



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Leistungspflichten des Unternehmensberaters
– Haftung und ihre Grenzen“

verfasst von / submitted by

Mag. Dina Seilern-Aspang

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2016/Vienna 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student record
sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Univ. Prof. Dr. Stefan Perner

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

Wien, September 2016

Mein Dank gilt insbesondere:

Univ.-Prof. Dr. Stefan Perner für die perfekte Betreuung dieser Arbeit

Der Heinrich Graf Hardegg'schen Stiftung für ihr Vertrauen in mich

Mami, Papi, Hubi und ***Eugen*** für ihre große Unterstützung und Geduld.

Gliederung

I. ALLGEMEINES.....	2
I.1. EINLEITUNG	2
I.2. DIE UNTERNEHMENSBERATENDE TÄTIGKEIT UND IHRE RECHTLICHEN GRUNDLAGEN.....	8
I.2.a. Zivilrecht	8
I.2.b. Unternehmensrecht	9
I.2.c. Gewerberecht.....	11
I.2.c.1. Einordnung und Befugnisse	11
I.2.c.2. Fachliche Qualifikation	16
I.2.d. Berufsrecht.....	18
I.3. ZWISCHENFAZIT	25
II. DER BERATUNGSVERTRAG.....	26
II.1. CHARAKTERISTIKA UND ZUSTANDEKOMMEN	26
II.2. VERTRAGSPARTEIEN	29
II.2.a. Der Klient	29
II.2.b. Der Unternehmensberater.....	29
II.3. VERTRAGSGEGENSTAND	33
II.3.a. Leistung: Beratung.....	33
II.3.a.1. Motivation des Klienten – Aufgaben und Befugnisse des Beraters	33
II.3.a.2. Beratungsarten	36
II.3.a.3. Beratungsgebiete.....	38
II.3.a.4. Projektverlauf	42
II.3.b. Gegenleistung: Honorar.....	43
II.4. VERTRAGSART NACH DEM TYPENKATALOG DES ABGB.....	45
II.4.a. Wichtigkeit der Bestimmung der Vertragsart.....	45
II.4.b. Grundverträge des ABGB	47
II.4.b.1. Freier Dienstvertrag.....	47

II.4.b.2. Werkvertrag.....	51
II.4.b.3. Typenkombinationsvertrag.....	55
II.4.b.4. Garantievertrag	57
II.4.b.5. Mandat	58
<i>II.4.c. Systematik der Vertragsartbestimmung im Einzelfall.....</i>	<i>59</i>
II.4.c.1. Leistungsgegenstand.....	60
II.4.c.2. Verpflichtungsgrad und Tätigkeitsbeschreibung.....	63
II.4.c.3. Gesamtbetrachtung	65
II.4.c.4. Exkurs Deutschland.....	68
<i>II.4.d. Vor- und Nachteile der einzelnen Vertragsarten für die Vertragsparteien.....</i>	<i>68</i>
II.5. ZWISCHENFAZIT	70
III. DIE VERTRAGLICHE HAFTUNG.....	72
III.1. ALLGEMEINES.....	72
III.2. HAFTUNGSVORAUSSETZUNGEN	73
<i>III.2.a. Schaden.....</i>	<i>73</i>
III.2.a.1. Allgemeines	73
III.2.a.2. Schadensarten und typische Schäden in der Unternehmensberatung.....	75
III.2.a.3 Prozessuales/Beweislast	76
<i>III.2.b. Kausalität.....</i>	<i>83</i>
III.2.b.1. Allgemeines	83
III.2.b.2. Kausalität in der Unternehmensberatung	84
III.2.b.3. Grenzen der Kausalität	88
III.2.b.4. Prozessuales/Beweislast.....	90
<i>III.2.c. Rechtswidrigkeit.....</i>	<i>92</i>
III.2.c.1. Allgemeines.....	92
III.2.c.2. Vertragliche Pflichten und ihre Verletzung	93
III.2.c.2.a. Allgemeines	93
III.2.c.2.b. Hauptleistungspflichten	94

III.2.c.2.c. Nebenleistungspflichten.....	108
III.2.c.3. Die Rechtswidrigkeit am Beispiel von OGH 4 Ob 265/99w	124
III.2.c.3.a. Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflichten.....	125
III.2.c.3.b. Verletzung der vertraglichen Aufklärungspflicht	126
III.2.c.3.c. Verletzung der vertraglichen Warnpflicht	129
III.2.c.4. Prozessuales/Beweislast	131
III.2.d. Verschulden	133
III.2.d.1. Allgemeines	133
III.2.d.2. Die Sachverständigeneigenschaft.....	136
III.2.d.2.a. Allgemeines.....	136
III.2.d.2.b. Der Unternehmensberater als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB	139
III.2.d.2.c. Bedeutung der Qualifikation des Unternehmensberaters als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB.....	141
III.2.d.3. Subjektive Unzumutbarkeit sorgfältigen Verhaltens	153
III.2.d.4. Mitverantwortung des Geschädigten	156
III.2.d.5. Prozessuales/Beweislast.....	160
III.3. RECHTSFOLGE UND HAFTUNGSDURCHSETZUNG.....	162
III.4. ZWISCHENFAZIT	164
IV. DER VERTRAGLICHE HAFTUNGSAUSSCHLUSS.....	167
IV.1. ALLGEMEINES.....	167
IV.2. ZULÄSSIGKEIT UND EINORDNUNG VON HAFTUNGSAUSSCHLÜSSEN	170
IV.2.a. Haftungsausschluss durch vertragliche Individualabreden	170
IV.2.b. Haftungsausschluss durch einseitige Pauschalausschlüsse oder AGB.....	172
IV.2.b.1. Allgemeines	172
IV.2.b.2. Einbeziehungskontrolle	172
IV.2.b.3. Geltungskontrolle.....	173
IV.2.b.4. Inhaltskontrolle	174
IV.2.c. Haftungsausschluss durch Disclaimer.....	179
IV.3. BEISPIELE FÜR HAFTUNGSAUSSCHLUSSKLAUSELN.....	182

<i>IV.3.a. Betragsmäßige Beschränkung der Haftungssumme</i>	<i>182</i>
IV.3.a.1. Definition/Motivation.....	182
IV.3.a.2. Zulässigkeit	183
<i>IV.3.b. Umfangmäßiger Haftungsausschluss nach Schadensart</i>	<i>185</i>
IV.3.b.1. Definition/Motivation	185
IV.3.b.2. Zulässigkeit	186
<i>IV.3.c. Ausschluss der Haftung für einen bestimmten Verschuldensgrad</i>	<i>186</i>
IV.3.c.1. Definition/Motivation	186
IV.3.c.2. Zulässigkeit	187
IV.3.c.3. Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden	188
IV.3.c.4. Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit	191
IV.3.c.5. Ausschluss der Haftung für Vorsatz	197
<i>IV.3.d. Verkürzung von Verjährungsfristen</i>	<i>198</i>
IV.3.d.1. Definition/Motivation	198
IV.3.d.2. Zulässigkeit	198
<i>IV.3.e. Ausschluss der Haftung bei fehlenden Formerfordernissen</i>	<i>200</i>
IV.3.e.1. Definition/Motivation.....	200
IV.3.e.2. Zulässigkeit	200
<i>IV.3.f. Ausschluss der Haftung ggü Dritten</i>	<i>201</i>
IV.3.f.1. Definition/Motivation	201
IV.3.f.2. Zulässigkeit	201
IV.4. ZWISCHENFAZIT	203
V. EXKURS: DIE AUßERVERTRAGLICHE HAFTUNG	205
V.1. DIE QUASI-VERTRAGLICHE HAFTUNG	206
<i>V.1.a. Culpa in contrahendo</i>	<i>207</i>
V.1.a.1. Allgemeines	207
V.1.a.2. Anwendungsfälle	208
V.1.a.2.a. Haftung ggü ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien	208

V.1.a.2.b. Haftung ggü Dritten	209
<i>V.1.b. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>	<i>210</i>
<i>V.1.c. Informationshaftung nach § 1300 Abs 1 ABGB.....</i>	<i>214</i>
V.1.c.1. Allgemeines	214
V.1.c.2. Tatbestandselemente	216
V.1.c.2.a. Auskunftserteilung	216
V.1.c.2.b. Durch Sachverständige in Angelegenheiten ihrer Kunst und Wissenschaft.....	219
V.1.c.2.c. Gegen Belohnung	220
V.1.c.2.d. Aus Versehen	226
V.1.c.2.e. Zum Nachteil Anderer	226
V.1.c.3. Anwendungsfälle	227
V.1.c.3.a. Haftung ggü ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien	227
V.1.c.3.b. Haftung ggü Dritten	229
V.1.c.4. Rechtsfolge und Haftungsdurchsetzung	233
V.2. DIE DELIKTISCHE HAFTUNG	235
<i>V.2.a. Informationshaftung nach § 1300 Satz 2 ABGB</i>	<i>235</i>
<i>V.2.b. Schutzgesetzverletzung</i>	<i>236</i>
V.3. ZWISCHENFAZIT	238
ANHANG I. ZUSAMMENFASSUNG/ABSTRACT	240
ANHANG II. QUELLEN- UND LITERATURVERZEICHNIS	A
JUDIKATUR	A
<i>Österreich</i>	<i>a</i>
BMW A	a
OGH	a
VwGH.....	f
<i>Deutschland</i>	<i>f</i>
BGH.....	f

Landesgerichte	f
LITERATUR	F
<i>Österreich</i>	<i>f</i>
Fachbücher	f
Kommentare	g
Zeitschriftenartikel	h
Online-Quelle	i
Sonstiges	j
<i>Deutschland/International</i>	<i>k</i>
Fachbücher	k
Kommentare	k
Zeitschriftenartikel	k
Online-Quelle	l
Sonstiges	m
ANHANG III. ABBILDUNGSVERZEICHNIS	N
ANHANG IV. ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	O

I. Allgemeines

I.1. Einleitung

Die Unternehmensberatung ist weltweit, wie auch in Österreich, ein bedeutendes wirtschaftliches Geschäftsfeld. Die in Österreich erzielten Umsätze machten im Jahr 2014 EUR 3,9 Mrd aus – das entspricht mehr als 1% des Bruttoinlandsprodukts – und der Sektor entwickelt sich seit Jahren mit einem Wachstum von 6-8% pa überdurchschnittlich im Vergleich zum österreichischen Wirtschaftswachstum.^{1,2} Trotz wirtschaftlicher Krisenzeiten und zahlreicher Vorbehalte ggü der Branche ist die Nachfrage weiterhin ungebrochen hoch.³ Bei fast alle großen, insb den börsennotierten Unternehmen sind Beratungsleistungen in wirtschaftlichen Fragestellungen eine Selbstverständlichkeit. Die entsprechenden Kosten dafür haben einen festen Platz im Budget. Berater unterstützen Führungskräfte um ihren Einblick in die relevanten Strukturen des Marktes und des Wettbewerbs zu vertiefen und ihnen als unternehmensexterne „Sparring Partner“ zur Verfügung zu stehen. Oft fungieren Unternehmensberater auch als zusätzliche Arbeitskräfte in intensiveren Projektphasen⁴ oder zur Absicherung der Geschäftsführung. Die Bandbreite an Themen reicht dabei von der Optimierung alltäglicher Prozesse bis zur langfristigen Strategieplanung.

Rat und Auskunft haben aber für den Empfänger nur dann einen Wert, wenn diese auch zuverlässig sind und der Mitteilungsempfänger ihnen vertrauen kann. Ist dies nicht der Fall, können sie bei dem den Rat Befolgenden großen Schaden stiften. Es stellt sich dann die Frage, ob die negativen Konsequenzen der Beratung auf den Schädiger abgewälzt werden können und der

¹ Das BIP 2014 machte EUR 329.296 Mio EUR aus: Statistik Austria, Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung http://www.statistik.at/web_de/statistiken/wirtschaft/volkswirtschaftliche_gesamtrechnungen/index.html (Abgerufen : 25.02.2016); Fachverband UBIT, UBIT Radar 2015 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Radar/UBIT-Radar-2015.html (Stand 24.07.2015).

² In Deutschland machten die Umsätze im Beratermarkt 2014/2015 25,2 Mio EUR aus; BDU, Facts & Figures zum Beratermarkt 2014/2015: <http://www.bdu.de/media/18888/facts-figures-zum-beratermarkt-2015.pdf> (Abgerufen 25.02.2016).

³ Dies indiziert schon das stetige Wachstum. *Winnen*, Der Beratervertrag – Eine juristische, betriebswirtschaftliche Betrachtung mit praktischen Beispielen, in *Deilmann/Petmecky* (Hrsg), Schriften zur Unternehmensberatung IX (2012) 1.

⁴ Teure Experten in ein festes Anstellungsverhältnis zu übernehmen, kann sich wirtschaftlich in manchen Fällen nicht lohnen. So auch *Schott*, Unternehmensprobleme – Unternehmensberatung (1987) 14.

Geschädigte „Ausgleich für die erlittenen Einbußen erhält“⁵. Insb, wenn das beratene Unternehmen in weiterer Folge in die Insolvenz schlittert, sehen sich auch Masseverwalter zunehmend verpflichtet nachzuforschen, ob Leistungen von Unternehmensberatern für die Insolvenz kausal waren und Schadenersatzansprüche gestellt werden können und ob die honorarpflichtigen Beratungsleistungen der letzten Monate gem Insolvenzrecht noch hätten erbracht werden dürfen.⁶

Die schadenersatzrechtliche Frage ist oft nicht gleich zu beantworten, denn einerseits sind Unternehmensberatungsverträge oftmals nicht sehr detailliert, andererseits hat sich vor Gericht bisher noch keine einheitliche Systematik in der Rsp zur zivilrechtlichen Haftung der Unternehmensberater entwickelt.

Die Verträge beschränken sich oft auf nur wenige Seiten und sind sehr allgemein gehalten. Gerade bei Unternehmen, die sich in der Krise befinden, wodurch der Bedarf nach professioneller externer Beratung besonders akut ist, gebieten der durch die Krise ausgelöste Zeitdruck und die moderne Dienstleistungsmentalität eine schnelle Verfügbarkeit und Leistungserbringung, weshalb der Vertragserrichtung und dem -abschluss zu wenig Aufmerksamkeit geschenkt werden. Eine genaue Definition des Leistungsgegenstands, der sich außerdem häufig im Laufe des Projekts ändert, unterbleibt. Auch zu den Voraussetzungen und dem Umfang der Haftung werden zwischen den Vertragsparteien sehr oft keine Regelungen getroffen bzw werden diese oft pauschal bis zur groben Fahrlässigkeit ausgeschlossen.

Im Gegensatz zu den klassischen beratenden Berufen – wie der Rechtsberatung, Steuerberatung oder Wirtschaftsprüfung – fehlt eine spezifische Systematik der Rsp zum Unternehmensberater.⁷ Dies liegt einerseits an einem Mangel an klaren und einheitlichen Definitionen in dem sehr weiten und inhomogenen Tätigkeitsfeld der Unternehmensberatung, andererseits daran, dass sich eine solche aufgrund der wenigen existierenden Urteile bisher nicht entwickeln konnte.

⁵ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997) Rz 1/13.

⁶ So auch derzeit im Falle des Solaranlagenherstellers Q-Cells: Budras/Löhr, Insolvenzverwalter nehmen Beraterhonorare ins Visier <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kanzlei-verklagt-insolvenzverwalter-nehmen-beraterhonorare-ins-visier-12581733.html> (Stand 19.09.2013); Für die weitreichende Judikatur europäischer Gerichte spricht auch ein neues Urteil des Landesgerichts Köln (LG Köln 22.10.2014, 26 O 140/13; 26 O 141/13 und 26 O 142/13), in dem entschieden wurde, dass ein Fußballverein sogar Sponsorengelder an ein Unternehmen zurückzahlen muss, das inzwischen insolvent ist. Der Insolvenzverwalter brachte vor, dass der Fußballclub zum Zeitpunkt der Zahlung schon von der Zahlungsunfähigkeit der Firma gewusst und trotzdem die Sponsorengelder angenommen habe.

⁷ Völkl/Posch, Neues zur Haftung des Unternehmensberaters? Zak 2006, 166.

Trotz der Größe, Relevanz und Schadensneigung – meist betreffen Ratschläge komplexe Themenbereiche in einem dem Berater weitgehend fremden Unternehmen – dieses Dienstleistungssektors, war die Haftung von Unternehmensberatern in Österreich und Deutschland bisher nur selten Gegenstand höher- oder höchstgerichtlicher Rsp. Das liegt nicht daran, dass es keine Probleme bei der Erbringung von Beratungsleistungen gäbe. Einerseits weisen beratene Klienten teils aufgrund der geringen Zahl an entschiedenen Fällen, teils aufgrund ihrer wirtschaftlichen Lage, eine gewisse „Konfliktscheue“ auf, andererseits zeigen sich Beratungsunternehmen aus Furcht vor Reputationsschäden sehr vergleichsbereit. Beides führt dazu, dass Streitigkeiten bis heute entweder gar nicht zu Gericht kommen, oder Prozesse aufgrund einer Einigung – wie zB eines Vergleichs – der Parteien in einem frühen Stadium beendet werden. Dies erscheint umso mehr verständlich, als die Kosten und der Ausgang eines solchen Rechtsstreits meist schwer abschätzbar sind und beratene Klienten aufgrund der vorherrschenden Informationsasymmetrie Fehler nicht unbedingt gleich bemerken bzw im Streitfall nur schwer nachweisen können. Bemerkenswert ist auch, dass auf Seiten des Unternehmensberaters häufig nur in geringem Maß vorhandene Bewusstsein über die Schadensneigung seiner Tätigkeit und das damit verbundene Haftungsrisiko. Erstaunlich verbreitet ist die Ansicht, man könne allen Haftungsrisiken aus dem Weg gehen indem man sie vertraglich gänzlich ausschließt.

Haftungsfälle werden von den Gerichten daher mit wenig generell anwendbaren Rechtsätzen als Einzelfallentscheidung gelöst und weisen „*vergleichsweise uneinheitliche schadenersatzrechtliche Beurteilungsvarianten*“ auf. Richter haben die schwierige Aufgabe eine Balance zwischen dem Entstehen des Unternehmensberaters für die Zusage einer ordentlichen – das Honorar rechtfertigenden – Leistung einerseits und dem Nicht-Abwälzen unternehmerischer Verantwortung des beratenen Klienten auf den Unternehmensberater andererseits zu finden. Dabei ist zwischen einem gerechten Ersatz für den erlittenen Schaden des Beratenen und einem Überspannen von Pflichten und Ansprüchen an den Berater abzuwägen. Erschwert wird die richterliche Beurteilung durch die Tatsache, dass wirtschaftliche Probleme bei beratenen Unternehmen oft viel später auftreten und auf eine Vielzahl an Ursachen zurückzuführen sein können. Welche Probleme tatsächlich auf eine fehlerhafte Beratungsleistung zurückzuführen sind, ist dann oftmals schwer zu erkennen.

Nichtsdestotrotz ist seit Jahren die Tendenz eines Anstiegs des Haftungsmaßstabs für beratende Berufe zu bemerken.⁸ In jüngster Zeit wird von Seiten der Versicherungsunternehmen eine steigende Anzahl an Haftungsfällen im Bereich der Unternehmensberatung vermeldet.⁹ Aber auch Gerichte hatten sich in den letzten Jahren verstärkt mit dem Thema der Haftung von Unternehmens- und Anlageberatern zu befassen.¹⁰ Darüber hinaus mehren sich die Stimmen – darunter die von Gläubigern und Masseverwaltern insolventer Unternehmen – mit der Forderung nach einer strengeren Haftung des Berufsstands der Unternehmensberater.¹¹

Diese Umstände lassen auf eine wachsende Bereitschaft schließen sich mit diesem Thema streitig auseinanderzusetzen um tatsächliche oder vermeintliche Schadenersatzansprüche geltend zu machen. Dies nicht, weil die fachliche Tätigkeit an Qualität verloren hätte, sondern weil Beratungsaufträge zunehmend an Komplexität gewonnen haben, das Anspruchsdenken der beratenen Klienten gestiegen¹² und die Hemmschwelle ggü rechtlichen Konflikten gesunken ist. Auch in der Literatur wird bemerkt, dass beratene Klienten in den letzten Jahren ein „*ungeahntes Sensorium für die Ihnen zur Verfügung stehenden rechtlichen Möglichkeiten*“¹³ entwickelt zu haben scheinen. Zugleich ist das Verständnis der Rolle des Unternehmensberaters im Wandel. In der Praxis zeigt sich, dass Klienten zunehmend statt eines Generalisten einen bzw mehrere Experten in verschiedenen Fachbereichen als ihren Berater suchen. Der Tätigkeitsbereich des Beraters ist auch weiter gefasst. Er soll nicht nur Fachwissen in seinem Spezialgebiet mitbringen,

⁸ Fenzl, Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsvertreters für seine Rechtsmeinung, ÖJZ 1951, 397: Die Haftung der Rechtsanwälte sei immer weiter „verschärft, tlw überspitzt“. Über Mandatare schrieb der Autor: „von der Haftung des Mandatars nur für dolus sind wir jetzt bei der Haftung des Notars gegenüber Dritten [...] für schlechte wirtschaftliche Begutachtung, für den Mangel der Kenntnis der öffentlichen Kundmachung über Ausgleichseröffnungen gelangt.“

⁹ Fachverband UBIT, Berufshaftpflichtversicherung für Unternehmensberater https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Berufshaftpflicht.pdf (Abgefragt: 05.02.2014).

¹⁰ W. Völkl/E. Völkl, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung 1997-2000, ÖJZ 2002, 1.

¹¹ Auch die EG Kommission setzte sich 1990 mit dem Thema der Beraterhaftung indirekt auseinander als sie den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Haftung bei Dienstleistungen vorlegte (KOM (90) 482 – SYN 308, ABI C 1991/12, 8). Der Vorschlag sah eine Vereinheitlichung der Haftung des Dienstleistungssektors und der Sachgüterproduktion vor. Er wurde zwar schnell wieder zurückgenommen, eröffnete aber zugleich eine auch heute noch vorherrschende Debatte über die Gleichbehandlung der verschiedenen Dienstleistungsberufe *Hirte*, Berufshaftung (1996) 220.

¹² Stöger, Die Haftung der Berater gegenüber dem Unternehmen, AR aktuell 2006, 7.

¹³ W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung¹ (2007) 3. Zitat in neuer Version nicht mehr vorhanden.

sondern auch mit ausgeprägten interpersonellen Fähigkeiten ausgestattet sein und außerdem seinen Klienten bis zur Implementierung betreuen. Auch diese veränderte Rolle bietet zusätzliches Konfliktpotential.

All dies, zusammen mit meiner beruflichen Erfahrung als Unternehmensberaterin, nehme ich zum Anlass, mich im Zuge meiner Dissertation mit den Leistungspflichten des Unternehmensberaters, der daraus resultierenden Haftung und ihren Grenzen auseinanderzusetzen. Im Mittelpunkt der Arbeit steht die Frage, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Grenzen ein Unternehmensberater seinem Klienten Ersatz für einen durch fehlerhafte Beratung verursachten Schaden zu leisten hat. Neben der Darlegung der Grundlagen der Haftung werden auch die Möglichkeiten ihrer rechtswirksamen Beschränkung erörtert.

Diese Arbeit soll für Berater wie für Beratene gleichermaßen interessant sein. Ziel ist es, einerseits zu klären inwieweit Unternehmensberater ihre Leistung erbringen können ohne sich in die Gefahrenzone einer schadenersatzrechtlichen Verantwortung zu begeben und andererseits Klienten Klarheit darüber zu geben, welche Ansprüche sie bei eingetretenen Schäden geltend machen können.

Nicht bzw nicht im Detail in dieser Arbeit behandelt, werden folgende Bereiche iZm der Unternehmensberatung:

- Haftung aus Vorvertrag (in Grundzügen)
- Haftung aus Delikt (in Grundzügen)
- Gewährleistungsrecht
- Gehilfenhaftung¹⁴
- Rechtsbeziehung zwischen Unternehmensberatern und ihren Mitarbeitern
- Versicherungsrecht

Zu dem Aufbau der Arbeit ist zu sagen, dass die Auffassung des Obersten Gerichtshofs, insb anhand seiner Grundsatzentscheidung aus dem Jahr 1999 – 4 Ob 265/99w – durchgängig an den jeweilig relevanten Stellen aufgearbeitet wird. Trotz des geringen dieser E zu Grund liegenden

¹⁴ Auf die Unternehmensberatung sind die allgemeinen Grundsätze der Gehilfenhaftung nach §§ 1313a und 1315 ABGB iVm den Regelungen über die jeweiligen Grundvertragsarten anzuwenden. Grds können Werkunternehmer und freie Dienstnehmer das Vertragsverhältnis nicht durch Substitution übertragen. Subunternehmer oder eigene Dienstnehmer dürfen als Gehilfen eingesetzt werden. In diesem Fall haftet der Werkunternehmer oder freie Dienstnehmer für ihr Verschulden wie für eigenes. W. Völkl/C. Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/329.

Streitwertes, beinhaltet sie viele wesentliche Aussagen zum Unternehmensberater, seinen Pflichten und den Spezifika des Unternehmensberatungsvertrags. Zugleich ergeben sich aus dem Urteil, ua gerade aufgrund der geringen wirtschaftlichen Tragweite der Entscheidung, einige weitergehende Fragestellungen, auf die an den verschiedenen Stellen dieser Arbeit weiter eingegangen wird. Dazu zählen: ab wann ein Verlustrisiko so konkret ist, dass darauf hingewiesen werden muss (sh Nebenleistungspflichten – Warnpflicht); von welchen wirtschaftlichen Kenntnissen der Berater bei seinem Klienten ausgehen kann (sh Nebenleistungspflichten – Aufklärungspflicht); ob den Berater die Pflicht trifft über Missverhältnisse zwischen Beratungsumfang und -ziel aufzuklären (sh Nebenleistungspflichten – Aufklärungspflicht); ob das Entgelt Auswirkungen auf den anzulegenden Sorgfaltsmaßstab hat (sh der Unternehmensberater als Sachverständiger) und wie lange ein Kausalzusammenhang zwischen Beratungstätigkeit und Schaden angenommen werden kann (sh Kausalität).

Insb soll in der Arbeit auf den Unternehmensberatungsvertrag und seine Einordnung in den Typenkatalog des ABGB, die Besonderheiten bei der Prüfung eines Schadenersatzanspruchs nach dem Prinzip der Verschuldenshaftung, die Möglichkeiten einer Haftungsminderung bzw eines -ausschlusses und die Thematik der Dritthaftung eingegangen werden. Der Vollständigkeit halber werden am Ende der Arbeit auch die quasi-vertragliche und die deliktische Haftung des Unternehmensberaters nach § 1300 ABGB in Grundzügen behandelt.

I.2. Die unternehmensberatende Tätigkeit und ihre rechtlichen Grundlagen

I.2.a. Zivilrecht

Unternehmensberatungsverträge werden idR als Rechtsgeschäft zwischen juristischen Personen als Parteien geschlossen. Zur rechtlichen Beurteilung einschlägiger Sachverhalte sind primär das Zivilrecht und seine Regeln anzuwenden. Für die Frage der Haftung kommen dabei die allgemeinen Grundsätze der Verschuldenshaftung nach §§ 1293ff ABGB, ergänzt um die besonderen Regelungen des Beratungsvertrags und des Berufsrechts, zur Anwendung.¹⁵ Um eine schadenersatzrechtliche Verantwortlichkeit zu begründen, müssen die Tatbestandsmerkmale der Verschuldenshaftung kumulativ erfüllt sein¹⁶:

- Eintritt eines Schadens beim Klienten (positiver Schaden oder entgangener Gewinn)
- Rechtswidrige Verletzung einer Pflicht (durch Tun oder Unterlassen)
- Ursächlichkeit zwischen Pflichtverletzung und Schaden (Kausalität)
- Verschulden des Beraters (subjektive Tatseite)

Zur Reihenfolge der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen ist zu sagen, dass in umfangreichen Schadenersatzprozessen die Problematik oft darin besteht, dass eine Schadensursächlichkeit durch eine behauptete Pflichtverletzung gutachterlich geprüft wird bevor überhaupt die Pflichtverletzung festgestellt wird. Der OGH sprach sich in seinem Grundsatzurteil OGH 4 Ob 265/99w für eine umgekehrte Prüfungsreihenfolge der Tatbestandsmerkmale aus:¹⁷ *„Der Verlauf der wirtschaftlichen Entwicklung des Unternehmens der Klägerin wird erst dann zum Beweisthema, wenn eine objektive Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten feststeht. Bevor nämlich die Verschuldensfrage nicht geklärt ist, bedarf weder die Frage der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden noch der Schaden selbst einer näheren Prüfung.“*¹⁸ Der Grund dafür ist, dass die Beurteilung von Schaden und Kausalität den weitaus schwierigsten Teil der Anspruchsgrundlage darstellt, für die der Klient grds voll beweispflichtig ist. Schäden sind schwer

¹⁵ Nach § 1295 ABGB ist jedermann berechtigt von dem Beschädiger den Ersatz zu fordern, welchen dieser ihm aus Verschulden zugeführt hat. § 1294 bestimmt, dass das schädigende Verhalten rechtswidrig sein muss.

¹⁶ Koziol/Apathy/Koch, Haftpflichtrecht³ Kap. A.1. (Stand 01.09.2014, rdb.at).

¹⁷ Schilling, Haftung für Unternehmensberatung, RdW 2008, 327.

¹⁸ OGH 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

bezieherbar und Sachverhalte multikausal.¹⁹ Nach Auffassung des OGH ist also erst nach Feststellung von Rechtswidrigkeit und Verschulden auf die Fragen des Schadens und der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schadenseintritt einzugehen um wirtschaftlich möglichst effizient zu handeln. In der Praxis ist stets ein „Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Rechtswidrigkeit und Kausalität erforderlich“²⁰. Die weiteren Ausführungen dieser Dissertation folgen dennoch, auch im Interesse einer klaren Systematik und da die Prozessökonomie in der Wissenschaft nicht im Vordergrund steht, dem gewohnten Haftungsprüfschema.

Abgesehen von den für den Unternehmensberater relevanten Rechtsnormen zur Vertragshaftung, beschäftigt sich das ABGB auf Verschuldensebene auch ausdrücklich mit der Thematik des Ratgebens. Und zwar ist nach § 1300 ABGB ein Sachverständiger wie er in § 1299 ABGB beschrieben ist, auch dann „verantwortlich, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt. Außer diesem Falle haftet ein Ratgeber nur für den Schaden, „welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem Anderen verursacht hat.“ Eine solche Person hat den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht-gewöhnlichen Kenntnisse zu vertreten. Diese Regel erweitert also die Haftung auf die Fahrlässigkeit, wenn ein sachverständiger Unternehmensberater Rat gegen Belohnung erteilt.²¹ Die Anwendung dieser Norm in Kombination mit § 1299 ABGB wirft in der Praxis eine Vielzahl an Fragen auf²² und wird daher im Folgenden in dem Kapitel III.2.d. „Verschulden“ näher behandelt.

I.2.b. Unternehmensrecht

Unternehmensberatungsverträge werden, wie schon der Name sagt, mit Unternehmen abgeschlossen. Auch der Berater ist idR Unternehmer iSd § 1 UGB²³, weshalb die Bestimmungen des Unternehmensgesetzbuchs auf das Beratungsverhältnis anzuwenden sind.²⁴

¹⁹ Weder die Kausalität noch der Schaden können geprüft werden bevor die objektive Sorgfaltswidrigkeit (also Pflichtverletzung) feststeht und die Verschuldensfrage sonst geklärt ist. OGH 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

²⁰ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.02} § 1295 Rz 6 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

²¹ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare (1990) Rz 13.

²² Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) 6; Scheucher, Die Haftung des Sachverständigen für sein Gutachten, ÖJZ 1961, 225.

²³ Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen BGBl 1897/219.

Im Bereich des Schadenersatzrechts sieht das Unternehmensrecht Sonderregelungen für die unternehmerische Sorgfaltspflicht, den Umfang der Schadenersatzpflicht und die Solidarhaftung bei teilbaren Leistungen vor.²⁵ § 347 UGB normiert, dass jemand, der „aus einem Geschäft, das auf seiner Seite unternehmensbezogen ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, für die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers einzustehen hat.“ Es gilt für den Unternehmensberater als Unternehmer somit ein besonderer Sorgfaltsmaßstab, nämlich der eines Sachverständigen nach § 1299 ABGB.²⁶ Dieser ist für jede Berufsgruppe entsprechend der Anforderungen an sie eigens zu definieren. Er trifft alle Unternehmer, unabhängig von der Größe des Unternehmens, im geschäftlichen Bereich.²⁷ § 349 UGB ordnet des Weiteren an, dass bei unternehmensbezogenen Geschäften der Schaden auch schon bei leichter Fahrlässigkeit den entgangenen Gewinn mit umfasst.²⁸ Nicht zuletzt sieht das UGB in § 348 eine Solidarhaftung mehrere Unternehmer bei einem unternehmensbezogenen Geschäft vor.²⁹

Eine weitere Spezialnorm des UGB ist die Mängelrüge in § 377 UGB. Dabei handelt es sich um eine Obliegenheit von Unternehmern in Fällen beidseitiger unternehmensbezogener Geschäfte festgestellte Mängel der Ware binnen angemessener Frist zu rügen.³⁰ Obwohl sie primär auf den Rechtsbehelf der Gewährleistung zugeschnitten ist, betrifft sie das Schadenersatzrecht insofern, als laut Abs 2 „Schadenersatz wegen des Mangels selbst“ nicht mehr geltend gemacht werden

²⁴ Die Vorschriften des KSchG können aus eben diesem Grund vernachlässigt werden.

²⁵ Krejci, Unternehmensrecht⁵ (2013) 368.

²⁶ Mehr dazu im Kapitel III.2.d.2. „Die Sachverständigeneigenschaft“.

²⁷ Schauer in Krejci, Reform-Kommentar UGB ABGB § 347 Rz 2 UGB (Stand 01.01.2007, rdb.at). § 347 UGB gilt für Sorgfaltspflichten eines Unternehmers aus unternehmensbezogenen Geschäften. Die Bestimmung bezieht sich nicht auf deliktisches Verhalten.

²⁸ Kramer/Rauter in Straube/Ratka/Rauter, UGB I⁴ § 349 (Stand April 2011, rdb.at). Beim Vermögensschaden wird zwischen positivem Schaden und entgangenem Gewinn unterschieden. Nach allgemeinem Zivilrecht wird der entgangene Gewinn nur bei vorsätzlichem oder grob fahrlässigem Verhalten ersetzt. Mehr dazu im Kapitel III.2.a. „Schaden“.

²⁹ § 889 ABGB nimmt im Gegensatz dazu bei teilbaren Leistungen im Zweifel ein Teilschuldverhältnis an.

³⁰ Kramer/Martini in Straube/Ratka/Rauter I⁴ §§ 377, 378 (Stand April 2011, rdb.at).

kann, wenn der Vertragspartner Mängel nicht rügt. Ob die Mängelrüge in dieser Form auch in Bezug auf die Unternehmensberatung als Dienstleistung angewendet werden kann ist fraglich.³¹

I.2.c. Gewerberecht

I.2.c.1. Einordnung und Befugnisse

Der Beruf der „Unternehmensberatung einschließlich Unternehmensorganisation“ ist nach § 94 Z 74 GewO³² ein reglementiertes Gewerbe³³ und richtet sich nach den dafür vorgesehenen berufsrechtlichen Normen.³⁴ Im allgemeinen Sprachgebrauch wird der Begriff „Unternehmensberatung“ im weitesten Wortsinn als „Oberbegriff für sämtliche Arten einer beratenden Tätigkeit für Unternehmen verstanden“³⁵. Die Beurteilung ob eine unternehmensberatende Tätigkeit vorliegt erfolgt nach formalrechtlichen Kriterien. Dazu wird an den gewerberechtlichen Befähigungsnachweis und nicht an den Inhalt der Tätigkeit angeknüpft.³⁶ Für den Umfang der Gewerbeberechtigung sind nach § 29 GewO insb „die dem Gewerbe

³¹ Der Mängelrügepflicht unterliegen neben Kauf- und Werklieferungsverträgen auch Tausch- und Werkverträge, sofern auf beiden Seiten Unternehmer im Rahmen ihres Unternehmens beteiligt sind. Sie hat „*binnen angemessener Frist*“ zu erfolgen. WKO, Das neue Unternehmerrecht im Überblick, https://www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerberecht/Gesellschaftsrecht/Unternehmensrecht/Unternehmensrecht--Handelsrecht-/Das_neue_Unternehmerrecht_im_Ueberblick.html (Stand 23.04.2015).

³² GewO 1994 BGBl 1994/194.

³³ Mit der Einordnung des Berufs des Unternehmensberaters als reglementiertes Gewerbe gem GewO nicht zu verwechseln ist die Einordnung als freiberufliche Tätigkeit gem Abgabenrecht. Die Berufstätigkeit des Unternehmensberaters fällt in den Katalog der freiberuflichen Tätigkeiten, durch welche nach § 22 Abs 1 lit b EStG (Einkommensteuergesetz 1988 BGBl I 1988/400) Einkünfte aus selbstständiger Tätigkeit bezogen werden. Der VwGH hat aber die Qualifizierung einer Tätigkeit als unternehmensberatende bei einem Steuerpflichtigen abgelehnt, der im Streitjahr mangels vollständig abgelegter Prüfung die gewerberechtlichen Voraussetzungen nicht erbringen konnte (VwGH 18.07.1995, 95/14/0026). Unternehmensberater iSd EStG sind also nur jene Personen, die auch nach der GewO als Unternehmensberater anzusehen sind (VwGH 10.07.1996, 94/15/0030). Atzmüller, Zur Auslegung des Begriffes "Unternehmensberater" im § 22 EStG 1988, FJ 1992, 112; Doralt, Wer ist Unternehmensberater? RdW 1991, 303.

³⁴ Der Betriebs-, Wirtschafts- oder Unternehmensberater übt allerdings keinen freien Beruf iSd § 6 EGG aus. OGH 21.10.2004, 6 Ob 158/04k.

³⁵ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater (2005) 1.

³⁶ Neuber, Unternehmensberaterprüfung als Voraussetzung für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit als Unternehmensberater gem § 22 Z 1 lit b EStG 1988, ÖStZ 1997, 150; VwGH 18.07.1995, 95/14/0026; aA Atzmüller, FJ 1992, 112, der mehr auf den Inhalt der Tätigkeit abstellt.

*eigentümlichen Arbeitsvorgänge, [...] die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen“ heranzuziehen.*³⁷

Wirkungskreis und Befugnisse des Unternehmensberaters werden in § 136 iVm § 29 GewO umrissen. Der klassische Tätigkeitsbereich umfasst die Beratung. § 136 Abs 3 GewO berechtigt Unternehmensberater außerdem zu einer – auf den Personenkreis der Führungskräfte eingeschränkten – Personalberatung und Arbeitsvermittlung³⁸ sowie der Vertretung des Auftraggebers vor Behörden und Körperschaften des öffentlichen Rechts; darunter fallen u.a. Finanz-, Arbeitsmarkt- und Gewerbebehörden, sowie auch Sozialversicherungsträger.

Dieses Vertretungsrecht wird aber in Hinblick auf die Standesregeln der freien Berufe von der Rsp eng ausgelegt.³⁹ Es besteht *„nur im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung“*, also nur soweit es *„zur Erfüllung der vom Unternehmensberater berufstypischen zu erbringenden Leistungen erforderlich sei.“*⁴⁰ Dies wird damit begründet, dass die Tätigkeit des Unternehmensberaters *„schon ihrem Wesen nach in einem Tätigwerden im Innenverhältnis (zum Auftraggeber) besteht und der Unternehmensberater typischerweise von seinem Auftraggeber weder Entscheidungsbefugnis noch die Ermächtigung erhält, die beschlossenen Problemlösungen nach außen durchzusetzen und*

³⁷ Nach Rsp des OGH können hierzu ein Beruflexikon, die Ausbildungsvorschriften, aber auch Fachstatuten von Fachgruppen der Kammer der gewerblichen Wirtschaft als Beurteilungsgrundlage verwendet werden. Vgl OGH 13.03.2002, 4 Ob 44/02b, wo sich der OGH überdies auch auf eine Definition der Unternehmensberatung in der wirtschaftswissenschaftlichen Lehre – *Schramböck*, Strukturanalyse der Unternehmensberatung in Österreich, RWZ 1997, 215 – beruft. In der Rsp der öffentlich-rechtlichen Gerichte ist wiederum ein Hinweis auf die Definition von Gabler's Wirtschafts-Lexikon (*Gabler* Wirtschaftslexikon, Stichwort: Strategieberatung, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17888/strategieberatung-v9.html> (Stand 2015)); vgl etwa VwGH 22.11.1995, 94/15/0154.

³⁸ Voraussetzung für das Nebenrecht der Arbeitsvermittlung von Führungskräften ist neben der Erbringung des Befähigungsnachweises nach § 2 der UnternehmensberatungsVO (Unternehmensberatungs-Verordnung BGBl II Nr 2003/94) das Einhalten der einschlägigen Bestimmungen des AMFG (Arbeitsmarktförderungsgesetz BGBl 1969/31). Hier gibt es konkurrierende Befugnisse zwischen den Unternehmensberatern und dem reglementierten Gewerbe der Arbeitsvermittlung sowie der aus der GewO ausgenommenen Tätigkeit des Arbeitsmarktservices. Mehr dazu in *Saria*, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe (2012) 82. Der genaue Anwendungsbereich dieser Bestimmung ist jedoch strittig. Mehr dazu in *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ (2011) § 136 Rz 4.

³⁹ RIS-Justiz RS0105035 (OGH 10.07.2001, 4 Ob 145/01d; OGH 24.06.2003, 4 Ob 26/03g).

⁴⁰ OGH 24.06.2003, 4 Ob 26/03g; Der OGH betonte in seiner Entscheidung (OGH 09.08.2006, 4 Ob 111/06) auch, dass der Unternehmensberater im Rahmen der *„betriebswirtschaftlichen Problemlösung zwar die Entscheidung für eine bestimmte Gesellschaftsform treffen könne, dass der Unternehmensberater allerdings nur im Vorfeld der Entscheidung tätig wird und die rechtliche Umsetzung durch Erstellung eines Gesellschaftsvertrags und durch Eingaben an das Firmenbuch nicht mehr zu seinem typischen Tätigkeitsgebiet gehört und daher nicht mehr von seiner Gewerbeberechtigung erfasst ist.“*

für den Auftraggeber zu realisieren.“⁴¹ Die Vertretungsbefugnis der Unternehmensberater in den Grenzen des rechtlich Erlaubten gilt als „berufsmäßige Parteienvertretung“ iSd § 10 Abs 1 AVG.^{42, 43, 44}

Gem § 33 Abs 2 GewO sind die Unternehmensberater bei Vorliegen der dafür erforderlichen Fachkenntnisse auch zur Ausübung der Tätigkeit einer Sicherheitsfachkraft iSd § 73 Abs 1 Z 2 ASchG⁴⁵ berechtigt.⁴⁶ Unternehmensberater können sich auch in die Liste der Mediatoren eintragen lassen, wenn sie die notwendigen Voraussetzungen nach § 10 Abs 2 ZivMediatG⁴⁷ erfüllen.⁴⁸ Weitere Nebenrechte ergeben sich aus den allgemeinen Bestimmungen über die sonstigen Rechte der Gewerbetreibenden. Für Unternehmensberater sind dies primär Vor- und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe. Demnach können „in geringem Umfang“

⁴¹ „Außenkontakte des Unternehmensberaters namens seines Auftraggebers bleiben demnach nur solange im Rahmen der Gewerbebefugnis, als sie zur Erfüllung der vom Unternehmensberater berufstypisch zu erbringenden Leistung erforderlich sind.“; OGH 10.07.2001, 4 Ob 248/04f.

⁴² Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz BGBl 1991/51.

⁴³ BMWA 11.04.2003, 30.551/14-I/7/2003 (bereits skatiert, gesehen in *Saria*, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe, 82.) Vertretungstätigkeiten umfassen zB: Vertretung des Auftraggebers in Gewerbeangelegenheiten bei Beratung iZm Unternehmensgründungen, -wandlungen oder -liquidationen, Vertretung in Verwaltungsverfahren im Rahmen der Tätigkeit „Projektmanagement“ oder „Ökologieberatung“, Vertretung in arbeits- und sozialrechtlichen Angelegenheiten vor Arbeitsämtern im Rahmen der Personalberatung, Vertretung vor Finanzbehörden zur Klärung von Vorfragen im Rahmen der Finanzberatung.

⁴⁴ Die Vertretungsbefugnis erstreckt sich dabei über das Verwaltungsverfahren hinweg auch auf das Verwaltungsstrafverfahren nach dem VStG (Verwaltungsstrafgesetz BGBl 1991/52). BMWA 22.08.2007, 30.599/0275-I/7/2007.

⁴⁵ ArbeitnehmerInnenschutzgesetz BGBl 1994/450.

⁴⁶ Mehr dazu in VwGH 22.02.2011 2010/04/0144.

⁴⁷ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen I BGBl 2003/29. § 10 Abs 2 ZivMediatG sieht vor, dass „bei Beurteilung der fachlichen Qualifikation jene Kenntnisse und Fertigkeiten, die Angehörige bestimmter Berufe, insb Psychotherapeuten, klinische Psychologen und Gesundheitspsychologen, Rechtsanwälte, Notare, Richter, Staatsanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Ziviltechniker, Lebens- und Sozialberater, Sozialarbeiter, Unternehmensberater oder Hochschullehrer aus einem einschlägigen Fach, im Rahmen ihrer Ausbildung und ihrer Berufspraxis erworben haben und die ihnen bei Ausübung der Mediation zustande kommen, zu berücksichtigen sind“.

⁴⁸ Die konkrete Vermittlungsaufgabe des Unternehmensberaters ist dabei in einem zwischen dem Mediator und den Konfliktparteien abgeschlossenen Mediationsvertrag festgelegt. Der Mediator schuldet seine Kenntnisse und Fähigkeiten betreffend Kommunikationstechniken zur Konfliktbeilegung und sein Bemühen um ein konstruktives Kommunikationsklima.

Leistungen anderer Gewerbe erbracht werden, sofern sie eigene Leistungen „wirtschaftlich sinnvoll“ ergänzen.⁴⁹

Unternehmensberater dürfen jedenfalls keine dem Wirtschaftstreuhänder vorbehaltenen Tätigkeiten ausüben. So darf eine Beratung auf dem Gebiet der Organisation und Führung des betrieblichen Rechnungswesens bspw keine steuerlichen Fragen im engeren Sinn zum Gegenstand haben. Der Unternehmensberater darf auch nicht vor Abgabenbehörden vertreten.⁵⁰

Auch die Tätigkeit des Masseverwalters ist nach allgemeiner Anschauung nicht von der Gewerbeberechtigung mit umfasst.⁵¹ Unterschiedliche OGH Judikatur gibt es zu den Vertretungsrechten des Unternehmensberaters in gerichtlichen Insolvenzverfahren.⁵² Eine Orientierungshilfe bietet das „Berufsbild der Unternehmensberaters“⁵³, herausgegeben vom Fachverband Unternehmensberatung, Buchhaltung und Informationstechnologie der WKO (im Folgenden UBIT). Hier werden deklarativ die Kernfähigkeiten des Unternehmensberaters aufgezählt. Die Vertretung im Insolvenzverfahren wird dabei nicht erwähnt, allerdings auch nicht explizit ausgeschlossen.

Eine außergerichtliche Vertretung ist mangels Umsetzungsbefugnis nicht durch die Gewerbebefugnis gedeckt. Die Rsp des OGH⁵⁴ ist hier vglw einheitlich. Der Unternehmensberater ist berechtigt Problemlösungsvarianten zu erarbeiten und vorzuschlagen, die Umsetzung obliegt

⁴⁹ Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 85.

⁵⁰ Vgl §§ 3 und 5 iVm § 116 Abs 1 Z 1 WTBG (Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz BGBl I 1999/58), nach denen jemand der einen Wirtschaftstreuhänderberuf selbstständig ausübt oder eine der in den §§ 3 und 5 WTBG angeführten Tätigkeiten ohne die erforderlichen Berechtigungen anbietet (wenn die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet) eine Verwaltungsübertretung begeht und eine Geldstrafe von EUR 400 – EUR 20.000 leisten muss. Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 86.

⁵¹ Grabler/Stolzlechner/Wendl³ § 136 Rz 2.

⁵² Im Jahr 2002 sah der OGH (OGH 13.03.2002, 4 Ob 44/02b) Vertretungshandlungen in diesem Bereich unter Berufung auf einen umfassenden „funktionalen Behördenbegriff“ noch nicht „in einem offenkundigen Widerspruch zum Gesetz“. Ein Jahr später (OGH 24.06.2003, 4 Ob 26/03g) relativierte das Höchstgericht diese Ansicht als es aussprach der Gesetzgeber habe dem Unternehmensberater mit der Bestimmung des § 172 Abs 3 GewO „keine umfassende berufsmäßige Parteienvertretung“ ermöglichen wollen. Daher könne sie Entscheidung nicht aufrechterhalten werden. Der konkrete Umfang der Vertretungsbefugnis im Insolvenzverfahren wurde vom Höchstgericht jedoch in diesem Urteil nicht näher definiert.

⁵³ Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

⁵⁴ OGH 10.07.2011, 4 Ob 145/01d.

aber dem Auftraggeber selbst. Kontaktaufnahme, wie Schreiben und persönliches Auftreten in Vertretung des Klienten ggü den Gläubigern, ist deshalb auch zu unterlassen. Diese Tätigkeit entspricht nämlich dem Gewerbe eines Ausgleichvermittlers und ist den Rechtsanwälten vorbehalten.⁵⁵ Zulässig ist aber die Erstattung von Gutachten und Berichten oder die Teilnahme an Vergleichsverhandlungen als „sachverständige Auskunftsperson.“^{56,57}

Eine „umfassende berufsmäßige Parteienvertretung“ – etwa auch zur Vertretung in Abgabenverfahren – steht auch im Widerspruch zu § 8 Abs 1 RAO⁵⁸ iVm § 1 lit b WinkelschreibereivO⁵⁹, der speziell für das Verfassen von Rechtssätzen normiert ist. Ein Unternehmensberater verstößt gegen das Vertretungsmonopol des Rechtsanwalts, wenn er Gesellschaftsverträge erstellt und Firmenbucheingaben verfasst. Dabei kann er sich auch nicht auf das Mitwirken von Rechtsanwälten und Notaren an der Erstellung der Verträge berufen.^{60,61}

⁵⁵ Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 89.

⁵⁶ Fachverband UBIT, Umfang der Gewerbeberechtigung 2007 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/Vertretungsrechte_von_Unternehmensberater_n.pdf (abgefragt: 15.02.2016).

⁵⁷ Es bestehen jedoch zwei dieser Rechtsansicht des OGH entgegenstehende Erlässe des BMWA als oberster Gewerbebehörde, die trotz entgegenstehender Judikatur des OGH bisher nicht revidiert wurden: BMWA 23.11.2000, 33.820/15 – III/A/1/00 Blg. 3; BMWA 11.04.2003, 30.551/14-I/7/2003 (bereits skatiert, gesehen in Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 82).

⁵⁸ Rechtsanwaltsordnung 1868 BGBl 1868/96.

⁵⁹ Winkelschreibereiverordnung BGBl 1857/114.

⁶⁰ OGH 09.08.2006, 4 Ob 111/06m. Die beklagten Unternehmensberater hatten in dieser Entscheidung im Rahmen ihrer Tätigkeit Gesellschaftsverträge und Eingaben an das Firmenbuch verfasst. Die Schriftstücke wurden anlässlich von Notariatsterminen, bei denen die für das Firmenbuch erforderlichen Notariatsakte erstellt wurden, von den Unternehmensberatern unterschrieben. Das erfolgte durch notarielle Mantelung der von den Beklagten vorbereiteten Privaturkunden. Der OGH betonte in dieser Entscheidung, dass die Entscheidung für eine bestimmte Gesellschaftsform zwar als „betriebswirtschaftliche Problemlösung“ angesehen werden kann, ihre rechtliche Umsetzung durch Erstellung eines Gesellschaftsvertrags und durch Eingaben an das Firmenbuch aber nicht mehr zu seinem typischen Tätigkeitsgebiet gehört und daher nicht mehr von der Gewerbeberechtigung mit umfasst ist.

⁶¹ Nach Rsp des deutschen BGH 23.11.1981, I ZR 30/79 – dazu Maxl, Abgrenzung der Unternehmensberatung zur Steuer- und Rechtsberatung – "Ausweg" durch Mandatsvermittlung? NJW 1982, 1574 – dürfen Unternehmensberater Tätigkeiten die grds in das Berufsbild eines anderen Berufsstands fallen überhaupt nur dann ausüben, wenn es sich um eine bloß „ergänzende Nebentätigkeit (Hilfsgeschäft)“ handelt.

Verträge, die gegen ein gesetzliches Verbot, wie zB § 8 Abs 1 iVm Abs 2 RAO, verstoßen, sind gem § 879 Abs 1 ABGB nichtig⁶², entfalten also zwischen den Vertragsparteien keine Rechtswirkung. Aus dem nichtigen Vertrag entstehen zudem keine Honoraransprüche. Der Berater hat ggü seinem Vertragspartner aber für Vertrauensschäden einzustehen. Dasselbe gilt für Vertretungshandlungen, die gesetzlich anderen Berufsgruppen, wie der der Notare, Patentanwälte, Wirtschaftstreuhänder⁶³ und Ziviltechniker, vorbehalten sind.

Zusammenfassend kann zu den Befugnissen des Unternehmensberaters nach Gewerberecht gesagt werden, dass er neben dem klassischen Tätigkeitsbereich der Beratung auch eingeschränkt zur Personalberatung und Arbeitsvermittlung, sowie zur Vertretung vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts befugt ist, als Sicherheitsfachkraft tätig werden darf, sich als Mediator eintragen lassen kann und Vollendungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe durchführen darf. Jedenfalls enden seine Befugnisse dort wo entweder ein unmittelbarer Zusammenhang zu seiner Kerntätigkeit fehlt oder die exklusiven Vertretungsrechte eines anderen reglementierten Berufsstands beginnen. Die Tätigkeiten: „*Empfehlungen zur Kostenreduzierung*“, „*Beratung in Fragen der Qualitätssicherung*“, „*Coaching*“, „*Abhaltung von Kommunikationstrainings*“ sind jedenfalls vom Umfang des reglementierten Gewerbes der „*Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation*“ umfasst.⁶⁴ Dem Unternehmensberater obliegt aber generell keine Entscheidungsbefugnis.

1.2.c.2. Fachliche Qualifikation

Für die Ausübung der Tätigkeit als Unternehmensberater ist gem § 94 Z 74 GewO iVm § 1 UnternehmensberatungsVO eine fachliche Qualifikationen durch „*fundierte*

⁶² Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist gem § 879 Abs 1 ABGB nichtig, wenn diese Rechtsfolge im Gesetz entweder ausdrücklich angeordnet oder vom Verbotszweck des Gesetzes umfasst ist. Verstößt ein Vertrag gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen oder der öffentlichen Ordnung und Sicherheit dienen, so ist die Rechtsfolge die von Amts wegen wahrzunehmende absolute Nichtigkeit des Vertrags. Auf die Nichtigkeit kann sich auch der Teil berufen, der sie bei Vertragsabschluss kannte, weil anders der Zweck solcher Verbotsnormen kaum zu erreichen wäre. Eine solche – absolute – Nichtigkeit ist für Arbeitsverträge, welche unter Verstoß gegen das AuslBG zustande kommen, anerkannt.

⁶³ § 3 WTBG (Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz BGBl I 1999/58) zu der Vertretungsbefugnis des Steuerberaters, § 5 WTBG zu der Vertretungsbefugnis des Wirtschaftsprüfers; anderer Meinung zu der alten Rechtslage *Filzmoser*, Buchhaltung und Gewerberecht, RdW 1997, 258, wonach die Bestimmung des § 33 Abs 1 lit d WTBG (Wirtschaftstreuhänderberufsordnung BGBl I 1955/125), nach der insb die Anlage und Führung der Bücher den Steuerberatern vorbehalten ist, einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechte auf Erwerbsfreiheit bzw Freiheit der Berufswahl darstellt.

⁶⁴ Grabler/Stolzlechner/Wendl³ § 136 Rz 2.

betriebswirtschaftliche Voraussetzungen, ausreichende wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und entsprechendes Berater Know-how“ nachzuweisen. Als erfüllt werden die Voraussetzungen dann angesehen, wenn die Befähigung entweder im Rahmen der Berufszulassungsprüfung oder der Absolvierung eines einschlägigen Studiums in Kombination mit ebensolcher Berufserfahrung nachgewiesen wird. Die genauen Voraussetzungen sind alternativ:

- Das erfolgreiche Absolvieren der Befähigungsprüfung⁶⁵ ;
- Der Nachweis einer mindestens dreijährigen, fachlich einschlägigen Berufserfahrung⁶⁶ ;
- Der Abschluss eines fachlich einschlägigen Studiums oder Fachhochschul-Studiengangs oder Universitätslehrganges oder Fachhochschullehrgangs⁶⁷ und das Vorliegen mindestens einjähriger Berufserfahrung;
- Der Abschluss eines anderen Studiengangs, der Nachweis einschlägiger Rechtskunde und das Vorliegen mindestens einjähriger fachlich einschlägiger Tätigkeit;
- Der Abschluss einer berufsbildenden höheren Schule oder einer Sonderform dieser bzw einer einschlägigen Fachakademie einschließlich dem Nachweis einschlägiger Rechtskunde und einer mindestens eineinhalbjährigen fachlich einschlägigen Tätigkeit oder

⁶⁵ Auf die Prüfung für das reglementierte Gewerbe Unternehmensberater ist die Allgemeine Prüfungsordnung der GewO anzuwenden. Die Prüfung besteht aus 3 Modulen – einer „*fachlich praktischen*“, einer „*fachlichen mündlichen*“ und einer „*fachlich schriftlichen*“ Prüfung. WKO, Verordnung über die Prüfung für das Gewerbe des Unternehmensberaters (Unternehmensberater-Prüfungsordnung) 2004
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_Pruefungsordnung_.pdf (Stand 30.01.2004).

⁶⁶ Unter fachlich einschlägiger Tätigkeit sind laut Abs 2 der Norm insb Tätigkeiten „*im Gewerbe der Unternehmensberatung, der Leitung von Unternehmen, im leitenden Management oder als Wirtschaftstreuhänder, die die umfassende Analyse von Organisationen oder ihres Umfeldes, die Entwicklung von Lösungsansätzen und deren allfällige Umsetzung durch Beratung und Intervention sowie die Steuerung von Beratungs- und Kommunikationsprozessen innerhalb von Organisationen und gegenüber dem Markt zum Gegenstand haben*“, zu verstehen.

⁶⁷ Damit sind Studien bzw. Lehrgänge gemeint, die betriebswirtschaftliche und/oder wirtschaftsrechtliche Kenntnisse vermitteln. Der erfolgreiche Besuch der Hochschule für Welthandel in Wien gem der Studien- und Prüfungsordnung, BGBl 1930/318, und der Besuch einer Technischen Hochschule gem der Verordnung des Bundesministeriums für Unterricht über die Staatsprüfungs- und Rigorosenordnung an den Technischen Hochschulen, BGBl II 1949/201 ist dem erfolgreichen Abschluss einer im § 1 Abs 1 Z 3a genannten Studienrichtung gleichgestellt.

- Der Nachweis über den erfolgreichen Abschluss einer einschlägigen Grundausbildung der Beratungsberufe (im Ausmaß von mindesten 230 Stunden) und eine mindestens zweieinhalbjährige fachlich einschlägige Berufserfahrung.

Die Berufstätigkeit eines Unternehmensberaters liegt solange nicht vor, wie die gewerberechtlichen Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die Berechtigung zur Ausübung des reglementierten Gewerbes des Unternehmensberaters, stellt die berufsrechtliche Grundlage für *„jegliche professionelle, unabhängige und externe Beratungstätigkeit, die sich auf die Gesamtheit des Unternehmens und nicht bloß auf einzelne Aspekte der Unternehmenstätigkeit bezieht, dar.“*⁶⁸

Ausgehend von den Bestimmungen der Verordnung über den Befähigungsnachweis des Gewerbes werden von Inhabern *„Kenntnisse und Fähigkeiten in der Unternehmensführung, Materialwirtschaft, Absatzwirtschaft, Personal- und Sozialwirtschaft, Produktion, Büro- und Verwaltungsorganisation, im Beratungswesen und der Beratungstechnik sowie in der Arbeitshygiene und Unfallverhütung“* vorausgesetzt.⁶⁹ In der Praxis weisen Berater meist Spezialisierungen auf, weshalb keine vertiefte Kenntnis in allen Bereichen verlangt wird, sondern eine Aufklärungspflicht im Hinblick auf die tatsächlich vorhandenen Kenntnisse angenommen wird.⁷⁰

Die Vertretungsbefugnis von Unternehmensberatern in Deutschland ist in BGBl 2002/111, Gewerberechtsnovelle 2002; ausgegeben am 23.7.2002 normiert.

I.2.d. Berufsrecht

Für den Unternehmensberater regelt in Österreich der Fachverband UBIT Berufsgrundsätze und Standesregeln⁷¹, denen Berater sich auf freiwilliger Basis durch ihre Mitgliedschaft beim UBIT

⁶⁸ Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 73.

⁶⁹ Grabler/Stolzlechner/Wendl³ § 136 Rz 1 mit Verweis auf VwGH 18.03.1997, 96/04/0218 (unveröffentlicht) zur Rechtslage vor Inkrafttreten der Unternehmensberater-BefNachwV, BGBl II 34/1998.

⁷⁰ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/563. Mehr zu den Aufklärungspflichten des Unternehmensberaters im Kapitel III.2.c.3.c.2. „Aufklärungspflicht“

⁷¹ Fachverband UBIT, Berufsgrundsätze und Standesregeln 2006 http://www.incite.at/ausbildung/upload/pdf/Standesregeln_Unternehmensberater.pdf (Stand 01.04.2006).

unterwerfen können. Der Fachverband zählte Ende 2015 mehr als 65.000, davon 17.000 aktive Unternehmensberater zu seinen Mitgliedern.⁷²

Hauptziele des Fachverbands als Interessenvertretung sind es „den Berufsstand durch die Einführung und Erhaltung eines qualitativ möglichst hochwertigen Leistungsstandards zu fördern“ sowie „das standesgemäße Verhalten seiner Mitglieder durch die Förderung des Wissens, der Fähigkeiten und Fertigkeiten“ zu erhalten. Die Grundsätze und Richtlinien der Berufsausübung sind als Leitfaden formuliert und beziehen sich gem den Zielen auf seine Sorgfaltspflicht, fachliche Kompetenz, Unabhängigkeit, Eigenverantwortlichkeit, Seriosität, Integrität, Wettbewerb und Kooperation, Honorare und Werbung. Sie sind dazu bestimmt „Unternehmensberater dabei zu unterstützen, ein auf hohem Niveau stehendes, auch berufsethischen und moralischen Grundätzen folgendes Verhalten zu gewährleisten“. Die Berufsgrundsätze und Standesregeln sind innerhalb des Unternehmensberaterberufs gewachsen und aus den Erfahrungen der Fachverbandsmitglieder entwickelt worden.⁷³

Die Standesregeln zur „Fachlichen Kompetenz“ erlegen dem Unternehmensberater bspw auf, „gegenüber dem Auftraggeber jene Beratungsbereiche zu deklarieren, für die er ausreichend fachlich kompetent ist“ und nur solche Aufträge zu übernehmen „für deren Bearbeitung er, seine Mitarbeiter und/oder Kooperationspartner die erforderlichen Fähigkeiten und Erfahrungen erbringen können.“ So ist er auch geheißen „nur Lösungen anzubieten, die dem Stand der Wissenschaft, der aktuellen Branchenentwicklung und den Bedürfnissen der Kunden in bester Weise gerecht werden.“ Er hat alle Anstrengungen zu unternehmen „seine Kenntnisse, Fähigkeiten und Methoden ständig zu verbessern und die Vorteile dieser Verbesserung seinen Klienten uneingeschränkt zugänglich zu machen“.

Die „Bestimmungen zur Integrität“ schreiben vor, dass Unternehmensberater „alle internen Vorgänge und erhaltenen Informationen, die ihnen durch die Arbeit beim Kunden bekannt geworden sind, streng vertraulich“ zu behandeln haben. Klienten sind nur dann als Referenz

⁷² Fachverband UBIT, Mitgliederstatistik 2015
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Mitgliederstatistik/Mitgliederstatistik-2015-12-31.pdf (Stand 31.12.2015).

⁷³ Fachverband UBIT, Berufsgrundsätze und Standesregeln 2006
http://www.incite.at/ausbildung/upload/pdf/Standesregeln_Unternehmensberater.pdf (Stand 01.04.2006).

anzugeben, wenn sie dazu ausdrücklich ihre Zustimmung erteilt haben. Unternehmensberater haben außerdem „jede Abwerbung von Mitarbeitern des Klienten“ zu unterlassen.

Schließlich verpflichten die Standesregeln den Unternehmensberater Honorare zu berechnen, die in „angemessenem Verhältnis zu Art und Umfang der durchgeführten Beratung stehen“. Das Honorar wird vor Beginn der Beratungstätigkeit mit dem Klienten vereinbart. Angebote sollen ausschließlich so formuliert werden, dass „der Klient sich ein inhaltlich vollständiges und umfassendes Bild von den zu erwartenden Leistungen sowie den dabei in Rechnung gestellten Honoraren machen kann.“

Der Unternehmensberater verpflichtet sich durch seine Mitgliedschaft freiwillig zur Einhaltung dieser Berufsgrundsätze und Standesregeln. Die Missachtung einer „gefestigten Standesauffassung“ ist nach stRsp des OGH⁷⁴ „wie eine Gesetzesverletzung zu werten.“⁷⁵ Solche Richtlinien bilden nach seiner Meinung „eine widerlegbare Erkenntnisquelle dafür, was im Einzelfall nach Meinung angesehener und erfahrener Standesgenossen der Auffassung aller anständigen Berufsangehörigen entspricht.“⁷⁶ Den jeweils zuständigen Kammern wird dabei vom OGH sogar eine Aktivlegitimation zur Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen zugesprochen.⁷⁷ Dem lautereren Wettbewerb zuwiderlaufende Handlungen können daher gem § 14 UWG⁷⁸ von Seiten anderer Mitbewerber sowie der Kammer vor einem ordentlichen Gericht verfolgt werden. Dies trifft insb dann zu, wenn der Unternehmensberater, seine Tätigkeit in einem unzulässigen Bereich ausübt. Das bloße Abweichen ist aber noch keine Verletzung von Berufspflichten oder Standesregeln. Diese werden erst dann verletzt, wenn „die Solidarität des Berufsstands untergraben und daher ein einheitliches Auftreten des Berufsstandes verhindert

⁷⁴ ZB: OGH 29.10.1996, 4 Ob 2276/96a bzgl der Berufsausübungsrichtlinie der Rechtsanwälte; OGH 27.6.1995, 4 Ob 53/95 bzgl der Standesregeln der Ziviltechniker; OGH 06.12.1994, 4 Ob 136/94 bzgl der Richtlinien und Honorarsätze für Inkassoinstitute; OGH 02.04.1993, 4 Ob 45/93 bzgl der Richtlinien für die Immobilienverwaltung; OGH 23.02.1993, 4 Ob 5/93 bzgl des Standesrechts des Immobilienmaklers; OGH 03.12.1991, 4 Ob 118/91 zum Handelsagenten; OGH 25.09.1990, 4 Ob 119/90 betreffend ärztliche Standesregeln.

⁷⁵ OGH 03.12.1991, 4 Ob 118/91.

⁷⁶ OGH 06.12.1994, 4 Ob 136/94.

⁷⁷ Begründet wird das vom OGH bei der Rechtsanwaltskammer damit, dass sie eine Körperschaft öffentliches Rechts ist, die Geschäftsordnung durch den Bundesminister für Justiz genehmigt werden muss und zum Wirkungskreis der Kammer insb die Förderung der wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder gehört OGH 29.10.1996, 4 Ob 2276/96a.

⁷⁸ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 – UWG BGBl 1984/448.

wird“.⁷⁹ Die Einhaltung der Grundsätze kann auch durch die Einschaltung des vom Fachverband errichteten Ehrenschiedsgerichts erzwungen werden, wenn die Parteien sich freiwillig diesem Gericht unterworfen haben.⁸⁰

Nicht abschließend geklärt ist, ob die Berufsgrundsätze unmittelbare Rechtswirkung zu Gunsten der Klienten entfalten. Theoretisch wäre ein Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter denkbar, fraglich ist jedoch, ob eine Anerkennung der Standesregeln im Rahmen der Beitrittserklärung zu einem privaten Verein schon einen „*unbedingten Verpflichtungswillen*“ des Beraters mit Wirkungen ggü sämtlichen Dritten, somit insb Klienten zulässt.⁸¹

Abgesehen von den „*Berufsgrundsätzen und Standesregeln*“ hat der UBIT noch eine Vielzahl an weiteren Leitfäden, die Unternehmensberatern als Richtlinie dienen sollen. Zu den Wichtigsten zählen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).⁸² Die AGB, zuletzt herausgegeben vom Fachverband UBIT im Juni 2015, finden in ihrer jeweils gültigen Fassung Anwendung auf

⁷⁹ OGH 06.12.1994, 4 Ob 136/94; *Saria*, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 93.

⁸⁰ Mitglieder der Fachverbandschaft können sich mittels schriftlicher Erklärung oder Einlassung in strittigen Fragen freiwillig diesem Gericht unterwerfen. Auch der Abschluss der Berufshaftpflichtversicherung wird von der Unterwerfung des Versicherungsunternehmers unter die Ehrenschiedsgerichtsbarkeit abhängig gemacht (vgl Einverständniserklärung UBIT). Das Ehrenschiedsgericht hat seinen Sitz in Wien und besteht aus Präsidium, Sekretariat, Ehrenschiedsrichter, Fachverbandsanwalt und Untersuchungskommissären. Der Ausschuss hat 5 Ehrenschiedsrichter einschließlich einem Vorsitzenden und einem Vorsitzenden-Stellvertreter, welche für eine Funktionsdauer von 3 Jahren bestellt werden. Bei dem Vorsitzenden oder dem Vorsitzenden-Stellvertreter muss es sich um rechtskundige Personen, bevorzugt um Richter im Ruhestand, handeln. Das Ehrenschiedsgericht verhandelt und entscheidet in Senaten, die aus dem Vorsitzenden bzw dessen Stellvertreter und zwei weiteren Mitglieder bestehen. Erachtet der Senat den Sachverhalt als hinreichend geklärt, so fällt er seine Erkenntnis mit einfacher Stimmmehrheit. Bei seiner Entscheidung berücksichtigt er das in der mündlichen Verhandlung Vorgebrachte/Vorgetragene, die Berufsgrundsätze, Standesregeln und sonstige Normen, allfälliges Gewohnheitsrecht sowie ständige Übungen. Ergänzend kann der Senat die Bestimmungen des staatlichen Rechts heranziehen. Unkenntnis der Standesregeln kann nicht als Entschuldigung für ein etwaiges Fehlverhalten gewertet werden. Gegen die Entscheidung des Senats ist kein ordentliches Rechtsmittel möglich. Das Ehrenschiedsgericht kann verwarnen oder Geldbußen bis zu einem Höchstmaß von EUR 3.633,72 – das entspricht der Hälfte der derzeitigen Wertgrenze für Bezirksgerichte – verhängen, die dem Fachverband zufließen. Es kann seine Entscheidungen außerdem im Fachverbandbulletin „Information“ oder in einem ähnlichen Fachverbandsinformationsblatt veröffentlichen. Die genannten Sanktionen können auch kumulativ verhängt werden. Die Tätigkeit wird von allen Fachverbandsmitgliedern ehrenamtlich ausgeübt; Mitglieder sind an keine Weisungen gebunden. Fachverband UBIT, Ehrenschiedsgerichtsordnung 2004 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/dok_detail_file.pdf (Stand 2004); unter Einhaltung einer 6-monatigen Widerrufsfrist kann die Unterwerfung jederzeit rückgängig gemacht werden. Der Widerruf ist nicht wirksam, wenn bereits eine Anzeige beim Fachverband eingelangt ist.

⁸¹ *Quiring*, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 194. Mehr zu diesem Thema im Kapitel V. „Exkurs: Die außervertragliche Haftung“.

⁸² Fachverband UBIT, Allgemeine Geschäftsbedingungen 2015 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_AGB_2015.pdf (Stand 01.06.2015).

„sämtliche Rechtsgeschäfte zwischen Klienten und Unternehmensberater“. Entgegenstehende AGB des beratenen Klienten sind ungültig, es sei denn diese werden vom Unternehmensberater ausdrücklich schriftlich anerkannt. Für den Fall, dass einzelne dieser Bestimmungen unwirksam sind oder werden, berührt dies die Wirksamkeit der verbleibenden Bestimmungen nicht. Die unwirksame Bestimmung ist durch eine wirksame Bestimmung, die ihr dem Sinn und wirtschaftlichem Zweck nach am nächsten kommt zu ersetzen. Inhaltlich werden von den AGB folgende Themengebiete behandelt:

- *Umfang des Beratungsauftrags/Stellvertretung,*
- *Aufklärungspflicht des Auftraggebers/Vollständigkeitserklärung,*
- *Sicherheit der Unabhängigkeit,*
- *Berichterstattung/Berichtspflicht,*
- *Schutz des geistigen Eigentums,*
- *Gewährleistung,*
- *Haftung/Schadenersatz,*
- *Geheimhaltung/Datenschutz,*
- *Honorar,*
- *Elektronische Rechnungslegung und*
- *Dauer des Vertrags*

Zu den Themen Haftung und Schadenersatz sehen die AGB vor, dass *„der Unternehmensberater dem Auftraggeber für Schäden, ausgenommen Personenschäden, nur im Falle des groben Verschuldens (Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit) haftet. Dies gilt sinngemäß auch für Schäden, die auf vom Auftragnehmer beigezogene Dritte zurückgehen. Schadenersatzansprüche des Auftraggebers können nur innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, spätestens aber innerhalb von drei Jahren nach dem anspruchsbegründenden Ereignis gerichtlich geltend gemacht werden. Der Auftraggeber hat jeweils den Beweis zu erbringen, dass der Schaden auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist. Sofern der Unternehmensberater das Werk unter Zuhilfenahme Dritter erbringt und in diesem Zusammenhang Gewährleistungs- und/oder Haftungsansprüche gegenüber diesen Dritten entstehen, tritt der Unternehmensberater diese Ansprüche an den Auftraggeber ab. Der Auftraggeber wird sich in diesem Fall vorrangig an diese Dritte halten.“* Im Gegensatz zu den dispositiven Regelungen des ABGB schließen die AGB also die Haftung des Unternehmensberaters für leichte Fahrlässigkeit aus und verkürzen die Möglichkeit zu deren Geltendmachung von 3 Jahren auf nur 6 Monate ab Kenntnis von Schaden

und Schädiger. Die absolute Verjährungsfrist wird von 30 Jahren auf 3 Jahre herabgesetzt.⁸³ Zur Zulässigkeit solcher Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse in Unternehmensberatungsverträgen und AGB mehr unter dem Kapitel IV. „Der vertragliche Haftungsausschluss“.

Als Hilfestellung bei der Kalkulation und Preisgestaltung hat der UBIT des Weiteren eine Kalkulationshilfe für Fachverbandmitglieder⁸⁴ herausgegeben, in welcher Anregungen für eine Kalkulationssystematik gegeben werden. Die Kalkulationshilfe zielt im Wesentlichen auf Projekte ab, die nach Stunden- bzw. Tagesätzen verrechnet werden.⁸⁵ Obwohl einst vorhandene unverbindliche Honorarrichtlinien aus wettbewerbsrechtlichen Gründen abgeschafft wurden, sehen die Standesregeln dennoch vor, dass „die mit dem Klienten vereinbarten Honorare in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Umfang der durchgeführten Beratung“ stehen müssen.

UBIT bietet den Unternehmensberatern außerdem eine freiwillige Berufshaftpflichtversicherung⁸⁶ und die Möglichkeit zur freiwilligen Mitarbeit an der Arbeitsgruppe proEthik⁸⁷ an.

⁸³ Bydlinski in Rummel, Kommentar zum ABGB³ § 1489 Rz 1 (Stand 01.01.2002, rdb.at).

⁸⁴ Fachverband UBIT, Kalkulationshilfe Unternehmensberater 2008 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Services/Kalkulationshilfe.pdf (Stand 28.06.2008).

⁸⁵ Dabei wird empfohlen das Monatshonorar (Lohnkosten inkl. Lohnnebenkosten) erhöht durch direkte Kosten (Kommunikation, Kfz) und Gemeinkosten (anteilige Verwaltungskosten) als Ausgangsbasis für die Kalkulation zu verwenden und dies durch die produktiven Stunden (Gesamtarbeitszeit abzüglich Krankenstände, Urlaube, Weiterbildungszeiten) zu dividieren; Fachverband UBIT, Kalkulationshilfe Unternehmensberater 2008 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Services/Kalkulationshilfe.pdf (Stand 28.06.2008).

⁸⁶ Voraussetzung für einen Versicherungsschutz nach AVBU ist die Unterwerfung des Versicherungsnehmers unter die Ehrengeschlichtungsgerichtsordnung des Fachverbandes. Sämtliche gewerberechtlich zugelassenen Berufsfelder sind vom Versicherungsschutz umfasst. Andreewitsch, Haftpflichtversicherung für Unternehmensberater, ecolex 1992, 617.

⁸⁷ „Die Arbeitsgemeinschaft proEthik [...] ist ein freiwilliger Zusammenschluss von Mitgliedern der WKO, die sich modernen Grundsätzen ethischen Verhaltens und redlicher Geschäftsführung besonders verpflichtet fühlen. Ausdruck dieser Verpflichtung sind Ethik- und Verhaltenskodizes der Berufsgruppen, die mit dieser freiwilligen Selbstregulierungsmaßnahme mehr Vertrauen und Transparenz schaffen möchten. Bei der Ausarbeitung solcher Grundsätze steht das in der ARGE gebildete Ethikkomitee unterstützend zur Verfügung. Das Ethikkomitee kann weiters bei Differenzen über Auslegung und Einhaltung der Ethikgrundsätze als Schlichtungsstelle angerufen werden. Die Möglichkeit, Mitglied der ARGE zu werden und diese Mitgliedschaft als vertrauensbildende Maßnahme im Geschäftsverkehr zu verwenden, gibt es für jede Fachorganisation sowie für alle Kammermitglieder, deren Fachverband Mitglied der ARGE ist und Ethik- und Verhaltenskodizes erarbeitet und beschlossen hat.“ Fachverband UBIT, https://www.wko.at/Content.Node/wir/proethik/Arbeitsgemeinschaft_proEthik.html (Stand 16.12.2014).

Neben dem UBIT gibt es in Österreich die unabhängige Vereinigung österreichischer Unternehmensberater (VÖB). Sie wurde noch vor Bestehen des UBIT zur Vertretung der Interessen der österreichischen Unternehmensberater gegründet und besteht heute noch in diesem Sinne als unabhängige Organisation weiter.

In Deutschland gibt es den 1954 gegründeten Bund deutscher Unternehmensberatung (im Folgenden BDU), der mit dem Ziel ein Gütezeichen zu schaffen bis heute Ansehen und Ethos des Berufsstands fördert und dessen Qualität sichert.⁸⁸ Auch die Mitglieder des BDU verpflichten sich freiwillig zur Einhaltung der Grundsätze und unterwerfen sich in strittigen Fragen ebenfalls einem Ehren- und Schiedsgericht. Der Unternehmensberater unterliegt in Deutschland keiner gesetzlich fixierten Berufsordnung und keinem Berufsbezeichnungsschutz. Der BDU veröffentlicht allerdings Berufsgrundsätze, die auf *„alle Unternehmens- und Personalberater, Unternehmens- und Personalberaterinnen und Unternehmens- und Personalberatergesellschaften im Bundesverband Deutscher Unternehmensberater BDU e.V.“* anwendbar sind.⁸⁹ Er versteht die Dienstleistung Unternehmensberatung als *„wichtigen Bestandteil einer arbeitsteiligen und sozialen Marktwirtschaft“*. Die Berufsgrundsätze sehen Regelungen über den *„Anwendungsbereich“*, die *„Berufsausübung“*, die *„Verschwiegenheit“*, *„Interessenkollisionen“*, *„Fremde Vermögenswerte“*, *„Werbung“*, *„Honorar“*, *„Weiterbildung“* und der *„Information gemäß § 2DL-InfoV“*⁹⁰ vor.

⁸⁸ Schott, Unternehmensprobleme – Unternehmensberatung 157.

⁸⁹ BDU, Berufsgrundsätze 2015 http://www.bdu.de/media/3767/bduberufsgrundsaeetze_design2015.pdf (Stand 01.04.2015).

⁹⁰ Verordnung über Informationspflichten für Dienstleistungserbringer BGBl 2010/267.

I.3. Zwischenfazit

Die Unternehmensberatung ist ein bedeutendes wirtschaftliches Geschäftsfeld, dessen Inanspruchnahme für große Unternehmen eine Selbstverständlichkeit darstellt. Rat und Auskunft haben aber für den Empfänger nur dann einen Wert, wenn diese kompetent und strukturiert erteilt werden und damit für ihn eine zuverlässige Entscheidungsgrundlage bilden. Ist dies nicht der Fall, so können sie großen Schaden stiften und es stellt sich dann die Frage, ob die negativen Konsequenzen der Beratung auf den Schädiger abgewälzt werden können.

Diese schadenersatzrechtliche Frage kann nicht pauschal beantwortet werden. Unternehmensberatungsverträge sind einerseits in der Leistungsbeschreibung oft unspezifisch, weshalb Leistungspflichten meist mittels Interpretation ermittelt werden müssen. Andererseits hat sich bisher keine einheitliche Systematik in der Rsp zur zivilrechtlichen Haftung der Unternehmensberater entwickelt. Die Tendenz zur Ausweitung des Haftungsmaßstabs für beratende Berufe in L und Rsp ist unübersehbar.

Als Grundlage für Fragen der Haftung kommen dabei die allgemeinen Grundsätze der Verschuldenshaftung nach §§ 1293ff ABGB, die besondere Regeln zum Sachverständigen nach § 1299 ABGB und zur Rat- und Auskunftserteilung nach § 1300 ABGB. Zusätzlich sind die Bestimmungen des Unternehmensgesetzbuchs und des Gewerberechts auf das Beratungsverhältnis anzuwenden. Der Beruf der *„Unternehmensberatung einschließlich Unternehmensorganisation“* ist nach § 94 Z 74 GewO ein reglementiertes Gewerbe und richtet sich nach den dafür vorgesehenen berufsrechtlichen Normen, insb den §§ 29 und 136 GewO, die den Umfang der Gewerbeberechtigung und den Wirkungskreis bzw die Befugnisse festlegen. Für die Ausübung der Tätigkeit des Unternehmensberaters sind gem § 94 Z 74 GewO iVm § 1 UnternehmensberatungsVO als fachliche Qualifikationen *„fundierte betriebswirtschaftliche Voraussetzungen, ausreichende wirtschaftsrechtliche Kenntnisse und entsprechendes Berater Know-how“*, nachzuweisen.

Neben den gesetzlichen Regeln bietet außerdem das Berufsrechts der Unternehmensberater eine weitere wichtige Grundlage für die schadenersatzrechtliche Beurteilung ihrer Tätigkeit. Die wesentlichste Grundlage der schadenersatzrechtlichen Beurteilung, insb zur Feststellung der Rechtswidrigkeit, bildet jedoch der zwischen den Parteien vereinbarte Unternehmensberatervertrag.

II. Der Beratungsvertrag

II.1. Charakteristika und Zustandekommen

Der Unternehmensberatungsvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag, der zwischen dem Auftraggeber, als „Klient“ auf der einen Seite, und dem „Berater“ als Dienstleister auf der anderen Seite geschlossen wird. Anders als in den Anfängen der Unternehmensberatung, wo Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmensberatern und Klienten größtenteils auf persönlichen Vertrauensverhältnissen beruhten, werden sie heute, wie in allen anderen Beratungsbranchen, regelmäßig auf die Basis eines zivilrechtlichen Vertrags gestellt.⁹¹

Vertragsgegenstand ist die entgeltliche Erbringung von „*kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen*“ (Management Consulting) oder „*ingenieurwissenschaftlich-technischen*“ (Consulting Engineering) Beratungsleistungen des Beraters für den Klienten, die auf Problemerkennung oder -lösung durch Anwendung von Wissen und Erfahrung des Beraters ausgerichtet sind.⁹² Gegenleistung des Klienten für die erhaltene Beratung ist das Honorar. Vermögensgegenstand des Unternehmensberaters als Teil der „Knowledge Industry“ ist ausschließlich das Wissen.⁹³ Wert wird vom Unternehmensberater in Form von Rat und Expertenwissen geschaffen. Leistungsgegenstand ist der Wissenstransfer vom Unternehmensberater zu seinem Klienten.⁹⁴

Aus der grds unbeschränkten Vertragsfreiheit⁹⁵ im Schuldrecht, bestehend aus der Inhaltsfreiheit⁹⁶ und dem fehlenden Typenzwang, hat sich zur vertraglichen Vereinbarung von Beratungsleistungen als besondere Vertragsform der Wirtschaft der

⁹¹ Doralt, Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmensberatern und Mandanten in *Eschenbach: Umgang mit Unternehmensberatern* (1984) 25.

⁹² Martinek, *Moderne Vertragstypen II* (1992) 310; Im Bereich des Consulting Engineering kann man des Weiteren zwischen Projekt-Engineering und Beratungs- und Gutachten-Engineering unterscheiden; dazu mehr in Martinek in *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen II (2006) § 675 Rz B78; siehe auch OGH 10.07.2001 4 Ob 145/01d.

⁹³ Dies stellt auch den größten Unterschied zu der Produktions- oder übrigen Dienstleistungsindustrie dar, die sich gleichermaßen auf Wissen wie auf Anlagevermögen und liquides Kapital stützen.

⁹⁴ Schramböck, RWZ 1997, 215.

⁹⁵ Diese Vertragsfreiheit wird auch Privatautonomie genannt; Rummel in *Rummel/Lukas*⁴ § 859 Rz 22 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

⁹⁶ Der Inhaltsfreiheit bewegt sich selbstverständlich in den Grenzen der guten Sitten gem § 879 ABGB. So kann zB eine Haftung für vorsätzlich verursachte Schäden nicht wirksam ausgeschlossen werden, auch wenn die Vertragsbeteiligten einen solchen Haftungsausschluss individuell und ausdrücklich vereinbaren.

Unternehmensberatungsvertrag herausgebildet. Das ABGB regelt diesen Vertragstypus nicht gesondert.

Der Unternehmensberatungsvertrag kommt zu Stande, in dem die Vertragsparteien eine Willenseinigung über die wesentlichen Punkte des Vertrages, *essentialia negotii*, erzielen. Die für den Vertrag erforderliche Willenseinigung im rechtlichen Sinn muss nicht sämtliche Aspekte und Rechtsfolgen des Leistungsaustauschs abschließend umfassen.⁹⁷ Der Vertrag gilt schon als gültig vereinbart, wenn die Vertragsparteien und Hauptleistungspflichten bestimmt oder zumindest bestimmbar sind. Zur Ergänzung von Verträgen dient dispositives Vertragsrecht und der Handelsbrauch.⁹⁸

Grds gilt für das Zustandekommen des Beratungsvertrags das Prinzip der Formfreiheit. Verträge können sowohl schriftlich als auch mündlich, ausdrücklich oder stillschweigend geschlossen werden, wobei der schriftliche Vertragsabschluss üblich und empfehlenswert ist. Einer notariellen Beurkundung bedarf ein Unternehmensberatungsvertrag nur dann, wenn zwingende gesetzliche Formvorschriften zu beachten sind.⁹⁹

Die Zusammenarbeit zwischen Berater und Beratenem bahnt sich normalerweise durch eine Anfrage des Klienten an eine oder mehrere Unternehmensberatungen an. In einer kompetitiven Situation folgen darauf sog „Pitches“ für die Unternehmensberatungen „letter of proposals“ (im Folgenden LOP) vorbereiten und vorstellen. Daraufhin wird der Zuschlag einem oder mehreren der Unternehmen erteilt und der Vertrag auf Grundlage des LOP geschlossen. Teil des LOP und somit auch des späteren Vertrags sind im Idealfall eine grobe Skizzierung der Problemstellung, eine Beschreibung des Leistungsspektrums, die Beschreibung der geplanten Vorgehensweise, die Zusammenstellung des Beraterteams (in Umfang und Qualifikationen, ggf auch in Person), eine Aufstellung der voraussichtlichen Kosten, ein ungefährer Zeitplan, Ausführungsfristen und -

⁹⁷ *Quiring*, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 70.

⁹⁸ *Doralt* in *Eschenbach*: Umgang mit Unternehmensberatern 25. Eine Einigung über das Entgelt ist zB nicht unbedingt erforderlich, wenn die Parteien eine vertragliche Bindung wollten, ohne das Entgelt bestimmt zu haben. *Rebhahn* in *Kletečka/Schauer*^{1.02} § 1152 ABGB (Stand 01.06.2014, rdb.at).

⁹⁹ So zB, wenn der Berater zugleich Geschäftsanteile an dem in der Form einer GmbH organisierten Kundenunternehmen erwerben will oder soll; sh § 76 GmbHG (Gesetz über Gesellschaften mit beschränkter Haftung, BGBl I 1906/58). Fehlt dem Vertrag die dafür gesetzlich vorgesehene Form ist er nichtig.

termine¹⁰⁰ und in manchen Fällen vordefinierte Zwischenergebnisse/-erfolge, im Fachjargon auch „Milestones“ genannt, an die auch finanzielle Konsequenzen geknüpft sein können. Ob der Leistungsort Standort des Klienten oder Sitz des Unternehmensberaters ist, wird idR ebenfalls im Vorhinein vertraglich vereinbart.

In der Praxis kommen viele Verträge – vor allem bei kleineren Firmen – dennoch verhältnismäßig formlos zustande. Ein Rat muss oft schnell erteilt werden und langwierige Vertragsverhandlungen stehen dann häufig außer Verhältnis zu der für die Auftragsdurchführung benötigten Zeit und dem damit verbundenen Risiko.¹⁰¹ Zudem werden vor Vertragsabschluss häufig lange, vertrauensvolle Gespräche geführt. Unklar ist dabei oft, was davon zum verbindlichen Inhalt der Kooperation geworden ist.¹⁰² Bei öffentlichen Auftraggebern kommt der Unternehmensberatungsvertrag häufig erst auf der Grundlage eines formalisierten Ausschreibungs- und Vergabeverfahrens (competitive bidding) zustande.

Der LOP selbst wird dann häufig durch AGB oder Nebenbestimmungen ergänzt, die Regelungen zu Themen wie Aufwandsersatz, Kündigungsmodalitäten, Haftungsbeschränkungen und Vertragsstrafen, Verschwiegenheitspflichten über Berufsgeheimnisse und Wettbewerbsverbote¹⁰³, Vereinbarungen über Rückgabepflichten von Unterlagen und Urheber- bzw Nutzungsrechte¹⁰⁴ oder Mitwirkungspflichten des Klienten in Bezug auf die Bereitstellung von Informationen, sowie das Zurverfügungstellen von Mitarbeitern oder Arbeitsmitteln enthalten.

Der Beratungsvertrag endet durch Erfüllung, Zeitablauf oder Kündigung.

¹⁰⁰ Haben die Vertragsparteien nicht vereinbart wann das Projekt durchzuführen ist, kann der Klient die Beratungsleistung sofort verlangen.

¹⁰¹ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag (1992) 9.

¹⁰² Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 69. Der Inhalt von Vorgesprächen wird für gewöhnlich nur dann Vertragsinhalt, soweit beide Teile ihren darauf gerichteten, übereinstimmenden Willen erklären.

¹⁰³ Winnen in Deelmann/Petmecky (Hrsg) 14.

¹⁰⁴ Ergebnis einer Unternehmensberatung kann ein unter dem Schutz des Urheberrechtsgesetzes stehende Werk sein. In solchen Fällen sollte im Vorhinein vereinbart werden, wem die Nutzungsrechte an diesem Werk in welchem Umfang zustehen (zB bei Schaffung einer Software).

II.2. Vertragsparteien

II.2.a. Der Klient

Der Klient ist idR ein privates oder öffentliches Unternehmen beliebiger Branche und Größe oder auch eine Behörde.¹⁰⁵ Dazu zählen Wirtschaftsunternehmen, genauso wie die öffentliche Verwaltung, Körperschaften öffentlichen Rechts, internationale Organisationen, Regierungen, sowie sonstige, auch nicht kommerzielle Institutionen.

