch einzuschreiten, wenn durch die Einvernahme eines/einer Parteienvertreters/Parteienvertreterin oder die Parteien selbst gegen das Beweisaufnahmeverbot verstoßen. Wozu wurden schließlich in der ZPO

[298] Vgl zB *Fasching,* Lehrbuch^2 (1990) Rz 933 ff.
[299] *Fasching,* Lehrbuch^2 (1990) Rz 975.
[300] *Holzhammer* in *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer* Praktisches Zivilprozeßrecht^6 (1998) 292.
[301] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} § 320 ZPO Rz 2 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

Beweisaufnahmeverbote normiert, wenn das Gericht ihre Einhaltung übergehen kann und ein Verstoß am Ende sanktionslos bleibt?
Deckungsgleich mit der österreichischen Rechtslage (Beweisaufnahmeverbot gem § 320 Z 4 ZPO) wurde auch nach Art 10 UNCITRAL-Modellgesetz ein Beweisverbot normiert, wonach die Mediationsbeteiligten gewisse Informationen aus der Mediation nicht in ein Mediationsverfahren einfließen lassen dürfen. Entsprechend darf jedoch auch das Gericht nicht die Beschaffung von Beweisen anordnen bzw Informationen aus Verstößen gegen Beweisaufnahmeverbote verwerten.[302] Eine Zwischenlösung wurde nach dem UMA dahingehend vorgenommen, als sämtliche Mediationsbeteiligte ein *privilege* geltend machen dürfen (Zeugnisverweigerungsrecht), andererseits können sich die Mediationsbeteiligten gegenseitig davon abhalten, Aussagen zu machen (Beweisverbot). Im Unterschied zum ZivMediatG und dem UNCITRAL-Modellgesetz ist das *privilege* nicht von Amts wegen zu beachten, sondern muss von den Mediationsbeteiligten geltend gemacht werden.[303] Völlig konträr zu den bisherigen Darstellungen wird nach der Mediations-RL lediglich gefordert, dass die Mediationsbeteiligten nicht dazu gezwungen werden dürfen, Informationen aus der Mediation preiszugeben.[304] Dementsprechend besteht nach der Mediations-RL keine Verpflichtung zur Normierung eines Beweisverbots für die Mitgliedstaaten - die Normierung eines Aussageverweigerungsrechts iSd § 321 ZPO genügt.

Obwohl daher zumindest teilw in der Lit, sowie auch in internationalen Mediationsregelwerken die Tendenz für das Bestehen und die Sanktionierung eines Beweisaufnahmeverbots besteht, bedeutet dies nach der geltenden hL Folgendes: Die Vertraulichkeit der Mediationsperson ist zwar im Wesentlichen durch die Normierung eines Vernehmungsverbotes restriktiv gesichert worden, der Verstoß dagegen zieht jedoch im Wesentlichen keine verfahrensrechtlichen Folgen nach sich. Für die Mediationsparteien hat dies zur Konsequenz, dass geheime Informationen, die durch die Mediationsperson im Zivilprozess offenbart werden, durch das Gericht die Grundlage für sein Urteil bilden können. Den Mediationsparteien bleibt in dieser Situation im Wesentlichen nur mehr die unbefriedigende Möglichkeit, gegen die Mediationsperson gem § 31 Abs 1 ZivMediatG vorzugehen bzw Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Auf die Zulassung als Beweismittel, die Würdigung des Gerichts bzw den Ausgang des Zivilprozesses haben sie jedoch keinen Einfluss mehr.

---

[302] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 309.
[303] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 309 f.
[304] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 310.

3.5.2 Entbindung der eingetragenen Mediationsperson von der Vertraulichkeit im Zivilprozess

Wie bereits festgestellt, wurde durch die Gesetzgebung die Vertraulichkeit der Mediationsperson durch ein Vernehmungsverbot gem § 320 Z 4 ZPO geschützt. Dies soll die Mediationsparteien davor bewahren, dass Mediationspersonen in zivilgerichtlichen Verfahren Informationen aus der Mediation offenbaren.

Im Gegensatz dazu wird es den **Mediationsparteien** aber auch **verwehrt**, die **Mediationsperson** davon **zu entbinden.**[305] Eine Entbindung ist nach den ErläutRV nicht einmal bei Vorliegen der Zustimmung sämtlicher Mediand/innen zulässig. Dies erscheint überaus problematisch, da die Mediationsparteien nicht einmal bei allgemeiner Übereinkunft die Mediationsperson als Beweismittel einsetzen können. Es ist jedoch zu beachten, dass die Mediationsperson auch bei Scheitern der Mediation in einem späteren Zivilprozess wertvolle Beiträge zur (rascheren bzw reibungsloseren) Einigung (Vergleich) leisten kann. Mit welcher Begründung die Gesetzgebung diese Möglichkeit jedoch unterbunden hat, wird im Anschluss nach dem Überblick über die Rechtslage nach Vergleichs-Mediationsregelwerken dargelegt.

3.5.3 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken der Mediation

Nach dem **UNCITRAL-Modellgesetz ist vorgesehen**, dass die Mediationsparteien **gemeinsam** *(„the parties“)* auf das Beweisverwertungsverbot verzichten können - und demnach die Mediationsperson (bzw auch sonstige Mediationsbeteiligte) von der **Verschwiegenheitsverpflichtung entbinden** können. Dies ist aus dem Prinzip der Parteiautonomie dem Art 3 UNCITRAL-Modellgesetz zu entnehmen, wobei in den Erläuterungen dazu ausdrücklich darauf hingewiesen wird, dass das gesamte Konzept der *conciliation* auf dem Willen der Parteien beruht. [306]

Gem § 3 lit c UMA kann der Einsatz von *privileges* durch die Mediationsparteien ausgeschlossen werden. Es besteht jedoch für die Inhaber/innen eines *privilege* auch die Möglichkeit gem § 5 UMA darauf zu verzichten (*waiver*). Die Inhaber/innen solcher *privileges* sind die Mediationsparteien (§ 4 lit b Z 1 UMA), die Mediationsperson (§ 4 lit b Z 2 UMA) sowie sonstige Dritte (§ 4 lit b Z 3 UMA). Der Verzicht hat ausdrücklich und

[305] Allgemein handelt es sich bei einer Entbindung um eine privatrechtliche Erklärung, die nach materiellem Recht zu beurteilen ist, *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 19 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[306] Guide to Enactment and Use of the UNCITRAL Model Law 2002, Comments on article 3, 28; *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 251.

schriftlich oder mündlich zu erfolgen. Damit die Aussage der Mediationsperson zulässig ist, müssen sowohl die Mediationsparteien als auch die Mediationsperson auf das *privilege* verzichten.[307]

Nach dem dMediationsG ist die Entbindung der Mediationsperson von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit über Mediationsinformationen zulässig. Sobald eine entsprechende wirksame Entbindungserklärung durch die Mediand/innen vorliegt, hat die Mediationsperson kein Recht zur Zeugnisverweigerung mehr.[308]

Entsprechend ist auch in Art 7 Mediations-RL vorgesehen, dass der Vertraulichkeitsschutz bei Vorliegen einer gegenteiligen Parteienvereinbarung aufgehoben wird.

Übereinstimmend wird in den Vergleichsregelwerken zur Mediation vertreten, dass den Mediationsparteien die Dispositionsmöglichkeit über die Vertraulichkeit der Mediationsperson eingeräumt wird. Diese extensive Übereinstimmung ist va mit dem für die Mediation typischen Element der Selbstbestimmung (bzw Selbstverantwortung) der Mediationsparteien zu erklären, worauf in Punkt 3.5.6 noch ausführlich eingegangen wird.[309]

3.5.4 Gesetzliche Ausgangslage

Die Mediationsperson von ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit durch die Mediationsparteien zu entbinden, wird aus gesetzgeberischer Sicht abgelehnt. Diese Ansicht folge dem *„Interesse des Vertrauensverhältnisses der Medianden zum Mediator"*, weshalb die Beteiligung der Mediationsperson am Zivilprozess **präventiv verhindert** werde. Dadurch soll nach Ansicht der Gesetzgebung erreicht werden, dass sich die Mediand/innen der Mediationsperson gegenüber *„völlig öffnen, was ein Erfordernis jeder Mediation darstellt."* Weiters wird in den Erläuterungen zu § 320 Z 4 ZPO ausgeführt, dass die Verschwiegenheit der Mediationsperson aus diesen Vertraulichkeitsschutzinteressen der Mediationsparteien eine entsprechend strikte Sicherung durch ein Vernehmungsverbot und gerade kein Aussageverweigerungsrecht iSd § 321 ZPO erfahren hat. **Konsequenterweise** könne daher auch **keine Entbindung** der Mediationsperson durch die Mediand/innen erfolgen.[310]

---

[307] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 270 ff.
[308] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 32.
[309] Siehe dazu bereits eingangs zum ZivMediatG Punkt 1.3.1.3 und zum EU-MediatG Punkt 1.3.2.3.
[310] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 37.

3.5.5 Meinungsstand

In der Lit wird zu dieser Problematik keine einhellige Auffassung vertreten:

Rechberger folgt im Wesentlichen der Ansicht der Gesetzgebung, der davon ausgeht, dass eine **Entbindung der Mediationsperson** ***„nicht vorgesehen“*** sei.[311]

Frauenberger vertritt hingegen die Ansicht, dass schließlich die **Mediationsparteien nicht davor bewahrt** seien, dass **Mediationsinformationen** - auf welche Weise auch immer - **in einen späteren Zivilprozess einfließen** können. Daher sieht *Frauenberger* § 320 Z 4 ZPO als ein ***„untaugliches Mittel“*** an, um das Einfließen von Mediationsinformationen in einen Zivilprozess zu verhindern. Folglich soll es möglich sein, dass bei Übereinstimmung sämtlicher Mediationsparteien die Mediationsperson *„als vertrauenswürdigste(s) und objektivste(s) Beweismittel“* einvernommen werden darf.[312]

3.5.6 Eigene Meinung

Bevor auf die unterschiedlichen Ansichten in Gesetzgebung und Lit eingegangen wird, soll noch ein weiterer Blickwinkel angeführt werden: Unter näherer Beobachtung der **Methode der Mediation** wird schnell deutlich, dass diese Verfahrensart von der **Parteiendisposition geprägt** ist. Die Mediand/innen sollen sowohl hinsichtlich des Beginns als auch für den gesamten Verfahrensablauf der Mediation die Initiative und den Willen zeigen, ihren Konflikt selbstverantwortet zu lösen. Das bedeutet, dass die Entwicklung eines Mediationsverfahrens und schließlich auch der Erfolg daraus, während des gesamten Verfahrens maßgeblich von den Mediationsparteien beeinflusst werden. Daher erscheint es unter Berücksichtigung der Methodik der Mediation wenig sinnvoll, im Gerichtsverfahren den (ehemaligen) Mediationsparteien diese zunächst eingeräumte Einflussnahme und Selbstverantwortlichkeit (durch die Freiheit zur Entbindung der Mediationsperson) abzuschneiden.

Betrachtet man in diesem Zusammenhang die Vergleichs-Mediationsregelwerke (siehe die Ausführungen oben Punkt 3.5.3), so wird ersichtlich, dass die Fortdauer der Selbstverantwortlichkeit der Mediationsparteien über die Mediation hinaus ermöglicht werden kann: In sämtlichen Regelwerken besteht die Option zur Entbindung der Mediationsperson als Ausfluss aus dem für die Mediation maßgeblichen Prinzip der Parteienautonomie.

---

[311] *Rechberger* in *Rechberger,* Kommentar zur ZPO[3] (2006) § 320 Rz 7 (Stand Oktober 2006, rdb.at); Vgl dazu auch *Oberhammer/Domej*, Ein rechtlicher Rahmen für die Mediation in Österreich. Zum neuen Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZKM 2003, 147; *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 ff.

[312] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 ZPO Rz 9 (Stand 30.4.2004, rdb.at); Ebenfalls befürwortend *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation (2008) 41.

Ein weiteres Argument, welches mE *für* die Zulässigkeit der Entbindung spricht, ist das **Wegfallen der Geheimhaltungsinteressen** der Mediationsparteien. Sind sich die Mediand/innen darüber einig, dass relevante Informationen aus der Mediation im Zivilprozess offengelegt werden sollen (bspw in Folgeprozessen, in denen die Mediationsparteien dieselben Interessen verfolgen), so fällt auch die Geheimhaltungsbedürftigkeit weg. Da diese geheimhaltungsbedürftigen Schutzinteressen mMn den Schutzzweck des Vernehmungsverbots des § 320 Z 4 ZPO darstellen, und bei übereinstimmendem Wunsch der Mediationsparteien entfallen, besteht mE auch **kein Grund** mehr, die **Mediationsperson nicht einzuvernehmen - und damit entbinden - zu dürfen**.

Eine entsprechende Anmerkung wurde auch durch die Gesetzgebung zu **§ 3 EU-MediatG**[313] getroffen: Danach ist die **Entbindung** der (nicht-eingetragenen, grenzüberschreitend tätig werdenden) Mediationsperson grds **bei übereinstimmender Entbindungserklärung sämtlicher Mediand/innen** möglich.[314] Dies **indiziert**, dass die Gesetzgebung die **Entbindung von der Vertraulichkeit daher grds für zulässig erachtet** und lässt weiters darauf schließen, dass eine Abkehr von der zu § 320 Z 4 ZPO vertretenen restriktiven - mE systemwidrigen - Sicht möglich erscheint.

Wie bereits *Frauenberger* angemerkt hat, erscheint generell die Eingliederung der Vertraulichkeit eingetragener Mediationspersonen zu den Vernehmungsverboten des § 320 ZPO sachlich nicht richtig, da nach hA ohnehin nicht verhindert werden könne, dass Mediationsinformationen in den Zivilprozess einfließen. *Frauenberger* spricht sich daher für die *„sachlich richtiger(e)“* Lösung aus, dass eingetragene Mediationspersonen in die **Aussageverweigerungsrechte** des § 321 ZPO einzugliedern **und mit der Option zur Entbindung zu kategorisieren** wären.[315]

Entsprechendes wird auch im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit der Mediationsperson nach dem UMA festgehalten. Die Mediationsperson sei demnach betreffend Berichten an das Gericht bzw andere entscheidende Instanzen zwar beschränkt; Für die Mediationsparteien hingegen würden entsprechende Schranken jedoch nicht bestehen.[316]

Daraus ergibt sich mE, dass die **Argumentationsweise der Gesetzgebung *gegen*** die Zulässigkeit der Entbindung der Mediationsperson **wenig überzeugend erscheint**. Wie *Frauenberger* angemerkt hat, kann selbst das **umfassendste Vernehmungsverbot** das

---

[313] § 3 EU-MediatG regelt die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen für grenzüberschreitende Mediationen, siehe dazu ausführlich Punkt 3.6 ff.
[314] Siehe dazu Punkt 3.7.4; ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[315] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 9 (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[316] *Official Comment* zu Section 7 UMA.

Einfließen von Mediationsinformationen in einen Zivilprozess nicht verhindern. Schließlich können nach der derzeit geltenden Rechtslage die Mediand/innen *sämtliche* Informationen aus der Mediation im Zivilprozess vorbringen[317], was das in Kraft stehende Vernehmungsverbot für eingetragene Mediationspersonen unsinnig erscheinen lässt. Die umfassende Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsperson kann jederzeit durch die Einvernahme oder das Vorbringen der Mediand/innen zu Fall gebracht - und damit umgangen - werden.

Die historische Interpretation muss daher insb aus teleologischen Gesichtspunkten zurücktreten. Die Normierung eines Vernehmungsverbots für eingetragene Mediationspersonen kann schließlich nicht nur aufgrund des Nichtbestehens einer Vertraulichkeitsverpflichtung der Mediationsparteien umgangen werden, vielmehr stellt das Vernehmungsverbot an sich kein taugliches Mittel zur Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsperson dar. Wie unter Punkt 3.5.1.3. erläutert, stellt selbst der Verstoß des Gerichts gegen das - an sich von Amts wegen zu beachtende - Vernehmungsverbot keinen wesentlichen Verfahrensmangel iSd § 496 Abs 1 Z 2 ZPO dar. Der Grund für die Normierung eines absoluten Vernehmungsverbots und der dadurch bezweckte umfassende Schutz der Vertraulichkeit der Mediationsperson durch § 320 Z 4 ZPO ist daher nicht gelungen.

Aus diesen Gründen, also sowohl methodisch, systematisch als auch aufgrund der fehlenden Geheimhaltungsbedürftigkeit und Umgehungsgefahr, soll es Mediand/innen mE nach zulässig sein, die Mediationsperson von ihrer Vertraulichkeit im Zivilprozess entbinden zu können. Ich schließe mich daher der Meinung von *Frauenberger* an, wonach **bei Vorliegen des Einverständnisses *sämtlicher* Mediationsparteien**, die **Einvernahme der Mediationsperson zulässig** ist und sehe auch die **Eingliederung der eingetragenen Mediationsperson** in die **Kategorie der Aussageverweigerungsrechte** als richtig(er) bzw ausreichend an. ME muss es den Mediationsparteien *gemeinsam* überlassen bleiben, ob sie die Mediationsperson als Beweismittel einsetzen wollen. Schließlich findet die ganze Mediation nur zur Beilegung ihres Konflikts statt. Würde daher die Mediationsperson konfliktentschärfend im Zivilprozess eingesetzt werden können, sprechen bei übereinstimmenden Mediand/innen-Willen mE keine Argumente dagegen.

3.5.7 Sonderaspekt: Ausreichen der Entbindung durch nur eine Mediationspartei

In der Lit wird einhellig vertreten, dass bei Bestehen mehrerer durch eine gesetzliche Vertraulichkeitsbestimmung geschützte Personen, die Zustimmung zur Entbindung grds

[317] Zu dieser Problematik unter Punkt 4.

durch *sämtliche* Berechtigte zu erfolgen hat.[318] Auch in der Rspr wird diese Auffassung im Wesentlichen mit der Begründung vertreten, dass bei Bestehen der Verschwiegenheitspflicht für die Interessen mehrerer Betroffener, eine Entbindung durch *alle* Berechtigte erforderlich ist.[319]

3.5.7.1 Rechtsprechung

Eine **Ausnahme** von dieser einhellig vertretenen Auffassung soll jedoch dann vorliegen, wenn ein „gemeinsamer Zweck" bestehe. Der OGH vertritt in ständiger Rspr, dass bei Vorliegen eines „gemeinsamen Zwecks" die Entbindung durch nur ***einen*** Berechtigten ausreiche.[320]

Von der Lit wurden drei Fallgruppen herausgearbeitet, wann ein entsprechender „Gemeinschaftszweck" vorliegt bzw konkret, wie es dazu kommt, dass es mehrere Berechtigte hinsichtlich einer die Berufsverschwiegenheit betreffenden Angelegenheit gibt:

1. Auftrag durch mehrere Personen mit *„identer Zielrichtung"*:
   Dabei handelt es sich zB um den Fall, dass mehrere Personen eine/n Rechtsanwalt/Rechtsanwältin mit dem Entwurf eines Gesellschaftsvertrages beauftragen und in Anwesenheit dieses/dieser Vertreters/Vertreterin Verhandlungen führen. Kommt es im Anschluss zu einem Rechtsstreit so genügt die Entbindung durch nur ***eine/mehrere*** **Person/en**.
2. Der/Die Geheimnisberechtigte wird von mehreren Personen beerbt:
   In diesem Fall wurde der originäre Vertrag nur durch eine Person und nicht von mehreren erteilt. Als gleichgelagertes Beispiel wird die Konstellation angeführt, in der zwei Vertragspartner/innen einen Vertrag in Anwesenheit eines/einer Parteienvertreters/Parteienvertreterin abschließen, beide im Anschluss versterben und der Rechtsstreit zwischen den Erben geführt wird. Hier geht das Entbindungsrecht auf mehrere Personen über, wobei ***alle*** **gleichzeitig entbinden** müssen.
3. *Kein* gemeinsamer Auftrag mit *„identer Zielrichtung"*:
   Der/Die zur beruflichen Verschwiegenheit Verpflichtete vertritt mehrere Personen und es kommt zur ganzen/teilw Deckung hinsichtlich des Gegenstandes des Berufsgeheimnisses. Dieser Fall tritt bspw ein, wenn der/die Parteienvertreter/in von

[318] Siehe dazu in der Lit *Arnold,* Das Berufsgeheimnis der freien Berufe, in *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980) 272; *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO[6] (2006) § 37 Rz 8; *Foregger,* Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars. Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag (1987) 126; *Lohsing/Braun*, Österreichisches Anwaltsrecht[2] (1950) § 9, 125.
[319] OGH 21.12.2004, 4 Ob 228/04i = ÖJZ-LSK 2005/111 = RZ 2005,150 EÜ57 - RZ 2005 EÜ57 = SZ 2004/187 = Jus-Extra OGH-Z 3932 = EvBl 2005/110 S 513 - EvBl 2005, 513.
[320] Vgl dazu die Entscheidungen des OGH 21.12.2004, 4 Ob 228/04i; OGH 21.6.2007, 6 Ob 128/07b; OGH 9.9.2008, 5 Ob 93/08z.

seinem/ihrem Klienten/Klientin sowie deren Versicherung mit der Durchführung des Haftungsprozesses beauftragt wird. Hier wird von **keiner gemeinsamen** sondern einer deckungsgleichen Sache ausgegangen, weshalb *sämtliche* Klient/innen entbinden müssen.[321]

Für das Ausreichen der Entbindung durch nur eine dieser berechtigten Personen stellt der OGH folgende Anforderungen an den entsprechenden **Gemeinschaftszweck**:

- Die Beauftragung der Beratungs- oder Vertretungsperson muss durch mehrere Personen erfolgt sein;
- Der Gegenstand der Beauftragung muss *„in (der) Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks (Gemeinschaftszwecks)"* liegen;
- Daraus müssen sich Differenzen zwischen den Beteiligten ergeben, die gerichtlich zu lösen sind;
- An/Am den Rechtsstreit(igkeiten), die sich aus diesem Gemeinschaftszweck ergeben, müssen alle Betroffenen beteiligt sein. Diese Ausnahme gilt nicht in Fällen, in denen (andere) Streitigkeiten einer oder mehrerer Beteiligter mit anderen Personen bestehen.[322]

3.5.7.2 Meinungsstand

Diese vom OGH vertretene Auffassung stößt auch in der Lit auf überwiegende Zustimmung.[323] Bei Entstehung von Streitigkeiten, die den Gemeinschaftszweck betreffen, sei zur Klärung von diesen *„die Gemeinschaft betreffenden Interessen erforderlich"*, dass Berater/innen (Vertreter/innen) von ihrer beruflichen Verschwiegenheitspflicht entbunden werden können. In diesen Fällen sei die Entbindung durch **einen** oder **mehrere**, nicht aber alle Klient/innen erforderlich[324], da sich das Schutzbedürfnis bei widersprechenden Interessen auf den *„gemeinsame(n) Geschäftszweck"* beziehe.[325]

Eine nicht außer Acht zu lassende Differenzierung trifft jedoch *Arnold* aufgrund der Tatsache, dass bei einem vermittelnden Gespräch die Entbindung durch nur eine/n Betroffene/n nicht

[321] Besprechung der Entscheidung OGH 11. 6. 1991, 5 Ob 520/91 = AnwBl 1993/4431 mit Anm *Arnold*; *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 62 f.
[322] Besprechung der Entscheidung OGH 11. 6. 1991, 5 Ob 520/91 = AnwBl 1993/4431 mit Anm *Arnold*.
[323] ZB *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 18 (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Kralik,* Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen im Zivilprozess (1996) 136.
[324] Besprechung der Entscheidung OGH 11. 6. 1991, 5 Ob 520/91 = AnwBl 1993/4431 mit Anm *Arnold*.
[325] *Kralik,* Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen im Zivilprozess (1996) 135.

ausreichend sei. Dies begründet er damit, dass eine „gemeinsame Sache“ nur dann vorliege, wenn eine **Übereinkunft** darüber erzielt werde und bspw ein Rechtsanwalt zur Beurkundung oder Bezeugung darüber gebeten werde.[326]

3.5.7.3 Eigene Meinung

Während in der überwiegenden Lit und Rspr unstrittig ist, dass bei Vorliegen eines Gemeinschaftszwecks die Entbindung durch nur eine oder mehrere - nicht aber alle - Parteien genügt, stellen sich für die Mediation folgende Fragen:

- Bildet die Übereinkunft über den Versuch einer Mediation einen Gemeinschaftszweck und

- stellen Mediationspersonen entsprechende Berater/innen bzw Vertreter/innen dar.

Zunächst zur ersten Frage: *Arnold* beschreibt den „**Gemeinschaftszweck**“ dahingehend ausführlicher, indem er davon ausgeht, dass die *„gemeinsame Sache“* **nur bei Vorliegen einer Übereinkunft** darüber bestehe, bei einer bloßen Vermittlung aber eine entsprechende nicht vorliege.[327] Folgt man dieser Ansicht, so wäre - anknüpfend an *Arnolds* Meinung - für die Mediation mE festzuhalten, dass diese **erst bei erfolgreichem Abschluss** (zB durch eine Mediationsvergleich) einen **entsprechenden Gemeinschaftszweck** darstellt. Daher könnten die Mediationsparteien - zunächst - zumindest bei Vorliegen eines Mediationsergebnisses zur Durchsetzung dieses „Mediationszwecks“ die Mediationsperson gemeinsam entbinden. Besteht jedoch zwischen den Mediationsparteien bereits zu Beginn der Mediation eine *Übereinkunft*[328] (die durchaus praxisüblich ist), aus der hervorgeht, dass es sich um eine *gemeinsame Sache* handelt, so ist eine Entbindung über sämtliche Inhalte, die in der Mediation geteilt wurden, zulässig.

Für die zweite Frage ergibt sich mE folgendes Ergebnis: Nachdem in dieser Entscheidung ein weiteres Kriterium war, dass es sich um eine/n (Rechts-)Berater/in oder Vertreter/in handelt, ist für die eingetragene Mediationsperson festzuhalten, dass diese weder beratend noch vertretend tätig werden darf. Für **eingetragene Mediator/innen** wird von der österreichischen Gesetzgebung in diesem Zusammenhang normiert, dass diese nach § 16 Abs 1 ZivMediatG keinesfalls *„vertreten, beraten oder entscheiden“* dürfen (Vertretungs-, Beratungs- und Entscheidungsverbot). Auch nach der Lit ist die eingetragene Mediationsperson ausschließlich ermächtigt, im Rahmen ihrer *„Auskunfts- und Hinweispflichten“* sog

[326] OGH 11. 6. 1991, 5 Ob 520/91 = AnwBl 1993/4431 mit Anm *Arnold*.
[327] OGH 11. 6. 1991, 5 Ob 520/91 = AnwBl 1993/4431 mit Anm *Arnold*.
[328] Zu den Anforderungen an diese Übereinkunft siehe ausführlich Punkt 7.1.5 ff.

„Rechtauskünfte“ zu erteilen. Darunter seien neben der *„bloßen Widergabe der Gesetzeslage (oder) der Gerichtspraxis“* auch ***„einfache Rechtskenntnisse“*** erfasst. Zur Rechtsberatung ist die eingetragene Mediationsperson jedoch **nicht** befugt, worunter va die *„Prüfung und Abwägung verschiedener rechtlicher Vorgangsweisen (und die) Bildung einer Rechtsansicht nach Prüfung des Sachverhalts“* zu verstehen ist.[329]

Obwohl nach dem Gesetzestext bzw der Lit daher zunächst davon auszugehen ist, dass die Mediationsperson nicht als Vertreterin/Beraterin tätig werden darf, so ist doch zu berücksichtigen, dass die Mediationsperson zB auf die Einhaltung des Machtgleichgewichts der Mediationsparteien Rücksicht zu nehmen hat. Um das Gleichgewicht halten zu können, muss die Mediationsperson jedoch in der Lage sein, zumindest „indirekt“ auf bestehende Rechtsungerechtigkeiten hinzuweisen - sprich die Mediationsparteien darauf aufmerksam machen zu dürfen. Nachdem die Mediationsperson daher durchaus ein gewisses Mindestmaß an (Rechts-)Beratung/Vertretung erfüllen muss, kann nicht davon ausgegangen werden, dass sie keine Beraterin/Vertreterin ist.

ME zeigt sich daher, dass zunächst die **Mediation an sich** sowohl **bei Vorliegen einer Übereinkunft zur Durchführung einer Mediation** als auch bei Bestehen einer **Abschlussvereinbarung** einen entsprechenden **„Gemeinschaftszweck“** darstellt. Doch auch die **Beratungs- oder Vertretungseigenschaft** (und daher nicht „nur“ rein vermittelnde Tätigkeit) der Mediationsperson ermöglicht die **Entbindung durch nur eine/mehrere Mediationsparteien**.

3.5.8 *Verfahrensrechtliche Umsetzung der Vertraulichkeit der Hilfspersonen*

Im Gegensatz zur Mediationsperson, deren Vertraulichkeit durch ein Beweisaufnahmeverbot nach § 320 Z 4 ZPO im Zivilprozess verfahrensrechtlich gesichert ist, wird hinsichtlich der Hilfspersonen der Mediationsperson in diesem Zusammenhang keine einheitliche Auffassung vertreten. Im Gegensatz zur eingetragenen Mediationsperson, deren Vertraulichkeit sowohl materiell- als auch formell-rechtlich ausdrücklich geregelt ist[330], wird die **Vertraulichkeit ihrer Hilfspersonen formell in § 320 Z 4 ZPO nicht** geregelt. Nachdem in der materiellen Vertraulichkeitsbestimmung gem § 18 ZivMediatG Hilfspersonen der eingetragenen

---

[329] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 48.

[330] **§ 320 ZPO**: *„Als Zeugen dürfen nicht vernommen werden (...)*
Z 4*: eingetragene Mediatoren nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, BGBl. I Nr. 29/2003, in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde.“*, siehe zur Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson im Zivilprozess Punkt 3.5.

Mediationsperson ausdrücklich genannt wurden, erscheint fraglich, ob die Vertraulichkeit der Hilfspersonen ebenso formell gem § 320 Z 4 ZPO (konkludent) gesichert ist bzw welche anderen Möglichkeiten zum Schutz ihrer Verschwiegenheit bestehen.

3.5.8.1 Ansicht der Gesetzgebung

Die Gesetzgebung hat die Vertraulichkeit der Hilfspersonen zwar ausdrücklich in § 18 ZivMediatG geregelt. Eine mit dieser materiell-rechtlichen Vertraulichkeitspflicht korrespondierende prozessuale Durchsetzungsbestimmung wurde durch die Gesetzgebung jedoch nicht ausdrücklich normiert. Auch in den ErläutRV zu § 320 Z 4 ZPO wurde nur auf die eingetragene Mediationspersonen Bezug genommen, die verfahrensrechtliche Umsetzung der Vertraulichkeit von Hilfspersonen der eingetragenen Mediationsperson wurde jedoch völlig außer Acht gelassen.[331]

3.5.8.2 Meinungsstand

In der Lit besteht keine einhellige Auffassung darüber, ob Hilfspersonen vom Vernehmungsverbot des § 320 Z 4 ZPO erfasst sind oder ob ihnen lediglich ein Aussageverweigerungsrecht iSd § 321 ZPO eingeräumt werden soll:

Frauenberger ist der Meinung, dass dem **Gesetzestext nicht zu entnehmen sei**, dass auch Hilfspersonen vom Anwendungsbereich des § 320 Z 4 ZPO erfasst sind und spricht sich daher **gegen eine ausdehnende Auslegung** aus. Nach *Frauenbergers* Ansicht könne jedoch davon ausgegangen werden, dass Hilfspersonen ein Aussageverweigerungsrecht nach § 18 ZivMediatG iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO[332] eingeräumt werde.[333]

Oberhammer/Domej hingegen ziehen eine **analoge Anwendung** in Betracht, da § 18 ZivMediatG eine **explizite Erweiterung**[334] **um diese Personen** erfahren habe, weshalb auch bei § 320 Z 4 ZPO davon auszugehen sei, dass aufgrund des *„engen systematischen Zusammenhangs“* eine analoge Anwendung möglich erscheine.[335]

---

[331] ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 29, 37.

[332] Dabei handelt es sich um ein Aussageverweigerungsrecht für Zeug/innen aufgrund einer staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht, **§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO**: *„(...)in Bezug auf Thatsachen, über welche der Zeuge nicht würde aussagen können, ohne eine ihm obliegende staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit zu verletzen, insoferne er hievon nicht giltig entbunden wurde;“*.

[333] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 ZPO Rz 9 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[334] Siehe § 18 letzter Satz ZivMediatG.

[335] *Oberhammer/ Domej,* Ein rechtlicher Rahmen für die Mediation in Österreich. Zum neuen Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZKM 2003, 147.

3.5.8.3 Eigene Meinung

Wie den beiden unterschiedlichen Ansichten in der Lit zu entnehmen ist, stellt die verfahrensrechtlich ungeregelte Vertraulichkeit der Hilfspersonen der eingetragenen Mediationsperson einen gewichtigen Rechtsunsicherheitsfaktor dar. Während das Vernehmungsverbot gem § 320 Z 4 ZPO die Hilfspersonen von der Einvernahme als Zeug/innen ausschließen würde, könnten sie bei Anwendung des § 321 Abs 1 Z 3 ZPO lediglich die Aussage zu einzelnen Fragen verweigern und würden ansonsten der Aussagepflicht unterliegen.

Obwohl die Gesetzgebung die Vertraulichkeit der Hilfspersonen auf prozessualer Ebene nicht ausdrücklich geregelt hat, ist mE davon **auszugehen**, dass diese ebenfalls in den **Anwendungsbereich des § 320 Z 4 ZPO** fällt. Wie *Oberhammer/Domej* angemerkt haben, ist der Adressatenkreis der materiellen Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG ausdrücklich um Hilfspersonen - im Gegensatz zur Vorgängervorschrift des § 99 Ehe-RÄG 1999 - erweitert worden. Daraus ergibt sich mE auch der **gesetzgeberische Wille die Vertraulichkeit der Hilfspersonen** va **auch im Zivilprozess durch § 320 Z 4 ZPO** zu sichern. Nachdem die Gesetzgebung zusätzlich eine entsprechend restriktive Ansicht zur Sicherung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson durch die Normierung eines Vernehmungsverbots vertritt[336], wäre es mE nicht richtig anzunehmen, dass Hilfspersonen lediglich ein Aussageverweigerungsrecht zustehen soll.

ME ergibt sich daher aufgrund der erkennbaren Absicht der Gesetzgebung und - wie *Oberhammer/Domej* bereits ausgeführt haben - des engen systematischen Zusammenhangs zwischen der materiellen Vertraulichkeit iSd § 18 ZivMediatG und des korrespondierenden formellen Vernehmungsverbots iSd § 320 Z 4 ZPO, dass auch Hilfspersonen vom Anwendungsbereich des § 320 Z 4 ZPO erfasst sein sollen.

Wie bereits zuvor ausgeführt[337], erachte ich jedoch grundsätzlich die Sicherung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson durch ein Vernehmungsverbot iSd **§ 320 Z 4 ZPO** und der daraus resultierenden Unmöglichkeit der Entbindung der Mediationsparteien jedoch generell als **überschießend**. Nachdem auch die Vertraulichkeit der Hilfspersonen nach dem erkennbaren Willen der Gesetzgebung durch das entsprechende Vernehmungsverbot gesichert ist, erachte ich auch dieses Ergebnis als zu weitläufig. ME ist sowohl für die **eingetragene Mediationsperson** als auch für deren **Hilfspersonen** die Sicherung der Vertraulichkeit im Zivilprozess durch ein **Aussageverweigerungsrecht iSd §**

[336] Siehe dazu ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29 f, 37.
[337] Siehe unter Punkt 3.5.6.

321 ZPO ausreichend. Für die Begründung erfolgt der Verweis auch bzgl der Hilfspersonen auf die zu Punkt 3.5.1.3 getroffenen Ausführungen.

3.6 Gesetzliche Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG

Auf europäischer Ebene sollte durch die Umsetzung der Mediations-RL 2008/52/EG die Mediation betreffend zivil- oder handelsrechtliche grenzüberschreitende Streitigkeiten in den Mitgliedstaaten einheitlich geregelt werden. Wie bereits erörtert, erfolgte die entsprechende Umsetzung dieser Mediations-RL in Österreich durch das *„Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union"* (EU-MediatG).[338]

3.6.1 Örtlicher/Sachlicher Anwendungsbereich

Der sachliche Anwendungsbereich des EU-MediatG umfasst gem § 1 Abs 1 EU-MediatG Mediationen betreffend **Streitigkeiten** in Zivil- und Handelssachen, die (**örtlich**) **grenzüberschreitend innerhalb der Mitgliedstaaten der EU stattfinden**.[339] Eine Wirksamkeit der Vorschriften des EU-MediatG für rein innerstaatliche oder nur in Drittstaaten stattfindende Streitigkeiten ist ausgeschlossen.[340] Von einer entsprechenden „grenzüberschreitenden Streitigkeit" ist nach § 2 Abs 1 Z 3 EU-MediatG dann auszugehen, wenn beide/sämtliche Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in verschiedenen Mitgliedstaaten der EU haben.[341]

---

[338] Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen in der Europäischen Union (EU-Mediations-Gesetz - EU-MediatG), BGBl I Nr 21/2011.

[339] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 5; dazu zählen auch Großbritannien und Irland, nicht jedoch Dänemark, vgl Art 1 Abs 3 Mediations-RL.

[340] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 8.

[341] In den **§ 2 Abs 1 Z 3 lit a bis d EU-MediatG** wird der dafür maßgebliche Zeitpunkt geregelt, zu dem:
„lit a) die Parteien nach Entstehen der Streitigkeit eine Mediation vereinbaren oder
lit b) die Mediation von einem Gericht angeordnet wird oder
lit c) nach dem Recht eines Mitgliedstaats eine Pflicht zur Nutzung der Mediation entsteht oder
lit d) die Parteien von einem Gericht aufgefordert werden, eine Mediation in Anspruch zu nehmen,
ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat als eine der anderen Parteien".

3.6.2 Persönlicher Anwendungsbereich

3.6.2.1 Eingetragene Mediationsperson - § 5 EU-MediatG

Für **eingetragene Mediationspersonen** gilt gem **§ 5 Abs 1 EU-MediatG**[342], dass für diese bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen die Bestimmungen des **ZivMediatG** zur Anwendung kommen.

Daraus ergibt sich, dass für eingetragene Mediationspersonen die Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG und gerade nicht § 3 EU-MediatG - der für nicht-eingetragene Mediationspersonen heranzuziehen ist - zur Anwendung kommen soll.[343]
Aus dieser ausdrücklichen Regelung des **§ 5 EU-MediatG** ergibt sich, dass für eingetragene Mediationspersonen, unabhängig davon, ob sie in **rein inländischen Streitigkeiten** oder auch **grenzüberschreitenden Streitigkeiten mediatorisch** tätig werden, die materielle Vertraulichkeitsbestimmung des **§ 18 ZivMediatG** zur Anwendung kommt.

Für die **verfahrensrechtliche Ebene** ergibt sich entsprechend **deckungslgeiche Aussage** bzgl der **Umsetzung** der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson gem EU-MediatG: In den ErläutRV zu § 3 EU-MediatG wird beschrieben, dass das für eingetragene Mediationspersonen geltende Vernehmungsverbot *„**unverändert** bleiben“* solle.[344] Aus § 5 EU-MediatG lässt sich daher eindeutig ableiten, dass die Vertraulichkeit eingetragener Mediator/innen auch auf prozessualer Ebene bei grenzüberschreitenden Mediationen gem § 18 ZivMediatG iVm **§ 320 Z 4 ZPO** durch ein Vernehmungsverbot gesichert ist.

---

[342] **§ 5 Abs 1 EU-MediatG**: *„Für eingetragene Mediatoren (§ 13 ZivMediatG) und von diesen durchgeführte grenzüberschreitende Mediationen gelten die Vorschriften des Zivilrechts-Mediations-Gesetzes.“*
[343] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 11.
[344] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.

Aus diesen Ausführungen zur geltenden Rechtslage ergibt sich daher folgende Übersicht:

	Eingetragene Mediationspersonen	**Nicht-eingetragene** Mediationspersonen
ZivMediatG / ZPO (Inlandsmediationen)	§ 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	☒
EU-MediatG / ZPO (grenzüberschreitende Mediationen innerhalb der EU)	§ 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	**?**

3.6.2.2 Nicht-eingetragene Mediationsperson - § 3 EU-MediatG

Im Gegensatz zum Regelwerk des ZivMediatG, welches die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediator/innen ungeregelt lässt, ist sie gem § 3 EU-MediatG anerkannt und auch ausdrücklich normiert. Gem § 3 EU-MediatG wird die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen, die in grenzüberschreitenden Mediatonen innerhalb der EU tätig werden, wie folgt geregelt:

§ 3 EU-MediatG: „*Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, haben Mediatoren und in die Durchführung der Mediation eingebundene Personen in Gerichts- oder Schiedsverfahren in Zivil- und Handelssachen die Aussage zu Informationen zu verweigern, die sich aus oder im Zusammenhang mit einer Mediation ergeben (...).*“

Der gegenständlichen Regelung des § 3 EU-MediatG ist zu entnehmen, dass diese neben der Normierung einer **materiellen Vertraulichkeitsregelung**, auch auf eine **formelle** (prozessuale) **Verschwiegenheit** der **nicht-eingetragenen Mediationsperson** verweist. Konkret wird dazu in den Erläuterungen statuiert, dass die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen durch ein Aussageverweigerungsrecht iSd **§ 321 ZPO** gesichert ist.[345] Dies stellt eine **wesentliche Fortentwicklung** zu der nach dem **ZivMediatG geltenden Rechtslage,** wonach **nicht-eingetragenen Mediator/innen grundsätzlich kein Verschwiegenheitsrecht** im Zivilprozess eingeräumt wird, dar. Diese unterschiedlichen

[345] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.

Regelungen lassen sich damit erklären, dass die **Umsetzung** der **Mediations-RL** - va bzgl der Vertraulichkeit für Mediator/innen - „**nur mehr**“ **für nicht-eingetragene Mediationspersonen** zu erfolgen hatte. Grundsätzlich ist in Art 7 Mediations-RL die Vertraulichkeit sämtlicher Mediator/innen geregelt worden. Nachdem durch das ZivMediatG jedoch bereits strengere Maßstäbe an die Mediation (bzw die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson) gestellt wurden und somit den Anforderungen der Mediations-RL entsprochen haben, musste in Österreich die Umsetzung *„nur (mehr) im zwingend erforderlichen Ausmaß“*[346] erfolgen.[347]

Für **eingetragene Mediationspersonen** ist die entsprechende **Umsetzung** der **Vertraulichkeitsregelung des Art 7 Mediations-RL durch § 5 EU-MediatG erfolgt**, wonach die Regelungen des ZivMediatG weiterhin zur Anwendung kommen.[348] Für **nicht-eingetragene Mediationspersonen** konnte jedoch **kein Rückgriff** auf bestehende Regelungen erfolgen, da deren Vertraulichkeit im **ZivMediatG keine gesetzliche Verankerung** erfahren hat. Die Folge war, dass für nicht-eingetragene Mediationspersonen eine eigene Vertraulichkeitsregelung für grenzüberschreitende Mediationen innerhalb der EU zu normieren war. Die Problematik an der entsprechenden Regelung des § 3 EU-MediatG ist jedoch, dass eine **Anpassung** für innerhalb Österreichs durchgeführte (**Inlands**-)**Mediationen nicht-eingetragener Mediator/innen nicht erfolgt** ist. Auf die sich daraus ergebende Problematik der Schlechterstellung nicht grenzüberschreitend tätig werdender nicht-eingetragener Mediationspersonen wird sogleich im Anschluss an die Darstellung der Vertraulichkeit von Hilfspersonen der Mediationspersonen iSd EU-MediatG eingegangen.[349]

	Eingetragene Mediationspersonen	**Nicht-eingetragene** Mediationspersonen
ZivMediatG / ZPO (Inlandsmediationen)	§ 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	☒ **Inländer/innendiskriminierung ?**
EU-MediatG / ZPO (grenzüberschreitende Mediationen innerhalb der EU)	§ 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	§ 3 EU-MediatG iVm § 321 ZPO

[346] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 3.
[347] Siehe dazu bereits Punkt 1.2.
[348] Siehe soeben Punkt 3.6.2.1.
[349] Siehe in der Folge Punkt 3.6.3.

3.6.2.3 Hilfspersonen der Mediationspersonen iSd EU-MediatG

Während eine **ausdrückliche Erwähnung von Hilfspersonen** in den Vertraulichkeitsbestimmungen des EU-MediatG **fehlt**, so finden sich doch **Hinweise** in **§ 3 EU-MediatG** sowie den Erläuterungen dazu. Generell normiert § 3 EU-MediatG neben der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen auch für *„in die **Durchführung der Mediation eingebundene Personen**“* eine materielle Verschwiegenheitspflicht. In den ErläutRV zu § 3 EU-MediatG wird ergänzend ausdrücklich festgehalten, dass diese Hilfspersonen iSd EU-MediatG mit denen *„auch in § 18 ZivMediatG angeführten, aber anders umschriebenen“* Personen übereinstimmen.[350] Daraus lässt sich zunächst ableiten, dass sich der bereits zum **ZivMediatG festgestellte Personenkreis von Hilfspersonen**[351] mit jenem des **EU-MediatG deckt**. Daraus folgt, dass die materielle Vertraulichkeitsbestimmung gem § 3 EU-MediatG bzw die formelle Umsetzungsbestimmung gem § 321 ZPO entsprechend auch für Hilfspersonen **nicht-eingetragener Mediationspersonen iSd EU-MediatG anzuwenden** sind.

Ob die Vertraulichkeitsregelungen für **Hilfspersonen eingetragener Mediationspersonen iSd EU-MediatG** ebenfalls anwendbar sind, darüber finden sich zunächst weder im Gesetzestext noch in den ErläutRV zu § 5 EU-MediatG Hinweise. Nur in den ErläutRV des § 3 EU-MediatG erfolgt ein Hinweis, dass *„in beiden Fällen“* die Hilfspersonen der Mediationsperson *„in die Vertraulichkeitsregelung einbezogen werden“* sollen.[352]
Zunächst erscheint fraglich, ob die Gesetzgebung mit diesem Hinweis die Hilfspersonen der *eingetragenen* Mediationsperson ebenfalls von der Vertraulichkeitsbestimmung gem § 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG erfasst wissen wollte. Schließlich könnten sich „diese beiden Fälle“ auch nur auf Hilfspersonen der eingetragenen Mediationsperson für inländische Mediationen iSd § 18 ZivMediatG und der nicht-eingetragenen Mediationsperson iSd § 3 EU-MediatG für grenzüberschreitende Mediationen beziehen.
Ein **Argument** für die **Sicherung der Vertraulichkeit der Hilfspersonen** der eingetragenen Mediationsperson ist, dass die strenge Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson durch die Einvernahme von deren Hilfspersonen **umgangen** werden könnte.[353] Dies hätte zur Folge, dass die Sicherung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson iSd EU-MediatG durch die Zulässigkeit der Einvernahme ihrer Hilfspersonen untergraben würde.

[350] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[351] Siehe dazu Punkt 3.2.1.2.
[352] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[353] Siehe dazu ausführlich bereits unter Punkt 3.2.1.2.

Schließlich könnten durch die Einvernahme zB eines/einer Praktikanten/Praktikantin, der/die für die gesamte Dauer einer Mediation hospitiert hat, **dieselben Informationen**, **wie durch die unmittelbare Einvernahme der Mediationsperson erlangt** werden. Nachdem der Schutzzweck der Vertraulichkeit auch nach dem EU-MediatG in der Sicherung der Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien liegt, wäre dies mit dem Schutzinhalt der Vertraulichkeitsbestimmung der eingetragenen Mediationsperson iSd EU-MediatG nicht vereinbar. Daraus ergibt sich, dass auch für grenzüberschreitende Mediationen eingetragener Mediationspersonen die Vertraulichkeit für deren Hilfspersonen gem § 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG gilt.

Entsprechend ist auch auf **verfahrensrechtlicher Ebene** davon auszugehen, dass die **Umsetzung der materiellen Vertraulichkeit entsprechend dem ZivMediatG** erfolgt. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob das Vernehmungsverbot des § 320 Z 4 ZPO oder das Aussageverweigerungsrecht gem § 321 ZPO für Hilfspersonen der eingetragenen Mediationsperson iSd EU-MediatG gelten soll. Während für die eingetragene Mediationsperson iSd § 5 EU-MediatG in den ErläutRV zu § 3 EU-MediatG normiert wird, dass das Vernehmungsverbot für sie weiterhin gelte[354], ist die prozessuale Rechtslage für Hilfspersonen völlig unklar. Es lässt sich dabei erneut an die Diskussion zur Umsetzung der verfahrensrechtlichen Vertraulichkeit der Hilfspersonen[355] gem § 18 ZivMediatG anknüpfen:

Nachdem aus systematischen Gründen davon ausgegangen werden kann, dass die Vertraulichkeit der Hilfspersonen jener der eingetragenen Mediationsperson „folgt", und daher gem § 5 EU-MediatG iVm § 320 Z 4 ZPO gesichert ist, ist mE die **Annahme eines Aussageverweigerungsrechts ausreichend**. Die Gesetzgebung hat das Vernehmungsverbot gem § 320 Z 4 ZPO (iVm § 18 ZivMediatG) unter der Prämisse eingeführt, dass sich die Mediationsparteien absolut auf die Vertraulichkeit der Mediationsperson verlassen und sich daher vorbehaltlos öffnen können. Wie bereits erörtert[356], hält *Frauenberger* dieser Argumentation entgegen, dass (dadurch) nicht verhindert werden könne, dass Informationen aus der Mediation durch eine Mediationspartei in den Prozess einfließen.[357]

Dasselbe hat jedoch auch für die Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG zu gelten: Schließlich kann auch in Mediationen, die in den Anwendungsbereich des EU-MediatG fallen, **nicht verhindert** werden, dass **Mediationsinformationen durch die Mediationsparteien offenbart** werden. Daher erscheint mE die Sicherung der

[354] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[355] Siehe dazu Punkt 3.5.8.
[356] Siehe dazu Punkt 3.5.5.
[357] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 Rz 9 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

Vertraulichkeit durch ein Vernehmungsverbot, wie durch die Einführung des § 320 Z 4 ZPO geschehen ist, als **zu weitreichend**. ME scheint die Sicherung der Vertraulichkeit durch ein **Aussageverweigerungsrecht** iSd § 321 ZPO sowohl für Hilfspersonen als auch für eingetragene Mediationspersonen nach dem EU-MediatG (bzw nach ZivMediatG[358]) als ausreichend.

Im Anschluss soll nun auf die bereits erwähnte Problematik der uneinheitlichen Rechtslage hinsichtlich der Sicherung der Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson und die sich daraus ergebende Problematik der Ungleichbehandlung (bzw „Inländerdiskriminierung") eingegangen werden.

3.6.3 *Problemstellung: Gleichheitswidrigkeit der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediator/innen*

Die Einführung des EU-MediatG ließ in Bezug auf die Vertraulichkeit von nicht-eingetragenen Mediationspersonen folgende Problemlage auftreten: Betreffend der Sicherung der Vertraulichkeit innerhalb Österreichs tätiger **nicht-eingetragener Mediator/innen** ist festzuhalten, dass diese gegenüber nicht-eingetragenen Mediator/innen, die **grenzüberschreitend** tätig sind, in Bezug auf **die Vertraulichkeit unterschiedlich behandelt** werden. Dies ergibt sich daraus, dass die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen in Zivilprozessen nur insofern gesichert ist, als deren grenzüberschreitendes mediatorisches Tätigwerden vom Anwendungsbereich des EU-MediatG erfasst ist - und damit durch § 3 EU-MediatG gesichert ist.

Nicht-eingetragene Mediator/innen, die in einer inländischen Mediation tätig sind (Inlandsmediationen), trifft aufgrund der mangelnden gesetzlichen Sicherung der Vertraulichkeit die Verpflichtung zur Aussage in einem späteren Zivilprozess. Dies birgt das Risiko für die Mediationsparteien, dass die nicht-eingetragene Mediationsperson durch die andere Mediationspartei im Prozess als Beweismittel (Zeuge/Zeugin) eingesetzt werden kann (sofern keine vertragliche Vertraulichkeitsklausel besteht, siehe dazu unter Punkt 7).

Umgekehrt besteht dieses Risiko jedoch nicht betreffend *grenzüberschreitenden* Mediationen durch nicht-eingetragene Mediator/innen iSd EU-MediatG. In grenzüberschreitenden Mediationen besteht nach dem EU-MediatG für nicht-eingetragene Mediationspersonen gem § 3 EU-MediatG iVm § 321 ZPO die Möglichkeit, die Aussage zu verweigern. Daraus folgt,

[358] Siehe zur Begründung ausführlich bereits unter Punkt 3.5.6.

dass die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen lediglich für Auslands- nicht jedoch für Inlandsmediationen gesetzlich anerkannt wurde.

Zusammengefasst bedeutet dies Folgendes: Alle **nicht-eingetragenen, innerhalb Österreichs** tätigen Mediator/innen werden gegenüber nicht-eingetragenen Mediator/innen, die grenzüberschreitend tätig werden, insofern **schlechter gestellt**, als sie im Zivilprozess grds zur **Aussage verpflichtet** sind. Fraglich ist, ob diese Differenzierung nicht-eingetragener Mediationspersonen eine sog „Inländerdiskriminierung" darstellt, und ob durch die Gesetzgebung eine sachliche Rechtfertigung erfolgt ist.

	Eingetragene Mediationspersonen	**Nicht-eingetragene** Mediationspersonen
ZivMediatG / ZPO (Inlandsmediationen)	§ 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	☒ (**Inländerdiskriminierung ?**)
EU-MediatG / ZPO (grenzüberschreitende Mediationen in der EU)	§ 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	**§ 3 EU-MediatG iVm** **§ 321 ZPO**

Ausgangspunkt der zu untersuchenden Problematik ist daher zunächst die Frage nach dem Vorliegen einer Ungleichbehandlung von Inlandssachverhalten durch die derzeit geltenden Regelungen.

3.6.4 Zum Verstoß gegen den Gleichheitssatz und dessen sachlicher Rechtfertigung

3.6.4.1 Meinungsstand

Der Gleichheitssatz besagt, dass *„vor dem Gesetz alle Menschen bzw alle Bürger gleich sind"*.[359] Der persönliche Geltungsbereich dieses Gleichheitssatzes bezieht sich auf die Gleichbehandlung und Gleichberechtigung sämtlicher **Staatsbürger**. Durch die Einführung des Europäischen Unionsrechts (und dessen Vorrangwirkung) kann es jedoch dazu kommen, dass Inländer in grenzüberschreitenden Sachverhalten benachteiligt werden.[360]

[359] *Berka,* Lehrbuch Grundrechte (2000) 193.
[360] *Berka,* Lehrbuch Grundrechte (2000) 195.

Diese unterschiedliche (gesetzliche) Regelung von **inländischen und ausländischen Sachverhalten mit Gemeinschaftsbezug** stellt dann eine sog „Inländerdiskriminierung" dar, wenn **inländische** Sachverhalte **für Inländer nachteilig geregelt** werden.[361] Während aus gemeinschaftsrechtlicher Sicht grds keine Gründe gegen die Zulässigkeit von Inländerdiskriminierungen sprechen[362], sind diese **verfassungsrechtlich** dann **bedenklich**, wenn sie **gegen** den **Gleichheitssatz** (bzw sonstige Grundrechte) verstoßen.[363]

Insb im Zusammenhang mit **Verschwiegenheitspflichten** (bestimmter Berufsgeheimnisträger/innen[364]) wird vertreten, dass diese grd **nicht isoliert**, **sondern** vielmehr in ihrem *„**Gesamtzusammenhang und Kontext**"* zu betrachten seien. Die Situationen, die dabei entstehen, würden *„von gleichen tatsächlichen Gegebenheiten und Bedürfnissen (der Betroffenen) ausgehen"* und daher dieselben Beziehungen (unterschiedlicher Berufsgruppen) regeln. Dies sei dem **Gleichheitssatz** zu entnehmen, der **verbiete** *„**tatsächlich Gleiches ungleich zu behandeln**."* Zusätzlich seien diese (materiellen) Verschwiegenheitspflichten mit den korrespondierenden verfahrensrechtlichen Vorschriften zu vereinheitlichen bzw verfassungskonform auszulegen.[365]

3.6.4.2 Rechtsprechung

Nach Ansicht des OGH verstößt es gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn österreichische Staatsbürger gegenüber Ausländern ohne Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung schlechter gestellt werden.[366] Obwohl ein *„prinzipieller Vorrang des Unionsrechts"* vor nationalem Recht gilt, wird die nach dem OGH vertretene **Ansicht vom VfGH** auch auf das Unionsrecht übertragen. Das Unionsrecht genießt daher **nur insofern Vorrangwirkung**, als es nicht **gegen verfassungsrechtliche Grundprinzipien der nationalen Rechtsordnung** verstößt.[367] Entsprechend gilt nach Ansicht des VfGH, dass Inlandssachverhalte gegenüber Sachverhalten mit Auslandsbezug aufgrund des Gleichheitssatzes ohne sachlicher Rechtfertigung nicht benachteiligt werden dürfen (Inländerdiskriminierung).[368]

---

[361] *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[10] (2007) Rz 1355.
[362] *Berka,* Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 900.
[363] *Berka,* Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 901.
[364] Dazu zählen Berufsgruppen, die aufgrund eines bestehenden Vertrauensverhältnisses Informationen offenbart bekommen, die verfassungsrechtlich schutzwürdig sind, wie zB Wirtschaftstreuhänder/innen, Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen, Notar/innen uvm, *Klecatsky/Morscher*, Rechtsgutachten über die Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftstreuhänder insb im Strafverfahren, AnwBl 1983 H1 Beilage 1.
[365] *Klecatsky/Morscher*, Rechtsgutachten über die Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftstreuhänder insb im Strafverfahren, AnwBl 1983 H1 Beilage 1.
[366] Siehe zB OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y.
[367] Vgl zB *Streinz,* Europarecht[9] (2012) 73 ff.
[368] VfSlg 14863/1997, 14963/1997; *Berka,* Lehrbuch Grundrechte (2000) 195.

Der VfGH löst entsprechende Verstöße gegen den Gleichheitssatz mit einer Formel, die derartige Ungleichbehandlungen nur dann zulässt, wenn *„sachlich gerechtfertigte Differenzierungen“* vorliegen. Im Zuge der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung wird dabei aber nicht nur die Absicht der Gesetzgebung berücksichtigt, sondern auch deren *„sachliche Begründetheit“* und *„objektive Wirkung“*.[369] Nach dem VfGH sind daher Differenzierungen zwischen Inländern und Ausländern ohne sachliche Begründetheit nicht zulässig, da sie dem Gleichheitssatz widersprechen.[370]

3.6.4.3 Zwischenergebnis

Daraus lässt sich bereits die vom VfGH verfolgte Strategie zur Lösung entsprechender Sachverhalte ableiten: Zunächst hat eine einzelfallbezogene Feststellung dahingehend zu erfolgen, welche Normen bzw Sachverhalte für die mögliche Ungleichbehandlung verantwortlich sind. Resultiert aus der vergleichenden Betrachtung dieser Normen/Sachverhalte eine Ungleichbehandlung, so ist im nächsten Schritt zu prüfen, ob dafür eine sachliche Rechtfertigung der Gesetzgebung vorliegt.[371]

Zunächst hat daher eine Feststellung zu erfolgen, ob inländische gegenüber ausländischen Sachverhalten ungleich behandelt werden. Wie einleitend bereits festgehalten, gilt in reinen **Inlandssachverhalten** gem § 18 ZivMediatG, dass die **Vertraulichkeit nur für die eingetragene Mediationsperson** gilt. Für **Sachverhalte mit Auslandsbezug** wird die Vertraulichkeit hingegen **auch für nicht-eingetragene Mediationspersonen gem § 3 EU-MediatG gesetzlich geregelt**. Daraus ergibt sich, dass inländische Sachverhalte, aufgrund der mangelnden gesetzlichen Regelung der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen, benachteiligt behandelt werden.
Daher ist nun zu prüfen, ob die die Ungleichbehandlung auslösende Norm des § 3 EU-MediatG sachlich gerechtfertigt - und damit zulässig - ist.

[369] *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[10] (2007) Rz 1357; VfSlg 8457, 10090, 14.863.
[370] VfSlg 14.963/1997.
[371] Vgl dazu in der Lit *Berka,* Lehrbuch Grundrechte (2000) 199.

3.6.5 Zur sachlichen Rechtfertigung

3.6.5.1 Anmerkung der Gesetzgebung

Eine sachliche Rechtfertigung für diese konkrete Differenzierung erfolgt in den ErläutRV zur Mediations-RL bzw zum EU-MediatG ausdrücklich dahingehend, dass *„sehr gute“* Mediationspersonen mit einer *„einschlägigen Ausbildung“* gefördert werden sollen.[372] Diese Argumentation wird von der Gesetzgebung dahingehend fortgeführt, dass es weiterhin bei dieser differenzierten Regelung bleiben solle, da diese *„auf den unterschiedlichen berufsrechtlichen Anforderungen an die Mediation (beruht)“*, und diese *„Anforderungen (aber)... auf Grund der Richtlinie an die Mediation grenzüberschreitender Streitigkeiten nicht gestellt werden“* kann. Der durch das ZivMediatG eingeführte hohe Standard sei deshalb erfolgt, um *„qualitativ hochwertige Mediationen durch besonders aus- und fortgebildete Mediatoren zu gewährleisten.“* Deshalb erscheint es nach Ansicht der Gesetzgebung als *„sachlich angemessen (...), die Frage der Vertraulichkeit unterschiedlich zu regeln“*[373].[374]

3.6.5.2 Eigene Meinung

Die durch den VfGH für die Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung geforderte sachliche Rechtfertigung ist durch diese ausdrückliche Kommentierung durch die Gesetzgebung erfolgt. Auf unionsrechtlicher Ebene wurde versucht, die Vertraulichkeit der Mediationsperson im gesamten Gemeinschaftsgebiet möglichst einheitlich zu regeln. Als Mitgliedstaat der Europäischen Union musste auch Österreich diese Anforderung der Vereinheitlichung der Vertraulichkeit in grenzüberschreitenden Sachverhalten erfüllen. Nachdem in Österreich jedoch bereits vor Erlass der Mediations-RL ein eigenes Berufsrecht normiert wurde (woraus die Differenzierung der Mediationspersonen insb in Bezug auf die Vertraulichkeit resultiert), aber diese Mediations-RL trotzdem umgesetzt werden musste, scheint diese differenzierende Lösung die einzig praktikable zu sein. Wie in der sachlichen Rechtfertigung zum Ausdruck gebracht, möchte die österreichische Gesetzgebung den Standard für die Ausbildung eingetragener Mediationspersonen in Österreich weiterhin hoch halten. Eine daraus folgende Konsequenz war schon bei Einführung des ZivMediatG die differenzierende Regelung der Vertraulichkeit der Mediationspersonen. Diese Differenzierung wurde entsprechend durch die

[372] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 8.
[373] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[374] Der Fokus der Mediations-RL lag darin, für angrenzende oder sich überschneidende Bereiche von Mediations- und Gerichtsverfahren *„europaweit einheitliche Vorgaben oder Mindeststandards“* zu schaffen. Dadurch sollten die Mitgliedstaaten von der Mediation als alternatives Streitbeilegungsverfahren überzeugt werden, ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 1.

Umsetzung der Mediations-RL und dem dadurch normierten § 3 EU-MediatG in Bezug auf die Vertraulichkeit fortgesetzt und die Berufsgruppe der Mediator/innen dreigeteilt.
Die österreichische Gesetzgebung wollte daher in Umsetzung der Mediations-RL nicht nur der darin normierten Anforderungen genügen, sondern auch die geschaffene Differenzierung der Mediationspersonen beibehalten, woraus sich schließlich die Ungleichbehandlung ergab. Aufgrund der durch die Gesetzgebung dargelegten Argumentation zur Aufrechterhaltung des hohen Ausbildungsstandards der eingetragenen Mediationspersonen scheint konsequenterweise die differenzierende Behandlung inländischer und ausländischer Sachverhalte notwendig. Eine Anhebung des „Vertraulichkeits-Standards" für nicht-eingetragene Mediationspersonen in Inlandsmediationen würde der Absicht der Gesetzgebung zuwiderlaufen. Die durch die Gesetzgebung angemerkte Rechtfertigung erscheint daher mE sachlich angemessen. Aus diesen Gründen liegt zwar eine Ungleichbehandlung in Bezug auf die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen in In- bzw Auslandssachverhalten aufgrund der Regelung des § 3 EU-MediatG vor, die bewusste Differenzierung ist mE jedoch sachlich gerechtfertigt.

3.6.6 Lösungsmöglichkeiten

Nachdem die Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson keiner unzulässigen Ungleichbehandlung entspricht, stellt sich die Frage, ob sich die Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson in Inlandsmediationen aus anderen gesetzlichen Regelungen ableiten lässt. Im Anschluss erfolgt daher eine Überprüfung der infrage kommenden Bestimmungen.

3.6.6.1 Analoge Anwendbarkeit des § 3 EU-MediatG

Den Fortbestand der Ungleichbehandlung durch die analoge Anwendbarkeit des § 3 EU-MediatG zu unterbinden, scheidet an dem ausdrücklich entgegenstehenden Willen der Gesetzgebung aus. Schließlich erfolgte durch die Einführung des § 3 EU-MediatG eine bewusste Differenzierung in Bezug auf die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des § 3 EU-MediatG iVm § 321 ZPO auf **nicht-eingetragene Mediator/innen bzgl Inlandsmediationen scheidet daher aus**.

3.6.6.2 Analoge Anwendbarkeit des § 18 ZivMediatG

Ein weiterer naheliegender Anknüpfungspunkt zur Konstruktion der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen bzgl Inlandsmediationen könnte sich aus der **analogen**

Anwendbarkeit des § 18 ZivMediatG ergeben. Noch vor Einführung des EU-MediatG wurde dies auch vereinzelt in der Lit mit dem Argument verlangt, dass es zum Schutz der Mediationsparteien erforderlich sei, ua auch die Vertraulichkeitsbestimmung iSd § 18 ZivMediatG auf alle Mediationspersonen auszudehnen.[375]

Eine Analogie wird durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs einer Norm vorgenommen.[376] Allerdings **scheidet die analoge Anwendbarkeit** eines Tatbestandes **aus**, wenn die Gesetzgebung eine **konkrete Rechtsfolge ausschließlich** dann eintreten lassen möchte, wenn die im **Tatbestand determinierten Anforderungen** vorliegen. In diesen Konstellationen entspricht die *„Nichtregelung dem Plan des Gesetzes"* und wird als *„Umkehrschluss"* bzw ***argumentum e contrario*** bezeichnet.[377]

Unter genauerer Betrachtung der Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG ist mE ersichtlich, dass ein solcher Umkehrschluss vorliegt: Wie bereits erörtert, wurde durch die Einführung des ZivMediatG die Berufsgruppe der Mediator/innen zweigeteilt [378]. Ausgangspunkt dieser Zweiteilung war - neben der Erfüllung weiterer Voraussetzungen[379] - va die Abgrenzung von fachlich ausgebildeten zu anderen Mediationspersonen. Nur entsprechend fachlich qualifizierte Mediationspersonen, also eingetragene Mediationspersonen, sollten vom Anwendungsbereich des ZivMediatG erfasst sein. Diese ausschließliche Anwendung des ZivMediatG auf eingetragene Mediationspersonen wurde zudem in § 3 Abs 1 Z 2 ZivMediatG ausdrücklich geregelt.

Der konkreten Norm des § 3 Abs 1 Z 2 ZivMediatG ist daher zu entnehmen, dass die **Rechtsfolgen für Mediationen von nicht-eingetragenen Mediationspersonen nicht zur Geltung** kommen sollen, da die im Tatbestand geregelte **Voraussetzung der fachlichen Qualifikation nicht erfüllt** sind. Daraus ergibt sich, dass das ZivMediatG grundsätzlich nur für eingetragene Mediationspersonen zur Anwendung kommen soll und daher - wenn in § 18 ZivMediatG vom „Mediator" die Rede ist - ausschließlich eingetragene Mediationspersonen gemeint sind. Damit ist eindeutig erkennbar, dass die Gesetzgebung die Übertragung der Regelungen des ZivMediatG auf nicht-eingetragene Mediationspersonen keinesfalls für zulässig erachtet, weshalb eine **analoge Anwendbarkeit mE ausscheidet**.

---

[375] *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 ff.
[376] *Berka,* Die Grundrechte: Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 903.
[377] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 29.
[378] Siehe dazu Punkt 1.3.1.2.
[379] Dazu zählen das Vollenden des 28. Lebensjahres, der Abschluss einer Haftpflichtversicherung sowie die Vertrauenswürdigkeit der Person.

Nachdem eine Analogie des § 18 ZivMediatG für nicht-eingetragene Mediationspersonen methodisch unzulässig ist, soll in der Folge ein weiterer Ansatz zur Sicherung der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen aus Inlandsmediationen aufgezeigt werden.

3.6.6.3 Kunst- oder Geschäftsgeheimnis gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO

Gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO können Zeug/innen die Aussage zu Informationen verweigern, die die Offenbarung eines Kunst- oder Geschäftsgeheimnisses zur Folge hätte.

Ganz allgemein handelt es sich bei einem **Kunstgeheimnis** um ein Geheimnis, welches „sich auf bestimmte geistige oder körperliche Fähigkeiten, auf die Anwendung bestimmter technischer oder wissenschaftlicher Methoden, auf besondere Handfertigkeit udgl" bezieht.[380]

Ein **Geschäfts- (bzw Betriebs-)geheimnis**[381] hingegen bezieht sich auf eine Tatsache *„an deren Geheimhaltung ein ‚im geschäftlichen Verkehr Tätiger' ein erkennbares (...) Interesse hat"* und nur ein begrenzter Personenkreis darüber Kenntnis hat.[382] Das für den/die Berechtigte/n bestehende Geheimhaltungsinteresse muss ein **wirtschaftliches Interesse** sein, das sich ua aus der Schädigung der Geschäftsposition ergeben kann.[383] IdR ist auf den Einzelfall abzustellen, ob eine bestimmte Tatsache ein Kunst- bzw Geschäftsgeheimnis darstellt, da maßgeblich ist, ob das Geheimhaltungsinteresse des/der Berechtigten (noch) vorliegt.[384]

Der **Schutzbereich** des Aussageverweigerungsrechts des § 321 Abs 1 Z 5 ZPO bezieht sich sowohl auf Kunst- und Geschäftsgeheimnisse des/der Zeugen/Zeugin als auch der Parteien und sonstiger Dritter.[385] Während unstrittig feststeht, dass der/die Zeuge/Zeugin *eigene*

---

[380] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 427 f; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} § 321 Rz 49 (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Kralik,* Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen im Zivilprozess (1996) 155 ff.

[381] Die Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnis wird in der Lit dahingehend vorgenommen, als Geschäftsgeheimnisse idR eher kommerzielle und Betriebsgeheimnisse eher technische Informationen beinhalten, wobei vom Tatbestand des § 321 Abs 1 Z 5 ZPO beide erfasst sein sollen, vgl dazu näher *Kralik,* Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen im Zivilprozess (1996) 156 ff; *Schumacher,* Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 674; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} § 321 Rz 50 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[382] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 427 f; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} § 321 Rz 50 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[383] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 427 f; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} § 321 Rz 50 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[384] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} §321 Rz 50 (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Schumacher,* Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 675.

[385] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 428; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*^{2} § 321 Rz 51 (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Schumacher,* Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 675 f.

Kunst- und Geschäftsgeheimnisse unter Berufung auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO wahren kann[386], stellt sich die Frage, welche Voraussetzungen gegeben sein müssten, damit der/die Zeuge/Zeugin unter Berufung auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO Geschäftsgeheimnisse der Parteien bzw sonstiger Dritte verschweigen darf.

3.6.6.3.1 Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht zur Berufung auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO

Konkret ergibt sich in diesem Zusammenhang die bereits in der Lit diskutierte Frage, ob zur Berufung auf die Verschwiegenheitsverpflichtung iSd § 321 Abs 1 Z 5 ZPO eine ausdrückliche (vertragliche) Vereinbarung erforderlich ist. Eine entsprechende privatrechtliche Verschwiegenheitsverpflichtung kann sich dabei bspw bei Bestehen eines Dienstverhältnisses aus einem Arbeitsvertrag oder einer Mediationsvereinbarung ergeben.

3.6.6.3.2 Meinungsstand

Während *Frauenberger* davon ausgeht, dass dem Gesetz nicht zu entnehmen sei, ob eine entsprechende Vereinbarung erforderlich wäre[387], vertritt *Schumacher* eine andere Auffassung. Er geht davon aus, dass zwar an sich der Nachweis über das Bestehen einer Verschwiegenheitspflicht nicht sofort bei der Berufung des/der Zeugen/Zeugin auf das Aussageverweigerungsrecht zu erfolgen hat. Sofern gegen die Entschlagung jedoch (iSd § 323 Abs 1 ZPO) widerrufen werde, habe eine Prüfung über das Vorliegen einer Verschwiegenheitspflicht zu erfolgen.[388] *Frauenberger* entgegnet, dass eine entsprechende Verschwiegenheitspflicht idR vorliegen werde (zB aus einem Dienstvertrag) und stellt gleichzeitig aber auch fest, dass das **Vorliegen einer Verschwiegenheitspflicht** dem Gesetz als Voraussetzung für § 321 Abs 1 Z 5 ZPO **nicht zu entnehmen** sei.[389]

3.6.6.3.3 Eigene Meinung

Meiner Ansicht nach ist *Frauenberger* mit der Begründung zu folgen, dass nach dem Gesetzeswortlaut die Ausübung des Aussageverweigerungsrechts an **keine ausdrücklichen Voraussetzungen gebunden** ist. Wie *Frauenberger* erwähnt hat, wird idR eine ausdrückliche vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung auf die man sich berufen könnte[390], zwar vorliegen, mE soll dies aber **nicht** als **Bedingung zur Ausübung des Aussageverweigerungsrecht** gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO interpretiert werden.

---

[386] *Schumacher,* Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 675; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 Rz 51 (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[387] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] §321 Rz 51 (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[388] *Schumacher,* Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 675 f.
[389] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] §321 Rz 51(Stand 30.4.2004, rdb.at).
[390] Für die Mediation wäre der Mediationsvertrag ein entsprechendes vertragliches „Grundverhältnis".

Für Mediationsverfahren und darin offenbarte Kunst- oder Geschäftsgeheimnisse hat dies zur Folge, dass sich sämtliche Mediationsbeteiligte va aber **auch die nicht-eingetragene Mediationsperson auf § 321 Abs 1 Z 5 ZPO** berufen können. Die Berufung kann dabei **unabhängig davon** erfolgen, ob zwischen den Mediationsparteien und der (nicht-) eingetragenen Mediationsperson eine **vertragliche (Vertraulichkeits-)Vereinbarung** (etwa durch gesonderte Abrede oder Mediationsvertrag) besteht.
Für Inlandsmediationen, die durch nicht-eingetragene Mediationspersonen durchgeführt werden und in denen Kunst- oder Geschäftsgeheimnisse der Mediationsparteien offenbart werden, kann sich daher die nicht-eingetragene Mediationsperson zum Schutz dieser Geheimnisse auf das Aussageverweigerungsrecht gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO berufen.

Sonderaspekt: Mediation als „Geschäftsgeheimnis an sich"

Eine andere Frage, die an dieser Stelle auftritt, ist, ob die Mediation „an sich" als Geschäftsgeheimnis der nicht-eingetragenen Mediationsperson zu betrachten und sie daher generell zur Aussageverweigerung darüber berechtigt ist. Schließlich hätte sie ein **wirtschaftliches Interesse** an der Geheimhaltung von Mediationsinformationen, da sich durch ihre Offenbarung eine *„Verschlechterung der geschäftlichen Position im wirtschaftlichen Wettbewerb"* ergeben könnte.[391]
Im Schutzbereich des Geschäftsgeheimnisses iSd § 321 Abs 1 Z 5 ZPO liegt es nach *Fasching* zu verhindern, dass *„die Ergebnisse eigener, durch die Besonderheit der Methode und ihre Geheimhaltung gesicherter Anstrengungen allgemein zugänglich gemacht und so erhebliche Nachteile im geschäftlichen Verkehr in Kauf genommen werden müssen."* Entsprechende Geschäftsgeheimnisse stellen dabei bspw Preisabsprachen oder das Bankgeheimnis dar.[392] Vom Schutzbereich des in § 321 Ab 1 Z 5 ZPO normierten Geschäftsgeheimnisses sind entweder die Parteien oder sonstige Dritte *„nicht am Prozeß [sic!] beteiligter Personen"* erfasst, wobei eine Entbindung davon nur unmittelbar durch den Geheimnisherrn erfolgen kann.[393]

Daraus ergibt sich, dass in der Mediation offenbarte geheime Tatsachen von der Mediationsperson vertraulich zu behandeln sind, sofern diese wesentliche Nachteile für die Mediationsparteien bzw sonstige Dritte zur Folge hätten. Ein generelles Recht zur Aussageverweigerung der nicht-eingetragenen Mediationsperson lässt sich daraus mE jedoch

[391] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 427.
[392] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 427.
[393] *Fasching,* Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen III (1966) 428.

nicht ableiten. Nicht die Geheimhaltungsinteressen der Mediationsperson selbst, sondern die der (Mediations-)Parteien - bzw auch sonstiger Dritter - sind vom Schutzzweck des Aussageverweigerungsrechts iSd § 321 Abs 1 Z 5 ZPO erfasst. Das Aussageverweigerungsrecht soll daher nur die Geheimhaltungsinteressen des „Geheimnisherrn" (also der Mediationsparteien bzw sonstiger Dritter), nicht jedoch des „Geheimnisträgers" (der Mediationsperson) berücksichtigen und ausschließlich erstere vor wirtschaftlichen Nachteilen schützen

Daraus geht hervor, dass dem Schutzbereich des **§ 321 Abs 1 Z 5 ZPO** eine **generelle Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson nicht zu entnehmen** ist.

3.6.6.4 Vertraulichkeit aufgrund § 119 Abs 4 GewO

Der letzte zu untersuchende Ansatz, aus dem die Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson hervorgehen könnte, wäre die Vertraulichkeit aufgrund „Gewerbsmäßigkeit" gem § 119 Abs 4 GewO.

3.6.6.4.1 Allgemeine Regelungen aus der GewO

Von „**Gewerbsmäßigkeit**" der Mediation ist auszugehen, wenn ihre Durchführung eine Tätigkeit iSd § 1 Abs 2 GewO darstellt, welche *„selbstständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen."* Nicht-eingetragene Mediationspersonen müssen das Gewerbe „Lebens- und Sozialberatung" anmelden, wenn diese die Mediation entsprechend „gewerbsmäßig" ausüben. [394] Darüberhinaus handelt es sich bei der Lebens- und Sozialberatung um ein „**reglementiertes Gewerbe**" iSd § 94 GewO. Nachdem die Mediation in das Tätigkeitsfeld der Lebens- und Sozialberatung fällt, hat auch eine Person, die als Lebens- und Sozialberater/in tätig werden möchte, die Anforderungen eines reglementierten Gewerbes zu erfüllen.[395] Das bedeutet, dass **gewerbsmäßig tätige Mediator/innen** ihre **Befähigung gem § 18 GewO durch** einen **Nachweis zu bestätigen** haben. Dieser Befähigungsnachweis wird für Lebens- und Sozialberater/innen in der „Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung" [396] geregelt und erfordert neben der Absolvierung theoretischer Einheiten insb auch Praxiserfahrung sowie Einzel- und Gruppenselbsterfahrungen.

---

[394] Für eingetragene Mediationspersonen kommen die Regelungen der GewO aufgrund der ausdrücklichen Regelung des **§ 35 Abs 1 ZivMediatG** nicht zur Anwendung: *„Die Gewerbeordnung 1994, BGBl Nr 194/1994, ist auf die Tätigkeit eingetragener Mediatoren **nicht** anzuwenden."*

[395] *Gerscha/Steuer,* Kommentar zur GewO, §119 S 3 f; Informationsblatt der WKO für Gewerbebehörden, Nr. 2 vom 20. März 2006 http://public.wuapaa.com/wkstmk/2006/gewerbe/files/katalog.pdf (abgerufen am 14. Oktober 2013).

[396] Änderung der Lebens- und Sozialberatungs-VO BGBl II Nr 140/2003 idF BGBl II Nr 112/2006.

3.6.6.4.2 Gesetzliche Regelungen zur Vertraulichkeit von gewerblich tätigen nicht-eingetragenen Mediationspersonen

In den *„Standes- und Ausübungsregeln für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung“* vom 11. August 1998[397] finden sich keine ausdrücklichen Regelungen zur Verschwiegenheit bzw Vertraulichkeit für Angehörige dieser Berufsgruppe. Lediglich in § 8 der VO wird darauf hingewiesen, dass sie dazu verpflichtet sind *„ihren Klienten oder deren gesetzlichen Vertretern alle Auskünfte über die Beratung“* zu geben.

In der GewO selbst wird in dem einschlägigen **§ 119 Abs 4 GewO ausdrücklich** die **Vertraulichkeit von Lebens- und Sozialberater/innen** normiert. Gemäß dieser Bestimmung sind Angehörige dieser Berufsgruppe - sowie deren Angestellte - über sämtliche *„ihnen anvertrauten Angelegenheiten“* zur Verschwiegenheit verpflichtet.
Diese Vertraulichkeit von Lebens- und Sozialberater/innen gem § 119 Abs 4 GewO stellt eine *„gesetzlich angeordnete Verschwiegenheit“* [398] dar und zählt daher zu den „staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflichten“. Diese werden auf **prozessrechtlicher Ebene** durch **§ 321 Abs 1 Z 3 ZPO** geschützt.[399] Im Zivilprozess kommt daher zur Durchsetzung der materiellen Vertraulichkeit iSd § 119 Abs 4 GewO die flankierende Bestimmung des § 321 Z 3 ZPO zur Anwendung, wodurch auch Lebens- und Sozialberater/innen vor einem Zivilgericht ein Aussageverweigerungsrecht eingeräumt wird.[400]

Für Gewerbetreibende gilt daher unter der Voraussetzung, dass sie iSd § 1 Abs 2 GewO gewerbsmäßig tätig werden und einen entsprechenden Befähigungsnachweis gem § 18 GewO erbringen, die materielle Vertraulichkeitsbestimmung gem **§ 119 Abs 4 GewO**. Anknüpfend an die Vertraulichkeit eingetragener Mediationspersonen gilt daher auch für gewerbsmäßig tätig werdende nicht-eingetragene Mediationspersonen, dass sie zur Vertraulichkeit über anvertraute Informationen verpflichtet sind. Im Zivilprozess können sich **nicht-eingetragene Mediationspersonen** auf das korrespondierende Aussageverweigerungsrecht **gem § 321 Abs 1 Z 3 ZPO** zum Schutz von Mediationsinformationen berufen. Für die Praxis ist besonders

[397] VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung BGBl II Nr 260/1998.
[398] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8; vgl dazu auch *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff.
[399] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8; vgl dazu auch *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff.
[400] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 37.

der Vertraulichkeitsschutz auch für Angestellte der Mediationsperson zweckmäßig.[401] Schließlich müssen dadurch weder die Mediationsparteien, noch die nicht-eingetragene Mediationsperson befürchten, dass ihre Vertraulichkeit durch die Einvernahme der Hilfspersonen umgangen wird.

Es ist in diesem Zusammenhang jedoch besonders darauf hinzuweisen, dass nicht-eingetragene Mediationspersonen, die die Anforderungen der Gewerbsmäßigkeit (bzw den Befähigungsnachweis) nicht erfüllen, sich auf die Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 GewO nicht berufen können. Für diese bleibt nach wie vor nur die Möglichkeit der Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht § 321 Abs 1 Z 5 ZPO bei Vorliegen eines Betriebs- bzw Geschäftsgeheimnisses. Das bedeutet, dass nicht-eingetragene Mediationspersonen, die ihre konfliktlösende Tätigkeit nur gelegentlich ausüben, keiner gesetzlichen Vertraulichkeit (mit Ausnahme § 321 Abs 1 Z 5 ZPO) unterliegen.

3.6.7 Zwischenergebnis

Zusammenfassend lässt sich zu diesem Themenkomplex des Anwendungsbereichs des EU-MediatG zunächst festhalten, dass die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson durch die ausdrückliche Bezugnahme auf das ZivMediatG deckungsgleich gesichert ist. In § 5 EU-MediatG wird die Heranziehung der Bestimmungen des ZivMediatG auch für grenzüberschreitend tätige **eingetragene Mediationspersonen** normiert. Daraus ergibt sich, dass ua auch die Vertraulichkeit iSd **§ 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO** sowohl materiell-rechtlich als auch auf prozessualer Ebene für inländische und grenzüberschreitende Mediationen eingetragener Mediationspersonen **einheitlich geregelt** ist. Wenn auch nicht ausdrücklich, so ist dieses Ergebnis im Wesentlichen **auch** für **Hilfspersonen der *eingetragenen* Mediationsperson iSd § 5 EU-MediatG festzuhalten**. Auch für deren Hilfspersonen gilt - bei sonstiger Umgehung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson - die materielle Vertraulichkeit iSd § 5 EU-MediatG. Zur prozessualen Umsetzungsbestimmung lässt sich jedoch kein entsprechend eindeutiges Ergebnis festhalten. Nachdem aus systematischen Gründen davon auszugehen wäre, dass sich auch Hilfspersonen auf das für eingetragene Mediationspersonen geltende Vernehmungsverbot iSd § 320 Z 4 ZPO berufen können, ist mE die Annahme eines **Aussageverweigerungsrechts** gem § 321 ZPO (generell **auch für eingetragene Mediationspersonen**) als **ausreichend** zu betrachten. Daher ist mMn davon auszugehen, dass

[401] *Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung (2013) § 119 Rz 14.

die Vertraulichkeit der Hilfspersonen eingetragener Mediationspersonen iSd EU-MediatG durch § 5 EU-MediatG iVm § 321 ZPO gesichert ist.

Die Vertraulichkeit **nicht-eingetragener Mediationspersonen** wird iSd EU-MediatG ausdrücklich **nur für grenzüberschreitend tätige nicht-eingetragene Mediationspersonen** durch **§ 3 EU-MediatG** normiert. Diese Vorschrift löst die Problematik der Ungleichbehandlung hinsichtlich der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen in Inlands- bzw grenzüberschreitenden Mediationen aus.
Die analoge Anwendbarkeit sowohl des § 3 EU-MediatG als auch des § 18 ZivMediatG scheidet mE aufgrund der eindeutig entgegenstehenden Ansicht der Gesetzgebung aus. Ebenso wenig bietet die Annahme, die Mediation an sich stelle ein Geschäftsgeheimnis der Mediationsperson dar, einen möglichen Ausweg. Diese Ansicht würde mE den Geschäftsgeheimnis-Begriff zu sehr ausdehnen bzw liefert auch das Gesetz keinen Anhaltspunkt für eine entsprechend generelle und ausdehnende Annahme.
Der letzte Ansatz, der zur Lösung der Ungleichbehandlung dargestellt wurde, bietet die Möglichkeit der **Anknüpfung an die gewerberechtliche Verschwiegenheit**. Die Problematik, die sich bei Heranziehung der gewerberechtlichen Vorschriften ergibt, ist, dass diese lediglich für jene nicht-eingetragenen Mediationspersonen zur Anwendung kommen können, die entsprechend „gewerbsmäßig“ tätig werden. Dies kann jedoch mE in der Praxis für nicht-eingetragene Mediationspersonen eine erhebliche Erleichterung bieten. Schließlich können sie durch die Berufung auf die gewerberechtliche Verschwiegenheiten den Mediationsparteien die Sicherheit bieten, über „anvertraute Informationen“ vor Gericht keine Aussagen machen zu müssen. Zusätzlich dehnt sich dieser Schutz (ähnlich § 18 ZivMediatG) auch im Zivilprozess auf deren „Hilfspersonen“ bzw Angestellte aus, wodurch ein der Regelung des § 3 EU-MediatG korrespondierender Schutz von vertraulichen Mediationsinformationen gewährleistet werden kann. Für die Vertraulichkeit von gewerbsmäßig handelnden nicht-eingetragenen Mediationspersonen sowie deren Hilfspersonen lässt sich zusammenfassend festhalten, dass die Bestimmungen der **§ 119 Abs 4 GewO iVm § 321 ZPO** eindeutig auch auf diese zur Anwendung gelangen.

	Eingetragene Mediationspersonen	**Nicht-eingetragene** Mediationspersonen
ZivMediatG / ZPO (Inlandsmediationen)	§ 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	§ 119 Abs 4 GewO (bei Gewerbsmäßigkeit), ansonsten § 321 Abs 1 Z 5 ZPO (bei Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis)
EU-MediatG / ZPO (grenzüberschreitende Mediationen in der EU)	§ 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO	§ 3 EU-MediatG iVm § 321 ZPO

Nachdem die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen in grenzüberschreitenden Mediationen gem § 3 EU-MediatG gesichert ist, hat auch für diese Vorschrift eine eingehende Untersuchung zu erfolgen, welche Aspekte des Mediationsverfahrens dadurch gesichert sind.

3.7 Inhaltliche Reichweite der Vertraulichkeitsbestimmung des § 3 EU-MediatG

Wie bereits erörtert, stellt die Bestimmung des § 3 EU-MediatG die Umsetzung des Art 7 Mediations-RL dar. In der Mediations-RL wurde zur Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson und deren Hilfspersonen[402] die Anforderung gestellt, dass sie in (Schieds-) Gerichtsverfahren keine Informationen aus der Mediation preisgeben dürfen. Diese in der Mediations-RL gestellten Ansprüche wurden in § 3 EU-MediatG im Wesentlichen umgesetzt. Demnach sind Mediationspersonen iSd § 3 EU-MediatG *„**grundsätzlich**“* zur Aussageverweigerung verpflichtet.[403] **Ausnahmen** von dieser „Aussageverweigerungspflicht“ sollen für Situationen gelten, in denen

- gem § 3 Z 1 EU-MediatG: eine Offenlegung entweder *„aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist um den Schutz des Kindeswohls zu*

[402] Wie schon zuvor bei der Darstellung der Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG, gelten die Ausführungen zu § 3 EU-MediatG neben nicht-eingetragenen Mediationspersonen - wenn auch nicht ausdrücklich angeführt - entsprechend für deren Hilfspersonen.
[403] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.

gewährleisten oder eine Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder"

- gem § 3 Z 2 EU-MediatG: *„die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zu deren Umsetzung oder Vollstreckung erforderlich ist."*

3.7.1 Zu den Tatbestandselementen

Im Gegensatz zur Vertraulichkeitsbestimmung des § 18 ZivMediatG normiert § 3 EU-MediatG eine **generelle Aussageverweigerungspflicht der Mediationsperson**. Daraus folgt, dass sich Interpretationsschwierigkeiten wie zu § 18 ZivMediatG bzgl „anvertrauter" oder „sonst bekannt" gewordener Tatsachen nicht stellen.

Ausschließlich zu **Unterlagen** aus der Mediation könnte vertreten werden, dass diese von dieser Generalklausel iSd § 3 EU-MediatG nicht erfasst sind. Dem kann jedoch entgegengehalten werden, dass die **Vertraulichkeit über Mediationsinformationen** wohl durch die **Herausgabe von Dokumenten umgangen** werden könnte. Wie schon zur Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson ausgeführt[404], lässt sich aus **§ 305 ZPO** ableiten, dass bei Bestehen einer „**staatlich anerkannten Verschwiegenheitspflicht"** die Herausgabe von Dokumenten aufgrund der sich daraus ergebenden Umgehungsgefahr verweigert werden kann. Eine „staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht" liegt vor, wenn es sich dabei um eine *„gesetzlich angeordnete Verschwiegenheit"* handelt und zusätzlich auch auf prozessualer Ebene geschützt wird.[405] Nachdem es sich bei § 3 EU-MediatG iVm § 321 ZPO um eine entsprechende „staatlich anerkannte Verschwiegenheitspflicht" handelt, ist davon auszugehen, dass Unterlagen aus der Mediation von der Mediationsperson nicht herausgegeben werden dürfen und daher vertraulich bleiben müssen.

Im Gegensatz zur Vertraulichkeitsregelung gem § 18 ZivMediatG werden in **§ 3 Z 1 und Z 2 EU-MediatG ausdrückliche Ausnahmen von der Vertraulichkeit** normiert. Bei Vorliegen einer der in den Z 1 und 2 geregelten Ausnahmeregelungen ist daher die nicht-eingetragene Mediationsperson iSd § 3 EU-MediatG dazu befugt bzw prozessual dazu verpflichtet, die

[404] Siehe dazu Punkt 3.3.6.4.

[405] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8; vgl dazu auch *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugnisablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff.

Mediation betreffende Aussagen zu machen. Im Anschluss werden die Umstände, unter denen eine entsprechende Aussage zulässig ist, dargestellt.

3.7.2 Ausnahmen von der Vertraulichkeit iSd § 3 EU-MediatG

3.7.2.1 Zu § 3 Z 1 EU-MediatG

Unterschiedliche Ausnahme-Fallgruppen von der Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson werden in § 3 Z 1 und 2 EU-MediatG normiert. In **§ 3 Z 1 EU-MediatG** wird festgelegt, dass die nicht-eingetragene Mediationsperson zur Aussage verpflichtet ist[406], sofern dies *„aus **vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung** (ordre public) geboten ist“*. Als Beispiele werden dabei der

- *„Schutz des Kindeswohls“*, oder
- die Sicherung der *„physischen oder psychischen Integrität einer Person“* angeführt.

In Deutschland wurde die Mediations-RL durch das dMediationsG umgesetzt, wo konkret in § 4 Z 2 dMediationsG dieselbe Ausnahme von der Verschwiegenheit der Mediationsperson geregelt wird. [407] In der dLit wird dazu vertreten, dass nur *„schwerwiegende Beeinträchtigungen“* die Aussagepflicht der Mediationsperson begründen würden und die Aussage zudem *„geboten“* sein müsse, also nicht durch alternative Vorgehensweise verhindert werden könne.[408] Sofern möglich, solle die Mediationsperson aber zunächst zB in einem Einzelgespräch auf die Dringlichkeit einer Änderung der derzeitigen Situation aufmerksam machen. Erscheine aber auch dieser Eingriff der Mediationsperson als zu gefährlich, so habe die Mediationsperson die zuständigen Behörden zu informieren und die Mediation abzubrechen.[409]

Wie sich aus diesen Ausführungen ergibt, muss der Bruch der Verschwiegenheit iSd dMediationsG die ultima ratio der Mediationsperson darstellen. Im Gegensatz dazu ist aber in

---

[406] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.

[407] **§ 4 dMediationsG: „***Der Mediator und die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen in Ausübung ihrer Tätigkeit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit (...)*
Z 2: *die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten ist, insbesondere um eine Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwiegende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden (...)“.*

[408] Wie etwa durch das *„Aufzeigen von Hilfsangeboten“*, *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 15.

[409] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 15.

§ 3 Z 1 EU-MediatG nicht von entsprechend „schwerwiegenden“ Beeinträchtigungen die Rede. Auch in der ursprünglichen Bestimmung des Art 7 Abs 1 lit a Mediations-RL wird der Bruch der Verschwiegenheit nicht an die Bedingung einer „schwerwiegenden“ Beeinträchtigung geknüpft.

Daraus ist ersichtlich, dass die europäische und österreichische Gesetzgebung den **Bruch der Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson als zulässig ansieht**, sofern entweder

- (irgendeine) **physische oder psychische Beeinträchtigung** einer Person vorliegt oder
- der **Schutz eines Kindeswohls gefährdet** ist,

weshalb die Aussage (aus Gründen der öffentlichen Ordnung) geboten erscheint.[410]

3.7.2.2 Zu § 3 Z 2 EU-MediatG

Eine weitere Ausnahme von der Vertraulichkeit wird für die nicht-eingetragene Mediationsperson in der Z 2 geregelt. Gem § 3 Z 2 EU-MediatG besteht die Ausnahme der Vertraulichkeit darin, dass die **nicht-eingetragene Mediationsperson Informationen aus der Mediation zu offenbaren** hat, sofern dies zur ***„Umsetzung oder Vollstreckung“*** der Mediationsvereinbarung erforderlich ist.

Wie bereits zum ZivMediatG erörtert[411], erscheint mE **nicht nur die Herausgabe von Unterlagen**, die das Mediationsergebnis dokumentieren, sondern **auch die Aussage** darüber als **unbedingt geboten**. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass sich „nicht nur“ Unklarheiten hinsichtlich der Auslegung der Meditationsvereinbarung ergeben, sondern auch generelle Unsicherheiten über ihr Vorliegen entstehen können. ME erscheint es unzweifelhaft im Zweck dieser Bestimmung (wie zB auch in § 17 Abs 2 ZivMediatG ausdrücklich geregelt), dass das in der Mediation vereinbarte Ergebnis im Zweifelsfall auch durch die Aussage der Mediationsperson „ins rechte Licht“ gerückt wird und damit der Durchsetzung der Vereinbarung zum Erfolg verholfen wird.

Dieses Mindestmaß an gesetzlicher Regulierung, um die Durchsetzung eines vereinbarten Mediationsergebnisses aus einer Mediation zu sichern, ist durch die Normierungen des § 17 Abs 2 ZivMediatG für Inlandsmediationen bzw nun auch durch § 3 Z 2 EU-MediatG für Auslandmediationen gelungen. Dabei ist zu beachten, dass die Mediationsparteien schließlich im Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsvereinbarung darauf vertrauen, dass sich die

[410] Ebenso *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 303.
[411] Siehe dazu Punkt 3.3.6.6.4.

jeweils andere Mediationspartei an die Übereinkunft hält. Ändert diese andere Mediationspartei ihre Meinung, so könnte sie - bei Nichtbestehen dieser Ausnahmen - davon ausgehen, dass die Mediationsvereinbarung „sowieso“ durch die andere Partei im Prozess nicht durchgesetzt werden könne. Schließlich könnte sie bestreiten, dass eine entsprechende Vereinbarung vorliegt und die Mediationsperson könnte über das Mediationsergebnis weder einvernommen, noch zur Herausgabe der Dokumente darüber, verpflichtet werden. Diese Möglichkeit durch eine minimale gesetzliche Regulierung zu unterbinden, bewahrt die Mediationsparteien davor, dass ihr Vertrauen zur Einhaltung der Mediationsvereinbarung durch die andere Mediationspartei missbraucht wird.

In diesem Zusammenhang ist auf eine weitere Ausnahme, die zwar nach dem ZivMediatG besteht, aber im EU-MediatG nicht normiert wurde, aufmerksam zu machen. Konkret geht es darum, dass die Mediationsperson von Gesetzes wegen dazu verpflichtet wird, über bestimmte Gegebenheiten, die die Mediation betreffen, Aufzeichnungen zu machen.

3.7.3 Aufzeichnungen der Mediationsperson zu Beweiszwecken

Wie bereits ausführlich erörtert, hat die eingetragene Mediationsperson iSd ZivMediatG zu bestimmten **Beweiszwecken Aufzeichnungen** zu machen[412]. Davon umfasst sind die Dokumentation über den Beginn und das Ende der Mediation (für den Fristenlauf) sowie die Aufzeichnung des Mediationsergebnisses (§ 17 Abs 1 und 2 ZivMediatG).

Während in § 3 Z 2 EU-MediatG die *„Offenlegung des **Inhalts**“* der Mediationsvereinbarung geregelt wird (darauf wird sogleich bei den Ausnahmen noch näher eingegangen), findet sich **keine** entsprechende Ausnahme hinsichtlich der offenzulegenden (?) **Dokumente über Beginn und Ende** der Mediation. Die konkrete Vorschrift, die die Hemmung von Fristen im EU-MediatG normiert, stellt § 4 EU-MediatG dar. Darin wird zwar - im Gegensatz zum ZivMediatG - eine „**Ablaufshemmung**“[413] für die in der Mediation behandelnden Ansprüche der Mediationsparteien normiert, eine Dokumentationspflicht der Mediationsperson lässt sich daraus aber nicht ableiten. Obwohl durch das EU-MediatG zwar „nur“ der Fristen***ablauf*** und nicht der Fristen*fortlauf* gehemmt wird, erscheint die Dokumentation über den tatsächlichen Beginn bzw das Ende trotzdem genauso relevant wie nach dem ZivMediatG. Schließlich kann

[412] Siehe dazu Punkt 3.3.6.6.1.

[413] Im Gegensatz zur Fortlaufshemmung, der den *Fortlauf* der Frist stoppt, wird bei der Ablaufshemmung ausschließlich das *Verstreichen* der Frist gehemmt. Die Frist für einen Anspruch läuft während aufrechter Mediation weiter. Der Ablauf einer Frist für einen Anspruch aus der Mediation wird durch die Ablaufshemmung verhindert, indem selbst nach einer gescheiterten Mediation binnen „angemessener Frist“ der Anspruch noch geltend gemacht werden kann, *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 232.

auch für den Ablauf der Fristen genauso der Beginn, das Ende oder ein dazwischenliegender Zeitpunkt, in dem die Frist abgelaufen wäre, relevant sein, da durch § 4 EU-MediatG dann die vorgesehene Hemmung in Kraft tritt.

Für die **Praxis** wird daher eine dem **ZivMediatG entsprechende Bestätigung über Beginn und Ende der Mediation erforderlich** sein, um den **Fristenablauf zu verhindern**. Daher ist es mE unbedingt notwendig, dass eine entsprechende Dokumentation durch eine außenstehende ***allparteiliche*** Person, also durch die **Mediationsperson**, geschieht. Schließlich liegt es mE nicht nur im **Interesse** der nicht-eingetragenen Mediationsperson iSd EU-MediatG, die Mediationsparteien durch eine entsprechende Dokumentation zufrieden zu stellen, sondern auch in ihrer **Pflicht**, die Mediationsparteien vor Nachteilen zu bewahren. Immerhin wird auch in § 2 Abs 1 Z 2 EU-MediatG die Anforderung an die Mediationsperson gestellt, dass sie die Mediation *„auf **wirksame** (...) und **sachkundige Weise**“* durchführt[414]. Wenngleich keine spezifischen Anforderungen an die Ausbildung oder Expertise der Mediationsperson gestellt werden[415], so ergibt sich mE daraus trotzdem die (Treue-)Pflicht der Mediationsperson, die Mediationsparteien vor Nachteilen bewahren. Eine davon stellt die **Dokumentationspflicht** über das **Stattfinden der Mediation** sowie die **Offenlegungs- und Aussagepflicht** über **entsprechende Aufzeichnungen** dar.

Daraus ergibt sich, dass auch die Mediationsperson des § 3 EU-MediatG zur Dokumentation über den Zeitraum der Mediation, sowie zur Offenlegung darüber verpflichtet ist.

Ein weiterer Aspekt, der im Rahmen der Bearbeitung der Reichweite der Vertraulichkeit gem § 3 EU-MediatG zu behandeln ist, stellt die Möglichkeit zur **Entbindung der nicht-eingetragenen Mediationsperson durch die Mediationsparteien** dar. Während dies nach Ansicht der Gesetzgebung für § 18 ZivMediatG völlig unmöglich erscheint[416], wird die Entbindung nicht-eingetragener Mediationspersonen iSd EU-MediatG als zulässig angesehen, worauf sogleich einzugehen ist.

3.7.4 Entbindung der Mediationsperson iSd § 3 EU-MediatG

Im Gegensatz zur Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG besteht gem § 3 EU-MediatG **ausdrücklich** die **Möglichkeit**, die **nicht-eingetragene Mediationsperson iSd EU-MediatG**

[414] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 9.
[415] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 9.
[416] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 37; Siehe dazu Punkt 3.5.4.

von ihrer **Verschwiegenheitspflicht** zu **entbinden.**[417] Dies ergibt sich nicht nur **ausdrücklich** aus dem **Gesetzestext**[418] sondern auch aus den **Erläuterungen** zu § 3 EU-MediatG: Demgemäß ist die prozessuale Durchsetzungsbestimmung der Vertraulichkeit der Mediationsperson in die Gruppe der Aussageverweigerungsrechte (iSd § 321 ZPO[419]) eingegliedert worden.[420]

Generell werden durch die Verschwiegenheitspflichten iSd § 321 ausschließlich jene Personen geschützt, deren Informationen geheim zu halten sind. Daraus ergibt sich, dass grds eine Entbindung möglich ist, sofern die **Zustimmung** von **allen Betroffenen mit entsprechenden Geheimhaltungsinteressen** vorliegt. [421] Demnach soll es den Mediationsparteien (gemeinsam!) möglich sein, die Mediationsperson von ihrer Verpflichtung zur Verschwiegenheit zu entbinden.

Umgekehrt hat dies für die Mediationsperson zu bedeuten, dass **solange keine Entbindungserklärung durch sämtliche Mediationsparteien** vorliegt, sie die **Pflicht zur Aussageverweigerung** trifft. Erst wenn sämtliche Mediationsparteien der Entbindung der Mediationsperson von ihrer Verschwiegenheit zugestimmt haben, ist die Mediationsperson zur Aussage verpflichtet.[422]

Dass die Gesetzgebung die Entbindung der nicht-eingetragenen Mediationsperson von der Verschwiegenheit als zulässig erachtet, ist grds zu begrüßen, aus systematischen Gesichtspunkten scheint es jedoch nicht nachvollziehbar. Dem Argument, dass die Gesetzgebung diese, die Entbindung für zulässig erachtende Sichtweise zur richtlinienkonformen Umsetzung der Mediations-RL zu übernehmen hatte, kann Folgendes entgegengehalten werden: Gem Art 7 Abs 2 Mediations-RL besteht für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit strengere Maßnahmen *„zum Schutz der Vertraulichkeit der Mediation“* zu erlassen.[423] Es wäre daher für die Gesetzgebung möglich gewesen, die Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson iSd EU-MediatG ebenfalls durch ein Vernehmungsverbot zu sichern. So hätten auch diese von ihrer Verpflichtung zur

---

[417] Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei einer Entbindung um eine privatrechtliche Erklärung, die nach materiellem Recht zu beurteilen ist, *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 19 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[418] **§ 3 EU-MediatG**: *„Sofern die **Parteien nichts anderes vereinbaren**, haben Mediatoren (...) die Aussage zu Informationen zu verweigern (...)“.*

[419] *Fucik,* EU-MediatG und ZivMediatG - ein Überblick, ÖJZ 2011/97 (942).

[420] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.

[421] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 18 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[422] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 18 (Stand 30.4.2004, rdb.at).

[423] Art 7 Mediations-RL.

Vertraulichkeit nicht entbunden werden können. Weshalb jedoch eine Abkehr von der restriktiven Auffassung der Gesetzgebung erfolgt ist, erscheint nicht nachvollziehbar.
Wie bereits zur Entbindung der eingetragenen Mediationsperson erörtert[424], erscheint mE die **Zulässigkeit der Entbindung der Mediationsperson** von der Verschwiegenheit durch **sämtliche Mediationsparteien** trotzdem als **zweckmäßig** bzw **methodisch richtig(er)**. Den Mediationsparteien im Zivilprozess ihre Selbstverantwortlichkeit völlig abzuschneiden und die Verfügungsmacht über die Freigabe ihrer Informationen durch eine allparteiliche Person zu verwehren, ist (auch durch die Begründung der Gesetzgebung) nicht nachvollziehbar.

Mit der Darstellung der inhaltlichen Reichweite der Vertraulichkeitsvorschrift des § 3 EU-MediatG ist die Analyse darüber, welche Personen von den Vertraulichkeitsvorschriften des ZivMediatG bzw EU-MediatG erfasst sind und wie weitgehend ihr Schutzbereich ist, abgeschlossen.
Im Anschluss soll nun darauf eingegangen werden, wie die berufsrechtliche Vertraulichkeit der Mediationspersonen mit anderen, allfällig bestehenden, berufsrechtlichen Vertraulichkeitsvorschriften harmoniert bzw ob eine Vertraulichkeitsvorschrift die andere verdrängt.

3.8 Die Vertraulichkeit der Mediationsperson neben anderen berufsrechtlichen Vorschriften

In der Praxis stellt sich die Frage, inwiefern bestehende berufsrechtliche Vertraulichkeitsvorschriften mit der mediations-gesetzlichen Vertraulichkeitsregelung des § 18 ZivMediatG bzw vereinbar sind und ob eine Vertraulichkeitsvorschrift die andere (bspw als lex specialis) verdrängt. Diese Problemlage, die sich aus der Kollision zweier berufsrechtlicher Vertraulichkeitsbestimmungen ergeben kann, soll am Bsp der berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht für Anwält/innen gem § 9 Abs 2 RAO dargestellt und erörtert werden.

[424] Siehe dazu Punkt 3.5.7 ff.

3.8.1 Allgemeines zur berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflicht von Rechtsanwält/innen

Rechtsanwält/innen sind grundsätzlich nach § 9 Abs 2 RAO[425] zur Verschwiegenheit verpflichtet. Danach sind sie nicht nur über ihnen *„**anvertraute Angelegenheiten**“* sondern auch über *„die ihm (ihnen)* ***sonst in seiner*** *(ihrer)* ***beruflichen Eigenschaft bekanntgewordenen Tatsachen***“ zur Verschwiegenheit verpflichtet.[426]

Die Verschwiegenheitspflicht des § 9 Abs 2 RAO wird zudem in den §§ 63 bis 69 RL-BA speziell für als Mediationspersonen tätige Rechtsanwält/innen konkretisiert. Diese Richtlinien wurden vom Österreichischen **Rechtsanwaltskammertag nach § 37 RAO aufgrund einer Verordnungsermächtigung erlassen**.[427]

3.8.2 Rechtslage für als Mediationsperson tätige Rechtsanwält/innen

Gem § 65 Abs 1 RL-BA soll der/die als Mediationsperson tätige Rechtsanwalt/Rechtsanwältin zur *„umfassenden Verschwiegenheit berechtigt und verpflichtet“* sein. § 8 Abs 5 RAO normiert jedoch spezifisch für den/die Rechtsanwalt/Rechtsanwältin, die als Mediationsperson tätig wird, dass er/sie *„dabei die ihn (sie) als Rechtsanwalt (Rechtsanwältin) treffenden Berufspflichten einzuhalten“* hat, wobei *„besondere Regelungen für Mediatoren nach anderen Rechtsvorschriften (...) dadurch nicht berührt“* werden.

Daraus lässt sich ableiten, dass Rechtsanwält/innen auch bei Tätigwerden als Mediationsperson **weiterhin an ihre anwaltlichen Berufspflichten gebunden** sind.[428] Durch diese Vorschrift wird Rechtsanwält/innen nach der Absicht der Gesetzgebung jedoch nicht die allgemeine Befugnis übertragen, als Mediationsperson tätig zu werden bzw soll dadurch va auch nicht in *„Sonder-Mediatorenrecht(e)“* eingegriffen werden.[429]

---

[425] **§ 9 Abs 2 RAO**: *„Der Rechtsanwalt ist zur Verschwiegenheit über die ihm anvertrauten Angelegenheiten und die ihm sonst in seiner beruflichen Eigenschaft bekanntgewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse seiner Partei gelegen ist, verpflichtet. Er hat in gerichtlichen und sonstigen behördlichen Verfahren nach Maßgabe der verfahrensrechtlichen Vorschriften das Recht auf diese Verschwiegenheit.“*

[426] OBDK 14. 10. 1991, Bkd 92/89m Anm *Strigl*, AnwBl 1993, 4477; VfSlg 13.565.

[427] OGH 29.10.1996, 4 Ob 2276/96a; VfSlg 9470.

[428] *Hopf,* Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, 49.

[429] ErläutRV 1638 BlgNr 20. GP; *Roth/Gherdane* in *Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation, 139.

3.8.3 Zivilprozessuale Absicherung der berufsrechtlichen Vertraulichkeit von Rechtsanwält/innen

Für die Durchsetzung der anwaltlichen Verschwiegenheitspflicht gem § 9 Abs 2 RAO kommen auf prozessualer Ebene zwei Aussageverweigerungsrechte des § 321 ZPO in Betracht: Einerseits wird durch § 321 Abs 1 Z 4 ZPO speziell für Rechtsanwält/innen normiert, dass diese die Aussage über sämtliche Tatsachen die ihnen *„in seiner (ihrer) Eigenschaft als Rechtsanwalt von seiner (ihrer) Partei anvertraut wurden"* zu verweigern haben.

Weitergehend ist jedoch die gesetzliche Aussageverweigerungsregelung des § 321 Abs 1 Z 3 ZPO, wonach unter anderem die Verschwiegenheit der Rechtsanwält/innen als eine *„staatlich anerkannte Pflicht"* angesehen wird. Daran anknüpfend wird ihnen ein Entschlagungsrecht über sämtliche Tatsachen, die ihnen *„anvertraut (...) und (...) sonst in seiner (ihrer) beruflichen Eigenschaft bekannt gewordenen Tatsachen, deren Geheimhaltung im Interesse der Partei"* liegt, eingeräumt.[430]

Die Regelung der Z 3 ist im Vergleich zu Z 4 insofern weitergehend, als der Schutzbereich grds das *„spezifische Vertrauensverhältnis (im Bereich der Dienstleistungserbringung) schützt"*.[431] Dieser Ansicht liegt die Auffassung zugrunde, dass die Ausübung freier Berufe grds nicht durchführbar wäre, wenn sich die Parteien nicht auf den vertraulichen Umgang ihrer Informationen verlassen könnten. Das Vertrauensverhältnis wird daher als Voraussetzung dafür gesehen, dass sich die Parteien ohne Vorbehalte öffnen. Dies wiederum ist für die erfolgreiche Ausübung dieser freien Berufe erforderlich. Daraus folgend soll dieses spezielle, zwischen einem/einer Mandanten/Mandantin und einer freiberuflich tätigen Person bestehende Vertrauen durch die weitergehende Vorschrift der Z 3 geschützt werden.[432]

3.8.4 Der/die Rechtsanwalt/Rechtsanwältin als eingetragene Mediationsperson

Rechtsanwält/innen, die die Voraussetzungen zur Eintragung in die Liste der Mediator/innen erfüllen (eingetragene Mediator/innen), sind gem § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO im Zivilprozess zur Vertraulichkeit verpflichtet. Gem § 8 Abs 5 RAO gilt jedoch, dass Rechtsanwält/innen, die als Mediator/innen tätig werden, ebenso ihre Berufspflichten einzuhalten haben. Daraus folgt, dass neben der Vertraulichkeit iSd § 18 ZivMediatG auch

[430] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 21 (rdb.at, Stand 30.4.2004).
[431] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 16 (rdb.at, Stand 30.4.2004).
[432] OGH 21.12.2004, 4 Ob 228/04i; *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 16 (rdb.at, Stand 30.4.2004).

die für Rechtsanwält/innen geltende berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht iSd § 9 Abs 2 RAO (iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO) anwendbar ist.

§ 8 Abs 5 letzter Satz RAO normiert jedoch weiters, dass in **besonders für Mediator/innen geltende Rechte nicht eingegriffen** werden soll, was das **Bestehenbleiben beider Regelungen nebeneinander in Frage** stellt.[433] Schließlich wäre in diesem Zusammenhang argumentierbar, dass die Normierung der Vertraulichkeit der Mediationspersonen gem § 18 ZivMediatG entsprechendes *„Sonder-Mediatorenrecht"* darstellt.

Anschließend soll daher diskutiert werden, ob und wenn ja, in welchem Umfang die mediationsrechtliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG neben einer anderen berufsrechtlichen Vertraulichkeitsvorschrift (hier: der anwaltlichen Verschwiegenheit iSd § 9 Abs 2 RAO) bestehen kann.

3.8.4.1 Historische Absicht der Gesetzgebung

Unter Zugrundelegung der ErläutRV zu der „Ur-Vertraulichkeitsbestimmung" gem § 99 Ehe-RÄG, wird erkennbar, dass diese von besonderer Bedeutung ist. In den ErläutRV zu der konkreten Bestimmung wird angemerkt, dass *„andere Verschwiegenheitsverpflichtungen, denen der Mediator (zum Beispiel als Rechtsanwalt oder als Psychotherapeut) nach anderen Vorschriften allenfalls auch in seiner Mediationstätigkeit unterliegt, durch die hier getroffenen Regelungen (also § 99 Ehe-RÄG) über die Verschwiegenheitspflicht insoweit unberührt bleiben, als sie weiter gehen als die hier besprochene Schweigepflicht. Korrespondierendes gilt auch hinsichtlich prozeßrechtlicher [sic!] Bestimmungen".*[434]

An diesem (historischen) Willen der Gesetzgebung ist erkennbar, dass die Vertraulichkeit der Mediationsperson - wenn auch durch andere berufsrechtliche Vertraulichkeitsvorschriften - möglichst weitreichend gesichert werden wollte. Diese Sicherung sollte nicht nur materiell, sondern insb auch auf prozessrechtlicher Ebene bei Durchsetzung der Vertraulichkeit gelten.

Das bedeutet, dass Mediator/innen[435] grds an die ihnen durch § 99 Ehe-RÄG übertragene Verschwiegenheitspflicht gebunden waren. Haben jedoch neben dieser Vertraulichkeitsregelung weitere, umfassendere berufsrechtliche Verschwiegenheitspflichten bestanden, so hatten Mediator/innen bei der Einhaltung der Verschwiegenheit auch diese zu berücksichtigen.

---

[433] ErläutRV 1638 BlgNr 20. GP; Siehe dazu auch *Roth/Gherdane* in *Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation (2008) 139.

[434] 1653 BlgNr 20. GP 30.

[435] Zu diesem Zeitpunkt bestand noch keine Zweiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen, da das ZivMediatG erst im Jahr 2004 erlassen wurde.

3.8.4.2 Meinungsstand

In der Lit wurde diese Problematik bisher nur von *Hopf* erkannt und auch von ihm nur im Ansatz thematisiert. Er geht (wahrscheinlich an diese Ansicht der Gesetzgebung anknüpfend) davon aus, dass bei Kollision zweier Verschwiegenheitsverpflichtungen, also einer sonstigen berufsrechtlichen Vertraulichkeitsbestimmung mit der, die für eingetragene Mediator/innen gem § 18 ZivMediatG gilt, jene der beiden Vorschriften der Vorrang einzuräumen sei, welche die Vertraulichkeit **am umfangreichsten schützt**.[436]

Im Gegensatz zu dieser in der Lit vertretenen Auffassung, wird in der dLit zum dMediationsG eine völlig konträre Auffassung vertreten. Nach der entsprechenden Auffassung verdrängt die Vertraulichkeit der Mediationsperson die andere berufsrechtliche Verschwiegenheitsverpflichtung als **lex specialis**[437], was das Bestehenbleiben beider Regelungen nebeneinander grds ausschließt.

3.8.4.3 Eigene Meinung

Wie sich aus dem (historischen) gesetzgeberischen Willen zu der Vertraulichkeitsbestimmung gem § 99 Ehe-RÄG bzw auch aus der von *Hopf* vertretenen Ansicht ergibt, besteht für die eingetragene Mediationsperson die Möglichkeit, sich auf jene Vertraulichkeitsvorschrift zu berufen, die ihre Verschwiegenheit am umfassendsten schützt. Im Gegensatz zu dieser („Wahl"-)Möglichkeit wird in der dLit davon ausgegangen, dass die mediations-gesetzliche Vertraulichkeit generell sämtliche andere berufsrechtlichen Verschwiegenheitspflichten verdrängt.

ME ist dem von *Hopf* entwickelten Ansatz der Wahlmöglichkeit der eingetragenen Mediationsperson aus folgenden Gründen zu folgen:
Die Sicherung der Vertraulichkeit für als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen wurde ausdrücklich durch § 8 Abs 5 RAO normiert, wonach diese selbst bei Tätigwerden als

---

[436] *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, 49; Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes und für die Überwachung der Pflichten des Rechtsanwaltes und des Rechtsanwaltsanwärters (RL-BA 1977), http://www.rechtsanwaelte.at/downloads/rl_ba10052011.pdf, abgerufen am 9.7.2013; **§ 65 RL-BA**:
„(1) Der Rechtsanwalt als Mediator ist zur umfassenden Verschwiegenheit berechtigt und verpflichtet. Selbst wenn er von seiner Verschwiegenheitspflicht entbunden werden sollte, hat er sein Recht auf Verschwiegenheit in Anspruch zu nehmen.
(2) Die Verschwiegenheitspflicht des Mediators beinhaltet auch, daß (sic!) er eigene Aufzeichnungen nicht herausgeben darf. Sonst erhaltene Unterlagen darf er an die Parteien oder deren Vertreter zurückstellen, aber nicht an Dritte oder Gerichte (Behörden) herausgeben.
(3) Die Verschwiegenheitspflicht gilt nicht für die Mitteilung an die Gerichte (Behörden), daß [sic!] eine Mediation zwischen bestimmten Parteien stattgefunden hat, wann diese begonnen und geendet hat."

[437] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 6.

Mediationsperson ihre beruflichen Pflichten weiterhin einzuhalten haben. Zu diesen Berufspflichten zählt ua auch die Vertraulichkeit iSd § 9 Abs 2 RAO, woraus sich die Zulässigkeit der Berufung darauf für als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen ergibt.

Gegen die Zulässigkeit dieser Annahme könnte sprechen, dass § 8 Abs 5 letzter Satz RAO die Anwendbarkeit der beruflichen Vertraulichkeitsvorschrift für Anwält/innen ausschließe, da dadurch in Sonder-Mediatorenrecht (konkret: § 18 ZivMediatG) eingegriffen werde. Diesem Argument kann jedoch entgegen gehalten werden, dass durch die Berufung auf die Vertraulichkeit gem § 9 Abs 2 RAO iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO nicht in Sondermediatoren-Recht eingegriffen wird, wenn die Berufung aus dem Grund erfolgt, dass diese die Vertraulichkeit umfassender schützt. Dadurch wird nicht in besonders für Mediator/innen geltende Rechte zu dem Zweck eingegriffen, dass diese in ihren Rechten beschränkt werden. Vielmehr liegt dieser Möglichkeit der Berufung auf § 9 Abs 2 RAO die Überlegung zugrunde, dass die anwaltliche Vertraulichkeit Informationen aus der Mediation (besser da) umfassender schützt. Die RAO normiert in § 8 Abs 5 für als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen ausdrücklich, dass sie selbst bei Tätigwerden als Mediator/innen ihre berufsrechtlichen Pflichten einzuhalten haben. Demnach ist die Berufung auf § 9 Abs 2 RAO für als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen ausdrücklich zulässig. Entsprechend ergibt sich daher, dass die Berufung auf die anwaltliche Verschwiegenheit für als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen grds möglich ist und sich als Mediationspersonen tätige Rechtsanwält/innen auf diese auch berufen müssen.

Wenngleich für das ZivMediatG keine entsprechend ausdrückliche Regelung - nach der die Berufung auf eine andere berufsrechtliche Verschwiegenheitspflicht als gem § 18 ZivMediatG zulässig ist - besteht, so wird bei Konzentration auf den Schutzzweck der Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG erkennbar, dass auf das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Mediationsperson und Mediationsparteien abgestellt wird.[438] Entsprechendes gilt in diesem Zusammenhang auch für die Vertraulichkeit der RAO, wonach die Wahrung der Parteiinteressen im Fokus der Vertraulichkeit gem § 9 Abs 2 RAO liegt.[439] Nachdem für die RAO eindeutig bzw für das ZivMediatG durch teleologische Interpretation festgestellt werden konnte, dass der Schutz beider Vertraulichkeitsbestimmungen in der Einhaltung der (Konflikt-)Parteiinteressen besteht, scheint die Berufung auf beide Vertraulichkeitsbestimmungen der § 18 ZivMediatG oder § 9 Abs 2 RAO grds zulässig.

---

[438] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29 f.

[439] *Tades,* Rechtsanwaltsordnung[8] (2002) § 9; *Lohsing/Braun*, Österreichisches Anwaltsrecht[2] (1950) § 9, 117.

Des Weiteren spricht insb die ausdrückliche Regelung des § 35 Abs 1 ZivMediatG für die vertretene Ansicht, dass grundsätzlich **beide Vertraulichkeitsbestimmungen nebeneinander bestehen** bleiben können, und im Einzelfall abzuwägen sein wird, welcher der Vertraulichkeitsvorschriften der Vorrang einzuräumen ist. In der konkreten Bestimmung wird für gewerbsmäßig ausgeübte Mediationen, die in den Anwendungsbereich der GewO fallen, ausdrücklich normiert, dass die Bestimmungen der GewO für eingetragene Mediator/innen **nicht** zur Anwendung kommen sollen. In den ErläutRV zu § 35 Abs 1 ZivMediatG wird auf den Entwurf zu § 2 Abs 2 ZivMediatG weiterverwiesen[440], indem ausdrücklich für Rechtsanwält/innen, Notar/innen etc auf die Möglichkeit aufmerksam gemacht wird, dass diese **weiterhin als Vermittlungsperson tätig werden können** und ihre **Rechte und Pflichten nicht verdrängt oder beschränkt werden**. In den ErläutRV steht, dass *„eine solche Wirkung durch Abs. 2 ausdrücklich ausgeschlossen werden“*[441] soll. Rechtsanwält/innen werde dadurch ermöglicht, dass sie weiterhin *„zwischen Klienten vermittelnde Gespräche ohne Bedachtnahme auf die neue Regelung“*[442] führen können. Diese Ausführungen wurden ident in § 2 Abs 2 ZivMediatG bzw den dazu ErläutRV aufgenommen.[443] Dadurch ist eindeutig klargestellt, dass diese weiterhin auch an ihre berufsrechtliche Vertraulichkeit gebunden sind.[444]

Nachdem daher die Zulässigkeit der Berufung auf beide Vertraulichkeitsvorschriften nachgewiesen wurde, scheidet auch die Qualifikation des **ZivMediatG als lex specialis** - wie nach der Lit zu dem dMediationsG - aus. Dies ergibt sich mE daraus, dass das ZivMediatG grds das „allgemeine“ Berufsrecht eingetragener Mediator/innen darstellt. Im vorliegenden Fall stellen jedoch die RL-BA, bzw konkret § 65 Abs 1 RL-BA die speziellere Regelung dar, da diese die Verpflichtung zur Verschwiegenheit für als Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen normiert. Daraus folgt, dass § 65 Abs 1 RL-BA als speziellere Regelung heranzuziehen wäre. Aus § 8 Abs 5 RAO ergibt sich jedoch die ausdrückliche Vereinbarkeit anwaltlicher Verschwiegenheitsrechte mit anderen, besonders für Mediator/innen geltenden Rechte.

Daraus ergibt sich für als eingetragene Mediationspersonen tätige Rechtsanwält/innen, dass sie sich sowohl auf die mediations-rechtliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG iVm §

[440] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 36.
[441] ErläutRV 1284 BlgNr 21. GP 11.
[442] ErläutRV 1284 BlgNr 21. GP 11.
[443] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 21.
[444] *Fuchshuber,* Mediation im Zivilrecht (2004) 6 f.

320 Z 4 ZPO als auch auf die andere Vertraulichkeit gem § 9 Abs 2 RAO iVm § 321 Z 3 ZPO berufen können. Für die Praxis wird für die **Berufung auf die Vertraulichkeit ausschlaggebend** sein, welche gesetzliche Bestimmung die Vertraulichkeit **umfassender** schützt.

3.8.5 Rechtsanwält/innen als nicht eingetragene Mediator/innen

Für nicht-eingetragene Mediator/innen kommen die Bestimmungen des ZivMediatG gem § 3 Abs 1 Z 2 ZivMediatG[445] und daher auch die Vertraulichkeitsvorschrift gem § 18 ZivMediatG nicht zur Anwendung. Daraus folgt, dass sich auch **als nicht-eingetragene Mediator/innen tätige Rechtsanwält/innen auf die Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO nicht berufen können**. Rechtsanwält/innen, die die Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste der eingetragenen Mediator/innen daher nicht erfüllen, können sich auf ihre berufsrechtlich geltende Verschwiegenheitspflicht gem § 9 Abs 2 RAO iVm § 321 Z 3 ZPO berufen, da die Mediation einen Teil des Berufsbildes von Rechtsanwält/innen darstellt (§§ 63 ff RL-BA).[446]

Handelt es sich jedoch um **gewerbsmäßig tätige nicht-eingetragene Mediationspersonen**, die sich auf die Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 GewO berufen dürfen, so wird auch in diesen Konstellationen der bereits zuvor dargestellte **Grundsatz des „umfassenderen Schutzes der Vertraulichkeit" heranzuziehen** sein. Daraus ergibt sich, dass abhängig vom Einzelfall und dem Erfordernis des umfassenderen Schutzes eine Berufung auf die gewerberechtliche Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 GewO iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO oder auf die anwaltliche Verschwiegenheit gem § 9 Abs 2 RAO iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO zu erfolgen hat.

3.9 Ergebnis

In § 18 ZivMediatG wurde die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson sowie deren Hilfspersonen für Zivilrechtsmediationen gesetzlich geregelt. Für die grundlegende Problematik, der ungewissen inhaltlichen Reichweite dieser Bestimmung, konnten in diesem Kapitel folgende Feststellungen getroffen werden.

---

[445] **§ 3 Abs 1 ZivMediatG** *„Soweit in diesem Bundesgesetz (...)*
***Z 2**: vom Mediator die Rede ist, ist damit die eingetragene Mediatorin oder der eingetragene Mediator gemeint."*

[446] *Steinacher,* Die Mediationsrichtlinie, AnwBl 2000, 124 ff.

Zur gesetzlichen Vertraulichkeit der Mediationsperson und deren inhaltlicher Reichweite

Hinsichtlich sog „**anvertrauter**“ Informationen in Mediationen ist festzuhalten, dass generell von einem **weiten Schutzbereich** auszugehen ist. Dies ergibt sich im Wesentlichen aus der vergleichenden Betrachtung mit anderen berufsrechtlichen Vertraulichkeitsbestimmungen (wie zB von Anwält/innen). Aufgrund der beruflichen Vertraulichkeitsstellung und der dabei bestehenden schutzbedürftigen Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien ergibt sich, dass aus den gebildeten Fallgruppen nicht nur unmittelbare (Einzel-)Gespräche mit der Mediationsperson, sondern bereits auch „erste mediatorische Auskünfte“ in den Schutzbereich des § 18 ZivMediatG fallen.

Für das zweite Tatbestandselement der „**sonst bekannt**“ gewordenen Informationen ist festzuhalten, dass sonstige, insb **non-verbale Kommunikation** (die sich zB in Beobachtungen der Mediationsperson äußern kann) vertraulich ist. Dies ergibt sich wiederum aus den **schutzbedürftigen Geheimhaltungsinteressen** der Mediationsparteien, die durch Einlassung in die Mediation und in dem Vertrauen auf die berufliche Stellung der eingetragenen Mediationsperson bestehen. Betreffend sog „**offenkundiger Tatsachen**“ ist hingegen zu **unterscheiden**, ob es um die Aussage der eingetragenen Mediationsperson in einem zivilgerichtlichen Verfahren, oder ausschließlich um das Mediationsverfahren selbst geht. Während die Mediationsperson auf die Herstellung/Beibehaltung eines gewissen **Machtgleichgewichts zwischen den Mediationsparteien** zu achten hat (und daher die **Offenbarung offenkundiger Tatsachen** - einzelfallabhängig - **erforderlich sein kann**), gilt für den **Zivilprozess** bzw **generell gegenüber Dritten**, dass sie zur **Verschwiegenheit verpflichtet** ist. Die Begründung dafür liegt darin, dass die Vertraulichkeit gegenüber Dritten, vor allem aber (auch) im Zivilprozess den **Kernbereich der materiellen Vertraulichkeit** gem § 18 ZivMediatG darstellt und damit **schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen** der Mediationsbeteiligten betreffen. Korrespondierend wurde die gesetzliche Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson für den Zivilprozess gem § 320 Z 4 ZPO durch ein Beweisaufnahmeverbot gesetzlich ausdrücklich gesichert.

Schließlich ist in Zusammenhang mit der inhaltlichen Reichweite noch auf **Dokumente**, die entweder durch die Mediationsparteien übergeben wurden, oder durch die Mediationsperson anlässlich der Mediation erstellt worden sind, einzugehen. Für Dokumente, die **durch** die **Mediationsparteien übergeben** worden sind, gilt, dass die Mediationsperson die **Herausgabe** darüber ausdrücklich zu **verweigern** hat. Dies ergibt sich gem § 305 Z 4 ZPO, wonach Träger/innen „staatlich anerkannter“ Verschwiegenheitsrechte die Vorlage von

Urkunden verweigern können. Für den Zivilprozess gilt, dass auch die Aussage über entsprechende Dokumente zu unterbleiben hat, widrigenfalls die „staatlich ankerkannte" Vertraulichkeitspflicht gem § 305 Z 4 ZPO umgangen würde.

Für Dokumente, die **anlässlich der Mediation durch die Mediationsperson erstellt** worden sind, ist hingegen wie folgt zu unterscheiden. Werden von der Mediationsperson Aufzeichnungen zu **Beweiszwecken** (wie zB Fristenlauf) gemacht, so besteht eine **Herausgabe- bzw Aussageverpflichtung**. Dies ergibt sich aus § 17 ZivMediatG, wonach die Mediationsperson zur Dokumentation bestimmter Vorgänge aus der Mediation verpflichtet ist. Für alle **sonstigen Aufzeichnungen** (wie zB anlässlich der Themensammlung oder bei Aktenvermerken zu Einzelgesprächen), die **vertrauliche Information** enthalten, wird gem § 18 zweiter Satz ZivMediatG ausdrücklich normiert, dass darüber die **Verschwiegenheit** einzuhalten ist.

Zur Strafbestimmung des § 31 ZivMediatG

Verstößt die eingetragene Mediationsperson gegen die materielle Vertraulichkeitsbestimmung gem § 18 ZivMediatG, so besteht für die Mediationsparteien die Möglichkeit, dies zur Anzeige zu bringen (Privatanklagedelikt). Die konkrete Strafbestimmung wird in § 31 Abs 1 ZivMediatG normiert, wonach die **Offenbarung oder Verwertung von geheimen Tatsachen** bei Verletzung „berechtigter Interessen" (wie zB finanzielle oder berufliche Schädigungen) **verboten** ist. **Gerechtfertigt** kann der Verstoß gegen die Geheimhaltungspflicht jedoch gem § 31 Abs 2 ZivMediatG sein, sofern **überwiegende öffentliche oder private Interessen** bestehen. Das bedeutet, die Mediationsperson hat im **Einzelfall eine Interessenabwägung** dahingehend vorzunehmen, ob Interessen der Öffentlichkeit (zB im Rahmen der Strafverhinderungspflicht gem § 286 StGB) oder private Interessen (wie zB bei Durchsetzung von Honoraransprüchen der Mediationsperson selbst) überwiegen. Wird diese Interessenabwägung zugunsten überwiegender privater oder öffentlicher Interessen bejaht, so ist der Verschwiegenheitsverstoß gem § 31 Abs 2 ZivMediatG gerechtfertigt.

Zur verfahrensrechtlichen Umsetzung der Vertraulichkeit

Auf verfahrensrechtlicher Ebene wird die Vertraulichkeit der Mediationsperson gem **§ 320 Z 4 ZPO** durch ein **von Amts wegen zu beachtendes Beweisaufnahmeverbot** geschützt. Nachdem der **Verstoß** gegen das Beweisaufnahmeverbot nach der hM **sanktionslos** bleibt und die Normierung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson überschießend

erscheint, wäre die Sicherung der Vertraulichkeit im Zivilprozess durch ein **Aussageverweigerungsrecht gem § 321 Abs 1 Z 3 ZPO ausreichend**. Die Regelung als Aussageverweigerungsrecht wäre insb mit dem (mE dringend gesetzlich anzuerkennenden) Erfordernis der **Entbindungsmöglichkeit** durch die Mediationsparteien besser in Einklang zu bringen.

Anknüpfend an diese Thematik ist auf den Meinungsstreit in der Lehre betreffend der nicht ausdrücklich geregelten Sicherung der Vertraulichkeit der **Hilfspersonen** der eingetragenen Mediationsperson im Zivilprozess hinzuweisen. Während einerseits davon ausgegangen wird, dass diese wie die eingetragene Mediationsperson vom Anwendungsbereich des Beweisaufnahmeverbots gem § 320 Z 4 ZPO erfasst sind, zeigt sich andererseits die Tendenz zur Sicherung der Vertraulichkeit durch ein Aussageverweigerungsrecht gem § 321 ZPO. Dieser Ansatz ist im Wesentlichen aus den bereits zur eingetragenen Mediationsperson genannten Gründen zu folgen, wonach § 320 Z 4 ZPO bei Verstoß keine Sanktionen vorsieht und auch dem Erfordernis der Entbindung durch die Mediationsparteien besser gerecht werden würde.

Zur gesetzlichen Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG und der Ungleichbehandlung nicht-eingetragener Mediationspersonen

Während die Umsetzung der Mediations-RL durch das EU-MediatG für eingetragene Mediationspersonen in Bezug auf die Vertraulichkeit keine Änderungen brachte (§ 5 EU-MediatG verweist auf das ZivMediatG), bestimmt **§ 3 EU-MediatG die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen in grenzüberschreitenden Mediationen**. Die Untersuchung der dadurch entstehenden Problematik der Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Sachverhalte brachte das Ergebnis, dass zwar eine **Ungleichbehandlung** vorliegt, diese aber aufgrund der **sachlichen Rechtfertigung der Gesetzgebung zulässig** ist. Den durch das ZivMediatG eingeführten Ausbildungsstandard eingetragener Mediationspersonen beibehalten zu wollen und trotzdem den Anforderungen der Mediations-RL zu entsprechen, erfordert entsprechend ungleiche Regelungen im Zusammenhang mit der Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen. Daraus resultiert, dass sich nicht-eingetragene Mediationspersonen in Zivilprozessen betreffend einer grenzüberschreitenden Mediation gem § 3 EU-MediatG iVm § 321 Abs 1 Z 3 auf ein Aussageverweigerungsrecht berufen dürfen.

Die weitergehende Untersuchung nach **Alternativen zur Sicherung der Vertraulichkeit** für **nicht-eingetragene Mediationspersonen in Inlandsmediationen** hat ergeben, dass sich

diese (sowie deren Angestellte) - unter der Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit - auf die Vertraulichkeit gem **§ 119 Abs 4 GewO berufen** können. Die Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 wird korrespondierend auch für zivilgerichtliche Verfahren gem § 321 Abs 1 Z 3 ZPO anerkannt. Dies bietet für die Praxis eine enorme Erleichterung für nicht-eingetragene Mediationspersonen, die den Mediationsparteien die Sicherheit der Verschwiegenheit über „anvertraute" Informationen auch im Zivilprozess bieten können.
Für sonstige nicht-eingetragene Mediationspersonen, die die Mediation **nicht gewerbsmäßig** ausüben, bleibt nur bei Vorliegen eines **Betriebs- und Geschäftsgeheimnisses** die Berufung auf das Aussageverweigerungsrecht **gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO**.

Zur inhaltlichen Reichweite der Vertraulichkeitsbestimmung des § 3 EU-MediatG

Im Gegensatz zu § 18 ZivMediatG wird die Vertraulichkeit in § 3 EU-MediatG durch die Normierung einer generellen Aussageverweigerungspflicht eindeutig geregelt. Während in § 18 ZivMediatG Interpretationsspielraum bzgl *„anvertrauter"* bzw *„sonst bekannt gewordener Tatsachen"* bleibt, normiert § 3 EU-MediatG ausdrücklich die Vertraulichkeit hinsichtlich **sämtlicher Informationen** *„aus"* oder *„im Zusammenhang"* mit der Mediation. Damit wurde die Vertraulichkeit für grenzüberschreitende Mediationen **umfangreich** gesichert.
Auch in Bezug auf die **Grenzen der Vertraulichkeit normiert § 3 EU-MediatG ausdrücklich**, worin diese liegen. Grds sollen Ausnahmen von der Vertraulichkeit dort gemacht werden, wo bspw das Kindeswohl oder das psychische oder physische Wohl einer Person beeinträchtigt ist bzw ein sonstiger Verstoß gegen den *ordre public* vorliegt, sofern dies zur Umsetzung oder Vollstreckung des Mediationsergebnisses erforderlich ist.

Die Vertraulichkeit der Mediationsperson neben anderen berufsrechtlichen Vertraulichkeitsvorschriften

Die Untersuchung der Vertraulichkeit der (nicht-)eingetragenen Mediationsperson neben anwaltlichen Vertraulichkeitsvorschriften hat ergeben, dass die Vertraulichkeit eingetragener Mediationspersonen sowohl gem § 18 ZivMediatG (iVm § 320 Z 4 ZPO) als auch gem § 9 Abs 2 RAO (iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO) geschützt ist. In der Praxis ist für die **Berufung** auf einer der beiden Vorschriften **ausschlaggebend**, welche die **Vertraulichkeit am umfassendsten schützt**.
Die Vertraulichkeit **nicht-eingetragener Mediationspersonen** ist hingegen **nur** durch die **anwaltliche Vertraulichkeit** gem § 9 Abs 2 RAO geschützt. Wird die Mediation hingegen

gewerbsmäßig durch die nicht-eingetragene Mediationsperson ausgeübt, so gilt auch in diesen Fällen der **Grundsatz des „umfassenderen Schutzes“**. Demnach ist darauf abzustellen, ob die Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 GewO iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO oder die anwaltliche Verschwiegenheitsbestimmung gem § 9 Abs 2 RAO iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO im Zivilprozess den weitreichenderen Schutz bietet.

4 Die Vertraulichkeit der Mediationsparteien

Zur Gewährleistung des Elements der Vertraulichkeit der Mediation ist neben der gesetzlichen Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationspersonen insb auch die der Mediationsparteien unbedingt erforderlich. Dies ergibt sich aus der allgemeinen Erwartung der Mediationsparteien, dass ihre offenbarten Informationen geheim bleiben. Nur unter der Voraussetzung, dass sich die Mediationsparteien uneingeschränkt und vorbehaltlos einander anvertrauen, kann die Mediation den Konfliktparteien im Finden einer Lösung behilflich sein. Es ist dabei zu beachten, dass die Mediationsparteien zu berücksichtigende Geheimhaltungsinteressen und einen Geheimhaltungswillen an den in der Mediation zu offenbarenden Informationen haben. Diese wechselseitig bestehenden Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien bedingen es, dass sie ihre geheimen Informationen oder auch ihre Wünsche und Bedürfnisse jedoch nur dann vollständig offenlegen, wenn die Vertraulichkeit darüber gesichert ist. Schließlich würden sie sich ansonsten durch das Mediationsverfahren der Gefahr aussetzen, dass sich ihr Konfliktpartner nur deswegen auf die Mediation einlässt, um mitunter geheime Informationen zu erlangen. Aus diesen schützenswerten Geheimhaltungsinteressen und dem wechselseitigen Geheimhaltungswillen der Mediationsparteien ergibt sich das unbedingte Erfordernis der Sicherung der Vertraulichkeit von in der Mediation offengelegten Informationen. Nachdem diesem Erfordernis durch das Gesetz nicht entsprochen wurde, sind auf zweiter Ebene vertragliche Vertraulichkeitsabreden und deren Durchsetzungsmöglichkeiten zu prüfen.

In der Folge wird dargestellt, wie andere MediationsG diese Problematik der Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien hinsichtlich späterer (Schieds-)Gerichtsverfahren zu lösen versuchen. Im Anschluss daran soll die österreichische Rechtslage abgebildet und ein Vergleich zu entsprechenden MediationsG bzw Lösungsvorschläge geboten werden.

4.1 Überblick: Gesetzliche Regelungen zur Vertraulichkeit der Mediationsparteien

Nach dem **UNCITRAL-Modellgesetz** ist vorgesehen, dass das **Verwertungsverbot** des Art 10 neben der Mediationsperson auch für die Mediationsparteien gilt. Wie bereits erörtert[447], dürfen gem **Art 10 Abs 1 lit a bis f** Aussagen und Informationen, die aus dem Mediationsverfahren herrühren, in einem späteren (Schieds-)Gerichtsverfahren (als Beweis)

[447] Siehe dazu Punkt 3.1.

nicht verwendet werden.[448] Der Schutzzweck dieser Bestimmung liegt in der Sicherung der Mediationsparteien vor der Offenbarung von Mediationsinformationen.[449]

In den Regelungen des **UMA** ist vorgesehen, dass auch die **Mediationsparteien**[450] grds zur **Verschwiegenheit** über **jegliche *mediation communication*** berechtigt sind und auch andere Personen von der Offenlegung von Mediationsinformationen abhalten dürfen (vgl § 4 lit a Z 1 UMA). Zur Durchsetzung dieser Verschwiegenheit können sie sich im anschließenden Gerichtsverfahren auf ein *privilege* berufen (§ 4 lit b Z 1 UMA). Auf die Besonderheit des UMA, dass die Mediationsparteien sich nicht nur auf dieses *privilege* berufen dürfen, sondern auch **sämtliche andere Mediationsbeteiligte von der Offenlegung** von Mediationsinformationen **abhalten** können, ist in diesem Zusammenhang besonders hinzuweisen.[451]
Ausnahmen von diesem gesetzlichen Verschwiegenheitsrecht werden in § 6 UMA geregelt, wonach das Recht zur Verschwiegenheit nicht mehr besteht, sofern bspw alle Parteien eine aufgezeichnete Übereinkunft unterzeichnet haben (vgl § 6 lit a Z 1 UMA) oder wenn in der Mediation eine Körperverletzung oder eine sonstige Straftat angedroht worden ist (§ 6 lit a Z 3 UMA).

Das **dMediationsG** sieht im Gegensatz zu den Regelungen nach dem UMA bzw dem UNCITRAL-Modellgesetz grds **keine Regelungen** vor, die den Mediationsparteien ein Recht zur Aussageverweigerung einräumen.

Auch nach der **Mediations-RL** ist nicht vorgesehen, dass die Mediationsparteien zur Vertraulichkeit verpflichtet sind. Dies bedeutet, dass den einzelnen Mitgliedstaaten bei der Umsetzung überlassen wurde, ob sie für die Mediationsparteien eine gesetzliche Vertraulichkeit regeln.[452]

Wie diese rechtsvergleichende Übersicht zeigt, bestehen hier deutliche Unterschiede in der gesetzlichen Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien. Während im anglo-amerikanischen Rechtsraum die Vertraulichkeit der Mediand/innen gesetzlich ausdrücklich

---

[448] *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 237.
[449] *Sekolec*, Yearbook Comm. Arb XXVII (2002) 398, 410 zit n *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 239.
[450] Genauso wie die Mediationsperson siehe Punkt 3.1.
[451] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 270.
[452] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 301.

geregelt ist, sehen weder die europäische Mediations-RL noch das dMediationsG entsprechendes vor.

4.2 Rechtslage nach dem ZivMediatG/EU-MediatG

Zusammenfassend ist festzustellen, dass die Vertraulichkeit der Mediationsparteien bzw deren Umsetzung im Zivilverfahren, weder nach dem ZivMediatG noch nach dem EU-MediatG geregelt wurde. Weshalb die Vertraulichkeit der Mediationsparteien gesetzlich ungeregelt blieb, ist nicht nachvollziehbar. Schließlich hat die Gesetzgebung zur Wahrung der Vertraulichkeit von Mediationsinformationen die Verschwiegenheit der Mediationspersonen und deren Hilfspersonen - wenn auch nicht einheitlich für nicht-eingetragene Mediationspersonen - geregelt. Diese Regelung bzw Sicherung ist dabei sowohl nach § 18 ZivMediatG als auch gem § 3 EU-MediatG **sehr umfassend** erfolgt, weshalb der **Verzicht auf die Ausdehnung dieses Vertraulichkeitsschutzes** auf die Mediationsparteien **nicht nachvollziehbar** ist.

Zudem ist zu berücksichtigen, dass die materiellen und formellen Verschwiegenheitsbestimmungen *nur* für die Mediationspersonen und deren Hilfspersonen zur Einhaltung und Sicherung des Wesenselements der Vertraulichkeit in der Mediation nicht ausreichend sind. Schließlich kann - wie *Frauenberger* bereits angemerkt hat[453] - die Geheimhaltung von Mediationsinformationen der Mediationsperson zB durch die Einvernahme der Mediationsparteien ganz einfach umgangen werden.

Nachdem eine entsprechende gesetzliche Sicherung weder durch das ZivMediatG noch durch das EU-MediatG erfolgt ist, ist zu eruieren, ob vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen zwischen den Mediationsparteien einen entsprechenden Schutz bieten können.

4.3 Ergebnis

Wie die rechtsvergleichende Betrachtung ergeben hat, besteht insb in angloamerikanischen Mediationsregelwerken das Bestreben, **auch die Vertraulichkeit der *Mediationsparteien*** zu **sichern**. Diese **gesetzliche Anerkennung** der Vertraulichkeit der Mediationsparteien über das Mediationsverfahren bietet ihnen die **Sicherheit**, dass **geheime Informationen** aus der Mediation **weder von der anderen Mediationspartei gegen sie verwendet** werden, noch, dass in einem öffentlichen Gerichtsverfahren sonstige **Dritte** von geheimen Informationen **Kenntnis erlangen**. Eine entsprechende gesetzliche Anerkennung würde daher einen

[453] Siehe Punkt 3.5.5.

enormen Fortschritt für die Qualität der Konfliktlösung bedeuten, da die Mediationsparteien die Offenbarung geheimer Informationen nicht befürchten müssten. Die Konsequenz wäre, dass die Konfliktbearbeitung womöglich besser voran schreiten würde und schneller zum Kern des Konflikts vorgedrungen werden könnte. Dabei würde bereits - wie nach dem UNCITRAL-Modellgesetz vorgesehen - die Anknüpfung der Vertraulichkeit an **einzelne Aspekte aus dem Mediationsverfahren große Zuverlässigkeit** in Bezug auf die Vertraulichkeit bieten. Die Mediationsparteien könnten sich darauf verlassen, dass „zumindest" keine Informationen zB betreffend Lösungsvorschläge (vgl Art 10 Abs 1 lit b UNCITRAL-Modellgesetz) oder Zugeständnisse (vgl Art 10 Abs 1 lit c UNCITRAL-Modellgesetz) nach außen dringen oder im Zivilprozess offenbart werden. Das **Potential der Konfliktbearbeitungsmethode** „Mediation" würde sich daher **durch die Anerkennung der Vertraulichkeit** der Mediationsparteien **beträchtlich steigern**. Sowohl für das ZivMediatG als auch das EU-MediatG wäre daher eine gesetzliche Anerkennung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien wünschenswert.

Bevor jedoch im Anschluss vertraglich zu begründende Vertraulichkeitspflichten dargestellt werden, soll in der Folge noch auf die gesetzliche Regelung der Vertraulichkeit „sonstiger" am Mediationsverfahren beteiligter Dritter eingegangen werden. Auch die Diskretion dieser Mediationsbeteiligten muss gegeben sein, um die Geschlossenheit des Schutzes der Vertraulichkeit zu gewährleisten.

5 Die Vertraulichkeit sonstiger am Mediationsverfahren beteiligter Personen

Weitere Personen, die an der Mediation zwar beteiligt aber keine Mediationspartei bzw die Mediationsperson sind, sind sonstige nicht unmittelbar durch den Konflikt Betroffene. Dabei kann einerseits zwischen Personengruppen unterschieden werden, die zur **Klärung** von in der Mediation auftretenden fachlichen oder sprachlichen Problemen herangezogen werden (wie zB **Sachverständige oder Dolmetscher/innen**). Auf der anderen Seite können jedoch auch „**sonstige Dritte**", wie zB Mitarbeiter (bpsw Organe einer Gesellschaft) der Mediation als Zeug/innen beiwohnen.

5.1 Problemstellung

Mediationsverfahren, an denen diese erwähnten Personen mitwirken, gestalten sich für die Mediationsparteien besonders risikoreich, da nach der derzeitigen Rechtslage die Vertraulichkeit dieser sonstigen am Mediationsverfahren beteiligten Personen **gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt** ist. Es darf dabei nicht außer Acht gelassen werden, dass ohne diese Personen in besonderen Fällen (zB aufgrund des Nichtbeherrschens der Sprache oder mangelnder Fachkunde) ein Fortschritt im Mediationsprozess nicht möglich wäre. Es soll daher in der Folge eine Untersuchung dahingehend vorgenommen werden, ob die Vertraulichkeit dieser Personengruppen durch **Erweiterung des Anwendungsbereichs bestehender Vertraulichkeitsregelungen** (Analogie) gesichert werden kann.

5.2 Überblick über die Rechtslage nach ausgewählten Vergleichsregelwerken zur Mediation

Im Modellgesetz der **UNCITRAL** ist **ausdrücklich** vorgesehen, dass **sämtliche** am Mediationsverfahren beteiligte Personen *(„any third person"*) in einem an das Streitbeilegungsverfahren anschließenden Gerichtsverfahren von der Vertraulichkeit (bzw dem Verwertungsverbot) des Art 10 UNCITRAL-Modellgesetz erfasst sind. **Eindeutig** wird festgestellt, dass darunter Personen zu verstehen sind, die in **Durchführung des Konfliktlösungsverfahrens tätig geworden** sind, wobei in den Erläuterungen als Bsp va **Sachverständige** zur Verschwiegenheit über bestimmte Angelegenheiten verpflichtet

werden.[454] Entsprechend gilt daher auch für **sonstige**, an einem Mediationsverfahren beteiligte **Dritte**, das **Verwertungsverbot iSd Art 10 Abs 1 lit a bis f UNCITRAL-Modellgesetz.** Folglich dürfen auch sonstige Dritte über Informationen aus der Mediation in einem späteren (Schieds-)Gerichtsverfahren keine Angaben machen.[455] Zweck dieser Sicherung ist, dass die Mediationsparteien vor der Offenbarung von Mediationsinformationen - auch durch Dritte - zu schützen sind.[456]

Auch nach dem **UMA** ist vorgesehen, dass „*nonparty participant(s)*" ein *privilege* gem § 4 lit b Z 3 UMA haben und daher die Offenlegung verweigern bzw auch die Offenlegung durch andere Personen verhindern müssen. Unter *nonparty participants* sind gem § 2 Abs 4 UMA sämtliche Personen zu verstehen, die weder die Mediationsperson noch eine Mediationspartei sind, aber dennoch an der Mediation teilnehmen. *Nonparty participants* müssen jedoch gem § 5 lit a Z 2 UMA bei Verzicht auf ihr *privilege* und der Entbindung der Mediationsparteien bzw bei Vorliegen einer Ausnahme iSd § 6 UMA aussagen.[457]

Nach dem **dMediationsG** bezieht sich die Vertraulichkeit der Mediationsperson generell auf Personen, die unmittelbar durch die Mediationsperson *„einbezogen"* werden. Dabei handelt es sich neben Bürokräften und sonstigen Gehilfen ua auch um Sachverständige bzw Berater/innen.[458]

Entsprechendes wird auch nach **Art 7 Abs 1 Mediations-RL** gefordert, wonach weder die Mediationsperson noch sonstige *„in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen"* verpflichtet sein sollen, Informationen aus der Mediation preiszugeben.[459]

Daraus lässt sich ableiten, dass sowohl in den anglo-amerikanischen Regelwerken des UNCITRAL-Modellgesetzes und des UMA, als auch nach der europäischen Mediations-RL bzw dem dMediationsG die Vertraulichkeit von dritten Personen, die an einem

[454] Guide to Enactment and Use oft the UNCITRAL Model Law 2002, Comments on article 10, 44, wobei nach Art 10 beispielsweise auch Dokumente des/der Sachverständigen, die anlässlich des Streitbeilegungsverfahrens verfasst wurden, wie zB Gutachten, ebenso vom Beweismittelverbot erfasst sind; *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 239.
[455] *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 237.
[456] *Sekolec*, Yearbook Comm. Arb XXVII (2002) 398, 410 zit n *Cimmino*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007) 239.
[457] Siehe dazu bereits die Mediationsperson iSd UMA, Punkt 3.5.3.
[458] *Greger* in *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz. Recht der alternativen Konfliktlösung (2012) § 4 Rz 68.
[459] *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 301 ff.

Mediationsverfahren teilnehmen und keine unmittelbare Parteistellung haben, einheitlich geregelt wurde. Für diese außenstehenden Mediationsbeteiligten gilt nach sämtlichen Vergleichsregelwerken, dass sie zur Vertraulichkeit über Mediationsinformationen verpflichtet sein sollen.

5.3 Meinungsstand

In der Lit zu Berufsvertreter/innen mit „staatlich anerkannten Verschwiegenheitsrechten" (wie zB von Wirtschaftstreuhänder/innen oder Ärzt/innen) wird vertreten, dass *„Beschäftigte"* des/der Berufsgeheimnisträgers/Berufsgeheimnisträgerin von der Verschwiegenheitspflicht miterfasst seien.[460] Zu diesen Beschäftigten zählen Personen, die *„in welcher Weise auch immer zur Ausübung seiner (der) Tätigkeit herangezogen"* werden.[461] Um zu dem Kreis der „Beschäftigten" zu gehören, sei generell erforderlich, dass ein ***„inhaltlicher Zusammenhang*** *mit der Tätigkeit"* bestehe.[462] Grds solle jedoch ein **großzügiger Maßstab zur Bestimmung des Personenkreises dieser Beschäftigten** angelegt werden, weshalb bspw auch Computertechniker/innen von der Verschwiegenheitspflicht erfasst seien, sofern die *„Wartung und Reparatur ... (den) unmittelbaren Zugang zu geheimen Informationen"* erfordere und daher *„unvermeidbar"* sei.[463] Umgekehrt dürften jedoch zB Raumpfleger/innen oder Mechaniker/innen keineswegs von der Vertraulichkeit des/der Berufsgeheimnisträgers/Berufsgeheimnisträgerin mitumfasst sein. Es sei jedoch besonders bei letzteren Personen darauf zu achten, dass diese nicht durch Belauschen oder eigenmächtige Aktenrecherche Kenntnis von Geheimnissen erlangen.[464]

5.4 Eigene Meinung

Die Aufarbeitung dieses Themenkomplexes soll erneut unter Bildung von Fallgruppen zur besseren Illustration der Problematik erfolgen. Dabei wird zunächst auf Sachverständige bzw Dolmetscher/innen eingegangen, die die **Mediationsperson** zur **Klärung fachlich oder sprachlich auftretender Probleme** hinzuzieht. Im Anschluss wird auf weitere „sonstige

---

[460] Siehe dazu zB § 54 Abs 1 ÄrzteG, § 130 Abs 5 letzter Satz GewO, § 91 Abs 5 WTBG, § 15 PthG, *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen, JRP 2005, 230 ff.
[461] *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen, JRP 2005, 230 ff.
[462] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8 f.
[463] *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen, JRP 2005, 230 ff.
[464] *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen, JRP 2005, 230 ff; *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur NO[6] (2006) § 37 Rz 12; *Prohaska-Marchried*, Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter (1998) 67 f; *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8 f; *Arnold,* Einschränkungen des Berufsgeheimnisses - Ausnahmen vom Geheimnisschutz ÖJZ 1982, 1 ff.

Dritte“, die Mediationsperson nicht unmittelbar in ihrer Tätigkeit unterstützende Personen, eingegangen.

5.4.1 Sachverständige und Dolmetscher/innen

Wie sich aus den Ausführungen zu den Mediations-Gesetzen ergibt, ist zunächst auf die bereits eingangs vorgenommene Differenzierung zwischen die Mediationsperson **unterstützenden Personen** (zB Dolmetscher/innen) und **„sonstigen Dritten“** einzugehen. Während nach dem UMA bzw dem UNCITRAL-Modellgesetz eine entsprechende Unterscheidung nicht vorgenommen und die Vertraulichkeit **sämtlicher Dritter** gesichert wird, differenziert das dMediationsG dahingehend, dass diese dritten Personen **durch die Mediationsperson** der Mediation **hinzugezogen** werden. Nach dem **dMediationsG** sollen daher **Personen** vom **Vertraulichkeitsschutz der Mediationsperson** erfasst sein, soweit sie **für sie tätig** werden.

Eine entsprechende Unterteilung ist auch durch die berufsrechtliche Lit herausgearbeitet worden, wonach von der berufsrechtlichen Vertraulichkeit eines/einer Berufsgeheimnisträgers/Berufsgeheimnisträgerin ausschließlich Personen erfasst sein sollen, deren Tätigkeit ***„inhaltlich“*** mit jener der Mediationsperson ***„im Zusammenhang“*** stehen soll.[465]

Zunächst lässt sich daher nach den Mediations-Gesetzen und der Lit feststellen, dass va Sachverständige und Dolmetscher/innen, die die Mediationsperson durch ihre **Dienste unterstützen bzw an der Tätigkeit der Mediationsperson mitwirken**, von der Verpflichtung zur Vertraulichkeit erfasst sind. Diese Personen erfüllen dabei va auch die Voraussetzungen der *„vorbereitenden, **unterstützenden**, ergänzenden oder allenfalls **mitwirkenden** Tätigkeiten zur eigentlichen mediatorischen Tätigkeit“*[466], weshalb sie mE auch zu dem (zu erweiternden) Adressatenkreis der Hilfspersonen der Mediationsperson iSd § 18 ZivMediatG[467] zählen. Im Zuge **ausdehnender Auslegung** ergibt sich, dass jene, die die Mediationsperson in ihrer Tätigkeit unterstützen und deshalb von ihr zu der Mediation hinzugezogen werden, vom Vertraulichkeitsschutz für Hilfspersonen iSd der § 18 ZivMediatG bzw § 3 EU-MediatG miterfasst sind.

---

[465] *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008) 8 f.
[466] *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 97.
[467] Der Personenkreis der Hilfspersonen nach dem EU-MediatG entspricht dem des ZivMediatG, siehe dazu Punkt 3.6.2.3.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass ohne Sachverständige und Dolmetscher/innen ein **Fortschritt** in bestimmten Situationen in der Mediation - bspw aufgrund sprachlicher Barrieren - **nicht mehr möglich** wäre. Die Gefahr, dass die Vertraulichkeit ab dem Hinzuziehen solcher „Hilfspersonen" nicht mehr gewährleistet wird, darf nicht eingegangen werden. Schließlich würde sich dies letztendlich zulasten der Mediationsparteien auswirken, deren Geheimhaltungsinteressen gerade durch die Vertraulichkeitsbestimmungen iSd ZivMediatG bzw EU-MediatG geschützt werden. Deshalb erscheint es umso wichtiger, diesen beteiligten Sachverständigen und Dolmetscher/innen die Vertraulichkeit über ihre Tätigkeit einzuräumen bzw sie durch ausdehnende Anwendung der Vertraulichkeitsbestimmungen zur Vertraulichkeit zur verpflichten.

Ein weiterer, zu berücksichtigender Aspekt stellt dabei die **Gefahr der Umgehung** der Vertraulichkeit der Mediationsperson dar. Wie bereits zu dem bei den Hilfspersonen erörterten Gesichtspunkten[468], kann durch die Zulässigkeit der Einvernahme von Personen aus der Sphäre der Mediationsperson bzw überhaupt Personen, die der Mediation beiwohnten, erreicht werden, dass Mediationsinformationen offenbart werden.[469] Insb aus der Umgehungsgefahr der gesetzlich geregelten Vertraulichkeit der Mediationsperson scheint daher die Ausweitung des Anwendungsbereichs der Vertraulichkeitsbestimmungen iSd ZivMediatG bzw EU-MediatG als unbedingt geboten.

Wie sich aus den soeben angeführten Argumenten ergibt, scheint eine **ausdrückliche gesetzliche Nennung** des (zu **erweiternden**) **Adressatenkreises** der Vertraulichkeitsbestimmungen iSd ZivMediatG bzw EU-MediatG dringend **erforderlich**. Wie bereits (teilw ausdrücklich) auch in anderen Mediations-Gesetzen erfolgt, besteht aufgrund der derzeit geltenden unsicheren Rechtslage die Notwendigkeit zur ausdrücklichen Regelung und Bezeichnung von Personen, die die Mediationsperson in ihrer Profession unterstützen. Durch ausdehnende Auslegung gelangt man zu dem Ergebnis, dass auch Sachverständige[470] und Dolmetscher/innen zu den „Hilfspersonen" iSd § 18 ZivMediatG[471] der Mediationsperson zählen. Entsprechend sind daher auch die jeweils geltenden materiellen und formellen Vertraulichkeitsbestimmungen der Mediationspersonen **aufgrund extensiver**

---

[468] Siehe zu den Hilfspersonen des ZivMediatG Punkt 3.5.8; Hilfspersonen des EU-MediatG Punkt 3.6.2.3.
[469] Daraus ergibt sich insb auch das Bedürfnis der Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien.
[470] Dazu wird vertreten, dass *„auch selbständige Unternehmer und auf Grund ihrer **Sachkunde selbständig arbeitende Personen** ... Beschäftigte sein"* können; *Zenz,* "Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit" bestimmter Berufsgruppen, JRP 2005, 230 ff.
[471] Der Personenkreis der Hilfspersonen nach dem EU-MediatG entspricht dem des ZivMediatG, siehe dazu Punkt 3.6.2.3.

Interpretation für Sachverständige und Dolmetscher/innen zur Anwendung zu kommen.[472]

5.4.2 „Sonstige Dritte“

Während für Sachverständige bzw Dolmetscher/innen der inhaltliche Zusammenhang zur Tätigkeit der Mediationsperson und damit zur Ausdehnung des Vertraulichkeitsschutzes mE eindeutig feststellbar ist, ist dies für „sonstige Dritte“ nicht entsprechend einfach festzulegen.
Zunächst soll ein Augenmerk darauf gelegt werden, dass auch „sonstige Dritte“ an der Mediation teilnehmende Personen sensible Informationen in Erfahrung bringen können. Dabei ist bspw von **Parteienvertreter/innen und Berater/innen** (wie zB Rechtsanwält/innen) auszugehen, die von den jeweiligen Mediationsparteien zu (einzelnen) Sitzungen im Laufe eines Mediationsverfahrens hinzugezogen werden. Für diese Personen stellt sich die gegenständliche Problematik jedoch **nicht**, da ihre **Vertraulichkeit** idR durch die entsprechenden Berufsordnungen und „staatlich anerkannte Verschwiegenheitsrechte“ sowohl **materiell** als auch **formell** (gem § 321 Abs 1 Z 3 ZPO) **gesichert** ist.[473]

Für sämtliche weitere Personen, deren Vertraulichkeit nicht durch ein entsprechend „staatlich anerkanntes Verschwiegenheitsrecht“ gesichert ist, stellt sich die Umsetzung der Vertraulichkeit im Zivilprozess jedoch überaus problematisch dar.
ZB Mitarbeiter/innen eines Unternehmens könnten von ihren Vorgesetzten dazu angehalten werden, in der Mediation „auszusagen“. Doch auch bei diesen Mediationsbeteiligten wird sich die Problematik der Vertraulichkeit nicht stellen, da sie bereits **aufgrund** des bestehenden **Arbeitsverhältnisses zur (materiellen) Vertraulichkeit verpflichtet** sind. Die Vertraulichkeit der Arbeitnehmer/innen erschließt sich dabei als **Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag** und wirkt über das Bestehen des Arbeitsverhältnisses hinaus.[474]
Hinsichtlich der Einvernahme dieser Arbeitnehmer/innen als Zeug/innen in einem späteren **Zivilprozess** ist festzuhalten, dass sie grds die Aussage betreffend Kunst- oder Geschäftsgeheimnisse gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO verweigern dürfen. Für weitere Aspekte aus der Mediation stellt sich die **Durchsetzung der Vertraulichkeit von Arbeitnehmer/innen**

---

[472] Die Vertraulichkeitsbestimmungen für Sachverständige und Dolmetscher/innen der eingetragenen Mediationsperson sind daher § 18 ZivMediatG, bzw nach dem EU-MediatG, § 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG; Die Vertraulichkeitsbestimmung für Sachverständige und Dolmetscher/innen der nicht-eingetragenen Mediationsperson ist § 3 EU-MediatG (analog für Inlandsmediationen) iVm § 321 ZPO.
[473] ZB für Rechtsanwält/innen § 9 Abs 2 RAO, Notar/innen § 37 NO, für Wirtschaftsprüfer/innen § 91 Abs 5 WTBG.
[474] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 252 f.

jedoch **problematisch** dar. Erfährt der/die Arbeitnehmer/in sonstige geheime Informationen aus der Mediation, gestaltet sich die Durchsetzung der Vertraulichkeit im Zivilprozess schwierig.

Die **Ausdehnung bestehender Vertraulichkeitsbestimmungen der Mediationspersonen scheidet** jedoch **aus**, da sich ein „inhaltlicher Zusammenhang" zur Tätigkeit der Mediationsperson nicht ergibt. Zeug/innen werden nämlich in einem Mediationsverfahren idR von den Mediand/innen „bestellt", woraus sich gleichzeitig auch die mangelhafte Sicherung der Vertraulichkeit ergibt. Wie für die Mediand/innen selbst, so gibt es auch für Zeug/innen eines Mediationsverfahrens aufgrund **mangelnder gesetzlicher Vertraulichkeitsregelungen keine Möglichkeit**, die Aussage im Zivilprozess zu verweigern und daher die **Vertraulichkeit durchzusetzen**.

5.5 Ergebnis

Die eingangs dargestellte **rechtsvergleichende Betrachtung** hat gezeigt, dass sowohl im angloamerikanischen Rechtsraum, als auch in der europäischen bzw deutschen Gesetzgebung die **Vertraulichkeit sonstiger Mediationsbeteiligter anerkannt** ist. Während in § 3 EU-MediatG ausdrücklich normiert ist, dass *„in die Durchführung der Mediation eingebundene Personen (...) die Aussage zu verweigern"* haben, fehlt eine entsprechend ausdrückliche Regelung in § 18 ZivMediatG.

Um die **gesetzliche Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson auf sonstige Dritte auszudehnen**, wurden unter Heranziehung der Lit zu „staatlich anerkannten" Verschwiegenheitsrechten von Berufsgeheimnisträger/innen, folgende Voraussetzungen abgeleitet. Es wird darauf abgestellt, ob sonstige Personen **durch** die den/die Geheimnisträger/in (also **die Mediationsperson**) **einbezogen** wurden und ob die Tätigkeit dieser dritten Person in **(inhaltlichem) Zusammenhang mit der Tätigkeit** der **Mediationsperson** steht. Nachdem Sachverständige bzw Dolmetscher/innen idR zum besseren Verständnis der Mediationsperson eingesetzt werden und damit der inhaltliche Zusammenhang gegeben ist, lässt sich die Vertraulichkeit mE zweifellos auf diese Personen ausdehnen[475]. Doch auch für sonstige Dritte ist im Wesentlichen darauf abzustellen, ob diese für die Mediationsperson, also der Trägerin des „staatlich anerkannten" Verschwiegenheitsrechts, in ihrer Tätigkeit unterstützen und damit inhaltlich im Zusammenhang stehen. Dadurch lässt sich in der Praxis relativ einfach entscheiden, ob eine

[475] Bzw wäre mE der Adressatenkreis der Hilfspersonen um diese dritten Personen zu erweitern.

für die Mediationsperson tätig werdende dritte Person von ihrer Vertraulichkeit miterfasst ist. Während daher zB für eine Reinigungskraft die Vertraulichkeit zu verneinen sein wird, hat zB ein Computerfachmann, der Zugang zu Akten aus der Mediation erhält, die Vertraulichkeit darüber zu wahren. Generell gilt jedoch für sämtliche Mediationsbeteiligte, dass die gesetzliche Anerkennung der Vertraulichkeit wünschenswert wäre, da nur so das uneingeschränkte Öffnen der Mediationsparteien erreicht und damit das gesamte Potential der Mediation als Konfliktbearbeitungsmethode ausgeschöpft werden kann.

Im folgenden Kapitel hat daher die Prüfung zu erfolgen, ob vertragliche Vereinbarungen, die die Vertraulichkeit dieser „sonstigen Dritten" sichern, im Zivilprozess durchgesetzt werden können. Bevor jedoch im Anschluss eine ausführliche Darstellung vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen erfolgt, soll zunächst in einem Exkurs die **Möglichkeit der Übertragbarkeit von (Vertraulichkeits-)Regelungen** aus der **Schiedsgerichtsbarkeit** geprüft werden.

6 Exkurs: Die Vertraulichkeit von Schiedsverfahren

6.1 Grundlegendes zur Schiedsgerichtsbarkeit

In schiedsgerichtlichen Verfahren wird auf Basis einer Parteienübereinkunft (der „Schiedsvereinbarung", *compromissum*) über einen Konflikt durch ein Schiedsgericht entschieden.[476] Durch die Schiedsvereinbarung wird dabei die **Entscheidungskompetenz** über **sämtliche** oder auch nur **spezifische Streitigkeiten** aus dem unter den Konfliktparteien bestehenden (vertraglichen) **Rechtsverhältnis** einem **Schiedsgericht** übertragen. Die Schiedsvereinbarung räumt dem Schiedsgericht dabei nicht nur die Befugnis ein, über bereits entstandene, sondern auch über künftig auftretende Streitigkeiten zu entscheiden.[477]

Der Abschluss einer Schiedsvereinbarung hat daher wesentliche **Folgen**:

- Das schiedsgerichtliche Verfahren kann mittels Klageerhebung **nur** durch eine der **Parteien eingeleitet** werden (**Dispositionsfreiheit**)[478];
- Durch Klageerhebung und deren Zustellung wird die **Zuständigkeit des Schiedsgerichts begründet** und diesem gleichzeitig auch dadurch die **Entscheidungsmacht** eingeräumt („positive Wirkung" der Schiedsvereinbarung)[479];
- Mit Zustellung der Klage entsteht als zusätzliche Folge aus der Schiedsvereinbarung ein **Prozesshindernis für Gerichtsverfahren** („negative Wirkung" der Schiedsvereinbarung), weshalb die staatliche Gerichtsbarkeit mit der Entscheidung über die konkrete Streitigkeit nicht befasst werden kann.[480]

Mit Ausnahme einiger zwingender gesetzlicher Regelungen wird den **Parteien** in der Verfahrensgestaltung weitgehende **Autonomie** eingeräumt; Sie sind quasi als Architekten jener Vorschriften anzusehen, denen sie sich später unterwerfen. Es besteht für die Schiedsparteien jedoch auch die Möglichkeit auf bereits vorhandene (institutionelle) Schiedsordnungen wie zB die der Internationalen Handelskammer Paris (ICC-Regeln) oder

[476] *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1143.
[477] Vgl § 581 Abs 1 ZPO; *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1146.
[478] *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (194).
[479] *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1148; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 581 Rz 258 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).
[480] Die Parteien können sich aufgrund der in diesem Verfahren geltenden Parteienautonomie trotzdem dazu entscheiden, das Verfahren von einem staatlichen Gericht durchführen zu lassen, *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1148; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 581 Rz 258 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).

des Internationalen Schiedsgerichts der Wirtschaftskammer Österreich („Wiener Regeln“) zurückzugreifen.[481]

Die Parteien sind jedoch nicht nur hinsichtlich der **Bestimmung** des zur Anwendung kommenden **Rechts**, sondern auch bezüglich **weiterer Aspekte des Verfahrens autonom**. Bspw die **Formulierung der Schiedsvereinbarung** (mit Ausnahme weniger inhaltlicher Mindesterfordernisse) oder die **Anzahl der zu bestellenden Schiedsrichter**, der **Ablauf** und das **Ende des Schiedsverfahrens** sowie auch der **Ablauf der Entscheidungsfällung**, obliegt den **Parteien** zu **bestimmen**.[482]

Dies zeigt, dass die Parteien im schiedsgerichtlichen Verfahren - mit Ausnahme einiger gesetzlich zwingender Bestimmungen in der ZPO - den Ablauf eines Schiedsverfahrens **weitestgehend selbst bestimmen** können. Sofern jedoch keine gesetzlichen Zwangsvorschriften und auch keine Parteienvereinbarung vorliegen, sind **subsidiär** die **dispositiven Bestimmungen der ZPO heranzuziehen**[483] bzw bei Nichtbestehen dispositiver Bestimmungen kann das **Schiedsgericht nach freiem Ermessen** vorgehen.[484] Damit wird in der Schiedsgerichtsbarkeit ein gewisser Mindeststandard an gesetzlicher Regulierung garantiert.

6.2 Zu den Vertraulichkeitsregelungen im Schiedsverfahrensrecht

In Schiedsverfahren gibt es unterschiedliche Möglichkeiten, die Vertraulichkeit der beteiligten Personen zu regeln. Einerseits kann dies durch **ausdrückliche Parteienvereinbarung** in der Schiedsvereinbarung erfolgen. Der Vorteil ausdrücklicher Vertraulichkeitsvereinbarungen liegt auch in Schiedsverfahren darin, dass die Parteien unmittelbar die Vertraulichkeit hinsichtlich bestimmter Beweismittel vereinbaren können. Problematisch ist jedoch (ähnlich der Mediation) auch in diesen Fällen, dass derartige Vereinbarungen mit den Parteien und der jeweiligen Person einzeln vereinbart werden müssen und dass gesetzliche Offenlegungspflichten dadurch nicht „ausgeschaltet“ werden können.[485]

Andererseits können die Konfliktparteien ihr Schiedsverfahren einer bestimmten **Schiedsordnung** unterwerfen (siehe oben Punkt 6.1). Diese können **ausdrückliche**

---

[481] *Rechberger/Melis* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] Vor zu § 577 Rz 4 (Stand Oktober 2006, rdb.at).

[482] Weitere Aspekte, die der freien Vereinbarung der Parteien unterliegen sind zB der Sitz des Schiedsgerichts oder die Verfahrenssprache, *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (193); *Roßbacher*, Zivilgerichtsbarkeit und Mediation, RZ 2008, 149 (149).

[483] Die für das Schiedsverfahren geltenden gesetzlichen Bestimmungen finden sich in den §§ 577 bis 618 ZPO.

[484] *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 594 Rz 79 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).

[485] *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 105 ff.

Vertraulichkeitspflichten für die Schiedsverfahrensbeteiligten normieren (wie zB Art 43 Dis-SchO[486], der sämtliche Verfahrensbeteiligte zur Geheimhaltung verpflichtet oder Art 30 (I) LCIA-SchO[487], der die Schiedsparteien zur Vertraulichkeit verpflichtet).[488]

Darüber, ob für die Schiedsbeteiligten (insb für Schiedsparteien) eine Verpflichtung zur Vertraulichkeit angenommen werden kann, wenn keine ausdrückliche Vertraulichkeitspflicht besteht oder vereinbart wird, besteht in der schiedsrechtlichen Lit keine Einigkeit. Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass die **implizite Verpflichtung zur Vertraulichkeit** nicht bestehe, da ua die *„zahlreichen gesetzlichen und vertraglichen Offenlegungspflichten"* dagegen sprechen würden - bzw der Schiedsspruch *„ohnehin der (...) Überprüfung der staatlichen Gerichte ausgesetzt sei"*.[489]

6.3 Grundsätzliches zur analogen Anwendung der Regeln des Schiedsverfahrensrechts auf das Mediationsverfahren

Neben der Mediation zählt va auch die - weit verbreitete - **Schiedsgerichtsbarkeit** zu den „**alternativen Konfliktlösungsverfahren**".[490] Die Konfliktparteien entscheiden sich in der Praxis für diese Art der außergerichtlichen Konfliktbearbeitungsmethoden, um je nach Verfahrensart, mehr oder weniger selbstbestimmt über einen Konflikt entscheiden zu können und um den stark formalisierten und kostspieligen Gerichtsverfahren zu entgehen.[491] Es stellt sich jedoch die Frage, ob Regelungen aus der einen Verfahrensart auf die andere übertragbar (analog anwendbar) sind. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass außergerichtliche Konfliktbearbeitungsverfahren überhaupt erst durch Parteienübereinkunft in Gang gesetzt werden und dass es sich dabei allgemein um **private Verfahren** handelt. Hinzukommend ist

---

[486] **Art 43 Abs 1 Dis-SchO** (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit): *„Die Parteien, die Schiedsrichter und die in der DIS-Geschäftsstelle mit einem schiedsrichterlichen Verfahren befassten Personen haben über die Durchführung eines schiedsrichterlichen Verfahrens, und insbesondere über die beteiligten Parteien, Zeugen, Sachverständigen und sonstige Beweismittel Verschwiegenheit gegenüber jedermann zu bewahren. Von den Beteiligten im Verfahren hinzugezogene Personen sind zur Verschwiegenheit zu verpflichten. (...)"*.

[487] **Art 30 Abs 1 LCIA-SchO** (London Court of International Arbitration): *„Unless the parties expressly agree in writing to the contrary, the parties undertake as a general principle to keep confidential all awards in their arbitration, together with all materials in the proceedings created for the purpose of the arbitration and all other documents produced by another party in the proceedings not otherwise in the public domain - save and to the extent that disclosure may be required of a party by legal duty, to protect or pursue a legal right or to enforce or challenge an award in bona fide legal proceedings before a state court or other judicial authority. (...)"*

[488] *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 116 ff.

[489] *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 129 ff; Vgl dazu zB auch *Geiben,* Die Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren (2003), 34 ff; *Lionnet/Lionnet,* Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit (2004) 458.

[490] *Mayr/Weber*, Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung, ZfRV 2007/26 (163).

[491] *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (189); *Mayr/Weber*, Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung, ZfRV 2007/26 (163).

zu berücksichtigen, dass die Konfliktparteien einen wesentlich stärkeren Einfluss auf den Hergang des Verfahrens im Vergleich zu Gerichtsverfahren haben. Daher könnte zunächst davon ausgegangen werden, dass sich die Interessen der jeweiligen Konfliktparteien - insb was die Offenlegung geheimer Informationen in diesen außergerichtlichen Verfahren anbelangt - durchaus decken.

Zur Beantwortung der eingangs gestellten Frage nach der Übertragbarkeit von Vertraulichkeitsregelungen wird in der Folge ein besonderes Augenmerk auf die in den jeweiligen Verfahrensarten entstehenden **Geheimhaltungsinteressen** gelegt bzw auf **allfällige Folgen aus der Verwertung geheimer Informationen** eingegangen.

6.4 Untersuchung der Übertragbarkeit von (Vertraulichkeits-)Regelungen aus dem Schiedsverfahren

Zu untersuchen ist nun, ob und wenn ja, wie sich diese unterschiedlichen Verfahrenselemente auf die Geheimhaltungsinteressen der Konfliktparteien in den verschiedenen Verfahren auswirken, um eine (un-gleiche ?) Wirkung dieser Interessen zu belegen. Erst im Anschluss kann - unter Berücksichtigung der Geheimhaltungsinteressen - eine Beantwortung der eingangs gestellten Frage nach der analogen Anwendbarkeit von Vertraulichkeitsregelungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Mediation erfolgen.

6.4.1 Zu den Geheimhaltungsinteressen der Konfliktparteien

Zunächst ist auf die Tatsache einzugehen, dass in Schiedsverfahren der Konflikt grds durch den Schiedsspruch bzw -vergleich **endgültig erledigt** wird und damit ein Gang vor die ordentlichen Gerichte verwehrt bleibt - es sei denn, es liegen wesentliche Aufhebungsgründe iSd § 611 ZPO für eine sog „Aufhebungsklage“ vor. Durch die **Wirkung des Schiedsspruches als Urteil erster Instanz bindet** dieses die **Schiedsparteien viel stärker** als eine ein **Mediationsverfahren** beendende Übereinkunft der Mediationsparteien. Diese stellt keinen Vollstreckungstitel dar (wobei dies durch die Mediationsparteien veranlasst werden kann) bzw steht ihnen zusätzlich noch der Gang vor die Schieds-/Gerichte offen.

6.4.1.1 Im Mediationsverfahren

Während in Schiedsverfahren dem Schiedsgericht die Entscheidungskompetenz übertragen wird, obliegt es im Mediationsverfahren den Mediationsparteien selbst, eine Einigung in der Sache zu erzielen. Dies hat zur Folge, dass die Mediationsparteien gleichzeitig auch

Entscheidungsorgan sind, was die Beantwortung der Frage, ob im Mediations- und Schiedsverfahren „gleiche Geheimhaltungsinteressen“ der Konfliktparteien bestehen, verkompliziert.

Rein methodisch ist im Mediationsverfahren vorgesehen, dass darin eine möglichst offene Kommunikation zwischen den Mediationsparteien stattfinden soll, damit eine die unterschiedlichen Interessen und Bedürfnisse befriedigende Lösung erreicht werden kann. Entschließt sich eine Mediationspartei geheime Informationen zur Erlangung einer interessen-befriedigenden Lösung zu kommen, richten sich ihre Geheimhaltungsinteressen vornehmlich an die andere(n) Mediationspartei(en). Die Wirkung dieser Geheimhaltungsinteressen richtet sich dabei jedoch nicht auf das Mediationsverfahren an sich - schließlich hat sich die Mediationspartei dazu entschlossen, geheime Informationen zum „höheren Zweck der Konfliktlösung“ preiszugeben, vielmehr beziehen sie sich auf alles, was **außerhalb des Mediationsverfahrens** geschieht/geschehen könnte. Damit sind insb an die Mediation anschließende **Gerichtsverfahren** gemeint, in denen entsprechende Informationen durch die andere Konfliktpartei verwendet werden könnten. Aber auch gegenüber Dritten, die an diesen geheimen Informationen aus der Mediation Interesse haben, können entsprechende Geheimhaltungsinteressen bestehen. Zu denken wäre bspw an Publizitätspflichten gegenüber einem Unternehmen bei Unternehmenskäufen oder Due-Dilligence Prüfungen.[492]

6.4.1.2 Im Schiedsverfahren

Die Geheimhaltungsinteressen der Schiedsparteien sind - vergleichbar mit jenen der Mediationsparteien - auf die jeweils andere(n) Schiedspartei(en) gerichtet. Diese beziehen sich insb auf die Verwendung entsprechend geheimer Informationen „nach außen“. Von dieser Außenwirkung der Geheimhaltungsinteressen hat jedoch eine grundlegende Differenzierung bzw Einschränkung gegenüber der Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien zu erfolgen:

Wie bereits erörtert, stellen Schiedssprüche erstinstanzliche Urteile dar. Die Aufhebung eines Schiedsspruches kann dabei nur nach den gem § 611 ZPO eingeschränkten Gründen erfolgen. Das bedeutet, die Wahrscheinlichkeit, dass geheime Informationen aus einem Schiedsverfahren in einem späteren, in der Sache (erneut) entscheidenden Verfahren vor der Aufhebungsbehörde (seit dem SchiedRÄG 2013 der OGH) verwendet werden, ist dabei viel

[492] Obwohl die Hauptleistungspflicht der Mediationsparteien in der Verpflichtung zur Mitwirkung besteht, können die Mediationsparteien jedoch generell nicht dazu gezwungen werden, geheime Informationen offen zu legen. Die Konsequenz aus der Zurückhaltung geheimer Informationen wäre für die betreffende Mediationspartei jedoch, dass entweder die Mediationsperson oder die andere Mediationspartei das Verfahren beendet und ein ordentliches Gericht zur Entscheidung in diesem Streitfall angerufen wird.

geringer. Insb die Tatsache, dass nur wenige, wesentliche Gründe die Aufhebung eines Schiedsspruches und damit einhergehend die Durchführung eines Beweisverfahrens durch den OGH zur Folge haben[493], ist dabei wesentlich geringer, als bei Mediationsverfahren. Trotzdem können für die Schiedsparteien entsprechend horizontale Geheimhaltungsinteressen auch betreffend anderer Gerichtsverfahren bestehen. Zu denken wäre bspw an Situationen, in denen die „gegnerische" Konfliktpartei Informationen aus dem laufenden Schiedsverfahren in einem anderen Schieds-/Gerichtsverfahren verwendet. Dementsprechend **gleichgerichtet** können daher auf der Ebene der Konfliktparteien untereinander die **Geheimhaltungsinteressen** gegenüber den Mediationsparteien sein. Durchaus vergleichbare Geheimhaltungsinteressen der Mediations- und der Schiedsparteien können jedoch **auch gegenüber Dritten** vorliegen. Man denke dabei bspw an Dritte, die ein besonderes Interesse an Geheiminformationen einer Schiedspartei haben, wie zB shareholder einer AG.

6.4.1.3 Ergebnis

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass **vergleichbare Geheimhaltungsinteressen** der Schieds- und Mediationsparteien durchaus bestehen können. Die Fälle, in denen diese deckungsgleichen Geheimhaltungsinteressen vorliegen können, sind vielfältig, wobei diese va bei jenen Konfliktbearbeitungsverfahren dominieren, in denen Interessen Dritter berührt werden (wie zB Auskunfts- oder Offenlegungspflichten von shareholdern).

Doch auch **horizontal**, **zwischen den Konfliktparteien** können gleichwertige Geheimhaltungsinteressen bestehen. Dabei sind für beide Konfliktbearbeitungsverfahren Situationen denkbar, in denen eine Konfliktpartei offengelegte Informationen in anderen Gerichtsverfahren missbräuchlich verwenden möchte. Va in diesem Gefahrenbereich zeichnet sich ein ähnliches Bild für korrespondierende Geheimhaltungsinteressen der Schieds- und der Mediationsparteien ab, da die Verwendung von entsprechenden Informationen in anderen Gerichtsverfahren den entscheidenden Beweis/Vorteil bedeuten können.

Nachdem daher durchaus „verwandte" Geheimhaltungsinteressen der Konfliktparteien in den verschiedenen Konfliktbearbeitungsverfahren festgestellt werden konnten, wird im Anschluss geprüft, ob die Verfahrensarten der Schiedsgerichtsbarkeit und der Mediation einander so sehr ähneln, dass eine Übertragung von schiedsgerichtlichen Regelungen auf die Mediation möglich erscheint. Der Fokus dieser methodischen Prüfung liegt dabei insb auf der

[493] Dem OGH wurde durch das SchiedsRÄG 2013 erstmalig die Kompetenz übertragen *„ein Beweisverfahren über die für die Entscheidung relevanten Tatfragen in der Sache selbst durchzuführen"*. Der OGH nimmt dabei funktionell die Position eines Gerichts erster Instanz ein, ErläutRV 2322 BlgNr 24. GP 3.

Zweckmäßigkeit der analogen Anwendbarkeit von Vertraulichkeitsregelungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Mediation. Nachdem die Vertraulichkeit der Mediationspersonen, deren Hilfspersonen (bzw mE auch sonstige von ihnen hinzugezogenen Sachverständige bzw Dolmetscher/innen) bereits eine umfassende gesetzliche Sicherung erfahren hat, soll die im Anschluss durchgeführte Untersuchung **auf** die Übernahme von **Vertraulichkeitsregelungen, die die Mediations- bzw Schiedsparteien untereinander betreffen**, **eingegrenzt** werden. Diese Beschränkung erscheint insofern zweckmäßig, als die Sicherung der Vertraulichkeit insb der Mediationsparteien selbst einer grundlegenden Regelung bedarf. Die eingehende Bearbeitung der Frage, ob schiedsrechtliche Vertraulichkeitsregelungen anderer Verfahrensbeteiligter auf die Mediation übertragbar sind, muss daher anderen Bearbeitungen vorbehalten bleiben.

6.5 Methodische Untersuchung der analogen Anwendbarkeit schiedsrechtlicher Vertraulichkeitsbestimmungen auf die Mediation

6.5.1 Wesentliche Elemente des Schiedsverfahrens

Eine **Kategorisierung** der außergerichtlichen Konfliktbearbeitungsverfahren lässt sich zum einen anhand des *„Grad(es) der **Kontrolle der Streitparteien**“* ermitteln. Dabei ist nicht nur relevant, inwiefern die Konfliktparteien auf das **Resultat** des jeweiligen Verfahrens Einfluss nehmen können; Vielmehr ist auch die **Einwirkung der Parteien auf das Verfahren selbst** zu ermitteln. Zusätzlich spielt das **Ausmaß der *„Formalisierung“*** der jeweiligen Methode eine weitere wichtige Rolle, wie diese Verfahrensarten voneinander zu trennen sind. Dabei sind unterschiedlichste Ausprägungen von einem wenig bis stark formalisierten Verfahren denkbar, wobei insb auch die (Übertragung der) Entscheidungsbefugnis ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal darstellen kann.[494]

Der eingangs dargestellte kurze Überblick über das Schiedsverfahren lässt zunächst darauf schließen, dass diese beiden außergerichtlichen Konfliktregelungsverfahren große Ähnlichkeiten haben und daher die Übertragung der Vertraulichkeitsregelungen unproblematisch erscheint. Um diese Vermutung entweder zu untermauern oder zu widerlegen, wird auf ausgewählte Aspekte der Schiedsgerichtsbarkeit unter Vergleich wesentlicher Elemente des Mediationsverfahrens eingegangen.

[494] *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (189).

6.5.1.1 Verfahrensablauf

Die **Gestaltung des Schiedsverfahrens** liegt grds in den Händen der **Schiedsparteien** (§ 594 Abs 1 ZPO). Es obliegt ihnen zu entscheiden, ob sie das Verfahren gänzlich bzw teilweise **frei bestimmen** oder unter **Zugrundelegung einer bestimmten Verfahrensordnung** von den Schiedsrichter/innen durchführen lassen wollen. Sofern von den Parteien jedoch **keine Regelungen** vereinbart werden, sind **subsidiär** die in §§ 594 bis 602 ZPO enthaltenen Bestimmungen heranzuziehen.[495] **Zwingend** einzuhaltende Prinzipien stellen die Gewährung des **rechtlichen Gehörs** sowie die **faire Behandlung der Parteien** durch die Schiedsrichter/innen (§ 594 Abs 2 ZPO) bzw das Recht der Parteien, sich im Verfahren durch ausgewählte Personen **beraten** oder **vertreten** zu lassen (§ 594 Abs 3 ZPO), dar.[496] Doch nicht nur nach den Regelungen der ZPO sondern jeder Rechtsstaat bzw zumindest jene Staaten, die das UNCITRAL-Modellgesetz umgesetzt haben, wollen durch diese drei Garantien (Wahrung des rechtlichen Gehörs, Fairness und Beratungs- bzw Vertretungsgebot) einen Mindeststandard im Schiedsverfahren gewährleisten. Eine Verletzung gegen diese Garantien kann die Aufhebung des Schiedsspruchs zur Folge haben.[497]

Besteht jedoch nun hinsichtlich einzelner aufkommender Verfahrensfragen **keine Vereinbarung** der Parteien bzw **keine zwingende Regelung**, auf die zurückgegriffen werden kann, darf das Schiedsgericht (bei Einhaltung der Gleichbehandlung und Wahrung des rechtlichen Gehörs der Parteien gem § 594 Abs 2 ZPO) nach **freiem Ermessen** vorgehen.[498] Unter Berücksichtigung des rechtlichen Gehörs der Parteien kann das Schiedsgericht von diesen eigens aufgestellten Regeln jedoch auch wieder abgehen.[499]

6.5.1.2 Unterschiede und Gemeinsamkeiten mit Mediationsverfahren

Das Mediations- und das schiedsgerichtliche Verfahren stimmen insoweit überein, als für beide Konfliktbearbeitungsmethoden der **Grundsatz der Parteiendisposition** hinsichtlich der **Durchführung des Verfahrens** gilt.

---

[495] *Fasching,* Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht (1973) 99; *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (192).

[496] *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1158; Ausführlicher dazu *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 594 Rz 56 ff und 97 ff (Stand 30. 9. 2007, rdb.at); *Rechberger/Melis* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] § 594 Rz 4 f (Stand Oktober 2006, rdb.at).

[497] *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 594 Rz 62 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).

[498] *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (192); Dies gilt zB für die Bestimmung der Verfahrenssprache (§ 596 ZPO) oder für die des Sitzes des Schiedsgerichts (§ 595 ZPO), *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010) Rz 1158; *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 594 Rz 93 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at); *Rechberger/Melis* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] § 594 Rz 3 f (Stand Oktober 2006, rdb.at).

[499] *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I), Sachverständige 2012, 189 (192); *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] § 594 Rz 95 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).

Ein **wesentlicher Unterschied** besteht jedoch darin, dass in **Schiedsverfahren subsidiär gesetzliche Regelungen** zur Anwendung kommen, die den Verfahrensablauf normieren, bzw wenn diese **nicht vorliegen**, kann das **Schiedsgericht nach freiem Ermessen** vorgehen. Dies hat zur Folge, dass den Schiedsparteien grds die Möglichkeit zur Einflussnahme auf das Verfahren eingeräumt wird. Machen sie von diesem Recht jedoch keinen Gebrauch, so gelangen subsidiär entweder gesetzliche Bestimmungen zur Anwendung oder das Schiedsgericht darf den Ablauf des Verfahrens bestimmen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass gewisse „Spielregeln" in Form von gesetzlich zwingenden Mindestgarantien eingehalten werden müssen.
Im Gegenzug wird der Ablauf der Mediation von den Mediationsparteien übereinstimmend festgelegt bzw läuft das **Mediationsverfahren** weitgehend **formfrei** ab und es bestehen auch **keine einzuhaltenden Verfahrensvorschriften**. Grds können die Mediationsparteien - wenn sie dies möchten - nicht nur über Ort und Zeit von Sitzungen disponieren, sondern auch Regeln bestimmen, die während der gesamten Mediation einzuhalten sind. Diese Gestaltungsmöglichkeiten der Mediationsparteien werden jedoch freiwillig bestimmt, bzw sind **subsidiär keine gesetzlich (zwingenden) Bestimmungen** einzuhalten oder durch die Mediationsperson festzulegen.

Für diesen Aspekt der **Einflussnahme auf das Verfahren** der Konfliktparteien lässt sich zusammenfassen, dass grds auch in der Schiedsgerichtsbarkeit das Prinzip der Parteienautonomie feststeht, wobei bei mangelnder Inanspruchnahme dieser Möglichkeit von außen auf das Schiedsverfahren Einfluss genommen wird und für einen geregelten Ablauf des Verfahrens „gesorgt wird". Diese Einflussnahme geschieht ua durch die in zahlreichen (institutionellen) Schiedsordnungen gesetzlich zwingend einzuhaltenden Mindestgarantien.
In Mediationsverfahren bestimmen hingegen **ausschließlich** die Parteien den Ablauf des Verfahrens. Die Möglichkeit zur Einflussnahme bspw durch die Mediationsperson aufgrund zwingender gesetzlicher Vorschriften hinsichtlich des Ablaufs des Verfahrens besteht grds nicht. Die Mediationsparteien werden zwar durch die Mediationsperson in ihrer Konfliktlösung unterstützt, sie werden jedoch dazu angehalten, sich zu überlegen, was sie von der Mediation erwarten und in welchem Rahmen sie zur Erarbeitung einer Lösung bereit sind.[500] Dabei soll das „Korsett" des Verfahrensablaufes nicht zu eng angelegt sein, um den Mediationsparteien in ihrer Konfliktregelung den größtmöglichen Spielraum zu gewähren.

[500] *Senger-Weiss*, Wirtschaftsmediation. Eine vergleichende Darstellung der Rechtslage in den USA und Österreich (2001) 71.

Wie bereits eingangs erwähnt, lässt sich eine Kategorisierung der außergerichtlichen Konfliktbearbeitungsmethoden ua anhand des Maßes der Kontrolle an dem Konfliktregelungsverfahren festmachen. Aus dem doch **sehr unterschiedlichen Maß der Einflussnahme auf das Verfahren der Konfliktregelung** ergibt sich mE ein **wesentlicher Unterschied** zwischen der Mediation und dem Schiedsverfahren.

Während die Mediation vorsieht, dass **ausschließlich die Mediationsparteien** den Verfahrensablauf bestimmen, obliegt die **Möglichkeit zur Einflussnahme** auch in der Schiedsgerichtsbarkeit **primär** den **Schiedsparteien**. Liegt jedoch keine privatautonome Übereinkunft der Schiedsparteien vor, wird **von außen** auf den Ablauf des Schiedsverfahrens Einfluss genommen (durch subsidiäre **gesetzliche Regelungen** bzw dem **Ermessen des Schiedsgerichts**).

Daneben besteht in Schiedsverfahren auch die Pflicht, **gesetzliche Verfahrensgrundprinzipien** (wie zB die Wahrung des rechtlichen Gehörs) einzuhalten. Dies stellt einen weiteren Gegensatz zu Mediationsverfahren dar, da darin die Disposition über den Ablauf ausschließlich in die Hände der Mediationsparteien gelegt wird bzw die **Bestimmung eines genauen Verfahrensablaufes in der Mediation nicht vorgesehen** ist. Daraus ist ersichtlich, dass zwischen Schieds- und Mediationsverfahren **große methodische Unterschiede** hinsichtlich des Maßes an Kontrolle bzw Einflussnahme bestehen.

Anschließend soll auf weitere **(Un-)Gleichheiten** dieser beiden Konfliktbearbeitungsmethoden eingegangen werden, welche die Übertragung von Vertraulichkeitsregelungen mehr oder minder problematisch erscheinen lassen.

6.5.1.3 Entscheidungsmacht der Schiedsrichter/innen - endgültige Wirkung von Schiedssprüchen

Eines der **wesentlichsten Merkmale** eines schiedsgerichtlichen Verfahrens liegt in der **Übertragung der Entscheidungsmacht** an **Schiedsrichter/innen**. Diese haben durch die Übertragung dieser Kompetenz ihre **Entscheidung durch Subsumtion** der relevanten Tatsachen unter eine **rechtliche Norm** zu fällen („**Schiedsspruch**“).[501] Zusätzlich wird in den Regelungen zum Schiedsverfahrensrecht normiert, dass ein solcher Schiedsspruch unter den Konfliktparteien den **Wirkungen einer Entscheidung durch ein ordentliches staatliches Gericht** gleichwertig ist (§ 607 ZPO) und dass darüber hinaus ein solcher Schiedsspruch gleichzeitig einen **Exekutionstitel gem § 1 Z 16 EO** darstellt.[502]

---

[501] *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 577 Rz 2 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at); OGH 16.04.1969, 5 Ob 84/69 = EvBl 1969/360 S 553 = SZ 42/53; OGH 09.05.1978, 5 Ob 580/78; OGH 27.11.2002, 7 Ob 213/02b.

[502] Bzw auch ein Schiedsvergleich, *Rechberger/Melis* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] Vor § 577 Rz 2 (Stand Oktober 2006, rdb.at); *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 577 Rz 3 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).

Daraus ergibt sich, dass Schiedsrichter/innen den Richter/innen staatlicher Gerichte eine ebenbürtige Stellung eingeräumt wird.[503] Als **Rechtfertigung** für diese Gleichbehandlung werden schiedsgerichtliche Verfahren anhand der **Einhaltung zwingender Vorschriften** in einigen Punkten von **staatlichen Gerichten überprüft**.[504] Eine erschöpfende Aufzählung der zwingend einzuhaltenden Vorschriften ist in den Regelungen zur Schiedsgerichtsbarkeit jedoch nicht vorhanden. [505] Von einer völligen Gleichwertigkeit zwischen Schiesdrichter/innen und Richter/innen staatlicher Gerichte ist jedoch insofern Abstand genommen worden, als Schiedsrichter/innen bspw **keine Zwangsgewalt** ausüben können.[506]

6.5.1.4 Gemeinsamkeiten und Unterschiede mit Mediationsverfahren

6.5.1.4.1 Zur Übertragung der Entscheidungskompetenz

Diese soeben dargestellten Besonderheiten der Schiedsgerichtsbarkeit stellen **wesentliche Unterschiede** im Vergleich zu Mediationsverfahren dar.

Weder nach dem ZivMediatG noch gem dem EU-MediatG wird den Mediationspersonen die Kompetenz eingeräumt, den Konflikt für die Mediationsparteien endgültig zu entscheiden. Aus methodischer Sicht ist dazu festzuhalten, dass es nicht im Wesen und auch nicht in der Zielsetzung der Mediation liegt, die Mediationsperson über den Konflikt der Mediationsparteien einseitig entscheiden zu lassen. Gerade diese Kompetenz soll den Mediationsparteien in ihre **Selbstverantwortung** gestellt werden. Entweder sie sind dazu in der Lage, ihren Konflikt zu lösen bzw für die Zukunft einen Kompromiss zu finden oder nicht. Erst wenn die **selbstverantwortete Lösungsfindung** scheitert, soll die Entscheidungskompetenz an eine andere Instanz wie zB (Schieds-)Gerichte übertragen werden.

6.5.1.4.2 Zur „Urteilswirkung" von Schiedssprüchen

Ein weiteres wesentliches Unterscheidungsmerkmal zur Mediation ist die **Wirkung von Schiedssprüchen**. Diese sind der Wirkung eines Urteils eines staatlichen Gerichts grds gleichgestellt. Das bedeutet, dass entsprechende Schiedssprüche Exekutionstitel darstellen und **unmittelbar vollstreckbar** sind.

---

[503] *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 577 Rz 3 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at).
[504] *Rechberger/Melis* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] Vor § 577 Rz 3 (Stand Oktober 2006, rdb.at).
[505] *Oberhammer,* Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002) 25.
[506] *Hausmaninger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 577 Rz 3 (Stand 30. 9. 2007, rdb.at); Staatliche Gerichte sind demnach bspw zuständig für die Aufhebungsklage, bei Uneinigkeit der Parteien entscheiden diese Gerichte über die Bestellung von Schiedsrichter/innen sowie über das vorzeitige Ende der Tätigkeit eines/einer Schiedsrichters/Schiedsrichterin, *Rechberger/Melis* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] Vor § 577 Rz 3 (Stand Oktober 2006, rdb.at).

Im Gegensatz dazu müssen den Konflikt abschließende Parteienvereinbarungen aus der Mediation (Mediationsvergleiche) erst „vollstreckbar gemacht“ werden. Die Möglichkeit zur **Vollstreckbarkeit** besteht dabei nur dann, wenn sich die Mediationsparteien vor einem inländischen Bezirksgericht einfinden, und einen „**Mediationsvergleich**“[507] **iSd § 433 a ZPO** beschließen bzw wenn dieser durch einen Notar aufgenommen wird („**Notariatsakt**“).[508] Daraus folgt, dass das Mediationsverfahren **keine endgültige Erledigung** des Konflikts vorsieht, sofern nicht die (Bezirks-)Gerichte bzw Notar/innen mit der Aufnahme eines Vergleichs befasst werden. Das bedeutet, dass neben bzw nach (dem Scheitern) einer Mediation noch (Schieds-)Gerichte in der Streitsache angerufen werden können. Im Gegensatz dazu erledigen Schiedssprüche bzw -vergleiche den Konflikt endgültig, es sei denn, diese werden vor Gericht angefochten bzw aufgehoben.[509]

Neben diesem Erfordernis, die Mediationsvergleiche erst „vollstreckbar zu machen“ kommt diesen **grds keine Urteilswirkung** zu. Dies kann ua damit begründet werden, dass in der Mediation erzielte Übereinkünfte nicht immer die gerechteste bzw rechtskonformste Lösung für einen Konflikt darstellen müssen.[510] Vielmehr liegt im Fokus des Mediationsverfahrens, dass die Mediationsparteien für ihren **Konflikt eine geeignete Lösung finden** und diese **im gegenseitigen Einvernehmen erarbeitet** worden ist. Während daher in Schiedsverfahren auch auf diesen Aspekt der „Rechtsrichtigkeit“ Wert zu legen ist, kann dieses Erfordernis für in der Mediation getroffene Vereinbarungen - zumindest methodisch - außer Betracht bleiben.

6.5.2 Ergebnis

Bei Schiedsverfahren handelt es sich - angelehnt an die ordentliche Gerichtsbarkeit - um ein weitgehend formalisiertes Konfliktregelungsverfahren. Auch wenn die konkrete Ausgestaltung nach dem übereinstimmenden Schiedsparteiwillen erfolgt, so sind dennoch **wesentliche Verfahrensprinzipien** (rechtliches Gehör, Fairness) einzuhalten bzw kommen subsidiär gesetzliche Bestimmungen zur Anwendung. Darüber hinaus sind grundlegende gesetzlich **zwingende Regelungen** (zB freies Ermessen des Schiedsgerichts hinsichtlich Beweisaufnahme/-würdigung) **einzuhalten**.

---

[507] Besser *„prätorischer Mediationsvergleich“* oder *„vollstreckbarer Mediationsvergleich“*, siehe dazu *Frauenberger/Risak,* Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012/87 (800).

[508] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 11 f; *Frauenberger/Risak,* Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012/87 (798 ff).

[509] *Senger-Weiss*, Wirtschaftsmediation. Eine vergleichende Darstellung der Rechtslage in den USA und Österreich (2001) 26.

[510] Wobei die Mediationsperson gem § 16 Abs 2 ZivMediatG die Mediationsparteien *„über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation“* aufzuklären bzw gem Abs 3 die Mediationsparteien auf die Möglichkeit der rechtlichen Beratung hinzuweisen hat.

Im Gegensatz dazu muss im Mediationsverfahren ein konkreter Verfahrensablauf durch die Mediationsparteien **nicht** bestimmt werden. Die Mediationsparteien ***können*** Verfahrensgrundsätze, Ort und Zeit der Sitzungen bzw allfällige Spielregeln vereinbaren, sie ***müssen*** es aber ***nicht*** bzw werden diese Aspekte auch **nicht** (zwingend) **von außen reguliert**. Darüber hinaus sind die Mediationsparteien **selbst entscheidungsbefugt**, während in Schiedsverfahren eine Entscheidung durch das neutrale Schiedsgericht erfolgt. Dieser durch das Schiedsgericht ergehende Schiedsspruch hat dabei nicht nur die Wirkung eines Urteils sondern ist zusätzlich auch **vollstreckbar** und stellt demgemäß ein **erstinstanzliches Urteil** dar. In Mediationsverfahren hingegen können die Mediationsparteien einen selbstverantworteten, zukunfts-gerichteten Kompromiss vereinbaren, der keine unmittelbare, mit dem Schiedsspruch vergleichbare Verbindlichkeit aufweist. Zwar können entsprechende Mediationsvergleiche vollstreckbar gemacht werden, wozu aber die Einschaltung des Gerichts bzw eines/einer Notars/Notarin erforderlich ist. Das bedeutet, dass die Mediationsparteien viel mehr als Schiedsparteien während der Konfliktbearbeitung die „Zügel in der Hand" haben. Dadurch können sie viel stärker auf das Verfahren einwirken und zur Konfliktbereinigung beitragen bzw gemeinsam mit der anderen Konfliktpartei entscheiden.
Des Weiteren steht den **Mediationsparteien** auch noch der **Gang vor ein ordentliches Gericht** (worauf die Geheimhaltungsinteressen über offengelegte Informationen gerichtet sind) **offen**. Dies ist ein **weiteres wesentliches methodisches Unterscheidungsmerkmal** zwischen Mediations- und Schiedsverfahren. Während sich die Schiedsparteien durch die Schiedsvereinbarung dem Schiedsspruch des Schiedsgerichts unterwerfen, besteht für die Mediationsparteien selbst bei Vorliegen eines Mediationsvergleichs die Möglichkeit, staatliche Gerichte bzw Schiedsgerichte mit ihrem Konflikt zu befassen.

Aus diesen doch **wesentlichen methodischen Unterschieden** scheidet die Übertragbarkeit - trotz Bestehens übereinstimmender Geheimhaltungsinteressen - von Vertraulichkeitsbestimmungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Mediation aus.[511] Auch *Eidenmüller* spricht sich in der dLit **gegen** die Übertragbarkeit von Regelungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit auf die Mediation aufgrund der mangelnden Verbindlichkeit der Streitentscheidung durch die Mediationsperson aus. Dabei macht er zusätzlich darauf aufmerksam, dass die Grundlage der Entscheidung im Schiedsverfahren das *„anwendbare*

[511] Übereinstimmend *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 104 f.

Recht" sei, während in der Mediation *„regelmäßig primär die Interessen der Beteiligten"* seien.[512]

Aus dieser Vielzahl an wesentlichen Unterscheidungskriterien zwischen Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation ergibt sich eine **eindeutige Divergenz** dieser beiden Konfliktbearbeitungsmethoden weshalb mE auch die **Übertragung von Vertraulichkeitsregelungen abzulehnen** ist. Es ist zu berücksichtigen, dass beide Konfliktbearbeitungsverfahren von wesentlichen materiellen und formellen Kriterien geprägt sind, die sie gerade von der jeweils anderen Konfliktregelungsmethode unterscheiden. Es erscheint daher die Übertragung von Regelungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit falsch, da in beiden Verfahren der Prozess und auch die tatsächliche Findung und Förderung des Kompromisses völlig unterschiedlich ablaufen. Damit erscheint auch die Übertragung, im Besonderen der Vertraulichkeitsregelungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit - obgleich (teilw) bestehender gleich zielgerichteter Geheimhaltungsinteressen - ungeeignet.

Daraus folgt, dass zur Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien auch keine Vertraulichkeitsbestimmungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit analog anwendbar sind. Obwohl daher die analoge Heranziehung von Bestimmungen aus der Schiedsgerichtsbarkeit ausscheidet, wird in der Folge vereinzelt auf schiedsrechtliche Lit im Zusammenhang mit Situationen, in denen entsprechend vergleichbare Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien bestehen können, zurückgegriffen. Dabei werden jedoch grds keine schiedsrechtlichen Vertraulichkeitsregelungen übernommen, vielmehr sollen mit der Mediation vergleichbare brisante Situationen im Zusammenhang mit Vertraulichkeitsproblematiken und entsprechend gleichen Geheimhaltungsinteressen der Konfliktparteien aufgezeigt werden.
Es wird daher im folgenden Kapitel erörtert, wie die Vertraulichkeit der Mediationsparteien insb durch (ausdrückliche oder konkludente vertragliche) Vereinbarungen im Zivilprozess gesichert bzw durchgesetzt werden kann.

[512] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 10 f.

7 Vertragliche Vertraulichkeitssicherung

Vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen werden deshalb getroffen, weil **bestehende gesetzliche Vertraulichkeitsregelungen** die Vertraulichkeit einer Person nur **unzureichend** sichern, oder die Vertraulichkeit dieser Person **gesetzlich überhaupt nicht** geregelt ist und daher einer Sicherung bedarf. Damit diese Person die Vertraulichkeit über geheime Informationen (eher) einhält, sehen vertragliche Verschwiegenheitsvereinbarungen bei Verstoß (ua schadenersatzrechtliche) Konsequenzen vor.

Aus dem Kreis der Mediationsbeteiligten entsteht das Bedürfnis der vertraglichen Vertraulichkeitssicherung va für die **Mediationsparteien** sowie sonstigen dritten Mediationsbeteiligten. Dies ergibt sich aus der mangelnden gesetzlichen Sicherung der Verschwiegenheit im Gegensatz zur Mediationsperson, deren Vertraulichkeit auf gesetzlicher Ebene durch § 18 ZivMediatG iVm § 320 Z 4 ZPO bzw § 3 EU-MediatG iVm § 321 ZPO sowohl materiell als auch formell bereits umfassend geschützt wurde.[513]

Im Fokus der anschließenden Betrachtung der vertraglichen Vertraulichkeitssicherung liegt der sog „Mediationsvertrag".

Nachdem im Vergleich zur öLit va in der dLit eine intensivere Auseinandersetzung mit den im Zuge vertraglicher Vereinbarungen entstehenden Problematiken zwischen den Mediationsbeteiligten erfolgt ist, soll auf die doch sehr unterschiedliche Terminologie aufmerksam gemacht werden. Überwiegend wird in der dLit für die zwischen den Mediationsparteien bestehende Vereinbarung darüber, Mediation als Konfliktbearbeitungsmethode zu verwenden, der Begriff „**Mediationsvereinbarung**" herangezogen.[514] Im Rahmen dieser Untersuchung handelt es sich dabei jedoch um eine die Mediation **beendende** Übereinkunft **zwischen den Mediationsparteien**, mit der sie das **Ergebnis der Mediation** festhalten. Der **zwischen der Mediationsparteien** bestehende Vertrag wird in der gegenständlichen Untersuchung als **„Mediand/innenvertrag"** bezeichnet. Der Terminus des „**Mediator/innenvertrages**", welcher das **Rechtsverhältnis zwischen Mediationsparteien und Mediator** bezeichnet, wird in der gegenständlichen Untersuchung übernommen. Schließlich ist noch auf den Begriff des „**Mediationsvertrages**" aufmerksam zu machen, welcher den diese **beiden Rechtsverhältnisse miteinander verbindende Vertrag** darstellt.

[513] Mit Ausnahme der Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationspersonen, die inländisch tätig werden und nicht der Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 GewO unterliegen.
[514] *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 8 ff.

7.1 Ausgangslage

Eingangs soll darauf hingewiesen werden, dass es „den einen Mediationsvertrag", der generell zu Beginn einer Mediation von den jeweiligen Mediationsbeteiligten mit demselben Inhalt abgeschlossen wird, nicht gibt. Aufgrund des im ABGB geltenden Prinzips der Privatautonomie obliegt es den (Mediations-)Vertragsparteien zu entscheiden, wie sie ein konkretes Vertragsverhältnis ausgestalten wollen. Um im Anschluss eine Aufarbeitung von Problematiken in Zusammenhang mit der Bearbeitung vertraglicher Vertraulichkeitsregelungen zu ermöglichen, wird von folgender **Situation ausgegangen**.[515]

Zwischen Partei A und Partei B herrscht ein Streit. Partei B hat einen Studienkollegen, der sie über die Möglichkeit Konflikte auch außergerichtlich durch Mediation zu lösen, informiert. Diese Information gibt Partei B an Partei A weiter, wobei diese auch gleich eine Mediationsperson M ausfindig macht. Beim ersten gemeinsamen Treffen wird dabei zwischen den Parteien A und B, sowie mit der Mediationsperson M ein Schreiben aufgesetzt.

„Zwischen den Parteien A und B besteht folgender Konflikt: [Es folgt eine kurze Skizze des Problems]. Die Parteien sind willens, zum Versuch einer Lösung dieses Konflikts eine Mediation durchzuführen. Hierzu verpflichten die Parteien als Mediator Herrn M."[516]

Unter Vernachlässigung der Tatsache, dass diese Übereinkunft sehr vereinfacht dargestellt ist, lassen sich daraus bereits wesentliche Punkte für einen Mediationsvertrag ableiten.

7.1.1 Allgemeines

Zu Beginn des Mediationsverfahrens schließen die Mediand/innen mit der Mediationsperson einen Vertrag, den sog „Mediationsvertrag" ab. Dabei kommt der Mediationsvertrag durch **übereinstimmende Willenserklärung zwischen den Mediationsparteien** zustande (§ 861 ABGB). Dieser übereinstimmende Parteiwille ist dabei auf die **Durchführung einer Mediation** gerichtet[517], wobei über folgende Inhalte als Mindestanforderungen (*essentialia negotii*) Einigkeit der Mediationsparteien herrschen sollte:

- Die Regelung der Vertragsparteien (die Mediand/innen und die Mediationsperson),

[515] Siehe zu der selben Problematik im Zusammenhang mit der Vielfältigkeit von Mediations- bzw ADR-Verträgen, *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 35 ff.
[516] *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 37.
[517] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 19 ff.

- die Bestimmung des Vertragsgegenstands (Mediation zu welchem Thema? Welche Methode?)
- sowie eine Vereinbarung über die Vergütung (Honorar) der Mediationsperson. [518]

Darüber hinaus wird in der Lit von sog „*typischen Inhalten*“[519] des Mediationsvertrages ausgegangen, welche „*Programmvorschriften*“ [520] zur Durchführung der Mediation normieren.[521] Ausgangspunkte dieser Inhalte sollen demnach die verschiedenen Elemente der Mediation aber va auch die Regelungen des ZivMediatG sowie die Regelungen der Ausführungs-RL zur Mediation gem § 39c FLAG sein, welche in der Bestimmung von Verhaltens- und Kommunikationsregeln in den Vertrag münden. [522] Weitere mögliche Vertragsgegenstände des Mediationsvertrages lassen sich anhand dieser Regelwerke bzw Grundelemente wie folgt zusammenfassen, zB:

- Die freiwillige Teilnahme der Mediationsparteien an der Mediation,
- sowie deren Wille zur eigenverantworteten und selbstbestimmten Lösungsfindung,
- der Verzicht auf das Setzen gerichtlicher Schritte während der laufenden Mediation,
- die Verpflichtung zur Offenlegung entscheidungsrelevanter Informationen (Transparenzgebot),
- das Zeugnisverweigerungsrecht/Vernehmungsverbot der Mediationsperson im späteren Zivilprozess,
- die jederzeitige Möglichkeit zur Beendigung der Mediation,
- die Unterlassung aller das Verfahren behindernder Schritte,
- und die **Vertraulichkeit über offengelegte Informationen**.[523]

Anhand der möglichen Gegenstände des Mediator/innenvertrag ist erkennbar, dass dieser **nicht nur wechselseitige Rechte und Pflichten** zwischen den **Mediationsparteien** regeln kann, sondern auch Rechte und Pflichten der **Mediationsparteien zur Mediationsperson** festlegt.[524] Daraus ergibt sich, dass der Mediationsvertrag im Wesentlichen in **zwei zu unterscheidende Vertragsverhältnisse** gegliedert ist.

---

[518] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 19 ff.
[519] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 21.
[520] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 74.
[521] Vgl dazu *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff.
[522] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 74; *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 21.
[523] *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff; *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 21, 23.
[524] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 21 f; *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 37.

7.1.2 Kopplung zweier Hauptverträge - Mediator/innenvertrag und Mediand/innenvertrag

- Das **erste Vertragsverhältnis** besteht zwischen der Mediationsperson und den Mediationsparteien. Regelungsgegenstände bilden hier zB die Vereinbarung über das Honorar der Mediationsperson sowie allfällige Verhaltensvorschriften, die von ihr einzuhalten sind (**Mediator/innenvertrag**[525]).[526]

- Das **zweite Vertragsverhältnis** besteht nur zwischen den Mediationsparteien, wobei die wechselseitigen Rechte und Pflichten den Regelungsgegenstand bilden (**Mediand/innenvertrag**).[527]

Diese Verbindung von zwei Vertragsverhältnissen in einem Vertrag (Mediationsvertrag) ergibt die **Koppelung zweier Hauptverträge**. Dabei werden die einzelnen Leistungen durch den jeweiligen Vertrag separat geregelt. Es bestehen jedoch keine Leistungen, die „vertragsübergreifend" gelten (**kein inneres Abhängigkeitsverhältnis**). Der Mediand/innenvertrag regelt demnach die Rechte und Pflichten der Mediand/innen untereinander, hingegen determiniert der Mediator/innenvertrag die Rechte und Pflichten der Mediationsperson zu jeder einzelnen Mediationspartei. Umgekehrt werden jedoch zB im Mediand/innenvertrag nicht (sonstige) Rechte für die Mediationsperson festgelegt bzw werden auch im Mediator/innenvertrag keine zwischen den Mediationsparteien geltenden Pflichten bestimmt.[528]

Obwohl daher in den einzelnen Verträgen keine „vertragsübergreifenden" Rechte oder Pflichten geregelt werden, sind diese in ihrem **Bestand wechselseitig voneinander abhängig**. Geht nämlich der Vertrag zwischen den Mediand/innen unter, so besteht der Mediator/innenvertrag auch nicht weiter. Doch auch umgekehrt, wenn die Mediationsperson die Mediation beendet, ergibt der Fortbestand des Mediand/innenvertrags keinen Sinn, da die Konfliktlösung mit Unterstützung *dieser* Mediationsperson gescheitert ist. Daraus ergibt sich, dass bei Beendigung einer Vertragsbeziehung auch das andere Vertragsverhältnis endet bzw

---

[525] Weder in Österreich noch in Deutschland besteht eine einheitliche Terminologie für den „Mediator- bzw den Mediand/innenvertrag" vgl dazu insb *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) §17, 5.20.

[526] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 22; *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 74.

[527] In der Lit wird der nur zwischen den Mediand/innen bestehende Vertrag auch als „Mediandenvertrag" beschrieben, wobei sich diese nach der dLit über drei wesentliche Punkte einig werden müssen:
a) Übereinkunft, dass beide von dem Konflikt betroffen sind;
b) der konkrete Konflikt soll mithilfe der Mediation gelöst werden;
c) die Regeln des allgemein bürgerlichen Rechts sind einzuhalten, *Falk/Koren,* Kurzkommentar ZivMediatG (2005) §17, 5.19.

[528] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 70 ff; *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 22 f.

dass diese beiden Vertragsverhältnisse lediglich betreffend den *„Abschluss und Durchführung der Verträge“* in Abhängigkeit zueinander stehen.[529]

7.1.3 Zur Schriftlichkeit

Im Zusammenhang mit dem Abschluss des Mediationsvertrages ist darauf hinzuweisen, dass der Abschluss des Mediationsvertrages in schriftlicher Form **dringend geboten** ist. Wie bereits in § 66 RL-BA unter dem Titel „Schriftlichkeit“ bestimmt, sollen im Rahmen des Mediationsvertrags *„die Übernahme des Mediationsmandates, die wesentlichen Grundregeln der Mediation und deren Ziele“* **schriftlich** festgehalten werden.[530] Dadurch sollen die Spielregeln der Mediation offengelegt und übereinstimmend von allen Vertragsparteien akzeptiert werden.[531] Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass (va in einem späteren Zivilprozess) die Behauptung eines mündlich zustande gekommenen Vertrags bspw durch nur eine Mediationspartei und die Erbringung eines Beweises darüber, sich äußerst schwierig gestalten kann. Es liegt daher im Interesse beider Mediationsparteien, den Mediationsvertrag bzw die beiden sich daraus ergebenden Rechtsverhältnisse samt deren Rechte und Pflichten zu **Beweiszwecken** schriftlich festzuhalten. Weiters kann die Schriftlichkeit des Mediator/innenvertrags den Mediationsbeteiligten **Klarheit** hinsichtlich ihrer **zu erfüllenden** und **wechselseitig bestehenden Rechte und Pflichten** bringen. Daraus ergibt sich das unbedingte Erfordernis nach dem schriftlichen Festhalten des Mediationsvertrages.[532]
In der Folge wird nun genauer auf die beiden Vertragsverhältnisse des Mediator- bzw des Mediand/innenvertrags eingegangen.

7.1.4 Zum Mediator/innenvertrag

Der Mediator/innenvertrag begründet das zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson bestehende Vertragsverhältnis, welches auf die Durchführung einer Mediation zur Bearbeitung eines konkreten Konflikts ausgerichtet ist. Nachdem an diesem Rechtsverhältnis mehrere Parteien involviert sind, soll darauf eingegangen werden, in welchem Verhältnis die Vertragsparteien stehen, wodurch dieser Vertrag gekennzeichnet ist bzw ob dieser einem der gesetzlich vertypten Verträge entspricht.

---

[529] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 81; *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 23.
[530] Vgl § 66 RL-BA; *Steinacher,* Die Mediationsrichtlinie, AnwBl 2000, 124 (128).
[531] *Steinacher,* Die Mediationsrichtlinie AnwBl 2000, 124 (128).
[532] *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 47 f.

7.1.4.1 Materiell-rechtlicher, zweiseitig verpflichtender, entgeltlicher Vertrag

Die Eingliederung des Mediator/innenvertrags als einen materiell-rechtlichen Vertrag ergibt sich daraus, dass dieser (überwiegend) materielle Rechte und Pflichten für das Mediationsverfahren normiert. Va die durch den Mediator/innenvertrag geschaffene Pflicht, die Mediationsparteien durch das gesamte Mediationsverfahren anzuleiten, verstärkt die materielle Ausrichtung dieses Vertrages. Es steht außer Zweifel, dass der Mediator/innenvertrag auch prozessrechtliche Wirkungen zeigen kann (wie bspw die Pflicht, die Vertraulichkeit über Mediationsinformationen im Zivilprozess zu wahren).[533] Ob und wie diese prozessualen Aspekte im österreichischen Zivilprozess durchgesetzt werden können, darauf wird unter Punkt 3.5 eingegangen.

Die **zweiseitige Verpflichtung** des Mediator/innenvertrags ergibt sich daraus, dass darin wechselseitig, zwischen jeder einzelnen Mediationspartei und der Mediationsperson geltenden Rechte und Pflichten begründet werden (synallagmatisches Austauschverhältnis). Die **Entgeltlichkeit** des Mediator/innenvertrags hingegen ergibt sich aus dem Leistungsaustausch[534] zwischen der Mediationsperson und jeder einzelnen Mediationspartei. Die Leistung der Mediationsperson liegt darin, die Konfliktparteien in ihrer Lösungsfindung zu unterstützen. Dem gegenüber steht die durch jede einzelne Mediationspartei übernommene Verpflichtung zur Erbringung ihrer Leistung, nämlich die Bezahlung des Honorars an die Mediationsperson.

7.1.4.2 Ziel- oder Dauerschuldverhältnis

Zur Bestimmung des Mediator/innenvertrages als Ziel- oder Dauerschuldverhältnis, ist darauf abzustellen, ob die wechselseitigen Leistungen der Mediationsbeteiligten lediglich einmalig, oder wiederkehrend erbracht werden.[535] Wie sich für den Mediator/innenvertrag feststellen lässt, handelt es sich bei den Leistungen der Mediationsbeteiligten nicht nur um einen einmaligen, sondern um einen wiederholten Leistungsaustausch. Dies lässt sich daraus ableiten, dass die Mediationsperson idR ihre Vermittlungs- und Verhandlungsleistung nicht nur einmal, sondern wiederkehrend in jeder Mediationssitzung anbieten muss. Doch auch die Mediationsparteien müssen regelmäßig, bei jeder Mediationssitzung zur Konfliktlösung beitragen und dementsprechend (nicht nur einmal) an der Konfliktbearbeitung mitwirken.[536] Daraus ergibt sich, dass der Mediator/innenvertrag als Dauerschuldverhältnis eingeordnet werden kann.

---

[533] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 17 f.
[534] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 116.
[535] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 7 ff.
[536] Siehe zu den Hauptleistungspflichten genauer 2.5.2.3.2

7.1.4.3 Kategorisierung des Mediator/innenvertrags

In der dLit wird vertreten, dass der Mediator/innenvertrag einem freien Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter darstelle. Dies wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Mediationsperson *„selbständig in fremden Interesse tätig“* werde.[537] Nach der österreichischen Lit besteht jedoch durchaus auch die Möglichkeit, den Mediator/innenvertrag als freien Dienstvertrag oder als Werkvertrag zu qualifizieren.[538] Um den Mediator/innenvertrag eindeutig unter einen dieser Verträge zu subsumieren, hat jedoch zuerst eine Feststellung der Hauptleistungspflichten der Vertragsparteien zu erfolgen.

7.1.4.3.1 Zu den Hauptleistungspflichten der Mediationsperson

Ganz allgemein ist unter einer Hauptleistungspflicht eine Pflicht zu verstehen, die *„das Wesen des Rechtsgeschäftes“* ausmacht bzw stellt sie die Basis dar, weshalb ein Vertrag zwischen den Parteien abgeschlossen wird. Sie bestimmt somit den Vertragstyp des zwischen den Parteien zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts.[539] Die entsprechenden Hauptleistungspflichten für den Mediator/innenvertrag lassen sich zunächst am besten durch die an die Mediationsperson gestellten **Erwartungen der Mediationsparteien** bzw den **Zweck der Mediation** feststellen.[540]

Für den Mediator/innenvertrag wird in der Lit va die **Verhandlungsführung/-begleitung** bzw die Aufklärungs- und Hinweispflichten[541] der Mediationsperson als Hauptleistungspflichten angesehen. Die charakteristische **Hauptleistungspflicht der Mediationsperson** gegenüber den Mediationsparteien liegt daher einerseits in der **Kontrolle der Einhaltung** der im Mediator/innenvertrag **vereinbarten Vertragsgegenstände** sowie andererseits in der damit verbundenen **Verfahrens-/Vermittlungsbegleitung**.[542] Va in diesem Punkt wird das für die Mediation typische Element der Verhandlungsbegleitung erkennbar, wonach die Mediationsperson zur Herstellung einer Gesprächsebene unter den Mediationsparteien (unter der Voraussetzung ihrer Freiwilligkeit) verpflichtet ist.[543] Die dabei erbrachte Vermittlungsleistung kann zwischen der Mediationsperson und jeder einzelnen

---

[537] Siehe dazu ausführlich *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 23.
[538] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001.
[539] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 4.
[540] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 35 ff.
[541] Wobei diese auch als (unselbständige) Nebenleistungspflicht angesehen werden können, sofern sie sich auf *„hemmende Einflüsse“* von außen beziehen, *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 76.
[542] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 76; *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 24; *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff; *Perner/Völkl* in *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 958.
[543] Vgl dazu ausführlich *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 6.6.8.

Mediationspartei bestehen (zB Einzelgespräche), sie ergibt sich jedoch auch gleichzeitig gegenüber sämtlichen Mediationsparteien (zB in Gruppengesprächen).[544]

7.1.4.3.2 Zu den Hauptleistungspflichten der Mediationsparteien

Dies den Vermittlungs- und Begleitungsleistungen der Mediationsperson gegenüberstehenden Hauptleistungen der Mediationsparteien, sind die **Honorarzahlungs-** sowie die **Mitwirkungspflicht** der Mediationsparteien (*do ut des*).[545]

Demnach besteht für die Mediationsparteien eine Hauptleistungspflicht darin, die im Mediator/innenvertrag getroffene **Honorarvereinbarung zu erfüllen** und somit der Mediationsperson nach erfolgter Mediation das vereinbarte Honorar zu zahlen.[546] Wurde keine ausdrückliche Vereinbarung über die Höhe des Honorars vereinbart, so gilt gem § 1152 ABGB „*angemessenes Entgelt als bedungen*".[547]

Darüber hinausgehend besteht für die Mediationsparteien nicht nur untereinander[548] sondern auch gegenüber der Mediationsperson die **Verpflichtung zur Mitwirkung** an der Mediation. Diese aus dem Mediand/innenvertrag ableitbare Pflicht existiert auch im (Vertrags-)Verhältnis zur Mediationsperson, da ohne die Mitwirkung der Konfliktparteien die Bearbeitung und Lösung ihres Konflikts im Rahmen der Mediation nicht möglich ist.[549]

7.1.4.3.3 Zu den infrage kommenden gesetzlich vertypten Verträgen

Zur Qualifikation als Werkvertrag

In der Praxis wird für eine klare Abgrenzung zwischen dem gesetzlich geregelten Werkvertrag und dem atypischen freien Dienstvertrag zunächst ein besonderes Augenmerk auf das **zeitliche Ausmaß** einer entsprechenden Parteienvereinbarung gelegt.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass Werkverträge idR Zielschuldverhältnisse und freie Dienstverträge grds Dauerschuldverhältnisse darstellen. Trotz dieser jeweiligen Charakteristika gibt es für Vertragsparteien entgegen dieser generellen vertraglichen Grundzüge aber auch die Möglichkeit, bspw ein **Dauerschuldverhältnis** mit *„werkvertragsähnlichem Inhalt"* zu vereinbaren.[550] Das bedeutet, der Abschluss des Mediator/innenvertrags als ein Dauerschuldverhältnis, lässt nicht automatisch die Eingliederung als freien Dienstvertrag zu, da auch Verträge mit Dauercharakter und einer

---

[544] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 19.
[545] *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.16.4; *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 20; Allgemein dazu *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 4.
[546] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 75.
[547] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 24.
[548] Siehe dazu unter Punkt 7.1.5.3.1.
[549] Siehe dazu auch *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.16.4.
[550] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 255; Siehe dazu insb auch *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.16.9.6.

Erfolgsvereinbarung Werkverträge darstellen können bzw deren Rechtsfolgen zur Anwendung kommen können. Daraus ergibt sich, dass der Abschluss des Mediator/innenvertrags als Dauerschuldverhältnisse nicht sofort als freies Dienstverhältnis einzugliedern ist[551] und deshalb anhand der vorgesehenen Vertragsdauer keine generelle Abgrenzung bzw Eingliederung erfolgen kann.

Des Weiteren wird in der Lit zur eindeutigeren Festlegung, ob tatsächlich ein Werk- oder freier Dienstvertrag zwischen der Mediationsperson und den Mediationsparteien vereinbart wurde, darauf abgestellt, ***„wie konkret“*** der im Vertrag **geschuldete Erfolg beschrieben** wird. Je konkreter die Beschreibung des Erfolgs ausgestaltet ist, desto eher kann davon ausgegangen werden, dass es sich um einen Werkvertrag handelt. Wird die Leistung hingegen nur *„gattungsmäßig“* beschrieben, so liegt ein freier Dienstvertrag vor.[552]

ME ist in diesem Zusammenhang jedoch zu berücksichtigen, dass die Annahme, der Mediator/innenvertrag könne den Anforderungen eines Werkvertrages entsprechen, nicht unproblematisch ist. Das den Werkvertrag charakterisierende Element ist die Verpflichtung des Auftragnehmers, einen bestimmten Erfolg herzustellen. Für den Mediator/innenvertrag würde die Kategorisierung als Werkvertrag bedeuten, dass die Mediationsperson (bei hinlänglicher Konkretisierung des geschuldeten Erfolgs) zu dessen „Herstellung“ - gemeint ist damit die Lösung des Konflikts - verpflichtet wird. Diese Verantwortung bzw **Verpflichtung zur Konfliktlösung an die Mediationsperson zu übertragen** ist jedoch für die Mediation **nicht zweckmäßig**. Schließlich beschließen die Mediationsparteien ihren Konflikt durch die Mediation **selbstverantwortet** zu lösen. Nur durch die Mitwirkung der Mediand/innen kann die Bearbeitung des Konflikts zu einer für sämtliche Betroffenen zufriedenstellenden Lösung führen. Dabei kann die Mediationsperson die Mediationsparteien lediglich **unterstützen**, sie darf jedoch selbst keine Lösungsvorschläge abgeben, bzw umso weniger in der Sache selbst eine Entscheidung treffen.

In diesem Zusammenhang ist erneut auf die in der Lit vertretenen Ausführungen zu verweisen, wonach davon ausgegangen werden kann, dass die Erfolgsvereinbarung der Mediationsperson in der Erzielung einer für die Konfliktparteien fruchtbringende Atmosphäre

[551] *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.16.9.6.
[552] *Wachter,* Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 407; *Grillberger/Mosler,* Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige (1998) 40.

zur Konfliktlösung geschaffen werde.[553] Die durch die Mediationsperson übernommene Verpflichtung zur Vermittlungsbegleitung stelle demnach den **Erfolg ihrer Tätigkeit** dar. Dies wird jedoch unter Bezugnahme auf die Rspr des OGH abgelehnt: Konkret wird dabei eine Entscheidung des OGH[554] betreffend eines zwischen einem Arzt und einem Patienten bestehenden Behandlungsvertrags besprochen. Darin wird festgehalten, dass der Arzt in einem Verhandlungsvertrag für eine *„lege artis durchgeführte Behandlung haftet"*[555], dieser jedoch nicht für die Herstellung eines vereinbarten Erfolges verpflichtet werden könne, weshalb der Behandlungsvertrag grds ein atypisches Vertragsverhältnis darstelle.[556]

Vergleicht man diese Ausführungen des OGH mit der Stellung der Mediationsperson im Mediationsverfahren, so sind durchaus Parallelen zwischen Behandlungs- und Mediationsvertrag erkennbar. Die Mediationsperson hat ihr Erfolgsversprechen, welches in einer *lege artis* durchgeführten Verhandlungsbegleitung liegt, zu erbringen. Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Mediationsperson zur Erfüllung dieser Verpflichtung vom Willen der Mediationsparteien abhängig ist. Schließlich kann die Mediationsperson ihr Erfolgsversprechen („lege artis" durchgeführte Verhandlungsbegleitung) nicht erfüllen, wenn die Mediand/innen die Konfliktbearbeitung/-lösung nicht wollen (Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation sowohl nach dem ZivMediatG als auch dem EU-MediatG). Demnach besitzen die Mediationsparteien auch hinsichtlich der Leistungserbringung der Mediationsperson die *„verfahrensbeherrschende Stellung"*[557]. Eine dem Werkvertrag entsprechende Übernahme einer Erfolgsvereinbarung durch die Mediationsperson scheidet daher mE zusätzlich mit der Begründung aus, dass die Mediationsperson in der Erfüllung dieses Erfolgsversprechens vom Willen der Mediationsparteien abhängig ist, und daher eine entsprechende Verwirklichung selbst bei *lege artis* durchgeführter Verhandlungsbegleitung nicht garantiert werden kann.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Erfolg eines Mediationsverfahrens maßgeblich von der Konfliktbearbeitungs-Bereitschaft der Mediationsparteien abhängt. Obwohl die Mitwirkungspflicht der Mediationsparteien eingangs als Hauptleistungspflicht determiniert wurde, ist dies noch keine Garantie, dass diese von den Konfliktparteien auch eingehalten wird. Für den *Erfolg* einer Mediation ist die Bereitschaft zur aktiven Mitwirkung

---

[553] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 80.
[554] *Apathy,* Aufklärungspflicht bei kosmetischer Operation - Rechtsfolgen einer mangelhaften kosmetischen Operation, Besprechung der Entscheidung OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91 = JBl 1992, 520; Vgl dazu auch neuere Entscheidungen des OGH 2.4.2008, 8 Ob 34/08w bzw OGH 7.8.2007, 4 Ob 137/07m.
[555] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 80.
[556] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 80.
[557] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 80.

der Mediationsparteien jedoch grundlegend. Nachdem der Eintritt eines Erfolgs grundlegend von der Mitwirkung der Mediationsparteien geprägt ist (und daher durch die Mediationsperson nicht beeinflusst bzw erbracht werden kann) ist dies ein weiterer Grund, weshalb die Einordnung als Werkvertrag ausscheidet.

Daraus ergibt sich, dass mMn der Abschluss bzw die Annahme, der **Mediator/innenvertrag** könne einen **Werkvertrag** darstellen, **nicht möglich** ist. Die Mediationsperson kann sich nach den in den ZivMediatG bzw dem EU-MediatG festgelegten Grundsätzen der selbstverantworteten Konfliktlösung der Mediationsparteien nicht zur Lösung des Konflikts verpflichten bzw dazu verpflichtet werden. Dies scheidet insb aus dem Grund aus, weil die Mediationsperson zunächst nicht zur Lösung des Konflikts „befugt" ist, sondern diese Konfliktlösungskompetenz den Mediationsparteien obliegt - und die Mediationsperson daher von der Mitwirkung(spflicht) der Mediand/innen abhängig ist.

Zur Qualifikation als freien Dienstvertrag

Generell begründet der Abschluss eines freien Dienstvertrags ein Dauerschuldverhältnis, in dem sich der/die Auftragnehmer/in gegen Entgelt dazu verpflichtet, dem/der Auftraggeber/in für *„bestimmte oder unbestimmte Zeit"* seine Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen.[558] Im Unterschied zum „echten" Dienstvertrag erbringt der/die Auftragnehmer/in seine/ihre Leistung in persönlicher *Un*abhängigkeit, die sich insb in der fehlenden Weisungsgebundenheit hinsichtlich der Arbeitszeit oder des Arbeitsortes niederschlägt.[559]

Mit dem Wesen des Mediator/innenvertrags in Einklang zu bringen ist die dem Wesen des freien Dienstvertrags entsprechende **Zurverfügungstellung der Arbeitskraft** auf ***„bestimmte oder unbestimmte Zeit"***. Im Zeitpunkt des Abschlusses des Mediator/innenvertrags ist weder für die Mediationsparteien noch die Mediationsperson absehbar, wie viel Zeit die Konfliktbearbeitung durch eine Mediation in Anspruch nehmen wird. Dabei wird zwar idR zu Beginn der Mediation ein Zeitrahmen bzw ein „Programm" festgelegt, wobei dieses nach Bedarf angepasst, und somit verlängert oder verkürzt werden kann. Dementsprechend wird die gegenseitige Leistungserbringung zwischen der Mediationsperson (Verhandlungsanleitung) und den Mediationsparteien (Mitwirkungspflicht)

[558] Vgl im Sozialversicherungsrecht **§ 4 Abs 4 ASVG**: *„Den Dienstnehmern stehen im Sinne dieses Bundesgesetzes Personen gleich, die sich auf Grund freier Dienstverträge auf bestimmte oder unbestimmte Zeit zur Erbringung von Dienstleistungen verpflichten (...)"*.
[559] *Scherz,* Werkverträge und freie Dienstverhältnisse[3] (2010) 6 ff.

auf längere Dauer - im Einzelfall mehr oder weniger genau bestimmt - geschuldet, wodurch ein Wesensmerkmal des freien Dienstvertrages erfüllt ist. Daher hat die Mediationsperson sowohl die zeitliche als auch die örtliche Komponente mit den Mediationsparteien abzustimmen.

Ein weiteres wesentliches Charakteristikum des freien Dienstvertrages ist die **persönliche Unabhängigkeit** des/der Dienstnehmers/Dienstnehmerin (hier: die Mediationsperson) in der Leistungserbringung. Dieses Kriterium wird durch den Mediator/innenvertrag jedoch insofern **nicht erfüllt**, als die Mediationsperson mit den Mediationsparteien stets zeitliche Treffpunkte koordinieren muss. Zusätzlich arbeitet sie ortsgebunden mit den Mediationsparteien zusammen. Daher scheidet die persönliche Unabhängigkeit der Mediationsperson aus.

Die Anwendung der Bestimmungen des freien Dienstvertrages auf den Mediator/innenvertrag scheidet daher mit der Begründung aus, dass die Mediationsperson ihre Leistung nicht persönlich unabhängig erbringen kann. Sowohl zeitlich als auch örtlich ist die Mediationsperson an die Mediationsparteien gebunden - bzw zumindest zu einer Abstimmung mit den Mediationsparteien verpflichtet. Aus diesem Grund scheidet der Abschluss des Mediator/innenvertrags als freier Dienstvertrag aus.

Zur Qualifikation als freier Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter

Abschließend ist daher auch der va in der dLit vertretene freie Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter [560] mit der Begründung abzulehnen, dass der Mediator/innenvertrag auch den Voraussetzungen dieses Vertragstypus nicht entspricht. Der „Geschäftsbesorgungscharakter“ knüpft an die Anforderungen des Auftragsvertrages (§§ 1002 ff ABGB) an, wobei der/die Beauftragte zur (un-)entgeltlichen *„Besorgung erlaubter Geschäfte auf Rechnung des Auftraggebers verpflichtet“* ist (§ 1004 ABGB).[561] Nachdem sich entsprechende Regelungen auf die **Geschäftsbesorgung** im Sinne **rechtsgeschäftlichen Tätigwerdens (**wie zB den Abschluss von Rechtsgeschäften) beziehen, scheidet die mediatorische Tätigkeit durch ihre Vermittlungsleistung als *„rein tatsächliche“* aus.[562] Schließlich verpflichtet sich die Mediationsperson zur **Begleitung** der Mediationsparteien **durch die Konfliktbearbeitung** und nicht zum Abschluss eines Rechtsgeschäftes. Natürlich

[560] Siehe dazu zB *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 23.
[561] *Apathy* in *Schwimann,* ABGB[3] (2005) § 1002 Rz 4 (Stand November 2005, rdb.at); Vgl auch *Strasser Rummel*[3], § 1002 Rz 39 f (Stand 2000, rdb.at).
[562] *Strasser* in *Rummel*[3], § 1002 Rz 40 (Stand 2000, rdb.at); Vgl auch *Apathy* in *Schwimann,* ABGB[3] (2005) § 1002 Rz 4 (Stand November 2005, rdb.at).

kann es Ziel der Mediationsparteien sein, aE einer Mediation eine Mediationsvereinbarung abzuschließen, die rechtsgeschäftliche Elemente enthält, allerdings lässt sich daraus **keine generelle Verpflichtung der Mediationsperson zur Geschäftsbesorgung** ableiten.[563] Nachdem das zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson bestehende Vertragsverhältnis daher keine Geschäftsbesorgung vorsieht, scheidet auch die Qualifizierung des Mediator/innenvertrags als freien Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter aus.

Nachdem die Mediationsperson ihre Leistung weder persönlich unabhängig erbringt (freier Dienstvertrag), noch rechtsgeschäftlich für die Mediationsparteien tätig wird, scheiden sowohl der freie Dienstvertrag, als auch der nach der dLit vertretene freie Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter aus. Der Abschluss des Mediator/innenvertrags als Werkvertrag scheidet mE mit der Begründung aus, dass die Erfüllung der Erfolgsvereinbarung durch Mediationsperson aufgrund der Mitwirkungspflicht der Mediationsparteien (und der damit einhergehenden Abhängigkeit der Mediationsperson von den Mediationsparteien) nicht (einseitig) zu erfüllen ist. Dem Abschluss eines Werkvertrages stehen daher ausdrücklich die im ZivMediatG bzw EU-MediatG geregelten Grundsätze der selbstverantworteten Lösungsfindung der Mediationsparteien sowie der damit einhergehenden mangelnden Entscheidungsbefugnis der Mediationsperson entgegen.[564]
Daraus ergibt sich, dass der Mediator/innenvertrag aufgrund der mangelnden Subsumierbarkeit unter einen der gesetzlich vertypten Verträge sowie des im Vertragsrecht geltenden Grundsatzes der Inhalts- und Abschlussfreiheit der Vertragsparteien ein **atypisches Vertragsverhältnis** darstellt.

7.1.5 Zum Mediand/innenvertrag

Der Mediand/innenvertrag stellt eine Übereinkunft zweier oder mehrerer Mediationsparteien dar *„den Konflikt durch Mediation zu lösen“*.[565] Ohne Vorliegen eines entsprechenden Übereinkommens zwischen den Konfliktparteien würde es weder zu einer Mediation, noch zum Abschluss eines Mediator/innenvertrags mit der Mediationsperson kommen. Dementsprechend wird der Mediand/innenvertrag auch als *„conditio sine qua non“* des Mediationsvertrages bzw des Mediator/innenvertrags angesehen.[566]

---

[563] Ebenso *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 70 ff.
[564] Siehe dazu bereits unter Punkt 1.3.1.3.
[565] *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.17; *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 8; *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 9.
[566] *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.18.

Im Mediand/innenvertrag werden die *„Verfahrensgrundsätze“* vereinbart, die zwischen den Mediationsparteien während des gesamten Mediationsverfahrens (bzw auch darüber hinaus) gelten sollen.[567] Dabei besteht für die Konfliktparteien die Möglichkeit, für das gesamte Verfahren entweder eine institutionelle Verfahrensordnung zu vereinbaren, oder von ihnen selbst vereinbarte Grundsätze gelten zu lassen.[568]

Es ist darauf hinzuweisen, dass in der vorliegenden Untersuchung der Schwerpunkt auf der Bearbeitung des Mediationsvertrages, der erst **nach** Konfliktentstehung zwischen den Mediationsbeteiligten abgeschlossen wird, liegt. Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, bereits **ex ante** vor Entstehung des Konfliktes, eine sog *„Mediationsklausel“* abzuschließen. Dabei vereinbaren die Parteien bereits im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses - also bevor der Konflikt überhaupt entsteht - sämtliche zukünftige Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis durch Mediation zu lösen/bearbeiten. Des Weiteren können darin bereits bestimmte Verfahrensordnungen, die den Ablauf eines Mediationsverfahrens regeln, einer künftigen Konfliktbearbeitung zugrunde gelegt werden.[569]

7.1.5.1 Zweiseitig verpflichtender, entgeltlicher Vertrag

Für das Zustandekommen eines Mediand/innenvertrags liegt eine Übereinkunft zweier oder mehrerer Konfliktparteien vor, die durch übereinstimmende Willenserklärungen ihren Konflikt unter den von ihnen vereinbarten Grundsätzen beseitigen wollen (§ 861 ABGB). Wie schon beim Mediator/innenvertrag, so handelt es sich auch bei der gegenständlichen Vereinbarung um einen entgeltlichen, zweiseitig verpflichtenden Vertrag.[570] Die **zweiseitige Verpflichtung** ergibt sich daraus, dass die Mediationsparteien darin gleichermaßen berechtigt und verpflichtet (zB zur Verschwiegenheit) werden. Die **Entgeltlichkeit** ist durch den Leistungsaustausch gegeben. Dieser Leistungsaustausch äußert sich im Mediationsverfahren darin, dass die Mediationsparteien die gegenseitige Verpflichtung zum Bemühen um eine Konfliktbeilegung eingehen, und diese in einem Austauschverhältnis steht.[571]

---

[567] *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 9.
[568] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 9 f; *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 8.
[569] *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 7 ff; *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 9.
[570] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 77; *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff.
[571] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 77; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 115 ff.

7.1.5.2 Ziel- oder Dauerschuldverhältnis

Zur Einordnung des Mediand/innenvertrags als Ziel- oder Dauerschuldverhältnis ist auszuführen, dass der Fokus der Mediation nicht darauf liegt, möglichst bald eine den Konflikt abschließende Vereinbarung zu treffen, sondern vielmehr eine Atmosphäre zwischen den Mediand/innen zu schaffen, die es ihnen ermöglicht, eigenverantwortlich ihren Konflikt zu bearbeiten und schließlich zu lösen.[572] Das bedeutet, dass die Parteien in jeder Sitzung die Einhaltung des im Vertrag bestimmten Verhaltens schulden (**wiederkehrende Leistungen der Mediand/innen**). Schwierig ist jedoch bereits bei Vertragsabschluss das zeitliche Ausmaß abzuschätzen, während dessen die Konfliktparteien die Einhaltung dieses Verhaltens schulden. Durch die Möglichkeit der Disposition über den zeitlichen Rahmen durch die Mediand/innen[573], und durch das Vorliegen wiederkehrender Leistungen - auch wenn diese in ihrer Fülle nicht durch die Parteien im Voraus bestimmt werden (können) - wird in der Lit von einem **Dauerschuldverhältnis** ausgegangen. Dadurch werde eine bessere Erklärungsmöglichkeit im Zusammenhang mit der Beendigung der Mediation erreicht. Den Mediand/innen werden nämlich verschiedenste Möglichkeiten eingeräumt, eine Mediation, die sie nicht länger wollen, zu beenden. Diese Optionen liegen in der Beendigung durch Vereinbarung, Kündigung, vorzeitige Beendigung durch wichtigen Grund oder durch Zeitablauf. Besonders durch die Möglichkeit der außerordentlichen Kündigung werde den Mediand/innen ermöglicht, die Mediation, also das Dauerschuldverhältnis, mit **schuldrechtlicher ex-nunc-Wirkung aufzulösen**, während die Auflösung eines Zielschuldverhältnisses mit ex-tunc-Wirkung in der Lit als unzweckmäßig erscheint.[574]

7.1.5.3 Kategorisierung des Mediand/innenvertrags

Zur Kategorisierung des Mediand/innenvertrags wird in der Lit einhellig vertreten, dass dieser grds keinen der gesetzlich geregelten Vertragstypen entspricht und somit ein **„atypischer Vertrag“** ist.[575] Dies wird ua damit begründet, dass darin *„verfahrensmäßige Festlegungen“* durch die Mediand/innen getroffen werden, die mehr oder weniger ausgeprägt sein können. Abhängig von der Parteiendisposition können die Mediationsparteien daher bspw über die Zulässigkeit von Einzelgesprächen bzw auch die Unterwerfung des Mediationsverfahrens

---

[572] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 77 f*; Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60ff (9).

[573] Die Über- oder Unterschreitung dieses festgesetzten zeitlichen Rahmens kann letztlich nicht ausgeschlossen werden (etwa durch Beendigung, Kündigung, Zeitablauf), *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff; *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil II), JAP 2000/2001, 139 ff.

[574] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 140*; Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 8; *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff.

[575] Siehe dazu *Likar/Krommer,* AnwBl 2005, 60 ff; *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 78.

unter eine bestimmte Mediationsordnung disponieren.[576] Der Mediand/innenvertrag kann dabei ebenso formlos wie der Mediator/innenvertrag geschlossen werden, wobei nach der Lit va über folgende drei Punkte ein **Konsens zwischen den Konfliktparteien** herrschen muss, der im Wesentlichen den Mediand/innenvertrag begründet:

- Die Übereinkunft, dass ein Konflikt besteht[577];
- Die Übereinkunft, dass dieser Konflikt durch Mediation bearbeitet werden soll;
- Diese Übereinkünfte müssen die Anforderungen der Bestimmungen des ABGB erfüllen (vgl insb die gesetzlichen Regelungen über das Zustandekommen eines Vertrages - §§ 861 und 863 ABGB[578]).[579]

Um die in der Lit vertretene Auffassung, der Mediand/innenvertrag sei ein atypischer Vertrag, zu untermauern, wird in der Folge auf die wechselseitig bestehenden Hauptleistungspflichten eingegangen. Wie bereits erörtert, wird der Typus des Vertrages, welchem sich die (Mediations-)Parteien durch den Abschluss des Rechtsgeschäftes unterwerfen, im Wesentlichen durch die Hauptleistungspflicht (hier: der Mediationsparteien) bestimmt.[580]

7.1.5.3.1 Zu den Hauptleistungspflichten der Mediationsparteien

Die Hauptleistungspflicht der Mediationsparteien besteht im Mediand/innenvertrag in der gegenseitigen Verpflichtung, sich mit dem/der Konfliktpartner/in in der Mediation *„kommunikativ auseinander(zu)setzen“*.[581] Wie bereits ausführlich dargelegt, kann nur durch eine möglichst **umfassende Offenlegung der Interessen und Bedürfnisse** jeder einzelnen Mediationspartei eine langfristig zufriedenstellende Lösung gefunden werden. Um dieses Ergebnis zu erreichen, müssen die Mediationsparteien ihre Bedürfnisse offenlegen, um mit dem Konfliktpartner einen offenen Diskurs führen zu können bzw kann umgekehrt ohne die **aktive Mitwirkung** an der Mediation, keine Lösung für den Konflikt gefunden werden.[582]

---

[576] *Heß/Sharma* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 26 Rz 11.
[577] Diese Anforderung wäre bei Vorliegen einer Mediationsklausel wohl nicht erforderlich.
[578] Vgl dazu auch *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.4.
[579] *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.19.
[580] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 4.
[581] *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 74.
[582] Vgl dazu *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 74, der diese Hauptleistungspflicht als *„Verhandlungspflicht“* bezeichnet; *Falk/Koren,* Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 17 5.16.4., die diese Pflicht als *„Mitwirkungspflicht*“ bezeichnen; Vgl auch in der dLit *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 11 f; *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 67 ff, der im Mediand/innenvertrag aufgrund der Hauptleistungspflichten der Mediationsparteien, die in der Teilnahme an der Mediation sowie der unterlassenen Verfahrenseinleitung, die Begründung einer GesbR sieht.

7.1.5.3.2 Zu den infrage kommenden gesetzlich vertypten Verträgen

Wie der Mediator/innenvertrag, so wird auch im Mediand/innenvertrag eine Hauptleistungspflicht (der Mediationsparteien) determiniert, die wenigen gesetzlich vertypten Verträgen ähnelt. Ob diese primäre Verpflichtung, sich aktiv an der Mediation zu beteiligen, die Eingliederung unter einen der gesetzlichen Vertragstypen zulässt, wird in der Folge untersucht:

Die Verträge des Dienst- bzw freien Dienstvertrages scheiden im Wesentlichen mit der Begründung aus, dass der Inhalt dieser Verträge *„Arbeit in persönlicher Abhängigkeit für einen anderen“*[583] ist. Die Konfliktbearbeitung der Mediationsparteien stellt jedoch keine Arbeit iSd dieser Vertragstypen dar. Schließlich haben die Mediationsparteien ihren Beitrag zur Mediation nicht durch die andere Mediationspartei fremdbestimmt zu erbringen. Dementsprechend scheidet die Qualifikation als (freier) Dienstvertrag aus.

Doch auch die Annahme, der Mediand/innenvertrag könne einen Werkvertrag darstellen, scheidet sofort aus. Dies ist damit zu begründen, dass die Mediationsparteien im Mediand/innenvertrag **keine Erfolgsvereinbarung** abschließen, sondern sich lediglich durch dieses konkrete Mediationsverfahren **zum Finden eines Kompromisses *bemühen***. Darin verpflichten sie sich jedoch nicht, ihren Konflikt zwingend zu bereinigen, sondern sie schulden einander wechselseitig das Bemühen bzw die aktive Mitwirkung zur Erarbeitung einer Lösung bzw eines Kompromisses. Aufgrund der Tatsache, dass im Abschluss eines Mediand/innenvertrags keine Erfolgsvereinbarung der Mediationsparteien erkennbar ist, erfüllt der Mediand/innenvertrag auch nicht die Anforderungen des Werkvertrages.

Die Subsumption des Mediand/innenvertrags unter einen der bestehenden Vertragstypen scheidet aufgrund der charakteristischen Hauptleistungspflicht der Mediationsparteien aus, weshalb dieser einen **atypischen Vertrag** darstellt.

7.2 Zum Element der Vertraulichkeit in den einzelnen Verträgen

Wie in diesem Kapitel einleitend bereits festgehalten, sehen die derzeitigen gesetzlichen Regelungen keinen Vertraulichkeitsschutz der Mediationsparteien[584] bzw sonstiger am

[583] *Kietaibl/Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[8] (2013), 18 ff.
[584] Siehe dazu ausführlich Kapitel 4.

Verfahren beteiligter Dritter[585] vor. Für die Mediationsparteien besteht daher nur die Möglichkeit, die Vertraulichkeit durch Vertrag zu vereinbaren.

Anknüpfend an die allgemeinen Darstellungen zu den jeweiligen Verträgen wird daher nun der Fokus auf die **Vertraulichkeit in den gegenständlichen Rechtsverhältnissen** gerichtet. Es wird neben der **inhaltlichen Ausgestaltung ausdrücklicher Vertraulichkeitsregelungen** va auch auf das **Bestehen stillschweigender Vertraulichkeitsverpflichtungen** eingegangen sowie die **Durchsetzung vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen** im Zivilprozess geprüft.

7.2.1 Problemstellung: Stillschweigende Vertraulichkeitsvereinbarungen

Ganz allgemein stellt sich besonders für Mediationen, in denen **keine ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarungen** zwischen den Mediationsparteien selbst aber auch zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson geschlossen wurden, die **Frage**, ob diese der **Vertraulichkeit** unterliegen. Dies ist insb in Mediationen relevant, die von nicht-eingetragenen Mediationspersonen geleitet werden und keiner gesetzlichen Verschwiegenheitsverpflichtung unterliegen. Doch auch für die Mediationsparteien selbst ist fraglich, ob sie durch die Einlassung in das Mediationsverfahren - auch ohne Abschluss einer vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarung - zur Verschwiegenheit verpflichtet sind.

7.2.1.1 Zur stillschweigenden Vertraulichkeit der Mediationsperson im Mediator/innenvertrag

Im Mediator/innenvertrag lässt sich die Verpflichtung zur **Einhaltung der Vertraulichkeit der Mediationsperson als (selbständige) Nebenleistungspflicht** wie folgt feststellen:

Am Beginn eines Mediationsverfahrens ist es üblich, dass die Mediationsparteien von der Mediationsperson über den Vertraulichkeitsgrundsatz aufgeklärt werden.[586] In den Fällen der **ausdrücklichen Aufklärung** wird - selbst wenn keine ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarungen im Mediationsvertrag aufgenommen werden - zumindest auf die Vertraulichkeit hingewiesen und Einvernehmen darüber hergestellt, dass diese ua durch die Mediationsperson einzuhalten ist. Fraglich ist in diesem Zusammenhang jedoch, welche Erwartungen an die Vertraulichkeit bei Nichtvorliegen ausdrücklicher Regelungen, an die Verschwiegenheit der Mediationsperson gestellt werden. Den entscheidenden Anhaltspunkt

[585] Siehe dazu ausführlich Kapitel 5 mit Hinweis auf die darin vorgenommene Unterteilung von Sachverständigen und Dolmetscher/innen (Punkt 5.4.1) sowie „sonstigen Dritten“ (Punkt 5.4.2).
[586] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 20.

zur Auslegung dieser Erwartungen der Mediationsparteien bietet der „hypothetische Mediationsparteiwille".[587]

Dieser **hypothetische Mediationsparteiwille** lässt sich für Mediationsverfahren recht eindeutig eruieren: Die Konfliktparteien wählen die Mediation als Konfliktbearbeitungsverfahren und schließen dabei im Mediationsvertrag bzw im Mediand/innenvertrag die Übereinkunft, den Konflikt durch **Mediation** lösen zu wollen. Einer der **wesentlichsten Elemente der Mediation** ist dabei der **Grundsatz der Vertraulichkeit**. Für den Mediator/innenvertrag bedeutet dies, dass sowohl die Mediationsparteien als auch die Mediationsperson **durch die Einlassung** in die Mediation erklären, dass sie diesen Konflikt **unter Einhaltung dieses Grundsatzes bearbeiten** wollen.[588] Daraus lässt sich die (stillschweigende) Übereinkunft zur Vertraulichkeit für die Vertragsparteien des Mediator/innenvertrag als „hypothetischer Wille der Parteien" ableiten.

Doch selbst in Mediationen, in denen **keine entsprechende Aufklärung** der Mediationsperson vorliegt, ist davon auszugehen, dass sich die Mediationsparteien ebenfalls unter der Voraussetzung der gegenseitigen Verschwiegenheit über Mediationsinformationen einlassen. Schließlich wählen sie diese Konfliktbearbeitungsmethode, um ihren Konflikt unter **Einhaltung des Grundsatzes der Vertraulichkeit zu lösen**. Dabei fällt ein „**besonderes Interesse"** der Mediationsparteien darauf, dass in der Mediation offenbarte Informationen - ua auch durch die Mediationsperson - geheim gehalten werden. Wie bereits an zahlreichen Stellen erörtert, haben die Mediationsparteien schließlich ein „besonderes Interesse" an der Geheimhaltung von Mediationsinformationen (auch) durch die Mediationsperson bzw zeichnet sich die Mediation als ein von Vertraulichkeit geprägtes außergerichtliches Konfliktregelungsverfahren aus.[589]

Wie sich aus den obigen Ausführungen bzw auch aus der übereinstimmenden Meinung in der Lit ergibt und wie auch von der Gesetzgebung vertreten wird, stellt die Vertraulichkeit einen **tragenden Grundsatz des Mediationsverfahrens** dar. Dieser findet seinen Ausdruck in einschlägigen gesetzlichen Regelungen (§ 18 ZivMediatG und § 3 EU-MediatG) bzw lässt sich die Vertraulichkeit der Mediationsperson auch als **Nebenpflicht des Mediator/innenvertrags** für die Mediationsperson feststellen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich viele Konfliktparteien gerade **aufgrund** dieser Vertraulichkeit auf die Mediation

[587] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 20 ff.
[588] Vgl dazu *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 20.
[589] Siehe dazu Punkt II.

einlassen. Würde nämlich die Vertraulichkeit - insb durch die allparteiliche Mediationsperson - nicht eingehalten, fänden sich wohl kaum Konfliktparteien, die die Mediation als Konfliktbearbeitungsmethode in Anspruch nehmen würden. Daraus ergibt sich die wesentliche Bedeutung der Vertraulichkeit (ua der Mediationsperson) für die Mediation, weshalb sie vielfach auch als die ***conditio sine qua non***[590] der Mediation beschrieben wird. Daher stellt die Vertraulichkeit über in der Mediation in Erfahrung gebrachte Informationen eine besondere Bedingung dar, weshalb sich die Konfliktparteien auf dieses Verfahren einlassen und auch öffnen.

Diese aus dem Mediator/innenvertrag resultierende (Neben-)Pflicht zur Vertraulichkeit besteht daher unabhängig davon, ob eine ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarung mit der Mediationsperson abgeschlossen worden, oder aus dem Vertrag abzuleiten ist.[591] Daher lässt sich im Ergebnis festhalten, dass selbst bei **Fehlen einer ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarung** (va nicht-eingetragene!) **Mediationspersonen zur Verschwiegenheit verpflichtet** sind.

7.2.1.2 Reichweite der stillschweigenden Vertraulichkeitspflicht

Obwohl sich die Vertraulichkeitspflicht der Mediationsperson konkludent aus dem Vertrag als selbständige Nebenleistungspflicht ergibt, können sich in der Praxis Unsicherheiten hinsichtlich der **Reichweite** entsprechend **stillschweigender Vertraulichkeitsvereinbarungen** ergeben. *Eidenmüller* bspw vertritt die Ansicht, dass der Reichweite konkludenter Vertraulichkeitsvereinbarungen nicht entnommen werden könne, ob die Mediationsperson nicht als Zeuge/Zeugin benannt werden dürfe[592]. Dem wird jedoch entgegengehalten, dass dies *„die am meisten gefürchtete Verletzungsvariante sein dürfte“*.[593] Um daher insb dieser Situation vorzubeugen, sind nach der - mE zutreffenden - Lit folgende Aspekte eines Mediationsverfahrens von stillschweigenden Vertraulichkeitsvereinbarungen erfasst:

- Informationen aus **Einzelgesprächen** dürfen durch die Mediationsperson ohne Zustimmung der betreffenden Mediationspartei nicht verwendet werden, es sei denn es liegt eine ausdrückliche Zustimmung vor.

---

[590] Siehe zB *Grünberger,* Die Regelung der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 53; *Kollross,* Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ecolex 2003/745.
[591] Siehe dazu ebenfalls *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 62 ff; *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 20 ff.
[592] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 26.
[593] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 63; Vgl dazu auch *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 56; *Mähler/Mähler,* ZKM 2001, 4 f, 7.

- Mediationsinformationen dürfen **gegenüber Dritten** durch die Mediationsperson **nicht offenbart** werden.

- Wie unter Punkt 3.3.4.6. erwähnt, besteht nicht nur in der dRspr und dem dMediationsG, sondern auch in der dLit eine Übereinstimmung dahingehend, dass Informationen, die auch **ohne die Mediation bereits bekannt** bzw beschaffbar gewesen wären, **nicht geheim** zu halten sind.[594]

ME ist in diesem Zusammenhang jedoch noch auf weitere Ausnahmen von der Annahme einer stillschweigenden Vertraulichkeitsverpflichtung der Mediationsperson aus dem Mediator/innenvertrag aufmerksam zu machen. Eine Orientierung bieten dabei die Ausführungen zu den Ausnahmen von der gesetzlichen Vertraulichkeit der Mediationsperson.[595]

Einschränkungen der vertraglichen Vertraulichkeit sind insb dort anzunehmen, wo öffentliche oder private Interessen berührt werden. Als Maßstab können ua auch die gesetzlichen Rechtfertigungstatbestände des § 31 Abs 2 ZivMediatG dienen, wonach bspw bei der Verfolgung von Honoraransprüchen der Mediationsperson oder bei Bedrohung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit (auch) eine vertragliche Vertraulichkeitsverpflichtung nicht bestehen soll. Die Mediationsperson soll aus dem **Vertraulichkeitsbruch aufgrund der Einhaltung überwiegender öffentlicher bzw privater Interessen im Zweifel keine vertragliche Ersatzpflicht** treffen.

In diesem Zusammenhang ist insb auch auf die Aufzeichnungen der eingetragenen Mediationsperson zu **Beweiszwecken für das Zivilverfahren** hinzuweisen (wie zB für den Fristen(ab)lauf). ME müssen auch diese von einer vertraglichen Vertraulichkeitsverpflichtung ausgenommen sein, widrigenfalls die Mediationsperson aufgrund der Durchbrechung der Vertraulichkeit aus Vertrag haften würde. Dies würde bedeuten, dass sich die Mediationsperson gesetzeskonform (iSd § 18 ZivMediatG bzw § 3 EU-MediatG) verhält, aber durch den Vertraulichkeitsbruch gegen vertragliche Verschwiegenheitspflichten verstößt. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass entsprechende Dokumentationen über die Mediation va den Mediationsparteien dienen, um bspw den Fristen(ab)lauf zu hemmen[596].

---

[594] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 21; *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 63 f; Teilw auch *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 26.

[595] Siehe dazu Punkt 3.4.5.

[596] Siehe dazu die Punkte 3.3.6.6.1 und 3.7.3 (für grenzüberschreitenden Mediationen der nicht-eingetragenen Mediationsperson nach dem EU-MediatG).

Daraus ergibt sich, dass die konkludente Vertraulichkeit der Mediationsperson aus dem Mediationsvertrag Dritten gegenüber unbegrenzt gilt. Grenzen sind jedoch dort gesetzt, wo gesetzliche Offenlegungspflichten bestehen (wie zB Auskunftspflichten gegenüber Aktionären gem § 118 AktG[597]) bzw wenn durch den Verstoß gegen die Verschwiegenheit überwiegende öffentliche (wie zB die Gefährdung der öffentlichen Ordnung bzw Sicherheit) oder private Interessen (wie zB der Mediationsperson selbst zur Verfolgung von Honoraransprüchen gegen die Mediationsparteien) eingehalten werden.[598]

7.2.1.3 Zur stillschweigenden Vertraulichkeit der Mediand/innen im Mediand/innenvertrag

Liegen zwischen den Konfliktparteien keine ausdrücklichen vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen vor, so stellt sich die Frage, ob sich - wie bereits im Mediator/innenvertrag für die Mediationsperson - auch aus dem Mediand/innenvertrag für die Mediationsparteien eine konkludente Vertraulichkeitspflicht kraft selbständiger Nebenleistungspflicht ableiten lässt.

7.2.1.4 Meinungsstand

Soweit ersichtlich wird diese Problemstellung bisher nur in der dLit diskutiert, wobei va *Hilber* das Bestehen einer *„Vertraulichkeitsverpflichtung als konkludent vereinbarte Nebenpflicht“* ansieht. Zur Begründung verweist er lediglich auf die Vertraulichkeit als *„tragenden Grundsatz der Mediation (der ...) typischerweise auch dem Interesse der Parteien entspricht“*.[599] Der Umfang entsprechend konkludenter Vertraulichkeitspflichten orientiere sich an dem bereits zur Mediationsperson festgestellten Inhalt, wonach zB Einzelgespräche mit der Mediationsperson vertraulich seien. Des Weiteren seien Mediationsinformationen gegenüber Dritten grds geheim zu halten, wobei die Vertraulichkeit nicht für jene Informationen gelte, die zwar in der Mediation thematisiert wurden, jedoch auch ohne deren Stattfinden beweisbar gewesen wären.[600]

Auch *Schneider* geht davon aus, dass bei Nichtvorliegen einer ausdrücklichen Vereinbarung die Vertraulichkeit der Mediationsparteien als *„konkludent vereinbart“* gelte. Dabei folge *„aus Sinn und Zweck der Vertraulichkeit, dem Wesen der Mediation und der Erwartung der Beteiligten (...), dass die Vertraulichkeit grundsätzlich unbeschränkt ist“*. Von diesem

[597] Siehe dazu Punkt 7.2.6.1.1.
[598] Siehe zur Interessenabwägung Punkte 3.4.5.3.1 ff.
[599] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 73 f.
[600] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 74; Vgl auch *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 21.

umfassenden Schutz ausgenommen sollen jedoch Informationen sein, die entweder offenkundig sind, oder an denen kein *„berechtigtes und erkennbares Geheimhaltungsinteresse“* bestehe.[601]

Entsprechendes vertritt auch *Hartmann*, nach dem eine konkludente Vertraulichkeitsverpflichtung der Mediationsparteien *„regelmäßig“* als vereinbart gelte. Dies begründet er mit dem sowohl in der Lit als auch in der Praxis anerkannten *„tragenden Grundsatz“* der Vertraulichkeit in der Mediation. Der Umfang der Vertraulichkeit richte sich dabei nach dem *„hypothetischen oder konkludenten Willen der Parteien“*.[602]

7.2.1.5 Eigene Meinung

In der dLit wird aufgrund der zentralen Stellung der Vertraulichkeit in der Mediation davon ausgegangen, dass diese auch bei Nichtvorliegen einer entsprechend ausdrücklichen Vereinbarung „stillschweigend“ zwischen den Mediationsparteien besteht. Wenngleich eine derartige Auseinandersetzung mit der Frage nach dem Bestehen einer konkludenten Vertraulichkeitspflicht aus dem Mediand/innenvertrag in der österreichischen mediations-theoretischen Lit bisher nicht erfolgt ist, so wird doch übereinstimmend davon ausgegangen, dass die **Vertraulichkeit ein Wesenselement der Mediation** darstellt. Dies wurde auch durch die Gesetzgebung in den ErläutRV zum ZivMediatG ausdrücklich anerkannt.[603]

Anknüpfend an die Ausführungen zur stillschweigenden Begründung einer Vertraulichkeitsverpflichtung der Mediationsperson ist auch *zwischen den Mediationsparteien* davon auszugehen, dass das Interesse besteht, dass in der Mediation offenbarte Informationen vertraulich behandelt werden. Wie bereits beim Mediator/innenvertrag, lässt sich auch für den Mediand/innenvertrag durch die Einlassung in die Mediation eine stillschweigende Vertraulichkeitsvereinbarung ableiten.

Fehlen daher entsprechend ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen, so ist dennoch - anknüpfend an den hypothetischen Mediationsparteiwillen - davon auszugehen, dass in der Mediation offenbarte Informationen vertraulich zu behandeln sind. Entscheidend für die Begründung einer stillschweigenden Vertraulichkeitsverpflichtung ist die *Erwartung* und der ***Wille* der Mediationsparteien**, dass es sich bei der Mediation um ein **vertrauliches**

---

[601] *Schneider,* Vertraulichkeit der Mediation, Schutz und Grenzen durch das Straf- und Strafprozessrecht (2014) 81.

[602] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 20; Vgl weiters bspw auch *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 117 ff.

[603] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 29; Vgl dazu bereits die stillschweigende Vertraulichkeitsverpflichtung der Mediationsperson Punkt 7.2.1.1.

Verfahren handelt und diese Vertraulichkeit im gegenseitigen Einvernehmen als Verpflichtung aus dem Mediand/innenvertrag entsteht (hypothetischer Parteiwille). Würden sich die Mediationsparteien nämlich nicht mit einem entsprechenden Willen in das Mediationsverfahren einlassen, würden sie wohl kaum geheime Informationen offen legen bzw die Mediation als Konfliktbearbeitungsmethode gar nicht erst in Anspruch nehmen. Dieses besondere Vertrauensverhältnis, welches durch die Aufnahme von Mediationsgesprächen zwischen den Mediationsparteien begründet und durch den Abschluss des Mediand/innenvertrages zum Ausdruck gebracht wird, indiziert den Wunsch der Konfliktparteien nach einem vertraulichen Konfliktbearbeitungsversuch.
In der schiedsrechtlichen Lit wird in diesem Zusammenhang von einer sog „Rechtskreiseröffnung" gesprochen, die es rechtfertige, den Konfliktparteien eine Verpflichtung zur Vertraulichkeit aufzuerlegen, da durch das Konfliktbearbeitungsverfahren eine größere *„Möglichkeit des Zugriffs auf die Rechte und Interessen der anderen Partei"* eingeräumt werde. Aufgrund dieser verstärkten Eingriffsmöglichkeit könne eine Verpflichtung zur Vertraulichkeit der Konfliktparteien angenommen werden.[604]

Dieser, in Bezug auf das Element der Vertraulichkeit zu eruierende hypothetische Wille der Mediationsparteien gemeinsam mit der allgemeinen Überzeugung, dass die Vertraulichkeit ein Wesenselement der Mediation darstellt, lässt eine stillschweigende Vertraulichkeitsverpflichtung aus dem Mediand/innenvertrag für die Mediationsparteien entstehen.

7.2.2 Problemstellung: Ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen im Mediator/innenvertrag

Im Allgemeinen ist für die Mediationsparteien ratsam, ausdrückliche Vertraulichkeitsklauseln in die einzelnen Vertragsverhältnisse, und somit auch in den Mediator/innenvertrag, aufzunehmen. Den Konfliktparteien ist dabei zu empfehlen, bereits zu Beginn der Mediation ausdrückliche (!) Vertraulichkeitsvereinbarungen mit der Mediationsperson vertraglich zu regeln. Darin soll festgehalten werden, über welche geheimen Informationen aus der Mediation **die Mediationsperson** zur Verschwiegenheit - insb für anschließende Zivilprozesse - verpflichtet ist. Durch entsprechende ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen soll jedoch nicht nur ein zusätzlicher Anreiz geschaffen werden, sich an die Vertraulichkeit zu halten (da bei Verstoß idR Pönalen vereinbart werden),

[604] *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 151 f.

sondern auch die zentrale Bedeutung der Vertraulichkeit über Mediationsinformationen erneut zum Ausdruck gebracht werden. Aufgrund dieser Auswirkungen können **vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen** einen **positiven Effekt** auf das Mediationsverfahren haben. Schließlich kann das Misstrauen der Mediationsparteien durch die getroffene Einigung über die Geheimhaltung verringert und dadurch ein nährender Boden für die Konfliktbearbeitung geschaffen werden.

7.2.3 Meinungsstand zur inhaltlichen Reichweite der vertraglichen Vertraulichkeitspflicht

In der mediations-theoretischen Lit gibt es unterschiedliche Meinungen darüber, inwiefern die Vertraulichkeit der Mediationsperson entweder möglichst weitgehend oder lediglich hinsichtlich einzelner Tatsachen zu beschränken ist. Insb in der dLit findet eine rege Diskussion hinsichtlich der sinnvollen inhaltlichen Reichweite statt, die in der Folge skizziert wird.

Eidenmüller geht betreffend der inhaltlichen Reichweite *„typischerweise“* von Vertraulichkeitsabreden aus, die die Vertraulichkeit über *„sämtliche Angelegenheiten“* zum Gegenstand haben und worüber die Mediationsperson auch nicht als Zeuge/Zeugin benannt werden dürfe. Von der vertraglichen Vertraulichkeit ausgenommen ist jedoch, dass ein Kompromiss gefunden wurde, sowie auch dessen Inhalt - sofern die Kenntnis darüber zur Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen gegen die andere Mediationspartei oder die Mediationsperson überhaupt erforderlich sei.[605]

Nach *Hartmann* empfiehlt es sich hingegen grds keine generelle Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson (bzw der Mediationsparteien) anzunehmen, da zwei zu unterscheidende Pflichtenkreise bestünden. Dies ergebe sich daraus, dass die Mediationsparteien eigene, die Mediationsperson hingegen fremde Interessen verfolge. Grds sei die *„weitgehende Regelung (zwar) berechtigt“*, eine pauschalierte Verschwiegenheitspflicht soll jedoch - übereinstimmend mit *Eidenmüller* - hinsichtlich des Umfangs und Abschlusses der entsprechenden Vertraulichkeitsabrede nicht vereinbart werden. Des Weiteren solle die Mediationsperson auch zum Stattfinden der Mediation aussagen dürfen bzw solle sie zur Aussage verpflichtet sein, sofern eine (!) Mediationspartei sie von der Verschwiegenheitspflicht entbinde.[606]

Hilber hingegen geht davon aus, dass *„sämtliche Informationen, die während der Mediation kommuniziert werden, gleich ob mündlich, schriftlich oder auf sonstige Weise, gegenüber*

[605] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 26.
[606] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 23 f.

jedem geheim zu halten" seien. Ausnahmen könnten jedoch zB ein Nachweis über das Vorliegen einer Vertraulichkeitsabrede bzw eines Mediationsvergleiches[607] darstellen. Weiters könne bspw auch vereinbart werden, dass die Mediationsperson zur Angabe über das Stattfinden bzw den Ausgang der Mediation oder zur Verfolgung eigener Ansprüche der Mediationsperson Aussagen machen dürfe.[608]

Übereinstimmend wird jedoch von sämtlichen Autoren ausgegangen, dass Informationen, die entweder schon vor der Mediation (öffentlich) bekannt waren bzw auch ohne die Mediation beschaffbar gewesen wären, nicht der Geheimhaltung der Mediationsperson unterliegen.[609]

7.2.4 Eigene Meinung

Wie bereits erwähnt[610], gilt in der österreichischen Rechtsordnung das Prinzip der Privatautonomie, wonach *„jeder darüber entscheiden (kann), ob er einen Vertrag abschließen will, mit wem und mit welchem Inhalt"*. Dieser Privatautonomie sind lediglich dahingehend Grenzen gesetzt, wo Parteienvereinbarungen *„der Rechtsordnung selbst oder den in ihr verankerten Grundwerten widersprechen."* Diese zwingenden Regelungen überschreitende Vereinbarungen sind grds nichtig (§ 879 Abs 1 ABGB).[611]

Alle weiteren Vereinbarungen, die diese von der Gesetzgebung aufgestellten Regeln einhalten, sind daher gültig. Dementsprechend können die in der dLit bereits ausführlich diskutierten Modalitäten für Vertraulichkeitsvereinbarungen auch für in Österreich stattfindende Mediationen unter der Voraussetzung übernommen werden, dass sie nicht gegen zwingendes Recht verstoßen. Bei der Übertragung dieser Regelungen ist grds auf den Einzelfall abzustellen, inwiefern die Mediationsparteien die Vertraulichkeit der Mediationsperson entweder pauschal oder doch nur punktuell gesichert wissen wollen bzw sind auch stillschweigende Vertraulichkeitsvereinbarungen zu beachten. Trotzdem ist sowohl auf gesetzliche als auch implizite Grenzen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen Rücksicht zu nehmen. Diese werden in der Folge dargestellt.

---

[607] *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 57.
[608] *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 59 f.
[609] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 27; *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 26; *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 55.
[610] Siehe Punkt 7.1.
[611] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 95 f.

Gesetzliche Grenzen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen

Bei Abschluss vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen ist zu beachten, dass diesen durch das Gesetz Grenzen gesetzt sind. Verstößt eine vertragliche Vereinbarungen gegen ein gesetzliches Verbot, so macht dies die gegenständliche vertragliche Vereinbarung nichtig. Als Maßstab für den Eintritt der Nichtigkeit wird in diesen Fällen darauf abgestellt, was **Schutzzweck** des **konkreten Verbotes** war und ob dagegen verstoßen wurde, oder ob eine dem **Normzweck bzw den guten Sitten entgegenstehende Vereinbarung getroffen** wurde (§ 879 Abs 1 ABGB).[612]

In diesem Zusammenhang ist besonders darauf hinzuweisen, dass die Mediationsperson auf **gesetzlicher Ebene** zur Aussage über einige Fakten zur Mediation verpflichtet ist, bzw dass ihre Aussage gem § 31 Abs 2 ZivMediatG gerechtfertigt sein kann. Es ist daher bspw keinesfalls zulässig, dass die Mediationsperson Angaben zur Mediation machen darf, damit sie daraus eigene Vorteile ziehen kann.[613] Wird die Durchbrechung jedoch durch öffentliche oder private Interessen iSd § 31 Abs 2 ZivMediatG gerechtfertigt, so ist auch auf vertraglicher Ebene dafür zu sorgen, dass gesetzliche Auskunfts- bzw Rechtfertigungsgründe berücksichtigt werden. Bspw kann daher die Offenlegung geheimer Informationen zur Durchsetzung eigener Honoraransprüche der Mediationsperson gerechtfertigt sein bzw hat die Mediationsperson auch zur Sicherung der Durchsetzbarkeit des Ergebnisses der Mediation entsprechende Angaben zu machen.[614]

Doch auch auf Seite der Mediationsparteien sind gesetzliche Grenzen von vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen zu beachten. Wenn die Mediationsparteien daher bspw das Honorar der Mediationsperson nicht zahlen, wird die Berufung auf die vertragliche Vertraulichkeit der Mediationsperson nicht erfolgreich sein, wenn sie sich auf diese in einem Honorarprozess gegen die Mediationsperson berufen

. Unter Abstellung auf den telos vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen scheint es geradezu evident, dass diese gerade nicht zu rechtsmissbräuchlichen Zwecken ausgenutzt werden sollen.[615]

Implizite Grenzen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen

Neben diesen gesetzlichen Grenzen, die bei Abschluss vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen zu beachten sind, sind weiters noch implizite Grenzen

---

[612] *Graf* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 879 Rz 2 f (Stand März 2013, rdb.at); *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 179 ff.

[613] *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 56.

[614] Siehe zu den Ausnahmen/Rechtfertigungsgründen auf gesetzlicher Ebene Punkt 3.4.5.

[615] Vgl dazu auch *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 118.

beachtenswert. Wie bereits zu den stillschweigenden Vertraulichkeitsvereinbarungen aufgezeigt, wird durch die Einlassung der Mediationsparteien in das Mediationsverfahren eine stillschweigende Übereinkunft über die Vertraulichkeit der Mediation getroffen. Hinsichtlich der Reichweite bzw deren Grenzen ist im Wesentlichen auf Punkt 7.2.1.2 zu verweisen, wobei ua nicht nur die Geheimhaltung gegenüber Dritten als stillschweigend vereinbart gilt, sondern va auch Einzelgespräche der Vertraulichkeit unterliegen. Diese Aspekte können zweifellos als der Kern eines Mediationsverfahrens angesehen werden, weshalb die Vertraulichkeit darüber einzuhalten ist.

Wie sich aus diesen Ausführungen ergibt, kann eine allgemein gültige Aussage, über welche Aspekte des Mediationsverfahrens eine Vertraulichkeitsvereinbarung bereits zu Beginn der Mediation sinnvoll erscheint, nicht getroffen werden. Im Rahmen der Privatautonomie obliegt es den Konfliktparteien im Einzelfall mit der jeweiligen Mediationsperson sowohl das Verfahren als auch die (vertraglich) geheim zu haltenden Informationen zu determinieren.[616] Trotzdem sind durch die Mediationsparteien gewisse gesetzliche bzw implizite Grenzen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen zu beachten.

7.2.5 Zur Entbindung der Mediationsperson von ihrer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht

Soweit mit den bestehenden vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen vereinbar und im Einvernehmen sämtlicher Vertragsparteien, besteht auch die Möglichkeit, nicht nur Adaptierungen hinsichtlich der inhaltlichen Reichweite vorzunehmen[617], sondern die Mediationsperson auch von ihrer vertraglichen Verschwiegenheitspflicht zu **entbinden**. Eine entsprechende Entbindung von der vertraglichen Pflicht zur Verschwiegenheit kann jedoch - im Gegensatz zu *Hartmann* - mE nur in beidseitigem Einvernehmen erfolgen. Zur Begründung ist im Wesentlichen auf die bereits zur gesetzlichen Entbindung getroffenen Ausführungen zu verweisen[618]. Das entscheidende Argument wurde in den ErläutRV zu § 3 EU-MediatG ausgeführt, wonach eine Entbindung *„selbstverständlich (...)* ***durch sämtliche (vormaligen) Medianden erfolgen (muss)****, weil alle durch die Verschwiegenheitspflicht*

[616] Zur Formulierung entsprechender Vertraulichkeitsvereinbarungen gibt es va in der dLit zahlreiche Vorschläge, wie entsprechende vertragliche Regelungen ausgestaltet sein können, *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit in der Mediation (2006) 52 f; *Cremer,* Die Vertraulichkeit der Mediation (2006) 47 ff.
[617] Vgl dazu *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I), JAP 2000/2001, 81.
[618] Siehe dazu Punkt 3.5.6.

geschützt sind".[619] Dies stellt im Wesentlichen den Kernpunkt der Vertraulichkeit der Mediationsperson, die die (Geheimhaltungs-)Interessen sämtlicher Mediationsparteien zu wahren hat, dar. Eine **einseitige Entbindung scheidet** daher auch auf **vertraglicher Ebene aus**.

7.2.6 Problemstellung: Ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen im Mediand/innenvertrag

Mangels Vorliegen gesetzlicher Regelungen zur Vertraulichkeit der Mediationsparteien ist - wie bereits zu den ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarungen im Mediator/innenvertrag ausgeführt - den Mediationsparteien anzuraten, (auch) ihre wechselseitig einzuhaltende Vertraulichkeit ausdrücklich zu regeln. Der Vorteil von entsprechenden Vereinbarungen liegt nicht nur in der leichteren Beweisbarkeit vor Gericht, sondern auch in der Absicherung der Mediationsparteien selbst, zu wissen, worüber sie selbst bzw auch die andere Mediationspartei zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Die Gewissheit, wie weitgehend der Vertraulichkeitsschutz über offengelegte Informationen reicht, kann nicht nur für die betroffene Mediationspartei sondern generell während des gesamten Mediationsverfahrens **Erleichterung in der Konfliktbearbeitung** bedeuten. Die Mediationsparteien können durch eine ausdrückliche, schriftliche Vereinbarung bereits im Zeitpunkt der Offenlegung abschätzen, ob die offenbarte Information gegen sie verwendet werden darf oder nicht.

7.2.6.1 Zur inhaltlichen Reichweite

Ebenso wie im Mediator/innenvertrag, sollten sich die Mediationsparteien auch im Mediand/innenvertrag auf den **Umfang ihrer wechselseitigen Vertraulichkeit einigen**. Dabei haben sie im Rahmen der Privatautonomie die Möglichkeit, die inhaltliche Reichweite der Vertraulichkeit nach eigenen Vorstellungen zu gestalten, wobei weder gegen das Gesetz noch gegen gute Sitten verstoßen werden darf.[620] Wie bereits im Mediator/innenvertrag, so besteht auch hier die Möglichkeit, die Vertraulichkeit pauschal oder auch nur bezogen auf einzelne Unterlagen oder Aussagen zu beschränken. Zu berücksichtigen ist jedoch auch hier, dass Informationen, die bereits vor der Mediation (öffentlich) bekannt gewesen sind, nicht der Vertraulichkeit der *Mediationsparteien* unterliegen.[621]

---

[619] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[620] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006) 96.
[621] Siehe generell zur Vertraulichkeit über offenkundige bzw öffentlich bekannt gewordene Tatsachen Punkt 3.3.4 ff.

Generell ist es für die Mediationsparteien ratsam, im Rahmen des Mediand/innenvertrags va die Geheimhaltung von Mediationsinformationen für ein späteres Zivilgerichtsverfahren bzw auch gegenüber Dritten zu regeln. Insb hinsichtlich des Inhalts einer die Mediation abschließenden Vereinbarung kann die Vereinbarung der Verschwiegenheit für an die Mediation anknüpfende Zivilprozesse zweckmäßig sein.

Im Anschluss werden die Herausforderungen dargestellt, denen sich die Mediationsparteien im Zeitpunkt des Abschlusses entsprechender ausdrücklicher Vereinbarungen stellen müssen. Dabei werden insb Konstellationen dargelegt, in denen eine der Mediationsparteien aufgrund gesetzlicher, vertraglicher oder öffentlicher Offenlegungsinteressen zur Aufklärung über Mediationsinformationen verpflichtet sein kann.

7.2.6.1.1 Gesetzliche Auskunftspflichten

In der Praxis können durch die Mediationsparteien stets zu beachtende gesetzliche Offenlegungs- bzw Berichtspflichten gegenüber Dritten bestehen. Diese können die Ausgestaltung entsprechender Vertraulichkeitsvereinbarungen äußerst schwierig gestalten, wobei die Berücksichtigung dieser bereits im Zeitpunkt des Abschlusses entsprechender Vereinbarungen unbedingt geboten erscheint. Schließlich laufen die Mediationsparteien widrigenfalls Gefahr, dass sie durch Erfüllung entsprechender Offenlegungspflichten gegen vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen verstoßen und ersatzpflichtig werden können.

Einschlägige gesetzliche Auskunftsrechte solcher dritter Personen bestehen bspw gem § 118 Abs 1 AktG, wonach *„jedem Aktionär (...) auf Verlangen in der Hauptversammlung Auskunft über Angelegenheiten der Gesellschaft zu geben“* ist. Nehmen daher bspw Organe des Vorstandes einer AG (bzw seit dem AktRÄG 2009 auch der Aufsichtsrat[622]) an einem Mediationsverfahren als Mediationsparteien teil und verlangen Aktionäre während einer Hauptversammlung Auskünfte über ein laufendes Mediationsverfahren, so sind die Organe zur Auskunft verpflichtet. Durch dieses Frage- bzw Mitgliedschaftsrecht wird den Aktionär/innen ermöglicht, sich ein eigenes Bild über die Lage der Gesellschaft zu machen was in weiterer Folge auch die Basis für gemeinschaftliche Entscheidungen sämtlicher Aktionär/innen bildet[623]. Die durch den Vorstand bzw den Aufsichtsrat erteilte Auskunft hat dabei grds *„inhaltlich wahr, vollständig und verständlich“* zu erfolgen.[624] Eine Einschränkung dieser Auskunftspflicht besteht jedoch dahingehend, dass der Vorstand bzw Aufsichtsrat der AG lediglich hinsichtlich jener Angelegenheiten zur Auskunft verpflichtet

[622] *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 118 Rz 9 (rdb.at, Stand März 2010).
[623] *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 118 Rz 2 (rdb.at, Stand März 2010).
[624] *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 118 Rz 14 (rdb.at, Stand März 2010).

ist, sofern diese zur *„sachgemäßen Beurteilung eines Tagesordnungspunkts der jeweiligen HV (Anm: Hauptversammlung) erforderlich sind“*.[625] Neben der Auskunftspflicht gegenüber Aktionär/innen ist seit dem AktRÄG 2009 auch anerkannt, dass eine entsprechende Auskunftspflicht in der Hauptversammlung auch gegenüber der Muttergesellschaft bzw generell gegenüber Konzernunternehmen besteht (§ 118 Abs 1 dritter Satz AktG).[626]
Wird gegen dieses Auskunftsrecht der Aktionäre verstoßen, so besteht die Möglichkeit, dieses Auskunftsverlangen mit einer „Leistungsklage gegen die Gesellschaft“ zu erlangen.[627] Zusätzlich kann eine entsprechende Auskunft auch durch Zwangsstrafen (§ 258 Abs 1 AktG) erlangt werden bzw drohen bei vorsätzlichen Falschaussagen, Verschleierungen oder Verschweigung des Vorstands bzw auch dessen Aufsichtsratsmitgliedern gerichtliche Strafen (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen). Tatbestandsmäßige Handlungen stellen dabei gem § 255 Abs 1 Z 1 AktG sowohl unrichtige, falsche oder lückenhafte *„Berichte, Darstellungen und Übersichten betreffend die Gesellschaft oder mit ihr verbundene Unternehmen“* bzw gem Z 3 *„Vorträge oder Auskünfte in der Hauptversammlung“ dar*. Entsprechendes gilt auch für GmbHs, wobei § 122 GmbHG *„inhaltlich ident“* mit der Bestimmung des § 255 AktG ist[628]. Demnach haften auch zB Organe der Geschäftsführung bzw des Aufsichtsrats für entsprechend falsche, unrichtige oder verschleierte Aussagen.[629]

Auch das BörseG kennt entsprechende „Veröffentlichungspflichten“, wonach börsennotierte Gesellschaften dazu verpflichtet sind, bspw über den Rückkauf bzw Wiederverkauf eigener Aktien zu informieren. Dadurch sollen im Wesentlichen Kursmanipulationen sowie Insidergeschäfte verhindert werden, die durch Organe oder sonstige für die Gesellschaft tätige Dritte zu erzielen wären (vgl § 82 Abs 6 BörseG).[630] Um den Zeitraum, in welchem sich besagte Personen Vorteile, durch spezifische Kenntnisse verschaffen können, möglichst gering zu halten, sind diese börsennotierten Gesellschaften dazu verpflichtet, kursrelevante Informationen unverzüglich offen zu legen[631].[632]

---

[625] *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 118 Rz 6 f (rdb.at, Stand März 2010), wobei generell *„kein kleinlicher Maßstab“* zur Entscheidung über das Bestehen einer Auskunftspflicht heranzuziehen ist.
[626] *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 118 Rz 12 f (rdb.at, Stand März 2010).
[627] *Bydlinski/Potyka* in *Jabornegg/Strasser,* AktG II[5] § 118 Rz 27 f (rdb.at, Stand März 2010).
[628] *Weilinger/Knauder* in *Straube*, GmbHG § 122 Rz 1 f (rdb.at, Stand November 2008).
[629] *Weilinger/Knauder* in *Straube*, GmbHG § 122 Rz 17 (rdb.at, Stand November 2008).
[630] ErläutRV 485 BlgNR 21. GP, zu § 82 Abs 9 s BörseG.
[631] ErläutRV 1110 BlgNR 18. GP 10.
[632] *Temmel,* Börsegesetz - Praxiskommentar (2011) § 82 Rz 64 ff.

Für Adressaten gesetzlicher Auskunftsrechte gilt daher, dass sie diese **bei Abschluss** vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen **zu berücksichtigen** haben. Besteht daher zB für die Parteien eines Mediationsverfahrens eine entsprechende Auskunftspflicht, so ist zu berücksichtigen, dass das **gesetzliche Auskunftsrecht vorrangig** ist und daher die vertragliche Vereinbarung **nichtig** macht. Es sei denn, vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen können mit gesetzlichen Auskunftspflichten insofern harmonisiert werden, als eine Kompromisslösung beiden Ansprüchen genügt. Ein Beispiel soll Genanntes verdeutlichen.

7.2.6.1.2 Aufklärungspflichten bei Unternehmenskauf

Neben entsprechenden gesetzlichen Auskunftspflichten können jedoch auch im privaten Bereich Aufklärungspflichten bestehen. In der Lit zu Schiedsverfahren wird dabei als Bsp auf einen möglicherweise entstehenden Interessenkonflikt der Vertraulichkeitsverpflichtung in Zusammenhang mit Unternehmenskäufen aufmerksam gemacht. Im Zuge eines Unternehmenskaufs ist der/die Verkäufer/in nicht zur vollständigen Offenlegung sämtlicher Aspekte verpflichtet. Dies wird im Wesentlichen mit den widerstreitenden Interessen von Verkäufer/in und Käufer/in begründet. Trotzdem können nach der stRspr in Deutschland va bei Durchführung einer Due Dilligence Prüfung und dem Unterlassen der Erwähnung eines laufenden Schiedsverfahrens, schadenersatzrechtliche Konsequenzen aus *culpa in contrahendo* folgen. Zur Begründung wird dabei ausgeführt, dass selbst bei widerstreitenden Interessen der Parteien der/die potentielle Käufer/in im Rahmen einer Kaufentscheidung über entsprechend fundamentale Umstände (wie ein Schiedsverfahren) aufzuklären ist. Das ausschlaggebende Kriterium, ob eine Aufklärungspflicht besteht, gebe im Einzelfall die Verkehrsauffassung.[633] Dies würde bedeuten, dass ein/e Verkäufer/in, der/die sich in einem Mediationsverfahren befindet, über das Verfahren und den Gegenstand der Mediation aufklären müsste.

Diese Ausführungen der dRspr sind im Wesentlichen unter Betrachtung der dahinterstehenden Schutzinteressen auch auf (österreichische) Mediationsverfahren übertragbar. Unabhängig davon, ob ein Mediations- oder ein Schiedsverfahren durchgeführt wird, kennt auch die österreichische Rechtsordnung das vorvertragliche Vertrauensinteresse eines/einer Käufers/Käuferin. Anknüpfungspunkt der schuldhaften Verletzung vorvertraglicher Pflichten (*„culpa in contrahendo“*) bietet dabei die Verpflichtung zur Mitteilung *„vor Abschluß [sic!] des Geschäftes über die Beschaffenheit des in Aussicht*

[633] Vgl BGH 27.2.1974, V ZR 85/72 *(Stuttgart)* NJW 1974, 851; BGH 8.12.1988, VII ZR 83/88 *(Düsseldorf)* NJW 1989, 1793, 1794.

genommenen Leistungsgegenstandes oder über eine Gefährdung der Erfüllung auf(zu)klären und ihm rechtliche Hindernisse mit(zu)teilen, die einem Vertragsabschluß [sic!] entgegenstehen"[634]. Anknüpfend an die dLit hat jedoch im Einzelfall eine *„Güterabwägung der widerstreitenden Schutzinteressen"* zu erfolgen.[635] Danach soll die Offenbarung eines laufenden Schiedsverfahrens nur dann erfolgen, wenn diese den Fortbestand eines Unternehmens gefährden.[636]

Eine generelle Aussage darüber, ob und wie weitgehend über ein Mediationsverfahren aufzuklären ist, lässt sich nicht klar treffen. Ausgehend von der Annahme, dass bspw „nur" das *Verfahrensergebnis* einer Mediation sich auf den Unternehmenswert auswirken kann, wird die Auskunft über das Stattfinden einer Mediation zulässig sein (wonach das Risiko aus dem Ausgang der Mediation entsprechend im Kaufpreis berücksichtigt werden kann). Dadurch könnten Auskunftspflichten entsprochen werden und Informationsinteressen potentieller Käufer/innen befriedigt werden.

Entsprechende Aufklärungs- bzw Schutzinteressen können gleichermaßen auch hinsichtlich laufender Mediationsverfahren bestehen. Schließlich können auch in einer Mediation zB Vereinbarungen über künftige Kreditrückzahlungsraten der Unternehmenseigentümer mit Banken vereinbart werden. Dies löst dabei ebenso die *culpa in contrahendo* des/der Verkäufers/Verkäuferin aus, sofern dabei für das Unternehmen überlebensnotwendige Gegenstände besprochen werden. Das Interesse des/der potentiellen Käufers/Käuferin an der Offenbarung eines laufenden Mediationsverfahrens ist zweifellos gegeben und auch zu schützen. Verhält sich der/die Verkäufer/in daher entgegen dieser Aufklärungspflicht, würde dies schadenersatzrechtliche Ersatzpflichten (Vertrauensschaden) auslösen. [637] Zu berücksichtigen ist jedoch, dass auch in diesen Fällen die Information über das Stattfinden einer Mediation die Vertraulichkeit idR nicht bricht. Stellt der/die potentielle Käufer/in jedoch hinsichtlich weiterer Aspekte des Mediationsverfahrens Auskunftsansprüche, so könnte auch diese/r (vertraglich) zur Verschwiegenheit verpflichtet werden. Dadurch würden sowohl seine/ihre **Auskunftsinteressen befriedigt**, als auch die **Vertraulichkeit gewahrt** werden.

---

[634] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 16 ff.
[635] *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 199.
[636] *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011) 200.
[637] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 19.

Für die Praxis ist darüber hinaus auch denkbar, dass Auskunftspflichten der Mediationsparteien nicht unbedingt bestehen müssen, sondern lediglich Auskunfts*interessen* gegenüber Dritten (wie zB Kunden) existieren können.
In diesem Zusammenhang ist auf eine einschlägige Entscheidung eines Schiedsgerichts einzugehen, nach welcher ein Produzent und Großhändler dazu berechtigt war, seine Abnehmer/innen über das Ergebnis eines Schiedsverfahrens zu informieren. Dabei wurde durch das Schiedsgericht jedoch insofern eine Beschränkung der Informationsbefugnis vorgenommen, als dieses im Schiedsspruch festgelegt hat, inwiefern der Großhändler seine Abnehmer/innen informieren durfte bzw dass im Schiedsspruch festgestellt wurde, dass er gegen den mit seinem Lizenzgeber bestehenden Vertrag nicht verstoßen habe. Weitere Angaben über den Schiedsspruch oder das Schiedsverfahren an sich durfte er jedoch nicht machen.[638]

Diese Ausführungen zeigen, dass neben gesetzlichen auch **privat vereinbarte Aufklärungs- bzw Offenlegungspflichten** bestehen können. Zur Bedeutung entsprechender privater Vertraulichkeitsvereinbarungen ist im Wesentlichen auf die Ausführungen zu gesetzlichen Auskunftspflichten zu verweisen. Zusätzlich ist unter Bezugnahme auf den vorherigen Absatz jedoch auch auf das Bestehen von Auskunfts*interessen* der Mediationsparteien gegenüber sonstigen Dritten, nicht am Mediationsverfahren beteiligter Personen, zu achten. Die Konstellationen, in denen entsprechende Auskunftsinteressen Auswirkungen auf die Beziehungen von Mediationsparteien haben können, sind vielfältig. Auskunftsinteressen können bspw gegenüber Geschäftskunden bestehen, die von einem laufenden Mediationsverfahren erfahren haben. Aber auch für mit der Mediation in Zusammenhang stehende andere (spätere) Verfahren können gewisse Auskünfte über das Mediationsverfahren von Bedeutung sein. Insb in Fällen, in denen Informationen aus der Mediation zB als Beweis in einem anderen Verfahren zur Untermauerung der Behauptung des Anspruches auf eine Geldleistung dienen, können Auskünfte aus der Mediation ertragreich sein.
Nachdem vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen jedoch zumeist zu Zeitpunkten abgeschlossen werden, in denen die Parteien an eine Konfliktsituation noch gar nicht denken, können weitreichende Übereinkünfte in der Praxis die Mediationsparteien in die Bredouille bringen. Entweder sie gefährden ihre Kundenbeziehungen bzw die Verfolgung eigener Ansprüche, oder sie verstoßen gegen vertragliche Verschwiegenheitspflichten und werden

[638] *Oberhammer,* Zur Vertraulichkeit in Schiedsverfahren, in Festschrift Beys II (2003) 1151, der dabei auf die Entscheidung in Collection of ICC Awards III (1997) No 6932, 560 (mit Anmerkung *Derains*) Bezug nimmt.

ersatzpflichtig. Im Ergebnis ist jedoch festzuhalten, dass es für diese Problematiken keine generelle Lösung gibt.

Im Anschluss ist noch auf eine weitere Besonderheit im Zusammenhang mit Auskunftsinteressen/-pflichten aufmerksam zu machen. Anders als die Interessen, die die Mediationsparteien an der Offenlegung entsprechender Informationen aus der Mediation (gegenüber Dritten) haben können, besteht die Möglichkeit, dass Dritte, bzw genauer gesagt, die Öffentlichkeit, Interesse an den Vorgängen/Informationen aus der Mediation hat.

7.2.6.1.3 Offenlegung bei öffentlichen Interessen

Nehmen Unternehmen, die mit der Besorgung öffentlicher Aufgaben betraut worden sind, an einer Mediation teil bzw werden in der Mediation öffentlich-rechtliche Sachverhalte bearbeitet, so ist zu berücksichtigen, dass va die Öffentlichkeit Interesse an Vorgängen oder Inhalten aus diesem Mediationsverfahren haben kann. Diese Interessen der Bevölkerung können bspw darin bestehen, dass sie von dem Ergebnis der Mediation in Kenntnis gesetzt wird, da dies gesellschaftliche Auswirkungen[639] haben kann.[640] Als „Ausweg" für diese Situationen, in denen öffentliche Interessen während der Mediation berührt werden können, wird in der Lit den Mediationsparteien dazu geraten, sich schon **bei Abschluss** vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen zur Veröffentlichung **gemeinsamer Stellungnahmen** zu verpflichten.[641] Dem kann nur beigepflichtet werden, widrigenfalls die Mediationsparteien vor dem bereits zuvor dargestellten Interessenkonflikt stehen, entweder gegen vertragliche Vertraulichkeitsverpflichtungen zu verstoßen oder Publizitätspflichten nicht nachzukommen.

Daraus ergibt sich, dass im Vorfeld an den Abschluss entsprechend vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen durch die Mediationsparteien eventuell bestehende

---

[639] Dabei ist bspw an Sachverhalte zu denken, die die öffentliche Wasserversorgung, Elektrizität oder Abfallentsorgung betreffen; Vgl dazu in der schiedsrechtlichen Lit *Ritz*, Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht (2007) 140.

[640] In diesem Zusammenhang ist auf das in der schiedsrechtlichen Lit vielfach zitierten Entscheidung des High Court of Austrialia in *Esso v. Plowman* aufmerksam zu machen. Im Wesentlichen ging es dabei darum, dass die Regierung von Victoria (Australien) verlangte, sämtliche Informationen aus einem Schiedsverfahren zwischen zwei Erdölfirmen (Esso und BHP) an zwei Versorgungsbetriebe des Gliedstaates Victoria offen zu legen. Begründet wurde diese Forderung damit, dass das Resultat aus dem Schiedsverfahren Auswirkungen auf Verbraucherpreise haben könnte. Die konkreten Energieversorger lehnten dies im Wesentlichen mit der Begründung ab, dass **im Schiedsverfahren eine implizite Verschwiegenheitspflicht** gelte. Im Anschluss erhob der australische Energieminister Plowman vor einem ordentlichen Gericht eine **Klage auf Feststellung des Nichtvorliegens einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht**. Das australische Gericht hat dabei im Wesentlichen von dem Vorliegen einer Verschwiegenheitspflicht als „implied term" abgesehen bzw diese insofern eingeschränkt, sofern in einem Schiedsverfahren ua Interessen der Öffentlichkeit betroffen sind, *Oberhammer,* Zur Vertraulichkeit in Schiedsverfahren, in Festschrift Beys II (2003) 1148 ff; *Ritz*, Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht (2007) 4 ff, 140 ff.

[641] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 30.

gesetzliche oder sonstige bereits bestehende vertragliche Verschwiegenheitsklauseln zu berücksichtigen sind. Liegen entsprechende Vereinbarungen bereits vor, so sind diese in der Ausgestaltung vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen betreffend Mediationsinformationen zu berücksichtigen. Können vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen und gesetzliche Aufklärungs- bzw Auskunftspflichten nicht erfüllt werden, so ist die vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung nichtig.

7.2.7 Durchsetzung der vertraglich eingegangenen Vertraulichkeitspflicht

Mit vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen sollen neben der Mediationsperson auch die Mediationsparteien dazu angehalten werden, Mediationsinformationen nicht in den Zivilprozess einfließen zu lassen. Durch vertragliche Abreden sollen daher **Beweisaufnahme- bzw -verwertungsverbote** für das Zivilgericht betreffend Mediationsinformationen durch Parteienvereinbarung geschaffen werden. Auf verfahrensrechtlicher Ebene vereinbaren die Mediationsparteien entsprechend **prozessvertragliche Abreden**. Diese werden va in Deutschland als zulässig angesehen, wobei überwiegend anerkannt ist, dass diese das Gericht in seiner Befugnis, Beweise aufzunehmen bzw diese auch entsprechend zu würdigen, binden.[642]

Bevor in der Folge eruiert wird, ob entsprechende prozessvertragliche Vereinbarungen auch nach der ZPO zulässig sind, soll geprüft werden, ob rein materielle vertragliche Vertraulichkeitsabreden im Zivilprozess durchgesetzt werden können und welche Probleme sich dabei ergeben. Auf Ebene des Mediator/innenvertrags soll zunächst der Frage nachgegangen werden, ob die Mediationsperson durch die vertragliche Vereinbarung der Vertraulichkeit zur Aussageverweigerung im Zivilprozess verpflichtet ist.

7.2.7.1 Problemstellung: Berechtigung oder Verpflichtung der Mediationsperson zur Aussageverweigerung im Zivilprozess aufgrund vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarung

Im Zivilprozess besteht für die Mediationsparteien die Option, die Einvernahme der Mediationsperson als Zeuge/Zeugin zu beantragen. Dies stellt eine der heikelsten Zugriffsmöglichkeiten dar, um an Informationen aus der Mediation zu gelangen und diese in den Zivilprozess einzuführen. Damit dies verhindert wird, vereinbaren die Mediationsparteien vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen nicht nur untereinander, sondern auch mit der

[642] *Cremer,* Die Vertraulichkeit der Mediation (2006) 46 ff; *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 266 ff; *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 4 ff; *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1398 ff.

Mediationsperson. Dabei ist jedoch unklar, ob die Mediationsperson, bei Vorliegen eines Aussageverweigerungsrechts bzw Vernehmungsverbots zur Geltendmachung verpflichtet ist.
Zur Beantwortung dieser Frage wird daher zunächst auf den Mediator/innenvertrag eingegangen, in welchem zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson vereinbart wird, dass die Mediationsperson (vertraglich) zur Verschwiegenheit verpflichtet ist. Für den Zivilprozess stellt sich in diesem Zusammenhang daher konkret die Frage, ob sich aus der vertraglich übernommenen Vertraulichkeitsvereinbarung eine **Verpflichtung zur Inanspruchnahme des Aussageverweigerungsrechts** ergibt.

7.2.7.2 Meinungsstand in der dLit

In der dLit wird keine einhellige Auffassung darüber vertreten, ob die Mediationsperson zur Inanspruchnahme eines Zeugnisverweigerungsrechts verpflichtet werden kann:
Mähler/Mähler gehen davon aus, dass bei Bestehen einer vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarung im Mediator/innenvertrag sowie der durch die Mediationsparteien eingegangenen Verpflichtung, die Mediationsperson davon nicht zu entbinden, eine **Pflicht zur Inanspruchnahme des Aussageverweigerungsrechts der Mediationsperson** besteht. Die vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung *„verdichtet“* sich zu einer *„prozessualen Zeugnisverweigerungspflicht“*.[643]
Dagegen wird ausgeführt, dass durch eine Vereinbarung zwischen den Mediationsparteien (die Mediationsperson nicht zu entbinden) *„nicht auf die Rechte eines Dritten (des Mediators) derart eingewirkt werden kann, daß [sic!] eine für diesen zu beachtende Pflicht entsteht.“* Vereinbarungen, die Zeug/innen dazu verpflichten, von einem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen seien **nichtig**, da die Ausübung der Zeugenpflicht ein Recht des/der Zeugen/Zeugin darstelle, zu dessen Inanspruchnahme er/sie nicht verpflichtet werden könne.[644]

7.2.7.3 Allgemeines

In Zivilprozessen, in denen die Mediationsparteien Parteistellung haben, kann die Mediationsperson als Zeuge/Zeugin über das Mediationsverfahren geführt werden. *„Zeugen sind von den Parteien verschiedene Personen, die über wahrgenommene Tatsachen aussagen*

[643] *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 8; Ebenso *Cremer,* Die Vertraulichkeit der Mediation (2006) 51 ff;
[644] *Nölting,* Mediatorenverträge (2003) 117 ff.

sollen".[645] Diese sind grds nach Erhalt einer Ladung zum Erscheinen als Zeuge/Zeugin vor Gericht sowie zur wahrheitsgemäßen Aussage -gegebenenfalls unter Eid- verpflichtet.[646]

7.2.7.4 Eingetragene Mediationsperson

Für die eingetragene Mediationsperson besteht nach § 18 ZivMediatG (bzw § 5 EU-MediatG) iVm § 320 Z 4 ZPO ein **von Amts wegen zu beachtendes (relatives) Beweisaufnahmeverbot**. Gem § 320 Z 4 ZPO besteht die Verpflichtung zur Verschwiegenheit der Mediationsperson hinsichtlich sämtlicher „anvertrauter" oder „sonst bekannt" gewordener Informationen bzw Unterlagen, die sie anlässlich der Mediation in Erfahrung gebracht hat.[647] Dementsprechend hat sich die Vernehmung der Mediationsperson auf wesentliche Aspekte des Mediationsverfahrens zu beschränken[648] - widrigenfalls die Zeugenaussage unzulässig ist.[649]

Das bedeutet zunächst, dass sich die Problematik der Verpflichtung zur Verschwiegenheit der eingetragenen Mediationsperson bei Bestehen einer vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarung aufgrund der von Amts wegen zu beachtenden relativen Zeugnisunfähigkeit gem § 320 Z 4 ZPO auf wenige Fragen des Mediationsverfahrens (zB Wird/Wurde eine Mediation durchgeführt? [650]) bezieht. Werden der eingetragenen Mediationsperson jedoch diese „Ausnahme-Fragen" gestellt, so hat sie diese, selbst bei entgegenstehenden vertraglichen Vertraulichkeitspflichten, zu beantworten (wie insb zB zum Fristen(ab)lauf). An dieser Stelle erfährt das Grundelement der Vertraulichkeit eine geringfügige Aufweichung, die zugunsten der Mediationsparteien erfolgt. Wie bereits ausführlich erörtert, soll die Mediationsperson aufgrund der Allparteilichkeit im Zivilprozess spezifischen **Auskunftsansprüchen des Gerichts** nachkommen, die sich keineswegs auf entsprechend „anvertraute" oder „sonst bekannt" gewordene Informationen bzw Unterlagen beziehen. Die Erfüllung dieser Auskunftsansprüche dient va den Mediationsparteien (zB bei Bekanntgabe des Beginns der Mediation löst dies die Ablaufs- bzw Fortlaufshemmung aus). Schließlich ist zu berücksichtigen, dass es bei diesen Fragen nicht um die Erlangung von Mediationsinformationen geht, sondern um allgemeine Rahmenbedingungen, die auch nicht der gesetzlichen Vertraulichkeit iSd § 18 ZivMediatG unterliegen. Für darüber hinausgehende Informationen, die „anvertraute" oder „sonst bekannt" gewordene Tatsachen betreffen,

---

[645] *Deixler-Hübner/Klicka,* Zivilprozess[5] (2007) Rz 142; Vgl § 350 ZPO.
[646] *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011/16, 120 ff; *Rechberger* in *Rechberger,* Kommentar zur ZPO[3], Vor § 320 Rz 4 (Stand Oktober 2006, rdb.at); Vgl §§ 333 ff ZPO.
[647] *Rechberger* in *Rechberger,* Kommentar zur ZPO[3] § 320 Rz 7 (Stand Oktober 2006, rdb.at).
[648] Siehe die zulässigen Fragen Punkt 3.5.1; Bzw auch ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 37.
[649] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 ZPO Rz 1 ff (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[650] Siehe die zulässigen Fragen Punkt 3.5.1; Bzw auch ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 37.

besteht das von Amts wegen zu beachtende Vernehmungsverbot, wonach eine tiefergehende Einvernahme der eingetragenen Mediationsperson ausscheidet. Macht die eingetragene Mediationsperson Aussagen zu entsprechend geheimen Informationen, so macht sie sich gem § 31 Abs 1 ZivMediatG strafbar.

Zusammengefasst bedeutet dies, dass die eingetragene Mediationsperson schon von Amts wegen nicht über „anvertraute" oder „sonst bekannt" gewordene Informationen befragt werden darf. Die Schwierigkeit der Verpflichtung zur Inanspruchnahme eines Aussageverweigerungsrechts stellt sich daher ausschließlich an den Nahtstellen zu Auskunftsansprüchen des Gerichts. Nachdem die Mediationsperson in diesen Fällen jedoch nur zu Rahmenbedingungen und nicht zu geheimen Informationen aus der Mediation Angaben machen soll, besteht diese Problematik für die Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson nicht.

7.2.7.5 Nicht-eingetragene Mediationsperson

Da die Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson für **Inlandsmediationen durch das ZivMediatG bzw die ZPO** gesetzlich nicht gesichert ist, trifft sie die generelle Zeugnispflicht, wahrheitsgemäß und vollständig auszusagen. Daraus ergibt sich, dass nicht-eingetragene Mediationspersonen vertraglich eingegangene Vertraulichkeitsverpflichtungen nicht einhalten können, da sie sich auf prozessualer Ebene weder auf ein Aussageverweigerungsrecht noch auf ein Vernehmungsverbot zur Durchsetzung der (vertraglich eingegangenen) Vertraulichkeit berufen können.

Ausnahmen von dieser Grundkonstellation bestehen für die nicht-eingetragene Mediationsperson nur dahingehend, wenn sie einerseits ein **Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis** der Mediationsparteien wahrt. In diesem Fall wird sie durch § 321 Abs 1 Z 5 ZPO zur Aussageverweigerung berechtigt. Andererseits kann die Möglichkeit bestehen, dass sie aufgrund **berufs- oder gewerberechtlicher Verschwiegenheitspflichten** (wie zB § 9 Abs 2 RAO iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO) **keine Aussage** machen muss. Einzig für diese Ausnahmefälle kann sich daher die oben beschriebene Problemlage der infrage stehenden Verpflichtung zur Inanspruchnahme eines Aussageverweigerungsrechts der nicht-eingetragenen Mediationsperson ergeben.

Für **Betriebs- bzw Geschäftsgeheimnisse gem § 321 Abs 1 Z 5 ZPO** ist im Wesentlichen der ersten in der dLit vertretenen Ansicht mit der Begründung zu folgen, dass auch im österreichischen Zivilprozess die § 321 Abs 1 Z 1, 2, 5 und 6 ZPO **Aussageverweigerungsrechte** darstellen. Ganz allgemein gilt, dass Personen, die eine Zeugenladung erhalten haben, grds ihre **öffentlich-rechtliche Zeugnispflicht** einzuhalten

haben.[651] Zu dieser Pflicht zählt daher die Erscheinens- (§§ 328, 333 ff ZPO), die Aussage- (§ 321 ZPO) sowie die Eidespflicht (§ 337 ZPO).[652] Gem § 321 ZPO **dürfen** diese Zeug/innen die Aussage zu **bestimmten Fragen verweigern**, sie **müssen** es aber **nicht**.[653] Sind nicht-eingetragene Mediationspersonen jedoch vertragliche Vertraulichkeitsverpflichtungen eingegangen, so sind sie den **Mediationsparteien aus Vertrag zur Ausübung ihres Verschwiegenheitsrechts verpflichtet**.

Entsprechendes gilt auch bei Berufung auf die gewerberechtliche Vertraulichkeit gem § 321 Abs 1 Z 3 ZPO iVm § 119 Abs 4 erster Satz GewO im Zivilprozess. Schließt die gewerbsmäßig tätige nicht-eingetragene Mediationsperson eine vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung ab, so ist sie im Zivilprozess zur Inanspruchnahme des Aussageverweigerungsrechts verpflichtet.[654]

Für die nicht-eingetragene Mediationsperson in Inlandsmediationen bedeutet dies, dass sie sich grds auf **ihr Aussageverweigerungsrecht berufen** und demnach **vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen im Zivilprozess einhalten muss**. Sowohl bei der Berufung auf **berufs- bzw gewerberechtliche Aussageverweigerungsrechte** als auch bei **Vorliegen eines Betriebs- bzw Geschäftsgeheimnisses besteht die Verpflichtung zur Geltendmachung** eines Aussageverweigerungsrechts.
Liegt jedoch weder ein entsprechendes Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, noch eine gewerbsmäßige Tätigkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson vor und hat diese nicht-vertragliche Verschwiegenheitspflichten übernommen, so kann sie diese mangels Berufung auf ein Aussageverweigerungsrecht nicht einhalten und kann daher schadenersatzpflichtig werden.

Geht die nicht-eingetragene Mediationsperson für **grenzüberschreitende Mediationen** eine vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtung ein, so hat sie sich im Zivilprozess auf das Aussageverweigerungsrecht gem § 3 EU-MediatG iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO zu berufen. Wie bereits erörtert, ist die nicht-eingetragene Mediationsperson (mit wenigen Ausnahmen[655]) in

[651] *Fasching*, Lehrbuch[2] (1990) Rz 976; *Rechberger* in *Rechberger,* ZPO[2] Vor § 320 Rz 4.
[652] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] Vor § 320 ZPO Rz 5 (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[653] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 321 ZPO Rz 1 f (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[654] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 320 ZPO Rz 16 (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[655] Siehe Punkt 3.7.2.

grenzüberschreitenden Mediationen *„grundsätzlich“* zur Verschwiegenheit[656] und somit auch zur Geltendmachung des Aussageverweigerungsrechts **verpflichtet**.

Geht die nicht-eingetragene Mediationsperson eine diese Ausnahmen betreffende vertragliche Verschwiegenheitspflicht ein (wie zB verpflichtet sie sich, auch über die Umsetzung bzw Vollstreckung des Mediationsergebnisses keine Aussage zu machen), so würde dies einen Verstoß gegen gesetzliche Aussageverpflichtungen darstellen (§ 3 Z 2 EU-MediatG). Wie bereits zur eingetragenen Mediationsperson ausgeführt, hat auch die nicht-eingetragene Mediationsperson in grenzüberschreitenden Mediationen bspw Auskunftsansprüchen des Gerichts nachzukommen oder auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen (§ 3 Z 1 EU-MediatG). Übernimmt die nicht-eingetragene Mediationsperson in grenzüberschreitenden Mediationen vertragliche Verschwiegenheitsverpflichtungen, sollte sie - wie die eingetragene Mediationsperson - allfällige Auskunftsansprüche des Gerichts berücksichtigen. Im Gegensatz zum ZivMediatG besteht nach dem EU-MediatG jedoch keine Strafbestimmung, die den Verstoß gegen die gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung ahndet.[657]

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die **nicht-eingetragene Mediationsperson in grenzüberschreitenden Mediationen generell zur Aussageverweigerung verpflichtet** ist. Durch die Möglichkeit zur Berufung auf ihre gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtung kann sie auch umfassende vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen einhalten. Sofern jedoch Ausnahmen der gesetzlichen Verschwiegenheitsverpflichtung vorliegen (zB öffentliche Interessenbeeinträchtigung), ist die Mediationsperson zu einer Aussage vor einem Zivilgericht verpflichtet.

7.2.7.6 Zwischenergebnis

Es konnte festgestellt werden, dass vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen nur bei Bestehen (flankierender) prozessualer Aussageverweigerungsrechte iSd § 321 ZPO bzw Vernehmungsverbote iSd § 320 ZPO eingehalten werden können. Durch vertraglich eingegangene Verschwiegenheitspflichten werden keine entsprechenden Durchsetzungsinstrumente, wie zB Aussageverweigerungsrechte, für den Zivilprozess geschaffen.[658]

Die Mediationsperson hat bei Eingehen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen jedoch zu bedenken, dass gesetzliche (oder auch anderwärtig bestehende vertragliche Vertraulichkeits- bzw) Offenlegungspflichten bestehen. Um diese einhalten und erfüllen zu

[656] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.
[657] *Fucik,* EU-MediatG und ZivMediatG - ein Überblick, ÖJZ 2011/97 (942).
[658] Siehe in der dLit zB *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 8.

können, muss sie diese im Zeitpunkt des Abschlusses der mediations-relevanten Vertraulichkeitsvereinbarung berücksichtigen.

Während die nicht-eingetragene Mediationsperson in Inlandsmediationen diesem Spannungsfeld nicht ausgesetzt ist (es besteht keine gesetzlich einzuhaltende Auskunftspflicht), können in grenzüberschreitenden Mediationen nach § 3 EU-MediatG sehr wohl übergeordnete Interessen bestehen, weshalb vertraglich eingegangene Vertraulichkeitsverpflichtungen zurücktreten können. Auch das ZivMediatG kennt entsprechend höhere Interessen, wobei gem § 31 Abs 1 ZivMediatG der Verstoß gegen Auskunftspflichten der eingetragenen Mediationsperson bestraft wird, während das EU-MediatG die Verschwiegenheit trotz Bestehen höherwertiger Interessen nicht unter Strafe stellt.

7.2.7.7 Zur Verpflichtung der Mediationsparteien zur Verschwiegenheit im Zivilprozess

Für das zweite Vertragsverhältnis zwischen den Mediationsparteien („Mediand/innenvertrag“) ist nun zu klären, ob vertraglich vereinbarte Verschwiegenheitspflichten im Zivilprozess durchgesetzt werden können. Dabei wird insb auf den in der dLit und Rspr anerkannten „Prozess- bzw Beweisvertrag“ eingegangen.

7.2.7.8 Rechtslage zur Zulässigkeit von Prozess- bzw Beweisverträgen

Ein sog „Prozessvertrag“ liegt vor, wenn eine Vereinbarung zwischen den Mediationsparteien besteht, in der sie sich zu einem Tun oder Unterlassen verpflichten und demnach ihr Verhalten im Zivilprozess bestimmen.[659] Eine Unterkategorie der Prozessverträge stellen sog „Beweisverträge“ dar, die die „*Produktion von Beweismitteln*“ - wobei bestimmte Beweismittel (wie zB Urkunden) entweder beschränkt oder gänzlich ausgeschlossen werden - verbieten.[660]

Erfolgt entgegen dieser vertraglichen Vereinbarung ein *„abredewidriger Sachvortrag“* so ist dieser durch das Gericht nicht zu berücksichtigen, bzw ist ein *„abredewidriger Beweisantrag als unzulässig“* **zurückzuweisen**.[661] Der Regelungsgegenstand entsprechend vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen bezieht sich ausschließlich auf das **Verhalten** der

[659] *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1399; *Wagner,* Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998) 37; *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 32 ff.

[660] *Wagner,* Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998) 683 ff.

[661] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 27 f; *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 7.

Mediationsparteien **im Zivilprozess**. Beweisverträge wirken daher ausschließlich auf prozessualer und nicht auf materieller Ebene.[662]

Die **Zulässigkeit** derartiger Vereinbarungen ergibt sich dabei als **Ausfluss aus der Dispositionsbefugnis der Parteien**. Derartige Vereinbarungen verstoßen daher auch nicht gegen § 138 Abs 1 dZPO (prozessuale Wahrheitspflicht)[663], da Beweisverträge lediglich die *„arglistige Prozeßführung [sic!] zu Lasten des Gegners (...) verhindern" wollen*. **Schranken** der Dispositionsbefugnis der Parteien könnten jedoch darin liegen, dass diese *„nicht zur faktischen Entwertung unverzichtbarer Rechte führen"* sowie, dass sie *„die allgemein geltenden rechtsgeschäftlichen Schranken (... zu) beachten"* hätten.[664] Weitere Grenzen würden bspw gesetzliche Verbote sowie Verstöße gegen „Treu und Glauben" sowie „gute Sitten" darstellen[665].[666]

7.2.7.9 Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Beweisverträgen

Beweisverträge werden in der öRspr **generell** als **unzulässig** angesehen. Nach dem OGH können entsprechende Verträge nicht erzwungen werden, da sie insb dem *„zwingenden Charakter der öffentlich-rechtlichen Prozessvorschriften"* widersprechen würden. Daher seien vertragliche Abreden, die das Gericht in der Aufnahme oder der Würdigung von Beweismitteln binden, generell unwirksam.[667]

Der **dBGH** ist im Gegensatz zur österreichischen Rspr **anderer Auffassung**: Er vertritt in ständiger Rspr, dass Vereinbarungen **wirksam** sind, die die Verwendung von Beweismitteln ausschließen. Zu berücksichtigen sei jedoch, dass diese weder gegen das Gesetz noch gegen gute Sitten verstoßen dürfen.[668] Generell könnten sich die Parteien *„vertraglich zu jedem*

---

[662] *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1399.

[663] **§ 138 Abs 1 dZPO**: *„Die Parteien haben ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und der Wahrheit gemäß abzugeben."*

[664] *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 27.

[665] *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 32; *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 128 f.

[666] Ein Nachteil an dem Konstrukt des Beweismittelvertrags liegt darin, dass dieser durch eine **Partei geltend gemacht werden muss**, da das Gericht ansonsten keine Kenntnis davon erlangt. Dies kann für die geltendmachende Partei insofern nachteilig sein, als das Zivilgericht in seiner Beweiswürdigung grds frei ist (§ 272 ZPO). Die Partei würde daher das Einfließen eines geheimen Inhalts aus der Mediation verhindern, trotzdem bleibt auf prozessualer Ebene die Ungewissheit, wie sich die Einhaltung und Durchsetzung der prozessvertraglichen Vereinbarung auswirken kann. Für Prozessverträge bestehen jedoch im Gegensatz zu materiellen Vertraulichkeitsvereinbarungen keine (zB schadenersatzrechtlichen) Konsequenzen, *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 7.

[667] OGH 7.10.2003, 4 Ob 188/03f = ÖJZ-LSK 2004/34 = EvBl 2004/40 S 188 - EvBl 2004,188 = RZ 2004/10 S 90 - RZ 2004,90 = RdW 2004,223 = MietSlg 55.679 = SZ 2003/11, der sich dabei insb auf die Ausführungen von *Fasching,* Lehrbuch[2] (1990) Rz 823 bezieht.

[668] BGH 19.5.1982, IV b ZR 705/80 (*Hamm)* NJW 1982, 2073; BGH 10.7.1985, VIII ZR 285/84 *(Zweibrücken)* NJW 1986, 198; BGH 10.10 1989, VI ZR 78/89 *(Düsseldorf)* NJW 1990, 443.

Verhalten verpflichten", worunter bspw Abreden über einen Rechtsmittelverzicht oder auch der Ausschluss von Beweismitteln fallen.[669]

7.2.7.10 Meinungsstand zur Zulässigkeit von Beweisverträgen

In der dLit werden Prozessverträge ua aus dem Grund für zulässig erachtet, da zwischen materiellem und prozessualem Recht ein *„Wertungszusammenhang"* bestehe. Demnach würden Zivilprozesse den Parteien ermöglichen, materielle Ansprüche zu verfolgen. Entsprechende Gerichtsverfahren werden dabei durch Grundsätze wie die **Dispositionsfreiheit** und den **Verhandlungsgrundsatz** geprägt, weshalb es den künftigen Streitparteien ermöglicht werden soll, **prozessuale Vorkehrungen zur Durchsetzung materieller Ansprüche** zu treffen.[670]

Im Gegensatz dazu wird in der öLit vertreten, dass Verträge, die das Vorbringen bestimmter Tatsachen regeln, gegen § 178 ZPO (Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht) verstoßen. Ebenso würden Beweisverträge den §§ 182 und 183 ZPO, also der Verpflichtung zur Ermittlung des wahrheitsgemäßen Sachverhalts unter Nutzung sämtlicher Beweismittel, widersprechen. Darüber hinaus wird auch die Zulässigkeit von Beweis*würdigungs*verträgen mit dem Argument des Verstoßes gegen den Grundsatz der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (§ 272 ZPO) abgelehnt.[671]

Nachdem diese Ansicht teilw auch in der dLit geteilt wird, soll die in der dLit vertretene Auffassung dargestellt werden. Demnach werde außer Acht gelassen, dass die Parteien im Einvernehmen ohnedies **Einfluss auf die Urteilsgrundlage** hätten. Dabei wird insb auf die Möglichkeit des gerichtlichen Geständnisses (§ 288 dZPO) hingewiesen, welches keines Beweises bedarf (§ 138 Abs 3 iVm § 288 dZPO). Weitere Dispositionsmöglichkeiten der Parteien, an die das Gericht gebunden sei, stelle zB die Auswahl des/der Sachverständigen gem § 404 Abs 4 dZPO dar[672], wobei das Gericht lediglich die Anzahl der Sachverständigen, aus denen die Parteien wählen dürfen, beschränken dürfe. Darüber hinaus kenne die dZPO auch die Möglichkeit der Parteien auf eine/n Zeugen/Zeugin zu verzichten (§ 399 dZPO).[673]

---

[669] BGH 10.10 1989, VI ZR 78/89 *(Düsseldorf)* NJW 1990, 443.
[670] *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1399.
[671] *Fasching*, Lehrbuch[2] (1990) Rz 823; Vgl dazu auch in der dLit *Rüßmann,* Alternativ-Kommentar ZPO, Vor § 288 Rz 4; *Scherer,* Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, DRiZ 1986, 58 (61 f).
[672] *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,* Zivilprozessordnung[72] (2014) § 404 Rz 8.
[673] *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1399.

Die *„**rechtliche Anerkennung** - und grundrechtliche Absicherung -“* der **Dispositionsfreiheit der Parteien** und die daraus folgende Bindung des Gerichts an Entscheidungen der Parteien, widerlege das Argument der (bewussten) Täuschung des Gerichts durch die Parteien. Vielmehr sei es Aufgabe des Gerichts, einvernehmlichen Verfügungen der Parteien zum Erfolg zu verhelfen. Daraus ergebe sich *„folgerichtig“* die breite Anerkennung von Beweisverträgen.[674] Durch derartige vertragliche Vereinbarungen würde daher in die Rechte der Richter/innen nicht mehr eingegriffen, als ohnedies durch einvernehmliche Handlungen während des zivilgerichtlichen Verfahrens zwischen den Parteien möglich wäre. Beweisverträge bedürften daher keiner gesonderten Berechtigung, da sie von geltendem Recht nicht abweichen und lediglich den gesetzlich eingeräumten Handlungsspielraum wahrnehmen würden.[675]

Nachdem die Zulässigkeit von Prozess- bzw Beweisverträgen in der dLit und Rspr als Ausfluss der Parteiendisposition für zulässig erachtet werden, wird nun untersucht, ob entsprechende Möglichkeit auch im österreichischen Zivilprozess für die Verfahrensparteien gelten. Anknüpfend an die Ausführungen der dLit wird daher eruiert, ob **Beweismittel aufgrund Parteiendisposition auch nach der öZPO ausgeschlossen** werden können.

7.2.7.10.1 Untersuchung über das Bestehen der Parteiendisposition unterliegenden Beweismitteln im österreichischen Zivilprozess

In Verfahren, die durch den Untersuchungsgrundsatz geprägt sind[676], erfolgt die Beweisaufnahme grds von Amts wegen (materielle Prozessleitungspflicht § 183 ZPO). Im „gewöhnlichen“ Zivilprozess gilt jedoch nicht ausschließlich der Untersuchungsgrundsatz, weshalb das Gericht bgzl der Tatsachenfeststellung an die Behauptungen der Parteien gebunden ist.[677] Daher erfolgt in den überwiegenden Verfahren die Beweisaufnahme durch **Beweisanbot der Partei**.[678] Obwohl daher in (der vornehmenden Anzahl der) Verfahren der **reine Untersuchungsgrundsatz nicht gilt**, ist das **Gericht** dazu **befugt** (selbst ohne Beweisanbot der Parteien) **von Amts wegen Beweismittel aufzunehmen** (**abgeschwächter Untersuchungsgrundsatz**).[679] Dazu zählt ua die Befugnis, Sachverständige selbst gegen den Willen der Parteien einzuvernehmen bzw auch Augenscheinsgegenstände zu beschaffen.

---

[674] *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1399; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,* Zivilprozessordnung[72] (2014) Einf § 284 Rz 33.
[675] *Wagner,* Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998) 686.
[676] Der Untersuchungsgrundsatz gilt in vielen Verfahren bzgl Sozialrechtssachen bzw Außerstreitsachen sowie in Verfahren über die Nichtigerklärung oder die Feststellung einer Ehe.
[677] *Rechberger,* Das Dogma der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 72.
[678] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 782 ff.
[679] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 403.

Ebenso zulässig ist die Ladung der Parteien durch das Gericht bzw deren amtswegige Einvernahme.
Gem § 183 Abs 2 ZPO können jedoch Verfügungen des *„Vorsitzenden in Ansehung von Urkunden und Zeugen nicht getroffen werden, wenn sich beide Parteien dagegen erklären."* Während daher der Grundsatz besteht, dass das Gericht amtswegig im Zuge der Beweisaufnahme „eigeninitiativ" tätig werden darf, besteht bei der **Einvernahme von Zeug/innen** sowie der **Beschaffung von Urkunden** eine **Ausnahme**. Liegt eine **Übereinkunft der Parteien** vor, die **gegen** die Einvernahme eines/einer Zeugen/Zeugin oder die Beschaffung einer Urkunde gerichtet ist, darf das **Gericht nicht weiter amtswegig vorgehen**.[680] Der/die Richter/in hat die Parteien über das Recht, die Zeugeneinvernahme oder die Beschaffung von Urkunden abzulehnen, zu belehren. Werden dennoch entsprechende Verfügungen getroffen, dürfen gewonnene Beweise nicht verwertet werden.[681]

Die Bestimmung der dZPO über den Verzicht auf Zeug/innen gem § 399 dZPO findet sich fast wortgleich in der österreichischen ZPO. Demnach ist es gem § 345 ZPO **das Recht der Partei** auf die Einvernahme eines/einer Zeugen/Zeugin zu verzichten, sofern sie ihn/sie beantragt hat. Trotz Vorliegens eines Verzichts der beweisführenden Partei darf das Gericht Zeug/innen von Amts wegen laden (§ 183 Abs 1 Z 4 ZPO). Ist der/die Zeuge/Zeugin im Gerichtsverfahren anwesend und liegt der Verzicht der Partei vor, so darf ihr Gegner dennoch auf die Einvernahme bestehen („Gemeinschaftlichkeit des Zeugenbeweises"). Nur in dem Fall, dass **beide Parteien** auf den/die Zeugen/Zeugin **verzichten**, hat nicht nur die Einvernahme sondern auch die amtswegige Ladung zu unterbleiben (§ 183 Abs 2 ZPO).[682]

Ein weiterer Punkt, in dem die öRspr mit der deutschen Rechtslage übereinstimmt, liegt in der **Wertung** des Gerichts **bei Vorliegen eines Geständnisses**. Gem §§ 266, 267 öZPO müssen zugestandene Tatsachen nach der stRspr grds nicht bewiesen werden. Demnach sei das Gericht an diese Tatsachen gebunden und schaffe ein **Beweisthemenverbot**. Ausnahmen von diesem Grundsatz sollen nur bestehen, wenn Gegenteiliges bekannt ist, allgemeinen Erfahrungssätzen widerspricht oder das Gegenteil dem Gericht während seiner Tätigkeit bekannt geworden ist.[683]

---

[680] *Schragel* in *Fasching/Konecny*[2] § 183 ZPO Rz 7 (Stand 31.7.2002, rdb.at).
[681] *Schragel* in *Fasching/Konecny*[2] § 183 ZPO Rz 8 (Stand 31.7.2002, rdb.at).
[682] *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 345 Rz 1 ff (Stand 30.4.2004, rdb.at).
[683] OGH 12.9.1989, 10 ObS 239/89 = JBl 1990, 590; OGH 21.11.1989, 5 Ob 631/89 = JBl 1990, 590; OGH 13.11.2001, 10 ObS 319/01m.

Von der hL wird im Gegensatz zur stRspr eine völlig konträre Auffassung vertreten. Demnach würde die Bindungswirkung *„ohne jegliche gesetzliche Rechtfertigung den Grundsatz der freien Beweiswürdigung“* einschränken. Es wird argumentiert, dass die Einräumung der Parteiendisposition den Grundsätzen der *„vollständigen und wahrheitsgemäßen Feststellung des Sachverhalts“* widerspreche. Die Entscheidung, ob zugestandene Tatsachen daher zusätzlich noch bewiesen werden müssen, sei *„nach den Ergebnissen der gesamten Verhandlung (§ 272 ZPO) zu beurteilen“*.[684]

Zuletzt wird noch auf den Aspekt der Sachverständigenbestellung eingegangen: Sachverständige werden aufgrund ihrer Fachkenntnis in österreichischen (Zivil-)Prozessen eingesetzt, um für den/die Richter/in nicht nur wertvolle sachdienliche Schlussfolgerungen zu ziehen, sondern auch Tatsachen festzustellen. Daraus lässt sich im Wesentlichen ihre grundlegende Bedeutung für den/die Vorsitzende/n ableiten, weshalb Sachverständige auch als *„Mitarbeiter des Gerichts“* bezeichnet werden.[685]
Aus diesem Naheverhältnis ergibt sich nach der Lit, dass die Inanspruchnahme der Dienste eines Sachverständigen als **Beweismittel** grds *„ohne Einschränkung **von Amts wegen**“* erfolgen kann (§ 183 Abs 1 Z 4, § 363 Abs 2 ZPO). Völlig konträr zur deutschen Rechtslage erfolgt nach der österreichischen Rechtslage sowohl die **Bestellung** als auch die **Auswahl** einer **sachverständigen Person von Amts wegen nach freiem Ermessen**.[686] Zwar ist vorgesehen, dass die Parteien über die (bereits durch den/die Richter/in) ausgewählte Person einvernommen werden dürfen, die Vernehmung der Parteien kann jedoch unterbleiben, sofern dies einen *„unverhältnismäßigen Aufwand“* darstellen bzw Verzögerungen vermeiden würde (§ 352 Abs 2 ZPO).

7.2.7.10.2 Zwischenergebnis

Die Gegenüberstellung von deutscher und österreichischer Rechtslage zeigt, dass den Parteien auch hierzulande Spielräume zur Parteiendisposition im Zivilprozess eingeräumt werden. Im Gegensatz zur dZPO sind diese jedoch (noch) eingeschränkter.
Während die Sachverständigenauswahl und -bestellung nach der deutschen Rechtslage fast ausschließlich durch die Parteien erfolgt, liegt es in österreichischen Zivilprozessen *„in der*

---

[684] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 775; Vgl dazu auch *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 266, 267 ZPO Rz 9 f (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Ballon,* Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht[12] (2009) Rz 229; *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger,* Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993) 52 ff; *Sperl,* Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925) 298 ff; *Rechberger,* Das Dogma der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 69 ff.
[685] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 809 ff.
[686] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 812.

Natur der Sache, dass der Sachverständigenbeweis grundsätzlich unmittelbar vom erkennenden Gericht" aufgenommen wird.[687] Hinsichtlich des Sachverständigenbeweises wird den Parteien daher keine der deutschen Rechtslage entsprechende Dispositionsmöglichkeit bzgl der Auswahl bzw der Einvernahme von Sachverständigen im Zivilprozess eingeräumt. Sachverständige dürfen sogar ohne Antrag bzw selbst bei Widerspruch der Parteien einvernommen werden[688].

Im Gegensatz zur Diskrepanz zwischen deutscher und österreichischer Rechtslage betreffend den Sachverständigenbeweis dürfen die Parteien nach der ZPO - übereinstimmend mit der dZPO - einvernehmlich auf Zeug/innen verzichten (§ 183 Abs 2 ZPO).

Zur letzten Dispositionsmöglichkeit der zugestandenen Tatsachen besteht ein Meinungsstreit zwischen stRspr und hL, wobei die Argumente der Lehre gegen die Bindungswirkung von Geständnissen durchaus überzeugen. Die Argumentation der Rspr, wonach Gerichte grds an zugestandene Tatsachen gebunden sein sollen (ausgenommen der Ausnahmefälle), wird von der Lehre zutreffend dahingehend kritisiert, dass selbst Geständnisse der freien Beweiswürdigung unterliegen sollen. Die Begründung liegt darin, dass die Parteiendisposition (hier durch zugestandene Tatsachen) Einfluss auf die vollständige und wahrheitsgemäße Sachverhaltsfeststellung (§ 182 Abs 1 ZPO) hätte[689]. Zutreffend wird in der Lit in diesem Zusammenhang auch angemerkt, dass es wenig nachvollziehbar ist, das Gericht an Geständnisse zu binden, wenn es dabei *„gegen seine Überzeugung"* von der Richtigkeit auszugehen hätte.[690]

Bei dieser Argumentationsweise in der österreichischen Lehre schließt sich der Kreis zur Ablehnung der Zulässigkeit von Beweisverträgen in der österreichischen Rechtslandschaft. Das Argument, die Bindungswirkung der Gerichte an Geständnisse würden Richter/innen in ihrer freien Beweiswürdigung beschränken und dem Grundsatz der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien (§ 178 ZPO) sowie der „wahrheitsgemäßen Feststellung des Tatbestandes" (§ 182 Abs 1 ZPO) entgegenstehen, wird auch zur **Begründung gegen die Zulässigkeit von Beweisverträgen** verwendet. Übereinstimmend wird daher von Lit und Rspr vertreten, dass Beweisverträge unzulässig sind und deren Wirksamkeit weder erzwungen bzw Verstöße dagegen geltend gemacht werden können.[691]

---

[687] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 812.
[688] *Schragel* in *Fasching/Konecny*[2] § 183 ZPO Rz 7 (Stand 31.7.2002, rdb.at); OGH 26.11.1968, 8 Ob 281/68 veröff = EvBl 1969/197 (297).
[689] *Rechberger,* Das Dogma der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 72.
[690] *Ballon,* Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht[12] (2009) Rz 229.
[691] Vgl die Rspr des OGH 7.10.2003, 4 Ob 188/03f; Vgl in der Lit *Fasching*, Lehrbuch[2] (1990) Rz 823.

7.2.7.10.3 Eigene Meinung

Die Untersuchung über das Bestehen dispositiver Elemente der Parteien im österreichischen Zivilprozesses hat ergeben, dass durchaus Einflussmöglichkeiten der Parteien bestehen. Wenngleich die Betrachtung auf einzelne Aspekte des Zivilprozesses beschränkt werden musste, so zeigen die soeben angeführten Bsp (des wirksamen einvernehmlichen Verzichts über eine Zeugenaufnahme, des Sachverständigenbeweises und der Bindungswirkung von Geständnisses) jedoch, dass - va in der hL - **erhebliche Bedenken gegen die Zulässigkeit einer zu großen Einflussnahme der Parteien auf die Beweislage** bestehen. Insb die Diskussion der generellen Bindungswirkungen des Gerichts an zugestandene Tatsachen spiegelt auch die Problemlage betreffend die Zulässigkeit von Beweisverträgen wieder.
Beweisverträge werden in der Lit und Rspr im Wesentlichen mit der Begründung abgelehnt, dass **Absprachen über Beweismittel die freie Beweiswürdigung des Gerichts beschränken** sowie die **Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien unterwandern**. Das in der dLit von *Wagner* angeführte Argument für die Zulässigkeit von Beweisverträgen, die Parteien hätten ohnedies zahlreiche Möglichkeiten auf den Zivilprozess betreffend Beweismittel einzuwirken, konnte in der österreichischen ZPO keine vollständig korrespondierende Deckung finden. Es bestehen zwar grds Möglichkeiten der Parteien auf den Zivilprozess einzuwirken, jedoch nicht in dem Ausmaß wie nach der dZPO. Die Disposition über die Sachverständigenauswahl bzw -bestellung ist nach der ZPO für die Parteien aufgrund der Stellung von Sachverständigen als sachkundige Unterstützung der Richter/innen nicht möglich.

Der in der dLit vertretenen Ansicht, die rechtliche Anerkennung der Parteiendisposition erfordere, dass die Gerichte an prozessvertragliche Vereinbarungen der Parteien gebunden seien, ist zudem Folgendes entgegen zu halten: Während im deutschen Zivilprozess der *„reine Verhandlungsgrundsatz“*[692] gilt, wird in der öZPO - wenn auch auf Grundlage des Verhandlungsgrundsatzes - die Stärkung der Richterrechte im Zivilprozess forciert. Aufgrund der materiellen Prozessleitungsbefugnis der Richter/innen[693] gilt *„im Regelfall“* der

[692] Nach der „Verhandlungsmaxime“ sollen die Parteien, die ihre Vorbringen untermauernden Beweise liefern, *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 403, 758.
[693] **§ 182 Abs 1 ZPO**: *„Der Vorsitzende hat bei der mündlichen Verhandlung durch Fragestellung oder in anderer Weise darauf hinzuwirken, dass die für die Entscheidung erheblichen thatsächlichen [sic!]Angaben gemacht oder ungenügende Angaben über die zur Begründung oder Bekämpfung des Anspruches geltend gemachten Umstände vervollständigt, die Beweismittel für diese Angaben bezeichnet oder die angebotenen Beweise ergänzt und überhaupt alle Aufschlüsse gegeben werden, welche zur wahrheitsmäßigen Feststellung des Thatbestandes [sic!] der von den Parteien behaupteten Rechte und Ansprüche nothwendig [sic!] erscheinen.“*

österreichischen Zivilprozesse daher der *„abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz“*.[694] Diese Abkehr vom Verhandlungsgrundsatz findet ihren Ausdruck nicht nur in der Normierung der grds Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien (§ 178 Abs 1 ZPO), sondern auch darin, dass das Gericht den Sachverhalt *„möglichst wahrheitsgemäß“* festzustellen hat („diskretionäre Gewalt des Richters“, § 182 Abs 1 ZPO). Insb die Einflussnahme des Gerichts auf die Beschaffung von Beweismittel untermauert die gestärkte Stellung des Gerichts zur Sachverhaltsaufklärung. Grds dürfen daher **alle Beweismittel amtswegig** durch das Gericht aufgenommen werden, sofern *„Aufklärung über erhebliche Tatsachen zu erwarten ist“*. Dementsprechend hat das Gericht vielfältige Möglichkeiten von Amts wegen Beweismittel zu beschaffen, worunter bspw die Vernehmung der Parteien (§ 371 ZPO), die Zeugenladung (§ 183 Abs 1 ZPO) oder auch die Auswahl und Bestellung von Sachverständigen zählt. Zusätzlich können die Parteien mit der Beschaffung sämtlicher Auskunftssachen und Augenscheinsgegenständen sowie Akten oder Urkunden durch das Gericht beauftragt werden (§ 183 Abs 1 Z 1 bis 4 ZPO).[695] Ausnahmen von diesem Grundsatz bietet die Dispositionsfreiheit der Parteien jedoch bei der Aufnahme des Zeugen- bzw Urkundenbeweises (§ 182 Abs 2 ZPO), wobei letzterer nur unter der Voraussetzung, dass sich eine der Parteien bereits auf die Urkunde berufen hat, von Amts wegen aufgenommen werden kann.[696]

Während daher in der dZPO die Dispositionsmöglichkeiten der Parteien auf die Beweislage des Zivilprozesses nicht nur gesetzlich „eher“ anerkannt werden und auch theoretisch durch die Prägung der ZPO durch den Verhandlungsgrundsatz gestützt werden, verfolgt die öZPO das Ziel, die Beweislage zwar grds durch die Parteien darlegen zu lassen, trotzdem dem Gericht aber großzügige Instrumente zur wahrheitsgemäßen Sachverhaltsermittlung zur Verfügung zu stellen. Dieser „**abgeschwächte Untersuchungsgrundsatz**“ bedingt, dass die **Dispositionsmacht der Parteien** in der **öZPO im Gegensatz zur dZPO eingeschränkt**(er) ist.

Für die Zulässigkeit von Beweisverträgen ergibt sich aus dieser Feststellung, dass die konzeptionelle Ausgangslage hinsichtlich der Rolle der Parteien im Prozess eine grds andere ist. Während daher in der dZPO vornehmlich die Parteien den Sachverhalt anhand ihrer angebotenen Beweismittel darlegen, obliegt dies gem der öZPO zwar auch den Parteien

---

[694] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 403 ff.
[695] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 404.
[696] *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger,* Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993) 50; *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 404.

(wobei sie die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht einzuhalten haben), hinzu tritt jedoch auch die Pflicht des Gerichts den Sachverhalt *„möglichst wahrheitsgemäß“*[697] festzustellen. Beweisverträge sind daher mE mit dem geltenden abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz der öZPO nicht vereinbar. Schließlich ist die Einhaltung der Untersuchungsmaxime durch die Zulässigkeit von Beweisverträgen kaum durchführbar bzw schließen sie einander vielmehr aus. Es kann nicht sein, dass dem Gericht die Befugnis zur Aufnahme von Beweismitteln eingeräumt wird, andererseits aber eine Beschränkung durch die Parteien eben dieser Beweismittel vorgenommen werden darf. Dieses Spannungsverhältnis zwischen abgeschwächtem Untersuchungsgrundsatz und Beweismittelvertrag ist durch das Gericht wohl kaum zu lösen. Schließlich müsste das Gericht, würde es ein Beweismittel amtswegig aufnehmen wollen, sofort davon absehen, würde eine entgegenstehende Parteienvereinbarung vorliegen. Das daraus resultierende Zurücktreten der amtswegigen Pflicht zur Ermittlung des wahrheitsgemäßen Sachverhalts wäre kaum vertretbar, weshalb mE die Einräumung einer derart verfahrensbeherrschenden Stellung (was die Beschaffung von Beweismitteln anbelangt) der Parteien nicht mit dem in der öZPO geltenden abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz vereinbar ist.

Neben der Prägung der ZPO durch den „abgeschwächten Untersuchungsgrundsatz“ gilt für die Parteien gem § 178 ZPO eine „**Wahrheits- bzw Vollständigkeitspflicht**“. Dies wird va in der öLit und öRspr als Argument herangezogen, Beweisverträge nicht gelten zu lassen, da diese Absprachen der Parteien hinsichtlich des Anbietens von Beweisen im Zivilprozess beinhalten und daher mit diesen Pflichten nicht vereinbar seien.
Gem § 178 ZPO haben die Parteien die *„erforderlichen tatsächlichen Umstände vollständig und bestimmt“* anzugeben (Behauptungslast[698]).[699] Dies stellt eine *„echte Rechtspflicht(en) der Parteien“*[700] dar, aufgrund dessen das Gericht *„auf möglichst vollständiger und richtiger Tatsachengrundlage“*[701] das Urteil fällt. Dabei trifft die Parteien die Pflicht möglichst an der Erforschung der Wahrheit beizutragen, indem sie ihre Anträge ehrlich gestalten und dem Gericht nichts vorenthalten.[702] Werden die Parteien dieser Verpflichtung nicht gerecht, so

[697] *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger,* Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993) 50; *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 404.
[698] Die Behauptungslast trifft daher grds die Parteien, weshalb sie die erforderlichen Beweise zur Begründung für ihre Ansprüche zu erbringen haben, *Schragel* in *Fasching/Konecny*[2] § 178 Rz 2 (Stand 31. 7. 2002, rdb.at).
[699] *Schragel* in *Fasching/Konecny*[2] § 178 Rz 1 (Stand 31. 7. 2002, rdb.at).
[700] *Fucik* in *Rechberger* Kommentar zur ZPO[3] Vor zu § 178 Rz 1 f (Stand Oktober 2006, rdb.at).
[701] *Fasching*, Lehrbuch[2] (1990) Rz 652.
[702] *Schragel* in *Fasching/Konecny*[2] § 178 Rz 3 (Stand 31. 7. 2002, rdb.at).

werden Verstöße durch Schadenersatzansprüche gem § 408 ZPO bzw bei Urkunden Mutwillensstrafen (gem § 313 ZPO) sanktioniert.[703]
Durch diese Wahrheits- bzw va die Vollständigkeitspflicht soll verhindert werden, dass das Gericht eine Entscheidung über einen „unvollständigen" Sachverhalt trifft. Dementsprechend trifft die Parteien eine Verpflichtung zur möglichst ganzheitlichen Darstellung der Gesamtlage durch Darlegung ihrer Beweise. Dies verhindert mE jedoch auch die Zulässigkeit einer vertraglichen Absprache, gewisse Beweise dem Gericht vorzuenthalten. Schließlich werden die Parteien ausdrücklich gem § 178 ZPO zur wahrheitsgemäßen (und vollständigen) Angabe des entscheidungsrelevanten Sachverhalts verpflichtet. Werden daher zB geheime Mediationsinformationen, die für das Gericht entscheidungsrelevant sein können, dem Gericht bewusst durch vertragliche Vereinbarung von Vertraulichkeitsabreden vorenthalten, so widerspricht dies mMn dem Grundsatz der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien. Dabei ist zu beachten, dass derartige Prozessverträge den Parteien eine über ihnen eingeräumte Dispositionsfähigkeit hinausgehende Befugnis nicht nur zum Ausschluss einzelner Zeug/innen befähigt, sondern dass das Gericht von gewissen Beweisen gar nichts erfahren soll.

In diesem Zusammenhang soll auch die Unzulässigkeit einer bewussten Täuschung des Gerichts durch die Parteien aufgezeigt werden. Besteht Einigkeit der Parteien darüber, welche Beweise dem Gericht vorenthalten werden sollen, so kann es sich sehr wohl um Irreführung des Gerichts handeln. Schließlich können die Parteien den Sachverhalt so schildern, wie sie wollen und eine Entscheidung in einer Sache erwirken, die mit der Realität nur mehr wenig zu tun hat. Das Argument, man könne von verantwortungsbewussten Parteien ausgehen, die das Gericht (wenn überhaupt, dann unbeabsichtigt) in die Irre führen, ist realitätsfern. Gerade Vereinbarungen, die den Ausschluss von Beweismitteln im Prozess zulassen, bieten eine geeignete Basis zum Missbrauch kraft Parteiendisposition. Ob die Parteiendisposition in Form von Prozessverträgen noch tatsächlich viel mit dem im Gesetz eingeräumten „Handlungsspielraum" gemein hat, ist jedoch anzuzweifeln. Betrachtet man in diesem Zusammenhang bspw die von der stRspr angenommene Bindungswirkung von zugestandenen Tatsachen[704], so ist folgendes Argument der hL zu berücksichtigen: Gegen die Annahme der Bindungswirkung wird vertreten, dass das Gericht nicht an zugestandene Tatsachen gebunden

[703] *Fucik* in *Rechberger,* Kommentar zur ZPO[3] (2006) Vor zu § 178 Rz 1 (Oktober 2006, rdb.at).
[704] Unter Bezugnahme auf die unter Punkt 7.2.7.9 dargestellte Entscheidung des OGH 12.9.1989, 10 ObS 239/89 = JBl 1990, 590; OGH 21.11.1989, 5 Ob 631/89 = JBl 1990, 590; OGH 13.11.2001, 10 ObS 319/01m.

sein soll, wenn es von deren Unrichtigkeit überzeugt ist.[705] Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass das Gericht erst einmal *Kenntnis* von entsprechend zugestandenen Tatsachen haben muss, um sich ein Bild darüber verschaffen zu können, ob diese unrichtig oder richtig sind. Wird dem Gericht diese Möglichkeit der Nachforschung jedoch nicht eingeräumt, so kann erst gar keine Feststellung erfolgen, ob eine zugestandene bzw außer Streit gestellte Tatsache tatsächlich „richtig" ist. Die Konsequenz daraus ist, dass sich das Gericht auf die Parteien und ihr Vorbringen bzw deren zugestandene („richtige") Tatsachen verlassen muss, was schließlich die Urteilsgrundlage bildet.

Anknüpfend an diese Untersuchung zu zugestandenen - und damit maßgeblich „richtigen" - Tatsachen, kann diese Diskussion entsprechend auf ***sämtliche*** **Beweismittel** bzw auch auf **Beweisverträge** des Zivilprozesses ausgedehnt werden. ME muss sich das Gericht darauf verlassen können, dass die Parteien den Sachverhalt möglichst wahrheitsgetreu und vollständig darlegen. Dieser **Grundsatz der Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht der Parteien** gem § 178 ZPO bildet schließlich die **Basis der materiellen Wahrheitsfindung im Zivilprozess**, wonach das Gericht zunächst auf das Beweisanbot der Parteien angewiesen ist (wenngleich die Beweisaufnahme grds von Amts wegen erfolgt, materielle Prozessleitungspflicht § 183 ZPO). Um die materielle Wahrheitsfindung durch das Gericht zu ermöglichen, muss mE aber nicht nur der parteiendispositive Eingriff in die richterliche Beweiswürdigung, sondern auch bereits die **Grundlage dieser Würdigung**, nämlich die Sachverhaltsfeststellung eingegrenzt werden. Wenngleich vereinzelt der Parteiendisposition unterliegende Beweismittel (wie zB zugestandene Tatsachen oder die Übereinkunft über das Unterbleiben der Einvernahme eines/einer Zeugen/Zeugin oder der Beschaffung bestimmter Urkunden) durchaus anerkannt werden, so sind vertragliche Abreden, die im Vorhinein das Beweisanbot oder die Beweiswürdigung des Gerichts (Beweisverträge) beschränken, unzulässig. Dies wird auch von der Rspr im Wesentlichen mit der Begründung vertreten, dass dies dem *„Grundsatz der freien Beweiswürdigung"* widerspreche bzw gegen das *„Verbot des Konventionalprozesses"* verstoße[706].

---

[705] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 775; Vgl dazu auch *Rechberger* in *Fasching/Konecny*[2] § 266, 267 ZPO Rz 9 f (Stand 30.4.2004, rdb.at); *Ballon,* Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht[12] (2009) Rz 229; *Oberhammer* in *Kralik/Rechberger,* Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993) 52 ff; *Sperl,* Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925) 298 ff; *Rechberger,* Das Dogma der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 69 ff.
[706] OGH 7.10.2003, 4Ob188/03f.

Das in diesem Zusammenhang fallweise dargelegte Argument in der dLit[707], Prozessverträge könnten verfahrensökonomisch nachteilig sein, da das Gericht das Vorliegen einer vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarung nachzuprüfen hätte, geht jedoch ins Leere. Schließlich können die Parteien auch in einem Zivilprozess ohne Prozessvertrag „verfahrens-unökonomisch" handeln und den Prozess verschleppen wollen. Davor ist das Gericht, egal ob mit oder ohne Prozessvertrag nicht gefeit, bzw steht diesem auch die Möglichkeit offen, Beweisanträge die verfahrensverzögernd wirken sollen, zurückzuweisen (§§ 179, 180 Abs 2 ZPO) bzw abzulehen (§ 275 Abs 2 ZPO)[708].

Abschließend soll noch ein Hinweis dahingehend erfolgen, dass Beweisverträge aus Parteiensicht unumstritten ein adäquates Mittel zur Einhaltung der Vertraulichkeit darstellen - wenn sie vom Gericht anerkannt werden. Schließlich können sie so das Bekanntwerden von Mediationsinformationen im Zivilprozess steuern[709] - was zweifellos auch zur Geheimhaltung gegenüber Dritten einen großen Anreiz darstellt, entsprechende Prozessverträge mit Vertraulichkeitsvereinbarungen abzuschließen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Missbrauchsgefahr und auch die „Macht", die den Parteien dadurch im Zivilprozess übertragen wird, um auf die Urteilsgrundlage einzuwirken, mE zu groß ist. Natürlich ist zu berücksichtigen, dass das Gericht - wenn tatsächlich eine Übereinkunft der Parteien besteht - vom Vorliegen eines bestimmten Beweises nie erfährt, was auch durch die Unzulässigkeit von Prozessverträgen nicht verhindert werden kann. Trotzdem würde den Parteien durch Billigung entsprechender Verträge Tür und Tor zur legitimen Einflussnahme auf den Ausgang eines Zivilprozesses geöffnet werden. Unabhängig davon, ob tatsächlich Missbrauchsgedanken der Parteien vorliegen, schließt die Anrufung eines ordentlichen Gerichts zur Entscheidung in einer bestimmten Rechtssache die Zulässigkeit entsprechender Prozessverträge mMn aus. Schließlich finden sich die Parteien (wenn auch ungewollt) vor

---

[707] *Schlosser,* Einverständliches Parteihandeln, 86, 89 zit n *Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006) 131.

[708] *Rechberger/Simotta,* Zivilprozessrecht[8] (2010) Rz 421.

[709] An dieser Stelle soll auf die Problematik der (fraglichen) Möglichkeit der **amtswegigen Beweisaufnahme trotz Bestehens eines Beweismittelvertrags** aufmerksam gemacht werden. In dieser Arbeit ist die Bearbeitung der Frage nach der Zulässigkeit von Beweisverträgen im österreichischen Zivilprozess eingeschränkt worden, weshalb die Begutachtung dieser konkreten Problemstellung anderen Bearbeitungen vorbehalten bleibt; Vgl aber in der dLit den folgenden Ansatz: Auch hinsichtlich jener Beweismittel, welche im Gerichtsverfahren von Amts wegen eingeholt werden können (zB Sachverständigenbeweis), besteht die Möglichkeit der Parteien, diese durch Beweismittelvertrag auszuschließen. Dies ergebe sich aus der Betrachtung des Zwecks der Vorschriften (§ 142 dZPO Anordnung der Urkundenvorlage, § 144 dZPO Augenscheinsbeweis, § 448 dZPO amtswegige Parteieneinvernahme etc) wonach diese das Ziel der *„zügigen und effizienten Erledigung des Rechtsstreits"* verfolgen. Ein Abschnüren dispositiver Rechte der Parteien werde durch diese Vorschriften jedoch nicht gewollt, weshalb der Ausschluss dieser Beweismittel durch Parteienvereinbarung möglich sei, *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1400; *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 268.

Gericht ein, da sie eine unparteiische und unabhängige Entscheidung in einer Streitsache durch dieses wünschen.

7.2.8 Vertragliche Vertraulichkeit sonstiger am Mediationsverfahren beteiligter Personen

Zur Gewährleistung lückenloser Vertraulichkeit ist erforderlich, die Verschwiegenheit auch außenstehender Personen, die am Mediationsverfahren teilnehmen, zu sichern. Da die Vertraulichkeit dieser Personen (wie bspw Zeug/innen eines Mediationsverfahrens) nicht gesetzlich gesichert ist, ist empfehlenswert, auch auf vertraglicher Ebene Vorkehrungen zur Einhaltung der Vertraulichkeit zu treffen.[710]

Nachdem es sich bei diesen Vereinbarungen - wie schon bei den Mediationsparteien - um vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen handelt, die jedoch mE auf prozessualer Ebene weder durch Prozessvertrag noch aufgrund anerkannter Aussageverweigerungsrechte (ausgenommen § 321 ZPO) durchgesetzt werden können, gelten die Ausführungen der Mediationsparteien entsprechend. [711] Die Problemlage der Lückenhaftigkeit der Vertraulichkeit von Mediationsinformationen wird an der Schnittstelle zum Zivilprozess auch bei diesen Personen erneut sichtbar. Die (vertragliche) Vertraulichkeit auch dieser sonstigen Dritten kann daher mangels gesetzlicher Anerkennung im Zivilprozess nicht eingehalten werden (sofern kein Betriebs- bzw Geschäftsgeheimnis iSd § 321 Abs 1 Z 3 ZPO oder keine berufs- bzw gewerberechtlich einzuhaltende Verschwiegenheit vorliegt).

7.3 Ergebnis

Zu Beginn des Mediationsverfahrens werden zwischen den Mediationsparteien und der Mediationsperson der „Mediator/innenvertrag“ bzw nur zwischen den Mediationsparteien der „Mediand/innenvertrag“ abgeschlossen. Für gewöhnlich werden bereits in diesen Verträgen ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen der Mediationsperson bzw der Mediationsparteien vereinbart.

Liegt jedoch keine explizite Vereinbarung über die Vertraulichkeit der Mediationsperson und/oder der Mediationsparteien vor, so gilt deren Vertraulichkeit als stillschweigend vereinbart.[712] Wie bereits einleitend festgehalten[713], stellt der **Grundsatz der Vertraulichkeit ein Wesenselement der Mediation** dar. Dies wird übereinstimmend sowohl von der Lit als

[710] *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 271.
[711] Siehe Punkt 7.2.7.10.3.
[712] Vgl dazu ausdrücklich in der dLit *Hartmann* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation (2002) § 27 Rz 19 ff.
[713] Siehe unter Punkt II.

auch der Gesetzgebung **anerkannt**.[714] Durch die **Einlassung** in das Mediationsverfahren **anerkennen die Mediationsparteien** auch das kennzeichnende Element dieses Konfliktbearbeitungsverfahrens - nämlich den **Grundsatz der Vertraulichkeit**. Daraus lässt sich die **stillschweigende Übereinkunft zur Vertraulichkeit** der Parteien untereinander aber auch mit der Mediationsperson ableiten.

Zur **inhaltlichen Reichweite stillschweigender Vertraulichkeitsvereinbarungen** konnte festgestellt werden, dass diese **grundsätzlich gegenüber Dritten** einzuhalten sind und bspw hinsichtlich **Einzelgesprächen** zu gelten haben. Es ist jedoch zu beachten, dass auch stillschweigende Vertraulichkeitsvereinbarungen **begrenzt** sein können, sofern zB **überwiegende öffentliche oder private Interessen** vorliegen oder Informationen aus der Mediation aus **Beweisgründen** vor Gericht **zu offenbaren** sind. Als Maßstab können hier gesetzlich normierte Grenzen dienen.

Doch auch ausdrücklichen Vertraulichkeitsvereinbarungen können **Grenzen** dahingehend gesetzt sein, sofern zB **gesetzliche Auskunfts- oder Aufklärungspflichten** bestehen. Diese sind durch den/die Auskunftspflichtige/n am besten bereits bei Einlassung in die Mediation zu berücksichtigen. Stehen jedoch gesetzliche Auskunftspflichten oder die guten Sitten (§ 879 ABGB) vertraglichen Vertraulichkeitsvereinbarungen gegenüber, so sind letztere als nichtig zu betrachten, sofern sie mit diesen nicht in Einklang gebracht werden können.

Nachdem weder für die nicht-eingetragene Mediationsperson, noch die Mediationsparteien oder sonstige Dritte gesetzliche Verschwiegenheitsrechte normiert wurden, stellt sich auf **zivilprozessualer Ebene die Frage**, ob **vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen durch Beweisvertrag im Zivilprozess durchgesetzt** werden können. Diese in der deutschen Lit[715] und Rspr[716] anerkannten Beweisverträge werden in der österreichischen Lit[717] und Rspr[718] überwiegend mit der Begründung **abgelehnt**, dass diese der **Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht gem § 178 ZPO** widersprechen. Darüber hinaus würde deren Zulässigkeit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung des Gerichts entgegenstehen. Zusätzlich ist zu beachten, dass die Anerkennung von Beweisverträgen den Mediationsparteien die Möglichkeit einräumen würde, weitreichend Einfluss auf die

---

[714] Siehe ua unter Punkt II.

[715] *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag NJW 2001, 1399.

[716] BGH 19.5.1982, IV b ZR 705/80 (*Hamm)* NJW 1982, 2073; BGH 10.7.1985, VIII ZR 285/84 *(Zweibrücken)* NJW 1986, 198; BGH 10.10 1989, VI ZR 78/89 *(Düsseldorf)* NJW 1990, 443.

[717] *Fasching*, Lehrbuch^2 (1990) Rz 823; Vgl dazu auch in der dLit *Rüßmann,* Alternativ-Kommentar ZPO, Vor § 288 Rz 4; *Scherer,* Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, DRiZ 1986, 58 (61 f).

[718] OGH 7.10.2003, 4 Ob 188/03f = ÖJZ-LSK 2004/34 = EvBl 2004/40 S 188 - EvBl 2004,188 = RZ 2004/10 S 90 - RZ 2004,90 = RdW 2004,223 = MietSlg 55.679 = SZ 2003/11, der sich dabei insb auf die Ausführungen von *Fasching,* Lehrbuch^2 (1990) Rz 823 bezieht.

Sachverhaltsfeststellung (und damit dem Urteil des Gerichts) zu nehmen. Dies ist jedoch mit dem in der österreichischen ZPO geltenden „(abgeschwächten) **Untersuchungsrundsatz**“, der **materiellen Prozessleitungspflicht des Gerichts** (§ 183 ZPO) bzw auch dem **Prinzip der materiellen Wahrheitsfindung** nur schwer in Einklang zu bringen. Generell besteht in der österreichischen ZPO zwar Raum für Parteiendisposition, eine vergleichende Untersuchung[719] zur deutschen ZPO hat jedoch ergeben, dass die Tendenz für die Einflussnahme der Parteien nach der deutschen Rechtslage deutlich stärker gegeben ist. Aus diesen Gründen **scheidet** die **Anerkennung von Beweisverträgen** nach der österreichischen Rechtslage **aus**.

[719] Siehe dazu die Punkte 7.2.7.10.1 ff.

8 Folgen des Verstoßes gegen die Vertraulichkeit

Wie bereits zu § 18 ZivMediatG iVm § 31 Abs 1 ZivMediatG gezeigt wurde, können sich aus der Durchbrechung gesetzlicher Vertraulichkeitsvorschriften strafrechtliche Konsequenzen ergeben. Neben diesen gesetzlichen Konsequenzen besteht bei Übernahme vertraglicher Vertraulichkeitsverpflichtungen jedoch auch die Möglichkeit, ua aufgrund Vertragsverletzung schadenersatzpflichtig zu werden. In der Folge werden allfällige Konsequenzen, welche sich aus der Durchbrechung gesetzlicher bzw vertraglicher Vertraulichkeitsverpflichtungen für die Mediationsbeteiligten ergeben können, zusammengefasst dargestellt.

8.1 Eingetragene Mediationsperson

8.1.1 Rechtsfolgen aus der Durchbrechung der materiellen Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG

Verstößt die eingetragene Mediationsperson gegen die im ZivMediatG geregelten Pflichten, so kann sie - wenn ein Schaden eintritt- gegenüber den Mediationsparteien schadenersatzpflichtig werden.[720] Zu diesen Pflichten des ZivMediatG zählt ua auch die gem § 18 ZivMediatG für eingetragene Mediationspersonen geltende Verpflichtung zur Einhaltung der Vertraulichkeit. Damit allfällige Ansprüche der Mediationsparteien aus der Durchbrechung gedeckt sind, hat die eingetragene Mediationsperson gem § 19 ZivMediatG eine Haftpflichtversicherung abzuschließen.

8.1.1.1 Haftpflichtversicherung zur Deckung schadenersatzrechtlicher Ansprüche der Mediationsparteien

Die Mediationsperson wird gem § 19 Abs 1 ZivMediatG dazu verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung für Mediationen abzuschließen, wobei diese für die Dauer ihrer gesamten Tätigkeit (also während aufrechter Eintragung in die Liste der Mediator/innen) zu gelten hat. Diese Regelung soll sicherstellen, dass die Mediationsparteien sichergehen können, dass die eingetragene Mediationsperson allfällige Ersatzansprüche erfüllen kann. [721]

Um eine **weitgehende Deckung von Schadenersatzansprüchen d**urch die Mediationsparteien zu sichern, ist eine **Mindestversicherungssumme von 400.000€** vorgesehen (§ 19 Abs 2 Z 2 ZivMediatG) bzw sind auch der *„Ausschluss oder eine zeitliche*

[720] Vgl dazu ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30.

[721] Wobei die Mediationsperson die Haftpflichtversicherung aber nur mit einem inländischen Versicherer abschließen darf, um Verzögerungen bei der Abwicklung mit ausländischen Versicherungsunternehmen zu vermeiden, ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30.

Begrenzung der Nachhaftung unzulässig" (§ 19 Abs 2 Z 3 ZivMediatG). Zusätzlich ist erforderlich, dass der Versicherungsvertrag dem österreichischen Recht unterliegt (§ 19 Abs 2 Z 1 ZivMediatG).

Bestehen Unklarheiten über die Existenz einer Haftpflichtversicherung, so hat die eingetragene Mediationsperson dem Bundesminister für Justiz auf Verlangen die Versicherungsbestätigung vorzulegen. Diese hat einen dahingehenden Hinweis zu enthalten, dass es sich um eine *„den Voraussetzungen des § 19 entsprechende Haftpflichtversicherung"* handelt (§ 19 Abs 3 ZivMediatG).[722] Darüber hinaus hat neben der eingetragenen Mediationsperson auch das Versicherungsinstitut sämtliche Gegebenheiten, die auf das Ende oder die Beschränkung der Haftpflichtversicherung deuten, umgehend den Bundesminister für Justiz zu informieren (§ 19 Abs 3 erster Satz ZivMediatG).[723] Verweigert die eingetragene Mediationsperson den Abschluss einer entsprechenden Haftpflichtversicherung, so begeht sie eine Verwaltungsübertretung gem § 32 Z 2 ZivMediatG und ist mit 3.500€ zu bestrafen.[724]

8.1.1.2 Strafbarkeit gem § 31 Abs 1 ZivMediatG

Wie bereits erörtert, begeht die eingetragene Mediationsperson bei **Durchbrechung der Vertraulichkeit** (§ 18 ZivMediatG) eine **strafbare Handlung** (§ 31 Abs 1 ZivMediatG), die jedoch nur auf Verlangen des in seinem/ihrem Interesse an Geheimhaltung Verletzte/n zu verfolgen ist.[725]

Dabei kann die eingetragene Mediationsperson entweder mit einer Freiheits- oder einer Geldstrafe belangt werden. Wird die Mediationsperson jedoch gem § 31 Abs 1 ZivMediatG zur Zahlung einer Geldstrafe verurteilt, so darf nicht die Haftpflichtversicherung zur Erfüllung der Geldstrafe herangezogen werden. Diese dient ausschließlich der Befriedigung von Schadenersatzansprüchen der Mediationsparteien bzw für Verfahren, in denen diese durch die Mediationsperson bekämpft werden.[726]

8.1.1.3 Berufsrechtliche Folgen

Gem § 14 Abs 1 ZivMediatG besteht die Möglichkeit, die eingetragene Mediationsperson von der **Liste der Mediator/innen zu streichen**, sofern sie ua *„sonst gröblich"* ihre Pflichten verletzt hat. Der/die zuständige Bundesminister/in für Justiz kann von einer entsprechenden

[722] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30; *Ferz/Filler*, Kurzkommentar ZivMediatG (2003) § 19 Rz 7.
[723] *Ferz/Filler*, Kurzkommentar ZivMediatG (2003) § 19 Rz 7.
[724] *Ferz/Filler*, Kurzkommentar ZivMediatG (2003) § 19 Rz 2.
[725] Siehe ausführlich dazu Punkt 3.4.
[726] *Pruckner,* Recht der Mediation (2003) 100.

Pflichtenverletzung entweder durch die Gerichte oder die Mediationsparteien Kenntnis erlangen.[727]

Die Verletzung der Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson wird zweifellos eine solche berufsrechtliche Pflichtenverletzung darstellen. Wie bereits mehrfach beschrieben, bildet die Vertraulichkeit ein Wesenselement der Mediation.[728] Der Verstoß gegen die Verschwiegenheit bricht eine berufsrechtliche Verpflichtung, wonach die Streichung von der Liste der Mediator/innen als Sanktion in Betracht zu ziehen ist.

Während die berufsrechtlichen Folgen im ZivMediatG eindeutig geregelt werden, lassen sich für das EU-MediatG keine entsprechend eindeutigen Aussagen machen. Im EU-MediatG finden sich weder berufs- noch strafrechtliche Sanktionen aus dem Verstoß gegen die Vertraulichkeit.

8.1.2 Rechtsfolgen des Verstoßes gegen die Vertraulichkeitspflichten nach dem EU-MediatG

Nachdem im EU-MediatG generell Regelungen über die berufs- bzw strafrechtlichen Folgen des Verstoßes gegen die Vertraulichkeitspflicht fehlen, stellt sich die Frage, ob die für die eingetragene Mediationsperson geltenden Sanktionen des ZivMediatG auf grenzüberschreitende Mediationen übertragbar sind.

8.1.2.1 Ansatz zur Begründung einer Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung zur Deckung schadenersatzrechtlicher Ansprüche der Mediationsparteien

In § 5 EU-MediatG wird ausdrücklich geregelt, dass die Bestimmungen über die Verschwiegenheit für die eingetragene Mediationsperson auch in grenzüberschreitenden Mediationen gelten sollen. Hinzukommend wird in den ErläutRV des EU-MediatG bestimmt, dass *„selbstverständlich auch alle weiteren Bestimmungen des ZivMediatG (gelten), die sich im EU-Mediations-Gesetz nicht finden“*[729]. Dadurch ist zwischen EU-MediatG und ZivMediatG ein **enger systematischer Zusammenhang hinsichtlich der eingetragenen Mediationspersonen zu erkennen**, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Inlands- oder grenzüberschreitenden Mediation handelt. Obwohl sich keine einschlägige Bestimmung im EU-MediatG über den Abschluss einer Haftpflichtversicherung für eingetragene Mediationspersonen in grenzüberschreitenden Mediationen findet, liegt es trotzdem im

[727] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 26 f.
[728] Siehe dazu einleitend Punkt II.
[729] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 11.

erkennbaren Willen der Gesetzgebung, Vertreter *„freier Berufe im Justizbereich“* **zur Eingehung entsprechender Versicherungen zu verpflichten**. Darauf wird in den ErläutRV zu § 19 ZivMediatG ausdrücklich aufmerksam gemacht, wonach ua auch Rechtsanwält/innen oder Sachverständige eine Haftpflichtversicherung abschließen müssen.[730]

Der ausdrückliche Hinweis der „selbstverständlichen“ Geltung der Bestimmungen des ZivMediatG sowie der eindeutige gesetzgeberische Wille lassen die **unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des ZivMediatG** für eingetragene Mediationspersonen daher auch in grenzüberschreitenden Mediationen zweifellos bejahen. Daraus ergibt sich, dass eingetragene Mediationspersonen aufgrund des **engen systematischen Zusammenhangs** zwischen ZivMediatG und EU-MediatG sowie aufgrund des **ausdrücklichen Hinweises** in den ErläutRV zu § 5 EU-MediatG iVm § 19 ZivMediatG zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet sind.

8.1.2.2 Strafbarkeit gem § 31 Abs 1 ZivMediatG

Nachdem die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen ZivMediatG soeben bejaht wurde, muss **folgerichtig auch die Strafbestimmung gem § 31 Abs 1 ZivMediatG iVm § 5 Abs 1 EU-MediatG** für eingetragene Mediationspersonen in grenzüberschreitenden Mediationen gelten. Wie zuvor dargelegt, sollen sämtliche Bestimmungen des ZivMediatG auch in grenzüberschreitenden Mediationen eingetragener Mediationspersonen zur Anwendung kommen, sofern sich keine einschlägigen Bestimmungen im EU-MediatG finden. Da die Durchbrechung der Vertraulichkeit im ZivMediatG eine Regelung erfahren hat (§ 31 Abs 1 ZivMediatG), ist die Strafbestimmung entsprechend für grenzüberschreitenden Mediationen anzuwenden. Demnach müssen eingetragene Mediationspersonen bei Durchbrechung der Verschwiegenheit gem § 5 EU-MediatG iVm § 31 Abs 1 ZivMediatG analog mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen rechnen.

Ein an dieser Stelle weiters zu berücksichtigender Aspekt, welcher sich im Zuge der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ergibt, ist die allfällige **Kollision von Haftpflichtversicherungen**. Diese kann vorliegen, wenn die Mediationsperson aufgrund anderer berufsrechtlicher Vorschriften, denen sie unterliegt, ebenfalls zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung verpflichtet sein kann.

[730] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30.

Kollision von Haftpflichtversicherungen

Eingetragene Mediationspersonen sind gem § 19 ZivMediatG dazu verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschließen. Üben eingetragene Mediationspersonen neben ihrer mediatorischen Tätigkeit noch einen anderen (Haupt-)Beruf aus, kann fraglich sein, ob sie gem § 19 ZivMediatG eine zusätzliche Haftpflichtversicherung abzuschließen hat, oder ob diese bereits von ihrer (haupt-)beruflichen Versicherung gedeckt ist.

Für derartige Fälle, in denen die eingetragene Mediationsperson bspw in ihrem Hauptberuf als Rechtsanwalt/Rechtsanwältin oder Psychotherapeut/in tätig wird, wird in den ErläutRV eindeutig Stellung bezogen. Demnach muss die eingetragene Mediationsperson **keine weitere Haftpflichtversicherung abschließen**, sofern sie nachweisen kann *„dass sich aus dem bereits bestehenden Versicherungsvertrag eine entsprechende Deckung ableiten lässt“*.[731]

Für Rechtsanwälte/Rechtsanwältinnen lässt sich eine entsprechende Verpflichtung aus § 21a RAO ableiten. Konkret ist vorgesehen, dass für jeden Versicherungsfall eine Versicherung im Umfang von 400.000€ besteht (§ 21a Abs 3 RAO). Entsprechendes gilt auch für Psychotherapeut/innen, die gem § 16b PthG [732] zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung verpflichtet sind. Gem § 16b Abs 2 Z 1 PthG beträgt die Mindestversicherungssumme für jeden Versicherungsfall eine Million Euro. Korrespondierend mit diesen Regelungen in der RAO bzw dem PthG besteht auch für Notar/innen gem § 30 NO die Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung (Mindestversicherungssumme: 400.000 €).

Im Gegensatz dazu besteht jedoch zB für Wirtschaftstreuhänder/innen zwar grds die Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung, diese sieht gem § 11 Abs 3 WtBG[733] lediglich eine Mindestversicherungssumme im Ausmaß von 72.673€ vor. Wird ein/e Wirtschaftstreuhänder/in daher als eingetragene Mediationsperson tätig, so hat er/sie für die Deckung des ausständigen Betrages (327.327€) eine Haftpflichtversicherung abzuschließen.[734]

8.1.2.3 Berufsrechtliche Folgen

Da die Anwendbarkeit der Bestimmungen des ZivMediatG in grenzüberschreitenden Mediationen bejaht wurde, gilt auch für die Sanktion des § 14 ZivMediatG, dass diese iVm § 5 Abs 1 EU-MediatG für eingetragene Mediationspersonen zur Anwendung kommen kann.

---

[731] ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 30.
[732] Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie (Psychotherapiegesetz) BGBl Nr 361/1990.
[733] Bundesgesetz über die Wirtschaftstreuhandberufe (Wirtschaftstreuhandberufsgesetz - WTBG) BGBl I Nr 58/1999.
[734] Vgl dazu auch *Perner/Völkl* in *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 976.

Das bedeutet, wenn die eingetragene Mediationsperson die Vertraulichkeit hinsichtlich einer Mediation mit grenzüberschreitendem Bezug bricht, eine Streichung von der Liste der eingetragenen Mediator/innen droht.

8.2 Nicht-eingetragene Mediationsperson

8.2.1 Rechtsfolgen aus der Durchbrechung der materiellen Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG

Nachdem die berufsrechtlichen Regelungen des ZivMediatG für nicht-eingetragene Mediationspersonen nicht zur Anwendung kommen, besteht für diese weder die Verpflichtung eine Haftpflichtversicherung abzuschließen (§ 19 ZivMediatG), noch machen sie sich bei Verstoß gegen das Prinzip der Vertraulichkeit strafbar (§ 31 Abs 1 ZivMediatG). Die Durchbrechung der Vertraulichkeit kann (mangels Bestehen eines Berufsrechts für nicht-eingetragene Mediationspersonen) betreffend Inlandsmediationen **keine berufsrechtlichen Konsequenzen** haben.

8.2.2 Rechtsfolgen aus der Durchbrechung der materiellen Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG

Im Gegensatz dazu gilt in grenzüberschreitenden Mediationen für nicht-eingetragene Mediationspersonen gem § 3 EU-MediatG die Verpflichtung zur Verschwiegenheit. Wie bereits zur eingetragenen Mediationsperson erörtert[735], bestehen nach dem EU-MediatG jedoch keine Strafbestimmungen bei Durchbrechung der Vertraulichkeit bzw eine Verpflichtung zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung, die allfällige Ansprüche der Mediationsparteien decken. Darüber hinaus fehlt in den ErläutRV zu § 3 EU-MediatG ein entsprechender Hinweis wie in § 5 EU-MediatG, wonach *„selbstverständlich“*[736] sämtliche Vorschriften des ZivMediatG gelten, die sich nicht im EU-MediatG finden. Dies ist auf die Differenzierung zwischen eingetragenen und nicht-eingetragenen Mediationspersonen zurückzuführen.

Daraus folgt, dass nicht-eingetragene Mediationspersonen gem § 3 EU-MediatG in grenzüberschreitenden Mediationen zur Verschwiegenheit verpflichtet sind[737], wobei ein **Verstoß** gegen diese Verpflichtung jedoch **keine berufsrechtlichen Konsequenzen** hat.

[735] Siehe dazu Punkt 8.1.2 ff.
[736] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 11.
[737] ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP 10.

Wie diese Übersicht gezeigt hat, können neben berufsrechtlichen Folgen aus dem Verstoß gegen Verschwiegenheitspflichten auch schadenersatzrechtliche Konsequenzen ausgelöst werden. Bei der Geltendmachung schadenersatzrechtlicher Ansprüche sind jedoch nicht nur in Bezug auf die Mediationsperson sondern generell einige Aspekte zu berücksichtigen. Diese werden in der Folge dargestellt.

8.3 Schadenersatzrechtliche Ansprüche gegen Mediationspersonen bei Verletzung von Verschwiegenheitspflichten

8.3.1 Allgemeine Voraussetzungen

Zur Begründung eines Schadenersatzanspruches müssen prinzipiell folgende vier Voraussetzungen vorliegen:

1. Es muss ein Schaden eingetreten sein,
2. der durch die Mediationsperson verursacht worden ist (Kausalität).
3. Das durch die Mediationsperson gesetzte und schadensverursachende Verhalten muss rechtswidrig und
4. schuldhaft (Fahrlässigkeit, Vorsatz) sein.[738]

Unter **Schaden** sind gem § 1293 ABGB[739] Nachteile am Vermögen, an Rechten bzw an der Person zu verstehen („positiver Schaden"). Davon abzugrenzen sind Ansprüche, die sich auf den sog „entgangenen Gewinn" beziehen. Darunter fallen Schäden, die bspw durch die Verhinderung einer Erwerbsmöglichkeit vereitelt worden sind.[740] Ob nur der „positive Schaden" oder auch der „entgangene Gewinn" zu ersetzen ist, ist dabei vom Verschuldensgrad abhängig (§ 1324 ABGB).[741]

Um zu überprüfen, ob die Mediationsperson für den Eintritt des Schadens **kausal** war, wird der Ansatz der „conditio sine qua non" herangezogen. Demnach ist sowohl für ein Tun oder

[738] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 299 ff.
[739] **§ 1293 ABGB**: *„Schade [sic !] heißt jeder Nachtheil [sic !], welcher jemanden an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist. Davon unterscheidet sich der Entgang des Gewinnes, den jemand nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge zu erwarten hat."*
[740] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 304.
[741] Zur Berechnung bzw zum Umfang der Ersatzpflicht siehe Punkt 8.3.2.1.

Unterlassen zu prüfen, ob der Schaden auch ohne das gesetzte Verhalten eingetreten wäre.[742] Wird dies verneint, so hat die Mediationsperson den Schaden (adäquat[743]) verursacht.

Die **Rechtswidrigkeit des Verhaltens** der Mediationsperson ergibt sich aus dem Verstoß gegen das Gesetz oder den „guten Sitten". ZB bei einer Haftung ex contractu ist ein dem Vertrag entgegenstehendes Verhalten zur Begründung einer Ersatzpflicht ausreichend (§ 1295 Abs 1 ABGB). Umstände wie zB das Vorliegen einer Notwehr- oder Notstandssituation können rechtswidriges Verhalten **rechtfertigen**, weshalb die Ersatzpflicht zu verneinen ist.[744]

Schuldhaftes Verhalten der Mediationsperson liegt vor, sofern rechtswidriges Verhalten „vorwerfbar" ist. Während sich die Rechtswidrigkeit an die Tat richtet, bezieht sich das Verschulden auf den/die Täter/in selbst. Daher ist zu eruieren, ob das Verhalten dem/der Täter/in *„persönlich vorwerfbar"* ist. Dabei wird zwischen vorsätzlichem (die Mediationsperson wollte die Mediationspartei(en) schädigen) und fahrlässigem Verhalten (die Mediationsperson hat die nötige Sorgfalt außer Acht gelassen) unterschieden.[745]

8.3.2 Schadenersatz „ex contractu" oder „ex delicto"

Gem § 1295 Abs 1 wird zwischen vertraglichen und deliktischen Schadenersatzansprüchen unterschieden.[746] Daran anknüpfend ist für Schadenersatzansprüche der Mediationsparteien gegen die Mediationsperson zu unterscheiden, ob eine Haftung „ex delicto" und/oder „ex contractu" vorliegt.

Die **Deliktshaftung** wird dann ausgelöst, wenn die Mediationsperson gegen eine **allgemeine Verhaltenspflicht verstößt**. Dies wird ua dann erfüllt, wenn sie gegen ein gesetzliches Gebot bzw Verbot (wie zB (§ 5 EU-MediatG iVm) § 18 ZivMediatG sowie § 3 EU-MediatG) verstößt.[747]

In der Lit werden derartige **standesrechtliche Verschwiegenheitspflichten als Schutzgesetze gem § 1311 ABGB** angesehen, wobei sich der Schutzbereich insb auch auf vermögensrechtliche Aspekte der Klient/innen bezieht.[748] Wird die gesetzliche

---

[742] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 309 ff.

[743] Die Adäquanz verlangt, dass der/die Schädiger/in nur für jene Schäden haftet, für deren Eintritt keine unabsehbaren Ereignisse verantwortlich waren, *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 311.

[744] Vgl weiters *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 312 ff.

[745] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 318 ff; *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 29 f.

[746] Maßgeblich ist diese Unterscheidung für die Gehilfenhaftung gem § 1313a ABGB bzw die Beweislastverteilung gem § 1298 ABGB (siehe dazu sogleich in der Folge), *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1294 Rz 13 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[747] *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 29 f; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 312, 338.

[748] *Harrer* in *Schwimann,* ABGB[3] (2006) § 1311 Rz 8; Vgl zu den Notaren *Fenyves,* Schadenersatzrechtliche Konsequenzen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des Notars, in *Anderluh,* Berufsverschwiegenheit und Klientenschutz (1994) 140 ff, Auch *Fraberger* Verschwiegenheitspflicht in der Großkanzlei bzw im Kanzleiverbund, RdW 2002/73 (78).

Verschwiegenheit daher aufgrund rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens der Mediationsperson nicht eingehalten, besteht ein Anspruch auf Schadenersatz gem § 1311 ABGB iVm (§ 5 EU-MediatG) iVm § 18 ZivMediatG oder § 3 EU-MediatG.[749] Dies ist va für den Eintritt „bloßer Vermögensschäden" der Mediationsparteien relevant, da diese nach der Deliktshaftung nur in Ausnahmefällen ersetzt werden.[750] Zu entsprechenden Ausnahmefällen zählt ua das Vorliegen (bzw die Verletzung) eines Schutzgesetzes. **Bloße Vermögensschäden** werden daher **nur** unter der Voraussetzung **ersetzt**, dass es sich um den **Verstoß eines Schutzgesetzes** oder einer **vertraglich übernommenen Verpflichtung** handelt.[751]

Zur Begründung der Haftung für den Verstoß genügt jedoch nicht nur die *„formale Übertretung"*, vielmehr ist nachzuprüfen, ob **gerade der Eintritt des konkreten Schadens hat verhindert** werden sollen.[752] Besonderer Berücksichtigung bedarf es daher bei der Überprüfung über das Vorliegen einer Schutzgesetzverletzung der **Rechtswidrigkeitszusammenhang**, also der Schutzzweck der Norm. Dabei soll gewährleistet werden, dass eine Person nur dann zur Haftung herangezogen werden kann, wenn durch den Verstoß gegen das Schutzgesetz ein Schaden verursacht wird, dessen Eintritt das Schutzgesetz gerade verhindern wollte[753].[754]

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu berücksichtigen, dass (nicht gewerbsmäßig tätig werdende) **nicht-eingetragene Mediationspersonen in Inlandsmediationen keiner gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht** unterliegen. Das bedeutet, dass deliktische Ersatzansprüche gegen diese generell ausscheiden und - nur bei Bestehen vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarung - schadenersatzrechtliche Ansprüche der Mediationsparteien **nur ex contractu** geltend gemacht werden können.

Vertraglich haftbar ist die Mediationsperson, wenn sie gegen *vertraglich* übernommene Pflichten verstößt.[755] Diese gilt entweder aufgrund gesetzlicher Schuldverhältnisse oder

---

[749] *Perner/Völkl* in *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 407; *Fenyves,* Schadenersatzrechtliche Konsequenzen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des Notars, in *Anderluh,* Berufsverschwiegenheit und Klientenschutz (1994) 140 ff.

[750] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1294 Rz 13 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[751] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1294 Rz 11 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[752] Vgl der OGH 8.3.2006, 7 Ob 258/05z.

[753] Wobei ausreichend ist, wenn der Schutzzweck „auch" vor dem konkret eingetretenen Schaden schützen wollte, *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1311 Rz 13 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[754] *Koziol,* Haftpflichtrecht I^{3} (1997) 8/18, 8/23; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 316; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1311 Rz 11 (Stand Mai 2013, rdb.at); Vgl die stRspr OGH 11.9.1973, 8 Ob 131/73 = ZVR 1974/265 (376); OGH 10.11.1995, 2 ob 75/94 = SZ 67/198; OGH 9.3.2010, 1 Ob 34/10x.

[755] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 337; *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 29 f.

anderer Sonderbeziehungen.[756] Hat sich die Mediationsperson daher vertraglich dazu verpflichtet, die Vertraulichkeit über Mediationsinformationen einzuhalten, und offenbart sie in der Folge geheime Informationen, so handelt sie (vertrags-)rechtswidrig.

Es ist darauf hinzuweisen, dass die obenstehenden Ausführungen zum **Schutzzweck korrespondierend auch** für **vertragliche Haftungsansprüche** gelten. Dabei soll die Mediationsperson ausschließlich für jene Interessen der Mediationsparteien haften, zu deren Einhaltung die vertraglichen Pflichten übernommen wurden und daher gerade im Schutzbereich (bzw Zweck) dieser Pflichten liegen.[757] Dies bezieht sich insb auch auf Folgeschäden des vertraglichen (Verschwiegenheits-)Bruchs, wobei auf den *„Sinn und Zweck des Vertrages"* mittels Auslegung zu eruieren ist, ob derartige Schäden von der Ersatzpflicht umfasst sind.[758]

Eines der entscheidenden Kriterien, welches die Delikts- von der Vertragshaftung **unterscheidet**, ist daher die **Rechtswidrigkeit**. Während die Deliktshaftung den Schutz absolut geschützter Rechtsgüter gegenüber jedermann vorsieht, haftet die Mediationsperson durch Vertrag bereits dann, wenn sie gegenüber den Mediationsparteien vertraglich eingegangene Pflichten verstößt. Ein weiteres Kriterium, auf welches in der Folge spezifisch eingegangen wird, ist die **Gehilfenhaftung**.

Nachdem für die Schutzgesetzverletzung[759] **keine Beweislastumkehr gem § 1298 ABGB** gilt, hat die geschädigte Mediationspartei zu beweisen, dass der Schaden durch das rechtswidrige und schuldhafte Verhalten der Mediationsperson eingetreten ist und sie für den Schadenseintritt kausal war. Verletzen Mediationspersonen daher entweder gesetzliche Gebote oder vertraglich übernommene Pflichten, verhalten sie sich dabei rechtswidrig und schuldhaft und sind sie für den Schadenseintritt kausal, so sind sie den Mediationsparteien gegenüber (ex delicto/contractu) schadenersatzpflichtig.

Da die Vertraulichkeit ein Wesenselement der Mediation darstellt, wird sie idR durch die Vertragsparteien (ausdrücklich) in den Mediationsvertrag aufgenommen. Dadurch gehen

---

[756] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1294 Rz 13 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[757] *Koziol,* Haftpflichtrecht I^{3} (1997) 8/49; *Harrer* in *Schwimann,* ABGB^{3} (2006) § 1311 Rz 37 ff; *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 317; *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1311 Rz 16 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[758] *Harrer* in *Schwimann,* ABGB^{3} (2006) § 1311 Rz 37; Vgl auch *Koziol,* Haftpflichtrecht I^{3} (1997) 8/22, 8/50.

[759] *Reischauer* in *Rummel*^{3}, § 1311 Rz 8 (Stand 2007, rdb.at); *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1311 Rz 49 ff (Stand Mai 2013, rdb.at); Vgl auch OGH 8.3.2006, 7 Ob 258/05z; OGH 23.09.1999, 2 Ob 218/98t.

gesetzliche Verpflichtungen in vertraglichen Obliegenheiten auf, weshalb diese gleichzeitig durch Einbringung vertraglicher Ersatzansprüche geltend gemacht werden.[760]

8.3.2.1 Umfang der Ersatzpflicht

Der **Umfang der Ersatzpflicht** richtet sich nach dem für die Mediationsparteien eingetretenen Schaden. Wenngleich keine allgemein gültige Aussage getroffen werden kann, welche Schäden für die Mediationsparteien im Einzelfall bei den Mediationsparteien eintreffen können, so sollen „naheliegende" Ersatzansprüche, die sich aus einem Mediationsverfahren ergeben können, aufgezeigt werden.

Grundgedanke des Schadenersatzrechts ist es, den/die Geschädigte/n so zu stellen, als wäre das schädigende Verhalten (durch die Mediationsperson) nie gesetzt worden („Primat der **Naturalrestitution**" § 1323 ABGB).[761] Dies wird jedoch angesichts eines **Vertrauensbruchs** der Mediationsperson **nicht mehr möglich** sein.[762] Schließlich kann bspw die Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses nicht „wieder gut gemacht" werden. Da die Offenbarung von Mediationsinformationen unmöglich ist, ist die Kompensation des eingetretenen Schadens nicht möglich. Nachdem daher davon auszugehen ist, dass die Naturalrestitution bei Verschwiegenheitsdurchbrechung nicht möglich sein wird, ist im nächsten Schritt ein möglicher **Geldersatz** zu prüfen. Generell ist festzuhalten, dass sich das **Ausmaß** der (Geld-) Ersatzpflicht nach dem **konkreten Verschulden** der Mediationsperson richtet. Während bei leichter Fahrlässigkeit der Ersatz des „positiven Schadens"[763] zu ersetzen ist, ist bei grobem Verschulden (also schwerer Fahrlässigkeit sowie Vorsatz) auch der entgangene Gewinn zu ersetzen („volle Genugtuung"). [764] Ziel dieser „vollen Genugtuung" ist es, den/die Geschädigte/n *„so zu stellen (...), wie er ohne das schädigende Ereignis stünde"*.[765]

<u>Auf vertraglicher Ebene</u>

Das bedeutet zunächst, dass die Mediationsperson, abhängig vom Grad des Verschuldens, mehr oder weniger für schadenersatzrechtliche Ansprüche belangt werden kann (§ 1324 ABGB). In der Praxis kann es sich jedoch schwierig gestalten, dass die Mediationsparteien den tatsächlich durch die Vertrauensverletzung entstandenen Schaden angeben können (zB Beeinträchtigung von Geschäftsbeziehungen oder Rufschädigung). Für vertragliche

---

[760] *Perner/Völkl* in *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 974.
[761] *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1323 Rz 1 ff (Stand Mai 2013, rdb.at); *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1323 Rz 1 (Stand 2004, rdb.at).
[762] *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1323 Rz 8 (Stand 2004, rdb.at).
[763] Darunter ist die „erlittene Beschädigung" zu verstehen, *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 323 f.
[764] *Hinteregger* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1324 Rz 1 (Stand Mai 2013, rdb.at); *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1324 Rz 1 (Stand 2004, rdb.at); *Karner* in KBB[3] (2010) § 1293 Rz 3 ff (für ABGB).
[765] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 323 ff.

Haftungsfälle wird in der dLit daher vorbeugend angeraten, **Vertragsstrafen** zu vereinbaren.[766] Dies soll im Übrigen nicht nur der Erleichterung bei Festsetzung des Ersatzanspruches dienen, sondern auch Druck auf die Mediationsperson ausüben, sich „eher" an vertraglich übernommene Pflichten zu halten.[767]

Auf deliktischer Ebene

Im Gegensatz zur Möglichkeit der Vereinbarung von Pönalen im Vertrag, bietet die Verfolgung schadenersatzrechtlicher Ansprüche „ex delicto" keine entsprechenden Erleichterungen. Hier sind die Mediationsparteien vor die Herausforderung gestellt, ihren Schaden zu beziffern.

Generell verfügt das ABGB über eine ausgedehnte Schadensdefinition.[768] Demnach ist zwischen *realem und rechnerischem Schaden* zu differenzieren. Während beim realen Schadensbegriff vom Prinzip der Naturalrestitution ausgegangen wird, so bietet der rechnerische Schaden die Basis für Geldersatz.[769] Nachdem, wie weiter oben zuvor bereits erwähnt, der Geldersatz den Regelfall bei der Geltendmachung von Vertraulichkeitsverstößen darstellt, ist genauer auf diesen einzugehen.

Der Schadensbegriff gem § 1293 ABGB unterscheidet grds zwischen materiellen und ideellen Schäden. Dieser Gliederung kommt insb beim Geldersatz eine wesentliche Bedeutung zu, da bspw **ideelle Schäden nur bei grobem Verschulden** ersetzt werden.[770] Bei der **Bestimmung** des konkret **entstandenen Geldschadens** ist zwischen der „(objektiv-)**abstrakten**" und „(subjektiv-)**konkreten**" **Schadensberechnung** zu unterscheiden.[771]

Bei „entgangenem Gewinn" wird auf die konkrete Schadensberechnung abgestellt, bzw genau darauf, wie hoch der Schaden einer bestimmten Person (Mediationspartei) ist. Dabei wird das derzeitige, dem vermuteten Vermögen ohne das schädigende Ereignis mittels Differenzrechnung errechnet.[772] Im Gegensatz dazu wird bei „positiven Schäden" die abstrakte Berechnung herangezogen und auf den objektiven Wert einer Leistung oder Sache abgestellt.[773] Nach der hA wird davon ausgegangen, dass die konkrete Schadensberechnung

---

[766] *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 340 f; *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008) 162 f.
[767] *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001) 340 f.
[768] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1293 Rz 1 (Stand Oktober 2013, rdb.at).
[769] *Karner* in KBB^{3} (2010) § 1293 Rz 1 ff (für ABGB); *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1293 Rz 1 (Stand Oktober 2013, rdb.at).
[770] *Karner* in KBB^{3} (2010) § 1293 Rz 2 (für ABGB); *Bydlinski,* Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 247.
[771] *Karner* in KBB^{3} (2010) § 1293 Rz 8 ff (für ABGB).
[772] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1293 Rz 16, 21 (Stand Oktober 2013, rdb.at); *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 324.
[773] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1293 Rz 10 (Stand Oktober 2013, rdb.at); *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 323.

den Regelfall darstellt und die abstrakte nur der Berechnungshilfe dient.[774] Gem **§ 273 ZPO** darf das **Gericht** jedoch bei der Bestimmung der Höhe des Ersatzanspruches nach **freiem Ermessen** entscheiden, ob es der **konkreten oder abstrakten Schadensberechnung** folgt.[775]

In der Folge wird auf ausgewählte Konsequenzen aus der Vertraulichkeitsdurchbrechung der Mediationsperson (unter der Voraussetzung der Erfüllung der Kausalität[776]) eingegangen. Es wird dabei darauf geachtet, dass für die Praxis relevante Bsp ausgewählt werden. Die gesonderte Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs kann jedoch aufgrund Schutzgesetzverletzung gem § 1311 ABGB unterbleiben, da sie in den folgenden Konstellationen vom Schutzzweck der Norm bzw dem Vertrag gegeben erscheinen.

8.3.2.2 Ausgewählte Ersatzansprüche der Mediationsperson

8.3.2.2.1 Vermögensschäden aufgrund Kreditschädigung

Wird durch die Durchbrechung der Vertraulichkeit der Ruf einer Mediationspartei geschädigt, so handelt es sich dabei um einen realen Schaden an einem immateriellen Gut.[777] Aus immateriellen Schäden, wie die zB der Rufschädigung oder der Verletzung der Ehre, können Vermögensschäden folgen, wobei ua der Geschäftsrückgang zu derartigen Folgen zählt.[778] Verbucht die Mediationspartei einen Geschäftsrückgang aufgrund des Vertraulichkeitsverstoßes der Mediationsperson, so ist zu unterscheiden, ob es sich dabei um einen positiven Schaden oder um entgangenen Gewinn handelt.

Ein positiver Schaden liegt vor, wenn ein *„schon vorhandenes Vermögensgut"* verringert wird. Entgangener Gewinn liegt hingegen vor, wenn bloß die Vermögens*vermehrung* unterbunden wird. [779] Beim entgangenen Gewinn ist grds darauf abzustellen, ob der Verschwiegenheitsverstoß der Mediationsperson bei einer Mediationspartei **eine gesicherte Erwerbschance** (zB Vertrag) hat ausfallen lassen, dann spricht man von einem positiven Schaden; oder ob durch den Verschwiegenheitsbruch „lediglich" eine noch unsichere Gewinnaussicht verhindert worden ist, dann handelt es sich um einen entgangenen Gewinn. Bei der Haftung für entgangenem Gewinn, ist zusätzlich zu berücksichtigen, dass ein grobes

---

[774] *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1293 Rz 22 (Stand Oktober 2013, rdb.at); *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1323 Rz 3 f (Stand 2004, rdb.at).
[775] *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1323 Rz 5 (Stand 2004, rdb.at).
[776] Auf die Problematik der Nachweisbarkeit der Kausalität soll hier nicht näher eingegangen werden, da die in der Folge angeführten Bspe gerade durch den schädigenden Vertrauensverstoß ausgelöst werden; Vgl dazu aber generell *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil II), JAP 2000/2001, 139 ff*; Perner/Völkl* in *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 961, 970.
[777] Siehe *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1293 Rz 2 (Stand 2007, rdb.at).
[778] *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1293 Rz 2 (Stand 2007, rdb.at).
[779] *Karner* in KBB[3] (2010) § 1293 Rz 4 (für ABGB).

Verschulden der Mediationsperson vorliegen muss, damit diese für Ersatzansprüche herangezogen werden kann. Davon abhängig ist entweder mit (objektiv-)abstrakter (positiver Schaden) oder (subjektiv-)konkreter Berechnungsmethode der Schaden, der bei der Mediationspartei eingetreten ist zu berechnen.

8.3.2.2.2 Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses

Gibt die Mediationsperson im Zuge der Zeugeneinvernahme im Zivilprozess ein Geschäftsgeheimnis der Mediationsparteien preis, so kann dies beträchtliche Folgen haben. Verrät die Mediationsperson ein Geschäftsgeheimnis einer der Mediationsparteien und resultiert daraus ein Schaden, so handelt es sich dabei um einen materiellen Vermögensschaden. Darüber hinaus ist die Offenbarung entsprechender Geheimnisse als positiver Schaden zu qualifizieren, da dadurch ein Vermögensgut einer Mediationspartei vermindert wird, welches „schon vorhanden" ist[780] und es sich nicht um eine unsichere Erwerbsmöglichkeit (wie beim entgangenen Gewinn) handelt. Darüber hinaus ist die Offenbarung eines Geschäftsgeheimnisses als Vermögensschaden zu qualifizieren, da den Mediationsparteien dadurch ein *„Nachteil am Vermögen"* entsteht.[781]

Positive (Vermögens-)Schäden verlangen den geringen Verschuldensmaßstab, weshalb für die Haftung der Mediationsperson leichte Fahrlässigkeit genügt. Der Schaden der Mediationspartei berechnet sich bei positiven Schäden daher nach der (objektiv-)abstrakten Berechnungsmethode.

8.3.2.2.3 Rückforderung des geleisteten Entgelts

Abschließend soll noch auf den Aspekt eingegangen werden, in dem die Mediationsparteien von der Mediationsperson Rückersatz ihres bezahlten Entgelts verlangen. Dies kann dann der Fall sein, wenn durch die Mediationsparteien Aufwendungen getätigt wurden (wie die Zahlung des Entgelts an die Mediationsperson), diese aber aufgrund der Durchbrechung der Verschwiegenheit „frustriert" sind. Frustrierte Aufwendungen liegen vor, sobald der Aufwand „sinnlos geworden" ist[782], wobei nicht der Aufwand selbst, sondern dessen *Zweck* verhindert wurde.[783]

In der Praxis kommen entsprechende Ersatzansprüche in Betracht, sofern die Mediationsperson bspw noch während laufender Mediationen einen

[780] Vgl *Karner* in KBB[3] (2010) § 1293 Rz 4 (für ABGB).
[781] Vgl dazu Punkt 8.3.2; Bzw auch *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1293 Rz 5 (Stand 2007, rdb.at).
[782] *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1293 Rz 11 (Stand 2007, rdb.at).
[783] *Karner* in KBB[3] (2010) § 1293 Rz 13 (für ABGB); Derartige frustrierte Aufwendungen stellen nie einen immateriellen, sondern stets einen vermögensrechtlichen Schaden dar, *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1293 Rz 11 (Stand 2007, rdb.at).

Verschwiegenheitsverstoß begeht. Durch die Offenbarung geheimer Informationen kann nicht nur das Vertrauen der Mediationsparteien (in die Mediationsperson) zerstört sein, vielmehr kann auch der *Zweck der Mediation*, nämlich die Konfliktbearbeitung, durch den Vertrauensbruch untergraben werden. Daraus folgend kann der Vertrag nicht mehr erfüllt werden, was schließlich das durch die Mediationsparteien geleistete Entgelt (ganz oder teilw) frustrieren lässt. [784] Je nachdem, ob die Durchbrechung der Vertraulichkeit der Mediationsperson die Mediation gänzlich oder nur teilw mangelhaft erscheinen lässt, ist das Entgelt entweder ganz oder eben nur teilw frustriert. Solange das Entgelt für die Vermittlungsdienste der Mediationsperson noch nicht gezahlt worden ist, sind entsprechende Entgeltforderungen durch Schadenersatzansprüche geltend zu machen.[785]

Entsprechendes muss jedoch auch gelten, wenn die Mediation **bereits beendet** ist und die Mediationsperson einen Verschwiegenheitsverstoß begeht. Auch dies wirkt sich insofern nachteilig auf die Honorarforderung der Mediationsperson aus, da sie die Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien verletzt hat. Dies wird auch in der Lit zu Verschwiegenheitsverstößen von Rechtsanwält/innen vertreten, wonach diese schadenersatzpflichtig werden, sofern durch die Offenbarung anvertrauter Informationen ein (materieller) Schaden entstanden ist.[786] Vertretungsfehler (die zB aus dem Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht resultieren) haben zur Folge, dass Rechtsanwält/innen schadenersatzpflichtig werden und darüber hinaus ihren Anspruch auf das Honorar verlieren können. [787] Die Rspr vertritt in diesem Zusammenhang die Ansicht, dass kein Honoraranspruch bestehe, sofern seine/ihre Leistung ***„wertlos“*** ist.[788]

Daraus folgt, dass der Verschwiegenheitsverstoß der Mediationsperson selbst **nach beendeter Mediation** dazu führen kann, dass sie ihre **Honorarforderung gegen die Mediationsparteien verliert**. Dies ergibt sich daraus, dass durch den Verstoß gegen die Vertraulichkeit die **Geheimhaltungsinteressen der Mediationsparteien verletzt** sind. Zur Feststellung, ob tatsächlich die gesamte Honorarforderung durch den Vertraulichkeitsverstoß verloren ist, ist anknüpfend an die Rspr zu prüfen, ob die Leistung der Mediationsperson **völlig wertlos** geworden ist. Je nach Ausmaß des Schadens, der dadurch eingetreten ist, verringert sich der Honoraranspruch.

---

[784] *Reischauer* in *Rummel*[3], § 1293 Rz 11a (Stand 2007, rdb.at); Vgl dazu *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil II), JAP 2000/2001, 139 ff.
[785] Vgl *Reischauer* in *Rummel*[3], § 932 Rz 20d (Stand 2000, rdb.at).
[786] *Strasser* in *Rummel*[3], § 1009 Rz 20 (Stand 2000, rdb.at).
[787] Besprechung der Entscheidung des OGH 9.4.2002, 4 Ob 83/02p in RdW 2002/491.
[788] OGH 3.5.1979, 7 Ob 621/79 = SZ 52/73; OGH 25.5.1994, 7 Ob 612/93 = RZ 1995/79.

8.3.3 Haftung der Hilfspersonen

Da von den einschlägigen Vertraulichkeitsbestimmungen gem § 18 ZivMediatG bzw § 3 EU-MediatG nicht nur die Mediationspersonen, sondern auch deren Hilfspersonen erfasst sind, stellt sich die Frage nach deren Haftbarkeit. Schließlich können neben der Mediationsperson auch deren Hilfspersonen als Zeug/innen im Zivilprozess einvernommen werden und daher auch geheime Mediationsinformationen offenbaren.

Für diese Fälle ist zu unterscheiden, ob die geschädigten Mediationsparteien ihre Ansprüche direkt gegen die konkrete Hilfsperson geltend machen, oder ob die Mediationsperson für das schuldhafte Verhalten ihrer Hilfsperson einzustehen hat („Gehilfenhaftung") und sich im Anschluss an dieser Hilfsperson regressiert.

8.3.3.1 Zur direkten Haftung der Hilfsperson

Besteht eine **vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung** unmittelbar zwischen den Mediationsparteien und der Hilfsperson, so können sie **direkt schadenersatzrechtliche Ansprüche** gegen sie geltend machen. Hier ist, wie schon eingangs dargestellt, nach den allgemeinen Regeln zu prüfen, ob der Vertraulichkeitsverstoß der Hilfsperson für den Eintritt des konkreten Schadens kausal war. Wird dies bejaht und handelt die Hilfsperson rechtswidrig und schuldhaft und liegt der eingetretene Schaden im Schutzzweck der Vertraulichkeitsbestimmungen des § 18 ZivMediatG (für Hilfspersonen eingetragener Mediationspersonen) bzw § 3 EU-MediatG (für Hilfspersonen nicht-eingetragener Mediationspersonen in Auslandsmediationen), so wird die Hilfsperson schadenersatzpflichtig.

Für Konstellationen, in denen zwar mit den Mediationsparteien und der Mediationsperson, nicht jedoch direkt mit der Hilfsperson ein Vertragsverhältnis besteht, besteht die in der Folge behandelte Möglichkeit Schadenersatz gegen die Mediationsperson geltend zu machen.

8.3.3.2 Zur Gehilfenhaftung

Auf **deliktischer Ebene** können die Mediationsparteien für das Fehlverhalten (also den Vertraulichkeitsverstoß) der Hilfspersonen sowohl nach § 18 ZivMediatG als auch nach § 3 EU-MediatG unmittelbar die Mediationsperson für Schadenersatzansprüche belangen. Dies gilt insb, wenn das vertragliche Geschäftsverhältnis nur zwischen der Mediationsperson und den Mediationsparteien besteht. In diesen Fällen können die Mediationsparteien mit ihren **vertraglichen Ansprüchen** nicht direkt auf Hilfspersonen durchgreifen. Vielmehr ist die Mediationsperson aufgrund der sog „Gehilfenhaftung" dazu verpflichtet, für die Tätigkeiten jener Personen, derer sie sich zur Erfüllung ihrer übernommenen Tätigkeit bedient, einzustehen.

Die Haftung der Mediationsperson - bzw generell des „Geschäftsherrn“ - wird damit begründet, dass sie durch die Zuhilfenahme dieser Personen ihren Tätigkeitskreis erweitern und daraus Vorteile ziehen kann. Umgekehrt soll sie jedoch bei Nachteilen in vollem Maße zur Verantwortung gezogen werden. Eine Schlechterstellung der Gläubiger, die sich aus der Übernahme gewisser Tätigkeiten der Mediationsperson durch die Hilfspersonen ergibt, wäre demnach nicht zu rechtfertigen.[789]

Konkret sind Hilfspersonen der Mediationsperson als sog „Erfüllungsgehilfen“ (§ 1313a ABGB)[790] zu qualifizieren. Dies ergibt sich aus der Definition der Erfüllungsgehilfen nach der stRspr wonach jemand, der *„nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verpflichtungen als seine Hilfsperson tätig wird“*.[791] Hilfspersonen der Mediationsperson werden gerade zur Erfüllung von Verpflichtungen der Mediationsperson eingesetzt.[792] Bspw Sekretär/innen werden insofern *mit dem Willen* der Mediationsperson tätig, als sie zB Akten für die Mediationsperson anlegen und verwalten, oder Protokolle aufnehmen. Entsprechende Aufgaben können dabei auch von Praktikant/innen erledigt werden.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob jedoch auch der erweiterte Kreis der Hilfspersonen der Sachverständigen oder Dolmetscher/innen [793] von diesem „Erfüllungsgehilfen-Begriff“ erfasst ist. Dies ist mit der Begründung zu bejahen, dass auch selbständige Unternehmer Erfüllungsgehilfen sein können und die Begründung eines *„dauernden und festen“* Verhältnisses keine Anforderung zur Entstehung der Erfüllungsgehilfenstellung ist.[794] Doch nicht nur selbständige Unternehmer, insb auch Personen, die *„auf Grund ihrer Sachkunde selbständig“* arbeiten, zählen zu diesem erweiterten Personenkreis.[795]

---

[789] *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1313a Rz 1 ff (Stand Mai 2013, rdb.at); *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 355 ff; *Reischauer* in *Rummel*^{3}, § 1313a Rz 1 (Stand 2004, rdb.at).

[790] Davon zu unterscheiden sind sog „Besorgungsgehilfen“ gem § 1315 ABGB, wobei der Geschäftsherr Personen zur Erfüllung *„irgendwelcher“* Aufgaben einsetzt und das Bestehen eines Schuldverhältnisses nicht vorausgesetzt wird. Der Geschäftsherr haftet hier nur für Personen, die „habituell untüchtig“ oder wissentlich gefährlich sind, *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 357 ff; *Karner* in KBB^{3} (2010) § 1315 Rz 1 ff (für ABGB).

[791] OGH 11.11.1981, 6 Ob 696/81; OGH 30.5.1994, 1 Ob 564/94; OGH 28.8.2007, 5 Ob 92/07a; OGH 29.8.2013, 8 Ob 106/12i; Vgl in der Lit auch *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II^{2} (1984) 340.

[792] Ebenso *Perner/Völkl* in *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007) Rz 973.

[793] Siehe dazu Punkt 5.4 ff.

[794] *Schacherreiter* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON$^{1.01}$ § 1313a Rz 36 ff (Stand Mai 2013, rdb.at); Vgl auch *Reischauer* in *Rummel*^{3}, § 1313a Rz 9 ff (Stand 2004, rdb.at); *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 356; OGH 14.11.1990, 1 Ob 711/89 in SZ 63/201; OGH 5.2.1992, 2 Ob 593/91 = SZ 65/16.

[795] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II^{13} (2007) 356.

Daraus ergibt sich, dass die Mediationsperson für Ansprüche der Mediationsparteien, an denen Hilfspersonen ein Verschulden trifft, einzustehen hat.[796]

Zum Regress der Mediationsperson gegen die Hilfsperson

Hat die Mediationsperson die Schadenersatzansprüche, die aus dem **Fehlverhalten der Hilfsperson entstanden** sind, ersetzt, so kann sie sich an dieser Hilfsperson regressieren. Der Rückersatz hat dabei unter der Voraussetzung zu erfolgen, dass die Hilfsperson das zu der Mediationsperson bestehende **Innenverhältnis schuldhaft verletzt** hat (§ 1313 ABGB). Es ist dabei zu berücksichtigen, dass es möglich ist, dass die Hilfsperson nur für leichte Fahrlässigkeit haftet (und damit nur für den Ersatz des positiven Schadens), während die Mediationsperson dafür zum Ersatz des entgangenen Gewinns schadenersatzrechtlich belangt wird. Der Regressanspruch der Mediationsperson **entsteht erst mit Zahlung**, wobei grds die Möglichkeit besteht, diesen nach dem DHG herabzusetzen, oder entfallen zu lassen.[797]

8.4 Schadenersatzansprüche der übrigen Mediationsbeteiligten

Nachdem für alle sonstigen Mediationsbeteiligten keine gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten normiert sind, können nur zwischen den einzelnen Mediationsbeteiligten abgeschlossene vertragliche Vertraulichkeitsabreden und deren -verstöße geltend gemacht werden. Offenbart daher bspw ein/e Dolmetscher/in geheime Informationen aus der Mediation, so ist für deren Ersatzpflicht erforderlich, dass eine vertragliche Vereinbarung über seine/ihre Verschwiegenheitsverpflichtung mit der den Ersatzanspruch geltend machenden Mediationspartei besteht. Darüber hinaus sind die allgemeinen Voraussetzungen[798] zur Begründung einer schadenersatzrechtlichen Ersatzpflicht zu erfüllen. Nachdem auch in diesen Konstellationen Schwierigkeiten hinsichtlich der Festsetzung des tatsächlich entstandenen Schadens entstehen können, bietet es sich auch hier an, vorbeugend Vertragsstrafen zu vereinbaren [799], die bei Durchbrechung der Verschwiegenheitspflicht zu zahlen sind. Insb im Verhältnis der Mediationsparteien untereinander bieten sich vertragliche Pönalen im Mediand/innenvertrag an, da auch hier Ersatzansprüche besonders wahrscheinlich sind.

---

[796] Gem § 1298 ABGB gilt für Geschäftsherrn, die sich eines Erfüllungsgehilfen bedienen, die Beweislastumkehr. Demnach hat der Geschäftsherr zu beweisen, dass der Erfüllungsgehilfe nicht schuldhaft gehandelt hat, *Kodek* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON[1.01] § 1298 Rz 4, 7 (Stand Mai 2013, rdb.at).

[797] *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht II[13] (2007) 359 f; *Karner* in KBB[3] (2010) § 1313 Rz 1 ff (für ABGB); *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II[2] (1984) 350 ff.

[798] Siehe Punkt 8.3.1.

[799] Siehe dazu bereits Punkt 8.3.2.

8.5 Ergebnis

Verstößt die **eingetragene Mediationsperson** gegen die **gesetzliche Vertraulichkeit** gem § 18 ZivMediatG, so macht sie sich **gem § 31 Abs 1 ZivMediatG strafbar**. Wird die Mediationsperson durch die Mediationsparteien angezeigt (Privatanklagedelikt), so kann daraus eine sechsmonatige Haftstrafe oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen drohen. **Daneben** können eingetragene Mediationspersonen noch gem **§ 14 ZivMediatG aus der Liste der Mediator/innen gestrichen** werden. Entsprechendes gilt für die eingetragene Mediationsperson **in grenzüberschreitenden Mediationen**, da die Bestimmungen gem § 5 Abs 1 EU-MediatG **direkt anwendbar** sind[800].

Da die Vertraulichkeit der **nicht-eingetragenen Mediationsperson** gesetzlich (durch das ZivMediatG) nicht geregelt ist, drohen ihr **keine entsprechenden (berufsrechtlichen) Folgen**. Auch für grenzüberschreitende Mediationen nicht-eingetragener Mediationspersonen gilt, dass diese keine berufsrechtlichen Konsequenzen nach sich zieht, da im EU-MediatG keine entsprechenden Folgen normiert wurden.

Zu den **schadenersatzrechtlichen Ansprüchen** der Mediationsparteien gegen die Mediationsperson ist zu beachten, dass der **Vertraulichkeitsverstoß der Mediationsperson** für den **eingetretenen Schaden kausal** gewesen sein muss. Weiters muss die Mediationsperson **rechtswidrig** und **schuldhaft gehandelt** haben, bzw muss der aus dem Verstoß gegen die Vertraulichkeit resultierende Schaden **gerade im Schutzbereich der Norm** (also der Vertraulichkeitsvorschrift) liegen (Rechtswidrigkeitszusammenhang).

Soweit eine **gesetzlich normierte Verschwiegenheitspflicht** (der Mediationsperson) besteht, handelt es sich um ein **Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB**. Der Verstoß gegen ein Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB macht die gesetzlich zur Vertraulichkeit verpflichtete Mediationsperson auf Deliktsebene bereits hinsichtlich „bloßer Vermögensschäden“ ersatzpflichtig. Für sonstige (nicht-eingetragene) Mediationspersonen, die **keiner gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht** unterliegen, kommen **nur Schadenersatzansprüche „ex contractu“** in Betracht. Doch auch eingetragene Mediationspersonen können neben der deliktischen auch der **vertraglichen Haftung** unterliegen, sofern sie vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen eingegangen sind. Für die vertragliche Haftung gelten im Wesentlichen **dieselben Anforderungen**, wie die

[800] Siehe dazu ausführlich Punkt 8.1.2.1 ff.

der deliktischen Haftung, wobei bei der Prüfung des Rechtswidrigkeitszusammenhangs die vertraglich eingegangenen Pflichten (bzw deren Schutzzweck) als Grundlage dienen.
Zum **Umfang der Ersatzpflicht** lässt sich festhalten, dass dieser im Wesentlichen **abhängig** vom **Verschulden der Mediationsperson** bei Verstoß gegen die Vertraulichkeit ist. Nachdem Naturalrestitution aufgrund des Vertrauensbruches idR nicht mehr erfüllt werden kann, kommt nur Geldersatz in Betracht. Abhängig vom Grad des Verschuldens wird entweder der „positive Schaden" (leichte Fahrlässigkeit) ersetzt oder „volle Genugtuung" (bei grobem Verschulden) geleistet. Hinsichtlich der **Berechnung des Schadens** darf das Gericht nach **freiem Ermessen** vorgehen (§ 273 ZPO).

Sofern eine **ausdrückliche vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung** der Hilfsperson mit den Mediationsparteien besteht, kann auch diese für einen Vertraulichkeitsverstoß schadenersatzrechtlich belangt werden. Auf **deliktischer Ebene** hat die **Mediationsperson** für das Fehlverhalten ihrer Hilfspersonen einzustehen („**Gehilfenhaftung**"). Die Mediationsperson hat Schadenersatzansprüche, die aus dem Vertraulichkeitsverstoß ihrer Hilfspersonen (wie zB Sekretär/innen oder Dolmetscher/innen) resultieren, zu tragen. Im Innenverhältnis besteht für die Mediationsperson jedoch die Möglichkeit, sich an der Hilfsperson zu regressieren.
Für die Mediationsparteien gilt, dass sie mit **sämtlichen weiteren Mediationsbeteiligten**, die Zugang zu geheimen Informationen aus der Mediation erhalten und keiner gesetzlichen Vertraulichkeit unterliegen, **ausdrückliche Vertraulichkeitsvereinbarungen** abzuschließen sind. Schließen sie keine entsprechenden Vereinbarungen ab, so besteht **keine Möglichkeit**, diese **Schadenersatzansprüche** aus dem Vertraulichkeitsverstoß (wirksam) verfolgen zu können.

9 Zusammenfassung der Hauptergebnisse

Gesetzliche Vertraulichkeit nach dem ZivMediatG

Die Vertraulichkeit der **eingetragenen Mediationsperson** (sowie deren **Hilfspersonen**) wurde durch die Bestimmung des § 18 ZivMediatG umfassend **gesetzlich** geregelt. **Nicht-eingetragene Mediator/innen** sind vom Anwendungsbereich der Bestimmungen des ZivMediatG hingegen **nicht erfasst**, weshalb auch deren Vertraulichkeit gesetzlich nicht gesichert ist (**Zweiteilung** der Berufsgruppe der Mediator/innen).

Die **Tatbestandselemente der Vertraulichkeitsbestimmung** gem § 18 ZivMediatG der „anvertrauten" bzw „sonst bekannt" gewordenen Informationen sind grds **extensiv zu interpretieren**. Betreffend **Dokumente** ist zu unterscheiden, ob diese durch die Mediationsparteien übergeben wurden oder anlässlich der Mediation durch die Mediationsperson erstellt wurden. Während im ersten Fall die Dokumente gem § 305 ZPO grds der Vertraulichkeit unterliegen (und auch im Zivilprozess nicht vorgelegt werden dürfen) ist für letztere Unterlagen darauf abzustellen, ob diese durch die Mediationsperson zu Beweiszwecken angefertigt wurden. Nur unter dieser Voraussetzung dürfen Dokumente aus der Mediation im Zivilprozess einfließen. Für sämtliche sonstige Dokumente unterliegt die Mediationsperson der Vertraulichkeits- bzw Herausgabeverweigerungspflicht.

Auch auf **verfahrensrechtlicher Ebene** ist die Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsperson durch ein von **Amts wegen zu beachtendes Beweisaufnahmeverbot dem § 320 Z 4 ZPO** sehr **umfassend** erfolgt. Dieses steht jedoch der (mE den Mediationsparteien dringend einzuräumenden) **Entbindungsmöglichkeit** entgegen. Zusätzlich ist zu berücksichtigen, dass die **eingetragene Mediationsperson** in einem zivilgerichtlichen Verfahren zu Beweiszwecken (wie zB dem Fristen(ab)lauf) **Aussagen zu machen hat**. Um dem Erfordernis der Entbindungsmöglichkeit sowie der Auskunftspflicht des Zivilgerichts (besser) zu entsprechen, wäre es mE ausreichend, die Verschwiegenheit der eingetragenen Mediationsperson in die Kategorie der **Aussageverweigerungsrechte** gem § 321 Abs 3 ZPO einzugliedern.

Gesetzliche Vertraulichkeit nach dem EU-MediatG

Durch die Mediations-RL (2008/52/EG) wurde die Vertraulichkeit nicht-eingetragener Mediationspersonen in *grenzüberschreitenden Mediationen* gem § 3 EU-MediatG iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO gesetzlich gesichert. Die daraus resultierende **Ungleichbehandlung** nicht-eingetragener Mediationspersonen in Inlandsmediationen ist jedoch insofern **sachlich gerechtfertigt**, als die Gesetzgebung den hohen Standard für die Ausbildung eingetragener

Mediationspersonen in Österreich weiterhin hoch halten möchte. Die daraus folgende Konsequenz der **Dreiteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen** in Bezug auf die Vertraulichkeit, ist momentan die einzig praktikable Lösung.

	Eingetragene Mediationsperson	Nicht-eingetragene Mediationsperson (Inlandsmediation)	Nicht-eingetragene Mediationsperson (grenzüberschreitende Mediation)
Gesetzliche Vertraulichkeit	§ 18 ZivMediatG (iVm § 320 Z 4 ZPO)	☒	§ 3 EU-MediatG (iVm § 321 ZPO)

Als **Lösungsmöglichkeit** zur Sicherung einer umfassenden Vertraulichkeit **nicht-eingetragener Mediationspersonen** steht nur die Berufung auf die Vertraulichkeit gem § 119 Abs 4 GewO (iVm § 321 Abs 1 Z 3 ZPO) offen. Dies ist jedoch nur unter der Voraussetzung möglich, dass die nicht-eingetragene Mediationsperson „**gewerbsmäßig**" iSd § 1 Abs 2 GewO tätig wird.

Die **inhaltliche Reichweite** der Vertraulichkeit gem § 3 EU-MediatG ist **weitgehend** formuliert. Eine **Aussagepflicht** besteht nur in **ausdrücklich** geregelten Fällen (wie zB aus Gründen der öffentlichen Ordnung § 3 Z 1 EU-MediatG).

Die Vertraulichkeit der **eingetragenen Mediationsperson** gilt weiterhin gem § 5 EU-MediatG iVm § 18 ZivMediatG (iVm § 320 Z 4 ZPO), da die Bestimmungen des ZivMediatG **unmittelbar** zur Anwendung kommen.

Die Vertraulichkeit der Mediationsparteien/sonstiger Dritter

Die Vertraulichkeit der **Mediationsparteien** ist weder nach dem ZivMediatG noch nach dem EU-MediatG gesetzlich gesichert. Für die Vertraulichkeit **sonstiger Dritter** am Mediationsverfahren beteiligter Personen gilt, dass deren Vertraulichkeit nur durch **§ 3 EU-MediatG** ausdrücklich geregelt ist. Werden sonstige Dritte (wie bspw Dolmetscher/innen) durch die eingetragene Mediationsperson in Inlandsmediationen **hinzugezogen** und steht ihre **Tätigkeit** (inhaltlich) **im Zusammenhang**, so ist die gesetzliche Vertraulichkeit gem § 18 ZivMediatG jedoch auch auf diese beigezogenen Personen **auszudehnen**.

Wie die vergleichende Darstellung mit anderen Mediationsregelwerken ergeben hat, besteht insb im anglo-amerikanischen Rechtsraum die Tendenz zur Sicherung der Vertraulichkeit nicht nur sonstiger Mediationsbeteiligter sondern insb auch der Mediationsparteien. Diese **ausdehnende Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien** bzw **sonstiger Mediationsbeteiligter** scheint jedoch auch für österreichische Mediationen **zwingend geboten**. Die Vertraulichkeit der Mediation kann nur gesichert werden, sofern sämtliche am

Verfahren beteiligte Personen von der gesetzlichen Vertraulichkeit erfasst sind. Die (analoge) **Übertragung** von Vertraulichkeitsregelungen aus der **Schiedsgerichtsbarkeit** scheidet jedoch aufgrund **erheblicher methodischer Unterschiede** aus.

Vertragliche Vertraulichkeitssicherung

Die Mediationsparteien können (und sollen!) mit sämtlichen Mediationsbeteiligten, von denen sie die Vertraulichkeit über Mediationsinformationen erwarten, vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen abschließen. Im Verhältnis der Mediationsparteien untereinander aber auch mit der Mediationsperson lassen sich - sofern keine ausdrücklichen Vereinbarungen vorliegen - **stillschweigende Vertraulichkeitsvereinbarungen** aus der Einlassung in die Mediation ableiten.

Vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen unterliegen grds der Parteiendisposition wobei gesetzliche bzw implizite Grenzen zu berücksichtigen sind. Bspw muss bei Abschluss der vertraglichen Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson berücksichtigt werden, dass diese gesetzlich gewissen Auskunftspflichten (im Zivilprozess bpsw zum Fristen(ab)lauf) zu erfüllen hat. **Widersprechen vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen jedoch diesen gesetzlichen Grenzen oder den guten Sitten** (§ 879 ABGB), so sind sie **nichtig**.

Zur **Durchsetzung vertraglicher Vertraulichkeitsvereinbarungen** ist festzuhalten, dass diese **nur bei Bestehen von Aussageverweigerungsrechten** (iSd § 321 ZPO) bzw **Beweisaufnahmeverboten** (iSd § 320 ZPO) im Zivilprozess durchzusetzen sind. Die vertragliche Vereinbarung der Mediationsparteien über den Ausschluss von Beweismitteln im Zivilprozess (**Beweisverträge**) wird nach der österreichischen Rspr und Lehre **nicht anerkannt** bzw steht deren Zulässigkeit wesentlichen Grundsätzen der österreichischen ZPO entgegen (Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht § 178 ZPO, materielle Prozessleitungspflicht § 183 ZPO).

Folgen des Verstoßes gegen Vertraulichkeit

Aus dem Verstoß gegen die gesetzliche Vertraulichkeit der eingetragenen Mediationsperson können neben **strafrechtlichen** (§ 31 Abs 1 ZivMediatG, Privatanklagedelikt) auch **berufsrechtliche** (§ 14 Abs 1 ZivMediatG) **Folgen** resultieren. Entsprechendes gilt für Mediationen mit Auslandsbezug (unmittelbare Anwendbarkeit des EU-MediatG gem § 5 Abs 1 EU-MediatG). Obwohl die Vertraulichkeit der nicht-eingetragenen Mediationsperson für Mediationen mit grenzüberschreitendem Bezug gem § 3 EU-MediatG gesetzlich geregelt wurde, werden darin **keine** berufs- oder strafrechtlichen Folgen aus dem

Vertraulichkeitsverstoß normiert. Nachdem für die nicht-eingetragene Mediationsperson die Vertraulichkeit in Inlandsmediationen gesetzlich nicht geregelt wurde, drohen auch ihr weder berufs- noch strafrechtliche Konsequenzen.

Auf **schadenersatzrechtlicher Ebene** ist zu **unterscheiden**, ob gesetzliche Vertraulichkeitsvorschriften normiert wurden (**deliktische Haftung**) und/oder ob (zusätzlich) vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen abgeschlossen wurden (**vertragliche Haftung**). Sowohl für die deliktische als auch die vertragliche Haftung gilt, dass der Vertraulichkeitsverstoß der Mediationsperson für den eingetretenen Schaden kausal gewesen sein muss. Zusätzlich darf ihr Verhalten weder gerechtfertigt noch entschuldbar sein bzw muss insb darauf abgestellt werden, ob der durch den Vertraulichkeitsverstoß eingetretene Schaden (durch Gesetz oder Vertrag) hätte verhindert werden sollen (Rechtswidrigkeitszusammenhang).

Sofern eine vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarung zwischen den Mediationsparteien und der Hilfsperson besteht, können diese direkt vertragliche Ersatzansprüche gegen die Hilfsperson geltend machen. Für deliktische Schadenersatzansprüche haftet die Mediationsperson für ihre Hilfspersonen (§ 1313 a ABGB **Gehilfenhaftung**), wobei sie sich im Innenverhältnis **regressieren** kann.

Sofern sonstige Mediationsbeteiligte gegen die Vertraulichkeit verstoßen, können die Mediationsparteien auch gegen diese Schadenersatzansprüche geltend machen, wenn zwischen ihnen vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen bestehen.

Literaturverzeichnis

Monographien/Lehrbücher/Aufsätze

- *Apathy,* Aufklärungspflicht bei kosmetischer Operation - Rechtsfolgen einer mangelhaften kosmetischen Operation, Besprechung der Entscheidung OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91 = JBl 1992, 520.
- *Arnold,* Einschränkungen des Berufsgeheimnisses - Ausnahmen vom Geheimnisschutz, ÖJZ 1982, 1.
- *Arnold,* Besprechung der Entscheidung VfGH 3. 12. 1984, G 24, 25, 51, 52, 89/83, G 107/84, AnwBl 1985/2094.
- *Ballon,* Einführung in das österreichische Zivilprozessrecht - Streitiges Verfahren[12] (2009).
- *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann,* Zivilprozessordnung[72] (2014).
- *Beck,* Mediation und Vertraulichkeit (2008).
- *Berka,* Die Grundrechte. Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999).
- *Berka,* Lehrbuch Grundrechte (2000).
- *Borchardt,* Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union. Eine systematische Darstellung für Studium und Praxis[5] (2012).
- *Buchegger/Deixler-Hübner/Holzhammer,* Praktisches Zivilprozeßrecht[6] (1998).
- *Bydlinski,* Der Ersatz ideellen Schadens als sachliches und methodisches Problem, JBl 1965, 237 ff.
- *Cimminio*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten (2007).
- *Cremer,* Die Vertraulichkeit der Mediation, Schriften zur Theorie und Praxis der Mediation Band 1 (2006).
- *Deixler-Hübner/Klicka,* Zivilverfahren. Erkenntnisverfahren und Grundzüge des Exekutions- und Insolvenzrechts[5] (2007).
- *Eidenmüller,* Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation. Mediationsvereinbarungen, Mediatorverträge, Mediationsvergleiche, Internationale Mediationsfälle (2001).
- *Falk/Koren*, Zivilrechts-Mediations-Gesetz, Kommentar zum ZivMediatG (2005)
- *Fasching,* Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts. Lehr- und Handbuch für Studium und Praxis[2] (1990).

- *Fasching,* Schiedsgericht und Schiedsverfahren im österreichischen und im internationalen Recht (1973).
- *Fasching*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen, Band III (1966).
- *Fasching*/*Konecny*, Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen[2] Band III (2004).
- *Feil*/ *Wennig,* Anwaltsrecht[7] (2012).
- *Fenyves,* Schadenersatzrechtliche Konsequenzen der Verletzung der Verschwiegenheitspflicht des Notars, in *Anderluh,* Berufsverschwiegenheit und Klientenschutz (1994).
- *Ferz/Filler*, Kurzkommentar ZivMediatG (2003).
- *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil I) Rechtsfolgen und Sonderfragen, JAP 2000/2001, 70 ff.
- *Fitsch*, Rechtsfragen des Mediationsvertrages (Teil II) Rechtsfolgen und Sonderfragen, JAP 2000/2001, 139 ff.
- *Foregger,* Zur Verschwiegenheitspflicht des Notars. Festschrift für Kurt Wagner zum 65. Geburtstag, Österreichische Notariatskammer (Hrsg) (1987).
- *Fraberger,* Verschwiegenheitspflicht in der Großkanzlei bzw im Kanzleiverbund, RdW 2002/73 ff.
- *Frauenberger/Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012/87.
- *Fuchshuber,* Mediation im Zivilrecht. Neue Wege der Konfliktlösung (2004).
- *Fucik,* EU-MediatG und ZivMediatG - ein Überblick, ÖJZ 2011/97.
- *Geiben,* Privatsphäre und Vertraulichkeit im Schiedsverfahren (2001).
- *Gerscha*/*Steuer,* Kommentar zur Gewerbeordnung (2013).
- *Greger/Unberath,* Mediationsgesetz, Recht der alternativen Konfliktlösung (2012).
- *Grillberger/Mosler,* Sozialversicherung für Dienstnehmer und Selbständige (1998).
- *Groth*/*v. Bubnoff,* Gibt es „gerichtsfeste“ Vertraulichkeit bei der Mediation?, NJW 2001, 338ff.
- *Gruber/Pichler*, Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005).
- *Grünberger*, Die Regelung der Mediation im EheRÄG 1999, ÖJZ 2000, 50 ff.
- *Haft*/*Schlieffen* (Hrsg), Handbuch Mediation (2002).
- *Hacke,* Der ADR-Vertrag (2001).
- *Hanusch,* Kommentar zur Gewerbeordnung (2013).
- *Hilber,* Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens, Schriftenreihe, Außergerichtliche Konfliktbeilegung III (2006).

- *Hinterhofer,* Strafrecht Besonderer Teil II[5] (2012).
- *Holzhammer,* Rechtswörterbuch Zivilprozessrecht[5] (2008).
- *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz (FN 1), ÖJZ 2004/3.
- *Hopf*/*Stabentheiner*, Das Ehe-RÄG 1999, ÖJZ 1999, 861 ff.
- *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch[2] (2010).
- *Hopt*/*Steffek* (Hrsg), Mediation. Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (2008).
- *Jabornegg/Strasser,* Kommentar zum Aktiengesetz - AktG II[5] (2011).
- *Janisch,* Investigativer Journalismus und Pressefreiheit. Ein Vergleich des deutschen und amerikanischen Rechts (1998).
- *Jud*/*Aspöck,* Internationales Privatrecht, (2009).
- *Kessler/Finkelstein,* The Evolution of a Multi-Door Courthouse, Catholic University Law Revue (1988) Vol 37, Issue 3.
- *Kietaibl/Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht I[8] (2013).
- *Klang*, Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch V (1954) 380.
- *Klecatsky*/*Morscher*, Rechtsgutachten über die Verschwiegenheitspflicht der Wirtschaftstreuhänder insbesondere im Strafverfahren, AnwBl 1983 H 1 Beilage, 1.
- *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011/16, 120 ff.
- *Kodek*, Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess. Eine Untersuchung der österreichischen, deutschen und amerikanischen Rechtslage VII (1987).
- *Kollross,* Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ecolex 2003/745.
- *Koziol,* Österreichisches Haftpflichtrecht I[3] (1997).
- *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II[2] (1984)
- *Koziol/Bydlinksi/Bollenberger* (Hrsg), Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar[3] (2010).
- *Koziol/Welser,* Bürgerliches Recht I[13] (2006).
- *Koziol*/*Welser* (bearb.), Bürgerliches Recht II[13] (2007).
- *Krabbe*, Scheidung ohne Richter. Neue Lösungen für Trennungskonflikte (1991).
- *Kralik,* Das Aussageverweigerungsrecht des Zeugen im Zivilprozeß. Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Bestimmungen über die Verschwiegenheitspflicht in den Berufsordnungen der freien Berufe (1996).
- *Kralik/Rechberger,* Konfliktvermeidung und Konfliktregelung (1993).

- *Leisinger,* Vertraulichkeit im internationalen Schiedsverfahren (2011).
- *Likar/Krommer,* Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 ff.
- *Lionnet/Lionnet,* Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit[3] (2005).
- *Lohsing/Braun* Österreichisches Anwaltsrecht[2] (1950).
- *Mähler/Mähler,* Missbrauch von in der Mediation erlangten Informationen, ZKM I/2001, 4 ff.
- *Manhart*, Verschwiegenheitspflicht - ein Rechtsvergleich, AnwBl 2002, 616 ff.
- *Marhold,* Freier Dienstvertrag und Scheingewerbetreibende (2009) ASoK, Arbeits- und Sozialrechtskartei 22 ff.
- *Marek/Jerabek,* Korruption und Amtsmissbrauch (2011).
- *Mayr/Weber*, Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung, ZfRV 2007/26.
- *Montada/Kals*, Lehrbuch der Mediation (2001).
- *Nelle/Hacke*, Obligatorische Mediation. Selbstwiderspruch oder Reforminstrument? ZKM 2001, 56 ff.
- *Nölting,* Mediatorenverträge (2003).
- *Oberhammer,* Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts (2002).
- *Oberhammer,* Zur Vertraulichkeit in Schiedsverfahren in Festschrift Beys II (2003).
- *Oberhammer/Domej*, Ein rechtlicher Rahmen für die Mediation in Österreich. Zum neuen Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZKM 4/2003.
- *Peters*, Vertraulichkeit in der Mediation und in anderen Fällen gegenläufiger Interessen, JR Heft 8/2009.
- *Pitkowitz*, Die neuen Mediationssregeln der EU – Ist Österreich noch Wegbereiter? SchiedsVZ 2005, 81 ff.
- *Öhlinger,* Verfassungsrecht[8] (2009).
- *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung (2007).
- *Pruckner,* Recht der Mediation (2003).
- *Prohaska-Marchried,* Geheimnisschutz berufsmäßiger Parteienvertreter, Berufsgeheimnisse und ihre Anerkennung im Zivilprozeß, Strafprozeß, Verwaltungsverfahren, Abgabenverfahren, Finanzstrafverfahren und Kartellverfahren der EU Kommission, Schriftenreihe des Österreichischen Notariats VII (1998).

- *Rechberger,* Das Dogma der Bindungswirkung des Geständnisses, NZ 1991, 69 ff.
- *Rechberger* (Hrsg), Entwurf eines neuen Schiedsverfahrensrechts, Erläuterungen von *Paul Oberhammer,* Veröffentlichungen des Ludwig-Boltzmann-Instituts für Rechtsvorsorge und Urkundenwesen XXVII (2002).
- *Rechberger*, Kommentar zur ZPO[3] (2006).
- *Rechberger/Simotta,* Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts[8] (2010).
- *Ritz*, Geheimhaltung im Schiedsverfahren nach schweizerischem Recht (2007).
- *Roßbacher*, Zivilgerichtsbarkeit und Mediation, RZ 2008, 149 ff.
- *Roth*/*Markowetz*, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen. Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBl 2004, 296 ff.
- *Ruppe* (Hrsg), Geheimnisschutz im Wirtschaftsleben (1980).
- *Scherer,* Justiz und Massenmedien. Kontrollierende oder kontrollierte Medienöffentlichkeit?, ZaöRV (1979).
- *Scherer,* Zweifel des Gerichts an der Wahrheit unstreitiger Tatsachenbehauptungen, DRiZ 1986, 58 ff.
- *Scherz,* Werkverträge und freie Dienstverhältnisse[3] (2010).
- *Schneider,* Vertraulichkeit der Mediation, Schutz und Grenzen durch das Straf- und Strafprozessrecht (2014).
- *Schumacher,* Zeugnisverweigerung wegen eines Geschäftsgeheimnisses, ÖJZ 1987, 673 ff.
- *Schütze,* Die Ermessensgrenzen des Schiedsgerichts bei der Bestimmung der Beweisregeln, SchiedsVZ 2006, 1 ff.
- *Schwarz/Braeuer,* Geheimnisschutz im internationalen Schiedsverfahren, ecolex 2011, 99.
- *Senger-Weiss,* Wirtschaftsmediation. Eine vergleichende Darstellung der Rechtslage in den USA und Österreich (2001).
- *Simotta* (Hrsg), Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts. Vergangenheit, Gegenwart und Perspektiven, Festschrift für Wolfgang Jelinek zum 60. Geburtstag (2002).
- *Sperl,* Lehrbuch der bürgerlichen Rechtspflege (1925).
- *Stalzer,* Wirtschaftstreuhänder - Zivilrechtsmediationsgesetz, VWT 2004, H 2, 38.
- *Steinacher,* Die Mediationsrichtlinie, AnwBl 2000, 124 ff.

- *Steinbrück,* Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, dAnwBl 1999, 575 ff.
- *Streinz,* Europarecht[9] (2012).
- *Tades,* Rechtsanwaltsordnung[8] (2002).
- *Tanczos*, Sachverstand im privatisierten Zivilprozess (Teil I & II) Schiedsgericht, Schlichtung und Mediation als Methoden der Konfliktbearbeitung, Sachverständige 2012, 189.
- *Temmel,* Börsegesetz - Praxiskommentar (2011).
- *Thienel/Schulev-Steindl,* Verwaltungsverfahrensrecht[5] (2009).
- *Tochtermann,* Mediation in den USA 30 Jahre nach „Pound“, ZKM 6/2006 (168 ff).
- *Tomandl*, Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages in rechtsvergleichender und rechtspolitischer Sicht (1971).
- *Torggler,* Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit (2007).
- *Triffterer/Rosbaud/Hinterhofer* (Hrsg), StGB Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch XI (2001).
- *Wagner,* Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, 1398 ff.
- *Wagner,* Prozeßverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998).
- *Wagner/Knechtel,* Kommentar zur Notariatsordnung[6] (2006).
- *Wachter,* Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405 ff.
- *Walter/Kolonovits/Muzak/Stöger,* Grundriss Verwaltungsverfahrensrecht[9] (2011).
- *Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer,* Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts[10] (2007).
- *Wehinger,* Rechte und Pflichten im Zusammenhang mit Verschwiegenheit in sozialen Berufen[2] (2008).
- *Zenz,* Staatlich anerkannte Pflicht zur Verschwiegenheit bestimmter Berufsgruppen im Verhältnis zur Zeugenablegung im Verwaltungs-, Zivil- und Strafverfahren, JRP 2005, 230 ff.
- *Zippelius,* Juristische Methodenlehre[11] (2012).

Online Quellen

Online-Kommentare

- *Fasching/Konecny* (Hrsg), Zivilprozessgesetze[2] (www.rdb.at)
- *Kletečka/Schauer* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch[1.01] (www.rdb.at)
- *Höpfel/Ratz* (Hrsg), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch[2] (www.rdb.at)
- *Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO[3] (www.rdb.at)
- *Rummel* (Hrsg), Kommentar zum ABGB[3] (www.rdb.at)
- *Straube* (Hrsg), Wiener Kommentar zum GmbHG (www.rdb.at)
- *Hinterhofer/Triffterer/Rosbaud* (Hrsg), Salzburger Kommentar zum StGB (www.rdb.at)

Sonstige Online-Quellen

- *Pelikan* Christa/*Schand*l Heinz/*Hanak* Gerhard/*Pelikan,* Johanna: Familienberatung am Gericht. Bericht über ein gemeinsames Modellprojekt des BM für Umwelt, Jugend und Familie und des BMJ Wien (Forschungsbericht des Instituts für Rechts- und Kriminalsoziologie), 1996 http://www.irks.at/legacy/downloads/28_Familienberatung%20am%20Gericht%20Familienmediation%20Kinderbegleitung.pdf (abgerufen am 1.12.2013)
- Grünbuch über den *„Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt"*, KOM (93) 576 endg http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:51993DC0576&from=DE (abgerufen am 29.8.2014)
- Grünbuch der Europäischen Kommission *„über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht"*, KOM (2002) 196 endg http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52002DC0196&qid=1409316202457&from=EN (abgerufen am 29.8.2014)
- Verhaltenskodex für Mediator/innen: *„European Code of Conduct for Mediators"* http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf (abgerufen am 29.8.2014).

Entscheidungen des OGH

- OGH 5.1.1911 GZ 1911, 399
- OGH 4.7.1991, 6 Ob 558/91
- OGH 26.11.1968, 8 Ob 281/68
- OGH 16.04.1969, 5 Ob 84/69
- OGH 2.12.1970, 6 Ob 282/70
- OGH 11.9.1973, 8 Ob 131/73
- OGH 09.05.1978, 5 Ob 580/78
- OGH 23.5.1984, 1 Ob 550/84
- OGH 11.11.1981, 6 Ob 696/81
- OGH 12.9.1989, 10 ObS 239/89
- OGH 21.11.1989, 5 Ob 631/89
- OGH 14.11.1990, 1 Ob 711/89
- OGH 11. 6. 1991, 5 Ob 520/91
- OGH 5.2.1992, 2 Ob 593/91
- OGH 28.07.1992, 11 Os 47/92
- OGH 30.5.1994, 1 Ob 564/94
- OGH 29.6.1995, 15 Os 68/95
- OGH 10.11.1995, 2 ob 75/94
- OGH 16.10.1996, 9 ObA 2165/96i
- OGH 29.10.1996, 4 Ob 2276/96a
- OGH 7.9.1988, 1 Ob 656/88
- OGH 23.09.1999, 2 Ob 218/98t
- OGH 19.9.2000, 10 Ob 91/00f
- OGH 30.1.2001, 14 Os 114/00
- OGH 27.9.2001, 6 Ob 190/01m
- OGH 13.11.2001, 10 ObS 319/01m
- OGH 2.9.2002, 4 Bkd 1/02
- OGH 10.10.2002, 2 Ob 231/02p
- OGH 27.11.2002, 7 Ob 213/02b
- OGH 7.10.2003, 4Ob188/03f
- OGH 27.11.2003, 6 Ob 112/03v
- OGH 21.12.2004, 4 Ob 228/04i

- OGH 8.3.2006, 7 Ob 258/05z
- OGH 6.4.2006, 6 Ob 37/06v
- OGH 21.6.2007, 6 Ob 128/07b
- OGH 7.8.2007, 4 Ob 137/07m
- OGH 28.8.2007, 5 Ob 92/07a
- OGH 22.1.2008, 4 Ob 230/07p
- OGH 2.4.2008, 8 Ob 34/08w
- OGH 9.9.2008, 5 Ob 93/08z
- OGH 9.3.2010, 1 Ob 34/10x
- OGH 29.8.2013, 8 Ob 106/12i
- OGH 21.10.2014, 4 Ob 145/14y

Bundesgesetze (samt ErläutRV), Verordnungen und Richtlinien

- Bundesgesetz über die Ausübung der Psychotherapie (Psychotherapiegesetz) BGBl Nr 361/1990
- ErläutRV 1110 BlgNR 18. GP 10 (Börsefondsgesetz 1993)
- VO des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über Standes- und Ausübungsregeln für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung BGBl II Nr 260/1998
- Bundesgesetz über die Wirtschaftstreuhandberufe (Wirtschaftstreuhandberufsgesetz - WTBG) BGBl I Nr 58/1999
- ErläutRV 1638 BlgNr 20. GP (Rechtsanwalts-Berufsrechts-Änderungsgesetz 1999)
- Bundesgesetz Eherechts-Änderungsgesetz 1999 (Ehe-RÄG 1999) BGBl I Nr 125/1999
    - ErläutRV 1653 BlgNr 20. GP 30 (Ehe-RÄG)
- Bundesgesetz Änderung des Familienlastenausgleichsgesetzes 1967 BGBl Nr 136/1999
- Bundesgesetz Kinschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 (KindRÄG 2001) BGBl I Nr 135/2000
    - ErläutRV 296 BlgNr 21. GP (Kind-RÄG)
- ErläutRV 485 BlgNr 21. GP (AktienoptionenG 2001)

- ErläutRV 1284 BlgNr 21. GP Mat 4 (Ministerialentwurf über ein „Bundesgesetz über gerichtsnahe Mediation“ 2001)
    - ErläutRV 24 BlgNr 22. GP 14
- Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz - ZivMediatG) BGBl I Nr 29/2003
- Bundesgesetz Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004 (ZivRÄG 2004) BGBl I Nr 91/2003
- Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung BGBl II Nr 47/2004
- Änderung der Lebens- und Sozialberatungs-VO BGBl II Nr 140/2003 idF BGBl II Nr 112/2006
- Bundesgesetz Änderung des Berufsausbildungsgesetzes BGBl I Nr 82/2008
- Mediations-RL 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen
- Bundesgesetz EU Mediations-Gesetz (EU-MediatG) BGBl I Nr 21/2011
    - ErläutRV 1055 BlgNr 24. GP
- ErläutRV 2322 BlgNr 24. GP (SchiedsRÄG 2013)

Abstract

Deutsch

Diese Untersuchung geht im Wesentlichen auf die Frage ein, wie die Vertraulichkeit über Mediationsverfahren durch die verschiedenen, an der Mediation beteiligten Personen, eingehalten und im Zivilprozess durchgesetzt werden kann. Den Ausgangspunkt bildet die gesetzliche Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsperson. Ein Schwerpunkt liegt insb darin, die Unterteilung der Berufsgruppe der Mediator/innen herauszuarbeiten und Lösungsmöglichkeiten hinsichtlich der Vertraulichkeit der sog „nicht-eingetragenen Mediator/innen“ aufzuzeigen, deren Vertraulichkeit (für Inlandsmediationen) momentan gesetzlich nicht gesichert ist. Des Weiteren erfolgt eine Auseinandersetzung mit der grundlegenden Problematik der mangelnden gesetzlichen Sicherung der Vertraulichkeit der Mediationsparteien bzw sonstiger dritter, am Mediationsverfahren beteiligter Personen. Die Konsequenz aus dieser fehlenden gesetzlichen Sicherung der Vertraulichkeit ua der Mediationsparteien erforderte zusätzlich eine Auseinandersetzung eines möglichen Vertraulichkeitsschutzes auf vertraglicher Ebene. Hier wird untersucht, ob die Vertraulichkeit durch vertragliche Vertraulichkeitsvereinbarungen der Mediationsparteien untereinander aber auch mit sonstigen Mediationsbeteiligten (ausreichend) gesichert werden kann. Zuletzt widmet sich die Arbeit der abschließenden Prüfung nach schadenersatzrechtlichen Folgen aus dem Verstoß gegen Vertraulichkeitspflichten.

English

This paper examines how confidentiality in mediation is maintained by the various parties involved in a mediation procedure and how confidentiality can be enforced through a civil proceeding. The theoretical analysis is based on the current legislation that mandates mediator confidentiality with emphasis on the subdivision of the profession of mediators. In particular an attempt has been made to come up with solutions regarding the non-existing legal assurance of confidentiality of so called „nicht-eingetragene Mediator/innen“ especially for mediations regarding domestic situations. This paper will further discuss the fundamental problem of insufficient legal confidentiality requirements of the mediation parties and other third parties involved in mediations and examine suitable contractual substitutes. Confidentiality agreements between mediation parties are reviewed for their legal validity. Finally, this paper takes a look at the consequences that may result from the violation against confidentiality obligations.

Lebenslauf der Verfasserin

Persönliche Daten	
Name	Bianca Wöhrer
Geburtsdatum	12. September 1988
Ausbildung	
10/2013 bis heute	Bachelorstudium Wirtschaftsrecht Wirtschaftsuniversität Wien
03/2012 bis heute	Doktoratsstudium Rechtswissenschaften Universität Wien
2006 - 2011	Diplomstudium Rechtswissenschaften Universität Wien
Berufspraxis	
05/2015 - laufend	Tax Assistant Deloitte Tax Wirtschaftsprüfungs GmbH
08/2014	Juristische Mitarbeiterin Semperit AG
08/2012	Juristische Mitarbeiterin Fiebinger Polak Leon & Partner Rechtsanwälte
01-05/2012	Gerichtspraxis
12/2008-12/2011	Juristische Mitarbeiterin CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte
09/2007-12/2007	Juristische Mitarbeiterin Arnold Rechtsanwälte GmbH