

## LiveScript zum Webinar

### Beraterhaftung

Experte: Dr. Dieter Jedlicka

Begrüßung zum zweiten Webinar der UBIT Niederösterreich. Dieses Mal geht es intensiv um die Beraterhaftung, dazu wird der Experte, Herr Rechtsanwalt Dr. Dieter Jedlicka begrüßt, ein Partner der Rechtsanwaltskanzlei Kosch & Partner, ein ausgewiesener Spezialist zum Thema der Beraterhaftung, da er das Thema von Theorie als auch Praxis der Gerichte kennt.

Die erste Frage wird an Dr. Jedlicka gestellt, was Haftung überhaupt bedeutet. Er kommt sozusagen aus einem verwandten Beruf, da es Haftung auch bei den Freiberuflern gibt. Ob man gewerblich oder freiberuflich berät, sind die Szenarien, die zu einer Haftung führen, durchaus ähnlich. Wenn man heute von Haftung spricht, verwendet man eher die zivilrechtliche Terminologie, hier bedeutet haften einstehen müssen für jegliche Pflichtenverletzung, die man im Rahmen seiner Gewerbeausübung, im Rahmen seiner Beratung und Vertragserfüllung begehen kann. Die Quelle der Haftung ist sozusagen die Basis, wo die wechselseitigen Rechte und Pflichten geregelt sind, was der Vertrag ist. Ergänzt wird dies bei Gericht auch durch das Berufsrecht. Bei den Rechtsanwälten ist dies die Rechtsanwaltsordnung, bei den Wirtschaftstreuhandern die Wirtschaftstreuhand-Berufsordnung. Bei den Teilnehmern des Webinars ist es die Gewerbeordnung als die Quelle der erlaubten Berufsausübung, was ergänzt wird durch die entsprechenden Landesregeln und das Berufsbild. Dann untersucht das Gericht auch sozusagen das materielle Recht des Beratungsbereiches. Der wichtigste Punkt bleibt aber immer der Vertrag.

Zum Vertrag konkret wird Dr. Jedlicka um das Wesen und die besonderen Merkmale eines Unternehmensberatervertrages gefragt. Dieser Unternehmensberatungs- oder Beratervertrag oder auch Consultingvertrag, wie er oft genannt wird, ist ein ganz bunter, weil eben auch die Tätigkeit eine sehr bunte ist. Es gab bereits mehrere Auseinandersetzungen zwischen Kunden und Unternehmensberatern, die bis zum Höchstgerichts gegangen sind, in Österreich der oberste Gerichtshof in Zivilrechtssachen. Es gibt einige sehr wichtige Entscheidungen, wo der Oberste Gerichtshof ganz genau beschrieben hat, wie es um diesen Consultingvertrag bestellt ist. Dazu schildert Dr. Jedlicka einem sogenannten Leading Case, eine Leitentscheidung und dessen Sachverhalt: Es gab einen unzufriedenen Kunden, einen Unternehmer, der im Rahmen des Papierhandels ein Gewerbe ausgeübt und entschieden hat zu expandieren. Er ging zu einem Unternehmensberater und bat um eine ganzheitliche Beratung zu allen Punkten der Unternehmenserweiterung, um einen neuen Standort zu gründen. Daraufhin verklagte er ihn auf mehrere Millionen damals Schilling, weil er sich schlecht beraten gefühlt hat. Denn der beste Rat, den er erwartet hatte, war: Sperr das Geschäft zu, weil es gar nicht gut gehen kann. Der enttäuschte Kunde hat auch vermisst, dass dieser Unternehmensberater eine Standortanalyse und eine Potenzialanalyse anfertigt. Der Unternehmensberater wiederum war sehr verwundert, wehrte sich gegen die Klage und meinte, er habe einen Spezialberatungsauftrag gehabt und sollte nur eine Budgetplanung und personelle und organisatorische Verbesserungen einführen. Von einer Warnung, dass man das vielleicht gar nicht ordentlich betriebswirtschaftlich führen kann, wäre er weit entfernt gewesen, das sei nicht sein Thema gewesen. Die beiden Parteien kämpften erbittert in zwei Rechtsgängen, waren sogar zweimal beim Obersten Gerichtshof. Am Ende sagte das Höchstgericht, es definiert einmal betriebswirtschaftlich, organisatorisch technisch und auch juristisch, worum es eigentlich geht, nämlich den sehr breiten Begriff des Consultingvertrages nach Art und Umfang unter juristischer Ausgestaltung. Der Gerichtshof unterschied - siehe erstes Sheet - zwischen dem typischen Management Consulting, wo es um kaufmännisch-betriebswirtschaftliche Beratungsleistungen geht, und dem Consulting Engineering als ingenieurwissenschaftlich-technische Beratungsleistungen und

sagte, vom Umfang her gibt es so gesehen eine Ganzheitsberatung, wo alle betrieblichen Abläufe in ihrer Gesamtheit und Abhängigkeiten Thema sind, weil es ums Ganze geht. Dann gibt es eine Schwerpunktberatung, wo eine gewisse betriebliche Frage untersucht wird und dann gibt es eben eine Spezialberatung, die ein ganz kleines Betätigungsfeld hat. Von der Beschreibung her sagt er, dem Kunden fehlt das Wissen, die Erfahrung, dieser sucht einen unabhängigen Experten, meist ein Fachmann für betriebswirtschaftliche Organisationsfragen, welcher dem Klienten nur sein Expertenwissen zur Verfügung stellt, damit der Kunde aufgrund dieser Lösungskompetenz weiß, was er bei sich am besten umsetzen soll. Im Regelfall sagt der Oberste Gerichtshof, sei der Consultingvertrag auf die bloße Problemerkennung und Problemlösung orientiert. Die Umsetzung dessen, was der Unternehmensberater empfiehlt, obliegt dem Kunden. Dann wurde auch eine juristische Qualifikation vorgenommen und der Oberste Gerichtshof sprach aus, dass der Consultingvertrag, weil er eben auch bunt ist, sehr oft ein Mischvertrag ist. Darunter versteht man einen Vertrag, der aus Komponenten verschiedener Vertragstypen zusammengesetzt ist, was es in Österreich gibt und auch erlaubt ist. Die Wirtschaft, die Gesellschaft hat viele solcher Mischverträge entwickelt. Man denke zum Beispiel an einen Leasingvertrag, an einen Franchise-Vertrag oder das Factoring, alles Verträge, die nicht ausdrücklich im ABGB oder in einem Spezialgesetz geregelt sind, welche eben aus Komponenten verschiedener Vertragstypen bestehen.