II.2.b. Der Unternehmensberater

Der Begriff des Unternehmensberaters ist gesetzlich, außerhalb des Berufsrechts, nicht allgemeingültig definiert. Der OGH sieht den Unternehmensberater als *„Fachmann für Unternehmensberatung, etwa für betriebswirtschaftliche Organisationsfragen, der seine Fachkenntnisse gegen Honorarzahlung an den Auftraggeber heranträgt.“*¹⁰⁶ Zentrales Ziel der Unternehmensberatung ist es immer *„wirtschaftliche Veränderungen zum Nutzen des Klientensystems zu bewirken.“*¹⁰⁷

Laut den Berufsgrundsätzen und Standesregeln des UBIT sind Unternehmensberater *„unabhängige, eigenverantwortliche, qualifizierte und fachlich kompetente Experten.“*¹⁰⁸ Neben ihrer Fachkompetenz verfügen Unternehmensberater über *„Methoden- und soziale Kompetenz.“* Das erfolgreiche Zusammenspiel dieser Kompetenzen bildet die *„Basis eines erfolgreichen Beratungsprozesses zum Nutzen des Unternehmens.“*¹⁰⁹ Der Unternehmensberater agiert dabei als

¹⁰⁵ Martinek, Moderne Vertragstypen II 311.

¹⁰⁶ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

¹⁰⁷ Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

¹⁰⁸ Fachverband UBIT, Berufsgrundsätze und Standesregeln 2006
http://www.incite.at/ausbildung/upload/pdf/Standesregeln_Unternehmensberater.pdf (Stand 01.04.2006).

¹⁰⁹ Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

Externer „weisungsungebunden, unabhängig und professionell“, wodurch betriebsinterne Betrachtungsweisen um externe Sichtweisen erweitert werden.¹¹⁰

Der deutsche BDU definiert die Unternehmensberatung sehr ähnlich, nämlich als die „Erteilung von Rat oder Auskünften durch den Berater an seinen Kunden bei der Planung, Vorbereitung und/oder Durchführung unternehmerischer oder fachlicher Entscheidungen oder Vorhaben insbesondere im Bereich der Unternehmens- und Personalberatung.“¹¹¹

Die Wissenschaft sieht den Unternehmensberater als einen „organisationsexternen, unabhängigen, mit Global- wie Spezialwissen ausgestatteten“ Dienstleister, dessen Hauptberuf es ist, „eigenverantwortlich und entgeltlich innerhalb eines zeitlich begrenzten Projekts“ dem Management von Organisationen „Hilfe bei der Identifizierung und Lösung von Aufgaben betriebswirtschaftlicher und gesamtgesellschaftlicher Natur“ zu leisten. Dies geschieht in einem „interaktiven, kommunikativen, geistig-schöpferischen Prozess zwischen Berater- und Klientensystem“ und „unter Wahrung eines individuellen Vorgangs und einer ganzheitlichen Sichtweise.“¹¹²

Der Unternehmensberater selbst sieht sich als „Problemlöser auf Zeit. Er analysiert, forscht und kombiniert, entwickelt Ideen, Konzeptionen und Strategien, er programmiert und organisiert und kontrolliert, er kritisiert und motiviert und sorgt und mahnt. Zuweilen wird bei ihm seelischer Ballast abgeladen, zuweilen holt man ihn als Feuerwehrmann. Und nicht selten mag er sich in der Rolle des Hausarztes fühlen, der kommt wenn man ihn braucht, kurzfristig bei betrieblichen Erkältungskrankheiten oder längerfristig bei ernsterem Anlass, der die "Sorgen" des Patienten zu seinen eigenen macht, Fachmann im Spielraum zwischen Diagnose und Therapie.“¹¹³

¹¹⁰ Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

¹¹¹ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 1; BDU, Allgemeine Beratungsbedingungen 2012 <http://www.esser-partner.de/attachments/article/71/Allgem.%20Beratungsbedingungen%20BDU%202012.pdf> (Stand 2012).

¹¹² Schramböck, RWZ 1997, 215; siehe auch OGH 13.03.2002, 4 Ob 44/02b.

¹¹³ Schott, Der Beruf des Unternehmensberaters – grundlegender Wegweiser (1972) 16; Dr. Gerhard Schott ist Unternehmensberater und Mitglied des BDU.

Wie aus den oberen Definitionen unschwer erkennbar ist, klaffen Selbst- und Fremdverständnis unternehmensberatender Tätigkeit zuweilen stark auseinander. Gerade daraus können sich Missverständnisse betreffend den Umfang der geschuldeten Leistung ergeben. Nachdem es keine rechtlich allgemein verbindliche Definition gibt, orientiert sich der OGH bisher an den Berufsgrundsätzen und Standesregeln des UBIT um die Qualifikation einer unternehmensberatenden Tätigkeit vorzunehmen.

Unumstritten ist, dass der Unternehmensberater ein Fachmann für Unternehmensberatung ist. Dabei wird zwischen Generalisten und Spezialisten in der Branche unterschieden. Der Berater steht idR in keinem Arbeitsverhältnis zum beratenen Unternehmen. Er ist nicht in das Unternehmen des Klienten eingegliedert, sondern wirkt als unabhängiger und außenstehender Dritter, der seine Fachkenntnisse an den Auftraggeber gegen Zahlung eines Honorars heranträgt. Meist praktiziert er nicht als Selbstständiger, sondern in einer Beratungsgesellschaft oder Sozietät. Zum Großteil treten Unternehmensberater in der Rechtsform des Einzelunternehmens oder der GmbH auf.^{114, 115} Kooperationsformen mit Mitarbeitern reichen von Angestellten bis zum freien Mitarbeiter oder Subunternehmer.¹¹⁶ In der Praxis werden auch projektbezogene Arbeitsgemeinschaften gegründet.¹¹⁷

In Ausnahmefällen kann dem Unternehmensberater „*faktische Organstellung*“ im Unternehmen des Klienten zukommen. Dies dann, wenn sich die Dienstleistung nicht auf die „*Hilfe zur Selbsthilfe*“ beschränkt, sondern unmittelbar in die Führung des beratenen Unternehmens eingegriffen wird. Dies kann insb bei Sanierungsberatungen oder bei der operativen Umsetzung von empfohlenen Maßnahmen der Fall sein. Faktisches Organ ist der Unternehmensberater dann, wenn er „*die Geschäfte eines Unternehmens tatsächlich wie ein Organ führt, ohne (oder ohne*

¹¹⁴ Fachverband UBIT, Summary Fachgruppe UBIT Mitgliederbefragung 2012 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/w/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Studien/Summary_Mitglieder.pdf (Stand August 2012); Schramböck, RWZ 1997, 215.

¹¹⁵ Die Auswahl der Rechtsform trifft der Unternehmensberater im Wesentlichen mit Blick auf drei Kriterien: „die Geringhaltung der Gründungskosten, die Begrenzung der künftigen Steuerlast und die Suche nach optimalem Schutz vor geschäftstypischen Risiken.“ Quiring, Die rechtliche Absicherung der Unternehmensberatung² (1996) 124.

¹¹⁶ Insb bei freien Mitarbeitern und Subunternehmen ist darauf zu achten zum Schutz des Klienten Wettbewerbsverbote für den Zeitraum während und nach der Kooperation abzuschließen.

¹¹⁷ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 55.

*rechtswirksam) zum gesetzlichen Leistungsorgan bestellt zu sein.*¹¹⁸ Die haftungsrechtliche Gleichsetzung tritt dann ein, wenn er in erheblichen Umfang sowohl betriebsintern als auch nach außen alle Dispositionen tätigt, die laut Gesellschaftsvertrag normalerweise dem Geschäftsführer vorbehalten sind. Das Risiko des faktischen Organs liegt darin, dass der Berater im Fall der Verletzung von persönlichen oder unternehmensbezogenen Pflichten wie ein formell korrekt bestelltes Organ haftet.

Unbeschadet der Verantwortung des Unternehmensberaters für die Durchführung des ihm erteilten Beratungsauftrags ist er idR berechtigt geeignete Mitarbeiter einzusetzen bzw einzustellen.

¹¹⁸ *Quiring*, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 144.

II.3. Vertragsgegenstand

II.3.a. Leistung: Beratung

II.3.a.1. Motivation des Klienten – Aufgaben und Befugnisse des Beraters

„Der Klient wendet sich mit seinem Problemlösungsbedarf an einen Consultant, weil er selbst nicht über hinreichende Kenntnisse und Erfahrungen nach der Wissenschaft und Technik verfügt und einen unabhängigen und unvoreingenommenen Experten mit fachspezifischen Know-how braucht, der ihm abgesichert kalkulierte Lösungsvorschläge unterbreitet und abgewogen begründete Entscheidungsmöglichkeiten aufzeigt.“¹¹⁹ Der Ratsuchende will sich Informationen verschaffen, zu denen er selbst keinen Zugang hat. Er engagiert einen professionellen Berater, damit dieser *„aufgrund seiner Erfahrung und seines Fachwissens Handlungsmöglichkeiten aufzeigt, die zur Befriedigung der Bedürfnisse des Beratenen geeignet sind oder unter mehreren Handlungsmöglichkeiten jene empfiehlt, die die größte Aussicht auf Erfolg hat.“¹²⁰*

Wenngleich die GewO in § 136 die eigentlichen Aufgaben und den Umfang unternehmensberatender Tätigkeit nur umreißt¹²¹, hat die Branche in ihrem einschlägigen Berufsbild¹²² und den Standesregeln¹²³ als eine Art Akt der Selbstverwaltung *„die aktuellen Auffassungen der Branche kodifiziert und auf dieser Grundlage die dem Beruf eigentümlichen Arbeitsvorgänge und Tätigkeitsfelder aufgeschlüsselt“*. Das Berufsbild repräsentiert nach Ansicht der Standesvertretung gewissermaßen *„den letzten Stand der Technik.“¹²⁴* Konkret stellen sich

¹¹⁹ OGH 4 Ob 265/99w, JBl 2000, 441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39; Martinek, Moderne Vertragstypen II 311.

¹²⁰ Schauer, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013) 255.

¹²¹ OGH 24.06.2003, 4 Ob 26/03g: Das Gewerbe des Unternehmensberaters ist nicht „derart verschwommen geregelt, dass von jedem dieses Gewerbe Ausübenden oder auch einen solchen gegenüberstehenden „Konkurrenten“ ein diesen Umfang/Rahmen erweiternder oder einschränkender Rechtsstandpunkt mit guten Gründen vertreten werden kann.“

¹²² Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

¹²³ Fachverband UBIT, Berufsgrundsätze und Standesregeln 2006 http://www.incite.at/ausbildung/upload/pdf/Standesregeln_Unternehmensberater.pdf (Stand 01.04.2006).

¹²⁴ Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 73.

dem Unternehmensberater bei der Erfüllung der an ihn gerichteten Erwartungen laut OGH folgende Aufgaben¹²⁵:

Der Berater hat

- Probleme zu erkennen;
- den Ist-Zustand als Entscheidungsgrundlage zu erheben;
- praktikable Lösungsvorschläge für Problemstellungen zu entwickeln;
- Expertenwissen zu vermitteln;
- Empfehlungen oder Entscheidungsalternativen abzugeben und [damit]
- eine wirtschaftliche Veränderung zum Nutzen des Klienten zu bewirken

Die Leistungen der Unternehmensberatung sind „auf Beratung und Assistenz (Hilfestellung) für Unternehmen/Organisationen zur Bewältigung der Anforderungen und Erfolgssicherung ausgerichtet.“ Dies geschieht „durch Beratung und Hilfestellung bei der Entwicklung des Unternehmens im wirtschaftlichen, kommunikativen, technischen, administrativen und sozialen Bereich.“ Ziele sind die „Vermehrung und Wahrung von Chancen, die Aufarbeitung und Vermeidung von Risiken sowie die Hilfestellung bei der Umsetzung von Strategien und Maßnahmen.“ „Die Priorität der Unternehmensberatung liegt in der Begutachtung der Gesamtheit eines Unternehmens, Betriebes oder einer Organisation und orientiert sich an der Gegenwart und Zukunft, im Gegensatz zu anderen wirtschaftsberatenden Berufen, die schwerpunktmäßig gegenwarts- bis vergangenheitsorientiert sind.“¹²⁶ Die Beratung dient dem Zweck „aus einer Problemdiagnose, geeignete Handlungsziele abzuleiten, Alternativen abzuwägen und Kriterien zu entwickeln, die eine Entscheidung für die geeigneten Ziele ermöglichen.“¹²⁷

Die Leistungen eines Unternehmensberatungsvertrags sollten stets genau definiert sein, was eine intensive Vorklärung der Beteiligten über den Beratungsbedarf, die Projektziele sowie eine

¹²⁵ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/567.

¹²⁶ Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

¹²⁷ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 95.

Eingrenzung der Problemfelder voraussetzt.¹²⁸ Eine exakte Beschreibung des Leistungsgegenstands stellt den wohl wichtigsten Bestandteil des Unternehmensberatungsvertrags dar und dient als maßgebliches Kriterium zur Bestimmung der Vertragsart und folglich der Haftungsfrage.

Der Unternehmensberater bewegt sich bei seiner Arbeit in einem eng begrenzten Raum von Aufgaben und Befugnissen. *„Typischerweise vermittelt der Consultant dem Klienten lediglich sein Expertenwissen, er begehrt und erhält aber vom Klienten keine Entscheidungsbefugnisse, um die erarbeiteten und vorgeschlagenen Problemlösungen selbst zu realisieren. Dies obliegt alleine dem Auftraggeber.“*¹²⁹

Der Unternehmensberater tritt als Ratgeber, nicht nur als Auskunftgeber auf. Sowohl Rat als auch Auskunft, werden *„durch eine Erklärung, dh durch ein Verhalten, erteilt, das für einen anderen verstehbar ist.“*¹³⁰ Die Rechtswissenschaft unterscheidet dabei zwischen Erklärungen, die eine Willensäußerung enthalten und solchen, die bloßes Wissen weitergeben.¹³¹ Obwohl mit einem Rat oft der Wille zur Befolgung verbunden ist, gilt er trotzdem als bloße Wissenserklärung, weil er keine unmittelbare rechtsgeschäftliche Wirkung äußert.¹³² Rat und Auskunft sind theoretisch danach zu unterscheiden, ob dem Erklärungsempfänger nur eine Information gegeben oder auch ein Verhalten vorgeschlagen werden soll. In der Praxis fällt diese Unterscheidung allerdings häufig schwer.¹³³

Unternehmensberatungsverträge dürfen nicht mit Know-how Verträgen verwechselt werden, die zwar ein ausgeprägtes Beratungselement aufweisen, sich aber dennoch als Vertragstypen unterscheiden. Bei einem Know-how Vertrag liegt die Hauptleistung in der *„Vermittlung und Überlassung von Wissen und Erfahrung zur Nutzenanwendung durch den Know-how Nehmer“*. Die

¹²⁸ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 92.

¹²⁹ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B76.

¹³⁰ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 1.

¹³¹ Bydlinski, Privatautonomie (1967) 41.

¹³² Also auf die Begründung, Aufhebung oder Abänderung von Rechtsverhältnissen gerichtet ist; in diesem Sinne auch Koziol-Welser/Kletečka, Bürgerliches Recht I¹⁴ (2014) 325.

¹³³ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984) 185.

Beratungsleistung hat eine untergeordnete Bedeutung und lediglich Erläuterungs- und Erklärungsfunktion.¹³⁴

II.3.a.2. Beratungsarten

Je nach Bedürfnis des Klienten und gewünschtem Umfang der Beratung wird zwischen Ganzheits-, Schwerpunkts- oder Spezialberatung unterschieden. In der Praxis werden Beratungsleistungen nur selten vertraglich nach ihrem Umfang klassifiziert. Der „gelebte“ Umfang der Beratungsleistung bietet aber einen ersten Anhaltspunkt für den Umfang von geschuldeten Haupt- und Nebenleistungspflichten.

„Ziel der Ganzheitsberatung ist es, eine ganzheitliche Beurteilung aller betrieblichen Abläufe in ihrem Zusammenwirken, in ihrer Abhängigkeit von einander und Bezogenheit aufeinander und unter Einbeziehung aller außerbetrieblichen Einwirkungsfaktoren zu ermöglichen, um durch zielgerichtete Verbesserungsmaßnahmen das Gesamtniveau des Unternehmens auf breiter Basis anzuheben.“¹³⁵

Die Ganzheitsberatung ist die modernste und bedeutendste Form der Unternehmensberatung. Ihr Ansatzpunkt ist eine kritische Ist-Analyse aller Unternehmensbereiche um Verlustquellen zu identifizieren, Verbesserungsvorschläge zu deren Beseitigung zu erarbeiten und damit die Verwirklichung produktivitätssteigernder Maßnahmen einzuleiten.¹³⁶ Der „Gesamtkomplex“ eines Unternehmens soll dabei *„strukturell, entwicklungsmäßig und in seiner Konkurrenzfähigkeit ausreichend genug zu übersehen und einzuschätzen sein um über generelle ebenso wie spezielle Vorhaben des Managements zu urteilen, guten Rat zu geben und an Strukturverbesserungen oder strategischen Vorhaben mitwirken zu können.“¹³⁷*

¹³⁴ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B80.

¹³⁵ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B78.

¹³⁶ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B78.

¹³⁷ Schott, Unternehmensprobleme – Unternehmensberatung 142.

*„Die Schwerpunktberatung konzentriert sich auf bestimmte betriebliche Funktionsbereiche, in denen der Auftraggeber (oder der Consultant bei einer Vorprüfung) bereits eine Schwachstelle und einen Verbesserungs- oder Vorschlagsbedarf vermutet.“*¹³⁸

Schwerpunkte können fast in allen Themenbereichen gelegt werden. Häufig betreffen sie das Personalwesen, die Werbepolitik, die EDV-Abteilung, den Materialfluss oder die Kostenrechnung. Regelmäßig werden einzelne Schwerpunktberatungen miteinander baukastenartig kombiniert.¹³⁹

*Die Spezialberatung zielt auf die Erarbeitung von Problemlösungen innerhalb eng begrenzter Aufgabenstellungen ab.“*¹⁴⁰

Thema für Spezialberatungen sind bspw die Analyse und Reduktion von genau definierten Kosten, die Einführung eines Stellenplans für eine bestimmte Abteilung oder die Neuordnung der Registratur in einem bestimmten Arbeitsbereich sein.¹⁴¹ Typische Teilbereiche sind bspw: Transportwesen, Lagerhaltung, Rechnungswesen, Marketing, Einkauf, Vergütung, Produktdesign.¹⁴²

Der Berater haftet nur im Ausmaß des von ihm mit dem beratenen Klienten vereinbarten Beratungsumfangs. Je größer der Umfang der geschuldeten Beratung, desto schwieriger ist ein Beratungsmangel und seine Kausalität für eintretende Schäden nachzuweisen. So ist die Schadensfeststellung bei einer Ganzheitsberatung wesentlich schwieriger als bei einer Spezialberatung. Bei dem vom OGH im Jahre 1999 entschiedenen Fall war Beratungsgegenstand die *"betriebswirtschaftliche Gesamtdurchleuchtung"* und *"Schwerpunktberatung betreffend Budgeterstellung"* im Ausmaß von jeweils 8 Stunden. Die Breite des Beratungsgegenstands, insb der betriebswirtschaftlichen Gesamtdurchleuchtung, in Kombination mit dem geringen zeitlichen Ausmaß der Beratung, führte letztendlich dazu, dass kein Beratungsmangel festgestellt werden konnte.

¹³⁸ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B78.

¹³⁹ Martinek in Staudinger II Rz B 78.

¹⁴⁰ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B78.

¹⁴¹ Martinek in Staudinger II Rz B 78.

¹⁴² Schott, Unternehmensprobleme – Unternehmensberatung 146.

II.3.a.3. Beratungsgebiete

Unter dem Oberbegriff Unternehmensberatung können zahlreiche und sehr diverse Tätigkeiten verstanden werden. Fragestellungen iZm den meisten betrieblichen Aufgaben und Tätigkeiten können zum Beratungsgegenstand erhoben werden. Der Klient kann beinahe jede denkmögliche Aufgabe, in den Grenzen der guten Sitten, zum Beratungsgegenstand erheben. In der Praxis wird zwischen funktionalen und sektoralen Bereichen sowie Spezialisierungen unterschieden. Die „typischen Aufgaben des Unternehmensberaters“ finden sich in den folgenden Sektoren wieder:¹⁴³

- Unternehmensführung/Managementberatung,¹⁴⁴
- Personalwesen,¹⁴⁵

¹⁴³ Demonstrative Aufzählung: Harl, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

¹⁴⁴ Dazu gehören: Strategieentwicklung, Unternehmensanalyse (Schwachstellenanalyse), Entwicklung und Anpassung von Unternehmenskonzeptionen, Strategische Unternehmensplanung, Corporate Identity, Corporate Design, Corporate Culture Konzeptionen, Aufbau von Management-Informationssystemen, Betriebswirtschaftliche, technische und organisatorische Beratung im laufenden Prozess und bei Unternehmensgründungen, -umwandlungen, -nachfolgen, -übernahmen und -liquidationen, Beziehungs- und Prozessmanagement; Konfliktmanagement, Kooperationen/Joint Ventures, Bewertung von Unternehmen, Beteiligungsplanung, Feasibility Studies, Due Diligence Überprüfungen, Mergers & Acquisitions Consulting, Beratung bei Unternehmensveräußerungen, Fusionsberatung, Patentverwertung, Bewertung von Unternehmen, Beratung bei Management Buy-Out, Unternehmensverwaltung und treuhändige Verwahrung von Unternehmen bzw. Unternehmensteilen, Sanierungsberatung: Sanierungen von Unternehmen, Krisenmanagement, Controlling, Unternehmenssteuerung und -planung, Konzeption von Controllingsystemen (z. B. in Finanz, Marketing, Personal, Logistik), Ist-Analyse, Planung mit Maßnahmen, Abweichungsanalysen, Management auf Zeit, Projektmanagement, Innovationsberatung, Unternehmenskultur, Coaching, Supervision, Infrastrukturanalysen, Standortberatung, Vergabe- und Beschaffungsberatung

¹⁴⁵ Dazu gehören: Human Resources, Personal-Politik und -Strategie, Entwicklung und Implementierung von Führungsgrundsätzen und -systemen, Strategische Personal-Planung, Quantitative und qualitative Personal-Bedarfsplanung, Analyse und Organisation des Personalwesens, Stellenbeschreibung und -entwicklung, Funktionendiagramme, Stellen-, Leistungs- und Arbeitsplatzbewertung, Anforderungs- und Fertigungsprofile, Karriereberatung, Coaching, Nachfolgeplanung, Erstellung von Entgeltsystemen, Personaleinsatz und -planung, Arbeitsgestaltung, Bewertung und Entwicklung von Arbeitszeitmodellen, Unternehmens- und Umweltanalyse, Förderung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, Beschreibung und Förderung von Mitarbeiterpotentialen, Evaluierung von Mitarbeiterleistungen, Eignungs- und Potentialuntersuchungen, Erstellung von Aus- und Weiterbildungskonzepten, Training und Trainingscontrolling, Organisation und Durchführung von Seminaren, Kursen, Lehrgängen und Vortragsveranstaltungen, Personal-Marketing, Internes und externes Personal-Marketing, Strategien zur Personalplanung und -förderung, Gestaltung der Führungsarbeit, Image Kampagnen, Public Relations, Arbeitsmarkt-, Image-, Umfeld-, Berufsforschung, Suche und Auswahl von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Einführung und Einarbeitung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Arbeitsvermittlung gem den Bestimmungen der Gewerbeordnung und des Arbeitsmarktförderungsgesetzes, Personal-Administration, Planung von Personal-Informationssystemen, Organisation der Personal-Verwaltung, Motivations-Forschung, Betriebsklimaanalysen, Fluktuations- und Fehlzeitanalysen, Gehaltsvergleiche, Personal-Abbau, Outplacement, Gender Mainstreaming und Diversity Management (Maßnahmen zur Verbesserung der Geschlechtergerechtigkeit und Bearbeitung von Unterschieden in Mitarbeitergruppen), Arbeits- und Sozialrecht.

- Marketing,¹⁴⁶
- Organisation,¹⁴⁷
- Technik/Technologie,¹⁴⁸
- Logistik,¹⁴⁹
- Finanz- und Rechnungswesen,¹⁵⁰

¹⁴⁶ Dazu gehören: Entwicklung von Marketingkonzepten und -strategien, Strategische Marketingplanung, Marktsegmentierung und Zielgruppenidentifikation, Innovationsmarketing und Diversifikation, Produktmanagement, Angebotsoptimierung, Politik der Absatzwege und -methoden, Absatzplanung und -kontrolle, Aufbau und Verbesserung des Marketing-Controlling, Marketing-Logistik/Distribution, Aufbau von Vertriebsorganisationen, Vertriebsplanungs- und -steuerungssysteme, Realisierung von Auftragsabwicklungsorganisationen (administrativer Verkauf), Aufbau von Außendienstorganisationen (operativer Verkauf), Produktvermarktung, Akquisitionskonzepte, Franchise-Konzepte, Marktanalyse, -beobachtung und -prognose, Marktuntersuchungen, Nachfrageanalysen, Imageuntersuchungen, Beurteilung des Mitbewerbs, Markt-Portfolio-Analysen, Aufbau von Marktinformationssystemen, Kundenprofilierung, Markenpolitik, Standortanalysen, Preis- und Konditionenpolitik, Exportmarketingberatung, Exportkonzeptionierung, Auslandsmarktforschung, Koordinierung bilateraler bzw. multinationaler Kooperationen, Lizenzen, Joint Ventures, Konzeptionierung der Marktkommunikation, Beratung in kommunikationsstrategischen Fragen, Entwicklung und Ausarbeitung von betriebswirtschaftlichen Basiskonzepten für Werbekampagnen, PR, Sales Promotion und Verbraucherinformationen (Agenturbriefing), Produktinformationen, Corporate Identity-Konzepte, Einsatz des Verkaufspersonals/persönlicher Verkauf, Customer Relationship Management (CRM).

¹⁴⁷ Dazu gehören: Organisation, Aufbauorganisation, Ablauforganisation, Organisationsentwicklung, Prozessmanagement und Organisation, Leanmanagement, Organisation und Büroplanung, Aufgaben und Tätigkeitsanalysen, Bürokommunikation, Aufbau des Beleg- und Formularwesens, Dokumentation, Registratur, Archivierung, Bibliothekswesen, Einsatz technischer Kommunikations- und Organisationsmittel, Büroraumplanung, Arbeitsplatzgestaltung, Beratung in arbeitstechnischen Fragen, Hardware- und softwareherstellerunabhängige Beratung über aufgabenadäquaten Einsatz von Hard- und Software zur Unterstützung systemspezifischer (wirtschaftlicher, kommunikativer und technischer Abläufe), Ablauf- und Aufgabenplanung unter Einsatz von Informationstechnologie, Lösungsspezifische Konzeption und Auswahl von Hardware- und Systemkomponenten, Auswahl der entsprechenden Anwendungssoftware, Datenschutzberatung, Qualitätsmanagement, Entwicklung und Realisierung von Qualitätssicherungsmaßnahmen, Ausarbeitung und Dokumentation für die Qualitätsplanung und -sicherung (ISO-Zertifizierung), Total Quality Management, Informationsmanagement interne und externe Informationsbeschaffung, Informationsverwaltung, Informationsverarbeitung und Auswertung, Aufbau von Management-Informationssystemen, Konzeption und Definition des Informationsbedarfs.

¹⁴⁸ Dazu gehören: Analyse und Wirtschaftlichkeitsbeurteilung von technischen Investitionen und Produkten Produktentwicklung/Produktdesign, produktbezogene Innovationsberatung, Ideenmanagement, Kreativitätstechniken und -management, Wertanalyse, Produktionsplanung und Steuerung, Erstellung von Produktionsplänen, Materialplanung und -steuerung, Kapazitätsplanung und -steuerung, Durchlaufzeit- und Terminermittlung, Ausarbeitung von Arbeitsunterlagen, Produktions- und Fertigungstechnik, betriebswirtschaftlich-organisatorische Planung technischer Prozesse, Optimierung produktions-, fertigungs- und verfahrenstechnischer Abläufe, Technische Organisation und Automationstechniken, Wirtschaftlichkeitsbeurteilungen beim Einsatz von Automationstechniken, Planung und Auswahl von PPS-Systemen, Einsatz EDV-gestützter Hilfsmittel (z.B. Netzplantechnik), Technologieberatung, betriebswirtschaftliche Bewertung der Einsatzmöglichkeiten und Auswahl neuer Technologien (z. B. Mikroelektronik, flexible Automation neue Werkstoffe und neue Bearbeitungsverfahren etc), Einführungsplanung und -organisation, Arbeitsvorbereitung und Arbeitstechnik, Arbeitsanalyse und Zeitwirtschaft, Arbeitsplanung, Entwicklung und Aufbereitung arbeitstechnischer und betriebswirtschaftlicher Kennzahlen und Statistiken, Ergonomie, Betriebsstättenorganisation, Raumwirtschaft und Raumplanung, Erstellung von Raumentwicklungskonzepten.

¹⁴⁹ Dazu gehören: Konzeption der Beschaffungs-, Produktions- und Distributionslogistik, Lagersystemplanung und Bestandsmanagement, Funktionale Planung für Fertigungs-, Lager-, Produktions- und Verwaltungsbetriebe, Auswahl und Konzeption von Logistiksystemen und Logistiksoftware, Transportoptimierung.

- Umweltmanagement,¹⁵¹
- Beratung in außerwirtschaftlichen Belangen¹⁵² und
- Wirtschaftsmediation¹⁵³

Die Top-Management/Strategie Beratung macht dabei mit 34% den größten Teil der Beratung aus.¹⁵⁴ Zu den oben genannten Bereichen können funktional noch die Bereiche: Beschaffung,

¹⁵⁰

Dazu gehören: Produktivitäts-, Wirtschaftlichkeits-, Rentabilitäts- und Bilanzanalysen, Erstellen von Erfolgs- und Betriebsergebnisrechnungen, Beratung auf den Gebieten Finanz- und Investitionsrechnung, -planung sowie Kostenrechnung und Kalkulation, Planungsrechnung und Budgetierung, Betriebswirtschaftliche Statistik, Liquiditäts- und Förderungsmanagement; Beratung bei der Kapitalbeschaffung, Betriebswirtschaftliche Sonderprobleme im Rahmen des Operation Research und der mathematischen Planungsrechnung, Aufbau und Organisation des betrieblichen Rechnungswesens, Einrichten der Buchführungsorganisation, Einrichten der Lohn- und Gehaltsverrechnung, Abrechnung Lohnarten bestimmter (d.h. abgabenrechtlich klassifizierter), Beratung auf dem Gebiet der Organisation und Führung des betrieblichen Rechnungswesens), Selbständige Führung von Büchern und Aufzeichnungen sowie Statistiken und Rechenwerken jeder Art für betriebswirtschaftliche Zwecke (Planungs- und Kostenrechnungen etc), Berücksichtigung steuer- und abgabenrechtlicher Fragen.

¹⁵¹

Dazu gehören: Unternehmensstrategie und -politik, Strategische Positionierung des Unternehmens für ökologische Entwicklungen; Bewertung der Umweltrisiken für Standorte, Fusionen und Sanierungen, Projektmanagement für Umweltschutzprojekte, Organisation, Verantwortung der einzelnen hierarchischen Ebenen und Stellen im Umweltmanagement, Funktionen und Abläufe mit Umweltauswirkungen, Informationssysteme, Konzept für ein unternehmensweites Umweltinformationssystem; unabhängige Evaluierung und Auswahl der Standardsoftware, Personal, Schulung über Umweltschutz- und Arbeitssicherheitsmaßnahmen; unternehmensweite Trainingsprogramme und ökologischer Lernprozess, Controlling, Aufbau des umweltbezogenen Rechnungswesens; Umweltkennzahlensystem; Beratung über Förderungen für Umweltschutzprojekte und -maßnahmen, Öko-Bilanzierung, Produktion und Logistik, Optimale Produktgestaltung (Recycling, Wiederverwendung etc); Aufbau und Einführung umweltgerechter Beschaffungs- und Distributionspolitik; umweltgerechte Optimierung der Produktionsprozesse (Verfahren, Abläufe), Sicherheits- und Risikomanagement, Sicherheits- und Risikoanalysen; Alarm- und Gefahrenabwehrpläne; Bescheid- und Auflagenmanagement, Umweltrecht, Beratung zum Stand des nationalen und internationalen Umweltrechts, „Legal compliance“-Darstellung des Unternehmens und deren Auswirkungen, Erstellen der Unterlagen umweltrelevanter Projekte zur Einreichung bei Behörden, Marketing, Offene Kommunikation mit den Menschen im Unternehmen und auf der Kundenseite über Produkte, Stoffe etc, Aktive Informationspolitik über Normalbetrieb und Störfälle sowie Umweltberichte, Öko Audit (EMAS), ISO 14000 ff, Umweltpolitik, Umweltziele und Umweltprogramm; Aufbau und Integration des Umweltmanagementsystems; interne Umweltbetriebsprüfungen und externe Umweltbegutachtung nach EMAS (Öko Audit) oder ISO 14000, Dienstleistungen als externe Sicherheitsfachkraft gem. § 73 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG), sofern die erforderlichen Fachkenntnisse gem. § 74 ASchG erfüllt sind., Dienstleistungen als externer Gefahrgutbeauftragter gem. § 11 Abs 7 Gefahrgutbeförderungsgesetz (GGBG) iVm 1.8.3 ADR/RID, sofern die Voraussetzungen nach dem GGBG und nach der Gefahrgutbeförderungsverordnung erfüllt sind.

¹⁵²

Dazu gehören: Beratung iZm der Integration des europäischen Binnenmarktes, Informationsmanagement, Gestaltung der außenwirtschaftlichen Beziehungen von Unternehmen und anderer supranationaler Gebilde, Beratung zur Entwicklung internationaler Kooperationen.

¹⁵³

Dazu gehören: Vermittlung in allen unternehmensinternen persönlichen Konflikten zwischen Einzelpersonen, Gruppen, Abteilungen und bei Mobbing, Vermittlung in streitigen Verhandlungen zwischen Management und Betriebsrat, Analyse von Konflikten innerhalb und zwischen Unternehmen, Beratung bei der Auswahl des Verhandlungsteams, Unterstützung bei der Formulierung einer verbindlichen Vereinbarung, Begleitung bei der Umsetzung (eventuell Nachverhandlung) der erzielten Vereinbarung, Begleitung interner organisatorischer Veränderungsprozesse, Vermittlung zwischen Unternehmen/Geschäftsführung bei der Verhandlung grundsätzlicher Strukturfragen, wie z.B. Unternehmensnachfolge, Kooperationen und Fusionen, Vermittlung in streitigen Verhandlungen zwischen Unternehmen, z.B. vor- und nachgelagert in der Prozesskette, unter dem Mitbewerb, zwischen Konzernfilialen usw.

Restrukturierung, Verkauf oder Risikomanagement hinzukommen. Daneben gibt es noch häufig Projekte zur Umsetzung neuer regulatorischer Vorhaben oder technischer Entwicklungen.

Innerhalb der funktionalen Bereiche gibt es eine Vielzahl von denkbaren Aufgabenstellungen, bei denen kein Projekt einem anderen gleicht. In den Bereich Unternehmensführung/Managementberatung fallen bspw sowohl die Entwicklung von „*Top-Management-Strategien*“, als auch der Aufbau eines so-geannten „*Management-Information-Systems*“, einer betriebswirtschaftlich, technischen oder organisatorischen Betrachtung von laufenden Prozessen im Unternehmen, oder die Bewertung von Joint Venture-, Kooperations- oder M&A-Möglichkeiten sowie das Coaching von Managern. Ein Beratungsauftrag in diesem Bereich unterstützt die Geschäftsleitung bei der „*strategischen Unternehmensplanung, Strategieentwicklung, Unternehmensanalyse unter Berücksichtigung der Schwachstellen und Erfolgspotenziale, Entwicklung von Unternehmenskonzeptionen, Corporate Identity, Corporate Design, Corporate Culture Konzeption etc*“¹⁵⁵.

Sektoral werden Beratungsleistungen in allen Industrien wie auch im öffentlichen Bereich erbracht. Zu den größten Industriesektoren zählen:

- Automobil,
- Konsumgüter,
- Financial Services,
- Energie,
- Gesundheitswesen,
- Telekommunikation,
- Medien und High Tech und
- Transport und Logistik

¹⁵⁴ Poór, Survey of the European Management Consultancy 2011-2012 <http://www.feaco.org/sites/default/files/sitepagefiles/Feaco%20Survey%202011-2012.pdf> (Stand 01.12.2012); WKO, Kennzahlen auf Berufsebene https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Radar/UBIT_Radar_2012_Kennzahlen_3.pdf (Stand 01.01.2011).

¹⁵⁵ Saria, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe 76.

II.3.a.4. Projektverlauf

Beratung versteht sich zumeist als ein individuell auf den Klienten und das Thema abgestimmter und „maßgeschneiderter“ Prozess. Selten gibt es „Musterlösungen“, die mit keiner oder geringer Anpassung auf verschiedene Klientensituationen angewendet werden können, oftmals aber Branchen Know-how einzelner Berater, das auf Projekte angewendet werden kann. Auch wenn jedes Beratungsverhältnis einzigartig ist, gibt es dennoch Projektphasen, die regelmäßig in der gleichen Reihenfolge durchlaufen werden. Diese stellen sich wie folgt dar¹⁵⁶:

- Proposal/Pitch
- Vertragsanbahnung und -abschluss
- Zusammenstellung des Teams auf Seite des Beraters und Klienten
- Informationsbeschaffung
- Problemerkennung/Zielklärung
- Diagnoseprozess
- Empfehlung konkreter Maßnahmen
- Intervention/Implementierung

Die einzelnen Projektphasen charakterisieren zugleich auch die Kernkompetenzen der Unternehmensberater. Bei der Informationsbeschaffung liegt die Fähigkeit des Beraters vor allem darin die Motive der Problemstellung des Klienten zu verstehen um die relevante Information zu identifizieren und irrelevante auszuschließen. Meist ist eine unüberschaubare Menge an Information vorhanden, deren relevanter Anteil zunächst durch richtige Fragestellungen identifiziert und herausgefiltert werden muss. Die Problemerkennung beschäftigt sich mit der *„Suche nach adäquaten Lösungen“* wobei auch das weitere Umfeld des Themenbereichs in die Analyse mit einzubeziehen ist. Ein erfolgreicher Diagnoseprozess verlangt systemische Problemlösungsfähigkeiten sowie eine gelungene Kommunikation der Ergebnisse. Für die Empfehlung konkreter Maßnahmen ist sowohl Expertenwissen wie die Kommunikation und Zusammenarbeit mit den Klienten erfolgsentscheidend.

Als Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung der oben genannten Kernaufgaben gelten die *„Bewusstseinsbildung beim Klienten“*, die *„Konsensarbeit unter Einbeziehung des*

¹⁵⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/567.

Klientensystems“, die „Förderung der Lernfähigkeit des Klientensystems“, „Training und Schulungen“, und die „Förderung der organisatorischen Effizienz“.

Die klare Absprache der Ziele, der gegenseitigen Erwartungen, sowie des Bedingungsrahmens sind vor Start des Projekts notwendig und müssen während des Beratungsprozesses immer wieder angepasst werden. So unterscheiden sich zB häufig die durch den Klienten angefragten von den für die Problemlösung tatsächlich benötigten Informationen. Auch bei der Problemerkennung kann es zu deutlichen Auftragsabweichungen kommen. In diesem Fall sollte eine neue Zielvereinbarung getroffen werden.

II.3.b. Gegenleistung: Honorar

Die Gegenleistung des Klienten für die erhaltene Beratung ist das Honorar. Es gebührt für geleistete Dienste oder ein vom Berater erbrachtes Arbeitsergebnis. Unternehmensberater erbringen grds keine unentgeltlichen Leistungen.¹⁵⁷ Wurde kein Entgelt vereinbart, gilt ein angemessenes Honorar trotzdem als geschuldet.^{158 159} ISd § 1152 ABGB ist ein Entgelt angemessen, das sich „unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Bedachtnahme auf das, was unter ähnlichen Umständen geschieht oder geschehen ist, ergibt.“¹⁶⁰ Selbstverständlich empfiehlt es sich jedoch ein Entgelt und dessen Höhe ausdrücklich zu vereinbaren.

Das Beratungsentgelt wird zumeist als Zeithonorar in Personentagen berechnet, kann aber auch als Pauschalhonorar vereinbart werden. Tagessätze variieren nach Größe des Beratungsunternehmens sowie Erfahrung und Hierarchiestufe der Berater. Sie sind demnach sehr heterogen und liegen zwischen einigen Hundert und mehreren tausend Euro für einen Beratertag.

¹⁵⁷ BDU, Berufsgrundsätze 2015 http://www.bdu.de/media/3767/bduberufsgrundsätze_design2015.pdf (Stand April 2015).

¹⁵⁸ § 354 Abs 1 UGB für Verträge zwischen Unternehmern. Die Kalkulation von Unternehmensberatergehältern basiert idR auf dem sog „Mann-Tages-Honorar“.

¹⁵⁹ Ist das Honorar in Deutschland nicht explizit geregelt, so gilt die „taxmäßige und, sofern eine solche nicht besteht, die übliche Vergütung als vereinbart.“ Das folgt für Dienstverträge aus § 612 Abs 2 BGB, für Werkverträge aus § 632 Abs 2 BGB und für Maklerverträge aus § 653 Abs 2 BGB. Für Unternehmensberater existiert keine Taxe (=gesetzlich festgelegter Preis). Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 94.

¹⁶⁰ Schuhmacher in Straube/Ratka/Rauter I⁴ § 354 Rz 10 (Stand April 2011, rdb.at); aufgrund der sehr verschiedenen Erscheinungsformen und Größen von Unternehmensberatungen kann dies oft schwierig festzustellen sein. Richtschnur für die Beurteilung der Angemessenheit können die vom Fachverband einer Berufsgruppe oder ähnlichen Stellen herausgegebenen Tariftabellen sein, wenn die angegebenen Tarife unter ähnlichen Umständen auch tatsächlich bezahlt werden; andernfalls bestimmt sich das angemessene Entgelt nach den tatsächlich allgemein gezahlten Sätzen.

Das Honorar berücksichtigt in seiner Bemessung für gewöhnlich nicht das Haftungsrisiko des Beraters, sondern lediglich den Arbeitsaufwand des Beratungsprojekts. Gibt es einen Risikoaufschlag, so dient dieser eher als Gegenleistung für das Risiko von Reputationsschäden bei Projekten von medialem Interesse.

Die Berater sind in der Kalkulation ihrer Honorare weitgehend frei. Vergütungen können erfolgsabhängig oder erfolgsunabhängig vereinbart werden. In jüngster Zeit veranlasst die Sorge „für das Honorar keinen angemessene Gegenwert zu erhalten“¹⁶¹ Klienten vermehrt in Vertragsverhandlungen den Wunsch zu äußern „nur bei Erfolg vergüten zu müssen“. Der Erfolg von Beratung ist aber nicht einfach zu definieren und meist sehr schwierig zu messen. Indem der Unternehmensberater sich auf ein Erfolgshonorar einlässt, riskiert er trotz sorgfältiger Erfüllung aller vertraglich bedungenen Leistungen kein Entgelt zu erhalten, weil der Klient etwa erhaltene Empfehlungen nicht oder nicht richtig umsetzt bzw sich die gesamtwirtschaftlichen Gegebenheiten geändert haben. Zur gerichtlichen Durchsetzbarkeit bedarf jeder Honoraranspruch sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach einer Rechtsgrundlage. Es bedarf also äußerst detaillierter Regelungen „zur Definition des Erfolges, zu den Parametern seiner Messung, zur Feststellung dieser Parameter und zur Berechnung des Honorars.“¹⁶² In Streitfällen hat, nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen, derjenige Tatsachen zu beweisen, der aus ihnen die für sich günstigen Rechtsfolgen ableiten möchte.¹⁶³ Bei Erfolgshonoraren obliegt die Beweisführung dem Unternehmensberater, der aufgrund von Informationsknappheit diese häufig nur schwer erbringen kann.¹⁶⁴ Hier ist es zweckmäßig, die Bemessungsgrundlage zu definieren, auf Basis derer das Erfolgshonorar prozentual errechnet werden soll. Erfolgshonorare kommen überwiegend bei Beratungsverträgen im M&A Bereich, im Bereich der Personalvermittlung oder bei Rationalisierungsprojekten zur Anwendung.^{165 166}

¹⁶¹ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 202.

¹⁶² Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 204. Erfolgshonorare können zB als Gewinnbeteiligungen, Prozentsatz eingesparter Kosten oder Prozentsatz eines Jahreshonorars (bei Personalvermittlungen) vereinbart sein.

¹⁶³ Reischauer in Rummel³ § 1298 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

¹⁶⁴ Der Klient hat einen Auskunftsanspruch auf Kundendaten um den Nachweis führen zu können. „Dieser Anspruch ist jedoch bereits dann erfüllt, wenn die Auskunft erteilt ist, gleich ob sie richtig oder falsch ist, komplett oder unvollständig.“ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 204.

¹⁶⁵ Quiring, Die rechtliche Absicherung der Unternehmensberatung² 208.

II.4. Vertragsart nach dem Typenkatalog des ABGB

II.4.a. Wichtigkeit der Bestimmung der Vertragsart

Das ABGB sieht für den Unternehmensberatungsvertrag keinen eigenen Vertragstypus vor. Auch eine einheitliche Zuordnung des Unternehmensberatungsvertrags zu einem der gesetzlich vorgesehenen Schuldvertragstypen des ABGB ist nicht möglich, da Art und Inhalt der in einem Beratungsvertrag zu erbringenden Leistungen derart vielgestaltig sind. Beinahe sämtliche Aufgaben und Tätigkeiten des Unternehmensspektrums können Beratungsgegenstand sein. Neben der klassischen Beratung, die auf „*Problemerkennung und Problemlösung*“ und auf „*Anwendung von Wissen und Erfahrung durch den Consultant selbst zur Lösung der Probleme des Klienten*“ angelegt ist, gibt es auch weitere Beratungsverhältnisse, bei denen eine Auskunft oder ein Gutachten im Vordergrund steht, weiters die Koordinierung oder Organisation einer Leistung, sowie eine Unternehmensbewertung oder -prüfung. Aufgrund der Vielzahl und Diversität der Leistungen hat eine Zuordnung zu den Vertragstypen des ABGB daher im Einzelfall zu erfolgen.

In wirtschaftlicher Hinsicht ist die Unternehmensberatung eine Dienstleistung. Als Vertragstypen kommen daher primär die Dienstleistungsvertragstypen des ABGB, ergänzt um einige andere Vertragstypen in Ausnahmefällen, in Frage. Ihnen kann der konkrete Unternehmensberatungsvertrag im Einzelfall zugeordnet werden. Dazu zählen:

- Freier Dienstvertrag,
- Werkvertrag,
- Typenkombinationsvertrag,
- Garantievertrag oder
- Mandat iSd § 1002ff ABGB

Insb die ersten beiden Vertragsarten, freier Dienstvertrag und Werkvertrag, und ein gemischter Vertrag aus den beiden, der Typenkombinationsvertrag, bilden die Basis für Unternehmensberatungsverträge. Bei der Analyse von Verträgen reicht es aber nicht die Grundverträge isoliert zu betrachten. Beratungsverträge bestehen regelmäßig aus mehreren Vertragsarten, was den Typenkombinationsvertrag auch zur häufigsten Vertragsart in diesem Bereich macht. Nachdem jedes Vertragselement anhand der jeweils einschlägigen Norm zu

¹⁶⁶

Bei Rationalisierungsprojekten ist es tlw üblich den Berater prozentual am Rationalisierungserfolg zu beteiligen. Hier ist es ratsam genau zu definieren wie Rationalisierungserfolge in Zahlen ausgedrückt werden.

beurteilen ist, ist die Abgrenzung der Verträge voneinander essentiell um beurteilen zu können, auf welchen Vertragsteil welche gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden sind.¹⁶⁷ Auch der OGH stellte fest, dass *„an der Spitze jeder Feststellung von Schlechterfüllung oder haftungsbegründender Pflichtverletzung zunächst eine möglichst exakte Festlegung der geschuldeten Pflichten zu stehen hat“*.¹⁶⁸

Obwohl eine Zuordnung zu den Vertragstypen im Einzelfall zu erfolgen hat und dies häufig herausfordernd ist, ist es unerlässlich Verträge, trotz der grds Vertragsfreiheit, in typisierte Vertragskategorien einzuordnen um

- festzustellen auf Basis welcher Rechtsgrundlage Vertragslücken zu schließen sind. Verträge sind nämlich meistens, insb in Hinblick auf die Rechtsfolgen bei nicht rechtzeitiger, nicht vollständiger oder fehlerhaft erbrachter Leistung, unvollständig und müssen durch allgemeine Bestimmungen des ABGB ergänzt werden.¹⁶⁹
- den schadenersatzrechtlichen Sorgfaltsmaßstab mit den richtigen Kriterien beurteilen zu können. Die erfolgreiche Durchsetzung eines Schadenersatzanspruchs hängt nämlich maßgeblich von der Art des Vertragstypus ab. Je nachdem ob der Vertrag als freier Dienst-, Werk- oder Typenkombinationsvertrag abgeschlossen ist ergeben sich daraus unterschiedliche Haftungsvoraussetzungen. So hat der Werkunternehmer für die erfolgreiche Erstellung des Werks Gewähr zu leisten, der freie Dienstnehmer hingegen nur für die sorgfältige Arbeitserbringung.¹⁷⁰ Der Entgeltsanspruch des Werkunternehmers geht verloren, wenn das Werk aus Gründen untergeht, die nicht der Sphäre des Werkbestellers zuzuordnen sind.

¹⁶⁷ Völk/Völk, Beraterhaftung² Rz 2/113.

¹⁶⁸ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

¹⁶⁹ Gem §§ 8 und folgende deutsches ABGB ist die Wirksamkeit vieler Bestimmungen in Formularverträgen (AGB) danach zu beurteilen, ob und inwieweit die im Einzelfall vereinbarte Regelung vom gesetzlichen Leitbild für einen Vertrag der betreffenden Kategorie abweicht. Quiring, Die rechtliche Absicherung der Unternehmensberatung² 187.

¹⁷⁰ Mehr dazu in dem folgenden Kapitel II.4.b. „Grundverträge des ABGB“.

Darüber hinaus gibt es andere Rechtsfolgen, wie die Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB¹⁷¹, die Verjährungsfrist und die Inhaltskontrolle vorgefertigter Vertragsbestimmungen, die je nach Vertragstypus richtig anzuwenden sind.

Einziger Weg zur Vermeidung einer solchen Einordnung des Beratungsvertrages im Vorhinein ist – in Anlehnung an die anglo-amerikanische Vertragspraxis – eine umfängliche Regelung aller denkbaren Leistungsstörungen in einem Klauselkatalog, um so den allgemein gesetzlichen Regelungen den Anwendungsbereich zu nehmen. Besonders in Fällen, in denen es um das zu beratenden Unternehmen finanziell nicht gut bestellt ist, bleibt aber oft nicht die Zeit Verträge in einer solchen Detailgenauigkeit abzuschließen. Im Folgenden soll daher ein kurzer Überblick über die wesentlichen Charakteristika der für den Unternehmensberatungsvertrag gängigsten Vertragstypen gegeben werden, bevor im nächsten Kapitel auf die Methoden der Bestimmung und Abgrenzung von Verträgen oder Vertragsbestandteilen im Einzelfall eingegangen wird.

II.4.b. Grundverträge des ABGB

II.4.b.1. Freier Dienstvertrag

„Einem Consultingvertrag kommt dann allein dienstvertragliche Rechtsnatur zu, wenn er tätigkeitsbezogen auf die Beratungsleistung als solche, auf das Wirken und die Arbeitsleistung des Consultant, ausgerichtet ist.“¹⁷²

Der selbstständige, freie Dienstvertrag ist im Gegensatz zum „normalen“ Dienstvertrag gesetzlich kaum geregelt. Lediglich in § 1164 a ABGB und § 4 Abs 4 ASVG wird er erwähnt. Nachdem aber keine dieser Regelungen inhaltlich auf ihn eingeht, ist sein Wesen aus den Bestimmungen über den Dienstvertrag nach §§ 1151 ff ABGB abgeleitet.¹⁷³ Auch die Bestimmungen des Arbeitsrechts und des ABGB über den Dienstvertrag werden analog angewendet, sofern sie nicht von persönlicher Abhängigkeit ausgehen und die spezifische Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers zum Regelungszweck haben.

¹⁷¹ Muss nach § 1296 ABGB grds der Geschädigte das Verschulden des Schädigers beweisen, normiert § 1298 ABGB für die Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Verbindlichkeit eine Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens. Mehr dazu im Kapitel III.2.d. „Verschulden“.

¹⁷² Martinek in Staudinger II § 675 Rz B85.

¹⁷³ Die §§ 1151ff sind auf den freien Dienstvertrag nicht unmittelbar anwendbar, jedoch sind diejenigen Normen beachtlich, die nicht von der persönlichen Abhängigkeit des Dienstnehmers ausgehen bzw den sozial Schwächeren schützen sollen Krejci in Rummel³ § 1151 Rz 83 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

Der freie Dienstvertrag ist ein schuldrechtlicher, gegenseitiger, entgeltlicher Vertrag. Die geschuldeten Leistungen entsprechen im Wesentlichen jenen des Dienstvertrages, jedoch gehören persönliche und wirtschaftliche Abhängigkeit nicht zu seinen zwingend erforderlichen Merkmalen. „Der freie Dienstvertrag unterscheidet sich vom (echten) Dienstvertrag im Sinne der §§ 1151 ff ABGB besonders durch die Möglichkeit, den Ablauf der Arbeit selbst zu regeln und jederzeit zu ändern, also durch das Fehlen der persönlichen Abhängigkeit und Weisungsgebundenheit.“¹⁷⁴ Zur Abgrenzung vom Dienstvertrag wesentlich ist, dass das persönliche Verhalten des Dienstnehmers grds unbeschränkt bleibt, insb besteht keine dem Dienstvertrag vergleichbare Weisungsunterworfenheit.¹⁷⁵ Die Verpflichtung zu „regelmäßiger, dauernder Dienstleistung“ steht der Annahme eines freien Dienstverhältnisses aber genauso wenig entgegen wie die Möglichkeit „Hilfsdienste zu substituieren“ schon das Vorliegen eines freien Dienstvertrags indiziert.¹⁷⁶ „Auch die Gebundenheit an einen vorgegebenen Terminplan spricht nicht für die persönliche Abhängigkeit.“¹⁷⁷ Der Dienstnehmer darf sein freies Dienstverhältnis zwar nicht an einen Dritten substituieren, er darf sich aber, auch ohne Erlaubnis des Dienstgebers, eines oder mehrerer Erfüllungsgehilfen bedienen. Dies bis zu der Grenze, bei der der Dienstgeber gerade an der persönlichen Erfüllung ein Interesse hat.

Die Dauer eines als freier Dienstvertrag ausgestalteten Schuldverhältnisses ist frei festsetzbar. Er kann somit auf unbestimmte Zeit oder für nur einige Tage geschlossen werden.¹⁷⁸ Der freie Dienstvertrag ist dennoch immer ein Dauerschuldverhältnis, er kommt häufig bei Dauerberatungsverträgen oder Fällen von Ganztagsberatung zur Anwendung. Neben klassischen Strategieberatungen und laufenden und thematisch nicht näher bestimmten Managementberatungen, so genannten „Stand-By Beratungen“ werden häufig auch

¹⁷⁴ RIS-Justiz RS0021518 (OGH 18.12.1991, 9 ObA 225/91).

¹⁷⁵ Während es beim Dienstvertrag eine allgemeine, weit reichende Weisungsunterworfenheit gibt, handelt es sich beim freien Dienstvertrag nur um ein sachliches Weisungsrecht. Beratungsverträge in Form von Dienst- statt freien Dienstverträgen sind nur in Ausnahmefällen anzutreffen. Dem Weisungsrecht des Dienstgebers steht die Pflicht zur Befolgung erteilter Weisungen auf Seiten des freien Dienstnehmers gegenüber. Das ergibt sich aus dem § 1153 ABGB analog.

¹⁷⁶ Krejci in Rummel³ § 1151 Rz 83 (Stand 01.01.2000, rdb.at); Die persönliche Abhängigkeit des Dienstvertrags charakterisiert sich durch eine eingeschränkte Bestimmungsfreiheit in Bezug auf die Erfüllung des Vertrags. Dies umfasst meist einen vorgeschriebenen Arbeitsort, Arbeitszeiten und arbeitsbezogenes Verhalten.

¹⁷⁷ OGH 18.12.1991, 9 ObA 225/91.

¹⁷⁸ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/39.

Koordinierungs- oder Organisationsaufgaben¹⁷⁹, sowie Coaching und Training in Form eines freien Dienstvertrags vereinbart.

Die vertragliche Hauptpflicht des Dienstschuldners besteht in der Erbringung der vereinbarten Leistung. Geschuldet ist nicht die Verrichtung einer einzelnen Tätigkeit oder die Herbeiführung eines bestimmten Erfolges. „*Prägendes Leistungselement*“ eines als freier Dienstvertrag ausgerichteten Unternehmensberatungsvertrags ist eine „*theoretisch-analytische*“ und „*praktisch-kreative*“ Geistestätigkeit. Der Unternehmensberater muss die gefundenen Problemlösungen seinem Auftraggeber darlegen und vermitteln. Er schuldet eine rein intellektuelle Arbeit, ein Erfolgsrisiko trifft ihn nicht.¹⁸⁰ In Beratungsverhältnissen dieser Art verpflichtet sich der Berater, laufend oder für eine bestimmte Zeit, „*Anfragen zu seinem Fachgebiet oder Problemen zu solchen Themen für seine Vertragspartner zu lösen, Empfehlungen oder Einschätzungen abzugeben oder ähnliche Tätigkeiten zu verrichten*“. Die Tätigkeit steht im Mittelpunkt. Geschuldet ist die Verrichtung von „*nach Art und Umfang gattungsmäßig bestimmten Tätigkeiten*“.¹⁸¹

Das wesentliche Merkmal des Dienstvertrags ergibt sich aus der Zielsetzung seiner Leistung, welche auf die Tätigkeit an sich und nicht den Erfolg oder ein konkretes Arbeitsergebnis gerichtet ist. Der freie Dienstnehmer schuldet die Erbringung von „*Diensten*“. Inhaltlich ist der Begriff sehr weit gefasst. IdR bestehen diese aus tatsächlichen Handlungen. Sämtliche mögliche und erlaubte Arbeiten können vereinbart werden. Die Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs ist nicht geschuldet.¹⁸² So hat der Berater, der eine Einschulung von Mitarbeitern des Klienten schuldet, einen sorgfältigen und ordentlich vorgenommen Unterricht zu erbringen, muss aber nicht für Wissenszugewinn beim Einzuschulenden eintreten. Der Berater haftet in einem solchen Fall also nur dann, wenn das Vortragsprogramm nicht zur Wissensvermittlung geeignet war und der Dienstgeber nicht darüber Bescheid wusste.¹⁸³ Der Dienstnehmer schuldet nur seine Diligenz.

¹⁷⁹ Der Auftraggeber überträgt dabei Weisungs-, Auskunft- und Kontrollrechte an einen freien Dienstnehmer, häufig einen Berater, damit dieser die Aufgabe mehrerer Dienstleister zu koordinieren übernimmt. Diese Aufgabe wird in der Fachsprache PMO, kurz für Programm Management Office, genannt.

¹⁸⁰ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B80 und Rz B88.

¹⁸¹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/193.

¹⁸² Rebhahn in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1151 Rz 133 (Stand 01.06.2014, rdb.at).

¹⁸³ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/205.

Inhalt ist kein „Werk“, sondern ein „Wirken“.¹⁸⁴ Genauso wie der Anwalt in einem freien Dienstvertrag seinen Entgeltanspruch nicht verliert, wenn ein Prozess verloren wird, verliert der Unternehmensberater ihn üblicherweise nicht, wenn das Unternehmen in seiner Gesamtheit nach der Beratung nicht besser dasteht als davor. War sein „Wirken“ aber nicht sachgerecht, dh der Rat im Zeitpunkt der Beratung inhaltlich nicht richtig, wird sich auch der Unternehmensberater aus einem freien Dienstvertrag verantworten müssen.

Die geschuldete Dienstleistung ergibt sich primär aus dem Vertrag. Gibt die Vereinbarung keinen Aufschluss darüber, sind *„den Umständen nach angemessene Dienste und ein ebensolches Entgelt“* zu leisten¹⁸⁵. Die Angemessenheit ergibt sich aus der Verkehrssitte. Weitere vertragliche Pflichten des Dienstnehmers ergeben sich aus der Treuepflicht des Dienstnehmers, die sich aus allgemeinen vertragsrechtlichen Grundsätzen und arbeitsrechtlichen Bestimmungen ableitet.¹⁸⁶

Obwohl eine Treuepflicht nicht ausdrücklich gesetzlich erwähnt ist¹⁸⁷, ist es nach hM¹⁸⁸ anerkannt, dass es eine solche Pflicht gibt. Sie entspricht den allgemeinen Rücksichts-, Interessenswahrungs- und Sorgfaltspflichten, welche sich zwischen Parteien in contrahendo ergeben. Im Wesentlichen handelt es sich bei der Treuepflicht um die *„Pflicht zur dienstlichen Korrektheit“*. Dabei geht es um die Unterlassungspflichten¹⁸⁹ der *„Wahrung der Verschwiegenheit über das dienstlich Bekanntgewordene“*, um die *„Uneigennützigkeit der geschäftlichen Tätigkeit“* und *„Nichtkonkurrenzierung“*.¹⁹⁰ Die L ordnet der allgemeinen Treuepflicht auch eine *„Anzeigepflicht bei drohenden Schäden“* und eine *„Pflicht zu vorübergehender Verrichtung anderer Arbeiten oder von Mehrarbeiten im Notfall“* sowie eine Reihe weiterer Unterlassungspflichten zu.¹⁹¹

¹⁸⁴ Krejci in Rummel³ § 1151 Rz 83 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

¹⁸⁵ § 6 AngG BGBl 1921/292.

¹⁸⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/50.

¹⁸⁷ Vgl demgegenüber die besondere Regelung der Fürsorgepflicht des Dienstgebers in § 1157 ABGB.

¹⁸⁸ Krejci in Rummel³ § 1153 ABGB Rz 28 (Stand 01.01.2000, rdb.at) mwN.

¹⁸⁹ Der Dienstnehmer hat keine umfassende Interessenswahrungspflicht „sich nach besten Kräften für die Interessen des Arbeitsgebers und das Gedeihen des Betriebs einzusetzen und alles zu unterlassen was dem Betrieb abträglich sein könnte“; Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ (1998) 191.

¹⁹⁰ Krejci in Rummel³ § 1153 Rz 29 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

¹⁹¹ Floretta/Spielbüchler/Strasser, Arbeitsrecht I⁴ 190.

Die Festsetzung einer Bearbeitungsfrist erfolgt entweder im Vertrag oder durch Weisung des Dienstgebers. Je mehr Zeit der Berater aufwenden darf, umso intensiver hat er sich der Fragestellung zu widmen. Ist die Zeit für eine dem Sorgfaltsmaßstab eines Sachverständigen entsprechende Bearbeitung nicht ausreichend, so muss der Dienstnehmer, wie bei anderen Unklarheiten, darüber aufklären. Wurde weder durch Weisung, noch durch Vertrag eine Frist festgesetzt, so ist von einer Bearbeitung binnen „*angemessener Frist*“ auszugehen.¹⁹²

Bei der Unterscheidung zwischen Werk- und Dienstvertrag sprechen grds folgende Kriterien für einen freien Dienstvertrag:¹⁹³

- Persönliche Gebundenheit und Leistungspflichten
- Wirtschaftliche Abhängigkeit
- Mangelnder unmittelbarer Einfluss auf das betriebliche Geschehen
- Langfristige Einbindung in den Arbeitsprozess
- Anwesenheitspflicht am Arbeitsort
- Erfolgsunabhängige Grundentlohnung
- Spesenersatz

II.4.b.2. Werkvertrag

„Demgegenüber kommt einem Consultingvertrag eine rein werkvertragliche Rechtsnatur zu, wenn er erfolgsbezogen auf die Herbeiführung eines wertschöpfenden Arbeitsergebnisses des Consultants abzielt.“¹⁹⁴

Der Werkvertrag ist in den §§ 1151, 1152 und 1161-1171 ABGB geregelt. Die gesetzlichen Anforderungen an ihn sind allerdings dispositiv.

Der Werkvertrag ist wie auch der freie Dienstvertrag ein schuldrechtlicher, gegenseitiger und entgeltlicher Vertrag. Er ist ein Zielschuldverhältnis und wird eher bei Schwerpunkt- und Spezialberatung vereinbart. Für Beratungstätigkeiten kommt er seltener vor als der freie Dienstvertrag. Werkverträge werden insb dort vereinbart, wo der Auftraggeber einen

¹⁹² Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/199.

¹⁹³ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/131.

¹⁹⁴ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B86.

wirtschaftlichen Erfolg erwartet, dessen Eintritt „*sich einer Messung und Prüfung mit objektiven Methoden ohnehin entzieht oder von unübersehbaren Imponderabilien abhängig erscheint.*“¹⁹⁵

Anders als der freie Dienstnehmer, schuldet der Werkunternehmer einen konkreten Erfolg, nicht bloß sachverständige Sorgfalt. Laut § 1151 ABGB schuldet er die Herstellung eines bestimmten Werkes gegen Entgelt. Der OGH definiert den Werkvertrag als eine „*Vereinbarung, in der sich jemand gegen Entgelt verpflichtet, ein den Umständen und Vorstellungen des anderen entsprechendes Werk entweder persönlich selbstständig herzustellen oder unter persönlicher Verantwortung durch Dritte herstellen zu lassen.*“¹⁹⁶ Der Werkunternehmer arbeitet dabei persönlich unabhängig, stellt das Werk aber sehr wohl nach den Wünschen des Werkbestellers her.

Der Begriff Werk ist weit zu verstehen. Als Werk kann auch ein unkörperliches Arbeitsprodukt, wie die Schaffung „*ideeller, unkörperlicher oder geistiger Werke*“¹⁹⁷ qualifiziert werden. So zB die Herstellung einer Unternehmensbewertung, eines Organisationsplans oder einer konkreten Marktanalyse. Werk ist nicht die Tätigkeit, sondern der Erfolg. Es handelt sich somit, anders als beim freien Dienstvertrag, um eine Erfolgs- und nicht um eine bloße Sorgfaltsverbindlichkeit. Beim werkvertraglichen Beratungsvertrag verspricht der Unternehmensberater, als Werkunternehmer, die Herbeiführung eines „*bestimmten Erfolges*“ durch Dienstleistung¹⁹⁸. Erst durch den Erfolgseintritt wird der Vertrag erfüllt. Werkverträge können folglich nur über Leistungen geschlossen werden, deren Erfolg grds vom Werkunternehmer herbeigeführt und daher zugesagt werden kann. Die Grenzen des Werkvertrags liegen in der persönlichen Realisierbarkeit. Hängt die Realisierung in hohem Maß von Umständen ab, die vom Werkunternehmer nicht beherrscht werden können, wie zB das Verhalten Dritter, ist daher nicht von einem Werkvertrag auszugehen.¹⁹⁹ Wir der Unternehmensberatungsvertrag bspw über ein Gutachten mit einem, für beide Parteien klar erkennbaren spezifischen Zweck (zB Erlangen einer

¹⁹⁵ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B85.

¹⁹⁶ OGH 1 Ob 508/32, SZ 14/129.

¹⁹⁷ Krejci in Rummel³ § 1166 Rz 9 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

¹⁹⁸ § 1165ff ABGB.

¹⁹⁹ Ein Unternehmensberater kann sich bspw werkvertraglich nicht zur Steigerung der Mitarbeiterzufriedenheit verpflichten. Soll ein solcher Erfolg vertraglich bedungen werden wird man dies in der Form eines Garantievertrages tun müssen. Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/76.

Bewilligung) geschlossen, so stellt sich die Frage inwieweit der Gutachter diese Zielsetzung des Werkbestellers in der Ausführung seines Werks berücksichtigen muss. ME richtig argumentieren *Völk/Völk*, dass der Gutachter diese Zielsetzung soweit als möglich berücksichtigen muss, in diesem Fall aber trotzdem keinesfalls für den Erfolg (idF positiver Bescheid der Behörde), sondern lediglich für die Tauglichkeit seines Werkes einzustehen hat. Wird eine bestimmte Verwendung des Gutachtens vom Werkbesteller offengelegt, so haftet der Gutachter jedenfalls dafür, dass das Gutachten für diesen Zweck tauglich ist. Für die Erreichung des mit seiner Verwendung angestrebten Ziels haftet er jedoch nicht.

Der Erfolg bei Werkverträgen über Beratungsleistungen ist generell schwer quantifizierbar. Rationalisierungseffekte oder Effizienzsteigerungen bieten sich zwar auf den ersten Blick als Messgröße an, doch scheitert eine Quantifizierung meist an der Multikausalität des Erreichens dieser Ziele. Liegt der Beratungserfolg im qualitativen Bereich, wie bei der Verbesserung einer Wettbewerbsposition oder der Steigerung der Mitarbeitermotivation, ist eine Messung oft unmöglich. Ist zB die Steigerung der Zufriedenheit der Mitarbeiter vereinbart, müsste vor und nach Abschluss des Projekts eine Befragung der Mitarbeiter durchgeführt werden um einen Erfolg messbar zu machen. Die Befragung müsste so angelegt sein, dass sie jeden denkbaren projektexternen Einfluss ausschließt und einen potenziellen zeitlichen Verzug der Umsetzungserfolge berücksichtigt. Die Messung des Erfolgs, insb bei qualitativen Projekten, erfordert hohen Aufwand und wird daher eher selten vereinbart.²⁰⁰

Hauptpflicht des Bestellers ist die Zahlung der Vergütung und Abnahme des Werks, sofern dieses in einem mangelfreien Zustand ist. Der Werkunternehmer ist primär dazu verpflichtet das vereinbarte Werk so zu erstellen wie es vertraglich bedungen war. Die Leistungsbeschreibung ist daher zentraler Bestandteil des Werkvertrags. Sie kann aber nicht nur ausdrücklich im Vertrag sondern auch konkludent erfolgen. Fehlt eine solche Beschreibung ist das Maß nicht die subjektive Erwartungshaltung des Werkbestellers, sondern die Übung des redlichen Verkehrs. Der Werkunternehmer hat in diesem Fall ein angemessenes, sorgfältig hergestelltes und den anerkannten Regeln der Werkerstellung entsprechendes Werk abzuliefern. Für einen Schaden aus unzulänglicher Leistungsbeschreibung hat der Werkbesteller aus cic einzustehen und den Werkunternehmer aus seiner Erfolgshaftung zu entlassen.

²⁰⁰ Winnen in Deelmann/Petmecky (Hrsg) 9.

Ebenfalls aus dem Vertrag, bzw, sofern nicht vorhanden, der Übung des redlichen Verkehrs und fachspezifischer Sonderregelungen, ergeben sich der Zeitpunkt der Fertigstellung und die Art der Ablieferung des Werks. Typischer Vertragsbestandteil im Werkvertrag sind auch Absprachen über Nutzungsrechte oder die Abnahme des Werkes, also den Zeitpunkt des Gefahrenübergangs.

Zwischen Werkbesteller und Werkunternehmer besteht kein Weisungsrecht. Grds hat alles im Werkvertrag so genau bedungen zu sein, dass spätere Weisungen nicht nötig sind. Aufgrund der dispositiven Natur des Werkvertrags kann aber trotzdem ein Weisungsrecht vereinbart werden, welches aber höchstens auf das Werk gerichtet sein darf. Wie beim freien Dienstvertrag handelt es sich also um ein rein sachliches Weisungsrecht. Ob der Werkunternehmer das Werk selbst oder unter seiner Aufsicht durch Dritte anfertigen lässt, ist grds ihm überlassen. Die Substitution ist hingegen ohne Zustimmung des Werkbestellers nicht möglich. Das Werkvertragsverhältnis besteht, auch wenn sich der Werkunternehmer Erfüllungsgehilfen bedient, dennoch nur zwischen Werkbesteller und -unternehmer.²⁰¹ Wenn es, wie häufig bei beratender Tätigkeit, auf die persönlichen Eigenschaften des Werkunternehmers ankommt oder ihm an der Geheimhaltung gelegen ist, kann die persönliche Erfüllung vertraglich bedungen werden.

Den Werkunternehmer treffen diverse vertragliche Nebenleistungspflichten, wie eine Obsorge- und Verwahrungspflicht, sowie eine Verständigungs- als auch eine Warnpflicht²⁰² gem § 1168a ABGB. Der Werkunternehmer muss also Gefahren für die Werkerstellung rechtzeitig erkennen und an den Werkbesteller kommunizieren. So muss der Unternehmensberater bei der Durchführung einer Due Diligence bspw rechtzeitig warnen, wenn er erkennt, dass ihm nicht alle relevanten Unterlagen zur Verfügung stehen um einen sorgfältigen Bericht zu erstellen. Den Berater trifft dabei auch eine Untersuchungs- und Überprüfungspflicht. Eine solche Warnung muss klar, verständlich, ggf eindringlich erklärt werden und klar als solche erkennbar sein.²⁰³ Die Pflicht zur Warnung bezieht sich nicht nur auf Umstände, die geeignet sind das Werk scheitern zu lassen. Aufklärungspflichten können auch schon bei der Gefährdung von sonstigen Interessen des Vertragspartners bestehen. Laut OGH muss der Werkunternehmer zwingend auch dann aufklären, wenn Anzeichen dafür sprechen, dass der Auftragsumfang für das zu lösende Problem

²⁰¹ *Krejci in Rummel*³ § 1166 Rz 72 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

²⁰² *Krejci in Rummel*³ § 1166 Rz 92 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

²⁰³ *Völkl/Völkl, Beraterhaftung*² Rz 2/93.

zu eng gefasst wurde. Dies ist etwa häufig dann der Fall, wenn der Inhalt des Beratungsauftrags nicht mit der vom Klienten gewünschten Methode übereinstimmt.²⁰⁴ Dem Berater obliegt daher in den Grenzen des Sorgfaltsmaßstabs eines Sachverständigen nach § 1299 ABGB²⁰⁵ bei jeder Beratung eine Angemessenheitsanalyse seines Auftrages vorzuschalten, in der er das Verhältnis zwischen Ziel, Methode und Umfang der Beratungsleistung zu prüfen und im Falle eines Missverhältnisses darüber aufzuklären hat, dass das Ziel mit der vorgeschlagenen Methode oder in dem Umfang nicht zu erreichen ist.

Bei der Unterscheidung zwischen Werk- und freien Dienstvertrag sprechen grds folgende Kriterien für einen Werkvertrag:²⁰⁶

- Vertretung durch einen Dritten ggü dem Auftraggeber
- Verpflichtung für fehlerhafte Arbeiten auf eigene Kosten einzustehen
- Keine Bindung an eine vorgegebene, feste Arbeitszeit oder einen Arbeitsplatz
- Kein Anspruch auf Entlohnung (Entgelt) bei – auch unverschuldeter – Verhinderung
- Ein bloß sachliches, nur auf den Arbeitserfolg abgestelltes Weisungsrecht des Auftraggebers
- Regelmäßige Rechnungslegung mit Umsatzsteuerausweis

II.4.b.3. Typenkombinationsvertrag

Regelmäßig enthalten Beratungsverträge Bestandteile mehrerer der behandelten Vertragstypen. Solche Verträge werden als Misch- oder Typenkombinationsverträge bezeichnet. Auf jede Teilleistung ist nach der herrschenden Kombinationstheorie²⁰⁷ die Vorschrift jenes Vertragstypus anzuwenden, dem die einzelne Pflicht entstammt.²⁰⁸ Da auf das körperliche Arbeitsergebnis idR Werkvertragsrecht anzuwenden ist, weisen zB die meisten dienstvertraglichen Beratungsverträge einen werkvertraglichen Einschlag auf. Dazu ist die Abgrenzung und Bestimmung verschiedener

²⁰⁴ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

²⁰⁵ Mehr dazu im Kapitel III.2.d.2. „Die Sachverständigeneigenschaft“.

²⁰⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/131.

²⁰⁷ § 1151 Abs 2 ordnet etwa an, dass auch die Vorschriften über die Bevollmächtigung zu beachten sind, wenn ein Dienstnehmer oder Werkunternehmer rechtsgeschäftliche Tätigkeiten zu verrichten hat. Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ (2012) 215.

²⁰⁸ Rummel in Rummel/Lukas⁴ § 859 Rz 33 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

Vertragsarten relevant.²⁰⁹ Tritt ein Teil ggü dem Gesamtzweck aber völlig in den Hintergrund sind die Regeln bzgl dieser Hauptleistung auf den gesamten Vertrag anzuwenden. Statt der Kombinationstheorie kommt dann die Konsumptionstheorie zur Anwendung, nach der Nebenrechte und -pflichten aus stärker ausgeprägten Vertragstypen jenen aus weniger stark ausgeprägten vorgehen.²¹⁰ So gilt der vom Rechtsanwalt verfasste Schriftsatz bspw nicht als eigenständiges Werk, sondern als Vorbereitung der rechtsgeschäftlichen Handlung. Von Konsumption ist immer dann auszugehen, wenn die faktische Leistung ggü der rechtsgeschäftlichen in den Hintergrund tritt und zur Vorbereitung oder Durchführung der rechtsgeschäftlichen Handlung unbedingt erforderlich ist.²¹¹

Typenkombinationsverträge sind die häufigste Vertragsform von Unternehmensberatungsverträgen und werden insb dann vereinbart, wenn es dem Klienten zwar auf die *„fachkundige Beratung als Geistesarbeit ohne Einstehen Müssen für eine erfolgreiche Umsetzung und Nutzenanwendung der Ratschläge“* ankommt, die *„Erstellung von schriftlichen Gutachten, Berichten, Empfehlungen, Verbesserungsvorschlägen“* aber prägendes Leistungselement und nicht bloße Nebenpflicht ist. Denn erst eine solche *„Verkörperung der angewendeten Fachkenntnis“* und *„schriftliche Fixierung der Denkergebnisse des Consultant“* ermöglichen dem Klienten, die geleistete Geistesarbeit als Entscheidungsgrundlage zu nutzen. Das körperliche Arbeitsergebnis ist nicht nur *„Tätigkeitsbericht“*, sondern hat fehlerfrei zu sein. So etwa hat ein Gutachten *„verständlich und vollständig abgefasste, drucktechnisch einwandfrei gestaltete und in der vereinbarten Zahl und Beschaffenheit von Exemplaren übergeben“* zu werden.²¹²

Dienst- und werkvertragliche Elemente sind bei Typenkombinationsverträgen oft zeitlich zuordenbar. So stellen die Tätigkeiten der ersten Phase einer Sanierungsberatung, nämlich *„Lagebeurteilung“* und *„Feststellen der Ursache der Krise“* jene eines freien Dienstvertrages dar. Hingegen sind die Tätigkeiten der nächsten Phase, nämlich das Erstellen des Restrukturisierungskonzepts, jene eines Werkvertrages. Das Umsetzen der auf der Analyse

²⁰⁹ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B88.

²¹⁰ So können weder Werkunternehmer noch freier Dienstnehmer ihr Vertragsverhältnis substituieren, wenn dieser der persönlichen Erfüllungspflicht aus dem Hauptvertrag widerspricht.

²¹¹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/117.

²¹² Martinek in Staudinger II § 675 Rz B88.

basierenden Arbeitsprogramms ist wieder als dienstvertraglicher Bestandteil zu charakterisieren.²¹³

II.4.b.4. Garantievertrag

Der Garantievertrag kommt in der Unternehmensberatung nur in Ausnahmefällen vor. Er gilt dann als vereinbart, wenn ein Erfolg, der überwiegend vom Verhalten Dritter abhängt, zugesagt wird.

Anders als bei Werk- und Dienstvertrag, ist beim Garantievertrag ein über die vereinbarte Leistung hinausgehender Erfolg oder die Verwirklichung einer subjektiven Wunschvorstellung des Klienten geschuldet. Garantie bedeutet eine vertraglich übernommene unbedingte Einstandspflicht für ein bestimmtes Endergebnis. Die Beschaffenheit eines Werkes ist bspw mittels Garantievertrag vereinbart, wenn der Berater dem Klienten vertraglich zugesagt hat das vereinbarte Werk unter allen Umständen mit einer bestimmten Eigenschaft auszustatten. *„Als Eigenschaft eines Werkes gilt jedes ihm auf gewisse Dauer anhaftendes Merkmal, das für seinen Wert, seinen vertraglich vorausgesetzten Gebrauch oder aus sonstigen Gründen für den Klienten erheblich ist.“*²¹⁴ Zur Übernahme einer Garantie ist die Verwendung dieses Begriffs nicht erforderlich. Die Vereinbarung einer Garantie kann uU daraus ableitbar sein, dass der Klient erkennbar großen Wert auf die peinlich genaue Einhaltung von gewissen Vertragsbestandteilen legt. So kann etwa das Obsiegen in einem Prozess, ein Meinungsumschwung der Öffentlichkeit, die Steigerung der Zufriedenheit der Mitarbeiter oder eine Steigerung des Umsatzes, nur mittels Garantievertrag vereinbart werden.

Hat der Unternehmensberater eine Eigenschaft garantiert, so haftet er auch dann, wenn es sich als unmöglich herausstellt das Werk mit dieser auszustatten. Die Haftung ist zudem verschuldensunabhängig und die Garantie nicht akzessorisch.²¹⁵ Inwieweit Garantieverträge mit den strengen Grundsätzen der Sittenwidrigkeit vereinbar sind bleibt im Einzelfall zu klären. Problematisch ist dies insb dann, wenn große Risiken aus der Sphäre des Bestellers auf den

²¹³ Müller-Feldhammer, Vertragserfüllung und Haftung des Unternehmensberaters, NJW 2008, 1777.

²¹⁴ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 152.

²¹⁵ Dh die Garantie muss unabhängig von der Gültigkeit des ihr zugrundeliegenden Vertrages erfüllt werden.

Berater überwältigt werden sollen, auf die letzterer überhaupt keinen Einfluss mehr nehmen kann.²¹⁶

Um eine unbeabsichtigte Auslegung als Garantievertrag zu vermeiden, ist es für den Unternehmensberater ratsam, bei den Vertragsverhandlungen verbindliche Zusagen hinsichtlich der Ergebnisse seiner Arbeit tunlichst zu vermeiden. Rechtsanwälten und Wirtschaftstreuhändern ist das Versprechen eines rein an den Prozesssieg gekoppelten Erfolges sowie das Vereinbaren eines ausschließlich auf Erfolg basierenden Honorars sogar standesrechtlich verboten. Die Verpflichtung zu einer vom Erfolg unabhängigen Leistung bedeutet aber keine Freistellung von der Haftung.²¹⁷ Auch wenn der Rechtsanwalt keinen bestimmten Erfolg wie einen Prozesssieg schuldet, hat er den Klienten dennoch fachgemäß zu beraten und zu vertreten.

II.4.b.5. Mandat

Ein Mandat wird iZm der Unternehmensberatung nur selten vereinbart. Dies ist dann der Fall, wenn der Unternehmensberater in Ausnahmefällen eine Tätigkeit mit selbstständigen vermögensbezogenen Entscheidungsbefugnissen, also zB als Verwalter und Betreuer fremden Vermögens, übernimmt. In derartigen Konstellationen wird der Berater als „Consultant Agent“ bezeichnet.²¹⁸

Bei der Erfüllung von Rechtsgeschäften oder Rechtshandlungen für Dritte liegt notwendigerweise Geschäftsbesorgung vor. Dies schon deshalb, da eine über die für das Mandat typische „Bemühpflicht“ hinausgehende Verpflichtung aufgrund der notwendigen Mitwirkung anderer Personen nicht gerechtfertigt erscheint. Hier liefert also schon der Geschäftsgegenstand ein deutliches Unterscheidungskriterium.²¹⁹

²¹⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/182.

²¹⁷ Hirte, Berufshaftung 12.

²¹⁸ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B89.

²¹⁹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/119.

Eine solche geschäftsbesorgungsvertragliche Komponente wird man bei einem Unternehmensberatungsvertrag nur in atypischen Ausnahmefällen feststellen können.²²⁰ Genauere Ausführungen dazu unterbleiben daher.²²¹

II.4.c. Systematik der Vertragsartbestimmung im Einzelfall

Obwohl Unternehmensberatungsverträge meist dienst- oder werkvertragliche Elemente aufweisen, gestaltet sich die Zuordnung im Einzelfall häufig schwierig. Der Vertragsgegenstand wird inhaltlich oft nicht klar bestimmt – häufig wird das Ziel der Beratung nur sehr allgemein festgelegt und Arbeitsschritte werden erst im Laufe des Beratungsvorgangs konkretisiert. Der Beratungsgegenstand ist vielen Änderungen während des Projekts unterworfen – es müssen andere oder über ursprünglich vorgesehene Beratungsleistungen hinausgehende Aufgaben erbracht werden. Umfang und Art der Haftung werden meist nicht gesondert geregelt und auch der Wortlaut des Vertrags ist oft wenig aufschlussreich. Darüber hinaus sind Verträge meist nicht ausdrücklich als eine Vertragsart bezeichnet. Sind sie es doch, hat diese Bezeichnung, nach dem Prinzip *falsa demonstratio non nocet*, lediglich indikative Bedeutung. Berater vereinbaren oft standardmäßig den für sie günstigeren freien Dienstvertrag um eine Haftung für einen aus der Arbeit zu erwartenden Erfolg so weit als möglich auszuschließen. Umgekehrt ist dem Klienten meist daran gelegen, eine Art „Erfolgsgarantie“, mindestens für die Mangelfreiheit des Arbeitsergebnisses, zu erzielen. Anwendung finden aber ausschließlich die Regeln des tatsächlich Gelebten. Der Benennung des Vertrags kann maximal Indiz-Wirkung zukommen²²². Legt der Vertrag ein genau definiertes Werk fest und keine bloß allgemeine, andauernde Tätigkeit, handelt es sich trotz der expliziten Bezeichnung als freier Dienstvertrag um einen Werkvertrag. Dies gilt umgekehrt ebenso.²²³

Welche Vertragsart konkret vorliegt muss auf interpretativem Weg beurteilt werden. Ziel ist es dabei mittels Auslegung den Parteiwillen zu ermitteln, um so die konkrete Vertragsart feststellen zu können. Im Einzelfall ist bei der Vertragsauslegung darauf abzustellen, ob der Berater nach dem Willen der Parteien von der Übernahme eines Erfolgsrisikos in Bezug auf seine Tätigkeit

²²⁰ Martinek, *Moderne Vertragstypen* II 326.

²²¹ Gesetzliche Grundlage für das Mandat bilden die §§ 1002f ABGB.

²²² Heiss in *Kletečka/Schauer*^{1.01} § 914 Rz 34 (Stand 01.02.2014, rdb.at).

²²³ Winnen in *Deelmann/Petmecky* (Hrsg) 5.

entbunden sein soll.²²⁴ Dies ist in der Praxis, sowie auch die Abgrenzung zwischen den Begriffen Dienst und Werk, Tätigkeits- und Erfolgsbezug, Arbeitseinsatz und Arbeitsergebnis, oft nur schwer zu festzustellen.²²⁵ Auch beim Dienstvertrag wird ja die Tätigkeit des Beraters im Hinblick auf einen wirtschaftlichen Zweck in Anspruch genommen.²²⁶

Um einen Vertrag oder seine Bestandteile erfolgreich in den Vertragstypenkatalog des ABGB einordnen zu können, bedarf es einer Systematik die es ermöglicht die Vertragsart des Unternehmensberatungsvertrags entsprechend dem tatsächlich nach außen tretenden Parteiwillen festzustellen. Dabei empfiehlt es sich sequentiell nach den folgenden drei Schritten vorzugehen, die im Weiteren näher beschrieben werden:

- Indikative Zuordnung zu den Vertragsarten anhand des Leistungsgegenstands
- Überprüfen der ersten Indikation anhand der Vertragsmerkmale Verpflichtungsgrad und Genauigkeit der Tätigkeitsbeschreibung
- Gesamtbetrachtung aller Vertragscharakteristika.

II.4.c.1. Leistungsgegenstand

Ein erstes Indiz zur Zuordnung liefert der Inhalt bzw Gegenstand des Beratungsvertrags. Obwohl sich theoretisch fast jeder Vertragsinhalt gleichermaßen als Werk- oder Dienstvertrag vereinbaren lässt²²⁷, werden gewisse Beratungsinhalte regelmäßig mit einem bestimmten Vertragstyp verbunden.

So sind zB Verträge bei denen die Erstellung eines Gutachtens oder die Erteilung einer Auskunft geschuldet ist, häufig als Werkverträge einzuordnen. Primärer Vertragsgegenstand ist in diesen Fällen die Leistung von Informationen in einem Zielschuldverhältnis. Das können bloße Fakten, ebenso aber Meinungen und Empfehlungen sein. Beim Gutachten werden idR umfassende Informationen auch subjektiver Art wie bspw Empfehlungen, Einschätzungen und Meinungen, geschuldet; eine Auskunft kann sich auch auf kurze Anfragen beschränken. Bei derartigen

²²⁴ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B84.

²²⁵ Martinek in Staudinger II § 675 Rz B83.

²²⁶ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 13.

²²⁷ Tätigkeiten bei denen kein eigenständig verwertbarer Erfolg denkbar ist oder dieser zumindest schwer messbar ist (zB Koordinationstätigkeiten) können praktisch nicht als Werkvertrag vereinbart werden. Zur Abgrenzung einheitliches Rechtsgeschäft – getrennte Verträge siehe *Verschraegen in Kletečka/Schauer*^{1.04} § 1055 Rz 9 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

Anfragen müssen meist binnen bestimmter Zeit zu einem gewissen Thema vollständige und richtige Informationen bereitgestellt werden.²²⁸

Einen ähnlichen Ansatz zur Abgrenzung von Verträgen über „*Management Consulting*“ gibt es in der deutschen Literatur, wo vorgeschlagen wird, Verträge nach ihrem Leistungsgegenstand in Begutachtungs-, Beratungs- und Realisierungsverträge zu teilen. Ersteren wird eine dienstvertragliche Rechtsnatur zugeordnet, den anderen beiden eine werkvertragliche. In der Realität findet die definitorischen Unterscheidungen aber keine praktische Bedeutung. Die Mehrheit an Verträgen weist einen Mischcharakter auf.²²⁹

Auch eine Due Diligence Prüfung im Zuge von M&A Transaktionen wird typischerweise als Werkvertrag eingeordnet. Hierbei steht die Berichterstattung im Vordergrund, der Berater schuldet eine ausführliche schriftliche Stellungnahme in Form eines Gutachtens im Anschluss an seine Beratungstätigkeit. Die Due Diligence Prüfung eignet sich als Beratungsinhalt theoretisch aber für einen Werk-, wie auch freien Dienstvertrag. Nimmt die Prüfungsdurchführung einen wichtigen Stellenwert ein, ist dieser Teil des Vertrags als Dienstvertrag zu qualifizieren und der Vertrag insgesamt ein Typenkombinationsvertrag. Auf der Zeitachse betrachtet besteht der Typenkombinationsvertrag dann aus einem ersten dienstvertraglichen Teil, dessen Gegenstand die Ermittlung der Grundlagen des Gutachtens ist, auf den ein werkvertraglicher Teil mit dem Inhalt der Erstellung des Gutachtens folgt.²³⁰ Die definitorische Unterscheidung hat aber keine praktische Bedeutung. Die Mehrheit an Verträgen weist einen Mischcharakter auf.²³¹

Auch bei anderen beratenden Berufen, wie der Rechtsberatung, bildet der Leistungsgegenstand ein ausschlaggebendes Kriterium für die Unterscheidung zwischen den Vertragstypen. Der Vertrag eines Rechtsanwalts mit einem Klienten hat idR weder die Herstellung eines bestimmten Werks zum Vertragsgegenstand, noch Dienstleistungen tatsächlicher Art.²³² Seine Tätigkeit liegt darin, gegen Entgelt Rechtsgeschäfte oder -handlungen in Vertretung des jeweiligen Klienten

²²⁸ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/160.

²²⁹ Martinek, Moderne Vertragstypen II 326.

²³⁰ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/159.

²³¹ Martinek, Moderne Vertragstypen II 326.

