

Literatur

Leitner, Max: Die Haftung des Schiedsrichters. 278 Seiten, Manz, Wien 2016. Broschiert. € 69,-. ISBN 978-3-214-11099-4.

In seiner Untersuchung der *Haftung des Schiedsrichters* analysiert *Leitner* das schiedsrichterliche Haftungsprivileg ausgehend von drei Anknüpfungspunkten: § 594 Abs 4 ZPO, dem Amtshaftungsgesetz und allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung aus dem Schiedsrichtervertrag.

Dabei geht der Autor einleitend im Detail auf die Grundlagen und die Entwicklung der derzeit herrschenden Rsp und Lehre zum Thema Schiedsrichterhaftung ein:

Nach ständiger Rechtsprechung kommt eine Haftung des Schiedsrichters nur in den in § 594 Abs 4 ZPO ausdrücklich genannten Fällen (Nichterlassung eines Schiedsspruchs bzw Verzug) oder in Folge einer erfolgreichen Anfechtung eines Schiedsspruchs in Betracht. Die hL begründet die eingeschränkte Haftung des Schiedsrichters zum überwiegenden Teil mit einem Umkehrschluss aus § 594 Abs 4 ZPO. *Leitner* steht einem Ausschluss der allgemeinen vertraglichen Schadenersatzhaftung des Schiedsrichters auf Grundlage des § 594 Abs 4 ZPO jedoch kritisch gegenüber. Er vertritt die Ansicht, dass diese Bestimmung keine über ihren unmittelbaren Anwendungsbereich reichende Bedeutung für die Haftung des Schiedsrichters habe. Aus der ausdrücklichen Erwähnung von Nichterfüllung und Verzug könne nicht geschlossen werden, dass ein Schiedsrichter für sonstige Schäden nicht (bzw nur nach erfolgreicher Anfechtung des Schiedsspruchs) hafte.

Leitner lehnt auch eine analoge Anwendung der Bestimmungen des Amtshaftungsgesetzes als Begründung für die Einschränkung der Schiedsrichterhaftung ab. So sei beispielsweise eine Analogie der Haftungsbeschränkung für Organe iS des AHG auf grobe Fahrlässigkeit und Vorsatz nach § 3 Abs 1 AHG auf die schiedsrichterliche Tätigkeit insofern problematisch, als dass diese Beschränkung im AHG nicht gegenüber dem primär Geschädigten bestehe, sondern gegenüber dem regressierenden Rechtsträger. Dieser haftet dem Geschädigten jedoch auch für leicht fahrlässiges Verhalten des Organs. Bei einem Analogieschluss auf Schiedsrichter werde somit ein dreipersonales auf ein zweipersonales Verhältnis übertragen und die Position des Geschädigten dadurch beeinträchtigt.

Auch § 2 Abs 3 AHG eigne sich nach *Leitners* Ansicht nicht als Grundlage für eine Analogie. Gemäß dieser Bestimmung können aus Erkenntnissen von Höchstgerichten keine Amtshaftungsansprüche abgeleitet werden. Die von Teilen der Lehre geforderte analoge Anwendung der Bestimmung auf Schiedsgerichte sei deshalb verfehlt, weil Schiedssprüche durchaus richterlicher Kontrolle unterliegen und Schiedsgerichte somit nicht den in § 2 Abs 3 AHG genannten „Grenzorganen“ entsprechen.

Nachdem *Leitner* eine schiedsrichterliche Haftungsbeschränkung weder durch § 594 Abs 4 ZPO noch durch analoge Anwendung der Bestimmungen des AHG begründet sieht, widmet er sich in einem umfangreichen abschließenden Kapitel der Analyse des Schiedsrichtervertrags, den er, abweichend von der hL, als freien Dienstvertrag qualifiziert.

Leitner unterstellt dem Schiedsverfahren ein gewisses „aleatorisches Element“. Der Umstand, dass ein Schiedsgericht aufgrund flexiblerer Verfahrensgestaltung und mangels Instanzenzug zu einem anderen rechtlichen Ergebnis als ein staatliches Gericht gelangen kann, könne

sich für eine Partei nämlich *ex ante* betrachtet sowohl als Vorteil als auch als Nachteil erweisen. Im Falle einer objektiv sorgfaltswidrig zustande gekommenen rechtlich „falschen“ Entscheidung des Schiedsgerichts profitiere jene Partei, die durch eine rechtlich „richtige“ Gerichtsentscheidung wirtschaftlich benachteiligt worden wäre.