Sehr oft hat der Consultingvertrag werkvertraglichen Charakter, darunter versteht man, dass der Werkvertrag im Consultingvertrag, wenn der Consultant, sprich der Unternehmensberater auf die Herbeiführung eines werkschöpfenden Arbeitsergebnisses hinarbeitet. D.h. wenn er etwas abgeliefert als Werk - in besagtem Leading Case sagte der Oberste Gerichtshof, dass die Herstellung einer Markt- oder Standortanalyse oder eines Organisationsplans typisch für einen solchen Werkvertrag sein kann und sprach dann aus, dass bei der Projektberatung sehr oft der Werkvertrag im Vordergrund steht. Es ist sehr wichtig, was der Unternehmensberater schuldet, weil das die Brücke zur Haftung ist: es ist eine Erfolgsverbindlichkeit, nämlich ein Erfolgseintritt, wobei man darunter nur die Verantwortung für ein verwendbares Leistungsergebnis versteht. Ganz wichtig für das Verständnis: Der Consultant übernimmt keine Erfolgshaftung für weitere wirtschaftliche Folgen seiner abgelieferten Arbeit bzw. seines Werks, die sich vielleicht der Klient von der Umsetzung dann verspricht. Anderes gilt - bereits als kleine Brücke zur Haftungsvermeidung, dazu später mehr - wenn ein Unternehmensberater eine Garantie abgibt. Als Vertragserrichter und Vertragsberater warnt Dr. Jedlicka seine Kunden immer davor, Garantien einzugehen, wenn es nicht unbedingt notwendig ist. Man sollte vermeiden, etwas ohne Wenn und Aber als Garantieergebnis anzubieten. Es liegt somit sehr oft ein Mischvertrag vor. Das war die Beschreibung nach Art und Umfang und nach der rechtlichen Einordnung.

Nun wird die Frage gestellt, welche Rechtsfolgen daran geknüpft sind, wenn der Consultingvertrag mangelhaft erfüllt ist. Dr. Jedlicka betont, da bereits über die Kernpflichten gesprochen wurde, bevor in die Haftungsszenarien hineingegangen wird, dass sehr oft ein Szenario der Auseinandersetzung zwischen dem vermeintlich enttäuschten Kunden und dem Unternehmensberater vorliegt, dass unselbstständige Nebenverpflichtungen aus der Beratung heraus schiefe gehen, weil es je nach Art und Umfang des Vertrages, je nach Einzelfall sein kann, dass man zur Hauptleistung, zur Kernleistung dazu noch etwa aufklären sollte. Beispielsweise wenn man im Rahmen des Mandates entdeckt, dass der Auftraggeber gar nicht bemerkt, dass er sehr intensiv mitarbeiten müsste und deswegen Zeitplanung nicht einzuhalten ist. Manchmal entdeckt man auch das Bedürfnis, einen weiteren Berater hinzu zu ziehen, um ein anständiges Ergebnis abzuliefern, z.B. Patentanwalt, Steuerberater usw. Manchmal ist es auch notwendig, Vorleistungen zu prüfen, wenn man den Verdacht erhält, dass Vorleistungen, die einem der Kunde präsentiert, vielleicht nicht ganz astrein sein könnten. Denn es gibt Nachforschungs- und Warnpflichten, wenn Art und Umfang des Vertrages eben das indizieren. Kann sehr oft zu einem Thema werden, weil sich diese Pflichten sehr oft nicht im Vertrag finden, sondern sich aus der Natur des Vertrages einfach ergeben. Um direkt die Frage nun zu beantworten: die wesentlichen Haftungssze-

narien aus der Beratung sind auf der einen Seite die Gewährleistung, auf der anderen Seite der Schadenersatz, Dinge, die man in der Praxis sehr oft ein bisschen vermischt.

Es ist also sehr wichtig für die Vermeidung von Haftungsszenarien, dass die Webinarteilnehmer am Ende eine gewisse Kenntnis darüber mitnehmen können. Wenn am Ende der Beratung der Kunde nicht das bekommt, was vereinbart wurde, dann ist die Leistung, das abgelieferte Werk mit einem Mangel behaftet. Die Gewährleistung beschäftigt sich mit dem Ausgleich der objektiven Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung. Der Kunde zahlt etwas und erwartet sich 100 Prozent dafür, aber er bekommt weniger oder etwas mit einem qualitativen Mangel. Wir müssen erkennen, dass es hier nicht auf das Verschulden ankommt, sondern es geht nur um die objektive Messung von Leistung und Gegenleistung. Im juristischen Sinne wird unterschieden: entweder Sachmängel oder Rechtsmängel. Wichtig ist hier, dass der Oberste Gerichtshof gesagt hat, beim Consultingvertrag kann man überhaupt nur dann an Gewährleistung denken, wenn werkvertragliche Aspekte überwiegen. Bleibt man bei oben erwähnten Beispiel des Obersten Gerichtshofes bezüglich der Leitentscheidung, also zum Beispiel eine Standortanalyse oder einen Organisationsplan abzuliefern, so können diese Dinge natürlich nicht lege artis sein. Wenn sie schlecht sind, liegt eben ein Sachmangel vor. Wichtig zu erkennen und zu wissen ist, dass es auch Rechtsmängel gibt, d.h. ich kann in der Beratung auch einen Rechtsmangel produzieren, etwa dann, wenn im Rahmen der Managementberatung bei einer Strategieentwicklung der Consultant z.B. ein Logo kreiert oder eine Wort-Bild-Marke mitkreiert oder bei einem M&A-Prozess seine Ideen zum Firmenwortlaut einbringt und dabei übersieht, dass man mit Rechten Dritter kollidiert. Hier kann es Urheberrechtsverletzungen geben oder eine Verletzung des Markenrechtes, und auf einmal hat der Kunde mit einem Anspruch eines Dritten zu tun, wodurch die Beratung in diesem Fall mit einem Rechtsmangel versehen ist.

Wenn so etwas attestiert ist, gibt das ABGB dem Kunden einen Ausgleichsanspruch. Naturgemäß ist der erste Anspruch, dieser erste Behelf, wie man es juristisch nennt, darauf gerichtet, dass nachgebessert wird, wenn es um einen Qualitätsmangel geht; dass nachgeliefert wird, wenn der Organisationsplan unvollständig ist, weil zwei, drei Dinge fehlen. Und manchmal kommt es vor, dass man als Kunde eher einen Austausch verlangt als die Verbesserung, weil das tunlicher ist und vielleicht auch für den Consultant einfacher ist. Dieses Nachtragen und Nachbessern, dieses allfällige Austauschen nennt man die primären Gewährleistungsbehelfe, was das Erste ist, was der Kunde verlangen kann.

Manchmal geht das nicht und der Gesetzgeber hat hier gewisse Konstellationen vorgegeben, wo es zu nachgelagerten oder sekundären Gewährleistungsbehelfen kommt: hier kennen wir die Preisminderung, sprich die Reduktion des Entgelts des Consultants oder die Wandlung als Totalaufhebung des Vertrages. Wann gibt es diese sekundären Gewährleistungsbehelfe? Manchmal ist die Behebung eines solchen Mangels unmöglich, dann gibt es nur Geldreduktion, sprich Honorarreduktion. Diese Verbesserung oder der Nachtrag kann für den Berater mit einem exorbitanten Aufwand verbunden sein, also mit einem wesentlich höheren Aufwand als dieser Mangel eigentlich wert ist. Es kann für den Kunden mit extremen Unannehmlichkeiten verbunden sein und es könnte auch sein, dass der Consultant die Verbesserung verweigert, weil er sagt, er habe hier eigentlich nichts zu verbessern, es passe alles. Wichtig ist es, wenn diese Konstellationen vorkommen, bei den sekundären Gewährleistungsbehelfen, dass man die Preisminderung bei allen Arten von Mängeln verlangen kann, d.h. bei sehr geringfügigen oder auch sehr wesentlichen Mangelhaftigkeiten. Die Wandlung als die nachträgliche Aufhebung des Vertrages, also Leistung zurück, Geld zurück, gibt es nur bei den sogenannten nicht geringfügigen Mangelhaftigkeiten. Das wären solche, die den Gebrauch dieser Beratungsleistung sehr reduzieren. Wichtig zu erkennen: Es geht hier nie um den Ersatz von einem fortlaufenden oder dahinter passierenden Schaden, es geht immer nur um die objektive Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung. Bekommt der Kunde nicht, was man vereinbart hat, gibt es eben diesen Ausgleich. Und selbst eine nicht besonders wertvolle, kritisierte, mangelhafte Beratung ist noch immer keine zentrale Aussage für eine spätere Haftung; kann sein, muss aber nicht

sein. Hiermit wurde sozusagen im Word Rap beschrieben, was Gewährleistung als eines der wichtigen Haftungsszenarien ist.

Der Referent wiederholt: Ein objektiver Mangel und hier kommt es nicht auf das Verschulden an, sondern es wird nur festgestellt: gibt es einen objektiven Mangel? Und dann stellt sich in der Folge die Frage der Preisminderung, Wandlung oder Besserung. Jetzt passiert es aber häufig in der Praxis, dass der Kunde zum Unternehmensberater kommt und behauptet zumindest, dass ihm durch dessen mangelhafte Beratung ein Schaden entstanden wäre und er daher diesen Schaden ersetzt haben will. Folglich die Frage: Unter welchen Voraussetzungen wird tatsächlich ein Unternehmensberater gegenüber seinem Kunden, wenn der behauptet, dass ein Schaden eingetreten ist, schadenersatzpflichtig. Dr. Jedlicka erläutert, dass neben diesem Ausgleichsgedanken, der kurz gestreift wurde, wo der Mangelbegriff im Zentrum steht, geht es nun um den Schaden. Wie bereits in der Einleitung bemerkt und auch anlässlich der Schilderung der erwähnten Leitentscheidung kommt es darauf an, dass als zentraler Vorwurf bei einer Schlechterfüllung von Verträgen sozusagen die Kernvertragsleistung und die Nebenleistungen schiefgegangen sind. Wenn dadurch im Vermögen des Kunden ein Schaden eingetreten ist, beschäftigt man sich eben mit den berühmten Schadenersatz-Haftungsszenarien. Er erzählt zusätzlich als Tipp aus der Praxis, dass es nicht immer nur auf die Kernleistungen ankommt. Sehr oft gibt es einen Streit zwischen dem unzufriedenen Kunden und dem Berater nicht wegen des Verfehlens der Kernleistung, sondern weil Dinge, die man nebenbei auch ordnungsgemäß erledigen muss, die manchmal gar nicht im Vertrag stehen, einfach nicht getroffen werden. Hierzu hat Dr. Jedlicka einige typische Szenarien miteingebracht in Seite 11 der Unterlage.

Die Einhaltung von Fristen und Terminen ist etwas sehr Wichtiges. Die beste Beratungsleistung ist für den Kunden manchmal völlig unbrauchbar, wenn bei einem Termingeschäft etwas nicht da ist. Der Kunde muss beispielsweise am Montag um 14.00 Uhr entscheiden, wenn sozusagen die Entscheidungsgrundlage aber nicht geliefert wurde, dann hat er am darauffolgenden Donnerstag nichts mehr davon. Nun ein paar Schlagworte, die aus dem Berufsrecht stammen und in der Praxis auch manchmal als Kritikpunkte entstehen: Vertraulichkeit, Verschwiegenheit und Datenschutz. Es gibt schließlich Berufsausübungsregeln und ein konkretes Berufsbild. Etwas sehr Zentrales in dieser Branche ist das Vertrauensverhältnis zwischen Kunden und Berater, auch zu finden unter dem Schlagwort der Integrität im Berufsbild. Integer ist man, wenn man das, was man im Rahmen des Mandats und der Arbeit erfährt, für sich behält und nicht zum Nutzen von jemand anderem verwendet. Man anerkennt und schützt das Urheberrecht der Dinge, die man von Kunden oder von einem Dritten erhält. Auch sehr interessant ist die Anmerkung des Experten, dass der Unternehmensberater zum Beispiel auch mit den Mitarbeitern des Kunden gar nicht über eine Anstellung verhandeln darf. Und dass der Unternehmensberater zu seinen eigenen Mitarbeitern sagt: Bitte verhandle während des Mandats nicht mit dem Kunden über eine spätere Beschäftigung, damit klargestellt ist, dass diese Ablieferung unabhängig und objektiv ist. Dies ist eine Art Nebenverpflichtung, die gar nicht im Vertrag steht, die dennoch vorhanden ist. Diese Nebenverpflichtungen Aufklärung, Prüfung, Nachforschung und Warnpflicht, je nach Sachverhaltskonstellation, stehen manchmal auch nicht im Vertrag und sind trotzdem ein Thema bei Haftungsstreitigkeiten.

Nun zur Frage: Wann gibt es Schadenersatz? Apropos wird es in Österreich nach dem ABGB als SCHADEN-ERSATZ geschrieben, in Deutschland heißt es Schaden-S-Ersatz (Schadenersatz). Der zentrale Begriff ist der Schaden, was ist das? Hier geht es um Schadenersatz im Rahmen der Vertragserfüllung. Natürlich gibt es auch Schadenersatz in anderen Bereichen, beispielsweise beim Verkehrsunfall, wobei jemand zu Schaden kommt und es Personenschäden, weil jemand an seiner körperlichen Integrität, in seiner Gesundheit geschädigt ist. Es gibt Sachschäden, weil das Auto oder Motorrad kaputt sind. Sprechen wir nun aber über Schadenersatz im Vertragsrecht, gibt es eben kaum Körperverletzungen oder Sachschäden, aber es kann eine kritisierte Unternehmensberatungsleistung zu einem sogenannten Vermögensschaden beim Kunden führen. Hier unterscheidet man zwei Kategorien: der positive Schaden ist sozusagen jede messbare Minderung im Vermögen aufgrund des Bera-



tungsmandates. Der entgangene Gewinn kann die zweite Art von Schaden sein, weil dem Kunden genau der betriebswirtschaftliche Gewinn entgangen ist, den er eigentlich umsetzen wollte mit dem Thema. Nicht jeder Schaden führt sofort zum Schadenersatz, Es müssen einige Parameter dazukommen, die im Folgenden aufgeschrieben wurden:

Der Schaden muss kausal der Unternehmensberatungsleistung zugerechnet sein. Kausal, also ursächlich sein, es muss ohne Zweifel die Beratungsleistung zu besagtem Schaden geführt haben, was manchmal ziemlich kompliziert ist festzustellen. Manchmal gibt es auch mehrere Ursachen. Das ist aber trotzdem ein Grundprinzip, dass die Beratungsleistung kausal sein muss. Dann muss sie rechtswidrig und auch vorwerfbar sein. Im Rahmen der Vertragshaftung geht es bei der Rechtswidrigkeit wieder um die Pflichtenverletzung, d.h. Vertragspflichten sowie Pflichten, die vom Gesetzgeber auferlegt wurden, werden nicht erfüllt. Liegt nun ein Schaden vor, der vom Unternehmensberater verursacht wurde und der aufgrund einer Vertragsverletzung passiert ist, gibt es noch immer keinen Schadenersatz, es sei denn, es ist vorwerfbar. Diese Vorwerfbarkeit kennt jeder in Form entweder der Fahrlässigkeit oder des Vorsatzes. In Wirklichkeit kann man den Vorsatz vergessen, so etwas kommt nur im Lehrbuch vor, es wird eigentlich nur vom Verschulden gesprochen, in Form von Fahrlässigkeit. Zusätzlich wird hier unterschieden zwischen einer leichten Fahrlässigkeit als Sorgfaltswidrigkeit ausgestaltet, was jedem passieren kann, ein Hoppala, „schlechter Tag gewesen“, etwas überlesen, verblättert, etwas gemacht, was jedem anderen auch passieren kann. Die grobe Fahrlässigkeit ist alles darüber, wobei eine auffallende Sorgfaltswidrigkeit vorhanden sein muss, wo man sagt, so etwas kann einfach nicht sein. Diese Nuancierung gibt es. Ist nun der Schade da, wurde er kausal verursacht, aufgrund eines rechtswidrigen Verhaltens, Tuns oder Unterlassens passiert, und wenn das Ganze vorwerfbar ist, ist man im Schadenersatz-Bereich angekommen. Dann gibt es eine Ersatzpflicht, wobei hier ein Anwalt im gleichen Boot sitzt, wenn es darum geht, wie sorgfältig auch Anwälte arbeiten müssen, weil für diese genauso die Sachverständigenhaftung des ABGB gilt. Hier gibt es zwei zentrale Bestimmungen, 1299 und 1300 ABGB beschreibt zentral das Thema, dass jemand, der z.B. Unternehmensberater oder eben Anwalt ist, nach einem erhöhten objektiven Sorgfaltsmaßstab beurteilt wird. Also nicht nach dem subjektiven Können oder Wissen mit der möglichen Ausrede: Das habe ich nicht gewusst. Sondern es geht um einen objektiven Sorgfaltsmaßstab, man wird am typischen Standard der Berufsgenossen gemessen. Es geht nach den typischen und demnach objektiv bestimmten Fähigkeiten der Angehörigen eines betreffenden Verkehrskreises. Wenn jemand z.B. Unternehmen bewertet, muss er mindestens die durchschnittlichen Kenntnisse der Unternehmensbewertung haben und wenn man sich um eine Potenzialanalyse kümmert, muss man so gut sein, das man dem Standard entspricht, den die anderen Berufskollegen auch haben.