²³² Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 1.1.

vorzunehmen. Dazu gehört bspw die Prozessführung, die gleichzeitig Verhandlungstätigkeit vor Gericht mit beratender Funktion ggü dem Klienten verbindet. Ist die Vertragserrichtung Gegenstand des Rechtsverhältnisses, so handelt es sich auch dabei meist nicht um ein Werk. Der Vertrag gilt nur als „*Endfassung der Ergebnisse*“ während die vorausgegangene Beratungstätigkeit als Hauptleistung des Vertrags gesehen wird.²³³ Bei der Vertretung eines Mandanten durch den Rechtsanwalt vor Gerichten oder anderen Behörden handelt es sich um ein Mandat. Die laufende Rechtsberatung ist jedoch jedenfalls als freier Dienstvertrag zu qualifizieren. Ist Vertragsgegenstand eine Auskunft oder die Erstellung eines Expertengutachtens liegt typischerweise ein Werkvertrag vor.²³⁴ Beispiel für eine Rechtsberatung in Form eines Typenkombinationsvertrags ist eine umfassende Start-up Beratung. Der dienstvertragliche Teil umfasst Beratung zu Themen wie den Schutz der Idee, Anträge und Förderungen, Gewerberecht und Wahl der Rechtsform, der werkvertragliche Teil Leistungen wie die Unternehmensgründung und die Erstellung von Verträgen und AGB.

Auch Verträge mit Ärzten können nach ihrem Inhalt typischerweise dem einen oder dem anderen Vertragstypus zugeordnet werden.²³⁵ Ein operativer Eingriff bspw wird im Regelfall im Rahmen eines freien Dienstvertrags vereinbart. Geschuldet ist ein redliches, sachverständiges Bemühen, kein Erfolg. Ein Röntgen, eine Laboruntersuchung oder die Herstellung einer Prothese haben als gesonderte erfolgsbezogene Leistungen überwiegend Elemente eines Werkvertrags. Weniger leicht in einen der gängigen Vertragstypen einordnen lässt sich die stationäre Aufnahme im Krankenhaus. Sie birgt Merkmale eines freien Dienst- und eines Beherbergungsvertrags. Hinzu können noch Elemente des Werkvertrags treten, wenn der Patient sich während seines Aufenthalts gewissen Behandlungen unterzieht. Jedenfalls handelt es sich hierbei um einen Typenkombinationsvertrag, dessen Einzelelemente in jedem Einzelfall genauer zu untersuchen sind.

²³³ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 1.1.

²³⁴ Adler-Höller in Klang ABGB III² 167.

²³⁵ Der ärztliche Behandlungsvertrag ist, ähnlich wie der Unternehmensberatungsvertrag, im Gesetz nicht als eigener Vertragstypus geregelt. Laut ständiger L und Rsp schuldet der Arzt, in diesem Verhältnis, dem Patienten eine „*fachgerechte, dem objektiven Standard des besonderen Faches entsprechende Behandlung, nicht aber einen bestimmten Erfolg.*“ Eine medizinische Behandlung stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität dar, bei der ein Erfolg von physiologischen und psychologischen Faktoren des Patienten abhängt, die vom Arzt im Vorhinein nicht erkennbar und kalkulierbar sind und somit vom Arzt nicht garantiert werden können. Auch eine korrekte, fachgemäße Behandlung kann einen Heilerfolg nicht garantieren. OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91 mwN.

II.4.c.2. Verpflichtungsgrad und Tätigkeitsbeschreibung

Wie dargelegt unterscheiden sich freier Dienstvertrag und Werkvertrag in erster Linie durch ihre vertragliche Ausgestaltung, während ihr Gegenstand nur ein Indiz für eine „typische Zuordnung“ liefert. Prinzipiell kann nicht nur jede Leistung als Werk- oder freier Dienstvertrag vereinbart werden, es kann auch jede Leistung in Ergebnis und Erstellung geteilt werden.²³⁶ Lässt die Art der geschuldeten Leistung eine klare Zuordnung von Verträgen zu den relevanten Vertragstypen nicht zu, so können hierfür weitere relevante Indizien herangezogen werden. Besonders aufschlussreich sind dabei der Verpflichtungsgrad und die Tätigkeitsbeschreibung.

Zum Verpflichtungsgrad stellen sich dabei folgende Fragen: Ist von den Vertragsparteien gewollt, dass ein „Wirken“ oder ein „Werk“ geschuldet ist? Ist die Erstellung oder das Ergebnis geschuldet? Während der freie Dienstvertrag von der Arbeitsleistung ausgeht, geht der Werkvertrag von dem Ergebnis einer solchen Leistung aus. In einem Werkvertrag bilden Dienstleistung und Ergebnis eine geschlossene Einheit, die als Ganzes den Schuldinhalt bildet.²³⁷ Der freie Dienstvertrag hat dagegen nur die Dienstleistung an sich im Auge.²³⁸ Welche Vertragsart die Parteien vereinbaren wollten, ist auf interpretativem Weg danach zu beurteilen, ob sie die Herstellung eines bestimmten Erfolgs oder lediglich die Zurverfügungstellung von Arbeitskraft erreichen bzw. vereinbaren wollten.²³⁹

Aber auch der Detaillierungsgrad der Tätigkeitsbeschreibung vermag relativ schnell Aufschluss über die gewünschte Vertragsart zu geben. Ein Werkvertrag verlangt, dass die Beschaffenheit der Endprodukte so klar beschrieben ist, dass diese ohne weitere Weisungen des Werkbestellers fertiggestellt werden können. Ist das Projekt im Vertrag nur grob umrissen und kann der Berater ohne weitere Konkretisierungen im Laufe des Projekts nicht arbeiten, stellt dies ein Indiz für einen freien Dienstvertrag dar.

Bei der Interpretation eines Beratungsvertrages ist es ratsam zuerst die Bedeutung von Tätigkeit und Erfolg im Vertrag einander gegenüberzustellen und dann auf die Genauigkeit der

²³⁶ Dies kann theoretisch so weit führen, dass mit einem Tischler nicht die Herstellung eines Tisches als Werk, sondern die sorgfältige Arbeit an einem Tisch als Dienst vereinbart wird, *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 2/125.

²³⁷ VwGH 20.12.2001, 98/08/0062.

²³⁸ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 2/120.

²³⁹ *Mayr*, Arbeitsrecht § 1151 ABGB (Stand 01.02.2016, rdb.at).

Beschreibung der Tätigkeit abzustellen. Je schwächer der Erfolg betont wird und umso mehr Tätigkeiten bloß gattungsmäßig beschrieben werden, desto eher ist von einem freien Dienstvertrag auszugehen. Zielt der Vertrag auf Einzelverrichtung ab und gibt es eine Erfolgsdefinition, ist eher ein Werkvertrag anzunehmen.

Verpflichtungs- grad					Freier Dienstvertrag Werkvertrag Garantievertrag
		Erfolg	GV	GV	GV
		Werk	FDV	WV	WV
		Wirken	FDV	FDV	WV
			Unkonkret	-	Konkret
			Tätigkeitsbeschreibung		

Abbildung 1: Vertragsabgrenzung anhand von Verpflichtungsgrad und Tätigkeitsbeschreibung

Wenngleich eine klare Abtrennung zwischen den Vertragsarten nach diesen Kriterien theoretisch möglich klingt, ist gerade die Unterscheidung zwischen Werk und Wirken in der Praxis häufig schwierig. Wie schon erwähnt, ist die geschuldete Leistung beim Beratungsvertrag häufig nicht eindeutig bzw. unzureichend formuliert. Die Frage, ob Vertragsgegenstand die erfolgreiche Werkerstellung oder die sorgfältige Erbringung einer Tätigkeit war, ist oftmals nicht so leicht zu beantworten. Auch ein Dienstvertrag wird idR mit dem Ziel vereinbart einen bestimmten Erfolg zu erreichen. Der Verpflichtete kann oder will diesen jedoch nicht garantieren. So will der Patient eines Arztes jedenfalls gesund werden, der Arzt kann ihm diesen Erfolg aber nicht verpflichtend zusagen, weil dessen Eintritt zu einem großen Teil außerhalb seines Einflussbereichs liegt. Ähnlich ist es auch beim Unternehmensberater. IdR wird es im Interesse des Klienten gelegen sein, dass nicht nur ein sachlich richtiger Rat erteilt wird, sondern dass ihn dieser Rat auch wirtschaftlich zum Erfolg führt. Vergleichbar mit dem Gesundheitszustand des Patienten, ist der wirtschaftliche Zustand eines Unternehmens an viele verschiedene, teils außerhalb des Einflussbereichs des Unternehmensberaters gelegene Faktoren gebunden. Das reine Interesse am Erfolg der Parteien

ist für die Qualifizierung des Vertrags alleine also auch noch nicht ausreichend.²⁴⁰ *Mutschler* argumentiert idZ mE richtig, dass bei Wertlosigkeit eines anderen oder fehlerhaften Arbeitsergebnisses nur der Erfolg Vertragsgegenstand gewesen sein kann.²⁴¹

II.4.c.3. Gesamtbetrachtung

Wenn weder Vertragsgegenstand, noch Verpflichtungsgrad oder Detaillierungsgrad der Tätigkeitsbeschreibung einen eindeutigen Rückschluss auf den Parteiwillen zulassen, muss der Vertragsinhalt mittels Auslegung weiter untersucht werden. Der zeitliche Bezug, die Risikoverteilung, das Weisungsrecht und die Art der Vergütung bieten dazu ua wichtige Anhaltspunkte. Den meisten der zur Zuordnung bestimmten Kriterien kommt jedoch nur Indizwirkung zu. Entscheidend ist das gelebte Vertragsverhältnis, welches zu Beweis Zwecken im Idealfall auch dokumentiert werden sollte.

Der zeitliche Bezug gibt insoweit Aufschluss über die Zuordnung zu den Vertragsarten, als Projektberatungsverträge aufgrund der Abgeschlossenheit ihrer Leistung eher als Werkvertrag, Dauerberatungsverträge eher als Dienstvertrag klassifiziert werden. Ein weiteres Indiz ist, ob die Tätigkeit einmalig oder dauerhaft durchgeführt wird. Bei einem Vertragsverhältnis mit einem StB, liegt nach hM ein Werkvertragsverhältnis grds dann vor, wenn der StB im Einzelfall um die Erstattung eines steuerlichen Gutachtens oder die Erteilung einer steuerlichen Rechtsauskunft ersucht wird oder er mit der Erstellung einer Bilanz oder einer Steuererklärung betraut wird.²⁴² Eine jährliche Erstellung kann dagegen sowohl als Werk-, als auch als Dienstvertrag angesehen werden. Liegt das Hauptaugenmerk der Tätigkeit in der laufenden Betreuung von Klienten und ihrer Beratung in Steuerangelegenheiten als Dienstleistung, so liegt ein Dauerschuldverhältnis mit Elementen des Dienstvertrags vor.²⁴³ Die Vertragsdauer alleine erscheint aber gerade in diesem

²⁴⁰ *Mutschler*, Die zivilrechtliche Einordnung des Steuerberatungsvertrags als Dienst- oder Werkvertrag, DStR 2007, 550.

²⁴¹ Auch bei Vertragsverhältnissen mit Rechtsanwälten kann der Erfolg so eindeutig geschuldet sein kann, dass Werkvertragsrecht zur Anwendung kommt und nicht ausschließlich Auftragsrecht. Dies zB dann, wenn der Rechtsanwalt mit der „komplexen Durchführung des Erwerbs“ einer ausländischen Liegenschaft beauftragt wurde. OGH 14.10.2008, 8 Ob 91/08b.

²⁴² *Krejci in Rummel*³ § 1166 Rz 61 (Stand 01.01.2000, rdb.at) mwN; kontrovers dazu der Deutsche BGH: In Deutschland fällte der BGH im Jahre 2006 ein Grundsatzurteil zur rechtlichen Qualifizierung des Steuerberatungsvertrags als Dienst- oder Werkvertrag. Der BGH stellte in dbzgl in seinem Leitsatz fest: „Ein mit einem Steuerberater geschlossener Vertrag der auch eine Beratung in Steuerangelegenheiten zum Gegenstand hat, ist in jedem Fall ein Dienstvertrag.“ BGH 11.05.2006, IX ZR 63/05.

²⁴³ *Krejci in Rummel*³ § 1166 Rz 61 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

Fall als kein geeignetes Abgrenzungskriterium, denn ein StB kann niemals für die Beurteilung wechselnder Lebenssachverhalte durch das Finanzamt garantieren, da diese fast immer unterschiedliche Interpretationswege offen lassen. Ein Werkvertrag kann nach dieser Auffassung nur dann vorliegen, wenn der StB lediglich die *Endzahlen „unmittelbar in eine Steuererklärung umgesetzt ohne diese vorher be- oder verarbeitet zu haben“*.²⁴⁴ Aus diesem Grund muss immer die Gesamtheit des Vertragsinhalts in Betracht gezogen werden, um eine Zuordnung treffen zu können.²⁴⁵

Dem Vertragspartner des freien Dienstvertrags steht ein Weisungsrecht ggü dem Dienstnehmer, dem Werkbesteller hingegen nur ein eingeschränktes sachliches Weisungsrecht ggü dem Werkunternehmer zu. Auch das Vorhandensein einer Weisungsbefugnis, also das Interesse des Werkbestellers an der späteren Einflussnahme auf den Werkgegenstand, kann also als Abgrenzungskriterium dienen.²⁴⁶ Fehlt das durch die Arbeitsleistung zu erzielende Ergebnis in der Vertragsvereinbarung oder ist es nicht genau genug bestimmt, sodass es eines sachlichen Weisungsrechts bedarf, ist vom freien Dienstvertrag auszugehen.

Weitere Indizien für die Abgrenzung zwischen freiem Dienstvertrag und Werkvertrag können die Art der Vergütung, die Möglichkeit der Beendigung des Vertrags, die Flexibilität von Arbeitszeiten, das Festlegen des Tätigkeitsort, die Ausgestaltung von Nebenleistungspflichten, die Einbeziehung von Gehilfen, die wirtschaftliche Abhängigkeit und die Projektverantwortlichkeit sein.

²⁴⁴ Mutschler, DStR 2007, 550.

²⁴⁵ Ein Dienstvertrag wird angenommen bei: Hilfeleistung bei der Erledigung aller Steuersachen, Buchführung und Beratung; Buchführung und steuerliche Arbeiten, Buchführung und Jahresabschluss und Beratung, Buchführung und Steuererklärung und Beratung, Jahresabschluss und Steuererklärung und Beratung, Buchführung und Lohnabrechnung und Jahresabschluss und Steuererklärung; Uneinheitlich ist die Zuordnung bei: Buchführung und Jahresabschluss, Buchführung und Steuererklärung, Buchführung und Jahresabschluss und Steuererklärung. Einmalig: Jahresabschluss und Steuererklärung, Jährlich: Jahresabschluss und Steuererklärung; Mutschler, DStR 2007, 550.

²⁴⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/121.

	Freier Dienstvertrag	Werkvertrag
Verpflichtungsgrad	▪ Redliches Bemühen ("Wirken") ▪ Sorgfaltsverbindlichkeit	▪ Erfolg ("Werk") ▪ Erfolgsverbindlichkeit
Leistungsbeschreibung	▪ Gattungsmäßig umschriebene tatsächliche Handlung	▪ Genau spezifizierter Erfolg
Zeitlicher Bezug	▪ Längerfristig ausgerichtetes Schuldverhältnis (Dauerschuldverhältnis)	▪ Kurzfristig ausgerichtetes Schuldverhältnis (Zielschuldverhältnis)
Beratungsumfang	▪ Ganzheitsberatung	▪ Schwerpunkt-/ Spezialberatung
Art der Tätigkeit	▪ Beratung ▪ Prüfung ▪ Koordination	▪ Auskunft ▪ Gutachten
Vergütung	▪ Erfolgsunabhängig (etwa zeitabhängig nach Beraterstunden oder -tagen)	▪ Erfolgsabhängig (Pauschalvereinbarungen können ein Indiz für einen Werkvertrag sein)
Vertragsende	▪ Zeitablauf	▪ Vollendung
Arbeitszeit	▪ Vom Klienten bestimmt	▪ Vom Berater bestimmt
Tätigkeitsort	▪ Vom Klienten bestimmt	▪ Vom Berater bestimmt
Wissen	▪ Vom Klienten bereitgestellt	▪ Hpts vom Berater bereitgestellt
Ausprägung von Nebenleistungspflichten	▪ Moderat	▪ Mittel
Weisungsbefugnis	▪ Sachliches Weisungsrecht	▪ Kein echtes Weisungsrecht
Wirtschaftliche Abhängigkeit des Beraters	▪ Höher	▪ Geringer
Projektverantwortlichkeit	▪ Beim Klienten	▪ Beim Berater

Abbildung 2: Vertragscharakteristika als Indizien zur Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag

II.4.c.4. Exkurs Deutschland

In der deutschen L wird zwischen zwei dogmatisch unterschiedlichen Ansätzen zur vertragstypologischen Einordnung von Parteiabreden unterschieden. Die „klassische Form der Vertragsqualifizierung“ greift aus den Parteivereinbarungen die essentialia negotii heraus und subsumiert sie unter die sog „Eingangsparagraphen“ (§§ 611, 631 BGB). Die „typologische Methode“ dagegen stellt auf die „Typuskonzeption im Besonderen Schuldrecht“ ab und nimmt die Einordnung im Wege einer Gesamtbetrachtung vor, je nachdem ob die Parteienabrede mit den Leitgedanken der jeweiligen Vertragsart übereinstimmt. Dazu sind „zunächst aus dem gesamten Normenkomplex eines Vertragstyps die ihn kennzeichnenden Züge herauszuarbeiten und zu gewichten und im Anschluss daran die Parteienvereinbarungen mit dem zuvor gewonnen Merkmalskomplex auf ihre Ähnlichkeit und Entsprechung in seinen wesentlichen Zügen hin zu vergleichen.“²⁴⁷ Obwohl die beiden Methoden sich dogmatisch unterscheiden, ist die praktische Auswirkung gering.

Eine andere im deutschen Steuerrecht beheimatete Methode zur Vertragsartabgrenzung, neben der Vertragsauslegung mittels Gesamtbetrachtung, ist die Rechtsfolgenbetrachtung. Hierbei wird darauf abgestellt ob der Verpflichtete für den Erfolg überhaupt eintreten will und welche der beiden Vertragstypen der Interessenslage eher gerecht wird. Als weitere Methode wird in der Literatur eine Systematik vertreten, welche die vertragliche Risikozuweisung in Bezug auf Leistungs- und Vergütungsgefahr als entscheidendes Kriterium in den Vordergrund stellt.²⁴⁸

II.4.d. Vor- und Nachteile der einzelnen Vertragsarten für die Vertragsparteien

Das unserer Rechtsordnung zugrundeliegende Prinzip der Privatautonomie überlässt es grds den Vertragsparteien ihre Geschäftsbeziehungen so zu regeln wie es für sie zweckmäßig ist. Dabei treffen oft entgegengesetzte Interessen der Parteien aufeinander. Während der ratsuchende Unternehmer ein berechtigtes Interesse daran hat, den Beratungsvertrag als Werkvertrag auszugestalten, denn nach diesem Vertrag ist er nur im Erfolgsfall zur Zahlung verpflichtet, hat der Berater ein Interesse daran freier Dienstnehmer zu sein, weil er in diesem Fall bloße Sorgfalt und nicht Erfolg schuldet. Darüber hinaus hat der Berater bei Vereinbarung eines freien Dienstvertrags, im Gegensatz zum Werkvertrag, den Vorteil der Beweislastregelung des § 1298

²⁴⁷ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 10.

²⁴⁸ Mutschler, DStR 2007, 550 mwN.

ABGB, der nach überwiegender Rsp die Beweislast für Rechtswidrigkeit und Verschulden beim geschädigten Klienten sieht.

Die Parteien verfügen, innerhalb der Grenzen der Konformität mit dem tatsächlich gelebten Vertragsverhältnis, über Gestaltungsspielraum bzgl der zu vereinbarenden Vertragsart. Je nachdem welche Vertragsart gewünscht ist, steht es den Vertragsparteien frei, den Leistungsinhalt auf die Tätigkeit oder eben den Erfolg zu beziehen. Wie schon erwähnt geht es dabei aber weniger um die Bezeichnung, als um die inhaltliche Ausgestaltung in Zusammenschau mit Nebenabreden, die zu diesem Konzept passen. Wollen die Parteien eine abgeschlossene Leistung, die eigentlich dem Werkvertragsrecht unterliegt, dennoch als freien Dienstvertrag vereinbaren, ist es denkbar denselben Leistungsgegenstand quantitativ über eine bestimmte Zeitspanne hinweg zu beschreiben. Wollen die Parteien umgekehrt eine Dauerberatung als freien Dienstvertrag vereinbaren, haben sie die Möglichkeit einen Rahmenvertrag über die dauerhafte Beratungstätigkeit abzuschließen und die laufenden Beratungsleistungen als einzelne Werkverträge zu vereinbaren. In beiden Fällen besteht allerdings die Gefahr der Umdeutung durch die Gerichte, sofern es sich um ein Umgehungsgeschäft handelt.²⁴⁹

Sollen wenig greifbare Projekte als Werkvertrag konzipiert werden, bedarf es laut *Niedereichholz*²⁵⁰ des folgenden Vorgehens: „Zuerst wird das Beratungsprojekt gedanklich in seine einzelnen Phasen untergliedert, um in einem weiteren Schritt für jede Phase ein konkretes Endprodukt festzulegen. Hierbei sei erwähnt, dass die Phasendefinition abhängig vom einzelnen Problemumfeld zu erfolgen hat. Je besser die Phasen durch den Berater im Vorfeld abgegrenzt worden sind, umso valider und operationalisierbarer wird das definierte Endprodukt. Somit entsteht pro definierter Phase ein Werkvertrag und in der Summe eine Kette aufeinander aufbauender Projektphasen und somit Werkverträge.“²⁵¹ Auch wenn ein solches Vorgehen zielführend und zulässig erscheinen mag, so wird ein schwach definiertes und nicht operationalisierbares Endprodukt dennoch nicht als das Werk eines Werkvertrages ausgelegt werden können. Entscheidend ist somit, inwiefern ein Werk und somit ein tatsächliches Endprodukt dargestellt werden kann, um von einem Werkvertrag ausgehen zu können.

²⁴⁹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/194.

²⁵⁰ Niedereichholz, Unternehmensberatung⁴ (2004) 262.

²⁵¹ Winnen in Deelmann/Petmecky (Hrsg) 7.

II.5. Zwischenfazit

Der Unternehmensberatungsvertrag ist ein synallagmatischer Vertrag, der zwischen dem Auftraggeber („Klient“) und einem Dienstleister („Berater“) geschlossen wird. Unternehmensberatungsverträge kommen idR, insb bei kleinen Unternehmen, relativ formlos, durch Willensübereinkunft der Parteien zustande. Der Beratungsvertrag endet durch Erfüllung, Zeitablauf oder Kündigung. Vertragsgegenstand ist die entgeltliche Erbringung von „kaufmännisch-betriebswirtschaftlichen“ oder „ingenieurwissenschaftlich-technischen“ Beratungsleistungen, die auf Problemerkennung oder -lösung durch Anwendung von Wissen und Erfahrung des Beraters gerichtet sind. Gegenleistung des Klienten für die erhaltene Beratung ist das Honorar.

Der Klient ist idR ein privates oder öffentliches Unternehmen beliebiger Branche und Größe oder auch eine Behörde. Der Berater ist ein *„Fachmann für Unternehmensberatung, etwa für betriebswirtschaftliche Organisationsfragen, der seine Fachkenntnisse gegen Honorarzahlung an den Auftraggeber heranträgt“*. IdR wirkt er als unabhängiger und außenstehender Dritter. Der Klient wendet sich in Situationen an Berater, in denen er selbst nicht über hinreichende Kenntnisse und Erfahrungen verfügt und einen unabhängigen und unvoreingenommenen Experten mit fachspezifischen Know-how braucht, der ihm abgesichert kalkulierte Lösungsvorschläge unterbreitet und abgewogen begründete Entscheidungsmöglichkeiten aufzeigt.

Zu den Aufgaben des Beraters gehört es: Probleme zu erkennen, den Ist-Zustand als Entscheidungsgrundlage zu erheben, praktikable Lösungsvorschläge für Problemstellungen zu entwickeln, Expertenwissen zu vermitteln, Empfehlungen oder Entscheidungsalternativen abzugeben um eine wirtschaftliche Veränderung zum Nutzen des Klienten zu ermöglichen.

Typischerweise vermittelt er dem Klienten lediglich sein Expertenwissen, trifft aber keine Entscheidungen, die Realisierung liegt beim Klienten. Je nach Bedürfnis des Klienten und gewünschtem Umfang der Beratung wird zwischen Ganzheits-, Schwerpunkts- oder Spezialberatung unterschieden.

Unter dem Oberbegriff Unternehmensberatung können zahlreiche und sehr diverse Tätigkeiten verstanden werden. Dies ergibt sich aus den zahlreichen Fragestellungen, die sich in einem beratenen Unternehmen stellen können. In der Praxis wird dabei zwischen funktionalen und sektoralen Bereichen sowie Spezialisierungen unterschieden.

Das ABGB sieht für den Unternehmensberatungsvertrag keinen eigenen Vertragstypus vor. Auch eine einheitliche Zuordnung des Unternehmensberatungsvertrags zu einem der gesetzlich vorgesehenen Schuldvertragstypen des ABGB ist aufgrund der Vielfältigkeit der Vertragsart nicht möglich. In wirtschaftlicher Hinsicht ist die Unternehmensberatung eine Dienstleistung, weshalb insb der freie Dienstvertrag, der Werkvertrag oder eine Kombination der beiden als Typenkombinationsvertrag für die Zuordnung im Einzelfall in Frage kommen. Trotz Vertragsfreiheit muss der Vertragstyp nach dem Parteiwillen bestimmt werden, da dies notwendig ist, um festzustellen auf Basis welcher Rechtsgrundlagen Vertragslücken zu schließen sind und den schadenersatzrechtlichen Sorgfaltsmaßstab unter Heranziehung der jeweiligen Kriterien zu beurteilen. Kommt der Parteiwille im Vertrag nicht mit der nötigen Klarheit zum Ausdruck sind Tätigkeitsbeschreibung, Verpflichtungsgrad oder andere, anhand des gelebten Vertragsverhältnisses feststellbare Indizien zur Bestimmung des Vertragstyps heranzuziehen.

III. Die vertragliche Haftung

III.1. Allgemeines

Nach den allgemeinen Grundsätzen der Verschuldenshaftung iSd §§ 1293ff ABGB, entsteht für ein beratenes Unternehmen ein Schadenersatzanspruch gegen seinen Unternehmensberater, wenn

- im Unternehmen ein Schaden eingetreten ist, der
- in kausalem Zusammenhang mit einer Pflichtverletzung des Unternehmensberaters steht, die
- gegen eine vertragliche oder gesetzliche Pflicht verstößt und somit rechtswidrig ist und
- an welcher den Unternehmensberater ein Verschulden trifft

In den folgenden Unterkapiteln, wird auf jede der genannten Anspruchsvoraussetzungen gesondert eingegangen. Dabei werden jeweils zunächst die allgemeinen rechtlichen Grundlagen erörtert, sodann auf die konkrete Bedeutung und die praktische Anwendung für den Unternehmensberater eingegangen und zuletzt praktische Anwendungsbeispiele gegeben. Dies erfolgt, soweit vorhanden, anhand von Rsp iZm dem Unternehmensberater, insb unter Berücksichtigung des höchstgerichtlichen Grundsatzurteils zu dieser Thematik, OGH 4 Ob 265/99w.²⁵² Ergänzt wird dieser praktische Teil, wo relevant, auch durch Rsp zu anderen beratenden Berufen.

²⁵² Trotz des geringen Streitwerts dieser E, beinhaltet sie viele wesentliche Aussagen zum Unternehmensberater, seinen Pflichten und dem Unternehmensberatungsvertrag und wird deswegen dennoch ausführlich behandelt.

III.2. Haftungsvoraussetzungen

III.2.a. Schaden

III.2.a.1. Allgemeines

Grundvoraussetzung für das Begehren von Schadenersatz ist das Vorliegen eines Schadens, der dann auf seine adäquat kausale, rechtswidrige und schuldhaft Verursachung durch einen oder mehrere Schädiger untersucht werden muss.²⁵³ Liegen die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung vor, so ist grds der Schaden zu ersetzen, der aus der Pflichtverletzung entstanden ist. § 1012 ABGB postuliert, dass der Beauftragte schuldig ist, dem Auftraggeber den durch sein Verschulden verursachten Schaden zu ersetzen. Damit wird die allgemeine Regel des § 1295 ABGB wiederholt, in der es heißt, dass grds jedermann berechtigt ist „von dem Beschädiger den Ersatz des Schadens, welchen dieser ihm aus Verschulden zugefügt hat, zu fordern.“²⁵⁴

Unter Schaden versteht man im Allgemeinen eine „unfreiwillige Einbuße an absoluten Rechtsgütern oder am Vermögen.“²⁵⁵ Das Gesetz definiert Schaden in § 1293 ABGB als „jeder Nachteil, welcher jemandem an Vermögen, Rechten oder seiner Person zugefügt worden ist.“ Der Schadensbegriff des ABGB ist damit sehr weit gefasst. Er umfasst „jeden als rechtlichen Nachteil zu beurteilenden Zustand, an dem ein geringeres rechtliches Interesse besteht als an dem bisherigen Zustand.“²⁵⁶ Dies umfasst somit sowohl Vermögensschäden,²⁵⁷ als auch ideelle Schäden.

Ein Vermögensschaden ist „jede Vermögensveränderung nach unten, der kein entsprechendes Äquivalent gegenübersteht.“^{258, 259} Der Schaden kann dabei nicht nur im Verlust von Vorteilen,

²⁵³ Dadurch unterscheidet sich das Schadenersatzrecht grds vom Bereicherungsrecht, das auf die Rückgabe eines rechtsgrundlos erlangten Vorteils abzielt und nicht darauf abstellt, ob der Anspruchsberechtigte einen Nachteil erlitten hat. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 2/1.

²⁵⁴ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 6.

²⁵⁵ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 151.

²⁵⁶ OGH 15.12.1992, 1 Ob 653/92.

²⁵⁷ Vermögensschäden umfassen sowohl „normative Schäden“ als auch „Differenzschäden“; Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer, Schadenersatz in der Praxis (1990) Rz 3.

²⁵⁸ Reischauer in Rummel³ § 1293 Rz 5 (Stand 01.01.2007, rdb.at); siehe auch OGH 15.12.1992, 1 Ob 653/92. IdZ hielt der OGH in seiner rechtlichen Beurteilung fest, dass eine weitere Gelegenheit zum Abschluss eines Kaufvertrags zur Erlangung einer Vermittlerprovision kein volles Äquivalent für den schon durch die Willenseinigung zwischen dem Wohnungseigentümer und dem Beklagten erworbenen Provisionsanspruch ist; ebenso OGH 18.03.1992, 1 Ob 533/92 wo der OGH festschreibt: „Der unmittelbaren Verfügung über einen präsenten Geldbetrag kann eine gleich hohe

sondern auch in der Entstehung von Verbindlichkeiten liegen.²⁶⁰ Er tritt dabei bereits mit Entstehen der Verbindlichkeit ein²⁶¹ und umfasst in jedem Fall auch jene Aufwendungen, die der Geschädigte hatte, um seinen Anspruch durchzusetzen.²⁶² Der entgangene Gewinn wird heute als Teil des gesamten Nachteils und somit auch als Vermögensnachteil verstanden.²⁶³ Dabei handelt es sich um eine Art des Vermögensschadens, bei dem nicht nur ein schon vorhandenes Rechtsgut beeinträchtigt, sondern eine künftig zu erwartende Erwerbschance vernichtet wird.²⁶⁴ Im Hinblick auf den Ausgleich von Schäden, die entgangenen Gewinn darstellen, ist die Rsp aber streng um Ausuferungen zu verhindern.²⁶⁵ Der entgangene Gewinn spielt in der Unternehmensberatung häufig eine große Rolle. Mögliche Ursachen für durch Falschberatung eines Unternehmensberaters verursachten entgangenen Gewinn im Unternehmen können ua Produktionsstillstand, Verlust von Kundenaufträgen, Unverkäuflichkeit von Produkten oder Verspätungsschäden in der Produktion sein.

Geldforderung schon deshalb grundsätzlich nicht gleichgehalten werden, weil sie mit dem Risiko der Einbringlichkeit bzw der Rechtsverfolgung behaftet ist.“

²⁵⁹ Graf sieht im Schaden „jede Verschlechterung der materiellen Rechtsposition“. Graf, *Anwaltshaftung* (1991) 143.

²⁶⁰ OGH 4 Ob 7/08w; *Reischauer in Rummel*³ § 1293 Rz 5a (Stand 01.01.2007, rdb.at); vgl auch *Kodek in Kletečka/Schauer*^{1,02} § 1293 Rz 4 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

²⁶¹ OGH 28.05.2002, 10 Ob 63/02s.

²⁶² Dabei sind auch nutzlose Aufwendungen zu ersetzen, soweit die Adäquität zwischen schädigender Handlung und getätigter Aufwendung zu bejahen ist. *Graf*, *Anwaltshaftung* 159. Den Geschädigten trifft allerdings eine Schadensminderungspflicht nach § 1304 ABGB. Darunter ist die Obliegenheit des Geschädigten zu verstehen, einem unmittelbar drohenden Schaden oder einer weiteren Vergrößerung eines bereits eingetretenen Schadens entgegenzuwirken. Tut er dies nicht führt dies zu einer Kürzung des Schadenersatzanspruchs um den Teil, den er verhindern hätte können. Bzgl des jeweiligen Teils entfällt der Schaden ganz. *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht*³ Glossar (2012), Stichwort: Schadensminderungspflicht.

²⁶³ *Koziol*, *Österreichisches Haftpflichtrecht I*³ Rz 2/5; Der gesamte Nachteil inkl entgangenen Gewinn wird oftmals als „*Interesse*“ bezeichnet, der Schaden iSd 1. Satzes des § 1293 ABGB als „wirklicher“ oder „positiver Schaden“. Bei leichter Fahrlässigkeit ist bloß der positive Schaden, bei grobem Verschulden auch der entgangene Gewinn zu ersetzen. Unter dem positiven Schaden wird nicht nur jede Wertminderung oder Vernichtung eines dem Geschädigten schon zustehenden Rechtes verstanden, sondern auch die Reduzierung des Vermögens durch das Hinzukommen eines Aufwands. Mehr zu den Verschuldensarten und den rechtlichen Konsequenzen daraus im Kapitel III.2d. „Verschulden“.

²⁶⁴ Die Vernichtung einer Erwerbschance gilt nur dann als positiver Schaden, wenn diese im Zeitpunkt der Schädigung ein gegenwärtiger, selbstständiger Vermögenswert ist. Es wird darauf abgestellt, ob mit dem Gewinn im Verkehr mit einer „an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist“. Eine Ausnahme vom Prinzip des Ersatzes des entgangenen Gewinns nur bei grobem Verschulden sieht § 349 UGB vor. Ein Unternehmer muss einem anderen Unternehmer auch schon bei leichtem Verschulden den entgangenen Gewinn ersetzen. *Perner/Spitzer/Kodek*, *Bürgerliches Recht*³ Glossar, Stichwort: Gewinn, entgangener. Mehr zu den Verschuldensarten und den rechtlichen Konsequenzen daraus im Kapitel III.2.d. „Verschulden“.

²⁶⁵ *Welser*, *Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten* 4.

Beim ideellen Schaden, auch immaterieller Schaden genannt, handelt es sich um einen Schaden, der eine nicht in Geld messbare Vermögensveränderung bewirkt. Ideelle Schäden sind in der Beraterhaftung kaum denkbar und bleiben deshalb in Rsp und L weitgehend ausgeklammert.²⁶⁶

III.2.a.2. Schadensarten und typische Schäden in der Unternehmensberatung

Es ist wichtig den Schaden nach Schadensarten zu kategorisieren, da nicht generell jeder Schaden zu ersetzen ist.

Das Resultat einer Schädigung durch Rat oder Auskunft tritt in der überwiegenden Anzahl der Fälle als primärer oder reiner Vermögensschaden auf. Schäden am bloßen Vermögen bilden den typischen Schaden nach einer fehlerhaften Beratung.²⁶⁷ Es kommt nicht zu einem Eingriff in absolut geschützte Güter wie Leben, Gesundheit oder Eigentum, allerdings wirkt sich der Schaden direkt auf die Vermögenssituation des Geschädigten aus.²⁶⁸ Der Geschädigte versäumt einen günstigen Geschäftsabschluss, verschuldet sich, betritt ein unprofitables Geschäftsfeld, akquiriert ein Unternehmen das nicht zu dem Bestehenden passt, erleidet einen Reputationsschaden oder ähnliches.²⁶⁹ Da sich eine Haftung des Beraters idR auf eine Vertragsverletzung gründet, ist anerkannt, dass auch bloße Vermögensschäden Gegenstand der Ersatzpflicht sein können.^{270, 271}

²⁶⁶ Die hA verstand das Gesetz ursprünglich so, dass Ersatz für immaterielle Schäden nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Anweisung zu leisten ist. Ersatz gab es nur für Schmerzen (§ 1325 ABGB), das Affektionsinteresse (§ 1331 ABGB) und später dann auch für Freiheitsentziehung (§ 1329 ABGB). Mittlerweile gibt es Ersatz für ideelle Schäden auch bei einer Verletzung der geschlechtlichen Selbstbestimmung (§ 1328 ABGB), Eingriffen in die Privatsphäre (§ 1328a ABGB), entgangener Urlaubsfreude (§ 31e Abs 3 KSchG) und dem Trauerschaden. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Schaden, immaterieller.

²⁶⁷ *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 257.

²⁶⁸ Zu einem direkten Eingriff in absolut geschützte Rechtsgüter durch den Unternehmensberater, kommt es deshalb nicht, weil die endgültige Entscheidung immer vom Unternehmer selbst getroffen wird.

²⁶⁹ Bei Anwälten liegt der Schaden in einer Verschlechterung der aktuellen Rechtsposition der Partei. Eine zu Recht bestehende Forderung kann nicht durchgesetzt werden oder eine Verbindlichkeit, die bei pflichtgemäßem Handeln des Anwalts nicht bestehen würde, ist zu erfüllen. Fehlerhafte Beratung oder die Unterlassung einer ordnungsgemäßen Verfahrensführung führen dazu, dass die beratende Partei in einem Verfahren unterliegt, in dem sie bei korrekter Beratung obsiegt hätte. Der Schaden liegt dann in den Nachteilen, die durch die Niederlage im Prozess entstanden sind, soweit sie im Falle eines Obsiegens nicht eingetreten wären. Auch Verfahrenskosten können dazu zählen. *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 11; *Graf*, Anwaltshaftung 143.

²⁷⁰ *Reischauer in Rummel*³ § 1332 Rz 24 (Stand 01.01.2004, rdb.at).

Für einen Schadenersatzanspruch wegen unrichtiger Auskunft ist die übliche Unterscheidung von Nichterfüllungs-²⁷² und Vertrauensschaden²⁷³ ohne Bedeutung, da sie im Ergebnis keinen Unterschied macht. In beiden Fällen gehören zum Schaden des Beratenen alle Nachteile, die nicht entstanden wären, wenn der Schädiger ordnungsgemäß und vollständig geleistet hätte.²⁷⁴ Die ordnungsgemäße Leistung wäre eine richtige anstatt einer falschen Raterteilung gewesen, weshalb der Schaden in den Folgen aller Dispositionen liegt, die der Geschädigte auf Basis der Falschauskunft getätigt hat. Stellt die Beratung die vertragliche Hauptpflicht dar, ist der durch Nicht- oder Schlechterfüllung verursachte Schaden als Erfüllungsinteresse zu qualifizieren.²⁷⁵

III.2.a.3 Prozessuales/Beweislast

Die Frage, ob und in welcher Höhe ein Schaden eingetreten ist, ist oftmals nicht leicht zu beantworten und in der Praxis vielfach der Punkt, an dem Klagen scheitern. Der Beratene unterliegt idR einem „Informationsdefizit“, welches es ihm schwer macht die Qualität der Beratung zu beurteilen um somit einen eventuell darauf zurückführbaren Schaden festzustellen.

Im Allgemeinen gilt im österreichischen Zivilrecht die Regel, dass jede Partei *„die Behauptungs- und Beweislast für die Tatsachen, die Voraussetzungen der für sie günstigen Rechtsnorm sind“* trägt.²⁷⁶ Der Geschädigte muss also den Schaden, den Kausalzusammenhang zwischen schädigendem Ereignis und Schaden, Tatsachen zur Grundlage der Beurteilung der

²⁷¹ Auch wenn Vermögensschäden der häufigste Schaden bei Rat und Auskunft sind, kann es auch zur Schädigung von absolut geschützten Rechtsgütern kommen. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 17 mit einigen Beispielen.

²⁷² Unter Nichterfüllungsschaden oder Erfüllungsinteresse versteht man den Schaden, der jemandem entsteht, weil der Vertragspartner einen Vorteil, den er bei ordnungsgemäßer Erfüllung des Vertrages gehabt hätte, nicht hat. Der Vertragspartner ist in einem solchen Fall so zu stellen, wie er stünde, wenn vertragsmäßig erfüllt worden wäre. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Erfüllungsinteresse.

²⁷³ Unter Vertrauensschaden versteht man den Schaden, der jemandem entsteht, weil der Geschädigte auf die Gültigkeit eines tatsächlich ungültigen oder auf die Erfüllbarkeit eines tatsächlichen unerfüllbaren Vertrages vertraut hat. Typische Vertrauensschäden sind zB Aufwendungen für den Vertragsabschluss sowie Nachteile aus dem Unterlassen des Abschlusses eines anderen Geschäfts. Der Ausgleich des Vertrauensschadens ist durch das hypothetische Erfüllungsinteresse beschränkt. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Vertrauensinteresse.

²⁷⁴ OGH 23.02.2006, 8 Ob 123/05d.

²⁷⁵ OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

²⁷⁶ RIS-Justiz RS0106638 (OGH 17.02.2015, 4 Ob 6/15h).

Rechtswidrigkeit und das Verschulden des Schädigers vorbringen und beweisen um eine Ersatzpflicht des Schädigers zu begründen.

Laut höchstgerichtlicher Rsp hat der „*durch eine falsche Beratung Geschädigte*“ zuerst den Eintritt des Schadens und sodann dessen Höhe zu beweisen.^{277,278} Die Beweislastregel des § 1298 ABGB sieht hierfür keine Umkehr vor, sondern gilt vielmehr nur für den Beweis des Verschuldens.²⁷⁹ Zu beweisen ist immer, dass der Schaden bei einem hypothetischen Verlauf der Dinge²⁸⁰ nicht eingetreten wäre.^{281, 282} Da idR der Inhalt des hypothetischen Verlaufs nie mit Sicherheit bestimmt werden kann ist zu prüfen, zu wessen Lasten der verbleibende Zweifel zu gehen hat.²⁸³ Der Geschädigte darf nach Ersatz des Schadens nie besser dastehen, als er sonst dagestanden wäre.

Ist der Schaden dem Grunde nach bewiesen, besteht die nächste Herausforderung darin die Schadenshöhe festzustellen. Grds ist bei der Ermittlung der Schadenshöhe zu fragen „*welchen Verlauf die Dinge bei pflichtgemäßem Verhalten genommen hätten und wie die Vermögenslage des Betroffenen sein würde, wenn der Pflichtverstoß nicht begangen, sondern pflichtgemäß*

²⁷⁷ OGH 15.12.1992, 1 Ob 653/92; wonach der Geschädigte den Eintritt des behaupteten Schadens, dessen Höhe und den Kausalzusammenhang zu behaupten und beweisen hat.

²⁷⁸ Das gilt auch bei Anwendbarkeit des § 1298 ABGB, wo nach ständiger Rsp der Geschädigte stets die Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und den bei ihm eingetretenen Schaden trägt. Dies gilt allerdings nur für die anspruchsbegründenden, nicht für die rechtshemmenden bzw -vernichtenden Tatsachen; OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

²⁷⁹ Zu der Anwendung der Beweislastumkehr auf die Rechtswidrigkeit gibt es einen Meinungsstreit. *Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast, JBL 1994, 62 mwN. Mehr dazu im Kapitel III.2.c.4. „Prozessuales/Beweislast“.

²⁸⁰ Der hypothetische Verlauf der Dinge ist nur selten mit absoluter Gewissheit feststellbar. Es ist deshalb zu prüfen zu welchen Lasten der verbleibende Zweifel zu gehen hat. *Graf*, Anwaltshaftung 145.

²⁸¹ Bei „*schlechter Prozessführung*“ durch einen Anwalt, würde etwa darauf abgestellt werden, wie ein Gericht oder die Behörde bei sorgfältiger Verfahrensführung hätte entscheiden müssen. Wenn das gebotene Verhalten des Rechtsberaters zu einem Verfahrenserfolg geführt hätte, dann stellt das durch die Pflichtwidrigkeit herbeigeführte Unterliegen einen Nachteil dar, der zu einem Vermögensschaden führen kann. Haftungsvoraussetzung ist, dass die Ansprüche, die aus der hypothetischen E ableitbar gewesen wären, auch durchsetzbar gewesen wären; OGH 25.09.2001, 1 Ob 151/01i; OGH 20.02.2003, 6 Ob 322/02z; *Graf*, Anwaltshaftung 146.

²⁸² Uneinigkeit herrscht in der deutschen L und Rsp darüber, ob einem beklagten Anwalt der Einwand zustehen soll, dass eine für den Mandanten im Vorprozess allenfalls erwirkte günstigere E zu Unrecht ergangen wäre, da materiell gesehen dem Mandanten die strittigen Ansprüche nicht zustünden. *Graf*, Anwaltshaftung 148; *Fenzl/Völkl/Völkl* vertreten in Österreich dazu die Ansicht, dass es „*nicht darauf ankomme, was das mit der Sache seinerzeit befasste Gericht bei Weiterführung des Prozesses entschieden hätte, sondern darauf, wie es nach Meinung des nunmehr urteilenden Gerichts richtigerweise hätte entscheiden müssen.*“ *Fenzl/W. Völkl/E. Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, ÖJZ 1989, 513.

²⁸³ *Graf*, Anwaltshaftung 145.

gehandelt worden wäre. Die bei diesem Vergleich festgestellten Vermögensnachteile, stellen den Schaden dar.“²⁸⁴ Oftmals bleibt aber unklar wie hoch der erlittene Vermögensnachteil tatsächlich ist. Auch nach höchstgerichtlicher Rsp hat der Geschädigte nicht *nur* „die tatsächlich eingetretene Vermögenslage, sondern – als Minuend der vorzunehmenden Differenzberechnung – den hypothetischen Vermögenswert, der ohne die schädigende Handlung bestünde, zu behaupten und zu beweisen“.²⁸⁵ Durch Beratung hervorgerufene Schäden sind aber idR nur schwer bezifferbar. Der Wert einer „mit dem Risiko der Uneinbringlichkeit behafteten Forderung gegen den Vertragspartner ist etwa je nach der Höhe des Risikos (zB nach Liquidität des Anspruchsgegners) unterschiedlich hoch.“²⁸⁶ Eine ausdrückliche Regelung wie die Bemessung des Schadens in Geld zu erfolgen hat findet sich im ABGB nicht. Der Umfang des Schadens kann immer nur im konkreten Einzelfall geprüft werden. In der Praxis wird – sofern nicht die objektiv-abstrakte^{287, 288} Berechnungsmethode zur Verfügung steht – die subjektiv-konkrete Differenzmethode herangezogen. Dies ist auch in anderen Beratungsfeldern, wie zB der Steuerberatung²⁸⁹ der Fall. Dabei wird die hypothetische Vermögensentwicklung des geschädigten Unternehmens ohne fehlerhafte Beratung bis zum Stichtag der Schadensermittlung mit der realen Entwicklung verglichen.²⁹⁰ Der Geschädigte hat dabei „den hypothetischen Vermögenswert, der ohne die schädigende Handlung bestünde, zu beweisen.“²⁹¹ Um dabei ein möglichst akkurates Ergebnis zu erzielen, muss versucht werden alle anderen Umstände, die einen Einfluss auf die Vermögensentwicklung gehabt haben könnten, einzeln zu bewerten und in Ansatz zu bringen. Im Ergebnis bleibt dann in der Theorie der tatsächliche Einfluss der fehlerhaften Beratung als

²⁸⁴ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 6.

²⁸⁵ OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

²⁸⁶ Graf, Anwaltshaftung 154.

²⁸⁷ Die objektive Schadensberechnung errechnet den Schaden durch „Heranziehung des Marktwertes der zerstörten Sache.“ „Hat eine Sache keinen gemeinen Wert sind die Kosten der Neuherstellung zu ersetzen.“ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ 282.

²⁸⁸ Nach hL und Rsp ist der Schadenersatz bei leichtem Verschulden objektiv-abstrakt zu berechnen. Die Auffassung erfährt jedoch zunehmend Kritik. Demnach sei im Hinblick auf den Grundsatz der Naturalrestitution im Regelfall der konkrete Schaden zu berechnen und die abstrakte Berechnung nur als Berechnungshilfe heranzuziehen. Kodek, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11 mwN.

²⁸⁹ OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

²⁹⁰ StRsp, RIS-Justiz RS0030153 (OGH 29.01.2014, 7 Ob 221/13w); Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 2/19; vgl auch OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

²⁹¹ OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

Differenz zum effektiven Gesamtergebnis übrig. Sowohl die Vermögensentwicklung als auch die Isolation anderer Einflussquellen bergen jedoch viele Fehlerquellen in sich.²⁹² Schwierigkeiten bereitet bei der Differenzberechnung insb die Frage, welcher Zeitpunkt für die Schadensfeststellung maßgeblich ist.²⁹³ Nicht mit der Differenzmethode feststellbar sind normative Schadensfälle.²⁹⁴

Ein Beispiel für eine subjektiv-konkrete Schadensberechnung des OGH findet sich in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003²⁹⁵: In diesem Fall urteilte der OGH über die Berechnung eines von einem Steuerberater verursachten Schadens ggü einem Unternehmer, der mit Booten handelte. Der Kläger hatte Lieferungen in das Ausland erbracht. Vom beklagten Steuerberater hatte der Unternehmer bzgl die damals fehlerhafte Auskunft erhalten diese Lieferungen seien, unter der Bedingung, dass auch die Verfügungsmacht im Ausland übergehe, umsatzsteuerfrei. Der Kläger stellte seinen Kunden deshalb auch keine Umsatzsteuer in Rechnung. Als es daraufhin zu einer Betriebsprüfung und in weiterer Folge einer Nachzahlungspflicht kam, entstand der Schaden dadurch, dass der Kläger die Umsatzsteuer nur jenen Kunden nachverrechnen konnte, die selbst auch Unternehmer waren. Der OGH vertrat in diesem Fall die Ansicht, dass nicht die gesamte Umsatzsteuer, die nunmehr vom Kläger zu tragen war, den Schaden darstelle. Vielmehr sei zu prüfen, ob jene Kunden, die keine Unternehmer waren, auch bereit gewesen wären den um die Umsatzsteuer erhöhten Kaufpreis zu zahlen. Hätte der Kunde zu dem höheren Preis nicht gekauft, wäre das Geschäft auch niemals zu Stande gekommen, der Kläger hätte folglich keine Umsatzsteuer bezahlen müssen, allerdings auch keine Gewinne erzielen können, sodass die kalkulierte Gewinnspanne, wie auch die „ersparten“ variablen Kosten, von dem Betrag der Umsatzsteuer wieder abzuziehen seien.²⁹⁶

²⁹² Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/596.

²⁹³ OGH 18.03.1992, 1 Ob 533/92; wonach, wenn jemand zur Zahlung einer Nichtschuld veranlasst wird, die als Schaden zu beurteilende Vermögenseinbuße schon mit deren Leistung und nicht erst mit Uneinbringlichkeit des Rückforderungsanspruches eintritt.

²⁹⁴ So etwa bei Zusprüchen aus dem Titel „merkantile Wertminderung“, „abstrakte Rente“ oder „fiktive Pflegekosten“. Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer, Schadenersatz in der Praxis Rz 2.

²⁹⁵ OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.

²⁹⁶ Wobei das Zahlenbeispiel des OGH mE rechnerisch nicht nachvollziehbar ist.

Wie dieses Beispiel zeigt, kann die Differenzmethode definitiv eine Hilfestellung bieten, die Schadensbemessung bleibt aber in der Praxis herausfordernd. Auch das Höchstgericht selbst lässt diese Methode nicht ohne Kritik. In der höchstgerichtlichen Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1999 äußerte es sich über ihre Anwendung folgendermaßen: diese Methode gelte zwar *„rein rechnerisch als nachvollziehbar“*, der auf diese Weise ermittelte Schuldenzuwachs sei aber *„nicht ohne weiteres mit jenem Schaden gleichzusetzen, für den der Beklagte zu haften hätte“* wenn er unrichtig oder unvollständig beraten hätte. Diese vereinfachende Betrachtungsweise lasse nämlich unberücksichtigt, dass *„eine Vergrößerung des Schuldenstands im Beobachtungszeitraum (auch) auf (Fehl-)Entscheidungen der Klägerin zurückzuführen sein könnte.“*²⁹⁷ Der OGH unterließ es aber in der angesprochenen Entscheidung eine alternative bzw. besser geeignete Methode zur Schadensberechnung vorzuschlagen.

In der Praxis geht der erste Weg nach Feststellung eines Schadens oftmals zur Versicherung und dann erst zu Gericht. Hat der Kläger die eingeklagte Leistung bereits von der Versicherung des Beklagten erhalten liegt für ihn an sich kein Schaden mehr vor. Der Gesetzgeber sieht in § 67 VersVG jedoch explizit vor, dass *„Leistungen Dritter, die dem Geschädigten zugutekommen, den Schädiger nicht entlasten sollen, sondern der Schadenersatzanspruch bestehen bleibt, aber auf den Dritten im Wege der Legalzession übergeht.“* Der Leistungsanspruch geht nach Leistung auf den Versicherer über; der Versicherer kann sich dann gem § 67 VersVG beim Schädiger regressieren.²⁹⁸

Voraussetzung für das Einbringen einer Schadenersatzklage ist, dass der Schaden bezifferbar ist und damit mittels Geldleistungsklage geltend gemacht werden kann.²⁹⁹ Die „Bezifferbarkeit“, also die Bemessung der Höhe des Schadens, stellt, wie dargelegt, aber oftmals einen der herausforderndsten Teile der Klage dar.³⁰⁰ Rechtsuchende sind besonders davon betroffen, wenn

²⁹⁷ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

²⁹⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ 284.

²⁹⁹ OGH 23.02.2006, 8 Ob 123/05d.

³⁰⁰ Besonders ist dies bei Anlegerschäden der Fall. Ein Schaden liegt laut stRsp – RIS-Justiz RS0120784 (OGH 18.10.2012, 4 Ob 140/12k) – schon dann vor, wenn *„nicht die gewünschten risikolosen, sondern risikoträchtige Wertpapiere erworben wurden“*. Der Schaden in einem solchen Fall unterliegt aber nicht nur häufigen Änderungen, sondern lässt sich eigentlich erst nach Verkauf der Wertpapiere endgültig beziffern. Kodek, ÖBA 2012, 11.

begründete Ansprüche mangels Beweisbarkeit undurchsetzbar bleiben.³⁰¹ Kann der Geschädigte seine Vermögensentwicklung ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses nicht plausibel nachweisen, riskiert er eine Klageabweisung mangels Schlüssigkeit.³⁰² Aus diesem Grund und aus prozessökonomischen Erwägungen, hat der Gesetzgeber daher die Bestimmung des § 273 ZPO eingeführt, welche den Richtern, gem Abs 1, die Möglichkeit eröffnet, statt eines aufwändigen Beweisverfahrens „nach freier Überzeugung“³⁰³ die Höhe des zu ersetzenden Schadens (oder einer anderen Forderung) zu schätzen oder, gem Abs 2, sogar über den Bestand eines Anspruchs zu entscheiden.³⁰⁴ Überdies ist die unmittelbare Bezifferung der Schadenshöhe nicht erforderlich. Voraussetzung für die Bestimmung der Höhe einer Forderung nach Abs 1 ist es, dass der Beweis darüber nur mit „unverhältnismäßigen Schwierigkeiten“ zu erbringen ist. Die Entscheidung über das Bestehen eines Anspruchs nach Abs 2 ist nur dann möglich, wenn „die vollständige Aufklärung aller für sie maßgebenden Umständen mit Schwierigkeiten verbunden ist, die zur Bedeutung der streitigen Ansprüche in keinem Verhältnis stehen.“ Dabei handelt es sich, anders als bei der Entscheidung über den Schaden selbst, um eine Ermessensentscheidung: der Richter kann – muss aber nicht – auf das Beweisverfahren verzichten.³⁰⁵ In beiden Fällen des § 273 ZPO trifft den Kläger die Behauptungslast, weshalb er die Forderung trotzdem ziffernmäßig bestimmt abgeben muss, nicht aber die Beweislast. Alternativ kann der Kläger seine Klage auch als Stufenklage nach § 272 ZPO einbringen. Auch dafür ist eine unmittelbare Bezifferung der Schadenshöhe nicht erforderlich. Diese Ausnahme vom Gebot der Bestimmtheit des Klagebegehrens gestattet der

³⁰¹ Fasching, Die richterliche Betragsfestsetzung gem § 273 ZPO, JBL 1981, 225.

³⁰² Auch im Falle der Grundsatzentscheidung 4 Ob 265/99w war das Berufungsgericht der Meinung, dass die Höhe des Klagebegehrens „weiterhin rechnerisch nicht nachvollziehbar“ sei und wies die Klage deshalb wegen Unschlüssigkeit ab.

³⁰³ Das Wort „frei“ bedeutet, dass der Richter bei seiner Entscheidung an keine gesetzlichen Beweisregeln gebunden ist. Er muss aber von der Wahrheit der zu beweisenden Tatsachen überzeugt sein. Die Überzeugung hat drei Komponenten: Die persönliche Lebenserfahrung des Richters, das vom Richter erworbene Spezialwissen und die Bezugnahme auf den durchschnittlichen Erfahrungs- und Wissensschatz verständiger Menschen unseres Lebenskreises. Fasching, JBL 1981, 225.

³⁰⁴ Die deutsche Regelung (§ 287d ZPO) schreibt dem Richter vor, wenn streitig ist, ob ein Schaden entstanden ist und wie hoch er sei, nach freier Überzeugung unter Würdigung aller Umstände zu entscheiden. Das Gericht kann nach Ermessen beantragte Beweisaufnahmen oder Begutachtungen durchführen. Anders als nach der deutschen Bestimmung ist die österreichische (§ 273 ZPO) nicht nur auf Schadenersatzforderungen, sondern auf alle Forderungen anwendbar. Rechberger in Fasching/Konecny, Zivilprozeßrecht³ § 273 ZPO Rz 1 (Stand 01.10.2015, rdb.at).

³⁰⁵ Rechberger in Fasching/Konecny³ § 273 ZPO Rz 9 (Stand 01.10.2015, rdb.at). Wird das Vorliegen der Voraussetzungen zu Unrecht angenommen, handelt es sich um einen Verfahrensmangel, der im Rechtsmittelweg geltend gemacht werden muss.

Gesetzgeber, weil das Klagebegehren hier erst nach Ergehen des Teilurteils zu beziffern ist.³⁰⁶ Mit Teilurteil spricht dann der Richter zunächst darüber ab, ob ein Schaden eingetreten ist, der Anspruch also dem Grunde nach zu Recht besteht. Zu diesem Zeitpunkt trifft den Kläger dann die Pflicht zur Angabe (einer groben Schätzung) der Schadenshöhe, der er mittels der oben beschriebenen Schätzungsverfahren nachkommen kann. Lässt sich die Schadenshöhe gar nicht feststellen, so kommt im Fall von dem Grunde nach berechtigten Ansprüchen eine klagsabweisende Beweislastentscheidung nicht in Betracht. Wegen Bewertungsunsicherheiten soll jeglicher Ersatz nicht von vornherein verwehrt bleiben. Demnach soll wenigstens ein Mindestschaden zuerkannt werden.³⁰⁷

Die aus § 273 ZPO resultierende Befugnis der Gerichte geht aber weit über die des § 272 ZPO hinaus. Während das Gericht sich dort lediglich von der „*Wahrheit einer Tatsache*“ frei zu überzeugen hat, bezieht sich die „*freie Überzeugung*“ bei § 273 ZPO auch auf die konkrete Höhe eines Anspruchs. Die Rsp hat nach mehrfachen Meinungsänderungen nunmehr ständig die Zulässigkeit der Feststellung der Ersatzpflicht auch für künftige Schäden aus einem schädigenden Ereignis bejaht. Solche Feststellungsbegehren werden insb dann als zulässig erachtet, wenn Verjährung und gleichzeitig das Eintreten weiterer Schäden drohen.³⁰⁸

Ebenfalls eine mit dem Schaden in direktem Zusammenhang stehende zentrale Frage im Rechtsstreit kann der Zeitpunkt des Schadenseintritts und die dbzgl Kenntnisnahme, die sog „*Kenntnis von Schaden und Schädiger*“ durch den Kläger sein. Daran sind die für die Parteien essentiellen Verjährungsfristen geknüpft.

³⁰⁶ Rechberger in Fasching/Konecny³ § 272 ZPO (Stand 01.10.2015, rdb.at).

³⁰⁷ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/599.

³⁰⁸ Fasching in Fasching/Konecny³ § 228 ZPO Rz 5 (Stand 01.10.2015, rdb.at).

III.2.b. Kausalität

III.2.b.1. Allgemeines

Schäden aus der Unternehmensberatung realisieren sich häufig erst durch die Umsetzung des durch den Unternehmensberater erteilten Ratschlags selbst. Der Wert der Beratung liegt nicht in der Kenntnisnahme ihres Inhalts, sondern vielmehr in der Realisierung der dadurch gewonnenen Erkenntnisse im Unternehmen. Um für einen Schaden Ersatz geltend machen zu können, muss sich dieser tatsächlich und kausal auf die fehlerhafte Unternehmensberatung zurückführen lassen. Im Schadenersatzrecht besteht ohne Rücksicht auf die Grundlage der Haftung das Erfordernis der Kausalität.³⁰⁹ Das rechtswidrige Verhalten muss sich tatsächlich ausgewirkt haben um eine Haftung zu begründen.³¹⁰

Unter Kausalität, oder auch Verursachung, versteht man das im Schadenersatzrecht verankerte Prinzip, dass „*nur jener für einen Schaden einzustehen hat, der diesen auch selbst oder durch eine ihm zurechenbare Handlung verursacht hat.*“^{311, 312} Für andere Vermögensminderungen aufgrund von Einflüssen oder Entscheidungen, die sich unabhängig davon verwirklicht haben, kann kein Ersatz verlangt werden. Ausdrücklich hat der OGH³¹³ angemerkt: „*Selbst eine unrichtige Beratung durch den Beklagten hätte (nämlich) der Klägerin nicht ihre unternehmerische Verantwortung für die von ihr selbst getroffenen Entscheidung entzogen.*“ Damit weist er einerseits auf die Schadensminderungspflicht des Beratenen hin, die ihn für den Fall trifft, dass er die Pflichtverletzung des Beraters hätte erkennen können. Andererseits deutet er auf die Nichthaftung des Beraters für Entscheidungen des Beratenen hin, die von der Beratungsleistung ohnehin nicht betroffen waren.³¹⁴

³⁰⁹ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 14.

³¹⁰ Nach der L vom rechtmäßigen Alternativverhalten wird geprüft ob der Schaden auch dann eingetreten wäre, wenn der Schädiger sich rechtmäßig verhalten hätte. Reischauer in Rummel³ § 1295 ABGB Rz 1 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

³¹¹ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Kausalität.

³¹² Eine Ausnahme von diesem Prinzip stellen lediglich die Gehilfenhaftung, die Haftung des Halters nach dem EKHG und des Wohnungsinhabers nach § 1318 ABGB dar. Aber auch in derartigen Fällen, muss es zwischen Ereignis und Schaden einen Kausalzusammenhang geben. Kodek in Kletečka/Schauer^{1,02} § 1295 Rz 2 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³¹³ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

³¹⁴ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/588.

III.2.b.2. Kausalität in der Unternehmensberatung

Die Kausalität stellt bei Beratungsleistungen eine der schwierigsten durch den Geschädigten nachzuweisenden Voraussetzungen für die Schadenersatzhaftung dar. Dies liegt insb an den oftmals großen zeitlichen Abständen zwischen Erbringung der Beratungsleistung und dem Schadenseintritt, der Multikausalität von auftretenden Schäden und nicht zuletzt der ex-ante Beurteilung der Haftung. Auf der Zeitachse stellt sich die Frage, nach Verstreichen welchen Zeitraums man einer Pflichtverletzung noch eine Wirkung in Bezug auf die Vermögensentwicklung des Beratenen zuschreiben kann.³¹⁵ So wirkt zB eine allfällige Warnpflichtverletzung, wie sie dem Unternehmensberater im Fall OGH 4 Ob 265/99w vom Beratenen vorgeworfen wird, nicht unbeschränkt fort.³¹⁶ Durch die „kurzfristige Beschäftigung eines Unternehmensberaters“ soll kein Klient „für alle Zukunft von der eigenen Verantwortlichkeit befreit werden, den Verlauf seiner Vermögensentwicklung zu beobachten oder beobachten zu lassen und daraus die entsprechenden unternehmerischen Schlüsse zu ziehen.“ Wie lange eine Warnpflichtverletzung tatsächlich fortwirkt ist im Einzelfall zu untersuchen. Das Höchstgericht ging in diesem Fall davon aus, dass zwischen Beratung und Schadenseintritt aufgrund des großen zeitlichen Abstands von zehn Jahren überhaupt kein Kausalzusammenhang mehr bestand.³¹⁷ Je kürzer der Zeitraum zwischen schädigendem Ereignis und dem Eintritt des Schadens, desto einfacher der Nachweis der Kausalität. Dies gilt auch für die Anzahl der Umstände, die auf die Vermögensentwicklung Einfluss nehmen: je weniger es sind, desto einfacher ist die Schadensbemessung und desto geringer in den meisten Fällen auch der Schaden. Negativentwicklungen sind aber meistens nicht monokausal zuordenbar, sondern vielmehr auf eine Vielzahl ungünstiger Entwicklungen zurückzuführen. Auf die wirtschaftliche Situation des Klienten wirken neben der Unternehmensberatung selbst immer auch das Verhalten des Wettbewerbs, der Konsumenten sowie zahlreiche andere interne und externe Einflüsse. Dies bringt die Herausforderung mit sich herauszufinden, in welchem Ausmaß eine Vermögensminderung tatsächlich auf die jeweilige Schädigungshandlung zurückzuführen ist

³¹⁵ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

³¹⁶ Die zeitliche Beschränkung gilt neben Warn- auch für Aufklärungspflichten. „Die eingeschränkte Fortführung von Beratungsfehlern kann jedoch nur dann berücksichtigt werden, wenn die weitere Vermögensentwicklung im Zuge oder nach Abschluss der Beratung auch von anderen Faktoren, etwa Eigenfehlern des Klienten, beeinflusst werden kann.“ Die Haftungsbeschränkung ist dynamisch. Mit jedem anderen negativen Einfluss außer jenen der Beratung, wird die Haftung des Beraters weiter reduziert bis diese keine Auswirkung mehr auf die Vermögensentwicklung hat und somit die Haftung entfällt. Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/95.

³¹⁷ Völkl/Posch, Zak 2006, 166; jeder von der fehlerhaften Beratung verschiedene negative Einfluss schränkt die Beratung weiter ein. Dabei muss sowohl auf Schwere und Umfang des Beratungsfehlers und der Fremdeinflüsse abgestellt werden, als auch auf den zeitlichen Zusammenhang zwischen Beratung und Eintritt des Schadens.

oder andere Umstände dafür verantwortlich waren. Hinzu kommt die Schwierigkeit, dass die Haftung naturgemäß ex ante beurteilt werden muss.³¹⁸ Der schadenersatzrechtlichen Beurteilung muss also jene Situation zu Grunde gelegt werden, wie sie zur Zeit des Handelns bestanden hat. Die Einhaltung dieses Grundsatzes stellt oft eine Herausforderung dar, nachdem der tatsächliche Geschehensverlauf zum Zeitpunkt der Beurteilung eben bereits bekannt ist. Das Gericht hat bspw auch immer ex-ante festzustellen, ob die Größe und Qualifikation des Prüfungsteams und der Prüfungsablauf im Verhältnis zu Beratungszweck bzw Beratungsgegenstand geeignet und verhältnismäßig waren.

Maßgeblich für die Kausalität iZm der Beraterhaftung, ist wie überall sonst auch der Gedanke der *conditio sine qua non* („Bedingung ohne die nicht“).³¹⁹ Zur Begründung einer Haftung für Rat und Auskunft, muss ein ursächlicher Tatsachenzusammenhang zwischen Rat und Schaden bestehen. Eine Haftung kommt nur dann in Frage, wenn der Rat Grundlage einer Disposition des Beratenen wird, die direkt zum Schaden führt. Hätte sich der Beratene etwa bei einer anderen Empfehlung des Unternehmensberaters anders entschieden? Hätte er das akquirierte Unternehmen nicht gekauft? Hätte er die Produktion nicht ausgelagert? Wäre ein für den Unternehmer günstigeres Geschäft abgeschlossen worden, hätte der Berater seine Verschwiegenheitspflicht nicht verletzt? Der hypothetische Kausalverlauf durch Hinweg- oder Hinzudenken der Pflichtverletzung muss rekonstruiert werden. Es ist immer zu prüfen, wie der Geschehensverlauf bei ordnungsgemäßer Geschäftsbesorgung gewesen wäre; wie sich also der Unternehmensberater verhalten hätte, wenn er keinen falschen, oder eben einen richtigen Rat, erhalten hätte.³²⁰

Bei der Prüfung der Ursächlichkeit einer Pflichtverletzung für einen Schaden ist zu unterscheiden, ob der Berater zu einem Tun oder zu einem Unterlassen verpflichtet ist. Für die Kausalität gelten bei der Beraterhaftung jedenfalls die allgemeinen Grundsätze. Liegt die Pflichtverletzung in einem aktiven Tun, ist das Verhalten des Beraters für die Leistung kausal, wenn der Schaden ohne dieses Verhalten nicht eingetreten wäre. Voraussetzung der Haftung ist, dass *„der Empfänger die Auskunft (den Rat) tatsächlich zur Grundlage einer Disposition macht, die zum Schaden führt.“* „Es

³¹⁸ Kodek in Kletečka/Schauer^{1,02} § 1295 ABGB Rz 24 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³¹⁹ Nach Burgstaller soll an die Stelle der *conditio sine qua non* die L von der gesetzmäßigen Bedingung treten. Nach dieser Ansicht ist ein Verhalten dann ursächlich für einen Erfolg, wenn zwischen diesem und dem eingetretenen Erfolg eine gesetzmäßige Beziehung besteht. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 3/6.

³²⁰ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/24.

fehlt also die Ursächlichkeit, wenn der Geschädigte ohne die falsche Auskunft oder bei Richtigkeit der Auskunft genauso disponiert hätte, sodass derselbe Schaden eingetreten wäre.^{321, 322} Es mangelt daher bspw an der Kausalität, wenn der Vorstand des beratenden Unternehmens ohnehin schon den Entschluss gefasst hatte einen weiteren Standort aufzubauen und dies nur noch von einem unabhängigen Dritten bestätigt haben wollte. Pflichtwidriges Unterlassen ist für einen Schaden dann ursächlich, wenn bei Hinzudenken der unterbliebenen Handlungen der Schaden entfällt, somit also ein aktives Tun des Schädigers den Schaden hätte verhindern können.³²³ Dabei muss die Wahrscheinlichkeit des Tatsachenzusammenhangs betrachtet werden.³²⁴ Verletzt der Unternehmensberater also bspw seine Warnpflicht hinsichtlich der Wirtschaftlichkeit der Eröffnung eines weiteren Unternehmensstandorts, muss weiter geprüft werden, ob die Eröffnung bei ausgesprochener Warnung unterblieben wäre. Die Prüfung der Kausalität bei Unterlassen ist gleichzeitig die Prüfung des rechtmäßigen Alternativverhaltens.³²⁵

Die Prüfung der Kausalität beschränkt sich auf die Verursachung. Ob das Verhalten oder die Unterlassung pflichtwidrig waren, ist erst auf der Rechtswidrigkeitsebene zu prüfen. Nach der herrschenden Äquivalenztheorie sind für den Schadenseintritt alle Bedingungen als gleichwertig zu erachten.^{326, 327} Die Schadensverursachung muss aber nicht kausal für sämtliche vom Geschädigten erlittene Schäden gewesen sein. Es genügt, wenn es sich auf den ersten Schaden, nicht aber auf Folgeschäden bezieht. Das schädigende Ereignis muss auch nicht alleine ursächlich gewesen sein. Bei der Kausalitätsprüfung zeigt sich oftmals, dass in vielen Fällen der Schaden nicht allein durch das fehlerhafte Verhalten des Beraters, sondern auch durch andere Umstände

³²¹ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 7; *Fasching*, JBL 1981, 225.

³²² So entfällt etwa die Kausalität, wenn ein Architekt seine Warnpflichten verletzt, indem er nicht auf Umstände hinweist die eine erhebliche Überschreitung der Kosten bewirken könnten, der Bauherr aber auch in Kenntnis der wahren Kosten in derselben Weise gebaut hätte. Die Beweislast hierfür trägt der Bauherr (RIS-Justiz RS0116632 – OGH 26.01.2010, 9 Ob 98/09s). An der Kausalität mangelt es nach *Fenzl* bei einem Rechtsanwalt schon dann, wenn das Gericht unerwartet eine neue Rechtsansicht aufstellt oder einer veralteten Rechtsmeinung wieder beitrifft. Jedenfalls mangelt es nach seiner Meinung an Kausalität, wenn eine Berufung unterblieben ist, eine fehlerhafte Berufung, aber wahrscheinlich keinen Erfolg gehabt hätte. *Fenzl*, ÖJZ 1951, 397.

³²³ OGH 30.11.1983, 1 Ob 785/83.

³²⁴ RIS-Justiz RS0022900 (OGH 19.02.2016, 8 Ob 98/15t).

³²⁵ *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 262.

³²⁶ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 287.

³²⁷ OGH 10.06.2008, 1 Ob 233/07g.

verursacht wurde. Zur Kausalkette gehören aber keine Ereignisse, die zum Ablauf der Geschehnisse nur unwesentlich oder überhaupt nicht beigetragen haben.

„Rat und Auskunft können nur dann Schaden stiften, wenn darauf vertraut und danach gehandelt wird.“ Zwischen Rat und Schaden liegt aber idR der Wille des Geschädigten als sog *„Zwischenursache“*.³²⁸ *„Aufgrund der Zwangsläufigkeit des Folgeschadens tritt nämlich die stets zu dem Mangel hinzutretende, den Schaden erst auslösende Entscheidung des Klienten in den Hintergrund.“*³²⁹ Daraus ergibt sich unmittelbar die Frage inwieweit der Beratene die Folgen dieser selbst getroffenen Entscheidung dennoch auf den Unternehmensberater abwälzen kann. Üblicherweise ist der Kausalzusammenhang dann unterbrochen, wenn ein Dritter in die Kausalkette eingreift.

Für den Fall der Beraterhaftung wird aber angenommen, dass der Kausalitätsverlauf nicht schon durch die Tatsache durchbrochen wird, dass die Entscheidung letztlich durch den Unternehmer und nicht den Berater getroffen und umgesetzt wird.³³⁰

Der Unternehmensberater weist ggü dem Klienten häufig ein „überlegenes Managementwissen“ auf. Es wird argumentiert, dass dieses überlegene Wissen ausreicht, um die Kausalitätskette einer Falsch- oder Schlechtberatung nicht zu unterbrechen, obwohl die Geschäftsleitung des beratenen Unternehmens die jeweils vorgeschlagenen Maßnahmen umsetzt und nicht der Berater selbst. Voraussetzung ist, dass der Unternehmensberater die Maßnahme *„empfohlen, veranlasst oder zumindest maßgeblich beeinflusst hat“*.³³¹ Die Selbstverantwortung des Mitteilungsempfängers ist allerdings nicht zu vernachlässigen und muss im Zuge der Mitverschuldensprüfung untersucht werden.³³²

³²⁸ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 14.

³²⁹ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 91.

³³⁰ So wird auch in Fällen der Arzthaftung die Kausalität nicht dadurch unterbrochen, dass der Patient die Schädigungshandlung, in Form des Einnehmens von Medikamenten, selbst vornimmt.

³³¹ Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

³³² Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 93.

Der OGH hat zur Kausalität iZm der Haftung von Beratern in seiner E vom 10.6.2008³³³ abgesprochen. In diesem Fall ging es um die steuerliche Beratung iZm mit dem Erwerb eines Grundstückes.³³⁴ Die beratene Gesellschaft klagte den Steuerberater auf Schadenersatz wegen Falschberatung und brachte vor, dass bei korrekter Beratung der Kauf rechtlich so abgewickelt worden wäre, dass es zu keinem doppelten Anfall von Grunderwerbsteuer gekommen wäre. Der OGH wies die Klage allerdings mit einer in der Kausalität liegenden Begründung ab. Er stellte fest, dass auch eine korrekte Beratung die Gesellschaft nicht davon hätte befreien können doppelt Grunderwerbsteuer zu entrichten, da eine Rückerstattung nicht möglich sei. In einem hypothetischen Verfahrensverlauf wäre der Partei die zweimalige Entrichtung der Grunderwerbsteuer somit nicht erspart geblieben.³³⁵

III.2.b.3. Grenzen der Kausalität

„Prinzipiell hat der Unternehmensberater jeden Schaden zu ersetzen für den seinen Handlungen conditio sine qua non und adäquat-kausal waren. Seine Ersatzpflicht ist jedoch begrenzt durch den Schutzzumfang des Beratungsvertrags.“³³⁶

Nach der L vom Schutzzweck der Norm, sind dem Unternehmensberater nur diejenigen Schäden zuzurechnen, die aus dem Bereich der Gefahren stammen, zu deren Abwendung die Beratung in Anspruch genommen wurde. Allgemeine Risiken der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung des beratenen Unternehmens sind also nicht mit umfasst. In den Schutzbereich des Beratungsvertrags fallen also Auswirkungen der Umsetzung jener Ideen, die direkt auf die Beratungsleistung zurückzuführen sind. Dabei wird darauf abgestellt ob die jeweiligen Ideen oder Strategien im Zeitpunkt des Beratervorschlags untauglich oder ungeeignet waren. Die Grenzziehung fällt nicht

³³³ OGH 10.06.2008, 1 Ob 233/07g.

³³⁴ „Die Klägerin erwarb von einer KG eine Liegenschaft um 14,3 Mio S und entrichtete idZ die Grunderwerbssteuer in Höhe von 500.500 S (36.372,75 EUR). Die Gesellschafter der Klägerin gründeten in der Folge eine weitere GmbH (in der Folge: Vermietungs-GmbH). Der Kaufvertrag zwischen der Klägerin und der KG wurde einvernehmlich aufgehoben und am selben Tag ein Kaufvertrag zwischen der KG und der Vermietungs-GmbH über dieselbe Liegenschaft abgeschlossen. Die Vermietungs-GmbH führte die Grunderwerbssteuer in Höhe von 36.372,75 EUR an das Finanzamt ab, und aufgrund des Aufhebungsvertrags wurde für die Klägerin gem § 17 GrEStG der Antrag auf Rückerstattung der Grunderwerbssteuer gestellt. Diesen Antrag wies das zuständige Finanzamt mit Bescheid vom 21. 03. 2001 ab, da die durch den Erwerb begründete Verfügungsmacht weiterhin beim Erwerber verblieben sei und der Verkäufer seine ursprüngliche (freie) Rechtsstellung nicht wieder erlangt habe.“ OGH 10.06.2008, 1 Ob 233/07g.

³³⁵ Schauer, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 261.

³³⁶ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 95.

immer leicht. Entscheidend ist es „auf den Beratungszweck abzustellen, wie er sich aus der Leistungsbeschreibung ergibt“³³⁷.

Die Grenze der Haftung nach der Äquivalenztheorie ist erreicht, wenn für den Berater die Folgen seines Verhaltens nicht vorhersehbar waren und außerhalb jeder Lebenserfahrung liegen.³³⁸ In einem solchen Fall spricht man von mangelnder Adäquanz. Das Verhalten ist zwar kausal, steht aber zu dem Schaden in keinem adäquaten Verhältnis. Adäquanz liegt vor, wenn „das Schadensereignis die objektive Möglichkeit eines Erfolgs von der Art des eingetreten generell in nicht unerheblicher Weise erhöht.“ Die Handlung oder Unterlassung muss also im Allgemeinen und nicht nur unter „besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen und deshalb nach dem regelmäßigen Verlauf der Dinge außer Betracht zu lassenden Umständen zur Herbeiführung des eingetretenen Erfolgs (Schadens) geeignet sein“.³³⁹ Die konkrete Vorhersehbarkeit des Schadens durch den Schädiger ist zwar nicht verlangt, ganz ungewöhnliche Ursachenketten sollen damit aber ausgeschlossen werden.³⁴⁰ Der Adäquanzzusammenhang muss sich dabei nicht nur auf den ersten Schaden, sondern auch auf Folgeschäden beziehen. Weicht die Realwirtschaft von einem Planverhalten ab und war das nicht vorherzusehen, wird man auch bei Vorliegen von Verschulden keine adäquate Kausalität zwischen dem Verhalten des Beraters und den wirtschaftlichen Folgen für das Unternehmen begründen können.³⁴¹ Beispiel hierfür, wäre etwa der Fall, in dem ein Unternehmensberater vorschlägt in einen neuen Markt zu expandieren, der in weiterer Folge überraschend vom Ausbruch eines Krieges betroffen ist. Obwohl die vom Unternehmensberater empfohlene Expansion in diesen Markt bewirkt hat, dass das Unternehmen Verluste macht, kommt es nach der Adäquanztheorie nicht zu einer Haftung. Auch die fristlose Kündigung eines leitenden Mitarbeiters aufgrund der negativen wirtschaftlichen Entwicklung im Unternehmen, die kausal von einem Berater verursacht wurde, liegt wohl eher nicht im Adäquanzbereich der Beratung. Große zeitliche Abstände können, müssen den Adäquanzzusammenhang aber nicht

³³⁷ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 96.

³³⁸ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ 287.

³³⁹ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 57.

³⁴⁰ Dabei wird auf die „allgemeine Lebenserfahrung“ bzw die „Erkennbarkeit für vernünftige Menschen“ abgestellt Kodek in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1295 Rz 14 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³⁴¹ So wie beim Anwalt im Fall der Vertragserrichtung kann man davon ausgehen, dass auch den Unternehmensberater keine Ersatzpflicht trifft, wenn der Schaden durch einen „abnormen Verlauf“ eingetreten ist, den er nicht vorhergesehen hat. Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 57.

unterbrechen. Der Haftungsumfang bezieht sich auf den nach dem gewöhnlichen Ablauf der Dinge entstehenden Schaden. Ist ein Schaden durch einen abnormen Verlauf eingetreten, ist es kein Fehler des Beratenden, wenn er diesen nicht vorausgesehen hat.³⁴² Weitere Beschränkungen der Haftung können sich aus dem Rechtswidrigkeitszusammenhang³⁴³ und dem Prinzip des rechtmäßigen Alternativverhaltens³⁴⁴ ergeben.

III.2.b.4. Prozessuales/Beweislast

Den Geschädigten trifft nach der hM³⁴⁵ die volle Beweislast für den Kausalzusammenhang zwischen vertragswidrigem Verhalten und dem eingetretenen Schaden. Der Nachweis, dass zwischen einem schuldhaften Verhalten und dem eingetretenen Schaden ein ursächlicher Zusammenhang besteht, ist von der in § 1298 ABGB statuierten Beweislastumkehr nicht betroffen.³⁴⁶ Anders als bei der Rechtswidrigkeit und dem Verschulden ist die Nichtanwendbarkeit der Bestimmung des § 1298 ABGB idZ auch nicht umstritten.³⁴⁷ Der Geschädigte hat zu beweisen, dass ein pflichtwidriges Verhalten des Schädigers einen Schaden verursacht hat.³⁴⁸ Ein bloß gedachtes, real aber nicht eingetretenes Ereignis ist aber nie mit Sicherheit feststellbar. Insb die Feststellung der Ursächlichkeit von Unterlassungen in Schadenersatzprozessen beruht sehr stark

³⁴² Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 57.

³⁴³ Die missachtete Verhaltensordnung muss gerade Schäden wie den eingetretenen verhindern sollen (Schutzzweck der Norm), Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Rechtswidrigkeitszusammenhang. Bei der Adäquanz wird die Gefährlichkeit eines konkreten Verhaltens hinsichtlich eines bestimmten Schadens ex ante beurteilt. Bei der Normzweckprüfung wird generell-abstrakt darauf abgestellt welche Schäden die Vorschrift verhindern wollte. Kodek in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1295 Rz 14 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³⁴⁴ Die Haftung entfällt, wenn bei einem rechtmäßigen Verhalten der Schaden genauso eingetreten wäre. Es kann also, bei einem aktiven Tun, der Zustand eintreten, in dem ein Handeln zwar kausal war, aber letztendlich nicht ursächlich, weil der Erfolg ohnehin eingetreten wäre. Kodek in Kletečka/Schauer^{1.02} § 1295 Rz 9 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³⁴⁵ Schacherreiter in Kletečka/Schauer^{1.03}, § 1311 Rz 49 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

³⁴⁶ Kodek in Kletečka/Schauer^{1.02}, § 1298 ABGB Rz 1 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³⁴⁷ Lukas, JBL 1994, 62.

³⁴⁸ Der OGH beurteilte die Verteilung der Beweislast entgegen der hL in seiner E OGH 03.11.1966, 5 Ob 318/66 anders. Ein Anwalt war beauftragt für seinen Mandanten Forderungen einzutreiben. Er erhob Klage und erlangte ein Versäumungsurteil, unterließ es aber trotz mehrmaliger Aufforderung des Mandanten Exekution zu führen. Der Schuldner verstarb in der Folge überschuldet, die Forderung haftete zur Gänze unberechtigt aus. Im Schadenersatzprozess, in dem der Mandant Ersatz für die nicht einbringbare Forderung verlangte, lies das Höchstgericht den Einwand des Anwalts, dass kein Schaden vorliege, weil die Forderung ohnehin nicht einbringlich gewesen sei, nicht gelten. Er sprach hingegen aus, dass „es Sache des Beklagten gewesen sei, die Ursächlichkeit seines pflichtwidrigen Verhaltens an der Nichteinbringung der Forderung des Klägers zu widerlegen und sich dadurch zu entlasten“. Diesen Beweis konnte der beklagte Anwalt nicht erbringen.

auf Hypothesen. Die Rechtsordnung begnügt sich deshalb in solchen Fällen damit, dass ein Ereignis „unter Bedachtnahme auf die Wahrscheinlichkeit des Tatsachenzusammenhangs [...] mit überwiegender Wahrscheinlichkeit“ eingetreten wäre. Es müssen „überwiegende Gründe dafür vorliegen, dass der Schaden durch den in Anspruch Genommenen verursacht wurde“. Gelingt dem Geschädigten „dieser erste Tatsachenbeweis“, so steht es dem Schädiger zu, einen anderen Tatsachenzusammenhang nachzuweisen.³⁴⁹ Dem Geschädigten kann allerdings der Anscheinsbeweis zu Gute kommen.³⁵⁰ Dies wird vielfach auch von der L anerkannt.³⁵¹ Auch bei erwiesenem Verschulden, trifft den Geschädigten immer noch die Beweislast für den Kausalzusammenhang.³⁵²

Die Art der geschuldeten Leistung wirkt sich regelmäßig auf den Schwierigkeitsgrad des Schadensnachweises aus. Während bei einer Spezialberatung, aufgrund der thematischen Fokussierung der Beratung, die Nachweisbarkeit idR einfacher ausfällt, kann die Schadensfeststellung bei einer Ganzheitsberatung eine große Herausforderung darstellen, nachdem häufig das gesamte Unternehmen bzw eine Untersuchung über einen längeren Zeitraum von der Beratungsleistung betroffen sind. Im Fall der Vermittlung einer falschen Verhandlungstechnik durch einen Kommunikationstrainer würde es für den Geschädigten bspw eine Herausforderung darstellen, nachzuweisen, dass der Abbruch einer Verhandlung durch die Gegenseite einzig auf die fehlerhaft erlernte Verhandlungstechnik zurückzuführen ist. Der Kläger müsste beweisen, dass der Abbruch der Verhandlungen nur durch das fehlerhafte Coaching verursacht wurde. In einem solchen Fall ist aber schon der Nachweis des Schadens dem Grunde nach so gut wie unmöglich. Je weniger nachprüfbar das Fachgebiet ist, in dem die Beratung erfolgt, desto unwahrscheinlicher ist ein Obsiegen im Haftungsprozess. Dies gilt in weiten Bereichen für die sog „Soft-Skill“ Beratung.

³⁴⁹ Graf, Anwaltshaftung 145.

³⁵⁰ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 8; „Beim Anscheinsbeweis oder Prima-facie-Beweis werden Erfahrungssätze herangezogen, um auf wesentliche tatbestandsrelevante Tatsachen, die direkt nicht erwiesen werden können, zu schließen [...]. Der Anscheinsbeweis ist kein besonderes Rechtsinstitut, sondern „konsequent praktizierte (freie) Beweiswürdigung“; er entspringt richterlicher Rechtsfortbildung zur Bewältigung von Beweisnotständen (vor allem) in Schadenersatzprozessen. Steht ein typischer Geschehensablauf fest, der nach der Lebenserfahrung auf einem bestimmten Kausalzusammenhang oder ein Verschulden hinweist, gelten diese Tatbestandsvoraussetzungen auch im Einzelfall aufgrund ersten Anscheins als erwiesen.“ Kodek in Kletečka/Schauer^{1.02}, § 1296 Rz 4 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³⁵¹ Kodek in Kletečka/Schauer, § 1296 ABGB Rz 4 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

³⁵² OGH 30.11.1983, 1 Ob 785/83 mwN.

III.2.c. Rechtswidrigkeit

III.2.c.1. Allgemeines

Liegt ein Vertrag zwischen Unternehmensberater und Klient vor und wurde ein Schaden kausal und adäquat vom Berater verursacht, ist im nächsten Schritt festzustellen, ob dieser auf eine rechtswidrige Handlung des Beraters zurückzuführen ist.

§ 1294 ABGB bestimmt als eine der Grundvoraussetzungen für Schadenersatz, dass der Schaden „aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eines Anderen entspringt“. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus dem Zuwiderhandeln entweder gegen gesetzliche, vertragliche oder vorvertragliche Pflichten. Das ABGB unterscheidet in § 1295 ABGB zwischen Schäden, die „durch Übertretung einer Vertragspflicht oder ohne Beziehung auf einen Vertrag“ herbeigeführt wurden.³⁵³ Das schadenstiftende Verhalten kann dabei gleichermaßen in einem aktiven Tun wie in einem Unterlassen liegen, sofern diese Verhaltensweisen gesetzlich oder vertraglich begründet sind.³⁵⁴ Zufall alleine begründet nach §§ 1305, 1306 ABGB keine Ersatzpflicht.³⁵⁵

Nach der in Österreich hL vom Verhaltensunrecht besteht die haftungsbegründende Rechtswidrigkeit in der Verletzung des Gebots zur „Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt“.^{356,357} Dh: jede Schadenszufügung die gegen ein Gebot oder Verbot aus Gesetz oder Vertrag verstößt ist rechtswidrig, es sei denn, sie ist durch einen Rechtfertigungsgrund gedeckt.³⁵⁸ Die für den Unternehmensberater gebotene Sorgfalt ist anhand der Bestimmung des § 1299 ABGB zu

³⁵³ Während im Hauptteil der Arbeit aufgrund der größten praktischen Relevanz, nur die vertraglichen Pflichten behandelt werden, wird im Kapitel V. „Exkurs: Die außervertragliche Haftung“.

³⁵⁴ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39 mwN; Reischauer in Rummel³ § 1294 Rz 3 mwN. Ein StB kann etwa schon wegen verspäteter Stellung eines Konkursantrags auf Grund von Überschuldung aus positiver Vertragshaftung schadenersatzpflichtig werden; BGH, 18.02.1987 – IVa ZR 232/8518.

³⁵⁵ § 1294 ABGB unterscheidet zwischen widerrechtlichem Verhalten und Zufall und nimmt nur für das widerrechtliche Verhalten die weitere Unterteilung in vorsätzliche und fahrlässige Beschädigung vor. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 5/2.

³⁵⁶ Kodek in Kletečka/Schauer § 1294 Rz 21 (Stand Februar 2014, rdb.at).

³⁵⁷ Im Gegensatz dazu ist in Deutschland die Erfolgsunrechtslehre vorherrschend, nach der die Rechtswidrigkeitsbeurteilung vom Handlungserfolg ausgeht. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 4/3.

