

B. Das Mediationsgesetz

I. Ausgangspunkt: die Richtlinie 2008/52/EG

1. Die Entstehungsgeschichte der Mediations-RL

Hintergrund der in der Richtlinie vorgenommenen Regelungen ist, dem Binnenmarkt ein Streitbeilegungsinstrument in die Hand zu geben, das kostengünstig, flexibel und rasch einsetzbar sowie unabhängig von nationalen Verfahrensordnungen ist.⁸³ Dabei strebt die Richtlinie keine umfassende Regelung an, sondern beschränkt sich auf einzelne Kernbereiche, die wesentlich erscheinen.⁸⁴

Eine Auseinandersetzung mit dem Verfahren der Mediation durch die Europäische Union fand bereits vor geraumer Zeit statt. Bedingt durch den Vertrag von Amsterdam, der am 2. Oktober 1997 unterzeichnet wurde, fand das Ziel zur Einrichtung des Raumes für Freiheit, Sicherheit und Recht eine Aufnahme in die Verträge, womit man unter anderem eine engere justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen erreichen wollte.⁸⁵ Die Neueinfügung von Art. 65 EG-Vertrag a. F. in den Vertrag stellte die vertragliche Rechtsgrundlage dar, die für die Ausweitung auf die alternative Streitbeilegung erforderlich war.⁸⁶ Aufgefordert zur Schaffung von außergerichtlichen, alternativen Streitbeilegungsverfahren wurden die Mitgliedsstaaten ebenfalls vom Europäischen Rat bei seiner Tagung in Tampere im Jahr 1999.⁸⁷ Maßgeblich wurde der Fokus zu dem Zeitpunkt noch auf die Mitgliedsstaaten gelegt und nicht auf die Gemeinschaft.⁸⁸ Genauso sahen die Durchführungsprogramme von Wien und Den Haag Maßnahmen der außergerichtlichen Streitbeilegung vor.⁸⁹ Der Rat der Justiz- und Innenminister forderte die Kommission auf, ein Grünbuch zu erarbeiten, das in einem umfassenden Überblick Aufschluss über die derzeitige Lage geben sollte.⁹⁰ Daraufhin legte die Euro-

83 Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2737; Sujecki, EuZW 2010, 7, 7.

84 Dies ergibt sich bereits aus deren Namen „Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“. Trenczek, ZRP 2008, 186, 188. Ziel war die Schaffung von Vertrauen durch Mindeststandards, so Sharma, in: Haft/v. Schlieffen, Handbuch Mediation, § 51 Rn. 5; Wozniowski, NZG 2008, 410, 410: „Die Richtlinie fördert die Mediation für den Fall eines erfolgreichen Verlaufs und verhindert Nachteile im Fall eines Scheiterns.“

85 Dabei handelt es sich nur um eine der getroffenen Regelungen. Für eine detaillierte Übersicht vgl. Suhr, in: Calliess/Ruffert, EUV, AEUV Art. 67 Rn. 10 ff.

86 Lahann, ZEuS 2008, 359, 362.

87 Erwägungspunkt RL 2008/52/EG Nr. 2.

88 v. Amelrode, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, S. 39, 40.

89 Hess, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 93.

90 Duve, AnwBl 2004, 1, 1; Sharma, in: Haft/v. Schlieffen, Handbuch Mediation, § 51 Rn. 5, vgl. dazu auch Ewig, ZKM 2002, 149 ff.; Lahann, ZEuS 2008, 359, 362 f.

päische Kommission im Jahr 2002 ein Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vor und leitete damit eine erste Diskussion ein.⁹¹ Maßgebliche Aspekte darin sind Entlastung der Justiz, Verkürzung der Verfahren, Zugang der Bürger zum Recht und eine Möglichkeit zur Ersparnis von Kosten zu schaffen.⁹² In der Veröffentlichung der Rückmeldungen⁹³ auf das Grünbuch durch die Kommission wurde deutlich, dass die Initiative als solche positiv bewertet, aber auch die Frage nach der Ausgestaltung unter Einbeziehung der notwendigen Flexibilität und der kulturellen Unterschiede im Hinblick auf eine einheitliche Regelung aufgeworfen wurde. Unter Einbeziehung der Rückmeldungen resultierte daraus letztlich die Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.⁹⁴ In der Zwischenzeit wurde an dem „European Code of Conduct for Mediators“ gearbeitet, der am 2. Juli 2004 auf einer Expertentagung angenommen wurde.⁹⁵ Der Kodex enthält eine Reihe von Prinzipien,⁹⁶ denen sich die Mediatoren bzw. deren Verbände freiwillig unterwerfen können, entfaltet aber insoweit keinerlei rechtsverbindliche Wirkung.⁹⁷ Auch findet keine Überwachung der Einhaltung durch die Kommission statt.⁹⁸ Wesentliche Unterscheidungsmerkmale der beiden Maßnahmen – Verhaltenskodex und Richtlinie – sind die verschiedenen Adressaten. Während sich der Kodex an Mediatoren und Verbände richtet, sind Adressaten der Richtlinie die Mitgliedsstaaten. Ebenso ergibt sich eine inhaltliche Unterscheidung insofern, als dass sich die Mediations-RL mit der Integration des Mediationsverfahrens in den nationalen Zivilprozess befasst, während der Verhaltenskodex Regelungen über die Zulassung und Qualifikation von Mediatoren enthält.⁹⁹