Ein ganz wichtiges Thema ist vor allem in der Auseinandersetzung ist das Beweislastthema. Untechnisch gesagt: Wer muss wem was beweisen? Jeder weiß, wie das Urteil eines österreichischen Gerichts aussieht, wobei es einen Sachverhaltsfeststellungsteil gibt, einen Beweiswürdigungsteil und daraus dann die rechtliche Beurteilung. Es kommt darauf an, wer sozusagen das Risiko trägt, wenn die Kausalität oder auch die Sorgfaltswidrigkeit etwa nicht nachgewiesen werden kann, und zu welchem Vor- und Nachteil das ist. Darauf wird später noch bei der Prävention eingegangen.

Es wird eine Publikumsfrage behandelt, in der es darum geht, in welcher Art und Weise der Kunde diesen Mangel an den Unternehmensberater herantragen muss. Der Fragensteller meint: Es kann ja nicht sein, alles ist schlecht, sondern die Frage stellt sich nach der Konkretisierung des Mangels. Dr. Jedlicka antwortet, dass der Terminus technicus dafür Mangelrüge ist. Selbstverständlich muss diese deutlich und bestimmt sein und es gibt konkrete gesetzliche Fristen, es wird möglicherweise auch verkürzte vertragliche Fristen zu dem Thema geben. Aber der Unternehmensberater wird nur verbessern und nachtragen können oder sich sonst mit dem Thema auseinandersetzen, wenn verständlich, vollständig und deutlich ein Mangel aufgezeigt wird.

Der Referent kehrt noch einmal zurück zum Thema, dass der Kunde auch eine Mitwirkungspflicht bei der Erfüllung des Auftrages hat. Was passiert nun tatsächlich, wenn ein Kunde dem Unternehmensberater gewisse Dinge bewusst verschweigt, weil er diesen dort nicht hineinschauen will. Aus diesem Verschweigen heraus ist auch ein Schaden entstanden bzw. lässt sich auch kausal, wie erwähnt wurde, ursächlich darauf zurückführen. Dr. Jedlicka erläutert, dass eine solche Frage die Gerichte immer intensiv beschäftigt, weil es sehr selten so ist, dass eine fehlgeschlagene oder kritisierte Beratungsleistung per se für alles verantwortlich ist. Sehr oft ist es eben eine Mischung zwischen dem Fehler, den ein Berater verursachen und verschulden kann und auch der mangelnden Mitwirkung eines Kunden. Oder wie im Extremfall vorher geschildert, dass der Kunde etwas verschweigt, was er hätte eigentlich zur Aufklärung tun müssen. Hier ist man dann im Bereich des sogenannten Mitverschuldens, wo das Gesetz sagt: Wenn es so ist, dass beide ihre Pflichten verletzt haben, kollidieren sozusagen diese fehlgeschlagenen Verpflichtungen. Der Kunde hat natürlich auch seine Verpflichtungen und es kommt zu einer Schadensteilung aufgrund dieser Konstellation. Das Gericht sagt dann schlicht z.B. 50:50 oder 2:1, es gibt hier Verschuldensteilungen von 1:5 bis zu 5:1. D.h. die Botschaft lautet, der Kunde hat nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten. Vertragspflichten sind immer wechselseitig ausgestaltet.

Es wird noch eine Frage in diesem Zusammenhang gestellt, was man unter der Schadenminderungsverpflichtung versteht. Dr. Jedlicka bringt hier gerne zur Veranschaulichung ein simples Beispiel aus dem Bereich der Körperverletzung. Erleidet jemand im Rahmen eines Verkehrsunfalls einen Schienbeinbruch, wird er zum Arzt gehen, diesen versorgen lassen, damit alles bald wieder zusammenwächst, um weiterhin seinen Beruf ausüben zu können. Ähnliches muss man sich vorstellen, wenn etwas passiert bei Verletzungen von Vertragspflichten. Der Kunde darf das Ergebnis nicht einfach stehen lassen, erkennen, dass es möglicherweise nicht optimal ist, aber darauf weiterarbeiten. Er muss alles unternehmen, um den eingetretenen Schaden und damit auch dessen Behebung, was ja dem zu ersetzenden Aufwand entspricht, so gering wie möglich zu halten. Das wird von den Gerichten natürlich auch berücksichtigt und ähnlich wie dieser Mitverschuldenseinwand, weil er selbst Mitschuld hat, wird hier auch der Schaden geteilt, wenn dieser Schaden ausufert.