³⁵⁸ Für den Beratungsbereich spielen Rechtfertigungsgründe allerdings in der Praxis kaum eine Rolle. Quiring, Die rechtliche Absicherung der Unternehmensberatung² 78; Zu den Rechtfertigungsgründen zählen Notwehr, rechtfertigender Notstand, Selbsthilfe, Einwilligung des Verletzten, Geschäftsführung ohne Auftrag im Notfall, gesetzliche Ermächtigung und behördliche Genehmigung, Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Rechtfertigungsgrund.

messen, der einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab für Sachverständige festlegt. Die rechtswidrige Verletzung von Vertragspflichten und das Verschulden am Maßstab des § 1299 laufen somit beim Sachverständigen sehr parallel.

Fokus dieser Arbeit sind durch den Berater aufgrund von Vertragsverletzungen veranlasste Rechtswidrigkeiten. Die Verletzung von vorvertraglichen und gesetzlichen Pflichten, sowie die Ersatzpflicht wegen Nichterfüllung bleiben weitgehend außer Betracht, weil sie kaum Sonderfragen iZm der Unternehmensberatung aufwerfen. Weitaus interessanter und von höherer praktischer Relevanz ist die Haftung aus Vertrag wegen mangelhafter Leistung vertraglich übernommener Verpflichtungen – also für fehlerhaften Rat oder fehlerhafte Auskunft.

Im Folgenden wird zunächst auf die Pflichten des Unternehmensberaters aus Vertrag eingegangen. Dabei wird zunächst anhand von ausgewählten Beratungsthemen eine Übersicht über typischerweise vom Berater geschuldete vertragliche Hauptleistungspflichten gegeben und dann auf die den meisten Beratungsverhältnissen zu Grunde liegenden Nebenleistungspflichten eingegangen. Danach wird der erhöhte Sorgfaltsmaßstab des Beraters als Sachverständiger nach § 1299 ABGB erörtert, zu dem er von Gesetzes wegen verpflichtet ist. Zuletzt wird die Entscheidung des OGH 4 Ob 265/99w in Bezug auf das Thema der Rechtswidrigkeit beleuchtet, indem auf die einzelnen Klagepunkte und die jeweilige Argumentationslinie des OGH dazu eingegangen wird.

III.2.c.2. Vertragliche Pflichten und ihre Verletzung

III.2.c.2.a. Allgemeines

Um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens eines Unternehmensberaters festzustellen, muss zuerst der Unternehmensberatungsvertrag eingehend untersucht werden. *„An der Spitze jeder Feststellung von Schlechterfüllung oder haftungsbegründender Pflichtverletzung, hat zunächst eine möglichst exakte Festlegung der geschuldeten Pflichten zu stehen.“*³⁵⁹ Für die Ermittlung des konkreten Vertragsinhalts in Bezug auf haftungsrelevante Pflichten ist einerseits der Beratungsauftrag, andererseits der qualitative und quantitative Beratungsumfang maßgeblich.³⁶⁰ Die exakte Feststellung der geschuldeten Leistungspflichten stellt häufig eine Herausforderung dar, da Verträge, insb auch Unternehmensberatungsverträge, Leistungen meist nur rudimentär,

³⁵⁹ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (*Staudegger*) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

³⁶⁰ *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 264.

also nicht als individuell detaillierte Leistungsbeschreibungen, festhalten. Es kommt auf die konkrete Vereinbarung an, welche idR sowohl vertragliche Haupt- als auch Nebenleistungspflichten beinhaltet, deren Missachtung gleichermaßen schadenersatzrechtlich sanktioniert ist. Wurden diese festgestellt ist ihr Verhältnis zu einander zu klären. Nicht im konkreten Vertrag geregelte Pflichten sind im Wege der Auslegung zu ergänzen.³⁶¹ Erst dann kann die Pflichtverletzung selbst und ihr Umfang festgestellt werden. „*Erst wenn der genaue Auftragsumfang feststeht, kann beurteilt werden, ob die Ergebnisse der Beratungstätigkeit des Beklagten vollständig und richtig, seine Leistung daher insgesamt mängelfrei war, oder ob der behauptete Leistungsmangel einen Folgeschaden im Vermögen des Klägers nach sich gezogen hat.*“³⁶² Die Ermittlung einer Pflichtverletzung kann eine schwierige Einzelfallentscheidung sein, weil empirische Verfahren zur Feststellung von Qualitätsmängeln nur in seltenen Fällen zur Verfügung stehen. Entscheidend für die Beurteilung des Vorliegens eines Fehlers ist, ob die „*im Vertrag vereinbarte oder vorausgesetzte Soll-Beschaffenheit von der Ist-Beschaffenheit negativ abweicht.*“³⁶³ Kann die Soll-Beschaffenheit nicht mehr ermittelt werden, kommt als Maßstab die Tauglichkeit zum gewöhnlichen Gebrauch in Betracht.

III.2.c.2.b. Hauptleistungspflichten

Die vertragliche Hauptpflicht stellt den Kern der Leistung des Unternehmensberaters dar. Sie liegt in der Erbringung der Tätigkeit, auf die das Vertragsverhältnis abzielt. Je nachdem ob dem Vertragsverhältnis ein freier Dienst- oder Werkvertrag zugrunde liegt ist entweder die bloße Geistestätigkeit des Unternehmensberaters oder das Erbringen eines konkreten Erfolgs geschuldet.³⁶⁴ Im Fall der Sorgfaltsverbindlichkeit haftet der Berater, wie schon ausgeführt, lediglich für die Sorgfalt in der Erarbeitung seiner Beratungsleistung, im Falle der Erfolgsverbindlichkeit für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Rechtzeitigkeit derselben. Die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung besteht hpts in der Nachweisbarkeit der Rechtswidrigkeit. Bei Sorgfaltsverbindlichkeiten hat der Geschädigte die konkrete Pflichtverletzung zu beweisen, während bei Erfolgsverbindlichkeiten nur der Nachweis für Nicht-

³⁶¹ Dafür stehen als Rechtsquellen ua dispositives Recht, Handelsbrauch, Gewohnheitsrecht und der Parteiwille zur Verfügung.

³⁶² OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

³⁶³ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 75.

³⁶⁴ Zur Unterscheidung von Erfolgs- und Sorgfaltsverbindlichkeiten mehr im Kapitel II.4.b. „Grundverträge des ABGB“.

oder Schlechterfüllung erbracht werden muss.³⁶⁵ Nachdem die konkrete Pflichtverletzung in der Sphäre des Schädigers liegt, ist der Nachweis für den Geschädigten regelmäßig schwer zu erbringen. Nicht- oder Schlechterfüllung sind hingegen leichter objektivierbar.

Dem Verstoß gegen vertragliche Hauptleistungspflichten kommt die praktisch größte Bedeutung iZm der Rechtswidrigkeit zu. Primäre Hauptleistungspflichten beim Unternehmensberatungsvertrag sind idR die Erhebung von Beratungsgrundlagen, Darstellung von daraus abgeleiteten Erkenntnissen und die Ableitung von darauf basierenden Schlussfolgerungen.³⁶⁶ Die Beratung muss im Zeitpunkt ihrer Erteilung vollständig, sachlich richtig und so gestaltet sein, dass Schäden für den Klienten mit hoher Wahrscheinlichkeit vermieden werden.³⁶⁷

Der Unternehmensberater erbringt eine mangelhafte Leistung und handelt damit rechtswidrig, wenn er einen sachlich unrichtigen Rat oder eine unrichtige Auskunft erteilt. Bei den Erfüllungsmängeln ist zwischen umfänglicher und inhaltlicher Schlechterfüllung zu unterscheiden. Während eine umfängliche Schlechterfüllung nur zu Gewährleistungsansprüchen berechtigt, kann eine inhaltliche Schlechterfüllung auch schadenersatzrechtliche Folgen nach sich ziehen. Sie liegt dann vor, wenn die Beratungsleistung entweder unrichtig oder irreführend ist. Bei einem Vertrag zur Erstellung eines Gutachtens etwa kann von inhaltlicher Schlechterfüllung ausgegangen werden, *„wenn der Gutachter es unterlässt im zumutbaren Umfang alle Umstände und Gegebenheiten zu überprüfen, von denen er nach Maßgabe seiner Sorgfaltspflicht annehmen muss, dass sie für die Erfüllung des Auftrags wesentlich und zur Beantwortung der gestellten Frage erforderlich sind.“*³⁶⁸ Überprüft der Gutachter nicht sämtliche Umstände, ist das Gutachten inhaltlich unvollständig. Innerhalb der Grenzen seiner Sorgfaltspflicht haftet er dem Besteller für solche Schäden, die dieser im Vertrauen auf die Vollständigkeit erleidet. Die Folge einer Schlecht- oder Falschberatung ist, dass die Leistung entweder nicht vollständig ist, weil vertraglich

³⁶⁵ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/197. Mehr zu den Leistungspflichten aus Werk- und Dienstvertrag im Kapitel II.4.b „Grundverträge des ABGB“.

³⁶⁶ Beim Rechtsanwalt kann die Hauptaufgabe in der Vertragsserrichtung, genauso wie in einer Verhandlungsführung bestehen. Ist er mit einer Vertragsserrichtung betraut, muss er eine *„einwandfreie Vertragsurkunde herstellen und ihr den Inhalt geben, der dem Willen der Beteiligten und dem Zweck der Urkunde entspricht“*; Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 26.

³⁶⁷ Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

³⁶⁸ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/168.

zugesicherte Eigenschaften der Beratungsleistung fehlen, oder sie im Moment ihrer Erbringung faktisch unrichtig und damit untauglich ist. Die Ursachen dafür können unterschiedlich sein, liegen jedoch idR darin, dass der Unternehmensberater entweder nicht über die allgemein von ihm erwarteten Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt oder diese falsch bzw fehlerhaft einsetzt. Dies äußert sich dann darin, dass zB Empfehlungen nicht angemessen vorbereitet sind, sich die Beratung nicht an die Grenzen der gesicherten Erkenntnisse und bewährten Methoden unternehmerischen Handelns hält, keine angemessene Kontrolle ausgeübt worden ist oder der Berater sein Wissen unzureichend vermittelt. An die Kenntnisse des Beraters in der Umsetzung von allgemein anerkannten Methoden ist dabei ein hoher Anspruch zu stellen. Zum „Expertenwissen“ gehört es über die gängigen Methoden der Unternehmensberatung Bescheid zu wissen. Der Berater wird idR gerade mit dem Ziel beauftragt moderne Managementmethoden in das beratene Unternehmen einzuführen. Man wird also von ihm eine umfassende Kenntnis des aktuellen Standes der Wirtschaftswissenschaften, eine Kenntnis anerkannter Methoden und Verfahrensabläufe und eine Anwendung derer auf den konkreten Einzelfall verlangen können.³⁶⁹

So wie einen Rechtsanwalt die Pflicht trifft, sich bzgl Judikatur und Literatur auf dem neuesten Stand zu halten, oder den Arzt die Pflicht „nach Maßgabe der ärztlichen Wissenschaft und Erfahrung“ vorzugehen, kommt dem Unternehmensberater die Pflicht zu, betriebs- und volkswirtschaftliche Grundkonzepte und Zusammenhänge verstanden zu haben und anzuwenden. Dabei hat er in der praktischen Arbeit natürlich nicht sklavisch erlernten Konzepten zu folgen, sondern soll vielmehr seine Erfahrung und Kreativität mit einfließen lassen um bestmögliche Lösungsvorschläge für den Beratenen zu entwickeln.

Ein Berater kann aber immer nur verpflichtet sein, sein Expertenwissen zur Problemerkennung und Problemlösung einzusetzen. Zwar kann ihn ein Unternehmerrisiko treffen, wenn er bspw nach Werkvertragsrecht für die Erstellung der Ausführungsunterlagen eines Projekts haftet, es trifft ihn aber keinesfalls eine Erfolgshaftung für die wirtschaftlichen Folgen der Umsetzung des Beratungsergebnisses.³⁷⁰ Er ist nicht für die Realisierung, sondern immer nur für die theoretische und praktische Eignung seiner zu diesem Zweck erbrachten Leistung verantwortlich. Nicht zu den Leistungspflichten des Unternehmensberaters gehört es auch, seinen Klienten in irgendeiner

³⁶⁹ Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

³⁷⁰ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

Weise zu einer Handlung zu bestimmen.³⁷¹ Der Unternehmensberater haftet nur für die sachliche Richtigkeit seines Ratschlags im Moment der Raterteilung. Bleibt seine Beratung auf Grund von außerhalb seines Auftrags liegenden „Interna“ oder im System des Beratenen liegender Faktoren, wie etwa der Firmenkultur oder gewachsener Strukturen, erfolglos, so ist ihm ein dadurch bewirkter Misserfolg nicht zuzurechnen. Seine Pflicht ist es lediglich über „Externa“, wie den Gesamtmarkt und den Wettbewerb, Wissen zu vermitteln. Sieht er die unternehmensinterne Situation als problematisch, kommt ihm darüber aber im Zuge seiner Nebenleistungspflichten eine Warnpflicht zu.³⁷²

In dieselbe Richtung gehen die Überlegungen *Hirtes*.³⁷³ Er unterscheidet idZ bei der Haftung für komplexe Dienstleistungen zwischen dem „*Verantwortungsbereich des Leistungsschuldners*“ und dem „*Verwendungsrisiko des Abnehmers*“: Durch eine Zerlegung der geschuldeten Dienstleistungen in Einzelelemente treten an die Stelle eines schwer zu definierenden Endzwecks – wie beim Arzt etwa die „*Gesundung des Patienten*“ oder beim Rechtsanwalt der „*Erfolg im Rechtsstreit*“ – klar fassbare und damit nachprüfbare Einzelleistungen. Bleibt die Summe dieser Einzelleistungen hinter dem Gesamtziel zurück, so beschreibt dieses Defizit das vom Abnehmer zu tragende Verwendungsrisiko, das nicht in den Verantwortungsbereich des Leistungsschuldners fällt. Der Beratene kann sich, selbst bei falscher Beratung, nicht der Verantwortung für die von ihm selbst getroffenen Entscheidungen entledigen. Ihn trifft immer das Verwendungsrisiko des sog „*Leistungslochs*“.³⁷⁴

Hauptleistungspflichten aus Unternehmensberatungsverträgen können sehr vielfältig sein. Es ist daher nicht möglich über das bereits Gesagte hinausgehend pauschale Aussagen zu treffen. Anhand der für die Praxis der Unternehmensberater bedeutendsten Auftragsstypen Strategie- und Managementberatung, Sanierungsberatung und Due Diligence Beratung sollen deshalb die für

³⁷¹ Auch ein Anwalt ist „nicht verhalten seinen Klienten zu irgendeiner Handlungsweise zu bestimmen“. Der Klient darf den Unternehmensberater für seine Entschlüsse nur dann haftbar machen, wenn sie auf einer falschen oder sogar unterlassenen Belehrung beruhen. Unter Rechtsbelehrung ist eine „Aufklärung über die allgemein rechtliche Bedeutung des Gesetzes, über die gesetzlichen Folgen und Erfordernisse, die Voraussetzung zur Erreichung des rechtsgeschäftlichen Erfolgs sowie die Form, welche das Gesetz verlangt“ zu verstehen. Fenzl, ÖJZ 1951, 397.

³⁷² Mehr dazu im Kapitel III.2.c.3.c. „Nebenleistungspflichten“.

³⁷³ *Hirte*, Berufshaftung 357.

³⁷⁴ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (*Staudegger*) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

den jeweiligen Vertragstyp charakteristischen Hauptleistungspflichten und häufig vorkommende Pflichtverletzungen erläutert werden.

III.2.c.2.b.1. Pflichten und mögliche Pflichtverletzungen bei der Strategie- und Managementberatung

Die Strategie- und Managementberatung stellt thematisch den Kernbereich von Beratungsleistungen dar. Sie macht nicht nur zahlenmäßig einen großen Teil der Unternehmensberatungsaufträge aus, sondern nimmt auch für den Klienten einen hohen Stellenwert ein. Die Aufgabenstellungen in diesem Feld sind besonders vielfältig und die Brisanz und Aktualität von Themen so hoch wie in keinem anderen Bereich. *„Als Spezialgebiet der klassischen Unternehmensberatung beinhaltet die Strategieberatung die Unterstützung eines Unternehmens oder einer Organisation bei der Behandlung strategischer Fragestellungen. Diese betreffen die Überprüfung, Weiterentwicklung oder Neuentwicklung von Zielrichtungen, Konzepten und Maßnahmen einschließlich der Gestaltung gesamthafter Geschäftsmodelle.“*³⁷⁵

Vertraglich ist Strategie- und Managementberatung zumeist als freier Dienstvertrag oder Typenkombinationsvertrag vereinbart. Der Werkvertrag eignet sich für diesen Vertragstyp weniger, da nur selten ein klar definiertes, abgeschlossenes Werk geschuldet ist.

Anlass von Strategie- und Managementberatungen ist häufig das Bedürfnis der Führungspersonlichkeiten in einem Unternehmen eine unvoreingenommene Perspektive für dessen Weiterentwicklung zu gewinnen. Zu den häufigsten Aufgabenstellungen gehört es:

- Bestehende Strategien zu überprüfen
- Vorhandene Strategien weiterzuentwickeln/anzupassen
- Neue Strategien zu entwickeln

Die strategischen Aufgaben unterscheiden sich jedoch inhaltlich sehr stark, je nach Größe und Art des Unternehmens und der den Auftrag erteilenden Unternehmensebene. Während auf der obersten Unternehmensebene Themen wie die Formulierung der Grundwerte des Unternehmens oder die Festlegung gesamthafter mittel- bis längerfristiger Unternehmensziele im Blickpunkt

³⁷⁵ Springer Gabler Verlag, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Strategieberatung, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17888/strategieberatung-v9.html> (Stand 2015).

stehen, geht es auf der Geschäftsebene eher um Fragestellungen, die sich auf die Ausrichtung jeweils einer Geschäftseinheit oder eines Marktsegments beziehen.

Die Strategie- und Managementberatung folgt grds dem allgemeinen Muster der Unternehmensberatung. Den Berater trifft die Pflicht, die an ihn gestellten Aufgabenstellungen zu verstehen, die dazu passenden Analysen auszuwählen, ihre Ergebnisse zu interpretieren und schließlich Empfehlungen zu verschiedenen Handlungsoptionen abzugeben. Teilweise wird in der Folge noch die Umsetzung im Unternehmen vorbereitet oder sogar die Implementierung angeleitet oder unterstützt, all dies im Zusammenwirken mit dem beratenen Klienten. Strategieberatung ist immer auf die Zukunft gerichtet. Als Grundlage dienen Erwartungen des Klienten betreffend das Umfeld, in dem das Unternehmen operiert, und Zielsetzungen für das Unternehmen. Oftmals ist es Aufgabe des Unternehmensberaters, gemeinsam mit dem beratenen Klienten diese Zielsetzungen zu entwickeln.

Dem Berater kommt dabei zunächst die Aufgabe der eindeutigen Projektformulierung zu. Es muss mit der Vertragspartei vereinbart werden, welche Fragestellungen in welcher Reihenfolge gelöst werden sollen. Strategieentwicklung erfordert das Vorhandensein von Unternehmenszielen. Zur Anfangsphase eines Strategieprojekts gehört es oftmals diese nochmals kritisch zu überprüfen und wo nötig weiter zu detaillieren oder zu revidieren. In den nächsten Projektphasen ist der Unternehmensberater zur Informationsgewinnung innerhalb und außerhalb des Unternehmens verpflichtet. Er hat relevante Datenpunkte zu identifizieren und diese in einem weiteren Schritt zu analysieren. Die Analyse kann sich je nach strategischer Fragestellung auf die verschiedensten internen³⁷⁶ oder externen³⁷⁷ Themen beziehen. Vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Gesamtlage des Unternehmens und seiner Vision, werden vom Unternehmensberater gemeinsam mit Mitarbeitern und Führungskräften des beratenen Unternehmens sodann Denkansätze als Handlungsentwürfe entwickelt. Dabei werden idR sowohl vorhandene Ideen berücksichtigt und weiterentwickelt, wie auch neue Ideen eingebracht. Zuletzt gehört es häufig zu den Aufgaben des Unternehmensberaters den Unternehmer in dem Entscheidungsprozess der verschiedenen

³⁷⁶ Beispiele für interne Fragestellungen sind: Kosten- und Ertragspositionen, vorhandene Kernkompetenzen, Sinnfälligkeit der Wertschöpfungskette in Bezug auf Markterfordernisse und Zielgruppen, Bewertung einzelner Geschäftsbereiche usw; *Springer Gabler Verlag*, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Strategieberatung, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17888/strategieberatung-v9.html> (Stand 2015).

³⁷⁷ Beispiele für externe Fragestellungen sind: Position des Unternehmens im wirtschaftlichen Umfeld, Stellung und Verhalten der Wettbewerber, Machtverhältnisse von Kunden und Lieferanten, Auftreten neuer Marktteilnehmer usw; *Springer Gabler Verlag*, Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Strategieberatung, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/17888/strategieberatung-v9.html> (Stand 2015).

Handlungsalternativen systematisch zu unterstützen, indem er seine Empfehlungen qualitativ und quantitativ begründet, eventuelle Risiken aufzeigt und die Komplexität der Umsetzbarkeit einschätzt. Die Entscheidung selbst obliegt jedoch letzten Endes immer der Unternehmensführung.

Typische Pflichtverletzungen können insb in dem Bereich der Definition des Projektumfangs liegen. Rechtswidrigkeit kann insb auch dann angenommen werden, wenn der Unternehmensberater seiner Pflicht den Klienten bei der Definition eines klaren Projektumfangs zu unterstützen nicht nachkommt. Auch eine fehlerhafte Analyse vorhandener oder zur Verfügung gestellter Daten bzw das Ableiten unschlüssiger Handlungsempfehlungen gehört zu Pflichtverletzungen der Art, aus denen schadenersatzrechtliche Haftungsansprüche resultieren können.

III.2.c.2.b.2. Pflichten und mögliche Pflichtverletzungen bei der Sanierungsberatung

Unter Sanierung ist eine Maßnahme zu verstehen, „die darauf gerichtet ist, ein Unternehmen oder einen Unternehmensträger vor dem finanziellen Zusammenbruch zu bewahren und wieder ertragsfähig zu machen.“³⁷⁸ Zur Erstellung und Umsetzung von Sanierungsmaßnahmen suchen Unternehmen oft externen Rat bei Unternehmensberatungsgesellschaften. Sanierungsberatungen kann es sowohl im Stadium vor, wie auch nach einer Insolvenz geben. In beiden Fällen ist die Übernahme eines Sanierungsauftrags für den Unternehmensberater mit erheblichen Risiken verbunden. Bei einer erfolglosen Sanierungsberatung, riskiert er von Gläubigern, wie auch durch den Masseverwalter, geklagt zu werden. Die Entgegennahme des Honorars ist überdies mit weiteren Risiken aus möglicher Insolvenzanfechtung behaftet und es droht bei Sanierungsberatungen mit medialem Interesse immer auch ein Reputationsschaden.

Vertraglich gesehen stellt die Sanierungsberatung einen Typenkombinationsvertrag mit werk- und dienstvertraglichen Elementen dar, wobei die werkvertraglichen Elemente in der Analysephase und die dienstvertraglichen in der Umsetzungsphase überwiegen.³⁷⁹

³⁷⁸ *Schnittmann*, Überlegungen zur Haftung des Sanierungsberaters, ZInsO 2011, 545.

³⁷⁹ Strittig ist, welchem Vertragstypus ein Vertrag über eine Sanierungsberatung zuzuordnen ist. Während die (deutsche) L (*Müller-Feldhammer*, NJW 2008, 1777) davon ausgeht, dass es sich hierbei aufgrund der Erfolgsbezogenheit um einen Werkvertrag handelt, ist das deutsche Oberlandesgericht anderer Meinung (OLG Celle,

Ist der Unternehmensberater als Sanierungsberater tätig, bestehen seine Aufgaben überwiegend darin „die Ursachen der Unternehmenskrise zu analysieren, ein Restrukturierungskonzept zu erstellen und dessen Umsetzung zu begleiten“.³⁸⁰ Eine Sanierungsberatung gliedert sich zumeist in die Phasen Lagebeurteilung, Analyse der Krisenursache und Darstellung der konkret zu ergreifenden Sanierungsmaßnahmen. Die „zutreffende Analyse der Ursachen der Unternehmenskrise“ und die Entwicklung „geeigneter Konzepte zu ihrer Beseitigung“ sind dabei entscheidende Elemente. Hauptpflicht des Sanierungsberatungsvertrags ist idR die Erstellung eines Sanierungskonzepts. Zu den Kernbestandteilen eines Sanierungskonzepts zählt das IDW, Institut der Wirtschaftsprüfer³⁸¹, in seinem „Leitfaden für eine intersubjektiv nachvollziehbare Darstellung der Sanierungsfähigkeit eines Unternehmens und die Erarbeitung eines Sanierungskonzepts“³⁸² folgende Elemente:

- Beschreibung des Unternehmens
- Analyse des Unternehmens, insb Krisenursachenanalyse und Lagebeurteilung
- Leitbild des zu sanierenden Unternehmens
- Maßnahmenkatalog zur Sanierung des Unternehmens
- Planverprobungsrechnung

Die Unternehmensbeschreibung als erster Schritt soll dazu genutzt werden erste Vermutungen darüber anzustellen durch welche Ursachen die Unternehmenskrise entstanden ist, um so die genauer zu analysierenden Themen einzugrenzen. Allgemeine Angaben zu möglichen Krisenursachen sind dabei nicht ausreichend, vielmehr sollen Ursachen, als Ausgangspunkt von Ursachen-Wirkungs-Ketten, genauestens analysiert werden.³⁸³

NJW 2003, 3638). Das dienstvertragliche Element setze sich spätestens bei der Umsetzung des auf der Grundlage der Analyse erarbeiteten Arbeitsprogramms durch. Der Berater kann bei der Durchsetzung nur seine Dienste anbieten, nicht aber für einen konkreten Erfolg einstehen. Regelmäßig wird daher der Unternehmensberatungsvertrag für den Fall einer Sanierungsberatung, in den Fällen in denen über eine Analyse hinaus auch eine Umsetzung geschuldet ist, als Typenkombinationsvertrag mit werk- und dienstvertraglichen Elementen behandelt. Gem der Kombinationstheorie sind dann auf die Analyse Werkvertragsregeln und auf die Umsetzung Regeln des freien Dienstvertrags anzuwenden, sofern die Abschnitte klar abgegrenzt werden können.

³⁸⁰ Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

³⁸¹ Schnittmann, ZInsO 2011, 545.

³⁸² Fachausschuss Recht (FAR) 1/1991.

³⁸³ Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

Die Lagebeurteilung soll dann den Rahmen für die Unternehmenstätigkeit, die gesamtwirtschaftliche Lage und die Einflussfaktoren darauf, analysieren. Mit dem „Leitbild des sanierten Unternehmens“ werden sodann „Soll-Strukturen“ des sanierten Unternehmens aufgezeigt. Vervollständigt wird das Konzept durch eine „Planverprobungsrechnung“, unter dem ein detaillierter zahlenmäßiger Sanierungsplan zu verstehen ist.³⁸⁴

Ein ernsthafter Sanierungsversuch setzt ein schlüssiges Konzept voraus, das nicht offensichtlich undurchführbar ist. Der Berater haftet bei Nicht- oder Schlechterfüllung.

Deutsche Gerichte stellten in der Vergangenheit exemplarische Pflichtverletzungen durch Berater bei der Erstellung von Sanierungskonzepten fest. Das deutsche OLG Köln³⁸⁵ beanstandete bspw in einem ihm vorliegenden Fall ein Sanierungskonzept, weil die Einleitung fehlte, das Basis-Mengengerüst nicht nachvollziehbar sei, eine Krisenursachenanalyse fehlte, es Pauschalisierungen aufwies, die Darstellung von Unternehmensentwicklungen fehlte, sehr globale und wenige konkrete Sanierungsmaßnahmen vorgeschlagen worden seien, es lediglich eine allgemeine PowerPoint Präsentation gegeben habe und die Prämissen einer Planverprobungsrechnung nicht erkennbar gewesen seien.

In einem anderen Fall beanstandete das OLG Celle³⁸⁶ in seiner Entscheidung vom 23.10.2003 an einem Sanierungskonzept für einen stark von der Insolvenz gefährdeten Gärtnereibetrieb ua das Fehlen einer vgl Bilanzaufstellung mit Kommentierung der Entwicklung, die Aggregation einzelner Größen auf Basis der Gewinn- und Verlustrechnung, die Qualität der Kapazitäts- und Nutzungsdaten im Bereich Marketing, das Fehlen von Checklisten für notwendige Unterlagen, die Analyse der konkreten Markt- und Wettbewerbsposition des Unternehmens mit Daten und Fakten aus der Branche, über die Wettbewerber vor Ort und die regionale Entwicklung, das Fehlen eines Stärke-Schwächen Profils im Wettbewerb mit spezifischen Kennzahlen, die das Unternehmen mit Wettbewerbern, Branchendaten etc vergleicht, das Fehlen von Aussagen zur Finanzsituation des Unternehmens mit Analyse der Struktur der Finanzen.

³⁸⁴ Müller-Feldhammer, NJW 2008, 1777.

³⁸⁵ OLG Köln 24.09.2009, 18 U 134/05, ZInsO 2010, 238.

³⁸⁶ OLG Celle, NJW 2003, 3638 = ZIP 2003, 2118.

Typischerweise beziehen sich Pflichtverletzungen auf formale oder inhaltliche Mängel. Die Pflichten des Unternehmensberaters in der Sanierungsberatung enden mit der Vorhersehbarkeit der Zukunft. Während Planzahlen akkurat errechnet sein müssen, kann der Unternehmensberater bei der Erstellung eines Budgets nicht dafür garantieren, dass diese auch erreicht werden.³⁸⁷

III.2.c.2.b.3. Pflichten und mögliche Pflichtverletzungen bei der Due Diligence Beratung

Bei einer Due Diligence Beratung³⁸⁸ handelt es sich um eine Art der Unternehmensberatung, in deren Kernbereich die Prüfung eines potentiell zu akquirierenden Assets liegt. Dabei kann es sich ebenso um ein ganzes Unternehmen („company deal“) wie auch bestimmte Unternehmensaktiva („asset deal“) handeln. Häufig finden Due Diligences im Zuge von Unternehmenserwerben oder -fusionen (M&A-Deals) und Liegenschaftstransaktionen statt. Vor dem Erwerb eines Unternehmens will sich der Interessent über dessen Wert und wirtschaftliche Ertragsfähigkeit sowie die zu erwartenden Risiken informieren und beauftragt damit einen informierten Experten.³⁸⁹ Externe Fachleute sollen dabei sowohl den Sachverstand als auch den Haftungsfonds im Falle eines Problems erweitern.³⁹⁰

Der Beratungsvertrag über eine Due Diligence ist als Typenkombinationsvertrag bestehend aus Werk- und Dienstvertrag einzuordnen. Das maßgebliche Abgrenzungskriterium zum Gutachtenvertrag als reiner Werkvertrag, besteht darin, dass bei diesem das Tatsachensubstrat aus bereits beim Gutachter vorhandenem Fachwissen zusammen mit vom Auftraggeber vorgegebenen Angaben und Fragestellungen besteht, während bei der Due Diligence als Prüfungsvertrag der Prüfer selbst das maßgebliche Tatsachensubstrat durch Prüfung der

³⁸⁷ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

³⁸⁸ Der Begriff stammt aus dem US-amerikanischen Haftungsrecht und bedeutet „angemessene Sorgfalt und Aufmerksamkeit“. Mittlerweile hat sich der Begriff als Synonym für die Unternehmensprüfung beim Unternehmenskauf an sich etabliert und dient nicht mehr nur noch als Sorgfaltsmaßstab. Meßmer/Keßler, Rechtsanwälte und Due Diligence – Zulässigkeit, Haftung und versicherungsrechtliche Betrachtung, NVersZ 2000, 110.

³⁸⁹ Die Prüfung des Unternehmens bildet häufig die Grundlage für die Höhe des Kaufangebots und in weiterer Folge die Kaufentscheidung. Sie ermöglicht dem Käufer eine Absicherung indem durch einen Experten eine Abschätzung über die wirtschaftliche Ertragsfähigkeit getroffen wird, und somit besser beurteilt werden kann, ob sich ein Kauf lohnt. Eine Due Diligence kann uU die haftungsrechtliche Situation des Käufers aber auch verschlechtern, weil ihm Fehler bei der Prüfung angelastet werden können. Als Grundlage einer Due Diligence dient meistens eine Absichtserklärung des Käufers (letter of intent), dass er am Kauf interessiert ist und Vertraulichkeit hinsichtlich der Informationen zusichert; Meßmer/Keßler, NVersZ 2000, 110.

³⁹⁰ Dies soll vor allem durch die Pflichthaftpflichtversicherung der zugezogenen Berater erreicht werden.

Unterlagen zu ermitteln hat. Dies spricht für ein Überwiegen der Prüfungskomponente als Tätigkeit über die Berichtskomponente.³⁹¹ Der Due Diligence Berater kann seine Leistung aber trotzdem nicht unabhängig von Vorgaben erbringen, welche dem Auftraggeber zuzurechnen sind.³⁹² Er kann sich zwar als freier Dienstnehmer durch Hilfskräfte vertreten lassen³⁹³, Zeitraum der Prüfung und allenfalls auch Ort der Prüfung werden aber für gewöhnlich vom Auftraggeber festgelegt. Dieser, idR der Kaufinteressent, ist aber häufig von den Vorgaben des Verkäufers abhängig, insb wenn dieser für die Due Diligence mehrerer Interessenten einen „data room“ eingerichtet hat. Die Abrechnung erfolgt je nachdem entweder nach aufgewendeten Stunden oder zu einem Pauschalpreis.

Inhalt der Due Diligence Prüfung ist es verschiedene Fakten, Risiken und Zahlen sowie andere Umstände über den Prüfungsgegenstand, zB ein zu akquirierendes Unternehmen, innerhalb eines bestimmten Zeitraums festzustellen. Die daraus folgenden Prüfungsergebnisse finden dann Eingang in einen eigenen Prüfungsbericht, der wie ein Gutachten zu qualifizieren ist.

Due-Diligence Verträge unterscheiden sich im Hinblick auf die daraus entstehenden Pflichten sowohl in Bezug auf das Ausmaß als auch den Umfang der Prüfung, insb in der Weite von Erkundigungs- und Nachforschungspflichten, sowie der Anzahl an einzelnen Prüfungshandlungen und der Schwelle der Wesentlichkeit bei der Berichterstattung. Ablauf und Umfang der Prüfungshandlungen sowie Prüfungstiefe werden am Anfang vertraglich festgelegt, können sich jedoch im Laufe der Prüfung verändern.

Lässt sich nichts Konkretes aus dem Prüfungsvertrag ableiten, ist hinsichtlich der Prüfungstiefe von einer Vollprüfung auszugehen. Das bedeutet, dass der Prüfer alle ihm zur Verfügung

³⁹¹ Völk, Pflichten und Haftung des DD-Prüfers in *Althuber/Schopper* (Hrsg), Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014) Rz 44.

³⁹² Steht die Berichterstattung zur Prüfungstätigkeit derart im Hintergrund, dass sie keine eigene Leistungspflicht mehr darstellt, kann sogar von einem freien Dienstvertrag ausgegangen werden (OGH 11.09.2003, 6 Ob 301/02m). Bei einer völligen Unterordnung unter Geschäftsbesorgungsleistungen etwa im Zuge von Vertragsverhandlungen, kommt als überwiegendes Element auch das Mandat in Betracht. Nach der herrschenden Kombinationstheorie bedeutet das, dass auf jede Teilleistung das jeweilige Vertragsrecht anzuwenden ist. Eine Beratungsleistung mit Gegenstand einer Due Diligence wäre in der Konsequenz die Prüfungsleistung als freier Dienstvertrag, der Prüfungsbericht als Werkvertrag zu qualifizieren.

³⁹³ Er ist nicht zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet, sofern der Auftraggeber nicht gerade an einer persönlichen Erfüllung interessiert ist und dies Vertragsbestandteil geworden ist. Der Prüfer hat eine unsorgfältige Zusammenstellung des Teams zu vertreten soweit er dafür verantwortlich war. Er hat dabei ex ante abzuschätzen, ob Prüfungsteam und -ablauf im Verhältnis zum Prüfungsgegenstand und -zweck geeignet und verhältnismäßig sind. Bei sorgfaltswidriger Teamzusammenstellung haftet der Prüfer schon aus dieser Sorgfaltswidrigkeit heraus.

gestellten Informationen zur Gänze hinsichtlich seines Prüfungsgebiets zu untersuchen hat. In Bezug auf sämtliche Prüfungsergebnisse hat der Prüfer zu entscheiden, ob diese wesentlich und deshalb im Prüfungsbericht auszuweisen sind oder nicht. Der Wesentlichkeitsmaßstab ergibt sich in erster Linie aus dem Prüfungsauftrag. Die Qualifikation als wesentlich oder unwesentlich auf Basis des Prüfungsauftrags muss für den Prüfer als Sachverständigen vertretbar sein. Wesentlich sind Umstände, die dazu tauglich sind den Auftraggeber in seiner Entscheidungsfindung zu beeinflussen.³⁹⁴ Der Berater hat alle Umstände zu prüfen, von denen er annimmt, dass sie für eine Entscheidungsfindung seines Auftraggebers wesentlich sein könnten. Dabei hat er den Auftraggeber, gem seiner Treuepflicht nach § 1168a ABGB, über eine offensichtliche Unvollständigkeit oder Fehlerhaftigkeit der zur Verfügung gestellten Unterlagen oder eine offensichtliche Untauglichkeit der Prüfungsmethode aufzuklären. Der Prüfungsbericht gliedert sich regelmäßig in folgende Bereiche: die im Zuge der Prüfung festgestellten wesentlichen Fakten, eine Einschätzung der damit zusammenhängenden Risiken sowie ggf eine Bewertung dieser. Allenfalls können auch Handlungsempfehlungen, die sorgfältig aus der Tatsachengrundlage heraus zu erarbeiteten sind, Teil des Leistungsumfangs sein.

Der Berater haftet aus der Verletzung seiner Hauptleistungspflichten bei Nicht- oder Schlechterfüllung. Diese ergeben sich aus dem Prüfungsvertrag und werden durch die Verkehrssitte sowie die Methoden des § 1153 ABGB ergänzt in dem es heißt, dass „den Umständen nach angemessene Dienste zu leisten sind“.³⁹⁵ Der Bericht hat in Gestaltung und Formulierung auf den Auftraggeber sowie dessen Struktur, wie zB Intelligenz, Vorbildung und branchentypische Ausdrucksweise, abgestimmt zu sein.

Zu einer Unzulänglichkeit des Prüfungsvorganges kann es insb dann kommen, wenn zu wenige oder zu viele Unterlagen offengelegt werden um der Prüfungsfrage angemessen nachgehen zu können. Notorische Probleme einer Due Diligence sind es, dass der Verkäufer aus Sicherheitsgründen nicht alle Informationen herausgibt und/oder die Prüfung aus Zeitmangel nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden kann.

Rechtswidrigkeit aus der Verletzung von Hauptleistungspflichten wird bei der Due Diligence Beratung jedenfalls dann angenommen, wenn der Unternehmensberater

³⁹⁴ Risiken außerhalb des Wesentlichen, die trotzdem im Bericht vorkommen, stellen keinen Fehler des Berichts dar.

³⁹⁵ OGH 14.09.1994, 9 Ob A 133/94.

- die Prüfung zum Teil oder ganz unterlässt, indem er zB wesentliche Risiken ungeprüft lässt oder wesentliche Tatsachen in die Prüfung nicht miteinbezieht, den Sachverhalt unzureichend ermittelt, ihm Fehler in der Bewertung unterlaufen,
- die Prüfung verspätet oder schlecht durchführt,
- den Prüfungsbericht fehlerhaft oder verwirrend formuliert bzw darstellt und der Beratene das Gutachten darauf falsch interpretiert und kontraproduktive Handlungen setzt.

Weitere Fragestellungen zur Abgrenzung der Haftung des Unternehmensberaters in der Due Diligence Prüfung, ergeben sich, insb bei company deals, aus dem Zusammenwirken mit anderen Beratern und Rechtsanwälten zur Bewertung von Risiken, wie drohenden oder bereits anhängigen Rechtsstreitigkeiten des zu erwerbenden Unternehmens.

Ein prominentes (deutsches) Beispiel einer Klage gegen eine Unternehmensberatung wegen Falschberatung, aus der typischerweise iZm einer Due Diligence vorgebrachte Vertragsverletzungen ersichtlich werden, ist die Causa Kingsbridge Capital vs Alix Partners. Der britische Finanzinvestor Kingsbridge Capital³⁹⁶, eine US Consultingfirma spezialisiert auf Unternehmenssanierung, klagte damals Alix Partners, aus dem Titel des Schadenersatzes und erregte damit 2009 als „*Novum in der Branche*“ viel Aufmerksamkeit.³⁹⁷

Beratungsgegenstand war 2006 zwischen den Vertragsparteien die Durchführung einer Due Diligence iZm der Absicht von Kingsbridge Capital das Traditionsunternehmen "Gebr. Märklin & Cie. GmbH" (Märklin), damals weltweit größter Modellbahnbauer, aber mit negativer Betriebsbilanz, zu erwerben. Alix Partners führte für Kingsbridge zunächst die Due Diligence und – nach Kauf des Unternehmens 2007 – die Erstellung eines Konzepts zur Sanierung der Firma mittels einer "*Buy and Build Strategie*"³⁹⁸ durch. Mittelfristig waren eine Sanierung des

³⁹⁶ Kingsbridge Capital war die Tochtergesellschaft der österreichischen Hardt Group Capital und verantwortete die PE Investitionen der Gruppe. Sie war auf den Kauf von deutschen Mittelständlern in Krisensituationen spezialisiert. Das Unternehmen versteht sich als „aktiver Eigentümer, der in enger Kooperation mit dem Management der akquirierten Firmen versucht, Strategien zur Wertsteigerung der Unternehmen zu entwickeln und umzusetzen“. Blome-Drees/Rang, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen und ihre Wirkungen auf die Mitarbeiter (Aktualisierte Fallstudie zum Modelleisenbahnhersteller Märklin) http://www.boeckler.de/pdf/mbf_finanzinvestoren_maerklin2.pdf (Stand 01.10.2009).

³⁹⁷ Iwersen, Märklin Investor will Schadenersatz, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/falsch-beraten-maerklin-investor-will-schadenersatz/3262256.html> (Stand 20.09.2009).

³⁹⁸ Darunter versteht man den Kauf branchennaher Unternehmen um Wettbewerbssituationen auf Grund verdünnter Konkurrenz zu verbessern; Blome-Drees/Rang, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen und ihre

Unternehmens und in der Folge der Weiterverkauf angestrebt. 2009 wurde die Firma Märklin trotz erfolgreicher und sogar preisgekrönter Sanierung, pünktlich zu ihrem 150-jährigen Firmenjubiläum, insolvent. Kingsbridge Capital warf Alix Partners vor, das zu akquirierende Unternehmen nur mangelhaft analysiert zu haben. Insb die Rechnungslegung sei keiner ausreichenden und sachgerechten Prüfung unterzogen worden. Auch die auf die Due Diligence folgende Sanierungsberatung sei nicht nach angemessenen Standards durchgeführt worden, weshalb es zur Akquisition eines Unternehmens kam, das bei Kenntnis aller Umstände nicht erworben worden wäre. Die Schadenersatzklage richtete sich auf die gesamte Investitionssumme in Höhe von 30 Millionen Euro.

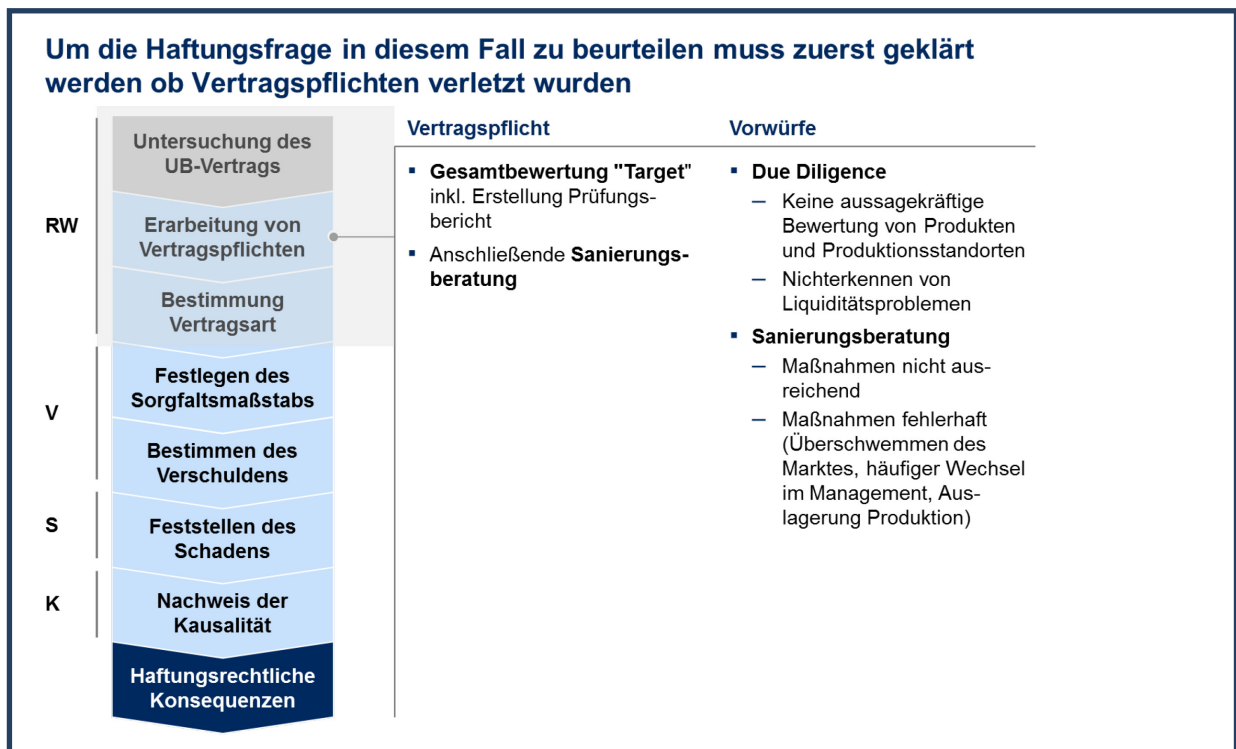


Abbildung 3: Fallbeispiel Alix Partners vs. Kingsbridge Capital

Kingsbridge Capital brachte vor, dass die mit dem erteilten Auftrag in Zusammenhang stehenden Pflichten von Seiten Alix Partners mehrfach nicht eingehalten worden seien. Wie auch der Insolvenzverwalter und die Belegschaftsvertreter warf Kingsbridge den Beratern Ineffizienz vor. Alix Partners habe erstens keine aussagekräftige Bewertung von Produkten und Produktionsstandorten durchgeführt und zweitens Liquiditätsprobleme nicht erkannt, weshalb es

zu einer Fehleinschätzung des zu akquirierenden Objekts gekommen sei. Auch hinsichtlich der Sanierung seien der Unternehmensberatung grobe Fehler unterlaufen. Die vorgeschlagenen Maßnahmen zur Sanierung des Unternehmens seien „nicht ausreichend“ und „fehlerhaft“ gewesen. Bspw wurde vorgebracht, dass das Management zu häufig gewechselt worden sei und zu viel Produktion ausgelagert worden sei, was zu Qualitätsproblemen geführt hätte. Die neue Strategie hätte „keine Kostenrechnung eingeführt, die Komplexität des Produkts nicht verstanden und den Markt mit zu vielen neuen Produkten überflutet.“³⁹⁹ Zu den weiteren, nicht direkt die vertraglichen Pflichten betreffenden Vorwürfen zählte die Unangemessenheit des Honorars von 40 Millionen Euro über 3 Jahre.⁴⁰⁰ Alix Partners verteidigte sich mit der Behauptung, dass die Investoren und das Management den eingeschlagenen Kurs zur Kostensenkung nicht hätten fortsetzen wollen, sondern vielmehr auf eine teure Expansion und neue Produktlinien gesetzt hätten.

Das Schiedsgericht verurteilte Alix Partners zu einer Schadenersatzleistung idHv 13,5 Millionen Euro zzgl Zinsen.⁴⁰¹ Alix Partners kündigte daraufhin an, ein Aufhebungsverfahren beim OLG München gegen das schiedsgerichtliche Urteil einzuleiten.⁴⁰² Letztendlich trafen die Parteien eine außergerichtliche Einigung, über die öffentlich nichts bekannt ist.⁴⁰³

III.2.c.2.c. Nebenleistungspflichten

Für die schadenersatzrechtliche Beurteilung ebenso wichtig wie die Hauptleistungspflichten, sind die vertraglichen Nebenleistungspflichten. Sie können entweder ausdrücklich oder stillschweigend

³⁹⁹ *Blome-Drees/Rang*, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen und ihre Wirkungen auf die Mitarbeiter (Aktualisierte Fallstudie zum Modelleisenbahnhersteller Märklin), http://www.boeckler.de/pdf/mbf_finanzinvestoren_maerklin2.pdf (Stand 01.10.2009).

⁴⁰⁰ Das Beraterhonorar überstieg jedes Jahr bei weitem die durch die Beratung erzielten Einnahmen. *Blome-Drees/Rang*, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen und ihre Wirkungen auf die Mitarbeiter (Aktualisierte Fallstudie zum Modelleisenbahnhersteller Märklin), http://www.boeckler.de/pdf/mbf_finanzinvestoren_maerklin2.pdf (Stand 01.10.2009).

⁴⁰¹ *ConsultingStar*, Märklin-Pleite: Alix Partners will nicht an Kingsbridge zahlen <http://www.consultingstar.com/managementberatung/maerklin-pleite-alix-partners-will-nicht-an-kingsbridge-zahlen.html> (Stand 07.12.2011).

⁴⁰² *Juve*, Mangelhafte Buchprüfung: Märklin-Berater Alix soll zahlen und zieht mit Gleiss vor Gericht <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2011/12/mangelnde-buchprufung-marklin-berater-alix-soll-schadenersatz-zahlen-und-zieht-mit-gleiss-vor-gericht> (Stand 07.12.2011).

⁴⁰³ Inzwischen erzielt Märklin wieder ein positives Betriebsergebnis. Das Insolvenzverfahren wurde im Februar 2012 aufgehoben. Heute hat das Unternehmen 1.100 Mitarbeiter und macht einen Umsatz von 105 Millionen Euro.

Vertragsinhalt werden. Häufig werden sie in Form von AGB zum Vertragsgegenstand oder ergeben sich, wenn sie nicht durch Gesetz oder besondere Vereinbarung getroffen wurden, aus ergänzender Vertragsauslegung anhand Natur und Zweck des Rechtsgeschäfts gem § 914 ABGB, Verkehrssitte oder Handelsbrauch. Nebenleistungspflichten können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie bestimmen sich durch Vertragsart, Umfang und Inhalt der Beratung und ggf die Umstände des Vertragsabschlusses. Ist lediglich eine Spezialberatung mit engem Aufgabenkreis vereinbart, sind Nebenleistungspflichten wie Nachforschungs- oder Aufklärungspflichten des Unternehmensberaters – ggü jenen im Fall einer Ganzheitsberatung – enger auszulegen.

Auch die Nebenleistungspflichten können nur durch eine eingehende Prüfung des konkreten Unternehmensberatungsvertrags definiert werden. Es ist immer auf sämtliche Umstände des Vertragsschlusses und das Thema der Beratung abzustellen, um den wahren Umfang der Nebenleistungspflichten tatsächlich erfassen zu können.⁴⁰⁴ Bei den Nebenleistungspflichten wird zwischen äquivalenten und inäquivalenten Nebenleistungspflichten unterschieden. Für die Abgrenzung kommt es auf die Selbständigkeit der Nebenleistungspflicht an. Für die Beurteilung ist entscheidend, ob das Interesse an der Erfüllung der Nebenleistungspflicht von jenem an der Hauptleistungspflicht abtrennbar ist, ob ein Teil des Entgelts auch für die Nebenleistungspflichten geleistet wird, ob die Nebenleistung auch als Gegenstand eines eigenen Vertrags denkbar wäre uvm. Nur selbständige, äquivalente, Nebenleistungspflichten können auch selbstständig eingeklagt werden.⁴⁰⁵

Worauf der Unternehmensberater aus seinen nebenvertraglichen Pflichten hinweisen, worüber er belehren und wovor er warnen soll, ist gesetzlich nicht geregelt und auch an Urteilen zu dieser Thematik mangelt es in Österreich. Orientiert man sich an der Judikatur zu anderen beratenden Berufen, so ist festzustellen, dass die Höchstgerichte insb in Bezug auf den Umfang von Nebenleistungspflichten einen relativ strengen Maßstab anlegen und sich dieser über die letzten Jahre tendenziell weiter verschärft hat.

⁴⁰⁴ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 5/780.

⁴⁰⁵ RIS-Justiz RS0020061 (OGH 15.12.1992, 1 Ob 653/92); Aicher in *Rummel* ABGB³ § 1061 Rz 35 (Stand 01.01.2000, rdb.at).

Vielen Berufsgruppen werden nach jüngster Rsp Nebenleistungspflichten über Themen auferlegt, die außerhalb ihrer Kernkompetenz liegen. So stellte das Höchstgericht bspw fest⁴⁰⁶, dass den Architekten eine „umfassende, auch wirtschaftliche Aspekte miteinschließende vorvertragliche und die Erbringung der Hauptleistung als vertragliche Nebenpflicht begleitende Beratungspflicht“ trifft. Er muss nicht nur eine technisch einwandfreie Leistung erbringen, sondern dabei auch wirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen. Dazu zählt es ua auch „die allenfalls beschränkten Mittel des Bauherrn zu berücksichtigen“ und „innerhalb des vorgegeben Rahmens möglichst kostengünstig zu planen.“ Er ist außerdem „zu Hinweisen verpflichtet, wenn Umstände eintreten, die eine (erhebliche) Überschreitung der geschätzten Werte bewirken könnten und deren Eintritt als möglich vorhergesehen werden kann“⁴⁰⁷.

Generell unterscheidet sich die Ausprägung der Nebenleistungspflichten, wie schon gesagt, je nach Vertragsart. Werk- und Dienstverträge weisen Schutz- und Sorgfaltspflichten in verschiedenen Ausprägungen auf. Ohne auf die genauen Ausprägungen der jeweiligen Pflichten in der einen oder anderen Vertragsart einzugehen, soll im Folgenden ein Überblick über die gängigsten Nebenleistungspflichten und ihren regulären Umfang gegeben werden. Dabei wird insb auf die Nachforschungs-, Aufklärungs- und Warn- und Verschwiegenheitspflicht des Unternehmensberaters eingegangen.

III.2.c.2.c.1. Nachforschungspflicht

Bei der Nachforschungspflicht handelt es sich um eine Pflicht des Beraters bei zweifelhaften Umständen oder Angaben des Beratenen weitere Erkundigungen anzustellen. Für den Unternehmensberater stellt sich idZ die Frage, ob er sich auf das an ihn herangetragene Problem und die Lösung dieses mit den vom Klienten zu Verfügung gestellten Unterlagen beschränken kann, oder ob ihn darüber hinausgehende Pflichten zur Nachforschung treffen. Die Nachforschungspflichten können sich dabei auf zwei verschiedene Bereiche beziehen: Einerseits die Pflicht zur Nachforschung in Bezug auf die Richtigkeit einer Angabe des Klienten, andererseits die Pflicht zur Nachforschung in Bezug auf außerhalb der konkreten Problemstellung liegende Tatsachen.

⁴⁰⁶ RIS-Justiz RS0116632 (OGH 26.01.2010, 9 Ob 98/09s).

⁴⁰⁷ OGH 18.07.2002, 3 Ob 53/02v.

Grds kann sich der Unternehmensberater als Betriebsfremder, auf die Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben des Klienten verlassen.⁴⁰⁸ Nur wenn er erhebliche Anhaltspunkte hat an diesen zu zweifeln trifft ihn eine Nachforschungspflicht.⁴⁰⁹ Als Fachmann darf er sich aber auf offensichtlich unzutreffende Angaben, die zB zu einander in unlösbarem Widerspruch stehen, genauso wenig verlassen wie auf offensichtlich unvollständige Informationen.⁴¹⁰ Der OGH ist idZ der Ansicht, dass sich der Unternehmensberater, wie auch der Rechtsanwalt, auf die „*Beurteilung des an ihn herangetragenen konkreten Problems*“ beschränken darf.⁴¹¹

Zu den Nachforschungspflichten des Unternehmensberaters hat sich die österreichische Judikatur bisher zwar nicht explizit ausgesprochen, doch gibt es Rsp zu anderen beratenden Berufen, wie bspw dem des Rechtsanwalts. Eine Pflicht zur allgemeinen Prüfung der Informationen auf ihre Richtigkeit trifft den Anwalt aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses nicht.⁴¹² Er muss aber auch bestrebt sein, den Mandanten zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts zu befragen, weil „*keineswegs erwartet werden darf, dass der juristische Laie die rechtlich erheblichen Umstände von sich aus mitteilt.*“⁴¹³ Der Anwaltsvertrag begründet somit eine wechselseitige Informationspflicht, die den Anwalt verpflichtet, seinen meist rechtsunkundigen Mandanten über alle Tatsachen von Bedeutung zu befragen. Einem Rechtsanwalt kommt also nicht nur die Aufgabe zu, den an ihn herangetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu prüfen und die „*nach der Rechtsordnung erforderlichen Schritte zur Verwirklichung des ihm bekannten Geschäftszweckes zu unternehmen.*“⁴¹⁴ Er muss zugleich von sich aus alles tun um zu einer Klärung des rechtserheblichen Sachverhalts beizutragen. Der Mandant kann ein

⁴⁰⁸ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 88.

⁴⁰⁹ Schauer, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 265. Nur die Rsp zum StB weicht von dieser Linie ab. Der OGH sprach sich idZ aus, dass „*es Sache des Klienten sei, die steuermindernden Umstände bekannt zu geben, während der StB diesbezüglich keine Nachprüfungspflicht habe*“.

⁴¹⁰ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 88.

⁴¹¹ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁴¹² RIS-Justiz RS0072054 (OGH 14.12.1992, 2 Bkd 1/92).

⁴¹³ OGH 24.03.1988, 6 Ob 740/87; dazu auch Staudegger, Anmerkungen zu OGH 4 Ob 265/99w JBl 2000, 441; die die Nachforschungspflichten zutreffend als Treue- und Warnpflicht und im vorvertraglichen Stadium aus sic ableiten.

⁴¹⁴ RIS-Justiz RS0026566 (OGH 15.12.1981, 4 Ob 567/81).

Mitverschulden tragen.⁴¹⁵ Insofern trifft den Anwalt also sehr wohl eine über sein Mandat hinausreichende Nachforschungspflicht. Er hat den Klienten zur Ermittlung des vollständigen Sachverhalts zu befragen und kann sich nicht nur auf die Mitteilungen und Unterlagen verlassen, die der Klient ihm ohnehin zukommen lässt.

Ähnlich wie beim Rechtsanwalt gehört es auch zu den Aufgaben des Unternehmensberaters *den „Ist-Zustand als Entscheidungsgrundlage“* zu erheben. Meiner Überzeugung nach, trifft den Unternehmensberater die Verpflichtung über alle, seinen Auftrag betreffenden Umstände nachzuforschen. Dies beinhaltet die Pflicht sich über *„zweifelhaft gewordene Umstände“* zu erkundigen, die für die Erfüllung seines Beratungsauftrags notwendig sind. Diese Pflicht lässt sich beim freien Dienstvertrag schon aus der Treuepflicht, beim Werkvertrag aus der Warnpflicht des Beraters ableiten.⁴¹⁶

Im Bereich der Anlageberatung sieht die Rsp⁴¹⁷ eine besondere Pflicht vor, nach der sich die Nachforschungspflicht des Beraters auch auf den Wissenstand des Klienten bezieht.⁴¹⁸ Anders als im Bereich der Anlageberatung oder des Architekten, herrscht in der Unternehmensberatung aber kein derart starkes Wissensgefälle zwischen Auftraggeber und Berater. Für das Auftrag gebende Unternehmen agieren idR in der Wirtschaft versierte Menschen und zugleich langjährigen Experten ihrer Branche. Von Nachforschungspflichten in diese Richtung ist daher mE beim Unternehmensberater nicht auszugehen.

III.2.c.2.c.2. Aufklärungspflicht

Ebenfalls gehört es zu den Pflichten des Unternehmensberaters, wie auch anderer beratender Berufsgruppen, seinen Klienten, insb am Anfang seiner beratenden Tätigkeit⁴¹⁹, über gewisse Umstände aufzuklären.⁴²⁰ Bestehen und Umfang von Aufklärungspflichten können regelmäßig nur

⁴¹⁵ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 21.

⁴¹⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/567.

⁴¹⁷ OGH 20.01.2005, 2 Ob 236/04a; OGH 21.02.2008, 6 Ob 249/07x.

⁴¹⁸ Forstinger/Pradler, Der aktuelle Vorschlag für eine Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (ISD2) Die Novellierung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG (ISD), ÖBA 2004, 329.

⁴¹⁹ Während einer fortgeschrittenen beraterischen Tätigkeit treffen ihn zumeist schon Warnpflichten.

⁴²⁰ Der Rechtsanwalt hat auf *„jede denkmögliche Gefahr hinzuweisen, andernfalls er fahrlässig handelt“*. Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 26.

anhand von den Umständen des Einzelfalls beurteilt werden.⁴²¹ Zu den gewöhnlichen Aufklärungspflichten gehört es ua:

- Umfang und Grenzen des Beratungsgegenstands ggü dem Klienten darzulegen
- Den Klienten zu informieren, wenn das Thema zu eng gefasst, die Bearbeitungsfrist zu kurz ist oder die zur Verfügung gestellten Informationen nicht ausreichen um den Beratungsauftrag ordnungsgemäß zu erfüllen
- Den eigenen Kenntnisstand, insb das Vorliegen von Spezialkenntnissen, ersichtlich zu machen
- Aufzuklären, wenn die Gefahr einer Interessenskollision besteht

Es wird vom Unternehmensberater gefordert, den Inhalt des mit seinem Klienten abgeschlossenen Vertrags klar zu umreißen und insb seinem Vertragspartner ggü darzulegen was nicht vom Auftrag umfasst ist.⁴²² Die Aufklärungspflicht umfasst laut einer höchstgerichtlichen E⁴²³ auch die Aufklärung über die Unsicherheit der Beratungsleistung. Dabei geht es darum, möglichst erkennen zu lassen wie weit sie auf Informationen oder gesicherten Erkenntnissen aufbauen und wie weit es sich um bloß subjektive Urteile des Beraters handelt.⁴²⁴ Zur Aufklärungspflicht über den Vertragsinhalt gehört auch eine bedingte Aufklärungspflicht über das Honorar⁴²⁵ und die Erklärung von Fachbegriffen⁴²⁶. Zu den anerkannten Pflichten eines Gutachters gehört es, „den Gutachtensauftrag kritisch zu hinterfragen, seine Terminologie klarzustellen und den Beurteilungsgegenstand eindeutig abzugrenzen.“⁴²⁷ Den Steuerberater trifft ganz generell eine

⁴²¹ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

⁴²² OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁴²³ OGH 19.09.1984, 1 Ob 605/84: In diesem Fall wurde zwischen den Parteien ein Werkvertrag geschlossen, der die Erstellung eines Gutachtens über eine Schriftprobe als Hauptleistung vorsah. Für den Werkbesteller war ausschlaggebend, ob eine Person das Schriftstück mit Sicherheit oder nur mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit verfasst hatte.

⁴²⁴ So bereits Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 46 mwN.

⁴²⁵ Den Rechtsanwalt etwa trifft eine Aufklärungspflicht über sein Honorar, „wenn der Klient eine unzutreffende Meinung äußert oder überhaupt erkennen lässt, dass er in solchen Fragen unerfahren und unsicher ist“. RIS-Justiz RS0047275 (OGH 25.04.1995, 10 Ob 509/9).

⁴²⁶ Ist Projekthalt bspw die Implementierung eines neuen Betriebssystems, so sind dem Klienten alle damit in Zusammenhang stehenden technischen Begriffe zu erklären, anderenfalls der Berater gem § 915 ABGB eine Auslegung der Begriffe gegen sich gelten lassen muss.

⁴²⁷ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/165.

gesteigerte Aufklärungspflicht.⁴²⁸ Er hat zu berücksichtigen, dass auch ein wirtschaftlich erfahrener und kenntnisreicher Mandant steuerlich unkundig sein kann. Den Berater trifft aber keine „*allgemeine Darlegungspflicht*“ des Vertragsinhalts ggü dem Vertragspartner. Auch eine generelle Pflicht seinen Vertragspartner über alle Umstände aufzuklären, die seinen Willen beeinflussen können, besteht nicht. Eine Aufklärung ist aber dort zu erwarten, wo ansonsten der Vertragszweck des Partners gefährdet würde oder diesem ein Schaden droht. Diese Schutzpflicht endet an der Grenze objektiver Vorhersehbarkeit einer Gefährdung der Interessen des Kontrahenten. Der Klient hat nur dort einen Anspruch auf Aufklärung, wo er nach den Übungen des redlichen Verkehrs in Zusammenschau mit dem vertraglich Bedungenen und den Umständen des Einzelfalls mit Aufklärung rechnen kann.^{429, 430}

Sprechen deutliche Anzeichen dafür, dass der Auftraggeber – etwa aufgrund fehlender Fachkenntnisse – den Auftragsumfang für das zu lösende Problem zu eng gefasst hat, trifft den Berater eine Aufklärungspflicht und er hat eine Erweiterung vorzuschlagen.⁴³¹ Wie diese „*deutlichen Anzeichen*“ genau aussehen ließ der OGH in seiner bisherigen Judikatur weitgehend unbehandelt.⁴³² Es ist aber jedenfalls dann von einer Pflicht zur Aufklärung auszugehen, wenn der schlussendlich vereinbarte Auftragsinhalt oder -zweck in seiner Gesamtheit nicht mit der gewünschten oder vereinbarten Methoden zu erreichen ist, diese aber für ihn als Sachverständigen offensichtlich hätten angewendet werden müssen. Ziel muss es sein, dass die Beratung ex-ante für die Vertragsparteien angemessen, geeignet und verhältnismäßig erscheint.⁴³³ Setzt der Klient in einem freien Dienstvertrag oder als Weisung eine Bearbeitungsfrist, die eine sachgemäße, dem Fleiß und der Sorgfalt eines Durchschnittssachverständigen entsprechende Bearbeitung nicht zulässt, trifft den Unternehmensberater darüber eine Aufklärungspflicht. In einem solchen Fall ist der

⁴²⁸ RIS-Justiz RS0037133 (OGH 04.09.2013, 7 Ob 121/13i).

⁴²⁹ OGH 20.02.1979, 5 Ob 524/79.

⁴³⁰ *Doralt in Eschenbach: Umgang mit Unternehmensberatern* 25.

⁴³¹ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBI 2000/441 (*Staudegger*) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁴³² Aber bei anderen Geschäften ist nach hL eine Pflicht zur Aufklärung über die Erfüllbarkeit weitgehend anerkannt, dazu *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 2/96 mwN. So hat etwa der Rechtsanwalt über die Aussichtslosigkeit einer Prozessführung aufzuklären, dazu zB *Reischauer in Rummel*³ § 1299 Rz 18 (Stand 01.01.2007, rdb.at) mwN.

⁴³³ *Völkl/Posch*, Zak 2006, 166.

Dienstnehmer dazu verpflichtet den Dienstgeber umgehend darüber aufzuklären, dass die Aufgabe einer befriedigenden Lösung innerhalb der gesetzten Frist nicht zugänglich ist. Besteht der Dienstgeber weiterhin auf die zu eng gesetzte Frist, so hat der Dienstnehmer innerhalb der vorgegeben Zeit auf ein bestmögliches Ergebnis hinzuwirken und bei Abgabe noch einmal über die Unvollständigkeit der Leistung aufzuklären.⁴³⁴ Der Unternehmensberater hat auch aufzuklären, wenn überflüssige Leistungen Teil des Auftrags sind.⁴³⁵ Eine Aufklärungspflichtverletzung liegt nur bei tatsächlicher Erkennbarkeit dieser Anzeichen vor, nicht schon bei Vorliegen dieser Anzeichen selbst.⁴³⁶ Nicht abschließend geklärt ist, inwieweit es zu den Verpflichtungen des Unternehmensberaters gehört auch über die Sinnhaftigkeit des Auftragsumfangs aufzuklären.

Erkennt der Unternehmensberater, dass geforderte Fähigkeiten die eigenen übersteigen, hat er auch darüber aufzuklären. Übernimmt der Unternehmensberater als Sachverständiger dennoch Tätigkeiten die seine Fähigkeiten überschreiten und klärt über deren Mangel nicht auf, hat er sich Übernahme-fahrlässigkeit vorwerfen zu lassen.⁴³⁷ Der Unternehmensberater hat also immer auch über seine eigene Leistungsfähigkeit⁴³⁸, insb bei Spezialisierungen, aufzuklären.⁴³⁹ Die Grenze der Aufklärungspflicht liegt hier, wie überall, bei der objektiven Zumutbarkeit.

Ebenso hat der Unternehmensberater aufzuklären, wenn eine sog Kollisionsgefahr besteht.⁴⁴⁰ Dies kann in einer Situation der Fall sein, in der der Unternehmensberater Mitbewerber zu ähnlichen Fragestellungen berät. Der Berater hat über diese Tatsache umgehend aufzuklären. Dasselbe gilt für Interessenskonflikte aus anderen Tätigkeiten des Beraters.

⁴³⁴ *Völkl/Völkl, Beraterhaftung*² Rz 2/198.

⁴³⁵ *Doralt in Eschenbach: Umgang mit Unternehmensberatern* 25.

⁴³⁶ Um beurteilen zu können, ob der Berater in der konkreten Situation diese Untauglichkeit überhaupt erkennen hätte müssen, ist eine Angemessenheitsanalyse des Auftrags vorzuschalten, anhand derer ermittelt werden kann, ob der Berater die Anzeichen überhaupt ex-ante hätte erkennen können und müssen. Um zu erkennen, ob die Beratung zweckmäßig ist, muss das Thema der Beratung mit der vorgeschlagenen Untersuchungsmethode und dem in Aussicht genommenen Aufwand in Verhältnis gesetzt werden. Erst nach Durchführung einer solchen Analyse können deutliche Anzeichen für eine Angemessenheit oder Unangemessenheit einer Vereinbarung sprechen. *Völkl/Posch, Zak* 2006, 166.

⁴³⁷ OGH 01.12.1982, 1 Ob 730/82.

⁴³⁸ *Doralt in Eschenbach: Umgang mit Unternehmensberatern* 25.

⁴³⁹ *Völkl/Völkl, Beraterhaftung*² Rz 7/580.

⁴⁴⁰ *Doralt in Eschenbach: Umgang mit Unternehmensberatern* 25.

Im Übrigen gilt, dass der Unternehmensberater über Umstände die mit seiner Leistung nicht unmittelbar im Zusammenhang stehen, wie andere Berater auch, nur dann aufzuklären hat, wenn diese für ihn klar und ohne weitere Nachforschungen erkennbar waren.⁴⁴¹

Aufklärungspflichten werden auch bei anderen beratenden Berufen sehr weit ausgelegt. So kommen dem Steuerberater laut einem höchstgerichtlichen Urteil⁴⁴², nicht nur umfassende Aufklärungspflichten in (steuer)rechtlichen Belangen⁴⁴³ zu, sondern außerdem die Pflicht über sozialversicherungsrechtliche Folgen aufzuklären. Der Rechtsanwalt ist zwar auch zur Vertretung in Steuersachen befugt, man wird aber nicht davon ausgehen können, dass ihm ein dem des StB vergleichbares Detailwissen zukommt, welches seine steuerrechtlichen Grundkenntnisse überfordern würde. Ein Rechtsanwalt hat aber ggf wirtschaftliche Auswirkungen eines von Vertragsparteien beabsichtigten Rechtsgeschäfts zu berücksichtigen und insb über jene Umstände aufzuklären, von denen er annehmen muss, dass sie den Vertragsparteien unbekannt seien.^{444, 445} Auch darf ein Rechtsanwalt die „Wahrung wichtiger Fristen“ nicht seinem Mandanten überantworten.⁴⁴⁶

III.2.c.2.c.3. Warnpflicht

Die Warnpflicht verpflichtet den Berater auf allfällige Risiken hinzuweisen, insb dann, wenn er weiß, der Beratene werde sein weiteres Verhalten vom Inhalt der Empfehlung abhängig machen.⁴⁴⁷

Für den Werkunternehmer ist die Warnpflicht schon gesetzlich im § 1168a ABGB normiert. Der Werkunternehmer hat demnach zu warnen, wenn das vom Werkbesteller zur Verfügung gestellte

⁴⁴¹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/583.

⁴⁴² OGH 04.09.2013, 7 Ob 121/13i; RIS-Justiz RS0037133 (OGH 23.11.1994 1 Ob 637/94); RIS-Justiz RS0026584 (OGH 24.09.1974, 4 Ob 563/74).

⁴⁴³ Ein Rechtsanwalt hat ua deutlich über das Prozessrisiko aufzuklären. Eine aussichtslose Prozessführung kann für einen Anwalt neben disziplinarrechtlichen auch schadenersatzrechtliche Folgen haben.

⁴⁴⁴ OGH 20.04.2010, 1 Ob 53/10s.

⁴⁴⁵ Für den Anwalt entfällt die Pflicht zur Aufklärung, wenn der Mandant „selbst die nötigen Kenntnisse besitzt oder von anderer Seite ausreichend aufgeklärt wurde“. Hirte, Berufshaftung 18.

⁴⁴⁶ OGH 30.11.1983, 1 Ob 785/83.

⁴⁴⁷ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

Material nicht tauglich ist um das Werk damit herzustellen. Eine Warnpflicht trifft somit den Unternehmensberater als Werkunternehmer zB dann, wenn er als Gutachtenersteller die Untauglichkeit der vom Klienten als Werkbesteller zur Verfügung gestellten Information, in seiner Eigenschaft als Fachmann, ohne weitere Untersuchungen vorzunehmen, hätte erkennen müssen.⁴⁴⁸ Diese Warnpflicht besteht auch ggü einem sachkundigen Klienten und wird in ihrer Anwendung auch auf den Dienstleistungsbereich ausgedehnt.⁴⁴⁹

Eine den Unternehmensberater treffende Warnpflicht ist jedenfalls dort anzunehmen, wo die Durchführung von Klientenwünschen nachteilige Folgen für das beratene Unternehmen hätte oder der Unternehmensberater bei fehlender Mitwirkung des Klienten seiner Arbeit nicht nachkommen kann. Gibt der Unternehmensberater im Zuge des Projekts Empfehlungen ab, hat er dabei jedenfalls auch auf die potentiell negativen Auswirkungen einer empfohlenen Maßnahme hinzuweisen und davor zu warnen. Rät er zB dem beratenen Unternehmen zu einer Auslagerung der Produktion, hat er nicht nur auf die positiven kostenseitigen Implikationen hinzuweisen, sondern auch darauf, dass mit einer solchen Entscheidung wirtschaftliche Risiken, wie Veränderungen in der Qualität, erhöhter logistischer Aufwand, sowie Transportkosten verbunden sein können.

Nicht abschließend geklärt ist die Frage inwieweit den Unternehmensberater weitergehende Warnpflichten in Bezug auf Umstände treffen, die aus dem zur Verfügung gestellten Material für einen sachverständigen Unternehmensberater erkennbar sein könnten. Der Unternehmensberater erhält meist umfassende Unterlagen von dem zu beratenden Unternehmen. Theoretisch kann er daraus viele, auch außerhalb seines Beratungsumfangs liegende, Probleme des Unternehmens erkennen. Zu denken ist zB an einen Fall, in dem einem Unternehmensberater, der beauftragt ist die Produktion eines Unternehmens effizienter zu gestalten im Zuge seiner Arbeit auffällt, dass auch die Lagerhaltung ineffizient gestaltet ist. Hat er seinen Auftraggeber darauf hinzuweisen?⁴⁵⁰ Hier ist zu überlegen wie weit eine solche

⁴⁴⁸ OGH 31.03.1977, 6 Ob 725/76.

⁴⁴⁹ OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t: Der Erstbeklagte hatte die Klägerin mit der Lieferung und Montage der Heizungs-, Lüftungs- und Kühlungsanlage in ihrem neuen Betriebsgebäude beauftragt. Der Rechtsstreit bezog sich auf die Zahlung eines Resthonorars idHv 239.435,13 Euro. Die hergestellte Anlage war wegen zu geringer Dimensionierung nicht geeignet, eine erforderliche Kühlung zu gewährleisten. Das Gericht sprach aus, dass der Klägerin eine Warnpflicht über die zu geringe Dimensionierung getroffen hätte.

⁴⁵⁰ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 128.

Warnpflicht gehen kann und ab wann es zu einer ausufernden Sorgfaltspflicht kommt. Der Unternehmensberater verwertet die ihm zur Verfügung gestellte Informationen idR ausschließlich im Rahmen seines Auftrags. Bei der Beurteilung einer Verletzung der Warnpflicht, ist mE daher danach zu unterscheiden, ob die dem Unternehmensberater im Zuge seiner Beratungstätigkeit bekannt gewordenen Informationen im näheren Bereich seines Beratungsauftrags liegen oder nicht. Betrifft die auftretende Auffälligkeit Themen, die vom Unternehmensberater im Zuge seiner beratenden Tätigkeit beim Klienten zu behandeln oder mit dem Beratungsgegenstand eng verbunden sind, so hat er diese in die Erfüllung seiner Beraterpflichten einzuarbeiten. Es ist dem Unternehmensberater mE nach zuzumuten auf solche Umstände und potentielle negative Auswirkungen daraus, soweit diese vorhersehbar sind, warnend hinzuweisen.

Über Missstände, die außerhalb seines Auftragsbereichs liegen und zur Kenntnis gelangen, ist der Berater nach *Exner* ggü dem Klienten jedenfalls nicht verpflichtet zu warnen. *„Ein konkreter Beratungsvertrag könne nämlich nur Verhaltenspflichten begründen, die die Erfüllung der Leistungspflichten ermöglichen und eine ordnungsgemäße Abwicklung des Schuldverhältnisses sichern.“* *Exner* ordnet dem Berater nur dort eine Warnpflicht zu, wo es um Probleme geht, die in irgendeinem Zusammenhang mit dem eigentlichen Auftrag stehen.⁴⁵¹

Meiner Ansicht nach ist bei der Beurteilung der Warnpflicht über Umstände, die außerhalb des engeren vertraglichen Leistungsbereichs liegen weiter zu unterscheiden ob die bekannt gewordenen Umstände eine erhebliche Gefahr für das beratene Unternehmen darstellen. Wo aus den bekannt gewordenen Umständen eine unmittelbare Gefahr für die Existenz des zu beratenden Unternehmens droht, ist eine Warnpflicht mE zu bejahen. Diese ergibt sich schon aus der oftmals lang anhaltenden Vertrauensbeziehung zwischen Berater und Klient. Sind lediglich Optimierungsmöglichkeiten betroffen, ist mE in einem dritten Schritt darauf zu achten, ob eine Warnung dem Unternehmensberater zumutbar war oder nicht. Dabei ist darauf abzustellen mit welchen Begleitumständen eine derartige Warnung verbunden wäre. UU belastet der Unternehmensberater durch Einmischung in ihm nicht zugewiesene Bereiche die Beziehung zu dem Klienten. Jedenfalls hat der Unternehmensberater über wesentliche Umstände aufzuklären, die mit seiner Hauptleistung zwar nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen, aber für ihn klar und ohne weitere Nachforschungen erkennbar sind.

⁴⁵¹ *Exner*, Der Unternehmensberatungsvertrag 128.

Genauso wie Unternehmensberater, unterliegen auch Angehörige anderer beratender Berufe Warnpflichten. Obwohl einem Rechtsanwalt nach der Rsp grds nur die Aufgabe zukommt, *„den an ihn herangetragenen Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht zu prüfen und die nach der Rechtsordnung erforderlichen Schritte zur Verwirklichung des ihm bekannten Geschäftszweckes zu unternehmen“*⁴⁵², wird insb in Deutschland die Rechtsmeinung vertreten, dass Rechtsanwälte verpflichtet sind, *„trotz eingeschränkten Mandats, auch vor Risiken zu warnen, die zwar nicht von ihrem Beratungsvertrag umfasst sind, ihnen aber bekannt oder offenkundig sind, wenn sich der Mandant der ihm drohenden Nachteile nicht bewusst ist.“*⁴⁵³ Der Rechtsanwalt hat über die *„konkreten wirtschaftlichen Gefahren“* und die *„erforderlichen Vorsichtsmaßnahmen“* aufzuklären.^{454 455} Der deutsche BGH⁴⁵⁶ lehnte es iZm dem StB aber ab, Pflichten aus überlegenem Wissen des Beraters abzuleiten. Er stellte fest, dass der StB auch bei Vorliegen eines Dauermandats, nicht verpflichtet sei auf eine Unterdeckung der Handelsbilanz hinzuweisen oder eine Überprüfung in Auftrag zu geben, ob Insolvenzreife bestehe.

Während der Unternehmensberater bei im Vertragsbereich liegenden Umständen mE nach also schon rechtswidrig handelt indem er seine Warnpflicht verletzt, wenn er den drohenden Schaden

⁴⁵² RIS-Justiz RS0026566 (OGH 15.12.1981, 4 Ob 567/81).

⁴⁵³ Rotthege/Wassermann, Unternehmenskauf bei der GmbH (2011) 132 mit Verweis auf BGH 13.02.2003, IX ZR 62/02.

⁴⁵⁴ BGH 01.03.2007, IX ZR 261/03.

⁴⁵⁵ OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92.

⁴⁵⁶ BGH 07.03.2013, IX ZR 64/12; in dem Verfahren ging es um den unterlassenen Hinweis auf eine möglicherweise bestehende Insolvenzantragspflicht. Das Berufungsgericht nahm an, dass der Beklagte aus dem mit der Schuldnerin abgeschlossenen Beratungsvertrag *„nicht die Pflicht hatte, die Schuldnerin auf eine möglicherweise bestehende insolvenzrechtliche Überschuldung und die Pflicht des Geschäftsführers, eine Überschuldungsprüfung in Auftrag zu geben, hinzuweisen.“* Das Gericht sah diese Aufgabe nicht im Ausmaß des Mandats betreffend der *„Wahrnehmung der allgemeinen steuerlichen Interessen“* inbegriffen. Es hielt fest, dass der Berater nicht zu einer über seine steuerlichen Beraterpflichten hinausgehenden allgemeinen wirtschaftlichen Beratung verpflichtet ist, insb nicht zur Feststellung der Überschuldung, die nicht ohne weiteres aus der Bilanz abzulesen ist, sondern komplexe Vorgänge erfordert. Der BGH teilte in diesem Urteil nicht die im Schrifttum mehrheitliche und vereinzelt auch in der Rsp vertretene Auffassung, *„der Steuerberater habe im Rahmen seiner Vertragspflichten zur Beratung und Schadensverhütung kraft seines überlegenen Wissens den Geschäftsführer einer GmbH darüber aufzuklären, dass er verpflichtet sei, zur Klärung der Insolvenzreife eine Überschuldungsbilanz aufzustellen und bei Feststellung der Überschuldung die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft fristgerecht zu beantragen, wenn Überschuldung der Gesellschaft gemäß § 19 Abs 2 InsO unmittelbar drohe oder bereits eingetreten sei.“* Man könne die vertragliche Nebenpflicht den Mandanten vor Schaden zu bewahren, dbzgl nicht derart stark ausweiten. Die Annahme es treffe den StB eine *„Hinweispflicht kraft überlegene Wissens“* oder seiner *„besonderen Autorität“* ist nicht gerechtfertigt. Ein überlegenes Wissen im Hinblick auf die Überschuldung kann nicht angenommen werden, es steht vielmehr hinter dem des Geschäftsführers zurück, dessen originäre Aufgabe es ist die Zahlungsfähigkeit und eine etwaige Überschuldung im Auge zu behalten.

hätte erkennen können, wird bei außerhalb seiner vertraglichen Verpflichtung liegenden Umständen nur bei tatsächlichem Erkennen und bewusstem Verschweigen Rechtswidrigkeit begründet. Jedenfalls nicht verlangt werden kann, dass der Unternehmensberater über alle Gegebenheiten, die ihm im Zuge seiner Tätigkeit theoretisch zur Kenntnis gelangen könnten, zu warnen hat. Fällt dem besonders geschulten und erfahrenen Spezialisten bspw ein kleiner Fehler auf und erkennt er, dass sich dieser Fehler zu einem größeren Schaden auswachsen könnte, weist aber dennoch nicht darauf hin, obwohl ihm dies ohne Aufwand von Zeit oder Geld jederzeit möglich gewesen wäre, hat er die Verantwortung dafür zu tragen.⁴⁵⁷ Hier haftet der Sachverständige auch für Unterlassung.

Unbestritten ist, dass „eine allfällige Warnpflichtverletzung des Unternehmensberaters nicht unbefristet fortwirkt.“⁴⁵⁸

III.2.c.2.c.4. Verschwiegenheitspflicht

Verschwiegenheitspflichten sind in der Unternehmensberatung überaus bedeutend und werden zumeist ausdrücklich vertraglich vereinbart. Um eine sachgerechte Beratung überhaupt erst zu ermöglichen ist das beratene Unternehmen gefordert sich mit vielen wichtigen internen Informationen und Betriebsgeheimnissen ggü dem Unternehmensberater zu öffnen. Der Unternehmensberater ist in diesem Fall ein außenstehender Dritter, von dem womöglich auch direkte Konkurrenten des Klienten beraten werden. Es erübrigt sich zu erklären, dass der Klient ein starkes Interesse daran hat, dass vertrauliche Informationen aus seinem Unternehmen nicht an Dritte weitergegeben oder in unzulässiger Weise, dh über den Vertragszweck hinaus, vom Unternehmensberater genützt und verwertet werden.⁴⁵⁹ Die Brisanz und Dringlichkeit Regelungen über die Verschwiegenheit zu treffen kommt daher große Bedeutung zu.

Bei Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen handelt es sich um „alle im Zusammenhang mit dem Betrieb stehenden Tatsachen, die nicht offenkundig sind und die nach dem bekundeten Willen des Klienten geheim gehalten werden sollen.“⁴⁶⁰ Unter nicht offenkundigen Tatsachen sind jene zu

⁴⁵⁷ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/35.

⁴⁵⁸ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39; Mehr dazu im Kapitel III.2.b. „Kausalität“.

⁴⁵⁹ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 109.

⁴⁶⁰ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 120.

verstehen „die weder allgemein bekannt noch derart zugänglich sind, dass jeder daran Interessierte die tatsächliche Möglichkeit hat, sich unter Zuhilfenahme lauterer Mittel von ihnen Kenntnis zu verschaffen.“ Eine Tatsache wird selbstverständlich nicht schon dadurch offenkundig, dass sie dem Unternehmensberater mitgeteilt wird. Ist bei einer „objektiven Würdigung“ zu erkennen, dass der Beratene ein berechtigtes Interesse daran hat, dass eine Information nicht bekannt wird, so ist diese Information bereits als nicht offenkundig zu werten. Auch ein nicht nachvollziehbares Interesse an Geheimhaltung ist zu respektieren, sofern es für den Berater klar erkennbar ist.⁴⁶¹ Typischerweise bilden Geschäftsunterlagen, Korrespondenzen und vieles mehr Geschäftsgeheimnisse. Alleine der Umstand, dass beim Klienten eine Unternehmensberatung durchgeführt wird, kann schon der Geheimhaltungspflicht unterliegen.

Verschwiegenheitspflichten bestehen in erster Linie ggü Dritten, können aber auch ggü Mitarbeitern des Klienten bestehen. Der Unternehmensberater darf etwa ggü dem Aufsichtsrat ohne Zustimmung des Vorstands keine Informationen weitergeben. Das gleiche gilt ggü Mitgliedern des Betriebsrates.

Haben die Parteien eine generelle Geheimhaltung aller Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Klienten vereinbart, kann eine solche Klausel praktisch einer Berufssperre gleichkommen.⁴⁶²

Gesetzlich ergibt sich ein wettbewerbsrechtlicher Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Klienten aus § 1 UWG, wo es heißt: *„wer im geschäftlichen Verkehr (1) eine unlautere Geschäftspraktik oder sonstige unlautere Handlung anwendet, die geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von Unternehmen nicht nur unerheblich zu beeinflussen, oder (2) eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann auf Unterlassung und bei Verschulden auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“* Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung ist, dass der Unternehmensberater das betreffende Wissen des Klienten zu wettbewerbsrechtlich relevanten Zwecken verwertet oder

⁴⁶¹ Indizien hierfür können die Art der Behandlung der Information, die Begrenzung der Mitteilung auf einen bestimmten Personenkreis, die Intensität der Sicherheitsmaßnahmen oder ein sonstiges Geheimnisritual sein. Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 122.

⁴⁶² Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 125.

weitergibt, dh zur Beratung eines Wettbewerbers verwendet, und damit gegen gute Sitten verstößt.⁴⁶³

Die Bestimmung wirft die Frage auf, unter welchen Bedingungen die Weitergabe und Verwertung von Geschäftsgeheimnissen des Klienten gegen die guten Sitten verstößt und bis zu welchem Grad der Unternehmensberater Geschäftsgeheimnisse indirekt im Rahmen weiterer Beratungsprojekte verwerten darf.⁴⁶⁴ Auch stellt sich die Frage, ob das Interesse des Unternehmensberaters an seiner freien Berufsausübung oder das Interesse des Klienten an der Sicherung seines wettbewerblichen Vorsprungs mehr wiegt. Nach der gesetzlichen Wertung hat der Unternehmensberater grds kein schutzwürdiges Interesse an der Weitergabe oder Verwertung eines im Rahmen eines Beratungsauftrags mitgeteilten Geschäftsgeheimnisses. Der Klient gibt seine Geheimnisse ja gerade nur preis, weil er von einer besonders hohen Loyalität und Verschwiegenheit des Unternehmensberaters ausgeht. Jedenfalls sittenwidrig ist idZ die entgeltliche oder unentgeltliche Weitergabe von Klienten-internen Informationen an außenstehende Dritte, solange diese in keinem Zusammenhang zu einem Beratungsprojekt beim Dritten stehen. Besteht hingegen ein direkter Zusammenhang zu dem Beratungsprojekt muss man differenzieren: sittenwidrig ist dann jedenfalls die Weitergabe bloßer Fakten, insb wenn dies für die Beratungstätigkeit nicht unbedingt erforderlich ist. Für die Beratung eines Dritten wird aber nur selten die exakte Zuordnung bestimmter Daten zu einem Klienten notwendig sein. In der Praxis verwenden Unternehmensberater deshalb häufig „bereinigte“ Daten, aus denen Daten einzelner Klienten nicht ersichtlich sind, sondern bspw mit Durchschnittsn gearbeitet wird. Unternehmensberater werden ja uU gerade deshalb eingestellt, weil sie Fach Know-how in einer gewissen Branche aufweisen, in der sie schon zuvor Projekte betreut haben. Das Know-how der beratenen Unternehmen fließt indirekt in die allgemeinen beruflichen Fähigkeiten des Unternehmensberaters mit ein und hat damit natürlich in gewisser Weise Bedeutung für weitere Projekte. Die Grenze ist schwierig zu ziehen. Man muss sich aber wohl daran orientieren können, ob das generierte Wissen aus eigenen gedanklichen Leistungen des Unternehmensberaters herrührt oder ob es direkt vom beratenen Unternehmen kommt. Teilt der Klient direkt eine Struktur mit, die weiterverwendet werden soll, fällt eine Interessensabwägung, wie sie nach

⁴⁶³ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 112.

⁴⁶⁴ Umgekehrt stellt sich auch die Frage, ob der Klient die in seinem Auftrag erarbeiteten Problemlösungen des Unternehmensberaters anderen Unternehmen gegen Entgelt zugänglich machen darf. Dazu mehr bei Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 149.

gesetzlichen Regelungen durchgeführt werden müsste, wohl eher zu Gunsten des Klienten aus, umso mehr wenn die konkrete Struktur eine besondere wettbewerbliche Bedeutung für ihn hat.