91 Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht KOM (2002) 196 endgültig vom 19.04.2002. Vgl. *Racine/Winkler*, MMR 2002, 794 ff. zur Frage, ob das Grünbuch der Kommission Konfliktlösungsansätze bietet.

92 v. *Amelrode*, in: *Greger/Unberath*, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, S. 39, 41, sieht darin eine Verkürzung der Mediation auf ihr Einsparungspotential für überlastete Justizsysteme.

93 Veröffentlichung der Antworten zum Grünbuch ADR vom 31.3.2003 abrufbar unter: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_de.pdf, zuletzt aufgerufen am 14.01.2013.

94 *Rossi*, in: *Calliess/Ruffert*, AEUV Art. 81 Rn. 31; *Mähler/Mähler*, in: *Büchting/Heussen*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 47 Rn. 102.

95 European Code of Conduct for Mediators, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf, zuletzt aufgerufen am 14.01.2013; vgl. dazu auch *Lahann*, ZEuS 2008, 359, 364 f.

96 Regelungen zu Aus- und Weiterbildung, Werbung, Unabhängigkeit, Neutralität, Fairness, Verschwiegenheit, etc., vgl. *Sick*, in: FS für R. Haase, S. 333, 344; *Diop/Steinbrecher*, BB 2011, 131, 132.

97 *Sujecki*, EuZW 2010, 7, 11; *Becker/Horn*, SchiedsVZ 2006, 270, 272; *Sharma*, in: *Haft/v. Schlieffen*, Handbuch Mediation, § 51 Rn. 17 f.

98 *Hess*, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 97.

99 *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81, 81.

2. Die Regelungen der Mediations-RL im Einzelnen

Die Richtlinie 2008/52/EG trat am 13. Juni 2008 in Kraft.¹⁰⁰ Innewohnendes Ziel ist, vor allem in grenzüberschreitenden Streitigkeiten die Mediation aktiv zu fördern und damit den Zugang zur außergerichtlichen Streitbeilegung zu erleichtern sowie für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren zu sorgen (Art. 1). Die Begrenzung auf grenzüberschreitende Streitigkeiten wurde letztlich vorgenommen, da aus Art. 61 Buchst. C, Art. 65 und Art. 67 EG-Vertrag¹⁰¹ die Frage resultierte, ob unter dieser Rechtsgrundlage der Gemeinschaftsrechtgeber auch Regelungen für rein innerstaatliche, nationale Sachverhalte treffen kann, oder ob ein grenzüberschreitender Bezug vorhanden sein muss.¹⁰² Während die Kommission der Ansicht war, dass von der Rechtsgrundlage auch rein interne Fälle erfasst sind, hat dies die überwiegende Mehrheit des Rates abgelehnt und vertreten, dass das grenzüberschreitende Element in dieser Konstellation als elementar anzusehen ist.¹⁰³

Die nun getroffene Regelung versucht eine Harmonisierung des Rechtsrahmens zu erreichen, wodurch ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren gewährleistet werden soll sowie die Sicherung der Qualität der Mediation als auch eine Verknüpfung von gerichtlichen Verfahren und Mediation.¹⁰⁴ Weitere wünschenswerte Wirkung wäre die Erlangung einer gleichwertigen Stellung von Mediation und Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens. Parteien, die sich für ein Mediationsverfahren entscheiden, sollen keine Nachteile befürchten müssen.¹⁰⁵ Die Richtlinie betont jedenfalls die Schaffung von Rahmenregelungen, mit denen den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit offen steht, weitergehende Regelungen zu treffen.¹⁰⁶ Art. 5 Abs. 2 und Art. 7 Abs. 2 EU-RL kommt deshalb nur klarstellende Funktion zu.¹⁰⁷

100 Die Mediations-RL erging im Mitentscheidungsverfahren nach Art. 251 EG-Vertrag a. F. (Art. 294 AEUV n. F.) auf Grundlage von Art. 61 c (a. F.) und Art. 67 Abs. 5 EG-Vertrag (a. F.).