Mit diesen Beträgen wurden das Wesen des Unternehmensberatervertrages sowie die Unterscheidung zwischen Gewährleistung und Schadenersatz beleuchtet. Jetzt geht es um den Kern dieses Webinars: Wie können Berater tatsächlich solche Haftungsfälle vermeiden? Es geht hier um die Prävention, um im Vorfeld solche Dinge erst gar nicht aufkommen zu lassen. Welche Möglichkeiten der Haftungsprävention hat ein Unternehmensberater? Dr. Jedlicka betont, dass man die Vermittlung bzw. das Erinnern an Basics, was zu einer Haftung führen kann, als grundlegende Arbeit für das eigene Unternehmen ansehen. Jeder ist in seiner Tätigkeit schadensgeneigt und es gehört zu den typischen Assets, dass man sich in diesem Bereich um entsprechendes Risikomanagement bemüht und dass man vor allem in der Vertragsverhandlung und in der Vertragsgestaltung ein optimales Ergebnis für den Fall eines Auftretens eines Schadens bzw. Mangels herbeiführt. Haftungsprävention bzw. Vermeidung beginnt, wie bereits erwähnt, im vorvertraglichen Stadium. Sehr oft schleppen sich Unzulänglichkeiten bei der Vertragsanbahnung bis zum Schluss des Vertrages, wenn man aneinander vorbeigesprochen hat oder weil man gewisse grundsätzliche Dinge geschönt dargestellt oder gar nicht angesprochen hat. Hier wird wiederum auf das Berufsbild verwiesen, dass das reelle und ehrliche und transparente Verhandeln ganz wichtig ist. Wenn es darum geht: Was kann ich, was können meine Mitarbeiter, wie bin ich aufgestellt. Einfach reell bleiben und nie anders darstellen, als es tatsächlich ist, weil man nämlich andere oder falsche Erwartungen weckt. Ähnliches gilt für Qualifikationen. Und sehr oft bemerkt man, dass die Kunden Terminkorsett kommen, wo man sofort erkennt: Das kann sich nicht ausgehen. Einfach auch in diesen Umfeldbedingungen den Kunden darauf aufmerksam machen, eine gute Sache, eine gute Beratung kostet Zeit und es geht nicht zu einer bestimmten Kalenderwoche, weil noch das und das und das zu machen ist. Lieber eine spätere KW ausmachen, um das Ganze gut hinzukriegen.

Es folgt eine kurze Zwischenfrage, wie es aussehen würde, wenn man noch im vorvertraglichen Stadium ist, wo man über den Beratungsprozess berät und dort ein bestimmtes Versprechen oder eine Garantie abgibt, die sich aber später im Vertrag nicht mehr findet - welche Relevanz hat dieses Versprechen? Dr. Jedlicka antwortet, dass es haftungsrelevant sein kann, weil es Schutz und Sorgfaltsverpflichtungen auch schon in der Annäherung gibt. Das Gericht wird es sehr interessieren, was geredet wurde. Man muss so gesehen sagen, dass es haftungsbegründend sein kann, auch wenn es dann später nicht mehr in dieser Form beinhaltet ist, und somit relevant sein kann.

Als ganz wichtiges Thema nennt der Experte auch das Vertragsmanagement. Damit ist gemeint, dass es aus der Praxis ein paar grundsätzliche Empfehlungen gibt. Die Erste ist: Schauen Sie, dass SIE den Vertrag gestalten. Lassen Sie sich den Vertrag nicht vom Kunden aufzwingen. Das Motto muss immer lauten: Ich bin der Unternehmensberater, ich mache das täglich und ich weiß, was wichtig ist. Ein anderer kann im Entwurf zwar noch gerne etwas ergänzen, wenn man aber sozusagen erst replizieren muss auf einen Vertragsvorschlag, kann man die Qualität und Güte, die man haben will, nicht so gut einschließen. Daher soll der Unternehmensberater den Vertrag vorgeben und sich einen tadellosen Vertrag gönnen. Die Verträge sollen so gestaltet werden, dass sie für alle Eventualitäten passen. Vorsicht ist geboten bei den Hauptverpflichtungen. Und ein kleiner Tipp aus der Praxis, ehrlich und transparent sein und dem Kunden auch mitteilen, was man als Berater nicht macht. Wenn ein Kunde ein Extra benötigt, muss er den Berater gesondert damit beauftragen und über Termine und Entgelt sprechen. Oft wird das unterlassen und dann passiert es, so wie im erwähnten Fall des Leading Case, dass der Kunde fragt, warum der Berater keine Potenzialanalyse oder keine Marktuntersuchung gemacht hat. Solche Dinge müssten separat verhandelt werden. D.h. alles positiv im Vertrag erwähnen und auch dazuschreiben, was nicht gemacht wird bzw. nur dann, wenn ein gesonderter Auftrag vorliegt.

Aufpassen bei der Entgeltvereinbarung, dass es jeder unbeteiligte Dritte auch versteht. Wenn eine Pauschalvereinbarung abgeschlossen wird, alles hineinschreiben, was damit abgegolten wird, und auch was nicht damit abgegolten ist. Bei Stunden- oder Tagesabrechnungen darauf achten, dass das Thema der Objektivierbarkeit inkludiert ist. Und nochmals ganz wichtig: keine Garantien abgeben. Dem Kunden nichts ohne Wenn und Aber versprechen, weil das für das Haftungsszenario extrem gefährlich sein kann.

Im Rahmen der Vertragsgestaltung wird also auf diese eben genannten Dinge geachtet. Als Berater kontrahiert und verhandelt man regelmäßig mit einem Unternehmer. Es gibt sehr wenige Konstellationen, wo man es mit einem Konsumenten zu tun hat als Unternehmensberater. D.h. dem Berater gegenüber sitzt ein Unternehmer, wo man nach ABGB und UGB bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit oder bis zur Grenze dessen, was man verkaufen kann, verhandeln kann. Jeder kennt Haftungseinschränkungen, z.B. bei einer Bank oder Versicherung, wenn ich ein Leihauto benutze usw. Diese Spielräume sollen verwendet werden, um die Haftungsszenarien zu seinen eigenen Gunsten besserzustellen. Ganz wichtig im Bereich des Schadenersatzes gibt es die Möglichkeit, die leichte Fahrlässigkeit auszuschließen. Beispiel: ein Schaden wurde aufgrund einer Vertragsverletzung verursacht, es handelt sich aber um ein Hoppala, eine lässliche Sünde - so etwas kann man ausschließen, was zwar nicht schön für den Kunden, aber durchaus üblich und rechtens ist. Man kann auch Haftungsobergrenzen einführen, wenn diese einigermaßen passabel sind. Dazu gibt es einen Hinweis auf die Haftpflichtversicherung. Weiters können die bereits erwähnten Nebenpflichten wie Warnpflichten, Aufklärungs- und Nachforschungsrisiken positiv wie auch negativ beschrieben werden. Üblich ist es auch, die Anspruchsfristen zu verkürzen: In Österreich gibt es Gewährleistungsfristen von 2 Jahren ab Ablieferung, ab Ende des Mandates, wenn man nichts anderes vereinbart. Das kann man nach der Judikatur durchaus auf 1 Jahr oder sogar 6 Monate begrenzen, womit man sich gleich sicherer fühlt und forciert auch den Kunden, es rechtzeitig zu sagen und nicht gegen Ende der 2. Jahres. Dasselbe gilt für Schadenersatzforderungen, wo es eine dreijährige Frist ab Beginn bzw. Erkennbarkeit des Schadens und Schädigers gibt. Auch das kann man entsprechend reduzieren. Das Beweislast-

thema, wer wem was beweist, kann man ebenfalls drehen und sagen: Alles, was dem Berater vom Kunden vorgeworfen wird, muss der Kunde im Prozess beweisen.

Hat man es mit ausländischen Kunden zu tun, stellt sich die Frage der Anwendung des materiellen Rechts, des deutschen oder österreichischen oder britischen Rechts z.B., wie ein Vertrag zu beurteilen ist. Und auch die Frage, wo es zu einer Auseinandersetzung kommt. Ähnlich wie beim Fußball, zuhause zu prozessieren ist wesentlich einfacher als in ein fremdes Stadion einzulaufen und zu versuchen, gegen das dortige Publikum ein Tor zu schießen. Daher Gerichtsstandvereinbarung ist sehr wichtig. Genauso muss man sich das Thema Mediation - es gibt ja auch viele Berater dafür - als vorgeschaltetes Streitschlichtungselement und auch Schiedsgericht als Lösung genauer anschauen.

Nun folgen Schlussempfehlungen des Experten. Er bezieht sich darauf, dass die Kammer sehr versierte und taugliche allgemeine Geschäftsbedingungen empfiehlt. Man kann natürlich eigene Geschäftsbedingungen entwerfen. Man hat es auch bei der Durchsetzung gegenüber dem Kunden relativ einfach, weil man dann sagen kann, dass diese von der Interessenvertretung stammen, also objektiv geprüft sind. Dr. Jedlicka hat zumindest noch nie vernommen, dass diese AGBs bei Gericht kritisiert worden wären. Daher mit dem Kunden die Bedingungen vereinbaren, verhandeln und sagen, das sei der Usus oder in der Branche wird nach diesen AGBs gearbeitet.

Ein abschließender Tipp: Es gibt einen Rahmenvertrag zwischen Wirtschaftskammer, UBIT und einem namhaften österreichischen Versicherer, wo es um relativ moderates Geld einen wunderschönen Schutz gegen die im Webinar genannten Dinge gibt. Also nicht gegen das Gewährleistungsthema, denn bei mangelhafter Beratung kann der Preisminderungsanspruch nicht versichert werden, aber gegen den Vermögensschaden, der dem Kunden zugefügt werden könnte, kann man sich versichern lassen. In diesem Vertrag ist die aktuelle Versicherungssumme von 1,5 Millionen enthalten, was den Vorteil hat, dass die gerichtliche Auseinandersetzung damit geschützt ist, d.h. die Abwehrkosten in der Auseinandersetzung mit dem Kunden sind mitversichert. Daher empfiehlt Dr. Jedlicka einen solchen Versicherungsschutz. Bei den Rechtsanwälten und Notaren ist es sogar Pflicht.

Diese angesprochene UBIT-Versicherung ist zu finden auf [www.ubit.at/versicherung](http://www.ubit.at/versicherung)

Die Frage, ob die Freiräume in den AGBs der UBIT, wie ein Teilnehmer es genannt hat, der Ausschluss der leichten Fahrlässigkeit und ähnlicher Dinge, berücksichtigt wurde, wird bejaht. Es wird nochmals wiederholt, dass im unternehmerischen Verhandeln bis zur Grenze der Sittenwidrigkeit Dinge vereinbart werden und in Geschäftsbedingungen umgesetzt werden dürfen. Bei den Geschäftsbedingungen gibt es nur noch eine weitere gesetzliche Bestimmung, die den Kunden schützt, wenn so etwas nicht ausgehandelt ist, vor total überraschenden Klauseln. Dabei stehen sehr skurrile Dinge aufgeschrieben, die nach der Beurteilung von Dr. Jedlicka nicht skurril, sondern sehr ausgewogen sind, aber zum Vorteil des Unternehmensberaters. Diese Bedingungen werden auch regelmäßig auf Aktualität und Rechtskonformität geprüft. Wichtig ist, dass man sie vereinbart, denn AGB gelten nicht deswegen, weil sie auf der Homepage stehen oder ich sie mit der Rechnung mitschicke. Das ist in der Praxis ein weiteres Thema, dass man mit dem Kunden die Bedingungen wirklich aushandeln und ihm sagen muss, dass es gewisse Geschäftsbedingungen gibt, mit denen verhandelt wird, alles andere wird ohnedies im Hauptvertrag vereinbart. Nicht nur nachschicken, sondern diese müssen konkret vereinbart werden.

Auch diese allgemeinen Geschäftsbedingungen sind zu finden auf [www.ubit.at](http://www.ubit.at)

Eine letzte Frage zu dem Fall, dass ein Unternehmensberater ein EPU ist und die aktive Gestaltung der Vertragsverhandlungen auch gegenüber einem größeren Unternehmen oder Konzern übernehmen soll. Es kann dann passieren, dass die AGBs der beiden kollidieren. Wie wird hier abgewogen? Dr. Jedlicka verwendet dafür den Terminus technicus kreuzende Verweisungen, was wirklich oft passiert, dass A bei B bestellt unter ausdrücklicher Geltung seiner eigenen Verkaufs- und Lieferbedingungen und B kauft zu seinen eigenen Einkaufsbedingungen. Der Richter wird feststellen, dass im Vorfeld nicht geredet wurde. Alles was



bei diesen kreuzenden Vereinbarungen übereinstimmt, gilt als vereinbart, bei allem, was sich widerspricht, gilt, was im Gesetz oder Hauptvertrag steht. Es ist klar, dass bei einer Unternehmensberaterleistung an eine große Bank beispielsweise es sehr schwer ist, das umzusetzen. Trotzdem ist auch als Ein-Personen-Unternehmen die Beschäftigung mit dem Vertragsmanagement ganz wichtig, kostet Zeit und Geld, ist aber wie eine Rüstung, die man sich einmal zulegt. Man hat damit eine bessere Verhandlungsbasis, auch als kleines Unternehmen. Es ist somit wesentlich, sich in diesem Bereich der Vertragsgestaltung und der AGBs mit diesem Thema intensiv auseinandersetzen, um später besser geschützt zu sein.