IdR vereinbaren Klient und Berater die Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen ausdrücklich auf Vertragsebene um Unklarheiten so weit wie möglich auszuschließen. Der Unternehmensberater kann sich ausdrücklich dazu verpflichten, alle bekannt gewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse, auch nach Vertragsbeendigung, zu wahren. Der entscheidende Vorteil einer expliziten vertraglichen Einigung liegt darin, dass eine Interessensabwägung unterbleiben kann und die Geheimhaltung unabhängig von anderen Umständen gewahrt ist. Eine solche explizite vertragliche Pflicht, kann sich entweder auf alle dem Unternehmensberater im Zuge dieses Vertragsverhältnisses zugegangenen oder nur auf einzelne ausgewählte Informationen beziehen. Die Pflicht kann auch konkludent über das normale Maß hinausgehend erweitert werden, etwa wenn für den Berater erkennbar ist, dass die ihm zugänglich gemachten Informationen für den Klienten besonders sensibel sind oder das Beratungsthema aus Konkurrenzerwägungen besonders vertraulich zu behandeln ist.⁴⁶⁵

Wird ein Unternehmensberater, bspw mit der Betreuung der Übernahme eines Unternehmens, beauftragt und unterläuft ihm vor Abschluss des Geschäfts ein Kommunikationsfehler, wie etwa eine falsch adressierte E-Mail Sendung, durch die vertrauliche Informationen öffentlich bekannt werden, kann ein Schaden durch einen deutlich niedrigeren erzielbaren Übernahmepreis eintreten. Der Auftraggeber kann den Unternehmensberater in weitere Folge auf Schadenersatz klagen. Das Bekanntwerden kann auch weitere Nachteile für das zu übernehmende Unternehmen, wie zB im Wettbewerb am Markt, auslösen.

Selbstverständlich gibt es auch Grenzen zur Verschwiegenheitspflicht. Dies ist natürlich im Strafverfahren der Fall, kann aber auch in Haftpflichtprozessen so sein. Die Verschwiegenheitspflicht ist aber auch zeitlich begrenzt. Ist das Geheimnis allgemein bekannt, entfällt die Geheimhaltungspflicht, genauso wenn nicht einmal der betroffene Klient mehr Interesse an der Wahrung der Pflicht hat.

Werden Verschwiegenheitspflichten schuldhaft verletzt, so kann der Verletzte Ersatz des ihm daraus entstandenen Schadens und mit Strafdrohung Unterlassung einer wiederholten gleichartigen Pflichtverletzung verlangen. Außerdem kommt eine fristlose Kündigung des

⁴⁶⁵ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/580.

Beratungsvertrags durch den Verletzten in Betracht, wenn es ihm an Vertrauen mangelt die Geschäftsbeziehung weiter aufrecht zu halten.⁴⁶⁶

Angesichts der potentiell schwerwiegenden Folgen einer Verletzung von Verschwiegenheitspflichten, werden häufig Vertragsstrafen für den Bruch von Verschwiegenheitspflichten vereinbart um den erfahrungsgemäß schwer anzutretenden Nachweis des Schadens in einem Schadenersatzprozess zu umgehen. Der Begünstigte wird so pauschal für die Verletzung einer Vertraulichkeitsregelung entschädigt. Ist die Vertragsstrafe ausreichend hoch, entfaltet sie abschreckende Wirkung.

III.2.c.2.c.5. Sonstige Pflichten

Den Unternehmensberater trifft eine Herausgabepflicht in Bezug auf alle Unterlagen und Gegenstände, die ihm im Zuge seiner Beratertätigkeit durch den Klienten zur Verfügung gestellt wurden.

III.2.c.3. Die Rechtswidrigkeit am Beispiel von OGH 4 Ob 265/99w

Der vom OGH im Jahr 1999 entschiedene Fall 4 Ob 265/99w⁴⁶⁷ soll im Folgenden dazu dienen, Haupt- und Nebenleistungspflichten anhand eines konkreten Fallbeispiels herauszuarbeiten und mögliche Pflichtverletzungen darzustellen.

Der Sachverhalt gestaltete sich wie folgt: Die Betreiberin, zuerst eines, später zweier, Schreibwarengeschäfte, als Klientin, begehrte vom Beklagten, einem Unternehmensberater, Schadenersatz idHv 5 Millionen ATS sA⁴⁶⁸. Der Beratungsauftrag lag in der „betriebswirtschaftlichen Betrachtung“ des Unternehmens. Außerdem bestand der Auftrag darin eine „Budget- und Finanzplanung für den bestehenden und einen [weiteren] geplanten Firmenstandort“ zu erstellen. Als Beratungsumfang wurde, nach mehreren Verhandlungen, ein Zeitraum von jeweils acht Stunden pro Analyse festgelegt. Der Beklagte erstattete seinen Bericht auf Basis der ihm bekannt gegebenen Daten und verfasste einen Katalog mit Verbesserungsmaßnahmen für den Klienten. Ziele der Budget- und Finanzplanung wurden von

⁴⁶⁶ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 193.

⁴⁶⁷ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁴⁶⁸ Dies entspricht heute etwa 360.000 Euro. Die Klägerin hatte in den auf die Beratung folgenden Jahren bei dem bestehenden Standort immer größer werdende Verluste erwirtschaftet und Investitionen in den neuen Standort getätigt, sodass der Schuldenstand von 2 Millionen ATS auf 7 Millionen ATS angestiegen war.

Seiten der Klägerin vorgegeben und der notwendige Umsatz auf dessen Basis vom Unternehmensberater hochgerechnet. Standort- und Marktanalysen wurde nicht durchgeführt. Die Unternehmerin eröffnete einige Zeit nach der Beratung den geplanten zweiten Unternehmensstandort. Zehn Jahre später schloss sie beide Standorte wegen Unrentabilität und brachte in der Folge eine zivilrechtliche Klage ein, in der sie Ersatz für „*Verluste aus dem Aufrechterhalten des (gesamten) Geschäftsbetriebes*“ begehrte. Dem Unternehmensberater warf sie in der Klage Folgendes vor:

- Mangelhafte Empfehlungen abgegeben und unvollständig beraten zu haben
- Unzureichend über den Vertragsinhalt aufgeklärt zu haben
- Die Warnpflicht hinsichtlich der Weiterführung des bestehenden Geschäftsstandorts und der Eröffnung eines weiteren Standorts verletzt zu haben

Die Vorwürfe bezogen sich somit sowohl auf die Verletzung von Haupt-, wie auch Nebenleistungspflichten. Im Folgenden soll genauer auf die jeweiligen Vorwürfe bzgl der Verletzung dieser Pflichten eingegangen werden.

III.2.c.3.a. Verletzung der vertraglichen Hauptleistungspflichten

Betreffend des Vorwurfs, dass der Unternehmensberater mangelhafte Empfehlungen abgegeben und unvollständig beraten habe, bezogen sich durch die Betreiberin des Papierwarengeschäfts geltend gemachten Pflichtverstöße insb auf die Erstellung der Planungsunterlagen iZm der Eröffnung des weiteren Standorts. Konkret warf die Beratene dem Unternehmensberater vor:

- er habe die falsche Ansicht vertreten, dass für eine Geschäftseröffnung Eigenkapital nicht erforderlich sei,
- er habe Umsatzzahlen willkürlich und ohne jede Grundlage festgesetzt und
- er habe im Zuge seiner Beratung keine „*Markt-, Potential-, Konkurrenz oder Portfolioanalyse, keinen Chancen-Risiken-Katalog, kein Stärke-Schwäche Profil und keine Bedarfserhebung*“ erstellt

Auf die ersten beiden Anschuldigungen ging das Höchstgericht in seinem Urteil nicht näher ein. Ausgesprochen hat es sich aber über die Unterlassung des Beraters hinsichtlich der Durchführung von Analysen und einer dahingehenden Verletzung seiner vertraglichen Sorgfaltspflichten. Der OGH vertrat die Ansicht, dass in der „*Unterlassung der Beratung der Klägerin betreffend die*

Durchführung von Markt-, Standort und ähnlichen Analysen nur dann eine haftungsauslösende Sorgfaltswidrigkeit des Beklagten liegen kann, wenn eine solche Beratung zur Erfüllung des konkreten Auftrags jedenfalls geboten war.“ Somit wäre der Beklagte von der Haftung befreit, wenn die Klägerin von der Notwendigkeit einer derartigen Analyse, Kenntnis hatte und trotzdem keinen entsprechenden Auftrag erteilte.

In dem konkreten Fall gab es keine Indizien, die darauf hindeuten, dass solche Analysen jedenfalls geboten gewesen waren. Die Pflichtgemäßheit der Beratungsleistung muss außerdem auch in Zusammenschau mit der Gegenleistung beurteilt werden. Laut vorliegendem Sachverhalt, wurden mehrere Angebote des Beraters im Laufe der Vertragsverhandlungen als zu teuer verworfen. Die Parteien einigten sich schlussendlich auf ein Beratungsausmaß mit einem Zeitaufwand von jeweils acht Stunden pro Bericht. Zum Umfang des Beratungsauftrags enthalten die höchstgerichtlichen Ausführungen leider keine näheren Angaben. Der OGH vertrat in seiner Begründung aber die Auffassung, dass die Klienten *„bei dem jeweils vereinbarten geringen Zeitaufwand für die Beratung nicht einen jedes Detail umfassenden Leistungsumfang erwarten durften“*.⁴⁶⁹ Eine Erstellung detaillierter Analysen, wie *Markt-, Potential-, Konkurrenz oder Portfolioanalyse*, konnte deshalb durch die Klientin zu keinem Zeitpunkt erwartet werden. Das Gericht stellte somit auch keine Verletzung der Hauptleistungspflichten fest.

III.2.c.3.b. Verletzung der vertraglichen Aufklärungspflicht

Betreffend des Vorwurfs unzureichend über den Vertragsinhalt aufgeklärt zu haben, bekämpfte der Beklagte die Auffassung des Berufungsgerichts, er wäre verpflichtet gewesen, ggü der Klägerin darzulegen, was nicht Gegenstand seines Auftrags sei. Die Beratene warf dem Unternehmensberater vor, es unterlassen zu haben eine Angemessenheitsanalyse zwischen Beratungsauftrag und gewünschtem Ergebnis durchzuführen. Die Klientin sei davon ausgegangen ihr gewünschtes Ergebnis mit dem vereinbarten Auftragsumfang erreichen zu können, was nicht der Fall war.

Daraus ergibt sich die Frage, ob der Unternehmensberater in diesem Fall verpflichtet gewesen wäre, nach Durchführung einer Angemessenheitsanalyse über das offensichtliche Missverhältnis zwischen Beratungsmethode und -ziel aufzuklären oder davon ausgehen konnte, dass die Beratene über diesen Umstand schon deshalb aufgeklärt war, weil das ursprüngliche Angebot sich

⁴⁶⁹ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

auf eine größere Stundenanzahl bezog und eine Reduzierung der Stunden bei gleich bleibendem Stundensatz ja nur eine Reduzierung des Beratungsumfangs bedeuten konnte. In den Vertragsverhandlungen wurde nämlich lediglich der Beratungsumfang in Stunden, nicht jedoch das Beratungsziel verringert.

Eine Beratung im Ausmaß von insgesamt sechzehn Stunden war von vornherein vollkommen untauglich und ungeeignet um das gewünschte Beratungsziel „betriebswirtschaftliche Gesamtdurchleuchtung“ zu erreichen.⁴⁷⁰ Zumindest konnte die Unternehmerin sich davon keinen wesentlich besseren Überblick über ihr Unternehmen erhoffen als sie es davor ohnehin schon hatte. Das Verhältnis zwischen Ziel, Methode und Umfang der Leistung war ex ante ungeeignet um den Leistungszweck des Auftrags zu erfüllen. Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, ob der Unternehmensberater in diesem Fall über die Folgen der Einschränkung des Umfangs des Beratungsauftrags im Hinblick auf die Qualität des Ergebnisses aufgeklärt hat. Fest steht jedoch, dass immer nur der Umfang des Auftrags, nicht aber das Ziel eingeschränkt wurde. Fraglich ist, wem das Risiko einer solchen Untauglichkeit zuzuordnen ist, wenn dieses für beide Parteien deutlich erkennbar war.

Das Höchstgericht ging davon aus, dass das Risiko bei der Klientin lag und sie das offensichtliche Missverhältnis zwischen Auftragsumfang und dafür veranschlagter Zeit hätte erkennen müssen. Folglich musste auch keine Aufklärung darüber erfolgen, weil die Klientin als Unternehmerin über „ausreichende wirtschaftliche (Grund)kenntnisse verfüge.“⁴⁷¹ Fraglich ist, ob diese Kenntnisse wirklich unterstellt werden konnten, nachdem der Auftragsumfang nicht über eine Aufklärung „betriebswirtschaftlicher Selbstverständlichkeiten“ hinausging.^{472, 473}

Der OGH stellte fest, dass eine sorgfaltswidrige Unterlassung einer solchen Empfehlung zur Ausweitung des Vertragsgegenstands nur dann haftungsbegründend sei, wenn „aus den dem Beklagten damals zur Verfügung stehenden Unterlagen klar erkennbar gewesen wäre, dass eine

⁴⁷⁰ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

⁴⁷¹ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

⁴⁷² Die Rsp geht davon aus, dass ggü Laien eine erweiterte Aufklärungspflicht besteht vgl Reischauer in Rummel³ § 1299 Rz 16 (Stand 01.01.2007, rdb.at). Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass den Berater bei einem sachverständigen Klienten weniger starke Aufklärungspflichten treffen.

⁴⁷³ Es ist aber auch denkbar, dass es der Klientin lediglich um ein günstiges Gefälligkeitsgutachten ging, auf dessen Grundlage eine Kreditgewährung zur Finanzierung der Geschäftserweiterung erleichtert werden sollte.

Fortführung des Unternehmens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aussichtslos sein muss und zu keinem wirtschaftlichen Erfolg führen kann.“ Schließlich hielt der OGH fest, dass „*der Unternehmensberater davon ausgehen durfte, dass die Klientin als Unternehmerin über weitreichende wirtschaftliche (Grund-)Kenntnisse verfügte*“. Stimmt man dem OGH bei dieser Feststellung zu, stellt sich die Frage „*welches Interesse eine erfahrene Unternehmerin an der Erstellung eines rudimentären Gutachtens über ihren Betrieb haben konnte*“⁴⁷⁴, und folglich die Sinnhaftigkeit des Engagements überhaupt. Konnte die Klientin bei einem derart weit gefassten Auftragsumfang und engen Zeitrahmen überhaupt erwarten, dass sich aus der Beratung Erkenntnisse ergeben, die ihr nicht ohnehin schon bekannt waren? Oder hätte dem Berater aus dem Auftragsinhalt, der sich auf basis-betriebswirtschaftliche Dinge bezog, vielmehr klar sein müssen, dass es sich bei seiner Klientin um eine betriebswirtschaftliche Laiin handelte? ME hätte der Berater das Missverhältnis zwischen der zeitlichen Komponente des Beratungsauftrags und dem uneingeschränkten Auftragsinhalt jedenfalls ex-ante erkennen und darüber aufklären müssen. In diesem Sinne trifft ihn ME somit jedenfalls eine Aufklärungspflichtverletzung, gegen die die Verantwortlichkeit der Klientin für das Erkennen dieses offensichtlichen Missverhältnisses „gerechnet“ werden muss. Im Prozess wäre es an der Klientin gelegen zu beweisen, dass sie den Auftragsumfang bei pflichtgemäßer Aufklärung ausgeweitet hätte.⁴⁷⁵ In der Praxis wäre dieser Beweis aber schwer zu führen gewesen, da sie das Erstangebot bereits aus Kostengründen abgelehnt hatte. Bei vollkommener Wertlosigkeit der Leistung hätte sie aber immerhin das Beratungsentgelt zurückfordern können.⁴⁷⁶

Während das Berufungsgericht noch eine Verletzung der Aufklärungs- und Warnpflichten durch den Berater in Betracht zog, weil dieser dem Kunden nicht dargelegt habe, was vom Vertrag nicht umfasst sei, reduzierte der OGH die Aufklärungspflicht auf das allgemein übliche Maß, indem er feststellte, dass eben keine Pflicht dazu bestünde, den Vertragspartner über alle Umstände, die seinen Willen beeinflussen können, aufzuklären.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

⁴⁷⁵ Das ergibt sich aus dem Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens; Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

⁴⁷⁶ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

⁴⁷⁷ Staudegger, JBL 2000, 441.

III.2.c.3.c. Verletzung der vertraglichen Warnpflicht

Im dem vorliegenden Fall⁴⁷⁸, warf die Klägerin dem Beklagten außerdem eine Verletzung der ihm als Unternehmensberater zukommenden Warnpflichten vor. Der Vorwurf bezog sich konkret darauf, dass der Unternehmensberater seine Pflichten verletzt habe, indem er seine Klientin nicht vor einer Betriebsfortführung gewarnt habe. Bei richtiger Beurteilung wäre es aus Sicht der Klägerin bereits im Zeitpunkt der Leistungserbringung erforderlich gewesen der Klientin den Rat zur Liquidation des Unternehmens zu erteilen. Überdies hätte der Beklagte, nach Meinung der Klägerin, vor der Eröffnung eines neuen Firmenstandorts warnen müssen.

Der beklagte Unternehmensberater brachte idZ vor, dass kein ausdrücklicher Auftrag erteilt wurde, „zu überprüfen, ob der bestehende Betrieb zuzusperren oder ein weiterer zu eröffnen sei.“ Ebenso sei es nicht von der Beratungsleistung umfasst gewesen, „eine betriebswirtschaftliche Überprüfung des weiteren Standorts und der Machbarkeit der Zusatzinvestitionen vorzunehmen“. „Die an den Beklagten erteilten Aufträge hätten nur dazu gedient, auf Grund von bekannten Größen wie Fixkosten, resultierend aus Personal-, Miet- und Betriebskosten, Einrichtungskosten sowie Finanzierungskosten den notwendigen Umsatz abzuleiten; es sei jedoch nicht Gegenstand des Auftrags gewesen, eine Grundlagenforschung einschließlich einer genauen Marktanalyse durchzuführen. Im Hinblick auf diesen Inhalt und den Umfang des Beratungsauftrags, den die Klägerin dem Beklagten erteilt habe, bedeute es eine Überspannung des Haftungsmaßstabs, wenn man den Beklagten als Unternehmensberater dafür verantwortlich mache, nicht gewarnt zu haben. Es sei vielmehr Aufgabe des Beklagten gewesen, im Rahmen des ihm erteilten Auftrags Hilfestellungen zu geben und Zahlenmaterial zu liefern, dessen Beurteilung dann der Klägerin selbst oblegen wäre“. Lediglich grds sei darüber gesprochen worden, ob es wirtschaftlich möglich sei ohne Eigenkapital einen weiteren Standort zu finanzieren, was der Unternehmensberater grds bejahte. Der Beklagte brachte zur Warnpflicht weiters vor, dass der langjährige Bestand des Unternehmens iVm dem Vorhaben Schulden abzubauen ihn nicht veranlasst habe, Sorge um das Weiterbestehen des Unternehmens zu haben. Aufgrund der ihm vorliegenden Zahlen hätte es keinen Grund gegeben zu warnen.⁴⁷⁹

⁴⁷⁸ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁴⁷⁹ Diese Ansicht wurde im Prozess dann auch von einem externen Gutachten bestätigt.

Das Gericht lehnte das Bestehen einer Warnpflicht des Unternehmensberaters ggü seiner Klienten betreffend die Fortführung des bestehenden Standorts bzw der Erweiterung der Geschäftstätigkeiten auf einen neuen Standort ab. Das Gericht begründete seine Entscheidung damit, dass den Unternehmensberater „*keine generelle Pflicht treffen würde, auf ein zukünftiges Verlustrisiko hinzuweisen*“, sondern eine solche Pflicht vielmehr erst dann besteht, wenn sich ein konkretes Verlustrisiko oder eine konkrete Gefährdung für das Unternehmen der Klägerin abzeichnet. Der Unternehmensberater habe alle Beratungspflichten aus Vertrag erfüllt, der Unternehmer demnach selbst für die wirtschaftlichen Folgen seiner Entscheidungen einzustehen

Um die Verletzung einer Warnpflicht hinsichtlich der Fortführung des bestehenden Standorts sachgemäß zu prüfen, muss festgestellt werden ob es dem Beklagten aus den damals von der Klägerin zur Verfügung gestellten Informationen möglich war objektiv vorauszusehen, dass eine Fortführung des Unternehmens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit aussichtslos war. Auch stellt sich die Frage, ob die Aufklärung über das Verlustrisiko in diesem konkreten Fall eine Nebenleistungspflicht oder doch eine selbstständige Teilleistungspflicht aus dem Beratungsvertrag in der Sache „*Schwerpunkt betreffend Budgeterstellung für den bestehenden und geplanten Standort*“ darstellt. Eine Budgeterstellung besteht typischerweise darin, dem Klienten einen möglichst guten Überblick über die wirtschaftlichen Aussichten seines Unternehmens zu geben. Dies jeweils in jenem Umfang und jener Genauigkeit, den der Beratungsvertrag vorsieht.⁴⁸⁰ Während von dem Berater bei einem Beratungsumfang von bloß acht Stunden jedenfalls keine große Akribie in seinen Analysen und Schlussfolgerungen zu erwarten war, muss überlegt werden wie offensichtlich die negative wirtschaftliche Entwicklung des Unternehmens war und ob es dem Berater auch zuzumuten war eine derartige Schlussfolgerung in diesem Zeitrahmen zu treffen.

Bei der Beurteilung der Pflicht des Unternehmensberaters vor der Eröffnung eines weiteren Standorts zu warnen, ist erstens zu analysieren, ob sich daraus für die Unternehmerin eine unmittelbar drohende Gefahr ergab, zweitens, ob diese für den Berater auch erkennbar war und drittens ob eine solche Untersuchung überhaupt zum Vertragsgegenstand geworden ist oder zumindest im Rahmen anderer Aufgabenstellungen mit zu bedenken gewesen wäre.

⁴⁸⁰ Völkl/Posch, Zak 2006, 166.

III.2.c.4. Prozessuales/Beweislast

Das Thema der Behauptungs- und Beweislast in Bezug auf die Rechtswidrigkeit der zur Begründung der Schadenersatzklage vorgebrachten Verhaltensweise und insb die Anwendbarkeit der Regelung zur Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB sind heftig umstritten.⁴⁸¹ Grds wird davon ausgegangen, dass die Beweislast beim Geschädigten liegt, die Umkehr also nicht anwendbar ist. Argumentiert wird, dass § 1298 ABGB wegen Vorliegens einer Sorgfaltsverbindlichkeit, die bei Beratungsverhältnissen idR geschuldet wird, und damit mangels eines Erfüllungsanspruchs unanwendbar sei. § 1299 ABGB führt somit nach der hM keine Umkehr der Beweislast iSd § 1298 ABGB, normiert aber einen „Maßstab für die Beurteilung der vom Sachverständigen anzuwendenden Sorgfalt.“⁴⁸² Die Beweislast für Unterschreitungen des Sorgfaltsmaßstabs trifft dabei immer denjenigen, der daraus Ansprüche ableitet, jene für die Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt den zur Sorgfalt Verpflichteten.⁴⁸³

Im Falle der Unternehmensberatung hätte also der geschädigte Beratene den Nachweis zu führen, dass vom Berater ein anderes Verhalten gefordert gewesen wäre.⁴⁸⁴ Der OGH sprach idZ dahingehend aus, dass der Geschädigte zu beweisen habe „dass der Schädiger sich in einer konkreten Lage nur in einer bestimmten Weise rechtmäßig verhalten hätte, sich aber tatsächlich anders verhalten hat.“⁴⁸⁵ Dem Schädiger obliegt hingegen der Entlastungsbeweis, also etwa der Nachweis eines besonderen, die Rechtswidrigkeit ausschließenden Umstands. Auch beim Einwand des rechtmäßigen Alternativverhaltens hat der Schädiger nachzuweisen, dass der Schaden bei

⁴⁸¹ Der Rechtsstreit basiert insb auf der Tatsache, dass die Verfasser des ABGB nicht deutlich zwischen Verschulden und Rechtswidrigkeit unterschieden haben, weshalb der Wortlaut „Verschulden“ nicht eindeutig aus dem Wortlaut alleine ausgelegt werden kann. Insoweit ist der Wortlaut „Verschulden“ daher nicht eindeutig. Kodek in Kletečka/Schauer^{1,02}, § 1298 Rz 11 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

⁴⁸² Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 60.

⁴⁸³ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁴⁸⁴ Lukas, JBl 1994, 62; OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92: Der beklagte Parteienvertreter hätte in diesem Fall also den Nachweis zu führen gehabt, dass die vom Beklagten vertraglich geschuldete Interessensverfolgung ein anderes Verhalten, nämlich das Einholen eines Sachverständigengutachtens, erfordert hätte.

⁴⁸⁵ RIS-Justiz RS0026338 (OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92).

rechtmäßigem Verhalten ebenso eingetreten wäre.⁴⁸⁶ Auch für ein von ihm behauptetes Mitverschulden des Beratenen trifft den Schädiger die Beweislast.

⁴⁸⁶ *Kodek in Kletečka/Schauer*^{1.02} § 1293 Rz 15 (Stand 01.01.2016, rdb.at).

III.2.d. Verschulden

III.2.d.1. Allgemeines

Wurde ein kausal verursachter Schaden festgestellt, der auf dem rechtswidrigen Verhalten eines Unternehmensberaters beruht, bleibt noch die Frage über das Verschulden des Beraters zu klären.

Nach dem im ABGB verankerten Prinzip der Verschuldenshaftung ist das Vorliegen eines schuldhaften und somit „persönlich vorwerfbaren“ rechtswidrigen Verhaltens ein essentieller Bestandteil für die Begründung von Schadenersatz. Während bei der Rechtswidrigkeit die Tat beurteilt wird, wird beim Verschulden über den Schädiger abgesprochen.⁴⁸⁷ Schuldhaft handelt, wer sein rechtswidriges Verhalten „hätte vermeiden können“⁴⁸⁸, dies aber nicht getan hat. Voraussetzungen für die Schuldhaftigkeit bilden einerseits die Deliktsfähigkeit des Schädigers und andererseits die subjektive Vorwerfbarkeit des rechtswidrigen Verhaltens.⁴⁸⁹

Die Deliktsfähigkeit des Schädigers, stellt auf die Fähigkeit ab, im Zeitpunkt der Tathandlung einen „vernünftigen Willen“ zu bilden und damit „durch eigenes Verhalten schadenersatzpflichtig zu werden.“⁴⁹⁰ Nur ein vom Willen beherrschbares⁴⁹¹, rechtswidriges Handeln oder Unterlassen kann eine schuldhafte Handlung im Rechtssinn darstellen. Die Deliktsfähigkeit bildet sich einerseits durch geistige Reife und hängt andererseits vom Geisteszustand im Moment der Tathandlung ab. Der Zustand der vollen geistigen Reife, der gem § 153 ABGB bei geistig Gesunden mit Vollendung des vierzehnten Lebensjahres erreicht wird,⁴⁹² liegt beim Unternehmensberater idR vor und muss hier nicht weiter thematisiert werden. Ein vorübergehend gestörter Geisteszustand, nämlich Geisteskrankheit, Geistesschwäche oder vorübergehende Sinnesverwirrung, können den Zustand

⁴⁸⁷ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1413.

⁴⁸⁸ Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger, Kurzkomentar zum ABGB⁴ (2014) § 1294 Rz 7.

⁴⁸⁹ Welser/Zöchling-Jud, Bürgerliches Recht II¹⁴ Rz 1414.

⁴⁹⁰ Koch in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁴ § 18 Rz 2.

⁴⁹¹ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 5/1. Nicht vom Willen beherrschbar sind etwa Reflexbewegungen oder durch Zwang herbeigeführtes Verhalten. Solche Verhaltensweisen werden nicht als Handlung im Rechtsinn gesehen.

⁴⁹² Das Gesetz unterscheidet zwischen mündigen und unmündigen Minderjährigen. Nach § 153 ABGB sind mündige Minderjährige, Personen über 14 Jahren, grds verschuldensfähig. Unmündige Minderjährige, unter 7 Jahren, Kinder idS Gesetzgebers, sind nach § 21 ABGB geschäfts- und deliktsunfähig.

der Deliktsfähigkeit jederzeit unterbrechen. Sobald wieder ein ordentlicher Geisteszustand hergestellt ist, kann die Deliktsfähigkeit danach wieder aufleben.⁴⁹³

Die subjektive Vorwerfbarkeit bzw der Willensmangel stellen darauf ab, ob der Schädiger nach seinen subjektiven Fähigkeiten eine konkrete Möglichkeit hatte sich rechtmäßig zu verhalten. Es wird über die bloße Deliktsfähigkeit hinaus geprüft, ob er persönlich in der Lage war ein anderes, rechtmäßiges, Verhalten an den Tag zu legen. Im Regelfall dient als Vergleichsverhalten dafür das übliche Verhalten der betroffenen Person. Weicht dieses ab und war dem Beschuldigten in der konkreten Situation ein anderes Verhalten zumutbar liegt Verschulden vor.

In den Fällen der Vertrags-, Gefährdungs- und Sachverständigenhaftung bei leichter Fahrlässigkeit liest man häufig, dass die Verschuldensprüfung nach objektiven Kriterien erfolgt. Gemeint ist, dass auf ein objektiviertes Vergleichsverhalten abgestellt wird. Um die Rechtswidrigkeit des Verhaltens zu begründen, wird nicht auf das subjektive Vermögen einer Einzelperson, sondern auf die objektiven Fähigkeiten einer ganzen Berufs- oder Menschengruppe abgestellt, indem das tatsächliche Verhalten mit dem eines Maßmenschen verglichen wird. Dennoch bleibt die Verschuldensprüfung aber immer subjektiv. Der Maßstab des § 1299 ABGB ist somit sehr wohl subjektiv, bloß die vom Schädiger zu widerlegende Vermutung, der Grad der geschuldeten Aufmerksamkeit und des Fleißes, sind auf Rechtswidrigkeitsebene objektiv zu beurteilen.⁴⁹⁴

Das Vorliegen von Rechtswidrigkeit indiziert nicht automatisch ein schuldhaftes Verhalten. Rechtswidriges Verhalten wird dann nicht subjektiv zugerechnet, wenn entweder Deliktsfähigkeit nicht vorliegt, oder das Vorliegen von besonderen Umständen eine subjektive Zurechnung der Rechtswidrigkeit wegen Unzumutbarkeit sorgfaltsgemäßen Verhaltens verhindert.

⁴⁹³

Gem § 1310 ABGB haftet primär die Aufsichtsperson, wenn diese ihre Aufsichtspflicht nach § 1309 ABGB verletzt hat. Der Deliktsunfähige haftet weiterhin subsidiär, wenn er entweder trotz prinzipieller Deliktsunfähigkeit das Unrecht seiner Tat im Einzelfall doch einsehen konnte, wenn der Geschädigte aus Rücksicht auf den Schädiger die Verteidigung unterlassen hat oder wenn ein Vermögensvergleich zwischen Schädiger und Geschädigtem ergibt, dass aufgrund höherer wirtschaftlicher Tragfähigkeit der Schädiger imstande ist, den Schaden nach dem Prinzip der Billigkeitshaftung zu tragen. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Deliktsfähigkeit.

⁴⁹⁴

Die Österreichische Rechtsordnung ist eine der wenigen, die über einen subjektiven Verschuldensgrad, wie er in § 1297 ABGB normiert ist, verfügt. Die meisten anderen, so wie auch die Deutsche, haben das Verschulden in allen Bereichen objektiviert, was im Extremfall zu Haftung eines Minderjährigen oder einer geistigen beeinträchtigten Person führen kann.

Das dem Schädiger vorzuwerfende Verschulden kann in verschiedenen Ausprägungen auftreten. Der Grad des Verschuldens ist bestimmend für den Umfang der Ersatzpflicht. Neben dem Ausgleichsprinzip zieht das Schadenersatzrecht dabei auch präventive Gedanken in Erwägung.⁴⁹⁵

§ 1294 ABGB unterscheidet zwischen „Vorsatz“ und „Fahrlässigkeit“. Abgrenzungsmerkmal zwischen diesen beiden Verschuldensgraden ist jeweils das Ausmaß der subjektiven Vorwerfbarkeit des Verhaltens. Vorsätzlich handelt derjenige, der mit Wissen und Wollen einen Schaden verursacht. Vorsatz liegt dann vor, wenn *„der Täter den schädlichen Erfolg vorhersah und diesen Erfolg auch billigte“*. Für vorsätzliches Verhalten genügt *dolus eventualis*, somit dass der Schädiger den Schadenseintritt ernstlich für möglich hält, und diesen auch billigend in Kauf nimmt.⁴⁹⁶ Zudem muss sich der Schädiger auch der Rechtswidrigkeit seiner Handlung bewusst sein.⁴⁹⁷ Nach § 1294 ABGB liegt Fahrlässigkeit vor, wenn der Schaden aus *„Mangel der gehörigen Aufmerksamkeit oder des gehörigen Fleißes verursacht worden ist.“* Dem Schädiger ist in einem solchen Fall entweder die Rechtswidrigkeit selbst oder die Eignung der Handlung zur Herbeiführung eines schädigenden Erfolgs nicht bewusst. Grds ist bei der Unterscheidung zwischen den einzelnen Verschuldensstufen zu prüfen, *„ob der konkrete Täter auf Grund seiner Fähigkeiten den Schadenseintritt und die Rechtswidrigkeit hätte erkennen müssen und dementsprechend handeln hätte können.“*⁴⁹⁸ Innerhalb der Fahrlässigkeit wird weiter zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit unterschieden. Diese Abgrenzung hat nach § 1324 ABGB wesentliche Bedeutung für den Umfang des zu ersetzenden Schadens, ist aber auch für den Sorgfaltsmaßstab von Bedeutung.⁴⁹⁹ Die Grenzziehung zwischen den beiden Fahrlässigkeitsstufen ist abstrakt kaum möglich und muss daher im Einzelfall entschieden werden.⁵⁰⁰ Bei grober

⁴⁹⁵ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 5/5.

⁴⁹⁶ Wittwer in Schwimann VI⁴ § 1294 Rz 15; OGH 22.01.2009, 2 Ob 2012/08b.

⁴⁹⁷ Reischauer in Rummel³ § 1294 Rz 22 (Stand 01.01.2007, rdb.at), OGH 28.09.1994, 9 ObA 161/94.

⁴⁹⁸ Wittwer in Schwimann VI⁴ § 1294 Rz 16; OGH 08.03.1990, 7 Ob 8/90.

⁴⁹⁹ Bei grober Fahrlässigkeit wird auch in der Sachverständigenhaftung subjektiv geprüft und zusätzlich zum entstandenen Schaden muss auch der entgangene Gewinn ersetzt werden.

⁵⁰⁰ Grobe Fahrlässigkeit liegt nach Zeiller bei einem Versehen vor, „welches bei den gemeinsten Fähigkeiten ohne Anstrengung der Aufmerksamkeit vermieden werden konnte.“ Nach Ehrenzweig erkennt man ein Versehen dadurch, dass es „mit Rücksicht auf Schwere und Häufigkeit nur bei besonders nachlässigen oder leichtsinnigen Menschen vorkommen kann“ und nach den Umständen „wohl auch die Vermutung des bösen Vorsatzes“ naheliegt. Nach dem OGH ist grobe Fahrlässigkeit anzunehmen, wenn eine ungewöhnliche oder auffallende Nachlässigkeit vorliegt und der Eintritt des Schadens geradezu als wahrscheinlich vorhersehbar ist.“ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 5/46

Fahrlässigkeit muss „die Schadenswahrscheinlichkeit [...] offenkundig so groß sein, dass es ohne weiteres naheliegt, zur Vermeidung eines Schaden, ein anderes Verhalten als das tatsächlich geübte in Betracht zu ziehen.“⁵⁰¹ Ferner hat für die Einstufung eines Verhaltens als grob fahrlässig ein objektiv besonders schwerer Sorgfaltsverstoß vorzuliegen, der „bei Würdigung aller Umstände des konkreten Falls auch subjektiv schwerstens vorzuwerfen ist.“⁵⁰² Als Anhaltspunkte für diese Zuordnung kommen die „Gefährlichkeit der Situation“, der „Wert der gefährdeten Interessen“, das „Interesse des Handelnden an seiner Vorgehensweise“ und die „persönlichen Fähigkeiten des Handelnden“⁵⁰³ in Betracht. Mehrere leicht fahrlässige Handlungen, können in ihrer Gesamtheit grobe Fahrlässigkeit begründen. Voraussetzung hierfür ist, dass sie „in ihrer Gesamtheit als den Regelfall weit übersteigende Sorglosigkeit anzusehen sind.“⁵⁰⁴

Laut *Wilburg* können umso geringere Anforderungen an andere Haftungsvoraussetzungen gestellt werden, je stärker der Schuldvorwurf ist. Insb kann, seiner Meinung nach, bei schwerem Verschulden ein geringes Maß an Gefährlichkeit der Handlung ausreichen, so dass bei Schädigungsvorsatz auch für nicht mehr adäquate Schäden einzustehen ist.⁵⁰⁵

III.2.d.2. Die Sachverständigeneigenschaft

III.2.d.2.a. Allgemeines

Für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit relevant ist neben den vertraglich geschuldeten Pflichten, insb die vom Unternehmensberater geschuldete Sorgfalt, anhand der letztlich beurteilt wird ob dieser seine Pflichten rechtmäßig erfüllt hat.

Als allgemeiner Sorgfaltsmaßstab gilt § 1297 ABGB, nach dem bei der Erfüllung der vertraglichen Pflichten ein solcher Grad „des Fleißes und der Aufmerksamkeit“ geschuldet ist, „welcher bei gewöhnlichen Fähigkeiten angewendet werden kann.“ Für die Fälle der Sachverständigenhaftung,

mit Verweis auf Zeiller, Kommentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/2 (1813) 720.

⁵⁰¹ OGH 14.01.1998, 9 Ob 358/97f.

⁵⁰² RIS-Justiz RS0031127 (OGH 27.01.2016, 7 Ob 174/15m).

⁵⁰³ OGH 26.01.2000, 7 Ob 301/99m.

⁵⁰⁴ RIS-Justiz RS030372 (OGH 21.04.2016, 9 ObA 44/16k).

⁵⁰⁵ *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ mit Verweis auf *Wilburg*, Elemente des Schadensrechts (1941) 242.

gilt im Bereich der leichten Fahrlässigkeit allerdings § 1299 ABGB, der vorsieht, dass an die Personengruppe der Sachverständigen bei der Ausübung ihrer Tätigkeit ein besonderer Sorgfaltsmaßstab anzulegen ist.⁵⁰⁶ § 1299 ABGB definiert den Sachverständigen wie folgt: „*Wer sich zu einem Amte, zu einer Kunst, zu einem Gewerbe oder Handwerke öffentlich bekennet; oder wer ohne Not freiwillig ein Geschäft übernimmt, dessen Ausführung eigene Kunstkenntnisse, oder einen nicht gewöhnlichen Fleiß erfordert, gibt dadurch zu erkennen, dass er sich den notwendigen Fleiß und die erforderlichen, nicht gewöhnlichen Kenntnisse zutraue; er muss daher den Mangel derselben vertreten.*“

Geschuldet ist nicht der Fleiß der jeweiligen Person selbst, sondern „*der Fleiß und die überdurchschnittlichen Kenntnisse der jeweiligen Berufsgruppe nach objektiviertem Maßstab*“.⁵⁰⁷

§ 1299 ABGB hebt den geschuldeten Sorgfaltsmaßstab also auf den der Sorgfalt eines verantwortungsbewussten und gewissenhaften Durchschnittsfachmanns auf dem jeweiligen Fachgebiet an.⁵⁰⁸ Eine Möglichkeit zum Nachweise geringerer Fähigkeiten hat die Person nicht. § 1299 ABGB begründet keine eigenständige Pflichtenstellung des Sachverständigen und ist somit auch keine selbstständige Anspruchsgrundlage.^{509, 510} Er stellt vielmehr eine Diligenzpflicht von Personen dar, die sich „*bei ihrer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit öffentlich bekennen oder die ihre gewerbliche Tätigkeit aufgrund einer Prüfung ausüben*“⁵¹¹ und objektiviert den

⁵⁰⁶ Für unternehmensbezogene Geschäfte, gilt natürlich auch die Sorgfaltspflicht des § 347 UGB: „Wer aus einem Geschäft, das auf seiner Seite unternehmensbezogen ist, einem anderen zur Sorgfalt verpflichtet ist, hat für die Sorgfalt eines ordentlichen Unternehmers einzustehen.“

⁵⁰⁷ Auch § 347 UGB sieht einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab, und zwar den eines ordentlichen Unternehmers, vor. Inhaltlich entspricht die Regelung dem § 1299 ABGB. Der objektive Sorgfaltsmaßstab gilt iSd § 343 Abs 1 UGB sowohl für Unternehmer iSd §§ 1-3 UGB, als auch für juristische Personen des öffentlichen Rechts und Unternehmer kraft Auftretens und ist auf alle Geschäfte eines Unternehmers anzuwenden, die für ihn als unternehmensbezogen gelten. Der Bestimmung kommt keine eigenständige Bedeutung zu, weil Unternehmer bereits von der Bestimmung des § 1299 ABGB erfasst sind. *Steinacker*, Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab und folglich die Haftung der Organwalter im Vereins-, Genossenschafts- und Kapitalgesellschaftsrecht (2015) 17.

⁵⁰⁸ Ein Rechtsanwalt hat also über die gewöhnlichen Kenntnisse und Fähigkeiten eines Rechtsanwalts zu verfügen, nicht aber über jene eines Unternehmensberaters. Kenntnisse verschiedener Berufsgruppen sind meist nicht deckungsgleich. Dort wo sich Kenntnisse mehrerer Sachverständigengruppen überschneiden, können sich Warn- und Prüfpflichten ergeben. (*Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 1/40) Ein Wirt hat bspw Sachverständigenwissen bzgl der hygienischen Zubereitung von Speisen, nicht aber etwa für das Sachverständigenwissen eines Bauexperten hinsichtlich der Beschaffenheit des Gebäudes einzustehen *Reischauer in Rummel*³ § 1299 Rz 2 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁵⁰⁹ *Karner* in FS *Koziol* 698.

⁵¹⁰ OGH 09.05.1974, 6 Ob 72/74. Die Haftung für falschen Rat ergibt sich vielmehr aus dem § 1300 ABGB.

⁵¹¹ *Feil/Hajek*, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 12.

Fahrlässigkeitsmaßstab dieses Personenkreises für berufliche Tätigkeiten mit denen besondere Fähigkeiten und Kenntnisse verbunden werden.⁵¹²

Unabdingbare Voraussetzung für die Anwendung des Sorgfaltsmaßstabs nach § 1299 ABGB, ist die Verletzung einer vertraglichen oder gesetzlichen Norm durch den Schädiger. Er begründet also keine Sorgfaltspflicht ggü jedermann. Die erhöhte Diligenzpflicht trifft den Sachverständigen aber im Rahmen der gesamten Erfüllung des jeweiligen Schuldverhältnisses.⁵¹³ Der Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB ist sowohl bei der Verletzung von vertraglichen Hauptleistungspflichten, als auch der Nebenleistungspflichten zu berücksichtigen.

Dadurch wird dem Sachverständigen eine Art Garantiehaftung auferlegt, in der er die Fähigkeiten, die er vorgibt zu haben, auch garantieren muss. Zurechnungskriterium der Haftungsqualifikation ist der Schutz des Vertrauens des Vertragspartners auf die behaupteten Kenntnisse und Fähigkeiten.⁵¹⁴ Dem Berater als Unternehmer soll der „gute Tropfen“ der Entgeltlichkeit genauso wie der „schlechte Tropfen“ der Verantwortlichkeit für seine Expertise zukommen. Die strengere Haftung erfüllt hier auch den präventiven Zweck von der Übernahme einer Tätigkeit abzuhalten, wenn man nicht über die für die Erfüllung erforderlichen Fähigkeiten verfügt.

Tritt eine juristische, statt einer natürlichen, Person als Sachverständiger auf, so ist der zu prüfende Sorgfaltsmaßstab der juristischen Person zunächst mit jenem einer „*ordentlichen Gesellschaft*“, wenn möglich mit jenem eines „*maßgerechten Fachmenschen*“ als natürliche Person zu vgl.⁵¹⁵ Koziol formuliert sehr treffend: „*Jeder, der eine besondere Tätigkeit ausübt, muss auch dafür einstehen, dass er die nötigen Fähigkeiten besitzt.*“⁵¹⁶

⁵¹² OGH 09.05.1974, 6 Ob 72/74; Harrer in Schwimann VI⁴ § 1299 Rz 3.

⁵¹³ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/45.

⁵¹⁴ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/26.

⁵¹⁵ Steinacker, Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab 16.

⁵¹⁶ Die Aufzählung „*Amt, Kunst, Gewerbe oder Handwerke*“ ist nicht abschließend zu verstehen. Vielmehr fallen nach der Rsp alle solche Berufe unter diesen Wortlaut, die eine besondere Sachkenntnis und Anstrengung erfordern, gleichgültig, ob sie selbstständig oder unselbstständig ausgeübt werden. So vor allem die freien Berufe, wie zB Arzt, Rechtsanwalt, Notar, StB, Architekt, Ziviltechniker uä bei denen die beratende Tätigkeit im Vordergrund steht. Alle Personen dieser Berufsgruppen haben gemeinsam, dass sie mündliche und schriftliche Auskünfte erteilen, Gutachten verfassen oder Expertisen und sonstige fachkundige Stellungnahmen abgeben. Wesentlich ist für die Qualifikation dieser Gruppe, dass die jeweilige Person sich öffentlich zu ihrer Tätigkeit bekennt, dh nach außen hin zu erkennen gibt, dass sie als solche tätig ist und die erforderlichen Kenntnisse dazu besitzt. Dies kann sich aus einem Geschäftsschild,

§ 1299 ABGB begründet keine eigene Anspruchsgrundlage - er stellt vielmehr eine Diligenzpflicht dar und objektiviert den Fahrlässigkeitsmaßstab

	Gewöhnlicher Sorgfaltsmaßstab – § 1297 ABGB	Sorgfaltsmaßstab für Sachverständige – § 1299 ABGB
Prüfungsmethode	▪ Beurteilung des Verschuldens „subjektiv-konkret“	▪ Beurteilung des Verschuldens nach „objektivem“ Maßstab
Maßstab	▪ Grad des Fleißes und der Aufmerksamkeit, welche jedermann bei gewöhnlichen Fähigkeiten anwenden kann	▪ Fähigkeiten, die dem außer-gewöhnlichen Fleiß und den außergewöhnlichen Fähigkeiten eines verantwortungsbewussten und gewissenhaften Durchschnittsfachmanns auf dem Gebiet entsprechen
Vergleichsbasis	▪ Orientierung an Durchschnittsmensch/ Maßfigur	▪ Orientierung an Fähigkeiten und Kenntnissen der Berufsgruppe (übliche Personen, die so eine Tätigkeit für gewöhnlich ausüben)
Nachweis geringerer Fähigkeiten	▪ Möglichkeit zum Nachweis geringerer Fähigkeiten	▪ Keine Möglichkeit zum Nachweis geringerer Fähigkeiten

Abbildung 4: Sorgfaltsmaßstab nach §§ 1297 und 1299 ABGB im Vergleich

III.2.d.2.b. Der Unternehmensberater als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB

Der Unternehmensberater verfügt über besondere Fähigkeiten und ist gesetzlich verpflichtet einen Nachweis darüber zu erbringen, er übt ein Gewerbe aus und bekennt sich idR öffentlich dazu. Um seine Tätigkeit ausüben zu können, hat der Unternehmensberater nach § 94 Z 74 GewO eine öffentliche Prüfung zu absolvieren oder das Vorhandensein von ausreichender praktischer Berufserfahrung bzw eines fachlichen einschlägigen Studiums nachzuweisen. Schon dass die Ausübung einer Tätigkeit eine besondere Befähigung – insb eine öffentliche Prüfung – erfordert, lässt darauf schließen, dass der Tatbestand des § 1299 ABGB erfüllt ist. In diesem Sinne sprach sich auch der OGH⁵¹⁷ aus und begründete die Sachverständigeneigenschaft des

einer Berufsbezeichnung, dem Hinweis auf ein Zeugnis oder auch das Ablegen einer staatlichen Prüfung ergeben. Ein solcher Eindruck kann auch durch entsprechende Kundgabe erweckt werden; dabei ist unwesentlich, ob eine Ausbildung tatsächlich vorliegt oder die Sachverständigentätigkeit ohne das Vorliegen dieser übernommen wurde. Ist für das Ausüben einer Tätigkeit gewerberechtlich eine staatliche Prüfung erforderlich, ist schon aufgrund dieser nach § 1299 ABGB für die eigenen Kenntnisse einzustehen. *KozioI*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 5/39.

⁵¹⁷ RIS-Justiz RS0112733 (OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w).

Unternehmensberaters damit, dass dieser: „*gegen Entgelt eine vorwiegend beratende Tätigkeit, die besondere Sachkenntnis erfordert*“ erbringt.

Als Sachverständige zu qualifizieren sind auch jene Personen, welche gem Halbsatz 2 des § 1299 ABGB die Tätigkeit des Unternehmensberaters ausüben ohne dafür die notwendigen berufsrechtlichen Voraussetzungen aufzuweisen, wenn sie dies freiwillig tun.⁵¹⁸

Die Verantwortlichkeit eines Unternehmensberaters als Sachverständiger weist jedoch gewisse Grenzen auf. Und zwar hat dieser den erhöhten Sorgfaltsmaßstab des § 1299 ABGB, anderenfalls seine Sachverständigeneigenschaft wegfällt, nur zu vertreten, wenn:

- er in seiner Eigenschaft als Unternehmensberater, also nicht als reine Privatperson, tätig wird
- der Rat oder die Auskunft sein Fachgebiet betreffen

Die Sachverständigeneigenschaft kommt dem Unternehmensberater nur in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit zu. Tritt er als Privatperson auf und gibt auch nach außen hin zu erkennen, dass es sich bei einer Empfehlung um eine Privatmeinung handelt, so ist der von ihm angewandte Sorgfaltsmaßstab nicht nach den Grundsätzen des § 1299 ABGB zu beurteilen. Denkbar ist idZ der Fall, dass zwischen Berater und Beratenem ein rein privates Gespräch stattfindet, das nicht im Rahmen der Geschäftsverbindung steht.

Der Unternehmensberater hat diese Eigenschaften des Weiteren nur in Bezug auf sein eigenes Fachgebiet zu vertreten. Klarerweise ist also von einem Unternehmensberater nur die Expertise eines durchschnittlichen Unternehmensberaters zu stellen und nicht die eines Anwalts oder Architekten. Ist dem Beratenen aber nicht klar ob diese Fragestellungen aus seinem Fachgebiet kommt, hat er jedenfalls darüber aufzuklären. Berät der Unternehmensberater innerhalb seines Fachgebiets, aber außerhalb des vertraglich geschuldeten Bereichs, ist er mE nach trotzdem als Sachverständiger in Bezug auf die von ihm getätigten Aussagen zu behandeln. Auch wenn die Qualifikation des § 1299 ABGB primär auf das Vertragsverhältnis anzuwenden ist, kann der

⁵¹⁸

Die Entgeltlichkeit des Rechtsverhältnisses spielt für die Anwendung des § 1299 ABGB keine Rolle. Für die idR unentgeltliche Tätigkeit als Organwalter von Vereinen wurde immer wieder gefordert, dass diese von einer Haftung ggü dem Verein und Dritten auf Grund ihrer unentgeltlichen Tätigkeit möglichst freigestellt werden mögen. Das würde aber den allgemein verankerten schadenersatzrechtlichen Grundsätzen widersprechen und wäre zudem auch verfassungsrechtlich bedenklich. *Steinacker*, Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab 104.

Beratene weiterhin auf seine Expertise vertrauen, zumal er deren Durchführung ablehnen konnte.⁵¹⁹

Vökl/Vökl vertreten die Ansicht, dass die Sachverständigeneigenschaft eines Beraters außerdem wegfällt, wenn der Berater darüber aufklärt, dass eine von ihm getätigte Aussage als rein subjektive Einschätzung zu werten ist, also nicht auf objektiven Tatsachen oder Erfahrungen aufbaut. In einem solchen Fall habe der Berater ihrer Meinung nach bloß nach § 1297 ABGB zu haften. Erteilt aber ein Unternehmensberater Ratschläge die einzig auf seiner „*völlig subjektiven Überzeugung*“ beruhen ohne dies dem Klienten offenzulegen, so hat das Höchstgericht in seiner Rsp klargestellt, dass dieser jedenfalls für einen sich daraus ergebenden Schaden einzustehen hat.⁵²⁰ Seine Sachverständigeneigenschaft fällt dann nicht weg, weil dies für den Beratenen subjektiv nicht erkennbar ist.⁵²¹ MM nach muss in diesem Fall auf den Schutzzweck der Norm, nämlich die Absicherung der Richtigkeitsgewähr, abgestellt werden. Nimmt der Sachverständige trotz seiner Aufklärung ein „Mehr an Vertrauen“ in Anspruch, etwa weil diese nicht explizit genug war, ist er weiterhin als Sachverständiger zu behandeln, anderenfalls nicht.⁵²²

In der Praxis ist es dem Berater zu empfehlen, bei Ratschlägen, Auskünften sowie Gutachten jedenfalls erkennen zu lassen wie weit sie auf Informationen und gesicherten Erkenntnissen aufbauen und wie weit es sich um subjektive Urteile des Gutachters handelt.⁵²³

III.2.d.2.c. Bedeutung der Qualifikation des Unternehmensberaters als Sachverständiger iSd § 1299 ABGB

Der Unternehmensberater hat durch seine Sachverständigeneigenschaft den – im Vergleich zum Nicht-Sachverständigen – „*außergewöhnlichen Fleiß und die außergewöhnlichen Kenntnisse*“

⁵¹⁹ Der Sachverständige haftet dann nicht, wenn von ihm „*zusätzliche, über den ursprünglichen Leistungsumfang hinausgehende Tätigkeiten*“ verlangt werden, die nicht dem Kerngebiet seines Sachverständnisses zuzuordnen sind und es ihm nicht zumutbar war deren Durchführung abzulehnen. Reischauer in Rummel³ § 1299 Rz 1 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁵²⁰ OGH 15.07.1997, 1 Ob 182/97i; Der Anlageberater hatte in diesem Fall eine Investitionsmöglichkeit als extrem ertragreich und sicher dargestellt und nicht darüber aufgeklärt, dass diese Beurteilung auf einer völlig subjektiven Meinung, und nicht Fakten aus zuverlässigen Quellen beruhte. Der OGH entschied, dass wer sich als Anlageberater betätige über die erwarteten Kenntnisse zu verfügen habe, andernfalls er darüber aufzuklären habe.

⁵²¹ Vökl/Vökl, Beraterhaftung² Rz 2/173.

⁵²² Vökl/Vökl, Beraterhaftung² Rz 3/21.

⁵²³ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 46.

eines durchschnittlichen Unternehmensberaters zu vertreten.⁵²⁴ Es können somit „*Kenntnisse und Fähigkeiten erwartet werden, die verantwortungsbewusste und gewissenhafte Angehörige der betreffenden Berufsgruppe gewöhnlich haben*“.⁵²⁵

Für den Unternehmensberater bedeutet das, dass bei der Prüfung der Rechtswidrigkeit sein tatsächliches Verhalten mit dem eines „Maß-Unternehmensberaters“ iSd objektiven Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 ABGB verglichen werden muss. Die zu vertretende Sorgfalt richtet sich dabei allgemein nach den Möglichkeiten und dem Stand der Wissenschaft und des Gewerbes. Maßstab für ihn als Sachverständigen sind nicht die „gewöhnlichen Fähigkeiten“ nach § 1299 ABGB, sondern jene, „*die dem notwendigen Fleiß und den erforderlichen, nicht gewöhnlichen, Kenntnissen*“ der Berufsgruppe der Unternehmensberater entsprechen. Die Konkretisierung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs im Schadenersatzprozess verlangt einen Vergleich zwischen dem tatsächlichen Verhalten des beklagten Beraters mit dem gedachten pflichtgemäßen Verhalten eines gewissenhaften Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises.⁵²⁶ Es ist zu prüfen, inwieweit das schädigende Verhalten vom pflichtgemäßen abweicht. Dabei stößt man auf die Schwierigkeit, dass dieses Maßverhalten für den Unternehmensberater gesetzlich nicht festgelegt ist. Zur Bestimmung des pflichtgemäßen Verhaltens können zwei Hilfsmittel eingesetzt werden: Einerseits die Ermittlung des konkret geschuldeten Verhaltens eines Sachverständigen der jeweiligen Vergleichsgruppe und andererseits die allgemein gültigen Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensberatung, die jeder sachverständige Unternehmensberater schuldet.

III.2.d.2.c.1. Die sachverständige Vergleichsgruppe

Die Vergleichsgruppe anhand derer das Verhalten des Beraters beurteilt werden soll, muss jeweils individuell für das gegenständliche Vertragsverhältnis gebildet werden. Typische Standards zur Bildung der sachverständigen Vergleichsgruppe sind nicht festgeschrieben. Die Vergleichsgruppe definiert sich einerseits durch die Fähigkeiten und Kenntnisse der gesamten Berufsgruppe, andererseits aber auch durch die speziellen Erwartungen des Klienten bzw durch die öffentliche Wahrnehmung, die der Berater über sich erzeugt. Mindestens aber hat ein Unternehmensberater

⁵²⁴ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 5/39.

⁵²⁵ OGH 20.10.1961, 2 Ob 376/61; OGH 23.06.1981, 5 Ob 628/81.

⁵²⁶ Harrer in Schwimann VI⁴ § 1300 Rz 1.

über die Fähigkeiten eines verantwortungsbewussten und gewissenhaften Durchschnitts-Unternehmensberaters zu verfügen.

Darüber hinaus sind besondere Eigenschaften in die Bildung der Vergleichsgruppe mit einzubeziehen, wenn sie durch den Klienten ausdrücklich, zB durch den Leistungszweck oder in Beschaffenheitsvereinbarungen, zum Vertragsgegenstand erhoben oder stillschweigend mit einbezogen worden sind.⁵²⁷ Dies kann insb dann der Fall sein, wenn der Unternehmensberater:

- über zusätzliche Spezialkenntnisse verfügt und selbst explizit für diese wirbt („*Wir sind die beste Unternehmensberatung im Fachgebiet xy*“)⁵²⁸,
- von der Öffentlichkeit oder Medien als Fachmann oder Spezialist bezeichnet wird und nichts dagegen unternimmt oder
- durch ein besonders hohes Entgelt^{529 530} eine höhere Qualifikation als die eines durchschnittlichen Sachverständigen erwarten lässt.

Aus dem Grad der Spezialisierung ergibt sich die Größe der Vergleichsgruppe. Dabei stellt sich die Frage, wie die Vergleichsgruppe für den Unternehmensberater im Einzelfall zu bilden ist. Bildet sie sich auf Basis aller Unternehmensberater oder nur anhand der Unternehmensberater aus dem

⁵²⁷ OGH 01.12.1982, 4 Ob 558/81.

⁵²⁸ Während bei vielen Unternehmensberatungen die Werbung an den Klienten eher konservativ ist (Internetauftritt mit Fakten, keine marktschreierischen Aussagen), werden außergewöhnliche Eigenschaften des Beratungsunternehmens häufig bei der Suche nach qualifizierten Arbeitskräften angepriesen. Dies hat auch eine öffentliche Werbewirkung. Man muss sich fragen, ob das so reicht um stillschweigend Vertragsinhalt zu werden. Während an Klienten mit Sätzen wie Folgendem faktenbasiert geworben wird: „*Wir sind das weltweit größte Beratungsunternehmen für den Konsumgüter- und Einzelhandelssektor. Innerhalb unseres globalen Expertennetzwerks aus mehr als 100 Partnern sind für unsere Klienten aus jedem Subsegment und zu jedem Thema stets die entsprechenden Spezialisten im Einsatz – ob Hypermarkt oder Discounter, Luxusmarke oder Fast Fashion, ob Warenwirtschaftssystem, Sortimentsgestaltung, Promotion oder Pricing. Allein in den vergangenen 5 Jahren haben wir mehr als 1.600 Projekte weltweit begleitet. Wir arbeiten unter anderem mit 17 der 25 größten Einzelhändler weltweit an allen Themen entlang der gesamten Wertschöpfungskette. Dreimal im Jahr bündelt die Practice Highlights aus der Praxiserfahrung sowie eigene Studien und neu entwickelte Ansätze in der deutschen Branchenzeitschrift "Akzente"*“, vermögen Werbungen wie die Folgenden an Studierende vielleicht doch eine Erwartungshaltung der Gesellschaft an das Beratungsunternehmen zu entwickeln, die etwas „übernatürliches“ hat: „*Sie sind gut. Sie sind vielleicht sogar sehr gut. Womöglich sogar genial. Wir wollen, dass Sie besser werden*“ oder „*Riskieren Sie, dass ihr Vater stolz auf Sie ist*“.

⁵²⁹ Der OGH bringt auch in seiner E OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, zum Ausdruck, dass das Entgelt Auswirkungen auf den Sachverständigenmaßstab hat. Mehr dazu im Folgenden.

⁵³⁰ Einen schadenersatzrechtlich relevanten Unterschied zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Leistung legt bereits § 1300 ABGB fest. Danach ist ein Sachverständiger verantwortlich, wenn er gegen Belohnung einen nachteiligen Rat erteilt. Wurde der Rat aber nicht gegen Belohnung erteilt, haftet er nur für wissentlich zugefügten Schaden.

konkreten Fachgebiet, wie zB „strategische Unternehmensberatung“ oder sogar nur aus Unternehmensberatern, die sich auf ein bestimmtes Klientensegment spezialisiert haben, wie zB Unternehmensberatung von kleinen und mittleren Unternehmen“?⁵³¹

Sind Einzelunternehmensberater nur mit Einzelunternehmensberatern zu vgl, oder ist davon auszugehen, dass ein solcher Berater dieselben Kenntnisse und Fähigkeiten aufzubringen hat, wie einer, der in ein großes Unternehmen mit vielen unterstützenden Funktionen eingebunden ist? Große Unternehmensberatungen preisen an, aufgrund ihrer Qualität und Größe die Besten zu sein. Das ist auch der Grund dafür, dass Klienten sie aufsuchen und schlägt sich wiederum in einem besonders hohen Entgelt nieder. Dürfen also Vergleichsgruppe nur andere Unternehmensberatungen dieser Größe sein, bei denen von einer ähnlichen Qualität ausgegangen werden kann?

Beim Eingrenzen der Vergleichsgruppe stellt sich auch die Frage, ob auf den konkreten Berater, das bei dem Klienten tätige Team oder auf das Beratungsunternehmen, das Vertragspartei geworden ist, abgestellt wird.

Muss innerhalb der Unternehmensberatung an ein Team oder gewisse Personen ein anderer Sorgfaltsmaßstab als an andere gestellt werden? Alle werden überdurchschnittliche Leistungen schulden, aber manche mehr oder weniger spezifisch fachlichen Know-how. Ab wie vielen Personen kann man von einer Vergleichsgruppe ausgehen? Gilt dieser Maßstab auch, wenn ein Top-Unternehmensberater engagiert wird, für den Klienten aber erkennbar ist, dass das durch den Berater eingesetzte Team nicht über die erwarteten Fachkenntnisse verfügt?

Führt die Spezialisierung eines Unternehmensberaters dazu, dass von ihm in diesem Bereich mehr zu erwarten ist als von einem nicht spezialisierten Allgemeinpraktiker? Ist außerhalb seiner Spezialisierung dann von dem spezialisierten Berater weniger zu erwarten?⁵³²

⁵³¹ In Deutschland ist bspw für Mitglieder des BDU die Vergleichsgruppe auf die der Mitglieder eingeschränkt, wenn der Unternehmensberater in Briefköpfen oder Geschäftsunterlagen darauf Bezug nimmt. Es wird davon ausgegangen, dass von dieser Gruppe eine vglw höhere Sorgfalt zu erwarten ist. *Exner*, Der Unternehmensberatungsvertrag 85.

⁵³² *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 1/32; eine Einschränkung des Sorgfaltsmaßstabs kann aber jedenfalls nur dort angenommen werden, wo die Spezialisierung auch nach außen kommuniziert wird.

Diese Fragestellungen werden zur Verdeutlichung der damit verbundenen Problematik aufgezählt. Eine generalisierende Beantwortung lassen sie typischerweise kaum zu. Vielmehr ist einzelfallbezogen eine gründliche Abwägung erforderlich.

Völkl/Völkl stellen zur Lösung dieser Fragen auf die Verkehrsauffassung bzgl der Größe der Vergleichsgruppe ab. Die Autoren schließen daraus, dass man *„in besonders spezialisierten Branchen eher davon ausgehen kann, dass sich die Spezialisierung auf die Eingrenzung der Vergleichsgruppe auswirkt als in weniger spezialisierten, weil sich Klienten in hochspezifischen Bereichen eher einem Spezialisten als einem Generalisten anvertrauen“*. Eine derartige Auswirkung sei aber freilich nur dort anzunehmen *„wo der Sachverständige seine Spezialkenntnisse öffentlich zu Markte trägt, weil es bei der Sorgfaltsvermutung des § 1299 ABGB um den Schutz des Vertrauens des Mandanten in die sachverständige Befähigung seines Vertragspartners geht.“* Ist für den Klienten die Spezialisierung des Unternehmensberaters nicht erkennbar, haftet dieser jedenfalls nicht für Kenntnisse, die jene eines nicht spezialisierten Beraters übersteigen. Legt der Berater sein Spezialwissen aber offen, kann *„entsprechend der Verkehrsauffassung der Vergleichsgruppe uU eine Gruppe von spezialisierten Beratern herangezogen werden“*. Vom Sachverständigen werden dann der Einsatz, die Kenntnisse und der Fleiß eines Beraters aus dieser Gruppe erwartet.⁵³³ *„Maßstab ist nicht die spezifische individuelle Erfahrung eines Mitglieds einer bestimmten Untergruppe eines Berufszweigs, sondern das durchschnittlich in der Branche zu erwartende Wissen.“*⁵³⁴ Von einer stillschweigenden Vereinbarung ist schon dann auszugehen, wenn Zusatzkenntnisse und -fähigkeiten über den Weg einer Spezialisierung in die geschuldeten Kenntnisse und Fähigkeiten der Vergleichsgruppe des Sachverständigen mit einbezogen werden.

Auch aus dem Wortlaut *„außergewöhnlich“* ergibt sich in der L⁵³⁵ die Frage, ob der Sachverständige auch den Mangel an außergewöhnlichen Kenntnissen und Fähigkeiten zu

⁵³³ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/33. Über unterschiedliche Anforderungen betreffend die Dokumentationspflicht je nachdem, ob es sich um einen Spitals-, Fach- oder praktischen Arzt handelt OGH 12.08.2004, 1 Ob 139/04d. *„Je nach Art Behandlung und gewiss auch unter Bedachtnahme auf die berufsrechtliche Stellung der behandelnden Ärzte (Spitals-, Fach- oder praktische Ärzte) wird der Umfang der Dokumentationspflicht unterschiedlich sein.“* Auf den Verkehrskreis abstellend OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96.

⁵³⁴ RIS-Justiz RS0026535 (OGH 30.07.2015, 10 Ob 50/15y).

⁵³⁵ Für die Einstandspflicht von außergewöhnlichen Kenntnissen und Fähigkeiten ggü § 1297 ABGB Reischauer in Rumme³ § 1299 Rz 2 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

vertreten hat oder eben nur die typischen der jeweiligen Berufsgruppe. Laut OGH kommt es aber eben gerade nicht auf die außergewöhnlichen Fähigkeiten, sondern auf die typischen Fähigkeiten einer Berufsgruppe und nicht die einzelner Mitglieder dieser Gruppe an, es sei denn diese wurden dem Vertragsverhältnis bewusst zu Grunde gelegt.⁵³⁶ Der vom OGH gewählte Wortlaut „außergewöhnlich“⁵³⁷ ist relativ zu den geforderten Fähigkeiten nach § 1297 ABGB zu sehen. Auf die eigene Vergleichsgruppe bezogen verlangt § 1299 ABGB keine außergewöhnlichen Fähigkeiten. Ausnahmsweise kann es dadurch zu einer Fallkonstellation kommen, in der einem Sachverständigen nach § 1299 ABGB eine geringere Haftung trifft als einen Laien nach § 1297 ABGB. Dies aber nur, wenn dieser über überdurchschnittliche Kenntnisse und Fähigkeiten verfügt.⁵³⁸ In diesem Fall zeigt sich der Unterschied zwischen dem subjektiven Sorgfaltsmaßstab des § 1297 ABGB und des objektiven Sorgfaltsmaßstabs des § 1299 ABGB. Hätte der schädigende Sachverständige ganz „ohne größere Mühen“ besser reagieren können und war ihm „*aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung geboten Sonderwissen und -fähigkeiten*“ einzusetzen, kann diskutiert werden, ob der Vorwurf in so einem Fall statt auf § 1299 auf § 1297 ABGB gestützt und somit zu einer Haftung führen kann.⁵³⁹

Bei all diesen Überlegungen darf der Sorgfaltsmaßstab aber weder für Generalisten, noch für Spezialisten überspannt werden.⁵⁴⁰ Insb die stillschweigende Einbeziehung von Spezialkenntnissen in die Vergleichsgruppe des Sachverständigen darf nicht grenzenlos erfolgen. Nicht einfließen können solche Erwartungen über Spezialkenntnisse nach Meinung von Völkl/Völkl dann, „*wenn der Fachmann nichts dazu beigetragen hat, dass ein Vertragspartner von besonderem Spezialwissen ausgeht.*“ Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Fachmann auch in der Öffentlichkeit als ausgewiesener Spezialist auf einem Fachgebiet gilt, selbst aber nicht mit diesem Wissen geworben hat. Argumentiert wird, dass eine stillschweigende Vereinbarung hier nicht in Betracht kommt, weil es sich bei den Zusatzkenntnissen um rein subjektive Erwartungen handelt, die mit dem objektiven Erklärungswert des Beratungsvertrags nichts gemeinsam haben.

⁵³⁶ RIS-Justiz RS0026489 (OGH 23.02.2016, 6 Ob 16/16w).

⁵³⁷ OGH 21.12.1993, 7 Ob 628/93.

⁵³⁸ Der Sachverständige hätte in einem solchen Fall nämlich nur für die durchschnittlichen Fähigkeiten einzustehen, während der Laie seine persönlichen überdurchschnittlichen Fähigkeiten zu vertreten habe.

⁵³⁹ Steinacker, Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab 27.

⁵⁴⁰ RIS-Justiz RS0026535 (OGH 23.02.2016, 6 Ob 16/16w).

In der Konsequenz würde das nämlich bedeuten, dass man besonders gewissenhafte und ordentliche Menschen für diese Eigenschaften benachteiligen würde indem man den Sorgfaltsmaßstab für sie hochschraubt. Erzeugt der Sachverständige jedoch selbst den Anschein besonderer Fähigkeiten, etwa durch Eigenwerbung, oder lässt sich dafür entlohnen, ist sehr wohl von einer stillschweigenden Vereinbarung dieser Kenntnisse auszugehen.⁵⁴¹ Erkennt der Sachverständige, dass der Klient offensichtlich davon ausgeht er habe besondere Spezialkenntnisse, dies aber nicht zutrifft, hat er den Klienten darüber aufzuklären, anderenfalls er seine vertraglichen Nebenleistungspflichten verletzt und daraus schadenersatzpflichtig werden kann.⁵⁴² Generell kann davon ausgegangen werden, dass Spezialkenntnisse nur dann zu der Bildung der Vergleichsgruppe herangezogen werden sollen, wenn diese beiden Parteien bewusst waren und es mitunter gerade deswegen zu einem Vertragsabschluss gekommen ist.

Auch die Höhe des Entgelts kann ein Indiz für das Vorhandensein höherer Kenntnisse und Fähigkeiten sein. Die Frage nach dem Einfluss der Höhe des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab stellt sich auch in dem vom OGH entschiedenen Fall 4 Ob 265/99w. Zwischen den Parteien wurde das Entgelt mehrmals nachverhandelt ohne über die konkreten Auswirkungen des nachverhandelten Entgelts auf den vereinbarten Vertragsgegenstand oder auch auf die vereinbarte Sorgfalt des Beraters zu sprechen. Aus den von den Parteien vorgebrachten Tatsachen stellt sich somit die Frage, ob die Höhe des Entgelts automatisch auch Einfluss auf die Bewertung der vom Berater erwarteten Kenntnisse und Fähigkeiten und auf die Bildung der sachverständigen Vergleichsgruppe nach § 1299 ABGB hat. Hat ein Berater, welcher 500 Euro in der Stunde verdient, einen höheren Grad des Fleißes und der Sorgfältigkeit an den Tag zu legen als ein anderer, der 50 Euro pro Stunde verdient?

ME ist es sehr wohl so, dass ein höheres Entgelt beim Klienten auch höhere Fachkenntnisse suggeriert und den an den Berater anzulegenden Maßstab erhöht. Im Ergebnis kommt man aber bei der Beurteilung des Sachverhalts zu keinem Unterschied. Wurden im Zuge der Vertragsverhandlungen das Ausmaß an Stunden reduziert, ist der Berater schon vertraglich zu einem geringeren Leistungsumfang verpflichtet, wurde eine Reduktion des Stundensatzes vereinbart, die von ihm zu erwartende Fachkompetenz bzw Sorgfalt. Für den Sorgfaltsmaßstab

⁵⁴¹ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 1/37.

⁵⁴² *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 1/38.

entscheidend ist, welche Qualifikation der Beratene bei seinem Berater ua in Anbetracht der Höhe des Entgelts vermuten konnte.

III.2.d.2.c.2. Grundsätze ordnungsgemäßer Beratung

Um zu beurteilen wie sich ein ordentlicher Sachverständiger in der konkreten Situation verhalten hätte, ist für die jeweilige Berufsgruppe auch auf Leistungsstandards abzustellen, die als Mindestanforderungen zur Beurteilung der Rechtswidrigkeit eines Verhaltens durch Vergleich herangezogen werden können.

Gesetzlich sind keine Grundätze ordnungsgemäßer Beratung für den Unternehmensberater vorgesehen. Maßgebend für die Bestimmung der Sorgfaltspflicht können allerdings ua auch Unternehmensbräuche und Verkehrssitten sein. Rsp und Normen, wie die GewO, die UnternehmensberatungsVO und die vom UBIT herausgegebenen Standesregeln, sowie die öffentliche Meinung⁵⁴³ bzw die Klienten-Meinung leisten aber einen wesentlichen Beitrag zur Bildung solcher Regeln.

Für zahlreiche andere beratende Berufe sind Grundsätze ordnungsgemäßer Beratung gesetzlich festgeschrieben und dienen auch als wertvolle Orientierung. Der Rechtsanwalt ist bspw, gem der RAO, dazu verpflichtet die folgenden Grundsätze ordnungsgemäßer Rechtsberatung einzuhalten, andernfalls er die Übernahme des Mandats ablehnen muss.⁵⁴⁴ Demnach hat er ua:

- die übernommene Tätigkeit mit „*Eifer, Treue und Gewissenhaftigkeit*“ gem § 9 Abs 1 RAO durchzuführen,
- Kenntnis über alle einschlägigen Gesetze und Vorschriften, höchstgerichtlicher Rsp und tlw der L zu haben,^{545, 546, 547}

⁵⁴³ Da sich die Berufsbilder der Beratungsberufe sowohl in der eigenen als auch in der öffentlichen Wahrnehmung mit der Zeit ändern, stellt sich ua die Frage, ob sich mit dem Berufsbild auch die geforderten Kenntnisse ändern. *Hoffmann*, Das Bild des Rechtsanwalts – ein vorbildlicher Advokat, in FS *Barfuß* (2002) 89 FN 19.

⁵⁴⁴ *Hirte*, Berufshaftung 17; *Stöger*, AR aktuell 2006, 7.

⁵⁴⁵ Rechtsanwälte haben sich unverzüglich Kenntnis von veröffentlichten höchstgerichtlichen Entscheidungen zu verschaffen und den Erkenntnisgewinn bei der Ausführung seiner Mandate zu berücksichtigen. Von spezialisierten Anwälten kann darüber hinaus verlangt werden, dass er den Inhalt von juristischen Spezialzeitschriften kennt und dabei keine Rückstände von mehr als 4 Wochen aufkommen lässt. *Thiele*, Die Zeitschriftenlektüre des Rechtsanwalts als haftungsrechtliches Problem, ÖJZ 1998, 735.

- keine Meinung zu vertreten, die von der allgemeinen Spruchpraxis abweicht,
- entsprechend seiner juristischen Ausbildung – nachvollziehbare Schlüsse für den konkreten Fall daraus ableiten zu können,
- den sichersten und gefahrlosesten Weg der Rechtsverfolgung für seinen Klienten zu wählen,⁵⁴⁸
- die Verpflichtung sich regelmäßig und gewissenhaft fortzubilden.⁵⁴⁹

Wirtschaftstreuhänder⁵⁵⁰ haben, ähnlich dem Rechtsanwalt, gem einer Richtlinie ihrer Kammer ua

⁵⁴⁶

Der Rechtsanwalt haftet seiner Partei nach L und Rsp für die „Unkenntnis der Gesetze sowie einhelliger Lehre und Rechtsprechung, nicht jedoch dafür, dass ein von ihm eingenommener an sich vertretbarer Rechtsstandpunkt in der Folge von der Rechtsprechung nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes oder nach der einhelligen herrschenden Rechtsübung aussichtslos erscheint; ebenso aber auch darüber, dass die Ergreifung von verfahrensrechtlich zulässigen Rechtsmitteln empfehlenswert bzw. bei Bedachtnahme auf das Kostenrisiko oder andere Umstände ratsam ist. Eine unzulängliche Rechtsbelehrung macht den Rechtsanwalt schadenersatzpflichtig.“ Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 16.

⁵⁴⁷

Kennt der Anwalt eine gesetzliche Bestimmung nicht oder übersieht er diese in seiner Arbeit, hat er für diesen Fehler einzustehen. Die Anwendung eines falschen Schlusses alleine macht aber noch nicht haftpflichtig. Immerhin ist die Auslegung eines Gesetzes selten eindeutig (Fenzl, ÖJZ 1951, 397.). Für eine vertretbare Meinung muss der Anwalt daher nie haften, wenn sich der Anwalt diese Meinung aus vollkommener Kenntnis aller Vorschriften gebildet hat, die Meinung aber später vom Gericht nicht geteilt wird. Als Grundsatz kann also abgeleitet werden, dass ein Anwalt für eine „vernünftigerweise vertretbare Rechtsmeinung“ nicht haften muss. Vertretbar ist eine Meinung dann, wenn sie schon einmal in L oder Rsp erschienen ist (OGH 29.10.1992, 8 Ob 555/91) „Ein Abgehen von Gesetzen der Logik ist dann ein Verschulden, wenn der Gedanke geradezu sinnlos ist.“ (Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 18). „Die Anwendung eines falschen, das heißt von anderen Juristen als falsch anerkannten Schlusses allein, macht noch nicht haftpflichtig.“ (Fenzl, ÖJZ 1951, 402.) Stehen einem Anwalt mehrere Rechtsbehelfe zur Wahl zur Verfügung, so ist er unter Anwendung der erforderlichen Sorgfalt verpflichtet, den sichereren zu wählen oder beide Behelfe gleichzeitig anzuwenden, anderenfalls er schadenersatzpflichtig wird (RIS-Justiz RS0026303 (OGH 26.02.1996, 4 Ob 516/96)).

⁵⁴⁸

Bevor Anwälte die Rechtslage prüfen, haben sie sich mit dem Sachverhalt auseinanderzusetzen, für den die Aussage des Klienten als Grundlage dient. Dabei gilt es den Sachverhalt unter „gewissenhafter Heranziehung der im Rahmen der zur Verfügung stehenden Zeit erreichbaren Gesetzesausgaben und Literatur“ zu überprüfen (Fenzl, ÖJZ 1951, 402). Der Rechtsanwalt hat allerdings nicht für den Schaden einzustehen, der entsteht, weil eine hinreichend aufgeklärte Partei verabsäumt relevante Tatsachen bekanntzugeben (Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 17).

⁵⁴⁹

Auch wenn ein Rechtsanwalt die gesamte höchstgerichtliche Rsp beherrscht, besteht weiterhin die Möglichkeit, dass sich diese ändert. Selbst in Fällen, in denen große Kritik an einer üblichen Rsp herrscht, lässt sich für den Anwalt nicht voraussehen, ob es zu einer Judikaturwende kommt. Ein solcher Rat ist aber nicht automatisch als schuldhaft unrichtig oder unvollständig einzuordnen und löst damit nicht automatisch eine Schadenersatzpflicht aus. Vielmehr gehört es zu den Aufgaben eines Rechtsanwalts die Erfolgchancen seiner Beratung realistisch einschätzen und seinem Mandanten mitteilen zu können.

⁵⁵⁰

Richtlinie des Vorstandes der Kammer der Wirtschaftstreuhänder über die Ausübung der Wirtschaftstreuhandberufe (WirtschaftstreuhandberufsAusübungsrichtlinie 2003 – WT-ARL 2003) idF ABI-KWT 2/2005, ABI-KWT 2/2008, ABI-KWT 1/2010 und ABI-KWT Sondernummer I/2011; exemplarische Aufzählung.

- ihren Beruf gewissenhaft, sorgfältig, eigenverantwortlich, unabhängig und verschwiegen auszuüben⁵⁵¹,
- die übernommenen Angelegenheiten, Aufgaben, Vertretungen und Verteidigungen gesetzmäßig auszuführen,
- die Rechte ihrer Auftraggeber gegen jedermann mit Treue und Nachdruck zu verfolgen,
- ihre beruflichen Kenntnisse stets auf dem Laufenden zu halten und sich fortzubilden,
- ihr Handeln in eigener Verantwortung zu bestimmen, ihr Urteil selbst zu bilden und ihre Entscheidung selbst zu treffen,
- keine beruflichen Aufträge zu übernehmen, wenn die geforderte Eigenverantwortung nicht getragen wird oder nicht getragen werden kann,
- nur dann einen Auftrag anzunehmen und auszuführen, wenn sie über die dafür erforderliche Sachkunde und die zur Bearbeitung erforderliche Zeit verfügen,
- die für eine gewissenhafte Berufsausübung erforderlichen sachlichen, personellen und sonstigen organisatorischen Voraussetzungen zu gewährleisten,
- bei Ausübung ihrer Tätigkeit jede Bindung oder Handlung zu vermeiden, die ihre berufliche Entscheidungsfreiheit und Unbefangenheit gefährdet oder gefährden könnte,
- nicht tätig zu werden, wenn eine Interessenkollision gegeben ist,
- bei jeder maßgeblichen Änderung der Sach- oder Rechtslage auf die sich daraus ergebenden Konsequenzen hinweisen, weil sonst von einer gewissenhaften Vertretungstätigkeit nicht die Rede sein kann⁵⁵²

Auch die Rechtslage anderer Länder bietet einen guten Anhaltspunkt für die Definition von Grundsätzen ordnungsgemäßer Beratung für den Unternehmensberater. Der BDU hat in den Jahren 2009 und 2011 bspw. „Grundsätze ordnungsgemäßer Planung“⁵⁵³ und „Grundsätze ordnungsgemäßer und qualifizierter Personalberatung“⁵⁵⁴ herausgegeben, die sich vor allem auf die Art und Weise beziehen, mit der Unternehmensberater ihre Klienten in diesen Themengebieten zu beraten haben. Demnach hat der Berater

⁵⁵¹ Vgl. § 82 WTBG.

⁵⁵² OGH 18.12.1996, 6 Ob 2299/96y.

⁵⁵³ BDU, Grundsätze ordnungsgemäßer Planung <http://www.bdu.de/media/3706/gop21-web.pdf> (Stand Dezember 2009).

⁵⁵⁴ BDU, Grundsätze ordnungsgemäßer und qualifizierter Personalberatung <http://www.bdu.de/media/Protected/14158/gopb-1.0-web.pdf> (Stand 25.03.2011).

- seinen Beruf eigenverantwortlich und gewissenhaft auszuüben,
- nur Aufträge zu übernehmen, wenn er über die dafür erforderlichen Kompetenz und Zeit verfügt,
- Aufträge abzulehnen, die rechtswidrige oder unlautere Handlungen erfordern,
- der Auftraggeber über alle für die Zusammenarbeit wichtigen Vorgänge und Maßnahmen zu informieren,
- Verschwiegenheit zu wahren,
- die Beratung unvoreingenommen und objektiv durchzuführen,
- Aufträge abzulehnen, wenn er einen oder mehrere andere bei widerstreitendem Interesse vertreten würde,
- sich laufend fachlich fortzubilden,
- bei risikoreichen Geschäften eine besondere Sorgfalt an den Tag zu legen⁵⁵⁵

Festzuhalten ist, dass die Gerichte in den letzten Jahren immer strengere Anforderungen an die Sorgfalt des Beraters gestellt haben. Zu den Grundsätzen ordnungsgemäßer Beratung können daraus, abgeleitet aus den Maßnahmen der anderen Berufe in Zusammenschau mit der Rsp, gesetzlichen Normen, Standesregeln und der öffentlichen Meinung, wohl folgende Hauptanforderungen an die Arbeitsweise eines sorgfältigen Unternehmensberaters gestellt werden.⁵⁵⁶ Er hat:

- bei der Ausführung seines Beratungsauftrags den Erwartungen des Klienten entsprechend unabhängig, objektiv, eigenverantwortlich und gewissenhaft vorzugehen um Schäden für den Beratenen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu vermeiden,
- die anerkannten Standards der Unternehmensberatung⁵⁵⁷ zu beherrschen und anwenden und sich dahingehend laufend fachlich fortzubilden,

⁵⁵⁵ OGH 09.02.1988, 6 Ob 508/86. „Schon die Aufnahme von Vertragsverhandlungen verpflichtet die Beteiligten unabhängig von einem späteren Vertragsabschluß zu erhöhter Sorgfalt und Rücksichtnahme auf die Interessen des späteren Vertragspartners.“.

⁵⁵⁶ Auf Rechtswidrigkeitsebene werden einige dieser Grundsätze bereits erwähnt. Dort als häufige Ursache für das Verletzen von ausdrücklich oder stillschweigend vereinbarten vertraglichen Pflichten.

⁵⁵⁷ Während bei einem Rechtsanwalt bei Überprüfung der Einhaltung des Sorgfaltsmaßstabs auf seine vollständige Rechtskenntnis abgestellt wird, ist nicht abschließend geklärt, wie bei einem Unternehmensberater eine „lege artis“ Beratung zu beurteilen ist.

- „weitere allgemein anerkannte Methoden“ sowie Spezialwissen auf seinem Fachgebiet zu kennen wenn solche für sein spezifisches Tätigkeitsgebiet bestehen und diese zu beherrschen und anzuwenden,⁵⁵⁸
- vor der Übernahme eines Projektes die eigenen Fähigkeiten und Kapazitäten für eine ordnungsgemäße Erfüllung, sowie die Rechtskonformität des Beratungsauftrages zu prüfen,
- die für eine gewissenhafte Berufsausübung erforderlichen sachlichen, personellen und sonstigen organisatorischen Voraussetzungen zu gewährleisten,
- nicht tätig zu werden, wenn eine Interessenkollision gegeben ist,
- Honorare zu berechnen, die in einem angemessenen Verhältnis zu Art und Umfang der durchgeführten Beratung stehen,
- Verschwiegenheit zu wahren.

Diese berufsrechtlichen Pflichten führen zwar nicht zu einer Erhöhung des Maßstabs der vorzuweisenden Kenntnisse und Fähigkeiten, jedoch wird die Art und Weise, wie die übernommenen Hauptleistungspflichten zu erfüllen sind, konkretisiert und es so einfacher möglich gemacht ein Abweichen von dem geschuldeten Verhalten festzustellen.^{559, 560}

Den Unternehmensberater trifft darüber hinaus ein allgemeines Rücksichtnahmegebot. Er soll sich so verhalten, dass der Klient nicht an seinen sonstigen Rechtsgütern geschädigt wird. *„Der Unternehmensberater hat sowohl bei Projektberatungsverträgen als auch bei Dauerberatungsverträgen während und nach der Vertragsdurchführung alles zu unterlassen, was den Vertragszweck oder den Leistungserfolg gefährden könnte, sowie alles Zumutbare zu tun, um den Erfolg zu ermöglichen oder zu sichern.“*⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Unvertretbar und daher schuldbar ist eine Meinung, die von der hL abweicht. Bei einem Anwalt wäre das etwas eine Rechtsmeinung, die von der eindeutigen Spruchpraxis der Höchstgerichte abweicht. Der Unternehmensberater haftet nicht, wenn die von ihm angewendete Methode zu den Regeln der Wissenschaft nicht in Widerspruch steht, obwohl auch eine andere Methode möglich wäre. *Scheucher*, ÖJZ 1961, 225.

⁵⁵⁹ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 1/39.

⁵⁶⁰ Eine Verletzung von Standesregeln alleine kann noch keine Rechtswidrigkeit begründen. Eine Übertretung setzt die Person ggf der Disziplinarstrafgewalt seiner Standesgenossen aus. Sie liegt aber auf einer anderen Ebene als die zivilrechtliche Verletzung von Pflichten aus Vertrag und kann daher für sich noch keine Schadenersatzpflicht begründen.

⁵⁶¹ *Exner*, Der Unternehmensberatungsvertrag 126.

Zu seinen Schutz- und Sorgfaltspflichten gehört es bei Durchführung seines Projekts stets die Interessen des Beratenen im Auge zu behalten.^{562, 563} Von verschiedenen gangbaren Methoden soll er die sicherste wählen.⁵⁶⁴ Wird dennoch ein riskanter Weg gewählt, hat der Berater seinen Klienten umfassend über die Risiken aufzuklären.⁵⁶⁵ Der Unternehmensberater hat den Klienten auch auf Gefahren und deren Ursachen hinzuweisen, wenn sich nach Abschluss der Beratung Beratungsfehler herausstellen.

Ein Verstoß gegen das durch diese Pflichten gebotene Verhalten ist oft auch außerhalb der Vertragsbeziehung rechtswidrig, soll aber durch seine Aufnahme in den Beratungsvertrag einerseits intensiviert werden und andererseits für den Geschädigten in Form einer Vertragshaftung einfacher geltend zu machen sein.⁵⁶⁶

III.2.d.3. Subjektive Unzumutbarkeit sorgfältigen Verhaltens

Wie schon mehrfach erwähnt, trifft den Unternehmensberater ein objektiver Sorgfaltsmaßstab. Es wird nicht auf sein individuelles Vermögen Rücksicht genommen, sondern auf das des Berufsstandes in objektivierter Weise. Eine Möglichkeit zum Nachweis geringerer Fähigkeiten gibt es prinzipiell nicht.⁵⁶⁷ Er kann sich nicht mit dem schuldlosen Fehlen der entsprechenden Kenntnisse entschuldigen.^{568, 569} Weder die generelle Unerfahrenheit⁵⁷⁰, noch Unwissenheit⁵⁷¹,

⁵⁶² Doralt in Eschenbach: Umgang mit Unternehmensberatern 25.

⁵⁶³ So trifft etwa einen Anwalt die Verpflichtung zu über den Auftrag hinausgehenden Rechtshandlungen, wenn für ihn erkennbar ist, dass diese für die Abwendung eines unmittelbar drohenden Schadens unbedingt erforderlich sind; RIS-Justiz RS0038724 (OGH 29.07.2015, 9 Ob 15/15v): „Wer einen Rechtsanwalt betraut, darf davon ausgehen, dass dieser im besonderen Maße geeignet ist, ihn vor Nachteilen zu schützen und alle nach der Rechtsordnung erforderlichen Schritte zur Verwirklichung des ihm bekannten Geschäftszweckes zu unternehmen.“

⁵⁶⁴ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 86; Ein Rechtsanwalt hat aus mehreren Methoden zur Zielerreichung diejenige vorzuschlagen, die aus seiner Sicht für den Klienten am risikoärmsten und vorteilhaftesten ist. Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 26.

⁵⁶⁵ UU kann sogar eine nicht abgesicherte Vorgehensweise geboten sein. Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 87.

⁵⁶⁶ Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ 142.

⁵⁶⁷ „Ein Sachverständiger haftet für jene Kenntnisse und jenen Fleiß, den seine Fachkollegen gewöhnlicher Weise haben.“ OGH 05.07.2001, 6 Ob 84/01y.

⁵⁶⁸ Reischauer in Rummel³ § 1299 Rz 1 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

sondern nur außergewöhnliche Umstände befreien von einer Haftung. Und zwar dann, wenn es dem Beschuldigten subjektiv unzumutbar war sorgfaltsmäßig zu handeln. Zu diesen zählen ua Unfälle oder andere Unglücksfälle, welche die Missachtung des Mindeststandards im Einzelfall nicht vorwerfbar machen. Abgestellt wird auf die Frage, ob die Person hätte anders handeln können.

