

Gerhard Wagner/Christoph Thole

Die neue EU-Richtlinie zur Mediation

I. Einführung

Der Europäische Rat hat am 28.2.2008 die Richtlinie über „bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“ beschlossen.¹ Da die Zustimmung des Europäischen Parlaments als sicher gilt, wird die Richtlinie Mitte 2008 in Kraft treten. Sie gilt in allen Mitgliedstaaten mit der Ausnahme Dänemarks (Art. 1 Abs. 3 RL). Die Richtlinie regelt die wichtigsten Schnittstellen zwischen Mediationsverfahren und Gerichtsverfahren. Damit soll die Attraktivität der Mediation als Instrument der Streitbeilegung innerhalb der Europäischen Union gesteigert werden.² Die nationalen Gesetzgeber haben gem. Art. 12 Abs. 1 RL drei Jahre Zeit, um die Richtlinie in das nationale Recht umzusetzen.

Im Folgenden wird ein erster Überblick über den Inhalt der Richtlinie gegeben, um auf dieser Grundlage schließlich die Perspektiven für eine Umsetzung in das deutsche Recht zu erörtern.



Gerhard Wagner

oder nicht.“ Erwägungsgrund Nr. 13 betont, die Mediation sei ein auf Freiwilligkeit beruhendes Verfahren, das von den Parteien selbst organisiert werde und von ihnen jederzeit beendet werden könne. Im Ergebnis folgt die Richtlinie also dem klassischen Verständnis der Mediation, nach dem unter einer Mediation nur solche Verfahren verstanden werden, in denen sich der von den Parteien hinzugezogene neutrale Dritte auf die Rolle des Verhandlungshelfers beschränkt, ohne mittels einer verbindlichen Entscheidung oder eines Vergleichsvorschlags aktiv auf eine Streit-

beilegung hinzuwirken.³

Die obligatorischen Schlichtungsverfahren vor anerkannten Gütestellen gemäß § 15a EGZPO fallen danach ebenso wenig in den Anwendungsbereich der Richtlinie wie freiwillige Schlichtungsverfahren vor Schiedsämtern oder ähnlichen Einrichtungen wie beispielsweise einem Ombudsmann. In diesen Fällen übernimmt es die mit der Durchführung des Verfahrens betraute Person, den Parteien eine bestimmte Lösung ihres Streits vorzuschlagen. Selbstverständlich schließt die Richtlinie nicht aus, dass ein Mediator im Laufe des Verfahrens Regelungsvorschläge unterbreitet, um den Parteien den Horizont für mögliche Lösungswege zu erweitern.

Ausweislich des Art. 3 lit. a) Abs. 2 S. 2 RL gilt die Richtlinie gleichfalls nicht für Bemühungen des Gerichts zur Streit-schlichtung und zur Herbeiführung einer gütlichen Einigung während des Gerichtsverfahrens. Art. 3 lit. a) Abs. 2 S. 1 RL stellt indessen klar, dass sich Richter außerhalb eines anhängigen Gerichtsverfahrens als Mediatoren im Sinne der Richtlinie betätigen können. Lediglich der mit der Hauptsache betraute Richter darf nicht selbst die Rolle des Verhandlungshelfers der Parteien übernehmen. Die in mehreren Bundesländern angestoßenen Modellprojekte zur prozessinternen Mediation⁴ müssen sich demnach an der Richtlinie messen lassen.

Gemäß Art. 3 lit. a) Abs. 1 S. 2 RL kommt es für die Einordnung unter den Begriff der Mediation nicht darauf an, ob das Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder von einem Gericht nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts angeordnet wird. Aufgrund der letztgenannten Variante sind die in England entwickelten *mediation orders* von den Regelungsvorgaben der Richtlinie erfasst. Mit solchen Anordnungen kann das Gericht die Parteien zur Teilnahme an einem Mediationsverfahren auffordern. Verweigert sich eine Partei der Mitwirkung an einem Mediationsverfahren in einer als Verfahrensubstruktion zu erachtenden Weise, droht ihr ein Nachteil in Gestalt der vom Gericht zu treffenden Kostenentscheidung.⁵