Die Ersatzfähigkeit des Schadens der unterliegenden Partei, der im Verlust eines solchen Schiedsverfahrens liegt, würde laut *Leitner* jedoch dazu führen, dass schlussendlich die falsche Partei gewinnt, die (fälschlich) unterliegende Partei ihren Schaden ersetzt bekommt und somit nur der schadenersatzpflichtige Schiedsrichter verliert. Dadurch wären die Parteien durch ein sorgfaltswidriges Verhalten des Schiedsrichters insgesamt besser gestellt als bei sorgfaltsgemäßer Verfahrensführung.

Demnach, so *Leitner*, müsse sich das aleatorische Element des Schiedsverfahrens auch auf den Schiedsrichtervertrag auswirken. *Leitner* begründet das Haftungsprivileg des Schiedsrichters damit, dass das „allgemeine Prinzip“ des vertraglichen Schadenersatzes, wonach jeder rechtswidrig und schuldhaft verursachte Schaden zu ersetzen sei, aufgrund der besonderen Struktur des Schiedsverfahrens keine ausgeglichene und ineffiziente Regelung darstelle.

Leitner gelangt somit aber auch zum Ergebnis, dass ein Haftungsprivileg nur für jene Schäden gelten solle, die für die unterlegene Partei aus dem Verfahrensverlust resultieren. Für alle anderen Schäden habe der Schiedsrichter nach den allgemeinen Grundsätzen der Vertragshaftung einzustehen. Der Schiedsrichter hafte demnach zB für einen Schaden aus einem zu spät abgesetzten Verhandlungstermin oder nach § 1313a ABGB für das Fehlverhalten seiner Bürokräfte.

Mit abschließendem Verweis auf jüngere Rsp hält es *Leitner* für möglich, dass auch der OGH Zweifel an seiner bisherigen Rechtsprechung zum Haftungsprivileg des Schiedsrichters hege (jedenfalls für jene Fälle, in denen noch kein Schiedsspruch erging).

Die vorliegende Monographie stellt einen wertvollen Diskussionsbeitrag zur Frage nach den Grundlagen des Haftungsprivilegs des Schiedsrichters dar. *Leitner* bietet damit einen umfassenden und sehr ausführlichen Überblick über das Thema und legt argumentative Lücken in der hL und Rsp sorgfältig offen. Jedem Schiedsrechtspraktiker und akademisch Interessierten ist das Werk somit sehr zu empfehlen.

Gerold Zeiler

Granner, Georg: Dingliche Wirkung öffentlicher Rechte und Pflichten. 331 Seiten, Jan Sramek, Wien 2014. Gebunden. € 85,-. ISBN 978-3-7097-0047-1.

Dieses Buch, eine Linzer Dissertation, behandelt einen unübersichtlichen Gegenstand und setzt sich ein ambitioniertes Ziel. Es begnügt sich nicht mit einer Gesetznovelle oder erschöpft sich in einer Einzelfrage, sondern sucht nach dem Allgemeinen, in klarer Sprache, umsichtig, reich an Beispielen, geduldig mit den Regelungsfragmenten aus unterschiedlichen Epochen und Bereichen, sorgfältig in der Dogmengeschichte und gutwillig in der Judikaturanalyse, aber auch mit klarem Blick auf Widersprüche und Inkonsistenzen, mit einer knappen und präzisen Zusammenfassung und mit dem ausführlichen Stichwortverzeichnis eines Nachschlagewerks.

Anzuzeigen ist also eine sehr gute Dissertation, nur ist schwer zu sagen, wovon sie handelt. Über weite Strecken geht es um den dinglichen Bescheid, aber wie der gleichnamige Aufsatz von *Pauger* (ZfV 1984, 93, 250), dem das Werk viel verdankt, beschränkt es sich nicht darauf. Der dingliche Bescheid gilt wegen seiner Sachbezogenheit nicht nur für seinen Adressaten, sondern auch für Nach-