Nachdem die subjektive Vorwerfbarkeit des Verhaltens für den Unternehmensberater als Sachverständigen eben keine Grundvoraussetzung⁵⁷² ist, werden strenge Anforderungen an den Nachweis nicht vorwerfbarer Sorgfaltspflichtverletzungen gestellt.⁵⁷³ Insb in kritischen Situationen wird der Sorgfaltsmaßstab besonders streng beurteilt.⁵⁷⁴ Der Einfluss gewisser persönlicher Verhältnisse, wie Krankheit oder berufliche Schwierigkeiten, auf das Maß des Verschuldens ist jedoch anerkannt. Zu denken ist bspw an einen Fall, in dem der Unternehmensberater nach einem Unfall ins Krankenhaus eingeliefert wird und dadurch daran gehindert ist seine Tätigkeit auszuüben. Geprüft wird in einem derartigen Fall, ob ein rechtmäßiges Verhalten in der konkreten Situation tatsächlich nicht zumutbar war.⁵⁷⁵ Abzustellen ist darauf, ob dem Berater das Einhalten der Pflichterfüllung unverschuldet möglich war oder nicht. Kann dem Schädiger seine Handlung nicht vorgeworfen werden, zB weil ihm der Einflusses des Ereignisses auf seine Arbeitskraft

⁵⁶⁹ OGH 28.04.2008, 8 ObA 8/08x. „§ 1299 ABGB hebt gegenüber § 1297 den (objektiven) Sorgfaltsmaßstab, besagt jedoch für sich nicht, dass dem Schädiger jedenfalls ein objektiv schwerer Sorgfaltsverstoß auch subjektiv schwerstens vorzuwerfen ist.“ Mehr dazu im Kap „III.2.d. Verschulden“.

⁵⁷⁰ Auch für seine eigene Unerfahrenheit hat der Sachverständige einzustehen, wenn diese „mit einer fahrlässigen Sorglosigkeit bei auftauchenden Problemen gekoppelt ist.“ OGH 17.03.1983, 6 Ob 662/81; Steinacker, Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab 13 .

⁵⁷¹ Das subjektive Verschulden wird in einem solchen Fall in der Übernahme des Geschäfts trotz mangelnder Kenntnisse gesehen. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 183; nach Wolff würde offensichtlich dann keine Haftung eingreifen, wenn der Sachverständige auf Grund seiner fehlenden Fähigkeiten gar nicht erkennen konnte, dass ihm die nötige Qualifikation fehlt. Davon geht das Gesetz jedoch gerade nicht aus, da es schlechthin eine Einstandspflicht für den Mangel der besonderen Kenntnisse vorsieht; gegen diese Auffassung: OGH 23.03.1976, 5 Ob 536/76.

⁵⁷² Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/29.

⁵⁷³ Für den Nachweis eines Verschuldensmangels ist es also nicht ausreichend, dass der Unternehmensberater vorgibt, subjektiv nicht in der Lage gewesen zu sein, die erforderliche Sorgfalt zu erbringen, etwa weil er zu unerfahren ist. Dies entschuldigt ihn nicht, denn „wer sich als Unternehmensberater betätigt, muss dafür einstehen, dass er über das dafür notwendige Wissen und Können verfügt.“ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 88.

⁵⁷⁴ So haben etwas Störungen im Büroablauf durch Umzug keine entschuldigende Wirkung, sondern sogar pflichtensteigernde Wirkung. Hirte, Berufshaftung 22.

⁵⁷⁵ Reischauer in Rummel³ § 1299 Rz 5 (Stand 01.01.2007, rdb.at); OGH 13.11.2003, 8 Ob a 70/03g.

nachweislich nicht bewusst war, liegt kein Verschulden vor und er haftet somit auch nicht für den eingetretenen Schaden.

Fenzl argumentiert, dass es sich ganz generell dann um eine nicht vorwerfbare Pflichtverletzung handelt, wenn es um einen Mangel an Fähigkeiten, nicht Kenntnissen geht. Er begründet das damit, dass die Kenntnis von theoretischen Methoden der Unternehmensberatung und der Fleiß eines durchschnittlichen Unternehmensberaters ausreichen, um den Kriterien eines Sachverständigen zu genügen. Besitzt ein Unternehmensberater nicht die geistigen Qualifikationen diese auch anzuwenden, kann ihm das seiner Meinung nach nicht vorgeworfen werden. Dieser muss zwar sehr wohl über Kenntnisse betreffend die praktische Anwendung verfügen, die Tatsachen, dass er weniger Talente als sein Kollege hat, ist ihm aber nicht zuzuschreiben. „*Einfall, Voraussicht und Phantasie*“ seien ebenso wenig vom § 1299 ABGB erfasst, wie das „*schöpferische Können*“.^{576,577} Anderer Meinung ist der OGH in seiner Rsp. Er geht davon aus, dass einem Sachverständigen auch dann ein Schuldvorwurf zu machen ist, wenn es ihm an den erforderlichen Fähigkeiten mangelt.⁵⁷⁸

Ähnlich dem Fall der Krankheit ist für den Unternehmensberater als außergewöhnlichen Umstand noch an den geistigen und oder körperlichen Zustand der Überlastung zu denken. Unternehmensberater arbeiten oft Tage (und Nächte lang) unter sehr hohem Druck an brisanten Fragestellungen, die entscheidend für das Auftrag gebende Unternehmen sein können.⁵⁷⁹ Die Praxis in Deutschland hat idZ lange Zeit eine Unterscheidung zwischen den beratenden Berufen getroffen. Der Richter wird wegen Überlastung entschuldigt, der Anwalt oder Notar nicht. Von dem Vorliegen eines Entschuldigungsgrundes kann mM nach jedenfalls dann nicht mehr ausgegangen werden, wenn der Berater es leichtfertigerweise trotz starker Überlastung

⁵⁷⁶ Grenze dessen ist die absolute „*Unsinnigkeit*“ einer vertretenen Meinung oder eines angewendeten Konzepts.

⁵⁷⁷ In diese Richtung urteilte auch das deutsche Reichsgericht im Jahr 1951: „Auch bei einem erfahrenen Notar kann es vorkommen, dass er sich im gegebenen Augenblicke eines Gesetzestextes nicht erinnert.“ Entscheidung des deutschen Reichsgerichts, aus Fenzl, ÖJZ 1951, 397.

⁵⁷⁸ OGH 19.09.1984, 1 Ob 605/84 mwN. Im vorliegenden Fall bestand zwischen den Parteien ein Werkvertrag, der die Erstellung eines Gutachtens über eine Schriftprobe als Hauptleistung vorsah.

⁵⁷⁹ In so einem Fall kann auch das Thema Mitverschulden eine Rolle spielen. wenn der Zustand vom Klienten verschuldet ist, etwa durch unzuverlässige Zusammenarbeit, späte Zulieferungen, hoher Druck, schlechtes Arbeitsumfeld.

unterlassen hat Hilfskräfte anzustellen oder einen Fall übernommen hat, obwohl er erwarten musste, dass er sich diesem nicht entsprechend werde widmen können.⁵⁸⁰

III.2.d.4. Mitverantwortung des Geschädigten

Das Verschulden des Beraters und der von ihm zu leistende Ersatz kann dadurch gemindert werden, dass auch auf Seiten des Beratenen ein gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßendes schuldhaftes Verhalten vorliegt. Das wechselseitige „Verschulden“ wird Mitverschulden genannt und ist gesetzlich in § 1304 ABGB wie folgt geregelt. *„Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seiten des Beschädigten eintritt, so trägt er mit dem Beschädigten den Schaden verhältnismäßig.“*

Voraussetzung für das Vorliegen von Mitverschulden auf Seiten des Beratenen ist, dass dieser eine Pflichtverletzung begangen hat. Hat er etwa den Beratungsmangel mit herbeigeführt, indem er zB seine Mitwirkungspflicht nicht erfüllt hat und dabei *„in vorwerfbarer Weise gegen seine eigenen Interessen verstoßen“*⁵⁸¹, so liegt Mitverschulden vor.

Das „Mitverschulden“ iSd § 1304 ABGB setzt aber kein Verschulden im technischen Sinn und, mangels Rechtspflicht eigene Güter zu schützen, auch keine Rechtswidrigkeit sondern eine reine Obliegenheitsverletzung voraus und wird daher in der Folge als *„Mitverantwortung des Geschädigten“* bezeichnet.⁵⁸² Es genügt vielmehr eine Sorglosigkeit gegenüber den eigenen Gütern.⁵⁸³

Im Zentrum der Prüfung steht die Verursachung. Voraussetzung für das Vorliegen von Mitverantwortung auf Seiten des Beratenen ist, dass dieser eine Pflichtverletzung begangen hat. Hat dieser etwa den Beratungsmangel mit herbeigeführt, indem er zB seine Mitwirkungspflicht nicht erfüllt hat und dabei *„in vorwerfbarer Weise gegen seine eigenen Interessen verstoßen“*⁵⁸⁴, so liegt Mitverantwortung vor. Der Berater hat also nachzuweisen, dass gerade das Verhalten des

⁵⁸⁰ Wurde jemand zur Übernahme von Geschäften oder Rechtshandlungen rechtlich gezwungen, bleibt ebenfalls eine weitergehende Entschuldigungsmöglichkeit bestehen. Dies kann etwa bei Organen des öffentlichen Rechts der Fall sein, ist aber für die Unternehmensberatung nicht sehr praxisrelevant. *Völkl/Völkl, Beraterhaftung*² Rz 1/28.

⁵⁸¹ *Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag* 92.

⁵⁸² *Karner in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*⁴ § 1304 Rz 1; OGH 04.05.2006, 9 Ob 3/06s.

⁵⁸³ *Wittwer in Schwimann VI*⁴ § 1304 Rz 2; OGH 04.05.2006, 9 Ob 3/06s.

⁵⁸⁴ *Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag* 92.

Beratenen, also zB die mangelnde Mitwirkung oder eine unrichtige Information, zu dem unrichtigen Beratungsergebnis geführt hat. Auch die anderen allgemeinen Voraussetzungen des Schadenzufügung haben vorzuliegen: die Verursachung muss adäquat, der Mitverantwortliche deliktsfähig sein. Insb die Selbstverantwortung des beratenen Mitteilungsempfängers und seine Handlungsfreiheit wirken für den Auskunftgeber haftungsbeschränkend, weil der Klient selbst als eine Art Kontrollinstanz zwischengeschaltet ist. Er darf nicht jede Information ungeprüft übernehmen, sondern muss auch seinen eigenen Verstand einsetzen. Wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen gehört zur Aufgabenbeschreibung und dem „Lebensrisiko“ eines jeden Managers. Berater können diese Aufgabe zwar erleichtern, niemals aber abnehmen. Der Verantwortung des Ratgebers muss also immer auch die Verantwortung der entscheidenden Person gegenübergestellt werden.⁵⁸⁵

Typische Verhaltensweisen des Beratenen, die Mitverantwortung begründen, betreffen:⁵⁸⁶

- Die sorgfältige Auswahl des Beraters
- Die Mitwirkung im Zuge des Beratungsprojekts
 - Informationspflichten
 - Unterstützungspflichten
- Die Prüfung und Umsetzung des Beratungsergebnisses

Mitverantwortung des Vertragspartners kann schon darin begründet liegen, dass der Beratene die mangelnden Fachkenntnisse bzw die Unfähigkeit des Beraters kannte oder kennen musste und diese bewusst in Kauf genommen hat.⁵⁸⁷ Ihn trifft dann ein so genanntes Auswahlverschulden. Dieser Fall ist ausdrücklich für den Sachverständigen in § 1299 Satz 2 ABGB geregelt, wo es heißt: *„Hat aber derjenige, welcher ihm [dem Sachverständigen] das Geschäft überließ, die Unerfahrenheit desselben gewusst; oder, bei gewöhnlicher Aufmerksamkeit wissen können; so fällt zugleich dem Letzteren ein Versehen zur Last“.*

⁵⁸⁵ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 4.

⁵⁸⁶ Primär ist der Klient zur Leistung des vereinbarten, oder eines angemessenen Honorars für die durch den Berater geleisteten Dienstleistungen verpflichtet. Siehe dazu weitere Ausführungen im Kapitel II.3.b. „Gegenleistung: Honorar“. Die Abnahme der Leistung als weitere Hauptleistungspflicht des Beratenen kann vernachlässigt werden, nachdem die Beratungsleistung häufig nicht in einem körperlichen Endprodukt resultiert und somit schon die Vollendung der Beratung an die Stelle der Abnahme tritt.

⁵⁸⁷ § 1299 Satz 2 ABGB – bei öffentlich tätigen Sachkundigen ist eine solche Unfähigkeit allerdings nicht leichtfertig anzunehmen. Es müssen besondere Verdachtsmomente vorliegen, welche Zweifel an der Zuverlässigkeit des Beauftragten begründen.

Besonders häufig und praxisrelevant sind Mitverschuldenseinwände aber aus dem Bereich der Mitwirkungspflichten des Beratenen. So hat der Beratene an dem Beratungsprojekt aktiv mitzuwirken um seine vertraglichen Pflichten zu erfüllen. Je nach Umfang und Komplexität des Beratungsprojektes unterscheiden sich die Mitwirkungspflichten des Beratenen in ihrer Intensität. Mitwirkungspflichten können vertraglich definiert sein, ergeben sich aber häufig aus dem Gesamtzweck des Beratungsverhältnisses, dessen Erfolg idR von der Erfüllung der Informations- und Unterstützungspflichten des Klienten durch diesen abhängig ist. Informationspflichten haben stets vollständig und richtig erfüllt zu werden; Unterstützungspflichten soweit sie branchenüblich sind und dem Fortschritt des Projektes helfen.

Informationspflicht bedeutet, dass der Unternehmer dem Unternehmensberater einen umfassenden Überblick über den Beratungsgegenstand zu vermitteln hat; dh die Informationen zur Verfügung zu stellen hat, die dieser zur Ausführung seiner Aufgaben benötigt. Dazu gehört es auch auf außergewöhnliche Umstände hinzuweisen, die das Unternehmen betreffen. Diese Pflicht trifft im Wesentlichen den Klienten alleine. Der Berater ist nicht per se verpflichtet tatsächliche Umstände des Klienten zu hinterfragen und ist berechtigt seine Angaben für wahr zu halten bzw sich auf das an ihn herangetragene Problem zu beschränken, solange sich keine erheblichen Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der Information oder einen zu eng gefassten Auftragsumfang ergeben.⁵⁸⁸

Unterstützungspflichten teilen sich in zwei Bereiche. Einerseits hat der Klient alle für den Ablauf notwendigen technischen, organisatorischen und personellen Rahmenbedingungen zu schaffen, andererseits für das Beraterteam ständiger Ansprechpartner zu sein, dh das Team rechtzeitig mit richtigen und vollständigen Informationen zu versorgen und Fragen zu beantworten.⁵⁸⁹ Für gewöhnlich bestehen Mitwirkungspflichten über die gesamte Dauer des Projekts und sind von eminenter Wichtigkeit für den Projekterfolg und -fortschritt.⁵⁹⁰ Mitverschulden auf Seiten des Klienten, hat insb bei nicht oder schlecht erbrachter Mitwirkung meist direkte Auswirkung auf den

⁵⁸⁸ Stöger, AR aktuell 2006, 7; Harrer in *Schwimann* VI⁴ § 1300 Rz 105. Anders ist das beim Abschlussprüfer, der sich nicht ausschließlich auf die Information der geprüften Gesellschaft verlassen kann.

⁵⁸⁹ Beratungsverträge beruhen häufig auf einer Kooperation zwischen dem Berater und dem Beratenen. Der Beratene hat dem Berater Informationen zu liefern, Treffen aufzusetzen etc damit dieser seiner Tätigkeit überhaupt nachgehen kann. Mehr dazu insb für andere beratende Berufe in *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 14.

⁵⁹⁰ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 128.

Projekterfolg und kann zu Verzögerungen, Fehlern in der Beratungsleistung oder sogar zur Undurchführbarkeit des Projektes führen.⁵⁹¹

Andererseits treffen den Beratenen aber auch Verpflichtungen zur Kontrolle des Beraters und des Beratungsergebnisses. Ein Mitverschulden kann den Beratenen ua treffen, wenn er:

- eine Kontrolle des Beraters unterlässt, obwohl sie ihm zumutbar war,⁵⁹²
- einen für ihn erkennbar schlechten Rat befolgt,
- die Informationen objektiv unrichtig verstanden oder nicht so verwendet hat, wie das von ihm erwartet werden konnte,^{593, 594}
- den Rat des Beraters schlicht nicht beachtet,
- es unterlässt nötige schadenshindernde oder -mindernde Maßnahmen zu treffen.

Insb in der Kontroll- und Umsetzungsphase ist aber hinsichtlich der dem Beratenen abverlangten Sorgfalt ein vorsichtiges Maß anzulegen. Grundlage des Beratungsvertrags ist zumeist die Überzeugung, dass der Berater dem Klienten in dem jeweiligen Fachgebiet an Wissen überlegen ist. Den Klienten, der sich dieses Fachwissen zukaufte weil er darüber nicht verfügt, kann daher keine Obliegenheit treffen über das gewöhnliche Maß hinaus durch eigene Bemühungen Beratungsfehler aufzudecken und auszugleichen.⁵⁹⁵ Ein Mitverschulden trifft den Beratenen wohl nur dann, wenn er aufgrund seiner Kenntnisse und Erfahrung erkennen hätte müssen, dass die Beratung fehlerhaft ist. Es kann uU auch dann vorliegen, wenn der Berater davon ausgehen konnte, dass seine Ergebnisse vor der Umsetzung noch durch den Beratenen kontrolliert werden, dies aber unterblieben ist. Eine Mitverantwortung des Geschädigten ist aber gerade hier aus Präventionsüberlegungen sinnvoll. Das drohende Risiko auch nur einen Teil des Schadens selber

⁵⁹¹ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 133.

⁵⁹² § 1299 letzter Satz ABGB; Von dem Mandanten eines Rechtsanwalts kann es nicht verlangt werden, alle Unterlagen zur Kontrolle des Rechtsanwalts bis in das Detail durchzusehen; Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 21.

⁵⁹³ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 8.

⁵⁹⁴ Der auf das Gutachten Vertrauende hat zu berücksichtigen, dass die Schätzung eines Sachverständigen lediglich ein Näherungswert ist und eine Fehlerbreite einkalkuliert werden muss.

⁵⁹⁵ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 93.

tragen zu müssen bewirkt den Anreiz diesen so gut wie möglich zu verhindern oder einzudämmen.⁵⁹⁶

Liegen alle Voraussetzungen für Mitverschulden auf Seiten des Beratenen vor, so wird die Haftung des schuldhaft handelnden Rat- oder Auskunftsgebers nach § 1304 ABGB gemindert. Der Geschädigte hat dann „mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig“ zu tragen. „Wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen lässt, zu gleichen Teilen.“ Der Beratende soll für den Teil des Schadens, für den er selbst eine Ursache gesetzt hat, auch einstehen. Dies geschieht, indem eine verhältnismäßige Aufteilung des Schadenersatzes stattfindet.⁵⁹⁷ Die Mitverantwortung kann sich dabei auf den gesamten Schaden oder bestimmte Teile davon, wie zB Folgeschäden, beziehen. Der Umfang der Schadensteilung hängt insb davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder anderen Teil verursacht worden ist. Die Abwägung des Maßes der Verursachung führt idR zu einer Schadensteilung, kann aber die Ersatzpflicht des Unternehmensberaters auch gänzlich entfallen lassen, wenn der Schaden alleine durch das Verhalten eines Beratenen verursacht wurde oder diesen ein sehr grobes Verschulden an der Entstehung des Beratungsmangels trifft.

Die besondere Mitverschuldensproblematik in der Beratung ergibt sich daraus, dass der Schaden nicht schon durch die falsche Beratungsleistung an sich entsteht, sondern erst im Zuge der Umsetzung durch den Klienten in Realität erwächst.

III.2.d.5. Prozessuales/Beweislast

Die Schuldlosigkeit des Schädigers wird so lange vermutet, bis der Geschädigte das Gegenteil beweist. Für die Annahme eines Verschuldens reicht es aus, dass der Geschädigte die für die rechtliche Beurteilung wesentlichen Umstände beweist.

Hat der Schädiger im Schädigungszeitpunkt nicht über die durchschnittlichen Fähigkeiten nach § 1299 ABGB verfügt, so liegt es an ihm die dafür entscheidenden Umstände nachzuweisen.⁵⁹⁸

⁵⁹⁶ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 12/1.

⁵⁹⁷ Scheucher, ÖJZ 1961, 225.

⁵⁹⁸ OGH 15.09.1999, 3 Ob 51/98s.

Liegt objektiv extrem sorgfaltswidriges Verhalten vor, wird auch ohne Nachweis der subjektiven Seite vermutet, dass der Sachverständige grob fahrlässig gehandelt hat.⁵⁹⁹ Er kann diese Vermutung widerlegen, indem er beweist, dass ihm die Sorgfaltspflichtverletzung subjektiv nicht schwer vorwerfbar ist. Tut er dies erfolgreich, haftet er nur für leichte Fahrlässigkeit. Dieser Nachweis steht ihm aber nur in den Bereichen offen, die nicht in Zusammenhang mit seinen Kenntnissen und Fähigkeiten stehen.⁶⁰⁰ Für den Fall der leichten Fahrlässigkeit, trifft weiterhin den Geschädigten die Beweislast, dass sich ein durchschnittlicher Sachverständiger aus der Vergleichsgruppe anders, nämlich in Hinblick auf die verletzte Pflicht rechtmäßig, verhalten hätte.

Zu einer Umkehr der Beweislast, kommt es bei Verletzungen vertraglicher oder vertragsähnlicher Pflichten. In diesen Fällen hat der Schädiger zu beweisen, dass ihn kein Verschulden trifft. Nach der allgemein hM kommt § 1298 ABGB beim freien Dienstvertrag nicht zur Anwendung, dh die Beweislast verbleibt, unabhängig vom Verschuldensgrad, beim geschädigten Beratenen. Im Werkvertragsrecht hingegen wird die leichte Fahrlässigkeit des Schädigers nach § 1298 ABGB vermutet. Nicht der Geschädigte hat zu beweisen, dass den Schädiger ein Verschulden trifft, sondern der Schädiger, dass ihn keines trifft.⁶⁰¹

⁵⁹⁹ Reischauer in Rummel³ § 1324 Rz 3 (Stand 01.01.2004, rdb.at).

⁶⁰⁰ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 1/41.

⁶⁰¹ Die Beweislast für grobes Verschulden trägt, wie überhaupt bei vertraglichen Schuldverhältnissen, der Geschädigte. OGH 01.12.1982, 1 Ob 730/82.

III.3. Rechtsfolge und Haftungsdurchsetzung

Liegen alle Voraussetzung für die Geltendmachung von Schadenersatz vor, steht es dem Geschädigten frei seine Schadenersatzforderung gerichtlich geltend zu machen. Dabei ist zu beachten, dass den Rechtsweg nur der tatsächlich Anspruchsberechtigte innerhalb der gesetzlichen oder vertraglich vereinbarten Verjährungsfristen beschreiten kann. Dem Geschädigten steht dabei eine Reihe von Ersatzmöglichkeiten zu. Der Vollständigkeit halber sollen die anwendbaren Regelungen und Rechtsgrundlagen dafür an dieser Stelle kurz erwähnt werden, wobei sich hier nach mM keine Besonderheiten iZm dem Unternehmensberater ergeben.

Der Geschädigte hat seinen Schadenersatzanspruch gem § 1489 ABGB innerhalb der Verjährungsfrist von 3 Jahren geltend zu machen. Die Frist beginnt mit Kenntnis von Schaden und Schädiger zu laufen. Dieser Zeitpunkt ist häufig, insb bei Folgeschäden, schwierig festzustellen. Nach der Rsp bilden Primär- und Folgeschaden eine verjährungsrechtliche Einheit soweit sie vorhersehbar waren. Bei Unkenntnis von Schaden und Schädiger gilt eine absolute Verjährungsfrist von 30 Jahren. Diese längere Verjährungsfrist gilt auch für alle Schäden aus gerichtlich strafbaren Handlungen iSd § 1489 ABGB.⁶⁰²

Steht ein Schadenersatzanspruch dem Grunde nach fest, gibt es gesetzlich für den Anspruchsberechtigten verschiedene Formen des Ersatzes zur Auswahl. In erster Linie soll Ersatz für Schaden, gem § 1323 ABGB durch Zurückversetzung in den vorigen Stand, also Naturalrestitution,⁶⁰³ geleistet werden. Ist dies untunlich, gibt es alternativ die Möglichkeit einer Vergütung des Schätzwerts als Wertinteresse mittels Geldersatz.⁶⁰⁴ Demnach ist der Geschädigte in erster Linie so zu stellen wie er ohne schädigendes Ereignis stünde.⁶⁰⁵ Unter Naturalrestitution wird von der hL die Schaffung eines gleichartigen, wirtschaftlich gleichwertigen

⁶⁰² Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ 275.

⁶⁰³ Die Naturalrestitution ist in Form einer Neuanfertigung, Reparatur oder Austausch denkbar.

⁶⁰⁴ Die Naturalrestitution, wahrt das Integritätsinteresse und entspricht dem Ausgleichsgedanken des Gesetzes, weshalb sie selbst dann durchzuführen ist, wenn sie teurer kommt als der Geldersatz. *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer*, Schadenersatz in der Praxis Rz 37.

⁶⁰⁵ Untunlich ist eine Naturalrestitution dann, wenn die Wiederherstellung unverhältnismäßig mehr kosten würde als das Gut wert ist. Ist eine Naturalrestitution möglich, nicht aber durch den Schädiger selbst, sind die Kosten dieser zu ersetzen bzw fiktive Reparaturkosten zu leisten. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 274.

Zustandes verstanden. Dies ist jedoch nur bei einer vertretbaren Sache oder Leistung denkbar.⁶⁰⁶

Während die Naturalrestitution bei Anlegerschäden häufig vorkommt⁶⁰⁷, spielt sie in der Unternehmensberatung aufgrund häufiger Unmöglichkeit einer Rückabwicklung des Geschehensverlaufs bzw mangels wirtschaftlicher Austauschbarkeit der Beratungsleistung praktisch eine geringere Rolle. Das bedeutet, dass bei Unternehmensberatern im Regelfall Schadenersatz in Form von Geld zu leisten ist.

Wer zu Schadenersatz verpflichtet ist hat grds den gesamten von ihm adäquat verursachten Schaden zu ersetzen, ohne Rücksicht darauf, ob dessen Höhe vorhersehbar war und in einem angemessenen Verhältnis zu Beratungsauftrag und Honorarvolumen steht.⁶⁰⁸ Bzgl des Umfangs der Schadenersatzpflicht unterscheidet § 1323 ABGB zwischen dem Ersatz des erlittenen (positiven) Schadens und der vollen Genugtuung, die auch den Interessensersatz für entgangenen Gewinn umfasst. Welcher von beiden zu ersetzen ist, richtet sich nach dem Verschuldensgrad des Schädigers. Bei leichter Fahrlässigkeit hat der Schädiger gem § 1324 ABGB den positiven Schaden⁶⁰⁹ zu ersetzen. Hat der Schädiger den Schaden grob fahrlässig oder vorsätzlich verursacht, muss er volle Genugtuung leisten, der Geschädigte kann also auch den Ersatz des entgangenen Gewinns einklagen.⁶¹⁰ Im beidseitigen Unternehmergeschäft ist gem § 349 UGB stets – somit bereits bei leichter Fahrlässigkeit – der entgangene Gewinn zu leisten.

⁶⁰⁶ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 9/17.

⁶⁰⁷ Dabei kann der Geschädigte die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Rückgabe der Wertpapiere verlangen. Von einer „doppelten Naturalrestitution“ spricht man idZ, wenn die Rückgabe der nicht gewünschten Papiere gegen Verschaffung von Alternativpapieren erfolgt. Kodek, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, ÖBA 2012, 11.

⁶⁰⁸ Quiring, Rechtshandbuch für Unternehmensberater 149.

⁶⁰⁹ Siehe dazu im Detail Kapitel III.2.a. „Schaden“.

⁶¹⁰ Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur, Schadenersatz in der Praxis Rz 40.

III.4. Zwischenfazit

Ein Schadenersatzanspruch entsteht für ein beratenes Unternehmen gegen seinen Unternehmensberater nach den allgemeinen Grundsätzen der Verschuldenshaftung iSd §§ 1293ff ABGB, wenn im Unternehmen ein Schaden eingetreten ist, der in kausalem Zusammenhang mit einer Pflichtverletzung des Unternehmensberaters steht, die gegen eine vertragliche oder gesetzliche Pflicht verstößt und somit rechtswidrig ist und an welcher den Unternehmensberater ein Verschulden trifft. Liegen all diese Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung vor, so ist gem § 1012 ABGB grds der Schaden zu ersetzen, der aus der Pflichtverletzung entstanden ist.

Der Schadensbegriff umfasst sowohl Vermögensschäden, als auch ideelle Schäden, unter bestimmten Voraussetzungen sogar den entgangenen Gewinn. Fehlerhafte Beratung führt idR zu bloßen Vermögensschäden. Herausfordernd für den Beratenen ist es insb, die Höhe des Schadens zum Zeitpunkt der Klage zu beziffern. Unter gewissen Voraussetzungen stehen ihm dabei die Rechtsbehelfe der §§ 273 und 272 ZPO zur Verfügung, die eine Ausnahme von dem Gebot der Bestimmtheit der Klagebegehrens darstellen.

Ebenfalls eine für den Geschädigten schwer nachzuweisende Voraussetzung für die Schadenersatzhaftung stellt die Kausalität dar. Für diese ist der Beratene ebenso wie für den Schaden, aufgrund der auf das Verschulden beschränkten Anwendbarkeit der in § 1298 ABGB statuierten Beweislastumkehr, voll beweispflichtig. Die Schwierigkeit liegt insb in den oftmals großen zeitlichen Abständen zwischen Erbringung der Beratungsleistung und Schadenseintritt, der Multikausalität von auftretenden Schäden und nicht zuletzt der ex-ante Beurteilung der Haftung. Die Tatsache, dass zwischen der Erteilung von Rat und Eintritt des Schadens idR das Handeln des Geschädigten als sog „Zwischenursache“ liegt, ist hingegen kein Hindernis. Für den Fall der Beraterhaftung wird angenommen, dass der Kausalitätsverlauf nicht schon durch die Tatsache durchbrochen wird, dass die Entscheidung letztlich durch den Unternehmer (und nicht den Berater) eigenverantwortlich getroffen und umgesetzt wird.

§ 1294 ABGB bestimmt, dass der Schaden *„aus einer widerrechtlichen Handlung oder Unterlassung eines Anderen entspringt“*. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich aus dem Zuwiderhandeln entweder gegen gesetzliche, vertragliche oder vorvertragliche Pflichten. Zufall alleine begründet nach §§ 1305, 1306 ABGB keine Ersatzpflicht. Nach der in Österreich hL vom Verhaltensunrecht besteht die haftungsbegründende Rechtswidrigkeit in der Verletzung des Gebots zur *„Einhaltung der objektiv gebotenen Sorgfalt“*. Die für den Unternehmensberater gebotene Sorgfalt ist auf

Verschuldensebene anhand der Bestimmung des § 1299 ABGB zu messen, der einen objektivierten Sorgfaltsmaßstab für Sachverständige festlegt.

Vertragliche Pflichten müssen, sofern nicht schon im Vertragstext ausdetailliert, unter Zugrundelegung der Vertragsart, des Beratungsauftrags und des Beratungsumfangs ermittelt werden. Dem Verstoß gegen vertragliche Hauptleistungspflichten kommt die praktisch größte Bedeutung iZm der Rechtswidrigkeit zu. Primäre Hauptleistungspflichten beim Unternehmensberatungsvertrag unterscheiden sich stark je nach Beratungsauftrag und -thema. Meist enthalten sie ua Verpflichtungen zur Erhebung von Beratungsgrundlagen, Darstellung von daraus abgeleiteten Erkenntnissen und die Ableitung von darauf basierenden Schlussfolgerungen. Der Unternehmensberater erbringt eine mangelhafte Leistung und handelt damit rechtswidrig, wenn er einen sachlich unrichtigen Rat oder eine unrichtige Auskunft erteilt. Nicht zu den Leistungspflichten des Unternehmensberaters gehört es auch, seinen Klienten in irgendeiner Weise zu einer Handlung zu bestimmen. Der Unternehmensberater haftet nur für die sachliche Richtigkeit seines Ratschlags im Moment der Raterteilung. Auch für die Rechtswidrigkeit liegt die Beweislast beim Geschädigten.

Nebenleistungspflichten können entweder ausdrücklich oder stillschweigend Vertragsinhalt werden. Häufig werden sie in Form von AGB zum Vertragsgegenstand erhoben oder ergeben sich, wenn sie nicht durch Gesetz oder besondere Vereinbarung getroffen wurden, aus ergänzender Vertragsauslegung. Auch Nebenleistungspflichten können sehr unterschiedlich ausgestaltet sein. Sie bestimmen sich durch Vertragsart, Umfang und Inhalt der Beratung und ggf die Umstände des Vertragsabschlusses. Nur selbständige, äquivalente, Nebenleistungspflichten können auch selbstständig eingeklagt werden. Worauf der Unternehmensberater aus seinen nebenvertraglichen Pflichten hinweisen, worüber er belehren und wovor er warnen soll, ist gesetzlich nicht geregelt und auch an Urteilen zu dieser Thematik mangelt es in Österreich. Orientiert man sich an der Judikatur zu anderen beratenden Berufen, so ist festzustellen, dass die Höchstgerichte insb in Bezug auf den Umfang von Nebenleistungspflichten einen relativ strengen Maßstab anlegen und sich dieser über die letzten Jahre tendenziell weiter verschärft hat. Zu den wichtigsten Nebenleistungspflichten des Unternehmensberaters gehören die Nachforschungs-, Aufklärungs- und Warn- und Verschwiegenheitspflicht.

Das im ABGB verankerte Prinzip der Verschuldenshaftung erfordert das Vorliegen eines schuldhaften und somit „persönlich vorwerfbaren“ rechtswidrigen Verhaltens. Für den Sachverständigen, dessen Eigenschaften der Unternehmensberater erfüllt, wird gem § 1299 ABGB

nicht auf das subjektive Vermögen einer Einzelperson, sondern auf die objektiven Fähigkeiten einer ganzen Berufs- oder Menschengruppe abgestellt, indem das tatsächliche Verhalten des Beraters mit dem eines verantwortungsbewussten und gewissenhaften Durchschnittsfachmanns verglichen wird. Eine Möglichkeit zum Nachweise geringerer Fähigkeiten hat der Unternehmensberater nicht. Dennoch bleibt die Verschuldensprüfung aber immer subjektiv. Der Grad des Verschuldens ist bestimmend für den Umfang der Ersatzpflicht.

Die Konkretisierung des anzuwendenden Sorgfaltsmaßstabs im Schadenersatzprozess verlangt einen Vergleich zwischen dem tatsächlichen Verhalten des beklagten Beraters mit dem gedachten pflichtgemäßen Verhalten eines gewissenhaften Angehörigen des jeweiligen Verkehrskreises. Zur Bestimmung des pflichtgemäßen Verhaltens muss einerseits das konkret geschuldete Verhalten eines Sachverständigen der jeweiligen Vergleichsgruppe ermittelt werden, andererseits müssen die allgemein gültigen Grundsätze ordnungsgemäßer Unternehmensberatung untersucht werden. Weder die generelle Unerfahrenheit, noch Unwissenheit, sondern nur außergewöhnliche Umstände befreien von einer Haftung.

Das Verschulden des Beraters und der von ihm zu leistende Ersatz kann dadurch gemindert werden, dass auch auf Seiten des Beratenen ein gegen seine vertraglichen Pflichten verstoßendes schuldhaftes Verhalten vorliegt. Besonders häufig und praxisrelevant sind dabei Mitverschuldenseinwände aus dem Bereich der Mitwirkungspflichten des Beratenen.

IV. Der vertragliche Haftungsausschluss

IV.1. Allgemeines

Mit einer Diskussion der Haftung des Unternehmensberaters untrennbar verbunden ist die ihrer vertraglichen Begrenzung. Je nach Art und Umfang der Tätigkeit des Unternehmensberaters, der Ausgestaltung der Verträge und der Rechtsform der beteiligten Vertragsparteien besteht für ihn ein mehr oder weniger hohes potentiell Haftungsrisko. Wird ein Schadenersatzrechtlicher Anspruch nach den oben besprochenen Grundsätzen bejaht, so muss in einem nächsten Schritt dessen möglicher Ausschluss oder dessen etwaige Beschränkung durch die Vertragsparteien geprüft werden. Dabei sind der Wille der Parteien und die rechtlichen Rahmenbedingungen zu ermitteln.

Grds haftet der Unternehmensberater unbeschränkt. Anders als bspw für den Wirtschaftsprüfer bei der Abschlussprüfung⁶¹¹ gibt es nämlich keine gesetzlich verankerten Haftungsobergrenzen. Das finanzielle Risiko, welches mit Schadenersatzansprüchen verbunden sein kann, ist daher enorm und dem Umfang nach nicht vorhersehbar. Es überrascht daher nicht, dass insb Beratungsunternehmen nach Möglichkeiten suchen diese so weit als möglich zu beschränken. Dies kann durch Wahl einer die Haftung beschränkenden Gesellschaftsform, den Abschluss einer Versicherung und/oder durch die Vereinbarung einer vertraglichen Haftungsbegrenzung erreicht werden. Beratungsverträge enthalten häufig Klauseln, durch die Schadenersatzansprüche des Klienten oder Dritter soweit wie möglich ausgeschlossen werden sollen.⁶¹² Dem Wunsch des Unternehmensberaters nach möglichst geringer Haftung auf der einen Seite steht allerdings der

⁶¹¹ § 275 Satz 2 UGB sieht vor, dass „die Ersatzpflicht bei Fahrlässigkeit bei der Prüfung einer kleinen oder mittelgroßen Gesellschaft (§ 221 Satz 2) mit zwei Millionen Euro, bei Prüfung einer großen Gesellschaft (§ 221 Satz 3) mit vier Millionen Euro, bei Prüfung einer großen Gesellschaft, bei der das Fünffache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird, mit acht Millionen Euro und bei Prüfung einer großen Gesellschaft, bei der das Zehnfache eines der in Euro ausgedrückten Größenmerkmale einer großen Gesellschaft überschritten wird, mit zwölf Millionen Euro beschränkt. [...] Diese Beschränkungen für eine Prüfung gelten auch, wenn an ihr mehrere Abschlussprüfer beteiligt gewesen oder mehrere zum Ersatz verpflichtende Handlungen begangen worden sind, und ohne Rücksicht darauf, ob andere Beteiligte vorsätzlich gehandelt haben. Sie gelten jedoch nicht für den Abschlussprüfer, der in Kenntnis oder in grob fahrlässiger Unkenntnis seiner Befangenheit oder Ausgeschlossenheit gehandelt hat“.

⁶¹² Theoretisch sind auch Haftungserweiterungen möglich, sofern diese keine Vertragspartner knebeln oder zu einer sachlich nicht gerechtfertigten, groben Äquivalenzstörung führen. *Krejci in Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 129 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

des Klienten nach einer möglichst weiten Absicherung ggü.⁶¹³ Dies erscheint angesichts des zwischen Berater und Beratenem bestehenden Vertrauensverhältnisses problematisch, doch kann weder vom Klienten verlangt werden auf jedweden Ersatz seines Schadens zu verzichten, noch vom Berater in jedem Fall und vollem Umfang dafür einzustehen.⁶¹⁴

Mit der Entstehung welcher Schäden bei Verletzung eines Beratungsvertrags typischerweise zu rechnen ist kann kaum seriös abgeschätzt werden. Zum vertraglichen Ausschluss der Haftung des Unternehmensberaters werden daher häufig pauschale Vereinbarungen in Form von AGB herangezogen, anstatt die Haftung konkret mit vertraglichen Einzelabreden zu beschränken oder auszuschließen. Da aber solche Vereinbarungen nicht zwischen den Parteien individuell ausgehandelt wurden, ist bei der Auslegung der Verträge zunächst zu prüfen, ob diese überhaupt Bestandteil des Rechtsverhältnisses geworden sind und dann, in welchem Umfang sie tatsächlich anwendbar sind.

Haftungsausschlüsse sind aus Beraterverträgen heutzutage kaum mehr wegzudenken. Sie sind Teil der gelebten Realität im Geschäftsverkehr mit Dienstleistern. Dazu kommt die Tatsache, dass sich durch die in der Praxis sehr weitreichenden Ausschlüsse und Beschränkungen sowohl bei Beratern als auch Beratenen das Gefühl etabliert hat, dass in der Branche sowieso unter keinen Umständen gehaftet wird. Die Thematik verdient mE aus diesen Gründen, aber auch wegen ihrer zahlreichen und nicht immer einheitlichen Kasuistik, besondere Aufmerksamkeit. Trotz zahlreicher Urteile hinsichtlich der Tätigkeit der verschiedenen beratenden Berufe, ist die Judikatur, insb aufgrund der sehr verschieden ausgestalteten Fallkonstellationen, stark einzelfallbezogen und stellt nur wenige allgemeingültige Grundsätze auf.⁶¹⁵

Dem im Zivilrecht herrschenden Prinzip der Privatautonomie folgend, ist es grds möglich die Haftung auf Schadenersatz durch eine Vereinbarung auszuschließen oder zu begrenzen. Im ABGB findet sich als gesetzliche Regelung zur Zulässigkeit vertraglicher Haftungsausschlüsse lediglich die Bestimmung des § 1298 ABGB, aus der sich – unter gleichzeitiger Normierung einer

⁶¹³ In anderen Rechtsordnungen, wie zB der französischen, werden Beschränkungen der Haftung für berufliche Pflichtverletzungen kaum akzeptiert. Auch der Vorschlag einer EG-Richtlinie über den Ausschluss der Haftung bei Dienstleistung (Dok KOM (90) 482 endg – SYN 308, Abl. EG Nr C 12 vom 18.01.1991) ging in die Richtung diesen zu verbieten. Das Verbot sollte sich aber rein auf inhaltliche, nicht umfangmäßige Beschränkungen beziehen. *Hirte*, Berufshaftung 445.

⁶¹⁴ *Junge-Ilges*, Haftungsvereinbarungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe (1995) 46.

⁶¹⁵ Auch die vielgestaltige Rechtsgrundlage der Sittenwidrigkeit trägt dazu bei. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 5/9.

Beweislastumkehr – ergibt, dass der Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden grds zulässig ist.⁶¹⁶ Im Übrigen ergeben sich die Grenzen der Wirksamkeit eines Haftungsausschlusses oder einer Haftungsbeschränkung aus den Regeln des § 879 ABGB über die Sittenwidrigkeit.

Ungeachtet des vorherrschenden Prinzips der Vertragsfreiheit stellt sich die Frage wie weit die Privatautonomie idZ reicht.

In der Literatur und Judikatur werden verschiedene Begriffe in Zusammenhang mit diesem Thema verwendet. Zu den Häufigsten gehören: Haftungsausschluss, -begrenzung, -beschränkung und -freizeichnung. Rechtsdogmatisch ist dabei insb zwischen den Begriffen Haftungsbeschränkung und –Haftungsausschluss zu unterscheiden. Bei einem Haftungsausschluss wird die Haftung in vollem Umfang ausgeschlossen, zB für alle Fehler, die auf einer Fahrlässigkeitsstufe geschehen. Bei einer Haftungsbeschränkung, wird die Haftung für einen Schaden auf ein gewisses Ausmaß begrenzt, so dass der Geschädigte weiterhin einen Ausgleich, allerdings einen verminderten, erhält, so zB bei der Vereinbarung von vertraglichen Höchstgrenzen.⁶¹⁷ Der unterschiedlichen Anwendung der genannten Begriffe liegt jedoch keine trennscharfe inhaltliche Unterscheidung zu Grunde. Nachdem eine ausnahmslose Beschränkung der Haftung, gesetzlich nicht zulässig und ein gänzlicher Haftungsausschluss somit nicht denkbar ist, kann es sich in jedem Fall nur um eine Haftungsbeschränkung der einen oder anderen Art handeln. Im Folgenden soll deshalb der gängigen, weitgehend synonymen Verwendung der Begriffe Haftungsausschluss und -beschränkung gefolgt werden.⁶¹⁸

⁶¹⁶ Außerdem geht noch § 6 Abs 1 Z 9 KSchG auf den Haftungsausschluss für verschiedene Verschuldensgrade ein, indem er postuliert, dass Vertragsbestimmungen durch welche eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführten Schäden ausgeschlossen werden, iSd § 879 ABGB nicht verbindlich sind.

⁶¹⁷ *Wilhelmer*, Zur Zulässigkeit und Gestaltung von Haftungsvereinbarungen durch den Notar, NZ 2013, 1.

⁶¹⁸ *Krejci in Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 123 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

IV.2. Zulässigkeit und Einordnung von Haftungsausschlüssen

Seine an sich unbeschränkte Verschuldenshaftung kann der Unternehmensberater nur durch eine aktive Vereinbarung mit seinen Klienten abändern. Dies erfolgt durch eine zivilrechtliche Einigung auf einem der folgenden Wege:

- vertragliche Einzelabrede,
- Pauschalausschluss sowie allgemeine Geschäftsbedingungen⁶¹⁹ oder
- die Verwendung von so genannten „Disclaimern“

Unabhängig davon auf welchem der oben genannten Wege die Haftung für Schadenersatz beschränkt werden soll, ist es zunächst notwendig festzustellen, ob ein Haftungsausschluss gültig zu Stande gekommen ist. Im Folgenden wird auf die einzelnen Möglichkeiten der Vereinbarung eines Haftungsausschlusses und deren Zulässigkeit eingegangen.

IV.2.a. Haftungsausschluss durch vertragliche Individualabreden

Vertragliche Haftungsmodifikationen durch Individualabreden sind beim Beratungsvertrag grds zulässig. Sowohl die Verschärfung, als auch die Minderung der Haftung durch Vertrag sind in Übereinstimmung mit den in § 879 ABGB verankerten Grenzen der Vertragsautonomie möglich.⁶²⁰ Dazu bedarf es keiner speziellen Formerfordernisse. Haftungsausschlüsse können sogar konkludent vereinbart werden.⁶²¹

Der Haftungsausschluss durch individuell verhandelte Einzelabrede ist praktisch unbedenklich, solange und soweit mehr oder weniger gleich starke Parteien ihre Rechte und Pflichten aushandeln, da die Vertragsparteien im vollen Umfang von ihrer Vertragsautonomie Gebrauch

⁶¹⁹ Grundlage für AGB bieten oftmals Vorlagen von Fachverbänden für Unternehmensberatung, wie dem UBIT oder in Deutschland dem BDU, die einheitlich für den Berufsstand herausgegeben werden. https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Services/UB_AGB_2012.pdf (Stand 25.6.2015).

⁶²⁰ RIS-Justiz RS0016575 (OGH 17.01.2001, 6 Ob 98/00f).

⁶²¹ ZB auf Grund des Verhaltens eines Klienten; *Rubin*, Aufklärungspflichtverletzung und konkludenter Haftungsausschluss, ZVR 2006, 23.

machen.⁶²² Die Gefahr der Übervorteilung einer der Vertragsparteien ist bei diesem Weg des Haftungsausschlusses weitaus kleiner als mittels AGB oder Disclaimer.

Derartige Einzelabreden sind unter Anwendung der gewöhnlichen Regeln der Vertragsauslegung zu beurteilen und einer Sittenwidrigkeitsprüfung nach § 879 ABGB zu unterziehen. Individualabreden sind aufgrund der stärkeren „Willenseinbindung“ des Klienten idR bestandssicherer als die Vereinbarung Allgemeiner Geschäfts- oder Auftragsbedingungen.⁶²³

§ 879 ABGB sieht vor, dass „*ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot, oder gegen die guten Sitten verstößt*“ nichtig ist. Für die Beurteilung der Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäftes ist das Gesamtbild entscheidend, das sich aus Inhalt, Zweck, Beweggrund und Begleitumständen des Rechtsgeschäftes ergibt. Nachteile können allerdings in der Abwägung durchaus mit vorteilhaften Bestimmungen ausgeglichen oder mit einer Anpassung des Preises gerechtfertigt werden.⁶²⁴ Zu weitgehende Ausschlüsse und Beschränkungen der Haftung müssen aber als sittenwidrig angesehen werden.⁶²⁵ Ist der Klient über den Ausschluss und seine Folgen vollständig aufgeklärt kommt Sittenwidrigkeit aufgrund ungleicher Vertragsparteien allerdings nicht mehr in Frage. Von Sittenwidrigkeit ist auch dann nicht auszugehen, wenn sich der Haftungsausschluss bereits auf das Austauschverhältnis, etwa in Form einer Entgeltsminderung, niedergeschlagen hat. Ferner liegt Sittenwidrigkeit in einer Situation nicht vor, in der die beratende Tätigkeit derart risikoreich ist, dass weder die Haftung in vollem Umfang getragen, noch das Haftungsrisiko in leistbarem Umfang versichert werden kann.⁶²⁶

⁶²² Hirte, Berufshaftung 446.

⁶²³ Wilhelmer, NZ 2013, 1.

⁶²⁴ Bollenberger in Koziol/Bydlinski/Bollenberger⁴ § 879 Rz 23; OGH 30.05.2006, 3 Ob 121/06z; OGH 07.08.2008, 6 Ob 253/07k.

⁶²⁵ Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit findet immer eine umfassende Interessensabwägung statt, die die Umstände des Einzelfalls berücksichtigt Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 43 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

⁶²⁶ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 5/12.

IV.2.b. Haftungsausschluss durch einseitige Pauschalausschlüsse oder AGB

IV.2.b.1. Allgemeines

Wesentlich häufiger werden Haftungsausschlüsse in Form von standardmäßigen Pauschalausschlüssen, zB unter Verwendung von AGB oder Formblättern, getroffen. Der OGH hat ausgesprochen, dass zwischen den Begriffen kein Unterschied besteht.⁶²⁷

Unter AGB versteht man *„vertragliche Klauseln, die zur Standardisierung und Konkretisierung von Massenverträgen dienen. Sie werden von einer Vertragspartei einseitig gestellt und bedürfen daher einer bes Kontrolle [der anderen Vertragspartei], um ihren Missbrauch zu verhindern.“*⁶²⁸

Laut *Hirte* stellen sich die AGB als *„ein vom Verwender gemachter überprüfbarer Vorschlag zur Pflichtenkonkretisierung dar.“*⁶²⁹ Textbausteine für Verträge qualifiziert der OGH immer als Vertragsformblätter.⁶³⁰ Dies gilt sogar für solche, die der Verwender bloß aus dem Gedächtnis reproduziert.⁶³¹

Um die Gültigkeit von AGB zu prüfen ist ein drittstufiger Kontrollmechanismus vorgesehen: zunächst ist mittels Einbeziehungskontrolle zu prüfen, ob AGB nach dem Willen der Parteien überhaupt in den Vertrag miteinbezogen wurden, sodann eine Geltungskontrolle einzelner Klauseln gem § 864 a ABGB vorzunehmen und zuletzt mittels Inhaltskontrolle die Konformität mit § 879 Abs 2 zu prüfen.

IV.2.b.2. Einbeziehungskontrolle

Bei der Einbeziehungskontrolle wird geprüft ob die Parteien die AGB überhaupt abschließen wollten, sich also den AGB wissentlich unterworfen haben. Geprüft wird also, ob die in solchen Schriftstücken enthaltenen Haftungsausschlüsse von den Parteien – ausdrücklich oder stillschweigend – in das Schuldverhältnis einbezogen wurden.

⁶²⁷ OGH 17.11.2004, 7 Ob 207/04y.

⁶²⁸ *Gabler*, Wirtschaftslexikon, Stichwort: AGB, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/allgemeine-geschaeftsbedingungen-agb.html> (Stand 2016).

⁶²⁹ *Hirte*, Berufshaftung 448.

⁶³⁰ OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f.

⁶³¹ OGH 23.04.2008, 7 Ob 89/08a; *Perner*, Aktuelle Judikatur zum AGB-Recht, *ecolex* 2009, 288.

Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten regelmäßig nur kraft ausdrücklicher oder stillschweigender – Parteienvereinbarung. Es genügt dabei, wenn der Unternehmer vor dem Abschluss des Vertrages erklärt, nur zu seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen kontrahieren zu wollen, und sich der Geschäftspartner daraufhin dennoch mit ihm einlässt.⁶³² Die Vereinbarung von AGB hat zum Vertragsabschluss zu erfolgen. Hinweise auf AGB nach Abschluss sind grds unbeachtlich.⁶³³

Eine stillschweigende Unterwerfung des Klienten nur dann angenommen werden, wenn ihm deutlich erkennbar ist, dass der Unternehmer nur zu seinen AGB abschließen will, und er die Möglichkeit hatte, vom Inhalt dieser Bedingungen Kenntnis zu nehmen.⁶³⁴ Eine Ausnahme von diesem Prinzip macht der OGH bei dauernder Geschäftsbeziehung, wo es uU auch zu einer stillschweigenden Vereinbarung kommen kann.⁶³⁵

IV.2.b.3. Geltungskontrolle

Als nächster Prüfungsschritt erfolgt die Geltungskontrolle iSd § 864a ABGB. Danach werden Bestimmungen *„ungewöhnlichen Inhalts in Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder Vertragsformblättern, die ein Vertragsteil [Vertragspartei] verwendet hat“* dann nicht Vertragsbestandteil, wenn *„sie dem anderen Teil [der anderen Vertragspartei] nachteilig sind und er mit ihnen nach den Umständen, vor allem nach dem äußeren Erscheinungsbild der Urkunde, nicht zu rechnen brauchte; es sei denn der eine Vertragsteil hat den anderen besonders darauf hingewiesen.“* Als objektiv ungewöhnlich sieht der OGH eine Klausel an, die *„von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweichen, mit der er also nach den Umständen vernünftigerweise nicht zu rechnen brauchte, der Klausel muss also ein Überraschungseffekt oder Übertölpelungseffekt innewohnen. Insbesondere dann, wenn nur ein beschränkter Adressatenkreis angesprochen wird, kommt es auf die Branchenüblichkeit und den Erwartungshorizont des angesprochenen Kreises an.“* Dabei stellt der OGH nicht alleine auf den Inhalt, sondern vielmehr

⁶³² RIS-Justiz RS0014506 (OGH 19.02.1981, 7 Ob 48/80).

⁶³³ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 2/108.

⁶³⁴ RIS-Justiz RS0014506 (OGH 30.04.1987, 7 Ob 535/87).

⁶³⁵ „Bei dauernder Geschäftsbeziehung kann es nach dem OGH (OGH 20.05.2008, 4 Ob 59/08t) durch widerspruchslose Entgegennahme von Urkunden des Unternehmers, die allgemeine Verkaufs- und Lieferbedingungen enthalten, zu einer stillschweigenden Vereinbarung kommen, wenn die AGB weder versteckte noch außerhalb des Üblichen liegende Vertragsbedingungen enthalten. Von schlüssiger Zustimmung sei aber nicht auszugehen, wenn der mit der Funktion einer Empfangsbestätigung ausgestattete Lieferschein ein Anbot auf Abänderung der zuvor vereinbarten Hauptleistungen enthält.“ Perner, Aktuelle Judikatur zum AGB-Recht, ecolex 2009, 288.

auf die „Einordnung der Klausel in das Gesamtgefüge des Textes“ ab.⁶³⁶ Mit den Worten „Überrumpelungseffekt oder Übertölpelungseffekt“ ist gemeint, dass die Klausel sich nicht an einer Stelle des Vertrages befindet, wo „ein durchschnittlicher, sorgfältiger Leser nach den Umständen mit ihr rechnen muss und er sie nicht dort findet, wo er sie vermuten könnte.“⁶³⁷

Telos dieser Norm ist es solche Bestimmungen nicht in Gültigkeit erwachsen zu lassen, die der Vertragspartner typischerweise übersieht oder nicht genügend würdigt. So urteilte der OGH bspw im Jahr 2014, dass eine Vertragsklausel nicht wirksam sei, da „die im Zeichnungsformular enthaltene Haftungsfreizeichnung bei flüchtigem Überlesen keineswegs hervorstechte und nicht im Einzelnen ausgehandelt worden sei.“⁶³⁸ Auch in einer Entgelt- oder Tarifordnung muss nicht mit einer Klausel über den Haftungsausschluss gerechnet werden.⁶³⁹ Erfüllt eine Vertragsklausel die Voraussetzungen der Geltungskontrolle nicht, ist sie nicht Vertragsbestandteil geworden und entfaltet somit auch keine rechtlich verbindliche Wirksamkeit ggü dem Vertragspartner oder Dritten. Unabhängig von den Umständen der Begrenzung der Haftung, sind jedenfalls Haftungsausschlussklauseln zu vermeiden, in denen dem Klienten durch die gewählte Formulierung der Haftungsausschluss nicht bewusst ist oder der Berater sogar darüber hinweggetäuscht hat.

IV.2.b.4. Inhaltskontrolle

Erst wenn feststeht, dass eine Bestimmung Vertragsbestandteil geworden ist, ist mittels Inhaltskontrolle festzustellen, ob der Ausschluss inhaltlich unbedenklich ist und einer Sittenwidrigkeitskontrolle iSd § 879 ABGB standhält.⁶⁴⁰

⁶³⁶ RIS-Justiz RS0014646 (OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m).

⁶³⁷ OGH 29.04.2003, 4 Ob 56/03v.

⁶³⁸ Der Haftungsausschluss hatte folgendermaßen gelautet: „Die Haftung der [Emittentin] [...], deren Organe, Berater, Vermittler und Depotbanken sowie sonstigen zurechenbaren Dritten für leicht fahrlässig zugefügte Schäden wird einvernehmlich ausgeschlossen. Jegliche Haftung ist mit dem eingesetzten Betrag begrenzt. Der/die Käufer bestätigen (...) die Risikohinweise erhalten und gelesen zu haben, sowie die mit dieser Vermögenseinlage verbundenen Risiken zu kennen. Unternehmensanleihen schließen immer auch das Risiko des Emittenten ein. (...)“ OGH 18.10.2012, 4 Ob 140/12k.

⁶³⁹ OGH 22.01.2014, 2 Ob 234/13w.

⁶⁴⁰ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/4.

Für den Ausschluss oder die Beschränkung der Haftung in AGB oder Vertragsformularen gelten strengere Kriterien in Form der Inhaltskontrolle. § 879 Abs 3 ABGB normiert, dass eine *„Vertragsbestimmung, die nicht eine der beidseitigen Hauptleistungen festlegt, jedenfalls nichtig ist, wenn sie unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles einen Teil gröblich benachteiligt.“*⁶⁴¹

In AGB enthaltene oder zwischen ungleichen Vertragsparteien vereinbarte Ausschlüsse sind daher nur ausnahmsweise zulässig. Um wirksam in Gültigkeit zu erwachsen müssen AGB zudem schon mit Erteilung des Mandats vereinbart werden. Sie müssen dem Vertragspartner bei Vertragsunterfertigung nicht physisch übergeben werden, vielmehr reicht für eine wirksame Einbeziehung ein Hinweis auf sie in den Vertragsunterlagen. Dieser Hinweis muss laut OGH nicht einmal ausdrücklich zur Kenntnis genommen werden. Die Möglichkeit der Kenntnisnahme der AGB ist somit ausreichend für deren Wirksamkeit.⁶⁴²

In der Praxis ist es daher für jene Partei, die sich zur Beschränkung ihrer Haftung der AGB bedient, ratsam einen Bestätigungsvermerk hinsichtlich des Erhalts in den Vertragsunterlagen vorzusehen oder zumindest in diesen auf die Möglichkeit der Einsichtnahme hinzuweisen.

Von einem allgemeinen Haftungsausschluss nie betroffen ist die Warnpflicht des Werknehmers. Diese muss eigens ausgeschlossen werden.⁶⁴³

Bei Rechtsanwälten werden generelle Haftungsausschlüsse hinsichtlich vom Anwalt zugefügter Vermögensschäden als unvereinbar mit den standesrechtlichen Pflichten nach § 9 RAO gesehen.⁶⁴⁴ Nach *Binder*⁶⁴⁵ scheinen jedoch folgende generelle Haftungsausschlüsse durch den Anwalt mit den standesrechtlichen Pflichten vereinbar: *„Der Ausschluß der Haftung für eine Rechtsmeinung oder für durch Angestellte oder am Telefon erteilte Auskünfte; eine Vereinbarung, durch die die Haftung des Anwalts dem Betrage nach beschränkt wird, etwa auf eine angemessene Summe, bis zu der er haftpflichtversichert ist; eine Vereinbarung, die die Haftung für*

⁶⁴¹ Hauptleistungen sind nach anderen Maßstäben, insb § 879 Abs 1 und Abs 2 Z 4 sowie § 934 zu messen.

⁶⁴² Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Wiener Zeitung wird als ausreichend betrachtet; OGH 24.10.2000, 1 Ob 1/00d.

⁶⁴³ RIS-Justiz RS0022199 (OGH 14.12.1960, 6 Ob 217/60; OGH 22.10.1999, 1 Ob 278/98h) oder RIS-Justiz RS0128618 (OGH 12.02.2013, 4 Ob 174/12k).

⁶⁴⁴ *Feil/Hajek*, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 65.

⁶⁴⁵ *Binder*, Möglichkeiten der Milderung der Rechtsanwaltschaftung, AnwBl 1971, 11.

die wirtschaftlichen Auswirkungen der anwaltlichen Tätigkeit klarstellend ablehnt; die Vereinbarung, dass Schadenersatzansprüche gegen den Anwalt binnen einer angemessenen Frist ab Kenntnis des Schadens bei sonstigem Ausschluß erhoben werden müssen.“ In jüngerer Zeit vereinbaren aber auch Rechtsanwälte vermehrt Allgemeine Auftragsbedingungen.⁶⁴⁶

§ 8 der Allgemeinen Auftragsbedingungen der Wirtschaftstreuhänder (AAB) sieht standardmäßig verschiedene Haftungsausschlüsse vor. Diese betreffen

- den Verschuldensmaßstab, wonach „der Berufsberechtigte [...] nur für vorsätzliche und grob fahrlässig verschuldete Verletzung der übernommenen Verpflichtungen“ haftet,
- die betragsmäßige Höhe der Haftung, wonach „im Falle grober Fahrlässigkeit [...] die Ersatzpflicht des Berufsberechtigten höchstens das zehnfache der Mindestversicherungssumme der Berufshaftpflichtversicherung gemäß § 11 Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz (WTBG) in der jeweils geltenden Fassung“ beträgt,
- die Verjährungsfrist, wonach „jeder Schadenersatzanspruch [...] nur innerhalb von sechs Monaten nachdem der oder die Anspruchsberechtigten von dem Schaden Kenntnis erlangt haben, spätestens aber innerhalb von drei Jahren ab Eintritt des (Primär)Schadens nach dem anspruchsbegründenden Ereignis gerichtlich geltend gemacht werden, sofern nicht in gesetzlichen Vorschriften zwingend andere Verjährungsfristen festgesetzt sind“ geltend gemacht werden kann und
- die Haftung ggü Dritten, wonach ggü diesem „bei Weitergabe schriftlicher als auch mündlicher beruflicher Äußerungen durch den Auftraggeber ohne Zustimmung oder Kenntnis des Berufsberechtigten“ keine Haftung begründet wird.

Wird ein standardmäßiger Haftungsausschluss, wie jener in § 8 AAB, zusätzlich oder ausschließlich einzelvertraglich vereinbart um seine Geltung zu stärken, muss die Klausel individualisiert, also dem konkreten Einzelvertrag angepasst, in den Vertrag übernommen und mit dem Klienten besprochen werden, damit sie auch Wirkung entfaltet.⁶⁴⁷

⁶⁴⁶ Wilhelmer, NZ 2013, 1.

⁶⁴⁷ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 7/382.

Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Unternehmensberater,⁶⁴⁸ gültig für „sämtliche Rechtsgeschäfte zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer“, sehen in ihrer derzeitigen Fassung⁶⁴⁹ vor, dass

- „der Unternehmensberater dem Auftraggeber für Schäden – ausgenommen für Personenschäden – nur im Falle groben Verschuldens haftet. Dies gilt sinngemäß auch für Schäden, die auf vom Auftragnehmer beigezogene Dritte zurückgehen
- Schadenersatzansprüche des Auftraggebers nur innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis von Schaden und Schädiger, spätestens aber innerhalb von drei Jahren nach dem anspruchsbegründenden Ereignis gerichtlich geltend gemacht werden können
- der Auftraggeber jeweils den Beweis zu erbringen hat, dass der Schaden auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist
- sofern der Unternehmensberater das Werk unter Zuhilfenahme Dritter erbringt und in diesem Zusammenhang Gewährleistungs- und/oder Haftungsansprüche gegenüber diesen Dritten entstehen, er diese Ansprüche an den Auftraggeber abtritt. Der Auftraggeber wird sich in diesem Fall vorrangig an diese Dritten halten.“

Die AGB für den Berufstand der Unternehmensberater sehen somit typische Haftungsausschlüsse vor, die sich häufig auch bei anderen Berufsgruppen wiederfinden. Die Pauschalvereinbarung für Unternehmensberatungsgeschäfte sieht einerseits einen höheren Verschuldensgrad für die Begründung einer Schadenersatzpflicht durch den Berater vor, andererseits verkürzt sie aber auch die Verjährungsfrist von Schadenersatzansprüchen, kehrt die Beweislast um und enthält Regelungen über die Dritthaftung. Auf diese und andere „typische“ vertragliche Haftungsausschlüsse wird weiter unten eingegangen.

Hält eine Klausel nicht der Inhaltskontrolle stand, so führt dies zur Nichtigkeit.⁶⁵⁰ Betrifft die Nichtigkeit nicht den gesamten Vertrag, sondern nur einen Teil davon, so stellt sich die Frage, ob

⁶⁴⁸ Fachverband UBIT, Allgemeine Geschäftsbedingungen 2015 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_AGB_2015.pdf (Stand 01.06.2015).

⁶⁴⁹ Fachverband UBIT, Allgemeine Geschäftsbedingungen 2015 https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_AGB_2015.pdf (Stand 01.06.2015).

⁶⁵⁰ Verstößt eine Klausel gegen das Gesetz ist in der Rechtsfolge zwischen absoluter und relativer Nichtigkeit zu unterscheiden, je nachdem ob es sich um ein Schutzgesetz oder ein sonstiges Gebot handelt. Nachdem

der Rest des Vertrages wirksam bleibt oder auch nichtig wird. Voraussetzung für die Teilnichtigkeit ist, dass der übrige Teil des Vertrages überhaupt selbständig bestandsfähig ist.⁶⁵¹ Ist dies der Fall, gibt es die Möglichkeit den Vertrag mittels teleologischer Reduktion unter Ermittlung des Parteiwillens auf seinen zulässigen Inhalt einzuschränken.⁶⁵² Dieses Vorgehen nennt man geltungserhaltende Reduktion. Ob diese jedoch zulässig oder vielmehr gem der sog „blue-pencil-rule“ des EuGH ausschließlich das „Durchstreichen von zur Unwirksamkeit führenden Vertragstext erlaubt ist“ ist nicht restlos geklärt.⁶⁵³ Für das Wort Klausel gibt es im österreichischen Recht keine Legaldefinition. Die blue-pencil-rule wird aber so zu verstehen sein, dass eigenständige Regelungen,⁶⁵⁴ selbst wenn sie in der gleichen Klausel oder gar in dem gleichen Satz wie eine unzulässige Klausel enthalten sind, nicht zu streichen sind. Im Rahmen der Geltungskontrolle könnten auch nur einzelne Worte oder Satzteile als unwirksam erklärt werden. In der Praxis ist der Unterschied zwischen der geltungserhaltenden Reduktion und dem Streichen von unwirksamem Vertragstext aber beschränkt. Dies wird klar, wenn man eine gängige Freizeichnungsklausel, wie etwa die folgende, betrachtet: *„Die Haftung für Sachschäden ist bei leichter, grober und krass grober Fahrlässigkeit ausgeschlossen“*. Eine solche Klausel ist gem § 879 ABGB⁶⁵⁵ jedenfalls sittenwidrig. Eine geltungserhaltende Reduktion würde die Klausel dahingehend abändern, dass nur die Haftung für leichte Fahrlässigkeit ausgeschlossen werden würde. Nach dem „blue-pencil-test“ Test würde sich die Frage stellen, ob sich der Satz auch in drei eigenständige Sätze umformulieren lassen würde. Bejaht man in diesem Sinne das Vorliegen selbstständiger Klauseln, wären die unzulässigen davon zu streichen und man käme zu demselben

Haftungsausschlüsse in Unternehmensberatungsverträgen idR nicht gegen Schutzgesetze verstoßen, wirken diese idR relativ, dh sie müssen vor Gericht von der benachteiligten Vertragspartei geltend gemacht werden. *Graf* in *Kletečka/Schauer*^{1.02} § 879 ABGB Rz 4 (Stand 01.03.2015, rdb.at).

⁶⁵¹ *Graf* in *Kletečka/Schauer*^{1.02}, § 879 ABGB Rz 229 (Stand 01.03.2015, rdb.at).

⁶⁵² Es ist also für die ausschließende Partei ratsam den Ausschluss eher zu weit als zu eng zu fassen und so zu formulieren, dass die Klausel auch mit eingeschränktem Inhalt weiterbestehen kann. Um sicher zu gehen, dass der gesetzmäßige Teil des Haftungsausschlusses erhalten bleibt, empfiehlt es sich auch zusätzlich eine sog salvatorische Klausel in den Vertragstext aufzunehmen.

⁶⁵³ *Geroldinger*, Klauselbegriff und "blue pencil test" in der AGB Rechtsprechung, ALJ 2015, 196. Für den Anwendungsbereich der Klausel-RL entschied der EuGH 2012, dass ein Gericht, welches die Mißbräuchlichkeit einer Klausel feststellt, den Vertrag nicht „durch Abänderung des Inhalts dieser Klausel anpasst“, sondern vielmehr „die Rückführung auf das rechtlich Zulässige mit Art 6 Abs 1 Klausel-RL unvereinbar sei.“

⁶⁵⁴ Unter einer eigenständigen Regelung versteht die deutsche Literatur eine Regelung, die „im sprachlichen Sinn und ohne Wortlautkorrektur“ alleine weiter bestehen kann, eine „aus sich heraus verständliche und sinnvolle Regelung darstellt“ und keine „völlig abweichende und neue Regelung enthält“. *Geroldinger*, ALJ 2015, 196 mwN.

⁶⁵⁵ Mehr zur Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen für die einzelnen Verschuldensarten im Folgekapitel IV.3.c. „Ausschluss der Haftung für einen bestimmten Verschuldensgrad“.

Ergebnis, nämlich, dass die Haftung bei leichter Fahrlässigkeit ausgeschlossen sei. Selbstverständlich ist es möglich bei einer anderen Formulierung zu einem anderen Ergebnis zu kommen. Positiv anzumerken ist jedoch, dass der blue-pencil-test Vertragsserrichter zu mehr Disziplin anhält, nämlich AGB nicht überschießend zu formulieren, sondern sich im Vorhinein um eine gesetzeskonforme Vertragsgestaltung zu bemühen. Nichtsdestotrotz, muss festgestellt werden, dass eine strenge Einhaltung dieser Regel alleine nicht in jedem Fall ausreicht dem Parteiwillen rechtliche Geltung zu verschaffen. Wird ein Haftungsausschluss nach Geltungs- und Inhaltskontrolle für zulässig erklärt, so gilt er dennoch nicht für sämtliche verursachte Schäden. Nach hM und Rsp werden als verzichtbar nur „*voraussehbare und kalkulierbare Risiken*“⁶⁵⁶, „*typische oder wenigstens im Einzelfall vorhersehbare Gefahren*“⁶⁵⁷ angesehen.

IV.2.c. Haftungsausschluss durch Disclaimer

Eine ähnliche Rechtslage wie durch einen Haftungsausschluss kann über eine entsprechende vertragliche Leistungsbeschreibung erzielt werden, durch welche die Beratungsleistung in Umfang oder Detailtiefe beschrieben werden kann und der Berater sich somit aus einer über die Leistungsbeschreibung hinausgehenden Haftung für seine Arbeit entlässt.⁶⁵⁸ Oftmals findet dies durch Verwendung von sog Disclaimern statt. Ein Disclaimer ist eine Erklärung, in der sich jemand von bestimmten Inhalten und Themengebieten distanziert. So weist der Berater zB darauf hin, dass die Beratung „*in der einen oder anderen Frage nicht abschließend erfolgen kann*“. Solche Erklärungen sind heutzutage fast standardmäßig am Anfang oder Ende von geschäftlichem Schriftverkehr, zB per Email, zu finden.⁶⁵⁹ Da es somit von Seiten des Informationsempfängers keine Erwartung geben kann, dass die erhaltene Information richtig und vollständig ist, ist diese auch gar nicht dazu geeignet bei ihrem Empfänger als Grundlage für Entscheidungen zu dienen, die im weiteren Verlauf zu einem Schaden führen können, für dessen Verursachung der Unternehmensberater haftbar gemacht werden könnte.

⁶⁵⁶ OGH 30.03.1979, 1 Ob 566/79.

⁶⁵⁷ OGH 30.06.1975, 2 Ob 108/74.

⁶⁵⁸ Der Berater würde hier seine Leistung mit allen potenziellen Fehlern als Leistungsgegenstand festlegen. Der Klient hätte zu überlegen ob er über diese Leistung einen Vertrag abschließen will.

⁶⁵⁹ *Knyrim*, Sind E-Mail-Disclaimer sinnvoll? MR 2005, 136. Disclaimer enthalten häufig nicht nur einen Haftungsausschluss bzgl der Inhalte des Schriftstückes, sondern insb im elektronischem Schriftverkehr, auch eine Ausschluss der Haftung für einen Schaden, der potentiell durch ein virenverseuchtes Email verursacht werden kann.

Durch die Formulierung einer Erklärung oder einen zusätzlichen Vermerk auf dem jeweiligen Dokument, kann die Verantwortung für den Inhalt also wesentlich beschränkt werden. Disclaimer finden sich im Vertragstext, aber ebenso in verschiedenen Produkten des Beraters, wie Nachrichten, Zwischenberichten, Präsentationen, Kalkulationen. So könne zB auf einem Endprodukt Aussagen wie „ohne Gewähr“, „vorläufig“, „kann Änderungen unterliegen“, „Entwurf“ vermerkt sein. Auch der Benutzerkreis wird oft durch die Verwendung von Disclaimern eingeschränkt. Pflichten, die schon nach dem Gesetz bestehen, können auf diesem Weg jedenfalls nicht ausgeschlossen werden. Selbstverständlich muss bei der Verwendung von Disclaimern immer noch eine gewisse Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung gewahrt bleiben.⁶⁶⁰

Grds können Haftungsausschlüsse nicht einseitig vereinbart werden.⁶⁶¹ Das gilt mE genauso für Haftungsausschlüssen durch negative Leistungsbeschreibungen, wobei es hierbei zu Ausnahmen kommen kann.

Um einen wirksamen Haftungsausschluss durch Disclaimer begründen zu können, ist ausschlaggebend, wie der Erklärungsempfänger die Information verstanden hat oder verstehen konnte. Dabei ist auf den Informationsgehalt, die Formulierung, die äußeren Umstände, die Art der Veröffentlichung und das verwendete Medium Bedacht zu nehmen.⁶⁶² Auch die Qualifikation des Klienten spielt eine Rolle. Entscheidend ist letztlich insb der objektive Erklärungswert. Wenn die negative Leistungsbeschreibung wie ein Haftungsausschluss wirken soll, muss der potentielle Mangel so offengelegt werden, dass die Vertragspartei die Möglichkeit hat die Tragweite zu erkennen.⁶⁶³

Besonders streng müssen derartige negative Leistungsbeschreibungen in den Fällen beurteilt werden, in denen sie erst im Zuge der Leistungserbringung, also nach Vertragsabschluss, und formularmäßig erfolgen. Im Falle der formularmäßigen Verwendung von Disclaimern ist zu

⁶⁶⁰ Damit sind etwa die Rechtsbehelfe der *laesio enormis* oder der Wuchertatbestand gemeint.

⁶⁶¹ Der Gastwirt etwa kann seine Haftung gem § 970 a ABGB nicht durch Anschlag ablehnen. Dies gilt auch für den Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit. Bundesgesetz über die Haftung der Gastwirte und anderer Unternehmer, BGBl I 1921/638.

⁶⁶² *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 3/71.

⁶⁶³ Zu dem Thema des Gewährleistungsausschlusses durch Leistungsbeschreibung: *Fenyves*, KSchG und Vertragsversicherungsrecht, in: *Krejci*, Handbuch zum KSchG, (1981) 537.

überlegen ob ein ähnlicher Kontrollmechanismus zu greifen hat wie bei einem Haftungsausschluss durch Pauschalausschlüsse, wie auch AGB.

An diese Art des Haftungsausschlusses, oder besser der Haftungsvorbeugung ist mE ein sehr strenger Maßstab zu legen; dies insb im vertraglichen Bereich. Während man bei der vor- oder quasi-vertraglichen Haftung noch argumentieren kann, dass der Auskunftgeber in der Lage sein muss sich zu schützen, darf in der vertraglichen Haftung keine unbegrenzte Möglichkeit für den Berater geschaffen werden, seine Verantwortung mit standardmäßigen Vermerken auszuschließen.

Im Einzelfall ist mE, wie so häufig, zu unterscheiden: Bejaht werden müsste die Möglichkeit eines Ausschlusses wohl dort, wo es sich bei dem Dokument um eine Arbeitsversion handelt, der noch nicht vollständige oder unbestätigte Informationen des Klienten zugrunde liegen. Kennzeichnet der Unternehmensberater das Dokument als solches, so ist das eine legitime Vorgehensweise. Es ist dem Klienten jedenfalls zuzumuten das Zwischenergebnis als solches zu werten und keine Entscheidungen alleine darauf zu stützen. Sind routinemäßig auf jeder Kommunikation Haftungsausschlüsse in Form von Disclaimern vermerkt, wird der Klient eventuell zu Recht Anlass haben an der Verbindlichkeit dieser Hinweise zur Haftungsvermeidung zu zweifeln. Spätestens auf dem Endprodukt darf mE im Vertragsverhältnis einer der oben genannten Hinweise für sich alleine genommen nicht in Gültigkeit erwachsen. Der Unternehmensberater hat sich vertraglich zu einer Leistung verpflichtet, für die er letzten Endes auch die Verantwortung trägt.

IV.3. Beispiele für Haftungsausschlussklauseln

Unabhängig davon auf welchem Weg die vertragliche Haftung beschränkt wird ist zwischen zahlreichen unterschiedlichen Arten des Haftungsausschlusses zu unterscheiden. Zu den häufigsten Klauseln gehören:

- Betragsmäßige Beschränkung der Haftungssumme
- Umfangmäßiger Haftungsausschluss nach Schadensart
- Ausschluss der Haftung für einen bestimmten Verschuldensgrad
- Verkürzung von Verjährungsfristen
- Ausschluss der Haftung bei fehlenden Formerfordernissen
- Ausschluss der Haftung ggü Dritten

Neben Haftungsausschlüssen oder -beschränkungen im eigentlichen Sinn, sind noch andere, oftmals in AGB verankerte, Klauseln denkbar, die die Haftung, typischerweise zu Gunsten der vertragserrichtenden Partei, abändern. Dazu zählen zB Klauseln zur Umkehr der Beweislast, wie man sie auch in Punkt 8.3. der AGB für Unternehmensberater findet.⁶⁶⁴

IV.3.a. Betragsmäßige Beschränkung der Haftungssumme

IV.3.a.1. Definition/Motivation

Unter einer Beschränkung der Haftungssumme ist eine vertragliche Vereinbarung von Betragsgrenzen zu verstehen bis zu denen maximal gehaftet werden soll. Der Schädiger haftet dem Geschädigten demnach nur bis zu einem im Voraus bestimmten Betrag. In der Praxis dient zur Bestimmung der Haftungsobergrenze häufig die Höhe des Beraterhonorars oder eines festen Prozentsatzes davon, häufig auch die Höhe der Pflichtversicherungssumme.⁶⁶⁵ Die Haftung für darüber hinausgehende Schäden soll idR durch die Vereinbarung vertraglich abbedungen werden.

Hauptüberlegung hinter der Verankerung einer solchen Klausel zur betragsmäßigen Beschränkung der Haftungssumme ist es, das Ausmaß des Risikos eines finanziellen Nachteils für den Schädiger so weit einzuschränken, dass seine potentielle Schadenersatzpflicht nicht seine Honorar- bzw

⁶⁶⁴ Dort heißt es: „Der Auftraggeber hat jeweils den Beweis zu erbringen, dass der Schaden auf ein Verschulden des Auftragnehmers zurückzuführen ist.“

⁶⁶⁵ Eine vertragliche Beschränkung der Haftung des Werkunternehmers auf einen Betrag idHv 5% der Auftragssumme in Fällen der leichten Fahrlässigkeit in einer ÖNORM ist zB zulässig, sofern es sich nicht um Personenschäden oder einen Fall des § 6 Abs 2 Z 5 KSchG handelt. *Krejci in Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 501 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

Versicherungssumme übersteigen kann. Nachdem das Beratungsentgelt, sofern es überhaupt zusteht, idR nicht ausreicht um eine allfällige Schadenersatzpflicht abzudecken sind Unternehmensberater bestrebt einen Teil ihres Honorars aufzuwenden um auf diese Weise ihr Haftungsrisiko durch einen Versicherungsschutz einzuschränken. Der Umfang der Haftung darf also auf Schäden begrenzt werden, die unter Versicherungsschutz gebracht werden können.⁶⁶⁶ Viele Berater begrenzen ihre Haftung auf ihre Haftpflichtversicherungssumme. Für leicht fahrlässiges Verhalten sind solche Risikobegrenzungen – in den Grenzen der Marktüblichkeit – zulässig, für Vorsatz jedenfalls unzulässig und somit nichtig. Strittig sind sie für grobe Fahrlässigkeit.⁶⁶⁷

Betragsmäßige Beschränkungen kommen in unterschiedlichen Ausgestaltungen vor. Für den Geschädigten am Unbedenklichsten sind solche, die das Risiko weitgehend beim Schädiger lassen, indem sie wie ein Selbstbehalt ausgestaltet sind oder eine Bagatellgrenze festlegen.

IV.3.a.2. Zulässigkeit

Bei der Beurteilung der Zulässigkeit von betragsmäßigen Haftungsbeschränkungen unterscheidet man bis zu welcher Höhe gem der Beschränkung gehaftet werden soll. Neben diesem Kriterium spielt vor allem die Stärke der Zurechnungsgründe eine entscheidende Rolle. *Canaris*⁶⁶⁸ sieht Abreden für sachgerecht an, die eine Haftung für exorbitante Schäden ausschließen, wenn die potentielle Schadenshöhe außer Verhältnis zu „*Entgelt, Größe des Verschuldens, Kosten einer Haftpflichtversicherung, Risikoprämie und dergleichen*“ steht.

Die Zulässigkeit einer Haftungsbeschränkung der Höhe nach wird insb von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise abhängig gemacht. Hauptkriterien in der Prüfung der Zulässigkeit nach § 879 Abs 3 ABGB sind das Verhältnis zu dem geleisteten Entgelt, zur Größe des Verschuldens, der

⁶⁶⁶ *Krejci in Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 128 (Stand 01.11.2014, rdb.at). Auch die Haftung für den Gewinnentgang dritter Personen oder für die Prozesskosten kann wirksam ausgeschlossen werden. RIS-Justiz RS0016579 (OGH 11.11.1953, 3 Ob 533/53).

⁶⁶⁷ *Hörlsberger in Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² Rz 81.

⁶⁶⁸ *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht, JZ 1987, 993.

Möglichkeit und der Kosten einer Haftpflichtversicherung. Ausschlaggebend ist auch ob die Möglichkeit einer Höherversicherung angesprochen wurde.⁶⁶⁹

Zur Beurteilung der Gültigkeit ist nach Maßstab des § 879 ABGB eine Inhaltskontrolle vorzunehmen und die Vereinbarkeit mit den guten Sitten zu überprüfen. Haftungsbeschränkungsklauseln, die lediglich als Höchstsumme der Haftung ein Vielfaches des Entgelts festlegten, erklärt der BGH in seiner ständigen Rechtsprechung als.⁶⁷⁰

Betragsmäßige Haftungsbeschränkungen werden in der österreichischen Rechtsordnung weitgehend als zulässig erachtet. Im Gegensatz zum gänzlichen Haftungsausschluss besteht für den potentiellen Schädiger immer noch ein Anreiz sich vertragsgemäß zu verhalten, weil er sonst schadenersatzpflichtig wird, wenn auch nicht für den gesamten Schaden. Der potentiell Geschädigte auf der anderen Seite erhält im Schadensfall immerhin einen gewissen Ausgleich. Die rein betragsmäßige Haftungsbeschränkung wird daher idR weniger streng bewertet als andere Arten von Haftungsausschlüssen, wobei im Einzelfall zu prüfen ist welche Ansprüche bestehen. Je gewichtiger die Beschränkung der Haftung ist, desto strenger muss sie bewertet werden.⁶⁷¹

Rechtlich wird die betragsmäßige Beschränkung der Haftung aus § 1336 ABGB abgeleitet.⁶⁷² Eigentlich handelt es sich dabei um eine Regelung für die Vertragsstrafe. Der Wortlaut der Bestimmung, der „den Ausschluss des Ersatzes eines darüber hinausgehenden Schadens“ vorsieht ist weit genug gefasst um neben der Vertragsstrafe auch die betragsmäßige Haftungsbeschränkung unter seinen Vertragstext zu subsumieren.⁶⁷³

⁶⁶⁹ *Wilhelmer*, NZ 2013, 1.

⁶⁷⁰ Der BGH begründet dies mit einer Unvereinbarkeit mit der Vorhersehbarkeitsformel. Im Zusammenhang mit der Kaltlagerung von Waren erklärte er bspw eine Bestimmung für ungültig, die den Höchstbetrag des Schadensersatzes auf ein Vielfaches des Lagerentgeltes beschränkte (BGH 19.01.1984, VII ZR 220/82. Als unvereinbar mit der Vorhersehbarkeitsformel qualifizierte der BGH auch eine Klausel, die die Entschädigungspflicht bei der Textilveredelung auf den Wert der zur Veredelung gelangten Rohware beschränkte (BGH 23.02.1984, VII ZR 274/82.).

⁶⁷¹ So bewertet der OGH die von einem Kreditunternehmen in ihren AGB vorgesehene Klausel, dass „wenn aus Verzögerungen oder Fehlleitungen der Ausführung von Aufträgen oder von Mitteilungen ein Schaden entsteht, lediglich für den nachgewiesenen Zinsenausfall zu haften hat“ annähernd so streng wie einen gänzlichen Haftungsausschluss. OGH 07.04.1992 4 Ob 503/92; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/25.

⁶⁷² *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/28.

⁶⁷³ Gem § 1136 ABGB kommt dem Richter zugunsten des Schädigers ein Mäßigungsrecht zu.

Vertragsstrafen, auch Konventionalstrafen oder Pönale genannt, unterscheiden sich insofern von Haftungsbeschränkungen, als bei pauschalierten Konventionalstrafen ein Vergütungsbetrag vereinbart wird, der dem voraussichtlichen Erfüllungsinteresse entspricht. Wird eine darunter liegende Summe als betragsmäßige Haftungsbegrenzung vereinbart, handelt es sich eher um eine Haftungsbeschränkung, die dann der allgemeinen Inhaltskontrolle zu unterwerfen ist.⁶⁷⁴ Im Unterschied zu einer betragsmäßigen Haftungsbeschränkung, führt die Vereinbarung eines Pönale zu einer Chancengleichheit zwischen den Vertragsparteien. Bei einer Pauschalierung wird dem Geschädigten außerdem die Beweislast für das Vorliegen eines Schadens und dessen Höhe abgenommen. Beide Funktionen kommen schlichten Haftungsbeschränkungen nicht zu.⁶⁷⁵ Die Rsp differenziert allerdings nur selten zwischen der betragsmäßigen Beschränkung und anderen Haftungsausschlüssen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass betragsmäßige Haftungsbeschränkungen soweit zulässig sind, als die Haftungssumme dem typischen Schadensrisiko entspricht und der Klient über die Möglichkeit einer Höherversicherung informiert wurde.

IV.3.b. Umfangmäßiger Haftungsausschluss nach Schadensart

IV.3.b.1. Definition/Motivation

Ein Weg die Haftungssumme zu reduzieren ohne eine betragsmäßige Obergrenze einzuziehen ist die Einschränkung der Haftung auf bestimmte Schadensarten.

Wie bereits oben erläutert wird beim Schaden zwischen verschiedenen Schadensarten, wie zB Primär- und Folgeschäden oder positiver Schaden und entgangener Gewinn unterschieden. Ein Ausschluss der Haftung für Folgeschäden oder eine Einschränkung auf positive Schäden, sind für den Unternehmensberater bspw attraktive Möglichkeiten seinen Haftungsumfang einzugrenzen. So kann die Haftung aber etwa auch nur auf angefallene Zinsen beschränkt werden.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ Bydlinski, Glosse zu OGH 13.04.1983, 1 Ob 581/83, JBl 1983, 536.

⁶⁷⁵ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/24.

⁶⁷⁶ OGH 07.04.1992, 4 Ob 503/92; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/25.

IV.3.b.2. Zulässigkeit

Eine umfangmäßige Begrenzung, die den Schaden bspw auf den positiven Schaden begrenzt, muss in der Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls beurteilt werden.

Die Rsp und ein Teil der L⁶⁷⁷ gehen dabei davon aus, dass sich ein zulässiger Haftungsausschluss nur auf solche Schadensverläufe beziehen kann, die für die Parteien voraussehbar und kalkulierbar waren.⁶⁷⁸

Auch Vermögensschäden, die dem Werkbesteller durch *„zusätzliche eigene Arbeitsleistung und damit zusammenhängende Aufwendungen aus Anlass der Verbesserung des Werkes durch den Werkunternehmer“* entstehen, können wirksam ausgeschlossen werden, weil sie den Werkbesteller nicht gröblich benachteiligen.⁶⁷⁹ Für den Fall der Unternehmensberatung würde es sich hierbei wohl um ein geistiges Werk handeln, das insoweit mangelhaft ist als, dass der Klient mit seinen Mitarbeitern selber Hand anlegen muss um es fristgerecht fertigzustellen. Der OGH⁶⁸⁰ argumentiert die Wirksamkeit eines dahingehenden Ausschlusses damit, dass kein auffallendes Missverhältnis zwischen den beiderseitigen Nebenleistungspflichten, wie es § 879 Abs 3 ABGB verlange, vorliege. Es habe keine *„krasse Verschiebung der Interessenlage zugunsten des einen Vertragspartners und zum Nachteil des anderen Vertragspartners stattgefunden.“*

IV.3.c. Ausschluss der Haftung für einen bestimmten Verschuldensgrad

IV.3.c.1. Definition/Motivation

Die wohl am häufigsten vorkommende Art der Haftungsbeschränkung ist die Vereinbarung eines höheren Verschuldensmaßstabs ab dem gehaftet werden soll. In anderen Worten bedeutet dies einen Ausschluss der Haftung für leichte und/oder grobe Fahrlässigkeit oder die Einschränkung der Haftung auf Vorsatz. Diese Art der Haftungsbeschränkung ermöglicht die häufigsten, wenn auch nicht die bedeutendsten Fälle der Haftung im Voraus vertraglich auszuschließen.

⁶⁷⁷ Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 127 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

⁶⁷⁸ „Gegenstand des Ausschlusses sind mit der Regelung der Gewährleistung im Zusammenhang stehende Schadenersatzansprüche ("Mangelfolgeschäden"), die somit ein durchaus vorhersehbares und kalkulierbares Risiko darstellen.“ OGH 28.11.1978, 5 Ob 707/78.

⁶⁷⁹ In dem konkreten Fall ging es nicht um eine Beratungsleistung, sondern um den Einbau von feuerhemmenden Türen, deren Beschichtung sich als mangelhaft herausstellte OGH 04.06.1985 5 Ob 541/85; Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 128 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

⁶⁸⁰ OGH 04.06.1985, 5 Ob 541/85.

Ein Beispiel für AGB, die eine solche Haftungseinschränkung vorsehen, sind die des UBIT. Sie sehen vor, dass *„der Auftraggeber (UB) dem Auftraggeber für Schäden – ausgenommen für Personenschäden – nur im Falle groben Verschuldens haftet.“* Vorrangiges Prüfungskriterium für die Zulässigkeit einer solchen Einschränkung ist die Art des Verschuldens, welches ausgeschlossen werden soll.