Vor diesem Hintergrund ist die Vorschrift des Art. 5 Abs. 2 RL zu lesen, nach der innerstaatliche Rechtsvorschriften unberührt bleiben, die die Inanspruchnahme der Mediation vor oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens verpflichtend machen oder mit Anreizen der Sanktionen verbinden, solange sie die Parteien nicht daran hindern, ihr Recht auf Zugang zum Gericht wahrzunehmen. Wie die letztgenannte Einschränkung interpretiert werden wird, bleibt abzuwarten. Es ist an anderer Stelle gezeigt worden, dass sich unter dem Gesichtspunkt des Justizgewährungsanspruchs Zweifel an der englischen Praxis anbringen lassen.⁶



Christoph Thole

II. Anwendungsbereich

1. Mediation im Sinne von Art. 3 RL

Die Richtlinie erfasst nicht sämtliche Bereiche der alternativen Streitbeilegung unter Einschluss von Verhandlung, Mediation, Schlichtung und Schiedsgerichtsbarkeit, sondern legt einen engeren Begriff der „Mediation“ zugrunde. Gemäß Art. 3 lit. a) Abs. 1 S. 1 RL ist unter „Mediation“ ein strukturiertes Verfahren zu verstehen, in dem die Parteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis *selbst* versuchen, zu einer Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu kommen.

Wie sich aus Erwägungsgrund Nr. 11 ablesen lässt, gilt die Richtlinie damit weder für vorvertragliche Verhandlungen ohne Unterstützung durch eine neutrale, dritte Person noch für Schieds-, Schlichtungs- und Schiedsgutachtenverfahren. Generell erfasst sie nicht solche „Verfahren, die von Personen oder Stellen verwaltet werden, die eine förmliche Empfehlung zur Streitbeilegung abgeben, unabhängig davon, ob diese rechtlich verbindlich ist

1 Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 28.2.2008 im Hinblick auf die Annahme einer Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, Dok.-Nr. 15003/5/07, JUSTCIV 301, CODEC 1225: vgl. auch Dok.-Nr. 15003/07 v. 29.1.2008.

2 Erwägungsgründe Nr. 2, 5, 6 und 7. Vgl. auch den Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen v. 22.10.2004, KOM (2004) 718 endg.

3 *Haft in Haft/Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2002, § 2 Rz. 37; *Prütting in Prütting* (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung, Rz. 2, 4 f.

4 Eingehend zu dem niedersächsischen Projekt *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, 2007; *Spindler/Apel/Spalckhaver*, ZKM 2003, 192.

5 *Wagner*, ZKM 2004, 100 m.N.

6 *Wagner*, s. Fn. 5.

2. Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Abs. 2 RL)

Die Richtlinie gilt nur für Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen (Art. 1 Nr. 2 RL). Der Begriff der „Zivil- und Handelssachen“ ist dem Europäischen Zivilprozessrecht entlehnt. Unter dem EuGVÜ und der EuGVVO hat sich eine umfängliche Rechtsprechung des EuGH zur Abgrenzung der Zivilsachen vom Verwaltungshandeln herausgebildet, die auf den Anwendungsbereich der Mediations-Richtlinie ausstrahlen wird. Dabei kommt es darauf an, ob der Sachverhalt von der Anwendung hoheitlicher Befugnisse geprägt ist.⁷ Die Mediation im Verwaltungsrecht ist auf dieser Grundlage nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie einbezogen. Das gilt gleichermaßen für Steuer- und Zollsachen sowie die Staatshaftung wegen Schädigungen bei Ausübung hoheitlicher Rechte, die gemäß Art. 1 Abs. 2 RL nicht von der Richtlinie berührt werden.

Demgegenüber gehört die innerbetriebliche Konfliktregulierung bei Streitigkeiten aus dem Arbeitsrecht zu den Zivil- und Handelssachen.⁸ Allerdings hat die Richtlinie keine vollständige Harmonisierung des Anwendungsbereichs der Richtlinie mit jenem der EuGVVO angestrebt, sondern sie geht sogar über den Geltungsanspruch der EuGVVO hinaus. Es fehlt an einem Katalog von Bereichsausnahmen, wie ihn Art. 1 Abs. 2 EuGVVO für einzelne Bereiche der Zivil- und Handelssachen vorsieht. Damit zählt insbesondere die Familienmediation zu den von der Richtlinie erfassten Materien, während die EuGVVO Streitigkeiten über den Personenstand und das eheliche Güterrecht aus seinem Anwendungsbereich ausklammert.⁹

Indessen fügt Art. 1 Abs. 2 S. 1 RL im Einklang mit Erwägungsgrund Nr. 10 den Vorbehalt an, dass die Parteien dazu berechtigt sein müssen, über das jeweils streitgegenständliche Recht zu verfügen. Für diese Einschränkung der Parteiautonomie genügt es nicht, dass die Streitigkeit (möglicherweise) auch von zwingendem