101 Folgt man *Eidenmüller*, *SchiedsVZ* 2005, 124, 125, ist die Rechtsgrundlage in Art. 95 EG-Vertrag a. F. zu sehen. *Gullo*, *Mediation unter der Herrschaft des Rechts*, S. 242 f.

102 v. *Amelrode*, in: *Greger/Unberath*, *Die Zukunft der Mediation in Deutschland*, S. 39, 46. Allgemeiner *Hess*, *Gutachten F* zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 99, der das Resultat im Vergleich mit dem ursprünglichen Anliegen als bescheiden bezeichnet.

103 v. *Amelrode*, in: *Greger/Unberath*, *Die Zukunft der Mediation in Deutschland*, S. 39, 47.

104 *Eidenmüller/Prause*, *NJW* 2008, 2737, 2737.

105 *Sujecki*, *EuZW* 2010, 7, 7; *Woznieski*, *NZG* 2008, 410, 412.

106 Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 7.

107 *Eidenmüller/Prause*, *NJW* 2008, 2737, 2738.

a) Räumlicher Anwendungsbereich¹⁰⁸

Entsprechend Art. 1 Abs. 2 EU-RL bezieht sich die Richtlinie auf grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen. Gem. Art. 2 Abs. 1 EU-RL¹⁰⁹ liegt eine grenzüberschreitende Streitigkeit vor, „wenn mindestens eine der Parteien, zu dem Zeitpunkt, zu dem a) die Parteien vereinbaren, die Mediation zu nutzen, nachdem die Streitigkeit entstanden ist, b) die Mediation von einem Gericht angeordnet wird, c) nach nationalem Recht eine Pflicht zur Nutzung der Mediation entsteht, oder d) eine Aufforderung an die Parteien im Sinne des Artikels 5 ergeht, ihren Wohnsitz¹¹⁰ oder gewöhnlichen Aufenthaltsort in einem anderen Mitgliedstaat als dem einer der anderen Parteien hat.“ Den Mitgliedsstaaten wird die Möglichkeit eröffnet, eine darüber hinausgehende Regelung zu treffen und insbesondere auch Vorschriften für eine interne Mediation zu erlassen.¹¹¹ Nicht in den Anwendungsbereich sollen vorvertragliche Verhandlungen sowie schiedsrichterliche Verfahren oder Schiedsgutachten fallen. Ebenso auch Verfahren von Personen oder Stellen, die eine förmliche Empfehlung zur Streitbeilegung abgeben, unabhängig von deren rechtlicher Verbindlichkeit.¹¹² Durch diese Ausklammerung wird der Differenzierung zwischen allparteilichem Mediator und lösungsvorgebendem Entscheider Rechnung getragen.¹¹³

b) Sachlicher Anwendungsbereich

(1) Von den grenzüberschreitenden Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen sind keine Rechte und Pflichten erfasst, über die die Parteien nach dem einschlägig anwendbaren Recht nicht dispositionsbefugt sind.¹¹⁴ In Anlehnung an Art. 1 EuGVVO ist der Begriff der Zivil- und Handelssache

¹⁰⁸ Räumlich gilt die RL 2008/52/EG in allen Mitgliedsstaaten mit der Ausnahme von Dänemark, Art. 1 Abs. 3.

¹⁰⁹ Ungeachtet von Art. 2 Abs. 1 RL 2008/52/EG sieht auch Art. 2 Abs. 2 noch einen weitergehenden Anwendungsbereich im Hinblick auf Vertraulichkeit und Verjährung vor. Danach ist eine grenzüberschreitende Streitigkeit auch dann gegeben, wenn nach Durchführung einer Mediation zwischen den Parteien ein Gerichts- oder Schiedsverfahren eingeleitet wird, in dem die Parteien zu dem genannten Zeitpunkt ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort hatten.

¹¹⁰ Der Wohnsitz bestimmt sich entsprechend Art. 2 Abs. 3 RL 2008/52/EG nach Art. 59 und Art. 60 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001.

¹¹¹ Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 8. Vgl. v. Amelrode, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, S. 39, 53, der davon ausgeht, dass aus europäischer Sicht die Schaffung nationaler Mediationsgesetze wünschenswert ist, da nur so eine umfassende Konfliktlösung in der Gemeinschaft erreicht werden kann.

¹¹² Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 11.

¹¹³ Dürschke/Vincenc, ZESAR 2010, 445, 447.