IV.3.c.2. Zulässigkeit

Im ABGB finden sich keine allgemein gültigen, ausdrücklichen Bestimmungen über die verschuldensmäßige Begrenzung von Haftungsausschlüssen.⁶⁸¹ Die gängige Faustregel für die Freizeichnung von der Haftung lautet, dass eine solche für leichte Fahrlässigkeit⁶⁸² zulässig, für grobe oder allenfalls krass grobe Fahrlässigkeit hingegen sittenwidrig ist und daher gem § 879 ABGB unwirksam.⁶⁸³ In der Tat sprechen sich L und Rsp⁶⁸⁴ aber sehr wohl für die Möglichkeit eines Haftungsausschlusses für grobe Fahrlässigkeit aus. Dies allerdings in engen Grenzen. Im Folgenden wird näher auf die Beschränkung der Haftung der jeweiligen Verschuldensgrade, beginnend mit der leichten Fahrlässigkeit, eingegangen.

Die Einschränkung der Haftung auf einen höheren Verschuldensmaßstab muss wohl überlegt sein. Aus einem Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit können sich uU für den Berater mehr Nach- als Vorteile ergeben.⁶⁸⁵ Dies insb weil sich die Beweislastumkehr für vertragliche Schadenersatzansprüche entsprechend § 1298 ABGB dann nicht bloß auf die leichte Fahrlässigkeit, sondern auch auf grobes Verschulden erstreckt. § 1298 ABGB regelt, dass derjenige, der *„auf Grund vertraglicher Vereinbarung nur für grobe Fahrlässigkeit haftet, auch beweisen muss, dass es an dieser Voraussetzung fehlt“*. Während also dem Unternehmensberater, der nicht von einem Haftungsausschluss Gebrauch gemacht hat, sein Verschulden durch den Geschädigten nachgewiesen werden muss, hat der durch den Ausschluss geschützte Unternehmensberater selbst Beweis zu führen, dass ihm grobe Fahrlässigkeit nicht angelastet

⁶⁸¹ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/1; Einschränkungen sind aber in Einzelgesetzen wie dem KSchG, dem PHG, EKHG, AtomHG, RHG zu finden.

⁶⁸² Zur Definition der verschiedenen Verschuldensstufen sh Kapitel III.2.d. „Verschulden“.

⁶⁸³ Koziol, Österreichische Haftpflichtrecht I³ Rz 18/11.

⁶⁸⁴ Mehr dazu im folgenden Unterkapitel IV.3.c. „Ausschluss der Haftung für einen bestimmten Verschuldensgrad“.

⁶⁸⁵ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 5/6.

werden kann. Gelingt dem Berater kein Entlastungsbeweis, nämlich dass er entweder nicht schuldhaft oder doch zumindest nur fahrlässig gehandelt hat, hat er für grobes Verschulden einzustehen. Dadurch können sich gravierende Nachteile durch die Art der Schadensberechnung oder den Umfang des Ersatzes ergeben.⁶⁸⁶ Die Beweislastumkehr nach § 1298 Abs 2 ABGB ist nach hM⁶⁸⁷ aber dispositiv und kann somit jederzeit vertraglich abbedungen werden.

IV.3.c.3. Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden

Zur Zulässigkeit vertraglicher Haftungsausschlüsse gibt es im ABGB lediglich die Bestimmung des § 1298 ABGB, aus dem ableitbar ist, dass der Ausschluss der Haftung für leichtes Verschulden grds, zulässig ist.⁶⁸⁸ Dies aber selbstverständlich nur in den Grenzen der Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB. So darf sich der Haftungsausschluss keinesfalls auf Personenschäden – oder ihnen gleichstehenden Schäden – beziehen.⁶⁸⁹ Der Ausschluss von Personenschäden ist in der Beraterhaftung nur wenig relevant; wichtiger für die Unternehmensberatung sind folgende zwei Fälle, in denen der Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit als sittenwidrig anzusehen ist:

- Die Sittenwidrigkeit gem § 879 Abs 3 ABGB von in AGB enthaltenen Freizeichungsklauseln betreffend Verletzungen der Hauptleistungspflicht.⁶⁹⁰

⁶⁸⁶ Der Berater würde dann beispielweise gem § 1324 ABGB für entgangenen Gewinn haften, weil grobes Verschulden angenommen werden würde. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 5/6. Dies ist allerdings nicht relevant, wenn es sich um ein zumindest einseitiges unternehmensbezogenes Geschäft handelt, weil der entgangene Gewinn gem § 349 UGB ohnehin schon bei leichter Fahrlässigkeit zu ersetzen ist. Mehr dazu im Kapitel III.2.a „Schaden“. *Kramer/Rauter* in *Straube*, UGB I⁴ § 349 Rz 1.

⁶⁸⁷ *Jud*, Neuregelung der Beweislast in § 1298 ABGB – eine „halbe Lösung?“ *ecolx* 1997, 569 (571).

⁶⁸⁸ Dem steht § 6 Abs 1 Z 9 KSchG für Verbrauchergeschäfte grds nicht entgegen, in dem es heißt, dass Vertragsbestimmungen durch welche eine Pflicht des Unternehmers zum Ersatz eines durch Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit herbeigeführten Schadens ausgeschlossen werden, iSd § 879 ABGB nicht verbindlich sind. Eine Freizeichnung der Haftung für leichte Fahrlässigkeit ist also auch ggü einem Konsumenten nicht jedenfalls unwirksam. Sie ist vielmehr sogar in AGB möglich. § 6 Abs 1 Z 9 KSchG ist allerdings nicht als starre Regelung zu verstehen, welche die Haftungsfreizeichnung für leichte Fahrlässigkeit stets zulässt. Ist ein solcher Ausschluss in AGB enthalten, kann er bspw immer noch gröblich benachteiligend und daher sittenwidrig iSd § 879 Abs 3 ABGB sein. Eine gegen § 6 Abs 1 Z 9 KSchG verstoßende Klausel ist im Einzelfall auf das zulässige Maß zu reduzieren. IdR werden Unternehmensberatungsverträge aber gerade nicht mit Konsumenten, sondern eben mit Unternehmern abgeschlossen.

⁶⁸⁹ *Krejci* in *Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 125 (Stand 01.11.2014, rdb.at); RIS-Justiz RS0109752 (OGH 24.03.1998, 1 Ob 400/97y).

⁶⁹⁰ *Bollenberger* in *Kozioł/Bydlinski/Bollenberger*⁴ § 879 Rz 24 mit Verweis auf OGH 20.03.2007, 4 Ob 221/06p, OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f zu der Gültigkeit von Z 9 Abs 1 S 1 der ABB-Banken: „Ein Überweisungsauftrag, der vom Kunden im Wege der elektronischen Datenverarbeitung oder gleichgelagerter technischer Hilfsmittel erteilt wird und auch vom Kreditinstitut in diesem Wege zu bearbeiten ist, wird vom Kreditinstitut ausschließlich an Hand der darin genannten Bankleitzahl des Empfängerkreditinstitutes und der genannten Kontonummer des Empfängers durchgeführt.“

- Der Verzicht auf die Geltendmachung künftiger Schadenersatzforderungen wegen leicht fahrlässig verursachter und für die Parteien gänzlich unvorhersehbarer und atypischer Schäden⁶⁹¹, mit denen nicht gerechnet werden konnte oder wenn die Vereinbarung auf die wirtschaftliche Vormachtstellung des Begünstigten zurückzuführen ist, insb iZm mit AGB.

Insb für den zweiten Fall, sind in der Rsp^{692,693} zahlreiche Entscheidungen zu dieser Thematik ergangen, die jedoch sehr stark auf den jeweiligen Einzelfall bezogen sind und daher kaum verallgemeinerungsfähige Grundsätze aufstellen lassen.⁶⁹⁴

In der Konsequenz führt der Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei unvorhersehbaren oder untypischen Schäden dazu, dass *„eindeutig zurechenbare und wirtschaftlich regelmäßig bedeutsame typische Nachteile“* wirksam ausgeschlossen werden können, *„schwach zurechenbare und wegen ihrer Unwahrscheinlichkeit wirtschaftlich nicht so bedeutsame Schäden“* hingegen nicht ausschließbar sind. Koziol übt Kritik an dieser Konsequenz, da es seiner Meinung nach nicht sachgerecht ist, dass *„sich die Zulässigkeit der Haftungsfreizeichnung gerade umgekehrt zur Stärke der Zurechnungsgründe“* verhält.⁶⁹⁵ Seiner Meinung nach müsste *„der Ausschluss der Haftung für bloß schwach zurechenbare Schäden sogar in weiterem Maße zulässig sein als für jene Nachteile, bei denen die Zurechnungsgründe in voller Stärke vorhanden sind.“*⁶⁹⁶ Koziol argumentiert, dass schon dem Wortlaut nach von einem Ausschluss für leichte Fahrlässigkeit jedenfalls auch die Haftung für atypische Schäden erfasst sein

„Die Überweisung hat grds den Zweck, eine Zahlung (idR) des Auftraggebers an den in der Überweisung genannten Empfänger zu bewirken; durch die Klausel Z 39 Abs 1 zweiter Satz würde aber an die Stelle des Empfängers der Inhaber des Kontos mit der vom Kunden im Überweisungsauftrag angeführten Kontonummer treten. Wesentliche Änderungen der Hauptleistungspflicht durch AGB stoßen aber ganz generell auf Bedenken und gelten als in Hinblick auf die redliche Verkehrsübung ungewöhnlich.“

⁶⁹¹ Gemeint sind solche Schäden, die noch innerhalb der Adäquanzgrenze liegen. Für völlig untypische Schäden wird wegen fehlender Adäquanz nach österreichischem Recht ohnehin nicht gehaftet. OGH 06.06.1996, 1 Ob 503/96.

⁶⁹² Für eine ausführliche Judikaturliste sh *Völkl/Völkl Beraterhaftung*² Rz 5/4.

⁶⁹³ Die Vorjudikatur zu derartigen Schäden, sah einen dbzgl Ausschluss als im Zweifel nicht vereinbart an. Er behauptete also nicht die Unwirksamkeit einer derartigen Vereinbarung, sondern die Auslegung in Richtung einer nicht wirksamen Vereinbarung.

⁶⁹⁴ *Völkl/Völkl, Beraterhaftung*² Rz 5/9.

⁶⁹⁵ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/6.

⁶⁹⁶ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/9.

müsse. Außerdem liege die erkennbare Absicht des Vertragspartners darin „*bei leichter Fahrlässigkeit keinesfalls haften zu müssen und damit sein Risiko kalkulierbarer zu machen*“. Von dem Haftungsausschluss müssten daher gerade die schwer vorhersehbaren Schäden erfasst sein, um den Ausschlusszweck zu erfüllen. Auch wenn mE der Ansicht zu folgen ist, dass „*der Haftungsverzicht umso schwerwiegender ist, je wahrscheinlicher der Schadenseintritt*“, so folge ich nicht der Meinung *Koziols*, dass diese wertungswidrig erscheint. Einer Vertragspartei ist es mE nach sehr wohl zuzumuten über ihre Ansprüche aus vorhersehbaren Schäden zu disponieren, während sie in Bezug auf unvorhersehbare oder atypische Schäden die Tragweite einer solchen Entscheidung oftmals nicht abzuschätzen vermag.

Bei Beratungsverträgen stellt sich zusätzlich die Frage, ob nicht die Sorgfaltspflicht des Beraters an sich schon der Hauptleistungspflicht gleichzuhalten ist.⁶⁹⁷ Argumentiert wird, dass von Beratern besondere Sorgfalt, Kenntnisse und gewissenhafte Erfüllung verlangt werden, zwischen den Parteien meist ein besonderes Vertrauensverhältnis besteht und dem Berater oft ein Wissensvorsprung, gerade den Inhalt des Haftungsausschlusses betreffend, zukommt. Dafür spricht dass, wenn Sorgfaltspflichten abbedungen werden, für gewöhnlich im Vertragsverhältnis auch die Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung berührt wird. Die Annahme, dass schon deswegen Sorgfaltspflichten von Unternehmensberatern immer als Hauptleistungspflichten zu sehen sind, ist aber mE, der Meinung von *Völkl/Völkl* folgend, überspitzt. Das Vorliegen eines besonderen Vertrauensverhältnisses zwischen Ratgeber und Beratenem wird wohl zu bejahen sein, in manchen Fällen durchaus auch ein Wissensvorsprung hinsichtlich des Haftungsausschlusses. Aus dieser Konstellation, ergibt sich eine „*Pflicht zu besonders sorgfältigen Aufklärung über die Wirkung des Haftungsausschlusses*“⁶⁹⁸ unabhängig davon, ob dieser sich in AGB befindet oder ausdrücklich vereinbart wird.

Spricht die wirtschaftliche Tragfähigkeit oder die Versicherbarkeit deutlich gegen die Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses oder ist die Willensfreiheit einer Vertragspartei durch die Vormachtstellung einer der Vertragsparteien stark verdünnt, kann auch ein Ausschluss der

⁶⁹⁷ *Koziol* argumentiert, unter Verweis auf *Junge-Ilges*, so für den Berufsstand der Rechtsanwälte, *Bydlinski* für den der Wirtschaftstreuhänder. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/16; *Junge-Ilges*, Haftungsvereinbarungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe 50.

⁶⁹⁸ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 5/11.

leichten Fahrlässigkeit nicht oder nur eingeschränkt zulässig sein. Dies gilt insb hinsichtlich vertraglich vereinbarter Haupt- und Nebenleistungspflichten.⁶⁹⁹

„Mehrere leicht schuldhaft Fehlhandlungen können in ihrer Gesamtheit grobe Fahrlässigkeit begründen, sodass eine vereinbarte Haftungsbeschränkung bei leichter Fahrlässigkeit nicht zur Anwendung kommt.“⁷⁰⁰

In der täglichen Praxis der Unternehmensberatung hilft ein Haftungsausschluss für leichte Fahrlässigkeit, um den Folgen kleiner Übertragungs- oder Flüchtigkeitsfehler vorzubeugen, die durchaus ein erhebliches Schadenspotenzial aufweisen können.

IV.3.c.4. Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit

Keine Einhelligkeit besteht in der L betreffend einer Freizeichnung von der Haftung für grob fahrlässige Schädigungen.⁷⁰¹ Nach einigen, insb älteren, Entscheidungen widerspricht auch der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit schon den guten Sitten, nach anderen nur dann, wenn sie Teil von AGB sind, die *„unter Ausnützung einer Monopolstellung oder sonst durch wirtschaftlichen Druck vereinbart wurden.“⁷⁰²* Dies gilt auch für Fälle, in denen der Haftungsausschluss Schädigungen umfasst, die unvorhersehbar oder untypisch sind und der Vertragspartner deswegen nicht mit ihnen rechnen konnte. In diesem Fall ist der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit dem Ausschluss der Haftung für Vorsatz gleichzustellen.⁷⁰³

⁶⁹⁹ Danach könnte die Freizeichnung sich dann zB nur noch auf reine Vermögensschäden, wie den entgangenen Gewinn, oder Schäden am Rande der Adäquanz oder des Schutzzweckes beziehen.

⁷⁰⁰ OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v.

⁷⁰¹ Reischauer, Vertraglicher Haftungsausschluss für schuldhaftes Verhalten, insb für grobe Fahrlässigkeit, ÖJZ 2009, 114. „Zum einen versucht sie das Problem mit einschränkender Interpretation der Haftungsausschlusserklärung zu bewältigen, zum andern spricht sie die Sittenwidrigkeit an. Das Verhältnis des § 879 Abs 3 ABGB zu dessen Abs 1 arbeitet sie nicht heraus“.

⁷⁰² OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84. Die Entscheidung betrifft den Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit in den AGB der österreichischen Kreditunternehmungen. Sie stellt jedoch kaum verallgemeinerungsfähige Grundsätze auf. *Völk/Völk*, Beraterhaftung² Rz 5/9.

⁷⁰³ *Krejci in Rummel/Lukas*⁴ § 879 Rz 124 (Stand 01.11.2014, rdb.at). Eine dermaßen qualifizierte grobe Fahrlässigkeit liegt zB vor, wenn eine Auskunft die Überprüfung einer Selbstauskunft oder einer Auskunft einer interessierten Person unterlässt, RIS-Justiz RS00165828 (OGH 12.07.1966, 8 Ob 182/66) wenn eine Auskunft von der Erhebung des aktuellen Registerstandes absieht, obwohl sie bei zweifelhaften Ermittlungsergebnissen insb in die finanzielle Situation der fragl Gesellschaft keinen Einblick hat u nicht einmal eine Mitarbeit des Gesellschafter-Geschäftsführers feststellen kann, dennoch aber eine positive Kreditauskunft gibt, RIS-Justiz RS0016582 (OGH 09.05.1985, 6 Ob 836/83).

Einige Entscheidungen differenzieren weiter innerhalb der groben Fahrlässigkeit und nehmen Sittenwidrigkeit nur in Fällen an, in denen sich der Ausschluss auf ganz besonders schwere, dem Vorsatz nahekommende Fälle bezieht.⁷⁰⁴ Sowohl Rsp als auch L sind in dieser Hinsicht aber uneinheitlich. Insb die ältere Judikatur unterscheidet innerhalb der groben Fahrlässigkeit weiter zwischen „schlichter“ und „krasser“ grober Fahrlässigkeit.⁷⁰⁵ „*Krass grobe Fahrlässigkeit*“ beschreibt ein Verhalten, dass derart sorglos ist, dass „*mit einem derartigen Verhalten nach den Erfahrungen des täglichen Lebens und der redlichen Verkehrsübung nicht gerechnet werden kann*“. Die Abgrenzung zwischen den beiden Arten grober Fahrlässigkeit ist aber eine schwierige Wertungsfrage.⁷⁰⁶ Die Rsp erachtet den Ausschluss der ersteren in bestimmten Fällen als zulässig, den Ausschluss der zweiten als jedenfalls unzulässig.⁷⁰⁷

Koziol⁷⁰⁸ hat, auf Grundlage von Koller⁷⁰⁹, anhand von Einzelfallentscheidungen ein System zur Beantwortung der Frage der Zulässigkeit von Haftungsausschlüssen bei grober Fahrlässigkeit entwickelt, das neben dem Verschuldensgrad bei der Bewertung auch auf folgende Kriterien abstellt:⁷¹⁰

- Willensfreiheit der Parteien: ist der Ausschluss Teil von AGB (oder einem anderen Formularvertrag) bzw ist die Willensfreiheit auf andere Weise, etwa durch wirtschaftliche Überlegenheit der Gegenseite, verdünnt⁷¹¹?

⁷⁰⁴ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/5.

⁷⁰⁵ Krejci in Rummel/Lukas⁴ § 879 Rz 124 (Stand 01.11.2014, rdb.at).

⁷⁰⁶ Ua in OGH 09.05.1985, 6 Ob 836/83.

⁷⁰⁷ RIS-Justiz RS0038694 (OGH 26.11.1980, 6 Ob 666/80); Reischauer, ÖJZ 2009, 114 mit vielen weiteren Nachweisen.

⁷⁰⁸ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/10.

⁷⁰⁹ Koller, Die Wirksamkeit formularmäßiger Haftungsfreizeichnungsklauseln zwischen Schadensausgleich und Schadenprävention, ZIP 1986, 1089.

⁷¹⁰ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/11; Zu dem Sorgfaltsmaßstab einer Bank: OGH 11.06.1992, 6 Ob 541/92.

⁷¹¹ Kommt es zu einer Kombination dieser beiden Elemente, der Verwendung von AGB durch ein Unternehmen mit wirtschaftlicher Übermachtstellung, so kumulieren sich die Verdünnungsmomente und die Inhaltskontrolle muss nach noch strengeren Maßstäben durchgeführt werden. Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/12.

- Intensität der Adäquanz und des Rechtswidrigkeitszusammenhangs: Wie groß war die objektive Möglichkeit eines Schadenseintritts und wie sehr liegt der Schaden im Schutzbereich der Norm?
- Wertigkeit der verletzten Güter: wird die Haftung für grobes Verschulden in Bezug auf ein reines Vermögensgut, wie den entgangenen Gewinn, oder auf Rechtsgüter mit besonderem Schutz wie Leben und Gesundheit des Vertragspartner ausgeschlossen⁷¹²?
- Art der verletzten vertraglichen Pflichten: stellt der Ausschluss auf Haupt- oder Nebenleistungspflichten des Vertrages ab⁷¹³?
- Eigenes Verschuldens oder Gehilfenverschulden: bezieht sich der Ausschluss auf eigenes oder auf das Verschulden eines Gehilfen?⁷¹⁴
- Wirtschaftliche Tragfähigkeit: welche der Parteien kann den Schaden leichter tragen? Wem ist eine Versicherung des potentiellen Schadens eher zuzumuten?⁷¹⁵
- Relation von Haftung und Entgelt: handelt es sich um ein entgeltliches oder unentgeltliches Geschäftsverhältnis?⁷¹⁶ Wurde der Preis für die Leistung des Freizeichnenden entsprechend vermindert? Besteht eine sachgerechte Relation zwischen Haftung und Entgelt?

⁷¹² Eine Haftung für Leben und Gesundheit ist in der Unternehmensberatung eher unwahrscheinlich. Die Überlegungen Koziols zu diesem Thema gehen aber in die Richtung, dass die Güter Leben und Gesundheit schon aufgrund der verdünnten Privatautonomie darüber besonderen Schutz genießen. Bei entgangenem Gewinn auf der anderen Seite, handelt es sich um einen reinen Vermögensschaden. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/15.

⁷¹³ Die Haftung für vertragliche Nebenleistungspflichten soll leichter ausgeschlossen werden können. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/16.

⁷¹⁴ Die Haftung für das Verhalten fremder Personen beruht auf schwächeren Zurechnungsgründen als die Haftung für eigenes Verhalten. Das deutsche BGB schreibt in § 278 iVm § 276 BGB explizit vor, dass die Haftung für Erfüllungsgehilfen auch komplett ausgeschlossen werden kann, nicht hingegen jenes für eigenes Verschulden. Im österreichischen Recht fehlt eine derart klare Regelung. Es wird wohl unterscheiden zu sein ob es sich bei den verletzten Pflichten um vertragliche Haupt- bzw Nebenleistungspflichten oder vielmehr im Zwischenbereich zwischen Vertrag und Delikt angesiedelte Schutz- und Sorgfaltspflichten handelt. Bei einer Verletzung vertraglicher Haupt- und Nebenleistungspflichten wird man wohl er nicht von der Zulässigkeit eines Ausschlusses der Haftung für fremdes Verschulden ausgehen können, weil der Geschäftsherr die Erfüllungsgehilfen ja zu seinem eigenen Nutzen einsetzt. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/17.

⁷¹⁵ Laut *Canaris* verlangt schon das verfassungsrechtliche Übermaßverbot eine Berücksichtigung der wirtschaftlichen Tragfähigkeit im Schadenersatzrecht. Sie gibt einen wesentlichen Hinweis darauf, ob eine Abänderung als sachgerecht oder sittenwidrig ist. *Canaris*, JZ 1987, 993.

⁷¹⁶ Es wird angenommen, dass die Haftung eines Schenkers auf grobe Fahrlässigkeit eingeschränkt ist. Richtiger wäre es laut *Koziol* aber von einer Einschränkung auf die objektive Sorgfaltswidrigkeit auszugehen. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/21.

- Relation von Versicherbarkeit und Berufsausübungsrisiko: ist die beratende Tätigkeit derart risikoreich, dass weder die Haftung getragen noch das Risiko versichert werden kann?

Der OGH⁷¹⁷ stellt zusätzlich noch auf die Entgeltlichkeit der Tätigkeit ab,⁷¹⁸ die Gefahrneigung und Höhe des Schadensrisikos, die Schwierigkeit der Pflichterfüllung und Ausprägung des Eigeninteresses aus der Informationserteilung⁷¹⁹.

Das System zielt mit seinem umfassenden Ansatz darauf ab durch die Berücksichtigung vieler Zurechnungsmomente herauszufinden, ob sich der Berater einen unverhältnismäßigen Vorteil verschaffen will, oder die Haftung lediglich auf einen sinnvollen Umfang beschränkt werden soll.

Obwohl sich die entwickelte Systematik als sehr hilfreich erweist, lässt sie dennoch keine endgültigen, abstrakten Entscheidungen über die Gültigkeit eines Haftungsausschlusses zu. Für entgeltliche Verträge zwischen Unternehmen können aus den oben genannten Beurteilungskriterien für die Ausschluss- oder Beschränkungsmöglichkeit der groben Fahrlässigkeit folgende Grundsätze aufgestellt werden⁷²⁰:

- Unter gleichrangigen Vertragspartnern kann durch individuelle Vereinbarung auch die Haftung für grobe Fahrlässigkeit, ausgenommen Personenverletzungen, ausgeschlossen werden
- Ist ein Vertragspartner ein Unternehmen mit wirtschaftlicher Vormachtstellung, kann dessen Haftung – sowohl in AGB als auch in Individualvereinbarungen – nur beschränkt, nicht aber gänzlich ausgeschlossen werden, es sei denn das Moment der wirtschaftlichen Tragfähigkeit spricht dagegen. Dies gilt insb bei atypischen Schäden, Schäden im Randbereich des Schutzzwecks und bei groben Verstößen von Erfüllungsgehilfen gegen Schutz- und Sorgfaltspflichten.

⁷¹⁷ OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84.

⁷¹⁸ Erteilt jemand außervertraglich, ohne dazu verpflichtet zu sein, eine Auskunft, so kann er auch einseitig seine Haftung beschränken oder ausschließen.

⁷¹⁹ OGH 11.06.1992, 6 Ob 541/92.

⁷²⁰ *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/22.

In einer jüngeren E erklärte der OGH⁷²¹ sogar die Beschränkung der Haftung auf bewusst grob fahrlässige⁷²² und vorsätzliche Schadenszufügung⁷²³ für zulässig, wobei es sich bei dem der E zugrundeliegenden Vertrag um einen vom einem internationalen Fachverband herausgegebenen Mustervertrag handelte, der zwischen Unternehmern geschlossen wurde und für beide Vertragsparteien gleichwertig „typische Schäden“ weitgehend ausschloss.

Der Ausschluss der Haftung für grobes Verschulden zwischen gleichwertigen Vertragspartnern ist also grds zulässig. Ist er in AGB enthalten oder zwischen ungleichen Vertragsparteien abgeschlossen, ist seine Zulässigkeit im Einzelnen zu prüfen. Die Rsp und ein Teil der L gehen ferner davon aus, dass sich auch ein zulässiger Haftungsausschluss nur auf solche Schadensrisiken erstrecken kann, die für die Parteien vorausseh- und kalkulierbar waren.

Von einem Teil der L wird eine Einschränkung der Haftung für Leistungspflichten auf grobes Verschulden angenommen.⁷²⁴ Von einem anderen Teil wird davon ausgegangen, dass schon die objektiven Sorgfaltspflichten gemindert sind, bei deren Verletzung dann aber für jede Sorgfaltswidrigkeit einzustehen ist.⁷²⁵ Der gänzliche Ausschluss der groben Fahrlässigkeit bei zentralen Hauptleistungspflichten, wie sie bereits weiter oben ausgeführt wurden, ist mE nach kritisch zu sehen. Der Haftungsausschluss für grobe Fahrlässigkeit sollte zumindest insoweit unzulässig sein als er eine „*unseriöse Vertrauensenttäuschung zulassen würde*“. Dies könnte zB der Fall sein, wenn es beim Ratgeber an der grds Fähigkeit und dem Fleiß mangelt und dies für den Klienten nicht erkennbar ist.⁷²⁶

⁷²¹ OGH 22.01.2009, 2 Ob 212/08b; dazu kritisch *Reischauer*, ÖJZ 2009, 114. In der E ging es um den Haftungsausschluss eines international tätigen Glücksspielbetreibers ggü einem Konsumenten.

⁷²² „Darunter wird der Ausschluss der Haftung für die Fälle verstanden, in denen der (konkrete) Schädiger zusätzlich zur groben Fahrlässigkeit nicht auch um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts wusste“. Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 5/10.

⁷²³ Darunter werden jene Fälle verstanden bei denen der Schädiger zusätzlich zur groben Fahrlässigkeit nicht auch noch um die Wahrscheinlichkeit des Schadenseintritts Bescheid wusste.

⁷²⁴ Für Schutz- und Sorgfaltspflichten sollen keine anderen Regeln gelten. *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 4/41.

⁷²⁵ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 4/41.

⁷²⁶ *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 107.

In der, wie schon erwähnt, sehr kasuistischen Rsp des OGH⁷²⁷, kann zwischen drei Fallgruppen unterschieden werden:

- jenen zu Bonitätsauskünften,
- jenen zur Beratung über Subventionsmöglichkeiten und
- jenen zu anderen Fallkonstellationen.

Zu einem Ausschluss der Haftung für leichte Fahrlässigkeit bei Bonitätsauskünften sprach sich der OGH positiv aus. Er begründete dies damit, dass eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit zu einem hohen Schadensrisiko führen würde, obwohl Banken oder Kreditinstitute für diese Leistung idR kein Entgelt erhalten. Erst die Beschränkung der Haftung für krasse grobe Fahrlässigkeit sah er, wie auch bei den meisten anderen Urteilen über Bonitätsauskünfte, als sittenwidrig an.⁷²⁸ Die Rsp zu den Bonitätsauskünften ist insb deshalb interessant, weil nur hier der OGH seine E⁷²⁹ die Haftungseinschränkungen auf grobe Fahrlässigkeit für zulässig zu erklären auch ausführlich kommentiert hat.⁷³⁰ Anders urteilte er bei einer falschen Beratung über Subventionsmöglichkeiten. In diesem Fall wertete er den Ausschluss der groben Fahrlässigkeit als unwirksam iSd § 879 Abs 3.⁷³¹ Dies begründete er damit, dass der Vertrag eine stärkere entgeltsähnliche Komponente aufweise als der der Bonitätsauskunft, in dem die Bank ein geringeres Eigeninteresse und hohes Schadensrisiko verzeichnete. Dieselbe Entscheidung traf er ebenfalls in der am 30.01.1997 folgenden E OGH 2 Ob 41/94.⁷³²

⁷²⁷ Einen guten Überblick über die aktuelle Rsp bietet *Reischauer*, ÖJZ 2009, 114.

⁷²⁸ *Reischauer*, ÖJZ 2009, 114. Leitentscheidung des OGH über den Haftungsausschluss bei Bonitätsauskünften: OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84.

⁷²⁹ OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84.

⁷³⁰ Mehr dazu in *Reischauer*, ÖJZ 2009, 114.

⁷³¹ Leitentscheidung des OGH über den Haftungsausschluss bei Subventionsberatungen: OGH 11.06.1992, 6 Ob 541/92.

⁷³² *Reischauer*, ÖJZ 2009, 114. Hierbei ging es um die Frage der Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses des Veranstalters eines Radrennens gegenüber einem Rennfahrer. Der OGH sprach sinngemäß aus, dass „ein Haftungsverzicht des Rennteilnehmers gegenüber jeder grob fahrlässigen Verletzung der Sicherungspflichten durch einen Veranstalter bzw dessen Funktionäre unwirksam sei. Haftungsausschlussvereinbarungen gälten nicht für sämtliche Schäden, sie erfassten nur typische vorhersehbare kalkulierbare Risiken. Haftungsausschlüsse seien aber unwirksam, soweit die Vertragspartner mit der Möglichkeit einer Schadensverursachung durch rennfremde gefährliche Umstände nicht rechnen konnten“. *Reischauer*, ÖJZ 2009, 114.

Betreffend andere Fallgebiete, gibt es einige E die festlegen, dass jedenfalls bei sehr gravierender grober Fahrlässigkeit zu haften ist.⁷³³ Zur Frage der Zulässigkeit eines Haftungsausschlusses unter dieser Grenze wird allerdings nicht Stellung genommen. In der Vergangenheit wurde in Ausnahmefällen sogar ein Ausschluss der bewusst groben Fahrlässigkeit für zulässig erklärt.⁷³⁴ Die Zulässigkeit einer Haftungseinschränkung auf krasse grobe Fahrlässigkeit außerhalb der Bonitätsauskunftshaftung hat die Rsp bisher für Schadensfälle verneint, die „*grob fahrlässig in einem für das Rechtsverhältnis atypischen oder doch nach den Umständen des Einzelfalls nicht voraussehbaren Zusammenhang herbeigeführt werden.*“⁷³⁵ Eine andere Argumentationslinie des OGH, geht davon aus, dass „*eine Auslegung der Parteienabsicht nach der Übung des redlichen Verkehrs (§ 914 ABGB) ergebe, dass die [...] erwähnten Konstellationen von der Haftungsausschlussvereinbarung nicht erfasst seien und daher gar kein Sittenwidrigkeitsproblem vorliege*“⁷³⁶.

IV.3.c.5. Ausschluss der Haftung für Vorsatz

Jedenfalls unzulässig, weil nach §§ 864a iVm 879 ABGB sittenwidrig, ist der Ausschluss der Haftung für vorsätzlich herbeigeführte Schäden.⁷³⁷ Die Sittenwidrigkeit wird mit der „*fehlenden Äquivalenz der beiderseitigen Rechte und Pflichten im Vertragsverhältnis*“ begründet.⁷³⁸ Je mehr AGB einen Vertragspartner benachteiligen oder die sich freizeichnende Partei eine Monopolstellung innehat, desto eher ist Sittenwidrigkeit anzunehmen. Dies gilt nur für entgeltliche Geschäfte. Bei den Unentgeltlichen ist eine Äquivalenzstörung schwer vorstellbar und daher nach hM ein Haftungsausschluss bis zur Grenze des Vorsatzes zulässig. Auch ohne besondere Freizeichnung ist hier eine geminderte Verantwortlichkeit anzunehmen.⁷³⁹

⁷³³ Reischauer, ÖJZ 2009, 114.

⁷³⁴ OGH 22.01.2009, 2 Ob 212/08b.

⁷³⁵ Reischauer, ÖJZ 2009, 114.

⁷³⁶ Reischauer, ÖJZ 2009, 114.

⁷³⁷ Koziol, Haftpflichtrecht I³ Rz 18/5 mwN.

⁷³⁸ OGH 27.06.2006, 3 Ob 66/06m.

⁷³⁹ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 104.

IV.3.d. Verkürzung von Verjährungsfristen

IV.3.d.1. Definition/Motivation

Ein weiterer Weg seine Haftung als Berater einzuschränken ist die vertragliche Verkürzung der gesetzlichen Verjährungsfrist. Auch die AGB des UBIT sehen eine Klausel dieser Art vor, und zwar in Punkt 8.2., wo es heißt, dass „*Schadensersatzansprüche [...]nach den gesetzlichen Vorschriften, jedoch spätestens mit Ablauf eines Jahres ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers*“ verjähren.

IV.3.d.2. Zulässigkeit

§ 1502 ABGB sieht vor, dass Verjährungsfristen vertraglich zwar nicht verlängert, wohl aber verkürzt werden können.⁷⁴⁰ Änderungen betreffend die Verjährungsfrist sind in vielen Pauschalverträgen vorhanden, unterliegen aber umso mehr einer strengen Geltungs- und Inhaltskontrolle. Es ist dabei zwischen der absoluten, 30-jährigen, und der relativen, 3-jährigen, Verjährungsfrist zu unterscheiden. Üblicherweise wird die relative Verjährungsfrist von der gesetzlich vorgegeben Frist von 3 Jahren auf 6 Monate gekürzt⁷⁴¹, andererseits die absolute von 30 auf 5 Jahre. Typischerweise wird auch der Beginn des Laufes der Verjährungsfrist abgeändert. Statt mit Eintritt des Schaden, soll diese bereits mit Eintritt des schadensstiftenden Ereignisses zu laufen beginnen.⁷⁴² Die Verkürzung der relativen Verjährungsfrist ist nach stRsp des OGH⁷⁴³ ausdrücklich zulässig.

Zur vertraglichen Verkürzung der subjektiven Verjährungsfrist in der Beraterhaftung, fällt der OGH⁷⁴⁴ im Jahr 2000 eine E, in der er aussprach, dass „*die im § 8 der Allgemeinen Auftragsbedingungen*⁷⁴⁵ *für Wirtschaftstreuhänder enthaltene subjektive Verjährungsfrist von*

⁷⁴⁰ Madl in Kletečka/Schauer^{1.03}, § 1502 ABGB Rz 6 (Stand 01.09.2015, rdb.at).

⁷⁴¹ OGH 01.09.2010, 6 Ob 124/10v; OGH 31.08.2010, 4 Ob 78/10i.

⁷⁴² Dies kann dazu führen, dass das schadensstiftenden Ereignis schon vor Eintritt des Schadens verjährt.

⁷⁴³ OGH 24.10.2000, 1 Ob 1/00d.

⁷⁴⁴ OGH 24.10.2000 1 Ob 1/00d.

⁷⁴⁵ Der Punkt 8 der Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftstreuhänderberufe sieht vor, dass „der Schadenersatzanspruch nur innerhalb von 6 Monaten nachdem der oder die Anspruchsberechtigte von dem Schaden Kenntnis erlang haben, spätestens aber innerhalb von drei Jahren nach dem anspruchsbegründendem Ereignis, gerichtlich geltend gemacht werden kann, sofern nicht im Aktiengesetz 1965 andere Verjährungsfristen festgesetzt sind.“

sechs Monaten sachlich gerechtfertigt und nicht gröblich benachteiligend ist.“ Ein Steuerberater, der mit seinem Klienten als Unternehmer die Allgemeinen Auftragsbedingungen (AAB) vereinbart hat, kann sich also auf diese verkürzte Frist berufen.⁷⁴⁶ Diese Entscheidung ist in zweierlei Hinsicht interessant, denn sie trifft nicht nur eine Aussage über die Zulässigkeit der vertraglichen Abänderung der gesetzlichen Verjährungsfristen zwischen Unternehmern, sondern auch über die Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwischen solchen. Maßgeblich für die Beurteilung des OGH war eine Interessensabwägung zugunsten des Wirtschaftstreuhänders, der mit großem zeitlichen Abstand auf Grund der Vielzahl seiner Klienten mit Bemessungsschwierigkeiten zu kämpfen habe. Für das Verbrauchergeschäft gelangte der OGH kürzlich zu einem anderen Ergebnis.⁷⁴⁷ Fraglich ist ob diese Entscheidung eins zu eins auf andere beratende Berufe übertragbar ist. Für den Unternehmensberater ist dies mE zu bejahen. Das Hauptargument gegen eine gröbliche Benachteiligung durch eine Verkürzung der Verjährungsfrist auf 6 Monate liegt darin, dass die verkürzte Frist ohnehin erst ab Kenntnis des Schadens zu laufen beginnt.

Im Bereich der gesetzlichen Abschlussprüfung ist die fünfjährige Verjährungsfrist des § 275 HGB, beginnend mit der Erteilung des Testats anzuwenden und kann nicht vertraglich abgeändert werden.⁷⁴⁸

Auch nach deutschem Recht lässt sich wirksam eine moderate Abkürzung der Verjährungsfrist für Ansprüche gegen den Berater vereinbaren. Umgekehrt kann durch besondere Vereinbarung eine über das gesetzliche Ausmaß hinausgehende Haftungsdauer vereinbart werden.⁷⁴⁹ Jedenfalls als zu weit gehend wir vom OGH eine objektive Frist von 3 Jahren gesehen, wenn diese bereits mit dem anspruchsbegründendem Ereignis beginnen soll.⁷⁵⁰

⁷⁴⁶ Stöger, AR aktuell 2006, 7.

⁷⁴⁷ OGH 05.10.2010, 4 Ob 117/10z.

⁷⁴⁸ Stöger, AR aktuell 2006, 7.

⁷⁴⁹ Scheucher, ÖJZ 1961, 225.

⁷⁵⁰ OGH 16.05.2006, 1 Ob 44/06m.

Nach ständiger Rsp des OGH ist mittlerweile auch eine vertragliche Verkürzung der relativen Verjährungsfrist auf 6 Monate zulässig, selbst wenn dies in AGB vereinbart wird.⁷⁵¹ Zur Frage der Verkürzung der absoluten Verjährungsfrist gibt es noch keine höchstgerichtliche Stellungnahme.⁷⁵²

IV.3.e. Ausschluss der Haftung bei fehlenden Formerfordernissen

IV.3.e.1. Definition/Motivation

Häufig finden sich in AGB auch Klauseln, die die Unverbindlichkeit von Erklärungen festlegen wollen, die gewissen Formerfordernissen nicht entsprechen.

Dabei ist etwa an mündliche, telefonische oder gar im elektronischen Briefverkehr erteilte Auskünfte zu denken. Häufig werden telefonische Auskünfte in ihrer Verbindlichkeit, von einer nachfolgenden schriftlichen Bestätigung abhängig gemacht.⁷⁵³ Teilweise suchen Berater sogar für intern nicht „freigegebene“ Schriftstücke oder die fachliche Kompetenz ihrer Mitarbeiter überschreitende Schriftstücke die Haftung auszuschließen.

IV.3.e.2. Zulässigkeit

Soweit es sich dabei um Nebenleistungspflichten handelt, wird ein Haftungsausschluss für mündliche oder telefonische Auskünfte grds als teilweise zulässig angesehen.⁷⁵⁴ Argumentiert wird, dass diese Auskünfte von geringerer Bedeutung als schriftliche seien, was einen geringeren Erklärungswert und Vertrauensschutz zur Folge habe. Diese Argumentationslinie überzeugt aber nicht, denn der Klient vertraut idR seinem persönlichen Berater unabhängig von dem Medium mit dem die Information erteilt wird. Eine inhaltliche Rechtfertigung für diese Unterscheidung ist daher mE nach nicht zu erkennen.

Denkt man an den Ausschluss kompetenzüberschreitender oder nicht freigegebener Dokumente werden dem Klienten noch weitergehende Pflichten zugemutet. Keinesfalls kann der Schutz

⁷⁵¹ OGH 24.10.2000, 1 Ob 1/00d, JBl 2001, 232. In dem gegenständlichen Urteil ging es um die in Allgemeinen Auftragsbedingungen für Wirtschaftstreuhänder anhaltende verkürzte Verjährungsfrist von 6 Monaten. ab Kenntnis des Schadens.

⁷⁵² Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 5/18.

⁷⁵³ Wilhelmer, NZ 2013, 1.

⁷⁵⁴ Zur deutschen Rsp: *Junge-Ilges*, Haftungsvereinbarungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe 51.

seiner Rechte davon abhängen ob die in der Sphäre des Unternehmensberaters liegenden Zuständigkeiten und Formerfordernisse durch diesen korrekt beachtet werden.

Auch bei Rechtsanwälten finden sich immer wieder Ausschlüsse für die Bearbeitung ausländischen Rechts in AGB wieder.

IV.3.f. Ausschluss der Haftung ggü Dritten

IV.3.f.1. Definition/Motivation

Berater haben ein großes Interesse daran die Haftung auf ihren direkten Vertragspartner einzuschränken, da die Haftung ggü Dritten ein ungemein großes und schlecht voraussehbares Haftungsfeld bildet. Aus diesem Grund gehören auch Haftungsbeschränkungen ggü Dritten zu den typischen in Beratungsverträgen enthaltenen Klauseln.

Eine Beschränkung der Beraterhaftung ggü Dritten, wie bspw zukünftigen Geschäftspartnern, kann immer nur im Interesse des Beraters, niemals der beratenen Partei liegen.

IV.3.f.2. Zulässigkeit

Haftungsausschlüsse zugunsten Dritter sind nach hM⁷⁵⁵ in Analogie zu § 881 ABGB für reine Vermögensschäden zulässig. Die Vertragsparteien können vereinbaren auf Schadenersatzansprüche ggü Dritten, wie bspw Erfüllungsgehilfen⁷⁵⁶, zu verzichten. Der Schadenersatzanspruch gelangt damit, im Falle eines Schadens überhaupt nicht zur Entstehung. Außerhalb des Bereichs der reinen Vermögensschäden können Haftungsausschlüsse zu Lasten Dritter hingegen nicht wirksam vereinbart werden. Haftungsfreizeichnungen zu Lasten Dritter sind auch unzulässig, sofern darin, nicht eine Verwendungserklärung iSd § 88a ABGB gesehen wird. Diese wird insb bei Verträgen mit Schutzwirkung zugunsten Dritter angenommen.

Begründet wird die beschränkte rechtliche Zulässigkeit damit, dass Dritte im Rahmen einer Vertragshaftung, wegen reiner Vermögensschäden gesetzlich ohnehin nicht geschützt sind, außer sie erhalten, wie es ist § 1300 ABGB geregelt ist, wissentlich falschen Rat. Der Dritte soll insofern

⁷⁵⁵ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 18/38.

⁷⁵⁶ Wird zwischen einem Klienten und einem Berater ein Haftungsausschluss vereinbart, muss nach dem Sinn und Zweck dieses Ausschlusses anzunehmen sein, dass dieser auch zugunsten eines Erfüllungsgehilfen gelten soll, der Arbeitnehmer des Beraters ist. Der Berater liefe sonst Gefahr, bei Inanspruchnahme seines Arbeitnehmers durch ihn im Regressweg in Anspruch genommen zu werden (§ 3 Abs 2 DHG), womit seine Haftungsfreizeichnung insofern sinnlos wäre. Das trifft aber bei einem selbstständigen Subunternehmer nicht zu. OGH 25.06.2013, 9 Ob 41/13i.

nicht mehr Schutz als der Vertragspartner selbst genießen.⁷⁵⁷ Er muss den Inhalt des abgeschlossenen Vertrages so wie er abgeschlossen wurde gegen sich gelten lassen. Das betrifft auch Haftungsbeschränkungen und -ausschlüsse.⁷⁵⁸

Nachdem in der Unternehmensberatung Schäden typischerweise als reine Vermögensschäden auftreten, ist ein dahingehender Ausschluss also in den meisten Fällen gültig.

⁷⁵⁷ *Wilhelmer*, NZ 2013, 1.

⁷⁵⁸ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 7/441.

IV.4. Zwischenfazit

Die Verwendung von vertraglichen Haftungsausschlüssen gehört im Berufsstand der Unternehmensberater, genauso wie bei vielen anderen beratenden Berufen, zur gelebten Realität. Unternehmensberater wollen ihr Risiko kalkulierbar machen. Dazu reichte es ihnen nicht Versicherungen abzuschließen. Sie wollen die Haftung für den Schaden an sich erst gar nicht entstehen lassen.

Haftungsausschlüsse werden sowohl einzelvertraglich, wie auch durch einseitige Pauschalverträge, wie AGB oder durch die Verwendung von Disclaimer abgeschlossen. Inhaltlich reichen sie von betrags- und umfangsmäßigen Beschränkungen des Schadens, für den gehaftet werden soll, bis hin zu einer Anhebung des Verschuldensmaßstabs, einer Verkürzung der Verjährungsfristen oder Umkehr der Beweislast.

Dem Interesse des Unternehmensberaters an einem möglichst weitreichenden Haftungsausschluss, steht das des Klienten gegenüber. In seinem Interesse liegt es nicht nur eine das Honorar rechtfertigende Leistung zu erhalten, sondern auch bei Auftreten durch die Beratungsleistungen verursachter Probleme auf einen weitreichenden Haftungsrahmen zurückgreifen zu können.

Wie weit die Haftung, trotz Ausschlüssen, in der Praxis tatsächlich reicht, muss im Einzelfall beurteilt werden. Dabei darf die L und Rsp zu anderen beratenden Berufen zur Orientierung herangezogen werden, welche ggü dem Haftungsausschluss der Unternehmensberater keine wesentlichen Unterschiede aufweist.

Vereinfacht kann gesagt werden, dass die Grenze des Zulässigen mit Rücksicht auf die Sittenwidrigkeit nach § 879 ABGB geprüft werden muss. Insb bei durch AGB vereinbarten Haftungsausschlüssen gilt das strenge dreigliedrige Prüfungssystem der Einbeziehungs-, Geltungs- und Inhaltskontrolle.

Für den Regelfall kann gesagt werden, dass

- betragsmäßige Beschränkungen soweit zulässig sind, als die Haftungssumme dem typischen Schadensrisiko entspricht und der Klient über die Möglichkeit einer Höherversicherung informiert wurde.
- umfangmäßige Beschränkungen vereinbart werden könne, solange dadurch kein auffallendes Missverhältnis entsteht

- das leichte Verschulden in den meisten Fällen ausgeschlossen werden kann, sofern nicht gänzlich untypische oder unvorhersehbarer Schäden betroffen sind oder eine wirtschaftliche Vormachtstellung ausgenützt wird
- der Ausschluss der Haftung für grobe Fahrlässigkeit nur dort möglich ist, wo es sich um einen Schaden aus für das Rechtsverhältnis typischen oder wenigstens im Einzelfall voraussehbaren Gefahren zwischen gleichrangigen Vertragsparteien handelt.

Grds gelten Haftungsausschlussvereinbarungen niemals für sämtliche Risiken, sondern umfassen nur solche, die typisch, vorhersehbar und kalkulierbar sind. Die Grenze bildet die Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB. Viele der standardmäßig vereinbarten Haftungsausschlüsse entfalten nach den oben genannten Grundsätzen somit erst gar keine Wirkung.

Für die Praxis ist es für beide Parteien ratsam den Haftungsausschluss individuell zu vereinbaren und diese dort so klar wie möglich zu formulieren. Bei Beauftragung oder nach Beendigung eines Beratungsverhältnisses, könnte der Unternehmensberater dem Klienten bspw ein Bestätigungsschreiben zukommen lassen. Auch eine Leistungsbeschreibung vor Beginn und eine Leistungsaufstellung nach Beendigung des Vertragsverhältnisses sind geeignete Hilfsmittel um die Haftung schon vertraglich zu begrenzen. Bei der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind drucktechnische Hervorhebungen von Haftungsausschlüssen zu empfehlen.

Je mehr mit dem Klienten über das Thema der Haftung im Vorfeld gesprochen wird, desto eher erwachsen die damit korrespondierenden Klauseln in Wirksamkeit. Es ist aber anzuerkennen, dass es in der Praxis herausfordernd sein kann schon vor Abschluss des Vertragsverhältnisses mit dem Klienten potentiell auftretende Probleme zu thematisieren.

V. Exkurs: Die außervertragliche Haftung

Im Zentrum dieser Arbeit steht, wie ausgeführt, das Thema der vertraglichen Haftung des Unternehmensberaters ggü dem von ihm beratenen Unternehmen. Wie in allen anderen Bereichen des Haftungsrechts gibt es neben der vertraglichen auch eine quasi-vertragliche und deliktische Haftung die insb im Bereich der Haftung ggü Dritten eine Rolle spielen kann, nämlich in allen jenen Fällen, in denen eine Haftung ggü Dritten nicht schon vertraglich vereinbart wurde. Obwohl sich die vorliegende Arbeit die Behandlung der vertraglichen Haftung des Unternehmensberaters zum Kernthema gesetzt hat, soll an dieser Stelle der Vollständigkeit halber, als Exkurs und in Grundzügen, die außervertragliche Haftung, mit Fokus auf der Dritthaftung, erörtert werden.

V.1. Die quasi-vertragliche Haftung

Mit dem Begriff der „*quasi-vertraglichen Haftung*“ ist jener Bereich gemeint, der zwischen der Delikts- und der Vertragshaftung liegt. Im praktischen Rechtsleben gibt es Situationen, in denen es unbillig erscheinen würde die vertraglichen Regeln überhaupt nicht anzuwenden, da eine gewisse „*Verwandtschaft mit einem Vertragsverhältnis*“⁷⁵⁹ vorliegt und der Geschädigte im Rahmen der Deliktshaftung weit schlechter gestellt wäre als in der Vertragshaftung.⁷⁶⁰ Um diesen Fällen eine angemessene rechtliche Behandlung zukommen zu lassen wurde der Anwendungsbereich von Schadenersatzregeln ex-contractu ausgedehnt, indem Bestimmungen bzw Rechtsbehelfe entwickelt wurden, die eine „quasi-Anwendung“ der Regelungen des Vertragsrechts zulassen.⁷⁶¹ Unter dem Begriff „quasi-vertragliche Haftung“ werden also Rechtsinstrumente zusammengefasst, die außerhalb des vertraglichen Bereichs eine dem Vertrag ähnliche Haftung konstruieren. Darunter fallen insb:

- die vorvertragliche Haftung, auch *cic*, genannt und
- der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Speziell für den Bereich Rat und Auskunft gibt es des Weiteren die Bestimmung des § 1300 Satz 1, die deshalb als quasi-vertraglich zu sehen ist, weil sie in ihrem Tatbestand, zumindest dem Wortlaut nach, nicht konkret auf das Vorliegen eines Verpflichtungsverhältnisses⁷⁶² zwischen den Parteien abstellt, sondern lediglich „Entgeltlichkeit“ fordert.

Durch Fehler eines Beraters erleidet zunächst der Klient einen Schaden, sehr oft ist aber nicht nur der Vertragspartner geschädigt, sondern auch, oder sogar ausschließlich, ein Dritter. Eine

⁷⁵⁹ Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbauer, Schadenersatz in der Praxis Rz 121.

⁷⁶⁰ Obwohl nach der weitgehenden Generalklausel des § 1295 Abs 1 ABGB jedermann der Ersatz des ihm zugefügten Schadens – unabhängig vom dem Bestehen eines Vertrages – gebührt, liegt dem ABGB doch ein „*differenziertes System des Rechtsgüterschutzes zu Grunde*“, in dem die Vertragshaftung wesentlich strenger ausgestaltet ist als jene aus Delikt. Dies zeigt sich an der Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB, der Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB und am Schutz des bloßen Vermögens in der Vertragshaftung im Gegensatz zur Deliktshaftung.

⁷⁶¹ Koziol schreibt sehr bildlich: „Delikte und Vertragsverletzungen werden vielfach als Gegensatz angesehen. In Wahrheit handelt es sich jedoch um die beiden Endpunkte, zwischen denen eine Kette von Zwischenstufen besteht.“ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ Rz 4/42.

⁷⁶² Dies geht aus dem Wortlaut hervor, die Meinungen zum Bestehen eines Verpflichtungsverhältnisses gehen aber auseinander.

Dritthaftung iZm dem Unternehmensberater ist insb dort gut vorstellbar, wo der Unternehmensberater Aufgaben übernimmt, die in der Erstellung von Expertisen in Gutachtensform oder anderen Schriftstücken liegen und damit eine Auskunft oder Einschätzung abgibt, auf die sich ein Dritter verlässt der dadurch einen Schaden erleidet. Ist das Ergebnis der Expertise dazu bestimmt Dritten vorgelegt zu werden, sind diese idR überhaupt die primär Geschädigten. Zu denken ist hier bspw an den Fall, in dem sich der Käufer eines Unternehmens auf ein vom Verkäufer zu Verfügung gestelltes Gutachten verlässt und dadurch einen Schaden erleidet, indem er das Unternehmen kauft, welches er auf Basis der richtigen Information nicht gekauft hätte. Nachdem ein Gutachtensvertrag nur selten eine Haftung für ggü Dritten eingetretene Schädigungen ausdrücklich vorsieht, kann eine Haftung außerhalb des deliktischen Bereichs nur auf eine quasi-vertragliche Hilfskonstruktion gestützt werden. Zu klären ist, ob bspw ein Gutachter in einem solchen Fall auch ggü diesem Dritten zur Verantwortung gezogen werden kann.

Im Folgenden soll auf die oben genannten drei Arten der quasi-vertraglichen Haftung eingegangen und jeweils ihre Relevanz im zwei-, sowie dreipersonalen Verhältnis herausgearbeitet werden.

V.1.a. Culpa in contrahendo

V.1.a.1. Allgemeines

Die herrschende Rechtslehre definiert den Begriff der culpa in contrahendo, kurz cic genannt, als die abgeleitete schuldhafte Pflichtverletzung⁷⁶³ zur Einhaltung von Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten⁷⁶⁴ im vorvertraglichen Verhältnis. Unter cic versteht man somit die Pflicht zur Achtung von Sorgfaltspflichten, die schon vor Vertragsabschluss und unabhängig davon ob später ein gültiger Vertrag zustande kommt, zwischen Parteien bestehen, die „*rechtsgeschäftlichen Kontakt*“ aufgenommen haben. Nach hM treten Geschäftsparteien mit Kontaktaufnahme in ein beiderseitiges Rechtsverhältnis, das sie „*ex lege*“ zur Sorgfalt und Rücksichtnahme bei der

⁷⁶³ Das ABGB enthält keine generelle Pflicht zur Einhaltung von vorvertraglichen Pflichten. Abgeleitet wird diese aus den Normen §§ 248, 866, 869, 874, 878, 932 Abs 1 letzter Satz ABGB sowie § 16 VersVG. *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur*, Schadenersatz in der Praxis Rz 12; *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht¹⁴ II Rz 69.

⁷⁶⁴ Anders als die Schutz- und Sorgfaltspflichten, bestehen Aufklärungspflichten nicht ohnehin schon. Sie werden erst „*durch das Schuldverhältnis in contrahendo begründet*“. Aus Aufklärungspflichten kann immer nur eine Haftung auf den Vertrauensschaden resultieren. *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ 144.

Vorbereitung und beim Abschluss des Vertrags verpflichtet.⁷⁶⁵ Cic verpflichtet Vertragspartner einander über Umstände, die für den Abschluss und die Erfüllung des Vertrags bedeutsam sind, aufzuklären und somit vor Vertrauensschäden zu bewahren.⁷⁶⁶

Eine Verletzung der vorvertraglichen Pflichten kann dann einen Schadenersatzanspruch begründen, wenn nach allgemeinen Vertragsgrundsätzen schuldhaftes, kausales und rechtswidriges Verhalten vorliegt.⁷⁶⁷ Rechtswidrig handelt etwa, wer einen ernsthaften Abschlusswillen vortäuscht und beim anderen so Vertrauen auf den Abschluss erweckt, einen solchen dann aber grundlos ablehnt. In diesem Fall haftet der Schuldner bei Verletzung einer aus dem Schuldverhältnis entsprungenen Pflicht wie ein Vertragspartner.⁷⁶⁸ Die Rechtfertigung für einen solchen gegenseitigen Schutz der Parteien im vorvertraglichen Bereich, liegt im Vertrauensschutz und der Verkehrssicherheit. Die Parteien sollen sich auf eine gegenseitige Rücksichtnahme auch im vorbereitenden Stadium verlassen können.⁷⁶⁹

V.1.a.2. Anwendungsfälle

V.1.a.2.a. Haftung ggü ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien

Für den Unternehmensberater und seinen Klienten beginnt das vorvertragliche Schuldverhältnis ab dem Moment, in dem sie als Vertragsparteien „*Verhandlungen oder Kontakt aufnehmen, um einen Beratungsvertrag abzuschließen oder vorzubereiten.*“ Es wird dabei auf den Zeitpunkt der „*ernsthaften Aufnahme von Vertragsverhandlungen*“ abgestellt.⁷⁷⁰

Die Pflichten aus Cic umfassen neben Schutz- und Sorgfaltspflichten zwischen den Vertragsparteien insb auch Aufklärungspflichten. Der Berater hat den Klienten über alle wesentlichen Umstände iZm Zustandekommen und Ablauf des Beratungsprojekts zu informieren

⁷⁶⁵ Feil, Sachverständigenhaftung (1997) Rz 3/3.

⁷⁶⁶ Der Schutz bezieht sich auch auf das bloße Vermögen. Koziol, JBl 1994, 209.

⁷⁶⁷ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 3/2. Die vorvertraglichen Pflichten ähneln ganz generell den vertraglichen Nebenleistungspflichten.

⁷⁶⁸ Folglich haftet der Geschäftsherr nach § 1313 a ABGB für seine Gehilfen wie für eigenes Verschulden, er muss beweisen, dass ihr (oder seinen Gehilfen) an einer Schädigung kein Verschulden trifft, es wird ihm auch ein bloßer Vermögensschaden ersetzt. Perner/Spitzer/Kodek, Bürgerliches Recht³ 318.

⁷⁶⁹ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 3/2.

⁷⁷⁰ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 28.

und über potentielle Gefahren aufzuklären. Die Annahme von Aufklärungspflichten setzt einerseits „Aufklärungsbedürftigkeit“ beim Klienten, andererseits „Zumutbarkeit der Aufklärung“ auf Seiten des Beraters voraus.⁷⁷¹ Es besteht keine allgemeine Rechtspflicht den Vertragspartner über alle Umstände aufzuklären, die auf seine EntschlieÙung Einfluss haben können.⁷⁷² Der OGH bejaht eine solche Pflicht allerdings dort, wo der andere Teil nach den Grundätzen des redlichen Geschäftsverkehrs eine Aufklärung erwarten durfte.

Die Aufklärung hat alle Umstände und Gefahren zu beinhalten, die für eine Entscheidung über den Vertragsabschluss wesentliche Bedeutung haben oder haben können. Je wichtiger und entscheidender die zu treffende Entscheidung für das beratene Unternehmen ist, umso umfangreicher sind die Aufklärungspflichten des Beraters. So ist bei der Anbahnung einer Beratung eines in finanzielle Schwierigkeiten geratenen bzw konkursbedrohten Unternehmens, idR eine eindringlichere Aufklärungspflicht zu erwarten als bei einem gut gehenden Unternehmen. Ebenso ist bei einer Neuausrichtung der Unternehmensgrundlage eine weiterreichende Aufklärungspflicht zu erwarten als bei einer laufenden Beratung. Der Unternehmensberater hat aber bspw auch darüber aufzuklären, dass das Beratungsziel nur durch eine umfassende Zusammenarbeit zwischen Berater und Beratenem erreicht werden kann. Über allgemeine wirtschaftliche Risiken und Umstände sowie betriebsinterne Vorgänge und Zusammenhänge muss naturgemäß nicht aufgeklärt werden.⁷⁷³

Für den Unternehmensberater, wie auch für andere beratende Berufe, hat die cic im Verhältnis zum zukünftigen Vertragspartner meistens keine große praktische Bedeutung, da Aufklärung und Beratung ohnehin Inhalt seiner vertraglichen Leistung sind.⁷⁷⁴

V.1.a.2.b. Haftung ggü Dritten

Ursprünglich wurde das Vorliegen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses nur zwischen künftigen Vertragsparteien bejaht. Inzwischen wird das Rechtsinstitut der cic aber vermehrt auch

⁷⁷¹ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 29.

⁷⁷² OGH 20.02.1979, 5 Ob 524/79.

⁷⁷³ Exner, Der Unternehmensberatungsvertrag 32.

⁷⁷⁴ Feil, Sachverständigenhaftung Rz 3/3 am Beispiel des Anwalts.

auf Dritte angewendet, „wenn diese an der Geschäftsvorbereitung maßgeblich beteiligt sind“⁷⁷⁵, dh wenn diese Dritten trotz mangelnden Vertragsverhältnisses zum Geschädigten, ein eigenes Interesse am Vertragsabschluss bzw den Geschäftsvorbereitungen haben oder ihnen eine besondere „Garantenstellung“ zukommt.⁷⁷⁶ Der Personenkreis wird dabei bewusst eng gehalten. Dritte, die einer erhöhten Gefährdung ausgesetzt sind und in einem Naheverhältnis zu dem Vertrag stehen, sollen aber jedenfalls geschützt sein. Von der L verlangt, wird eine „Angehörigkeit zur Interessenssphäre des Vertragspartners“ und einer „abstrakten Vorhersehbarkeit des Kontakts des Dritten mit der Vertragsleistung“.⁷⁷⁷

So kann sich bspw ein Gutachter ggü Dritten, die nicht direkte Vertragspartner sind, auch aus vorvertraglichen Ansprüchen zu verantworten haben. Dies wäre bspw für Geschäftspartner des Klienten der Fall. Diese dürfen sich auf ein Gutachten verlassen, sofern sie zum Adressatenkreis zählen.⁷⁷⁸

V.1.b. Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

Ein Kontrakt wird als Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter⁷⁷⁹ angesehen, wenn sich seine Schutz- und Sorgfaltspflichten auch auf nicht direkt am Vertrag beteiligte Dritte erstrecken, die der Sphäre des Vertrags angehören. Rechtsgrundlage ist der Vertrag, dessen Schutzbereich auf den außerhalb des Vertrags befindlichen Dritten ausgedehnt wird. Die Pflichten ggü dem Außenstehenden ergeben sich laut Meinung von *Bydlinski*⁷⁸⁰ und Rsp des OGH⁷⁸¹ aus der „objektiven Vertragsauslegung“, die auf § 914 ABGB aufbaut.⁷⁸² Der Vertrag mit Schutzwirkung

⁷⁷⁵ OGH 29.10.1996, 4 Ob 2308/96g.

⁷⁷⁶ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 3/4.

⁷⁷⁷ *Feil*, Sachverständigenhaftung Rz 3/8.

⁷⁷⁸ Besondere Bedeutung hat idZ insb für Banken die Prospekthaftung.

⁷⁷⁹ Der Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter darf nicht mit dem Vertrag zugunsten Dritter verwechselt werden, bei dem schon vertraglich bedungen ist, dass die Hauptleistung an einen Dritten statt den Vertragspartner erbracht wird.

⁷⁸⁰ *Bydlinski*, JBL 1960, 359.

⁷⁸¹ Ua OGH 11.12.1973, 4 Ob 589/73; OGH 30.06.1977, 7 Ob 595/77; OGH 14.12.2000, 7 Ob 151/00g.

⁷⁸² Demnach soll bei der Auslegung von Verträgen nicht bloß am buchstäblichen Wortsinn festgehalten werden. Vielmehr soll die Absicht der Parteien erforscht werden und eine Ergänzung des Vertrags nach der Übung des redlichen Verkehrs vorgenommen werden. *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur*, Schadenersatz in der Praxis Rz 151.

zugunsten Dritter erweitert somit die Vertragshaftung auf Personen, die nicht Vertragspartei sind, jedoch eine gewisse Nähe zum Vertrag haben.

Insb in der älteren L und Rsp wurde die Dritthaftung vorwiegend auf dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter bzw dem Vertrag zugunsten Dritter gegründet. Sie ist ein Institut der älteren Rsp.⁷⁸³

Voraussetzungen für die Annahme einer Schutzwirkung sind, dass der Dritte „*der Interessensphäre [des Gläubigers] angehört und von der Erfüllung des Vertrags vorhersehbar mitbetroffen ist.*“⁷⁸⁴

Der Berater hat nicht ggü jedermann zu haften, auch wenn er weiß, dass seine Auskunft weiterverbreitet werden soll. Der Kreis der Dritten ggü denen eine Schadenersatzpflicht bestehen kann, ist auf eine spezielle Personengruppe beschränkt. Nach *Bydlinski* gehören dem Kreis der begünstigten Personen jene an, „*deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung beim Vertragsabschluss vorhersehbar war und die der Vertragspartner entweder erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte, oder an denen er ein sichtbares eigenes Interesse hat, oder denen er selbst offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist, vom Vertrag mit geschützt werden.*“⁷⁸⁵

Konkret haben vier Voraussetzungen kumulativ vorzuliegen:

- Zwischen dem Dritten und der Vertragspartei hat eine rechtliche Sonderbeziehung zu bestehen⁷⁸⁶
- Der Dritte hat der Interessensphäre des Beratenen anzugehören⁷⁸⁷

⁷⁸³ *Wilhelm*, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, *ecolex* 1991, 87.

⁷⁸⁴ *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ Glossar, Stichwort: Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter; *Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten, JBL 1960, 359.

⁷⁸⁵ *Bydlinski*, JBL 1960, 359.

⁷⁸⁶ Es reicht nicht, dass zwischen der Vertragspartei und dem Dritten nur jene Sorgfaltspflichten bestehen, die ihn ggü jedermann treffen, etwa die Pflichten aus Schutzgesetzen oder Verkehrssicherungspflichten. *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 86.

⁷⁸⁷ Oftmals verfolgen der Klient und der Dritte aber auch genau gegenläufige Interessen. Dient ein Gutachten erkennbar Finanzierungszwecken, und ist dem Gutachter erkennbar, dass es zu diesem Zweck auch Dritten vorgelegt werden soll, dann sind sämtliche mögliche Darlehensgeber in den Schutzbereich mit einbezogen. *W. Völkl/E. Völkl*, Die Haftung des rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung Teil III, ÖJZ 2015, 728. Der OGH begründete seine E OGH

- Der Dritte ist von der Erfüllung des Vertrags vorhersehbar mitbetroffen, indem die Drittbezogenheit der Leistung und Nähe zwischen Klienten und Dritten für den Berater erkennbar ist, dh der Berater kann damit rechnen, dass seine Auskunft Dritten zur Kenntnis gelangt⁷⁸⁸
- Die Auskunft bildet die Grundlage von Dispositionen des Dritten⁷⁸⁹

Jedenfalls nicht von einem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter auszugehen ist in Fällen, in denen der Berater mit einer Einbeziehung eines Dritten in das Vertragsverhältnis nicht rechnen musste, zB wenn der Auftraggeber von dem Gutachten rechtswidrigen, betrügerischen Gebrauch macht. Auch kommt es nicht zu einer Haftung, wenn ein Gutachten nur nachträglich zur Vorlage an einen Dritten genützt wird, dies im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aber nicht vorhersehbar war.⁷⁹⁰

Die Form der Auskunft, ob zB Testat, schriftliches Gutachten oder mündliche Äußerung, ist für die Beurteilung der Schadenersatzpflicht aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter unerheblich.⁷⁹¹

Die Haftung aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter wirkt subsidiär. Hat der Dritte wegen der Schädigung aus einem anderen Titel selbst vertragliche Ansprüche, kann er vom Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht Gebrauch machen.⁷⁹²

In Bezug auf die Pflicht zum Ersatz bloßer Vermögensschäden wird überwiegend die Meinung vertreten, dass diese nur dann zu ersetzen sind, wenn die Hauptleistung gerade dem Dritten

23.1.2001, 7 Ob 273/00y damit, dass der Sachverständige auch ggü dem Dritten hafte, weil der Besteller des Gutachtens erkennbar gerade auch die Interessen des Dritten mitverfolgte. Dieses Argument würde bei gegenläufigen Interessen ausgehebelt werden. *Karner*, Zur Haftung von Ratingagenturen, ÖBA 2010, 587.

⁷⁸⁸ Das erkennbare Mitverfolgen von Interessen Dritter ist schwierig festzumachen. Bekundungen in diese Richtung sind meist sehr allgemein gehalten.

⁷⁸⁹ OGH 27.06.1984, 3 Ob 547/84.

⁷⁹⁰ Die Frage der Haftung ggü Dritten ist nämlich keine reine Kausalitätsfrage. Ebenso zu beachten ist die Frage der Rechtswidrigkeit und des Rechtswidrigkeitszusammenhangs. *Kozioł*, Zur Haftung wegen fahrlässiger Anstiftung durch unrichtige Auskunft, JBL 1988, 409.

⁷⁹¹ *Zetsche*, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bei Prüfung der Insolvenzreife einer GmbH? JR 2013, 10.

⁷⁹² OGH 26.01.1999, 4 Ob 325/98t.

zugutekommen soll.⁷⁹³ Der OGH vertritt die Meinung, dass sich die Schutzwirkung zugunsten Dritter in allen anderen Fällen nur auf die absolut geschützten Rechte beziehen.⁷⁹⁴ Eine Ausnahme macht der OGH für Pflichtverletzungen, die nur vertragsmäßige Auswirkungen haben können.⁷⁹⁵ Argumentiert wird, dass es zu einer „unzumutbaren Beschränkung der Handlungsfreiheit“ kommen würde, wenn auch schon das bloße Vermögen geschützt wäre.⁷⁹⁶ Würde das reine Vermögen eines Dritten stets in den Vertragsbereich mit einbezogen werden, entstünde die Gefahr einer überaus starken Ausweitung der Haftung. Nicht nur unmittelbar betroffene bestimmte Personen wären mit ihrem Vermögen in den Schutzbereich mit einbezogen.

Auch *Kozioł*⁷⁹⁷ vertritt die Meinung, dass das bloße Vermögen nicht in den Schutzbereich einzubeziehen ist, sondern vielmehr nur absolute geschützte Rechtsgüter davon erfasst sind, begründet dies aber anders. Er argumentiert, dass die Beziehung zwischen dem Schuldner und dem Dritten schwächer ist als jene mit dem Gläubiger, nachdem diese nicht in direktem rechtsgeschäftlichen Kontakt stehen. Er sieht eine Ausnahme davon jedoch sowohl in Sachverständigenfällen gerechtfertigt, als auch dann wenn eine Leistung gerade einem Dritten zukommen soll, wie es bei Verträgen zugunsten Dritter oder der mittelbaren Stellvertretung der Fall ist. Anderenfalls wäre der Schuldner ungerechtfertigt besser gestellt, weil er ggü niemanden haften müsste.

⁷⁹³ Anderer Meinung ist *Welser*, der einen Ersatz bloßer Vermögensschäden stets zulassen will. Er sieht keinen Grund zu differenzieren. *Welser*, Die vorvertraglichen Pflichten in der Rechtsprechung des OGH in FS *Wagner* 365. Gegen eine stetige Einbeziehung spricht sich auch der OGH aus: „Grundlage der außervertraglichen Haftung eines Warenherstellers können mangels positiv-rechtlicher Sonderregelung nur die vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten zugunsten des Erwerbers einer Ware oder die rein deliktische Haftung des Herstellers sein. Begehrt der Erwerber von dem Hersteller, mit dem er nicht in einem Vertragsverhältnis steht, Schadenersatz, den er aus einem Mangel der gelieferten Sache selbst, nicht aber aus einem Eingriff in andere (absolut geschützte) Güter ableitet, macht er damit einen "bloßen Vermögensschaden" geltend, auf den sich die Schutzwirkung zugunsten Dritter nicht bezieht. Ein Verzicht auf mit Gewährleistung zusammenhängende Schadenersatzansprüche (Mängelfolgeschäden) ist bei bloß leichter Fahrlässigkeit grundsätzlich wirksam und erstreckt sich im Zweifel auch auf Dritte, die sich sonst auf eine vertragliche Schutzwirkung zu ihren Gunsten berufen könnten. Dies auch dann, wenn sie darauf vertraut haben, daß zwischen den Vertragsparteien kein Haftungsausschluss stattgefunden hat, weil es keinen gutgläubigen Erwerb von Forderungsrechten gibt.“ OGH 28.11.1978, 5 Ob 707/78.

⁷⁹⁴ OGH 28.11.1978, 5 Ob 707/78.

⁷⁹⁵ OGH 14.05.1987, 7 Ob 541/87.

⁷⁹⁶ *Kozioł*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, JBl 1994, 209.

⁷⁹⁷ *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 87.

Die meisten für Unternehmensberater relevanten Fälle eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter beziehen sich, wie schon erwähnt, auf Fälle in denen dieser „gutachterlich“ tätig werden. Bei der Beurteilung ist darauf abzustellen ob es für den Gutachter erkennbar ist, dass „gerade (auch) die Interessen eines – oder mehrere bestimmter – Dritter bei der Bestellung des Gutachtens“ mitverfolgt werden.⁷⁹⁸ „Welche diese bestimmten dritten Personen sind, für die die Auskunft eine geeignete Vertrauensgrundlage darstellen, ihnen als Richtschnur dienen soll, richtet sich nach der Verkehrsübung, wobei darauf zu achten ist, für welche Zwecke das Gutachten erstattet wurde.“⁷⁹⁹ Aus dem Zweck soll erkennbar sein ob der Besteller die Einbeziehung von Dritten in den vertraglichen Schutzbereich gewünscht hat oder nicht.⁸⁰⁰ Beauftragt ein Unternehmer etwa eine Unternehmensbewertung durch einen Unternehmensberater um einer Bank eine positive Wachstums- und Fortbestandsprognose für sein Unternehmen zur Erlangung eines Kredits vorzulegen, ist das Interesse des Beratenen den Bericht des Beraters mit dem kreditgebenden Institut zu teilen offenkundig. Die Interessen des Dritten und des Beratenen sind aber offenkundig gegensätzlich. Während der Beratene, Interesse an einer möglichst positiven Einschätzung hat, möchte die Bank eine möglichst konservative Einschätzung. Welser argumentiert daher, am Beispiel eines Hypothekarkredits, mM nach richtig, dass die Annahme eines Vertrages mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter in einem solchen Fall „eine Fiktion“ darstellt und nicht das richtige Rechtsinstrument ist.⁸⁰¹ In einem solchen Fall gegenläufiger Interessen ist es wohl richtiger seine Ansprüche auf § 1300 Satz 1 ABGB zu stützen.

V.1.c. Informationshaftung nach § 1300 Abs 1 ABGB

V.1.c.1. Allgemeines

§ 1300 ABGB – der seit 1812 unverändert in dieser Form im ABGB geregelt ist – sieht eine explizite Regelung für die Haftung bei Erteilung von nachteiligem Rat oder Auskunft vor.⁸⁰² Dabei

⁷⁹⁸ OGH 11.7.1985, 8 Ob 542/85.

⁷⁹⁹ RIS-Justiz RS0026558 (OGH 23.01.2001, 7 Ob 273/00y).

⁸⁰⁰ Wilhelm, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, ecolex 1991, 87.

⁸⁰¹ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 86.

⁸⁰² Bei der Interpretation dieser Bestimmung kann die „Schwesternorm“ aus dem deutschen BGB nicht herangezogen werden, da die Rechtslage in Deutschland in dieser Frage grundlegend anders ist. § 675 Abs 2 BGB normiert: „Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des

unterscheidet das Gesetz zwischen zwei Fällen: Satz 1 stellt klar, dass ein Sachverständiger „auch dann verantwortlich ist, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt.“ Nach Satz 2 haftet der Ratgeber „außer diesem Falle“, „nur für den Schaden, welchen er wissentlich durch Erteilung des Rates dem anderen verursacht hat.“⁸⁰³

§ 1300 ABGB, ordnet sich als Spezialnorm in das Gefüge des ABGB zwischen Vertrags- und Deliktshaftung ein. Er spiegelt die Grundkonzeption des ABGB wider, indem er in den beiden Sätzen strikt zwischen Haftung aus Sonderbeziehung und Haftung aus Delikt, wie sie ggü jedermann besteht, trennt.⁸⁰⁴ Während Satz 1 den Fall der Haftung aufgrund einer rechtlichen Sonderbeziehung abdeckt, regelt Satz 2 den Fall der Deliktshaftung.⁸⁰⁵

§ 1300 ABGB ist nur auf bloße Vermögensschäden anwendbar, dh Schäden, die nicht infolge der Verletzung eines absolut geschützten Rechtsguts entstehen. Für absolut geschützte Rechtsgüter kommt er nicht zur Anwendung. Für derartige Schäden haftet der Schädiger entweder nach § 1297 oder § 1299 ABGB.⁸⁰⁶

Die weiteren Voraussetzungen für die Begründung einer Schadenersatzpflicht und die Rechtsfolgen werden im § 1300 ABGB nicht gesondert geregelt und sind somit den allgemeinen Bestimmungen des § 1295 ABGB zu entnehmen.

Die bisherige L⁸⁰⁷ und ältere Rsp⁸⁰⁸ hat die Funktion des § 1300 Satz 1 ABGB häufig darauf beschränkt festzustellen, dass der Sachverständige auch für bloße Vermögensschäden zu haften habe. Für die Begründung einer Haftung wurde überdies das Vorliegen eines

aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet.“ Die deutsche L zu diesem Thema wird deshalb an dieser Stelle der Arbeit nicht in Erwägung gezogen.

⁸⁰³ Dazu mehr im Kapitel V. „Exkurs: Die außervertragliche Haftung“.

⁸⁰⁴ Karner, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in FS Koziol (2010) 695.

⁸⁰⁵ Mehr dazu unter „V.2. Die deliktische Haftung“.

⁸⁰⁶ Reischauer in Rummel³ § 1300 Rz 5 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁸⁰⁷ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 185; Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1300 Rz 4 (Stand 01.01.2007, rdb.at); Feil, Sachverständigenhaftung Rz 1.

⁸⁰⁸ OGH 12.05.1965, 6 Ob 142/65; so tlw auch die jüngere Rsp OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01t.

Verpflichtungsverhältnisses vorausgesetzt.⁸⁰⁹ Die jüngere Rsp des OGH lässt jedoch eine Trendwende erkennen.⁸¹⁰

Die einzelnen Tatbestandselemente des § 1300 ABGB und die daraus resultierenden haftungsrechtlichen Folgen für den Unternehmensberater sollen daher in Zusammenschau mit der hL und Rsp dazu im Folgenden näher beleuchtet werden.

V.1.c.2. Tatbestandselemente

V.1.c.2.a. Auskunftserteilung

Erste Voraussetzung für die Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB ist die Erteilung eines „Rats“. Der Wortlaut des Gesetzes beschränkt sich dabei auf die Auskunftserteilung in Form eines Rats, die Bestimmung wird jedoch von der hA⁸¹¹ auch auf die nachteilige Auskunft⁸¹² und das Gutachten⁸¹³ angewendet.⁸¹⁴ Dabei handelt es sich um eine für den Empfänger verständliche Wissenserklärung.⁸¹⁵ Während bei der Auskunft die Übermittlung von Informationen und Tatsachen im Mittelpunkt steht, geht der Rat in den allermeisten Fällen mit einer Handlungsempfehlung einher. Der Berater teilt dem Adressaten mit, wie er sich in Hinblick auf die aktuelle Situation am besten verhalten soll. Sowohl beim Rat, als auch der Auskunft bleibt es aber

⁸⁰⁹ C. Völkl, § 1300 S 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, ÖJZ 2006, 97.

⁸¹⁰ OGH 16.03.2004, 4 Ob 13/04x.

⁸¹¹ OGH 30.08.2000, 6 Ob 263/99s.

⁸¹² Die historische Auslegung steht der Gleichbehandlung von Auskunft und Rat nicht entgegen. Für eine Verschiedenbehandlung sprechen keine sachlichen Gründe; Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 11 mwN; schon aus dem Gesetzeswortlaut kann verstanden werden, dass „Rat erteilen“ nicht im engsten Sinn des Wortes aufzufassen ist. Die Akteure dieser Bestimmung, nämlich Sachverständige, erteilen nur selten Ratschläge, geben in Gutachten aber ständig Auskünfte ab; Reischauer in Rummel³ § 1300 Rz 1 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁸¹³ „Bei einem Gutachten handelt es sich regelmäßig um eine Äußerung, die teils Tatsachen mitteilt, teils eine Beurteilung, oft sogar die Empfehlung einer bestimmten Vorgehensweise enthält.“ Es setzt sich also sowohl aus Elementen des Rats als auch aus Elementen der Auskunft zusammen und muss daher konsequenterweise in den Anwendungsbereich fallen. Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 12.

⁸¹⁴ Laut Karner fallen Gutachten, Stellungnahmen, Expertisen, aber auch Prüfberichte und behördliche Mitteilungen jedenfalls in den Anwendungsbereich der Bestimmung. Karner in FS Koziol 695; Reischauer in Rummel³ § 1300 Rz 11 (Stand 01.01.2007, rdb.at); Harrer in Schwimann VI⁴ § 1300 Rz 1; RIS-Justiz RS0026687 (OGH 12.02.1931, 1 Ob 1194/30; OGH 12.02.1932, 6 Ob 142/65).

⁸¹⁵ Um eine Willenserklärung handelt es sich nur dann, wenn der Wille unmittelbar rechtsgeschäftliche Wirkung äußern soll, also auf die „Begründung, Aufhebung oder Abänderung von Rechtsverhältnissen“ gerichtet ist. Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 1.

dem Adressaten überlassen Schlüsse zu ziehen und Entscheidungen zu treffen.⁸¹⁶ Die Grenze zwischen Auskunft und Raterteilung ist verschwimmend. Die vglw weite Auslegung des § 1300 ABGB enthebt den Rechtsanwender aber der Mühe in Grenzfällen zu unterscheiden.⁸¹⁷ Eine Gleichstellung zwischen Rat und Auskunft darf jedoch nicht schlechthin angenommen werden, entscheidend ist vielmehr der Empfehlungscharakter der Informationen.⁸¹⁸ Wer sich auf fremde Auskunft verlässt, handelt grds auf eigene Gefahr. Die bloße Auskunft ist laut OGH⁸¹⁹ nicht unter § 1300 ABGB zu subsumieren, weil sie ggü dem Rat etwas minderes ist. Somit wird grds unter § 1300 ABGB jede nach außen erklärte Information subsumiert solange sie Empfehlungscharakter besitzt.⁸²⁰ Ein gegenteiliges Verständnis würde zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung führen, denn es wäre unbillig, die Auskunft, die nicht beeinflussen will, strenger zu behandeln als den Rat.⁸²¹ Für diese Ansicht spricht auch, dass es „*der Zweck der Bestimmung ist*,

⁸¹⁶ Während der Rat häufig tiefer in die Entscheidungsphase eindringt, ist bei einer Auskunft das Informationsgefälle stärker ausgeprägt. *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 3.

⁸¹⁷ *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht 252. Anderer Meinung ist hier C. Völkl nach dessen Ansicht die Auskunft nur dann der Empfehlung gleichzuhalten ist, „*wenn sie einen – wenn auch nur sehr geringen – Empfehlungscharakter hat*“. Völkl beruft sich hierfür hpts auf die OGH 12.02.1931, 1 Ob 1194/30, in der das Höchstgericht iZm einer Kreditauskunft festhielt, dass „*als Raterteilung jede Äußerung anzusehen sei, die auf einem subjektiven Werturteil beruht, mag dieses Werturteil auch über Tatsachen abgegeben worden sein*“. Nur bei der Bekanntgabe von „*allgemein notorischen Tatsachen*“ handle es sich um kein subjektives Werturteil. Derselbe schlussfolgerte daraus, dass „*der die Gleichstellung von Rat und Auskunft rechtfertigende Empfehlungscharakter der Auskunft bereits dann anzunehmen sei, wenn der Auskunftgeber damit rechnen muss oder rechnen hätte müssen, dass der Auskunftsempfänger auf der Grundlage der abgegebenen Auskunft disponieren wird*.“ Dies entspricht auch der Ansicht des OGH, der in der erwähnten Entscheidung bspw die Ansicht vertritt, dass die Haftung eines Sachverständigen für ein unrichtiges Gutachten, wonach ein bestimmter Stoff wasserdicht oder die Glasur eines Geschirrs nicht bleihaltig sei, „*nicht zu bezweifeln*“ sei. Haftungsrechtlich ergibt sich bei einer so weiten Interpretation des Empfehlungscharakters als Dispositionsgrundlage kein Unterschied. Die Haftung des Auskunftgebers kommt in beiden Fällen nur in Betracht, wenn die fehlerhafte Auskunft die Grundlage für eine Disposition durch den Adressaten bildet; Völkl, ÖJZ 2006, 97.

⁸¹⁸ So bereits OGH 12.02.1931, 1 Ob 1194/30.

⁸¹⁹ OGH 13.05.1953, 3 Ob 337/53.

⁸²⁰ Nach Scheucher ist unter der Erteilung eines Rates „*jede Tätigkeit zu verstehen, durch die einem Dritten bewusst ein bestimmtes Verhalten empfohlen wird*“; Scheucher, ÖJZ 1961, 225.

⁸²¹ OGH 13.05.1953, 3 Ob 337/53; *Reischauer in Rummel*³ § 1300 Rz 1 (Stand 01.01.2007, rdb.at) mwN; Gegenteiliger Ansicht ist nur *Wolff*, der sich darauf beruft, dass § 1300 ABGB nur vom Rat, nicht aber von der Irreführung oder Auskunft spreche, weshalb auf diese Fälle „*einfach die allgemeinen Bestimmungen des § 1294 ABGB anzuwenden seien*“. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 12.

Vermögensschäden durch Irreführung zu verhindern und es keine Rolle spielen kann, ob diese Irreführung durch die Erteilung eines Rates oder einer Auskunft erfolgt.“⁸²²

Auch in der Unterlassung der vom anderen Teil geforderten Aufklärung kann laut Rsp⁸²³ zu § 1300 ABGB schon ein nachteiliger Rat liegen, wenn der Ratgeber den Irrtum des anderen erkennen konnte und damit rechnen hätte müssen, dass dieser ohne die geforderte Aufklärung auf eine ihm nachteilige Weise handeln wird.⁸²⁴ Der Rat bzw die Auskunft müssen nicht Hauptpflicht des Vertrages sein um eine Anwendung des § 1300 ABGB zu begründen.⁸²⁵

Um unter den § 1300 ABGB subsumiert werden zu können, hat eine Auskunft folgende Eigenschaften zu erfüllen⁸²⁶:

- sie muss nach außen erklärt werden
- sie muss Empfehlungscharakter aufweisen
- sie darf nicht ohnehin jedermann zugänglich sein
- sie muss mehr als bloß „*notorische Tatsachen*“ beinhalten⁸²⁷
- sie muss sich als Grundlage für Entscheidungen eignen oder
- als Empfehlung für eigene Beratungsdienste taugen

In der Praxis ist die Entscheidung darüber, ob eine Auskunft die Anforderungen des § 1300 ABGB zu sehen ist, im Einzelfall zu treffen. Die Veröffentlichung von Studienergebnissen bzw Fachartikeln auf der Webseite des Unternehmens dient bspw zwar als Empfehlung für eigene Beratungsdienste, eignet sich aber mE nach aufgrund mangelndem Empfehlungscharakters nicht als Rat iSd § 1300 ABGB. Das Zusenden von Informationen zu neuesten Entwicklungen auf einem

⁸²² Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 185.

⁸²³ OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w, JBl 2000/441 (Staudegger) = RdW 2000/189 = ecolex 2000/39.

⁸²⁴ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 185; Reischauer in Rummel³ § 1300 6 (Stand 01.01.2007, rdb.at); Schacherreiter in Kletečka/Schauer^{1.03} § 1300 Rz 1 (Stand 01.06.2015, rdb.at) mwN; bei einer betriebswirtschaftlichen Beratung besteht zumindest eine Nebenverpflichtung, den Auftraggeber über betriebswirtschaftlich notwendige Maßnahmen aufzuklären.

⁸²⁵ Schacherreiter in Kletečka/Schauer^{1.03} § 1300 Rz 3 (Stand 01.06.2015, rdb.at) mwN.

⁸²⁶ Abgeleitet aus: Völkl, ÖJZ 2006, 98.

⁸²⁷ OGH 12.02.1931, 1 Ob 1194/30. Als Raterteilen sieht der OGH alle Äußerungen, die „auf einem subjektiven Werturteil beruhen“.

Interessensgebiet des Beratenen kann uU den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, wenn es sich nicht um „*bloß notorische Informationen*“ handelt. Eine einfache Raterteilung im Zuge eines Projekts ist ausdrücklich vom Gesetzeswortlaut umfasst, obwohl der Unternehmensberater kein Eigeninteresse an der Entscheidung des Klienten hat. Eine Kaufempfehlung in Gutachtenform, zB bei einer Due Diligence, gilt als Entscheidungsempfehlung und somit als Rat. Auch der unterlassene Hinweis darauf, dass das Ergebnis eines Gutachtens mit Unsicherheiten behaftet ist, kann eine Haftung begründen.⁸²⁸

V.1.c.2.b. Durch Sachverständige in Angelegenheiten ihrer Kunst und Wissenschaft

§ 1300 Satz 1 ABGB bezieht sich ausdrücklich auf die Personengruppe des „*Sachverständigen*“. Der Begriff Sachverständiger umfasst alle iSd des § 1299 ABGB als Sachverständige zu qualifizierende Personen.⁸²⁹ Eine Haftung nach § 1300 ABGB kommt deshalb für alle beratenden Berufe in Betracht. Die Auffassung, dass sich § 1300 Satz 1 darüber hinaus, entgegen seinem Wortlaut, auch auf all jene Personen bezieht, die einen nachteiligen Rat erteilen und mit denen daher eine Sonderbeziehung besteht, ist hingegen überholt. Satz 1 will gerade nicht den Laien, sondern nur den Sachverständigen bedenken.⁸³⁰

§ 1300 ABGB will eine nach § 1295 ABGB nicht bestehende Sachverständigenhaftung normieren. Die Norm bezieht sich auf den Sachverständigen, der nicht ausführend tätig wird, sondern sich darauf beschränkt eine Auskunft zu erteilen.

Aber auch nicht jede Auskunft eines Sachverständigen schlechthin wirkt haftungsbegründend. Sie muss innerhalb des Fachbereichs und der Tätigkeit liegen, dem der Sachverständige typischerweise angehört bzw der er nachgeht. Die bloße Raterteilung ist nicht schon als

⁸²⁸ Harrer in *Schwimann* VI⁴ § 1300 Rz 1.

⁸²⁹ Mehr dazu im Kapitel III.2.d.2. „Die Sachverständigeneigenschaft“.

⁸³⁰ Der Pflichtenstandard von Nichtsachverständigen ist im Vergleich zu Sachverständigen deutlich herabgesetzt, sodass Laien, die falsche Auskünfte erteilen zwar regelmäßig gewährleistungsrechtlich, nicht aber schadenersatzrechtlich einzustehen haben. Sie haften überdies nach § 1297 ABGB nur bei subjektivem Verschulden. Anderer Meinung ua *Karner* in *FS Koziol* 695.