Die weiteren Fragen werden im Anschluss bzw. im Laufe der auf das Webinar folgenden Woche schriftlich beantwortet und öffentlich auf der Homepage zugänglich gemacht werden. Es folgt eine Ankündigung, dass das Webinar nachgesehen und als Transkript nachgelesen werden kann.

Das dritte Webinar der Fachgruppe UBIT wird für 22. Juni 2016 angekündigt, zum Thema IT-Sicherheit, Cyber Security.

## Chatfragen

*Wie hoch ist die Umsatzgrenze bei der UBIT Rahmenhaftpflichtversicherung?*

Auf Basis des Rahmenvertrages sind alle Mitglieder des Fachverbandes UBIT mit einem Jahresumsatz bis zu 500.000,-€ berechtigt dem Rahmenvertrag beizutreten und die darin enthaltenen Versicherungsleistungen in Anspruch zu nehmen. Für Unternehmen mit einem über diese Grenzen hinausgehenden Jahresumsatz können individuelle Angebote erstellt werden. Mehr dazu unter [www.ubit.at/versicherung](http://www.ubit.at/versicherung).

*Der Mangel muss ja vom Kunden an mich herangebracht werden. Welche Kriterien muss diese „Reklamation“ aufweisen, sodass diese auch zulässig ist. „Alles ist schlecht“ ist ja schwer reklamierbar*

Richtig ist, dass der Mangel an Sie herangetragen werden muss. Dieser Vorgang nennt sich „Rügepflicht“. Die vom Kunden zur Wahrung seiner Ansprüche an Sie heranzutragende „Mängel rüge“ ist dessen Obliegenheit. Die Anzeige eines Mangels ist eine sogenannte Wissenserklärung. Die Rüge muss richtig adressiert sein und bedarf nach der Rechtsprechung keiner besonderen Form, sie kann mündlich, telefonisch, mittels FAX, E-Mail, SMS oder auch konkludent erfolgen.

Die dabei angezeigten Mängel müssen hinreichend substantiiert bzw. konkretisiert sein, wobei erkennbar sein muss, welcher Teil der Beratung in welchem Ausmaß mangelhaft sein soll, wie der Mangel beschaffen ist und unter welchen Begleitumständen er aufgetreten ist.

*Problem AGBs, wenn diese im Widerspruch sind! Inwieweit sind diese Freiräume in den AGBs der UBIT berücksichtigt? Wie schaut der Versicherungsschutz der UBIT-Versicherung bei den erweiterten Standesregeln der ARGE pro Ethik aus?*

Tatsächlich tritt in der Praxis das Problem einander widersprechender Allgemeiner Geschäftsbedingungen sehr häufig auf. Dazu muss man wissen, dass Allgemeine Geschäftsbedingungen nur dann relevant und in rechtlicher Sicht verbindlich sind, wenn sie als Teil des Vertrages vereinbart worden sind. Dies geschieht in der Praxis dadurch, dass man deren Geltung ausdrücklich und schriftlich vereinbart, sehr oft verweist ein Vertragspartner darauf, dass er den Vertrag nur abschließen möchte, wenn seine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelten und der andere Vertragsteil widerspricht dem nicht, fix wird aber das Thema AGBs im Rahmen der Vertragsverhandlungen vernachlässigt und präsentieren beide Vertragsteile ihre eigenen Geschäftsbedingungen.

Wenn dies der Fall ist, spricht man von sich kreuzenden Geschäftsbedingungen.

In den allermeisten Fällen gelten dann weder die einen, noch die anderen Geschäftsbedingungen, es sei denn, es fänden sich darin vollkommen übereinstimmende Vertragsregelungen. Dies ist aber ganz selten der Fall. Es bedarf daher einer gewissen Sorgfalt im Rahmen der Vertragsverhandlungen, die Geltung der eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen durchzusetzen, sprich auch zu vereinbaren.

Wenn Sie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen für Unternehmensberater (UBIT-Bedingungen) verwenden wollen, gilt für diese Bedingungen das Gleiche, was für alle Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu gelten hat:

Wenn man sie nicht vereinbart, gelten sie nicht. Einander kreuzende Allgemeine Geschäftsbedingungen widersprechen sich und gelten damit ebenfalls nicht.

Ob die erweiterten Standesregeln der ARGE pro Ethik einen Einfluss auf den Versicherungsschutz der UBIT-Versicherung hat, kann ich leider nicht beurteilen. Diese Standesregeln sind mir nicht bekannt.

Die Standesregeln der ARGE pro Ethik haben keine Auswirkung auf den Versicherungsschutz. Hingegen bewirkt eine CMC-Zertifizierung, dass man bei den Prämien begünstigt wird.

*Bitte am Ende eine Zusammenfassung aller gesetzlichen Bestimmungen, welche das Berufsbild des Unternehmensberaters regeln.*

Gewerberechtliche Grundlage für die Ausübung des Gewerbes des Unternehmensberaters sind § 94 Z 74 GewO 1994, sowie § 136 GEwO 1994. Beide Gesetzesbestimmungen schließe ich gerne an.

Für relevant halte ich auch die Verordnung über die Prüfung für das Gewerbe Unternehmensberater. Von besonderer Relevanz ist aber auch das Berufsbild Unternehmensberatung. Beide Dokumente sind auf der Homepage [www.ubit.at](http://www.ubit.at) abrufbar.