¹¹⁴ Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 10, wobei beispielhaft die Bereiche des Familien- und Arbeitsrechts genannt sind. Sujecki, EuZW 2010, 7, 8 f. wirft die Frage auf, ob dadurch die RL 2008/52/EG nicht anwendbar sein soll, wenn es sich um eine Streitigkeit handelt, der zwingendes Recht zugrunde liegt. Dies würde zu einer erheblichen Einschränkung des Anwen-

autonom zu bestimmen.¹¹⁵ Art. 1 Abs. 2 S. 1 EU-RL nimmt aus dem Anwendungsbereich „*Rechte und Pflichten, über die die Parteien nach dem einschlägigen Recht nicht verfügen können*“, heraus. Aus deutscher Sicht fallen darunter entgegenstehende Grundrechte bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sowie der Schutz des Opfers bei strafrechtlichen Verfahren.¹¹⁶ Darüber hinaus sieht Art. 1 Abs. 2 S. 2 EU-RL eine Nichtgeltung für „*Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten oder die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte*“ vor. Handelt es sich allerdings um Konflikte aus privatrechtlichen Verträgen der Verwaltung oder um betriebsverfassungsrechtliche Streitigkeiten, sind diese von der Richtlinie genauso erfasst wie Kontroversen aus dem Individualarbeitsrecht.¹¹⁷

(2) Die Richtlinie sieht in Art. 3 a) EU-RL eine Definition für „Mediation“ vor.¹¹⁸ Mit der getroffenen Begriffsbestimmung wurde der Anwendungsbereich für eine Mediation sehr weit gefasst. So soll dieser auch bei einem Vorschlag durch einen Dritten eröffnet sein.¹¹⁹ Allerdings sieht die United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) in ihrem Modellgesetz aus dem Jahre 2002 eine noch weitergehende Regelung vor.¹²⁰ Das UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation¹²¹ findet seinen Anwendungsbereich (Art. 1 und 3) für Vermittlungen in internationalen Handelsstreitigkeiten.¹²² Dabei reicht für eine Handelsstreitigkeit jede Streitigkeit von „*commercial nature*“ aus (Art. 1 Nr. 1 Fn. 2). „*Conciliation*“ ist im weitesten Sinne zu verstehen und erfasst daher sämtliche Situationen, in denen die Parteien mit Hilfe eines Dritten versuchen, eine Streitigkeit gütlich beizulegen (Art. 1 Nr. 3).

Durch die Beschränkung der EU-Richtlinie soll „*dem besonderen Wert der Mediation als einem privatautonomen Konfliktlösungsverfahren und*

dungsbereichs führen. Daher wird die Einschränkung verneint und stattdessen entsprechend § 1030 Abs. 1 ZPO darauf abgestellt, ob dem Staat ein diesbezügliches Rechtssetzungsmonopol zukommt. Ist das der Fall, so ist der Anwendungsbereich für die Durchführung eines Mediationsverfahrens nicht eröffnet.

115 Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2739.

116 Dürschke/Vincenc, ZESAR 2010, 445, 447.

117 Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2739.

118 Um Wiederholungen zu vermeiden, siehe unter Punkt A. II.

119 Erwägungsgrund EL 2008/52/EG Nr. 12.

120 Ausführlich zu diesem Thema Duve, in: FS für R. Haase, S. 227 ff; dazu auch Schütze, Schiedsgericht und Schiedsverfahren, Einl. Rn. 13 ff.

121 UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation A/RES/57/18, abrufbar unter: http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf, zuletzt aufgerufen am 14.01.2013.

122 Der gewünschte Erfolg des Gesetzes ist bisher nicht eingetreten. Eine Umsetzung wurde nur von wenigen Staaten vorgenommen, vgl. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation_status.html, zuletzt aufgerufen am 14.01.2013.

der Qualität der erzielten Ergebnisse“¹²³ Rechnung getragen werden. Weiteres Argument hierfür ist die erforderliche Freiwilligkeit, wonach die Parteien selbst verantwortlich sind und das Verfahren nach eigenen Vorstellungen organisieren und beenden können.¹²⁴ Obligatorische Streitbeilegungsverfahren sind daher vom Anwendungsbereich der Richtlinie gar nicht erst erfasst.

3. Die Vorgaben der Richtlinie im Einzelnen

a) Mediator

Art. 3 lit. b) EU-RL beschreibt den Mediator als „eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen, unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrem Beruf in dem betreffenden Mitgliedsstaat und der Art und Weise, in der sie für die Durchführung der Mediation benannt oder mit dieser betraut wurde“. Die neutral gehaltene Definition ermöglicht der Richtlinie den größtmöglichen Anwendungsbereich zu erlangen.¹²⁵ Subjektive Anforderungen werden von Art. 4 Abs. 2 EU-RL erfasst, der im Zusammenhang mit der hier vorgenommenen Regelung zu lesen ist. Daraus sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, die Aus- und Fortbildung für Mediatoren zu fördern.¹²⁶ Diese Regelung kann als Öffnungsklausel für die Mitgliedsstaaten gelesen werden, um ihnen die Möglichkeit zu geben, eigene Zugangsvoraussetzungen zu schaffen.¹²⁷ Maßgeblicher Grund für diese Nicht-Regelung ist wohl die fehlende Ermächtigung der Europäischen Union.¹²⁸ In der getroffenen Vorschrift findet sich deshalb nur eine allgemeine Pflicht der Mitgliedsstaaten zur Qualitätssicherung. Diese können zur Ausgestaltung den bereits erwähnten „European Code of Conduct for Mediators“ heranziehen und sich an diesem orientieren. Eine Verpflichtung zur Übernahme besteht selbstverständlich nicht. Kritisieren könnte man allerdings „unparteiisch“, da mittlerweile im Zusammenhang mit der Mediation allgemein von der „Allparteilichkeit“ die Rede ist, wonach deutlicher hervorgehoben wird, dass der Mediator anders als der Schiedsrichter den Interessen beider Parteien Rechnung zu tragen hat.¹²⁹

¹²³ Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2739.

¹²⁴ Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 13.

¹²⁵ Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81, 82.

¹²⁶ Im ursprünglichen Entwurf kam diese Aufgabe den Mitgliedsstaaten und der Kommission gemeinsam zu, vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.10.2004, abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0718:FIN:DE:PDF>, zuletzt aufgerufen am 14.01.2013.

¹²⁷ Becker/Horn, in: FS für R. Haase, S. 205, 207; Wagner/Thole, ZKM 2008, 36, 39.

¹²⁸ Hess, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 96.

¹²⁹ Dürschke/Vincenc, ZESAR 2010, 445, 447.

b) Vollstreckbarkeit der Vereinbarung

Durch Art. 6 Abs. 1 EU-RL haben die Mitgliedsstaaten sicherzustellen, dass schriftliche Mediationsvergleiche vollstreckbar gemacht werden können. Da die im Mediationsverfahren getroffene Vereinbarung von den Parteien selbst erarbeitet wird, ist fraglich, ob eine solche Regelung erforderlich ist.¹³⁰ Schließlich wird der Mediation nachgesagt, den zugrundeliegenden Konflikt nicht nur für die Vergangenheit, sondern zugleich mit Wirkung für die Zukunft zu klären.¹³¹ Um auf Nummer sicher zu gehen oder bei definitiven Regelungen für die Zukunft kann jedoch das Bedürfnis der Parteien dahin gehen, eine verbindliche, vollstreckbare Regelung zu schaffen.¹³² Gem. Art. 6 Abs. 2 EU-RL kann das Gericht oder eine andere öffentlich zuständige Stelle nach Antragstellung den Inhalt der Vereinbarung vollstreckbar machen. Ausdrücklich ausgedehnt wird dies auf im Ausland geschlossene Vereinbarungen.¹³³ Allerdings gilt das nur, wenn inhaltlich nicht gegen das Recht des jeweiligen Mitgliedsstaates verstoßen wird, Art. 6 Abs. 1 S. 2 EU-RL. Letztlich dient diese Regelung dazu, eine Gleichwertigkeit zwischen Mediationsverfahren und Gerichtsverfahren herzustellen.¹³⁴ Mit der Durchsetzbarkeit der getroffenen Vereinbarung wird der Rechtssicherheit Rechnung getragen.¹³⁵

c) Vertraulichkeit der Mediation

Während des Verfahrens soll die Vertraulichkeit durch die Mitgliedsstaaten gewährleistet sein, sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, Art. 7 Abs. 1 EU-RL. Vertraulichkeit als solche stellt ein eminentes Prinzip der Mediation dar. Müssen die Parteien befürchten, Informationen werden in einem späteren gerichtlichen Verfahren gegen sie genutzt, ist die Durchführung der Mediation von vornherein zum Scheitern verurteilt.¹³⁶ Da beide Parteien gemeinsam eine Lösung suchen, finden die Verhandlungen wesentlich offener statt als in einem vergleichbaren gerichtlichen Verfahren.¹³⁷ Ursprünglich enthielt der Entwurf der Richtlinie nur eine Vertraulichkeits-

130 So auch *Risse/Bach*, SchiedsVZ 2011, 14, 18 f., allerdings in der Diskussion um die deutsche Umsetzung der Mediationsrichtlinie. *Gullo*, Mediation unter der Herrschaft des Rechts, S. 251 verneint einen Umsetzungsbedarf.

131 *Wacker*, ZRP 2009, 239, 240 sieht den Aspekt der zukunftsbezogenen Konfliktbearbeitung unter dem Gesichtspunkt der Sicherheit.

132 *Sujecki*, EuZW 2010, 7, 8 nennt die Regelungen über die Vollstreckbarkeit eines der Kernanliegen der Mediationsrichtlinie.

133 *Lahann*, ZEuS 2008, 359, 371.

134 Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 19; *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81, 85; *Woziewski*, NZG 2008, 410, 412.

135 *Dürschke/Vincenc*, ZESAR 2010, 445, 449.

136 *Gullo*, Mediation unter der Herrschaft des Rechts, S. 185; *Peters*, JR 2009, 314, 315.

137 *Wozniewski*, NZG 2008, 410, 412.

verpflichtung für den Mediator.¹³⁸ Nunmehr wurde ein umfassendes Zeugnisverweigerungsrecht geregelt.¹³⁹ Erfasst ist aber nicht das Recht des Mediators, Aussagen über die erlangten Informationen abzugeben.¹⁴⁰

Der Ansatz der Richtlinie ist personenbezogen. Weder der Mediator noch in die Durchführung einbezogene Hilfspersonen sollen in Gerichts- oder Schiedsverfahren sowie in Zivil- und Handelssachen zu Aussagen gezwungen werden können, sofern sich ein Zusammenhang mit einem Mediationsverfahren ergibt.¹⁴¹

Art. 7 Abs. 1 lit. a) enthält einen *ordre-public* Vorbehalt. Insofern ist eine Aussage in einem nachfolgenden Verfahren vorzunehmen, sollten bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein.

d) Verjährungsfristen

Art. 8 EU-RL sieht eine Verjährungshemmung für die Zeit der Mediationsverhandlungen vor. Gewährleistet wird damit, dass auch nach Ablauf bzw. Scheitern der Verhandlungen – anderweitig dürfte sich kein Bedürfnis für die Durchführung eines weiteren Verfahrens ergeben – ein Gerichts- oder Schiedsverfahren aufgrund derselben Streitigkeit eingeleitet werden kann.¹⁴² Das gerichtliche Verfahren sieht eine solche Hemmung vor und nur, wenn die Parteien keinerlei Nachteile befürchten müssen, kann die Mediation eine echte Alternative zum Gerichtsverfahren darstellen.¹⁴³ In einer früheren Fassung sah Art. 8 EU-RL einen weiteren Anwendungsbereich für Ausschlussfristen vor.¹⁴⁴ Dieser ist im Laufe des Verfahrens wieder entfallen.

4. Zusammenfassung

Durch die Einführung der Mediationsrichtlinie geht die Europäische Union einen ersten Schritt in Richtung verbindliche Regelungen zur Mediation. Was mit dem Verhaltenskodex nicht erreicht werden konnte, muss nun verbindlich umgesetzt werden.¹⁴⁵ Maßgeblich werden somit drei Aspekte geregelt, die drei „V“: Verschwiegenheit, Verjährung, Vollstreckbarkeit.¹⁴⁶ Durch

138 Lahann, ZEuS 2008, 359, 371.

139 Hess, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 107.

140 Wagner/Thole, ZKM 2008, 36, 38.

141 Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2737, 2740. Insoweit geht die RL 2008/52/EG über das geltende deutsche Recht hinaus, vgl. Peters, JR 2009, 314, 317.

142 Becker/Horn, in: FS für R. Haase, S. 205, 214 schlagen eine Regelung vor, aus der insgesamt deutlich wird, dass ein Zwang zur Mediation nicht besteht.

143 Szejki, EuZW 2010, 7, 11.

144 Wozniowski, NZG 2008, 410, 411 mit dem Verweis auf den ursprünglichen Wortlaut der Vorschrift.

145 Dabei soll aber nicht übersehen werden, dass die Richtlinie durchaus auch Bereiche regelt, die der Verhaltenskodex nicht benennt, da dieser überwiegend Verhaltensregeln aufstellt.

146 Groß, BB 2011, S. I.

die geschaffene Vereinheitlichung von Mindeststandards soll in den Mitgliedsstaaten ein Verfahren verankert werden, das eine gleichwertige Alternative zum Gerichtsverfahren darstellt, aber kostengünstiger und zügiger in der Durchführung ist.¹⁴⁷ Ebenso soll dadurch das Vertrauen der Parteien in das ihnen unbekannte Verfahren hergestellt werden.¹⁴⁸ Unmittelbare Wirkung im nationalen Recht hat eine Richtlinie grundsätzlich nicht, d. h. der Bürger kann keinen Anspruch daraus herleiten, sondern muss auf deren Umsetzung warten. Um die Auswirkungen auf das deutsche Recht insgesamt und das Arbeitsrecht konkret einschätzen zu können, ist daher auf die deutsche Umsetzung abzustellen.

II. Die Umsetzung in Deutschland

In ihrer ersten Lesung im Bundestag sprach Frau Bundesjustizministerin Leutheusser-Schnarrenberger folgende Schlussworte: *„(...) unsere Zivilgesellschaft erfordert die Weiterentwicklung von modernen und effektiven Methoden autonomer Konfliktbeilegung. Ich bin mir sicher, dass wir mit dem Gesetz diese Entwicklung befördern und damit einen nachhaltigen Beitrag zur Verbesserung der Streitkultur in Deutschland leisten werden.“*¹⁴⁹

1. Regelungsbedürfnis

Die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union sind zur Umsetzung der Mediations-Richtlinie gem. Art. 249 Abs. 3 EG-Vertrag a. F. verpflichtet.¹⁵⁰ Entsprechend dem Leitbild der Richtlinie, eine Mindestharmonisierung vorzunehmen, sieht diese auch nur Mindeststandards vor, die zum Anlass genommen werden sollen, nach dem Gesetzgebungsbedarf zu fragen.¹⁵¹ Denn nur, wenn eine Erforderlichkeit besteht und allgemein anerkannt wird, kann eine Normsetzung Rechtfertigung finden.¹⁵² Gegenüber stehen sich deshalb die Notwendigkeit einer gesetzlichen Normierung¹⁵³ und die

147 Wozniowski, NZG 2008, 410, 411.

148 Erwägungsgrund RL 2008/52/EG Nr. 16.

149 Vollständige Rede abrufbar auf der Seite des Bundesjustizministeriums unter: http://www.bmj.de/SharedDocs/Reden/DE/2011/20110414_Bundestag_Mediation.html?nn=1930246, zuletzt aufgerufen am 14.01.2013.

150 Art. 288 Abs. 3 AEUV n. F.

151 Hess, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 100; Dürschke/Vincenc, ZESAR 2010, 445, 446.

152 Sick, in: FS für R. Haase, S. 333, 346.

153 Die Tatsache, dass eine solche nicht erforderlich ist, wird nicht ernsthaft vertreten. Greger, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, S. 189, 189 mit Verweis auf eine deutliche Forderung im Rahmen der Tagung „Die Zukunft der Mediation in Deutschland“ nach einem gesetzgeberischen Handeln. Zustimmend auch Becker/Horn, in: FS für R. Haase, S. 205, 218.

Gefahr der Überregulierung.¹⁵⁴ Daneben gibt es den für die Mediation beschriebenen Mittelweg, der mit dem Zitat: „*So viel Gesetzgebung wie nötig, so wenig wie möglich.*“ umschrieben wird.¹⁵⁵

Zugrunde gelegt werden muss der Diskussion die Annahme, dass sich vor allem in Wirtschaftsverfahren Konfliktparteien durch die Vereinbarung von Klauseln für den Streitfall der staatlichen Justiz entziehen, um eine außergerichtliche Lösung zu finden.¹⁵⁶ Das Bundesverfassungsgericht hat zuletzt mit Urteil vom 14. Februar 2007¹⁵⁷ festgehalten: „*Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.*“¹⁵⁸ Der Bundesgerichtshof hat bereits 2004 deutlich klargestellt, dass ein Einigungsversuch der Klageerhebung vorzuziehen habe.¹⁵⁹ Ein Bedürfnis besteht mithin. So stellt Eidenmüller richtigerweise nicht die Frage, ob wir Regelungen brauchen, sondern welche Art der Regelung für die Mediation benötigt wird.¹⁶⁰ Denn eine Aufwertung des Mediationsstandortes Deutschland ist allgemein ein erstrebenswertes Ziel.¹⁶¹

Es besteht die allgemeine Befürchtung durch Überregulierung des Verfahrens den Charakter als effiziente und flexibel einsetzbare Alternative zum herkömmlichen Rechtsstreit kaputt zu machen.¹⁶² Nur wenn Parteien einen möglichst großen Vorteil in der Inanspruchnahme sehen, werden sie sich von der ordentlichen Gerichtsbarkeit abwenden, hin zur alternativen Streitbeilegung. Der Charakter als alternatives Konfliktlösungsinstrument zeigt,

154 Diese Sorge bestand auch schon hinsichtlich der Mediationsrichtlinie der EU, vgl. Duve, AnwBl 2004, 1, 3. Becker/Horn, in: FS für R. Haase, S. 205, 216 befürchten aus einer Überregulierung eine Behinderung der entwicklungsfähigen Mediationskultur. Siehe auch Gulló, Mediation unter der Herrschaft des Rechts, S. 274.

155 So z. B. zu finden in: Becker/Horn, SchiedsVZ 2006, 270, 270.

156 Trenzcek, SchiedsVZ 2008, 135, 141.

157 BVerG, Nichtannahmebeschluss v. 14.02.2007 – 1 BvR 1351/01 = NJW-RR 2007, 1073.

158 BVerfG a. a. O.

159 Dies allerdings im Hinblick auf ein nach Landesrecht obligatorisches Güteverfahren vgl. BGH, Urt. v. 23.11.2004 – VI ZR 336/03 = NJW 2005, 437.

160 Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124. Dem zustimmend Greger, ZKM 2010, 120, 120 und in These 1 ausführend: „Die Förderung der einvernehmlichen, außergerichtlichen Streitbeilegung ist eine der wichtigsten rechtspolitischen Aufgaben der Gegenwart. Ihr sollte sich auch der deutsche Gesetzgeber mit Nachdruck stellen.“

161 Dürschke/Vincenc, ZESAR 2010, 445, 453. Hess, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag, S. F 100 geht aufgrund der Erfahrungen der Nachbarländer Österreich und Frankreich davon aus, dass die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Mediation keine neue Streitkultur schaffen werden.

162 Mit Bezug auf die deutsche Wirtschaft Dürschke/Vincenc, ZESAR 2010, 445, 453. Allgemeiner Risse/Bach, SchiedsVZ 2011, 14, 19; Greger, ZKM 2010, 120, 121.

dass Mediation sich gerade nicht der Gesetze bedienen will.¹⁶³ So hatte z. B. auch noch die Vorgängerin im Bundesjustizministerium, Frau Zypries, 2004 verkündet, dass es sich bei der Mediation um ein freies Verfahren handelt, das durch eine gesetzliche Regelung nicht in zu enge Formen gepresst werden soll.¹⁶⁴ Maßgebliches Argument hierfür ist die Herkunft der Mediation. Diese stammt aus den USA und wurde zu einer Zeit eingesetzt, in der der Staat von einigen Gesellschaftsgruppen abgelehnt und deshalb als Mittel zur Konfliktlösung die Mediation herangezogen wurde.¹⁶⁵

Dem steht die Annahme entgegen, dass nur Privatautonomie und Verfahrensherrschaft alleine auch nicht die Lösung sein können, da sonst zivil- und zivilprozeßrechtliche Vorschriften überflüssig wären.¹⁶⁶ Angeführte Rechtfertigung in der Befürwortung eines Mediationsgesetzes ist die Steigerung des Bekanntheitsgrades der außergerichtlichen Streitbeilegung, um so ein Bewusstsein für deren Existenz in der Bevölkerung sowie bei den in der Rechtspflege tätigen Berufsgruppen zu schaffen.¹⁶⁷ In der Tat wurde durch die gesamte Diskussion um die gesetzlich zu verankernden Regelungen Mediation in das allgemeine Bewusstsein gerufen. Dienlich könnte aus Sicht der Bevölkerung gerade die gesetzliche Normierung sein. Denn nimmt sich der Gesetzgeber einer Sache an, ergibt sich daraus zumindest eine offizielle Legitimation.

Zugleich wird immer wieder auf die Qualitätssicherung und den Verbraucherschutz verwiesen.¹⁶⁸ Richtigerweise ist ein fähiger Mediator für eine erfolgversprechende Mediation zwingend erforderlich. Fraglich ist insoweit, ob dies durch ein staatliches oder verbandliches Zertifizierungssystem nachgewiesen werden muss oder ob sich professionelle und kompetente Mediatoren am Markt nicht auch so durchsetzen können. Zwar hat die Mediation in den letzten Jahren an Bekanntheit gewonnen, aber ob es für eine Verankerung in der Bevölkerung als tatsächlich alternatives Konfliktlösungsinstrument ausreicht, bleibt fraglich. Eine Implementierung der

163 *Becker/Horn*, SchiedsVZ 2006, 270, 270. Dafür spricht die von *Mähler/Mähler*, in: *Büchting/Heussen*, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 47 Rn. 73 angeführte instrumentelle Nutzung der Gesetze in der Mediation.

164 Allerdings hat Frau Zypries ihre Meinung im Laufe der Jahre geändert vgl. *Wozniowski*, NZG 2008, 410, 411; siehe auch Pressemitteilung BMJ, EuZW 2008, 293, 293; zur Problematik US-amerikanischer Rahmenbedingungen für die Durchführung der Mediation vgl. *Hilber*, BB-Beilage Nr. 5, 25 zu BB 2003, Heft 25.

165 *Risse/Bach*, SchiedsVZ 2011, 14, 16.

166 *Oehlerking*, in: *Greger/Unberath*, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, S. 55, 56; *Ulrich/Vogt*, DS 2009, 263, 264.

167 BT-Drs. 17/5335, S. 11; *Guckelberger*, NVwZ 2010, 390, 391.

168 *Ulrich/Vogt*, DS 2009, 263, 264; v. *Schlieffen*, in: *Haft/v. Schlieffen*, Handbuch Mediation, § 9 Rn. 38.