Recht bestimmt wird. Bei der Auslegung des Begriffs der „Schiedsfähigkeit“ unter dem alten Schiedsverfahrensrecht hat sich ein solches Verständnis nicht durchgesetzt;¹⁰ und es gibt keinen Grund, die enge Auslegung für die Mediationsrichtlinie wiederzubeleben. Nur dort, wo der Staat ein Rechtsschutzmonopol für sich beansprucht, dürfen sich die Parteien darüber nicht mit einer Streitbeilegung im Mediationsverfahren hinwegsetzen. Das betrifft beispielweise die Ehescheidung als solche, nicht aber ein auf Konfliktbereinigung innerhalb der Ehe oder bei deren Abwicklung abzielendes Mediationsverfahren.

Auch außerhalb des Familien- und Arbeitsrechts gibt es vielfältige Rechtsmaterien, die nicht zur Disposition der Parteien stehen, wie im Wettbewerbsrecht oder bei den im Gesellschaftsrecht bekannten Verboten, auf einen Ersatzanspruch gegen Gesellschafter oder Leitungsorgane zu verzichten (z. B. § 9b Abs. 1 GmbHG, § 93 Abs. 4 AktG). Überschreiten die Parteien die Grenze des Art. 1 Abs. 2 S. 1 RL und leiten eine Mediation über einen nicht disponiblen Anspruch ein, ist die Vollstreckbarerklärung des Mediationsvergleichs abzulehnen (Art. 6 Abs. 1 S. 2 RL).

3. Grenzüberschreitende Streitigkeiten

Während der Richtlinien-Vorschlag der Kommission noch eine Anwendung sowohl für grenzüberschreitende als auch für innerstaatliche Sachverhalte vorgesehen hatte, um der Entwicklung unterschiedlicher Standards Einhalt zu gebieten,¹¹ erfasst die verabschiedete Fassung nur grenzüberschreitende Streitigkeiten (Art. 1 Abs. 2, Art. 2 RL). Der jeweilige Sachverhalt weist eine grenzüberschreitende Qualität auf, wenn die Parteien ihren Wohnsitz i.S.d. Art. 59, 60 EuGVVO in verschiedenen Mitgliedstaaten haben (Art. 2 RL). Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem die Parteien die Mediation vereinbaren, die Mediation von einem Gericht angeordnet wird, eine nach nationalem Recht bestehende gesetzliche Pflicht zur Einleitung eines Mediationsverfahrens entsteht oder die Parteien vom Gericht zur Teilnahme an der Mediation aufgefordert werden (Art. 2 Abs. 1 RL). Hinsichtlich der Fragen der Vertraulichkeit der Mediation (Art. 7 RL) und der Auswirkung der Mediation auf die Verjährung (Art. 8 RL) erweitert Art. 2 Abs. 2 RL den Begriff der grenzüberschreitenden Streitigkeit, indem er eine Streitigkeit auch dann

als eine grenzüberschreitende anerkennt, wenn das der Mediation nachfolgende Gerichts- oder Schiedsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen eingeleitet wird, in dem die Parteien zu dem in Abs. 1 genannten Zeitpunkt ihren Wohnsitz hatten.

Die Richtlinie legt es darüber hinaus in Erwägungsgrund Nr. 8 den Mitgliedstaaten nahe, das nationale Umsetzungsrecht unterschiedslos auf innerstaatliche Mediationsverfahren zu erstrecken. Auf diese Frage wird noch bei der Erläuterung der Umsetzungsperspektiven zurückzukommen sein (unten VIII.).

III. Inanspruchnahme der Mediation (Art. 5 RL)

Gemäß Art. 5 Abs. 1 RL soll den Gerichten die Befugnis gegeben werden, den Parteien eine Mediation vorzuschlagen und sie aufzufordern, an einem solchen Verfahren teilzunehmen. Darüber hinaus soll das Gericht berechtigt sein, die Parteien zum Besuch einer Informationsveranstaltung über die Anwendung der Mediation aufzufordern, wenn solche Veranstaltungen durchgeführt werden und leicht zugänglich sind.

Das geltende deutsche Recht ermächtigt das Gericht in § 278 Abs. 5 ZPO bereits dazu, die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter zu verweisen (S. 1) oder ihnen in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschlagen (S. 2). Es scheint, als würde § 278 Abs. 5 ZPO den Vorgaben des Art. 5 Abs. 1 RL umfassend Rechnung tragen. Tatsächlich konnte § 278 Abs. 5 ZPO jedoch auf die – von der Richtlinie erfasste – Aufforderung zur Teilnahme an einer gerichtlichen Mediation bisher nur analog angewendet werden.¹² Ein Mediationsverfahren vor dem ersuchten Richter stellt sich nicht als eine „Güteverhandlung“ i.S.d. § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO dar, und auch generell ist die „außergerichtliche Streitschlichtung“ des § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO von dem Begriff der „Mediation“ i.S.d. Art. 3 lit. a) RL zu unterscheiden. Zudem fehlt es in der ZPO an einer Regelung, die das Gericht ausdrücklich dazu berechtigte, die Parteien zum Besuch einer Informationsveranstaltung über die Mediation aufzufordern.

Vor diesem Hintergrund sollte sich der Gesetzgeber dazu entschließen, § 278 Abs. 5 ZPO um die Option der gerichtlichen Richtermediation (S. 1) und der sonstigen Mediationsverfahren (S. 2) zu

7 EuGH, Urt. v. 15.1.2004 – Rs. C-433/01 (*Freistaat Bayern./Jan Blijdenstein*), Slg. 2004, I-981 (988) Nr. 20 m.w.N.

8 EuGH, Urt. v. 13.11.1979 – Rs. C-25/79 (*Sanicentral GmbH./René Collin*), Slg. 1979, 3423 (3428) Nr. 2 ff.

9 Dazu Wagner, FS Schlosser, 2005, S. 1025 ff.

10 Ausf. BGH v. 29.3.1996 – II ZR 124/95, BGHZ 132, 278 (282 ff.) = MDR 1996, 803 = NJW 1996, 1753 f.

11 Begründung des Richtlinienvorschlages, s. Fn. 2, unter 1.2. a.E.

12 Götz von Olenhusen, ZKM 2004, 104 f.; vgl. auch zu § 278 Abs. 5 ZPO Greger, ZKM 2006, 68; Löer, ZKM 2005, 182 (184 f.).

erweitern und zugleich die Aufforderung zur Teilnahme an einer Informationsveranstaltung in das Vorschlagsrecht einzubeziehen.

IV. Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen (Art. 6 RL)

1. Die Vorgaben des Art. 6 RL

Nach Art. 6 RL stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass eine im Wege der Mediation erzielte schriftliche Vereinbarung „vollstreckbar gemacht“ werden kann. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung kann von den Parteien gemeinsam oder von einer Partei mit der ausdrücklichen Zustimmung der anderen gestellt werden. Wie der Hinweis auf eine *ausdrückliche* Zustimmung und die Bezugnahme auf den Antrag zeigt, muss die Zustimmung des Schuldners offenbar noch im Zeitpunkt des Antrags auf Vollstreckbarerklärung vorliegen, um das Freiwilligkeitspostulat auch insoweit zu wahren.

Gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 RL ist die Vereinbarung nicht vollstreckbar zu machen, wenn ihr Inhalt dem innerstaatlichen Recht des Antragstaates entgegen steht oder das Recht dieses Mitgliedstaates die Vollstreckbarkeit des Inhalts nicht vorsieht. Die Vollstreckbarerklärung kann von einem Gericht oder einer anderen Behörde durch Urteil, Entscheidung oder öffentliche Urkunde vorgenommen werden (Art. 6 Abs. 2 RL).

Schließlich bleiben gemäß Art. 6 Abs. 4 RL Regelungen über die Anerkennung und Vollstreckung von solchen Vereinbarungen unberührt, die in einem anderen Mitgliedstaat nach Maßgabe des Abs. 1 für vollstreckbar erklärt worden sind.

2. Umsetzung des Art. 6 RL in das deutsche Recht

Die Vollstreckung von Mediationsvergleichen ist in Deutschland nicht eigenständig geregelt. Soweit der außergerichtliche Mediationsvergleich beispielsweise im Wege eines prozessualen Anerkennnisses des Klageanspruchs in eine Gerichtsentscheidung einmündet, gelten die allgemeinen Regeln über die Urteilsvollstreckung (§§ 704 ff. ZPO, Art. 32 ff., 38 ff. EuGVVO). Im Falle einer gerichtsverbundenen Mediation vor einem ersuchten Richter qualifiziert sich der dort erzielte Vergleich als Prozessvergleich i.S.d. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, Art. 58 EuGVVO.

In den verbleibenden Fällen können die Parteien ihre im Wege der Mediation erreichte Vereinbarung in den Grenzen des § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO zur Vollstreckungsreife führen, indem sie eine notarielle Urkunde aufnehmen lassen, in der sich die aus dem Vergleich verpflichtete Partei der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Alternativ bietet sich die Möglichkeit, die Vereinbarung bei einer Beteiligung von Anwälten auf beiden Seiten in die Form eines Anwaltsvergleichs i.S.d. § 796a ZPO zu bringen, der über §§ 796b, 796c ZPO für vollstreckbar erklärt werden kann.

Das letztgenannte Verfahren dürfte sich als ein passendes Regelungsvorbild für die Umsetzung empfehlen. Mit einem an §§ 796a–c ZPO angelehnten Exequaturverfahren wird Art. 6 Abs. 1 RL genüge getan, der davon ausgeht, der Mediationsvergleich müsse erst noch „vollstreckbar gemacht“ werden. Gemäß § 796a Abs. 3 ZPO ist die Vollstreckbarerklärung abzulehnen, „wenn der Vergleich unwirksam ist oder seine Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde“. Diese Vorbehalte stimmen bereits weitgehend mit den Ablehnungsgründen des Art. 6 Abs. 1 S. 2 RL überein (oben, II. 2.).

Bei der Umsetzung der Richtlinie darf es indessen weder auf eine anwaltliche Beteiligung noch auf das Erfordernis einer Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ankommen. Ein gesetzlicher Anwaltszwang widerspräche dem Charakter der Mediation als einem autonomen Konfliktlösungsmechanismus und belastete die Parteien mit zusätzlichen Kosten, die der Attraktivität der Mediation abträglich wären. Was die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung angeht, so spricht die Richtlinie gerade nicht von der Vollstreckbarmachung einer eigenständigen prozessualen Erklärung, sondern verlangt, dass die Vereinbarung selbst vollstreckbar gemacht wird.

Darüber hinaus ist eine Beschränkung der Rechtskontrolle auf Wirksamkeitsmängel und *ordre-public*-Verstöße geboten. Erwägungsgrund Nr. 17 betont zwar, bei der Prüfung eines Verstoßes der Vereinbarung gegen das nationale Recht sei auch das Internationale Privatrecht des jeweiligen Mitgliedsstaats einzubeziehen. Eine umfassende Rechtskontrolle des Mediationsvergleichs kann aber nicht bedeuten, das Verhandlungsergebnis der Streitparteien daran zu messen, ob es dem hypothetischen Ausgang eines Gerichtsprozesses entspricht und die materiellrechtliche Ausgangslage richtig wiedergibt.

Gefordert ist – wie beim Anwaltsvergleich – lediglich eine eingeschränkte Überprüfung des Vergleichs in Bezug auf mögliche Wirksamkeitsmängel sowie Verstöße gegen den *ordre public*, wobei zu den Wirksamkeitsmängeln des Vergleichs nicht nur solche der allgemeinen Rechtsgeschäftslehre zählen, sondern auch zu prüfen ist, ob der Vergleich einen nicht vergleichsfähigen Gegenstand betrifft.¹³

Das Regelungsvorbild des Anwaltsvergleichs bewährt sich auch bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung von Mediationsvergleichen. Entsprechend dem Verhältnis von Anwaltsvergleich und Exequatur stellt sich die Verbindung aus dem schriftlich niedergelegten Mediationsvergleich und dem Beschluss über die Vollstreckbarerklärung als eine öffentliche Urkunde i.S.d. Art. 57 EuGVVO dar, die in einem anderen Mitgliedstaat nach den Artt. 38 ff. EuGVVO vollstreckt werden kann.¹⁴

V. Vertraulichkeit (Art. 7 RL)

Gemäß Art. 7 RL dürfen Mediatoren und sonstige in das Mediationsverfahren eingeschaltete Personen nicht dazu gezwungen werden, Aussagen über die im oder im Zusammenhang mit dem Mediationsverfahren erlangten Informationen zu machen. Die Richtlinie macht von diesem Grundsatz eine Ausnahme, wenn die Parteien etwas anderes vereinbart haben, die Aussage aus vorrangigen Gründen des *ordre public* des betreffenden Mitgliedstaats geboten (Art. 7 Abs. 1 lit. a) oder die Auskunft über den Inhalt der Mediation für die Erfüllung oder Vollstreckung der erzielten Vereinbarung erforderlich ist (Art. 7 Abs. 1 lit. b).

Die Richtlinie beschränkt sich auf einen – recht bescheidenen – Ausschnitt der Problematik, indem sie es lediglich verhindern will, dass Mediatoren als Zeuge *gezwungen* werden können, Aussagen über die erlangten Informationen zu geben. Die Richtlinie beschneidet nicht ein *Recht* des Mediators zur Aussage. Es bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten, strengere Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit vorzuzulassen (Art. 7 Abs. 2 RL).

Im deutschen Recht sind Personen zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, denen kraft ihres Amtes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch

¹³ Dazu *Veese*, Der vollstreckbare Anwaltsvergleich, 1996, S. 190 ff.

¹⁴ *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht, 8. Aufl. 2005, Art. 58 Rz. 1 m.w.N.

gesetzliche Vorschrift geboten ist (§ 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO). Soweit der jeweilige Mediator nicht schon aufgrund berufsrechtlicher Regelungen zur Verschwiegenheit verpflichtet ist,¹⁵ lässt sich auf dieser Grundlage mit Verweis auf die Natur der Mediation ein Zeugnisverweigerungsrecht über die dem Mediator anvertrauten Tatsachen begründen.¹⁶ Eine Entbindung von der Schweigepflicht durch die Parteien ist gemäß § 385 Abs. 2 ZPO möglich. Das Zeugnisverweigerungsrecht des § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO tritt zudem dort zurück, wo übergeordnete sittliche oder öffentliche Belange entgegenstehen.¹⁷ Damit ist dem Vorbehalt des Art. 6 lit. a) RL bereits Genüge getan.

Vor diesem Hintergrund müsste der deutsche Gesetzgeber allenfalls noch für eine Umsetzung der Ausnahme des Art. 7 Abs. 1 lit. a) RL sorgen, nach der ein Mediator zur Auskunft verpflichtet werden kann, wenn dies zur Erfüllung oder Vollstreckung des Mediationsvergleichs erforderlich ist.

Indem Art. 7 RL allein an die Person des Mediators sowie an die Dogmatik der Zeugnisverweigerungsrechte anknüpft, wird der Schwerpunkt der Problematik jedoch verfehlt. Dieser betrifft nicht so sehr das Recht von Mediatoren, in späteren Gerichts- und Schiedsverfahren das Zeugnis zu verweigern, sondern primär die Befugnis der Parteien, Tatsachen aus dem Mediationsverfahren in spätere Rechtsstreitigkeiten einzuführen, um daraus Vorteile für die eigene Position zu schlagen. Beispielhaft zu nennen wäre der Vortrag über Vergleichsangebote der Gegenseite oder die Behauptung, die Gegenseite habe im Zuge des Mediationsverfahrens bereits das eine oder andere Zugeständnis gemacht, etwa bestimmte Tatsachenbehauptungen fallen gelassen. Falls die Partei im Besitz schriftlicher oder elektronischer Aufzeichnungen ist, aus denen sich der Verlauf des Mediationsverfahrens ersehen lässt, bedarf sie gar nicht des Mediators als Zeugen, um

die Gegenseite in Verlegenheit zu bringen. Vielmehr kann sie schlicht und einfach die relevanten Dokumente vorlegen und ggf. den Urkundenbeweis antreten. Es liegt auf der Hand, dass derartige Aussichten die Neigung, im Mediationsverfahren Kompromissbereitschaft zu zeigen, deutlich herabsetzen. Die Richtlinie tut nichts, um die beschriebenen Risiken zu bekämpfen.

Würde die Richtlinie eins zu eins in deutsches Recht umgesetzt, bliebe es auch in Zukunft den Parteien selbst überlassen, die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens umfassend zu gewährleisten. Das Mittel zu diesem Zweck ist der Abschluss eines Prozessvertrags im Rahmen der Mediationsvereinbarung, mit dem sich die Parteien dazu verpflichten, keine Tatsachen aus dem Mediationsverfahren vorzutragen und keinen diesbezüglichen Beweis anzutreten. Wird gegen diese Verpflichtung verstoßen, darf das Gericht den vertragswidrigen Vortrag nicht berücksichtigen und die unter Verstoß gegen eine Vereinbarung benannten Beweismittel nicht aufrufen.¹⁸ So gut dieser Mechanismus in der Praxis auch zu funktionieren scheint, so ist es doch schwer zu rechtfertigen, dass die Richtlinie das Sachproblem nicht frontal angeht und die Sicherung der Vertraulichkeit der Mediation nicht umfassend gewährleistet, sondern sich auf die – durchaus sekundäre – Frage nach den Zeugnisverweigerungsrechten von Mediatoren konzentriert. Hier sollte der deutsche Gesetzgeber einen Schritt weiter gehen und Nägel mit Köpfen machen.

VI. Auswirkung der Mediation auf Verjährungsfristen (Art. 8 RL)

Ein wichtiger Regelungsbereich der Richtlinie betrifft die Verjährung. Nach Maßgabe des Art. 8 RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass Parteien, die sich (erfolglos) an einer Beilegung der Streitigkeit im Wege der Mediation versucht haben, anschließend nicht aufgrund einer während des Verfahrens abgelaufenen Verjährungsfrist daran gehindert sind, ein Gerichts- oder Schiedsverfahren hinsichtlich der jeweiligen Streitigkeit einzuleiten.

Das deutsche Recht sieht in § 203 BGB eine Hemmung der Verjährung bei Verhandlungen zwischen den Parteien vor, die Mediationsverfahren zwanglos zu erfassen und damit der Richtlinie Rechnung zu tragen vermag.¹⁹ Auf einem anderen Blatt steht, ob der nationale Transformationsgesetzgeber die Gelegenheit nutzen sollte, Mediationsverhandlungen in das Regime

des § 204 BGB einzufügen. § 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB sieht bereits eine Verjährungshemmung bei der Einleitung außergerichtlicher Güteverfahren vor. Diese Regelung ließe sich zwar möglicherweise auf Mediationsverfahren anwenden, die vor einer Gütestelle erfolgen, ist aber jedenfalls auf freie Mediationsverfahren nicht übertragbar, weil diese Verfahren ohne die Einschaltung einer institutionell eingerichteten Stelle ablaufen. Bei Schiedsverfahren, die ebenfalls sowohl vor Schiedsinstitutionen als auch ad-hoc und „freischwebend“ durchgeführt werden können, wählt § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB deshalb eine neutrale Formulierung, nach der die Verjährung „durch den Beginn des schiedsrichterlichen Verfahrens“ iSd § 1044 ZPO gehemmt wird.²⁰

Würde der Gesetzgeber die Gelegenheit zu einer Erweiterung des § 204 Abs. 1 BGB auf Mediationsverfahren nutzen, so könnte er § 204 Abs. 1 Nr. 11 BGB auf Mediationsverfahren erstrecken oder eine neue Nr. 11a von § 204 Abs. 1 BGB einfügen. Inhaltlich müsste eine solche Vorschrift eine Hemmung der Verjährung durch den „Beginn eines Mediationsverfahrens“ vorsehen. Ergänzend wäre eine Regelung nach Art des § 1044 ZPO zu schaffen, die diesen Zeitpunkt näher definiert, wobei es sich anbietet, an den Zugang des Antrags auf Einleitung des Mediationsverfahrens bei dem Streitgegner anzuknüpfen.

VII. Qualitätssicherung

Gemäß Art. 4 RL sind die Mitgliedstaaten aufgerufen, die Mediation durch Qualitätssicherungsmaßnahmen zu fördern. Sie sollen „mit allein ihnen geeignet erscheinenden Mitteln“ die Entwicklung und Einhaltung von freiwilligen Verhaltenskodizes vorantreiben, sonstige Maßnahmen der Qualitätskontrolle unterstützen sowie die Aus- und Fortbildung von Mediatoren fördern. Diese Vorgaben sind bewusst „weich“ formuliert worden, weil die Mitgliedstaaten nicht dazu gezwungen werden sollten, das Berufsbild des Mediators umfassend zu regeln und damit die Erbringung von Mediationsdienstleistungen zu einem regulierten Beruf zu machen. Wie Erwägungsgrund Nr. 17 klarstellt, sind die Mitgliedstaaten auch nicht dazu verpflichtet, sich finanziell zu engagieren, wohl aber dazu, die Mediatoren auf den Europäischen Verhaltenskodex hinzuweisen.²¹

Die Zurückhaltung der Richtlinie im Bereich berufsrechtlicher Regelungen sowie mit Blick auf Ausbildungsstandards ist

15 *Groth/v. Bubnoff*, NJW 2001, 338 f. für den Rechtsanwalt.

16 *Chr. Berger* in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl. 2006, § 383 Rz. 59; *Zöller/Greger*, ZPO, 26. Aufl. 2007, § 383 Rz. 20. Vgl. BVerfGE 33, 367 (375) = NJW 1972, 2214 f. (Sozialarbeiter).

17 RGZ 89, 13 (16).

18 Ausführlich dazu *Wagner*, NJW 2001, 1398 ff.; *ders.*, ZKM 2002, 103 ff.; *ders.*, Prozessverträge, 1998, S. 219 ff., 250 f., 620 ff.

19 *Wagner*, ZKM 2002, 103 ff.; *Eidenmüller*, SchiedsVZ 2003, 163 (165).

20 Näher *Wagner*, ZKM 2002, 103 (105).

21 European Code of Conduct for Mediators, ZKM 2004, 148 ff.; dazu *Mähler/Kerndtke*, ZKM 2004, 151 ff.

zu begrüßen; das österreichische Vorbild einer Qualitätssicherung durch Gesetz hat sich mit Recht nicht durchgesetzt.²² Die Mediation ist eine Querschnittsdisziplin, die Fähigkeiten verschiedener Professionen miteinander verbindet. Bis heute ist sie durch Methodenpluralismus und durch dynamische Fortentwicklung gekennzeichnet. Dieser Sachlage entspricht eine Vielfalt an Ausbildungsmethoden, -inhalten und -strukturen. Der Gesetzgeber sollte sich davor hüten, in diesen Markt einzugreifen und den Wettbewerb unter den Ausbildungsinstituten und Mediatoren durch Regulierung zu unterbinden. Ein praktisches Bedürfnis dafür besteht nicht, weil Fälle krassen Fehlverhaltens von Mediatoren nicht bekannt geworden sind und die Mediationsverbände und -institutionen die Qualität der Ausbildung gewährleisten. Der Markt funktioniert und sollte möglichst in Ruhe gelassen werden.

VIII. Fazit und Perspektiven

Die Richtlinie setzt wichtige Impulse, indem sie an relevanten Schnittstellen zwischen Gerichtsverfahren und Mediations-

verfahren für einheitliche Maßstäbe sorgt. Der deutsche Gesetzgeber ist aufgefordert, das nationale Recht an die Vorgaben der Richtlinie anzupassen. Ob es bei einer punktuellen Ergänzung des geltenden Rechts bleiben sollte, wie sie offenbar der Bundesregierung vorschwebt,²³ bedarf allerdings der Diskussion. Die Einfügung eines eigenen Regelungsabschnitts betreffend ausgewählte Aspekte der Mediation in die ZPO oder die Einführung eines eigenständigen Mediationsgesetzes könnte die Sichtbarkeit der Mediation erhöhen und diese Art der Streitbeilegung aufwerten.

Ein anspruchsvollerer Ansatz böte zudem die Möglichkeit, eine Reihe von Lücken und Schwächen der Richtlinie auszubügeln. Diese betreffen vor allem die Vertraulichkeitsproblematik, die in der Richtlinie nur bruchstückhaft geregelt worden ist.²⁴ Vor allem aber sollte der Gesetzgeber von der in Erwägungsgrund Nr. 8 eingeräumten Option Gebrauch machen und die Transformationsgesetzgebung auf innerstaatliche Streitigkeiten erstrecken. Die Wohnsitzverschiedenheit der Parteien ist eine Zufälligkeit, die in keinem inneren Zusammenhang mit den Sachproblemen

steht. Sachliche Unterschiede, die eine abweichende Behandlung von nationalen und internationalen Sachverhalten rechtfertigen, sind in Bezug auf die in der Richtlinie geregelten Problemstellungen – Vorschlagsrecht des Gerichts, Vertraulichkeit, Verjährung und Vollstreckbarkeit von Mediationsvergleichen – nicht erkennbar.

Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.

Universität Bonn, Lehrstuhl für deutsches und europäisches Privat- und Prozessrecht
prof.wagner@uni-bonn.de

Dr. Christoph Thole, Dipl.-Kfm.

ist Assistent an diesem Lehrstuhl
cthole@uni-bonn.de

²² Zum österreichischen Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG) v. 6.6.2003, BGBl. I 2003, 29, die übereinstimmende Wertung von Köper, ZKM 2004, 161 (164): „Zur Qualitätssicherung bietet es sich vielmehr an, auf die Kräfte des Marktes zu setzen.“

²³ Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 9.11.2007; im Internet unter http://www.bmj.de/enid/0,0/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html?druck=1&pmc_id=4811.

²⁴ Oben, V.