folger, die dieselbe Stellung zur Sache einnehmen, etwa als Inhaber der gewerblichen Betriebsanlage, die mit dem Bescheid genehmigt wurde, oder als Eigentümer eines Bauwerks, das nach dem Bescheid beseitigt werden muss. Wer über den dinglichen Bescheid spricht, redet also von Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht, und so lautet denn auch der Untertitel des Buches. Im Vorwort (V) vertritt uns der Autor, dass er anfangs überhaupt das Generalthema der Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht behandeln wollte und sich am Schluss mit dem Sonderfall der dinglichen Wirkung als Kern der Arbeit begnügen musste. Das ursprüngliche Vorhaben merkt man aber noch, zum Glück, in den Abschnitten, in denen er die dingliche Wirkung den Nachfolgeregimen für persönliche Rechte und Pflichten gegenüberstellt: Hier geht es nicht nur um eine Abgrenzung, sondern um ein ganzes „System der Rechtsnachfolge im öffentlichen Recht“ (so der Klappentext), also ein umfassendes Modell für die Nachfolge in dingliche und persönliche Positionen, letztere unterteilt in Einzelrechtsnachfolge und (erbrechtliche und unternehmensrechtliche) Gesamtrechtsnachfolge.

Andererseits gibt es Dinglichkeit von Rechten und Pflichten, verstanden als Sachbezogenheit, nicht nur als Bescheidfolge. Sie ist vielmehr eine Eigenschaft von Rechtspositionen, die durch beliebigen Rechtsakt geschaffen werden können, also auch etwa durch Gesetz, Verordnung, Maßnahme oder öffentlich-rechtliche Willenserklärung, und die jeweils Personen treffen, die eine bestimmte Sachherrschaft haben. Dieser Erkenntnis verdankt die Arbeit wohl ihren Titel. Der Autor erweitert das Bescheidthema also in Rechtsnachfolge und in Dinglichkeit. Beide Wege sind interessant, nur führen sie auseinander und können daher gleichzeitig schlecht begangen werden. Das zeigt sich in der Gliederung des zentralen Teils der Arbeit, der „Eckpunkte der dinglichen Wirkung“: Behandelt werden der Rechtsgrund und des Übergangs, seine gesetzliche Ausgestaltung, sein Gegenstand, die Rechtsstellung zur Sache, an die er anknüpft, seine Rechtsfolgen, seine Erstreckung auf mitbeteiligte Parteien und vollstreckungsrechtliche Aspekte. Das wäre alles natürlich und wohlgeordnet – wenn nicht zwischen Rechtsstellung zur Sache und Rechtsfolgen auf mehr als 150 Seiten die Nachfolge in *persönliche* Rechte und Pflichten erörtert und zwischen Rechtsfolgen und speziellen Rechtsfolgen für mitbeteiligte Parteien noch ein Abschnitt über die dingliche Wirkung als allgemeine Erscheinung des Verwaltungsrechts hineingepresst wäre. Hier hat den Autor einfach der Mut zur Ausgliederung in selbständige Teile verlassen. Am Wert des jeweiligen Inhalts ändert das freilich nichts.

Interessant ist auch der (nach der Einleitung) zweite Teil der Arbeit zur „Dogmatischen Begründbarkeit der dinglichen Wirkung“, der die Geschichte der Rechtsfigur nachzeichnet, vom Werk *Tezners* (Die Privatrechtstitel im öffentlichen Recht [1894]; Das österreichische Administrativverfahren [1896/1925]) bis zur aktuellen Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts. Da gesetzliche Regelungen (immer noch) oft fehlen, steht der „ungeschriebene Grundsatz der dinglichen Wirkung“ im Mittelpunkt. Nachdem der Autor auf 40 Seiten Übung und Rechtsüberzeugung nachgewiesen hat, zieht er den Schluss auf Gewohnheitsrecht – nicht, sondern sieht den Grundsatz vielmehr auf „objektiv-historischem Weg begründet“ (68). Durch das „beredete Schweigen“ des Gesetzgebers über eine vorgefundene Regelung (Rechtsercheinung)“ (23, 68) sei der Grundsatz anerkannt worden und könne „in weiterem Sinne als gesetzlich zugelassen und angeordnet“ gelten (24). Diese Positivierung durch Anerkennung will nicht recht einleuchten: Zum einen erklärt sie nicht, wie die anerkannte „vorgefundene Regelung (Rechtsercheinung)“ entstanden ist. Zum anderen

leugnet sie Gewohnheitsrecht nicht nur im konkreten Fall, sondern seine Möglichkeit überhaupt, denn dann wäre jegliches Gewohnheitsrecht ja immer schon durch Schweigen „gesetzlich ... angeordnet“. Viel einfacher und überzeugender wäre es daher, den ungeschriebenen Grundsatz der dinglichen Wirkung – wie vielleicht auch die Geltung des Gesetzesvorbehalts für die Gerichtsbarkeit, die allgemeine Betretbarkeit der Tiroler Berge, die Einstimmigkeit im Ministerrat oder die meisten Regeln über die Zurechnung von Verhalten zum Staat – gewohnheitsrechtlich zu erklären.

Dieser Teil der Arbeit ist also ein gutes Beispiel dafür, wie ein Tabu am Denken hindert. Er kann aber auch als gutes Beispiel dafür genommen werden, dass Gewohnheitsrecht nach wie vor eine Rolle spielt, wie man es begründen kann – und auch wie sich seine Inhalte gegen verfassungsrechtliche Einwände verteidigen lassen. Der entsprechende Abschnitt zur Vereinbarkeit der dinglichen Wirkung mit rechtsstaatlichen Anforderungen überzeugt besonders, weil er mit der Sicherung von Stabilität und Verantwortlichkeit den Sinn des Instituts, die Freiwilligkeit der Übernahme der Sachherrschaft und darüber hinaus auch die zivilrechtlichen Kompensationsmöglichkeiten für Übergangsrisiken angemessen berücksichtigt.

Insgesamt ist das Buch jedenfalls eine Bereicherung für die Wissenschaft vom Allgemeinen Verwaltungsrecht und zugleich ein praktisches Hilfsmittel vor allem in anlagenrechtlichen Verfahren. Was will man mehr?

Franz Merli

Pöschl, Magdalena: System der Gewerbeordnung. 368 Seiten, Manz, Wien 2016. Broschiert. € 59,-. ISBN 978-3-214-00467-5.

Wer sich mit dem geltenden Gewerberecht beschäftigen will, benötigt schon seit längerem Wegweiser. Die „normale“ Lektüre des Gesetzestexts genügt auch erfahrenen Juristen nicht. Die Gründe liegen zum einen im Äußerlichen: Die GewO wird fortwährend kasuistisch ergänzt, sie wird laufend korrigiert. Im Jahr 2010 wurde sie während eines Jahres acht Male novelliert. Speziellstes tritt zu Speziellem hinzu. Neue unternehmerische Tätigkeiten müssen sogleich eingefangen werden, ebenso wie neue Judikatur. Ressortegoismus führt zu unnötigen Verdopplungen: Allgemeine Bestimmungen über Abfallvermeidung genügen nicht, sie müssen in der GewO wiederholt werden, jedoch nicht wortgetreu. Allgemeine Bestimmungen über Immissionsschutz und Luftreinhaltung genügen nicht, sie müssen in der GewO wiederholt werden, aber wieder nicht wortgetreu. Mitunter ist im Zusammenhang mit Novellierungen von „Liberalisierung“ oder „Deregulierung“ die Rede. Tätigkeiten werden dann von einer Liste in eine andere umgereiht, sie bleiben gleichwohl anmeldepflichtig, und die Arbeit der Gewerbebehörden bleibt dementsprechend unverändert.

Aber auch inhaltlich benötigt der Rechtssuchende Wegweisungen. Etwa dass die Begriffe „Gewerbeinhaber“, „Gewerbeberechtigter“ und „Gewerbetreibender“ nicht gleichbedeutend sind. Oder dass der Begriff des „Anlageninhabers“ von der wie immer erlangten Gewahrsame über Sachsubstrat abhängt, aber nicht vom Erwerb einer Genehmigung. Schließlich hat man einfach zu wissen, dass das gewerbliche Betriebsanlagenrecht – anders als das Baurecht – vom gesetzlich nirgends geregelten Grundsatz der Einheit der Betriebsanlage geprägt ist. Im Verhältnis zum Unionsrecht ist die GewO über weite Strecken als gold plating zu qualifizieren: Sehr viele Bestimmungen gründen in Abwehrmotiven der Wirtschaftskammerorganisation, sind jedoch unionsrechtlich nicht geboten. Unter Bezugnahme auf die §§ 373a ff kon-