Übernahme eines Geschäfts iSd § 1299 ABGB zu verstehen.⁸³¹ Die Qualifikation einer Person als Sachverständiger und der Umfang seiner Expertise sind stets nach § 1299 ABGB zu beurteilen.

V.1.c.2.c. Gegen Belohnung

V.1.c.2.c.1. Überblick

Anders als für die Begründung der Sachverständigeneigenschaft nach § 1299 ABGB, ist für die außervertragliche Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB Entgeltlichkeit eine zwingende Tatbestandsvoraussetzung. Mit der Wendung „*gegen Belohnung*“ verlangt der Gesetzgeber ein besonderes Tatbestandsmerkmal, welches über Voraussetzungen für eine deliktische Haftung hinausgeht.⁸³² Er stellt klar, dass reine Gefälligkeitsäußerungen nicht von § 1300 ABGB betroffen sein sollen.

V.1.c.2.c.2. Belohnung vs Entgeltlichkeit

Die ältere L interpretierte das Tatbestandsmerkmal „*gegen Belohnung*“ so, dass Satz 1 „*nur anwendbar ist wo ein Schuldverhältnis besteht.*“⁸³³ Erfolgt die Auskunftserteilung gegen Entgelt im klassischen Sinn, liegt stets ein Schuldverhältnis vor.⁸³⁴ Unter Belohnung iSd Bestimmung des § 1300 ABGB ist nach heute hM⁸³⁵ und Rsp⁸³⁶ aber nicht nur Entgelt in Geldform, sondern vielmehr jede Gegenleistung⁸³⁷, zu verstehen. Entgeltlichkeit ist dabei nicht zwingend erforderlich.⁸³⁸ Entscheidend ist, dass der Rat nicht nur aus reiner Gefälligkeit und somit selbstlos⁸³⁹, sondern „*im*

⁸³¹ OGH 30.08.1961, 1 Ob 194/61.

⁸³² Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 14.

⁸³³ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 184 mwN; Reischauer in Rummel³ § 1300 Rz 7 (Stand 01.01.2007, rdb.at); aA Völkl, ÖJZ 2006, 97.

⁸³⁴ Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 187.

⁸³⁵ Reischauer in Rummel³ § 1300 ABGB Rz 7 (Stand 01.01.2007, rdb.at) mwN.

⁸³⁶ OGH 28.03.2002, 8 Ob 246/01m.

⁸³⁷ Auch die Abwendung eines wirtschaftlichen Nachteils erfüllt bereits die gesetzlichen Anforderungen. Der erhoffte Vorteil muss auch nicht quantifizierbar sein; Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 3/26.

⁸³⁸ Harrer in Schwimann VI⁴ § 1300 Rz 2.

⁸³⁹ RIS-Justiz RS0044121 (OGH 30.06.2010, 9 Ob 49/09k); RIS-Justiz RS0026596 (OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14t).

Rahmen eines Sonderrechtsverhältnisses“ erteilt wird.⁸⁴⁰ Dabei kann es sich um einen Vertrag, einen Vorvertrag⁸⁴¹ oder eine entgeltliche Auskunft ohne Vertrag⁸⁴² handeln. Nicht entscheidend ist, ob die Belohnung direkt vom Empfänger geleistet wird. Erforderlich ist aber, dass die Belohnung dem Erklärenden zu Gute kommt.⁸⁴³ Die Auskunftserteilung kann dabei auch nur Nebenpflicht oder bloße Schutz- und Sorgfaltspflicht sein.⁸⁴⁴ Einig ist man sich bloß darüber, dass mit der Tatbestandsvoraussetzung „gegen Belohnung“ jedenfalls ein besonderes Tatbestandsmerkmal gefordert ist, welches über die deliktischen Voraussetzungen hinausgeht.⁸⁴⁵

V.1.c.2.c.3. Selbstlosigkeit

Fehlt eine Belohnung im Vertrag kann davon ausgegangen werden, dass der Sachverständige auch keinen ausreichenden Verpflichtungswillen hatte. Jedenfalls von der strengeren Haftung ausgeschlossen sein, sollen Fälle, wie freundschaftliche Unterredungen, bei denen es offensichtlich an Verpflichtungswillen fehlt. Bloß sozialer Kontakt macht jedenfalls nicht haftbar.⁸⁴⁶

Für den Ausnahmefall, dass aber doch ein unentgeltlicher Vertrag mit Verpflichtungswillen geschlossen wurde, ist die Haftungsfrage mittels Vertragsauslegung zu klären.

⁸⁴⁰ OGH 15.11.1961, 5 Ob 370/61; *Harrer in Schwimann* VI⁴ § 1300 Rz 4 mit weiteren Fallbeispielen.

⁸⁴¹ Nach Satz 1 kommt es auch dann zu einer Haftung, wenn der Rat vor Vertragsabschluss erfolgt und sich auf einen abzuschließenden Vertrag bezieht; *Reischauer in Rummel*³ § 1300 Rz 8 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁸⁴² Erfolgt die Auskunftserteilung gegen Entgelt, liegt stets ein Schuldverhältnis vor; *Feil/Hajek*, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 15.

⁸⁴³ Zum Belohnungsbegriff etwa: OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g; OGH 31.08.2010, 4 Ob 137/10s.

⁸⁴⁴ Der Ansicht, dass bei vertraglichen Nebenleistungspflichten § 1300 ABGB bzw dessen Wertung nicht zur Anwendung kommt, ist bzgl unentgeltlicher Raterteilung als Hauptleistung oder als Nebenleistung zu einer unentgeltlichen oder nicht geschuldeten Leistung nicht zu folgen; OGH 08.03.1978, 1 Ob 520/78; *Reischauer in Rummel*³ § 1300 Rz 4 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁸⁴⁵ Die Meinungen ob dies ein entgeltlicher Vertrag, ein Vertrag schlechthin, eine rechtliche Sonderbeziehung, ein Verpflichtungsverhältnis oder schon jeder Rat sein darf, der nicht aus bloßer Gefälligkeit erteilt wurde, gehen aber stark auseinander. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 34.

⁸⁴⁶ *Karner in FS Koziol* 695.

In diesem Fall kommt der Satz 1 zu Anwendung.⁸⁴⁷

Gegen die Einbeziehung von unentgeltlichen Verträgen wendet sich *Reischauer*, der dies als „Vergewaltigung des Gesetzeswortlautes“ betrachtet. Er argumentiert Belohnung sei „das extreme Gegenteil von Selbstlosigkeit“. Im Zweifel ist deshalb auch nicht anzunehmen, dass jemand, „der aus Gefälligkeit einen Rat erteilt, sich auch verpflichten will.“⁸⁴⁸ Dieser Meinung folgt auch *Scheucher*, der eine solche Interpretation in klarem Widerspruch zum Wortlaut des Gesetzes sieht.⁸⁴⁹

Die Grenze der Anwendbarkeit des § 1300 ABGB liegt darin, dass der Raterteiler noch seine eigenen Interessen verfolgt.⁸⁵⁰ Die Existenz eines unentgeltlichen Vertrages alleine reicht also für die Anwendung des § 1300 Satz 1 nicht aus.⁸⁵¹ Erst „Selbstlosigkeit“ und nicht schon „Unentgeltlichkeit“ schließt die strenge Haftung des § 1300 ABGB aus.^{852, 853} Selbstlosigkeit liegt schon dann nicht vor, wenn ein Rat iZm einer erwarteten Leistung eines Dritten erteilt wurde⁸⁵⁴ oder wenn die Beratung der Vorbereitung eines entgeltlichen Geschäfts gedient hat.⁸⁵⁵ Sowohl beim unentgeltlichen Geschäft, als auch bei der bloßen Gefälligkeit, fehlt das Entgelt, weshalb die Abgrenzung oftmals schwer zu treffen ist. Der OGH behilft sich mit der Formel: „es dürfe keiner

⁸⁴⁷ *Welser* argumentiert hier, dass davon ausgegangen werden kann, dass der Begünstigte die Unentgeltlichkeit in einer solchen Konstellation oftmals zurückweisen würde, wenn er wüsste, dass der Auskunftgeber zwar nichts verlange, aber auch nicht hafte.

⁸⁴⁸ *Reischauer in Rummel*³ § 1300 Rz 7 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁸⁴⁹ *Scheucher*, ÖJZ 1961, 225.

⁸⁵⁰ *Karner in FS Koziol* 695.

⁸⁵¹ *Reischauer in Rummel*³ § 1300 Rz 7 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁸⁵² *Karner in FS Koziol* 701; *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1300 Rz 6 (Stand 01.06.2015, rdb.at) mwN.

⁸⁵³ Dass bei Errichtung eines Vertrages durch einen Anwalt oder Notar von einem Teil kein Honorar verlangt wird, besagt noch nicht, dass der jeweilige Rat aus bloßer Gefälligkeit erteilt wurde. *Feil/Hajek*, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 14.

⁸⁵⁴ *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1300 Rz 6 (Stand 01.06.2015, rdb.at). So haften etwa Vermögensberater auch dann, wenn sie von dem Geschädigten zwar kein Entgelt, aber indirekt eine Provision erhalten haben OGH 31.08.2010, 4 Ob 137/10s.

⁸⁵⁵ Ein Baumeister haftet laut OGH nicht, wenn er im Rahmen eines Gespräches unrichtige Auskünfte über den Wert bestimmter Häuser erteilt. Der OGH sieht darin keinen ausreichenden Zusammenhang zu seiner beruflich übernommenen Tätigkeit; OGH 30.09.1936, 1 Ob 858/36. Auch ein Rechtsanwalt haftet nicht, wenn er unentgeltlich und ohne vertragliche Verpflichtung, falsche Angaben über die Kreditwürdigkeit macht, OGH 30.08.1961, 1 Ob 194/61.

der Parteien erkennbar das Bewusstsein fehlen, dass sie Rechte erwirbt oder Pflichten übernimmt.“⁸⁵⁶ Für eine Beurteilung muss aber das Gesamtverhalten der Parteien unter Würdigung aller Umstände betrachtet werden, was nur auf Grund eines konkreten Sachverhalts geschehen kann. Ausschlaggebend können der für Rechtsgeschäfte erforderliche Kontakt zwischen den Parteien, wirtschaftliches Interesse vs vollkommener Uneigennützigkeit, die berufsmäßige Leistung, die Bedeutung der Angelegenheit und Dringlichkeit der Disposition⁸⁵⁷ und die Initiative⁸⁵⁸ sein. Im Zweifel wird angenommen, dass Berater ihre Auskünfte nicht unentgeltlich erteilen.⁸⁵⁹

V.1.c.2.c.4. Erfordernis eines Verpflichtungsverhältnisses

Strittig ist die Frage, ob es neben der Entgeltlichkeit im oben beschriebenen Sinne eines Verpflichtungsverhältnisses⁸⁶⁰ zwischen Auskunftgeber und -empfänger bedarf. Die immer noch überwiegend hM⁸⁶¹ fordert dies. Nachdem eine solche Auslegung allerdings keine Deckung im Wortlaut der Bestimmung findet, der sich lediglich auf die Entgeltlichkeit bezieht, mehren sich die Stimmen von Gegnern dieser Rechtsansicht, die argumentieren, dass „die grundlegende Wirkung der Norm“ gerade darin besteht „Auskunftgeber einer strengerer Haftung zu unterwerfen, die sich von der Preisgabe der Auskunft einen Vorteil erwarten“.⁸⁶² Auch der OGH sprach sich idZ in seiner jüngeren Rsp⁸⁶³ gegen das Erfordernis eines Verpflichtungsverhältnisses als Voraussetzung der Haftung aus. Die Debatte, ob ein Vertragsverhältnis für die Anwendung des Satz 1 vorzuliegen hat

⁸⁵⁶ OGH 20.01.1927, 2 Ob 3/27; so auch RIS-Justiz RS0026513 (OGH 14.10.2008, 4 Ob 169/08v).

⁸⁵⁷ Es kann eine Rolle spielen als wie wichtig der Ratsuchende die Entscheidung darstellt und ob für den Ratgeber erkennbar ist, dass der Ratsuchende Entscheidungen von seinem Rat abhängig machen will. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 40.

⁸⁵⁸ Entscheidend kann auch sein ob der Rategebende seine Expertise und Leistungen anpreist oder eher widerwillig übernimmt. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 40.

⁸⁵⁹ OGH 22.02.2001, 6 Ob 292/00k. Erteilt ein Rechtsanwalt Auskünfte, die in seinen typischen Tätigkeitsbereich fallen, ist Entgeltlichkeit anzunehmen, weswegen er im Zweifel dafür nach § 1300 Satz 1 einzustehen hat.

⁸⁶⁰ Dieses Verpflichtungsverhältnis ergibt sich aus den drei Tatbestandselementen: der Auskunftserteilung durch Sachverständige in Angelegenheiten ihrer Kunst oder Wissenschaft gegen Belohnung. *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 3/8.

⁸⁶¹ *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 184; *Harrer* in *Schwimann* VI⁴ § 1300 Rz 2; aA *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 3/9 mwN.

⁸⁶² *Völkl*, ÖJZ 2006, 97.

⁸⁶³ OGH 30.06.2010, 9 Ob 49/09k; OGH 31.08.2010, 4 Ob 137/10s; OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14t.

oder die Entgeltlichkeit ausreichend ist, ist aber praktisch hinfällig. Auch wenn man davon ausgeht, dass die Anwendung des § 1300 ABGB keines Pflichtverhältnisses bedarf, begründet in den allermeisten vorstellbaren Konstellationen schon die Entgeltlichkeit das geforderte Verpflichtungsverhältnis.

Folgt man der Meinung, dass ein Verpflichtungsverhältnis vorzuliegen hat, bleibt das Potenzial der Bestimmung weitgehend ungenutzt.⁸⁶⁴ § 1300 ABGB will ja gerade auch Sachverständige erfassen, deren Tätigkeit kein Verpflichtungsverhältnis zugrunde liegt. Der OGH⁸⁶⁵ hat festgestellt, dass es zur Geltendmachung der Informationshaftung keiner Geschäftsbeziehung bedarf, weil „*bereits bei einem einmaligen Rat, wenn dieser nicht selbstlos erfolgte*“, aufgrund des Gesetzes ein Vertragsverhältnis zwischen Auskunftsgibendem und -empfangendem entsteht.

ME kommt es gerade nicht auf das Vorliegen eines solchen Verpflichtungsverhältnisses an. Mit dem weiter gefassten Wortlaut „*gegen Belohnung*“ beabsichtigt der Gesetzgeber meiner Auffassung nach gerade die besonderen Rechtsfolgen der Vertragshaftung auf all jene Fällen anzuwenden, in denen gegen Belohnung Rat erteilt wird; mit oder ohne Vorliegen eines Verpflichtungsverhältnisses. Auch im Gefüge der Dritthaftung macht eine solche Auslegung Sinn, anderenfalls Dritte in keiner Konstellation aus der Haftung iSd § 1300 Satz 1 anspruchsberechtigt sein könnten.⁸⁶⁶

V.1.c.2.c.5. Zusammenfassung

Vom Wortlaut „*gegen Belohnung*“ sind zusammenfassend alternativ folgende Arten der Auskunftserteilung erfasst:⁸⁶⁷

- Gegen Entgelt im klassischen Sinn⁸⁶⁸

⁸⁶⁴ *Völkl/Völkl*, Beraterhaftung² Rz 3/10.

⁸⁶⁵ OGH 28.03.2002, 8 Ob 246/01m.

⁸⁶⁶ Unter dieser Annahme, bedarf es zur Anwendung des § 1300 Satz 1 ggü Dritten keiner Vertragsfiktionen wie den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder der *cic. C. Völkl*, ÖJZ 2006, 97. Insb in Fällen der unrichtigen Anlageberatung, bedient sich der OGH immer wieder der Fiktion eines stillschweigenden Auskunftsvertrages. Insb tut er das bei Fällen von erstmaligem Kontakt zwischen den Parteien, wie zB bei einer Kreditauskunft zwischen Bank und Auskunftssuchendem. Dieser Fiktion bedürfte es gar nicht, würde § 1300 Satz 1 ABGB gem seiner offenen Formulierung angewendet werden. Den fehlenden Vertrag mit einer derartigen Fiktion zu ersetzen, um die Wirkungen der Vertragshaftung zu erzielen, ist somit hinfällig. Vgl etwa OGH 24.11.2010, 9 Ob 5/10s; OGH 24.04.2012 8 Ob 60/11y. Mehr zu den Anspruchsvoraussetzungen einer Dritthaftung unter „V.5. Haftung gegenüber Dritten“.

⁸⁶⁷ *Karner* in FS *Kozio* 700.

- im Rahmen eines vertraglichen Verpflichtungsverhältnisses⁸⁶⁹, aus einer Sonderbeziehung oder ständigen Geschäftsbeziehung^{870, 871}
- auf Grundlage eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses zur Vorbereitung eines entgeltlichen Geschäftes⁸⁷²
- auf Basis eines einmaligen geschäftlichen Kontakts zur Vorbereitung künftiger entgeltlicher Geschäfte – nicht erforderlich ist die Anbahnung eines konkreten Geschäftsabschlusses
- zur Verhinderung der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen gegen den Auskunfterteiler⁸⁷³

Grenzen der Haftung bilden

- Die Raterteilung aus reiner Gefälligkeit (Selbstlosigkeit)⁸⁷⁴
- Mangelnder Konnex zur geschäftlichen Tätigkeit⁸⁷⁵

Der Ratgeber soll nur dann für *omnis culpa* haften, wenn er aus der Beratung auch einen Nutzen gezogen hat. Für einen Rat aus bloßer Gefälligkeit soll er nur aus Vorsatz haften.⁸⁷⁶

⁸⁶⁸ Ein unverhältnismäßig geringes Entgelt schließt den Entgeltscharakter und damit auch die Annahme einer rechtsgeschäftlichen Beziehung aus. Leistung und Gegenleistung müssen zu einander in einer gewissen Relation stehen. Trinkgeld oder der Ersatz von Spesen sind nicht ausreichend. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 38.

⁸⁶⁹ Siehe dazu bereits oben. Dabei ist weder erforderlich, dass sich die Auskunft auf den Gegenstand eines konkreten Geschäfts bezieht, noch dass sie gesondert entlohnt wird. Die bestehende geschäftliche Beziehung muss auch nicht zur Auskunftserteilung verpflichten. *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1300 Rz 4 (Stand 01.06.2015, rdb.at) mwN.

⁸⁷⁰ *Kozioł*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 188; OGH 09.02.1995, 2 Ob 588/94.

⁸⁷¹ Bei ständiger Geschäftsbeziehung ist es nicht erforderlich, dass die Auskunft gesondert entlohnt wird. Dies ist insb im Bereich der Bankauskünfte relevant. *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1300 Rz 6 (Stand 01.06.2015, rdb.at) mwN; RIS-Justiz RS0026611 (OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84).

⁸⁷² *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1300 Rz 8 (Stand 01.01.2007, rdb.at) mwN.

⁸⁷³ *Schacherreiter in Kletečka/Schauer*^{1.03} § 1300 Rz 6 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

⁸⁷⁴ Einen selbstlosen Rat befolgt man grds auf eigene Gefahr. Nur nach Satz 2 haften Personen bei Wissentlichkeit für reine Gefälligkeitsratschläge und -auskünfte. OGH 13.05.1953, 3 Ob 337/53.

⁸⁷⁵ Schon *Zeiller* hat betont, dass eine strenge Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB nicht in Betracht kommt, wenn der Rat vom Sachverständigen „bloß erzählungsweise in freundschaftlichen Unterredungen und dergleichen erteilt wird.“ *Karner* in FS *Kozioł* 695 mit Verweis auf *Zeiller*, Kommentar über das allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie III/2 720.

V.1.c.2.d. Aus Versehen

„Aus Versehen“ iSd Bestimmung des § 1300 ABGB bedeutet, dass bei jedem Verschulden, somit bei jedem Sorgfaltsverstoß, das bedeutet auch schon bei leichter Fahrlässigkeit, gehaftet wird.⁸⁷⁷

Dies hat zur Folge, dass zumindest leichte Fahrlässigkeit Voraussetzung für die Anwendung der Bestimmung ist. Aufgrund des Wortlauts („ein Sachverständiger“) ist zur Bestimmung des Verschuldens nicht der „normale Sorgfaltsmaßstab“ des § 1297 ABGB, sondern der objektive Maßstab des § 1299 ABGB heranzuziehen.⁸⁷⁸

V.1.c.2.e. Zum Nachteil Anderer

§ 1300 Satz 1 ABGB sieht eine Haftung für Rat vor, der einem anderen „nachteilig“ war. Nachteilig ist seinem Wortlaut nach weiter als unrichtig oder falsch.⁸⁷⁹ Dabei kommt es nämlich nicht auf die objektive Unrichtigkeit an, sondern auf die objektive ex-ante Eignung eine falsche Entscheidung und damit in weiterer Folge einen Vermögensnachteil auszulösen. Es ist darauf abzustellen, ob die Auskunft geeignet ist, bei einem durchschnittlichen Erklärungsempfänger Vertrauen auf Richtigkeit und Vollständigkeit zu erwecken. Nur in diesem Fall kann die Auskunft auch objektiv nachteilig sein.⁸⁸⁰

Kann der Erklärungsempfänger auf ihren Inhalt nicht vertrauen, da sie offensichtlich für jeden erkennbar undeutlich, unrichtig oder unvollständig war, ist dieser nicht objektiv nachteilig, weshalb § 1300 Satz 1 ABGB folglich nicht zur Anwendung gelangt.⁸⁸¹

⁸⁷⁶ Scheucher, ÖJZ 1961.

⁸⁷⁷ Völkl, ÖJZ 2006, 97.

⁸⁷⁸ Es ist daher der ggü einem Nicht-Sachverständigen „außergewöhnlicher Fleiß und die außergewöhnlichen Kenntnisse eines durchschnittlichen Sachverständigen in der jeweiligen Position zu vertreten“. Mehr dazu unter „5.b. Der Sachverständige iSd § 1299 ABGB“.

⁸⁷⁹ In Fällen wo es also gerade auf einen nachteiligen Rat ankommt, kann sogar bei Vorliegen eines Vertragsverhältnisses § 1300 ABGB als Anspruchsgrundlage herangezogen werden.

⁸⁸⁰ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 3/47. Die Zielsetzung des § 1300 Satz 1 ABGB entspricht etwa jener des strafrechtlichen § 163a StGB. Dort wird der Begriff „nachteiliger Rat“ an drei verschiedene Formen der Tatbegehung geknüpft: 1) die unrichtige Wiedergabe, 2) das Verschweigen, 3) das Verschleiern der Verhältnisse einer Gesellschaft oder erheblicher Umstände.

⁸⁸¹ Völkl, ÖJZ 2006, 97.

Für die Definition „des anderen“ ist außerdem entscheidend inwiefern der Ratgeber erkennen konnte, dass seine Auskunft für den Empfänger von Bedeutung ist und Entscheidungen auf Basis dessen getroffen werden sollen.⁸⁸²

V.1.c.3. Anwendungsfälle

V.1.c.3.a. Haftung ggü ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien

§ 1300 ABGB erlangt im Verhältnis zu ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien insb dort eigenständige Bedeutung, wo es um Raterteilung, ohne vertragliche Verpflichtung dazu, und dadurch verursachte reine Vermögensschäden geht. Dies kann dann der Fall sein, wenn zwischen Vertragsparteien außerhalb des Schutzbereichs des Vertrags quasi als Zusatzleistung Auskünfte gegeben werden um etwa einen Vertragsabschluss zu sichern, um weitere Geschäfte anzubahnen oder im Rahmen ständiger Geschäftsbeziehungen. Häufig ist es etwa in der Unternehmensberatung der Fall, dass Dauerbeziehungen mit Klienten gepflegt werden. Auch zwischen Projekten hält der Berater zum Vorstand des Unternehmens regelmäßigen Kontakt. Telefonate oder Treffen können in derartigen Konstellationen aufgrund zeitlicher Abstände nicht immer als vorvertraglich zu einem konkret nachfolgenden Projekt gesehen werden, sind aber keinesfalls als unentgeltlich iSd Gesetzgebers zu verstehen, weil bei dem Unternehmensberater sehr wohl eine Gewinnabsicht besteht.⁸⁸³

Ganz unstrittig ist die Anwendung des § 1300 ABGB nur dort, wo sich zwischen Erklärendem und Erklärungsempfänger bei einer bestehenden Geschäftsverbindung ein Vertrauensverhältnis herausgebildet hat; die Auskunft also „im Rahmen eines geschäftlichen Kontakts“ erteilt wird.⁸⁸⁴ Dabei hat sich der Rat bzw die Auskunftserteilung aber weder auf den Gegenstand eines

⁸⁸² Karner in FS Koziol 695.

⁸⁸³ Erteilen Anwälte oder Notare im Rahmen ihrer auf Gewinn gerichteten Tätigkeit eine Auskunft, ohne dass sie dafür ein besonderes Entgelt erhalten oder ein Schuldverhältnis besteht, wird einerseits angenommen, dass ein für diesen Fall geschlossener unentgeltlicher Vertrag vorliegt. Gegner dieser Ansicht bringen vor, dass der Auskunftgeber sich gerade nicht zur Erteilung einer Auskunft verpflichtet und nicht davon ausgegangen werden kann, dass diese unentgeltlich Vertragspflichten übernehmen wollte. Jedenfalls kein Schuldverhältnis kann dann angenommen werden, wenn der Ratgeber ausdrücklich erklärt dies nicht zu wollen. Feil/Hajek, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare Rz 15; OGH 17.11.1970 4 Ob 604/70.

⁸⁸⁴ In diesen Fällen nimmt die Rsp an, dass beide Parteien gerade auf diesen Informationsfluss angewiesen sind, um disponieren zu können. Ua: Welser, Rechtsgrundlagen der Anlageberatung, ecolex 1995, 79 mwN; Koziol, Österreichisches Haftpflichtrecht II² 188; OGH 15.11.1961, 5 Ob 370/61; OGH 08.02.1995, 7 Ob 623/94; OGH 09.02.1995, 2 Ob 588/94.

konkreten Geschäfts zu beziehen, noch gesondert entlohnt zu werden.⁸⁸⁵ Auch ist nicht erforderlich, dass aufgrund dieser geschäftlichen Beziehung eine Verpflichtung zur Auskunftserteilung besteht.⁸⁸⁶ In diesem Fall ist davon auszugehen, dass Information jedenfalls gegen Belohnung abgegeben wird.⁸⁸⁷ Überdies kann für eine einmalig erteilte Auskunft, zB in Vorbereitung künftiger entgeltlicher Geschäfte eine Haftung zu bejahen sein, wenn sie nicht insgesamt selbstlos erteilt wurde.⁸⁸⁸

IVm ständigen Geschäftsbeziehungen, verneint das Höchstgericht jedoch die eigenständige Bedeutung des § 1300 ABGB und begründet dies damit, dass dieser Bereich ohnehin schon von vertraglichen Schutz- und Sorgfaltspflichten gedeckt ist. Ständige Geschäftsbeziehungen betrachtet der OGH schon als solche als nicht selbstlos. Bei der Frage nach dem Kontext der Auskunftserteilung kommt es daher auf den Einzelfall an. *„Wegen mangelnder Selbstlosigkeit hat daher zu haften, wer iVm einer dauernden (ständigen) Geschäftsbeziehung Ratschläge gibt, zu deren Erteilung er nicht verpflichtet ist, die aber damit einhergehend aus der Art der Geschäftsbeziehung heraus erfolgen.“*⁸⁸⁹

Nachdem sich auf das Verhältnis zwischen ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien oftmals auch der letzte oder künftige Vertrag erstrecken lässt, § 1300 ABGB auf diese Fälle nur ausnahmsweise anwendbar und findet seine eigentliche Bedeutung in der Dritthaftung.

⁸⁸⁵ Schacherreiter in Kletečka/Schauer^{1.03} § 1300 ABGB Rz 4 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

⁸⁸⁶ OGH 09.02.1995, 2 Ob 588/94.

⁸⁸⁷ Der Sachverständige haftet nur dann nicht, wenn er bloß als Privatperson und nicht in der Eigenschaft eines Sachverständigen anderen ggü auftritt.

⁸⁸⁸ Schacherreiter in Kletečka/Schauer^{1.03} § 1300 ABGB Rz 5 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

⁸⁸⁹ Reischauer in Rummel, ABGB³ § 1300 Rz 7 (Stand 01.01.2007, rdb.at); OGH 09.02.1995, 2 Ob 588/94.

V.1.c.3.b. Haftung ggü Dritten

Die Haftung des § 1300 Satz 1 ABGB besteht grds nur demjenigen gegenüber, mit dem auch eine rechtliche Sonderbeziehung eingegangen wurde. Die Frage ob es auf Grundlage dieser Bestimmung wegen Rats iZm beratender Tätigkeit auch eine Haftung ggü Dritten gibt, ist ein viel diskutiertes Thema. Es stellt sich die Frage ob ein Dritter, der im Vertrauen auf ein ihm zugänglich gemachtes Gutachten einen Schaden erlitten hat, sich beim Gutachtenersteller schadlos halten kann.

Eine solche Haftung ist nicht ohne weiteres anzunehmen.⁸⁹⁰ Der Gesetzgeber hat sich in § 1300 ABGB nicht eindeutig über die Dritthaftung ausgesprochen. Auf den ersten Blick lässt seine Wortwahl darauf schließen, dass er die Kausalität eher begrenzen und auf den Vertragspartner einschränken wollte. Während nämlich in den §§ 1295 und 1296 ABGB iZm dem Schadenersatz die Wendungen „jedermann“ oder „eines anderen“ gebraucht werden, heißt es im § 1300 Satz 2 ABGB: „*der Rategeber...haftet...dem Anderen*“. Zu prüfen ist, ob diese Worte auch mittels Analogie auf den Satz 1 des § 1300 ABGB angewendet werden können, der den entgeltlichen Rat des Sachverständigen betrifft. Einerseits erscheint eine Analogie auf den Vorsatz, der dediziert einen unterschiedlichen Fall regelt, sehr weit, andererseits eine Differenzierung bei der Dritthaftung nach entgeltlicher oder unentgeltlicher Raterteilung willkürlich.⁸⁹¹ Nachdem die reine Wort bzw grammatikalische Auslegung in diesem Fall nicht zu einem befriedigenden Ergebnis führt, muss die ergänzende Auslegung herangezogen werden.

Als Argumente gegen eine Ausweitung auf die Dritthaftung unter besonderen Umständen werden neben dem Wortlaut, einerseits die gesetzliche Konzeption des § 1300 ABGB, andererseits aber auch die Privatautonomie und die Angst vor einer Ausuferung der Haftung auf nicht oder schwer versicherbare Schadensrisiken vorgebracht.⁸⁹² *Harrer*⁸⁹³ argumentiert, dass die Einbeziehung Dritter in den vertraglichen Schutzbereich nur unter besonderen Voraussetzungen erwogen

⁸⁹⁰ Immerhin steht er zum Gutachter in keiner Vertragsbeziehung und die deliktische Haftung ist in § 1300 Satz 2 ABGB auf die Wissentlichkeit beschränkt, die üblicherweise schwer nachzuweisen ist. Zudem würde das haftungsrechtliche Risiko für den Ratgeber kaum mehr abschätzbar, würde es sich auf jeden beliebigen Dritten erstrecken. *Wilhelm*, *ecolex* 1991, 87.

⁸⁹¹ Es ist nicht einzusehen wieso der Schadenersatzanspruch eines unbeteiligten Dritten davon abhängig gemacht werden sollte, ob das Rechtsverhältnis zwischen Ratgeber und Ratsuchenden entgeltlich war. *Scheucher*, *ÖJZ* 1961, 225.

⁸⁹² *Karner* in *FS Koziol* 695.

⁸⁹³ *Harrer* in *Schwimann*⁴ § 1300 Rz 7.

werden soll. Er steht für eine strikte Trennung von vertraglicher und außervertraglicher Haftung ein, wie dies auch in § 1300 ABGB in den Sätzen 1 und 2 getrennt wird.

Für eine Haftung spricht ua die rechtspolitische Überlegung die Objektivität von Gutachten zu fördern. Kann sich der Dritte auf das Gutachten nicht verlassen, weil klar ist, dass er bei Fehlerhaftigkeit des Gutachtens keinen Schadenersatzanspruch hat, wäre der Zweck des Gutachtens verfehlt. Besteht für den Gutachter die Gefahr ggü Dritten zu haften, wird er eher von Gefälligkeitsgutachten absehen. Dies wird insb deutlich, wenn man zwischen den verschiedenen Fallgruppen unterscheidet.

Einerseits gibt es Fälle, bei denen die Personen des „*Auskunftswerbers*“ und der „*durch die Auskunft in erster Linie gefährdeten Person*“ auseinanderfallen⁸⁹⁴, andererseits solche, in denen sowohl der Auftraggeber wie auch der Dritte gegenläufige Interessen haben, aber beide den Rat als Entscheidungsgrundlage heranziehen.⁸⁹⁵ Während es im ersteren Fall bei der Bejahung einer Dritthaftung zu keiner Risikoerhöhung kommt, weil lediglich die Anspruchsberechtigung von einer Person auf die andere wechselt, kommt im zweiten Fall eine weitere Person hinzu, die einen Anspruch erwerben würde.

Eine Verneinung der Dritthaftung im ersten Fall, bei gleichlaufenden Interessen, würde das Haftungskonzept des § 1300 ABGB aushöhlen.⁸⁹⁶ Aber auch eine Verneinung im zweiten Fall der gegenläufigen Interessen, würde mE zu einer haftungsrechtlichen Schieflage führen. Als Gutachter bspw gilt es einerseits die Interessen des Auftraggebers zu berücksichtigen, andererseits aber auch die Interessen dessen, dem das Gutachten vorgelegt werden soll. Bejaht man nur eine Haftung für einen der Stakeholder, schafft man für den Gutachter einen Anreiz die Interessen des einen stärker zu berücksichtigen als die des anderen.

⁸⁹⁴ Aber auch, wenn das Gutachten nur für interne Zwecke erstellt wird und der Dritte unmittelbar auf das Gutachten vertraut, hat er ein schützenswertes Interesse.

⁸⁹⁵ In der Praxis werden häufig Gutachten erstellt, die ua auch zur Vorlage an Dritte, wie bspw eine kreditgebende Bank, ein potentieller Käufer etc, bestimmt sind und Grundlage für wirtschaftliche Entscheidungen dieser dritten Personen werden. Ist die Expertise unrichtig, erleidet häufig auch oder ausschließlich der Dritte einen Schaden.

⁸⁹⁶ Karner in FS Koziol 695.

In L sowie höchstgerichtliche Rsp⁸⁹⁷ war die Lösung dieser Rechtsfrage gerade wegen dem unklaren Gesetzeswortlaut lange Zeit sehr umstritten. Inzwischen knüpft die überwiegende Rsp des OGH⁸⁹⁸ an die Tatsache an, ob der Berater damit rechnen musste, dass sein Rat oder seine Auskunft Grundlage für Dispositionen Dritter bildet.⁸⁹⁹ Entscheidend sind im Wesentlichen zwei Merkmale: die erkennbare Drittgerichtetheit des erteilten Rats und eine darauf basierende Disposition des Dritten.⁹⁰⁰

Keinesfalls haftet der Gutachter ggü dem Dritten, wenn dieser das Gutachten nur vom „Hörensagen“ kannte oder wenn dieser wusste, dass das Gutachten nur mit Einschränkungen abgegeben wurde und er deshalb erkennen konnte, dass es falsch war oder er es für einen anderen Zweck als den der Erstellung anwendet.

Auch ggü „beliebigen Personen“ besteht jedenfalls keine Haftung, selbst wenn der Berater weiß, dass seine Stellungnahme verbreitet werden soll.⁹⁰¹ Das Gutachten muss vielmehr von Vornhinein für konkrete Dritte bestimmt gewesen sein, die auch darauf vertrauen sollen.⁹⁰² Zur Vermeidung

⁸⁹⁷ Dagegen: RIS-Justiz RS0026645 (OGH 30.03.1927, 2 Ob 226/27): „Eine vertragsmäßige Haftung des Sachverständigen gem den §§ 1299 und 1300 ABGB besteht nur gegenüber demjenigen, der das Gutachten bestellt, nicht aber auch gegenüber einem Dritten, der dieses Gutachten verwendete.“ Dafür: OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96.

⁸⁹⁸ OGH 23.1.2001, 7 Ob 273/00y. In dem vom OGH entschiedenen Fall, war eine Bank mit einer Einlage an einer Gesellschaft beteiligt und auch berechtigt dies als Treuhänder für Dritte zu tun. Für die Berechnung des Abschichtungsbetrages sollte das Gutachten eines Wirtschaftstreuhänders über den Unternehmenswert zugrunde gelegt werden. Die Gesellschaft beauftragte einen Gutachter, der jedoch eine inkorrekte Expertise erstellte. Ein Treugeber wurde dadurch geschädigt und klagte.

⁸⁹⁹ Stöger, AR aktuell 2006, 7; Karner, Haftung des Gutachters gegenüber Dritten und deren Treugebern, ÖBA 2001, 893.

⁹⁰⁰ „Eine Dritthaftung des Experten besteht, weil und soweit dieser damit rechnen muss, dass der Dritte das Gutachten seinen Dispositionen zugrundelegen werde. Voraussetzung der Haftung ist dabei, dass das Gutachten bestimmten dritten Personen als geeignete Vertrauensgrundlage dienen solle, was sich nach der Verkehrsübung richtet. Von entscheidender Bedeutung ist also der Zweck des Gutachtens: Die Äußerung muss auch für den Dritten bestimmt sein und soll für ihn eine Vertrauensgrundlage bilden.“ Karner, ÖBA 2001, 893.

⁹⁰¹ „Wolff und Scheucher vertreten die Meinung, dass nicht nur der Besteller des Gutachtens vom Sachverständigen Schadenersatz begehren könne, sondern – auf deliktischer Haftungsgrundlage – jede beliebige Person, die durch das falsche Gutachten zu Schaden gekommen sei. Die h L und Rsp ist jedoch grds gegenteiliger Ansicht; eine Haftung des Sachverständigen gegenüber Dritten komme nur ausnahmsweise in Betracht“ OGH 27.06.1984, 3 Ob 547/84.

⁹⁰² Das geistige Eigentum der Arbeit verbleibt für gewöhnlich beim Beauftragenden. Der Auftraggeber darf die vom Berater geleisteten Arbeiten zwar für seine eigene Unternehmung nutzen, jede weitere Verwendung, insb für Dritte, bedarf aber der schriftlichen Genehmigung durch den Beauftragten. Schott, Unternehmensprobleme – Unternehmensberatung 148.

einer „uferlosen Erklärungshaftung“ führt Welser⁹⁰³ folgende Einschränkungen an: „Eine Haftung besteht nur, wenn objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten verletzt wurden. Die Sorgfaltspflichten greifen nur dann ein, wenn es sich inhaltlich um eine Mitteilung und nicht etwa um ein zu anderen Zwecken angefertigtes Schriftstück handelt. Die Auskunft muss sich ferner auf ein Rechtsverhältnis oder Recht beziehen, an dem der Auskunftsgeber beteiligt ist oder beteiligt war.“ Weiters muss die Erklärung entweder direkt „drittbezogen“, also an den Dritten gerichtet sein, oder es muss aus den Umständen jedermann klar sein, dass sie zur Verwendung durch den Dritten eingeholt wird. Entscheidend ist, wie erwähnt, die Drittgerichtetheit der Erklärung und Erkennbarkeit, dass es zu einer vermögensrechtlichen Entscheidung veranlassen soll.⁹⁰⁴

Als Beispiel für eine Dritthaftung im Bereich der Unternehmensberatung ist folgender Sachverhalt denkbar: Eine Bank gewährt aufgrund einer ihr vorgelegten unrichtigen Auskunft eines Unternehmensberaters, zB eines Budgetplans, einen Kredit an ihren Klienten, den Auskunftsempfänger des Gutachtens. In weiterer Folge wird der dieser aufgrund der unrichtigen Auskunft gewährte Kredit durch Zahlungsunfähigkeit des Klienten notleidend. Im Gegensatz dazu ist ein potentieller Verkäufer nach den oben beschriebenen Grundsätzen gegenüber dem Unternehmensberater eines potentiellen Käufers nicht schadenersatzberechtigt, wenn der Verkaufsabschluss aufgrund einer unrichtigen Auskunft, bspw eines fehlerhaften Due-Diligence-Berichts, des Unternehmensberaters nicht stattfindet. Grund dafür ist, dass nicht der Dritte, also der Verkäufer, sondern der Käufer aufgrund seiner unrichtigen Auskunft eine Entscheidung trifft und somit der Dritte keine vertrauensveranlasste Fehldisposition getätigt hat.⁹⁰⁵

⁹⁰³ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 34; so auch Karner in FS Koziol 700 aA und gegen eine ausufernde Ausweitung der Vertragshaftung Harrer in Schwimann VI⁴ § 1300 Rz 7.

⁹⁰⁴ OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96: Den Sachverständigen trifft eine objektiv-rechtliche Sorgfaltspflicht zu Gunsten eines Dritten, „wenn er damit rechnen muss, dass sein Gutachten die Grundlage für dessen Dispositionen bilden werde“. Gutachter sind dennoch gut beraten den Adressatenkreis ihres Gutachtens mit einem Vermerk im Gutachten zu beschränken um potentielle Haftungsfälle zu vermeiden. Maßgeblich ist der aus dem Gutachten ersichtliche Gutachtensauftrag.

⁹⁰⁵ In Anlehnung an eine Entscheidung des OGH 23.03.2007, 2 Ob 191/06m; siehe auch Karner in FS Koziol 715.

V.1.c.4. Rechtsfolge und Haftungsdurchsetzung

Sind alle Voraussetzungen des § 1300 ABGB erfüllt, haftet der Berater als Sachverständiger, auch ohne Vorliegen eines vertraglichen Rechtsverhältnisses⁹⁰⁶, je nach Sachverhalt ggü seinem ehemaligen oder künftigen Vertragspartner bzw einem Dritten.

Die strengere Haftung des § 1300 Satz 1 ABGB und der daraus folgende erweiterte Schutz des reinen Vermögens auch in Fällen bloß geschäftlichen Kontakts, erscheinen durchaus gerechtfertigt, nachdem der Tatbestand hierfür eine „*Auskunft gegen Belohnung*“ erfordert.⁹⁰⁷ Derjenige, der im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit Auskünfte erteilt, handelt im eigenwirtschaftlichen Interesse und nimmt auf dieser Grundlage besonderes Vertrauen in Anspruch, wodurch er fremdes Vermögen in erhöhtem Maß gefährdet.⁹⁰⁸ Schutzzweck ist das Vertrauen der am Informationsfluss beteiligten Personen auf die Richtigkeit und Verlässlichkeit der ihnen anvertrauten Informationen. Sachverständige haften immer dann, wenn Ihnen ein Wissensvorsprung ggü dem Erklärungsempfänger zukommt, den sie im wirtschaftlichen Eigeninteresse nutzen, nach vertraglichen oder quasi-vertraglichen Grundsätzen.

Aus rechtsökonomischer Sicht schafft der Gesetzgeber mit einer solchen Bestimmung zur „Informationshaftung“ Anreize für den Unternehmensberater, bestehende Informationsdefizite zu überwinden und somit nachteiligen Situationen für den Beratenen vorzubeugen.

In den Fällen der Anwendung des § 1300 Satz 1 ABGB tritt zu der ohnehin schon verschärften objektiven Beurteilung des Verschuldensgrads eines Sachverständigen nach § 1299 ABGB – als Ratgeber gegen Belohnung – überdies eine weitere Verschärfung des Haftungsmaßstabs, nämlich eine Haftung für leichte Fahrlässigkeit auch außerhalb des streng vertraglichen Bereichs hinzu.⁹⁰⁹

Im Gegensatz zu anderen Personen, die außerhalb eines Vertragsverhältnisses bei der Erteilung eines nachteiligen Rats nur bei wissentlicher Schadenszufügung oder innerhalb eines vertraglichen Schuldverhältnisses für dieselben Folgen einzustehen haben, haftet der

⁹⁰⁶ Besteht somit ein Schuldverhältnis zwischen Ratgeber und Empfänger, haftet der Schädiger nach voller vertraglicher Haftung bei jedem Verschulden, also auch leichter Fahrlässigkeit, für alle Folgen. *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 34.

⁹⁰⁷ *Karner* in FS *Koziol* 700.

⁹⁰⁸ *Karner* in FS *Koziol* 720.

⁹⁰⁹ In der Praxis hat die Haftungsverschärfung nur dort Auswirkungen wo der Anwendungsbereich des § 1300 ABGB über den der vertraglichen oder vorvertraglichen Haftung hinausgeht.

Unternehmensberater generell bereits für Fahrlässigkeit, wenn er gegen Belohnung seiner Fachtätigkeit nachgeht.

Aus dem Schutzzweck der Bestimmung ergibt sich, dass sich die Haftung gerade auch auf bloße Vermögensschäden bezieht; ersetzt wird das Vertrauensinteresse.⁹¹⁰

Die Haftung nach § 1300 Satz 1 ABGB ist subsidiär zu Ansprüchen, die direkt aus Verpflichtungsverhältnissen abgeleitet werden zu verstehen.⁹¹¹

⁹¹⁰ § 1300 Satz 1 ABGB bezieht sich auf bloße Vermögensschäden iSd § 1332 ABGB. Bei Verletzungen absolut geschützter Rechtsgüter erfolgt die Haftung nach §§ 1297 bzw 1299 ABGB. *Reischauer in Rummel*³ § 1299 Rz 5 (Stand 01.01.2007, rdb.at).

⁹¹¹ Anderer Meinung *Scheucher*: Die Erteilung eines Rates ist ausschließlich nach § 1300 ABGB zu beurteilen. Eine subsidiäre Heranziehung der §§ 1295 und 1299 ABGB, wie die Rsp das häufig tut, erscheint nach dem Prinzip „*lex specialis derogat legi generali*“ nicht möglich. *Scheucher*, ÖJZ 1961.

V.2. Die deliktische Haftung

Im Bereich der deliktischen Haftung ergibt sich für den Unternehmensberater aufgrund der ausgedehnten Anwendung vertraglicher und quasi-vertraglicher Bestimmungen zum Schadensersatzrecht ein eingeschränkter Anwendungsbereich. Aus diesem Grund beschränken sich die folgenden Ausführungen auf die Besonderheiten des § 1300 Satz 2 ABGB und das Rechtsinstrument der Schutzgesetzverletzung.

Unter einem Delikt wird im Schadenersatzrecht ein Verhalten verstanden, durch das Pflichten gegenüber jedermann verletzt werden.⁹¹² Im Unterschied zur Vertragshaftung gibt es bei der deliktischen Haftung eine nur eingeschränkte Gehilfenhaftung, keine Beweislastumkehr nach § 1298 ABGB und keine Schadenersatzpflicht für reine Vermögensschäden. Nachdem für den Unternehmensberater im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter nahezu undenkbar ist, da fast ausschließlich bloße Vermögensschäden verursacht werden, scheidet regelmäßig eine Deliktshaftung aus.⁹¹³ Außerhalb des Vertragsverhältnissen genießt das reine Vermögen nämlich nur ausnahmsweise Schutz, und zwar bei sittenwidriger Schadenszufügung (§ 1295 Abs 2 ABGB), bei bewusster Irreführung (§ 874 ABGB), wenn eine Schutzgesetz verletzt wird (§ 1311 ABGB) und eben bei der wissentlichen Erteilung eines falschen Rats (§ 1300 Satz 2 ABGB).⁹¹⁴

V.2.a. Informationshaftung nach § 1300 Satz 2 ABGB

Der Tatbestand des § 1300 Satz 2 ABGB regelt, schon nach dem Wortlaut „*außer diesem Falle haftet ein Ratgeber*“, Fälle die nicht unter den Satz 1 fallen. Der Wirkungskreis erstreckt sich auf Ratgeber und daher auch auf Personen, die eine Auskunft erteilen, ohne Sachverständige zu sein.⁹¹⁵ Da sowohl „*der Ratgeber*“, als auch „*der andere*“ jedermann sein kann – also keine

⁹¹² § 1295 ABGB besagt, dass jedermann berechtigt sei vom Beschädiger den Ersatz des schuldhaft zugefügten Schadens zu fordern, egal ob dieser in Bezug auf eine Vertragspflicht oder ohne Bezug auf eine solche entstanden ist.

⁹¹³ OGH 21.09.1983, 1 Ob 722/83.

⁹¹⁴ Koziol, JBl 1994, 209.

⁹¹⁵ So ist etwa auch der Kunstliebhaber, der aus Gefälligkeit ein antiquarisches Buch schätzt von der Regelung erfasst. Schacherreiter in Kletečka/Schauer^{1.03} § 1300 Rz 9 (Stand 01.06.2015, rdb.at).

Vereinbarung zwischen den Parteien vorgesehen ist – ist § 1300 Satz 2 nach hM ein Deliktstatbestand.⁹¹⁶

Praktisch findet die Bestimmung am häufigsten dann auf den Unternehmensberater Anwendung, wenn dieser außerhalb seines Fachbereichs Auskünfte erteilt, da er sonst Sachverständiger ist und schon § 1300 Satz 1 ABGB zur Anwendung kommt. Überdies ist § 1300 Satz 2 ABGB auch auf Fälle anzuwenden, in denen der Rat aus reiner Selbstlosigkeit, somit ohne „Belohnung“, erteilt wird.⁹¹⁷

Der Ratgeber haftet für wissentlich falsche – unrichtige, unvollständige oder irreführende – Auskünfte.⁹¹⁸ Um die Haftung auszulösen, genügt bereits bedingter Schädigungsvorsatz.⁹¹⁹ Das Wissen des Ratgebers über die Unrichtigkeit seiner Auskunft reicht noch nicht. Voraussetzung ist, dass er wissentlich Schaden verursacht, also Bewusstsein darüber, dass der Rat uU verwertet wird und sich daraus eine Möglichkeit zum Schadenseintritt ergeben könnte.

Auch § 1300 Satz 2 kann durch ein Unterlassen verwirklicht werden.⁹²⁰ Dies kann dazu führen, dass ein Unternehmensberater, der in Zuge seiner Tätigkeit, aber außerhalb seines Fachbereichs, die Notwendigkeit für einen Rat oder einer Auskunft sieht, diesen jedoch bewusst nichts erteilt, für einen dadurch entstandenen Schaden eintreten muss. Relevant ist dies insb dort, wo vertragliche Nebenleistungspflichten in diesem Bereich als nicht so weitgehend empfunden werden.

V.2.b. Schutzgesetzverletzung

Eine weitere Möglichkeit für den Beratenen oder einen Dritten abseits des Vertrags Schadenersatzforderungen geltend zu machen ist gestützt auf § 1311 Satz 2 iVm einem relevanten Schutzgesetz.

⁹¹⁶ Welser, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten 10.

⁹¹⁷ Während für den Fall einer Belohnung die vertragliche Natur des Rechtsverhältnisses und damit die haftungsrechtlichen Folgen außer Zweifel stehen, ist nicht abschließend geklärt was für unentgeltliche vertragliche Verpflichtungen und dabei fahrlässig falsch erteilte Auskünfte und Ratschläge gilt.

⁹¹⁸ Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 4/2.

⁹¹⁹ OGH 15.06.1978; 7 Ob 595/78.

⁹²⁰ Harrer in Schwimann VI⁴ § 1300 Rz 13 mit Verweis auf OGH 04.11.1959, 5 Ob 463/59.

Schutzgesetze sind nach der Rsp⁹²¹ all jene Normen, die „*abstrakte Gefährdungsverbote zum Inhalt haben, welche bestimmte Personen oder Personengruppen vor einer Verletzung ihrer Rechtsgüter schützen soll, aber keine eigenen haftungsrechtlichen Sanktionen beinhalten.*“⁹²² Die Norm soll dazu bestimmt sein Individualinteressen zu verfolgen.⁹²³ Sowohl der „sachliche“ als auch der „persönliche“ Schutzbereich der Norm müssen erfüllt sein um eine Haftung auf Basis der Schutzgesetzbestimmung zu begründen⁹²⁴

Für den Unternehmensberater sind die vom UBIT herausgegeben Standesregeln als Schutzgesetz zu verstehen. Sie bezwecken sowohl den Schutz des Standes der Unternehmensberater wie auch ihrer einzelnen Klienten.⁹²⁵ Von der Rsp⁹²⁶ als Schutzgesetze anerkannt wurden bisher insb Aufklärungs- und Verschwiegenheitspflichten.

Eine Haftung nach § 1311 Satz 2 iVm einem Schutzgesetz setzt zumindest leicht fahrlässiges Verhalten voraus, sofern das Schutzgesetz selbst keinen höheren Verschuldensmaßstab vorsieht.

Für den Unternehmensberater ist der Anwendungsfall einer Schutzgesetzverletzung als Anspruchsgrundlage für eine Schadenersatzforderung aber sehr eingeschränkt, da dieselben Verpflichtungen meist schon im Beratungsvertrag selbst als Haupt- oder Nebenleistungspflichten Vertragsgegenstand geworden sind.

⁹²¹ RIS-Justiz RS0027710 (OGH 11.09.1973, 8 Ob 131/73).

⁹²² Harrer in Schwimann VI⁴ § 1311 Rz 9 mwN.

⁹²³ RIS-Justiz RS0027710 (OGH 16.09.1999, 6 Ob 147/99g).

⁹²⁴ Der sachliche Schutzbereich stellt darauf ab welche Interessen von der Norm geschützt werden sollen, der persönlich darauf wessen Interessen geschützt werden sollen. Völkl/Völkl, Beraterhaftung² Rz 4/7.

⁹²⁵ Für die Anwendung hat jede einzelne Norm des Standesrechts in sachlicher und persönlicher Hinsicht geprüft zu werden.

⁹²⁶ OGH 19.09.2000, 10 Ob 91/00f indem der OGH ausführt, dass das in § 9 Abs 2 RAO verankerte Gebot der Verschwiegenheit dem Schutz des Klienten dient; OGH 03.05.1994, 1 Ob 525/94 und OGH 29.10.1996, 4 Ob 2308/96g zu Aufklärungspflichten.

V.3. Zwischenfazit

Kommt eine Vertragshaftung nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 1295 iVm § 1299 ABGB nicht in Frage, weil es an einem Verpflichtungsverhältnis fehlt oder eine Haftung ggü Dritten nicht schon vertraglich vereinbart wurde, bleiben dem Geschädigten Ansprüche quasi-vertraglicher oder deliktischer Natur.

Mit dem Begriff der „quasi-vertraglichen Haftung“ ist jener Bereich gemeint, der zwischen der Delikts- und der Vertragshaftung liegt und sich herausgebildet hat um eine Lösung für Fälle zu bieten, in denen es unbillig erscheint dem Geschädigten ausschließlich die weniger umfassende und schwerer durchzusetzende Haftung aus Delikt an die Hand zu geben. Im Bereich der quasi-vertraglichen Haftung gibt es im Wesentlichen drei Rechtsbehelfe: die cic, den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter – und speziell für den Bereich Rat und Auskunft – die Bestimmung des § 1300 Satz 1 ABGB. Die Anwendung aller drei Rechtsbehelfe wird auch, oder beim Vertrag mit Schutzwirkung sogar ausschließlich, für die Haftung ggü Dritten diskutiert. Relevant ist dies für den Unternehmensberater, insb bei der Erstellung von gutachtensähnlichen Expertisen, auf die sich ein Dritter verlässt und dadurch einen Schaden erleidet.

Primär ist für den geschädigten Vertragspartner oder Dritten die Anwendung der cic zu prüfen. Die herrschende Rechtslehre definiert den Begriff der cic als die abgeleitete schuldhafte Pflichtverletzung zur Einhaltung von Aufklärungs-, Schutz- und Sorgfaltspflichten im vorvertraglichen Verhältnis, unabhängig davon ob später ein gültiger Vertrag zustande kommt und zwischen Parteien besteht, die „*rechtsgeschäftlichen Kontakt*“ aufgenommen haben. Dritte können sich dann auf cic berufen, wenn sie ein eigenes Interesse am Vertragsabschluss bzw den Geschäftsvorbereitungen haben oder ihnen eine besondere „*Garantenstellung*“ zukommt.

In zweiter Linie kann sich der Geschädigte je nach Sachverhalt entweder auf den Rechtsbehelf des Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter oder direkt auf § 1300 Satz 1 ABGB stützen.

Die L vom Vertrag mit Schutzwirkung bezieht Dritte, die nicht Vertragspartei sind, in den Schutzbereich des Vertrags mit ein. Voraussetzung dafür ist eine gewisse Nähe zum Vertrag. Ferner ist es erforderlich, dass der Dritte der Interessensphäre der Vertragspartei angehört bzw von Gesetzes wegen von der Erfüllung des Vertrags vorhersehbar mitbetroffen ist. Eine Haftung aus einem Vertrag mit Schutzwirkung kann aber nur aus dem Vertragsverhältnis selbst begründet

werden, was insb bei divergierenden Interessen von Auskunftsempfänger und Dritten zu Schwierigkeiten führen kann.

§ 1300 Satz 1 ABGB sieht eine explizite Regelung für die Haftung bei Erteilung von Rat bzw Auskunft vor, indem er festlegt, dass ein Sachverständiger *„auch dann verantwortlich ist, wenn er gegen Belohnung in Angelegenheiten seiner Kunst oder Wissenschaft aus Versehen einen nachteiligen Rat erteilt.“* Unter Belohnung ist nicht Entgeltlichkeit zu verstehen, entscheidend ist nur, dass die Auskunft nicht selbstlos erteilt wird. § 1300 ABGB erlangt im Verhältnis zu ehemaligen oder künftigen Vertragsparteien insb dort eigenständige Bedeutung, wo Schäden iZm Raterteilung ohne vertragliche Verpflichtung auftreten. Dies kann entweder dann der Fall sein, wenn zwischen Vertragsparteien außerhalb des Schutzbereichs des Vertrags quasi als Zusatzleistung Auskünfte gegeben werden oder andererseits Auskünfte erteilt werden um einen Vertragsabschluss zu sichern. Überdies kann durch § 1300 Satz 1 ABGB eine Dritthaftung in jenen Fällen begründet werden, wo divergierende Interessen von Auskunftsempfänger und Dritten bestehen, da nicht auf den Vertrag sondern auf die Auskunft selbst abgestellt wird. Für eine auf § 1300 Satz 1 gestützte Dritthaftung ist entscheidend, ob objektiv-rechtliche Sorgfaltspflichten verletzt wurden und eine erkennbare Drittgerichtetheit des erteilten Rats vorliegt sowie der Dritte basierend auf den erteilten Rat oder die Auskunft Dispositionen getätigt hat.

Kommt eine Vertragshaftung oder eine quasi-vertragliche Haftung nicht in Frage, kann sich der Geschädigte auf die Haftung aus Delikt stützen. IdR bedarf es dafür der Verletzung absolut geschützter Rechtsgüter. Für den Unternehmensberater scheidet die Deliktshaftung deshalb aus, weil durch ihn verursachte Schädigungen idR im Bereich des bloßen Vermögensschadens liegen. Insb § 1300 Satz 2 ABGB und die Schutzgesetzverletzung nach § 1311 ABGB schaffen aber an die Deliktshaftung angelehnte Rechtsinstrumente, die auch bloße Vermögensschäden in ihren Regelungsbereich miteinbeziehen. So kann § 1300 Satz 2 ABGB für den Unternehmensberater insb dann zur Anwendung kommen, wenn Rat entweder unentgeltlich oder außerhalb seines Fachbereichs erteilt wird. Alternativ können die Standesregeln des UBIT iVm § 1311 ABGB als Schutzgesetz herangezogen werden. Wie lange eine Warnpflichtverletzung tatsächlich fortwirkt ist im Einzelfall zu untersuchen.

Anhang I. Zusammenfassung/Abstract

Die Unternehmensberatung ist ein bedeutendes Geschäftsfeld der modernen Wirtschaft. Für den Beratenen haben Auskunft und Rat aber nur dann einen Wert, wenn diese eine zuverlässige Entscheidungsgrundlage bilden. Anderenfalls stellt sich die Frage, ob die negativen Folgen einer mangelhaften Beratung auf den Berater abgewälzt werden können.

Schadenersatzrechtliche Fragen iZm der Unternehmensberatung sind oftmals schwierig zu beantworten. Das liegt daran, dass unter dem Oberbegriff Unternehmensberatung zahlreiche unterschiedliche Tätigkeiten verstanden werden, Unternehmensberatungsverträge in ihrer Leistungsbeschreibung oft unspezifisch sind und sich in der Rsp bisher keine einheitliche Systematik zur zivilrechtlichen Haftung der Unternehmensberater entwickelt hat.

Ein Schadenersatzanspruch entsteht für ein beratenes Unternehmen gegen den Unternehmensberater, nach den anzuwendenden allgemeinen Grundsätzen der Verschuldenshaftung iSd §§ 1293ff ABGB, wenn im Unternehmen ein Schaden eingetreten ist, der in kausalem Zusammenhang mit einer schuldhaften Pflichtverletzung des Unternehmensberaters steht, die gegen eine vertragliche oder gesetzliche Pflicht verstößt und somit rechtswidrig ist. Dabei wird nicht auf das subjektive Vermögen einer Einzelperson, sondern auf einen objektiven Verschuldensmaßstab abgestellt. Für den beratenen Klienten stellen dabei insb der Nachweis der Höhe des Schadens und der Kausalität zwischen schädigendem Ereignis und Schaden eine Herausforderung dar. Gründe dafür sind ua die oft großen zeitlichen Abstände zwischen Erbringung der Beratungsleistung und Schadenseintritt und die Multikausalität der auftretenden Schäden.

In der Branche herrscht eine weit verbreitete Praxis vertraglicher Beschränkung von Schadenersatzansprüchen, ua durch die Verwendung von AGB oder Disclaimern. Dem Wunsch des Unternehmensberaters sein Risiko kalkulierbar zu machen steht dabei das des Beratenen ggü, eine das Honorar rechtfertigende Leistung zu erhalten und auf einen weitreichenden Haftungsrahmen zurückgreifen zu können.

Die Tendenz zur Ausweitung des Haftungsmaßstabs für beratende Berufe in L und Rsp ist unübersehbar, weshalb das Thema der Leistungspflichten des Unternehmensberaters und der daraus resultierenden Haftung besondere Beachtung verdient.

Management consultancy is an important business area of the modern economy. For those advised, information and advice can only be of value if forming a reliable basis for decision making. If that is not the case and damage occurs as a consequence, the question of the consultant's liability arises.

This question is not always easy to answer and much depends on the individual case. Management consultancy involves a diverse range of activities, consulting contracts tend not to be very specific in their terms and there are still only a handful of court rulings regarding the topic.

According to the general principles of Austrian law, as defined in §§ 1293ff ABGB, advised companies may claim damages against their business consultant, if damage has occurred to the company, which is causally related to a culpable breach of duty of the management consultant, violating a contractual or statutory duty. Culpability in the case of a management consultant as an expert in the sense of § 1299 ABGB is determined by objective standards. It can be quite challenging for the advised party to prove the exact amount of damage caused and to demonstrate causality. Reasons for this include long time spans between the provision of consulting services and the occurrence of damage as well as the fact damage may have originated by multiple causes.

There is a widespread practice of contractual limitation of claims for damages in the consultancy industry, including the use of general terms and conditions or disclaimers. While the consultant desires to make his risk calculable, his client is looking for fee-justifying performance and full availability of wide ranging liability claims as legally granted.

The ongoing trend to expand the liability standard for advisory professions is highly visible, making the management consultant's liability a topic deserving special attention.

Anhang II. Quellen- und Literaturverzeichnis

Judikatur

Österreich

BMWA

- BMWA 23.11.2000, 33.820/15 – III/A/1/00 Blg. 3.
- BMWA 11.04.2003, 30.551/14-I/7/2003.
- BMWA 22.08.2007, 30.559/0275-I/7/2007.

OGH

- OGH 24.10.2000, 1 Ob 1/00d.
- OGH 16.05.2006, 1 Ob 44/06m.
- OGH 20.04.2010, 1 Ob 53/10s.
- OGH 25.09.2001, 1 Ob 151/01i.
- OGH 15.07.1997, 1 Ob 182/97i.
- OGH 30.08.1961, 1 Ob 194/61.
- OGH 10.06.2008, 1 Ob 233/07g.
- OGH 24.11.1998, 1 Ob 277/98m.
- OGH 22.10.1999 1 Ob 278/98h.
- OGH 24.03.1998, 1 Ob 400/97y.
- OGH 19.02.1992, 1 Ob 503/92.
- OGH 06.06.1996, 1 Ob 503/96.
- OGH 15.06.1932, 1 Ob 508/32.
- OGH 08.03.1978, 1 Ob 520/78.
- OGH 03.05.1994, 1 Ob 525/94 .
- OGH 18.03.1992, 1 Ob 533/92.
- OGH 30.03.1979, 1 Ob 566/79.
- OGH 19.09.1984, 1 Ob 605/84.
- OGH 15.12.1992, 1 Ob 653/92.
- OGH 23.11.1994 1 Ob 637/94.
- OGH 21.09.1983, 1 Ob 722/83.
- OGH 01.12.1982, 1 Ob 730/82.
- OGH 30.11.1983, 1 Ob 785/83.

- OGH 12.02. 1931, 1 Ob 1194/30.
- OGH 30.01.1997, 2 Ob 41/94.
- OGH 30.06.1975, 2 Ob 108/74.
- OGH 23.03.2007, 2 Ob 191/06m.
- OGH 22.01.2009, 2 Ob 212/08b.
- OGH 30.03.1927, 2 Ob 226/27.
- OGH 22.01.2014, 2 Ob 234/13w.
- OGH 20.01.2005, 2 Ob 236/04a.
- OGH 20.10.1961, 2 Ob 376/61.
- OGH 09.02.1995, 2 Ob 588/94.
- OGH 15.09.1999, 3 Ob 51/98s.
- OGH 18.07.2002, 3 Ob 53/02v.
- OGH 27.06.2006, 3 Ob 66/06m.
- OGH 30.05.2006, 3 Ob 121/06z.
- OGH 24.06.2003, 3 Ob 304/02f.
- OGH 13.05.1953, 3 Ob 337/53.
- OGH 27.06.1984, 3 Ob 547/84.
- OGH 23.02.1993, 4 Ob 5/93.
- OGH 17.02.2015, 4 Ob 6/15h.
- OGH 11.03.2008, 4 Ob 7/08w.
- OGH 16.03.2004, 4 Ob 13/04x.
- OGH 24.06.2003, 4 Ob 26/03g.
- OGH 13.03.2002, 4 Ob 44/02b.
- OGH 02.04.1993, 4 Ob 45/93.
- OGH 27.06.1995, 4 Ob 53/95.
- OGH 29.04.2003, 4 Ob 56/03v.
- OGH 20.05.2008, 4 Ob 59/08t.
- OGH 31.08.2010, 4 Ob 78/10i.
- OGH 09.08.2006, 4 Ob 111/06m.
- OGH 05.10.2010, 4 Ob 117/10z.
- OGH 03.12.1991, 4 Ob 118/91.
- OGH 25.09.1990, 4 Ob 119/90.
- OGH 06.12.1994, 4 Ob 136/94.
- OGH 31.08.2010, 4 Ob 137/10s.

- OGH 20.12.2011, 4 Ob 137/11t.
- OGH 18.10.2012, 4 Ob 140/12k.
- OGH 10.07.2011, 4 Ob 145/01d.
- OGH 14.10.2008, 4 Ob 169/08v.
- OGH 19.11.2002, 4 Ob 179/02f.
- OGH 20.03.2007, 4 Ob 221/06p.
- OGH 10.07.2001, 4 Ob 248/04f.
- OGH 17.02.2015, 4 Ob 249/14t.
- OGH 19.10.1999, 4 Ob 265/99w.
- OGH 26.01.1999, 4 Ob 325/98t.
- OGH 07.04.1992, 4 Ob 503/92.
- OGH 26.02.1996, 4 Ob 516/96.
- OGH 01.12.1982, 4 Ob 558/81.
- OGH 24.09.1974, 4 Ob 563/74.
- OGH 19.11.1968, 4 Ob 565/68.
- OGH 15.12.1981, 4 Ob 567/81.
- OGH 11.12.1973, 4 Ob 589/73.
- OGH 17.11.1970 4 Ob 604/70.
- OGH 29.10.1996, 4 Ob 2276/96a.
- OGH 29.10.1996, 4 Ob 2308/96g.
- OGH 29.10.1996, 4 Ob 2308/96g.
- OGH 30.08.1962, 5 Ob 189/62.
- OGH 27.11.2001, 5 Ob 262/01t.
- OGH 03.11.1966, 5 Ob 318/66.
- OGH 15.11.1961, 5 Ob 370/61.
- OGH 04.11.1959, 5 Ob 463/59.
- OGH 20.02.1979, 5 Ob 524/79.
- OGH 23.03.1976, 5 Ob 536/76.
- OGH 04.06.1985, 5 Ob 541/85.
- OGH 23.06.1981, 5 Ob 628/81.
- OGH 28.11.1978, 5 Ob 707/78.
- OGH 23.02.2016, 6 Ob 16/16w.
- OGH 09.05.1974, 6 Ob 72/74.
- OGH 05.07.2001, 6 Ob 84/01y.

- OGH 17.01.2001, 6 Ob 98/00f.
- OGH 01.09.2010, 6 Ob 124/10v.
- OGH 12.02.1932, 6 Ob 142/65.
- OGH 16.09.1999, 6 Ob 147/99g.
- OGH 21.10.2004, 6 Ob 158/04k.
- OGH 14.12.1960, 6 Ob 217/60.
- OGH 21.02.2008, 6 Ob 249/07x.
- OGH 07.08.2008, 6 Ob 253/07k.
- OGH 30.08.2000, 6 Ob 263/99s.
- OGH 22.02.2001, 6 Ob 292/00k.
- OGH 11.09.2003, 6 Ob 301/02m.
- OGH 20.02.2003, 6 Ob 322/02z.
- OGH 09.02.1988, 6 Ob 508/86.
- OGH 11.06.1992, 6 Ob 541/92.
- OGH 04.07.1991, 6 Ob 558/91.
- OGH 12.11.1992, 6 Ob 596/92.
- OGH 17.03.1983, 6 Ob 662/81.
- OGH 26.11.1980, 6 Ob 666/80.
- OGH 31.03.1977, 6 Ob 725/76.
- OGH 24.03.1988, 6 Ob 740/87.
- OGH 09.05.1985, 6 Ob 836/83.
- OGH 18.12.1996, 6 Ob 2299/96y.
- OGH 29.01.1987, 7 Ob 3/87.
- OGH 07.06.1990, 7 Ob 12/90.
- OGH 19.02.1981, 7 Ob 48/80.
- OGH 20.04.2005, 7 Ob 64/04v.
- OGH 11.10.2006, 7 Ob 78/06f.
- OGH 04.09.2013, 7 Ob 121/13i.
- OGH 27.01.2016, 7 Ob 174/15m.
- OGH 17.11.2004, 7 Ob 207/04y.
- OGH 03.03.2010, 7 Ob 211/09v.
- OGH 29.01.2014, 7 Ob 221/13w.
- OGH 23.01.2001, 7 Ob 273/00y.
- OGH 26.01.2000, 7 Ob 301/99m.

- OGH 20.11.1996, 7 Ob 513/96.
- OGH 30.04.1987, 7 Ob 535/87.
- OGH 14.05.1987, 7 Ob 541/87.
- OGH 30.06.1977, 7 Ob 595/77.
- OGH 08.02.1995, 7 Ob 623/94.
- OGH 15.06.1978; 7 Ob 595/78.
- OGH 22.11.1984, 7 Ob 666/84.
- OGH 21.12.1993, 7 Ob 628/93.
- OGH 28.04.2008, 8 ObA 8/08x.
- OGH 24.04.2012 8 Ob 60/11y.
- OGH 07.08.2003, 8 Ob 70/03g.
- OGH 14.10.2008, 8 Ob 91/08b.
- OGH 19.02.2016, 8 Ob 98/15t.
- OGH 23.02.2006, 8 Ob 123/05d.
- OGH 11.09.1973 8 Ob 131/73.
- OGH 12.07.1966, 8 Ob 182/66.
- OGH 28.03.2002, 8 Ob 246/01m.
- OGH 10.07.1985, 1 Ob 542/85.
- OGH 29.10.1992, 8 Ob 555/91.
- OGH 29.07.2015, 9 Ob 15/15v.
- OGH 04.05.2006, 9 Ob 3/06s.
- OGH 24.11.2010, 9 Ob 5/10s.
- OGH 25.06.2013, 9 Ob 41/13i.
- OGH 24.11.2010, 9 Ob 76/10g.
- OGH 26.01.2010, 9 Ob 98/09s.
- OGH 21.04.2016, 9 ObA 44/16k.
- OGH 30.06.2010 9 Ob 49/09k.
- OGH 06.09.1955, 9 Ob A 133/94.
- OGH 28.09.1994, 9 ObA 161/94.
- OGH 14.01.1998, 9 Ob 358/97f.
- OGH 30.07.2015, 10 Ob 50/15y.
- OGH 28.05.2002, 10 Ob 63/02s.
- OGH 19.09.2000, 10 Ob 91/00f.
- OGH 25.04.1995, 10 Ob 509/9.

VwGH

- VwGH 18.07.1995, 95/14/0026.
- VwGH 22.11.1995, 94/15/0154.
- VwGH 10.07.1996, 94/15/0030.
- VwGH 18.03.1997, 96/04/0218 (unveröffentlicht).
- VwGH 20.12.2001, 98/08/0062.
- VwGH 22.02.2011, 2010/04/0144.

Deutschland

BGH

- BGH 23.01.1981, I ZR 30/79.
- BGH 19.01.1984, VII ZR 220/82.
- BGH 23.02.1984, VII ZR 274/82.
- BGH 18.02.1987, IVa ZR 232/8518.
- BGH 13.02.2003, IX ZR 62/02.
- BGH 11.05.2006, IX ZR 63/05.
- BGH 01.03.2007, IX ZR 261/03.
- BGH 07.03.2013, IX ZR 64/12.

Landesgerichte

- OLG Köln 24.09.2009, 18 U 134/05.
- LG Köln 22.10.2014, 26 O 140/13.
- LG Köln 22.10.2014, 26 O 141/13.
- LG Köln 22.10.2014, 26 O 142/13.

Literatur

Österreich

Fachbücher

- *Althuber/Schopper*, Handbuch Unternehmenskauf und Due Diligence² (2014).
- *Bydlinski*, Privatautonomie (1967).
- *Doralt*, Rechtsbeziehungen zwischen Unternehmensberatern und Mandanten in *Eschenbach*: Umgang mit Unternehmensberatern (1984).
- *Feil*, Sachverständigenhaftung – eine systematische Darstellung für die Praxis (1997).

- *Feil/Hajek*, Die Berufshaftung der Rechtsanwälte und Notare (1990).
- *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I⁴ (1998).
- *Graf*, Anwaltshaftung (1991).
- *Junge-Ilges*, Haftungsvereinbarungen der rechts- und wirtschaftsberatenden Berufe (1995).
- *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I³ (1997)
- *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht II² (1984).
- *Koziol/Apathy/Koch*, Haftpflichtrecht³ (Stand 01.09.2014, rdb.at).
- *Koziol-Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht¹⁴ (2014).
- *Krejci*, Handbuch zum KSchG (1981).
- *Krejci*, Unternehmensrecht⁵ (2013).
- *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ (2012).
- *Perner/Spitzer/Kodek*, Bürgerliches Recht³ Glossar (2012).
- *Saria*, Das Recht der wirtschaftsberatenden Berufe (2012).
- *Schauer*, Beraterhaftung, in: WiR – Studiengesellschaft für Wirtschaft und Recht (Hrsg), Haftung im Wirtschaftsrecht (2013).
- *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung¹ (2007).
- *W. Völkl/C. Völkl*, Beraterhaftung² (2014).
- *Vrba/Lampelmayer/Wulff-Gegenbaur*, Schadenersatz in der Praxis (1990).
- *Welser*, Die Haftung für Rat, Auskunft und Gutachten (1983) .
- *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015).

Kommentare

- *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ (Stand 01.10.2015, rdb.at).
- *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ (2011).
- *Klang*, ABGB III² (1952).
- *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON (Stand 01.04.2016, rdb.at).
- *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, Kurzkommentar zum ABGB⁴ (2014).
- *Krejci*, Reform-Kommentar UGB ABGB (Stand 01.01.2007, rdb.at).
- *Mayr*, Arbeitsrecht (Stand 01.02.2016, rdb.at).
- *Rummel*, Kommentar zum ABGB³ (Stand 01.08.2015, rdb.at).
- *Schwimann*, Praxiskommentar ABGB VI⁴ (2016).
- *Straube/Ratka/Rauter*, UGB⁴ (Stand 01.03.2014, rdb.at).

Zeitschriftenartikel

- *Andreewitsch*, Haftpflichtversicherung für Unternehmensberater, *ecolex* 1992, 617.
- *Atzmüller*, Zur Auslegung des Begriffs Unternehmensberater im § 22 EstG 1988, *FJ* 1992, 112.
- *Binder*, Möglichkeiten der Milderung der Rechtsanwaltschaftung, *AnwBl* 1971, 11.
- *Bydlinski*, Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter, *JBL* 1960, 359.
- *Doralt*, Wer ist Unternehmensberater? *RdW* 1991, 303.
- *Fasching*, Die richterliche Betragsfestsetzung gemäß § 273 ZPO, *JBL* 1981, 225.
- *Fenzl*, Die zivilrechtliche Haftung des Rechtsvertreters für seine Rechtsmeinung, *ÖJZ* 1951, 397.
- *Fenzl/W. Völkl/E. Völkl*, Die Haftung der rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung, *ÖJZ* 1989, 513.
- *Filzmoser*, Buchhaltung und Gewerberecht, *RdW* 1997, 258.
- *Forstinger/Pradler*, Der aktuelle Vorschlag für eine Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente (ISD2) Die Novellierung der Wertpapierdienstleistungsrichtlinie 93/22/EWG (ISD), *ÖBA* 2004, 329.
- *Geroldinger*, Klauselbegriff und "blue pencil test" in der AGB Rechtsprechung, *ALJ* 2015, 196.
- *Jud*, Neuregelung der Beweislast in § 1298 ABGB – eine „halbe Lösung?“ *ecolex* 1997, 569.
- *Karner*, Zur Haftung von Ratingagenturen, *ÖBA* 2010, 587.
- *Karner*, Haftung des Gutachters gegenüber Dritten und deren Treugebern, *ÖBA* 2001, 893.
- *Knyrim*, Sind E-Mail-Disclaimer sinnvoll? *MR* 2005, 136.
- *Kodek*, Ausgewählte Fragen der Schadenshöhe bei Anlegerschäden, *ÖBA* 2012, 11.
- *Koziol*, Delikt, Verletzung von Schuldverhältnissen und Zwischenbereich, *JBL* 1994, 209.
- *Koziol*, Zur Haftung wegen fahrlässiger Anstiftung durch unrichtige Auskunft, *JBL* 1988, 409.
- *Lukas*, Anwaltshaftung und Beweislast, *JBL* 1994, 62.
- *Neuber*, Unternehmensberaterprüfung als Voraussetzung für das Vorliegen der selbstständigen Tätigkeit als Unternehmensberater gem § 22 Z1 lit b EstG 1988, *ÖStZ* 1997, 150.
- *Perner*, Aktuelle Judikatur zum AGB-Recht, *ecolex* 2009, 288.
- *Reischauer*, Vertraglicher Haftungsausschluss für schuldhaftes Verhalten, insbesondere für grobe Fahrlässigkeit, *ÖJZ* 2009, 114.
- *Rubin*, Aufklärungspflichtverletzung und konkludenter Haftungsausschluss, *ZVR* 2006, 23.

- *Scheucher*, Die Haftung des Sachverständigen für sein Gutachten, ÖJZ 1961, 225.
- *Schilling*, Haftung für Unternehmensberatung, RdW 2008, 327.
- *Schramböck*, Strukturanalyse der Unternehmensberatung in Österreich, RWZ 1997, 215.
- *Staudegger*, Anmerkungen zu OGH 4 Ob 265/99w, JBL 2000, 441.
- *Stöger*, Die Haftung der Berater gegenüber dem Unternehmen, AR aktuell 2006, 7.
- *Thiele*, Die Zeitschriftenlektüre des Rechtsanwalts als haftungsrechtliches Problem, ÖJZ 1998, 735.
- *C. Völkl/Posch*, Neues zur Haftung des Unternehmensberaters? Zak 2006, 166.
- *C. Völkl*, § 1300 S 1 ABGB als Grundlage einer allgemeinen zivilrechtlichen Informationshaftung, ÖJZ 2006, 97.
- *Wilhelm*, Unrichtiges Gutachten – Haftung gegenüber Dritten, ecolex 1991, 87.
- *Wilhelmer*, Zur Zulässigkeit und Gestaltung von Haftungsvereinbarungen durch den Notar, NZ 2013, 1.

Online-Quelle

- *Fachverband UBIT*, Berufsgrundsätze und Standesregeln 2006
http://www.incite.at/ausbildung/upload/pdf/Standesregeln_Unternehmensberater.pdf
 (Stand 01.04.2006).
- *Fachverband UBIT*, Ehrenschiedsgerichtsordnung 2004
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/dok_detail_file.pdf(Stand 2004).
- *Fachverband UBIT*, Allgemeine Geschäftsbedingungen 2015
[https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_AGB_2015.p](https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_AGB_2015.pdf)
 df (Stand 01.06.2015).
- *Fachverband UBIT*, Kalkulationshilfe Unternehmensberater 2008
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Services/Kalkulationshilfe.pdf
 (Stand 28.06.2008).
- *Fachverband UBIT*, Umfang der Gewerbeberechtigung 2007
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Services/Kalkulationshilfe.pdf

Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/Vertretungsrechte_von_Unternehmensberatern.pdf (abgefragt: 15.02.2016).

- *Fachverband UBIT*, Verordnung über die Prüfung für das Gewerbe Unternehmensberater 2004
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/UB_Pruefungsordnung_.pdf (Stand 30.01.2004).
- *Fachverband UBIT*, Mitgliederstatistik 2015
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Mitgliederstatistik/Mitgliederstatistik-2015-12-31.pdf (Stand 31.12.2015).
- *Fachverband UBIT*, UBIT Radar 2015
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Radar/UBIT-Radar-2015.html (Stand 24.07.2015).
- *Fachverband UBIT*, Summary Fachgruppe UBIT Mitgliederbefragung 2012
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/w/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Zahlen/Studien/Summary_Mitglieder.pdf (Stand August 2012).
- *Fachverband UBIT*,
https://www.wko.at/Content.Node/wir/proethik/Arbeitsgemeinschaft_proEthik.html (Stand 16.12.2014).
- *Harl*, Berufsbild des Unternehmensberaters 2009
https://www.wko.at/Content.Node/branchen/oe/sparte_iuc/Unternehmensberatung-und-Informationstechnologie/Unternehmensberatung/Rahmenbedingungen/berufsbild_ub_09.pdf (Stand 24.09.2009).

Sonstiges

- *Bydlinski*, Glosse zu OGH 13. 04. 1983, 1 Ob 581/83, JBl 1983, 536.
- *Hoffmann*, Das Bild des Rechtsanwalts – ein vorbildlicher Advokat, in FS Barfuß (2002).
- *Karner*, Haftung für Rat und Auskunft zwischen Vertrag und Delikt, in FS Koziol (2010) 695.

- *Steinacker*, Zur Auswirkung des Entgelts auf den Sorgfaltsmaßstab und folglich die Haftung der Organwalter im Vereins-, Genossenschafts- und Kapitalgesellschaftsrecht (2015).
- *W. Völkl/E. Völkl*, Die Haftung des rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung 1997-2000, ÖJZ 2002, 1.
- *W. Völkl/E. Völkl*, Die Haftung des rechtsberatenden Berufe im Spiegel der Rechtsprechung Teil III, ÖJZ 2015, 728.

Deutschland/International

Fachbücher

- *Exner*, Der Unternehmensberatungsvertrag (1992).
- *Hirte*, Berufshaftung (1996).
- *Martinek*, Moderne Vertragstypen II (1992).
- *Niedereichholz*, Unternehmensberatung⁴ (2004).
- *Quiring*, Die rechtliche Absicherung der Unternehmensberatung² (1996).
- *Quiring*, Rechtshandbuch für Unternehmensberater (2005).
- *Rotthege/Wassermann*, Unternehmenskauf bei der GmbH (2011).
- *Schott*, Unternehmensprobleme – Unternehmensberatung (1987).
- *Schott*, Der Beruf des Unternehmensberaters – grundlegender Wegweiser (1972).
- *Winnen*, Der Beratervertrag - Eine juristische, betriebswirtschaftliche Betrachtung mit praktischen Beispielen, in *Deelmann/Petmecky* (Hrsg), Schriften zur Unternehmensberatung IX (2012).

Kommentare

- *Staudinger*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen II (2006).

Zeitschriftenartikel

- *Canaris*, Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadenersatzrecht, JZ 1987, 993.
- *Koller*, Die Wirksamkeit formularmäßiger Haftungsfreizeichnungsklauseln zwischen Schadensausgleich und Schadenprävention, ZIP 1986, 1089.
- *Maxl*, Abgrenzung der Unternehmensberatung zur Steuer- und Rechtsberatung – "Ausweg" durch Mandatsvermittlung? NJW 1982, 1574.

- *Meßmer/Keßler*, Rechtsanwälte und Due Diligence – Zulässigkeit, Haftung und versicherungsrechtliche Betrachtung, NVersZ 2000, 110.
- *Müller-Feldhammer*, Vertragserfüllung und Haftung des Unternehmensberaters, NJW 2008, 1777.
- *Mutschler*, Die zivilrechtliche Einordnung des Steuerberatungsvertrags als Dienst- oder Werkvertrag, DStR 2007, 550.
- *Schnittmann*, Überlegungen zur Haftung des Sanierungsberaters, ZInsO 2011, 545.
- *Zetsche*, Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte bei Prüfung der Insolvenzreife einer GmbH? JR 2013, 10.

Online-Quelle

- *Fachausschuss Recht*, Anforderungen an Sanierungskonzepte http://www.grc-ub.de/fileadmin/redakteur/pdf/downloads/FAR_1991-1_Anforderungen_an_Sanierungskonzepte.pdf (Stand 01.01.1991).
- *Blome-Drees/Rang*, Private Equity-Investitionen in deutsche Unternehmen und ihre Wirkungen auf die Mitarbeiter (Aktualisierte Fallstudie zum Modelleisenbahnhersteller Märklin) http://www.boeckler.de/pdf/mbf_finanzinvestoren_maerklin2.pdf (Stand 01.10.2009).
- *Budras/Löhr*, Insolvenzverwalter nehmen Beraterhonorare ins Visier <http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/unternehmen/kanzlei-verklagt-insolvenzverwalter-nehmen-beraterhonorare-ins-visier-12581733.html> (Stand 19.09.2013).
- *Juve*, Mangelhafte Buchprüfung: Märklin-Berater Alix soll zahlen und zieht mit Gleiss vor Gericht <http://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2011/12/mangelnde-buchpruefung-marklin-berater-alix-soll-schadenersatz-zahlen-und-zieht-mit-gleiss-vor-gericht> (Stand 07.12.2011).
- *ConsultingStar*, Sanierungsspezialist Alix Partners stockt Führungsmannschaft auf <http://www.consultingstar.com/managementberatung/sanierungsspezialist-alix-partners-stockt-fuehrungsmannschaft-auf.html> (Stand 06.03.2014).
- *Iwersen*, Märklin Investor will Schadenersatz <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/falsch-beraten-maerklin-investor-will-schadenersatz/3262256.html> (Stand 20.09.2009).
- *BDU*, Grundsätze ordnungsgemäßer Planung <http://www.bdu.de/media/3706/gop21-web.pdf> (Stand Dezember 2009).

- *BDU*, Berufsgrundsätze 2015
http://www.bdu.de/media/3767/bduberufsgrundsaeetze_design2015.pdf (Stand April 2015).
- *BDU*, Facts & Figures zum Beratermarkt 2014/2015
<http://www.bdu.de/media/18888/facts-figures-zum-beratermarkt-2015.pdf> (Abgerufen: 25.02.2016).
- *BDU*, Allgemeine Beratungsbedingungen 2012 <http://www.esser-partner.de/attachments/article/71/Allgem.%20Beratungsbedingungen%20BDU%202012.pdf> (Stand 2012).
- *Poór*, Survey of the European Management Consultancy 2011-2012
<http://www.feaco.org/sites/default/files/sitepagefiles/Feaco%20Survey%202011-2012.pdf> (Stand 01.12.2012).

Sonstiges

- *Gabler*, Wirtschaftslexikon, <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/> (Stand 2015).
- Dok KOM (90) 482 endg – SYN 308, Abl. EG Nr C 12 vom 18.01.1991.

Anhang III. Abbildungsverzeichnis

Abb 1: Vertragsabgrenzung anhand von Verpflichtungsgrad und Tätigkeitsbeschreibung.....	64
Abb 2: Vertragscharakteristika als Indizien zur Abgrenzung zwischen Werk- und Dienstvertrag....	67
Abb 3: Fallbeispiel Alix Partners vs. Kingsbridge Capital	107
Abb 4: Sorgfaltsmaßstab nach §§ 1297 und 1299 ABGB im Vergleich.....	139

Anhang IV. Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
Abs	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
ALJ	Austrian Law Journal
AMFG	Arbeitsmarktförderungsgesetz
AngG	Angestelltengesetz BGBl 1921/292
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
AR aktuell	Aufsichtsrat aktuell
ÄrzteG	Ärztegesetz
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
ATS	Österreichische Schillinge
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVBU	Allgemeine Versicherungsbedingungen zur Haftpflichtversicherung für Vermögensschäden von Unternehmensberatern
BDU	Bundesverband Deutscher Unternehmensberater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BgBl	Bundesgesetzblatt
BGH	deutscher Bundesgerichtshof
Blg	Beilagen
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
Bspw	beispielsweise
Bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
cic	culpa in contrahendo

dbzgl	diesbezüglich
dh	das heißt
DHG	Dienstnehmerhaftpflichtgesetz
DStR	Deutsches Steuerrecht
E	Entscheidung
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
EStG	Einkommenssteuergesetz
etc	et cetera
EUR	Euro
f	und der, die folgende (Seite)
FAR	Fachausschuss Recht
FEACO	European Federation of Management Consultancies Associations
ff	und der, die folgenden (Seiten)
FJ	Finanzjournal
FN	Fußnote
FS	Festschrift
gem	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GGBG	Gefahrgutbeförderungsgesetz BGBl I 1998/145
Ggf	Gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
Grds	grundsätzlich
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hpts	hauptsächlich

Hrsg	Herausgeber
idF	in der Fassung
idHv	in der Höhe von
idR	in der Regel
IDW	Institut der Wirtschaftsprüfer
idZ	in diesem Zusammenhang
inkl	inklusive
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des/der
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
JBl	Juristische Blätter
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KSchG	Konsumentenschutzgesetz
L	Lehre
LOP	letter of proposal
mE	Meines Erachtens
Mio	Million
MR	Medien und Recht
Mrd	Milliarde
mwN	Mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NVersZ	Neue Zeitschrift für Versicherung und Recht
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
ÖBA	Österreichisches Bankarchiv

OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖStZ	Österreichische Steuer-Zeitung
pa	per annum/pro Jahr
PMO	Programm Management Office
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RIS	Rechtsinformationssystem des Bundes
Rsp	Rechtsprechung
RWZ	Österreichische Zeitschrift für Rechnungswesen
Rz	Randzahl
SA	samt Anhang
Sog	sogennante(r)
StB	Steuerberater
StRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und Wirtschaftskartei
SZ Zivil- Mitgliedern	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in (u. Justizverwaltungs) Sachen, veröffentlicht von seinen
Tlw	teilweise
uä	und ähnliche(s)
ua	unter anderem
UBIT	Fachverband Unternehmensberatung, Buchhaltung und Informationstechnologie
UGB	Unternehmensgesetzbuch
UnternehmensberatungsVO	Unternehmensberatungs-Verordnung
uU	unter Umständen

UWG	Bundesgesetz über den unlauteren Wettbewerb
vgl	vergleiche
vglw	vergleichsweise
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
WinkelschreibereiVO	Winkelschreibereiverordnung
WIR	Zeitschrift für Wirtschaft und Recht
WKO	Wirtschaftskammer Österreich
WT-ARL	Wirtschaftstreuhänder Ausübungsrichtlinie
WTBG	Wirtschaftstreuhänderberufsgesetz BGBl I 199/58
WTBO	Wirtschaftstreuhänderberufsordnung
Z	Ziffer, Zahl
Zak	Zivilrecht aktuell
zB	zum Beispiel
ZInsO	Zeitschrift für das gesamte Insolvenzrecht
ZIP	Zeitschrift Wirtschaftsrecht, früher: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht