



universität  
wien

# DISSERTATION

Titel der Dissertation

"Die Förderung der Mediation durch die Definition und  
die Einbettung in das Rechtssystem"

Eine rechtsvergleichende Gegenüberstellung  
von Deutschland, Österreich und der Schweiz

Verfasserin

Mag. iur. Silke Katharina Graf

angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaft (Dr. iur.)

Wien, 2013

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:

Rechtswissenschaften

Betreuer:

Prof. Mag. Dr. Thomas Klicka (Universität Münster)



# Inhaltsübersicht

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>x</b>
<b>Vorwort.....</b>	<b>xiv</b>
<b>Teil I - Einführung.....</b>	<b>1</b>
1 Einleitung.....	1
2 Abgrenzung .....	4
<b>Teil II - Allgemeines.....</b>	<b>8</b>
1 ADR.....	8
2 Mediation .....	16
3 Zielgruppen.....	20
4 Regelungsintensität.....	22
<b>Teil III - Definition .....</b>	<b>27</b>
1 Aufklärung .....	28
2 Abgrenzung .....	40
3 Strömungen.....	105
4 Fazit .....	112
<b>Teil IV - Einbettung in das Rechtssystem.....</b>	<b>115</b>
1 Mediationsmodelle .....	116
2 Schutzmechanismen .....	137
3 Zwischenfazit.....	142
4 Deutschland.....	143
5 Schweiz.....	158

6	Österreich.....	173
7	Fazit .....	190
<b>Teil V - Conclusio.....</b>		<b>196</b>
<b>Teil VI - Quellenverzeichnis .....</b>		<b>198</b>
1	Rechtsquellen.....	198
2	Literaturquellen.....	200
<b>Teil VII - Anhang.....</b>		<b>207</b>
1	Abstract .....	207
2	Curriculum Vitae.....	209

# Inhaltsverzeichnis

<b>Abkürzungsverzeichnis.....</b>	<b>x</b>
<b>Vorwort.....</b>	<b>xiv</b>
<b>Teil I - Einführung.....</b>	<b>1</b>
1    Einleitung.....	1
2    Abgrenzung .....	4
2.1    In örtlicher Hinsicht .....	4
2.2    In zeitlicher Hinsicht .....	6
2.3    In fachlicher Hinsicht .....	7
<b>Teil II - Allgemeines.....</b>	<b>8</b>
1    ADR.....	8
1.1    Einteilung.....	8
1.1.1    Der Konsens-Ansatz.....	10
1.1.2    Der Alternativ-Ansatz .....	13
1.2    Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren .....	15
2    Mediation .....	16
2.1    Allgemeines .....	16
2.2    Europarechtliche Grundlagen.....	17
3    Zielgruppen.....	20
4    Regelungsintensität.....	22
4.1    Freie Marktregulierung.....	22
4.2    Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung .....	23
4.3    Staatliche Regulierung.....	24

4.4	Fazit & Rechtslage.....	24
4.4.1	Zur Rechtslage in Deutschland .....	24
4.4.2	Zur Rechtslage in der Schweiz .....	25
4.4.3	Zur Rechtslage in Österreich .....	25
<b>Teil III - Definition .....</b>		<b>27</b>
<b>1</b>	<b>Aufklärung .....</b>	<b>28</b>
1.1	Festlegung einer Definition .....	28
1.1.1	Zur Rechtslage in Deutschland .....	29
1.1.2	Zur Rechtslage in der Schweiz .....	30
1.1.3	Zur Rechtslage in Österreich .....	34
1.2	Perspektive der Definition .....	36
1.3	Fazit.....	37
<b>2</b>	<b>Abgrenzung .....</b>	<b>40</b>
2.1	Organisatorische Abgrenzung .....	40
2.1.1	facilitation (Moderation) .....	43
2.1.2	negotiation (Verhandlung) .....	44
2.1.3	conciliation (Schlichtung) .....	46
	Exkurs – Schlichtung in der Schweiz.....	48
2.1.4	arbitration (Schiedsverfahren) .....	49
2.1.5	Fazit .....	51
2.2	Funktionale Abgrenzung.....	52
2.2.1	Eigenverantwortung der Parteien.....	56
	a) bei der Lösungswahl.....	56
	b) im Prozess .....	57
	c) Detailfragen.....	58

	Exkurs – Mediation durch Repräsentanten.....	62
	Exkurs – Mediation mit Repräsentanten.....	64
2.2.2	Freiwilligkeit .....	65
	a) Zur Rechtslage in Deutschland.....	73
	b) Zur Rechtslage in der Schweiz.....	74
	c) Zur Rechtslage in Österreich .....	74
2.2.3	Allparteilichkeit der Mediationsperson.....	75
	a) Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Neutralität .....	75
	b) Das aktive Moment .....	78
	c) Der äußere Anschein.....	80
	d) Die Unabhängigkeit nach außen .....	81
	e) Der Vergleich mit der richterlichen Unbefangenheit .....	82
	f) Fazit & Rechtslage .....	83
2.2.4	Offenheit & Informiertheit .....	85
	a) Unterschiede zu den vorigen Prinzipien .....	85
	b) Informationsschnittstelle Mediationsperson .....	87
	c) Informiertheit über die Sach- und Rechtslage.....	91
2.2.5	Vertraulichkeit & Verschwiegenheit .....	91
	a) Zur Rechtslage in Deutschland.....	94
	b) Zur Rechtslage in der Schweiz.....	94
	c) Zur Rechtslage in Österreich .....	95
2.2.6	Qualitätsmerkmale .....	95
	a) Rolle des Rechts .....	95
	b) Konsenslösung .....	101
	c) Zukunftsorientierung im Prozess .....	101
	d) Kommunikationsförderung.....	101

	e) Ausbildung der Mediationsperson.....	102
	2.2.7 Zusammenfassung.....	103
3	Strömungen.....	105
	3.1 settlement approach .....	106
	3.2 facilitative approach .....	106
	3.3 transformative approach.....	108
	3.4 evaluative approach .....	109
4	Fazit .....	112
 <b>Teil IV - Einbettung in das Rechtssystem.....</b>		<b>115</b>
1	Mediationsmodelle .....	116
	1.1 Nähe zur Justiz .....	117
	1.1.1 Organisation .....	117
	a) gerichtsfern .....	117
	b) gerichtsnah.....	118
	c) gerichtsintern.....	118
	1.1.2 Prozess.....	118
	a) Kumulationsmodell.....	119
	b) Distributionsmodell.....	119
	c) Diversionsmodell.....	119
	d) Integrationsmodell.....	119
	1.1.3 Mediationsperson .....	120
	a) Externe Mediation .....	120
	b) Richtermediation .....	120
	c) Anwaltsmediation .....	120

1.2	Zwang.....	122
1.2.1	Intensität .....	122
	a) Vereinbarung .....	122
	b) Empfehlung .....	129
	c) Anordnung bei Einverständnis der Parteien.....	129
	d) Anregung.....	130
	e) Anordnung .....	130
1.2.2	Einleitung.....	131
	a) obligatorisch.....	132
	b) fakultativ .....	132
1.2.3	Vollzugspersonen .....	132
	a) Konfliktparteien .....	132
	b) Richter .....	133
	c) Konfliktanalytiker .....	133
1.3	Zeitliche Anknüpfung.....	135
1.3.1	präventiv.....	135
1.3.2	parallel.....	135
1.3.3	retrospektiv .....	135
2	Schutzmechanismen .....	137
2.1	Verjährung .....	137
2.2	Vertraulichkeit .....	137
2.2.1	Schutz vor Offenbarung im Gerichtsverfahren .....	138
	a) Zeugenvernehmungsverbot.....	138
	b) Zeugnisschlagungsrecht.....	138
	c) Beweisthemenvorbot.....	139
	d) Beweisverträge .....	140

	2.2.2	Schutz vor Offenbarung in der Öffentlichkeit .....	140
	2.3	Ergebnisumsetzung .....	141
3		Zwischenfazit .....	142
4		Deutschland.....	143
	4.1	Allgemeines & Schutzmechanismen .....	143
	4.2	Modelle.....	147
	4.2.1	präventiv.....	150
		a) außergerichtlich .....	150
		b) gerichtlich.....	153
	4.2.2	parallel.....	155
		a) außergerichtlich .....	155
		b) gerichtlich.....	156
	4.2.3	retrospektiv .....	156
5		Schweiz.....	158
	5.1	Allgemeines & Schutzmechanismen .....	158
	5.2	Modelle.....	163
	5.2.1	präventiv.....	163
		a) außergerichtlich .....	163
		b) gerichtlich.....	165
	5.2.2	parallel.....	168
		a) außergerichtlich .....	168
		b) gerichtlich.....	168
	5.2.3	retrospektiv .....	171
6		Österreich.....	173
	6.1	Allgemeines & Schutzmechanismen .....	173

6.2	Modelle.....	184
6.2.1	präventiv.....	184
	a) außergerichtlich .....	184
	b) gerichtlich.....	186
6.2.2	parallel .....	186
	a) außergerichtlich .....	186
	b) gerichtlich.....	187
6.2.3	retrospektiv .....	189
7	Fazit .....	190
<b>Teil V - Conclusio.....</b>		<b>196</b>
<b>Teil VI - Quellenverzeichnis .....</b>		<b>198</b>
1	Rechtsquellen.....	198
2	Literaturquellen.....	200
<b>Teil VII - Anhang.....</b>		<b>207</b>
1	Abstract .....	207
	1.1 deutsch .....	207
	1.2 english.....	208
2	Curriculum Vitae.....	209

# Abkürzungsverzeichnis

aA	- anderer Ansicht
aaO	- am angegebenen Ort
ABA Journal	- American Bar Association Journal
Abb	- Abbildung
ABGB	- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	- Absatz
ADR	- Alternative Dispute Resolution (Alternative Konfliktlösung)
Adv. Ex. Soc. Psy.	- Advances in Experimental Social Psychology
AG	- Amtsgericht
Alt. High Costs Lit.	- Alternatives to the High Costs of Litigation
AnwBl	- Österreichisches Anwaltsblatt
Art	- Artikel
AußStrG	- Außerstreitgesetz
BB	- Betriebs-Berater
Ber VE chZPO	- Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
Ber VE VerjR	- Bericht zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts)
Beschl	- Beschluss
BeschlBer RA	- Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses
Beschl VA	- Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses
bez	- bezüglich
BG	- Bezirksgericht
BGBI	- Bundesgesetzblatt
BGE	- Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BlgNR	- Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BMJ	- Bundesministerium für Justiz
Bot chZPO	- Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
B-VG	- Bundes-Verfassungsgesetz
bzw	- beziehungsweise
CHF	- Schweizer Franken
chOR	- Obligationenrecht, Fünfter Teil des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches
chZPO	- Schweizerische Zivilprozessordnung
Conf. Res. Quart.	- Conflict Resolution Quarterly
dAnwBl	- deutsches Anwaltsblatt
deBORA	- deutsche Berufsordnung für Rechtsanwälte
deRDG	- deutsches Rechtsdienstleistungsgesetz
deZPO	- deutsche Zivilprozessordnung

dh	- das heißt
diff	- differenzierend
DRiZ	- Deutsche Richter-Zeitung
ErläutRV	- erläuterte Regierungsvorlage
ErwGr	- Erwägungsgrund
EU	- Europäische Union
EU-MediatG	- österreichisches EU-Mediations-Gesetz
evtl	- eventuell
FN	- Fußnote
FSU L. Rev.	- Florida State University Law Review
GEntw	- Gesetzesentwurf zum MediationsG
GKG-D	- Gerichtskostengesetz Deutschland
GP	- Gesetzgebungsperiode
hL	- herrschende Lehre
hRsp	- herrschende Rechtsprechung
HLS	- Harvard Law School
hM	- herrschende Meinung
HNLR	- Harvard Negotiation Law Review
Hrsg	- Herausgeber
ICC	- International Chamber of Commerce (Internationale Handelskammer)
idgF	- in der geltenden Fassung
iVm	- in Verbindung mit
IDR	- Journal of International Dispute Resolution
idgF	- in der geltenden Fassung
insb	- insbesondere
iSd	- im Sinne des/der
JBl	- Juristische Blätter
JN	- Jurisdiktionsnorm
J. Am. Acad. Matrim. Lawyers	- Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers
krit	- kritisch
KBB <sup>2</sup>	- <i>Koziol/Bydlinski/Bollenberger</i> (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB <sup>2</sup> (2007)
KUKO ZPO	- <i>Oberhammer</i> (Hrsg), Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung (2010)
lit	- litera

mA	- meiner Ansicht
ME	- Ministerialentwurf
mE	- meines Erachtens
med akt	- mediation aktuell
MediationsG	- deutsches Mediationsgesetz BGBl I 2012/35, 1577
MediationsRL	- Mediationsrichtlinie: RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABI L 2008/136, 3
Minn. L. Rev.	- Minnesota Law Review
mM	- meiner Meinung
mwN	- mit weiteren Nachweisen
mVa	- mit Verweis auf
ND L. Rev.	- Notre Dame Law Review
Neg. J.	- Negotiation Journal
NO	- österreichische Notariatsordnung
OLG	- Oberlandesgericht
OGH	- Oberster Gerichtshof
PG <sup>4</sup>	- <i>Prütting/Gehrlein</i> (Hrsg), ZPO Kommentar <sup>4</sup> (2012)
pm	- perspektive mediation
RAO	- österreichische Rechtsanwaltsordnung
RdA	- Das Recht der Arbeit (Zeitschrift der Österreichischen Bundeskammer für Arbeiter und Angestellte)
RGBI	- Reichsgesetzblatt
RL	- Richtlinie
Rsp	- Rechtsprechung
RZ	- Österreichische Richterzeitung
Rz	- Randzahl
s	- siehe
SDM	- Schweizerischer Dachverband Mediation
sog	- sogenannt, -e, -er, -es
SpekMed	- Spektrum der Mediation
Stämpflis HK ZPO	- <i>Baker &amp; McKenzie</i> (Hrsg), Stämpflis Handkommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (2010)
u	- und
ua	- unter anderem
ULR	- Uniform Law Review
va	- vor allem

VE chZPO	- Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung
vgl	- vergleiche
VO	- Verordnung
VorblErläut	- Vorblatt und Erläuterungen zur Regierungsvorlage
WIPO	- World Intellectual Property Organization
zB	- zum Beispiel
ZfRV	- Zeitschrift für Europarecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
ZivMediat-AV	- österreichische Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung
ZivMediatG	- österreichisches Zivilrechts-Mediations-Gesetz
ZivRÄG 2004	- österreichisches Zivilrechts-Änderungsgesetz 204
ZKJ	- Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe
ZKM	- Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO	- österreichische Zivilprozessordnung

# Vorwort

"The ones that you're calling wild are going to be the leaders in a little while."

*Johnny Cash*

Mein Dank geht an Ass.-Prof. Dr. Ulrike Frauenberger-Pfeiler, die mir den Anstoß zu der vorliegenden Arbeit gab, und an meine Freunde, die es nicht müde geworden sind, über Mediation zu diskutieren und nie an mir gezweifelt haben.

Besonders danke ich auch Dr. Herbert Drexler, der nicht locker gelassen und mich durch praktische Einblicke sehr unterstützt hat; Robert Schönbacher, dem ich meine Begeisterung für das Institut des Schweizerischen Friedensrichters verdanke; Sarah Zurmühle, die mich aus der Ferne immer so selbstlos unterstützt hat; Thomasz Kanicki, der als ehrlich interessierter Zuhörer neue Wege ermöglicht hat.

Weiters gilt mein Dank all jenen, die auf die eine oder andere Weise einen unverzichtbaren Beitrag zu dieser Arbeit geleistet haben: Sonja Barnreiter, Kevin Barrett, Lukas Bittighofer, Silvia Brandstätter, Eva Graf, Katharina Hasch, Natalia Kupec, Marko Marjanovic, Lucija Menzel, Verena Molecz, Esther Niklas, Lena Pampalk sowie jenen, die mir sehr hilfsbereit ihre Unterstützung angeboten haben.

*Ich möchte die erste sich bietende Gelegenheit nutzen und an dieser Stelle betonen, dass die folgende Arbeit nicht den Eindruck vermitteln soll, Mediation sei die einzig richtige Methode um Konflikte zu lösen. Sowohl die vielen anderen Formen der alternativen Konfliktlösung als auch selbstverständlich der staatliche Gerichtsprozess haben große Vorteile zu bieten und verdientermaßen ihren Platz in der österreichischen Konfliktlandschaft. Um ein sinnvolles Neben- bzw. Miteinander all dieser Formen zu ermöglichen, bedarf es allerdings eines Anstoßes zur unterstützenden Förderung der alternativen Methoden, die derzeit in Sachen Popularität gegenüber dem staatlichen Gerichtsverfahren hinterher hinken. Da die Behand-*

*lung aller Methoden den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde, konzentriert sie sich auf die Mediation als eine in Europa derzeit sehr intensiv diskutierte Form.*

Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird im vorliegenden Text auf eine geschlechtsspezifische Differenzierung verzichtet. Soweit es möglich ist, werden geschlechtsneutrale Ausdrücke verwendet, andernfalls wird die maskuline Form gewählt. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung für beide Geschlechter.



# Teil I - Einführung

## 1 Einleitung

Bereits der Titel lässt klar erkennen, dass in dieser Arbeit eine Position bezogen wird, die die Mediation befürwortet und die derzeitigen Rahmenbedingungen in Österreich als verbesserungswürdig erachtet. Das Potenzial, das diese Methode der alternativen Konfliktlösung in sich birgt, ist bei weitem noch nicht ausgeschöpft und sollte verstärkt von Politik und Gesellschaft ausgenutzt werden. Inwiefern aus rechtlicher Sicht dazu beigetragen werden kann, die Mediation als alternatives Streitbeilegungsinstrument attraktiver zu gestalten, soll vor allem durch den Vergleich der gesetzlichen Bestimmungen in Österreich mit jenen in Deutschland und der Schweiz herausgearbeitet werden.

Gleichwohl sind auch der Mediation unverkennbar Grenzen gesetzt. Nicht in jedem Fall ist sie das geeignete Mittel und führt auch nicht in jedem Konflikt zur erhofften Einigung.<sup>1</sup> Doch auch im Scheitern kann ein Fortschritt liegen. Empirisch nur schwer festzuhalten sind die Auswirkungen einer gescheiterten Mediation auf den weiteren Verlauf des Konflikts. Untersuchungen und Berichte aus der Praxis lassen aber die Vermutung zu, dass diese selten negativ sind<sup>2</sup> und vielmehr zu einer sogenannten verspäteten Einigung in direkten oder indirekten Verhandlungen oder auch im staatlichen Gerichtsprozess führen können.<sup>3</sup>

Wie dem auch sei – die inhaltliche Auseinandersetzung mit den Fragen, in welchen Konstellationen Mediation geeignet ist und welche Folgen ein Scheitern nach sich zieht, werden in dieser Arbeit nicht behandelt; ebenso wenig der Aufbau und die Phasen einer Mediations-sitzung.

Stattdessen beschäftigt sie sich ausschließlich mit der Ausgestaltung einer geeigneten *Definition* der Mediation und ihrer *Einbettung in das Rechtssystem*. Diese zwei Bereiche stellen allerdings nur einen kleinen Teil der möglichen und rechtlich relevanten Förderungsfelder

---

<sup>1</sup> Falk/Koren, Kommentar zum ZivMediatG (2005) § 1 Rz 2.5.2. mVa Pruckner, Recht der Mediation (2003) 17.

<sup>2</sup> So bspw Spindler, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen (2006) 182.

<sup>3</sup> Dr. Herbert Drexler, Vortrag im Rahmen des Mediationslehrgangs der Akademie KonsensKultur, 29.10.2011.

dar, die ursprünglich allesamt Inhalt dieser Dissertation werden sollten, aufgrund des dafür erforderlichen Umfangs jedoch leider nicht behandelt werden können:

- 1) Begriffliche Förderung
- 2) Empirische Förderung
- 3) Rechtliche Förderung
- 4) Finanzielle Förderung
- 5) Qualitative Förderung

Gewisse Aspekte der *qualitativen Förderung*, nämlich die Frage des Zulassungssystems, werden im Zusammenhang mit der Teilung der österreichischen Mediationspersonen in *eingetragene* und *nicht eingetragene* Mediatoren zwar zum Teil berücksichtigt, doch die ebenso wichtigen Themen der Ausbildungsanforderungen und der Ausgestaltung der Berufsordnung werden nicht erörtert. Auch auf die Auseinandersetzung mit den Varianten der *finanziellen Förderung* bzw der Finanzierung generell sowie der Frage nach der Gewinnung und Auswertung von wissenschaftlich aussagekräftigen empirischen Daten und somit praxisrelevanter Informationen für die Rechtspolitik, die Teile der *empirischen Förderung* sind, muss verzichtet werden.

Die vorliegende Arbeit hat zum Ziel etwaige Lücken der rechtlichen Rahmenbedingungen aufzudecken, aber vor allem das Potenzial, das durch eine Modernisierung des Gesetzesbegriffs *Mediation* und der derzeitigen Rechtslage ausgeschöpft werden könnte, aufzuzeigen. Damit beschäftigt sie sich mit einem Aspekt der *begrifflichen Förderung*. Ebenso stellt sich die wichtige Frage der Wahl des passenden Mediationskonzepts als Teil der *rechtlichen Förderung*; dabei sollen die Möglichkeiten der Verbindung der Mediation mit dem Gerichtsverfahren dargelegt werden. Aus beiden Förderungsbereichen werden allerdings nur Teilbereiche behandelt.

Der leitende Gedanke dieser Arbeit ist, Mediation sowohl für Medianden als auch für Mediationspersonen und sonstige Rechtsanwender attraktiver zu gestalten, sodass sie eine echte – im Sinn von gleichwertige – Alternative zum Gerichtsverfahren darstellt.

Die hier aufgelisteten Gebiete sind aber überdies nur jene, in denen die Auseinandersetzung von Seiten der Rechtswissenschaften einen wesentlichen Beitrag leisten kann. Daneben gibt es noch andere Bereiche, in denen Maßnahmen ergriffen werden müssen, um eine erfolgreiche Implementierung der Mediation in der Rechtspraxis zu ermöglichen.<sup>4</sup> Die *Europäische Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ)*, eine Einrichtung des *Europarats*, hat beispielsweise in mehreren Richtlinien<sup>5</sup> jene Punkte erfasst, die für eine erfolgreiche Einbindung der Mediation im Rechtssystem berücksichtigt werden sollten. So spielt auch die Förderung auf politischer bzw medialer Ebene eine ganz entscheidende Rolle, die aber in dieser Arbeit nicht behandelt wird.

Der übergeordnete Leitgedanke dieser Dissertation ist die **Entwicklung eines nachhaltiges Konzepts, das sicherstellt, dass die Vorteile der Mediation als solche erkannt und genutzt werden können.**

An dieser Stelle soll allerdings betont werden, dass ein derartiges Konzept einer laufenden Beobachtung mit der Möglichkeit von Modifikationen bedarf. Ein Fehler wäre es, ein einmal entwickeltes Mediationskonzept als das einzig passende und richtige anzusehen. Stillstand ist ein Weg, der der Mediation jedenfalls nicht zum gewünschten Erfolg verhelfen wird, denn sie lebt zu einem großen Teil von Flexibilität und Anpassungsfähigkeit. Das Bedürfnis, jene Mediationsmodelle abzuwandeln, die sich strikt innerhalb der Systematik *Mediation* bewegen, zeigt die Entwicklung diverser Misch- und Hybridverfahren<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> S ausführlich dazu *Mirimanoff*, La médiation dans l'ordre juridique suisse (2011) 40 ff.

<sup>5</sup> S bspw Europäische Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ), Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters vom 07.12.2007, CEPEJ(2007)14E, [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ\(2007\)14&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CEPEJ(2007)14&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864) (09.02.2013).

<sup>6</sup> S Kapitel Teil II - 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren 15.

## 2 Abgrenzung

Der hier vorliegende Untersuchungsrahmen wird von unterschiedlichen Seiten eingegrenzt. Da wäre zum einen die Einschränkung auf ein bestimmtes geografisches bzw demografisches Gebiet:

### 2.1 In örtlicher Hinsicht

Der Ausgangspunkt ist Österreich, von dem aus der Blick auf andere Länder geworfen wird, um am Ende allerdings wieder zur Quelle zurückzukehren und für diese auch eine entsprechende Conclusio ziehen zu können. Diesem *roten Faden* folgen auch die nachstehenden Kapitel.

Bei der Auswahl der Vergleichsländer waren die ersten Kriterien, die es zu erfüllen galt, eine im Großen und Ganzen dem österreichischen Rechtssystem ähnelnde Rechtslandschaft sowie eine räumliche und kulturelle Nähe. Denn die Ausgangsbasis sollte nicht dermaßen große Unterschiede aufweisen, dass eben wegen dieser keine Aussage über die Eignung einzelner Förderungsalternativen zur Umsetzung im österreichischen Recht getroffen werden kann. Eine Rezeption von bereits im Ausland erprobten Modellen soll schließlich theoretisch vorstellbar und auch sinnvoll sein.

Dennoch spielen vor allem auf theoretischer Basis Länder des *common law*, wie England, die USA oder Australien, eine große Rolle, da viele der jüngeren Theorien und Entwicklungen dort ihren Ursprung haben. Daher wird bei der Suche nach einer geeigneten *Definition* auf internationale Quellen zurückgegriffen. Die Beschränkung dieses Rückgriffs auf die theoretische Untersuchung des Begriffs liegt darin begründet, dass hier die unterschiedliche Ausgangsbasis der Länder eher eine Quelle der Inspiration für die Entwicklung und Interpretation der Mediation darstellt, während sie bei der Frage der *Einbettung in das Rechtssystem* vielmehr ein Hindernis ist. Somit wird auch der Zugang zu – aus unserer Sicht – neuen Ideen geschaffen, die mit Adaptionen auch in das System des *civil law* passen können.

Das erste Land, das eines der Hauptvergleichsgebiete zu Österreich sein soll, ist **Deutschland**. Diese Wahl liegt aus mehreren Gründen nahe: (i) die gemeinsame Sprache, (ii) die

räumliche Nähe, (iii) eine parallel stattgefunden und -findende Entwicklung im Bereich der Rechtswissenschaft und der Gesellschaft an sich und (iv) eine ähnliche Gesetzeslage in weiten Bereichen der Rechtsordnung. Die Unterschiede liegen oft nur im Detail, sodass sich sehr viele Werke dem Vergleich der österreichischen und deutschen Rechtsordnung widmen und häufig der Blick zum "großen Nachbarn" geworfen wird, um in der dortigen Rsp und Literatur Ansatzpunkte für eine passende Auslegung in Österreich zu erhalten.

Das zweite Land wurde aus ähnlichen Gründen ausgesucht: die **Schweiz**. Sicherlich sind auch hier die Gemeinsamkeiten unübersehbar: (i) die – zumindest in einem Teil des Landes – gemeinsame Sprache und (ii) die räumliche Nähe.

Doch es wäre uninteressant, zwei ähnliche Länder aus denselben Gründen miteinander zu vergleichen, die sich dann auch noch vom Ausgangsland kaum unterscheiden. Für die Entscheidung, beide Länder zu wählen, sprechen vor allem zwei Gründe.

Auf der einen Seite steht die Schweiz aufgrund (i) **struktureller Aspekte** – Einwohnerzahl, Landesgröße – Österreich zum Teil näher, als der größere Nachbar Deutschland.

Auf der anderen Seite ist sie aber kein Mitglied der (ii) **Europäischen Union (EU)**, weshalb vor allem der Vergleich mit Deutschland, das den gleichen Rahmenbedingungen unterliegt wie Österreich, unverzichtbar ist. Diese Rahmenbedingungen werden weiter unten in einem kurzen Überblick dargestellt.<sup>7</sup> Nichtsdestotrotz liefert die Schweiz als Vergleichsland einen wesentlichen Beitrag. Denn gerade weil sie in der rechtlichen Ausgestaltung der Mediation frei von Rahmenvorgaben ist – wobei aufgrund der Stärke der Kantone und der Komplexität des Gesetzgebungsverfahrens auch hier faktische Hürden bestehen –, ist die Frage, welchen Weg sie bei der Begriffswahl und der rechtlichen Eingliederung eingeschlagen hat, besonders spannend.

Schließlich war bei der Auswahl der Vergleichsländer auch noch (iii) die **Rolle der Mediation** ausschlaggebend.

Auch wenn Deutschland zu Beginn dieser Arbeit noch keine gesetzliche Regelung hatte, so zeigten doch die überwiegende Bedeutung deutscher Fachbücher für den gesamten

---

<sup>7</sup> S Kapitel Teil II - 2.2 Europarechtliche Grundlagen 17.

deutschsprachigen Raum und die hohe Anzahl an Beiträgen in Fachzeitschriften, dass Mediation ihren Platz in der dortigen Gesellschaft und Rechtslandschaft hat.

Die Schweiz war vor allem aufgrund der sehr neuen, modernen Mediationsregelung und der Erfahrungen mit dem Modell des **Friedensrichters** interessant. Dieser (auch Aussöhnungsbeamter genannt)<sup>8</sup> leitete die früheren Sühne- oder Vermittlungsverfahren, die in den meisten Kantonen fixer Bestandteil der kantonalen Prozessordnung waren. Die neue gesamtschweizerische Zivilprozessordnung hat dieses Sühneverfahren umbenannt in das *obligatorische Schlichtungsverfahren* und flächendeckend eingeführt.<sup>9</sup> Neben der obligatorischen Ausgestaltung liegt eine weitere Besonderheit darin, dass die Friedensrichter in den meisten Kantonen vom Volk gewählt werden und überdies keine juristische Ausbildung benötigen.<sup>10</sup>

## 2.2 In zeitlicher Hinsicht

Zum anderen kann man die Untersuchungen auch auf einen bestimmten Zeitraum einschränken. Diese Aufgabe lässt sich relativ leicht lösen, da Mediation in Mitteleuropa in der heutigen Form erst gegen Ende des letzten Jahrhunderts (wieder)entdeckt wurde.

Mediation existierte jedoch vielerorts bereits schon früher, allerdings unter anderen Bezeichnungen, wie *Vermittlung* oder *Schlichtung*.

So belegen beispielsweise zeitgeschichtliche Dokumente des Kantons Zürich (Schweiz), dass bereits 1291 gütliche Einigungen durch Schlichtung angestrebt wurden.<sup>11</sup> Nach der Einverleibung durch Frankreich wurde außerdem in vielen Kantonen das Institut des Friedensrichters aufgenommen, das neben der offensichtlichen Aufgabe zu richten, auch friedentiftend sein sollte.<sup>12</sup>

In dieser Arbeit spielt allerdings nur die jüngere Entwicklung der Mediation eine Rolle. Konkret konzentriert sie sich auf die aktuelle Rechtslage, wie sie am 31.12.2012 bestanden hat. Die wesentlichen Gesetzestexte sind damit in Österreich das Zivilrechts-Mediations-Gesetz

---

<sup>8</sup> Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 116.

<sup>9</sup> S Kapitel Teil IV - 5.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 158.

<sup>10</sup> Zwickel, Bürgernahe Ziviljustiz (2010) 170.

<sup>11</sup> Ziegler, 200 Jahre Friedensrichter im Kanton Zürich (2003) 11.

<sup>12</sup> Ziegler, Friedensrichter (2003) 14; s Kapitel Teil I - 2.1 In örtlicher Hinsicht 4.

(ZivMediatG)<sup>13</sup> sowie das EU-Mediations-Gesetzes (EU-MediatG)<sup>14</sup>, in Deutschland das *Mediationsgesetz* (MediationsG)<sup>15</sup> und in der Schweiz die neue, erstmals bundesweit gültige Schweizerische Zivilprozessordnung (chZPO)<sup>16</sup>, die am 01.01.2011 in Kraft getreten ist<sup>17</sup> und unter den *Besonderen Bestimmungen* der Mediation im 2. Titel einen eigenen Bereich gewidmet hat.

### 2.3 In fachlicher Hinsicht

Neben der räumlichen und zeitlichen Einschränkung gibt es noch jene im Bezug auf das Fachgebiet. Mediation kann es in allen Lebensbereichen geben, wobei besonders der Wirtschaftsmediation oftmals die Sinnhaftigkeit und Erfolgschance abgesprochen wird.<sup>18</sup> Mediation existiert im privaten Bereich (zB Familienangelegenheiten, Erbfälle, Konflikte in Beziehungen) ebenso, wie im wirtschaftlichen (zB Arbeitsplatz, Konflikte aus Verträgen) und öffentlichen Bereich (zB Strafrecht, Umweltthemen, Bauprojekte) als auch auf internationaler, völkerrechtlicher Ebene (zB zwischenstaatliche Uneinigkeiten).

Die Grenzen des Untersuchungsgegenstands dieser Arbeit werden um das Gebiet des allgemeinen Zivil- und Handels- bzw Unternehmensrechts gezogen, da sich hier ausschließlich Private (natürliche oder juristische Personen) gegenüberstehen und Konflikte mit Behörden oder Gebietskörperschaften somit unbeachtet bleiben. Darüber hinaus stimmt diese Abgrenzung mit jener der MediationsRL überein.

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich somit auf die generell-abstrakten Fragestellungen, die sich bei der Gestaltung eines zivil- und handels- bzw unternehmensrechtlichen Mediationskonzepts innerhalb des österreichischen Rechtssystems ergeben.

---

<sup>13</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz BGBl I 2003/29.

<sup>14</sup> EU-Mediations-Gesetz BGBl I 2011/21.

<sup>15</sup> Mediationsgesetz BGBl I 2012/35, 1577.

<sup>16</sup> Schweizerische Zivilprozessordnung AS 2010/1739.

<sup>17</sup> Art 408 chZPO.

<sup>18</sup> Manche Diskussionspartner bezeichnen Mediation in der Wirtschaft oft als *fehl am Platz* und begründen dies damit, dass in diesem Umfeld – im Gegensatz zu Konflikten in der Familie – kein Platz für Emotionen sei. Sie ziehen drittunterstützte Einigungsversuche im Wirtschaftsbereich, bei denen die Bedürfnisse und Interessen der Konfliktparteien herausgearbeitet werden sollen, oft ins Lächerliche, übersehen dabei allerdings, dass – trotz aller Sachlichkeit – auch dieser Bereich nicht emotionsfrei ist. Die Fülle an Literatur mit dem Fokus auf Wirtschaftsmediation lässt die Bedeutung dieses Sektors ohnehin nicht leugnen.

# Teil II - Allgemeines

Teil II dieser Arbeit soll die notwendigen Grundlagen für die nachfolgenden Kapitel aufbereiten. Daher wird zuerst auf die Bandbreite und Charakterisierung der alternativen Konfliktlösungsarten eingegangen (→ **ADR**)<sup>19</sup>. Dem folgt eine kurze Darstellung zum einen jener Grundbegriffe, die meist in Zusammenhang mit Mediation fallen, zum anderen der europarechtlichen Grundlagen (→ **Mediation**)<sup>20</sup>. Weiters werden die einzelnen Personengruppen herausgearbeitet, die es bei der Förderung der Mediation zu berücksichtigen gilt (→ **Zielgruppen**)<sup>21</sup>. Abschließend erfolgt ein Überblick über die möglichen Abstufungen der Intensität der Eingliederung der Mediation in das Rechtssystem (→ **Regelungsintensitäten**)<sup>22</sup>.

## 1 ADR

### 1.1 Einteilung

Als Kurzbezeichnung für die alternativen Konfliktlösungstechniken wird meist schlicht das Akronym **ADR** gebraucht, das für **Alternative Dispute Resolution**<sup>23</sup> steht. Daneben hat die Lehre allerdings auch vermehrt diverse andere Ausformulierungen entwickelt,<sup>24</sup> wobei besagte Formulierung am häufigsten vorzufinden ist.

---

<sup>19</sup> S Kapitel Teil II - 1 ADR 8.

<sup>20</sup> S Kapitel Teil II - 2 Mediation 16.

<sup>21</sup> S Kapitel Teil II - 3 Zielgruppen 20.

<sup>22</sup> S Kapitel Teil II - 4 Regelungsintensität 22.

<sup>23</sup> S bspw *Brown/Marriott*, *ADR Principles and Practice*<sup>2</sup> (1999) Rz 2-001; *Haft*, *Verhandlung und Mediation in Haft/Schlieffen* (Hrsg), *Handbuch Mediation*<sup>1</sup> (2002) § 2 Rz 2; *Hopt/Steffek*, *Mediation – Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme in Hopt/Steffek* (Hrsg), *Mediation* (2008) 3 (15).

<sup>24</sup> S *Ratcliffe/Stubbs/Keeping*, *Urban Planning And Real Estate Development*<sup>3</sup> (2009), 125: "[...] '**complementary dispute resolution**' (*Harrison* 1997), '**appropriate dispute resolution**' (*Acland* 1990, *Mackie et al.* 1995) or even '**additional dispute resolution**' [...]" (*Astor/Chinkin* 1992, *Street* 1991); ähnlich *Duve*, *Alternative Dispute Resolution (ADR) – die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA*, BB 40/1998, 9; *NADRAC*, *What is ADR?* [http://www.nadrac.gov.au/what\\_is\\_adr/Pages/default.aspx](http://www.nadrac.gov.au/what_is_adr/Pages/default.aspx) (09.10.2012): **assisted dispute resolution**; s auch die Bezeichnung **amicable dispute resolution** in *ICC*, *Rules of Arbitration*, Appendix IV h) (i), <http://www.iccwbo.org/products-and-services/arbitration-and-adr/arbitration/icc-rules-of-arbitration/> (14.02.2013); *Ade/Alexander*, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 7, die für die Bedeutung *appropriate dispute resolution* als modernes ADR-Verständnis sprechen; *Risse*, *Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 5, der die Verwendung der Begriffe **adequate** oder *appropriate dispute resolution* bevorzugt.

Eine wichtigere Rolle als die konkrete Ausformulierung des Begriffs *ADR* spielt jedoch die Frage nach den **Verfahrensarten**, die diesem zugeordnet werden, wobei die Schiedsgerichtsbarkeit den häufigsten Streitpunkt in diesem Diskurs darstellt.

Sie wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet; es sind kaum zwei Autoren zu finden, die dieselbe Einteilung mit derselben Begründung vertreten:

Einige nennen in diesem Zusammenhang die klassischen Verfahren,<sup>25</sup> sozusagen die Grundmodelle, wobei die Aufzählungen derselben sich nicht immer decken.<sup>26</sup>

Andere zählen neben den Klassikern auch jüngere Modelle, vorrangig in Amerika entwickelte und hierzulande meist nicht genützte Verfahren und Mischformen hinzu.<sup>27</sup>

Generell besteht natürlich auch die Möglichkeit, sich an den individuellen Streitbeilegungseinrichtungen eines speziellen Landes zu orientieren,<sup>28</sup> da es zwar einige Oberbegriffe mit internationaler Geltung gibt, aber gerade aufgrund der unterschiedlichen Rechtsordnungen länderspezifische ADR-Verfahren existieren. Dies erklärt auch die unglaublich hohe Zahl von (zumindest) 750 verschiedenen Streitbeilegungssystemen allein innerhalb der EU.<sup>29</sup> Meist lassen sich diese aber unter die bestehenden Grundmodelle ordnen.

Zum Teil erfolgen die diversen Einteilungen in der Literatur relativ willkürlich, allerdings gehen auch einige Autoren auf die Hintergründe ihrer jeweilig vertretenen Ansicht ein, wobei diese letztlich in der unterschiedlichen teleologischen Auslegung des Begriffs *Alternative Dispute Resolution* ihre Wurzel haben.

---

<sup>25</sup> *Haft* in *Haft/Schlieffen*, HB Mediation<sup>1</sup> (2002) § 2 Rz 13; *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 16.

<sup>26</sup> Meist scheiden sich die Geister bei der Schiedsgerichtsbarkeit; s dazu gleich die Unterscheidung in **Konsens-Ansatz** und **Alternativ-Ansatz**.

<sup>27</sup> *Breidenbach*, Mediation (1995) 13; *Duve*, ADR, BB 40/1998, 9.

<sup>28</sup> *Bajons*, Einrichtungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung (Klassifikation aufgrund der von Deutschland notifizierten Stellen), Unterlagen zur Lehrveranstaltung *Außergerichtliche Konfliktlösung in Zivilsachen I* im WS 2009/10 an der Universität Wien.

<sup>29</sup> VKI *Europäisches Verbraucherzentrum*, Alternative Streitbeilegung vom 24.01.2011, <http://www.europakonsument.at/cs/Satellite?pagename=Europakonsument/Artikel/Detail&cid=318875029266> (15.02.2013).

Dabei stechen zwei Sichtweisen ganz besonders ins Auge:<sup>30</sup> der Konsens-<sup>31</sup> und der Alternativ-Ansatz<sup>32</sup>.

### 1.1.1 Der Konsens-Ansatz

Die Vertreter dieses Ansatzes bilden zuallererst sogenannte **Kategorien (*categories*)**, in die sie die einzelnen Konfliktlösungsverfahren gliedern: *consensual, informative, coercive, adjudicative, democratic* und *mechanical*.<sup>33</sup>

Diese Kategorien unterscheiden sich im Grunde durch die **Art des Zustandekommens einer Lösung**. So fällt Mediation beispielsweise unter *consensual*, da das Ergebnis in einer durch die Parteien im Einvernehmen getroffenen Lösung liegt, während das Schiedsverfahren in der Abteilung *adjudicative* zu finden ist, da hier ein Dritter autoritativ entscheidet.

In einem zweiten Schritt wird schließlich die Kategorie *consensual* mit dem Begriff *ADR* gleichgesetzt, weshalb bei dieser Art der Einteilung die Schiedsgerichtsbarkeit nicht zu den ADR-Verfahren gezählt wird.

Dieser Art der Einteilung ist sofort entgegenzuhalten, dass durch sie sehr viele Verfahren aus dem Begriff *ADR* herausfallen, die ein großes Konfliktlösungspotenzial in sich bergen. Sie bietet diesen Verfahrensarten außerdem keinen ebenso gewichtigen Oberbegriff wie den *konsensualen Konfliktlösungsmethoden* und verkennt damit die Wichtigkeit der Vielfalt von Konfliktlösungsarten. Der Ansatz überzeugt auch deswegen nicht, weil er der hM, die auch andere Kategorien außer der Konsensfindung zu den ADR-Verfahren zählt, klar widerspricht.<sup>34</sup>

Eine weitere Inkonsequenz ergibt sich aus der Mehrdeutigkeit des Worts *Konsens*. Das formelle Verständnis, das diesen Begriff im Gegensatz zum *Dissens* sieht,<sup>35</sup> und das materielle,

---

<sup>30</sup> S *Chornenki/Hart, Bypass Court*<sup>4</sup> (2011) 4, die selbst jedoch ADR als Sammelbegriff für Konfliktlösungsmethoden überhaupt sehen und daher auch das Gerichtsverfahren dazu zählen.

<sup>31</sup> S Kapitel Teil II - 1.1.1 Der Konsens-Ansatz 10.

<sup>32</sup> S Kapitel Teil II - 1.1.2 Der Alternativ-Ansatz 13.

<sup>33</sup> *Chornenki/Hart, Bypass Court*<sup>4</sup> (2011) 2 ff, 7, 8; s auch *Brown/Marriott, ADR*<sup>2</sup> (1999) Rz 2-025, 2-029, die sich hingegen mit den zwei Kategorien *consensual* und *adjudicative* begnügen; *Schütz, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung* (2009) Rz 45, wonach dieser Ansatz dem **kontinental-europäischen** Verständnis entspreche.

<sup>34</sup> ZB *neutral evaluation, advisory board* oder *expert opinion*; diese zählen zur Kategorie *informative*: *Chornenki/Hart, Bypass Court*<sup>4</sup> (2011) 8.

das ihn vor allem vom *Kompromiss* unterscheidet,<sup>36</sup> haben gänzlich unterschiedliche Blickwinkel:

- 1) Das **formelle Verständnis** bezeichnet mit *Konsens* eine von außen erkennbare Übereinstimmung von Willenserklärungen und somit einen *äußeren, formellen Vorgang* – die Einigung.<sup>37</sup>

Ein *Dissens* hingegen liegt bei offensichtlicher Uneinigkeit der Parteien vor. Diese Sichtweise nimmt auch der *Konsens-Ansatz* ein, der eben nur auf die Art des Zustandekommens einer Lösung blickt.

Dieses formelle Verständnis ist vom Wortlaut der offiziellen Bedeutung des Begriffs *Konsens*<sup>38</sup> (Latein *consensus*: Übereinstimmung der Meinungen, Zustimmung, Einwilligung)<sup>39</sup> gedeckt.

- 2) Doch auch das **materielle Verständnis** findet sich in dieser nüchternen Erklärung wieder. Diese Ansicht beschreibt den *Konsens* als einen *gemeinsamen Standpunkt*<sup>40</sup>, als *innere Übereinstimmung* der Meinungen. Folgt man diesem Verständnis, spielt die äußere Form, wie die Lösung letztlich zustande kommt, eine untergeordnete Rolle. Wesentlich ist, dass die Bedürfnisse und Interessen – im Gegensatz zu ihren Positionen –<sup>41</sup> in der Lösung berücksichtigt werden.<sup>42</sup> Bei einer *Konsenslösung* gibt es keinen Gewinner oder Verlierer; sie stellt eine für alle zufriedenstellende Lösung dar und kann somit auch mit

---

<sup>35</sup> S. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006) 127.

<sup>36</sup> Duve, Alternativen zur traditionellen Konfliktbeilegung erkennen in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 41, 42.

<sup>37</sup> Koziol/Welser, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006) 127: "Haben die Parteien Willenserklärungen abgegeben, die zumindest äußerlich übereinstimmen [...], so besteht ein Konsens ('Übereinstimmung', Einigkeit) der Parteien".

<sup>38</sup> Vgl. Thiele, Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen (2008) 283.

<sup>39</sup> Duden, Konsens, <http://www.duden.de/rechtschreibung/Konsens> (15.09.2012).

<sup>40</sup> Matys, Praxishandbuch Produktmanagement<sup>3</sup> (2005) 83.

<sup>41</sup> S. dazu Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>42</sup> Das führende Praxisbeispiel für die Unterscheidung zwischen Kompromiss und Konsens ist der Streit zweier Schwestern um eine **Orange**. Eine benötigt die Schale, die andere nur den Saft. Ein Kompromiss wäre demnach die Teilung der Orange in zwei Hälften, der Konsens die Teilung in Schale und Saft. Folgte man dem Verständnis im *Konsens-Ansatz*, wären beide Lösungswege *konsensual*, wobei eine innere Übereinstimmung der beiden Standpunkte nur bei letzterem Lösungsweg erreicht ist.

dem englischen Ausdruck **win-win**<sup>43</sup> (beschreibt eine Situation, bei der beide Parteien als Gewinner aus dem Konflikt hervorgehen) gleichgesetzt werden.<sup>44</sup> Damit ist der Konsens die qualitativ höchste Stufe einer Entscheidungsfindung.<sup>45</sup>

Beim *Kompromiss* (Latein *compromissum*: Übereinkunft durch gegenseitige Zugeständnisse)<sup>46</sup> hingegen gibt zumindest eine Partei nach, um eine Lösung zu erzielen. Er stellt eine Teileinigung dar.<sup>47</sup> Da eine Teileinigung auch einen Teilverlust bedingt,<sup>48</sup> erzeugt ein *Kompromiss* eine **win-lose** (eine Partei gewinnt, die andere verliert) oder sogar **lose-lose** Situation (beide Parteien fühlen sich als Verlierer).<sup>49</sup>

Der *formelle Konsens* kommt also durch eine äußere Zustimmung der Parteien zu einer Lösung zustande, der *materielle Konsens* ist hingegen unabhängig von der Form und bezeichnet eine Lösung, bei der die Interessen und Bedürfnisse<sup>50</sup> der Parteien berücksichtigt werden können.

Dass es bei einer mangelnden Unterscheidung zwischen diesen beiden Sichtweisen sprachlich zu einer ungewollten Vermischung derselben kommt,<sup>51</sup> zeigt der *zivilrechtliche Vergleich*, den viele vermutlich als die Verkörperung des *Kompromisses* bezeichnen würden – jedoch nur bezogen auf die äußere Form:<sup>52</sup>

Konfliktparteien gehen mit komplett gegensätzlichen Forderungen in den Mediationsprozess hinein und kommen – bei einem erfolgreichen Verlauf – mit einer gemeinsamen Lösung heraus. Äußerlich betrachtet muss dafür zumindest eine Person nachgeben und von ihrer Position abrücken. Bei einer formellen Betrachtungsweise ist das Mediationsergebnis also stets

---

<sup>43</sup> S *Hammerl*, Kooperation statt Konfrontation in *Ferz*, Rechtskultur – Streitkultur – Mediation (2003) 29 (33), wo bspw von Konsens gar nicht die Rede ist, sondern überhaupt die "*win-win-Situation*" als Merkmal bzw Grundsatz der Mediation angeführt wird.

<sup>44</sup> S bspw *Hunger*, Konflikte im Jugendhaus (2005) 36.

<sup>45</sup> *Krüger*, Kooperation und Wertschöpfung (2012) 42; ebenso *Hunger*, Konflikte im Jugendhaus (2005) 36.

<sup>46</sup> *Duden*, Kompromiss, <http://www.duden.de/rechtschreibung/Kompromiss> (15.09.2012).

<sup>47</sup> *Hunger*, Konflikte im Jugendhaus (2005) 36.

<sup>48</sup> *Hunger*, Konflikte im Jugendhaus (2005) 36.

<sup>49</sup> So auch *Krüger*, Kooperation und Wertschöpfung (2012) 43.

<sup>50</sup> S dazu Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>51</sup> S bspw *Krüger*, Kooperation und Wertschöpfung (2012) 42, wo der Konsens nicht nur dem Kompromiss gegenübergestellt wird, sondern auch dem Dissens.

<sup>52</sup> S *Breidenbach*, Außergerichtliche Streiterledigung in *Gottwald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts (2002) 117 (123), der ebenfalls einen *formellen Kompromiss* und einen *materiellen Konsens* gegenüberstellt.

ein *Vergleich*, ein *Kompromiss*; zugleich aber auch ein Konsens, da die Parteien einer gemeinsamen Lösung zustimmen und somit übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen.

Berücksichtigt die Lösung jedoch die Interessen und Bedürfnisse der Parteien, dann handelt es sich im materiellen Sinn nicht um einen *Kompromiss*, sondern um einen *Konsens*.

Wie dieses Beispiel zeigt, ist die Ansicht, dass ADR-Verfahren nur konsensuale Verfahren seien, bei Beachtung der konfliktimmanenten Begrifflichkeiten missverständlich.

Der ausschlaggebende Grund, weshalb der *Konsens-Ansatz* mE jedoch nicht überzeugt, ist jener, dass er keine ausreichende Begründung für den Ausschluss der Schiedsgerichtsbarkeit bietet. Denn letztlich ist die gemeinsame Entscheidung, ein Schiedsverfahren durchzuführen und sich dem Schiedsspruch zu unterwerfen, nichts anderes, als ein *antizipierter formeller Konsens*.<sup>53</sup> Die Lösung kommt nur dadurch zustande, dass sich die Parteien einigen und der von einem Dritten noch zu treffenden Entscheidung vorweg zustimmen. Weitere Erfordernisse an den Inhalt der Lösung stellt die oben beschriebene formelle Sichtweise, die der *Konsens-Ansatz* verfolgt, nicht. Voraussetzung ist ganz einfach eine Einigung – dass die Parteien diese auch inhaltlich selbst festlegen wird nicht verlangt. Einzig das staatliche Gericht fällt somit tatsächlich aus der Kategorie *konsensuale Konfliktlösung* heraus, da es auch gegen den Willen des Beklagten vom Kläger angerufen werden kann.

### 1.1.2 Der Alternativ-Ansatz

Anhänger dieses Verständnisses<sup>54</sup> zählen alle Verfahren, die außerhalb der staatlichen Gerichtsbarkeit liegen, zu den ADR-Verfahren. Die Grenzziehung erfolgt hier nicht über die Art des Zustandekommens einer Lösung, sondern im simplen Bestehen als Alternative zum **Gerichtsverfahren**.<sup>55</sup> Daher wird bei diesem Ansatz die Schiedsgerichtsbarkeit hinzugezählt,<sup>56</sup> worin die wesentliche Abweichung der beiden Ansätze liegt.<sup>57</sup>

---

<sup>53</sup> Vgl dazu auch *Ade/Alexander*, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 23, die unter der Konsensorientierung des Verfahrens eben die vom Einverständnis der Parteien getragene Bearbeitung und Lösung des Konflikts verstehen.

<sup>54</sup> *Schütz*, *Mediation* (2009) Rz 45, wonach dieser Ansatz dem **angloamerikanischen** Verständnis entspreche; s auch *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 22; widersprüchlich *Mürner*, *Gerichtsnaher Zivilmediation* (2005) 4 f, die zwar einerseits die Schiedsgerichtsbarkeit aufzählt, dann aber auf eine nicht-autoritative Entscheidung pocht.

<sup>55</sup> *Falk*, *Die Entwicklung der Mediation in Töpel/Pritz* (Hrsg), *Mediation in Österreich* (2000) 17 (25); *Ware*, *Principles of alternative dispute resolution*<sup>2</sup> (2007) 5.

<sup>56</sup> Ua *Bargen*, *Gerichtsinterne Mediation* (2008) 14.

<sup>57</sup> *Brown/Marriott*, *ADR*<sup>2</sup> (1999) Rz 2-029; *Gabriel*, *Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem* (2008) 40 zitiert nach *Rüede/Hadenfeldt*, *Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht*<sup>2</sup> (1993) 2: Aufgrund des starken

Kritiker, die hervorheben, dass die Bezeichnung als *Alternative* nicht passe, weil ADR-Verfahren nicht besser als Gerichtsverfahren und daher kein überlegenes Konkurrenzmodell seien,<sup>58</sup> übersehen das Wesen einer Alternative. Diese stellt einzig und allein eine Wahlmöglichkeit dar – ob die zur Wahl stehenden Möglichkeiten dabei gleich effektiv und passend sind, ist für die Bezeichnung als Alternative unwesentlich und muss der Anwender erst bei der Entscheidung zwischen diesen beurteilen. Dieser Einwand geht daher ins Leere.

Auch das Argument, ADR-Verfahren wären deshalb keine Alternative zum Gerichtsverfahren, weil jede Partei ohne Rechtfertigung einseitig die Mediation abbrechen und Klage erheben kann,<sup>59</sup> ist weder zielführend noch systematisch korrekt. Denn diese Eigenschaft trifft nur dann auf alle ADR-Verfahren zu, wenn der *Konsens-Ansatz* verfolgt und die Schiedsgerichtsbarkeit aus dem Kreis dieser Verfahrensarten ausgeschlossen wird, da bei dieser (wenn auch nicht vollständig und endgültig) sehr wohl der Weg zum ordentlichen Gericht versperrt wird.<sup>60</sup> Damit stellt das angebliche Argument lediglich ein zutreffendes Resultat bei Ablehnung des *Alternativ-Ansatzes* dar. Die Möglichkeit, Klage nach Aufnahme eines ADR-Verfahrens zu erheben, ist eben kein Charakteristikum der ADR-Verfahren schlechthin, sondern lediglich eine zufällig auftretende Gemeinsamkeit eines Teils der ADR-Verfahren.

ME ist es aus den eben angeführten Gründen und Argumenten am sinnvollsten und technisch reinsten, dem *Alternativ-Ansatz* zu folgen und die ADR-Verfahren als Alternativen zum Gerichtsverfahren zu sehen.<sup>61</sup> Die Bezeichnung als solche schließt überdies – das soll besonders betont werden – eine Verbindung oder Kombination mit dem staatlichen Gerichtsprozess nicht aus.

---

Formalismus und der des "*mainstream*"-Charakters sowie der damit verbundenen Annäherung zum staatlichen Gerichtsverfahren zählen (auch Verfechter des *Alternativ-Ansatzes*) die Schiedsgerichtsbarkeit nicht mehr zu den Formen der alternativen Konfliktlösung, sondern sehen die übrigen ADR-Verfahren als Alternativen zu den staatlichen und privaten Gerichten.

<sup>58</sup> Risse, *Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 8; s auch *Mirimanoff*, *médiation* (2011) 66, der betont, dass die einvernehmliche Streitbeilegung der Standard sein soll, während das Gerichtsverfahren die Alternative darstellt; s dagegen *Ware*, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 5, wo das Gerichtsverfahren als Standard bezeichnet wird.

<sup>59</sup> Risse, *Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 5.

<sup>60</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.1.4 arbitration (Schiedsverfahren) 49.

<sup>61</sup> Ebenso *Schütz*, *Mediation* (2009) Rz 47, der beim anderen Ansatz Abgrenzungsprobleme sieht.

Auch kommt damit der Grundsatz der *Ultima Ratio* des staatlichen Gerichtsverfahrens am deutlichsten zum Ausdruck. Denn der Weg zum Gericht sollte – auch nach dem Willen des Gesetzgebers – das letzte Mittel der Konfliktlösung sein.<sup>62</sup>

## 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren

Bei einer konsequenten Verfolgung des *Alternativ-Ansatzes* zählen also alle Konfliktlösungsarten abgesehen vom staatlichen Gerichtsprozess zu den ADR-Verfahren. In der Folge werden allerdings nur jene Verfahren eingehend erörtert,<sup>63</sup> die mE die Grundmodelle darstellen: *facilitation* (Moderation), *negotiation* (Verhandlung), *mediation* (Mediation), *conciliation* (Schlichtung) und *arbitration* (Schiedsverfahren).

Daneben existiert aber noch eine Reihe anderer Verfahren (zB *Med-Arb*, *Early Neutral Evaluation*), die zwar ebenfalls ADR-Verfahren sind,<sup>64</sup> allerdings Kombinationen der Grundmodelle darstellen. Sie werden in die zwei folgenden Arten geteilt:

### 1) Mischverfahren<sup>65</sup>

Bei Mischverfahren werden Elemente von mehreren ADR-Verfahren derart vermengt, sodass die einzelnen Verfahrensabschnitte nicht formell getrennt werden können.

### 2) Hybridverfahren<sup>66</sup>

Bei Hybridverfahren werden ADR-Verfahren so kombiniert bzw hintereinander geschaltet, dass die einzelnen Verfahren formell getrennt werden können.

---

<sup>62</sup> Österreich: *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 23 ff; Deutschland: "Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung" (BVerfG, Beschl 14.02.2007, 1 BvR 1351/01); Schweiz: Bot chZPO BBl 2006/7221 (7328); Die Bundesregierung, Schlichten statt richten vom 26.07.2012, <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2011/01/2011-01-12-mediationsgesetz-ir.html> (17.02.2013).

<sup>63</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.1 Organisatorische Abgrenzung 40.

<sup>64</sup> S die Grafik in *Chornenki/Hart*, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 8, in der eine Vielzahl existierender ADR-Verfahren aufgelistet ist; *Schütz*, Mediation (2009) 40 ff.

<sup>65</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 129.

<sup>66</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 128.

## 2 Mediation

### 2.1 Allgemeines

Zum Wort selbst soll erwähnt sein, dass zwar für den aus dem Englischen stammenden Begriff **mediation** (Latein *mediare*<sup>67</sup>: in der Mitte sein)<sup>68</sup> der im Deutschen gleichlautende Ausdruck *Mediation* verwendet wird, die eigentliche Übersetzung aber wörtlich *Vermittlung*<sup>69</sup> bedeutet.<sup>70</sup> Die in anderen gängigen Wörterbüchern anzutreffende Übersetzung mit *Schlichtung*<sup>71</sup> ist Folge der teilweise unterschiedlichen Interpretation und Anwendung der Konfliktlösungsmethoden und sollte, da die Schlichtung schließlich auch eine eigene Verfahrensart ist, im Sinn einer eindeutigen Terminologie nicht für das Verfahren der Mediation verwendet werden.<sup>72</sup>

Abseits der formellen Voraussetzungen und Kriterien der Mediation, die weiter unten näher behandelt werden,<sup>73</sup> ist noch zu erwähnen, dass nicht nur die äußeren **Positionen**, sondern auch die tiefer gelegenen **Interessen** und **Bedürfnisse** der Parteien in der Mediation behandelt werden.<sup>74</sup>

Die Orientierung an den Interessen und Bedürfnissen erweitert den Verhandlungsspielraum<sup>75</sup> und bewirkt dadurch die sogenannte **Kuchenvergrößerung**<sup>76</sup>: Diese bezeichnet die Vermehrung der Lösungsalternativen und wurde im Zuge des *Harvard Konzepts* entwickelt. Im Bereich der Mediation ist das Prinzip der Kuchenvergrößerung zu einem gängigen

---

<sup>67</sup> *Online Etymology Dictionary*, mediation, [http://www.etymonline.com/index.php?allowed\\_in\\_frame=0&search=mediation&searchmode=none](http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=mediation&searchmode=none) (07.10.2012).

<sup>68</sup> *Lateinwörterbuch frag-caesar.de*, mediare, <http://www.frag-caesar.de/lateinwoerterbuch/mediare-uebersetzung-1.html> (07.10.2012).

<sup>69</sup> *Pons.eu*, mediation, [http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=mediation&l=deen&in=ac\\_undefined&lf=de](http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=mediation&l=deen&in=ac_undefined&lf=de) (07.10.2012).

<sup>70</sup> S dazu ausführlich *Falk* in *Töpel/Pritz*, *Mediation* (2000) 22 FN 18; *Kreissl*, *Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem*, *SchiedsVZ* 2012, 230 (233).

<sup>71</sup> *Leo*, mediation, <http://dict.leo.org/ende?lp=ende&lang=de&searchLoc=0&cmpType=relaxed&sectHdr=on&spellToler=&search=mediation> (07.10.2012).

<sup>72</sup> *Breidenbach*, *Mediation* (1995) 4; s Kapitel Teil III - 2.1.3 conciliation (Schlichtung) 46.

<sup>73</sup> S Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>74</sup> *Breidenbach* in *Gottwald* (Hrsg), *Aktuelle Entwicklungen* (2002) 117 (121, FN 14).

<sup>75</sup> *Ade/Alexander*, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 137.

<sup>76</sup> *WIPO*, *Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation* (1995) 128; s auch *Berger*, *Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration*<sup>2</sup> (2009) 234: **enlarging the cake**; *Ware*, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 270: **expanding the pie**.

Schlagwort avanciert und wird häufig als *der* Vorteil gegenüber anderen Konfliktlösungsarten herausgestellt, die nicht die Interessen und Bedürfnisse der Parteien ergründen.

Wieso diese Ansicht tatsächlich ihre Richtigkeit hat, ist leicht erklärt: Sind die Parteien bestrebt, ihre Positionen durchzusetzen, engt das das Spektrum an Lösungsmöglichkeiten stark ein. Bei entgegengesetzten Positionen muss es daher notgedrungen zumindest einen Verlierer geben (*win-lose* oder gar *lose-lose* Situationen)<sup>77</sup>.

Ist das Ziel dagegen die Erfüllung von Interessen und Bedürfnissen, so wird augenscheinlich, dass diese auch durch diverse andere Positionen repräsentiert werden können, die oft sogar miteinander harmonieren. Daher ermöglicht die Konzentration auf die Bedürfnisse und Interessen eine Vermehrung der Lösungsalternativen und bewirkt somit das Prinzip der Kuchenvergrößerung.

Darüber hinaus gibt es noch eine Reihe anderer Prinzipien und Qualitätsmerkmale, die weiter unten genauer behandelt werden.<sup>78</sup> Die unterschiedliche Gewichtung und Interpretation dieser Merkmale hat zu der Entstehung von einer Reihe von Mediationsschulen, den *Strömungen*, geführt. Diese – *settlement approach*, *facilitative approach*, *transformative approach* und *evaluative approach* – werden ebenso in einem eigenen Kapitel näher erörtert.<sup>79</sup>

## 2.2 Europarechtliche Grundlagen

Für Deutschland und Österreich als Mitglieder der EU sind die europarechtlichen Grundlagen zu beachten. Hierbei spielt vor allem die **Mediationsrichtlinie** (MediationsRL)<sup>80</sup> unter anderem für die unionsrechtskonforme Auslegung der innerstaatlichen Bestimmungen eine gewichtige Rolle.<sup>81</sup> Die nationale Umsetzung dieser RL musste bis zum 21.05.2011 erfolgen<sup>82</sup> und wurde mittlerweile sowohl von Österreich als auch Deutschland durchgeführt. Sie gilt

---

<sup>77</sup> S dazu Kapitel Teil II - 1.1.1 Der Konsens-Ansatz 10.

<sup>78</sup> S Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>79</sup> S Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

<sup>80</sup> RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl L 2008/136, 3 (kurz: MediationsRL).

<sup>81</sup> S bereits Kapitel Teil I - 2.3 In fachlicher Hinsicht 7.

<sup>82</sup> Art 12 MediationsRL; für eine Übersicht, welche Mitgliedstaaten die RL bereits umgesetzt haben mit den dazugehörigen Rechtsakten s *Lenz*, Umsetzung der EU-MediationsRL in *Trenczek/Berning/Lenz* (Hrsg), Mediation und Konfliktmanagement (2013) 669.

allerdings nur für grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen,<sup>83</sup> weshalb die einzelnen Mitgliedstaaten im Fall von rein innerstaatlichen Streitigkeiten abweichende Regelungen treffen können.<sup>84</sup> Die MediationsRL erwähnt jedoch ausdrücklich, dass auch die Ausdehnung auf nationale Mediationen möglich ist.<sup>85</sup>

Eine **grenzüberschreitende Streitigkeit** im Sinn der RL liegt vor, wenn zumindest eine der Konfliktparteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat als eine der anderen Parteien. Zeitlich kann dabei an mehrere Punkte angeknüpft werden, nämlich an den Zeitpunkt

- 1) der Mediationsvereinbarung nach Entstehung des Konflikts oder
- 2) der gerichtlichen Anordnung zur Mediation oder
- 3) der Entstehung der Pflicht zur Mediation nach nationalem Recht oder
- 4) der gerichtlichen Aufforderung zur Mediation.<sup>86</sup>

Außerdem gilt eine Streitigkeit auch dann als grenzüberschreitend, wenn nach Beendigung einer Mediation in einem anderen Mitgliedstaat ein Gerichts- oder Schiedsverfahren eingeleitet wird als in demjenigen, in dem die Parteien zum Zeitpunkt der Mediationsvereinbarung, der gerichtlichen Anordnung oder der Entstehung der Pflicht zur Mediation ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatten.<sup>87</sup>

Die MediationsRL definiert Mediation folgendermaßen:

"Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

a) 'Mediation' ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr **Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen**. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein.

Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist. Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache;

---

<sup>83</sup> Art 1 Abs 2 MediationsRL.

<sup>84</sup> Art 1 Abs 2 MediationsRL.

<sup>85</sup> ErwGr 8 MediationsRL.

<sup>86</sup> Art 2 Abs 1 MediationsRL.

<sup>87</sup> Art 2 Abs 2 MediationsRL.

b) 'Mediator' 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 Mitgliedstaat und der Art und Weise, in der sie für die Durchführung der Mediation benannt oder mit dieser betraut wurde."

*MediationsRL*<sup>88</sup>

In dieser doch sehr umfangreichen Beschreibung verstecken sich sowohl wesentliche Prinzipien der Mediation als auch bloße Qualitätsmerkmale. Die Unterschiede zwischen diesen werden im Zuge der eingehenden Erörterung der einzelnen Kriterien<sup>89</sup> noch ausführlich dargelegt, wobei die einzelnen funktionalen Abgrenzungskriterien an Hand der nationalen Vorschriften untersucht werden. Als Mittel der Auslegung wird jedoch auch stellenweise auf die MediationsRL eingegangen.

Als Vorarbeit zur MediationsRL erstellte die Kommission im Jahr 2002 das **Grünbuch über alternative Streitbelegungen im Zivil- und Handelsrecht**<sup>90</sup>, das einen Überblick über die aktuelle Lage der ADR-Verfahren bieten sollte.

Als eine weitere Folgemaßnahme, neben der MediationsRL, wurde der **Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren**<sup>91</sup> von Vertretern aus ADR-Organisationen und anderen Betroffenen erstellt.<sup>92</sup> Darin werden bestimmte Leitgedanken zu den Anforderungen an die Mediationsperson und die Mediation festgelegt, die allerdings nicht verbindlich sind.<sup>93</sup>

Neben diesen Materialien sind vor allem jene von Bedeutung, die Mediationen von Streitigkeiten betreffen, an denen **Verbraucher** beteiligt sind.<sup>94</sup> Da diese Arbeit aber nur das allgemeine Zivil- und Handelsrecht betrifft, wird die Beleuchtung dieser speziellen Regelungen ausgespart.

---

<sup>88</sup> Art 3 MediationsRL (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>89</sup> S Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52, insb 2.2.7 Zusammenfassung 103.

<sup>90</sup> Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endgültig, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2002:0196:FIN:DE:PDF> (21.07.2013).

<sup>91</sup> Europäischer Verhaltenskodex für Mediatoren, [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf) (21.07.2013).

<sup>92</sup> *Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2005) 318.

<sup>93</sup> *Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2005) 318.

<sup>94</sup> Empfehlung 98/257/EG der Kommission vom 30.03.1998 betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten zuständig sind, ABl L 115/31; Empfehlung 2001/310/EG der Kommission vom 04.04.2001 über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen, ABl L 109/56.

### 3 Zielgruppen

Vor der Untersuchung der einzelnen Förderungsbereiche muss zunächst folgende Frage beantwortet werden: Welche **Zielgruppen** könnten von welchen möglichen Vorteilen profitieren?

Ins Auge stechen sofort die **potenziellen Medianden**, die Kunden: Ohne Nachfrage kein Markt.<sup>95</sup> Die Vor- und Nachteile sind den Fachleuten, nicht aber allen anderen Marktteilnehmern bekannt.

Dabei ist zu beachten, dass für die Gruppe der Medianden ein flexibles System, das einfach an ihre individuellen Bedürfnisse angepasst werden kann, erstrebenswert ist.<sup>96</sup> Ist es zu straff, könnte es diesem Anspruch zuwiderlaufen. Im Gegensatz dazu steht der ebenso wichtige Bedarf an einheitlichen Regelungen und Rechtssicherheit, der mit dem Flexibilitätsanspruch in Einklang gebracht werden muss. Weiters ist für diese Zielgruppe wesentlich zu wissen, in welchen Verfahrensabschnitten eine Mediation eingeleitet werden kann, welche Konsequenzen dies nach sich zieht und wie eng die Verbindung zwischen Mediation und Justiz ist.<sup>97</sup>

Zu überzeugen sind aber auch noch andere Marktteilnehmer: Einerseits die **Mediationspersonen** selbst, als Anbieter auf dem Markt; andererseits auch die häufig als Konkurrenz, manchmal sogar als Gegner bezeichnete **Richter- und Anwaltschaft**, die berufsbedingt einen Dreh- und Angelpunkt der Mediation darstellen oder allenfalls selbst Mediatoren sein können:

Eine Überzeugung der Mediatoren ist allerdings nicht im Bezug auf den Prozess der Mediation selbst erforderlich, sondern im Hinblick auf eine Änderung des Marktverhaltens. Tatsache ist, dass auch auf dieser Seite ein Umdenken stattfinden muss, möchte man eine Veränderung der momentanen Marktsituation bewirken. Die Angst um den eigenen Marktanteil ist spürbar; das daraus resultierende starke Konkurrenzverhalten ist aber in Anbetracht der

---

<sup>95</sup> Vgl. *Stocker*, *Moderne Volkswirtschaftslehre*<sup>6</sup> (2009) 110: "Angebot und Nachfrage = Markt".

<sup>96</sup> *Alexander*, *International and Comparative Mediation* (2009) 76.

<sup>97</sup> S. dazu Kapitel Teil IV - Einbettung in das Rechtssystem 115.

Tatsache, dass sich der Markt noch nicht selbst regulieren kann,<sup>98</sup> nicht förderlich für die Mediationslandschaft an sich.

Auch diese Zielgruppe hat ein verständliches Interesse daran, in einem flexiblen Mediationskonzept zu arbeiten, das zugleich auch Rechtssicherheit bietet. Im Vordergrund steht dabei nicht nur die exakte Abgrenzung des Mediationsbegriffs an sich, die eventuell haftungsrechtlich eine Rolle spielen könnte, sondern auch die Gestaltung der prozessualen Schutzmechanismen, die beispielsweise regeln, ob Mediationspersonen in einem Gerichtsverfahren als Zeugen geladen werden können und dabei zur Aussage verpflichtet sind.

Richter und Anwälte dagegen haben derzeit eine untergeordnete Rolle und sollten mE stärker in den vorangehenden Arbeits- und Entwicklungsprozess einbezogen werden, da sie es in der Hand haben können – dies hängt von der konkreten Ausgestaltung des Mediationskonzepts ab –, dem Gericht vorliegende Konfliktfälle umzuleiten. Die Fragen, in welchem Verfahrensstadium dies möglich ist und welche Kompetenzen sie dabei inne haben könnten, werden im Kapitel *Einbettung in das Rechtssystem* behandelt.<sup>99</sup>

Letztlich muss auch der **Gesetzgeber** von den langfristigen Vorteilen der Förderung der Mediation überzeugt werden. An dieser Stelle kann allerdings nur inhaltliche Überzeugungsarbeit geleistet werden; die wirtschaftliche Seite müsste selbstredend von dazu geeigneten Fachexperten untersucht werden. Diese Aufgabe fällt damit hauptsächlich der Budgetplanung und Prognoserechnung zu, die im Zuge dieser Arbeit nicht behandelt werden.

---

<sup>98</sup> Vgl. Hopf, Die gesetzliche Regelung der Mediation in Österreich in Ferz, Rechtskultur (2003) 59 (63).

<sup>99</sup> S. vgl. Kapitel Teil IV - Einbettung in das Rechtssystem 115.

## 4 Regelungintensität

Neben dem Regelungsinhalt gilt es noch die Regelungintensität festzulegen. Das soeben angesprochene Spannungsverhältnis zwischen dem Wunsch nach Flexibilität und Formfreiheit einerseits und dem Bedarf nach einer einheitlichen und verlässlichen Regulierung und Förderung andererseits<sup>100</sup> stellt eine der großen Hürden bei der Entwicklung eines geeigneten Mediationskonzepts dar. Entgegen mancher Kritiker<sup>101</sup> wird in dieser Arbeit aber nicht die Meinung vertreten, dieses Spannungsverhältnis führe zu einem unlösbaren Widerspruch bzw könne nur durch Inkaufnahme der Nichterfüllbarkeit einer der beiden Seiten gelöst werden.<sup>102</sup> Vielmehr muss die Frage, wie ein geeigneter Mittelweg zwischen Regulierung und Formfreiheit unter Berücksichtigung der Vor- und Nachteile für jegliche Marktteilnehmer zu finden ist, für jeden Regelungsbereich – so zB bei der Festlegung der Definition, der Wahl eines Mediationskonzepts und der Festlegung der Schutzmechanismen – separat gestellt und beantwortet werden.<sup>103</sup>

Im Ganzen betrachtet gibt es – angelehnt an die Einteilung von *Alexander*<sup>104</sup> – drei Hauptkategorien, in die man die unterschiedlichen Wege der Regulierung nach ansteigendem Grad der Institutionalisierung und Formalisierung einteilen kann:

### 4.1 Freie Marktregulierung

Wie der Name schon sagt, reguliert sich demnach der Markt aufgrund von Angebot und Nachfrage selbst. Ohne staatliche Eingriffe funktioniert ein solches System nur unter bestimmten Voraussetzungen, darunter die Informiertheit der Käufer, also der Medianden.<sup>105</sup> Allerdings ergeben sich selbst bei ausreichendem Informationsangebot weitere Hürden. Ei-

---

<sup>100</sup> NADRAC, A Framework for Standards, NADRAC 2001, 4, [http://www.nadrac.gov.au/publications/Publication\\_sByDate/Documents/BodyofReport.pdf](http://www.nadrac.gov.au/publications/Publication_sByDate/Documents/BodyofReport.pdf) (11.10.2012): Als "*diversity principle*" und "*consistency principle*" bezeichnet; s auch *Alexander*, *Mediation* (2009) 75.

<sup>101</sup> S FN 123.

<sup>102</sup> So auch *Alexander*, *Mediation* (2009) 76.

<sup>103</sup> Vgl *Alexander*, *Mediation* (2009) 76.

<sup>104</sup> S *Alexander*, *Mediation* (2009) 78, die von vier Kategorien ausgeht, an welchen sich die Einteilung in dieser Arbeit vorrangig auch orientiert, aber aus praktischen Gründen ein Zusammenfassen in drei Kategorien vorzieht.

<sup>105</sup> *Alexander*, *Mediation* (2009) 78.

nerseits dürfte der Zugang zu diesem nicht für alle Konsumenten gleich offen sein.<sup>106</sup> Andererseits ist mit dem Angebot alleine noch nichts über die Nutzung der Informationen gesagt. Weiters wird eingewendet, dass ein solches Modell mit Feedback Mechanismen ausgestattet sein müsse, um ausreichend effektiv zu sein.<sup>107</sup>

Unterstützend bzw lenkend eingreifen können bei diesen Modellen Verbände und Vereine, auch Kammern und andere private Institutionen.<sup>108</sup> Diese können nicht nur auf der Informationsebene wirken, sondern auch durch wissenschaftliche Förderungen, die Zertifizierungen von Unternehmen und die Setzung von Standards und standesrechtlichen Richtlinien für angehörige Mediationspersonen.

Die Vorteile eines einwandfrei funktionierenden Modells der freien Marktregulierung liegen auf der Hand: Maximierung von Parteiautonomie, Flexibilität bei der Verfahrensgestaltung und Freiheit bei der Entwicklung neuer Strategien.<sup>109</sup>

Eine Gefahr der Übervorteilung der einzelnen Medianden wird international vor allem in der möglichen Einbindung von ADR-Klauseln<sup>110</sup> in den AGB großer Unternehmen gesehen.

## **4.2 Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung**

Den Gefahren der freien Marktregulierung kann durch Festlegung eines gesetzlichen Rahmens entgegengetreten werden. Dieser kann vor allem durch Festlegung gewisser Mindeststandards und Spielregeln vor Übervorteilung schützen<sup>111</sup> und so ein gewisses Basislevel an Rechtseinheit schaffen, das beim vorangegangenen Modell nicht garantiert ist.

Gleichzeitig können die Vorteile der freien Marktregulierung durch eine gelockerte staatliche Regelungsform und grobe Vorgaben erhalten bleiben.

---

<sup>106</sup> Bildung und Vermögen werden dabei als Faktoren genannt: *Alexander, Mediation* (2009) 80.

<sup>107</sup> *Alexander, Mediation* (2009) 80.

<sup>108</sup> *Alexander, Mediation* (2009) 81.

<sup>109</sup> Vgl *Alexander, Mediation* (2009) 79.

<sup>110</sup> Zur Definition des Begriffs *ADR* s Kapitel Teil II - 1.1 Einteilung 8.

<sup>111</sup> So ist beispielsweise in Deutschland und Österreich eine Mediationsvereinbarung mit Konsumenten aufgrund der Umsetzung der EU-Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABL C 1992/73, 7 dann ungültig, wenn sie vor Entstehung des Konflikts unterzeichnet wurde.

### 4.3 Staatliche Regulierung

Eine detaillierte staatliche Gesetzgebung lässt im Gegensatz zu einem bloßen Rahmengesetz kaum Raum für Interpretationen und Auslegungen, was zwar maximal zur Rechtssicherheit und Gleichförmigkeit beiträgt,<sup>112</sup> allerdings die Flexibilität enorm einschränkt.

### 4.4 Fazit & Rechtslage

Diese Arbeit verfolgt den Gedanken, dass ein staatliches Rahmengesetz, innerhalb dessen eine freie Marktregulierung stattfinden kann, erstrebenswert ist. Es ist mE jenes Modell, das unter Ausschluss der meisten Nachteile die meisten Vorteile in sich vereint. Der große Kritikpunkt, ein Rahmengesetz schüfe Rechtsunsicherheit und Unförmigkeit in der Anwendung, kann mM nach durch die passende Strenge bei der Terminologie, den Schutzmechanismen und den Rechtsfolgen beseitigt werden.

Die Untersuchungsländer haben zwar alle mehr oder weniger umfangreiche Regelungen getroffen, doch eine konsequente Entscheidung für die eine oder andere Kategorie der Regelungsintensität ist nicht bei allen erkennbar. Bei der Beurteilung spielen beispielsweise die Fragen eine Rolle, ob das Gesamtkonzept unterschiedliche Arten von Mediationspersonen<sup>113</sup> vorsieht, ob der Zugang zur Berufsausübung an bestimmte Voraussetzungen geknüpft ist, ob die Parteien und die Mediationspersonen zwischen mehreren Methoden wählen können, und ob ein Mediationsverfahren mit einem Gerichtsverfahren auf unterschiedliche Weise verbunden werden kann. (All diese Fragen werden bei der Untersuchung der Mediationsmodelle im Teil IV - *Einbettung in das Rechtssystem* genauer erörtert.<sup>114</sup>)

Gemeinsam haben die untersuchten Länder jedenfalls, dass eine Mediation sowohl vor als auch während eines Gerichtsverfahrens versucht werden kann.

#### 4.4.1 Zur Rechtslage in Deutschland

Der Gesetzgeber hat den Weg für die *freie Marktregulierung* jedenfalls verschlossen. Ohne die in der Folge zu erarbeitenden Ergebnisse vorwegzunehmen, bewegt sich Deutschland

---

<sup>112</sup> Vgl. *Alexander, Mediation* (2009) 88.

<sup>113</sup> S. dazu Kapitel Teil IV - 1.1.3 Mediationsperson 120.

<sup>114</sup> S. Kapitel Teil IV - Einbettung in das Rechtssystem 115.

zwischen den Modellen der *Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung* und der *staatlichen Regulierung*, da es hier die Wahl zwischen verschiedenen Konfliktlösungstechniken gibt. Allerdings ist die Regelung der Definition in Deutschland besonders umfangreich ausgefallen, weshalb innerhalb der Mediation methodisch kein Spielraum existiert. Da die gesetzlichen Regelungen allerdings noch recht jung sind, bleibt abzuwarten, wohin die weitere Entwicklung führt. Fraglich ist vor allem, ob ergänzende Verordnungen erlassen werden, die den Zugang zum Berufsstand des Mediators regulieren werden.

#### **4.4.2 Zur Rechtslage in der Schweiz**

Hier hat man sich zumindest in einem Teilbereich dafür entschieden, überhaupt keine gesetzlichen Vorgaben zu machen und auf die Festlegung einer Begriffsdefinition generell verzichtet. Dass auch dieser Bereich letztlich nicht ganz regelungsfrei ist, wird weiter unten gezeigt.<sup>115</sup>

Die Eingliederung in das staatliche Rechtssystem folgt hingegen genauen Strukturen. Wie ebenfalls weiter unten noch aufgezeigt wird,<sup>116</sup> können Konfliktparteien in der Schweiz jedoch zwischen zwei Konfliktlösungsalternativen wählen, weshalb dieses System dem Modell der *Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung* am nächsten kommt. Richtet man den Blick jedoch ausschließlich auf die Mediation, dann sind die Wahlmöglichkeiten recht beschränkt, weshalb sich die Schweiz mE ebenfalls zwischen der *Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung* und der *staatlichen Regulierung* bewegt.

#### **4.4.3 Zur Rechtslage in Österreich**

Auch in Österreich wurde der Begriff der Mediation sehr eng gesteckt und lässt den Anwendern keine Freiheiten bei der Wahl der Methode.

Sehr enge Grenzen setzen vor allem die Zugangsvoraussetzungen zur Berufsausübung der Mediationsperson. Ohne hier in die Tiefe zu gehen sei der Umstand erwähnt, dass eine geförderte Familienmediation zwingend in Co-Mediation durchgeführt werden muss, wobei

---

<sup>115</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 5 Schweiz 158.

<sup>116</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 5.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 158.

die allgemeine Zulassung als Mediator nicht reicht, sondern die Mediationspersonen sogar aus bestimmten Quellberufen stammen müssen.<sup>117</sup>

Daraus lässt sich der etwas sicherere Schluss ziehen, dass in Österreich das Modell der *staatlichen Regulierung* verfolgt wird.<sup>118</sup>

---

<sup>117</sup> Richtlinien zur Förderung von Mediation, Erlass des BMWFJ GZ 42 0500/9-II/2/10 <http://www.bmwfj.gv.at/Familie/TrennungUndScheidung/Documents/Richtlinien%20zur%20Förderung%20von%20Mediation.pdf> (30.06.2013).

<sup>118</sup> Ebenso *Alexander*, Mediation (2009) 88.

## Teil III - Definition

Der Anfang muss konsequenterweise bei der Festlegung einer Definition als Teilbereich der *begrifflichen Förderung* gemacht werden, welche die Grundlage für den vierten Teil (sowie überhaupt für alle anderen Förderungsmöglichkeiten) bildet. Denn das Vorliegen eines klar bestimmten Untersuchungsgegenstands ist notwendig, um mögliche Mediationsmodelle auf ihre systematische Eignung hin zu prüfen. Wie noch gezeigt wird, gibt es verschiedene Arten der Mediation, die sogenannten *Strömungen*. Zum Teil stellt sich bei diesen die Frage, ob sie überhaupt noch Mediation sind oder ob sie die – in der Folge noch zu erarbeitenden – Grenzen zu anderen Verfahrensarten derart überschreiten, dass sie bereits einer anderen Technik zuzuordnen sind.

Abgesehen davon, dass die Definition die Grundlage für die anderen Förderungsmöglichkeiten darstellt, erfüllt sie noch weitere Aufgaben:

Sie dient jedenfalls der Aufklärung des Publikums über die Mediation (→ **Aufklärung**)<sup>119</sup>. Durch sie wird der Praxis eine Definition zur Verfügung gestellt, die – sofern sie präzise und verständlich ist – maßgeblich zum Erfolg beitragen kann, da sie dem Markt die erforderlichen Informationen und damit auch in gewissem Maß Rechtssicherheit bietet.

Weiters muss eine Begriffsdefinition eine deutliche Abgrenzung zu verwandten Systemen festlegen, da sonst Unklarheit über gleich mehrere Verfahren besteht (→ **Abgrenzung**)<sup>120</sup>.

Selbst innerhalb der vorstellbaren Grenzen gibt es aber ein relativ breites Spektrum an möglichen Auslegungen des Mediationsbegriffs. Sie spiegeln sich im Wesentlichen in den einzelnen Strömungen (den Mediationsschulen) wider, die sich schließlich mit der Aufgabe der Grenzziehung innerhalb des Begriffs beschäftigen und nicht mit jener zu anderen Verfahren (→ **Strömungen**)<sup>121</sup>. Die Ausschließung der einen oder Befürwortung der anderen Strömung legt die Weichen für ein mehr oder weniger flexibles System und reguliert somit die Anpassungsfähigkeit der Mediation und die Handlungsalternativen der Mediationspersonen.

---

<sup>119</sup> S Kapitel Teil III - 1 Aufklärung 28.

<sup>120</sup> S Kapitel Teil III - 2 Abgrenzung 40.

<sup>121</sup> S Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

# 1 Aufklärung

## 1.1 Festlegung einer Definition

Wie oben dargelegt, erfüllt die Festlegung einer Definition verschiedenste Funktionen; ihr **Fehlen** kann daher auch die unterschiedlichsten Auswirkungen haben. So kann es beispielsweise mangels zuverlässiger Informationen zu Skepsis und geringerer Teilnahmebereitschaft kommen,<sup>122</sup> womit der Mediation von Grund auf ein Erfolg versagt wäre.

Verfechter der *freien Marktregulierung* führen hingegen ins Treffen, dass die mangelnde Förmlichkeit ein charakteristisches Merkmal der Mediation ist und durch gesetzliche Regulierung nicht verdrängt werden darf.<sup>123</sup>

Dagegen ist einzuwenden, dass die Marktteilnehmer zumindest die notwendigen Informationen haben müssen, um sich auf ein Verfahren überhaupt einlassen zu können.<sup>124</sup> Abgesehen davon sagt das Vorhandensein einer Definition als Informationsquelle nichts über allenfalls darüber hinaus bestehende Prozessregeln, die das eigentliche Maß an Flexibilität und Formalismus bestimmen.

Schließlich bleibt noch zu erwähnen, dass der Gesetzgeber nur über die Festsetzung von Regelungen und Definitionen gewisse Lenkungsmöglichkeiten hat und die Praxis beeinflussen kann.<sup>125</sup> Wie zuvor bereits erwähnt, lässt außerdem die derzeitige Marktsituation eine Selbstregulierung ohnehin nicht zu.<sup>126</sup>

Aber das Fehlen einer Begriffsdefinition muss nicht zwangsläufig im Worst-Case-Szenario enden, denn: "*However deregulated spaces are not empty*"<sup>127</sup>.

---

<sup>122</sup> S Ferz, Mediations-Wochen 2002 in Ferz, Rechtskultur (2003) 93 (103).

<sup>123</sup> Vgl Steinbrück, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung, dAnwBl 1999, 574 (577); mit Argumenten für gesetzliche Regulierung s Hopf, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, 41; Hopf in Ferz, Rechtskultur (2003) 62.

<sup>124</sup> So auch Alexander, Mediation (2009) 8.

<sup>125</sup> Vgl Alexander, Mediation (2009) 12, wo angemerkt wird, dass die unterschiedlichen Definitionen auch die Praxis unterschiedlich beeinflusst haben.

<sup>126</sup> S FN 98; vgl Alexander, Internationale Entwicklungen der gerichtsnahen Mediation in Ferz, Rechtskultur (2003) 39 (47).

<sup>127</sup> Alexander, Mediation (2009) 77.

### 1.1.1 Zur Rechtslage in Deutschland

Deutschland war mit der Umsetzung der MediationsRL säumig,<sup>128</sup> hat aber vor Kurzem mit der Einführung eines Artikelgesetzes<sup>129</sup>, dem *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*<sup>130</sup> die notwendigen Regelungen beschlossen und damit auch das *Mediationsgesetz* (MediationsG)<sup>131</sup> eingeführt.

Mit diesen am 26.07.2012 in Kraft getretenen Normen hat Deutschland, im Gegensatz zu Österreich<sup>132</sup>, eine für alle Mediationsfälle – gleichgültig ob innerstaatliche oder grenzüberschreitende – einheitliche Regelung eingeführt. Davor herrschte in Deutschland ein regelungsfreier Raum, doch die Entwicklung und wissenschaftliche Förderung wurde durch die bereits seit Jahren florierende Mediationsbewegung vorangetrieben und kann somit ebenfalls auf ein aussagekräftiges Maß an Praxiserfahrung zurückgreifen.

Die maßgebliche Bestimmung ähnelt einer langen Reihe anderer Beschreibungen und enthält die in der Lehre als essenziell erachteten charakteristischen Merkmale, auf die weiter unten genauer eingegangen wird.<sup>133</sup> Im Wesentlichen folgt sie aber der Formulierung der MediationsRL<sup>134</sup>.

Auffällig ist die Teilung der Definition in Verfahren und leitende Person – die Mediationsperson –, die von Deutschland übernommen wurde. Abweichend von der MediationsRL ist das MediationsG aber doch wesentlich kürzer und kompakter und betont darüber hinaus das *Prinzip der Vertraulichkeit* stärker. Weiters hebt die deutsche Definition die Allparteilichkeit der Mediationsperson<sup>135</sup> durch Verwendung gleich zweier verwandter Begriffe hervor.

---

<sup>128</sup> Die Umsetzungsfrist endete gem Art 12 MediationsRL am 21.05.2011.

<sup>129</sup> Ein **Artikelgesetz** ist ein "[...] Gesetz, das gleichzeitig mehrere Gesetze [...] ändert": *Deutscher Bundestag*, Artikelgesetz, <http://www.bundestag.de/service/glossar/A/artikelgesetz.html> (05.01.2013).

<sup>130</sup> Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung BGBl I 2012/35, 1577.

<sup>131</sup> Mediationsgesetz BGBl I 2012/35, 1577 (kurz: MediationsG).

<sup>132</sup> S zu Österreich Kapitel Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

<sup>133</sup> S Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>134</sup> S dazu Kapitel Teil II - 2.2 Europarechtliche Grundlagen 17.

<sup>135</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75.

Sie lautet wie folgt:

"(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt."

*MediationsG*<sup>136</sup>

Mit dieser Definition hat Deutschland jedenfalls die erste Aufgabe der *Definition* erfüllt: Die präzise und verständliche Information, was Mediation bedeutet.

### 1.1.2 Zur Rechtslage in der Schweiz

Die Schweiz hat bis heute auf die Festlegung einer Begriffserklärung im Gesetzesrang auf Bundesebene verzichtet, daneben aber durchaus Regelungen für den Fall ihrer Durchführung getroffen.<sup>137</sup> Diese Vorgangsweise kann aus verschiedenen Blickwinkeln gesehen werden:

Einerseits könnte – kritisch betrachtet – der Schweiz unterstellt werden, sie würde die Mediation nicht ausreichend unterstützen und fördern wollen.

*Mirimanoff*<sup>138</sup> begründet das Fehlen mit der Unmöglichkeit, eine allgemeingültige Definition für alle Rechtsbereiche und alle bestehenden und erwünschten Strömungen zu finden.

Eine weitere Sichtweise bezieht in diese Überlegungen den in der Schweiz tief verankerten Freiheits- und Unabhängigkeitsdrang mit ein. Diese vertritt die Meinung, dass der Schweizer Gesetzgeber die Grenzen bewusst so weit wie nur möglich gesteckt hat und damit eine Eingrenzung auf eine bestimmte Definition partout unterlassen wollte. Dieser letzte Ansatz wird mM nach auch durch die sehr großzügige Erklärung in den Gesetzesmaterialien gestützt:

"Die Mediation ist ein *aussergerichtliches* Verfahren. Im Wesentlichen bedeutet sie Vermittlung durch eine neutrale und unabhängige Drittperson."

*Botschaft zur chZPO*<sup>139</sup>

---

<sup>136</sup> § 1 MediationsG.

<sup>137</sup> *Kumpan/Bauer*, Schweiz in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 853 (855).

<sup>138</sup> *Mirimanoff*, médiation (2011) 65.

<sup>139</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7335).

Als Definition kann diese kurze Passage allerdings nicht dienen, da sie zu knapp formuliert ist und – abgesehen von den Begriffen *neutral* und *unabhängig* – nicht auf die Prinzipien der Mediation eingeht.

Welche Gründe nun letztendlich den Ausschlag für den Verzicht auf eine Definition gegeben haben – wesentlich sind die Konsequenzen, die das gänzliche Fehlen einer solchen nach sich zieht. Wie zuvor bereits erwähnt, muss der Mangel an festgeschriebenen Erklärungen und Regelungen nicht zwangsläufig im Worst-Case-Szenario enden. So braucht sich die Schweiz jedenfalls in punkto alternativer Konfliktlösungstechniken nicht zu verstecken, da sie durch ihr obligatorisches Schlichtungsverfahren erkennbar den Einigungsversuch durch die Parteien selbst stark forciert.<sup>140</sup> Der Begriff *Mediation* mag nicht dieselbe Popularität wie anderswo erreichen, doch bedeutet das nicht, dass man in der Schweiz mediative Methoden nicht kennt und anwendet.

Die schon vor langer Zeit erfolgte Integration des Schlichtungsverfahrens und dessen Erfolg dürften allerdings Mitursache für die geringe Popularität der Mediation in der Schweiz sein, denn diese in der Schweizer Konfliktlösungstradition stark verhaftete Verfahrensform lässt der Entwicklung der Mediation nur wenig Raum.<sup>141</sup> Auch werden vermutlich die Notwendigkeit und die zusätzlichen Vorteile, die die Förderung der Mediation mit sich brächte, nicht erkannt. Somit mag zu einem Teil nicht nur der Wunsch nach Flexibilität und Freiheit Grund für das Fehlen der Begriffsdefinition in der Schweiz sein, sondern auch die Schwierigkeit, sich von der bisherigen Konsenskultur abzuwenden.

Doch die Mediation ist auch in der Schweiz nicht gänzlich erfolglos, wobei starke kantonale Unterschiede herrschen. Genf ist – möglicherweise beeinflusst durch die kulturelle und geografische Nähe zu Frankreich, wo Mediation ebenfalls schon länger gesetzlich verankert und in der Praxis verbreitet ist – in dieser Hinsicht sehr fortschrittlich und hat als Vorreiter innerhalb der Schweiz bereits vor Einführung der neuen chZPO eigene Regelungen festgelegt.<sup>142</sup>

---

<sup>140</sup> S Kapitel Teil IV - 5 Schweiz 158.

<sup>141</sup> *Kumpan/Bauer in Hopt/Steffek, Mediation* (2008) 857, 881.

<sup>142</sup> Art 126 ff Loi sur l'organisation judiciaire du 22 novembre 1941 (aE 2 05); seit dem Inkrafttreten des neuen Loi sur l'organisation judiciaire (LOJ) du 26 septembre 2010 (E 2 05) idgF in Art 66 ff.

Auf Bundesebene lässt sich aber nicht verleugnen, dass der Gesetzgeber offensichtlich die Aufgaben der *Definition* zu einem großen Teil nicht erfüllt hat. Dies führt dazu, dass es der **anwendungsnahen Praxis** überlassen wird, diese Lücke zu schließen. Die Praxis in der Schweiz verfügt damit über maximale Flexibilität und Freiheit bei der Entwicklung der Mediation. Das bedeutet aber nicht, dass sie diese Kapazitäten auch erfolgreich und spürbar einsetzt: Wie bereits erwähnt, existieren unterschiedliche Strömungen<sup>143</sup>, die sich zu regelrechten Ideologien innerhalb der Branche entwickelt haben. Dadurch versuchen die Verfechter der einzelnen Schulen ihr Verständnis des Mediationsbegriffs unter Ausschluss der anderen Interpretationen durchzusetzen. Diese Bewegung und die Tatsache, dass im deutschsprachigen Raum derzeit eine der konservativen Strömungen die Oberhand hat,<sup>144</sup> führen eben nicht zu der erwarteten flexibleren und offeneren Praxis.

Ein wesentlicher Nachteil ist jedenfalls die mangelnde Benutzerfreundlichkeit, die vor allem unter dem Fehlen eines einheitlichen Begriffsverständnisses und damit unter fehlender Rechtssicherheit leidet. Der Vorgang der Begriffsentwicklung wird auch am freien Markt zu einem Ergebnis führen, doch wird dies länger dauern und der Ausgang bezüglich des Streits zwischen den Strömungen den Marktmächtigen bzw dem Zufall überlassen, solange nicht von Seiten der Gesetzgebung regulierend eingegriffen wird. In jedem Fall ist die begriffliche Entwicklung der Mediation in der Schweiz noch lange nicht abgeschlossen und sind für ein schnelles Vorankommen weitere Maßnahmen<sup>145</sup> zu treffen.

In Ermangelung eines bundesweiten Gesetzesbegriffs wird im Folgenden also auf die in der Praxis festgelegte Definition des *Schweizerischen Dachverbandes Mediation (SDM)*<sup>146</sup> zurückgegriffen.

"Mediation ist ein Verfahren der Konfliktbearbeitung, bei dem ein unparteilicher Dritter (Mediator) die Beteiligten darin unterstützt, ihren Streit einvernehmlich zu lösen. In vertraulichen Verhandlungen entscheiden die Parteien selbst, was sie klären und wie sie in Zukunft miteinander umgehen wollen."

*Schweizerischer Dachverband Mediation*<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> S dazu im Detail Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

<sup>144</sup> S dazu Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

<sup>145</sup> *Mirimanoff, médiation* (2011) 43.

<sup>146</sup> Der SDM ist ein Zusammenschluss von Vereinen aus der gesamten Schweiz und hat sich die Förderung der Mediation zum Ziel gesetzt; s <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=187> (03.11.2012).

Spannend im Hinblick auf die *funktionale Abgrenzung*<sup>148</sup> ist der Vergleich der jetzigen Definition mit jener, die noch im Vorjahr auf der Webseite des SDM zu finden war.<sup>149</sup>

Bei der Aktualisierung wurde nämlich einerseits der Begriff *aussergerichtlich* weggelassen – was im Bezug auf die neue chZPO und ihre Auswirkungen auf das Mediationsverfahren sinnvoll war (obwohl er in der Botschaft zur chZPO noch angeführt ist).<sup>150</sup>

Andererseits verzichtete man auch auf das Wort *freiwillig*. Es ist immer noch unter den Mediationsregeln zu finden,<sup>151</sup> allerdings beschreibt der SDM hier Freiwilligkeit in einem engeren Sinn als dies die hM tut.<sup>152</sup>

Dies veranschaulicht den Mangel an Transparenz und Rechtssicherheit, der ohne schützende Rahmenbedingungen als Gegengewicht zur enormen Regelungsfreiheit und Flexibilität eintreten kann. So kann die für die Anwender so wichtige Zuverlässigkeit und das Vertrauen in die Stabilität der Bestimmungen nicht gewährleistet werden. Sofern dieses Modell beibehalten wird, sollten sich diese Institutionen an gewisse Mindestanforderungen selbst binden und unter anderem Änderungen ihrer Grundsätze klar hervorheben.

Es lässt sich nicht leugnen, dass die Schweiz in Sachen Aufklärung keine Vorbildwirkung für Österreich einnimmt. Dies ist in anderen Bereichen allerdings schon der Fall, wie gleich noch ausgeführt wird.

Daneben fällt die sehr fortschrittliche Definition der *Schweizerischen Richtervereinigung zur Förderung der Mediation und Schlichtung (GEMME-SCHWEIZ)*<sup>153</sup> ins Auge. Diese verwendet

---

<sup>147</sup> SDM, Was ist Mediation?, <http://www.infomediation.ch/cms/> (03.11.2012).

<sup>148</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>149</sup> SDM, Was ist Mediation?, <http://www.infomediation.ch/cms/> (22.11.2011): "Mediation ist ein aussergerichtetliches Verfahren der Konfliktbearbeitung, in dem unparteiliche Dritte die Konfliktbeteiligten darin unterstützen, ihren Streit einvernehmlich zu lösen. In freiwilligen und vertraulichen Verhandlungen entscheiden die Parteien selbst über ihre Möglichkeiten und Ergebnisse".

<sup>150</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 5 Schweiz 158.

<sup>151</sup> SDM, Was ist Mediation?/Regeln, <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=180&L=1%20and%20user%3D0%20and%201%3D1> (03.11.2012).

<sup>152</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

<sup>153</sup> Die Abkürzung *GEMME-SCHWEIZ* hat ihren Ursprung im französischen Namen *Groupement Européen des Magistrats pour la Médiation*.

in ihren Statuten beispielsweise den Begriff *Allparteilichkeit*, der in anderen Gesetzestexten mit *unparteiisch* oder *unabhängig* umschrieben wird.<sup>154</sup>

"Unter Mediation wird in diesen Statuten ein freiwilliges, strukturiertes Verfahren der Konfliktbearbeitung verstanden, in dem die Parteien, unterstützt von einer von ihnen bestimmten neutralen, unabhängigen und allparteilichen Mediationsperson ohne Entscheidungskompetenz versuchen, selbst eine Lösung ihres Konfliktes zu finden."

GEMME-SCHWEIZ<sup>155</sup>

Mitglieder der GEMME-SCHWEIZ können allerdings nur Richter und Mitglieder von Schlichtungsbehörden sein.<sup>156</sup> Außerdem richtet sich diese Vereinigung nicht an potenzielle Medianten, so wie das beim SDM der Fall ist, sondern an die eigenen Mitglieder. Da eine Teilaufgabe der *Definition* aber die Aufklärung aller Marktteilnehmer ist,<sup>157</sup> kann nur ein Begriff herangezogen werden, der sich auch an alle Marktteilnehmer richtet. Daher wird in der Folge auf die Definition des SDM zurückgegriffen.

Die Schweiz unterscheidet sich bezogen auf die Form vor allem dadurch, dass sie – anders als Deutschland und Österreich – die Mediation in ihre Zivilprozessordnung integriert und damit mE den klarsten Überblick erzeugt hat.

### 1.1.3 Zur Rechtslage in Österreich

Österreich hat bereits 2004 mit dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)<sup>158</sup> eine Definition in der Rechtsordnung eingeführt.

"Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen."

ZivMediatG<sup>159</sup>

---

<sup>154</sup> Zu den Begriffserklärungen s Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75.

<sup>155</sup> *Europäische Richtervereinigung für Mediation Schweizer Sektion (GEMME-SCHWEIZ)*, Art 4 Abs 1 der Statuten, [http://www.gemme.ch/gem\\_statuts.php?lng=2](http://www.gemme.ch/gem_statuts.php?lng=2) (30.05.2012).

<sup>156</sup> *Europäische Richtervereinigung für Mediation Schweizer Sektion (GEMME-SCHWEIZ)*, Art 7 Abs 1 der Statuten, [http://www.gemme.ch/gem\\_statuts.php?lng=2](http://www.gemme.ch/gem_statuts.php?lng=2) (23.06.2013).

<sup>157</sup> S dazu Kapitel Teil III - Definition 27.

<sup>158</sup> Zivilrechts-Mediations-Gesetz BGBl I 2003/29.

<sup>159</sup> § 1 Abs 1 ZivMediatG.

Um die Vorgaben der MediationsRL zu befolgen, hat Österreich in Ergänzung zum ZivMediatG das EU-Mediations-Gesetz (EU-MediatG)<sup>160</sup> erlassen und sich damit zugleich für eine Teilung der Mediationslandschaft entschieden, die sich fortan in innerstaatliche und grenzüberschreitende Mediationsfälle teilt. Somit herrscht hierzulande – im Gegensatz zu Deutschland – eine Mehrgleisigkeit<sup>161</sup>, die vor allem durch das Nebeneinander des ZivMediatG und des mit 01.05.2011 in Kraft getretenen EU-MediatG geprägt ist.

Die zweite Definition behält, wie Deutschland auch, die Gliederung der Richtlinie in Verfahren und Mediationsperson bei:

"1. Mediation: ein strukturiertes Verfahren ungeachtet seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen, unabhängig davon, ob dieses Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird;

2. Mediator: eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen, und die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem Mitgliedstaat hat;"

*EU-MediatG*<sup>162</sup>

Prinzipiell erfüllt Österreich mit den obenstehenden Definitionen die erste Aufgabe der *Definition*: Die wesentlichen Informationen werden übermittelt, die Aufklärung ist damit gelungen. Wünschenswert im Sinne der Rechtseinheit und -sicherheit wäre allerdings eine für innerstaatliche und grenzüberschreitende Mediationsfälle einheitliche Regelung.

In den folgenden Kapiteln wird die Begriffsbeschreibung des ZivMediatG herangezogen; die Regelungen des EU-MediatG werden jedoch bei der Untersuchung der *Einbettung in das Rechtssystem* berücksichtigt.

---

<sup>160</sup> EU-Mediations-Gesetz BGBl I 2011/21.

<sup>161</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

<sup>162</sup> § 2 Abs 1 EU-MediatG.

## 1.2 Perspektive der Definition

Bei Vergleich mit den beiden Definitionen aus Deutschland und der Schweiz fällt noch eine Besonderheit auf: Die Perspektive, die bei der Begriffsdefinition eingenommen wird und mE ein wichtiger Aspekt der Aufklärung ist.

Dabei hat Österreich beim rein innerstaatlichen Begriff des ZivMediatG die Perspektive der Mediationsperson gewählt, während üblicherweise die des Verfahrens bzw der Methode eingenommen wird.<sup>163</sup> Tatsächlich gehen die Definitionen in Deutschland und der Schweiz vom Verfahren aus, während die österreichische Begriffserklärung die Tätigkeit der Mediationsperson in den Vordergrund stellt. Auch die MediationsRL macht deutlich, dass die Parteien im Mittelpunkt der Mediation stehen, denn sie beschreibt es als ein Verfahren "in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen"<sup>164</sup>.

In einem zweiten Schritt können diejenigen Begriffsbestimmungen, die von der Perspektive des Verfahrens geleitet werden, das Gewicht auf die Parteien oder auf die Mediationsperson legen. In der MediationsRL und der deutschen Definition werden die Mediatoren in den Vordergrund gerückt, während die Schweiz der österreichischen Bestimmung näher steht und im weiteren Verlauf von der *Unterstützung durch unbeteiligte Dritte* spricht, also die Sicht der Mediationsperson betont.

Bei der Beurteilung, welche Perspektive nun die passendere ist, muss Folgendes beachtet werden: Wer bereits an einer Mediation beteiligt war, weiß, dass zu Beginn die Konfliktparteien darauf hingewiesen werden, dass sie selbst die Hauptarbeit leisten und eigenverantwortlich am Prozess teilnehmen müssen und die Mediationsperson lediglich die Kommunikation mittels bestimmter Techniken fördert und die Prozesssteuerung übernimmt.<sup>165</sup> Zwar gibt es unterschiedliche Ansichten bezüglich der Rolle und Befugnisse des Mediators,<sup>166</sup> doch herrscht zumindest darüber Einigkeit, dass die Parteien für den Ausgang der Mediation verantwortlich sind und ihre aktive Mitarbeit benötigt wird.

---

<sup>163</sup> Hopt/Steffek in Hopt/Steffek, Mediation (2008) 15.

<sup>164</sup> Art 3 MediationsRL; ErwGr 10 MediationsRL.

<sup>165</sup> Näheres dazu in Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien 56.

<sup>166</sup> S Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

Inhaltlich sagt die österreichische Definition zwar eben dies, doch passen Inhalt und Perspektivenwahl nicht zusammen, wodurch es beim Lesen zu unterschiedlichen Interpretationen und Auffassungen kommen kann.

ME ist die Wahl der Perspektive eine durchaus wichtige Entscheidung, die ein Statement bzw Understatement sein kann, aber hauptsächlich eine Einstellung vermittelt, die diese oder jene Strömung<sup>167</sup> bevorzugt. Somit ist das Thema der Perspektivenwahl kein rein grammatikalisches, sondern auch ein charakteristisches.

Tritt man einen Schritt zurück, so wird sichtbar, dass Österreich nicht nur bei der Formulierung der Begriffsdefinition auf einem falschen Weg zu sein scheint, denn im Mittelpunkt sollte das Verfahren bzw sollten die Konfliktparteien stehen. Stattdessen wird die Mediationsperson hervorgehoben, was sich im Wesentlichen auch im restlichen Regelungspaket widerspiegelt. Der Vorwurf, das österreichische Gesetzeswerk rund um die Mediation sei eines für die Mediatoren und nicht eines für den Mediationsprozess,<sup>168</sup> ist mE berechtigt.

Wie im Zuge der *funktionalen Abgrenzung* noch näher erklärt wird, sollte darüber hinaus der Mediationsperson in einem Mediationsmodell, das sich innerhalb der Systematik der Mediation bewegen soll, keine dominante Rolle zukommen.<sup>169</sup> Auch deswegen wurde beim österreichischen Gesetzesbegriff nicht die richtige Perspektive gewählt.

Mag die Perspektivenwahl in der österreichischen Definition auch nicht gelungen sein, so ist der Inhalt doch immer noch wesentlicher und dieser enthält zumindest alle essenziellen Punkte, die zur Erklärung des Mediationsverfahrens notwendig sind.

### **1.3 Fazit**

Aufgrund der MediationsRL hat Österreich im Bezug auf grenzüberschreitende Konstellationen nur einen kleinen Handlungsspielraum, bei innerstaatlichen Fällen allerdings alle Freiheiten. Leider herrscht seit der Umsetzung der MediationsRL und Einführung des EU-MediatG eine Ungleichbehandlung dieser zwei Bereiche. Im Sinne der Rechtseinheit, Benutzerfreund-

---

<sup>167</sup> S Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

<sup>168</sup> *Alexander*, Mediation (2009) 100 zitiert nach *Filler*, Expertenrunde zum Stand der Gesetzgebung Mediation in Europa, 19.10.2007 (Berlin).

<sup>169</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien 56.

lichkeit und Rechtssicherheit ist dieses System mE abzulehnen und eine Vereinheitlichung und Harmonisierung dieser beiden Anwendungsgebiete anzustreben. Das bedeutet nicht nur eine einheitliche Definition der Mediation, sondern auch eine einheitliche *Einbettung in das Rechtssystem*, auf die allerdings erst weiter unten eingegangen wird.<sup>170</sup>

Zu oben aufgetauchter Frage, ob das Weglassen einer Definition nicht zu mehr Flexibilität und Benutzerfreundlichkeit führt, ist Folgendes zu sagen: Eine extreme Zurückhaltung des Gesetzgebers im Bereich der *Definition*, wie es die Schweiz verfolgt, ist ein möglicher, aber auch mit Risiken behafteter Weg. ME jedenfalls keiner, der in Österreich von Erfolg gekrönt wäre, da es hier an einem dem obligatorischen Schlichtungsverfahren ähnelnden Institut und der dazugehörigen traditionell verfestigten Konsenskultur fehlt.

Zwar gibt es auch in Österreich seit langer Zeit Schlichtungsstellen, doch werden diese nur punktuell und nicht allumfassend, wie in der Schweiz, eingesetzt und es gibt sie noch nicht so lange wie den Friedensrichter.<sup>171</sup>

Daher würde es in Österreich vor allem an der Voraussetzung einer gewachsenen Praxis mangeln, die mE der notwendige Ersatz einer ansonsten unverzichtbaren Definition wäre. Nur eine gefestigte Tradition kann bei Unterlassen der Aufklärung die erhoffte Flexibilität ermöglichen.

Aber auch dann wäre die Sinnhaftigkeit eines Offenlassens des Mediationsbegriffs sehr zweifelhaft. Schließlich treten die erwarteten Vorteile nicht zwangsläufig ein. Das Risiko, dass auch bei Vorhandensein einer gewachsenen Tradition die Anwender unter dem gänzlichen Fehlen einer Definition leiden, ist mE trotzdem vorhanden.

Weiters sind zur Förderung der Mediation verfahrenssteuernde Regeln (in einem ausgewogenen Ausmaß) unerlässlich; ihr Fehlen stünde dem jedenfalls entgegen. Regeln über das *Wie (Einbettung in das Rechtssystem)* festzulegen, ohne das *Was (Definition)* zu erklären, ist mE inhomogen und nicht zielführend. Die Festlegung verfahrenssteuernder Regelungen erfordert daher mM nach die Festlegung einer geeigneten Definition.

---

<sup>170</sup> S Kapitel Teil IV - 6 Österreich 173.

<sup>171</sup> Während das Institut des Friedensrichters auf eine über 200-Jahre alte Tradition zurückblicken kann, gibt es bspw die Schlichtungsstellen für Mietangelegenheiten in Österreich nur rund halb so lange, seit 1917, und darüber hinaus nicht flächendeckend: *Schweizerischer Verband der Friedensrichter und Vermittler*, Portrait/Geschichte, <http://www.svfv.ch/15.html> (03.11.2012); *Mieterschutz Verband Wien*, Geschichte der Schlichtungsstelle, <http://www.mieterschutzwien.at/index.php/2144/geburt-der-schlichtungsstellen/> (03.11.2012).

Der Wunsch, ein möglichst hohes Maß an Flexibilität zu schaffen und die Aufgabe des Gesetzgebers, die Anwender vor Rechtsunsicherheit zu schützen, ließen sich jedoch am ehesten bei Verfolgung des Modells der *Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung*<sup>172</sup> verknüpfen.

Daher ist abschließend noch einmal festzuhalten, dass Österreich auf eine gesetzliche Definition nicht verzichten kann und insofern grundsätzlich einen guten Weg eingeschlagen hat, auch wenn die Wahl der Perspektive wohl auf die unpassendste gefallen ist. Ob die Definition etwas lockerer gestaltet werden und so den Anwendern einen größeren Spielraum bieten könnte, wird im Zuge der *organisatorischen und funktionellen Abgrenzung*<sup>173</sup> untersucht.

---

<sup>172</sup> S dazu Kapitel Teil II - 4.2 Marktregulierung innerhalb staatlicher Rahmengesetzgebung 23.

<sup>173</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.1 Organisatorische Abgrenzung 40 und Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

## 2 Abgrenzung

Eine Abgrenzung des Begriffs *Mediation* muss einerseits gegenüber anderen Formen der alternativen Konfliktlösung<sup>174</sup> getroffen werden (→ **organisatorische Abgrenzung**)<sup>175</sup>, andererseits im Verhältnis zu den unterschiedlichen Definitionen des Begriffs *Mediation* schlechthin (→ **funktionale Abgrenzung**)<sup>176</sup>.

Ziel ist es vor allem herauszuarbeiten, welche Merkmale für die Mediation unverzichtbar und charakteristisch sind<sup>177</sup> und welche bloß als Ausdruck einer Strömungsrichtung fungieren. Damit bildet die Abgrenzung die notwendige Basis für die *Förderung durch die Definition*, die sich stets innerhalb des systematisch Möglichen und Sinnvollen abspielen muss.

### 2.1 Organisatorische Abgrenzung

Wie soeben erwähnt, beschäftigt sich die *organisatorische Abgrenzung* mit dem Verhältnis der Mediation zu anderen ADR-Verfahren. Dies tut sie auf einem überregionalen Level, so dass die im Folgenden angeführten Beschreibungen auf rein theoretischen Überlegungen beruhen und länderspezifisches Verständnis der Prozesse dabei zum Großteil unberücksichtigt bleibt. Schließlich handelt es sich bei den alternativen Konfliktlösungstechniken um globale Verfahrensarten, deren Terminologie weltweite Gültigkeit haben sollte und daher auch bei Erarbeitung eines österreichischen Mediationsbegriffs berücksichtigt werden muss. Da die *organisatorische Abgrenzung* also als **länderunabhängige Methodenlehre**<sup>178</sup> zu verstehen ist, ist die Aufstellung der Rechtslage in den Untersuchungsländern überflüssig und wird daher ausgespart.

Nachdem weiter oben<sup>179</sup> bereits festgestellt wurde, welche Verfahren zu den ADR-Verfahren zählen, ist hier zu klären, **wie exakt und streng** die Abgrenzung zwischen denselben sein

---

<sup>174</sup> Zum Begriff ADR und seinen Konfliktlösungsverfahren s Kapitel Teil II - 1 ADR 8.

<sup>175</sup> S Kapitel Teil III - 2.1 Organisatorische Abgrenzung 40.

<sup>176</sup> S Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>177</sup> Risse, *Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 8.

<sup>178</sup> Vgl aber *Alexander in Ferz*, *Rechtskultur* (2003) 41, die Mediation zwar als universales Verfahren bezeichnet, das aber vor dem Hintergrund der jeweiligen nationalen Konfliktbearbeitungskultur betrachtet werden müsse.

<sup>179</sup> S Kapitel Teil II - 1 ADR 8.

muss; liegt doch die besondere Stärke der ADR-Verfahren darin, keinem formalisierten Verfahren zu folgen und damit ein flexibles Werkzeug zu sein, das sich leicht an veränderte Umstände und Bedürfnisse der Parteien anpassen kann.<sup>180</sup> Diese Stärke könnte durch eine zu strenge Abgrenzung gefährdet sein.<sup>181</sup> Andererseits wird der Unterschied zwischen den einzelnen Konfliktlösungsverfahren gerade im steigenden Grad der Formalisierung gesehen.

Wie eng die einzelnen ADR-Verfahren nebeneinander liegen, zeigt folgende Definition, in der namentlich zwei weitere ADR-Verfahren enthalten sind:

"'Mediation' means a process in which a mediator facilitates communication and negotiation between parties to assist them in reaching a voluntary agreement regarding their dispute."

*Uniform Mediation Act*<sup>182</sup>

Wie bereits erwähnt,<sup>183</sup> ist die Abgrenzung und Begriffsbestimmung sinnvoll und auch notwendig. Eine konkrete Vorgabe, wie die Waage zwischen den beiden Attributen *Rechtssicherheit* und *Flexibilität* gehalten werden kann, ist nicht möglich und erschließt sich in keinem formelhaften Geltungssatz, sondern muss im jeweiligen Kontext gesondert abgewogen werden.

Jedenfalls auszuschließen ist ein Postulat, wonach es zu keinen Verbindungen zwischen den Verfahrensarten kommen kann. Im Gegenteil: Die Entstehung von Misch- und Hybridformen<sup>184</sup> ist im Sinne der Maximierung der Flexibilität und Verfahrensfreiheit zu begrüßen. Das Verwischen der vorher mühsam festgesetzten Grenzen zwischen den einzelnen Konfliktlösungstechniken sollte mE zu Gunsten der damit entstehenden und überwiegenden Vorteile in Kauf genommen werden. Wesentlich ist besonders in diesem Fall aber, dass eindeutige Regelungen hinsichtlich der Schutzmechanismen bestehen und für die Rechtsanwender klar ist, wann welche Verfahrensart vorliegt und bei welcher Verfahrensart welche Bestimmungen zur Anwendung kommen. Erwähnt sei an dieser Stelle, dass diesfalls "grenzüberschrei-

---

<sup>180</sup> S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 24; ebenso Hopt/Steffek in Hopt/Steffek, Mediation (2008) 16.

<sup>181</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 24.

<sup>182</sup> Section 2 Abs 1 Uniform Mediation Act der *National Conference Of Commissioners On Uniform State Laws*, [http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma\\_final\\_03.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/mediation/uma_final_03.pdf) (15.02.2013).

<sup>183</sup> S Kapitel Teil II - 4 Regelungsintensität 22.

<sup>184</sup> S Kapitel Teil II - 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren 15.

tende" Verfahrensregeln den erforderlichen Schutz und Rechtssicherheit bieten könnten, die für alle Konfliktlösungsverfahren pauschal gültig sind.

Die länderspezifischen Modelle – also der rechtliche Rahmen, der die äußere Hülle der einzelnen ADR-Verfahren darstellt, in die der jeweilige Gesetzgeber sie gießt – werden weiter unten im Zuge der *Einbettung in das Rechtssystem* erörtert.

Zu beachten sind im Zusammenhang mit der *organisatorischen Abgrenzung* vor allem die sprachlichen Barrieren, die deshalb bestehen, weil die meisten der neuen ADR-Verfahren aus dem angloamerikanischen Raum stammen.<sup>185</sup> Die Schwierigkeiten liegen hier zum einen im Finden und nachhaltigen Integrieren einer geeigneten Übersetzung und zum anderen im Vertrautmachen der Gesellschaft mit diesen neuen Begriffen und Techniken. All diese Gründe belasten die Herausbildung einer einheitlichen internationalen bzw innerdeutschen Terminologie und erschweren diesen Prozess erheblich.<sup>186</sup> Der **Prozess der Begriffsbildung** benötigt Zeit und Geduld, denn die simple Vorgabe eines Begriffs reicht nicht aus um die erforderliche Akzeptanz zu erreichen.

In den einzelnen Ländern laufen diese Prozesse zwar parallel aber nicht ident ab, weshalb es international divergierende Übersetzungen der Ausdrücke und ein teilweises Nebeneinander von Fremdwörtern und Übersetzungen gibt. Da die Begriffsbildung aber noch nicht abgeschlossen ist,<sup>187</sup> kann gerade in diesem Bereich noch eine Verbesserung dieser momentan leicht inhomogenen Begriffslage erreicht werden.

Im Folgenden wird also lediglich der Versuch unternommen, Erklärungen zu finden, die eine gewisse Allgemeingültigkeit erfüllen.<sup>188</sup>

Da die Quelle der jüngeren Entwicklungsgeschichte der ADR-Verfahren, wie bereits erwähnt, der angloamerikanische Raum ist, geht diese Arbeit in erster Linie von den englischsprachigen Begriffen aus und stellt diese dem heutigen Verständnis in den näher untersuchten Län-

---

<sup>185</sup> S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 23.

<sup>186</sup> Hopt/Steffek in Hopt/Steffek, Mediation (2008) 16.

<sup>187</sup> Falk in Töpel/Pritz, Mediation (2000) 17; Hopt/Steffek in Hopt/Steffek, Mediation (2008) 16.

<sup>188</sup> S aber Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 26: "Es kann demnach auch gar nicht darauf ankommen, die allgemeingültige Bedeutung des Begriffs 'Mediation' ausfindig zu machen. Ein solcher Versuch wäre angesichts der in der Praxis anzufindenden oder mindestens denkbaren Vielfalt ohnehin zum Scheitern verurteilt [...]"

dern gegenüber.<sup>189</sup> Damit geht die Hoffnung einher, zu einer gleichförmigen Etablierung geeigneter Definitionen beizutragen, aber auch die Befürchtung, das Feld möglicher Erklärungen und Einteilungen, und damit auch die bestehende Unüberschaubarkeit von Wahlmöglichkeiten, lediglich zu vergrößern.

Die hier angeführten ADR-Verfahren werden nach steigender Kompetenz des unbeteiligten Dritten gereiht. Die Unterscheidung vernachlässigt Merkmale der Verfahrensabläufe und konzentriert sich stattdessen auf die beschreibenden Charakteristika:

### 2.1.1 facilitation (Moderation)

*Facilitation*, in Fachkreisen mit *Moderation* übersetzt,<sup>190</sup> bedeutet wortwörtlich eigentlich *Förderung*<sup>191</sup>. In manchen Wörterbüchern ist dieser Begriff überhaupt nicht zu finden, lediglich *facilitator*, der Vermittler<sup>192</sup>. Sowohl der deutsche Begriff *Moderation* (Latein *moderare*: mäßigen)<sup>193</sup> als auch der englische Ausdruck *facilitation* (Latein *facilis*<sup>194</sup>: leicht, mühelos, bequem, geschickt, nachgiebig, gefällig)<sup>195</sup> haben mehrere Bedeutungen. Kurz und knapp formuliert handelt es sich dabei um die Führung bzw. Leitung eines Prozesses,<sup>196</sup> bei dem die Parteien durch lenkende Maßnahmen unterstützt werden und der Prozess selbst Struktur und Erleichterung erfährt.

In Abgrenzung zur Mediation ergibt das folgende Definition:

*Facilitation* (Moderation) ist ein Verfahren, bei dem die betroffenen Parteien bei der Lösung ihres Konflikts bzw. der Erreichung ihres Ziels durch einen unbeteiligten Dritten unterstützt werden, indem dieser lenkend in die Kommunikation eingreift, ohne das Verfahren oder die Parteien zu beeinflussen.<sup>197</sup>

---

<sup>189</sup> So auch *Breidenbach*, *Mediation* (1995) 4.

<sup>190</sup> *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, *Mediation* (2008) 16; *Risse*, *Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 551 f.

<sup>191</sup> *Das große Oxford Wörterbuch für Schule und Beruf*, *facilitation*, 213.

<sup>192</sup> *Pons.eu*, *facilitation*, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=facilitation&l=deen&ie=%E2%98%A0> (07.01.2012).

<sup>193</sup> *Hochheimer*, *Das kleine QM-Lexikon*<sup>2</sup> (2011) 175.

<sup>194</sup> *Online Etymology Dictionary*, *facilitation*, [http://www.etymonline.com/index.php?term=faciletate&allowed\\_in\\_frame=0](http://www.etymonline.com/index.php?term=faciletate&allowed_in_frame=0) (10.12.2011).

<sup>195</sup> *Pons.eu*, *facilis*, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=facilis&l=dela&in=la&lf=la&kbd=la> (10.12.2011).

<sup>196</sup> *Chornenki/Hart*, *Bypass Court*<sup>4</sup> (2011) 11.

<sup>197</sup> *S Cameron*, *Facilitation made easy*<sup>3</sup> (2005) 3: "A workshop facilitator is someone who helps a group of people to achieve an agreed aim, by involving everyone present"; *Hehn*, *Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick* in *Haft/Schlieffen*, *HB Mediation*<sup>1</sup> (2002) § 6 Rz 43.

Da diese Technik offensichtlich auch ein Teilbereich der Mediation und anderer ADR-Verfahren ist,<sup>198</sup> verwundert es nicht, dass es daneben die Bezeichnung bzw Strömung *facilitative mediation*<sup>199</sup> gibt. Die Moderation ist das der Mediation am nächsten stehende ADR-Verfahren.

Im Übrigen wird Mediation auch als "*facilitated negotiation*"<sup>200</sup> bezeichnet, wodurch nicht nur die Nähe der Mediation zur Moderation, sondern auch zur Verhandlung (s sogleich) verdeutlicht wird.

Da die Moderation aber auch eine eigenständige Konfliktlösungstechnik ist,<sup>201</sup> verdient sie als solche die Erwähnung.

### 2.1.2 negotiation (Verhandlung)

Auch die Methode der Verhandlung (Latein *negotior*<sup>202</sup>: Handel treiben, handeln)<sup>203</sup> ist ein äußerst wichtiger Teil der Mediation und anderer ADR-Verfahren, zugleich aber auch eine eigenständige Technik.<sup>204</sup> Sie unterscheidet sich von den anderen Konfliktlösungsarten vor allem dadurch, dass sie ohne unbeteiligten Dritten auskommt<sup>205</sup>. Obwohl manche<sup>206</sup> nur jene Verhandlungen zu den ADR-Verfahren zählen, bei denen ein neutraler Dritter teilnimmt, wird in dieser Arbeit eine andere Ansicht<sup>207</sup> vertreten. Entscheidend für die Qualifikation als ADR-Verfahren ist aber lediglich, dass es sich um eine dem gerichtlichen Verfahren gegenüber alternative Konfliktlösungstechnik handelt.<sup>208</sup>

---

<sup>198</sup> *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 7-014.

<sup>199</sup> S Kapitel Teil III - 3.2 facilitative approach 106.

<sup>200</sup> *Alexander*, Mediation (2009) 25; *Riskin*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, HNLR 1 (1996) 7 (13); *Ware*, Principles<sup>2</sup> (2007) 265.

<sup>201</sup> S bspw *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 16; *Risse*, Wirtschaftsmediation<sup>1</sup> (2003) 551 f; s dagegen *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 86 FN 54, die die Moderation als begleitende bzw beratende Unterstützungsform im Konflikt von den ADR-Verfahren abgrenzen.

<sup>202</sup> *Online Etymology Dictionary*, negotiate, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=negotiari&l=dela&in=la&lf=la&kbd=la> (10.12.2011).

<sup>203</sup> *Pons.eu*, negotior, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=negotiari&l=dela&in=la&lf=la&kbd=la> (10.12.2011).

<sup>204</sup> *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 54; aA *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup>, Rz 2-003.

<sup>205</sup> *Mnookin*, Alternative Dispute Resolution, HLS Discussion Paper 232/1998, 4.

<sup>206</sup> Vgl *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-003.

<sup>207</sup> Vgl *Hehn* in *Haft/Schlieffen*, HB Mediation<sup>1</sup> (2002) § 6 Rz 40.

<sup>208</sup> S die Unterscheidung von *Konsens-* und *Alternativ-Ansatz* in Kapitel Teil II - 1.1 Einteilung 8.

Um einen Konflikt im Weg der Verhandlung ohne unbeteiligten Dritten zu bereinigen, können die Parteien selbstständig die Verhandlung führen (*Negotiation by parties personally*)<sup>209</sup> oder sich durch andere vertreten lassen (*Negotiation through representatives*)<sup>210</sup>; keine der teilnehmenden Personen ist allerdings dabei neutral.

*Negotiation* (Verhandlung) ist ein Vorgang, bei dem die am Konflikt beteiligten Parteien oder deren Vertreter versuchen, zu einer Einigung zu gelangen.

Generell kann man die diversen Verhandlungstechniken in die folgenden zwei Ansätze einteilen:<sup>211</sup>

1) **Integratives Verhandeln**<sup>212</sup>

Angestrebt wird eine *win-win*<sup>213</sup> Lösung.

2) **Distributives Verhandeln**<sup>214</sup>

Angestrebt wird eine *win-lose*<sup>215</sup> Lösung.

Nimmt an einem solchen Prozess ein unbeteiligter Dritter teil, so handelt es sich – abhängig von den Kompetenzen, die diesem übertragen werden, und den eingesetzten Techniken – entweder um eine Moderation, Mediation oder Schlichtung.<sup>216</sup> Im Fall einer Mediation ist die Aufgabe des unbeteiligten Dritten einerseits zu erkennen, welchen Lösungsansatz die Konfliktparteien verfolgen, um andererseits bei Bedarf durch verschiedenste Methoden den Parteien den integrativen Ansatz nahe zu bringen.<sup>217</sup>

---

<sup>209</sup> Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-026.

<sup>210</sup> Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-026.

<sup>211</sup> Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 6-007; vgl auch Haft, Verhandlung und Mediation<sup>2</sup> (2000) 20 ff, der zwischen intuitivem und rationalem Verhandeln unterscheidet; demgegenüber führen Ade/Alexander noch als dritten Punkt den *dialogischen Ansatz* an, der als *erfahrungs-, prozess- und erkenntnisorientiert* beschrieben wird: Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 189.

<sup>212</sup> Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 6-007: "**problem-solving approach**" oder "**integrative bargaining**".

<sup>213</sup> S dazu Kapitel Teil II - 1.1.1 Der Konsens-Ansatz 10.

<sup>214</sup> Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 6-007: "**competitive approach**", "**positional bargaining**" oder "**distributive bargaining**".

<sup>215</sup> S dazu Kapitel Teil II - 1.1.1 Der Konsens-Ansatz 10.

<sup>216</sup> Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 63, 64; Goldberg/Sander/Rogers, Dispute Resolution<sup>3</sup> (1999) 123: "*Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party*".

<sup>217</sup> Vgl Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 6-089.

### 2.1.3 conciliation (Schlichtung)

Die Unterscheidung zwischen Schlichtung (Latein *conciliare*<sup>218</sup>: für jemanden gewinnen, verschaffen, vermitteln)<sup>219</sup> und Mediation ist zum Teil länderspezifisch geprägt und nimmt daher sehr unterschiedliche Ausformungen an.

Das Verständnis der Schlichtung in Mitteleuropa ist den meisten *common law* Ländern unbekannt.<sup>220</sup> So werden im Gebiet des *common law* die Begriffe *conciliation* und *mediation* häufig synonym verwendet.<sup>221</sup> Da aber – wie in der Folge noch ausgeführt wird – sowohl in Österreich als auch in Deutschland und der Schweiz zwischen diesen Verfahrensarten zu unterscheiden ist, ist dieser Ansicht nicht zu folgen.

Die Unterschiede dieser Verfahrensarten sind auf der prozessualen Ebene zu finden, wie dies auch bei den anderen ADR-Verfahren zuvor der Fall war. Dabei fällt auf, dass die Schlichtungsperson andere Kompetenzen inne hat als die Mediationsperson:

*Conciliation* (Schlichtung) ist ein Verfahren, bei dem die am Konflikt beteiligten Parteien beim Lösungsversuch durch einen unbeteiligten Dritten unterstützt werden, der dabei die Parteipositionen bewertet und unverbindliche Lösungsvorschläge macht.

Die Schlichtungsperson hat, wie in der obigen Definition ersichtlich, die **Kompetenz** mittels eines sogenannten **Schlichterspruchs**<sup>222</sup> **Bewertungen vorzunehmen** und **Lösungsvorschläge zu unterbreiten**. Eine Kompetenz, die die Mediationsperson – folgt man zumindest dem in Europa klassischen Verständnis von Mediation<sup>223</sup> – nicht hat.<sup>224</sup> Der Mediator hat somit eine passivere Rolle als der Schlichter.<sup>225</sup>

---

<sup>218</sup> *Online Etymology Dictionary*, conciliation, [http://www.etymonline.com/index.php?allowed\\_in\\_frame=0&search=conciliation&searchmode=none](http://www.etymonline.com/index.php?allowed_in_frame=0&search=conciliation&searchmode=none) (10.12.2011).

<sup>219</sup> *Pons.eu*, conciliare, [http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=conciliare&l=de&in=ac\\_la&lf=la](http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=conciliare&l=de&in=ac_la&lf=la) (08.03.2012).

<sup>220</sup> *Mirimanoff*, *médiation* (2011) 67.

<sup>221</sup> *Alexander*, *Mediation* (2009) 15; *Brown/Marriott*, *ADR*<sup>2</sup> (1999) Rz 7-007; *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, *Mediation* (2008) 17; *Mirimanoff*, *médiation* (2011) 67.

<sup>222</sup> *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 191: "[...] wodurch sowohl die abschließende Bewertung [...] ('Spruch') als auch deren Unverbindlichkeit ('Schlichter' im Gegensatz zum Richter) zum Ausdruck kommt"; s auch *Duve* in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 79 f, nach dem die Mediationsperson ebenfalls die Kompetenz habe, eigene Vorschläge einzubringen.

<sup>223</sup> S dazu Kapitel Teil III - 3.2 facilitative approach 106.

<sup>224</sup> *Risse*, *Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 11.

<sup>225</sup> *Cadiet/Jeuland/Clay*, *Médiation & Arbitrage – Alternative Dispute Resolution* (2005) 21.

Verlässt man das klassische Mediationsmodell gerät man in eine **Grauzone**, in der die Schlichtung und die Mediation voneinander nicht mehr unterschieden werden können.<sup>226</sup> Denn dann werden der Mediationsperson zum Teil sehr wohl Bewertungskompetenzen übertragen, durch die der prozessuale Unterschied zwischen den beiden Verfahrensarten wegfällt. Letztlich kann in einem solchen Fall eine Entscheidung, ob nun eine Schlichtung oder eine Mediation stattfindet, nur nach eingehender Analyse des Inhalts und der angewandten Methoden getroffen werden. Die Schlichtungsperson konzentriert sich nämlich allgemein auf die Positionen, während die Mediationsperson die speziell für die Mediation entwickelten Methoden und Techniken anwendet, um auf die dahinterstehenden Interessen und Bedürfnisse zu stoßen.<sup>227</sup> Ein weiteres Merkmal der Schlichtung ist also das Fehlen eines verhandlungstheoretischen Hintergrunds<sup>228</sup> – die Schlichtung gibt sich somit auch – aber nicht ausschließlich – mit dem distributiven Verhandlungsmodell<sup>229</sup> zufrieden.

Ließe man eine Verwischung der Grenzen zu, würde dies allerdings zu der unbefriedigenden Situation führen, dass Außenstehende – eventuell sogar die Teilnehmer selbst – nicht in der Lage wären, einen bestimmten Prozess der einen oder anderen Verfahrensart zuzuordnen.

Die Problematik der Differenzierung spitzt sich bei Berücksichtigung einer neuen Form der Schlichtung noch weiter zu – der **interessen- und bedürfnisorientierten Schlichtung**.<sup>230</sup> Wie der Name schon vermuten lässt, besteht inhaltlich aufgrund der Abkehr von den Positionen und der Konzentration auf die Interessen und Bedürfnisse kein Unterschied zur Mediation. Vertritt man nun auch noch die Meinung, die Mediationsperson dürfe Lösungsvorschläge unterbreiten, steht man schließlich vor zwei Verfahrensarten mit unterschiedlichem Namen aber identer Ausgestaltung. An diesem Beispiel ist auch gut ersichtlich, welches begriffliche Durcheinander eine unklare Abgrenzung mit sich bringt. Sind Mediation und Schlichtung an unterschiedliche Rechtsfolgen geknüpft bzw durch verschiedene Schutzmechanismen abgesichert, ist die Unsicherheit groß. Umso deutlicher wird das Erfordernis klarer Abgrenzungen

---

<sup>226</sup> Vgl die Grafik "6. *Estimation et facilitation*" in *Mirimanoff, médiation* (2011) 271, wo quasi eine Gleichsetzung zwischen der *traditionellen* Schlichtung und dem *evaluative approach* einerseits, aber auch der *neuen* Schlichtung und des *facilitative approach* andererseits erfolgt.

<sup>227</sup> S dazu Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>228</sup> *Risse, Wirtschaftsmediation*<sup>1</sup> (2003) 11.

<sup>229</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.1.2 *negotiation* (Verhandlung) 44.

<sup>230</sup> S dazu die Ausführungen zur Grafik von *Mirimanoff* in FN 226 sowie *Mirimanoff, médiation* (2011) 68.

einerseits und verfahrensübergreifender Bestimmungen – besonders im Bereich der Schutzmechanismen – andererseits.

Der **Unterschied zum Schiedsverfahren** dagegen liegt in der fehlenden bindenden Wirkung des Schlichtungspruchs,<sup>231</sup> wobei durch die persönliche Autorität der Schlichtungsperson Druck zur Einigung entstehen kann.<sup>232</sup>

Somit ordnet sich die Schlichtung genau zwischen die Mediation und das Schiedsverfahren ein, wobei aufgrund der vermehrten Integration mediativer Elemente in anderen Verfahrensarten die Unterschiede in der Praxis, wie bereits erwähnt, nicht immer offensichtlich sind. Das zeigt sich auch in der Schwierigkeit, in der Literatur eine Definition aufzuspüren, die die Schlichtung klar erkennbar von den anderen ADR-Verfahren differenziert. Die Folge ist eben die Ungewissheit, welche Rechtsfolgen im Einzelfall eintreten, da es keine einheitlichen Normen für beide Verfahrensarten gibt. Besonders an dieser Schnittstelle, wo die Übergänge häufig fließend sind, wird daher der Bedarf an einem ADR-Gesetz, das für alle außergerichtlichen Verfahrensarten gleichermaßen gilt, deutlich.

### **Exkurs – Schlichtung in der Schweiz**

Abweichend von der obigen Definition geht man in der Schweiz davon aus, dass die Schlichtungsperson nur im Fall des Scheiterns der Verhandlungen einen Vergleichsvorschlag unterbreitet.<sup>233</sup> Diese Ausprägung stellt mE aber bloß eine Variante bzw ein Hybridverfahren<sup>234</sup> dar, bei dem die Mediation und die Schlichtung zeitlich aufeinanderfolgend miteinander verbunden werden.<sup>235</sup>

Weiters wird auch die Meinung vertreten, dass die Schlichtung nach der chZPO aufgrund der mangelnden Freiwilligkeit und der Einbindung in das staatliche Prozessrecht, kein ADR-Verfahren sei.<sup>236</sup> Dem muss entgegnet werden, dass die Integration

---

<sup>231</sup> Engel, Collaborative Law (2010) 25 FN 82; Rüssel, Vorgerichtliche Güte- und Schlichtungsverfahren in Haft/Schlieffen, HB Mediation<sup>1</sup> (2002) § 33 Rz 34, 39.

<sup>232</sup> Risse, Wirtschaftsmediation<sup>1</sup> (2003) 11.

<sup>233</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 108.

<sup>234</sup> Zur Definition s Kapitel Teil II - 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren 15.

<sup>235</sup> In Anlehnung an das bekannte Modell *med-arb* könnte diese Ausprägung als *med-con* bezeichnet werden; s FN 288.

<sup>236</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 112.

in das Rechtssystem eine Förderungsmethode, ein Mediationsmodell, darstellt.<sup>237</sup> Es ist eine Form der Regulierung, die an der Einordnung unter die ADR-Verfahren nichts zu ändern vermag. Abgesehen davon ist diese Einbindung in vielen Kantonen begleitet von räumlicher und personeller Trennung von jeglichen Behörden,<sup>238</sup> wodurch sich die Eingliederung auf einen prozessualen Ablauf beschränkt.

Bezüglich der Kritik an der mangelnden Freiwilligkeit kann auf das zur Mediation Festzustellende verwiesen werden.<sup>239</sup>

#### 2.1.4 arbitration (Schiedsverfahren)

Unter Berücksichtigung des zuvor Gesagten bezüglich der Perspektive, aus der ein Begriff beschrieben wird,<sup>240</sup> verwundert es nicht, dass das Wort *Schiedsverfahren* von der Bezeichnung *Schiedsrichter* abstammt (Latein *arbiter*<sup>241</sup>: Richter, Augenzeuge, Mitwisser, Gebieter)<sup>242</sup> und für den Vorgang an sich nur Umschreibungen oder fremdartig klingende Worte zur Verfügung stehen (deutsch: schiedsrichtern; englisch: *arbitrate, to act as arbiter*)<sup>243</sup>. Die anderen ADR-Verfahren dagegen können auf Verben zurückgeführt werden. Dass die Schiedsgerichtsbarkeit hier aus der Reihe tanzt und dem unbeteiligten Dritten mehr Tribut zollt, passt sehr gut zu der Tatsache, dass diesem in keinem anderen ADR-Verfahren eine so starke Stellung zukommt.

Die ICC (*International Chamber of Commerce* = Internationale Handelskammer) beschreibt in der Einleitung ihrer Schiedsgerichtsordnung diese Streitbeilegungsmethode wie folgt:

"Ein Schiedsverfahren ist ein förmliches Verfahren, das mit einer rechtsverbindlichen Entscheidung eines neutralen Schiedsgerichts endet. Diese kann dann nach nationalem Schiedsverfahrensrecht und internationalen Verträgen [...] vollstreckt werden."

*ICC Schiedsgerichtsordnung und ADR-Regeln*<sup>244</sup>

---

<sup>237</sup> S Kapitel Teil IV - 1.1.2 Prozess d) Integrationsmodell 119.

<sup>238</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 115.

<sup>239</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

<sup>240</sup> S Kapitel Teil III - 1.2 Perspektive der Definition 36.

<sup>241</sup> *Online Etymology Dictionary*, arbiter, [http://www.etymonline.com/index.php?term=arbiter&allowed\\_in\\_frame=0](http://www.etymonline.com/index.php?term=arbiter&allowed_in_frame=0) (09.12.2011).

<sup>242</sup> *Pons.eu*, arbiter, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=arbiter&l=dela&in=&lf=de> (16.02.2013).

<sup>243</sup> *Duden*, schiedsrichtern, <http://www.duden.de/rechtschreibung/schiedsrichtern> (16.02.2013).

<sup>244</sup> *ICC*, Rules of Arbitration, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (16.02.2013).

Um den **Schiedsspruch** mit verbindlicher und vollstreckbarer Wirkung versehen zu können, bedarf es der Ausstattung der Schiedsperson mit Hoheitsgewalt.<sup>245</sup> Dadurch sind die Handlungen derselben dem Staat zuzurechnen,<sup>246</sup> was aber an der Qualifikation als ADR-Verfahren nichts ändert.<sup>247</sup> Es bleibt trotz allem eine Alternative zum staatlichen Gerichtsprozess.

Die Mediation lässt sich von dieser Methode am leichtesten abgrenzen. Grund dafür ist zu einem Teil der gewaltige Unterschied im Hinblick auf den unbeteiligten Dritten: Dieser besitzt im Schiedsverfahren – wie der Richter im Gerichtsverfahren – **Entscheidungsgewalt**.<sup>248</sup> Allerdings – und hier spielt wieder eine wichtige Gemeinsamkeit hinein – nur aufgrund einer konsensualen Entscheidung der Parteien.<sup>249</sup> Der große Vorteil gegenüber der Mediation ist die sich daraus ergebende Gewissheit, dass am Ende des Verfahrens ein Ergebnis durch einen bindenden Urteilspruch vorliegt.<sup>250</sup>

Ein weiterer Unterschied ist die Stellung des **Prozessrechts**. Das Schiedsverfahren findet vor einem privaten Zivilgericht statt, das bestimmten Prozessregeln und Prinzipien folgt; man könnte auch sagen, dass dem Recht eine größere Bedeutung beigemessen wird als in anderen ADR-Verfahren.<sup>251</sup> Mediation dagegen ist gekennzeichnet durch den verfahrensfreien Aufbau und unterliegt keinem festen Regelwerk. Zwar gelten auch in der Mediation gewisse Grundregeln (häufig werden zu Beginn sogenannte *Spielregeln* zwischen der Mediationsperson und den Konfliktparteien festgelegt) – wie beispielsweise die Vorgabe, dass beide Parteien die Konfliktsituation aus ihrer Sicht darstellen können – und folgt auch die Mediationsperson letztlich einer gewissen Verfahrensstruktur<sup>252</sup> (den sogenannten Phasen), die Mediationsperson ist aber absolut frei in der Anwendung. Die Missachtung von Spielregeln

---

<sup>245</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 124; Diese verbindliche und vollstreckbare Wirkung sehen die Rechtsordnungen aller drei Länder vor: § 1055 dZPO, § 607 ZPO, Art 387 chZPO.

<sup>246</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 125.

<sup>247</sup> S dazu die Kritik in FN 57.

<sup>248</sup> S bspw *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 4-022; *Engel*, Collaborative Law (2010) 25; *Rüssel in Haft/Schlieffen*, HB Mediation<sup>1</sup> (2002) § 33 Rz 39.

<sup>249</sup> *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 4-014, 4-048; s Kapitel Teil II - 1.1.1 Der Konsens-Ansatz 10.

<sup>250</sup> *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 4-049; aA *Chornenki/Hart*, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 11, wonach ein bindender Schiedsspruch möglich, aber nicht charakteristisch notwendig sei.

<sup>251</sup> *Kisthardt*, The Use of Mediation and Arbitration for Resolving Family Conflicts, J. Am. Acad. Matrim. Lawyers 14 (1997) 353 (390).

<sup>252</sup> *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 22.

hat keine prozessualen Konsequenzen, kann aber Grund für das Scheitern einer Mediation sein. Vergleichbar mit den formalen Verfahrensregeln der ZPO sind diese Verfahrensregeln jedenfalls nicht.

Eine Schwierigkeit, diese beiden Begriffe voneinander abzugrenzen, ergibt sich aber gerade aus dem Prozessrecht des Schiedsverfahrens. Dieses ist nämlich weitaus flexibler gestaltet als die Verfahrensordnung, an die staatliche Gerichte gebunden sind. Das zeigt sich unter anderem auch dadurch, dass die Parteien die Verfahrensherrschaft behalten.<sup>253</sup> Dies ist die wohl wichtigste Gemeinsamkeit der Mediation und des Schiedsverfahrens.

Es verwundert nicht, dass diese Begriffe häufig gemeinsam verwendet werden – daher ist auch die Entscheidung der ICC, ein gemeinsames Regelwerk für beide Methoden zu erstellen, leicht nachvollziehbar.<sup>254</sup>

Bei der Verbindung verschiedener ADR-Verfahrensarten spielt insbesondere die Schiedsgerichtsbarkeit eine große Rolle, die häufig Anknüpfungspunkt für diverse Misch- und Hybridverfahren<sup>255</sup> ist. Eine wirkliche Schwierigkeit, die Verfahrensarten auseinanderzuhalten, besteht mE allerdings nicht. Denn sobald Elemente des Schiedsverfahrens zur Anwendung gelangen, wird ohnehin in der institutionellen Schiedsgerichtsbarkeit meist deren Verfahrensordnung mit ihren Verfahrensgarantien zwingend einzuhalten sein. Freilich kann dies für die ad hoc Schiedsgerichtsbarkeit nicht gelten, wenn die Anwendung einer Schiedsordnung nicht vereinbart ist. Dann wird es auf die Ausgestaltung der Entscheidungskompetenz der Schiedsperson ankommen. Für alle Fälle gilt, dass ein Schiedsspruch erlassen wird und dieser gemäß § 611 ZPO überprüf- und anfechtbar ist.

### **2.1.5 Fazit**

Es ist wichtig, die eben angeführten Begriffe zu kennen und voneinander unterscheiden zu können. Das Wissen über die anderen ADR-Verfahren hilft aber vor allem, das Konzept der

---

<sup>253</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 51; *Kurray*, Die Veränderung der Konfliktkultur durch Wirtschaftsmediation (2008) 13; *Risse*, Wirtschaftsmediation<sup>1</sup> (2003) 10.

<sup>254</sup> ICC, Rules of Arbitration, <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/Rules-of-arbitration/Download-ICC-Rules-of-Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration-in-several-languages/> (16.02.2013): "[...] zwei eigenständige[n], einander aber ergänzende[n] Verfahren zur Streitbeilegung [...]".

<sup>255</sup> Zur Definition s Kapitel Teil II - 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren 15.

Mediation besser zu verstehen und ist notwendig, um die Diskussion bezüglich der Strömungen überhaupt problemorientiert führen zu können.

Obwohl die Abgrenzung also einen wertvollen Beitrag im Zuge der Mediation darstellt, soll dies nicht bedeuten, dass sich die Praxis strikt an diese Ergebnisse zu halten hat. Im Gegenteil – wie besonders bei der Mediation und der Schiedsgerichtsbarkeit erkennbar ist, kommt es durch die Anreicherung eines Verfahrens mit Methoden eines anderen Prozesses zur Entstehung von Hybridverfahren<sup>256</sup>, die ebenfalls ihre Daseinsberechtigung haben. Zumal jedem einzelnen ADR-Verfahren eigene Vor- und Nachteile anhaften, die optimal genutzt werden sollten.

*Hopt/Steffek* sprechen sich gar dafür aus, sich von den obenstehenden Begriffen zu lösen und sich den funktionalen Unterschieden (s dazu gleich) zuzuwenden.<sup>257</sup> ME ist jedoch – wie bereits einleitend erörtert – die Festlegung der Begriffe und die Klarheit ihrer Bedeutung zur Erreichung von Rechtssicherheit unerlässlich. Die *organisatorische Abgrenzung* ist die notwendige Basis für die Praxis und ihre Modellversuche, in der dann durchaus der Nutzen von *Grenzüberschreitungen* erprobt werden kann.

## 2.2 Funktionale Abgrenzung

Die Frage, die sich im Anschluss an das vorige Kapitel stellt, ist: "Welche Anforderungen muss ein Prozess erfüllen, damit er als Mediation bezeichnet wird?"

Die Antwort liefert die *funktionale Abgrenzung*, die im Gegensatz zur *organisatorischen Abgrenzung* weniger auf die benachbarten Begriffe und ihre Unterschiede blickt, sondern sich auf die **inhaltlichen Erfordernisse** des Mediationsverfahrens an sich konzentriert. Sie untersucht, welche Eigenschaften eine Mediation bedingt, damit sie – systemkonform – die Funktion *Konfliktlösung* erfüllen kann.

---

<sup>256</sup> Zur Definition s Kapitel Teil II - 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren 15.

<sup>257</sup> *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 16.

Die bisher angeführten Definitionen des Begriffs *Mediation* stellen nur einen kleinen Auszug der existierenden Bemühungen dar, eine geeignete Erklärung festzulegen. Es gibt unzählige Beispiele in der Literatur, die sich zum Teil auch stark voneinander abheben.<sup>258</sup>

Somit beschäftigen sich die folgenden Überlegungen mit den sogenannten Prinzipien, die meist mit Mediation in Verbindung gebracht werden. Die tatsächliche Notwendigkeit all dieser vermeintlichen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Mediation wird hier untersucht, um zu einer optimalen Begriffsdefinition zu gelangen.

Auf den ersten Blick mag die Untersuchung dieser Prinzipien und deren Auslegung überflüssig erscheinen, da es zwar unzählige Definitionen der Mediation gibt, diese einander jedoch sehr ähneln und kaum voneinander abweichen. Bei näherer Betrachtung wird aber klar, dass sie sich im Ergebnis doch grundlegend unterscheiden und durch Ausklammern oder Betonung einzelner Elemente in die noch zu erläuternden Strömungen<sup>259</sup> geteilt werden können. Während also einige Definitionen eine Grundlage für alle Strömungen bieten, lassen andere wiederum eine Auslegung nur hinsichtlich einer einzigen Strömung zu. Die entscheidende Rolle spielen dabei eben die Grundprinzipien, die bestimmte Funktionen der Mediation ausschließen, andere dafür bedingen.

Die Ergebnisse der *funktionalen Abgrenzung* **bestimmen** also zugleich, **welche Strömungen die Funktionen einer systemkonformen Mediation erfüllen.**

Da also das Risiko besteht, durch Festsetzung einer Definition einzelne Formen bzw Strömungen ungewollt auszuschließen oder zuzulassen,<sup>260</sup> muss zuvor Klarheit über die möglichen Auslegungsvarianten der vielerorts außer Streit gestellten Grundprinzipien bestehen. Daran anschließend müssen die einzelnen Strömungen und ihre Konsequenzen beleuchtet werden.

Der Aufbau dieses Kapitel erfolgt – ebenso wie die *organisatorische Abgrenzung* und aus denselben Gründen – prinzipiell **länderunabhängig**. Nichtsdestotrotz sind die Ausgestaltung

---

<sup>258</sup> S Falk in Töpel/Pritz (Hrsg), *Mediation in Österreich* (2000) 17 (41); Weber/Wiedermann/Proksch in *Kleindienst-Passweg/Wiedermann/Proksch* (Hrsg), *Handbuch Mediation* (Loseblattausgabe Sept 2011) Kap 2.2, 1 ff.

<sup>259</sup> S Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

<sup>260</sup> Alexander, *Mediation* (2009) 75.

im Detail und die Gewichtung unterschiedlich, weshalb bei den einzelnen Voraussetzungen im Bedarfsfall auf diese eingegangen wird.

Die intensive Auseinandersetzung mit der Abgrenzung der inhaltlichen Anforderungen ist aus den bereits zuvor erwähnten Gründen maßgeblich, darunter vor allem die Herausarbeitung eines etwaigen Änderungsbedarfs des Gesetzesbegriffs und die Bildung einer Basis für die restlichen Förderungsbereiche.

Wie bei der *organisatorischen Abgrenzung*, gibt es auch hier unterschiedliche Varianten der **Einteilungen**, die in der Praxis kursieren:<sup>261</sup>

So zählen viele die Punkte *Eigenverantwortung der Parteien*, *Freiwilligkeit*, *Allparteilichkeit*, *Vertraulichkeit* sowie *Informationsgleichklang* zu den inhaltlichen Erfordernissen und bezeichnen diese als Grundprinzipien der Mediation.

Daneben führen manche noch *Ergebnisoffenheit*, *konsensuale Lösung* und *Kommunikationsförderung*. Auch das neue Modewort *Empowerment*, das wörtliche mit *Stärkung*, *Unterstützung*, *Ermächtigung* und *Bevollmächtigung* übersetzt wird,<sup>262</sup> wird angeführt. Dieses bedeutet sinngemäß "[...] die aktive Förderung [...] solidarischer Formen der Selbstorganisation"<sup>263</sup>.

Auch die **Gewichtung** der Prinzipien wird unterschiedlich beurteilt; so gibt es Vertreter, die als elementarstes Grundprinzip der Mediation die *Eigenverantwortung der Parteien* betrachten, und solche, für die es die *Freiwilligkeit* oder die *Allparteilichkeit* ist.<sup>264</sup>

ME gibt es jedenfalls einige Merkmale, die sinnvollerweise nicht zu den Grundprinzipien zu zählen sind, da ihre Einhaltung nicht unbedingt notwendig ist. Diese werden daher bereits bei der Erörterung der einzelnen Punkte als Qualitätsmerkmale gekennzeichnet. Jedenfalls

---

<sup>261</sup> S bspw *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 7-006 ff; *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 12; *Lenz*, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland (2008) 33; *Mirimanoff*, médiation (2011) 14, in Anlehnung an die durch *Jean Pictet*, dem Gründungsvater des Roten Kreuzes, herausgearbeiteten Prinzipien; *Prokop-Zischka/Langer*, Konzepte der Mediation in *Töpel/Pritz*, Mediation (2000) 47 (53 ff).

<sup>262</sup> *Pons.eu*, empowerment, <http://de.pons.eu/englisch-deutsch/empowerment> (24.08.2012).

<sup>263</sup> *Kreft/Mielenz* (Hrsg), Wörterbuch Soziale Arbeit<sup>6</sup> (2005) 234.

<sup>264</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 17; s *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 7-007: "Mediator impartiality is fundamental to the mediation process"; *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 12: "Prägendes Element der Mediation ist mithin die Freiwilligkeit der Parteien"; *Prokop-Zischka/Langer* in *Töpel/Pritz*, Mediation (2000) 54: "Wesentlich [...] ist das Prinzip der Offenheit" und: "Ein oberster Grundsatz [...] ist der Grundsatz der Vertraulichkeit"; s auch *Mirimanoff*, médiation (2011) 20, der bspw die Menschlichkeit als eines der substantziellen Prinzipien anführt; vgl aber auch *Mirimanoff*, aaO, 82: "*La confidentialité constitue la clef du succès de la médiation [...]*".

mehr als nur bloße Qualitätsmerkmale sind die *Prinzipien der Eigenverantwortung, der Freiwilligkeit, der Allparteilichkeit, der Offenheit & Informiertheit* und der *Vertraulichkeit & Verschwiegenheit*. Inwiefern diese Merkmale allerdings tatsächlich Grundprinzipien darstellen, also für das Vorliegen der Mediation notwendige Voraussetzung sind, wird bei den einzelnen Punkten untersucht.

Die zu Beginn festgelegten Definitionen der zu untersuchenden Länder beinhalten jedenfalls folgende Prinzipien:

Deutschland: Vertraulichkeit, Freiwilligkeit, Eigenverantwortung, Unabhängigkeit & Neutralität, fehlende Entscheidungskompetenz des Mediators<sup>265</sup>

Österreich: Freiwilligkeit, fachlich ausgebildeter Mediator, Neutralität, Kommunikationsförderung, durch die Parteien verantwortete Lösung

Schweiz: Unparteilichkeit, Vertraulichkeit, Eigenverantwortung der Parteien<sup>266</sup>

Bildet man nun einen Raster, so ergibt sich nach Abgleich mit den obigen Gesetzesdefinitionen ein sehr inhomogenes Bild:

	Deutschland	Österreich	Schweiz
Eigenverantwortung	x	x	x
Freiwilligkeit	x	x	
Allparteilichkeit	(Unabhängigkeit & Neutralität)	(Neutralität)	(Unparteilichkeit)
Offenheit & Informiertheit			
Vertraulichkeit & Verschwiegenheit	x		x
Qualitätsmerkmale		(Ausbildung, Kommunikationsförderung)	

Abb 1: Gegenüberstellung Grundprinzipien Deutschlands, Österreichs und der Schweiz

<sup>265</sup> Die aus der gesetzlichen Definition herausgearbeiteten Schlagworte stimmen im Wesentlichen auch überein mit der Pressemitteilung des *BMJ*, Freie Fahrt für die Mediation in Deutschland vom 01.07.2012, [http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120701\\_Freie\\_Fahrt\\_fuer\\_die\\_Mediation\\_in\\_Deutschland.html](http://www.bmj.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2012/20120701_Freie_Fahrt_fuer_die_Mediation_in_Deutschland.html) (28.07.2012).

<sup>266</sup> Die Eigenverantwortung ist nicht expliziert angeführt, ergibt sich aber aus dem Kontext; *SDM*, Was ist Mediation?, <http://www.infomediation.ch/cms/> (03.11.2012): "[...] entscheiden die Parteien selbst, was sie klären und wie sie in Zukunft miteinander umgehen wollen".

### 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien

Ein Prinzip, das nicht nur in der Lehre relativ unumstritten ist, sondern auch in allen drei Gesetzesdefinitionen – jedoch auf unterschiedliche Weise – ausgedrückt wird, ist die *Eigenverantwortung der Parteien*. Diese bezieht sich auf mehrere Bereiche.

#### a) bei der Lösungswahl

Erstens ist damit die Verantwortung für die **Auswahl einer Lösung** gemeint. Die Parteien entscheiden selbst und nur gemeinsam, ob und wie der Konflikt gelöst wird. Die Mediationsperson hat in dieser Hinsicht keine Kompetenz – dies ist in Lehre und Praxis bei Verfechtern aller Strömungen unbestritten.<sup>267</sup>

Dieses Konzept hat durchaus seine Berechtigung im Mediationsprozess. Da der Mediationsperson auf der einen Seite eine wichtige Kompetenz im Vergleich zum Richter im Gerichtsverfahren fehlt – die Entscheidungsgewalt<sup>268</sup> – muss auf der anderen Seite auch ein Teil der Verantwortung wegfallen, die dem Richter demgegenüber zukommt. Schließlich wäre es unhaltbar und würde jegliches System zum Scheitern verurteilen, wären Kompetenz und Verantwortung auf verschiedene Personen verteilt. Diese Schlussfolgerung erschließt sich aus dem aus der Wirtschaft stammenden **Kongruenzprinzip**, demgemäß *Aufgabe, Kompetenz und Verantwortung* inhaltlich deckungsgleich sein müssen, andernfalls Konflikte drohen.<sup>269</sup> Konsequenterweise hat die Mediationsperson den Parteien gegenüber auch keine Sanktionsmöglichkeiten.<sup>270</sup> Allerdings hat sie aufgrund ihrer Funktion als Verfahrensleiterin durchaus die Macht und Möglichkeit, den Prozess maßgeblich zu beeinflussen.<sup>271</sup>

Damit substituiert der **individuell-konkrete Konsens**<sup>272</sup> die Gestaltungs- und Schutzfunktionen des Gesetzesrechts der staatlichen Gerichtsbarkeit.<sup>273</sup>

---

<sup>267</sup> Vgl jedoch *Duve*, Mediationsverfahren und Rolle des Mediators aushandeln in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 75 (87), der den Grad der Ergebnisverantwortung vom Rollenverständnis des Mediators abhängig macht.

<sup>268</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75.

<sup>269</sup> *Kuster/Huber/Lippmann/Schmid/Schneider/Witschi/Wüst*, *Handbuch Projektmanagement*<sup>3</sup> (2011) 233; s auch *Leibundgut*, *Organisation* (2010) 33.

<sup>270</sup> *Breidenbach*, *Mediation* (1995) 143, 158; *Gabriel*, *Haftung* (2008) 51; *Haft*, *Verhandlung und Mediation*<sup>2</sup> (2000) 250: "Der Mediator ist ein **schlichter Dienstleister**, keine Autorität, die den Parteien sagt, was sie zu tun haben".

<sup>271</sup> *Breidenbach*, *Mediation* (1995) 143.

<sup>272</sup> S dazu auch Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

<sup>273</sup> *Gabriel*, *Haftung* (2008) 59.

Das eigenverantwortliche Treffen einer Lösung ist sicher der prägnanteste Unterschied zur Gerichtsverhandlung, dessen Ursprung in der inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Konflikt zu finden ist: Bei Gericht wird um Positionen gestritten, in der Mediation wollen die Interessen vertreten werden.<sup>274</sup> Da aber die Interessen meist nicht klar formuliert werden und – wenn auch mit Unterstützung durch die Mediationsperson – durch die Konfliktparteien erst noch offen gelegt werden müssen, ist als Ausgleich das *Prinzip der Eigenverantwortung* notwendig. Auch können nur die Medianten selbst entscheiden, wie ihre persönlichen Interessen am besten befriedigt werden können.

Zusätzlich wirkt die Tatsache, dass die Parteien selbst Verantwortung für die Entscheidung übernehmen, positiv auf deren Nachhaltigkeit.<sup>275</sup>

## b) im Prozess

Zweitens ist damit aber auch die **Verantwortung für den Prozess insgesamt** verbunden.

Mancherorts stößt man auf die Meinung, die Mediationsperson trage die Prozess- bzw. Verfahrensverantwortung.<sup>276</sup> Die Schilderungen dieser Verantwortung im Detail widersprechen der Eigenverantwortung der Parteien für den Prozess nicht, weil sie letztlich nur die Aufgabe der Mediationsperson zur **Prozesssteuerung** beschreiben:<sup>277</sup> Unbestritten ist es Aufgabe der Mediationsperson das Verfahren zu leiten und zu steuern und damit im Zusammenhang stehende Entscheidungen zu treffen.<sup>278</sup> Die Mediationsperson regelt somit den Rahmen des Prozesses, sozusagen die Gesprächsbasis.<sup>279</sup> Sie setzt dabei verschiedenste Techniken ein und erfüllt damit gewisse Qualitätsmerkmale (zB Empowerment<sup>280</sup>, Kommunikationsförderung<sup>281</sup> etc), die abhängig

---

<sup>274</sup> S dazu Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16

<sup>275</sup> S *Haft in Haft/Schlieffen*, HB Mediation<sup>1</sup> (2002) § 2 Rz 37.

<sup>276</sup> Vgl *Haft*, Verhandlung und Mediation<sup>2</sup> (2000) 251; s auch *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 21; *Falk/Koren*, ZivMediatG, § 1 Rz 9.9. mVa *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 24.

<sup>277</sup> S bspw *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 168: "Die Aufteilung der Verantwortung für Prozess (Mediator) und Inhalt (Parteien) [...]".

<sup>278</sup> S *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 167 ff; s *Prokop-Zischka/Langer in Töpel/Pritz*, Mediation (2000) 54, wo der Mediator als **Manager der Verhandlungen** bezeichnet wird; s auch die tabellarische Gegenüberstellung der Aufgaben der Mediationsperson und der Konfliktparteien in *Hammerl in Ferz*, Rechtskultur (2003) 36.

<sup>279</sup> *Wegener*, Spezifische Anforderungen der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 140.

<sup>280</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

von der jeweiligen Strömungslehre stark variieren.<sup>282</sup> Dadurch unterstützt die Mediationsperson die Parteien schließlich dabei, eine einvernehmliche Lösung zu erreichen.

Um zu einer Lösung zu gelangen, reicht allerdings diese Prozesssteuerung nicht aus – eine aktive Mitarbeit der Medianden ist erforderlich. Verhält es sich zB so, dass eine Konfliktpartei zwar formell der Mediation zugestimmt hat, dann aber faktisch den Prozess blockiert, hilft all das Bemühen des unbeteiligten Dritten nichts. Diesen trifft gegebenenfalls die Verantwortung, die fehlende Bereitschaft zu verbalisieren und nötigenfalls die Mediation abubrechen. Damit wird deutlich, dass in punkto Verantwortung eine gewisse **Wechselwirkung** zwischen Medianden und Mediationsperson herrscht.

Die hauptsächliche Ursache dafür, dass die Eigenverantwortung der Parteien auch den Prozess an sich betrifft, ist in der Tatsache begründet, dass der Prozess nichts anderes als der **Weg zur Lösung** ist – denn um zu einer geeigneten Lösung im Mediationsprozess zu kommen, muss erst nach einer solchen gesucht werden.<sup>283</sup> Soll man also die Verantwortung für die Lösung übernehmen, muss man folgerichtig auch die Verantwortung für den Weg dahin tragen, denn ansonsten könnte man sich jederzeit darauf berufen, dass die geeignetste Lösungsvariante überhaupt nicht zur Wahl stand.

Die Frage, ob die das *Prinzip der Eigenverantwortung* ein **notwendiges Element** der Mediation ist, muss daher eindeutig bejaht werden.

### c) Detailfragen

Aufbauend auf dieser Erkenntnis muss nun die Frage beantwortet werden, **unter welchen Umständen** das *Prinzip der Eigenverantwortung* noch bzw nicht mehr **gewahrt** wird.

---

<sup>281</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale d) Kommunikationsförderung 101.

<sup>282</sup> S dazu Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

<sup>283</sup> Auch hier findet das Kongruenzprinzip Anwendung: es kann nur sehr eingeschränkt eine eigenverantwortliche Lösung getroffen werden, wenn eine andere Person die Verantwortung für die am Tisch liegenden Lösungsvarianten trägt; s dazu in Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien 56.

Handeln die Parteien nicht auch noch im Rahmen ihrer Eigenverantwortung, wenn sie einvernehmlich den Entschluss fassen, dass die Mediationsperson eine Lösung vorschlagen oder gar eine Entscheidung fällen soll? (→ Punkt 1)

Kann überhaupt eine eigenverantwortliche Entscheidung getroffen werden, wenn nicht alle notwendigen Informationen bezüglich Sach- und Rechtslage bekannt sind? (→ Punkt 2)

Und wenn man die Techniken und Methoden der Mediationsperson bedenkt, ist eine Lösung in Anbetracht dieser Beeinflussung durch den Dritten dann überhaupt eigenverantwortlich getroffen worden? (→ Punkt 3)

- 1) Zu erstem Einwand ist ganz klar zu sagen, dass auch bei der einvernehmlichen **Aufforderung an die Mediationsperson, eine Entscheidung zu treffen**, zwar die Eigenverantwortung im Prozess gewahrt wird. Diese Aufforderung führt aber darauf hinaus, dass die Eigenverantwortung im Bezug auf die Entscheidung für oder gegen eine Lösung abgegeben wird, was einem – wie bereits festgestellt wurde – wesentlichen Prinzip der Mediation widerspricht.

Eine weniger offensive Alternative wäre die Bitte an die Mediationsperson, **Lösungsvorschläge** zu machen. Vertreter einer aktiven Lehre, des sogenannten *evaluative approach*<sup>284</sup>, sehen es nicht nur als Möglichkeit, sondern als Pflicht des Mediators, sich mit eigenen Ideen in das Verfahren einzubringen.<sup>285</sup>

Dieser Ansicht stehen zum Teil die *organisatorische Abgrenzung* und andere systematisch wichtige Faktoren entgegen.<sup>286</sup> So fallen auch nach der MediationsRL fallen Verfahren, bei denen der unbeteiligte Dritte Lösungsvorschläge unterbreitet, aus dem Anwendungsbereich heraus.<sup>287</sup>

Ist es das, was die Parteien wünschen, sollten sie über andere, für ihre Anliegen adäquatere ADR-Verfahren aufgeklärt oder gegebenenfalls auf den Gerichtsweg verwiesen werden. Treten die Konfliktparteien in der Mediation mit diesem Anliegen an die Mediationsperson heran, kann die Mediation beendet und allenfalls

---

<sup>284</sup> S dazu Kapitel Teil III - 3.4 evaluative approach 109.

<sup>285</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 27.

<sup>286</sup> S dazu auch Kapitel Teil III - 3.4 evaluative approach 109.

<sup>287</sup> ErwGr 11 MediationsRL; *Horstmeier*, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 392.

eine Schlichtung bzw ein Schiedsverfahren daran angeschlossen werden.<sup>288</sup> Dadurch werden nicht nur die funktionalen, sondern auch die organisatorischen Grenzen der Mediation gewahrt.

2) Zum zweiten Einwand ist festzustellen, dass eine eigenverantwortliche Entscheidung in der Tat gewisse **Sachkenntnisse**, damit also das weiter unten noch zu erörternde *Prinzip der Offenheit & Informiertheit*<sup>289</sup>, voraussetzt. Die Frage, inwieweit Rechtskenntnisse erforderlich sind, betrifft das heikle Thema der Trennung von Vermittlung und Beratung und wird ebenfalls weiter unten näher behandelt.<sup>290</sup>

3) Der dritte Punkt spricht die Angst der Konfliktparteien an, sich in der Mediation **unter Druck zu einer Einigung** hinreißen zu lassen, die sie im Nachhinein womöglich bereuen. Grund für diese Befürchtung ist eine falsche Vorstellung und Überschätzung der Tätigkeit der Mediationsperson. Sie soll die Konfliktparteien nicht zu einer Lösung drängen und dafür Überzeugungsarbeit leisten, sondern lediglich den Vorgang der Entscheidungsfindung unterstützen. Die Techniken, die eingesetzt werden, dienen im Grunde der Kommunikationsförderung<sup>291</sup>, der Herausarbeitung der wahren Interessen der Parteien<sup>292</sup> und allenfalls auch dem Ausgleich eines etwaigen Machtungleichgewichts<sup>293</sup>.

Dennoch kann es dazu kommen, dass der Mediationsperson im Nachhinein der Vorwurf gemacht wird, der Prozess hätte, für zumindest eine Konfliktpartei, zu einer nachteiligen Lösung geführt. Das bedeutet aber nicht, dass die Entscheidung nicht trotzdem eigenverantwortlich und bewusst getroffen wurde.

---

<sup>288</sup> Dabei handelt es sich um *med-arb* oder *med-con* (s FN 235). Bei diesen Hybrid-Verfahren hat der unabhängige Dritte zunächst die Rolle der Mediationsperson inne und wechselt nur im Fall des Scheiterns in die der Schieds- bzw Schlichtungsperson. Der Vorteil liegt in der Einsparung von Zeit und Kosten. S *Goldberg/Sander/Rogers*, Dispute Resolution<sup>3</sup> (1999) 275 ff; *Krischek*, Wirtschaftsmediation als alternatives Streitbeilegungsverfahren (2005) 32.

<sup>289</sup> Ebenso *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 38; s dazu Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit 85.

<sup>290</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

<sup>291</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale d) Kommunikationsförderung 101.

<sup>292</sup> S dazu Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>293</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75.

Entscheidend dafür, ob ein solcher Vorwurf gerechtfertigt ist, ist die Einhaltung des *Kongruenzprinzips*<sup>294</sup>: Solange die Mediationsperson dafür sorgt, dass die Aufgaben und Kompetenzen für die Lösungssuche und Lösungswahl klar und im oben beschriebenen Sinn verteilt sind, liegt die Verantwortung bei den Parteien. Tut sie das nicht, ist zu überprüfen, ob dieser Prozess überhaupt als Mediation zu qualifizieren wäre.

Hinsichtlich des *Prinzips der Eigenverantwortung* stellt sich noch eine weitere Problematik: Inwieweit muss die Mediationsperson die Konfliktparteien **vor nachteiligen Lösungen schützen**? Muss sie sich bei klar einseitig benachteiligenden Lösungsvarianten einschalten und die Parteien von der Wahl dieser Lösung abhalten bzw darf sie das überhaupt?

Der rechtliche Aspekt dieser Fragestellung wird weiter unten behandelt.<sup>295</sup>

Ansonsten handelt es sich mM nach jedoch nur um ein Scheinproblem, das eine andere Frage überdeckt, nämlich ob der Konflikt momentan überhaupt medierbar ist. Daher muss die Mediationsperson auch die **Mediationsfähigkeit** der Konfliktparteien abklären.

Tatsächlich ist es so, dass die Parteien gemeinsam und eigenverantwortlich ihre Lösung finden und sich für diese entscheiden müssen. Kommen der Mediationsperson Zweifel, ob tatsächlich alle Parteien in der Lage sind, eine eigenverantwortliche Entscheidung einsehen und treffen zu können, liegt die Vermutung nahe, dass die derzeitige persönliche Verfassung (einer) der Parteien eine mediative Lösung des Konflikts unter Einhaltung des *Prinzips der Eigenverantwortung* unmöglich macht.

**Aufgabe der Mediationsperson ist es nicht, die Eigenverantwortung der Konfliktparteien herzustellen** (das ist Thema der Therapie)<sup>296</sup>, **sondern** diese lediglich im Auge zu behalten und in jedem Stadium des Verfahrens **zu überprüfen**, ob die Mediationsfähigkeit gegeben ist und nötigenfalls das Verfahren abubrechen.<sup>297</sup>

Die Mediationsfähigkeit der Parteien spielt nicht nur im Zusammenhang mit dem *Prinzip der Eigenverantwortung* eine wichtige Rolle, sondern muss auch im Hinblick auf das *Freiwillig-*

---

<sup>294</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien a) bei der Lösungswahl 56.

<sup>295</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

<sup>296</sup> Zur Abgrenzung zur Psychotherapie s ua *Weber/Wiedermann/Proksch* in *Kleindienst-Passweg/Wiedermann/Proksch* (Hrsg), Handbuch Mediation (Loseblattausgabe Sept 2011) Kap 2.2, 1.

<sup>297</sup> So auch der deutsche Gesetzgeber in § 2 Abs 5 MediationsG.

keitsprinzip überprüft werden.<sup>298</sup> An dieser Stelle bedeutet Mediationsfähigkeit jedenfalls die Fähigkeit, sich selbst in der Verhandlungssituation eigenverantwortlich vertreten zu können.<sup>299</sup> Sie besteht aus der Fähigkeit, die eigenen Interessen zu erkennen und sie kommunizieren zu können (= *firm*), sowie überhaupt mit dem Gegenüber kooperativ verhandeln zu können (= *fair*).<sup>300</sup>

### **Exkurs – Mediation durch Repräsentanten**

Eine Form der Konfliktlösung, die in der Öffentlichkeit unter anderem in Amerika auch als Mediation bezeichnet wird, ist die *Mediation durch Repräsentanten* (*mediation through representatives*). Diese Verfahrensform ist eine Unterform der Verhandlungsart *negotiation through representatives*<sup>301</sup>, die auch als Form einer Moderation oder Schlichtung auftreten kann.

Dabei sind außer der Mediationsperson ausschließlich Vertreter der eigentlichen Parteien anwesend. Diese Konstellation stellt aber keine Mediation dar. Dies ergibt sich schon allein aus der Tatsache, dass Vertreter immer andere eigene Interessen haben und es somit zu einer Divergenz der Interessen zwischen Vertreter und Vertretenen kommen wird.<sup>302</sup>

Um von einer Mediation sprechen zu können, ist jedenfalls immer die Anwesenheit der eigentlichen Konfliktpartei notwendig,<sup>303</sup> wobei es mitunter eine nur schwer lösbare Aufgabe sein kann, die von einem Konflikt tatsächlich betroffenen Parteien ausfindig zu machen.<sup>304</sup>

In jedem Fall handelt es sich bei dieser Methode zwar um eine mögliche alternative Konfliktlösungstechnik, die sich allerdings nicht innerhalb der systematischen Grenzen der Mediation bewegt und daher nicht unter dem Deckmantel *Mediation* durch-

---

<sup>298</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

<sup>299</sup> *Bastine* in *Haynes/Mecke/Bastine/Fong*, *Mediation – Vom Konflikt zur Lösung*<sup>2</sup> (2006) 25.

<sup>300</sup> *Bastine* in *Haynes/Mecke/Bastine/Fong*, *Mediation – Vom Konflikt zur Lösung*<sup>2</sup> (2006) 25.

<sup>301</sup> S Kapitel Teil III - 2.1.2 *negotiation* (Verhandlung) 44.

<sup>302</sup> *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 170.

<sup>303</sup> *Chornenki/Hart*, *Bypass Court*<sup>4</sup> (2011) 113; *Horstmeier*, *Das neue Mediationsgesetz* (2013) Rz 142; aA *Ware*, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 274; s auch *Ade/Alexander*, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 94 ff, die zwar nicht von einer Kondition sprechen, die Anwesenheit der Betroffenen aber als wesentlich für den Erfolg der Mediation erachten.

<sup>304</sup> *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 163.

geführt werden sollte. Sie unterliegt folglich auch nicht den gesetzlichen Regelungen der Mediation.

Anders liegt der Fall, wenn zwar nicht alle Mitglieder der Konfliktparteien, aber einzelne Vertreter derselben am Prozess teilnehmen. Dass bei Konflikten, an denen zahlenmäßig sehr große Gruppen beteiligt sind, auch ohne Anwesenheit aller emotional involvierten Personen vermittelt werden kann, zeigen die diversen Beispiele von Großgruppenmediationen.<sup>305</sup> Von Mediation kann allerdings nur dann gesprochen werden, wenn **ein Mitglied**, das ebenso persönlich vom Konflikt betroffen ist, wie die anderen Personen der **Gesamtgruppe**, diese **nach außen vertritt**. In diesem Fall würde zumindest im Sinne des *Prinzips der Eigenverantwortung* eine Mediation zu bejahen sein. Daneben gibt es auch andere Beispiele, bei denen eine Vertretung unvermeidbar ist.<sup>306</sup>

Handelt es sich allerdings bei dem Repräsentanten um einen **Unbeteiligten**, so liegt keine Mediation vor. ME kann es Situationen geben, in denen es sogar besser ist, Personen am Prozessgeschehen aktiv mitwirken zu lassen, die zwar eine Gruppe vertreten, allerdings den notwendigen emotionalen Abstand zum Konflikt haben. Dabei kommen natürlich in erster Linie, aber nicht ausschließlich, Anwälte bzw Juristen in Betracht. Diese haben naturgemäß beruflich mit Konflikten zu tun, gehen sie jedoch von einer vollkommen anderen Seite an. Daher besteht die Gefahr, dass sie mit dem Rollenwechsel Schwierigkeiten haben und in ihrem gewohnten Konfliktverständnis und den rechtlichen Perspektiven verharren.<sup>307</sup> Mediation liegt diesfalls jedoch keine vor.

Aufgrund dieser Überlegungen ist kurz festzuhalten, dass die persönliche Anwesenheit der vom Konflikt Betroffenen wünschenswert und systematisch notwendig, aber nicht immer zu 100% erfüllbar ist. **Solange** aber **alle am Konflikt Beteiligten auch betroffen sind**, kann weiterhin von **Mediation** gesprochen werden, **auch wenn nicht al-**

---

<sup>305</sup> ZB Flughafen Wien, diverse Umweltmediationen, Mediationen im urbanen Bereich usw.

<sup>306</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 163: zB bei Minderjährigen oder Gesellschaften oder Großgruppen.

<sup>307</sup> S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 165.

**le Betroffenen beteiligt sind.** Inwieweit ein Mediationsversuch in einem solchen Fall erfolgsversprechend ist, muss die Mediationsperson beurteilen.

### **Exkurs – Mediation mit Repräsentanten**

Eine Konstellation, die aber durchaus noch unter den Begriff der Mediation fällt, ist die Mediation mit Repräsentanten (in Anlehnung an die vorige Variante kann von "*Mediation with representatives*" gesprochen werden). Wesentlich ist eben nur, dass diejenigen, die tatsächlich vom Konflikt betroffen sind, teilnehmen.<sup>308</sup> Ob daneben auch noch weitere Personen (denkbar sind beispielsweise Mitarbeiter eines Kriseninterventionsdienstes und psychosoziale oder juristische Berater) zur Unterstützung anwesend sind oder sogar mitarbeiten, bleibt wiederum der Vereinbarung der Parteien mit der Mediationsperson überlassen. In Österreich stehen allerdings viele praktizierende Mediatoren der Anwesenheit von Juristen sehr skeptisch gegenüber und sind für die Durchführung einer Mediation in einer derartigen Konstellation nicht bereit.<sup>309</sup>

Die Bedenken an einer Mediation mit Vertretern – die nicht auf der juristischen sondern einer funktionalen Ebene bestehen – sind durchaus nachvollziehbar. Da der Gesetzgeber von der Möglichkeit, Parteienvertreter generell von Mediationen auszuschließen,<sup>310</sup> keinen Gebrauch gemacht hat, soll aber an dieser Stelle kurz auf die möglichen Vorteile hingewiesen werden: Die Anwesenheit von Parteienvertretern kann den Konfliktparteien nicht nur die eventuell noch nötige Sicherheit geben,<sup>311</sup> sie kann auch insgesamt eine rechtliche Rückendeckung für die Mediation darstellen. Dabei müssen allerdings weitere Punkte bedacht werden (Verschwiegenheit der Vertreter, genaue Rollenbeschreibung und Verantwortungsbereiche, Rechte und Pflichten, usw), die an dieser Stelle aber nicht weiter behandelt werden sollen. Um der

---

<sup>308</sup> S auch *Hammerl* in *Ferz*, Rechtskultur (2003) 31, wo Mediation als ein Vorgang beschrieben wird, an dem "[...] alle von einem Konflikt (subjektiv) betroffenen Personen an einem Tisch [...]" zusammen gebracht werden.

<sup>309</sup> **Contra:** bspw *Ware*, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 293: "[...] lawyers [,] prevent[s] an exploration of the parties' interests"; **Pro:** bspw *Chornenki/Hart*, *Bypass Court*<sup>4</sup> (2011) 115: "[...] **where lawyers do take part, [...] they can make or break a mediation**".

<sup>310</sup> *Alexander* in *Ferz*, Rechtskultur (2003) 54.

<sup>311</sup> *Krit Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 165 f.

Mediation zu einem Erfolg zu verhelfen, müssen die Anwälte jedoch ihre gewohnte Rolle verlassen und andere Spielregeln befolgen.<sup>312</sup>

### 2.2.2 Freiwilligkeit

Sowohl die Parteien als auch die Mediationsperson nehmen an dem Verfahren freiwillig teil und haben in jedem Stadium des Prozesses die Möglichkeit, die Teilnahme zu beenden.<sup>313</sup> Zumindest wird das von einem Großteil der Fachleute vorausgesetzt, wobei diese Aussage oftmals mangelhaft begründet wird.<sup>314</sup> Lapidar wird auch unterstellt, die erzwungene Teilnahme an einer Mediation würde die Kooperationsbereitschaft der Teilnehmer beeinträchtigen.<sup>315</sup> Interessanterweise wird ausgerechnet das *Prinzip der Freiwilligkeit* häufig als eines der wichtigsten hervorgehoben,<sup>316</sup> obwohl es in sehr vielen in der Literatur vorkommenden Definitionen nicht erwähnt wird.<sup>317</sup> Auch bei dem Ländervergleich<sup>318</sup> fällt auf, dass die Schweiz diesen angeblichen Grundpfeiler nicht als Teil des Begriffs sieht.

Bevor die Notwendigkeit der Freiwilligkeit der Mediation behandelt wird, ist zunächst zu untersuchen, ob der Zwang zu einer Mediation mit dem **Prinzip des Zugangs zum Recht**, dem die EU grundlegende Bedeutung beimisst,<sup>319</sup> vereinbar ist. Dies zum einen deshalb, weil diese Arbeit eine einheitliche Regelung von innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Fällen favorisiert und daher Einschränkungen durch europäische Rechtsakte in die Überlegungen mit einbeziehen muss. Zum anderen, weil die durch die verpflichtende Teilnahme in der Mediation vermeintlich herbeigeführte Verletzung des *Prinzips des Zugangs zum Recht* als Hauptargument für die Notwendigkeit des *Prinzips der Freiwilligkeit* angeführt wird.

---

<sup>312</sup> S dazu ausführlich in *Chornenki/Hart*, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 116.

<sup>313</sup> *Breidenbach*, Mediation (1995) 272; s auch *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 20; *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 18; *Falk/Koren*, ZivMediatG, § 1 Rz 3.1. mwN; *Hammerl* in *Ferz*, Rechtskultur (2003) 32; *Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem ZivMediatG, *ecolex* 2003, 745; *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, *AnwBl* 2005, 60 (61); *Löer*, Einbindung von Mediation in den Zivilprozess – Teil 1, *ZKM* 2005, 182 (184); *Mürner*, Gerichtsnaher Zivilmediation (2005) 176.

<sup>314</sup> *Kriegel*, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? *ZKM* 2006, 52.

<sup>315</sup> S *Chornenki/Hart*, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 70.

<sup>316</sup> Vgl *Cornelius*, Mediation und systemische Therapie (2010) 61; *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 12; *Schütz*, Mediation (2009) Rz 229.

<sup>317</sup> S *Falk* in *Töpel/Pritz*, Mediation (2000) 41 ff.

<sup>318</sup> S dazu die Abb 1 in Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>319</sup> *ErwGr* 2 MediationsRL.

Faktisch bedeutet der Versuch einer Mediation einen Aufschub des staatlichen Gerichtsverfahrens – in welchem Verfahrensabschnitt auch immer die Mediation eingeleitet wird. Doch eine Verschlechterung des *Prinzips des Zugangs zum Recht* wird damit nicht begründet. Im Gegenteil: Wie in den Erwägungsgründen der MediationsRL richtigerweise erkannt wird, stellt die Entwicklung und angemessene Anwendung außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren eine **Verbesserung** des Zugangs zum Recht dar, denn dieser erschließt sich nicht allein im Zugang zu gerichtlichen Verfahren der Streitbeilegung.<sup>320</sup> Solange die Möglichkeit die staatlichen Gerichte in Anspruch zu nehmen nicht gänzlich ausgeschlossen wird, sind also auch Ausgestaltungen der Mediation rechtlich möglich, bei denen die Teilnahme verpflichtend ist.<sup>321</sup>

Ebenso unstrittig ist, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit hat, die Freiheit des Einzelnen einzuschränken, wenn überwiegende Gründe dafür sprechen und eine solche Maßnahme verhältnismäßig ist. Da zu den in Deutschland und der Schweiz existierenden verpflichtenden Vergleichsversuchen in der Literatur offenbar keine verfassungsrechtlichen Bedenken dahingehend geäußert werden, ist wohl anzunehmen, dass sich solche Einschränkungen auch in Österreich im Rahmen des rechtlich Möglichen halten würden.<sup>322</sup>

Um die Frage zu beantworten, ob dieses Prinzip eine notwendige Anforderung darstellt, muss nun der Begriff *Freiwilligkeit* genau untersucht werden. Denn zwischen Freiwilligkeit und Zwang bestehen zahlreiche Zwischenstufen,<sup>323</sup> die es auszuloten gilt, um – in Anlehnung an das Prinzip der Kuchenvergrößerung<sup>324</sup> – die Möglichkeiten der Gestaltung eines rechtlichen Rahmens der Mediation zu erweitern.

Eine Definition (vor allem in rechtlicher Hinsicht) zu finden, ist nicht so simpel,<sup>325</sup> wie dies möglicherweise scheint. Nach *Ladwig* ist eine **Handlung freiwillig, wenn der Handelnde sie vollzieht, weil er dies will.**<sup>326</sup> Diese Erklärung soll als Anhaltspunkt dienen.

---

<sup>320</sup> ErwGr 3, 5 MediationsRL.

<sup>321</sup> Näheres dazu in Kapitel Teil IV - 1.2 Zwang 122.

<sup>322</sup> *Vlček*, Außergerichtliche Konfliktlösung als effektives Mittel des Zivilverfahrens (2007) 30.

<sup>323</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 19 f.

<sup>324</sup> S Kapitel Teil II - 2 Mediation 16.

<sup>325</sup> *Vlček*, Außergerichtliche Konfliktlösung als effektives Mittel des Zivilverfahrens (2007) 28.

<sup>326</sup> *Ladwig*, Gerechtigkeit und Verantwortung (2000) 31.

Dabei ist anzumerken, dass es sich nicht um ein rein rechtliches, nach außen überprüfbares und formell definiertes Verständnis von Freiwilligkeit im Sinne des ABGB handelt, wie die Erörterung der Freiwilligkeit der Mediation von *Riemann* vermittelt,<sup>327</sup> sondern um ein materielles. In der Mediation spielen – wie bereits erwähnt – eben nicht die Positionen die Hauptrolle im Verfahren, wie dies im Gerichtsverfahren der Fall ist, sondern die dahinter stehenden Interessen.<sup>328</sup>

Folgt man *Ladwigs* Definition, so ist allein aufgrund der Tatsache, dass ein Zwang zu einer Handlung besteht, nicht darauf zu schließen, dass das Setzen dieser Handlung auch gegen den Willen der Partei stattfindet. Denn obwohl keine Handlungsalternativen mehr offen stehen mögen, kann der Handelnde diesen einen Weg trotzdem gehen wollen. Doch das Fehlen einer Handlungsalternative führt dazu, dass die Handlung nicht rein um des Willens wegen vollzogen wird, sondern eben auch weil es keine Alternative gibt. Dadurch würde die obige Definition von Freiwilligkeit mE durchbrochen werden.

Die erste Stufe der Auslegung ergibt also, dass das *Prinzip der Freiwilligkeit* das Bestehen von **Handlungsalternativen erforderlich** macht.<sup>329</sup> Durch diese Feststellung ist allerdings noch nichts darüber gesagt, ob in der Mediation die Einhaltung dieses Prinzips überhaupt notwendig ist bzw auf welche Handlungen es sich bezieht.

Dass es jedenfalls Bereiche gibt, in denen das *Freiwilligkeitsprinzip* eingehalten werden muss, ergibt sich bereits aus dem **Prinzip der Eigenverantwortung der Parteien**, deren Erfordernis soeben bestätigt wurde.<sup>330</sup> Die Übertragung von Verantwortung erfordert nämlich das Bestehen von Wahlfreiheit<sup>331</sup> – denn ist nur ein Weg offen, dann ist man nicht nur der Wahl eines anderen Weges beraubt, sondern besitzt weder Kompetenz noch Aufgabe. Bedenkt man nun wieder das allgemein gültige *Kongruenzprinzip*<sup>332</sup>, so würde bei einer solchen Verteilungskonstellation von Verantwortung, Aufgabe und Kompetenz eben dieses Prinzip

---

<sup>327</sup> *Schwaighofer* in *Gruber/Pichler* (Hrsg), *Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis* (2005) 143.

<sup>328</sup> S dazu Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>329</sup> Ebenso *Schwaighofer* in *Gruber/Pichler* (Hrsg), *Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis* (2005) 145; vgl *Falk/Koren*, *ZivMediatG*, § 1 Rz 3.4. mwN.

<sup>330</sup> *Cornelius*, *Mediation und systemische Therapie* (2010) 62.

<sup>331</sup> *Ladwig*, *Gerechtigkeit und Verantwortung* (2000) 39 ff.

<sup>332</sup> S dazu FN 269.

nicht befolgt und ein derartiges System unweigerlich scheitern. In der Mediation äußert sich solch eine Systemwidrigkeit durch das Auftreten von Kommunikationsstörungen, die den Prozess unter Umständen nachhaltig blockieren können.<sup>333</sup>

Doch auf **welche Bereiche** bzw **Handlung(en)** bezieht sich das *Prinzip der Freiwilligkeit*? Manche<sup>334</sup> sehen im Begriff *Freiwilligkeit* lediglich die Notwendigkeit des Schutzes der Selbstbestimmung der Parteien und die Weisungsungebundenheit der Mediationsperson, während andere<sup>335</sup> daraus das Gebot ableiten, dass bereits die Teilnahme an einer Informationsveranstaltung oder ersten Mediations Sitzung absolut aus freien Stücken erfolgen muss. Wieder andere<sup>336</sup> sehen darin bloß die Möglichkeit der Parteien, die Mediation jederzeit abubrechen. Die Palette an Möglichkeiten ist also auch hier sehr groß.

Letztlich ist es mE wenig zielführend, die Notwendigkeit der Freiwilligkeit jeder einzelnen möglichen Handlung zu untersuchen. Vielmehr lassen sich unterschiedliche Zeitabschnitte feststellen, die – aufgrund der verschiedenen Voraussetzungen – auch unterschiedliche Anforderungen an die Freiwilligkeit stellen. Das Mediationsverfahren lässt sich dabei in die Bereiche **(1) Start**, **(2) Prozess** und **(3) Lösung** gliedern.

Wie sich aus obigen Erläuterungen zum *Prinzip der Eigenverantwortung* ergibt,<sup>337</sup> reicht das *Prinzip der Freiwilligkeit* jedenfalls in zwei dieser Bereiche hinein: Im **Prozess** und bei der Entscheidung für eine **Lösung** muss es befolgt werden, da sich auf diese Abschnitte auch die Eigenverantwortung der Parteien beziehen muss.

---

<sup>333</sup> Bagen, Gerichtsinterne Mediation (2008) 19.

<sup>334</sup> Schröder, Familienmediation (2004) Rz 38.

<sup>335</sup> Bspw Riemann in Flucher/Kochendörfer/Minckwitz/Viering (Hrsg), Mediation im Bauwesen (2003) 191; Schwaighofer in Gruber/Pichler (Hrsg), Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005) 137, der mit Verweis auf das *Prinzip der Offenheit* vehement auf die Notwendigkeit des freiwilligen Starts der Mediation pocht. Da die Offenheit aber erst im Prozessverlauf zum Tragen kommt, ist dies mE keine ausreichende Begründung.

<sup>336</sup> Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 20; Mürner, Gerichtsnahe Zivilmediation (2005) 9; Weber/Wiedermann/Proksch in Kleindienst-Passweg/Wiedermann/Proksch (Hrsg), Handbuch Mediation (Loseblattausgabe Sept 2011), Kap 2.2, 5.

<sup>337</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien 56.

Um die Frage zu klären, ob sich das *Prinzip der Freiwilligkeit* auch auf den Bereich des **Starts** der Mediation bezieht, ist eine erweiterte Auslegung der Freiwilligkeit erforderlich, die sich schließlich in folgenden zwei Ansichten<sup>338</sup> erschöpft:

1) Der **liberale Ansatz**

Der liberale Ansatz (Englisch: *libertarian view*) geht von der Annahme aus, dass die Parteien in der Lage sind, selbst zu beurteilen, welche Lösung fair und annehmbar für sie ist.

2) Der **soziale Ansatz**

Der soziale Ansatz (Englisch: *egalitarian view*) hingegen berücksichtigt die individuelle Lage der Parteien im Konflikt und nimmt an, dass die Freiwilligkeit durch unterschiedliche Faktoren eingeschränkt sein kann.

MM nach ist es ein strukturelles Problem, dass zwar in Zusammenhang mit der dem *Prinzip der Allparteilichkeit* der Mediationsperson richtigerweise der zweite Ansatz die Basis der Diskussionen darstellt,<sup>339</sup> im Hinblick auf das *Prinzip der Freiwilligkeit* jedoch fast ausschließlich der erste Ansatz zugrunde gelegt wird.<sup>340</sup> Innerhalb ein und desselben Systems abwechselnd zwei Ansätze als Basis heranzuziehen, die sich jedoch gegenseitig ausschließen, ist eine systematisch sehr unsaubere Vorgehensweise. Denn es liegt auch klar auf der Hand, dass die Wahl des Ansatzes zu gänzlich unterschiedlichen Antworten auf die Frage der Einhaltung der Freiwilligkeit bei der Durchführung einer Mediation führt. Eine korrekte Untersuchung der einzelnen Prinzipien erfordert daher eine einheitliche Vorgangsweise und definitive Wahl zwischen den beiden Ansätzen.

ME ist dem *sozialen Ansatz* der Vorrang zu geben, denn selbst bei einer scheinbar freiwilligen Teilnahme wirken unbestreitbar **äußere wie innere Druckmittel oder Anreize**, die – gerade weil sie der Mediationsperson selbst oft verborgen bleiben – schlussendlich sogar den

---

<sup>338</sup> *Ware, Principles*<sup>2</sup> (2007) 298 mVa *Boskey, The Proper Role of the Mediator: Rational Assessment, Not Pressure*, *Neg. J.* 10 (1994) 367.

<sup>339</sup> Vgl dazu die Erörterungen in Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75.

<sup>340</sup> S *Ware, Principles*<sup>2</sup> (2007) 299, demnach besonders unter jenen Mediatoren, die eine Beteiligung von Parteienvertretern zulassen, der liberale Ansatz vorherrschend sei.

entscheidenden Auslöser zur Bereitschaft bzw Ablehnung der Teilnahme darstellen. Diese die Freiwilligkeit begrenzenden Zwänge sind beispielsweise die wirtschaftliche Situation der Parteien, ein Machtungleichgewicht in der Beziehung<sup>341</sup> oder die Angst vor negativen Auswirkungen auf ein nachfolgendes staatliches Gerichtsverfahren.<sup>342</sup>

Der *soziale Freiwilligkeitsbegriff* erkennt also den Unterschied zwischen der rein *objektiven Freiwilligkeit*, die bereits durch das Fehlen einer Verpflichtung zur Mediation erfüllt ist, und der *subjektiven Autonomie*, die durch diverse außerhalb der Mediation stehende Druckmittel und Anreize beeinträchtigt werden kann. Der *liberale Ansatz* hingegen konzentriert sich ausschließlich auf die objektive Seite.

Das wirklich Wesentliche wäre allerdings, die subjektive Handlungsfreiheit zu sichern – dem steht aber die Anwendung von objektivem Zwang nicht entgegen. Darüber hinaus gewichtet jeder Mensch beeinflussende Faktoren unterschiedlich und individuelle Ängste und Erfahrungen erzeugen somit eventuell ein Gefühl der Nötigung, wo man objektiv von einer solchen nicht sprechen würde.

Diese Überlegungen führen zu dem Ergebnis, dass **objektiver Zwang nicht automatisch die subjektive Autonomie einschränkt. Umgekehrt gewährleistet objektive Freiheit auch nicht das Fehlen von subjektiv empfundenem Zwang.**

Dem *sozialen Ansatz* entsprechend nimmt die **vernunftgeleitete Handlungsfreiheit in Konfliktsituationen sehr stark ab**, da diese meist Ausnahmesituationen darstellen und das eigene Verhalten in diesen sich grundlegend von jenem in konfliktfreien Situationen unterscheidet.<sup>343</sup> Daher werden vielleicht auch Handlungen (nicht) gesetzt, die in konfliktfreien Situationen (nicht) gesetzt würden und fällt mitunter auch die Bewertung von dem, was fair ist, abweichend aus. Die in Konfliktsituationen vollzogenen Handlungen stellen mitunter keine freien Entscheidungen dar, sondern sind Teil der gewohnten Streit-Kommunikation.<sup>344</sup>

Daneben kann auch ein Mangel an Informationen bezüglich der rechtlichen Lage, aber auch anderer inhaltlicher (zB technischer), sachverhaltsrelevanter Details zu einer Schmälerung

---

<sup>341</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75.

<sup>342</sup> Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 39 FN 32.

<sup>343</sup> Kriegel, "Blind vor Wut": Ratlosigkeit und Routine, ZKJ 2007, 169.

<sup>344</sup> Kriegel, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? ZKM 2006, 52.

der Freiwilligkeit führen.<sup>345</sup> Fakt ist – die sogenannte freiwillige Teilnahme der Mediation ist auch bei Fehlen von objektivem Zwang eine sehr eingeschränkte.

Oftmals sind Konfliktparteien überhaupt nicht in der Lage das Angebot der Mediation bewusst wahrzunehmen, geschweige denn sich dafür zu entscheiden.<sup>346</sup> Damit wird aber auch klar, dass das strenge Regime der durch und durch freiwilligen Teilnahme zu einem Dilemma führt: Freiwillige Hilfsangebote besitzen nicht die Kraft, die Konfliktparteien aus ihren Zwängen der Konfliktdynamik zu befreien und somit lehnen meist jene die Mediation ab, die sie am dringendsten benötigen.<sup>347</sup>

Verfechter eines strengen Freiwilligkeitskonzepts, die dieses auch auf den Start der Mediation erstreckt sehen wollen, verlangen also Freiwilligkeit, wo eine solche vermutlich gar nicht vorliegen kann. Die Frage, ob sich das *Prinzip der Freiwilligkeit* auch auf den Start der Mediation erstreckt, stellt sich mE daher gar nicht.<sup>348</sup>

Manch einer mag nun einwenden, dass diese Schlussfolgerung für die Verfahrensabschnitte *Prozess* und *Lösungsfindung* ebenfalls gelten muss, da die Konfliktparteien auch hier äußeren Zwängen unterliegen. Dagegen ist zu kontern, dass gerade die Teilnahme an einer Mediation die Lösungsmöglichkeiten vergrößert<sup>349</sup> (während man beispielsweise als Beklagter in einem Zivilprozess weder die Wahlfreiheit zur Teilnahme am Verfahren und zur Übertragung der Entscheidungsgewalt an den Richter noch ein Mitspracherecht bei der Lösungsfindung hat) und es gerade die Aufgabe der Mediationsperson als Prozessleiterin ist, die Freiwilligkeit und Eigenverantwortung der Konfliktparteien zu überprüfen und zu stärken (nicht wiederherzustellen!). Was vielleicht ohne die notwendige philosophisch-psychosoziale Hintergrundbeleuchtung widersprüchlich erscheinen mag: **Der Zwang zum Start einer Mediation**

---

<sup>345</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 188: "Nur wenn die Parteien gleichermaßen [...] informiert sind, kann die Zustimmung zu diesem Ergebnis als wirklich freiwillig [...] verstanden werden".

<sup>346</sup> Kriegel, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? ZKM 2006, 52; s auch *Liatowitsch/Mordasini* in *Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger* (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 214 Rz 7 mwN; *Schütz*, Mediation (2009) Rz 231, der deshalb einer verpflichteten Mediation nicht ablehnend gegenübersteht.

<sup>347</sup> Kriegel, "Blind vor Wut": Ratlosigkeit und Routine, ZKJ 2007, 169.

<sup>348</sup> S auch *Haft*, Verhandlung und Mediation<sup>2</sup> (2000) 244, der scheinbar ebenfalls nur in der Verhandlung und der Einigung das Freiwilligkeitsprinzip als notwendig erachtet.

<sup>349</sup> Zum Prinzip der Kuchenvergrößerung s Kapitel Teil II - 2 Mediation 16.

**kann jene Zwänge beseitigen, die eine autonome Entscheidung verhindern** und damit Autonomie nicht verhindern, sondern sie fördern.<sup>350</sup>

Systematisch betrachtet sollte man also die Verpflichtung zum Start der Mediation befürworten, da in dieser die vernunftgeleitete Handlungsfreiheit der Parteien verbessert werden kann.<sup>351</sup> Die häufig prophezeite Konsequenz von wesentlich niedrigeren Einigungs- und Zufriedenheitsquoten im Fall von verpflichtenden Mediationen, wird durch Studien widerlegt.<sup>352</sup>

Diese Interpretation des *Freiwilligkeitsprinzips* findet auch Deckung in der MediationsRL, die – wie *Loos* und *Brewitz* sehr klar herausgearbeitet haben<sup>353</sup> – zwar die *Organisationsfreiheit* und *Kündigungsfreiheit* einfordert, aber nicht die *Entschließungsfreiheit*, die allerdings von vielen nationalen Gesetzgebern in diesem Sinn vorgeschrieben wird.

Wird also der Weg der verpflichtenden Mediation eingeschlagen, ist vor allem die **Grenze zum Prozessgeschehen** zu wahren, in dem das *Freiwilligkeitsprinzip* unbeschränkte Geltung erfährt. Die Einhaltung dieser Grenze obliegt der Mediationsperson, weshalb mE an diese und an das Verfahren bei Formen der verpflichtenden Mediation erhöhte Anforderungen zu stellen sind.<sup>354</sup> Schließlich sind die Konfliktparteien ab Beginn der Mediation in gewisser Weise der Mediationsperson ausgeliefert und so besteht die Gefahr, dass manch einer die Konfliktparteien zu ihrem Glück zwingen wollen könnte. Einziger Zweck, den der Zwang erfüllen soll, ist die Überprüfung der gewünschten und geforderten Autonomie – sohin wie oben beschrieben die Beseitigung konflikt-dynamisch-bedingter Zwänge – und die Mitteilung der notwendigen Informationen über die Mediation selbst, damit die Teilnehmer eine vernunftgeleitete Entscheidung über die Weiterführung oder den Abbruch der Mediation treffen können.

---

<sup>350</sup> *Kriegel*, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? ZKM 2006, 52 (53); *Kriegel*, "Blind vor Wut": Ratlosigkeit und Routine, ZKJ 2007, 169.

<sup>351</sup> Ebenso *Loos/Brewitz*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? SchiedsVZ 2012, 305 (306).

<sup>352</sup> *Mürner*, Gerichtsnaher Zivilmediation (2005) 177; *Schütz*, Mediation (2009) Rz 231.

<sup>353</sup> *Loos/Brewitz*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? SchiedsVZ 2012, 305 (306).

<sup>354</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 231.

Die Abgrenzung von Start und Prozess fällt jedenfalls in jeder Mediation unterschiedlich aus; daher ist eine generell zutreffende Aussage unmöglich zu fällen. Es bleibt also nichts anderes übrig, als sich auf rein objektive Momente zu beziehen.

Die mE absolut äußerste Grenze ist die Verpflichtung der Konflikttelnehmer zu einer **ersten Mediationssitzung**. Einige Stimmen sprechen sich für die Verpflichtung zu einer Informationsveranstaltung als geringeres Eingriffsmittel aus, wobei eine solche Veranstaltung nicht die gleiche Wirkung erzeugen kann.<sup>355</sup> Der große Vorteil der Sitzung im Gegensatz zum informativen Gespräch wäre jener, dass die Mediationsperson bereits die Möglichkeit hat, mit den Konfliktparteien zu arbeiten und eben damit die Autonomie zu stärken.<sup>356</sup> Somit ist nur eine erste Sitzung wirklich geeignet, die Ziele des Zwangs zur Teilnahme auch zu erreichen; das geringere Mittel – die Informationsveranstaltung – mE aber nicht. Abgesehen davon liegen diese Informationsveranstaltungen systematisch betrachtet noch außerhalb der Mediation; die Diskussion um die Einhaltung des *Freiwilligkeitsprinzips* für eine solche Maßnahme braucht daher nicht geführt zu werden. Schließlich gelten die Prinzipien der Mediation erst ab deren Beginn (wobei die Mediationsperson bereits ab der ersten persönlichen Kontaktaufnahme der Konfliktparteien zur Vertraulichkeit und Verschwiegenheit<sup>357</sup> verpflichtet ist). Auch für Verfechter eines liberalen Freiwilligkeitsverständnisses sollte der Zwang zu einer solchen Informationsveranstaltung problemlos mit der Systematik der Mediation vereinbar sein.

#### a) Zur Rechtslage in Deutschland

Deutschland hat das *Freiwilligkeitsprinzip* in die Definition aufgenommen; die Interpretation desselben entspricht den hier getroffenen Erkenntnissen: Der gerichtliche oder gesetzliche Zwang zur Mediation widerspricht diesem Grundsatz nicht, einzig die Fortführung bzw Beendigung muss jederzeit möglich sein.<sup>358</sup>

---

<sup>355</sup> *Kriegel*, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? ZKM 2006, 52 (54).

<sup>356</sup> *Kriegel*, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? ZKM 2006, 52 (54).

<sup>357</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.5 Vertraulichkeit & Verschwiegenheit 91.

<sup>358</sup> § 2 Abs 5 MediationsG; GEntw BT-Drs 17/5335, 14.

## b) Zur Rechtslage in der Schweiz

Das *Prinzip der Freiwilligkeit* wird in der Begriffsdefinition der Schweiz nicht angeführt und es wird der soziale Ansatz verfolgt. Denn die Konfliktparteien werden zwar nicht ausdrücklich zur Mediation verpflichtet, doch stellt sie eine von zwei dem Gerichtsprozess vorgeschalteten Verfahrensvarianten dar, deren Inanspruchnahme in sehr vielen Fällen verpflichtend ist.<sup>359</sup> Allerdings besteht dieser sehr eingeschränkte Zwang nur beim Start der Mediation; sie kann jeder Zeit abgebrochen werden, womit die Klagebewilligung für das ordentliche Verfahren erteilt wird.<sup>360</sup> Damit stimmt die Schweiz in Lehre und Praxis mit obenstehenden Überlegungen bezüglich der Freiwilligkeit während des Verfahrens und bei Beendigung überein.<sup>361</sup>

## c) Zur Rechtslage in Österreich

*Ferz/Filler* führen in ihrem Kommentar zum Freiwilligkeitsbegriff Folgendes an:

"[...] Keine Partei kann ohne oder gar gegen ihren Willen in diesen spezifischen Konfliktvermittlungsprozess einbezogen werden (s insb OGH 15.7.1997, 1 Ob 161/97 a). [...]"

*Ferz/Filler*<sup>362</sup>

Diese Interpretation stützt sich ausschließlich auf das angeführte Urteil des OGH<sup>363</sup> aus dem Jahr 1997 – einem Jahr, in dem die Mediation in Österreich noch keine ausgefeilte Rechtsgrundlage hatte und nur in Pilotprojekten erprobt wurde, deren einzige Basis ein Erlass des Bundesministeriums für Justiz (BMJ) war. Eben dort wird auch nochmals auf das Fehlen einer Rechtsgrundlage hingewiesen und dabei auch betont, dass keine Verpflichtung der Parteien zur Teilnahme an einer Mediation bestünde.<sup>364</sup> Aufgrund der bis dahin fehlenden Erfahrungswerte und der Ungewissheit bezüglich des zu erwartenden Projektergebnisses war ein solch strenger Freiwilligkeitsbegriff auch sinnvoll.

---

<sup>359</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 5.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 158.

<sup>360</sup> Ausführlich in Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv b) gerichtlich 165.

<sup>361</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 19; aA jedoch *Mürner*, Gerichtsnahe Zivilmediation (2005) 176.

<sup>362</sup> *Ferz/Filler*, Mediation: Gesetzestexte und Kommentar (2003) § 1 Rz 3.

<sup>363</sup> OGH 15.07.1997, 1 Ob 161/97 a.

<sup>364</sup> Erlass des BMJ 22.11.1996, JMZ 44401/215/11/96, Fortführung und Ausweitung des Modellprojekts "Mediation bei Scheidung und Trennung".

Doch in der rechtlichen Beurteilung des angeführten OGH Urteils selbst wird angemerkt, dass diese Entscheidung aufgrund der seinerzeitigen Rechtslage zu treffen war und der Erlass des BMJ nur nicht die Kompetenz hätte, daran etwas zu ändern.

Heute befindet sich Österreich allerdings in einem ganz anderen Stadium und die Erforderlichkeit eines solch engen Begriffsverständnisses steht in Frage. Es gibt mE die notwendige rechtliche Basis, die eine geeignete Grundlage für ein anderes Verständnis des Freiwilligkeitsbegriffs darstellt. Dennoch wäre die ausdrückliche Klarstellung im Gesetz, dass das *Prinzip der Freiwilligkeit* der Mediation im Fall einer Verpflichtung zum Start nicht verletzt wird, wünschenswert.

### 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson

In den gesetzlichen Begriffsdefinitionen kommt das Wort *Allparteilichkeit* meist überhaupt nicht vor. Es werden andere Begriffe wie *Unabhängigkeit*, *Unparteilichkeit* oder *Neutralität* verwendet. Die Lehre und Praxis ist demgegenüber längst dazu übergegangen, den Ausdruck *Allparteilichkeit* zu gebrauchen.<sup>365</sup> Dieser hat zwar zugegebenermaßen außerhalb der Mediationsfachwelt noch keinen festen Platz im Sprachgebrauch und ist daher für Laien nicht unbedingt selbsterklärend, unterscheidet sich aber von allen anderen soeben erwähnten Begriffen stark. Bevor auf diese Unterschiede im Detail eingegangen und damit die Frage nach der Notwendigkeit der Erfüllung dieses Prinzips beantwortet wird, muss die Bedeutung anderer Ausdrücke untersucht werden:

#### a) Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Neutralität

Im Englischen gibt es für den Begriff *Allparteilichkeit* keine unmittelbare Übersetzung. Stattdessen werden im angloamerikanischen Raum die Ausdrücke *impartiality* und *neutrality* verwendet. Die Unterscheidung dieser Begriffe wird in der Literatur nicht einheitlich beurteilt, viele verwenden sie generell als einheitliches Paket.<sup>366</sup>

---

<sup>365</sup> Vereinzelt werden auch andere Ausdrücke verwendet, darunter *Überparteilichkeit*: *Unberath*, Eckpunkte der rechtlichen Gestaltung des Mediationsverfahrens, ZKM 2012, 12.

<sup>366</sup> S. va *Alexander*, *Mediation* (2009) 219; *Gramberg*, *Managing Workplace Conflict* (2006) 30; *Lew/Mistelis/Kröll*, *Comparative International Commercial Arbitration* (2003) 257 sprechen sich für eine Unterscheidung der Begriffe aus; weiters *Spencer/Brogan*, *Mediation Law and Practice* (2007) 91; *Weinstein*, *Mediation in the Workplace* (2000) 68.

Ähnliche Interpretationsschwierigkeiten gibt es im Deutschen. Hier wird jene Lehrmeinung vertreten, die im Ausdruck **Unabhängigkeit** ein objektives Merkmal sieht, die **Unparteilichkeit** dagegen als subjektive Einstellung der Mediationsperson betrachtet.<sup>367</sup>

Die *objektive Unabhängigkeit* schlägt sich in überprüfbaren Kriterien nieder, wie beispielsweise die ausgeglichene Haltung bei der Verfahrensleitung, aber auch die mangelnde Beziehung zu den Konfliktparteien außerhalb der Mediation und das fehlende *eigene* Interesse am Ausgang des Konflikts bzw die mangelnde Beteiligung am Konflikt.<sup>368</sup>

Die *subjektive Unparteilichkeit* hingegen spielt sich verborgen im Inneren der Mediationsperson ab und betrifft die Meinungsbildung.

In der Praxis sind beide Begriffe jedoch schwer voneinander zu trennen und stehen auch in Wechselwirkung zueinander.<sup>369</sup>

Der außerdem damit im Zusammenhang stehende Ausdruck der **Neutralität** wird teils als Synonym zu den beiden eben erklärten Begriffen verstanden,<sup>370</sup> teils soll die *Unparteilichkeit* zusammen mit der *Neutralität* die Voraussetzung der *Unabhängigkeit* beschreiben.<sup>371</sup>

In dieser Arbeit wird jene Meinung vertreten, die die *objektive Unabhängigkeit* als wesentlich erachtet. Dass die *subjektive Unparteilichkeit* keine Verfahrensvoraussetzung und kein Kriterium für das Vorliegen einer Mediation sein kann, hat zwei gewichtige Gründe:

Zum einen kann das Bilden einer eigenen Meinung mE **nicht verhindert** werden; auch eine Mediationsperson, die darauf trainiert ist, als unabhängige Dritte den Parteien bei der Lösung ihres Konflikts zu helfen, ist nicht dagegen gefeit, eine eigene Meinung zu entfalten und sich persönlich der einen oder andere Seite näher zu fühlen.

---

<sup>367</sup> *Tochtermann*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators (2008) 14.

<sup>368</sup> *Gabriel*, Haftung (2008) 15, 16; *Hammerl* in *Ferz*, Rechtskultur (2003) 35.

<sup>369</sup> *Tochtermann*, Unabhängigkeit u Unparteilichkeit (2008) 26.

<sup>370</sup> *Gabriel*, Haftung (2008) 14; s bspw *Breidenbach*, Mediation (1995) 170; *Chornenki/Hart*, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 70; *Unberath*, Eckpunkte der rechtlichen Gestaltung des Mediationsverfahrens, ZKM 2012, 12 (13).

<sup>371</sup> *Tochtermann*, Unabhängigkeit u Unparteilichkeit (2008) 24; vgl auch *Risse*, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244 (246).

Zum anderen kann das Bilden einer eigenen Meinung **nicht kontrolliert** werden.

Eine vorhandene Parteilichkeit der Mediationsperson stellt aber mE ohnehin kein Problem dar, solange die *objektive Unabhängigkeit* weiterhin gewahrt wird. Ausschlaggebend ist lediglich, dass die eigene Meinung der Mediationsperson im Bezug auf den Konflikt keinen Einfluss auf die Verfahrensleitung hat. Die Unparteilichkeit stellt nur dann einen wichtigen Faktor dar, wenn sich die subjektive Einstellung auf eine Weise manifestiert, dass sie nach außen hin erkennbar ist und sich auf die Unabhängigkeit im Verfahren auswirkt.

Unterhalb dieser Grenze stellt dieses Kriterium mE lediglich einen Maßstab der Selbstkontrolle für die Mediationsperson dar, die bei einem den Prozess beeinträchtigenden Ausmaß der Voreingenommenheit das Verfahren natürlich abbrechen muss. Weiters ist das Bilden einer eigenen Meinung mE sogar unerlässlich. Im Gegensatz zur Moderation muss sich die Mediationsperson persönlich einbringen: Sie muss ein etwaiges Machtungleichgewicht erkennen können, die Einhaltung der Prinzipien kontrollieren und erforderlichenfalls die Entscheidung treffen, die Mediation abzubrechen. Für all diese Aufgaben ist das Bilden einer eigenen Meinung Voraussetzung.

Ein Teil der Lehre appelliert dagegen für ein Verständnis, das die beiden Begriffe *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* gemeinsam verwendet.<sup>372</sup> In diesem Appell spiegelt sich mE auch die Ursache für die Entstehung des Begriffs *Allparteilichkeit* wider, der nichts weiter als ein Ausdruck für die Unzulänglichkeit des bestehenden Vokabulars ist.

Die vorhandenen Lehrmeinungen können aber nicht mit Sicherheit im Sinn des jeweiligen Autors ausgelegt werden, da häufig vom *fehlenden Interesse am Ausgang des Mediationsverfahrens* gesprochen wird, dieses aber sowohl als *objektiv unabhängig* sowie als *subjektiv unparteilich* gewertet werden kann.<sup>373</sup> Meist wird darin aber wohl nicht die fehlende eigene Meinung gesehen.

---

<sup>372</sup> Tochtermann, *Unabhängigkeit u Unparteilichkeit* (2008) 27.

<sup>373</sup> S bspw Eiholzer, *Die Streitbeilegungsabrede* (1998) Rz 77.

Der eben festgelegten Beschreibung folgend, stellt das Wort *Unparteilichkeit* – das nebenbei erwähnt nicht nur rein wörtlich ein Gegenstück zu *Allparteilichkeit* verkörpert – eine ungeeignete Bezeichnung dar. Dennoch findet sie immer wieder Eingang in die Begriffsdefinitionen.

## b) Das aktive Moment

Doch auch die Begriffe der *Unabhängigkeit* und *Neutralität* beschreiben mE die Rolle der Mediationsperson nicht ausreichend. Während diese Wörter nämlich eher von einer rein passiven Einstellung ausgehen, enthält der Begriff *Allparteilichkeit* ein **aktives Moment**.<sup>374</sup> Dieses führt dazu, dass die Mediationsperson auch demonstrativ eine Konfliktpartei stärken und unterstützen kann.<sup>375</sup> Dies allerdings nicht aus dem Motiv einer eigenen Meinung bzw Wertung heraus, sondern zur Beseitigung eines vorherrschenden Machtungleichgewichts<sup>376</sup> zwischen den Parteien und zur Stärkung der Eigenverantwortung. Diese Eigenschaft der Allparteilichkeit macht einen wesentlichen Faktor in der Bestärkung des freiwilligen Handelns aus,<sup>377</sup> da eben auch ein etwaiges Machtungleichgewicht Ursache für eine situationsbedingte Einschränkung der vernunftgeleiteten Handlungsfreiheit sein kann. Die oben angestellten Überlegungen bezüglich des Zwangs zum Start der Mediation wären vollkommen überflüssig, wenn die Mediationsperson nicht im Sinn der Allparteilichkeit eine Konfliktpartei bei der Formulierung ihrer Interessen und zur Förderung des Kommunikationsklimas einseitig unterstützen könnte, um bestehende Kommunikationsprobleme zu lösen. Denn schließlich ist eben die Bestärkung des vernunftgeleiteten Handelns Ziel des Zwangs zum Start der Mediation.

Ein **Machtgefälle** kann unterschiedliche Ursachen haben, die allerdings alle auf einen Nenner zurückzuführen sind: Verhandlungsmacht besitzt jene Partei, die die bessere

---

<sup>374</sup> Hopt/Steffek in Hopt/Steffek, *Mediation* (2008) 62; Kreissl, *Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem*, *SchiedsVZ* 2012, 230 (234), der sie als "positive, offene Neutralität" bezeichnet; Steinacher, *Die Mediationsrichtlinie*, *AnwBl* 2000, 124 (127).

<sup>375</sup> Mürner, *Gerichtsnaher Zivilmediation* (2005) 7.

<sup>376</sup> Mögliche Techniken zur Begrenzung negativer Auswirkungen von Machtungleichgewicht s in Hacke, *Schwierige Situationen in Mediationsverfahren bewältigen* in *Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 257 (268 ff).

<sup>377</sup> Ware, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 299 mVa Boskey, *The Proper Role of the Mediator: Rational Assessment, Not Pressure*, *Neg. J.* 10 (1994) 367.

Alternative hat.<sup>378</sup> Dabei spielt die subjektive Bewertung der Positionen<sup>379</sup> eine größere Rolle, als die objektive Lage selbst.

Beispielsweise sind folgende Konstellationen denkbar: Zum einen kann eine rechtliche und/oder tatsächliche Hierarchie vorliegen, die – wenn sie unbeachtet bleibt – auch Grund für das Scheitern der Mediation sein kann. Dieses Bild ist bei Konflikten am Arbeitsplatz häufig anzutreffen. Zum anderen ist die psychische Ausgangslage der einzelnen Medianden ein wesentlicher Faktor.<sup>380</sup> Weiters kann ein Ungleichgewicht aufgrund fallspezifisch relevanten Wissens, finanzieller Ressourcen, kommunikativer Fähigkeiten und Verhandlungsgeschicks bestehen oder der überwiegende Kontakt zu relevanten Drittpersonen (zB gemeinsame Kinder) zur stärkeren Verhandlungsposition führen.<sup>381</sup>

Es ist offensichtlich, dass diese Gründe eines Machtgefälles auch Ursachen für die Einschränkung des vernunftgeleiteten, freiwilligen Handelns bei den Konfliktparteien sind.

Der Begriff *Allparteilichkeit* stellt also unter anderem eine aktive Förderung des Machtgleichgewichts zwischen den Parteien dar. Dieser Vorgang ist mM nach eine wesentliche Aufgabe der Mediation. Daher ist die Allparteilichkeit ein **unerlässliches Prinzip** der Mediation und mE zugleich essentielles Kriterium für die *organisatorische Abgrenzung* zur Moderation. Damit wird auch ersichtlich, dass die hauptsächlich in Verwendung stehenden Begriffe *Neutralität*, *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* nicht geeignet sind, die eigentliche Rolle der Mediationsperson vollständig zu beschreiben.

---

<sup>378</sup> Hacke in Duve/Eidenmüller/Hacke, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 267; Schütz, *Mediation* (2009) Rz 71.

<sup>379</sup> Für Details zum Thema, s Adler/Silverstein, *When David Meets Goliath: Dealing With Power Differentials in Negotiations*, HNL 5 (2000) 1; s den Punkt "Überoptimistische Einschätzung" in Duve, *Ursachen und Entwicklung von Konflikten in der Wirtschaft verstehen* in Duve/Eidenmüller/Hacke, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 11 (26 f); Hacke in Duve/Eidenmüller/Hacke, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 267 ff.

<sup>380</sup> S auch Ade/Alexander, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 80.

<sup>381</sup> Bernhardt/Winograd, *Die Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Psychologen* in Haft/Schlieffen (Hrsg), *HB Mediation*<sup>1</sup> (2002) § 23 Rz 29; zitiert auch in Gabriel, *Haftung* (2008) 176.

### c) Der äußere Anschein

Das aktive Moment kann bei den Parteien aber auch den Anschein einer Parteilichkeit erwecken und somit den Prozess negativ beeinflussen.<sup>382</sup> Es ist Aufgabe der Mediationsperson, das Gleichgewicht zwischen der Herstellung des Machtgleichgewichts einerseits und der Wahrung der *objektiven Unabhängigkeit* andererseits aufrechtzuerhalten.

Die Gefahr der Verletzung des äußeren Anscheins ist vor allem bei den bisher beschriebenen Begriffen *Unabhängigkeit*, *Unparteilichkeit* und *Neutralität* ein oft unberücksichtigtes Thema. Sie alle beziehen sich auf die Aufgaben und die Einstellung der Mediationsperson selbst und berücksichtigen nicht die Sicht der Konfliktparteien auf die Mediationsperson.<sup>383</sup>

Auf den äußeren Anschein konzentriert sich dagegen auch eine andere Einteilungsform, die diesen entweder auf den Bereich der Person oder das Verfahren bezieht.<sup>384</sup>

Da, wie bereits festgestellt, die Bildung einer eigenen Meinung praktisch nicht verhindert werden kann, stellt die **persönliche Neutralität** das fehlende Interesse am Ausgang des Konflikts und damit das Gegenstück zu den Ausschließungs- und Ablehnungsgründen von Gerichtspersonen dar. Die **Verfahrensneutralität** beschreibt demgegenüber die Tätigkeit der Mediationsperson und wird aufgrund deren Einflussnahme auf das Verfahren eingeschränkt. Der Grad der Einschränkung hängt stark von der Strömung<sup>385</sup> ab, der die Mediationsperson angehört, während die *persönliche Neutralität* eine unumstößliche Konstante ist.

Diese Form der Einteilung geht zumindest einen Schritt weiter als die bloße Unterscheidung in *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit*, die sich ausschließlich auf die Mediationsperson bezieht. Immerhin deutet sie das aktive Moment der Allparteilichkeit

---

<sup>382</sup> S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 225.

<sup>383</sup> Die Wichtigkeit dieses Aspekts betonend Peter, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 11.

<sup>384</sup> Kracht, Rolle und Aufgabe des Mediators- Prinzipien der Mediation in Haft/Schlieffen, HB Mediation<sup>1</sup> (2002) § 15 Rz 30, 31.

<sup>385</sup> S Kapitel Teil III - 3 Strömungen 105.

durch die Möglichkeit der Einflussnahme und die Einschränkung der *Verfahrensneutralität* an.

**d) Die Unabhängigkeit nach außen**

Aus dieser Einteilung in *persönliche Neutralität* und *Verfahrensneutralität* kann aber eine weitere Bedeutung, die dem Begriff *Allparteilichkeit* zuzurechnen ist, nicht herausgelesen werden: Die Betonung der Unabhängigkeit nach außen, die sich jedenfalls vom äußeren Anschein unterscheidet. Die Mediationsperson arbeitet – wie auch schon der Name *Allparteilichkeit* sagt – für die (alle) Parteien und soll daher von externen Kräften unbeeinflusst agieren (ähnlich wie auch der Richter; s dazu gleich).

Eine Rolle spielt dies im Zusammenhang mit der Zunahme von ADR-Institutionen, die für die Organisation des Verfahrens und damit auch für die Vermittlung der Mediationspersonen zuständig sind.<sup>386</sup> Das Risiko ist dabei, dass die Mediationsperson aufgrund der wirtschaftlichen Abhängigkeit von diesen Instituten unter einem Erfolgsdruck steht, der sich wiederum negativ auf den Prozess auswirken kann.

Jedoch besteht dieser Erfolgsdruck auch bei Mediatoren, die ohne Unterstützung diverser Einrichtungen tätig sind. Sie sind hochgradig von der eigenen Reputation und damit von den Erfolgen ihrer Mediationen abhängig. Auch ohne Verbindung zu einer Institution gibt es also äußere Faktoren<sup>387</sup>, die den Prozess – oft unbemerkt für die Parteien – negativ beeinflussen können.

Der Gebrauch des Worts *Allparteilichkeit* kann zwar an der Tatsache nichts ändern, dass dieser Druck von außen auf den Mediator besteht, aber – durch die Betonung der Unabhängigkeit von äußeren Einflüssen – ein Bewusstsein für diese Problematik schaffen.

---

<sup>386</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 232.

<sup>387</sup> Zwar stellt der eigene Erfolgsdruck der Mediationsperson eigentlich einen intrinsischen Faktor dar, bezogen auf das Mediationsverfahren steht er jedoch außerhalb desselben.

#### e) Der Vergleich mit der richterlichen Unbefangenheit

Wie die vorangegangenen Prinzipien, stellt die Allparteilichkeit gleichfalls einen Teilbereich der *organisatorischen Abgrenzung* gegenüber der Konfliktlösung vor dem (staatlichen oder privaten) **Gericht** dar. Denn die – wenn auch rein verfahrenstechnische – aktive Stärkung einer Partei macht wohl den großen Unterschied zwischen der richterlichen Unabhängigkeit und jener der Mediationsperson deutlich.<sup>388</sup> Dieser Unterschied hat seine Berechtigung und passt perfekt in das System, allerdings gibt es auch diesbezüglich Gemeinsamkeiten.

Wie bereits oben festgestellt, erlaubt das System der Mediation, dass sich die Mediationsperson ein eigenes Bild macht und eine eigene Meinung vertritt, es muss bloß beiden Parteien gegenüber ein gleichermaßen ausgeübtes Distanzverhältnis gewahrt werden.<sup>389</sup> Diese Definition entspricht im Großen und Ganzen der **richterlichen Unbefangenheit**<sup>390</sup>, was nicht nur in Deutschland und der Schweiz mittels Vergleich der Regeln des SDM und der gesetzlich festgelegten Befangenheitsgründe der Richter hervorkommt, sondern auch durch die in Österreich eigens festgelegten absoluten Befangenheitsgründe für Mediatoren bekräftigt wird.<sup>391</sup>

Gerichtsverfahren und Mediation haben gemein, dass die *persönliche Neutralität* ebenso eine Rolle spielt, wie die *Verfahrensneutralität*.<sup>392</sup> Die Überlegungen und Konsequenzen dazu verlaufen jedoch genau **gegengleich**:

Der Richter hat die Entscheidungsgewalt inne und muss im Gegenzug auch strengen Prozessregeln folgen. Die Macht, die er besitzt, bedingt eben ein hohes Maß an Schutz seiner *Unabhängigkeit* und ist daher in diesem System besonders wichtig.

---

<sup>388</sup> AA *Tochtermann*, Unabhängigkeit u Unparteilichkeit (2008) 27, 28.

<sup>389</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 20; *Mürner*, Gerichtsnaher Zivilmediation (2005) 7.

<sup>390</sup> §§ 19, 20 JN; *Breidenbach*, Mediation (1995) 170; Vgl *Cadiet/Jeuland/Clay*, Médiation & Arbitrage – Alternative Dispute Resolution (2005) 18.

<sup>391</sup> Deutschland: § 42 Abs 2 deZPO, § 3 Abs 1 MediationsG; Schweiz: Art 47 Abs 1 lit a chZPO: "Eine Gerichtsperson tritt in den Ausstand, wenn sie in der Sache ein persönliches Interesse hat"; *SDM*, Regeln, <http://www.infomediation.ch/cms/index.php?id=180> (04.12.2012): "Die Mediationsperson darf keine eigenen Interessen im Fall haben und keine Partei bevorzugen"; Österreich: § 19 Z 2 ZPO, § 16 Abs 1 ZivMediatG; s auch *Ferz/Filler*, Gesetz u Komm § 1 Rz 5.

<sup>392</sup> *Breidenbach*, Mediation (1995) 170.

Eine Ausnahme dabei ist die Manuduktionspflicht, die erweiterte Anleitungs- und Belehrungspflicht des Richters.<sup>393</sup> Demgemäß müssen unvertretene Parteien durch ihn über ihre prozessualen Rechte und Pflichten und die Rechtsfolgen ihrer Handlungen und Unterlassungen belehrt werden.<sup>394</sup> Sichtbar ist auch beim Gesetzgeber die Sorge um das Machtgleichgewicht vorhanden und wird dem unbeteiligten Dritten das Vertrauen geschenkt, sowohl die schwächere Partei zu stärken als auch die Unabhängigkeit zu wahren.

Die Mediationsperson dagegen hat eine Vielzahl von Möglichkeiten flexibel in den Lösungsprozess einzugreifen und kann dabei auch eine Partei gegenüber der anderen stärken. Dieses Mittel ist unabhängig davon, ob die Parteien rechtsfreundlich beraten werden oder nicht. Durch diese weit extensivere Möglichkeit der Stärkung einer Partei ist aber der äußere Anschein der *Unabhängigkeit* dermaßen in Zweifel gezogen, dass die fehlende Entscheidungsgewalt eine sinnvolle Konsequenz darstellt.

Im Bezug zur Unabhängigkeit nach außen ist festzuhalten, dass auch Richter äußeren oder inneren Druck verspüren mögen; jedoch stehen sie unter dem Schutz der **richterlichen Unabhängigkeit**, die sich nicht nur in der Weisungsungebundenheit, sondern auch in der Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit ausdrückt.<sup>395</sup> Dieser Schutz bewahrt zwar die Unabhängigkeit nach außen, kann jedoch die inneren und äußeren Einflüsse nicht beseitigen.

Mediationspersonen dagegen sind nicht durch solch weitreichende Mechanismen geschützt, die Notwendigkeit ist mangels einer Endentscheidung in der Sache durch den Mediator aber auch nicht gegeben.<sup>396</sup>

## f) Fazit & Rechtslage

Die bereits angesprochenen Zusammenhänge mit den *Prinzipien der Eigenverantwortung* und der *Freiwilligkeit* bestärken die Ansicht, dass das *Prinzip der Allparteilichkeit*

---

<sup>393</sup> § 432 ZPO; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 944.

<sup>394</sup> *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 944.

<sup>395</sup> Art 87, 88 B-VG; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 51.

<sup>396</sup> S zum individuell-konkreten Konsens Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien a) bei der Lösungswahl 56, Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit b) Informationsschnittstelle Mediationsperson 87 und Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

einen unverzichtbaren Platz in der Mediation einnimmt.<sup>397</sup> Ist es nicht erfüllt, kann nicht von einem solchen Verfahren ausgegangen werden.

Wie am Beginn dieses Punkts bereits erwähnt, wird jedoch in den offiziellen Definitionen der Begriff *Allparteilichkeit* meist nicht verwendet. Die EU gebraucht in der MediationsRL das Wort *unparteiisch*.<sup>398</sup>

Deutschland, das sich stärker als Österreich am Wortlaut der MediationsRL orientiert, verwendet die Ausdrücke *unabhängig* und *neutral*.<sup>399</sup>

Die Definition in der Schweiz enthält den Ausdruck *unparteilich*<sup>400</sup>, wobei in der Botschaft zur chZPO die Ausdrücke *neutral* und *unabhängig* verwendet werden.<sup>401</sup>

Österreich hingegen gebraucht den Begriff *neutral*<sup>402</sup> bzw in Umsetzung der MediationsRL ebenfalls das Wort *unparteiisch*.<sup>403</sup>

Wie oben ausführlich beschrieben, reicht der Wortsinn dieser Begriffe nicht aus, um die zusätzlichen Funktionen des *Prinzips der Allparteilichkeit* abzudecken, deren Notwendigkeit für das System der Mediation jedoch durch obige Überlegungen erwiesen ist. Es liegt daher nahe, die Verwendung des Worts *Allparteilichkeit*, trotz dessen fehlenden Selbstverständnisses in der Gesellschaft, zu forcieren. Schließlich werden auch die derzeit in Verwendung stehenden Begriffe *Unabhängigkeit* und *Unparteilichkeit* gebraucht, ohne dass über deren exakte Grenzen und genaue Bedeutung Einigkeit herrscht.

Zwar wird teilweise die Meinung<sup>404</sup> vertreten, dass sich mittels einer erweiterten Auslegung die Bedeutung des Begriffs *Allparteilichkeit* unter die bestehenden Wörter subsumieren ließe. ME wäre jedoch die Verwendung des Worts *Allparteilichkeit* in

---

<sup>397</sup> AA *Gabriel*, Haftung (2008) 16.

<sup>398</sup> Art 3 lit b) MediationsRL.

<sup>399</sup> § 1 Abs 2 MediationsG.

<sup>400</sup> *SDM*, Was ist Mediation? <http://www.infomediation.ch/cms/> (03.11.2012).

<sup>401</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7335).

<sup>402</sup> § 1 Abs 1 ZivMediatG.

<sup>403</sup> § 2 Abs 1 Z 2 EU-MediatG.

<sup>404</sup> *Ferz/Filler*, Gesetz u Komm § 1 Rz 5, wonach die Allparteilichkeit in den Begriffen "neutral" und "Vermittler" zum Ausdruck komme.

den offiziellen Definitionen weitaus sinnvoller und eindeutiger.<sup>405</sup> Auch würde damit der bestehenden Praxis Rechnung getragen, die ohnehin diesen Ausdruck lehrt.

#### 2.2.4 Offenheit & Informiertheit

Als weitere Prinzipien werden häufig die *Informiertheit* und, als notwendige Voraussetzung dafür, die *Offenlegung von Informationen*<sup>406</sup> angeführt, die zusammen auch als *Transparenzprinzip*<sup>407</sup> bezeichnet werden können. ME ist allerdings dem Gebrauch der Wörter *Offenheit* und *Informiertheit* der Vorzug zu geben, da mit Ihnen auch ein Themenbereich abgedeckt wird, der durch den Ausdruck Transparenz verloren gehen würde: die **Ergebnisoffenheit**<sup>408</sup>. Sie bedeutet im Wesentlichen, dass die Konfliktparteien sich nicht von vornherein auf eine oder wenige mögliche Lösungen versteifen und dadurch die Grenzen des möglichen Handlungs- und Gestaltungsspielraums prozessbehindernd eingrenzen.

Dass das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* ein Prinzip der Mediation ist,<sup>409</sup> ergibt sich bereits aus dem Zusammenspiel mit den bisher erläuterten Prinzipien. Denn eine eigenverantwortliche und freiwillige – weil vernunftgeleitete – Handlung setzt ein gewisses Mindestmaß an Wissen und Informationen voraus.<sup>410</sup>

##### a) Unterschiede zu den vorigen Prinzipien

Dieses vierte Prinzip unterscheidet sich aber von den vorangegangenen in mehreren Punkten:

- 1) Zum einen spricht es **erstmalig aktive Pflichten der Konfliktparteien** an, deren Einhaltung sie selbst steuern können. Während das *Allparteilichkeitsprinzip* überhaupt nur die Mediationsperson betrifft, legen die *Prinzipien der Eigenver-*

---

<sup>405</sup> So auch Kreissl, *Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem*, SchiedsVZ 2012, 230 (234); Likar/Krommer, *Mediation und Recht*, AnwBl 2005, 60 (61); Mürner, *Gerichtsnaher Zivilmediation* (2005) 7.

<sup>406</sup> Duve in Duve/Eidenmüller/Hacke, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 55.

<sup>407</sup> S. Hammerl in Ferz, *Rechtskultur* (2003) 33: "Transparenz nach innen und Vertraulichkeit nach außen"; Pruckner, *Recht der Mediation* (2003) 72.

<sup>408</sup> Hammerl in Ferz, *Rechtskultur* (2003) 32; Schütz, *Mediation* (2009) Rz 235; ebenso Ade/Alexander, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 47.

<sup>409</sup> AA Peter, *Gerichtsnaher Mediation* (2011) Grundlagen Rz 21, 22.

<sup>410</sup> Vgl. auch Ade/Alexander, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 100.

*antwortung* und der *Freiwilligkeit* zwar fest, wie die Handlungen der Parteien gekennzeichnet sein sollen, doch werden sie zu deren Vornahme nicht verpflichtet. Vielmehr sind damit bloß Aufgaben der Mediationsperson verknüpft, die die Einhaltung der Prinzipien überprüfen und innerhalb des Rahmens der Mediation fördern soll.

- 2) Zum zweiten zählt dieses Prinzip zwar ebenfalls zu den wichtigsten Einflussfaktoren des Prozesses,<sup>411</sup> aber es stellt **keine konditionale Prämisse für die Mediation** dar.<sup>412</sup> Seine Einhaltung ist allerdings für den Erfolg der Mediation<sup>413</sup> und die Bildung eines informierten Konsenses<sup>414</sup> notwendig und trägt maßgeblich zur Nachhaltigkeit des Ergebnisses bei, weshalb es kein Grundprinzip, sondern ein **Erfolgserfordernis**<sup>415</sup> ist.

Die Verletzung dieses Grundsatzes ist nur schwer zu überprüfen,<sup>416</sup> die Erfüllung nicht durchsetzbar<sup>417</sup> und das Unterbleiben derselben unmöglich zu sanktionieren, da die Mediationsperson dazu keine Kompetenz hat und es in der Hand der Parteien liegt, Informationen preiszugeben. Passenderweise wird das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* in keiner der drei Länderdefinitionen erwähnt.

Bleibt der Mediationsperson aber die Weigerung, Informationen zu teilen, nicht verborgen, verpflichtet sie ihre Funktion als Prozessleiterin dazu, die Konsequenzen zu ziehen und die Mediation **abzubrechen**, da in einem solchen Fall die Bereitschaft zur Mitarbeit der Partei ohnehin in Zweifel zu ziehen ist. Dies allerdings erst, sobald das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* in einem prozessbehindernden Ausmaß verletzt ist.

Neben der mangelnden Bereitschaft mitzuarbeiten ist darüber hinaus aber zu befürchten, dass eine Partei, die sich weigert Informationen preiszugeben, lediglich aus moralisch verwerflichen Motiven am Verfahren teilnimmt, so um beispielsweise Informationen für ein gerichtliches Verfahren zu gewinnen. Umso wichti-

---

<sup>411</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 71.

<sup>412</sup> So auch Peter, Gerichtsnaher Mediation (2011) Grundlagen Rz 21.

<sup>413</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 248.

<sup>414</sup> Gabriel, Haftung (2008) 66.

<sup>415</sup> S dazu auch Kapitel Teil III - 2.2.7 Zusammenfassung 103.

<sup>416</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 189.

<sup>417</sup> Falk/Koren, ZivMediatG, § 1 Rz 3.4. mWN; Hacke, Der ADR-Vertrag (2001), 227.

ger ist daher der Schutz einer offenen Atmosphäre durch Festlegung von Verschwiegenheitspflichten.<sup>418</sup>

Obwohl also das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* das *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* bedingt, stehen die beiden aber in einem **Spannungsverhältnis** zueinander: Sie bedingen einander,<sup>419</sup> schränken sich jedoch auch gegenseitig ein.<sup>420</sup> Da es sich bei beiden Prinzipien um keine Grundprinzipien, sondern um Erfolgserfordernisse handelt, sind Einschränkungen prinzipiell möglich.<sup>421</sup>

## b) Informationsschnittstelle Mediationsperson

Das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* bringt aber nicht nur Pflichten der Konfliktparteien<sup>422</sup> sondern auch für die **Mediationsperson** mit sich. Diese fungiert als eine Art Informationsschnittstelle, da sie einerseits für die Sicherstellung und Offenlegung eines gewissen Mindestmaßes an Information zuständig ist, andererseits aber im Vergleich zu den Konfliktparteien häufig über einen Informationsüberschuss verfügt,<sup>423</sup> weil ihr die Offenlegung diverser Informationen aufgrund des *Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* verboten ist (s dazu gleich).<sup>424</sup>

In den Besitz von Informationen, die die andere Partei nicht kennt, kommt sie vor allem durch die häufig kritisierten Einzelgespräche, die sogenannten **Caucuses**<sup>425</sup>. Findet dieses *Caucussing* innerhalb einer Mediation ständig statt, sodass die Mediationsperson in Wahrheit zwischen Einzelgesprächen mit den Parteien hin- und herwechselt, so spricht man von **Shuttle-Mediation** (bzw Shuttle Diplomacy)<sup>426</sup>.

---

<sup>418</sup> Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2000) 24, 26; s auch Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 237; s dazu Kapitel Teil III - 2.2.5 Vertraulichkeit & Verschwiegenheit 91.

<sup>419</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 245: "[...] die Offenheit im Verfahren setzt die Geschlossenheit des Verfahrens voraus".

<sup>420</sup> S auch Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit b) Informationsschnittstelle Mediationsperson 87.

<sup>421</sup> S dazu auch Kapitel Teil III - 2.2.7 Zusammenfassung 103.

<sup>422</sup> S zuvor Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit a) Unterschiede zu den vorigen Prinzipien 85.

<sup>423</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 254 f.

<sup>424</sup> Leiss, Einzelgespräche – ein probates Mittel in der Mediation, ZKM 2006, 74 (75).

<sup>425</sup> Chornenki/Hart, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 83, auch "time outs" genannt; Ware, Principles<sup>2</sup> (2007) 275.

<sup>426</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 347, wonach diese *caucus sessions* als **eigentlicher Mediationsstil, Interventionsmittel** oder **ausschließliches Instrument** (= *shuttle mediation*) vorkommen; Ware, Principles<sup>2</sup> (2007) 275.

Daneben gibt es in der Praxis auch die Version, dass die Mediationsperson Einzelgespräche mit den Parteivertretern führt, also ohne Anwesenheit der Parteien selbst.<sup>427</sup> Dabei kann die rechtliche Seite fachlich abgeklärt werden, ohne die Parteien dabei durch das typisch strategische Handeln der Parteienvertreter zu beeinflussen.

In solchen Einzelgesprächen werden häufig Informationen offengelegt, die die Parteien dem Konfliktgegner gegenüber nie preis gegeben hätten. Motive dafür sind unter anderem die Befürchtung, der andere könne lediglich zur Informationsgewinnung an der Mediation teilnehmen oder zumindest bei einem späteren Rechtsstreit Dinge, die in der Mediation preisgegeben wurden, gegen die eigene Person verwenden.<sup>428</sup> Aber auch die Angst vor der Weitergabe von Informationen an Dritte oder vor einem Gesichtungsverlust spielt hierbei eine Rolle.<sup>429</sup>

Ein Teil der Lehre<sup>430</sup>, die Anhänger des *evaluative approach*<sup>431</sup>, sieht in der Durchführung solcher vertraulicher Gespräche die Möglichkeit, dass die Mediationsperson mit diesem Wissensvorsprung in der Folge die Parteipositionen besser beurteilen und passendere Lösungsvorschläge unterbreiten kann (daher auch der Name Shuttle-Diplomatie). Da solche Vorschläge nicht vom Gegner direkt stammen, kann die Partei sie häufig leichter annehmen.

Allerdings wurde bereits erwähnt, dass die Unterbreitung von Lösungsvorschlägen aus Gründen der *organisatorischen Abgrenzung* in der Mediation nicht zuzulassen ist.<sup>432</sup> Dieses Argument fällt daher ins Leere.

Befürworter sehen in dieser Methode aber jedenfalls enormes Potenzial und heben hervor, dass es gerade diese Möglichkeit ist, derartige Einzelgespräche zu führen, die den wesentlichen Unterschied zum Gerichtsverfahren ausmacht.<sup>433</sup> Sie könne insbesondere bei Einigungshindernissen behilflich sein, die auf **reaktiver Abwertung** – das

---

<sup>427</sup> Chornenki/Hart, Bypass Court<sup>4</sup> (2011) 83.

<sup>428</sup> Barga, Gerichtsinterne Mediation (2008) 35 f; vgl Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 254; Schwaighofer in Gruber/Pichler (Hrsg), Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005) 137.

<sup>429</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 348; vgl auch Hopf in Ferz, Rechtskultur (2003) 73.

<sup>430</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 236.

<sup>431</sup> S Kapitel Teil III - 3.4 evaluative approach 109.

<sup>432</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien 56.

<sup>433</sup> Barga, Gerichtsinterne Mediation (2008) 38.

ist das psychologische Phänomen, wonach "die subjektive Attraktivität von Angeboten [...] in Abhängigkeit von ihrer wahrgenommenen Quelle variiert"<sup>434</sup> – und anderen strategischen Erwägungen beruhen.<sup>435</sup> Kritiker führen aber aus, dass die *reaktive Abwertung* durchaus ihre Daseinsberechtigung hat und eine wichtige Schutzfunktion erfüllt, die unter Ausnützung eines Informationsdefizits außer Kraft gesetzt wird.<sup>436</sup>

Einigungshindernisse seien allerdings, so die Befürworter, überdies oftmals psychologische Phänomene, die mittels Einzelgesprächen aufgelöst werden können und nicht umgangen werden sollen.<sup>437</sup> Dennoch kann gegen dieses Argument eingewendet werden, dass auch andere Wege – insbesondere die verschiedenen Kommunikationstechniken – zu dem gewünschten Ziel der Beseitigung der reaktiven Abwertung führen können.

Allerdings ist die Auflösung der reaktiven Abwertung nicht das einzige Motiv für den Einsatz von Einzelgesprächen. Auch wenn die Gemüter der Konfliktparteien zu "erhitzt" sind, ist die vorläufige getrennte Gesprächsführung eine mögliche Methode, um den Konflikt insgesamt soweit "abzukühlen", um zielgerichtete gemeinsame Konfliktlösungsgespräche überhaupt führen zu können.

In jedem Fall bewirkt das *Caucussing* eine Schwächung des *Prinzips der Offenheit*, wenn die Informationen nachträglich nicht zur Gänze offengelegt werden, allerdings eine Stärkung des *Prinzips der Informiertheit*, da zumindest die Mediationsperson Informationen erhält, die andernfalls gar nicht preis gegeben würden. Schließlich kommt es nicht ausschließlich auf die Informiertheit der Parteien, sondern auch auf jene der Mediationsperson hat. Auch sie hat Bedarf nach einem gewissen Informationslevel, um überhaupt wirkungsvoll die Prozesssteuerung auszuführen.<sup>438</sup>

---

<sup>434</sup> Leiss, Einzelgespräche – ein probates Mittel in der Mediation, ZKM 2006, 74 (76) zitiert nach Ross in Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson (Hrsg), Barriers to Conflict Resolution (1995) 26; s auch Duve in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 30; Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 236: "Mit reaktiver Abwertung war das Phänomen bezeichnet, dass Vorschläge der Gegenseite gerade deshalb in einem schlechteren Licht erscheinen, weil sie von der Gegenseite kommen".

<sup>435</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 236.

<sup>436</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 237.

<sup>437</sup> Leiss, Einzelgespräche – ein probates Mittel in der Mediation, ZKM 2006, 74 (75, 76).

<sup>438</sup> Im Ergebnis gleich Horstmeier, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 131.

Die Gegner sehen darin jedenfalls eine Gefährdung des *Prinzips der Allparteilichkeit*<sup>439</sup> bzw das Risiko, dass die Parteien an der Allparteilichkeit zweifeln.<sup>440</sup> Um dies zu verhindern fordern sie nach Durchführung solcher Einzelgespräche die Zusammenfassung und Wiedergabe des wesentlichen Inhalts gegenüber der zuvor nicht anwesenden Konfliktpartei.

Da diese Einzelgespräche aber gerade deshalb geführt werden, um einen Raum für vertrauliche Informationen zu bieten, die der anderen Partei nicht offenbart werden sollen, ist an der Effektivität zu zweifeln, wenn im Nachhinein doch alles offen gelegt wird. Dieser Ansicht folgt auch die Praxis, da die Mediationsperson meist zum Stillschweigen über in Einzelsitzungen hervorgekommene Informationen verpflichtet wird.<sup>441</sup>

Näher untersucht werden müsste allerdings in diesem Zusammenhang, inwieweit in der Mediation das *Recht auf rechtliches Gehör* gewährt werden muss.<sup>442</sup> Würde die Systematik der Mediation bedingen, dass die Konfliktpartei die Äußerungen einer anderen Konfliktpartei hören kann, um dazu selbst Stellung beziehen zu können,<sup>443</sup> wäre die Durchführung von Einzelgesprächen generell nicht möglich.

ME engen die verfassungsrechtlichen Garantien, die auch in der Mediation berücksichtigt werden müssen, den Spielraum der Verfahrenstechniken allerdings nicht so weit ein. Die Tatsache, dass die Mediationsperson weder Sanktionen setzen kann noch eine Entscheidung in der Sache trifft, führt eben dazu, dass der Konfliktlösungsprozess weitaus flexibler gestaltet werden kann als ein Gerichtsverfahren. Denn wie

---

<sup>439</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 237; Leiss, Einzelgespräche – ein probates Mittel in der Mediation, ZKM 2006, 74 (75).

<sup>440</sup> Eidenmüller, Alternativen zu einer Verhandlungslösung prüfen in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 219 (224); Schütz, Mediation (2009) Rz 348.

<sup>441</sup> S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 257, wonach der Vertraulichkeitsschutz gegenüber der anderen Konfliktpartei ebenfalls eine selbstverständliche Nebenpflicht sei; Horstmeier, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 99 mVa Punkt 4. des Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren; Schütz, Mediation (2009) Rz 346; s aber auch Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 772, der den Mediator als **Herr der Informationen** bezeichnet und ihm die Entscheidungsmacht über die Weitergabe der Informationen überträgt.<sup>442</sup> S dazu auch Kapitel Teil IV - 6.2.1 präventiv a) außergerichtlich 184.

<sup>442</sup> S dazu auch Kapitel Teil IV - 6.2.1 präventiv a) außergerichtlich 184.

<sup>443</sup> S dazu bspw RIS-Justiz RS0122089 (T4); RS0120860 (T1)

bereits weiter oben erwähnt,<sup>444</sup> substituiert der **individuell-konkrete Konsens**<sup>445</sup> die Gestaltungs- und Schutzfunktionen des Gesetzesrechts der staatlichen Gerichtsbarkeit.<sup>446</sup>

Um die möglichen Vorteile von Einzelgesprächen nicht generell zu torpedieren, muss mE eine Gefährdung des *Prinzips der Allparteilichkeit* in Kauf genommen und der Mediationsperson die Beurteilung überlassen werden, ob diese Methode bei den jeweiligen Parteien förderlich oder von Nachteil ist.<sup>447</sup>

### c) Informiertheit über die Sach- und Rechtslage

Abschließend bleibt noch zu erwähnen, dass das *Prinzip der Informiertheit* auch dahingehend verstanden wird, dass die Parteien über die Rechtslage und ihre jeweilige rechtliche Position Bescheid wissen.<sup>448</sup> Diese Forderung steht aber im Spannungsverhältnis zu den *Prinzipien der Eigenverantwortung* und der *Allparteilichkeit*. Diese Thematik wurde bereits zuvor angesprochen und wird weiter unten ausführlicher behandelt.<sup>449</sup>

## 2.2.5 Vertraulichkeit & Verschwiegenheit

Wie bereits aus den zuvor erläuterten Prinzipien hervorgeht, zählt auch das *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* zu den Grundpfeilern der Mediation:<sup>450</sup> Was in der Mediation behandelt wird, betrifft ausschließlich die Konfliktparteien und soll daher nicht nach außen dringen. Dennoch zählt es nicht zu den notwendigen Voraussetzungen für eine Mediation, sondern ist – wie das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* auch – in erster Linie für die Wirksamkeit der übrigen Prinzipien wesentlich und daher kein Prinzip im eigentlichen Sinn,

---

<sup>444</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien a) bei der Lösungswahl 56.

<sup>445</sup> S dazu auch Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

<sup>446</sup> *Gabriel*, Haftung (2008) 59.

<sup>447</sup> Vgl *Leiss*, Einzelgespräche – ein probates Mittel in der Mediation, ZKM 2006, 74 (77), die diese Kompetenz den Parteien zuordnet.

<sup>448</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 35.

<sup>449</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

<sup>450</sup> S bspw *Mirimanoff*, médiation (2011) 82; ErwGr 23 MediationsRL: "Die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens ist wichtig".

sondern ein bloßes **Erfolgsfordernis**. (Zum besonders engen Zusammenhang mit dem *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* s oben.<sup>451</sup>)

Im Gegensatz zu den weiter unten noch zu beschreibenden Qualitätsmerkmalen, ist seine Erfüllung für den Erfolg der Mediation essenziell ist. Eine weitere Besonderheit dieses Prinzips ist, dass es spezielle Schutzmechanismen einfordert (dazu gleich).

Die Angst vor einem Missbrauch von in der Mediation offengelegten Informationen blockiert häufig den gesamten Prozess. Dies betrifft in erster Linie das mangelnde Vertrauen in die Verschwiegenheit der anderen **Konfliktparteien**. Daneben verpflichtet sich aber klarerweise auch die **Mediationsperson** zu einer vertraulichen Behandlung dessen, was in der Mediation besprochen wird. Die Konfliktparteien und die Mediationsperson müssen darauf vertrauen können, dass die anderen Teilnehmer am Prozess dieses Prinzip einhalten. Ist der Zweifel zu groß oder ist offensichtlich, dass dieser Grundsatz von einer Partei nicht eingehalten wird, muss die Mediation abgebrochen werden.

Mangelt es zu Beginn der Mediation am notwendigen Vertrauen der Parteien, bedeutet das aber nicht den sofortigen Abbruch der Mediation. Im Gegensatz beispielsweise zum *Prinzip der Eigenverantwortung* der Parteien liegt es nämlich im Kompetenz- und Aufgabenbereich der Mediationsperson das Vertrauen bei den Parteien nicht nur zu überprüfen, sondern sogar herzustellen. Weiters trifft sie mE auch die Pflicht, die notwendigen Verschwiegenheitsvereinbarungen zu formulieren.

Wie bereits im vorherigen Kapitel besprochen,<sup>452</sup> trifft die Mediationsperson die Verschwiegenheitspflicht nicht nur **Außenstehenden** sondern auch anderen **Konfliktparteien** gegenüber. Diese Pflicht beinhaltet auch die Aufgabe, Versuche von außen, auf vertrauliche Informationen zuzugreifen, abzuwehren.<sup>453</sup> Diese bisher erwähnten Verantwortungen sind als selbstverständliche, systembedingte **Nebenverpflichtungen**<sup>454</sup> zu sehen und können daher jedenfalls als konkludent vereinbart angesehen werden. Doch da es im Lauf der Mediation zu unterschiedlichen Fragestellungen bezüglich der Vertraulichkeit kommen kann, ist eine konkrete Formulierung der Rechte und Pflichten empfehlenswert.

---

<sup>451</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit 85.

<sup>452</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit 85.

<sup>453</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 255.

<sup>454</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 257 zitiert nach BGHZ 27, 241 (246).

Über diese selbstverständliche Verschwiegenheitspflicht hinaus kann die Mediationsperson aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Standesrecht zu einer weitergehenden Verschwiegenheit verpflichtet sein. Ist sie dies nicht und wird eine solche von den Parteien gewünscht, bedarf es jedenfalls einer **vertraglichen Vereinbarung**.

Nach kurzer Darlegung des Inhalts dieses *Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* stellt sich die Frage, wie dessen Einhaltung **gewährleistet bzw sanktioniert** werden kann. Denn – wie bereits erwähnt – ist es das erste Prinzip, das eben auch durch gewisse Mechanismen geschützt und – durch andere Konsequenzen als Abbruch des Prozesses oder Schwächung der übrigen Prinzipien – sanktioniert werden kann. Während die *Prinzipien der Eigenverantwortung* und der *Freiwilligkeit* in der Praxis wenig greifbare Bereiche repräsentieren und es keinen konkreten Maßstab gibt, an dem die Einhaltung derselben gemessen werden kann, führt das *Prinzip der Offenheit & Informiertheit* zwar zu einer aktiven Pflicht, doch kann auch diese nicht sanktioniert werden. Dies deshalb, da die Bestrafung der mangelnden Offenheit nichts Geringeres als Zwang zur Mitarbeit wäre und das *Prinzip der Freiwilligkeit* Zwang im Prozess verbietet. Schließlich bliebe noch das *Prinzip der Allparteilichkeit*, das jedenfalls auf Seiten der Mediationsperson zu Konsequenzen führen könnte. Aber da diese keine Entscheidung im Sinn der Lösungsfindung trifft, wird ein Schadenseintritt schwer nachzuweisen sein und die Konfliktparteien können ohnehin die Teilnahme jederzeit beenden. Die Verletzung des *Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* hingegen kann durchaus einen Schaden verursachen. Darüber hinaus stellt die Sanktionierung keinen Zwang zur Teilnahme, sondern bloß Druck zur Einhaltung gewisser Spielregeln im Fall der Teilnahme dar.

Dies klargestellt, bleibt zu sagen, dass die Möglichkeiten des Schutzes mehrere Komponenten umfassen. So kann der **Gesetzgeber** den Bruch der Verschwiegenheitspflicht mit Sanktionen belasten und daneben auch dafür Sorge tragen, dass die Inhalte der Mediation nicht Eingang in das Gerichtsverfahren finden. Außerdem stellt sich die Frage, ob die Parteien diesen Schutz durch **privatrechtliche Vereinbarungen** noch verstärken können. Diese Thematik wird weiter unten ausführlicher behandelt<sup>455</sup>, hier soll aber ein kurzer Überblick folgen:

---

<sup>455</sup> S Kapitel Teil IV - 2 Schutzmechanismen 137.

### a) Zur Rechtslage in Deutschland

Deutschland hat das *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* in die Definition aufgenommen und zollt ihm offensichtlich große Beachtung, erwähnen die Materialien doch den Schutz desselben als ersten Programmpunkt der Förderung der Mediation.<sup>456</sup> Aber auch wenn die Formulierung die Vermutung zulässt, dies sei ein Grundprinzip, dessen Einhaltung zur Bewertung eines Verfahrens als Mediation notwendig ist, ist es dennoch als bloßes *Erfolgsersfordernis* einzustufen.<sup>457</sup> Damit stimmt das deutsche Gesetz mit dem hier erörterten theoretischen Konzept überein.

Details der Verschwiegenheitspflicht wurden in § 4 MediationsG festgelegt und in Verbindung mit § 383 Abs 1 Z 6 deZPO ein Zeugnisverweigerungsrecht für alle Mediationspersonen eingeführt<sup>458</sup>.

Jedoch bezieht sich diese Verschwiegenheitspflicht lediglich auf ein etwaiges Gerichtsverfahren, nicht aber auf die Öffentlichkeit.<sup>459</sup> Ein solcher Schutz muss privatrechtlich vereinbart werden.

### b) Zur Rechtslage in der Schweiz

Auch die Begriffsdefinition der Schweiz enthält das *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit*, es wird allerdings nur im Hinblick auf nachfolgende Gerichts- oder Schiedsverfahren geschützt, nicht gegenüber Dritten bzw der Öffentlichkeit schlechthin.<sup>460</sup> Jedoch geht der Schutz bezüglich Gerichtsverfahren vergleichsweise am weitesten, da mit § 216 chZPO ein Verwertungsverbot von Aussagen, die die Parteien in der Mediation getroffen haben, im gerichtlichen Verfahren eingeführt wurde.<sup>461</sup> Es besteht also nicht nur ein simples **Zeugnisverweigerungsrecht** der Mediationsperson,<sup>462</sup> sondern ein Beweisthemmenverbot<sup>463</sup>.

---

<sup>456</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 1.

<sup>457</sup> Risse, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244 (246).

<sup>458</sup> S im Detail Kapitel Teil IV - 4.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 143.

<sup>459</sup> Risse, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, SchiedsVZ 2012, 244 (250); anscheinend aA Horstmeier, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 99.

<sup>460</sup> Peter, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 16.

<sup>461</sup> Art 216 Abs 2 chZPO; s Peter, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 216 Rz 14, der ausführt, dass dieser Schutz nur die Aussage und nicht den Informationsgehalt an sich betrifft.

<sup>462</sup> Art 166 Abs 1 lit d chZPO.

<sup>463</sup> S Kapitel Teil IV - 5.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 158.

### c) Zur Rechtslage in Österreich

Österreich hat zwar als einziges Land das *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* nicht in die Begriffsdefinition aufgenommen, aber im hinteren Teil des ZivMediatG diesbezüglich eine Regelung getroffen.<sup>464</sup> In Hinblick darauf, dass es sich hierbei eben um ein Erfolgserfordernis und nicht um ein Grundprinzip handelt,<sup>465</sup> ist diese Vorgehensweise auch die passendste und im Vergleich zu Deutschland oder der Schweiz stimmigere.

Darüber hinaus schützt der Gesetzgeber dieses Prinzip auf unterschiedlichen Wegen, da er dabei zwischen *eingetragenen* und *nicht eingetragenen Mediatoren*<sup>466</sup> unterscheidet.

## 2.2.6 Qualitätsmerkmale

Neben den bereits ausführlich behandelten Prinzipien gibt es eine Reihe weiterer Grundsätze, die zwar oft in einer Linie mit den restlichen aufgezählt werden, aber eine andere Bedeutung haben. Sie stellen beachtenswerte Bereiche der Mediation dar, doch sie sind weder für die Beurteilung eines Vorgangs als Mediation unerlässlich noch essenzielle Erfolgskriterien für diese.

### a) Rolle des Rechts

Diese Materie gliedert sich in zwei unterschiedliche Bereiche, die jeweils im Bezug auf die Wirksamkeit der Vereinbarung und die Bedeutung im Verfahren behandelt werden:

#### 1) Zwingendes Recht

Eine den Grundprinzipien des Rechts widersprechende Regelung kann nicht verbindlich gemacht werden.<sup>467</sup> Sofern die Parteien eine solche Vereinbarung in einem außergerichtlichen Rahmen schließen, kann sie aber faktisch nicht verhindert werden. Diese Thematik wird allerdings bei einer allenfalls bestehenden

---

<sup>464</sup> § 18 ZivMediatG.

<sup>465</sup> S gleich zu Beginn des Kapitels Teil III - 2.2.5 Vertraulichkeit & Verschwiegenheit 91 sowie weiter unten in Kapitel Teil III - 2.2.7 Zusammenfassung 103.

<sup>466</sup> S dazu Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

<sup>467</sup> *Duve in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 88; *Falk in Töpel/Pritz, Mediation* (2000) 29.

richterlichen Kontrollmöglichkeit im Fall einer Vollstreckbarmachung der Vereinbarung bedeutsam,<sup>468</sup> weshalb die Mediationsperson auf die mangelnde Eignung für eine Vollstreckbarmachung hinweisen muss, sofern sie zur Beurteilung der Rechtslage im Stande ist. Ist sie dies nicht, sollte sie mM nach die Pflicht treffen, auf den Mangel dieser Kompetenz konkret hinzuweisen. Wirksam eingreifen kann sie jedoch nicht, da die Entscheidung für eine Lösung von den Konfliktparteien getroffen wird und diese daher auch die Verantwortung tragen.<sup>469</sup>

## 2) Dispositives Recht

Obwohl auf den ersten Blick vielleicht nicht ersichtlich, ist in der Mediation doch das dispositive Recht der sensiblere Bereich, denn es steht nicht nur in einem starken Spannungsverhältnis zum *Prinzip der Allparteilichkeit*, sondern auch der *Freiwilligkeit*<sup>470</sup>, *Eigenverantwortung* und *Vertraulichkeit*.<sup>471</sup> Es stellt den Orientierungsrahmen für den Faktor Fairness und den Auslegungs- und Beurteilungsspielraum des Juristen dar.<sup>472</sup>

Die Frage, ob **Gerechtigkeit** ein Qualitätsmerkmal von in der Mediation getroffenen Vereinbarungen ist, muss aus mehreren Gründen verneint werden.

Zum einen ist die Wertung, ob die Lösung in einem generalisierten Sinn gerecht ist, unmöglich der Mediationsperson zu übertragen, da Gerechtigkeit schwer fassbar ist und für jeden Einzelnen etwas anderes bedeutet.<sup>473</sup> Dass sie ihre eigene Wertung nicht als Maßstab heranziehen kann, ergibt sich nicht nur aus dem *Prinzip der Allparteilichkeit*, sondern auch aus der *organisatorischen Abgrenzung*

---

<sup>468</sup> S Breidenbach, Mediation (1995) 179: "richterliche Negativkontrolle".

<sup>469</sup> S Barga, Gerichtsinterne Mediation (2008) 28, der aufzeigt, dass dies eine passive Sicht der Mediationsperson sei und ihr sinnvollerweise eine Verantwortung bei der Gerechtigkeitsprüfung zukomme.

<sup>470</sup> S dazu FN 345.

<sup>471</sup> Klinger/Bierbrauer, Verfahrensgerechtigkeit – Teil 2, ZKM 2006, 71 (72) zitiert nach Tyler/Lind, A relational model of authority in groups, Adv. Ex. Soc. Psy. 25 (1992) 115, die die drei Faktoren "Ansehen", "Vertrauen" und "Neutralität" als maßgebliche Qualitätsmerkmale für das Funktionieren einer Gruppe feststellen.

<sup>472</sup> Duve in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 88; Likar/Krommer, Mediation und Recht, AnwBl 2005, 60; s auch Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 269.

<sup>473</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 186; s dazu ausführlich Dieter/Montada/Schulze (Hrsg), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation (2000); Montada, Was ist fair, was ist gerecht? Die Gerechtigkeit in der Mediation in Trenzcek/Berning/Lenz (Hrsg), Mediation und Konfliktmanagement (2013) 134 (137 Rz 18): "Gerechtigkeit ist zwar ein universelles Anliegen, es gibt aber keinen universellen Konsens darüber, was gerecht [...] ist [...]".

zum Gerichtsverfahren. Die Mediationsperson muss nämlich die Entscheidung den Parteien überlassen und ist nicht Schirmherr der Gerechtigkeit.

Zum anderen stellt Fairness als generell-abstraktes Konstrukt einen externen Maßstab dar,<sup>474</sup> der mit dem **individuell-konkreten Lösungsansatz**<sup>475</sup>, der die Mediation beherrscht, nicht vereinbar ist. Im Hinblick auf das *Prinzip der Eigenverantwortung* zählen nämlich einzig die Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien.<sup>476</sup> Auch die Bewertung der individuell-konkreten Gerechtigkeit ist der Mediationsperson nicht möglich, eben weil ihre persönlichen Vorstellungen von Gerechtigkeit nicht mit jenen der Parteien übereinstimmen müssen.<sup>477</sup>

Daneben stellt sich aber die Frage, ob der Mediator über die **rechtliche Lage** aufklären soll bzw darf und somit in Wahrheit eine Beurteilung der rechtlichen Positionen vornehmen kann. Die Beantwortung dieser Frage ist Basis für die Wertung der unten zu behandelnden Strömung *evaluative approach*<sup>478</sup>.

Das Recht ist **untrennbar** mit der Mediation verbunden, auch wenn sich das Verfahren auf die Interessen und Bedürfnisse der Parteien konzentriert<sup>479</sup> und nicht auf ihre rechtlichen Positionen. Dennoch – Konflikte beeinflussen unsere rechtlichen Belange, die oftmals Beweggrund für den Start einer Mediation sind. Außerdem muss bedacht werden, dass das Wissen um die rechtlichen Positionen in gewisser Weise für das Treffen einer eigenverantwortlichen, freiwilligen Entscheidung eine notwendige Information darstellt.<sup>480</sup>

---

<sup>474</sup> Breidenbach, Mediation (1995) 176.

<sup>475</sup> Gabriel, Haftung (2008) 59; s auch schon zuvor in Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien a) bei der Lösungswahl 56.

<sup>476</sup> Gabriel, Haftung (2008) 59; Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 187.

<sup>477</sup> Duve in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 96; aA allerdings Breidenbach, Mediation (1995) 178, der dem Mediator zugesteht, zumindest seine **eigenen individuell-konkreten Wertvorstellungen** als Gewichtung einzubeziehen und dementsprechend zu agieren.

<sup>478</sup> S Kapitel Teil III - 3.4 evaluative approach 109.

<sup>479</sup> S Hammerl in Ferz, Rechtskultur (2003) 33; ebenso Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 267; s aber Kapitel Teil III - 3.4 evaluative approach 109; zu der Konzentration auf die Interessen und Bedürfnisse s Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>480</sup> Cornelius, Mediation und systemische Therapie (2010) 95.

Diese Diskussion betrifft hauptsächlich Anwalts- und Richtermediatoren, da **alle übrigen Mediationspersonen** zur Aufklärung über die rechtlichen Positionen nicht in der Lage sind bzw die dazu erforderliche berufsrechtliche Befähigung nicht haben. Allerdings verlangt das *Prinzip der Informiertheit* zumindest die Klarstellung, dass eine rechtliche Beurteilung nicht stattfinden kann und die Konfliktparteien außerhalb der Mediation Beratung in Anspruch nehmen bzw Anwälte beiziehen können.

Ein **Anwalts- bzw Richtermediator** wäre aber zumindest in der Position, rechtliche Auskünfte zu geben und könnte somit das Informationslevel und die Transparenz verbessern. Eine Rechtsberatung innerhalb der Mediation ist aber jedenfalls systematisch nicht möglich,<sup>481</sup> da eine solche ein parteilicher Vorgang ist und somit das *Prinzip der Allparteilichkeit* verletzen würde. Dazu würden sich aber auch Abgrenzungs- und Konkurrenzprobleme<sup>482</sup> ergeben. Ein weiteres Argument ist die Möglichkeit, andere Konfliktlösungsverfahren in Anspruch zu nehmen, in denen das Recht eine gewichtigere Rolle spielt als in der Mediation.

Unterhalb dieser Schwelle besteht aber ein **Spannungsverhältnis** zwischen dem *Prinzip der Offenheit & Informiertheit*, das die Aufklärung über die rechtliche Lage gebieten würde, und dem *Prinzip der Allparteilichkeit*. Doch selbst wenn die Waage zwischen diesen Prinzipien gehalten werden kann, so verschiebt sich die Aufmerksamkeit oft unbemerkt von den Interessen zu den Positionen. Ein Abkommen von den einmal erörterten rechtlichen Positionen ist dann nur schwer möglich<sup>483</sup> und bewirkt eine Verhärtung des Prozesses, sodass die Mediation schließlich scheitert.

Auf der anderen Seite kann auch das persönliche Vertrauen auf eine Rechtsposition, die objektiv betrachtet nicht zutrifft, zur Verhandlungsstarre führen. Diese

---

<sup>481</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 166; vgl auch Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 7-079.

<sup>482</sup> Hopf in Ferz, Rechtskultur (2003) 63.

<sup>483</sup> Falk in Töpel/Pritz, Mediation (2000) 29.

Situation wiederum kann durch aktive Behandlung der rechtlichen Lage gewinnbringend aufgelöst werden.

Dieses Dilemma kann mE durch einen sauberen Schnitt nicht zufriedenstellend aufgelöst werden, da bei der Entscheidung für oder gegen die Möglichkeit der Erörterung der rechtlichen Positionen jedenfalls Risiken bzw Nachteile bestehen bleiben. Beide Seiten dieser Spannungssachse haben vertretbare Argumente, weshalb all jene Regelungen, die jedenfalls die Rechtsberatung aus- und die Verpflichtung zum Hinweis auf die Möglichkeit externer Rechtsberatung einschließen, etwas für sich haben. Eine konkrete Aussage, welche Rolle das Recht in der Mediation spielen sollte, wird weiter unten im Zusammenhang mit den Strömungen getroffen.<sup>484</sup>

Abschließend zum Thema Gerechtigkeit bleibt noch hervorzuheben, dass die Verfahrensgerechtigkeit ebenfalls ein enorm wichtiger Faktor für die Akzeptanz des Ergebnisses darstellt.<sup>485</sup> Die Mediationsperson – verantwortlich für die Prozesssteuerung – hat unabhängig von ihrem Quellberuf für einen fair empfundenen Verfahrensablauf zu sorgen. Da es sich hierbei aber aufgrund des Fehlens von formalen Prozessordnungen nicht um ein juristisch fassbares Phänomen handelt, muss auf weiterführende Literatur verwiesen werden.<sup>486</sup>

### 3) Zur Rechtslage in Deutschland

In Deutschland wurde die Rechtslage nicht nur durch das neue MediationsG, sondern auch durch Änderungen in der Berufsordnung der Rechtsanwälte geändert.<sup>487</sup> Es ist nun festgehalten worden, dass die Mediationsperson nichtvertretene Parteien auf die Möglichkeit einer externen Beratung hinzuweisen hat – diese Pflicht trifft Nicht-Juristen wie Juristen.<sup>488</sup> Darüber hinaus sind simple

---

<sup>484</sup> S va Kapitel Teil III - 3.4 evaluative approach 109.

<sup>485</sup> *Klinger/Bierbrauer*, Verfahrensgerechtigkeit – Teil 1, ZKM 2006, 36 (38).

<sup>486</sup> S ua *Dieter/Montada/Schulze* (Hrsg), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation (2000).

<sup>487</sup> Zur alten Rechtslage *Tochtermann*, Unabhängigkeit u Unparteilichkeit (2008) 91, 92.

<sup>488</sup> § 2 Abs 6 MediationsG.

Rechtsinformationen erlaubt<sup>489</sup> und stellen damit noch keine Rechtsdienstleistung dar.<sup>490</sup>

Durch § 18 BORA ist überdies klargestellt worden, dass der Anwalt jedenfalls als Mediator tätig sein kann, dabei allerdings dem Berufsrecht des Rechtsanwalts unterliegt, da Mediation eine unmittelbar anwaltschaftliche Tätigkeit darstellt.<sup>491</sup>

In puncto Fairness sieht Deutschland von einer Kontrolle ab.<sup>492</sup> Im Wesentlichen stimmt die Gesetzeslage in Deutschland also mit der oben vertretenen Ansicht überein.

#### 4) Zur Rechtslage in der Schweiz

In der Schweiz sind Mediationspersonen jedenfalls nicht verpflichtet, über die Rechtslage aufzuklären, die Parteien sollen sich aber individuell beraten lassen.<sup>493</sup> Diese Ansicht wird als *Prinzip der Fairnesskontrolle* bezeichnet.<sup>494</sup> Daraus kann ebenfalls eine Hinweispflicht der Mediationsperson abgeleitet werden. Abgesehen davon ist eine Rechtsberatung innerhalb der Mediation nicht ausgeschlossen.<sup>495</sup>

#### 5) Zur Rechtslage in Österreich

Österreich kommt der Regelung in Deutschland am nächsten, da sie ausdrücklich die Beratung in der Mediation untersagt, gleichzeitig aber den unparteiischen Dritten dazu verpflichtet, auf die möglicherweise erforderliche **externe Rechtsberatung** hinzuweisen.<sup>496</sup> Weiters sind bloße Rechtsauskünfte zulässig, die zur Erfüllung der Aufklärungspflichten des Mediators notwendig sind.<sup>497</sup>

---

<sup>489</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 15.

<sup>490</sup> § 2 Abs 3 Z 4 deRDG; *Kreissl*, Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem, *SchiedsVZ* 2012, 230 (241).

<sup>491</sup> § 18 deBORA; *Mähler/Mähler*, B5. Außergerichtliche Streitbeilegung – Mediation in *Büchting* (Hrsg), Beck'sches RechtsanwaltsHandbuch<sup>9</sup> (2007) Rz 76.

<sup>492</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 186.

<sup>493</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 22; aA *Gabriel*, Haftung (2008) 158, 160, der die Pflicht des Anwaltsmediator sieht, die Parteien über alle wesentlichen Rechtsumstände aufzuklären.

<sup>494</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 22.

<sup>495</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 251.

<sup>496</sup> § 16 Abs 3 ZivMediatG.

<sup>497</sup> *Falk/Koren*, ZivMediatG, § 16 Rz 22.9. mwN.

## b) Konsenslösung

Angehenden Mediatoren sowie den Konfliktparteien im Erstgespräch wird häufig erklärt, das Ziel einer Mediation bestehe im Finden eines *Konsenses*; ein *Kompromiss* sei nicht ausreichend. Dabei ist der *Konsens im materiellen Sinn* gemeint, nicht der *formelle*.<sup>498</sup> Doch diese Aussage kann aufgrund des *Prinzips der Eigenverantwortung* der Parteien nicht bestätigt werden, denn die Parteien entscheiden sich eben selber für eine Lösung und die kann auch ein *materieller Kompromiss* sein. Richtig ist aber, dass die Formen der Mediation, die hierzulande hauptsächlich praktiziert werden, eine Konsenslösung anstreben. Das Ziel einer Konsenslösung stellt also den hypothetischen Idealzustand dar, aber im Hinblick auf das *Prinzip der Eigenverantwortung* kein praktisch sinnvolles Qualitätsmerkmal.

## c) Zukunftsorientierung im Prozess

In Abgrenzung zur Therapie ist die Zukunftsorientierung jedenfalls ein wichtiger Aspekt,<sup>499</sup> da es in der Mediation zu keiner Vergangenheitsbewältigung oder -aufarbeitung kommt.<sup>500</sup> Dennoch ist es mE lediglich ein **optionales** Qualitätsmerkmal, das in der Praxis nicht als absolutes Prinzip gelehrt werden sollte, da ein solches Paradigma den Definitionsrahmen der Mediation unnötig einengen würde. Einerseits steht fest, dass Mediation keine Therapie ist, andererseits kann der Prozess oftmals nicht ohne Behandlung vergangener Geschehnisse vorangetrieben werden.

## d) Kommunikationsförderung

Die Kommunikationsförderung ist eines von zwei Qualitätsmerkmalen, die Österreich in die Begriffsdefinition aufgenommen hat. Es stellt – ähnlich wie die Zukunftsorientierung – ein organisatorisches Abgrenzungsmerkmal im Verhältnis zur Moderation dar. Denn anders als die Moderationsperson leitet die Mediationsperson nicht nur die Verhandlung, sondern versucht die Kommunikation durch Techniken positiv zu beeinflussen, sodass die Parteien schließlich zu einer friedlichen Einigung finden.

---

<sup>498</sup> Zur Unterscheidung von Konflikt und Konsens s Kapitel Teil II - 1.1.1 Der Konsens-Ansatz 10.

<sup>499</sup> Ferz/Filler, Gesetz u Komm § 1 Rz 1; Stalzer, Wege zur Kooperation (2010) 2, 7; Weber/Wiedermann/Proksch in Kleindienst-Passweg/Wiedermann/Proksch (Hrsg), Handbuch Mediation (Loseblattausgabe Sept 2011) 2.4, 1; s auch Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 48.

<sup>500</sup> Hammerl in Ferz, Rechtskultur (2003) 32; Prokop-Zischka/Langer in Töpel/Pritz, Mediation (2000) 54.

Anhänger des *transformative approach*<sup>501</sup> sehen die Kommunikationsförderung als Erfolgserfordernis an und stellen sie auf eine Stufe mit den *Prinzipien der Offenheit & Informiertheit* und *Vertraulichkeit & Verschwiegenheit*. Sie erheben die langfristige Verbesserung der Kommunikation zwischen den Parteien zum Ziel der Mediation. Diese Strömung findet sich nicht mit der Lösung eines einzelnen Konflikts ab, sondern strebt die Integration mediativer Elemente in den Konfliktalltag der Medianten an.

Die Kommunikationsförderung ist aber eher ein simples Beschreibungsmerkmal des Prozesses, jedenfalls aber kein Prinzip oder Erfolgserfordernis. Im Gegenteil: Die Ambition einer nachhaltigen Kommunikationsänderung – ähnlich wie die Vergangenheitsbewältigung – stellt vielmehr ein Therapieziel und damit eine Grenzüberschreitung zur Therapie dar, die strikt vermieden werden sollte.<sup>502</sup>

ME sollte daher die explizite Erwähnung in der Legaldefinition unterlassen werden. Zwar könnte auch argumentiert werden, die konkrete Formulierung des österreichischen Mediationsbegriffs im ZivMediatG<sup>503</sup> lässt nicht auf ein *Ziel* der Mediation, sondern auf ein *Mittel* der Mediation schließen. Besonders die Betonung der *systematischen Förderung der Kommunikation* lässt aber eben auch andere Interpretationen zu, weshalb für eine zweifelsfreie Auslegung die Erwähnung des Qualitätsmerkmals *Kommunikationsförderung* im Gesetzesbegriff ausgespart werden sollte.

#### **e) Ausbildung der Mediationsperson**

Die Mediationsausbildung ist schließlich das zweite Qualitätsmerkmal in der österreichischen Begriffsdefinition<sup>504</sup> und wird auch von der MediationsRL ausdrücklich erwähnt<sup>505</sup>. Sie stellt für das System Mediation ebenfalls kein Prinzip oder Erfolgserfordernis dar. Sicherlich muss die Mediationsperson die Eignung aufweisen, um erfolg-

---

<sup>501</sup> S Kapitel Teil III - 3.3 transformative approach 108.

<sup>502</sup> Zur Abgrenzung s ua *Weber/Wiedermann/Proksch* in *Kleindienst-Passweg/Wiedermann/Proksch* (Hrsg), Handbuch Mediation (Loseblattausgabe Sept 2011) Kap 2.4, 1.

<sup>503</sup> § 1 Abs 1 ZivMediatG: "Mediation ist eine [...] Tätigkeit, bei der ein [...] Mediator mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen".

<sup>504</sup> *Hopt/Steffek* in *Hopt/Steffek*, Mediation (2008) 15; erwähnt auch in *Hammerl* in *Ferz*, Rechtskultur (2003) 32.

<sup>505</sup> Art 3 b) MediationsRL.

reich als solche agieren zu können, doch wie sie zu den erforderlichen Kompetenzen gelangt – durch eine besondere Ausbildung, praktische Erfahrungen oder schlicht persönliche Eignung –, ist für den Prozess nebensächlich. Dieses Thema gehört überdies nicht zum Kapitel *Definition* als Teilbereich der *begrifflichen Förderung*, sondern zur *qualitativen Förderung*.<sup>506</sup>

Doch Österreich hat diesem Qualitätsmerkmal die Charakteristik eines Grundprinzips übergestülpt, indem nur solche Mediationen unter das ZivMediatG fallen, die von einem *eingetragenen Mediator*<sup>507</sup> geführt werden. Die eigentliche Frage, ob dies die Qualität der Mediation verbessert und fördert oder aber den Begriff die Mediation unnötig einschränkt, wird weiter unten erörtert.<sup>508</sup>

### 2.2.7 Zusammenfassung

Zusammenfassend ist nochmals festzuhalten, dass die Punkte *Eigenverantwortung der Parteien*, *Freiwilligkeit* und *Allparteilichkeit* **Grundprinzipien** darstellen, die für die Beurteilung, ob der vorliegende Prozess überhaupt eine Mediation ist, wesentlich sind. Sie gelten absolut, können also nicht eingeschränkt werden. Sind diese Prinzipien nicht erfüllt, liegt keine Mediation vor.<sup>509</sup>

Die Punkte *Offenheit & Informiertheit* und *Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* stellen zwar ebenfalls Prinzipien dar, doch sie sind nicht für die Qualifizierung eines Prozesses als Mediation, sondern für die Erfüllung anderer Prinzipien und den Erfolg der Mediation wesentlich. Als **Erfolgserefordernisse** hat ihre Verletzung nicht die gleichen Konsequenzen wie bei den Grundprinzipien, dennoch zieht sie negative Folgen für den Prozessverlauf nach sich. Im Gegensatz zu den Grundprinzipien können die Erfolgserefordernisse jedenfalls zugunsten anderer Prinzipien oder Interessen eingeschränkt werden.

Alle übrigen Punkte betreffen **Qualitätsmerkmale**, die oft Attribute des idealen Mediationsfalls auf dem Papier darstellen, aber in der Praxis nicht immer sinn- und zweckvoll umgesetzt

---

<sup>506</sup> S Teil I - 1 Einleitung 1.

<sup>507</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

<sup>508</sup> S Kapitel Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

<sup>509</sup> AA *Mürner*, *Gerichtsnaher Zivilmediation* (2005) 9, die für das Vorliegen einer Mediation die Einhaltung der *Prinzipien Allparteilichkeit, Eigenverantwortung, Vertraulichkeit, Informiertheit* und *Freiwilligkeit* fordert.

werden. Für die Verfechter gewisser Strömungen sind sie unerlässliche Faktoren. Für den Wissenschaftler sind sie jedenfalls Komponenten, die bedacht und – wie beispielsweise die *Rolle des Rechts* – diskutiert werden müssen, aber weder für den Bestand noch den Erfolg der Mediation einflussreich sind.

### 3 Strömungen

Zweifellos gibt es innerhalb der Mediation verschiedene Schulen bzw Lehrmeinungen. Viele unterscheiden sich in inhaltlichen Themen, wie die Möglichkeiten der Einteilung in unterschiedliche Phasen.<sup>510</sup> In dieser Arbeit von Interesse ist aber die differenzierte Gewichtung der bereits erörterten Prinzipien<sup>511</sup>.

Prinzipiell gibt es auch hier wieder unterschiedliche Möglichkeiten der Einteilung bzw wissenschaftlichen Begründung. Die wohl am weitesten verbreitete und am häufigsten diskutierte Theorie ist das von *Leonard L. Riskin* entwickelte und seither mehrmals überarbeitete **Grid System**.<sup>512</sup> Dieses entstand im Wesentlichen aus den Überlegungen bezüglich der unterschiedlichen Ansätze von Konfliktdefinitionen einerseits und Rollenverständnissen der Mediationspersonen andererseits. *Riskin* formulierte schließlich die beiden Konfliktdefinitionen *narrow problem definition* und *broad problem definition* und stellte sie in einem Raster den beiden Rollenverständnissen *facilitative* und *evaluative* gegenüber,<sup>513</sup> sodass im Wesentlichen vier unterschiedliche Orientierungen des Mediators<sup>514</sup> entstanden. Vermutlich war es der Versuch, Mediationspersonen in diese Kategorien einzuteilen, der die mehrmalige Überarbeitung des *Grid System* erforderlich machte, denn *Riskin* selbst stellte fest, dass

Auffällig ist bei eingehender Studie dieser Strömungen, dass im kontinentaleuropäischen Bereich bzw im Gebiet des *civil law* hauptsächlich die klassischen, ursprünglichen und daher eher konservativen Mediationsarten vertreten sind, während Erfahrungsberichte der flexiblen, kundenorientierten Verfahrensarten vorwiegend aus dem angloamerikanischen bzw *common law* Gebiet stammen.<sup>515</sup>

---

<sup>510</sup> Häufig wird das sog 5-Phasen-Modell gelehrt; s bspw *Stalzer, Wege zur Kooperation* (2010) 7 ff.

<sup>511</sup> S Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>512</sup> S *Riskin*, *Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: The New New Grid System*, *Alt. High Costs Lit.* 23 (2005) 127; *ders*, *Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System*, *Notre Dame L. Rev.* 79 (2003) 1; *ders*, *Retiring and Replacing the Grid Of Mediator Orientations*, *Alt. High Costs Lit.* 21 (2003) 69; *ders*, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, *HNLR* 1 (1996) 7; *ders*, *Mediator Orientations, Strategies and Techniques*, *Alt. High Costs Lit.* 12 (1994) 111.

<sup>513</sup> *Riskin* (s FN 512) stellt die diese beiden Begriffe einander gegenüber, geht aber nicht auf die anderen Strömungsalternativen ein.

<sup>514</sup> Diese sind *evaluative narrow*, *facilitative narrow*, *evaluative broad* und *evaluative narrow*.

<sup>515</sup> S *Alexander* in *Ferz, Rechtskultur* (2003) 47; *Mirimanoff, médiation* (2011) 68.

Geleitet wird dieses Kapitel von folgender Frage: Wie weit sind die Grenzen des österreichischen Mediationsbegriffs zu setzen, damit das System Mediation zwar nicht verletzt, aber ein flexibles Verfahren zur Verfügung gestellt werden kann?

Die optimale Definition vereinigt die Attraktivität eines **flexiblen** und **anpassungsfähigen** Systems sowie den **Schutz** der beteiligten Personen.<sup>516</sup>

### 3.1 settlement approach

Mit *settlement approach* (weitere Bezeichnungen sind: *compromise*, *distributive*, *positional*, *rights-based mediation*<sup>517</sup>)<sup>518</sup> wird in der angloamerikanischen Literatur das klassische Modell bezeichnet.<sup>519</sup> Hierzulande kann aber allerhöchstens von einem Grundmodell gesprochen werden, da es quasi die Basis, das absolute Minimum an Vermittlung darstellt; klassische europäische Mediation ist es jedenfalls nicht<sup>520</sup>. Es ist ein lösungsorientierter und kostensparender Ansatz,<sup>521</sup> in dem weniger mediative Techniken, sondern vielmehr typische Verhandlungsgespräche<sup>522</sup> unter der Leitung eines unabhängigen Dritten zur Anwendung kommen. Die deutschsprachige Praxis wird unter diesem Ansatz gar nicht Mediation, sondern eher eine Art Moderation verstehen.

### 3.2 facilitative approach

Der *facilitative approach* (weitere Bezeichnungen sind: *interest-based*<sup>523</sup>, *problem-solving*<sup>524</sup>, *rational-analytic mediation*, *positive-sum negotiation*<sup>525</sup>)<sup>526</sup> ist jene Strömung, die im deutschsprachigen Raum als das klassische Modell bezeichnet wird.<sup>527</sup>

---

<sup>516</sup> Alexander in Ferz, Rechtskultur (2003) 42, die auf die Debatte bezüglich der Suche nach einer Balance zwischen Flexibilität und Vielfalt einerseits und Einheitlichkeit andererseits hinweist.

<sup>517</sup> Eidenmüller in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 175; Mürner, Gerichtsnahe Zivilmediation (2005) 6.

<sup>518</sup> Boule, Mediation<sup>3</sup> (2011) 44; Mirimanoff, médiation (2011) 25: "Le modèle fondé sur la résolution du problème".

<sup>519</sup> Obwohl die meisten Praktiker den *facilitative approach* unterstützen: Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-008.

<sup>520</sup> Vgl sogleich in Kapitel Teil III - 3.2 facilitative approach 106.

<sup>521</sup> Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-008.

<sup>522</sup> S Boule, Mediation<sup>3</sup> (2011) 44 f; vgl Brown/Marriott, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-008.

<sup>523</sup> Eidenmüller in Duve/Eidenmüller/Hacke, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 175; Mürner, Gerichtsnahe Zivilmediation (2005) 5.

Hervorgekehrt werden die Bedürfnisse und Interessen, nicht die Positionen,<sup>528</sup> weshalb sich dieser Ansatz auch gegen die Behandlung der **rechtlichen** Positionen einsetzt.<sup>529</sup> Die Mediationsperson hat demgemäß keine Möglichkeit Bewertungen – seien es auch sachliche, unabhängige und unverbindliche Beurteilungen – abzugeben.<sup>530</sup>

Auch wird ihre Rolle in der Endphase (die Lösungsfindung) als Kreativitätskatalysator bezeichnet, da sie lediglich Anregungen und Anstöße geben kann, aber keine Vorschläge unterbreiten darf.<sup>531</sup> Dem *Prinzip der Informiertheit* wird im Gegensatz zu den anderen Prinzipien ein geringerer Stellenwert beigemessen. Darüber hinaus lehnen Vertreter dieser Strömung die Anwesenheit bzw Mitwirkung von Anwälten in der Mediation meist ab.<sup>532</sup>

Daneben wird den Qualitätsmerkmalen *Zukunftsorientierung* und *Konsenslösung* (im juristischen Sinn) großes Gewicht beigemessen; angestrebt wird generell eine *win-win* Lösung.<sup>533</sup>

Diese Strömung vertritt den Ansatz, dass die Konfliktbearbeitung im Weg der Förderung der **Parteikommunikation** stattfindet,<sup>534</sup> weshalb diese Form der Mediation hauptsächlich dort Erfolg haben wird, wo der Konflikt ausschließlich auf einer Kommunikationsstörung basiert.<sup>535</sup> Liegen dagegen strukturelle bzw organisatorische Störungen vor, so sind andere Ansätze besser geeignet.<sup>536</sup>

---

<sup>524</sup> *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999) Rz 2-008; *Ware*, Principles<sup>2</sup> (2007) 271, wonach das Gegenteil zum *problem-solving approach* der *adversarial/competitive approach* sei.

<sup>525</sup> *Ware*, Principles<sup>2</sup> (2007) 286.

<sup>526</sup> *Bouille*, Mediation<sup>3</sup> (2011) 44; s auch *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 182, dessen Beschreibung des Modells "Reine Kommunikationsförderung", auch als "Mediation im prozeduralen Sinn" bezeichnet, auf den *facilitative approach* passt.

<sup>527</sup> *Mürner*, Gerichtsnaher Zivilmediation (2005) 5; *Trenczek*, Außergerichtliche Konfliktregelung (ADR) in *Trenczek/Berning/Lenz* (Hrsg), Mediation und Konfliktmanagement (2013) 23 (45 Rz 48); vgl auch *Peter*, Gerichtsnaher Mediation (2011) Grundlagen Rz 29.

<sup>528</sup> S dazu bereits Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>529</sup> *Ferz/Filler*, Gesetz u Komm § 1 Rz 1; *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 183.

<sup>530</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 189; im Gegensatz zum *evaluative approach* (s gleich).

<sup>531</sup> *Eidenmüller* in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 183; *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 64; *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 183.

<sup>532</sup> *Ware*, Principles<sup>2</sup> (2007) 294, nachdem ein Fokus auf die Interessen ohne Beisein von Parteienvertretern leichter sei.

<sup>533</sup> S dazu bereits Kapitel Teil II - 2.1 Allgemeines 16.

<sup>534</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 26.

<sup>535</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 190.

<sup>536</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 190.

### 3.3 transformative approach

Der *transformative approach* (weitere Bezeichnungen: *therapeutic, reconciliation mediation*)<sup>537</sup> erfreut sich in der Literatur und Praxis immer größerer Beliebtheit.

Er strebt einen weitergehenden, tieferen Zweck an und repräsentiert in gewisser Weise eine Weltanschauung.<sup>538</sup> Vertreter dieser Strömung sind nämlich nicht mit der Bewältigung des gerade aktuellen Konflikts zufrieden, sondern sehen es als Aufgabe des Mediators, die Beziehung zwischen den Konfliktparteien nachhaltig zu verbessern. Teilweise wird der Zweck der Mediation sogar als "moralisches Wachstum"<sup>539</sup> bezeichnet und als Ziel die Veränderung des Menschen<sup>540</sup> an sich gesehen.

Anhänger dieser Strömung bewerten den Erfolg einer Mediation nach gänzlich anderen Maßstäben als dies beispielsweise beim *facilitative approach* der Fall ist. So rückt der eigentliche Konflikt in den Hintergrund und ist auch unerheblich, ob eine Lösung erreicht wird oder nicht.<sup>541</sup> Wesentlich ist dagegen die nachhaltige Verbesserung des Konfliktverhaltens.<sup>542</sup> Das Modewort *Empowerment* ist das dazugehörige Stichwort.<sup>543</sup>

Wie bereits erwähnt, wird hierbei die Kommunikationsförderung zum Grundprinzip erklärt.<sup>544</sup> Da dieses aber lediglich ein Qualitätsmerkmal sein kann<sup>545</sup>, ist dieser Ansatz mE abzulehnen. Die Grenze zur Therapie wird verwaschen und das eigentliche Ziel – die Konfliktlösung – aus den Augen verloren.

---

<sup>537</sup> Boule, *Mediation*<sup>3</sup> (2011) 44.

<sup>538</sup> Breidenbach, *Mediation* (1995) 116.

<sup>539</sup> Ware, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 271 zitiert nach *Bush/Folger, The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (1994) 2-12; letztere gehen in der überarbeiteten Ausgabe auf die Bedeutung des *moral growth* näher ein: *Bush/Folger, The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict* (2005) 72 ff.

<sup>540</sup> Ware, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 271.

<sup>541</sup> Ware, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 272 mVa *Bush/Folger, The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition* (1994) 200-01.

<sup>542</sup> Boule, *Mediation*<sup>3</sup> (2011) 47, der ebenfalls von *moral growth* spricht.

<sup>543</sup> Boule, *Mediation*<sup>3</sup> (2011) 47; *Brown/Marriott, ADR*<sup>2</sup> (1999) Rz 2-009; s zum Begriff Kapitel Teil III - 2.2 Funktionale Abgrenzung 52.

<sup>544</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale d) Kommunikationsförderung 101.

<sup>545</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.7 Zusammenfassung 103.

### 3.4 evaluative approach

Der *evaluative approach* (weitere Bezeichnungen: *advisory, managerial, normative mediation*)<sup>546</sup> ist wohl die umstrittenste Strömung in der Mediationspraxis und das nicht unbegründet.<sup>547</sup> Eine ablehnende Haltung, vor allem von Vertretern des *facilitative approach*, ist verständlich, da die Rolle des Rechts bei diesen beiden Verfahrensarten unterschiedlicher wohl nicht sein könnte.

Wesentliches Element ist die **Beurteilung** des Konflikts durch die Mediationsperson.<sup>548</sup> Sie kann dabei die Positionen beider Parteien auf ihre (i) Stärken und Schwächen hin bewerten.<sup>549</sup> Außerdem sieht der *evaluative approach* die Möglichkeit der Mediationsperson vor, den Parteien das (ii) wahrscheinliche **Ergebnis** eines Gerichtsverfahrens darzulegen und weiters die ihrer Meinung nach (iii) fairste Lösung **vorzuschlagen**.<sup>550</sup>

Durch diese Optionen bietet dieser Ansatz den **Vorteil** einer möglichen Objektivierung des Konflikts und kann damit einen eventuell notwendigen Perspektivenwechsel bei den Parteien erzeugen, was in der Folge die Verhandlungspositionen verändert,<sup>551</sup> sie einander auch annähert<sup>552</sup> und neuen Antrieb in eine verfahrenre Verhandlung bringen kann. Wie bereits bei der Erörterung der Einzelgespräche erwähnt, kann eine *reaktive Abwertung*<sup>553</sup> von Vergleichsvorschlägen dadurch verhindert werden, dass die Mediationsperson sie unterbreitet. Auch bewirken diese Mechanismen eine Verfahrensbeschleunigung, wohingegen kritisch bemerkt wird, dass die Vorteile der erhöhten Akzeptanz und dauerhaften Befolgung einer Lösung größtenteils verloren gehen.<sup>554</sup> Andererseits ist die Erfolgsrate – so sie daran gemessen wird, ob die Medianten eine Lösung finden – höher, wenn die Mediationsperson einen

---

<sup>546</sup> Boule, *Mediation*<sup>3</sup> (2011) 44.

<sup>547</sup> Ausführlich Love, *The top ten reasons why mediators should not evaluate*, FSU L. Rev. 24 (1997) 937.

<sup>548</sup> Riskin, *Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed*, HNLR 1 (1996) 7 (27); s auch Hacke, *Der ADR-Vertrag* (2001) 26; Lowry, *Evaluative Mediation in Folberg/Milne/Salem, Divorce and Family Mediation* (2004) 72 (73).

<sup>549</sup> Dabei agiert der Mediator als sog **agent of reality**: Bagen, *Gerichtsinterne Mediation* (2008) 23; Haft in Haft/Schlieffen, *HB Mediation*<sup>1</sup> (2002) § 2 Rz 37; Stulberg, *The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor Susskind*, Vermont L. Rev. 6 (1981) 85 (93).

<sup>550</sup> Dieser Vorgang wird auch als **Neutral Evaluation** bezeichnet und stellt auch eine eigene Form von ADR-Verfahren da: Ware, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 291.

<sup>551</sup> Hacke, *Der ADR-Vertrag* (2001) 191.

<sup>552</sup> Ware, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 291.

<sup>553</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit 85.

<sup>554</sup> Hacke, *Der ADR-Vertrag* (2001) 192.

aktiveren Ansatz verfolgt.<sup>555</sup> Weiters stellt es eine vielversprechende Methode zum Ausgleich von Machtungleichgewicht dar.<sup>556</sup>

Der *evaluative approach* bietet sich vor allem bei Mehrparteienverfahren an<sup>557</sup> und bei Konflikten, die nicht ausschließlich auf Kommunikationsstörungen beruhen.

Wie bereits erwähnt, gesteht dieser Ansatz dem Recht eine sehr starke Rolle zu und nimmt es sogar als Maßstab mit in den Prozess auf.<sup>558</sup> Daher meinen manche<sup>559</sup>, dass er zum Schutz der Konfliktparteien nur von Richter- und Anwaltsmediatoren durchgeführt werden dürfe. In jedem Fall ist dieser Ansatz – stärker als die anderen – dafür geeignet, um Parteienvertreter mit einzubeziehen.<sup>560</sup>

Negativ muss jedoch angeführt werden, dass sowohl das *Prinzip der Eigenverantwortung* als auch das *Prinzip der Allparteilichkeit* starke Einschnitte erfahren und nur in abgeschwächter Form erfüllt werden. Wie bereits ausgeführt, dürfen Grundprinzipien aber nicht eingeschränkt werden, andernfalls keine Mediation vorliegt.<sup>561</sup>

ME führen all die Beschreibungen des *evaluative approach* zu der konsequenten Beurteilung, dass es sich hierbei tatsächlich nicht mehr um Mediation, sondern bereits um eine **Schlichtung**<sup>562</sup>, allenfalls um *Med-Con*<sup>563</sup> handelt. Diese Strömung ist daher mM nach keine Mediation im engeren Sinn mehr und ist daher abzulehnen.

Doch um den diversen Grundprinzipien und Erfolgserfordernissen Rechnung zu tragen, ist die Zulassung der Mitteilung einfacher **Rechtswisensinformationen** durch die geschulte Mediationsperson förderlich. Denn durch diese Regelung wird die Einbindung des Rechts nicht voll-

---

<sup>555</sup> *Wissler*, The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases, Conf. Res. Quart. 22 (2004) 55 (69).

<sup>556</sup> *Hacke*, Schwierige Situationen in Mediationsverfahren bewältigen in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 270.

<sup>557</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 192.

<sup>558</sup> *Ware*, Principles<sup>2</sup> (2007) 292.

<sup>559</sup> Bez der Eignung zum *evaluative mediator* s *Stitt*, Mediation: A Practical Guide (2004) 2.

<sup>560</sup> S *Boulle*, Mediation<sup>3</sup> (2011) 46.

<sup>561</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.7 Zusammenfassung 103.

<sup>562</sup> Kritiker sehen den *evaluative approach* der Schiedsgerichtsbarkeit näher stehend: *Boulle*, Mediation<sup>3</sup> (2011) 46, wonach der *evaluative mediator* eine quasi-schiedsrichterliche (*quasi-arbitral*) Rolle inne habe; *Stitt*, Mediation: A Practical Guide (2004) 3, demnach Kritiker *evaluative mediation* als *non-binding judging* oder auch *non-binding arbitration* bezeichnen.

<sup>563</sup> S dazu FN 235, 288.

kommen tabuisiert und die Grenzen zu anderen ADR-Verfahren sowie zur Rechtsberatung werden gewahrt. Diese Lösung entspricht auch dem österreichischen Weg.<sup>564</sup>

Da, wie bereits erwähnt, der *transformative approach* die Grenze zur Therapie überschreitet, der *evaluative approach* jene zur Schlichtung und der *settlement approach* vielmehr Moderation darstellt, ist jener Ansicht zu folgen, die für die Praktizierung des *facilitative approach* appelliert.

Damit wird aber die Sinnhaftigkeit und Nützlichkeit diesen anderen Verfahrensarten nicht abgesprochen, sondern lediglich die Schlussfolgerung getroffen, dass sie in Wahrheit nicht in den Rechtsbereich der Mediation fallen, sofern dieser nicht ausdrücklich auf sie ausgedehnt wird.

Dennoch sollte die Trennlinie nicht zu scharf gezogen werden. Denn es gibt kaum Mediationspersonen, die niemals Bewertungen in die Mediation einfließen lassen.<sup>565</sup> Eine **starre Zuordnung** zu der einen oder anderen Strömung ist wohl ohnehin kaum praxisnah – ein Umstand, der häufig übersehen wird.<sup>566</sup> Es wäre weder marktgerecht noch fördert es die Privatautonomie der Parteien<sup>567</sup>, wenn es nur einen richtigen Stil gäbe, den die Mediatoren allen Verfahren überstülpten.<sup>568</sup> Wichtiger wäre es, auf die Dynamik der Verhandlung und die Bedürfnisse der Parteien einzugehen und die Erfolgserfordernisse und Qualitätsmerkmale der Mediation so zu gewichten, wie es gerade erforderlich und förderlich ist.<sup>569</sup>

Daher sollten die oben beschriebenen Strömungen nicht nur – wie bereits *Riskin* im Zuge der Weiterentwicklung seines *Grid System* festhielt<sup>570</sup> – als *entweder-oder* Kategorisierungen betrachtet werden, sondern einzelne Aspekte in den *facilitative approach* – als das klassische Modell – integriert werden können.

---

<sup>564</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 5) Zur Rechtslage in Österreich 100.

<sup>565</sup> *Ware*, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 267, 295; s jedoch *Ware*, aaO, 293, wo die Meinung vertreten wird, dass nicht gleichzeitig der *evaluative approach* verfolgt und ein *positive-sum* Ansatz vertreten werden kann.

<sup>566</sup> *Breidenbach*, *Mediation* (1995) 134; *Duve* in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 85; *Ware*, *Principles*<sup>2</sup> (2007) 294 FN 134 mit Verweis auf das Grid-System von *Riskin*: "[...] *the more facilitative a mediator is, the less evaluative she is [...]*". Dabei wird aber auf die anderen Strömungen gänzlich vergessen, weshalb dieser Satz nur zum Teil richtig ist.

<sup>567</sup> *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 96 f; *Hager*, *Konflikt und Konsens* (2001) 81.

<sup>568</sup> *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 94 f.

<sup>569</sup> *Duve* in *Duve/Eidenmüller/Hacke*, *Wirtschaft*<sup>1</sup> (2003) 85; s auch *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 96 f.

<sup>570</sup> *Riskin*, *Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: The New New Grid System*, *Alt. High Costs Lit.* 23 (2005) 127.

## 4 Fazit

Nach eingehender Auseinandersetzung mit der Suche nach einer verständlichen, effektiven und anpassungsfähigen Definition des Begriffs *Mediation* bleibt zu sagen, dass sich im Großen und Ganzen die Beschreibungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz zwar sehr ähneln, im Detail aber stark unterscheiden.

Oberflächlich betrachtet sind die Unterschiede des derzeit angewandten Begriffsverständnisses von Mediation zwischen diesen Ländern kaum spürbar: Die offiziellen Definitionen sind sehr ähnlich, die Theorie anerkennt die gleichen Prinzipien und auch die Praxis verfolgt weitgehend dieselbe Strömung – den *facilitative approach*.

Doch bei näherer Betrachtung fällt auf, dass eben nicht die gleichen Prinzipien in der Definition verwendet werden und dass sie unterschiedlich gewichtet und geschützt werden. Der vorgenommene Vergleich dieser Unterschiede sowie die Untersuchung der begrifflichen Möglichkeiten und Grenzen führen zu dem Schluss, dass die **folgenden Änderungsvorschläge bzw Interpretationen** nicht nur systematisch vereinbar mit dem Modell Mediation sind, sondern auch positiv zum Erfolg der Mediation in Österreich beitragen würden:

- 1) Beim Ausloten der **organisatorischen Grenzen** ist aufgefallen, dass neben der Mediation nur die Schiedsgerichtsbarkeit in der zivilrechtlichen ADR-Landschaft eine größere Aufmerksamkeit genießt. In der Schweiz dagegen ist auch die Schlichtung als fester Bestandteil integriert. Zwar gibt es vereinzelt auch in Österreich Schlichtungs- und Ombudsstellen, doch diese stellen in der jetzigen Form keine gleichwertige Alternative zum Gerichtsverfahren dar.

Wie bereits erwähnt, sollte mE aber das gesamte Spektrum der Konfliktlösungsmethoden gefördert werden, um dem Markt die größtmögliche Auswahl und gleichzeitig Sicherheit und Schutz zu gewährleisten. Dabei müssen die oben dargelegten Grenzen derart gewahrt werden, dass einerseits klar ist, um welches Verfahren es sich handelt und andererseits die Entwicklung und Anwendung von Misch- und Hybridverfahren<sup>571</sup> ermöglicht wird. Derzeit spielt diese Thematik noch eine sehr untergeordnete Rolle.

---

<sup>571</sup> Zur Definition der beiden Begriffe s Kapitel Teil II - 1.2 Grundmodelle, Misch- und Hybridverfahren 15.

- 2) Die Etablierung anderer ADR-Verfahren ist auch die Voraussetzung für die Anwendung des *evaluative approach*, der vielmehr der Schlichtung zuzurechnen ist. Obwohl die Ausgangserwartung zu Beginn dieser Arbeit jene war, dass die Auslegung des Begriffs *Mediation* die Subsumierung all der oben angeführten Strömungen erlaubt, hat die Untersuchung zu einem anderen Schluss geführt. Der *facilitative approach* stellt im Sinn einer einheitlichen *organisatorischen* und *funktionalen Abgrenzung* die Basis dar. Allerdings können einzelne Aspekte durch Verschiebung der funktionalen Grenzen zu ebenfalls sehr wertvollen Misch- oder Hybridverfahren führen.
- 3) Aufgrund der Untersuchung der **funktionalen Abgrenzung** erscheint lediglich das *Prinzip der Eigenverantwortung* der Parteien nahezu unproblematisch.

Die größte Diskrepanz ergibt sich bei der Gegenüberstellung der Auslegung des *Prinzips der Freiwilligkeit* und der gesetzlichen Regelung. Wie zuvor dargelegt, ist ein Zwang zum Start einer Mediation kein Widerspruch in sich und daher nicht nur möglich, sondern mE sogar förderlich. Die Möglichkeit der Förderung durch Ausschöpfen dieses Aspekts wird im Kapitel *Einbettung in das Rechtssystem* näher erörtert.<sup>572</sup>

Weiters sollte der Begriff **Allparteilichkeit** in die Legaldefinition aufgenommen werden, da die Rolle der Mediationsperson keine rein Passive ist, wie es die Ausdrücke *neutral* oder *unabhängig* vermuten lassen, und sie mM nach auch nicht erfolgreich unter diese Begriffe subsumiert werden kann.

Das *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* ist demgegenüber sehr gut ausgebaut.<sup>573</sup>

Ein weiterer Änderungsbedarf ergibt sich jedoch mE im Bezug auf die **Rolle des Rechts** in der Mediation. Zwar wird davon ausgegangen, dass in Österreich einfache Rechtsinformationen in der Mediation zulässig sind, doch sollte dies ausdrücklich und konkret im Gesetz formuliert werden.

---

<sup>572</sup> S Kapitel Teil IV - 1.2 Zwang 122.

<sup>573</sup> S dazu im Detail Kapitel Teil IV - 2.2 Vertraulichkeit 137.

Und schließlich sollte der Punkt **Kommunikationsförderung** aus der Definition entfernt werden, da es sich dabei weder um ein Prinzip noch um ein Erfolgserfordernis handelt. Durch die starke Betonung auf dieses reine Qualitätsmerkmal kann allerdings ein falscher Eindruck vermittelt und so eine Auslegung zu Gunsten des *transformative approach* ermöglicht werden, die allerdings aufgrund mangelnder Abgrenzung zur Therapie jedenfalls vermieden werden muss. Da die Kommunikationsförderung allerdings inhaltlich jedenfalls ein Mittel (kein Ziel) des Mediationsprozesses ist, kann es an anderer Stelle im Gesetz platziert werden.

- 4) Als Konsequenz aus der *organisatorischen* und der *funktionalen Abgrenzung* folgt, dass tatsächlich der *facilitative approach* die klassische **Strömung** der Mediation darstellt, die sowohl die Grenzen zu anderen Verfahrensarten einhält, als auch die Prinzipien der Mediation in einem systematischen Gleichgewicht in sich vereint.

Allerdings bringen die diversen anderen Strömungen neue Entwicklungen im gesamten ADR-Bereich, weshalb sie nicht generell ausgeschlossen werden sollten. Jedoch sollte mE das Bewusstsein dafür geschaffen werden, dass diese anderen Strömungen keine Mediation im eigentlichen Sinn mehr darstellen und daher von den Mediationsbestimmungen nicht umfasst sind. Wie bereits erwähnt, wäre also – im Hinblick auf die Förderung des ADR-Bereichs und nicht ausschließlich der Mediation – ein ADR-Gesetz wünschenswert, damit die Teilnehmern diverser anderer Verfahrensarten, die sich oftmals nicht eindeutig einem der klassischen Verfahren zuordnen lassen, ebenfalls von Rechtsklarheit und -sicherheit profitieren können.

## Teil IV - Einbettung in das Rechtssystem

Die *Einbettung in das Rechtssystem* beschäftigt sich mit der konkreten Ausgestaltung der Mediation und – wie der Name bereits sagt – ihrer Einbindung in das bestehende Rechtssystem, also den verschiedenen **Mediationskonzepten**. Dabei stellt sich zum einen die Frage, wie und wann Mediation stattfinden soll (→ Mediationsmodelle)<sup>574</sup>, zum anderen, welche Wirkung eine Mediation im rechtlichen Kontext entfaltet (→ Schutzmechanismen)<sup>575</sup>.

Im Grunde existieren bloß zwei verschiedene Mediationsgrundkonzepte: das außergerichtliche und das gerichtliche. Die **außergerichtliche** Mediation ist vollkommen losgelöst vom staatlichen Gerichtsverfahren, ihre Einleitung liegt zur Gänze in den Händen der Parteien. Natürlich gibt es auch hier Berührungspunkte mit der Justiz, doch beschränken sich diese im Wesentlichen auf die Fragen nach der Bedeutung privatrechtlicher Mediationsvereinbarungen für die Einleitung eines Gerichtsverfahrens sowie der Gewährleistung der Schutzmechanismen. Die **gerichtliche** Mediation hingegen ist auf die eine oder andere Weise mit den Gerichtsstrukturen verbunden.

Da die Hauptaufgabe dieses Kapitels eben die Einbindung der Mediation in das bestehende Rechtssystem betrifft, beziehen sich die theoretischen Überlegungen bezüglich der Mediationsmodelle hauptsächlich auf die gerichtliche Mediation sowie auf die Berührungspunkte der außergerichtlichen Mediation mit dem Gericht.

Dabei sind der Entwicklung eines Mediationskonzepts aufgrund der zuvor erörterten organisatorischen und funktionalen Grenzen Schranken gesetzt. Allerdings hat die begriffliche Untersuchung auch Möglichkeiten eröffnet, die bisher als systemwidrig gegolten haben. Besonders sticht hier die Bewertung des *Prinzips der Freiwilligkeit* heraus, das den Zwang zum Start der Mediation zulässt.<sup>576</sup>

---

<sup>574</sup> S Kapitel Teil IV - 1 Mediationsmodelle 116.

<sup>575</sup> S Kapitel Teil IV - 2 Schutzmechanismen 137.

<sup>576</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

Zu allererst müssen die theoretisch denkbaren Optionen von Modellen ausgelotet und genauestens untersucht werden.

Die im Folgenden dargestellten Modelle sind hauptsächlich durch Extrapolation der durch Rechtsvergleich gegenübergestellten Mediationskonzepte in Deutschland, Österreich und der Schweiz entstanden. Die Ländermodelle selbst werden dann so aufbereitet, dass der Zusammenhang zur theoretischen Einteilung und damit die Zuordnung zu den einzelnen Varianten leicht herstellbar sind. Daher wird dort in erster Linie zwischen den zeitlichen Anknüpfungsmodellen unterschieden.

Mit der Theorie im Hinterkopf und der Praxis vor Augen soll ein möglichst gutes Bild der rechtlichen Förderungsalternativen entstehen, um schlussendlich die Vor- und Nachteile für die Umsetzung der einzelnen Konzepte in Österreich eruieren zu können.

## 1 Mediationsmodelle

Bei Erarbeitung eines Mediationskonzepts gilt es eine Reihe von Fragen zu beantworten, die wiederum eine ganze Reihe von Regelungsalternativen für den Gesetzgeber eröffnen. Diese Fragen betreffen unter anderem die Nähe zur staatlichen Gerichtsorganisation oder auch die Festlegung eines Zeitpunkts, zu dem obligatorische Maßnahmen zu ergreifen sind.

Die einzelnen Alternativen können jedoch nicht einfach entlang einer Geraden aufgelistet werden, die die Regelungsintensität darstellt. Die Fragen, die sich hiebei stellen, repräsentieren vielmehr verschiedene **Ebenen**, deren Antwortmöglichkeiten ähnlich einem Baukastensystem in den unterschiedlichsten Varianten kombiniert werden können. Das bedeutet, dass auch mehr als nur eine Möglichkeit einer Ebene zur Anwendung kommen kann, also mehrere Alternativen zugleich nebeneinander existieren können.

Dabei können unterschiedliche Mediationsmodelle je nach Materie, Höhe des Streitwerts oder Gerichtstyp festgelegt werden oder überhaupt parallel zueinander bestehen.

Diese Ebenen sollen in der Folge genauer untersucht werden.

## 1.1 Nähe zur Justiz

Weiter oben wurde festgehalten, dass ADR-Verfahren Alternativen zum Gerichtsverfahren darstellen.<sup>577</sup> Nichtsdestotrotz ist die Verbindung beider Verfahrensarten kein Widerspruch;<sup>578</sup> vielmehr können neue Verfahrenskombinationen entwickelt und damit die Schwachstellen des staatlichen Gerichtsverfahrens beseitigt werden.

Auch wenn Mediation häufig als außergerichtliches Verfahren bezeichnet wird,<sup>579</sup> so wird doch auch mindestens so viel über die *gerichtsnahe* oder *gerichtsinterne* Mediation geschrieben. Daher sollte Mediation per se nicht als rein außergerichtliche Methode der Konfliktlösung angesehen werden.

Die Frage nach der Nähe zur Justiz bezieht sich auf die **organisatorische, personelle und prozessuale Einbindung der Mediation in den Gerichtsalltag**. Gibt es personelle und räumliche Überschneidungen? Ist Mediation ausschließlich der privaten Regelung überlassen oder spielt sie auch im Prozessrecht eine Rolle? Je nachdem, auf welchem Aspekt das Hauptaugenmerk ruht, können untenstehende Modelle unterschieden werden. Dabei fällt auf, dass in der Literatur die in der Folge näher erläuterten Begriffe häufig vorkommen, allerdings nicht einheitlich interpretiert werden. Daher versucht diese Arbeit eine möglichst plausible und homogene Einteilung dieser Begriffe festzusetzen.

### 1.1.1 Organisation

*Organisatorisch* bezieht sich auf die Art des Zustandekommens der Mediation: Wo und wie kommen die Konfliktparteien mit der Mediation in Berührung, woher erhalten sie die ersten Informationen und welche Kanäle stellen den Kontakt zu geeigneten Mediatoren und Räumlichkeiten her:

#### a) **gerichtsfern**<sup>580</sup>

Die Mediation ist vollständig von der staatlichen Gerichtsorganisation losgelöst.

---

<sup>577</sup> S Kapitel Teil II - 1.1 Einteilung 8.

<sup>578</sup> So auch *Falk/Koren*, ZivMediatG, § 1 Rz 2.7.; s auch *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Vor Art 213-218 Rz 5.

<sup>579</sup> *Falk/Koren*, ZivMediatG, § 1 Rz 2.5. mVa *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 17.

<sup>580</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 270.

**b) gerichtsnah<sup>581</sup>**

Die Mediation ist in die staatliche Gerichtsorganisation eingebettet.

**c) gerichtsintern**

Die Mediation ist vollständig in die staatliche Gerichtsorganisation integriert.<sup>582</sup>

Die *gerichtsnah* und *-interne* Mediation können zusammenfassend auch als **gerichtsverbundene** Modelle bezeichnet werden. Diese erfordern gegenüber der *gerichtsfernen* Mediation besondere Verfahrensstrukturen, um die Unabhängigkeit der Mediationsperson sicherzustellen.<sup>583</sup>

Weil sie in der Praxis leider oft gar nicht abgegrenzt bzw überhaupt an personelle Voraussetzungen geknüpft werden, fällt die Unterscheidung auf den ersten Blick oft schwer. ME beschreibt das *gerichtsnah* Modell einen Zustand, bei dem die Organisation zwar noch den Konfliktparteien überlassen ist, sie aber zumindest unterstützende Informationen vonseiten des Gerichts erhalten, während beim *gerichtsinternen* Modell die Organisation nicht mehr in den Händen der Parteien liegt. So wäre bei *gerichtsnaher* Mediation denkbar, dass den Parteien ein Dreivorschlag an Mediationspersonen unterbreitet wird, aus denen sie auswählen können, während bei der *gerichtsinternen* Mediation eine bestimmte Mediationsperson vorgeschrieben würde.

### **1.1.2 Prozess**

Die prozessuale Ebene unterscheidet sich von der Organisatorischen insofern, als erstere das Verhältnis zu einem laufenden staatlichen Gerichtsverfahren beschreibt,<sup>584</sup> letztere unabhängig davon die Frage des Zustandekommens der Mediation berührt.

---

<sup>581</sup> AA *Baumann*, Förderung der Mediation durch das Gericht – Maßnahmen in England und Deutschland, IDR 2005, 9 (16), die einer prozessualen Abgrenzung folgt; ebenso *Wegener*, Spezifische Anforderungen der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 140; s auch *Berning/Hohmann*, Gerichtliche versus außergerichtliche Mediation, pm 2010, 183, die darunter die Richtermediation verstehen; *Creutz*, Risiken und Nebenwirkungen der gerichtsnahen Mediation, DRiZ 2007, 11, der mit der gerichtsnahen Mediation die gerichtsinterne bzw Richtermediation beschreibt; ebenso *Zenk/Strobl/Böttger*, Sozialwissenschaftliche Aspekte der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 43; GEntw BT-Drs 17/5335.

<sup>582</sup> S auch *Klose*, Rechtliche Hürden auf dem Weg zur gerichtsinternen Mediation? ZKM 2005, 146.

<sup>583</sup> *Tochtermann*, Unabhängigkeit u Unparteilichkeit (2008) 268.

<sup>584</sup> S auch *Mürner*, Gerichtsnaher Zivilmediation (2005) 128, die ähnliche Begriffe für die Möglichkeiten der gerichtsnahen Mediation im Friedensrichteramt verwendet: Wahl-, Delegations- und Integrationsmodell. Jedoch vermischt auch sie personelle und prozessuale Aufgaben.

**a) Kumulationsmodell**

Mediations- und Gerichtsverfahren existieren vollkommen unabhängig voneinander, können daher theoretisch auch gleichzeitig in derselben Sache stattfinden. Die Parteien führen die Mediation privat durch.

**b) Distributionsmodell<sup>585</sup>**

Bei diesem Modell sind Mediation und Gerichtsprozess nicht wirklich miteinander verknüpft, schließen einander jedoch aus.<sup>586</sup>

**c) Diversionsmodell<sup>587</sup>**

Auch als Umleitung beschrieben, wird bei diesem Modell ein Gerichtsverfahren für die Durchführung einer Mediation unterbrochen, Mediation und Gerichtsprozess stehen also in Beziehung zueinander.

**d) Integrationsmodell<sup>588</sup>**

Die Mediation wird vollkommen in das Gerichtsverfahren einbezogen und wird zu dessen Bestandteil.

All diese Modelle sind mit diversen Schwierigkeiten verbunden und bringen verschiedene Vorteile hervor:

Das *Kumulationsmodell* beispielweise ist die Verkörperung des *Alternativ-Ansatzes*<sup>589</sup>, da das staatliche Gerichtsverfahren und die Mediation gleichwertig nebeneinander existieren. ME ist es jedoch nicht das Modell der ersten Wahl, da es eben beide Verfahren gleichzeitig zulässt und damit das Potenzial der gegenseitigen Behinderung der Prozesse sehr hoch ist.

Beim *Distributionsmodell* wiederum stellt sich die Frage nach der Gewichtung, also welche Verfahrensart den Vorzug erhält. Wird hier das Gleichgewicht gefunden, ist es sicherlich ein sehr effizientes System und ermöglicht die Einleitung des jeweils passenden Verfahrens. Die Verbindung mit dem Konfliktanalytiker (zu diesem s weiter unten)<sup>590</sup> bietet sich an.

---

<sup>585</sup> Greger, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240; s auch *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 61.

<sup>586</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 61.

<sup>587</sup> Greger, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240 (241).

<sup>588</sup> Greger, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240 (243).

<sup>589</sup> S Kapitel Teil II - 1.1.2 Der Alternativ-Ansatz 13.

<sup>590</sup> S Kapitel Teil IV - 1.2.3 Vollzugspersonen c) Konfliktanalytiker 133.

Das *Diversions-* als auch das *Integrationsmodell* fördern beide sehr stark die Anerkennung der Mediation als taugliches Streitbeilegungsmodell in der Gesellschaft, da die Mediation vom Gerichtsverfahren auf- bzw. angenommen wird. Das Risiko dabei ist allerdings, dass sie nur scheinbar und nach außen hin angenommen und die Entfaltung ihres Potenzials in Wahrheit gehemmt wird, indem die Mechanismen der Mediation unterdrückt werden.

### 1.1.3 Mediationsperson

Diese Ebene beschäftigt sich – selbsterklärend – mit der Frage, wer die Mediation durchführt. Folgende Möglichkeiten bestehen:

#### a) Externe Mediation

Die Mediation wird von einer Person durchgeführt, die neben der Rolle als Mediationsperson keine Tätigkeit in der Justiz (zB Richteramt) ausübt.

#### b) Richtermediation

Die Mediation wird von einem Richter geleitet, der allerdings – bedingt durch die *Prinzipien der Allparteilichkeit* und *Vertraulichkeit* – in einem etwaigen Gerichtsverfahren nicht als erkennender Richter fungiert.<sup>591</sup>

#### c) Anwaltsmediation

Auch dieses Modell sagt lediglich etwas über den Quellberuf der Mediationsperson aus. Sie kann jedoch aufgrund des *Prinzips der Allparteilichkeit* nie gleichzeitig auch Parteivertreter sein.

Das erste Modell sagt nichts über die Verbindung der externen Mediationsperson zur Justiz. Diese kann sehr eng sein und sich in Form eines Dienstverhältnisses manifestieren, sehr locker durch projektbezogenen Einsatz geprägt sein oder sie sind überhaupt klar voneinander getrennt. Der Wert und die Ausprägung dieses Modells hängen stark mit finanzpolitischen Fragen zusammen, weshalb es an dieser Stelle nicht abschließend bewertet werden kann.

Der systematische Vorteil der externen Mediation wird aber jedenfalls bei Vergleich mit den beiden anderen Modellen deutlich:

---

<sup>591</sup> Krit dazu *Kreissl*, Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem, *SchiedsVZ* 2012, 230 (236), der die Trennung des entscheidungsbefugten und mediierenden Richters als ausreichende Garantie der Einhaltung der Verfahrensgrundsätze bezweifelt.

Die Problematik der *Richtermediation* liegt auf der Hand: Der äußere Anschein der Vertraulichkeit wird in Mitleidenschaft gezogen, wenn der im Gerichtsprozess erkennende und der mediierende Richter als Kollegen ihren Arbeitsalltag teilen. Die Trennung von erkennendem und mediierendem Richter muss sehr strikt erfolgen.<sup>592</sup> Doch selbst bei Zugehörigkeit zu unterschiedlichen Gerichten werden wohl Zweifel bestehen bleiben, dass die Vertraulichkeit auch tatsächlich gewahrt wird. Daneben stellt sich auch hier die Frage nach der Finanzierung, da Richter in der Regel nicht von vornherein und ohne spezielle Ausbildung in der Lage sind zu mediieren.<sup>593</sup> Schließlich müssen sie die Rollen klar voneinander trennen können und dürfen Mediationen nicht wie Gerichtsprozesse leiten. Außerdem wird es vermutlich einen Bedarf an zusätzlichen Mediationsräumen innerhalb der Gerichte geben. Weiters lässt sich auch nur schwer prognostizieren, inwieweit die zusätzlichen Aufgaben ohne Aufstockung des Personalstands bewältigt werden können. Allerdings sei angemerkt, dass vor allem die *gerichtsverbundene Mediation* auch als entlastendes Instrument der Justiz gesehen wird, in Wahrheit also der umgekehrte Effekt erwartet wird.<sup>594</sup> Doch konkrete Aussagen können darüber erst nach Umsetzung und intensiv begleitender empirischer Forschung getroffen werden.

Sowohl Richter- als auch Anwaltsmediatoren haben den Vorteil, dass diese auch Rechtsinformationen geben können (so das Gesetz dies überhaupt zulässt)<sup>595</sup> und berufsbedingt nahe am Konflikt stehen. Sie kennen also die Vor- und Nachteile des Gerichtsverfahrens und können so – einmal selbst von den Vorteilen der Mediation überzeugt – diese den Parteien vermutlich besser näher bringen.

Die Richter- und Anwaltschaft selbst vom Potenzial der Mediation zu überzeugen, ist mE auch leichter über diese Modelle zu erreichen. Denn nichts kann dies besser, als die eigene Erfahrung.

---

<sup>592</sup> Lör, Einbindung von Mediation in den Zivilprozess – Teil 1, ZKM 2005, 182 (183); Olenhusen, Gerichtsmediation – Richterliche Konfliktvermittlung im Wandel, ZKM 2004, 104.

<sup>593</sup> Creutz, Risiken und Nebenwirkungen der gerichtsnahen Mediation, DRiZ 2007, 11.

<sup>594</sup> Olenhusen, Gerichtsmediation – Richterliche Konfliktvermittlung im Wandel, ZKM 2004, 104 (107).

<sup>595</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.6 Qualitätsmerkmale a) Rolle des Rechts 95.

## 1.2 Zwang

Die Untersuchung des *Prinzips der Freiwilligkeit* hat zwar bereits ergeben, dass die verpflichtende Mediation in das Konzept aufzunehmen ist.<sup>596</sup> Doch die Art des Zwangs bleibt noch festzulegen. Dabei führt nicht nur die Frage nach der Intensität, sondern auch jene nach dem Einleitungsmechanismus zu unterschiedlichsten Schattierungen des Zwangs.

### 1.2.1 Intensität

#### a) Vereinbarung

Nur die Parteien selbst können sich durch einen privatrechtlichen Vertrag zu einem Mediationsversuch verpflichten.

Auf der untersten Stufe steht die Berücksichtigung von **Mediationsvereinbarungen**<sup>597</sup>, die hauptsächlich in der Gestalt von **Mediationsabreden**, als selbstständige Vereinbarungen, oder **Mediationsklauseln**, als Teil von Verträgen, auftreten.<sup>598</sup> Darüber hinaus können sie in Rahmenverträgen, AGB oder Satzungen vorkommen.<sup>599</sup> Sie alle verpflichten zur Durchführung einer Mediation vor Klageeinbringung, können aber natürlich auch jederzeit während eines Gerichtsverfahrens vereinbart werden.

---

<sup>596</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

<sup>597</sup> Von dieser abzugrenzen sind die vertragliche Vereinbarung der Parteien mit der Mediationsperson, der **Mediatorvertrag**, sowie die bei erfolgreichem Verlauf der Mediation am Ende vereinbarte Abschlussvereinbarung, der **Mediationsvergleich**: s va *Eidenmüller*, *Wirtschaftsmediation* (2000) 32 ff, 43 ff; ebenso *Hutner*, *Die Mediationsvereinbarung*, *SchiedsVZ* 2003, 226 (227); s aber *Falk/Koren*, *ZivMediatG*, § 17 Rz 7, wonach die Mediationsvereinbarung den Mediationsvergleich bezeichnet; s auch *Ade/Alexander*, *Mediation und Recht*<sup>2</sup> (2013) Rz 333, die zwischen Mediationsvereinbarung (Vereinbarung der Parteien), Mediationsauftrag (Vereinbarung zwischen der Mediationsperson und den Parteien) und der Abschlussvereinbarung differenzieren.

<sup>598</sup> *Eidenmüller*, *Wirtschaftsmediation* (2000) 8; ders, *Vertrags- und verfahrensrechtliche Grundfragen der Mediation: Möglichkeiten und Grenzen privatautonomem Konfliktmanagements in Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf* (Hrsg), *Konsensuale Streitbeilegung* (2001) 45 (51); ebenso *Hutner*, *Die Mediationsvereinbarung*, *SchiedsVZ* 2003, 226 (227); s auch *Heß/Sharma*, *Rechtsgrundlagen der Mediation in Haft/Schlieffen*, *HB Mediation*<sup>1</sup> (2002) § 26 Rz 3 ff, 8; aA *Schütz*, *Mediation* (2009) Rz 433, 437, der allerdings die vor Ausbruch des Konflikts formulierte Mediationsklausel in Verträgen, sowie die nach Ausbruch des Konflikts erstellte Mediationsvereinbarung zusammenfassend als Mediationsabreden bezeichnet; ähnlich *Gabriel*, *Haftung* (2008) 45, 68;

<sup>599</sup> *Eiholzer*, *Die Streitbeilegungsabrede* (1998) Rz 305; ähnlich *Eidenmüller*, *Wirtschaftsmediation* (2000) 8 FN 19; *Hacke*, *Der ADR-Vertrag* (2001) 112.

Bereits bei der Frage nach dem **Zeitpunkt** der Vereinbarung gibt es unterschiedliche Meinungen. So lautet eine Ansicht<sup>600</sup>, das *Freiwilligkeitsprinzip* würde das Vorliegen der *persönlichen Freiwilligkeit* im Zeitpunkt der Aufnahme der Mediation verlangen – eine antizipierte Zustimmung reiche nicht aus. Da aber zuvor eindeutig festgestellt wurde, dass die Freiwilligkeit bei Start der Mediation keine Rolle spielt, stellt das *Prinzip der Freiwilligkeit* mM nach keinen Hinderungsgrund für solche antizipierten Mediationsvereinbarungen dar.

Zu einer gegenteiligen Bewertung kann es allerdings durch andere Faktoren kommen, wie Machtverteilung zwischen Vertragspartnern, Rolle der Klauseln in AGB oder Schutz von Verbrauchern.<sup>601</sup>

Hauptpflicht der Mediationsvereinbarung ist jedenfalls die **Verhandlungspflicht**.<sup>602</sup> Diese reicht – unter Berücksichtigung der oben erörterten Details zum *Prinzip der Freiwilligkeit* – mE so weit, dass an der ersten Sitzung teilgenommen werden muss.<sup>603</sup> Das betrifft natürlich nur die Fälle der ordentlichen Kündigung, davon ausgenommen ist das außerordentliche Kündigungsrecht.

Wenn bereits die fremdbestimmte Verpflichtung zu einer ersten Mediationssitzung systematisch verträglich ist, dann gilt dies erst recht für die Selbstbindung der Parteien. Sie sind durch das Prinzip *pacta sunt servanda* nun an ihre ursprüngliche Vereinbarung gebunden und damit verpflichtet, eine Mediation insoweit zu versuchen, als sie eine Mediationsperson wählen und zumindest an einer ersten Mediationssitzung teilnehmen.<sup>604</sup> Ansonsten wäre eine Mediationsvereinbarung eine bloße Zielvorgabe, die im Fall des Ausbruchs eines Konflikts nicht befolgt werden muss.

---

<sup>600</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 122; Schwaighofer in Gruber/Pichler (Hrsg), Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005) 150.

<sup>601</sup> S bspw Eidenmüller, Wirtschaftsmediation (2000) 14 ff; Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 120 FN 293.

<sup>602</sup> Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 351, 510; Falk/Koren, Komm ZivMediatG, § 17 Rz 5.14.6. mwN; s Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 45, der diese Pflicht als **Verfahrensförderungspflicht** bezeichnet; s auch Hutner, Die Mediationsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 226 (228); Schütz, Mediation (2009) Rz 441.

<sup>603</sup> Ebenso Unberath, Was sind Mediationsklauseln in der Praxis wert? eucon news 2/2010, 6 (7); diff Eidenmüller, Wirtschaftsmediation (2000) 9; aA Hutner, Die Mediationsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 226 (229), wonach dies nur bei ausdrücklicher Vereinbarung zutreffen kann, bspw in Art 18 lit (iii) WIPO Mediation Rules, <http://www.wipo.int/amc/en/mediation/rules/index.html#5> (31.01.2013).

<sup>604</sup> Tochtermann, Mediationsklauseln – Teil II, ZKM 2008, 89 (90); Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320 (1322); ders, Was sind Mediationsklauseln in der Praxis wert? eucon news 2/2010, 6 (7).

Allerdings meint *Schütz* beispielsweise, dass in einer verfrüht eingereichten Klage die konkludente Erklärung gesehen werden kann, die Mediation abbrechen zu wollen; dies auch bevor eine Mediation überhaupt versucht wurde.<sup>605</sup> Sofern das Prozessverbot lediglich für die Dauer der Mediation und nicht für einen bestimmten Zeitrahmen vereinbart wurde,<sup>606</sup> sei die Klage daher nicht als verfrüht anzusehen,<sup>607</sup> womit der Verhandlungspflicht sehr wenig Gewicht beigemessen wird.

*Tochtermann* und *Unberath* nehmen darüber hinaus eine Verpflichtung an, sich in der Mediationssitzung **aktiv** zur Sache zu äußern.<sup>608</sup>

Diese Annahme ist sicher sinnvoll, führt aber zu Unklarheit und Unsicherheit darüber, wann und inwiefern diese Verpflichtung zur aktiven Mitarbeit tatsächlich besteht bzw erfüllt wird. Die Annahme, die Mediationsvereinbarung verpflichte auch zur aktiven Mitarbeit, könnte aber den Anschein erwecken, damit sei bereits die Mitwirkung bei der inhaltlichen Besprechung des Konflikts gemeint. Dies widerspricht aber klar dem *Prinzip der Freiwilligkeit*. Schließlich wird dieses im Prozess schlagend, weshalb dann keine derartige Verpflichtung mehr bestehen darf, auch nicht bei antizipierter, freiwilliger Bindung.

Der Dreh- und Angelpunkt, der den **Übergang zwischen Start und Prozess** markiert, wird wohl zu jenem Zeitpunkt eintreten, zu dem sich die Parteien mit der Mediationsperson über die Rahmenbedingungen der Mediation einigen und den Mediationsvertrag unterzeichnen. Bei Verfolgung eines Phasen-Modells ist dies das Ende der ersten Phase. Erst anschließend beginnt die tatsächliche inhaltliche Sammlung, Besprechung und Bearbeitung der Themen.

Allerdings ist es ohnehin schwer zu beurteilen, geschweige denn zu beweisen, ob die Parteien ihre Pflicht zur aktiven Mitarbeit erfüllen. Die Offenheit und Bereitschaft, am Konflikt zu arbeiten, kann und darf jedenfalls nicht unter diese Pflicht fallen.

Daher sehe ich in der "Pflicht" zur aktiven Mitarbeit weniger eine bindende Vereinbarung, als vielmehr ein *Gentlemen's Agreement*.

---

<sup>605</sup> *Schütz*, DIKE-Komm-ZPO, Art 213 Rz 20; *ders*, Mediation (2009) Rz 479; ebenso *Roberto/Hauser*, Stämpflis HK ZPO Art 213 Rz 5.

<sup>606</sup> S dazu FN 610.

<sup>607</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 479.

<sup>608</sup> *Tochtermann*, Mediationsklauseln – Teil II, ZKM 2008, 89 (90); *Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320 (1322); *ders*, Was sind Mediationsklauseln in der Praxis wert? eucon news 2/2010, 6 (7).

Die Frage, ob die Mitwirkung in der Mediation über das Gericht **erzwingbar** ist, ist mE daher im teleologischen Sinn der Mediation mit einem klaren *Nein* zu beantworten, wobei sich die Erfüllung der Verhandlungspflicht auch faktisch kaum umsetzen lässt.<sup>609</sup>

Teil einer Mediationsvereinbarung sind regelmäßig auch gewisse **Nebenpflichten**, zu denen der einstweilige Verzicht auf Einreichung einer Klage bzw Fortführung eines Prozesses für einen begrenzten Zeitraum<sup>610</sup> als wichtigste Nebenabrede zählt.<sup>611</sup> Die von *Eiholzer* verwendete Bezeichnung als **Prozessverbot**<sup>612</sup> ist mE der passendste Begriff. Dieses ist in der Regel auch mangels ausdrücklicher Vereinbarung Inhalt der Mediationsvereinbarung, da es als stillschweigend miterklärter Zweck gesehen werden kann.<sup>613</sup> Jedoch bedarf eine solche Annahme einer genauen Untersuchung des Parteiwillens, da eine Mediation durchaus auch parallel zu einem Gerichtsverfahren durchgeführt werden kann<sup>614</sup> bzw die Mediationsvereinbarung auch lediglich eine Absichtserklärung sein kann.<sup>615</sup>

Im Regelfall werden die Parteien mit dem Prozessverbot – wie auch der Name schon sagt – bloß die vorübergehende Unzulässigkeit des Klagewegs bezwecken, nicht jedoch den Anspruch an sich beschränken oder gar auf diesen verzichten.<sup>616</sup> Sie verzichten weder auf die Forderung noch wird sie gestundet, da über das Bestehen oder Nicht-Bestehen einer Forderung gar nichts vereinbart wird – schließlich wird das Prozessverbot oftmals noch vor Entste-

---

<sup>609</sup> *Eiholzer*, Die Streitbelegungsabrede (1998) Rz 550, 552; *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 328, 329; *Likar/Krommer*, Mediation und Recht, AnwBl 2005, 60 (66); aA *Eidenmüller*, Wirtschaftsmediation (2000) 23.

<sup>610</sup> Vgl *Schütz*, Mediation (2009) Rz 476, der von "**bestimmter**" und nicht "**begrenzter**" Dauer schreibt. Allerdings kann ein Prozessverbot nicht nur für eine im Vorhinein bestimmte Zeitdauer vereinbart werden, sondern auch generell für die Dauer einer Mediation bzw eine bestimmte Anzahl von Mediationssitzungen, wodurch eine genaue Dauer nicht immer im Voraus festgelegt werden kann. Trotzdem ist ein solcher Klageverzicht gültig.

<sup>611</sup> *Eiholzer*, Die Streitbelegungsabrede (1998) Rz 225, 510; aA *Gabriel*, Haftung (2008) 71; *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 45, der sowohl die Verfahrensförderungspflicht (Verhandlungspflicht), als auch die Klagbarkeitsbeschränkung (Prozessverbot) als Hauptleistungen der Mediationsvereinbarung sieht; ebenso *Schütz*, Mediation (2009) Rz 441; Diese Gegenansicht widerspricht allerdings der von *Eiholzer* erwähnten Möglichkeit, ein Gerichtsverfahren parallel neben dem der Mediation zu führen, weshalb das Prozessverbot tatsächlich nur eine Nebenabrede darstellt.

<sup>612</sup> *Eiholzer*, Die Streitbelegungsabrede (1998) Rz 222.

<sup>613</sup> *Eiholzer*, Die Streitbelegungsabrede (1998) Rz 225.

<sup>614</sup> *Eiholzer*, Die Streitbelegungsabrede (1998) Rz 227.

<sup>615</sup> *Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320 (FN 16).

<sup>616</sup> *Eiholzer*, Die Streitbelegungsabrede (1998) Rz 660; *Weinberger*, Alliancing Contracts im deutschen Rechtssystem (2010) 151.

hen einer Forderung festgelegt.<sup>617</sup> Die Parteien wollen also nicht die materiellrechtlichen Ansprüche berühren, sondern **nur das Klagerecht für eine begrenzte Dauer beschränken.**<sup>618</sup>

Wie sich diese Vereinbarung im Fall einer dagegen verstoßenden Klageeinbringung prozessual auswirkt, ist umstritten,<sup>619</sup> da manche<sup>620</sup> das Klagerecht dem materiellrechtlichen Privatrecht zuordnen, andere wiederum dem Prozessrecht<sup>621</sup>. Die Konsequenzen dieser unterschiedlichen Lösungswege sind in den einzelnen Ländern sehr unterschiedlich und werden daher in den jeweiligen Kapiteln näher erörtert.

Im Zusammenhang mit dieser Vereinbarung existiert eine ganze Reihe rechtlicher Begriffe, deren Einordnung, Abgrenzung und Verhältnis zueinander leider in Rsp und Literatur nicht eindeutig geklärt ist.<sup>622</sup> Diese sind vor allem das ***pactum de non petendo***, der **(dilatorische)<sup>623</sup> Klageverzicht**, der Rechtsschutz- bzw Rechtsmittelverzicht(s)vertrag und das Stillhalteabkommen.<sup>624</sup> Streng genommen wird aber in der Rechtswissenschaft nur zwischen dem *pactum de non petendo* und dem Klageverzicht unterschieden, da die übrigen Begriffe entweder bloß andere Bezeichnungen oder Unterfälle derselben sind.<sup>625</sup>

Ob es sich bei diesen Begriffen um Verpflichtungs- oder Verfügungsverträge, um materiellrechtliche Rechtsgeschäfte oder Prozessverträge handelt, ist ebenso umstritten, wie ihre Zulässigkeit und Wirkung.<sup>626</sup> Umso schwieriger fällt es, das Prozessverbot der Mediationsvereinbarung einem dieser Rechtsgeschäfte zuzuordnen.

---

<sup>617</sup> Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 660.

<sup>618</sup> Wagner, Prozessverträge (1998) 413; Weinberger, Alliancing Contracts im deutschen Rechtssystem (2010) 151.

<sup>619</sup> S Unberath, Was sind Mediationsklauseln in der Praxis wert? eucon news 2/2010, 6 (7).

<sup>620</sup> Kuderna, Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, RdA 1978, 3 (6.).

<sup>621</sup> S Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 26.

<sup>622</sup> Wagner, Das neue Verjährungsrecht, ZKM 2002, 103 (104); ders, Prozessverträge (1998) 391, 396; Weinberger, Alliancing Contracts im deutschen Rechtssystem (2010) 151.

<sup>623</sup> Dilatorisch bedeutet *aufschiebend, verzögernd, hinhaltend* und ist das Gegenteil zu *peremptorisch*: Köbler, Juristisches Wörterbuch<sup>13</sup> (2005) dilatorisch; Metzger, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch (2005) dilatorisch; Meyer, Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen<sup>12</sup> (2004) dilatorisch.

<sup>624</sup> Wagner, Prozessverträge (1998) 391.

<sup>625</sup> S Creifelds, Rechtswörterbuch<sup>20</sup> (2011) *pactum de non petendo*; Holzhammer, Rechtswörterbuch Zivilprozessrecht<sup>7</sup> (2012) 55; Tilch, Münchener Rechts-Lexikon II (1987) *pactum de non petendo*.

S aber Rechberger/Klicka in Rechberger<sup>3</sup> Vor § 226 Rz 10, wo das *pactum de non petendo* neben der Vereinbarung *ewiges Ruhen* als Unterfall eines Rechtsschutzverzichtsvertrages beschrieben wird; ebenso Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 30; ähnlich auch Fasching, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 5.

<sup>626</sup> Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 86; Wagner, Das neue Verjährungsrecht, ZKM 2002, 103 (104); ders, Prozessverträge (1998) 396, 397.

Die Theorien dazu sind vielseitig: Eine Unterscheidungsmöglichkeit ist die Beurteilung des *pactum de non petendo* als materiellrechtliche Vereinbarung und des dilatorischen Klageverzichts als prozessuales Pendant.<sup>627</sup> Andere sehen den Unterschied in der Verschiebung der Prozessinitiative: So bliebe sie im Falle des *pactum de non petendo* beim Gläubiger, dessen Zwangsbefriedigungsrecht eingeschränkt ist, während sie beim Klageverzicht beim Schuldner liegt, der die Unzulässigkeitseinrede hat.<sup>628</sup> Eine weitere Ansicht beschreibt das *pactum de non petendo* als vertraglichen Klagsausschluss, der eine Stundung oder aber ein Forderungsverzicht sei,<sup>629</sup> während der Klageverzicht als einseitige Erklärung des Klägers (dem Gericht gegenüber) gewertet wird, der damit auf den Klagsgegenstand verzichtet.<sup>630</sup>

Einer ausführlichen Auseinandersetzung der in der Lehre vertretenen Meinungen hat sich *Wagner* gewidmet.<sup>631</sup> Eine eingehende Beschäftigung mit diesen Begriffen kann an dieser Stelle nicht erfolgen, da es den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.<sup>632</sup>

In Anlehnung an die hL und hRsp in Deutschland und Österreich, die weiter unten noch eingehend erörtert wird, ist Folgendes vorweg- und anzunehmen:<sup>633</sup>

Das ***pactum de non petendo*** ist als **materiellrechtliche Beschränkung der Klagbarkeit** zu werten, über die mittels Sachurteil (in Österreich mittels Abweisung des Klagebegehrens) zu entscheiden wäre.

Der **dilatorische Klageverzicht** hingegen bewirkt ein **Prozesshindernis, das Fehlen einer Prozessvoraussetzung**, über das mittels Prozessurteil (in Österreich mittels Zurückweisung des Klagebegehrens) abzusprechen wäre.

---

<sup>627</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 449; vgl auch *Loos/Brewitz*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? SchiedsVZ 2012, 305.

<sup>628</sup> *Cremer*, Das pactum de non petendo (1959) 49.

<sup>629</sup> *Köbler*, Juristisches Wörterbuch<sup>13</sup> (2005) pactum de non petendo; *Metzger*, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch (2005) pactum de non petendo; *Meyer*, Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen<sup>12</sup> (2004) pactum den non petendo; *Tilch*, Münchener Rechts-Lexikon II (1987) pactum de non petendo; Erwähnt wird nicht der Forderungsverzicht, sondern der Erlassvertrag, was aber nichts anderes, als die schweizerische und deutsche Bezeichnung des Forderungsverzichts ist, s *Metzger*, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch (2005) Erlass; s auch *Creifelds*, Rechtswörterbuch<sup>20</sup> (2011) pactum de non petendo, wonach es kein Erlass, evtl eine Stundung sei; s va *Cremer*, Das pactum de non petendo (1959), der das *pactum den non petendo* von eben diesen Begriffen abzugrenzen versucht.

<sup>630</sup> *Holzhammer*, Rechtswörterbuch Zivilprozessrecht<sup>7</sup> (2012) 45; *Metzger*, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch (2005) Klageverzicht; *Tilch*, Münchener Rechts-Lexikon II (1987) Klageverzicht.

<sup>631</sup> *Wagner*, Prozessverträge (1998) 391 ff.

<sup>632</sup> Ausführlich dazu *Cremer*, Das pactum de non petendo (1959), wo das *pactum de non petendo* allerdings in der deutschen Rechtslandschaft dargestellt wird.

<sup>633</sup> Zu Details und Nachweisen s Kapitel Teil IV - 4.2.1 präventiv a) außergerichtlich 150.

Ob die Beschränkung der Klagbarkeit oder das Prozesshindernis **von Amts wegen** wahrzunehmen ist oder nur **einredeweise**, ist ebenfalls umstritten.

Nochmals ist aber auf das Dilemma hinzuweisen, ein vereinbartes Prozessverbot einer dieser beiden Konstruktionen **zuzuordnen**. Letztlich ist einzig die Rsp des einzelnen Landes ausschlaggebend, wie beispielsweise die Entscheidung Deutschlands für die prinzipielle Annahme eines dilatorischen Klageverzichts, und jene Österreichs für ein *pactum de non petendo* zeigen. Zu der konkreten Beurteilung sowie zur äußerst strittigen Lage in der Schweiz s weiter unten.<sup>634</sup>

In dieser Diskussion ebenfalls relevant ist die Frage, ob ein derartiges Prozessverbot – wie immer es auch rechtlich ausgestaltet sein mag – überhaupt **zulässig** sein soll. Kritiker führen verfassungsrechtliche Bedenken an und sehen darin eine Verletzung rechtsstaatlicher Garantien, wie des Art 6 EMRK, der eine gegenüber dem Staat bestehende Rechtsweggarantie enthält und nicht durch privatrechtliche Vereinbarung abbedungen werden könne.<sup>635</sup>

Die Befürworter<sup>636</sup> bringen dagegen vor, der Verzicht auf das Klagerecht sollte – aufgrund eines Größenschlusses – jedenfalls dann möglich sein, wenn der materielle Anspruch in der Disposition der Parteien steht – sie also sogar materiellrechtlich auf den Anspruch an sich verzichten können –, da das Klagerecht desselben ein Weniger darstellt.

Ungeachtet der Bedeutung dieser Vereinbarung für das Gericht, besteht jedenfalls eine privatrechtliche **Verpflichtung** zwischen den Vertragsparteien, die bei Vertragsbruch Schadensersatzansprüche oder Ansprüche auf Zahlung von Vertragsstrafen begründen kann.

Diese erste Intensitätsstufe ist die einzige Stufe, die nicht nur eine Einbindungsmöglichkeit der gerichtlichen Mediation in das Rechtssystem, sondern auch einen der zuvor erwähnten Berührungspunkte der **außergerichtlichen** Mediation mit der Justiz darstellt. Um letztere

---

<sup>634</sup> S Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv a) außergerichtlich 163.

<sup>635</sup> S va *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 5; *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) 87.

<sup>636</sup> BGH 23.11.1983, VIII ZR 197/82 =NJW 1984, 669 (669, 670); *Roth* in *Buchegger/Roth*, Zivilprozessrecht – Sammlung kommentierter Fälle<sup>3</sup> (2011) 44 f.

handelt es sich dann, wenn die Mediation vor Klageeinbringung vereinbart wird, denn dann stellt sich einzig die Frage nach der Berücksichtigung derselben durch das Gericht.

**b) Empfehlung**

Den Parteien kann von dritter Seite eine Mediation empfohlen werden.

**c) Anordnung bei Einverständnis der Parteien**

Wenn die Parteien einverstanden sind, kann von dritter Seite eine Mediation angeordnet werden.

Die bisher angeführten Modelle der *Vereinbarung*, *Empfehlung* und *Anordnung bei Einverständnis der Parteien* sind allesamt sehr **eingriffsschwach**, dennoch sind die beiden letzteren Arten auf einer höheren Stufe der Intensitätsskala zu finden.

Unter das *Empfehlungsmodell* kann die Kompetenz des Richters eingeordnet werden, auf eine gütliche Einigung hinzuarbeiten, wie dies in vielen europäischen Ländern üblich ist.<sup>637</sup>

Die *Anordnung bei Einverständnis der Parteien* unterscheidet sich von der *Empfehlung* nur minimal. Oftmals wird mit diesem Modell die Kostentragung durch den Staat verbunden,<sup>638</sup> wobei dies nicht notgedrungen der Fall sein muss.

Obwohl bei beiden Modellen den Parteien die Mediation nicht aufgezwungen werden kann, hat doch bereits die Äußerung zB eines Richters, er "möchte eine Mediation anordnen", ein anderes Gewicht als die Formulierung, er "würde eine Mediation empfehlen". Vor allem im Fall des Ausspruchs durch den Richter könnten sich die Parteien sehr wohl dazu gezwungen sehen, der Anordnung zuzustimmen, andernfalls womöglich negative Konsequenzen zu erwarten sind.<sup>639</sup> Dieser Beweggrund kann aber unter Umständen bereits im Fall einer bloßen Empfehlung zur Zustimmung zur Mediation führen.

---

<sup>637</sup> Alexander in Ferz, Rechtskultur (2003) 49; so zu Deutschland: § 278 Abs 1 deZPO; Österreich: § 204 Abs 1 ZPO; § 13 Abs 3 AußStrG; Schweiz: Art 124 Abs 3, Art 201 Abs 1, 214 Abs 1, Art 226 Art chZPO; ebenso auf EU-Ebene: Art 5 MediationsRL, ErwGr 13 MediationsRL.

<sup>638</sup> Bspw beim Gerichtsmodell: Alexander in Ferz, Rechtskultur (2003) 49.

<sup>639</sup> Roberto/Hauser, Stämpfli HK ZPO, Art 213 Rz 5: Genau diese Befürchtung, die Empfehlung des Gerichts könne zu einem faktischen Zwang führen, sei in der parlamentarischen Beratung geäußert worden.

Aufgrund der Eingriffsschwäche entfalten diese drei Modelle nicht die volle, gewollte Wirkung des Zwangs.

Doch zumindest die *Empfehlung* und die *Anordnung bei Einverständnis* können – wie bereits erwähnt – bei einem autoritativen Auftreten der Person, die die Empfehlung oder Anordnung ausspricht, einen sanften Druck erzeugen, diese auch zu akzeptieren.<sup>640</sup> Beide Modelle haben jedenfalls den Vorteil, dass sie die *reaktive Abwertung*<sup>641</sup> verringern bzw umgehen können; denn die Parteien können Vorschläge eines Dritten oft besser annehmen als von der gegnerischen Partei. Ganz zu schweigen davon, dass der Vorschlag einer Mediation von den Parteien selbst oftmals gar nicht unterbreitet wird, da sie einen Gesichtsverlust damit verbinden bzw die Befürchtung besteht, ein solches Angebot würde von Schwäche zeugen.<sup>642</sup>

Die Wirkkraft dieser beiden Modelle ist also stark von den persönlichen Eigenschaften der Parteien und der Person, die die Mediation empfiehlt bzw anordnet, abhängig.

**d) Anregung**

Die Parteien erwarten bei Zustimmung zu einer Mediation Belohnungen bzw bei Ablehnung negative Konsequenzen.

**e) Anordnung**

Die Parteien können auch ohne ihre Zustimmung zur Teilnahme an einer Mediation verpflichtet werden.

Das *Anregungsmodell* stellt ebenfalls noch keinen Zwang dar, wie man ihn sich wörtlich vorstellen mag, da die Entscheidung, eine Mediation zu beginnen, immer noch bei den Parteien liegt. Allerdings werden bestimmte extrinsische Faktoren geschaffen, die die Parteien bei dieser Entscheidung beeinflussen und im Wesentlichen zur freiwilligen Teilnahme verleiten sollen.<sup>643</sup> So können bestimmte Vorteile bei Vorliegen einer Teilnahmebereitschaft positiv wirken, wie beispielsweise Kostenanreize.<sup>644</sup> Auf der anderen Seite kann die mangelnde Teil-

---

<sup>640</sup> Roberto/Hauser, Stämpflis HK ZPO, Art 213 Rz 5: Genau diese Befürchtung, die Empfehlung des Gerichts könne zu einem faktischen Zwang führen, sei in der parlamentarischen Beratung geäußert worden.

<sup>641</sup> Zur Definition der *reaktiven Abwertung* s Kapitel Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit 85.

<sup>642</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 101 f; s dazu die Kapitel Teil III - 2.2.3 Allparteilichkeit der Mediationsperson 75 und Teil III - 2.2.4 Offenheit & Informiertheit 85.

<sup>643</sup> Ebenso Ferz/Lison/Wolfart in Ferz/Lison/Wolfart (Hrsg), Zivilgerichte und Mediation (2004) 181.

<sup>644</sup> Damit ist nicht der bloße Ersatz der Kosten der Mediation selbst gemeint, der ebenfalls einen gewissen Anlockeffekt haben mag. S dazu Greger, Prozessinterne Mediation durch externe Mediatoren? ZKM 2007, 142 (143).

nahmebereitschaft auch durch gewisse Nachteile sanktioniert werden. Durch den Einsatz solcher indirekter Zwangsmittel kann – abhängig von der Ausgestaltung und der Anknüpfung an unterschiedliche Handlungen der Parteien – nicht nur die Zustimmung zu einem Vergleichsversuch während eines Gerichtsverfahrens erzeugt, sondern auch die Einleitung eines solchen durch einen potenziellen Kläger bewirkt werden.<sup>645</sup> So kann der Anspruch auf Verfahrenshilfe daran gekoppelt werden, dass der antragsstellende Kläger der gegnerischen Partei das Angebot eines außergerichtlichen Vergleichsversuchs unterbreitet oder aber – der Kläger oder Beklagte – ein solches Angebot der anderen Partei nicht grundlos ausschlägt.<sup>646</sup> Möglich ist ein solches Modell auch bei richtlinienkonformer Auslegung, da die MediationsRL Anreize bzw Sanktionen für die Zustimmung bzw Weigerung zur Mediation unberührt lässt, sofern der Zugang zum Recht nicht versperrt wird.<sup>647</sup> Vorstellbar sind solche Anreize oder Anregungen vor allem in einem *retrospektiven Modell*<sup>648</sup>.

Die höchste Intensität zeitigt natürlich die *Anordnung der Mediation unabhängig von der Zustimmung der Parteien*, die ebenfalls vom Wortlaut der MediationsRL gedeckt ist<sup>649</sup>. Wie bereits zuvor beschrieben, ist dieser Grad von Zwang nicht nur systematisch möglich, sondern sogar sinnvoll.<sup>650</sup>

Abgesehen von der *Vereinbarung*, verlangen die übrigen Varianten mE die Kombination mit einem *gerichtsverbundenen Modell*, da den Gesetzgeber mit steigender Eingriffsintensität eine erhöhte Verpflichtung zur Qualitätssicherung trifft.<sup>651</sup> Die Parteien sollten nicht auf sich gestellt sein, wenn sie gegen ihren Willen eine Mediation versuchen sollen.

### 1.2.2 Einleitung

Diese Ebene bezieht sich auf die soeben erörterten Intensitätsstufen und bestimmt den Auslösemechanismus für beispielsweise die Aussprache einer Empfehlung oder die Anordnung der Mediation. Der Start der Mediation an sich wird dadurch nicht berührt.

---

<sup>645</sup> Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 119.

<sup>646</sup> S Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 120.

<sup>647</sup> Art 5 Abs 2 MediationsRL; ErwGr 14 MediationsRL.

<sup>648</sup> S Kapitel Teil IV - 1.3.3 retrospektiv 135.

<sup>649</sup> Art 5 Abs 2 MediationsRL; ErwGr 14 MediationsRL.

<sup>650</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

<sup>651</sup> Vgl Alexander in Ferz, Rechtskultur (2003) 52.

**a) obligatorisch**

Bei einer obligatorischen Mediation liegt die Entscheidung für die Einleitung nicht in der Hand der Parteien oder einer dritten Person, sondern das Gesetz allein schreibt sie vor.

**b) fakultativ**

Eine fakultative Gestaltung demgegenüber lässt dem Anwender des Gesetzes einen Spielraum, aber verpflichtet ihn dazu, die Einleitung in Erwägung zu ziehen.

Die *obligatorische* Festlegung einer Einleitung kann an den Streitwert gebunden sein, an ein bestimmtes Rechtsgebiet (zB Scheidungsrecht), an die teilweise Einigungsbereitschaft oder sonstige Faktoren. In jedem Fall muss das Gesetz aber vorschreiben, wann welche Art von Zwang gesetzt wird. Der Vorteil gegenüber dem *fakultativen Modell* ist die Einsparung von Kosten und Zeit bei der Entscheidung, ob und welche Maßnahmen gesetzt werden, da keine Abwägung im Einzelfall erforderlich ist.

Beim *fakultativen Modell* wiederum kann auf individuelle Fallkonstellationen sowie die Parteien besser eingegangen werden. Vor allem bei Verbindung mit einer separaten Konfliktanalyse<sup>652</sup> können diese Vorteile bestens ausgeschöpft werden. Welchen Personen dieses Ermessen beim *fakultativen Modell* übertragen werden kann, wird gleich erörtert.<sup>653</sup>

### **1.2.3 Vollzugspersonen**

Im Unterschied zur Frage, wer die Mediation durchführt, bezieht sich diese Ebene auf die Wahl der Person, die – beim *fakultativen Modell* – die **Entscheidung** für oder gegen den Start einer Mediation trifft und – beim *fakultativen* und *obligatorischen Modell* – die **Einleitung** des Zwangs durchführt. Der Vollständigkeit und Einfachheit halber wird im Folgenden die Rolle der möglichen Vollzugsperson im *fakultativen Modell* beschrieben.

**a) Konfliktparteien**

Die Entscheidung für die Mediation kann nur von den Parteien gemeinsam getroffen werden.

---

<sup>652</sup> S Kapitel Teil IV - 1.2.3 Vollzugspersonen c) Konfliktanalytiker 133.

<sup>653</sup> S Kapitel Teil IV - 1.2.3 Vollzugspersonen 132.

**b) Richter**

Es liegt nahe, die Würdigung des Falls dem bereits involvierten und entscheidungsbefugten Richter zu überlassen.

**c) Konfliktanalytiker**

Eine Alternative dazu ist die Implementierung eigener Konfliktanalytiker<sup>654</sup>, die in den jeweils konkret vorliegenden Fällen die Konfliktdiagnose<sup>655</sup> vornehmen.

Eine sehr eingriffsschwache Alternative stellt das erste Modell dar. Von einem Zwang kann in dieser Variante nur dann gesprochen werden, wenn die Parteien jedenfalls zur Durchführung eines ADR-Verfahrens verpflichtet sind, sie aber aus mehreren Verfahren eines auswählen können.<sup>656</sup> Dabei werden sie nach persönlicher Vorliebe bzw Berechnung vorgehen und sich vielleicht auch gar nicht auf eine Methode einigen können. Daher bietet es sich hier an, entweder im Fall der Nichteinigung das zweite Modell zu aktivieren oder einer der Verfahrensarten obligatorische Wirkung zukommen zu lassen.<sup>657</sup>

Ein großer Vorteil der anderen beiden Modelle ist die Durchführung der **Konfliktanalyse**, die sowohl Richter als auch Konfliktanalytiker beim *fakultativen Modell* vornehmen. Dabei sind vor allem die Beurteilung der Art des Konflikts, die Wahl des geeignetsten Konfliktlösungsinstruments und die Abklärung der Einigungsbereitschaft der Parteien wichtige Aufgaben.<sup>658</sup>

Die Konfliktanalyse wird ohnehin zu Beginn jeder Mediation durchgeführt<sup>659</sup> und kann auch dazu führen, dass die Mediation mangels Medierbarkeit abgebrochen wird. Die Eignung zur Mediation könnte – obligatorisch oder fakultativ – auch vorgeschaltet werden, um absolut untaugliche Fälle gar nicht erst in die Mediation zu schicken. Dadurch könnten eben solche Fälle mit einem Minimum an Zwang – nämlich ausschließlich zur Teilnahme an einer einzigen

---

<sup>654</sup> Risse, Konfliktmanagement und ADR, ZKM 2004, 244, der die Bezeichnung **Konfliktmanager** verwendet.

<sup>655</sup> S Duve, Verhandlung vorbereiten und Konflikt diagnostizieren in Duve/Eidenmüller/Hacke (Hrsg) Wirtschaft<sup>1</sup> (2003) 101 ff; S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 110, wonach die *ADR-Verfahrensberatung* im Englischen **screening** oder **convening conference** genannt werde; Kaune A., Moderne Organisationsentwicklung in Kaune A. (Hrsg), Change Management<sup>2</sup> (2010) 51.

<sup>656</sup> S dazu das Schweizer Modell in Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv b) gerichtlich 165.

<sup>657</sup> S dazu bspw die Schweiz in Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv b) gerichtlich 165.

<sup>658</sup> S Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 170 f, 172, 179.

<sup>659</sup> So uA Ballreich, Konfliktdiagnose in Trenzcek/Berning/Lenz (Hrsg), Mediation und Konfliktmanagement (2013) 99 Rz 1.

Sitzung mit dem Ziel der Konfliktdiagnose – vor einer überflüssigen Zeitverzögerung und zusätzlichen Kosten zu bewahren.

Allerdings kommt es – falls die Konfliktdiagnose zur Durchführung einer Mediation führt – zu einer Doppelgleisigkeit, da eine Konfliktdiagnose vor dem und eine im Mediationsprozess stattfindet. Dieser Schritt kann bei personaler Trennung von Konfliktdiagnostiker und Mediationsperson nicht ausgespart werden. Ökonomischer wäre es dann, wenn der Konfliktdiagnostiker die Mediation selbst durchführt, wobei mE eine derartige Aufgabenverteilung aufgrund der dabei entstehenden Gefährdung der Allparteilichkeit abzulehnen ist. Eine Person, die auf die Einleitung der Mediation Einfluss nimmt oder gar die Entscheidung dazu trifft, sollte nicht zugleich die Person sein, die sie selbst durchführt. Außerdem wäre es – abhängig von der konkreten Ausgestaltung – möglich, dass der Konfliktdiagnostiker zur Erfüllung seiner Aufgaben die Kompetenz erhält, auf Gerichtsakten zuzugreifen oder womöglich – sofern die Konfliktparteien einander bereits vor einem Richter gegenüber saßen – ein persönliches Gespräch mit dem zuständigen Richter zu führen; dies ohne Zustimmung der Konfliktparteien. Diese Kompetenzen könnten für die Einschätzung des Potenzials einer Mediation im konkreten Fall hilfreich sein, stehen dem Tätigwerden als Mediator in der Sache aber entgegen. Einer derartigen Konstellation mangelt es an der erforderlichen Wahrung des äußeren Anscheins der Unabhängigkeit.

Der Unterschied zwischen Richter und Konfliktdiagnostiker liegt mE in der **Nähe zum Konflikt**, die beim Richter sicherlich größer ist. Ansonsten hängen die Vor- und Nachteile stark von der Wahl der *organisatorischen* und *prozessualen Nähe zur Justiz*<sup>660</sup>, sowie der *zeitlichen Anknüpfung*<sup>661</sup> ab.

So der Konfliktdiagnostiker als *Präventiv-Modell*<sup>662</sup> eingesetzt wird, wird er auch als dem Gericht vorgeschaltetes Institut mit Filterfunktion<sup>663</sup> beschrieben. Die Rolle des Konfliktdiagnostikers würde jedenfalls dann an Bedeutung gewinnen, wenn neben der Mediation auch andere ADR-Verfahren Eingang in die Rechtsordnung fänden und somit ein größerer Pool an mög-

---

<sup>660</sup> S Kapitel Teil IV - 1.1.1 Organisation 117 und Teil IV - 1.1.2 Prozess 118.

<sup>661</sup> S Kapitel Teil IV - 1.3 Zeitliche Anknüpfung 135.

<sup>662</sup> S Kapitel Teil IV - 1.3.1 präventiv 135.

<sup>663</sup> *Alexander in Ferz*, Rechtskultur (2003) 51.

lichen Verfahrensarten zur Verfügung stünde. Damit würde sich das Modell dem sogenannten *Multi-Door Courthouse* annähern, das von *Frank E. A. Sander* entwickelt wurde.<sup>664</sup>

### 1.3 Zeitliche Anknüpfung

Die zeitliche Anknüpfung bezieht sich auf das Verhältnis zu einem etwaigen Gerichtsprozess. In welcher Form das Konzept zusammengestellt werden soll, hängt sehr stark davon ab, in welchem Verfahrensstadium das Modell zur Anwendung kommen soll.

#### 1.3.1 präventiv

*Präventive Modelle* wirken noch bevor ein staatliches Gerichtsverfahren begonnen hat. Je nach Intensität des Zwangs kann dies eine einfache Empfehlung nach Klagseinbringung oder aber die Verpflichtung einer Mediation bei sonstiger Zurück- bzw Abweisung der Klage bedeuten. Es gibt viele Befürworter von präventiven Maßnahmen, da sie besonders zur Entlastung der Gerichte geeignet sind, die Prozesskosten der Parteien in diesem Stadium noch niedrig sind und somit die Möglichkeit eines Kostenvorteils aussichtsreich ist.<sup>665</sup>

#### 1.3.2 parallel

Bei diesen Modellen greifen die ausgewählten Maßnahmen, während ein staatliches Gerichtsverfahren bereits anhängig ist.

#### 1.3.3 retrospektiv

Schließlich können einige Mittel auch im Anschluss oder zumindest am Ende eines Gerichtsprozesses zum Einsatz gelangen. Wie bereits zuvor erwähnt, sind das vorrangig *Anregungsmodelle*<sup>666</sup>, die die Parteien zur Inanspruchnahme einer Mediation verleiten sollen. In Betracht kommen hierbei vor allem die vom Prozessausgang unabhängige Auferlegung der Prozesskosten bei Weigerung, falls die andere Partei der Teilnahme zustimmt,<sup>667</sup> und der Ver-

---

<sup>664</sup> *Ray/Freedman*, Multidoor courthouse speeds dispute resolution, ABA Journal 72 (1986) 99.

<sup>665</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7223); *Viček*, Außergerichtliche Konfliktlösung als effektives Mittel des Zivilverfahrens (2007) 41.

<sup>666</sup> S Kapitel Teil IV - 1.2.1 Intensität d) Anregung 130.

<sup>667</sup> *Baumann*, Förderung der Mediation durch das Gericht, IDR 2005, 9 (10); *Wagner*, Gerichtlich veranlasste Mediation: England als Vorreiter, ZKM 2004, 100.

lust der Verfahrenshilfe<sup>668</sup>, wie dies in England und ansatzweise auch in Deutschland bereits der Fall ist.<sup>669</sup>

Gegen die Möglichkeit, retrospektive Mittel einzusetzen, wird häufig das *Prinzip der Freiwilligkeit* vorgeschoben und behauptet, die *Weigerung der Teilnahme* an einer Mediation dürfe keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Parteien haben.<sup>670</sup> Dagegen ist wiederum die oben stehende Auslegung des *Freiwilligkeitsprinzips* anzuführen,<sup>671</sup> wonach Zwang zum Start einer Mediation durchaus systematisch möglich ist, weshalb es eigentlich nur lauten sollte, dass der *Abbruch* einer Mediation keinen Einfluss auf die Rechtsstellung der Parteien haben dürfe.

---

<sup>668</sup> Baumann, Förderung der Mediation durch das Gericht, IDR 2005, 9 (16).

<sup>669</sup> Baumann, Förderung der Mediation durch das Gericht, IDR 2005, 9 (10, 16); Wagner, Gerichtlich veranlasste Mediation: England als Vorreiter, ZKM 2004, 100; s zu Deutschland Kapitel Teil IV - 4.2.3 retrospektiv 156.

<sup>670</sup> Falk/Koren, ZivMediatG, § 1 Rz 3.3. mwN.

<sup>671</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

## 2 Schutzmechanismen

Neben den zuvor besprochenen Mediationsmodellen müssen auch Entscheidungen bezüglich der Wirkung von Mediationen getroffen werden. Diese betreffen vor allem den **Verjährungs-** und **Vertrauensschutz** sowie die **Umsetzung** von in der Mediation getroffenen Lösungen. Dabei stellt sich vorrangig die Frage, ob zwischen gerichtlicher und außergerichtlicher Mediation unterschieden werden soll oder – wie dies in Österreich der Fall ist – die Vorteile der Schutzmechanismen an sonstige Voraussetzungen geknüpft werden.

### 2.1 Verjährung

Eine ganz essenzielle Voraussetzung für die Förderung der Mediation ist die Gewährleistung, dass die Fristen für eine etwaige gerichtliche Anspruchsdurchsetzung während der Durchführung einer Mediation gewahrt sind. Ansonsten könnte die Mediation als Mittel zur Zeitverzögerung missbraucht werden.

Dabei stehen die **Fortlaufshemmung** (der Lauf der Frist wird gestoppt und läuft erst nach Wegfall des Hindernisses weiter)<sup>672</sup> und die **Ablaufshemmung** (die Frist läuft weiter, endet jedoch erst einige Zeit nach Wegfall des Hindernisses)<sup>673</sup> sowie die **Unterbrechung** (die Frist beginnt nach Wegfall des Hindernisses von Neuem zu laufen)<sup>674</sup> der Verjährung als mögliche Instrumente zur Verfügung.

### 2.2 Vertraulichkeit

Nächster wichtiger Punkt ist der Schutz der Einhaltung des *Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit*.

---

<sup>672</sup> Deutschland: § 203 iVm § 209 BGB; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB<sup>10</sup> (2010) 55; Schweiz: Art 134 chOR; Österreich: § 1496 ABGB; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> (2007) Rz 3/39; *Dehn* in KBB<sup>2</sup> § 1494 Rz 1.

<sup>673</sup> Deutschland: §§ 210, 211 BGB; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB<sup>10</sup> (2010) 55; Österreich: § 1494 ABGB; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> (2007) Rz 3/39; *Dehn* in KBB<sup>2</sup> § 1494 Rz 1; bez Vergleichsverhandlungen Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> (2007) Rz 3/39 zitiert nach OGH RdW 1999, 548; *Dehn* in KBB<sup>2</sup> § 1494 Rz 1, 3; s auch OGH 10.07.2001, 4 Ob 158/01 s.

<sup>674</sup> Deutschland: § 212 BGB; *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB<sup>10</sup> (2010) 55; Schweiz: Art 135 chOR; Österreich: § 1497 ABGB; *Bydlinski*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> (2007) Rz 3/40;

### 2.2.1 Schutz vor Offenbarung im Gerichtsverfahren

Dabei spielt vor allem die Frage der **Aussagepflicht der Mediationsperson** im Gerichtsverfahren eine wichtige Rolle.

#### a) Zeugenvernehmungsverbot

Stärkster Schutzmechanismus ihrer Verschwiegenheit wäre auf den ersten Blick ein gänzlich **Zeugenvernehmungsverbot**.

Nachteil hierbei ist, dass jegliche Äußerung der Mediationsperson verhindert wird und sie somit auch keine Aussage zum Beweis von Tatsachen aus dem Mediationsverfahren machen kann, wenn dies aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung geboten wäre, wie dies beim abgeschwächten Schutz, dem Zeugnisschlagungsrecht, der Fall wäre. Das Zeugenvernehmungsverbot signalisiert in jedem Fall eine starke Trennung der Mediation vom staatlichen Rechtssystem.

#### b) Zeugnisschlagungsrecht

Als weiterer Schutz kommt also ein **Zeugnisschlagungsrecht** in Frage. Dabei ist die Ladung der Mediationsperson als Zeugin zum Beweis von Tatsachen aus dem Mediationsverfahren generell möglich; sie ist aber berechtigt, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern.

Prinzipiell steht es ihr frei, dennoch diese Fragen zu beantworten. Ob sie dabei nicht nur eine privatrechtliche Pflicht verletzt und schadenersatzpflichtig wird, sondern auch gegen eine gesetzlich festgelegte Berufspflicht verstößt und ob die Verletzung einer solchen mit nachteiligen Konsequenzen verbunden wird, ist ebenfalls festzulegen. Dabei kann eine Gesetzesverletzung als strafrechtliches Delikt ausgeformt sein oder als Verwaltungsübertretung zu Geldstrafen oder Berufsverbot führen.

Und schließlich ist zu entscheiden, ob die Parteien Einfluss auf die Aussagepflicht ausüben können sollen, ob sie die Mediationsperson also gemeinschaftlich von der Verschwiegenheitspflicht **entbinden** können und diese damit zur Aussage verpflichtet ist und sich auf ihr Entschlagungsrecht nicht mehr berufen kann. Abhängig von der jeweiligen privatrechtlichen Vereinbarung, kann die Beantwortung oder Nichtbeantwortung einer Frage diesfalls zu einem Verstoß gegen eine vertraglich festgesetzte Pflicht führen.

Der Vorteil eines simplen Entschlagungsrechts gegenüber dem Vernehmungsverbot liegt offensichtlich in der **Flexibilität**. Es sind verschiedenste Abstufungen denkbar und die Interessen anderer können abgewogen und berücksichtigt werden. Anzumerken ist allerdings, dass ein Zuviel an Flexibilität den Schutz der Mediationsperson und des Verfahrens womöglich beeinträchtigt und damit gegen die Prinzipien der Mediation verstößt. Eine etwaige Abwägung der Interessen muss besonders gewissenhaft erfolgen.

Informationen können allerdings nicht nur durch die Mediationsperson weitergegeben werden, weshalb der Schutz der Verschwiegenheit derselben im Gerichtsverfahren nur bedingt den ausreicht. Ein Beweisthemenvorbot oder privater Beweisvertrag – so er denn von der jeweiligen Prozessordnung anerkannt und berücksichtigt wird – sind dagegen weitreichendere Mechanismen:

### c) **Beweisthemenvorbot**

Die eben erörterten Regelungsmöglichkeiten betreffen eben nur den Zeugenbeweis der Mediationsperson. Die Parteien selbst wären nicht daran gehindert durch eigene Parteieinvernahme Inhalte der Mediation in das Gerichtsverfahren einzubringen bzw andere Beweise vorzulegen. Daher benötigt ein umfassender Vertraulichkeitsschutz den Schutz der Inhalte der Mediation insgesamt, also ein **Beweisthemenvorbot**.<sup>675</sup> Dadurch wäre der Eingang dieser Inhalte in den Gerichtsprozess auf jeglichem Weg verhindert.

Um den oben beschriebenen Nachteil des absoluten Vernehmungsverbots zu vermeiden, sollte dieses Beweisthemenvorbot mit Ausnahmen kombiniert werden. So sollte ein Beweisantrag dann möglich sein, wenn dies aus Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist.

---

<sup>675</sup> So auch *Lenz*, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland (2008) 44; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 772: "**Beweismittelverbote** [...] verbieten dem Gericht entweder generell die Benützung bestimmter Beweismittel [...] oder nur hinsichtlich bestimmter Tatsachen [...]. **Beweisthemenvorbote** verbieten dem Gericht, über bestimmte Tatsachen überhaupt Beweise aufzunehmen".

#### d) Beweisverträge

Besteht ein solches Beweisthemenvorbot nicht, stellt sich vorrangig die Frage, wie das Gericht mit privaten **Beweisverträgen**<sup>676</sup> umzugehen hat. Denn in der Praxis ist es üblich, vor Beginn der Mediation einen Mediationsvertrag zu unterzeichnen, in dem sich die Parteien zur Verschwiegenheit über die Inhalte der Mediation verpflichten. Diese Verpflichtung enthält meist den Verzicht, diese Inhalte mittels Parteivortrag in den Prozess einzubringen, bestimmte Zeugen zu laden oder sonstige Beweise dazu vorzulegen.<sup>677</sup> Bringt nun eine Partei in einem Gerichtsverfahren dennoch einen Antrag auf Beweiserhebung ein, hängt es von den jeweiligen Zivilprozessregelungen ab, ob das Gericht einen Einwand der gegnerischen Partei dagegen berücksichtigen darf oder nicht oder gar von Amts wegen den Antrag zurück- oder abzuweisen hat.

#### 2.2.2 Schutz vor Offenbarung in der Öffentlichkeit

Neben dem Schutz der Vertraulichkeit und Verschwiegenheit vor Gericht, kann natürlich auch der Umgang mit Informationen gegenüber anderen Dritten bzw der Öffentlichkeit bestimmt und sanktioniert werden.

Zum einen müsste – zum Schutz der (unerfahrenen) Medianden – mE die **Verschwiegenheitspflicht** der Mediationsperson gegenüber der Öffentlich insgesamt – und nicht nur im Fall eines Gerichtsverfahrens –gesetzlich festgeschrieben sein. Eine Entbindung von dieser Pflicht kann unter Umständen durch privatrechtliche Vereinbarung erfolgen.

Für den Schutz der Verschwiegenheit der Konfliktparteien dagegen ist keine gesetzliche Pflicht vorzusehen.<sup>678</sup> Diese wird ohnehin im Rahmen der Mediation gleich zu Beginn festgelegt – die Aufklärung darüber und die Festsetzung gewisser Spielregeln liegen im Verantwortungsbereich der Mediationsperson<sup>679</sup>. Dieser Bereich der Vertraulichkeit sollte nicht ebenfalls vom Gesetzgeber gesteuert werden, da er dadurch mM nach zu weit in die Privatautonomie der Parteien eingreifen würde.

---

<sup>676</sup> Theoretisch können sich derartige Verträge auf die Zulassung bzw den Ausschluss bestimmter Tatsachen (**Beweisthemenvvertrag**) oder bestimmter Beweismittel (**Beweismittelvertrag**) beziehen, oder dem Gericht eine bestimmte Beweiswürdigung vorschreiben (**Beweiswürdigungsvertrag**). S dazu *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 823.

<sup>677</sup> *Lenz*, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland (2008) 46.

<sup>678</sup> AA *Horstmeier*, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 106.

<sup>679</sup> S dazu Kapitel Teil III - 2.2.1 Eigenverantwortung der Parteien b) im Prozess 57.

Zum anderen bleibt zu klären, wie mit einer **Verletzung** der (gesetzlichen) Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson und der (privatrechtlich vereinbarten) Verschwiegenheitspflicht der Konfliktparteien umgegangen wird. Neben der Möglichkeit der Beteiligten selbst, für diesen Fall Konventionalstrafen vorzusehen, kann auch der Gesetzgeber (verwaltungs-)strafrechtliche Konsequenzen vorsehen.

### 2.3 Ergebnisumsetzung

Eine absolute Notwendigkeit, um eine erfolgreiche Förderung der Mediation zu erreichen, ist die Möglichkeit der Vollstreckbarmachung des Mediationsergebnisses. Die Parteien sollen nach erfolgreichem Abschluss der Mediation einen Titel erschaffen können. Diese Voraussetzung schreibt auch die MediationsRL, zumindest für grenzüberschreitende Konflikte, vor.<sup>680</sup>

Auch hier eröffnen sich sehr viele Optionen, abhängig von der Wahl der Behörde, die den Titel erschafft, der Qualität des Titels, der Anforderungen an die Antragsstellung (ob alle Parteien gemeinsam oder auch nur eine Partei alleine den Antrag einbringen kann, wie dies beispielsweise nach der MediationsRL möglich sein soll) und die Prüfungsmöglichkeiten der Behörde bezüglich der Gesetzeskonformität des Inhalts.

Klarerweise kann Mediation nie eine echte Alternative zum Gerichtsverfahren sein, wenn die Aussicht auf Vollstreckbarmachung nicht gegeben ist. Denn – auch wenn die Parteien sich freiwillig an ihr Mediationsergebnis halten, stellt mE allein die Möglichkeit, einen vollstreckbaren Titel zu erschaffen, ein wesentliches Kriterium bei der Auswahl des Konfliktlösungsverfahrens dar.

---

<sup>680</sup> Art 8 Abs 1 MediationsRL.

### 3 Zwischenfazit

Wie die vorangehende Aufstellung der Ebenen zeigt, sind bei Einbindung der Mediation in das Rechtssystem viele Entscheidungen zu treffen und eine enorme Anzahl an möglichen Kombinationen denkbar. Diese vervielfältigt sich noch dadurch, dass die Kombinationen wiederum miteinander verbunden werden bzw zumindest gleichzeitig nebeneinander bestehen können.

Es gibt eine enorme Vielzahl an theoretisch möglichen Mediationsmodellen, die allesamt ihre Vor- und Nachteile haben, jedoch an dieser Stelle nicht im Detail erörtert werden sollen. Denn mE ist weniger die konkrete Wahl einer bestimmten Modellkombination von Bedeutung als vielmehr die Tatsache, dass ein ausgewogenes Mediationskonzept bzw generell ADR-Konzept im Sinn der Förderung des *Prinzips des Zugangs zum Recht*<sup>681</sup> vorliegt, das die Bedürfnisse alle Zielgruppen<sup>682</sup> gleichermaßen berücksichtigt und ein adäquates System an Schutzmechanismen vorsieht.

Daher werden anschließend die bereits in der Praxis erprobten Gesamtkonzepte in Deutschland, Österreich und der Schweiz genauer beschrieben.

Wie auch immer die Entscheidungen ausfallen – um ein erfolgreiches Gesamtkonzept zu erstellen, bedarf es jedenfalls vielschichtiger Investitionen im Bereich der Planungs-, Durchführungs- und Nachbereitungsphasen sowie Zeit und Geduld.<sup>683</sup>

---

<sup>681</sup> ErwGr 2, 3, 5 MediationsRL.

<sup>682</sup> S dazu Kapitel Teil II - 3 Zielgruppen 20.

<sup>683</sup> S *Schütz*, Mediation (2009) Rz 1067, der auf den Mangel dieser Ressourcen bei vergangenen Modellprojekten hinweist.

## 4 Deutschland

### 4.1 Allgemeines & Schutzmechanismen

Durch das Inkrafttreten des *Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* am 26.07.2012, welches als Artikelgesetz<sup>684</sup> neben dem MediationsG in Art 1 auch Änderungen anderer Nebengesetze enthält, kam es in Deutschland nach langer Diskussion<sup>685</sup> endlich zur gesetzlichen Regelung der Mediation. Nachdem der Bundestag den Gesetzesentwurf der Bundesregierung am 15.12.2011 angenommen hat, verlangte der Bundesrat – passenderweise – die Einberufung eines Vermittlungsausschusses<sup>686</sup>; vermutlich aufgrund des Protests des Deutschen Richterbundes und des Deutschen Anwaltsvereins.<sup>687</sup> Dadurch hat sich die Einführung des MediationsG erheblich verzögert und der erreichte Kompromiss in sehr vielen Punkten doch wesentliche Änderungen im Vergleich zum Gesetzesentwurf erfahren.

Das MediationsG beschäftigt sich beinahe nur mit dem Begriff selbst, den Prinzipien und damit einhergehenden Pflichten. Details bezüglich etwaiger Modellausgestaltungen sowie die notwendigen Schutzmechanismen finden sich dagegen nicht an dieser, allerdings zumindest an anderer Stelle.

Die Frage nach einer etwaigen Hemmung oder Unterbrechung der **Verjährung** bei außergerichtlicher Mediation wird durch § 203 BGB geregelt, der eine Fortlaufshemmung<sup>688</sup> während Vergleichsgesprächen vorsieht. Da es sich bei einer Mediation jedenfalls auch um Vergleichsgespräche handelt,<sup>689</sup> ist diese Regelung anwendbar. Dennoch wäre ein dynamischer Verweis vom MediationsG zu § 203 BGB mE wünschenswert, um einerseits Klarheit zu schaf-

---

<sup>684</sup> Zum Artikelgesetz s FN 129.

<sup>685</sup> Zum Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens s *beck-aktuell*, Gesetzgebungsarchiv/Mediationsgesetz, <http://gesetzgebung.beck.de/node/1006516> (05.01.2013).

<sup>686</sup> Vermittlungsausschuss bedeutet im Englischen *mediation committee*: *Moltmann-Willisch/Kraus/Hammerstein*, Richterliche Mediation als Verfahrensmethode – was spricht dagegen? ZKM 2012, 64; *Pons.eu*, Vermittlungsausschuss, <http://de.pons.eu/dict/search/results/?q=Vermittlungsausschuss&l=deen&in=&lf=de> (01.02.2013).

<sup>687</sup> *Depré/Belser/Hascher-Hug/Jörg* in *Depré* (Hrsg), Streitfälle außergerichtlich lösen (2012) 56.

<sup>688</sup> *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB<sup>10</sup> (2010) 55.

<sup>689</sup> S zum Begriff *facilitated negotiation* Kapitel Teil III - 2.1.1 facilitation (Moderation) 43.

fen und andererseits dem Rechtsanwender die notwendigen Informationen an einer Stelle zu bieten.

Zusätzlich wurde durch Einführung des § 204 Abs 1 Z 4 BGB die Hemmung der Verjährung durch Bekanntgabe des Güteantrags eingeführt, der im Fall von *präventiven gerichtlichen Mediationsverfahren* zum Tragen kommt.

Da bei der Regelung nach § 204 BGB die Verjährungshemmung erst mit Bekanntgabe der Aufnahme von Mediationsgesprächen Wirkung entfaltet, bei § 203 BGB eine Hemmung jedoch bereits mit der zwischenparteilichen Vereinbarung zu verhandeln – bzw nach *Hacke*<sup>690</sup> mit der Vereinbarung des Prozessverbots – eintritt, ist die Bedeutung des § 204 BGB eher gering.<sup>691</sup>

Der gesetzliche Schutz der Vertraulichkeit und Verschwiegenheit besteht aus der Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson,<sup>692</sup> die durch ein **Zeugnisverweigerungsrecht** komplettiert wird.<sup>693</sup>

Die Verschwiegenheitspflicht ist allerdings keine absolute, da die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen die Mediationsperson von der Verschwiegenheitspflicht befreien können.<sup>694</sup> Diesfalls ist sie zur Aussage verpflichtet.

Besonders betont wird in Deutschland, dass die spezielle Regelung der Verschwiegenheitspflicht im MediationsG als *lex specialis* anderen Regelungen, insbesondere aus den Berufsrechten, vorgeht.<sup>695</sup> Damit soll die Gleichstellung aller Mediationspersonen, egal aus welchem Quellberuf sie stammen, erreicht werden.<sup>696</sup>

Wie bereits oben erörtert, bedeutet das Zeugnisverweigerungsrecht keinen umfangreichen Schutz der Vertraulichkeit der Mediation. Dazu bedarf es eines Beweisverbots, das in Deutschland zwar auf Gesetzesebene nicht existiert aber zumindest durch einen privatrechtlichen Prozessvertrag erreicht werden kann. Allgemein anerkannt ist die Möglichkeit von

---

<sup>690</sup> S jedoch *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 130 f.

<sup>691</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 131 FN 323.

<sup>692</sup> § 4 MediationsG.

<sup>693</sup> § 383 Abs 1 Z 6 deZPO.

<sup>694</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 17.

<sup>695</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 17.

<sup>696</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 17.

Beweisthemen- und Beweismittelverträgen.<sup>697</sup> Die Zulässigkeit dieser Arten von **Beweisverträgen** ergibt sich aus dem Zusammenhang zwischen materiellem und prozessuellem Recht: Da das Prozessrecht lediglich der Durchsetzung dessen dient, was die Parteien privatrechtlich abbedungen haben, kann auch das durch Dispositions- und Verhandlungsmaxime geprägte Zivilprozessrecht privatrechtlich abbedungen werden.<sup>698</sup> Die Verfahrensherrschaft der Parteien hat ein stärkeres Gewicht als die Wahrheitsfindung.<sup>699</sup>

Beweiswürdigungsverträge hingegen werden nicht zugelassen, da sie gegen den Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung verstoßen.<sup>700</sup>

Nach hL und Rsp hat das Gericht Beweisverträge nicht von Amts wegen wahrzunehmen, sondern nur aufgrund einer **Einrede** einer Partei.<sup>701</sup> Vereinbaren die Medianten, dass keine Tatsachen aus dem Mediationserfahren und keine diesbezüglichen Beweise vorgetragen werden dürfen,<sup>702</sup> ist ein bei Verstoß gegen diese Vereinbarung vorgebrachter Einwand erfolgreich.<sup>703</sup> Kann der Vertragsbruch nachgewiesen werden, darf das Gericht den vertragswidrigen Vortrag nicht in seiner Entscheidung berücksichtigen und muss abredewidrige Beweisanträge als *unzulässig abweisen*.<sup>704</sup>

Die Abweisung der Klage mittels *Prozessurteils wegen Unzulässigkeit* entspricht der Zurückweisung mit Beschluss im österreichischen Zivilprozess. Durch die Klageabweisung entsteht keine *res iudicata*; es erfolgt keine Entscheidung in der Sache. Die österreichische Klageab-

---

<sup>697</sup> Laumen in PG<sup>4</sup> § 286 deZPO Rz 94; Prütting in MüKoZPO § 286 Rz 161 ff, 164; s auch Deutschmann/Lenz, Die Verschwiegenheit in der Mediation, pm 2009, 98 (101); Eidenmüller, Wirtschaftsmediation (2000) 27; Kreissl, Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem, SchiedsVZ 2012, 230 (242); Wagner, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, 1398 (1399); ders, Prozessverträge (1998) 608 ff; aA OLG Köln 02.10.1986, 27 U 18/96 =openJur 2012, 75757, <http://openjur.de/u/266954.html> (28.01.2013), wo in Rz 36 mwN auf die Unwirksamkeit der Einschränkung der richterlichen Freiheit der Beweiswürdigung hingewiesen wird; Argumente der Kritiker mwN s in Wagner, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, 1398 (1399).

<sup>698</sup> Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 454; Lenz, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland (2008) 46.

<sup>699</sup> Hofmann, Vertraulichkeit in der Mediation, SchiedsVZ 2011, 148 (149).

<sup>700</sup> Laumen in PG<sup>4</sup> § 287 ZPO Rz 95.

<sup>701</sup> Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 455; Deutschmann/Lenz, Die Verschwiegenheit in der Mediation, pm 2009, 98 (101); Hofmann, Vertraulichkeit in der Mediation, SchiedsVZ 2011, 148 (150).

<sup>702</sup> Wagner/Thole, Die neue EU-Richtlinie zur Mediation, ZKM 2008, 36 (39).

<sup>703</sup> Deutschmann/Lenz, Die Verschwiegenheit in der Mediation, pm 2009, 98 (101); Greger, Prozessinterne Mediation durch externe Mediatoren? ZKM 2007, 142; Wagner, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, 1398 (1400); ders, Prozessverträge (1998) 250.

<sup>704</sup> Hutner, Die Mediationsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 226 (229); aA Wagner, Prozessverträge (1998) 250, der von zurückweisen spricht; Wagner/Thole, Die neue EU-Richtlinie zur Mediation, ZKM 2008, 36 (39).

weisung mittels Urteil wiederum, also die negative Entscheidung in der Sache, stellt das Gegenstück zur Abweisung durch *Sachurteil wegen Unbegründetheit* in Deutschland dar.

*Hacke* sieht jedoch auch im Beweisvertrag keinen allumfassenden Vertraulichkeitsschutz, da der Einwand gegen einen verstoßenden Beweisantrag nach Treu und Glauben nachgewiesen werden müsse.<sup>705</sup> Darüber hinaus könnten Informationen weiterhin auf anderem Weg als über einen Beweisantrag in den Prozess Eingang finden, wobei er dabei offenbar die Parteiaussagen im Blick hat.<sup>706</sup>

Diese Rechtsfolgen von Beweisverträgen stützen sich vor allem auf prozessökonomische Überlegungen, da andernfalls ein Zweitprozess geführt werden müsste.<sup>707</sup> Auch die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben spielt bei der doch großzügigen Bewertung von privaten Beweisverträgen eine Rolle.<sup>708</sup>

Im Gesetzesentwurf noch vorgesehen war die **Vollstreckbarmachung** des Mediationsergebnisses durch Einführung eines eigenen Paragraphen (§ 796d deZPO).<sup>709</sup> Dieser wurde jedoch aus der endgültigen Fassung gestrichen, weshalb auf die bisherigen Möglichkeiten der Vollstreckbarmachung zurückgegriffen werden muss.<sup>710</sup> Diese wären die notarielle Urkunde<sup>711</sup>, der Anwaltsvergleich<sup>712</sup> oder die Protokollierung des Vergleichs vor Gericht<sup>713</sup>. Die Vertragsgestaltung an sich ist dabei eine erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung iSd § 2 Abs 1 RDG,<sup>714</sup> sodass die Mediationsperson – soweit sie kein Anwaltsmediator ist – bereits die konkrete Ausformulierung der Vereinbarung nicht selbst übernehmen kann.

---

<sup>705</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 261.

<sup>706</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001) 261.

<sup>707</sup> *Hofmann*, Vertraulichkeit in der Mediation, SchiedsVZ 2011, 148 (149).

<sup>708</sup> S in *Hofmann*, Vertraulichkeit in der Mediation, SchiedsVZ 2011, 148 (149) den Verweis auf den Grundsatz *venire contra factum proprium*.

<sup>709</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 7.

<sup>710</sup> BeschIBer RA BT-Drs 17/8058, 21.

<sup>711</sup> § 794 Abs 1 Z 5 deZPO.

<sup>712</sup> § 796a deZPO.

<sup>713</sup> § 794 Abs 1 Z 1 deZPO.

<sup>714</sup> *Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 152.

## 4.2 Modelle

Vor dem Hintergrund dieser Schutzmechanismen stellt sich als nächstes die Frage, welches Konfliktlösungsgesamtkonzept Deutschland eingeführt hat. Bereits vor Inkrafttreten des neuen MediationsG wurden in einzelnen Bundesländern bzw an einigen Gerichten verschiedenste **Modellversuche** durchgeführt.<sup>715</sup> Diese wurden hauptsächlich auf die alte Regelung des Güterichters in § 278 deZPO gestützt sowie auf Art 15a deEGZPO, der den Ländern die Kompetenz zur Einrichtung dieser Stellen einräumt. Vor allem die *gerichtsinterne Richtermediation* war insgesamt ein großes Thema.

Der deutsche Gesetzgeber hat sich aber schlussendlich dazu entschieden, die *gerichtsverbundene Mediation* zu streichen und damit die **Berufsbezeichnung Mediator** fortan ausschließlich den *außergerichtlich* agierenden Mediationspersonen vorzubehalten.<sup>716</sup>

Dennoch existiert Mediation weiterhin sowohl im *Präventiv-* als auch im *Parallel-Bereich* als *gerichtliches* Modell,<sup>717</sup> da man nicht auf die in vielen Modellversuchen erprobte *gerichtsinterne* bzw richterliche Mediation verzichten wollte. So wurden das Institut des **Güterichters** und die Güteverhandlung geschaffen bzw ausgebaut. Nach einer Übergangsfrist, die mit 01.08.2013 ausläuft, darf für mediierende Richter nur noch die Bezeichnung *Güterichter* verwendet werden; Mediator oder auch ähnliche Bezeichnungen, wie Richtermediator oder richterliche Mediation, dürfen nicht mehr gebraucht werden.<sup>718</sup> Allerdings können Richter weiterhin Mediationen im Sinne des MediationsG durchführen und unterliegen dabei auch dem MediationsG.<sup>719</sup>

---

<sup>715</sup> Ua Niedersachsen: *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen (2006); Bayern: *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter (2007); bez weiterer Bundesländer s *Baumann*, Förderung der Mediation durch das Gericht, IDR 2005, 9 (16); *Greger*, Prozessinterne Mediation durch externe Mediatoren? ZKM 2007, 142 FN 2.

<sup>716</sup> *Depré/Belser/Hascher-Hug/Jörg* in *Depré* (Hrsg), Streitfälle außergerichtlich lösen (2012) 56; *Ortloff*, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142.

<sup>717</sup> *Ortloff*, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142.

<sup>718</sup> § 9 Abs 1 MediationsG; *Ortloff*, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142 (143).

<sup>719</sup> *Röthemeyer*, Gerichtsmediation im Güterichterkonzept – Die Lösung des Vermittlungsausschusses, ZKM 2012, 116 (117, 118); *Schmidbauer*, Mediation am Gericht in der Schusslinie des Mediationsgesetzes, ZKM 2012, 88 (91); diff *Dürschke*, Güterichter statt Mediation, NZS 2013, 41 (42, 48); aA *Prütting* in MüKoZPO § 278 Rz 27; *Wagner*, Das Mediationsgesetz – Ende gut, alles gut? ZKM 2012, 110 (114).

Der Güterichter kann zwar Mediationen leiten, er darf aber auch andere Methoden der Konfliktlösung einsetzen und hat darüber hinaus weitergehende Kompetenzen.<sup>720</sup> Doch wird vor allem nach einem Blick auf die historische Entwicklung des Güterichters klar, dass dieser sehr wohl und vermutlich vor allem Mediationen durchführen wird, womit der *gerichtsinternen Richtermediation* eine Hintertür geöffnet wurde.<sup>721</sup> Als Grund für diese Annahme wird unter anderem angeführt, dass für die Durchführung einer Schlichtung eine Verweisung an einen anderen Richter nicht erforderlich ist – eine solche kann auch der entscheidungsbefugte Richter selbst durchführen. Weiters wird bezweifelt, dass Richter eine Bewertung fremder Causen (noch dazu von Kollegen) vornehmen möchten, wodurch die Parteien möglicherweise mit zwei unterschiedlichen Fallbewertungen zweier Richter konfrontiert wären.<sup>722</sup>

Kritiker mögen daher anführen, dass die neuartige, komplizierte Terminologie nicht einleuchtend ist<sup>723</sup> – der Güterichter sei trotzdem Mediator.

Die Abkehr von dieser und ähnlichen Bezeichnungen ist mM nach aber vor allem in Hinblick auf die Tatsache verständlich und geboten, dass der Güterichter eben doch auch andere Verfahrensarten durchführen darf. Darüber hinaus sind die für die Mediation notwendigen *Prinzipien der Allparteilichkeit* und der *Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* nicht ausreichend geschützt. Stammt der Güterichter vom selben Gericht wie der entscheidungsbefugte Richter, sind beide Prinzipien zu stark in Mitleidenschaft gezogen, wie auch bereits beim Mediationsmodell *Richtermediation*<sup>724</sup> betont wurde. Weiters hat der Güterichter mehr Kompetenzen als der Mediationsperson zugerechnet werden. So kann er beispielsweise ohne Zustimmung der Parteien Einsicht in die Gerichtsakten nehmen.<sup>725</sup>

---

<sup>720</sup> § 278 Abs 5 Satz 2 deZPO; BeschIBer RA BT-Drs 17/8058, 17.

<sup>721</sup> S auch *Kreissl*, *Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem*, *SchiedsVZ* 2012, 230 (240), der von einer verschleierte Einführung der gerichtlichen (nach der oben gewählten Terminologie: Richtermediation) spricht.

<sup>722</sup> *Ortloff*, *Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess*, *BDVR-Rundschreiben* 2012, 142 (145).

<sup>723</sup> *Ortloff*, *Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess*, *BDVR-Rundschreiben* 2012, 142 (144).

<sup>724</sup> S Kapitel Teil IV - 1.1.3 Mediationsperson b) Richtermediation 120.

<sup>725</sup> *Walther*, *Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz*, *SpekMed* 45 (2012) 60 (62).

Entstanden ist diese terminologische Unterscheidung aber angeblich wegen des Wunschs, mögliche wettbewerbsrechtliche Bedenken aus dem Weg zu räumen<sup>726</sup> und sohin Mediation und Gericht zu trennen.

Neben dieser Thematik wurde außerdem die neue Bezeichnung **zertifizierter Mediator** geschaffen,<sup>727</sup> dessen rechtlicher Rahmen allerdings kaum mit dem des *eingetragenen Mediators* in Österreich<sup>728</sup> vergleichbar ist. Denn das Gesetz sieht weder ein Verfahren zur Zertifizierung noch Sanktionen bei unbefugtem Führen dieser Bezeichnung vor; ein Verstoß kann lediglich wettbewerbsrechtlich verfolgt werden.<sup>729</sup> Geknüpft wird diese Bezeichnung an die Erfüllung bestimmter Voraussetzungen, die in einer vom BMJ noch zu erlassenden Verordnung determiniert werden müssen.<sup>730</sup> Allerdings hat die Zertifizierung keinerlei Auswirkungen auf den Anwendungsbereich des MediationsG – dieses gilt für *zertifizierte* wie für *nicht zertifizierte Mediatoren*.<sup>731</sup>

Aufgrund des Güterichters bzw der Güteverhandlungen gibt es in Deutschland zwei unterschiedliche Modelle bezüglich der *organisatorischen Nähe zur Justiz*. Ersterer stellt klar das *gerichtsinterne Modell* dar, während bei Mediationen durch *externe Mediatoren* eine *gerichtsferne* Gestaltung vorliegt, da die Parteien beispielsweise die Mediationsperson selbst auswählen müssen; Unterstützung durch die Gerichte erfahren sie hier nicht.<sup>732</sup>

Die konkrete Ausgestaltung der Modelle wird in der Folge erläutert.

---

<sup>726</sup> Ortloff, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142 (144); Röthemeyer, Gerichtsmediation im Güterichterkonzept – Die Lösung des Vermittlungsausschusses, ZKM 2012, 116 (117); Walther, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, SpekMed 45 (2012) 60 (63); s auch Berning/Hohmann, Gerichtliche versus außergerichtliche Mediation, pm 2010, 183 (185); Klose, Rechtliche Hürden auf dem Weg zur gerichtlichen Mediation? ZKM 2005, 146 (149); krit Moltmann-Willisch/Kraus/Hammerstein, Richterliche Mediation als Verfahrensmethode – was spricht dagegen? ZKM 2012, 64; Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen (2006) Rz 39, 40; Wegener, Spezifische Anforderungen der gerichtlichen Mediation, ZKM 2006, 140 (143).

<sup>727</sup> § 5 Abs 2 MediationsG.

<sup>728</sup> S Kapitel Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

<sup>729</sup> Greger, Der "zertifizierte Mediator" – Heilsbringer oder Schreckgespenst? ZKM 2012, 36 (36, 37).

<sup>730</sup> § 5 Abs 3 und § 6 MediationsG; Greger, Der "zertifizierte Mediator" – Heilsbringer oder Schreckgespenst? ZKM 2012, 36.

<sup>731</sup> Wagner, Das Mediationsgesetz – Ende gut, alles gut? ZKM 2012, 110 (114).

<sup>732</sup> S Horstmeier, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 139.

#### 4.2.1 präventiv

##### a) außergerichtlich

Wie bereits im theoretischen Teil erwähnt, wird dieses Mediationsmodell durch die sogenannte **Mediationsvereinbarung** eingeleitet, die in der Regel ein Prozessverbot enthält. Seine Rechtsnatur ist strittig.<sup>733</sup>

Eine derartige Vereinbarung wird jedenfalls von der hL und Rsp als *dilatorischer Klageverzicht* eingestuft<sup>734</sup> und ist nach hM zulässig,<sup>735</sup> wobei bestimmte Grenzen bzw unverzichtbare Rechte zu berücksichtigen sind<sup>736</sup> und Unterschiede bezüglich des Zeitpunkts der Vereinbarung bestehen,<sup>737</sup> also ob ein Prozessverbot nach Ausbruch des Konflikts oder bereits davor vereinbart wurde. Hauptargument für die Zulässigkeit ist wohl der Größenschluss: Wenn auf das materielle Recht an sich verzichtet werden kann, dann erst recht auch auf das reine Klagerecht.<sup>738</sup>

Zum Teil wird ein solches Prozessverbot auch konkludent angenommen, wenn die Mediation als zwingend vereinbart wurde.<sup>739</sup>

Bezüglich der Wirkungen im Detail wird mit Blick auf die Rsp zur Schlichtung die naheliegende Analogie zur Mediation gezogen: Eine entgegen dem Prozessverbot einer Schlichtungsvereinbarung eingebrachte Klage ist im Fall eines Einwands einer Partei als zurzeit unzulässig abzuweisen.<sup>740</sup>

---

<sup>733</sup> Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 354.

<sup>734</sup> BGH 18.11.1998, VIII ZR 344/97 =NJW 1999, 647 (648); BGH 23.11.1983, VIII ZR 197/82 =NJW 1984, 669 (670); Eidenmüller, Wirtschaftsmediation (2000) 13; Friedrich, Schlichtungs- und Mediationsklauseln in AGB's, SchiedsVZ 2007, 31 (32); Hutner, Die Mediationsvereinbarung, SchiedsVZ 2003, 226 (229); Lenz, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland (2008) 48; Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320 (1321); s insb Prütting in PG<sup>4</sup> Einleitung Rz 61, wo der "vorläufige[n] (temporäre[n]) Klageverzicht" als "vorläufiges *pactum de non petendo*" beschrieben wird; umgekehrt Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 45, 116ff, 119ff: "Der regelmäßigen Interessenlage der Parteien wird es entsprechen, das *pactum de non petendo* allein als prozeßrechtliche Abrede im Sinne eines dilatorischen Klageverzichts anzusehen, ihm also keine materielle Wirkung zuzumessen".

<sup>735</sup> Prütting, Richterliche Gestaltungsspielräume für alternative Streitbehandlung, dAnwBl 2000, 273 (277); Weinberger, Alliancing Contracts im deutschen Rechtssystem (2010) 151 mwN.

<sup>736</sup> Eidenmüller, Wirtschaftsmediation (2000) 14 f; Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 120 f.

<sup>737</sup> Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 122.

<sup>738</sup> BGH 23.11.1983, VIII ZR 197/82 =NJW 1984, 669 (669, 670) mwN.

<sup>739</sup> Friedrich, Schlichtungs- und Mediationsklauseln in AGB's, SchiedsVZ 2007, 31 (32); krit dazu Loos/Brewitz, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? SchiedsVZ 2012, 305 (307).

<sup>740</sup> BGH 18.11.1998, VIII ZR 344/97, NJW 1999, 647 (648); BGH 23.11.1983, VIII ZR 197/82, NJW 1984, 669 (669, 670); Tochtermann, Agreements to Negotiate in the Transnational Context, ULR 2008, 685 (710); Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320 (1321, 1324).

Die hL nimmt daher an, dass bei einem Prozessverbot in einer Mediationsvereinbarung ein dagegen verstoßendes Klagebegehren aufgrund einer Parteieinrede ebenfalls als derzeit **unzulässig abzuweisen**<sup>741</sup> ist.<sup>742</sup>

In der Literatur wird des Öfteren die Mediationsvereinbarung als **Prozessvoraussetzung** beschrieben, deren Bedeutung im konkreten Zusammenhang allerdings vom österreichischen Verständnis abweicht. Daher wird in einem kleinen Exkurs dieser Unterschied dargestellt:

### **Exkurs – Prozessvoraussetzungen in Österreich und Deutschland**

In **Österreich** sind Prozessvoraussetzungen Voraussetzungen, die vorliegen müssen (positive) bzw nicht vorliegen dürfen (negative), damit eine Sachentscheidung ergehen kann.<sup>743</sup> Es wird unterschieden zwischen *absoluten* Prozessvoraussetzungen, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen wahrzunehmen sind, und *relativen* Prozessvoraussetzungen, die bis zu einem vor Rechtskraft der Entscheidung liegenden Zeitpunkt und meist nur über Einrede berücksichtigt werden dürfen.<sup>744</sup>

Die Zulässigkeit des ([außer]ordentlichen) Rechtswegs stellt eine absolute Prozessvoraussetzung dar<sup>745</sup> und fehlt insbesondere dann, wenn die Zuständigkeit eines Sondergerichts vereinbart wurde.<sup>746</sup> Daher führen Schiedsvereinbarungen zur amtswegig wahrzunehmenden Zurückweisung des Klagebegehrens wegen sachlicher Unzuständigkeit.<sup>747</sup>

---

<sup>741</sup> S zur Bedeutung Kapitel Teil IV - 4.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 143.

<sup>742</sup> Friedrich, Schlichtungs- und Mediationsklauseln in AGB's, SchiedsVZ 2007, 31 (32); Tochtermann, Mediationsklauseln – Teil II, ZKM 2008, 89 (91); Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320 (1321, 1322); Wagner, Gerichtlich veranlasste Mediation, ZKM 2004, 100 (102); ders, NJW 2001, 1398 (1400).

<sup>743</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 502, 503.

<sup>744</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 510, 511.

<sup>745</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 510.

<sup>746</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 194.

<sup>747</sup> Rechberger/Simotta, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 189, 194; s auch Mayr in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 230 ZPO Rz 23; Hausmaninger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 581 ZPO Rz 162.

Erkennbar wird also die Schiedsvereinbarung nicht als Klagbarkeitsbeschränkung betrachtet sondern als Unzulässigkeit des Rechtswegs wegen Verschiebung der sachlichen Zuständigkeit.<sup>748</sup>

Anders ist die Frage bezüglich Schlichtungs- und Mediationsvereinbarungen zu beurteilen, da damit keine Sondergerichtsbarkeit betraut, sondern schlicht die Klagbarkeit beschränkt wird und das Rechtsschutzbedürfnis keine Prozessvoraussetzung darstellt.

Nach der hL führt das privatrechtlich vereinbarte Prozessverbot in Schlichtungs- oder Mediationsvereinbarungen nicht zur Begründung einer zusätzlichen Prozessvoraussetzung und kann daher keine Unzulässigkeit des Prozesswegs bewirken.<sup>749</sup> Eine solche Wirkung kann nur durch ein gesetzlich vorgeschriebenes Klageverbot erzeugt werden.<sup>750</sup>

In **Deutschland** dagegen gliedern sich die Prozessvoraussetzungen in vier Gruppen: (i) Prozessvoraussetzungen im engeren Sinn hindern bereits die Zustellung der Klage; (ii) Sachurteilsvoraussetzungen führen zur Abweisung wegen Unzulässigkeit mittels Prozessurteil; (iii) Verzichtbare Rügen (auch sogenannte Prozesshindernisse) sind nur nach Einrede durch eine Partei zu beachten; (iv) Besondere Prozessvoraussetzungen existieren in gewissen Prozesssituationen.<sup>751</sup>

Anders als in Österreich ist in Deutschland das Rechtsschutzbedürfnis als Prozessvoraussetzung anerkannt, weshalb der privatrechtliche Ausschluss der Klagbarkeit mittels Abweisung wegen Unzulässigkeit<sup>752</sup> überhaupt auf prozessualer Ebene Wirkung entfalten kann.<sup>753</sup>

---

<sup>748</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 741, 742; *Pollak*, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes<sup>2</sup> (1932) 4.

<sup>749</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 6.2.1 präventiv a) außergerichtlich 184.

<sup>750</sup> *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010) Rz 507; s auch *Mayr in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 230 ZPO Rz 24.

<sup>751</sup> *Prütting* in PG<sup>4</sup> (2012) Einleitung Rz 8-12.

<sup>752</sup> S weiter oben in Kapitel Teil IV - 4.2.1 präventiv a) außergerichtlich 150.

<sup>753</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 738, 739.

Wird die außergerichtliche Mediation erfolgreich beendet, so stehen die oben aufgelisteten Möglichkeiten der Vollstreckbarmachung der Lösung zu Wahl.<sup>754</sup> Die Parteien können es aber auch bei einem rein außergerichtlichen Vergleich belassen und auf Mittel der direkten Vollstreckbarmachung verzichten oder sich gar nur auf ein *Gentlemen's Agreement* verständigen<sup>755</sup>.

## b) gerichtlich

Im gerichtlichen Modell sieht das Mediationsgesamtkonzept Deutschlands ein **obligatorisches** ADR-Verfahren als Vorrunde zum ordentlichen Verfahren vor,<sup>756</sup> das in der deZPO verankert ist. Diese Vorrunde zielt auf die gütliche Einigung der Konfliktparteien ab und trägt die passende Bezeichnung **Güteverhandlung**.<sup>757</sup> Eine solche entfällt nur dann, wenn die Parteien bereits bei einer außergerichtlichen Gütestelle einen Vergleichsversuch unternommen haben oder die Eigenschaften des Konflikts oder der Konfliktparteien einen Versuch der gütlichen Einigung aussichtslos erscheinen lassen.<sup>758</sup> Damit liegt im Wesentlichen eine Form des *Diversionsmodells* vor. Die Mediation kann – abhängig davon, ob die Parteien diese selbst organisieren oder die Güteverhandlung in Anspruch nehmen – als *gerichtsferne* oder *gerichtsinterne Mediation* ausgestaltet sein.

Diese obligatorische Güteverhandlung kann entweder von dem zuständigen und **entscheidungsbefugten Richter** durchgeführt werden.<sup>759</sup> Dann werden die Vergleichsgespräche – wegen der Kompetenz, Vorschläge zu unterbreiten – am ehesten einer Schlichtung ähneln.<sup>760</sup>

---

<sup>754</sup> S Kapitel Teil IV - 4.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 143.

<sup>755</sup> Vgl Ade/Alexander, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013) Rz 371.

<sup>756</sup> AA Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 106, der die (alte) Güteverhandlung funktionell nicht als ADR-Verfahren anerkennt.

<sup>757</sup> § 278 Abs 2 deZPO.

<sup>758</sup> § 278 Abs 2 deZPO.

<sup>759</sup> § 278 Abs 2 Satz 2 deZPO; Kreissl, Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem, SchiedsVZ 2012, 230 (236), wonach dies die Regel sei.

<sup>760</sup> Ortloff, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142; Walther, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, SpekMed 45 (2012) 60 (62).

Oder das Gericht verweist die Parteien an den **Güterichter**<sup>761</sup>, der in der Sache keine Entscheidung fällen darf jedoch die Freiheit hat, sowohl Mediation als auch Schlichtung und andere Konfliktlösungsverfahren anzubieten. Welche Methode schließlich zur Anwendung kommt, muss der Güterichter zu Beginn der Güteverhandlung mit den Parteien vereinbaren, wobei es in seinem Belieben steht, welche Verfahrensarten er überhaupt anbietet.<sup>762</sup>

Ob zur wirksamen Verweisung das **Einverständnis der Parteien** notwendig ist, ist strittig.<sup>763</sup> Kritiker führen als Begründung für das Erfordernis des Einverständnisses meist an, die Freiwilligkeit sei grundlegende Eigenschaft der Mediation.<sup>764</sup> Doch wie bereits weiter oben erörtert,<sup>765</sup> spricht nichts gegen den Zwang zum Start der Mediation. Da die Parteien die Verhandlungen vor dem Güterichter jederzeit beenden und zum streitigen Verfahren wechseln können, sind die Grenzen der Freiwilligkeit also gewahrt. ME ist daher jene Ansicht nachvollziehbarer, die das Einvernehmen der Parteien nicht als notwendig erachtet.<sup>766</sup>

Zur Sicherung des *Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* wird ein **Protokoll** durch den Güterichter nur bei gemeinsamem Antrag der Parteien erstellt.<sup>767</sup> Da der Güterichter nicht nur einem anderen Gericht, sondern auch dem Gericht des entscheidungsbefugten Richters angehören kann,<sup>768</sup> ist diese Vertraulichkeitsmaßnahme

---

<sup>761</sup> § 278 Abs 5 deZPO.

<sup>762</sup> Ortloff, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142 (144).

<sup>763</sup> Ortloff, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142 (145); s auch Dürschke, Güterichter statt Mediation, NZS 2013, 41 (45).

<sup>764</sup> Ortloff, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142 (145); Walther, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, SpekMed 45 (2012) 60 (62).

<sup>765</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

<sup>766</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 20; Kreissl, Von der Alternative zur Integration, SchiedsVZ 2012, 230 (240); Schmidbauer, Mediation am Gericht in der Schusslinie des Mediationsgesetzes, ZKM 2012, 88 (91); Walther, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, SpekMed 45 (2012) 60 (62); aA BeschlBer RA BT-Drs 17/8058, 21; Ortloff, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142 (145), der zwar auf den offensichtlichen Unterschied zwischen den Ausdrücken *verweisen* in § 278 Abs 5 deZPO und *vorschlagen* in § 278a Abs 1 deZPO hinweist, allerdings zu einem anderen Ergebnis kommt; Röthemeyer, Gerichtsmediation im Güterichterkonzept – Die Lösung des Vermittlungsausschusses, ZKM 2012, 116 (117).

<sup>767</sup> § 159 Abs 2 deZPO; Walther, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, SpekMed 45 (2012) 60 (62), der noch auf die in BeschlBer RA BT-Drs 17/8058 enthaltene Unterscheidung von **ersuchtem** und **beauftragtem** Richter eingeht, welche mit Beschl VA BT-Drs 17/10102 verworfen wurde.

<sup>768</sup> BeschlBer RA BT-Drs 17/8058, 21; anders noch GEntw BT-Drs 17/5335, 20.

zielführend. Allerdings ist mit Protokollierung nicht nur das schriftliche Festhalten der Inhalte der Mediation gemeint, sondern auch die Möglichkeit einen Vergleich zu Protokoll zu nehmen.<sup>769</sup>

Im Gegensatz zur *außergerichtlich präventiven Mediation*, kann nämlich im gerichtlichen *Präventiv-Modell* der *Güteverhandlung* auf schnellem und einfachem Weg ein rechtskräftiger und vollstreckbarer Vergleich geschlossen werden, indem die Parteien nämlich dem entscheidungsbefugten Richter einen schriftlichen Vergleichsvorschlag vorlegen und dieser **protokolliert** wird.<sup>770</sup>

Bei der obligatorischen Güteverhandlung wird mit der fehlenden Teilnahmebereitschaft der Parteien unterschiedlich umgegangen. Erscheint eine Partei während die andere fern bleibt, gilt die Güteverhandlung als gescheitert und wird der Konflikt in das ordentliche Gerichtsverfahren übergeleitet.<sup>771</sup> Ein **Fernbleiben** beider Parteien wird dagegen nicht als Scheitern, sondern als mangelnder Versuch zur gütlichen Einigung bewertet, weshalb dann Ruhen des Verfahrens angeordnet wird.<sup>772</sup>

Es können auch in einer Sache beide Modelle zur Anwendung kommen, da das Gericht die Parteien nicht nur für die Güteverhandlung, sondern für weitere Güteversuche ebenfalls an einen Güterichter verweisen darf.<sup>773</sup>

#### 4.2.2 parallel

##### a) außergerichtlich

Die Parteien können auch während eines anhängigen Gerichtsverfahrens aus eigener Initiative eine außergerichtliche Mediation einleiten. Teilen sie dies dem Gericht mit, muss es Ruhen des Verfahrens anordnen.<sup>774</sup> Damit liegt in diesem Stadium die Form des Distributionsmodells vor.

---

<sup>769</sup> GEntw BT-Drs 17/5335, 20; BeschlBer RA BT-Drs 17/8058, 17.

<sup>770</sup> § 278 Abs 6 deZPO; *Walther*, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, *SpekMed* 45 (2012) 60 (62).

<sup>771</sup> § 279 Abs 1 deZPO.

<sup>772</sup> § 278 Abs 4 deZPO.

<sup>773</sup> S Kapitel Teil IV - 4.2.2 parallel b) gerichtlich 156.

<sup>774</sup> § 278a Abs 2 deZPO; *Loos/Brewitz*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? *SchiedsVZ* 2012, 305 (307).

## b) gerichtlich

Im gerichtlichen Bereich gibt es mehrere Möglichkeiten, wie das Gericht mit Konfliktlösungsalternativen umgehen kann.

- 1) Einerseits ist es angehalten, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung **hinzuwirken**.<sup>775</sup>
- 2) Außerdem wurde aber die Möglichkeit geschaffen, nach erfolglos verlaufener Güteverhandlung die Parteien für weitere Güteversuche an einen **Güterichter** zu verweisen.<sup>776</sup> Wie bereits beim *Präventiv-Modell* erwähnt, ist unklar, ob es dazu des Einverständnisses der Parteien bedarf. Für Details zum Güterichter wird auf das zum *gerichtlichen Präventiv-Modell* Erörterte verwiesen.<sup>777</sup> Jedenfalls handelt es sich dabei um eine Form eines *gerichtsinternen fakultativen Modells*, bei dem ein Richter eine Anordnung (mit Einverständnis der Parteien) zu einer *Richtermediation* (bzw abhängig von der Konfliktlösungstechnik des Güterichters auch eine Schlichtung) erteilen kann.
- 3) Und schließlich kann das Gericht den Parteien auch eine **Mediation** oder ein anderes außergerichtliches Verfahren vorschlagen,<sup>778</sup> womit auch nochmals die Stellung der Mediation als rein außergerichtliche Konfliktlösungsverfahrenart betont wird. Anders als bei den Güteversuchen, ist zur Einleitung der Mediation unstrittig das Einverständnis der Parteien notwendig. Stimmen sie zu, ordnet das Gericht Ruhen des Verfahrens an.<sup>779</sup> Somit liegt im *Parallel-Bereich* außerdem ein *fakultatives Empfehlungsmodell* durch einen Richter vor.

### 4.2.3 retrospektiv

Nur sehr begrenzt als Anreiz zur Einigung in der *obligatorisch-präventiven* Güteverhandlung anzusehen ist die Befreiung von Gerichtskosten dieses Verfahrens.<sup>780</sup> Da es sich hierbei nicht

---

<sup>775</sup> § 278 Abs 1 deZPO.

<sup>776</sup> § 278 Abs 5 deZPO.

<sup>777</sup> S Kapitel Teil IV - 4.2.1 präventiv b) gerichtlich 153.

<sup>778</sup> § 278a Abs 1 deZPO.

<sup>779</sup> § 278a Abs 2 deZPO.

<sup>780</sup> *Walther*, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, *SpekMed* 45 (2012) 60 (62).

um ein ordentliches, Streitiges Verfahren handelt, fallen hier schon von vornherein keine Gebühren an.<sup>781</sup>

Einen riesigen Schritt in Richtung *retrospektives* Förderungsmodell hat in Deutschland das Amtsgericht Bochum gemacht. Dieses hat die Bewilligung von **Prozesskostenhilfe** einer Partei wegen Mutwilligkeit abgelehnt, da sie das Mediationsangebot der gegnerischen Partei nicht angenommen hat.<sup>782</sup> Im Rechtsweg wurde dieser Beschluss zwar vom Oberlandesgericht Hamm aufgehoben, doch einzig wegen mangelnder Aussicht auf Erfolg bei Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls, womit es im Wesentlichen die Entscheidung des Amtsgerichts bestätigt hat.<sup>783</sup> Damit wurde ein eindeutiges Signal gesetzt, dass das staatliche Rechtssystem alternative Konfliktlösung nicht nur unterstützt, sondern auch favorisiert, ganz nach dem Motto: "Schlichten statt richten"<sup>784</sup>.

Allerdings scheint das deutsche Prozesskostenrecht eine Auslegung dahingehend, dass die obsiegende Partei wegen des Ausschlagens eines ernsthaften Mediationsangebots keine **Kostenerstattung** erhält, nicht zuzulassen.<sup>785</sup>

---

<sup>781</sup> *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation (2008) 336; *Mankowski*, Gibt es gesetzliche Kostenanreize zur Mediation bereits unter geltendem Recht? ZKM 2004, 8 (9).

<sup>782</sup> AG Bochum 59 F 335/02 Beschl 20.12.2002 =ZKM 2003, 233; *Baumann*, Förderung der Mediation durch das Gericht, IDR 2005, 9 (16).

<sup>783</sup> OLG Hamm 3 WF 44/03, Beschl 20.03.2003 =ZKM 2003, 232; *Baumann*, Förderung der Mediation durch das Gericht, IDR 2005, 9 (16).

<sup>784</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7328); *Die Bundesregierung*, Schlichten statt richten vom 26.07.2012, <http://www.bundesregierung.de/Content/DE/Artikel/2011/01/2011-01-12-mediationsgesetz-ir.html> (17.02.2013); ebenso *Huber-Mumelter/Mumelter*, Schlichten statt Richten, ZfRV 2009, 165.

<sup>785</sup> *Mankowski*, Gibt es gesetzliche Kostenanreize zur Mediation bereits unter geltendem Recht? ZKM 2004, 8 (12).

## 5 Schweiz

### 5.1 Allgemeines & Schutzmechanismen

Die Regelungen zur Mediation sind in der Schweiz – wie bereits weiter oben erwähnt<sup>786</sup> – sehr oberflächlich. Dies verwundert vor allem deshalb, da das Schiedsverfahren detailliert festgelegt wurde. Jedoch wird dies mit dem Mangel an konkurrierenden Berührungspunkten zwischen Gericht und Mediation und der fehlenden Notwendigkeit eines besonderen Rechtsmittelsystems begründet.<sup>787</sup>

Dennoch hat die *außergerichtliche* und die *gerichtsverbundene* Konfliktlösung eine sehr lange Tradition in der Schweiz, wie bereits mehrmals erwähnt und auch in der Botschaft zur chZPO festgehalten wurde:

"Einbau der Mediation [...] oder: Gute Traditionen konsequent weiterführen"

*Botschaft chZPO*<sup>788</sup>

Damit betitelt die Schweiz eines von vielen Grundanliegen der neuen chZPO. Bevor der Fokus auf das Mediationskonzept gerichtet wird, soll an dieser Stelle zum besseren Verständnis aber ein kurzer Überblick über die Konfliktlösung in der Schweiz im Allgemeinen gewährt werden.

Dem ordentlichen Verfahren – dem Entscheidverfahren – geht grundsätzlich ein **Schlichtungsversuch** vor einer Schlichtungsbehörde voraus,<sup>789</sup> außer (i) es handelt sich um ein durch Gesetz Ausgenommenes Verfahren<sup>790</sup> (ua Scheidungsverfahren) oder (ii) der Streitwert liegt bei mindestens CHF 100.000,00 und die Parteien verzichten auf die Durchführung.<sup>791</sup> Damit ist in der neuen chZPO eine *obligatorische Vorrunde*<sup>792</sup> vorgesehen, die in der Schweiz auf eine langjährige Tradition zurückgreifen kann. Als Schlichtungsbehörde können entweder

---

<sup>786</sup> S Kapitel Teil III - 1 Aufklärung 28.

<sup>787</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 607.

<sup>788</sup> Bot chZPO, BBl 2006/7221 (7243).

<sup>789</sup> Art 197 chZPO.

<sup>790</sup> Art 198 chZPO.

<sup>791</sup> Art 199 chZPO.

<sup>792</sup> Bot chZPO, BBl 2006/7221 (7223).

Friedensrichter oder Gerichtspräsidenten fungieren;<sup>793</sup> die Entscheidung obliegt den kantonalen Gesetzgebern.<sup>794</sup>

Als Schweizer Besonderheit ist die gerichtliche Mediation nicht nur als Alternative bzw. Ergänzung zum Entscheidungsverfahren, sondern auch zum obligatorischen Schlichtungsverfahren vorgesehen.<sup>795</sup>

Auch wenn die Regelungen der Mediation sehr rar ausgefallen sind, so wurde sie doch in die chZPO aufgenommen und ihr damit mehr Bedeutung beigemessen. Wichtigste Neuerung ist dabei die Einführung der **gerichtlichen** Mediation,<sup>796</sup> die nun auch neben der **außergerichtlichen** Mediation möglich ist.

Abgesehen von der Verfahrenseinleitung, unterscheiden sich diese beiden Modelle hauptsächlich durch die Möglichkeiten der **Vollstreckbarmachung** der Lösung, wie bei den einzelnen Modellen weiter unten genau dargelegt wird.

Auch der **Verjährungsschutz** unterscheidet sich, knüpft aber vielmehr an die Tatsache an, ob eine Klage bzw. ein Schlichtungsgesuch eingereicht wurde. Denn diese begründen Rechtsanhängigkeit<sup>797</sup> und unterbrechen somit automatisch die Verjährungs- und Verwirkungsfristen.<sup>798</sup>

Dagegen stellt die außergerichtliche Aufnahme von Vergleichsgesprächen – somit auch einer außergerichtlichen Mediation – keinen Grund für die Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung dar.<sup>799</sup> Dies wird sich wohl auch in Zukunft nicht ändern, wie der Vorentwurf zur Revision des Verjährungsrechts vermuten lässt.<sup>800</sup>

Allerdings ist die Mediationsvereinbarung, die nach Ausbruch eines Konflikts geschlossen wird, grundsätzlich so auszulegen, dass sie einen konkludenten Verjährungsverzicht für die

---

<sup>793</sup> Bot chZPO, BBl 2006/7221 (7243).

<sup>794</sup> Art 3 chZPO.

<sup>795</sup> Art 213, 214 chZPO; *Schütz*, Mediation (2009) Rz 509.

<sup>796</sup> Meist als **gerichtsnahe** Mediation bezeichnet; s aber Bot chZPO BBl 2006/7221 (7327), wo von der **vorprozessualen** Streitbeilegung die Rede ist.

<sup>797</sup> Art 62 Abs 1 chZPO; *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 213 Rz 15.

<sup>798</sup> Art 135 Z 2. chOR; Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336).

<sup>799</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 486.

<sup>800</sup> Ber VE VerjR, 3, 30.

Dauer des Mediationsprozesses enthält.<sup>801</sup> Andernfalls wäre dem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet.

Der **Vertraulichkeitsschutz** im Hinblick auf ein mögliches Gerichtsverfahren ist im Vergleich zu Deutschland und Österreich der Weitreichendste. Denn in Art 216 chZPO ist ein Verwertungsverbot von innerhalb einer Mediation gemachten Äußerungen der Parteien festgelegt.<sup>802</sup> Damit ist ein **Beweisthemenvorbot** geschaffen, das durch ein **Zeugnisverweigerungsrecht** der Mediationsperson komplettiert wird.<sup>803</sup>

Die Parteien können der Verwertbarkeit solcher Aussagen jedoch zustimmen, wodurch die ansonsten unzulässige Zeugenbefragung der Mediationsperson als Beweis ermöglicht wird.<sup>804</sup>

Allerdings entscheidet die Mediationsperson selbst, ob eine Aussage geleistet werden kann oder nicht.<sup>805</sup> Sie könnte schließlich durch Verbandsregeln oder sonstige Richtlinien zu einer weitergehenden Verschwiegenheit verpflichtet sein.<sup>806</sup> Letztlich bleibt es jedoch dabei, dass die Mediationsperson bei Verwertbarkeit der Informationen selbst entscheidet, ob sie auf ihr Zeugnisverweigerungsrecht verzichtet. Die Parteien können sie – auch einvernehmlich – nicht zu einer Aussage verpflichten.<sup>807</sup>

Daneben kann die Mediationsperson aber schadenersatzpflichtig werden, wenn sie ihre Verschwiegenheitspflicht verletzt, aber auch wenn sie von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch macht, obwohl die Parteien auf die Aussage vor Gericht vertrauen durften.<sup>808</sup> Aus-

---

<sup>801</sup> Dies hat seinen Grund in Art 141 Abs 1 chOR: "Auf die Verjährung kann nicht zum voraus verzichtet werden"; *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 239; aA *Schütz*, Mediation (2009) Rz 488, demgemäß diese Regelung einem antizipierten Prozessverbot nicht entgegenstehe.

<sup>802</sup> Art 216 Abs 2 chZPO; Bot chZPO BBl 2006/7221 (7337).

<sup>803</sup> Art 166 Abs 1 lit d. chZPO; Bot chZPO BBl 2006/7221 (7337).

<sup>804</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7337); *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 166 Rz 9, 10.

<sup>805</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 166 Rz 9, 10.

<sup>806</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 166 Rz 16.

<sup>807</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 166 Rz 9, 10; ebenso *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 216 Rz 5.

<sup>808</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 166 Rz 15.

schlaggebend für die Beurteilung ist im Wesentlichen der Mediationsvertrag bzw die darin enthaltene Verschwiegenheitsabrede, der allerdings für das Gericht nicht bindend ist.<sup>809</sup>

Obwohl nicht ausdrücklich festgelegt, so scheint es der Zweck des Zeugnisverweigerungsrechts zu erfordern, dass dieses sowohl auf die gerichtliche als auch die außergerichtliche Mediation Anwendung findet.<sup>810</sup>

Diese Verschwiegenheitspflicht und das dazugehörige Zeugnisverweigerungsrecht gelten auch für Anwaltsmediatoren, da in der Schweiz die mediative Tätigkeit keine originäre anwaltliche Tätigkeit darstellt und somit das Anwaltsgeheimnis nicht zur Anwendung kommt.<sup>811</sup>

Eine Verschwiegenheitspflicht gegenüber der **Öffentlichkeit** bzw außerhalb des Gerichtsverfahrens stehenden unbeteiligten Dritten ist nicht statuiert.<sup>812</sup> Die Weitergabe von Inhalten aus einer Mediation ist gesetzlich nicht verboten und wird somit auch nicht sanktioniert. Eine diesbezügliche Verschwiegenheitspflicht sollte daher von den Parteien privatrechtlich vereinbart werden und kann auch mit Vertragsstrafen verbunden werden.

Da der gesetzliche Schutz von Mediationsinhalten vor Einführung in etwaigen Gerichtsverfahren bereits dermaßen weit reicht, stellt sich die Frage nach der Gültigkeit eines etwaigen **Beweisvertrags** also nicht.<sup>813</sup>

Gemeinsam ist allen Formen der Mediation, dass die Parteien die Mediation organisieren müssen,<sup>814</sup> also tatsächlich nur das **gerichtsferne Modell** existiert. Weder die Schlichtungsbehörde noch das Gericht noch eine sonstige Behörde wurden mit Aufgaben in diesem Be-

---

<sup>809</sup> Peter, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 166 Rz 15 zitiert nach Kaufmann, Beweisführung und Beweiswürdigung (2009) 63.

<sup>810</sup> Art 166 Abs 1 lit d. chZPO; Bot chZPO BBl 2006/7221 (7319); Liatowitsch/Mordasini in Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 216 Rz 7; Mürner, Gerichtsnahe Zivilmediation (2005) 101;.

<sup>811</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 216 Rz 22.

<sup>812</sup> Resultierend aus Art 216 Abs 2 ZPO; Peter, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 16; Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 216 Rz 8.

<sup>813</sup> S Gloor/Umbricht Lukas, KUKO ZPO, Art 215 Rz 11, wonach Beweismittelverträge und Beweiswürdigungsverträge nach hL unzulässig, Beweislastverträge jedoch umstritten seien.

<sup>814</sup> Art 215 chZPO.

reich betraut<sup>815</sup> und dürfen aus diesem Grund auch keine Empfehlungen abgeben<sup>816</sup> oder sonstige unterstützende Handlungen setzen.<sup>817</sup> Sie haben lediglich die Möglichkeit, interessierte Personen sachlich zu informieren, sind aber selbst dazu nicht verpflichtet.<sup>818</sup>

Es gibt jedoch Stimmen in der Literatur<sup>819</sup>, die es noch als im Rahmen des Gesetzes sehen, wenn das Gericht einen Dreivorschlag von Mediationspersonen erstellt, aus denen die Parteien auswählen können. Eine konkrete Empfehlung abzugeben oder sogar die Auswahl den Parteien abzunehmen ginge der hL<sup>820</sup> wohl zu weit, die in dem Fall, dass sich die Konfliktparteien nicht auf eine Mediationsperson einigen können, das Mediationsverfahren als nicht zustande gekommen ansieht. Erlaubt ist den Gerichten jedenfalls das Führen von Listen der Mediationspersonen.<sup>821</sup>

Klarerweise kann der entscheidungsbefugte Richter in derselben Sache nicht als Mediationsperson tätig werden; dies stellt einen **Ausstandsgrund** dar.<sup>822</sup> Im Gegensatz dazu schadet die Teilnahme am Schlichtungsverfahren nicht.<sup>823</sup> Jedoch darf die Schlichtungsperson nicht in der gleichen Sache eine Mediation durchführen.<sup>824</sup> Generell steht aber der Implementierung von Richtermediatoren nichts im Weg.<sup>825</sup>

---

<sup>815</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336).

<sup>816</sup> Die Aufklärung der Behörde solle sich auf Informationen über das Verfahren und über die Fachverbände beschränken, namentliche Erwähnungen einzelner Mediatoren seien aus wettbewerbsrechtlichen Überlegungen ausgeschlossen: *Schütz*, DIKE-Komm-ZPO, Art 215, Rz 11; *ders*, Mediation (2009) Rz 528.

<sup>817</sup> S jedoch Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336): "Bei der Wahl einer geeigneten Mediatorin oder eines geeigneten Mediators kann die Schlichtungsstelle den Parteien behilflich sein".

<sup>818</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336).

<sup>819</sup> *Peter*, Gerichtsnaher Mediation (2011) Art 214 Rz 10; vgl *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 215 Rz 5.

<sup>820</sup> *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 213 Rz 7, Art 215 Rz 4.

<sup>821</sup> *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 215 Rz 3; In Zürich wird bspw auf die Listen der einzelnen Verbände wie des SDM oder der Kammer der Wirtschaftsmediation verwiesen: *Gerichte Zürich*, Themen/Zivilprozess/Mediation/Ausführliches Merkblatt zur Mediation, [http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user\\_upload/Dokumente/Themen/Zivilprozess/ausfuehrliches\\_Merkblatt\\_zur\\_Mediation.pdf](http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Themen/Zivilprozess/ausfuehrliches_Merkblatt_zur_Mediation.pdf) (14.04.2013).

<sup>822</sup> Art 47 Abs 1 lit b chZPO; s jedoch *Schütz*, Mediation (2009) Rz 537, demgemäß den Parteien lediglich ein Ablehnungsrecht gegen entscheidungsbefugten Richtern eingeräumt werden sollte. Dies ermögliche eine flexiblere und ökonomischere Verfahrensgestaltung, verletzt aber klar das Prinzip der Allparteilichkeit; *ders*, DIKE-Komm-ZPO, Art 216 Rz 7.

<sup>823</sup> Art 47 Abs 2 lit b chZPO.

<sup>824</sup> *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 213 Rz 2.

<sup>825</sup> *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 216 Rz 2.

Voraussetzungen für die Ausübung der Mediationstätigkeit bzw für das Tragen der **Berufsbezeichnung Mediator** existieren in der Schweiz nicht.<sup>826</sup>

## 5.2 Modelle

### 5.2.1 präventiv

Vor Beginn eines Gerichtsverfahrens gibt es mehrere Wege in eine Mediation. Einerseits steht es den Parteien natürlich frei, privat eine Mediation zu versuchen (→ außergerichtlich)<sup>827</sup>. Andererseits können sie sich auch erst bei Gericht an Stelle des obligatorischen Schlichtungsverfahrens zur Mediation entscheiden (→ gerichtlich)<sup>828</sup>.

#### a) außergerichtlich

Auch in der Schweiz wird die *außergerichtliche, präventive Mediation* mittels **Mediationsvereinbarung** und darin enthaltenem Prozessverbot eingeleitet. Einer derartigen Vereinbarung steht grundsätzlich nichts entgegen, da die Parteien nur für einen begrenzten Zeitraum auf den Weg zu Gericht verzichten.<sup>829</sup> Ob dieses Prozessverbot allerdings als *pactum de non petendo* oder als dilatorischer Klageverzicht gewertet wird, ist ebenso strittig wie seine prozessualen Folgen.

*Gabriel* sieht im Prozessverbot jedenfalls eine gültige materiellrechtliche Vereinbarung,<sup>830</sup> über die die Parteien jedoch dem Gericht gegenüber nicht wirksam privatautonom verfügen können.<sup>831</sup> Es hindert also in keiner Weise die Erhebung einer Klage.<sup>832</sup>

*Peter* sieht zwar ebenfalls eine materiellrechtliche Verpflichtung im Prozessverbot, allerdings sei der hypothetische Parteiwille dahingehend auszulegen, dass nicht auf eine Klageeinbringung verzichtet werde, sondern bloß auf eine Klagsfortführung.<sup>833</sup>

---

<sup>826</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7335); *Roberto/Hauser*, Stämpflis HK ZPO, Art 215 Rz 4.

<sup>827</sup> S Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv a) außergerichtlich 163.

<sup>828</sup> S Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv b) gerichtlich 165.

<sup>829</sup> *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 228: ein permanenter Verzicht sei im Sinne von Art 20 Abs 1 chOR nichtig; *Schütz*, Mediation (2009) Rz 469.

<sup>830</sup> *Gabriel*, Haftung (2008) 74; *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 213 Rz 10 mwN.

<sup>831</sup> *Gabriel*, Haftung (2008) 71.

<sup>832</sup> Ebenso *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 213 Rz 10.

<sup>833</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 56.

Durch diese etwas seltsam anmutende Konstruktion kommt er schließlich zu dem Ergebnis, dass das Gericht auch bei Bestehen einer Mediationsvereinbarung die Klage zulassen (auf diese *eintreten*) muss, jede der Parteien allerdings die Sistierung des Verfahrens erwirken kann.<sup>834</sup>

*Schütz* bewertet das Prozessverbot zugleich als dilatorischen Klageverzicht und als *pactum de non petendo* und damit als gemischtrechtlichen Vertrag.<sup>835</sup> Die prozessuale Folge liege im mangelnden Rechtsschutzinteresse und damit im Fehlen einer Prozessvoraussetzung, weshalb die Klage zurückzuweisen sei.<sup>836</sup> Die Zurückweisung habe überdies von Amts wegen zu erfolgen, allerdings erst nachdem das Gericht die Parteien über den Bestand angehört hat.<sup>837</sup>

Diese Ansicht stützt *Schütz* auf einen Beschluss des Obergerichts des Kantons Zürich, das in einem schiedsgerichtlichen Ernennungsverfahren die Pflicht des Schiedsgerichts bejahte, die Einhaltung einer Schlichtungsvereinbarung als Prozessvoraussetzung zu prüfen.<sup>838</sup>

*Eiholzer* beurteilt das Prozessverbot ebenfalls als *pactum de non petendo*,<sup>839</sup> sieht die Folgen dieser Qualifizierung aber anders. Das Gericht könne eine abredewidrig eingebrachte Klage nicht mit Sachurteil als unbegründet abweisen, da das Prozessverbot gerade nicht den materiellrechtlichen Anspruch berühren soll.<sup>840</sup> Ebenso wenig sei die Mediationsvereinbarung als Prozessvoraussetzung zu werten und könne daher auch nicht zur Klagszurückweisung führen. Insofern seien das Prozessverbot einer Mediationsvereinbarung und eine diesbezügliche Einrede prozessual bedeutungslos.<sup>841</sup>

---

<sup>834</sup> *Peter*, Gerichtsnahe Mediation (2011) Grundlagen Rz 58, 62, Art 214 Rz 13; s auch *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 213 Rz 10, die allerdings die Erklärung einer Partei, sich nicht mehr an die Mediationsvereinbarung gebunden zu fühlen, als Fehlen eines gemeinsamen Antrags gem Art 213 Abs 1 chZPO werten und damit ein Schlichtungsverfahren durchzuführen sei; ähnlich *Ruggle*, BSK-ZPO, Art 213 Rz 9, der eine Pflicht der Schlichtungsbehörde sieht, die klagende Partei zu fragen, ob die Mediationsvereinbarung noch gültig ist.

<sup>835</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 441, 447, 449, 470.

<sup>836</sup> *Schütz*, DIKE-Komm-ZPO, Art 213 Rz 19; *ders*, Mediation (2009) Rz 477, 478.

<sup>837</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 481, 483.

<sup>838</sup> *Schütz*, DIKE-Komm-ZPO, Art 213 Rz 17 mit Verweis auf den Beschluss des OGer ZH 11.09.2001, ZR 2002 Nr 21, E. 3.

<sup>839</sup> *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 663.

<sup>840</sup> *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 661.

<sup>841</sup> *Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 675.

Judikatur des Bundesgerichts gibt es noch keine dazu,<sup>842</sup> es bleibt also abzuwarten, welche Richtung die Rsp einschlagen wird.

Ansprüche aus **Vertragsverletzung** hat die gegnerische Partei jedenfalls bei Verletzung eines vereinbarten Prozessverbots.<sup>843</sup>

Wird eine Lösung erzielt, so stellt diese einen **außergerichtlichen Vergleich** dar. Um ihr weitergehende Wirkungen zu übertragen, können die Parteien den Vergleich zur **öffentlichen Urkunde**<sup>844</sup> erklären lassen.<sup>845</sup> Dadurch ist der Inhalt vollstreckbar, ohne dass die Ansprüche zuvor separat eingeklagt werden müssten.<sup>846</sup>

Scheinbar wird aber auch die Meinung vertreten, dass die Möglichkeit der Genehmigung des Mediationsergebnisses einer gerichtlichen Mediation (s gleich unten)<sup>847</sup> auch bei außergerichtlichen, vorprozessualen Mediationen offen stehe.<sup>848</sup> Das dazu erforderliche Vorliegen der Prozessvoraussetzung des Rechtsschutzinteresses wird damit begründet, dass die Parteien den Rechtsstreit nur unter der aufschiebenden Bedingung der behördlichen Genehmigung beigelegt hätten.<sup>849</sup>

## b) **gerichtlich**

Bei der gerichtlichen Mediation handelt es sich im *präventiven* Bereich ausschließlich um die Möglichkeit, an Stelle des **obligatorischen Schlichtungsverfahrens** eine Mediation durchzuführen.<sup>850</sup> Der Antrag dazu kann bereits im Schlichtungsgesuch oder erst im Schlichtungsverfahren selbst gestellt werden,<sup>851</sup> dies auch aufgrund einer Empfehlung der Schlichtungsperson.<sup>852</sup>

---

<sup>842</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 213 Rz 16.

<sup>843</sup> Eiholzer, Die Streitbeilegungsabrede (1998) Rz 559 ff; Schütz, Mediation (2009) Rz 473.

<sup>844</sup> Art 347 chZPO.

<sup>845</sup> Peter, Gerichtsnaher Mediation (2011) Art 217 Rz 23; Schütz, Mediation (2009) Rz 645.

<sup>846</sup> Bot chZPO BBI 2006/7221 (7387).

<sup>847</sup> S Kapitel Teil IV - 5.2.2 parallel b) gerichtlich 168.

<sup>848</sup> Vgl Gloor/Umbricht Lukas, KUKO ZPO, Art 217 Rz 6; aA Liatowitsch/Mordasini in Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 217 Rz 2, 5; Ruggle, BSK-ZPO, Art 217 Rz 4, 5 mwN.

<sup>849</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 217 Rz 53.

<sup>850</sup> Art 213 Abs 1 chZPO.

<sup>851</sup> Art 213 Abs 2 chZPO.

<sup>852</sup> Bot chZPO BBI 2006/7221 (7336).

Es handelt sich also nicht um eine Wahl zwischen dem Schlichtungs- und Mediationsverfahren, sondern die Parteien müssen bewusst die Möglichkeit einer Mediation ergreifen, andernfalls ein Schlichtungsverfahren stattfindet.<sup>853</sup> Das Schlichtungsverfahren ist also obligatorisch ausgestaltet, die **Mediation fakultativ**,<sup>854</sup> weshalb von einer *gleichwertigen Alternative* – wie in den Materialien zum Gesetz bezeichnet<sup>855</sup> – mE nicht gesprochen werden kann.<sup>856</sup> Dieser Mechanismus hängt mit dem in der Schweiz besonders erhöhten Verständnis des *Freiwilligkeitsprinzips* zusammen, das einen Zwang, wie er beim Schlichtungsverfahren ausgestaltet ist, nicht zuzulassen scheint.<sup>857</sup>

Vereinzelt wird daher auch angenommen, dass die Schlichtungsbehörde nicht **überprüfen** dürfe, ob eine Mediation stattgefunden hat.<sup>858</sup> Auch könnten die Parteien eine Mediation **abbrechen** und somit die Klagebewilligung ausgestellt bekommen, noch bevor eine Mediationsverhandlung stattgefunden hat.

Dies würde allerdings zu einer Umgehung des Schlichtungsverfahrens führen, was sichtlich nicht vom Willen des Gesetzgebers erfasst sein kann.<sup>859</sup> Daher ist vielmehr, wie in Deutschland auch, in der Schweiz jener Lehrmeinung der Vorzug zu geben, die zumindest die Durchführung einer ersten Mediationssitzung verlangt.<sup>860</sup> So sind auch die **Säumnisfolgen** zu erklären: Ein Fernbleiben der klagenden Partei wird so interpretiert, dass das Schlichtungsbegehren als zurückgezogen gilt; ein Fernbleiben der beklagten Partei wird als Scheitern der Mediation gewertet.<sup>861</sup>

---

<sup>853</sup> S allerdings Bot chZPO BBl 2006/7221 (7243, 7336), wo die Gleichwertigkeit der Mediation als Alternative zum Schlichtungsverfahren betont wird.

<sup>854</sup> Zu den Begriffen *obligatorisch* und *fakultativ* s Kapitel Teil IV - 1.2.2 Einleitung 131.

<sup>855</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7243, 7336).

<sup>856</sup> AA Bot chZPO BBl 2006/7221 (7243, 7336); vgl *Ruggle*, BSK-ZPO, Art 213 Rz 2 mwN, der eine Priorisierung des Schlichtungsverfahrens auf formaler Ebene sieht.

<sup>857</sup> S auch Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336), wo die Freiwilligkeit des Verfahrens durch die Notwendigkeit des gemeinsamen Antrags hervorgehoben werden soll.

<sup>858</sup> *Roberto/Hauser*, Stämpflis HK ZPO, Art 213 Rz 5.

<sup>859</sup> *Roberto/Hauser*, Stämpflis HK ZPO, Art 213 Rz 5.

<sup>860</sup> Ebenso *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 213 Rz 7; *Ruggle*, BSK-ZPO, Art 213 Rz 19; s Kapitel Teil IV - 1.2.1 Intensität a) Vereinbarung 122.

<sup>861</sup> *Ruggle*, BSK-ZPO, Art 213 Rz 20, 21.

Ergänzend dazu ist auch davon auszugehen, dass die Schlichtungsbehörde eine Bestätigung über den Mediationsversuch einholen kann, ja in Zweifelsfällen sogar muss.<sup>862</sup>

Das **Mediationsergebnis** stellt auch hier in erster Linie einen außergerichtlichen Vergleich dar. Wollen die Parteien es dabei belassen, kann die Beendigung des Schlichtungsverfahrens durch Klageverzicht<sup>863</sup> oder durch bloßen Rückzug des Schlichtungsgesuchs erfolgen. Handelt es sich um einen vorbehaltlosen Klagerückzug gemäß Art 208 chZPO, kann die Klage nicht nochmals eingebracht werden.<sup>864</sup> Solange die klagende Partei allerdings keinen Antrag auf Entscheid gemäß Art 212 chZPO gestellt hat, kann sie das Schlichtungsgesuch ohne die Wirkung einer *res iudicata* zurückziehen,<sup>865</sup> sodass diese einer Neuerhebung nicht entgegensteht.<sup>866</sup> Auch in dem Fall, dass nur noch ein Klageverzicht möglich ist, kann der Eintritt der Abstandsfolgen dadurch verhindert werden, dass die andere Partei dem zustimmt.<sup>867</sup>

Da sie sich diesfalls wieder im außergerichtlichen Bereich befinden, steht ihnen vor allem die Möglichkeit der Gestaltung als **öffentliche Urkunde** offen.<sup>868</sup>

Als eine der wichtigsten Förderungsmaßnahmen steht es den Parteien aber auch frei, die Genehmigung des Mediationsergebnisses durch die Schlichtungsbehörde zu beantragen (s dazu gleich)<sup>869</sup>.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das *präventive gerichtliche Mediationsmodell* am ehesten den Beschreibungen des *Diversionsmodell* nahe kommt, da tatsächlich das Gerichtsverfahren solange aufgeschoben wird bis die Mediation abgeschlossen (bzw abgebrochen) ist. Sie ist in Erweiterung der *obligatorischen* Schlichtung als *fakultatives* Modell gestaltet, wobei die Parteien die Einleitung in der Hand haben. Dieses Modell wird mit der Möglichkeit des Friedensrichters bzw Gerichtspräsidenten kombiniert, eine *Empfehlung* auszusprechen.

---

<sup>862</sup> Gloor/Umbricht Lukas, KUKO ZPO, Art 213 Rz 7; vgl Ruggle, BSK-ZPO, Art 213 Rz 25.

<sup>863</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 782.

<sup>864</sup> Art 65, 208 chZPO; Peter, Gerichtsnaher Mediation (2011) Art 213 Rz 65.

<sup>865</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7278, 7334).

<sup>866</sup> Huber-Mumelter/Mumelter, Schlichten statt Richten, ZfRV 2009, 165 (174).

<sup>867</sup> Art 65 chZPO; Bot chZPO BBl 2006/7221 (7332).

<sup>868</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 782.

<sup>869</sup> S Kapitel Teil IV - 5.2.2 parallel b) gerichtlich 168.

## 5.2.2 parallel

### a) außergerichtlich

Natürlich haben die Parteien bei einem bereits anhängigen Gerichtsverfahren auch die Möglichkeit ohne Wissen des Gerichts eine Mediation durchzuführen.

Die größten Unterschiede zur *präventiven außergerichtlichen* Mediation sind die, dass in diesem Verfahrensstadium die **Verjährungsfristen** jedenfalls gewahrt sind und vorsorgliche Maßnahmen getroffen werden können. Auch steht nach Abschluss der Mediation den Parteien die Möglichkeit offen, das außergerichtliche **Mediationsergebnis** in einen gerichtlichen Vergleich umzuwandeln.

Von der *gerichtlichen, parallel* stattfindenden Mediation unterscheidet sich das *außergerichtliche Parallel-Modell* nur kaum; in Wahrheit liegt der **Unterschied** in der Tatsache, **ob das Gericht informiert wird oder nicht**. Auch bei dieser Variante können nämlich vorsorgliche Maßnahmen getroffen werden.<sup>870</sup> Allerdings kommt es bei der gerichtlichen Mediation zur Sistierung des Verfahrens, womit hier das *Distributionsmodell* vorliegt.

### b) gerichtlich

Bei Verfahren, in denen der Schlichtungsversuch nicht verpflichtend ist,<sup>871</sup> kommt es bei Klageeinbringung sofort zur Eröffnung des **Entscheidungsverfahrens**, also des ordentlichen Gerichtsverfahrens. In diesem kann das Gericht einerseits selbst Vergleichsverhandlungen führen<sup>872</sup> und andererseits auch eine Mediation *empfehlen*.<sup>873</sup> Die Reichweite dieser *fakultativen Empfehlung* wird unterschiedlich weit eingestuft. So geht ein Teil der Lehre<sup>874</sup> davon aus, dass das Gericht die Parteien sogar zu Informationsveranstaltungen vorladen darf.

---

<sup>870</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336).

<sup>871</sup> Art 198, 199 chZPO; s Kapitel Teil IV - 5.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 158.

<sup>872</sup> Art 124 Abs 3 und Art 226 chZPO.

<sup>873</sup> Art 214 Abs 1 chZPO.

<sup>874</sup> *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 214 Rz 4 mwN; *Liatowitsch/Mordasini* in *Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger* (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 214 Rz 10; *Ruggle*, BSK-ZPO, Art 214 Rz 10 mwN.

Diese Empfehlungen müssen die Parteien in der Regel allerdings nicht befolgen, denn für die Einleitung eines Mediationsverfahrens ist das *Einverständnis beider Parteien* notwendig.<sup>875</sup>

Ausgenommen davon sind die eherechtlichen Verfahren, bei denen eine Empfehlung des Gerichts bindend ist, also eine *Anordnung* darstellt.<sup>876</sup> Die konkrete Formulierung ("Das Gericht kann die Eltern zu einem Mediationsversuch **auffordern**")<sup>877</sup> ist zwar nicht eindeutig und lässt auch andere Ansichten<sup>878</sup> zu, jedoch bestätigen der französische und der italienische Text die Auslegung im Sinne einer Anordnung, für die das Einverständnis der Parteien nicht erforderlich ist.<sup>879</sup> Darüber hinaus findet diese Interpretation Rückendeckung in einem Entscheid des Bundesgerichts, in dem – allerdings als die chZPO noch nicht in Kraft war – die generelle Zulässigkeit von *Pflichtmediationen* ausgesprochen wurde.<sup>880</sup>

Die Parteien können eine Mediation auch gemeinsam zu einem Zeitpunkt beantragen, zu dem das Entscheidungsverfahren bereits begonnen hat.<sup>881</sup> Die Einleitung einer Mediation ist ab Klageseinbringung in jeder Phase des Entscheidungsverfahrens möglich,<sup>882</sup> wodurch dieses bis auf Widerruf einer Partei **sistiert** wird.<sup>883</sup> Also liegt im gerichtlichen *Parallel-Modell* ebenso wie im *Präventiv-Modell* das *Diversionsmodell* vor. Dadurch wird während eines anhängigen Verfahrens ein *mediation window*<sup>884</sup> geöffnet,

---

<sup>875</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 523.

<sup>876</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 214 Rz 13; ders, Mediation (2009) Rz 523; ebenso Peter, Gerichtsnahe Mediation (2011) Art 297 Rz 4 mVa auf BGE 09.12.2009, 5A\_457/2009, Erwägung 4, [http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight\\_simple\\_query&page=1&from\\_date=01.01.2009&to\\_date=31.12.2009&sort=relevance&subcollection\\_c5=on&insertion\\_date=&top\\_subcollection\\_aza=any&query\\_words=5A\\_457%2F2009&rank=1&azaclir=aza&highlight\\_docid=aza%3A%2F%2F09-12-2009-5A\\_457-2009&number\\_of\\_ranks=1](http://relevancy.bger.ch/php/aza/http/index.php?lang=de&type=highlight_simple_query&page=1&from_date=01.01.2009&to_date=31.12.2009&sort=relevance&subcollection_c5=on&insertion_date=&top_subcollection_aza=any&query_words=5A_457%2F2009&rank=1&azaclir=aza&highlight_docid=aza%3A%2F%2F09-12-2009-5A_457-2009&number_of_ranks=1) (16.02.2013).

<sup>877</sup> Art 297 Abs 2 chZPO.

<sup>878</sup> Für eine Auslegung der *Aufforderung* als eine "mit Nachdruck vorgebrachte Empfehlung" ohne Bindungscharakter: Roberto/Hauser, Stämpfli HK ZPO, Art 214 Rz 5; ebenso Gloor/Umbricht Lukas, KUKO ZPO, Art 214 Rz 2 mwN; Liatowitsch/Mordasini in Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 214 Rz 11 mwN; Ruggle, BSK-ZPO, Art 214 Rz 8.

<sup>879</sup> Nach Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 214 Rz 13: *exhorte* = anhalten, nahelegen; *ingiungere* = befehlen.

<sup>880</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 214 Rz 15; BGE 09.12.2009, 5A\_457/2009 (s FN 876).

<sup>881</sup> Art 214 Abs 2 chZPO; Bot chZPO BBl 2006/7221 (7336).

<sup>882</sup> Art 214 Abs 1, 2 chZPO; Schütz, Mediation (2009) Rz 524.

<sup>883</sup> Art 214 Abs 3 chZPO.

<sup>884</sup> Die Bezeichnung *mediation window* stammt aus der Schiedsgerichtsbarkeit und beschreibt einen Zeitraum, währenddessen das Schiedsverfahren zum Zwecke eines Mediationsversuches unterbrochen wird: Alexander, Mediation (2009) 10.

das die Parteien vor Verlust der Vorteile des ordentlichen Verfahrens schützt.<sup>885</sup> Während der Sistierung bleibt das Gericht jedoch für das anhängige Verfahren verantwortlich und kann daher die Parteien auffordern darüber zu berichten, ob bzw wann ein Abschluss der Mediation zu erwarten ist.<sup>886</sup> Es kann den Parteien auch Fristen setzen und die Sistierung überhaupt aufheben.<sup>887</sup>

Die Parteien der gerichtlichen Mediation – sowohl im *Präventiv-* als auch im *Parallel-Modell* – können gemeinsam die **Genehmigung** des Mediationsergebnisses beantragen.<sup>888</sup> Je nachdem vor welcher Behörde sich das Verfahren gerade befindet, ist die zuständige Genehmigungsinstanz die befassende Schlichtungsbehörde oder das befassende Gericht.<sup>889</sup>

Die Genehmigungsinstanz besitzt lediglich, aber immerhin, beschränkte Kognitionsbefugnisse, da sie nur zu **prüfen** hat, ob die Vereinbarung offensichtlich unangemessen ist oder gegen zwingendes Recht verstößt.<sup>890</sup> Die Angemessenheitsprüfung wird aber von der hL nicht im Sinn einer Fairness-Kontrolle ausgelegt, sondern als simple Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit.<sup>891</sup> Dies folgt konsequenterweise aus der Dispositions- und Verhandlungsmaxime, welche die Entscheidung über die Angemessenheit eines Vergleichs den Parteien zuordnen.<sup>892</sup>

Wird dem Genehmigungsantrag entsprochen, wird die Vereinbarung – wie ein gerichtlicher Vergleich – zum vollstreckbaren Titel.<sup>893</sup>

Entspricht die Behörde dem Antrag nicht und **versagt** sie die Genehmigung, hebt das Gericht die Sistierung des Entscheidungsverfahrens auf und setzt dieses fort<sup>894</sup> bzw erteilt

---

<sup>885</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 214 Rz 40; ders, Mediation (2009) Rz 525.

<sup>886</sup> Liatowitsch/Mordasini in Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 214 Rz 22.

<sup>887</sup> Liatowitsch/Mordasini in Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 214 Rz 22.

<sup>888</sup> Art 217 chZPO; s Gloor/Umbricht Lukas, KUKO ZPO, Art 217 Rz 4, die der Genehmigungsinstanz die Möglichkeit einräumt, bei einem Antrag durch nur eine Partei, der anderen eine Frist zur ergänzenden Genehmigung zu setzen, sie aber nicht dazu verpflichtet. Die Genehmigung kann auch einfach unterbleiben.

<sup>889</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7337); vgl Gloor/Umbricht Lukas, KUKO ZPO, Art 217 Rz 5, die auf die Mindermeinung in der Literatur eingeht, Genehmigungsinstanz müsse in jedem Fall das Gericht sein.

<sup>890</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7337).

<sup>891</sup> Liatowitsch/Mordasini in Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger (Hrsg), ZPO Komm (2010) Art 217 Rz 10; Roberto/Hauser, Stämpfli HK ZPO, Art 217 Rz 4; Ruggle, BSK-ZPO, Art 217 Rz 14 mwN.

<sup>892</sup> Schütz, DIKE-Komm-ZPO, Art 217 Rz 7 mwN; ders, Mediation (2009) Rz 549.

<sup>893</sup> Bot chZPO BBl 2006/7221 (7337).

<sup>894</sup> Art 214 Abs 3 chZPO.

die Schlichtungsbehörde die Klagebewilligung<sup>895</sup>.<sup>896</sup> Nach aA<sup>897</sup> können die Parteien die Mediation jedoch auch fortführen. Es bleibt wohl abzuwarten, wie in der Praxis in einer solchen Situation entschieden wird.

Auch in diesem Verfahrensstadium steht es den Parteien natürlich frei, die Klage zurückzuziehen und das Mediationsergebnis als außergerichtlichen Vergleich bestehen zu lassen bzw diesen als öffentliche Urkunde auszugestalten (s dazu weiter oben).<sup>898</sup>

### 5.2.3 retrospektiv

Der Partei, die ein Angebot oder die Empfehlung einer Mediation ablehnt, drohen im Wesentlichen keine negativen Konsequenzen.<sup>899</sup> Dies folgt aus dem extensiven Verständnis des *Freiwilligkeitsprinzips* und der Betonung, dass die Parteien jederzeit die Mediation einseitig abbrechen können.<sup>900</sup>

Jedoch war im **Entwurf** der neuen chZPO ursprünglich noch geplant, dass jene Partei, die einen Vergleich ablehnt und im späteren Urteil nicht wesentlich mehr erhält, sämtliche Kosten des Verfahrens, die nach dem Vergleichsangebot entstanden sind, zu tragen hat.<sup>901</sup> Der letztlich beschlossene Art 108 chZPO, der weiterhin mit *Unnötige Prozesskosten* betitelt ist, besagt lediglich, dass diese jene Partei zu bezahlen hat, die sie verursacht hat. Durch Weglassen der zweiten Passage will der Gesetzgeber vermeiden, dass Parteien durch eine gerichtliche Kostendrohung zu Vergleichen gedrängt werden.<sup>902</sup>

Dieser Ansicht kann ich nur zustimmen, da die angedachte Regelung kein **Zwang zum Vergleichsversuch**, sondern zum **Vergleichsabschluss** verkörpert hätte. Dies würde das *Prinzip der Freiwilligkeit* verletzen und stellt darüber hinaus Sinn und Zweck eines Vergleichs in Frage. Denn ein solcher, der von allen Parteien gemeinsam getragen und gestützt werden soll,

---

<sup>895</sup> Art 213 Abs 3 chZPO.

<sup>896</sup> AA *Gloor/Umbricht Lukas*, KUKO ZPO, Art 217 Rz 8, die der Meinung sind, den Parteien sei die Möglichkeit der Verbesserung seitens des Gerichts einzuräumen.

<sup>897</sup> *Ruggle*, BSK-ZPO, Art 213 Rz 27, Art 217 Rz 19.

<sup>898</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 782; s Kapitel Teil IV - 5.2.1 präventiv b) gerichtlich 165.

<sup>899</sup> Vgl *Roberto/Hauser*, Stämpflis HK ZPO, Art 214 Rz 4, im Bezug auf eine Empfehlung des Gerichts.

<sup>900</sup> Bot chZPO BBI 2006/7221 (7336).

<sup>901</sup> Art 99 VE chZPO; Ber VE chZPO, 57.

<sup>902</sup> Bot chZPO BBI 2006/7221 (7298).

kann nur freiwillig geschlossen und nicht verordnet werden.<sup>903</sup> Vorstellbar wäre dagegen der sanfte Druck zur Zustimmung oder Unterbreitung eines Angebots an den Konfliktgegner, eine gütliche Konfliktlösung zu versuchen.

Im privatrechtlichen Bereich ist jedenfalls bei Bruch einer geschlossenen Mediationsvereinbarung mit Schadenersatzklagen zu rechnen.

Einzig im Fall der Verweigerung der Teilnahme an einer vom Gericht in einem eherechtlichen Verfahren angeordneten Mediation,<sup>904</sup> soll diese Tatsache nicht nur mit einer **Buße** verbunden werden können, sondern sogar in die Entscheidungsfindung einfließen.<sup>905</sup>

---

<sup>903</sup> *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 68.

<sup>904</sup> S Kapitel Teil IV - 5.2.2 parallel b) gerichtlich 168.

<sup>905</sup> *Schütz*, DIKE-Komm-ZPO, Art 214 Rz 20, 21.

## 6 Österreich

### 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen

Wie bereits ganz zu Beginn erwähnt, hat Österreich eine gewisse Vorreiterrolle übernommen, da es seine Regeln der Mediation bereits 2004<sup>906</sup> im Gesetzesrang eingeführt hat.<sup>907</sup>

Eine Besonderheit ist, dass sie nur auf Mediationen Anwendung finden, die von einem sogenannten **eingetragenen Mediator** geführt werden.<sup>908</sup> Dies sind jene Mediationspersonen, die die gesetzlich festgelegten Voraussetzungen bezüglich Alter, Ausbildung und Versicherung erfüllt haben<sup>909</sup> und deren Antrag auf Eintragung in die Liste des BMJ folglich bewilligt wurde.<sup>910</sup>

**Nicht eingetragene Mediatoren** benötigen eine gewerbebehördliche Bewilligung zur Ausübung, sofern eine Berechtigung nicht bereits im Rahmen eines freien Berufs gegeben ist, wie das beispielsweise bei Rechtsanwälten der Fall ist.<sup>911</sup> Mediation außerhalb des ZivMediatG ist ein bewilligungspflichtiges gebundenes Gewerbe (jenes der Lebens- und Sozialberatung eingeschränkt auf Mediation).<sup>912</sup>

*Eingetragene Mediatoren* und die Parteien, die an von diesen geleiteten Mediationen teilnehmen, profitieren von strengeren Schutzmechanismen in den Bereichen der Verjährung und Verschwiegenheit. Außerdem sind die Pflichten der *eingetragenen Mediatoren* und die damit korrespondierenden Rechte ihrer Medianden gesetzlich definiert, deren Verletzung eine Verwaltungsübertretung darstellt.<sup>913</sup> Davon ausgenommen ist die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht, die als gerichtlicher Straftatbestand ausgestaltet ist (s gleich unten).

---

<sup>906</sup> Datum des Inkrafttretens war gem § 33 Abs 1 ZivMediatG der 01.05.2004.

<sup>907</sup> *Frauenberger-Pfeiler U.*, Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation – Teil 1, med akt 1/2011, 20; *Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, 41.

<sup>908</sup> § 3 Abs 1 Z 2 ZivMediatG.

<sup>909</sup> § 9 Abs 1 iVm § 10 Abs 1 ZivMediatG.

<sup>910</sup> §§ 11, 12 und 13 ZivMediatG.

<sup>911</sup> *Aspöck* in *Flucher/Kochendörfer/Minckwitz/Viering* (Hrsg), Mediation im Bauwesen (2003) 276.

<sup>912</sup> *Aspöck* in *Flucher/Kochendörfer/Minckwitz/Viering* (Hrsg), Mediation im Bauwesen (2003) 276.

<sup>913</sup> § 32 ZivMediatG.

Obwohl die österreichische Regelung der Mediation als **überreguliert** verschrien ist, wurden sehr ausführliche Anforderungen eigentlich nur hinsichtlich der Ausbildung und Hürden für die Eintragung in die Liste festgelegt.<sup>914</sup> Etwas anschaulicher formuliert bedeutet das, dass lediglich 13 der 36 Paragraphen des ZivMediatG das Mediationskonzept in seinen Inhalten und seiner Systematik berühren. Der Rest betrifft vor allem den Beirat der Mediation und die Liste beim BMJ sowie Details zur geforderten Ausbildung. Noch klarer tritt diese Schwerpunktsetzung beim Lesen der *Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung* (ZivMediat-AV)<sup>915</sup> hervor. Diese legt nicht nur die Anzahl der benötigten Ausbildungsstunden,<sup>916</sup> sondern auch die genauen Inhalte fest. Ziel dieser Regelungen war die Sicherung der Qualität,<sup>917</sup> wobei daran gezweifelt wird, dass dieses durch das Vorschreiben von Ausbildungsinhalten tatsächlich erreicht wird.<sup>918</sup>

Im Bezug auf die Schutzmechanismen sowie eine ausführliche Eingliederung in den Justizapparat und die Schaffung von Anreizen trifft die Behauptung der Überregulierung allerdings nicht zu, wie sogleich die Darstellung des Gesamtkonzepts Mediation in Österreich zeigen wird.

Nach Erlass der MediationsRL 2008 wurden 2011 einige Neuerungen durch das EU-MediatG sowie eine wichtige Änderung der ZPO eingeführt. Da das ZivMediatG allerdings unverändert blieb und außerdem seine Regelungen gegenüber dem EU-MediatG Vorrang haben,<sup>919</sup> besteht seitdem ein sehr durchwachsendes Regelungssystem, das einerseits die Mediationspersonen in **zwei Klassen** teilt,<sup>920</sup> andererseits auch innerstaatliche und grenzüberschreitende **Konfliktfälle** unterschiedlich behandelt.<sup>921</sup> Letztere Divergenz wurde zwar von der EU nicht gewünscht, konnte aber aufgrund der Kompetenzverteilung nicht verhindert werden.<sup>922</sup>

---

<sup>914</sup> *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 1, med akt 1/2011, 20.

<sup>915</sup> Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung BGBl II 2004/47.

<sup>916</sup> Laut Anlage 1 der ZivMediat-AV sind dies 365 Stunden, die sich für spezielle Berufsgruppen, wie Rechtsanwälte, Richter, Psychotherapeuten oder Lebens- und Sozialberater (Anlagen 2, 4) auf 220 Stunden reduzieren.

<sup>917</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 12, 24.

<sup>918</sup> *Köper*, Eine Qualitätsstudie des Österreichischen ZivMediatG, ZKM 2004, 161; *Risse/Bach*, Wie frei muss Mediation sein? SchiedsVZ 2011, 14 (17); s va *Waldmann*, Credentialing Approaches – The slow movement toward skills-based testing continues, DR Magazine 8 (2001) 13 (I.A.).

<sup>919</sup> § 5 Abs 1 EU-MediatG.

<sup>920</sup> S *Falk/Koren*, ZivMediatG, § 1 Rz 9.6.3.

<sup>921</sup> *Frauenberger-Pfeiler U.*, Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation – Teil 3, med akt 3/2011, 16 (17).

<sup>922</sup> ErwGr 8 MediationsRL; *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 1, med akt 1/2011, 20.

Diese **Mehrgleisigkeit** wird besonders bei der näheren Untersuchung der Schutzmechanismen augenscheinlich.

Der **Verjährungsschutz** beispielsweise ist folgendermaßen ausgestaltet:

Bei Mediationen, die von *eingetragenen Mediatoren* geleitet werden, findet § 22 ZivMediatG Anwendung, der als Verjährungsschutz die **Fortlaufshemmung**<sup>923</sup> vorsieht.

Die Hemmung setzt ein, wenn die Mediation **beginnt**, wobei dieser Zeitpunkt mit der Entscheidung der Parteien bestimmt wurde, den Konflikt mittels Mediation zu lösen.<sup>924</sup> Die Mediationsperson hat die Pflicht diesen Zeitpunkt zu dokumentieren.<sup>925</sup> Ist dieser allerdings für sie nicht nachvollziehbar, so soll nach den Gesetzesmaterialien der Beginn spätestens mit der ersten Mediationssitzung zusammenfallen.<sup>926</sup>

Diese Ausweichregelung und die Verwendung des Worts "spätestens" lassen darauf schließen, dass mit der Entscheidung, den Konflikt mittels Mediation zu lösen, nicht der Zeitpunkt der wahren, inneren Zustimmung zum Mediationsprozess gemeint ist, die durch die Mediationsperson erst in der Mediation selbst überprüft werden kann. Es zählt die äußere Übereinkunft eine Mediation zu starten – ob und inwiefern diese Entscheidung auf Freiwilligkeit beruht, ist für den Beginn der Fristenhemmung uninteressant.

Dadurch ist aber klar, dass der vom Gesetzgeber definierte Beginn der Mediation jedenfalls vor der ersten Mediationssitzung liegt, da die Parteien ja zumindest einen Termin vereinbaren müssen. Damit sollte die Mediationsperson im Zweifelsfall aber jenen Zeitpunkt als Beginn dokumentieren, zu dem die Parteien das erste Mal Kontakt zu ihr aufgenommen haben.

Kritisch betrachtet wird in jedem Fall, dass der Verjährungsschutz zu sehr **von** den Handlungen der **Mediationsperson abhängt**.<sup>927</sup> Auch die Entscheidung, wann eine Mediation endet, liegt in ihrer Hand. Sowohl bei einem Scheitern als auch bei Erreichung einer Lösung kann dieser Zeitpunkt an verschiedene Voraussetzungen geknüpft werden. Wem gegenüber muss

---

<sup>923</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 31; *Ferz/Filler*, Gesetz u Komm § 22 Rz 2 mwN; *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 1, med akt 1/2011, 20 (21); *Kerschner*, Bürgerliches Recht V<sup>4</sup> (2010) 120; zur Fortlaufshemmung s Kapitel Teil IV - 2.1 Verjährung 137.

<sup>924</sup> § 17 Abs 1 Satz 2 ZivMediatG.

<sup>925</sup> § 17 Abs 1 Satz 1 ZivMediatG.

<sup>926</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 29; *Ferz/Filler*, Gesetz u Komm § 17 Rz 1; *Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem ZivMediatG, *ecolex* 2003, 745 (746).

<sup>927</sup> *Köper*, Eine Qualitätsstudie des Österreichischen ZivMediatG, ZKM 2004, 161 (164).

die "Partei erklären, die Mediation nicht mehr fortsetzen zu wollen"?<sup>928</sup> Reicht eine mündliche Einigung, muss das Ergebnis schriftlich vorliegen? Ist für das "Erzielen einer Lösung" die Prüfung derselben durch Rechtsexperten von Nöten?<sup>929</sup> Oder muss vorerst das Ergebnis gar vollstreckbar gemacht werden, wenn dies die Parteien vereinbart haben? Die Gesetzesmaterialien schweigen dazu. Verzichten die Parteien auf die Vollstreckbarmachung des Mediationsergebnisses, wird mE allerdings jene Form reichen, auf die sich die Parteien einigen. Auch ist die Prüfung durch Rechtsexperten wohl nur dann notwendig, wenn dies die Parteien als Voraussetzung für die erfolgreiche Beendigung der Mediation sehen.

Letzten Endes ist auch bei der Frage nach dem Zeitpunkt der **Beendigung** im Fall des Scheiterns der Mediation die Übereinkunft der Parteien der entscheidende Faktor. So wie bei Beginn der Mediation, hängt es also von der Mitteilung gegenüber der gegnerischen Partei ab. Folglich muss natürlich der Abbruch der Mediationsperson gegenüber geäußert werden, die das Ende dokumentiert und im Zweifel dazu jenen Zeitpunkt ansetzt, zu dem ihr das Scheitern kommuniziert wurde.

Mediationen, die von nicht eingetragenen Mediatoren geführt werden, profitieren dagegen nach der hL<sup>930</sup> lediglich von einer **Ablaufshemmung**<sup>931</sup> bei Vergleichsverhandlungen, sofern die Partei den behaupteten Anspruch binnen zwei bis drei Monaten nach Scheitern der Verhandlungen gerichtlich geltend macht.<sup>932</sup> Liegt ein grenzüberschreitender Konflikt vor, wirkt gemäß § 4 EU-MediatG ebenfalls die Ablaufshemmung, wobei bei der Leitung durch einen *eingetragenen Mediator* wiederum die Fortlaufshemmung zur Anwendung gelangt.<sup>933</sup> Zur Beurteilung eines Sachverhalts hinsichtlich des Verjährungsschutzes reicht es also zu überprüfen, ob die Mediationsperson eingetragen ist oder nicht.

---

<sup>928</sup> § 17 Abs 1 Satz 3 ZivMediatG.

<sup>929</sup> S Kollros, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem ZivMediatG, *ecolex* 2003, 745 (746).

<sup>930</sup> Dehn in KBB<sup>2</sup> § 1494 Rz 1, 3; vgl Ferz/Filler, Gesetz u Komm § 22 Rz 5 mwN; Frauenberger-Pfeiler U., Entwicklungen Teil 1, med akt 1/2011, 20 (22); Madl R. in Kletečka/Schauer, ABGB-ON 1.01 § 1496 Rz 8; aA Li-kar/Krommer, Mediation und Recht, AnWB 2005, 60 (62), die sich für eine analoge Anwendung des § 22 Ziv-MediatG auf nicht eingetragene Mediatoren aussprechen.

<sup>931</sup> Zur Ablaufshemmung s Kapitel Teil IV - 2.1 Verjährung 137.

<sup>932</sup> Frauenberger-Pfeiler U., Entwicklungen Teil 1, med akt 1/2011, 20 (22); aA Falk/Koren, ZivMediatG, § 1 Rz 9.6.3., die der Meinung sind, dass in diesem Fall überhaupt keine Hemmung eintritt.

<sup>933</sup> § 5 Abs 1 EU-MediatG.

Ein weiterer Unterschied besteht bezüglich des **Schutzes der Verschwiegenheit**:

*Eingetragene Mediatoren* sind nämlich gemäß § 320 Abs 4 ZPO von der Zeugenaussage befreit – sie unterliegen einem **Zeugeneinvernahmeverbot**, auch im Fall der Leitung von grenzüberschreitenden Mediationen.<sup>934</sup> Dieses Beweiserhebungsverbot führt allerdings nicht dazu, dass die Einvernahme generell unzulässig wäre, sondern nur in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde (relative Zeugnisanfähigkeit).<sup>935</sup>

Jedoch können die Parteien die Mediationsperson auch einvernehmlich **nicht** von ihrer Verschwiegenheitspflicht **entbinden** und somit eine Aussage ermöglichen.<sup>936</sup>

Darüber hinaus ist die Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson dadurch abgesichert, dass sie bei Verletzung derselben einen gerichtlichen Straftatbestand erfüllt, der als **Privatanklagedelikt**<sup>937</sup> mit einer Strafdrohung von bis zu sechs Monaten Freiheitsstrafe oder Geldstrafe bedroht ist.<sup>938</sup> Damit ist nicht nur die Verschwiegenheit gegenüber dem Gericht, sondern der **Öffentlichkeit** an sich geschützt.

*Nicht eingetragene Mediatoren* können dagegen jedenfalls als Zeugen einvernommen werden, haben aber unter Umständen das Recht, die Beantwortung einzelner Fragen zu verweigern.<sup>939</sup> Denn § 321 Abs 1 Z 3 ZPO gewährt ein **Entschlagungsrecht**, wenn die Beantwortung von bestimmten Fragen eine staatlich anerkannte – also durch generell-abstrakte Norm festgelegte – Verschwiegenheitspflicht verletzen würde.<sup>940</sup>

---

<sup>934</sup> § 320 Z 4 ZPO; § 5 Abs 1 EU-MediatG.

<sup>935</sup> Falk/Koren, ZivMediatG, § 18 Rz 1.14. mwN; Frauenberger A. in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 320 ZPO Rz 9.

<sup>936</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 37.

<sup>937</sup> § 31 Abs 3 ZivMediatG.

<sup>938</sup> § 31 Abs 1 ZivMediatG.

<sup>939</sup> Likar/Krommer, Mediation und Recht, AnwBl 2005, 60 (62), die sich auch hier für eine analoge Anwendung bei nicht eingetragene Mediatoren aussprechen.

<sup>940</sup> Frauenberger A. in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 321 ZPO Rz 16; Frauenberger-Pfeiler U., Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation – Teil 2, med akt 2/2011, 22.

Jene Mediationspersonen, die ihre Tätigkeit im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung ausüben, sind aufgrund der GewO zur Verschwiegenheit verpflichtet.<sup>941</sup> Die Verletzung dieser Pflicht stellt außerdem eine Verwaltungsübertretung dar, die mit einer Geldstrafe belegt ist.<sup>942</sup> Die Parteien als Auftraggeber können die Mediationsperson ausdrücklich von dieser Verschwiegenheitspflicht **entbinden**,<sup>943</sup> wodurch diese in der Folge die Beantwortung von Fragen nicht mehr berechtigterweise verweigern darf – sie ist zur Aussage verpflichtet.<sup>944</sup>

Bei *nicht eingetragenen Anwaltsmediatoren* erstreckt sich die Verschwiegenheitspflicht der Rechtsanwaltsordnung auch auf die mediative Tätigkeit.<sup>945</sup> Auch sie können von den Konfliktparteien erfolgreich von dieser Pflicht entbunden werden<sup>946</sup>.

Handelt es sich jedoch um einen *eingetragenen Anwaltsmediator*, geht mE die weitergehende Bestimmung des § 320 Abs 4 ZPO vor, weshalb eine Entbindung von der Verschwiegenheitspflicht diesfalls nicht gültig erfolgen kann.

Bei **grenzüberschreitenden Fällen** sind *nicht eingetragene Mediatoren* gemäß § 3 EU-MediatG ebenfalls zur Verweigerung der Aussage berechtigt. Wie die GewO auch, legt das EU-MediatG überdies aber fest, dass die Parteien die Mediationsperson von ihrer Verschwiegenheitspflicht **entbinden** können, wodurch sie zur Aussage verpflichtet ist.<sup>947</sup> Die Pflicht, das **Entschlagungsrecht** in Anspruch zu nehmen, erlischt auch, wenn die Aussage aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist oder die Offenlegung zur Umsetzung oder Vollstreckbarmachung des Mediationsergebnisses notwendig ist.<sup>948</sup>

Durch die unterschiedlichen Regelungen der freien Berufe, ist das Bild des Verschwiegenheitsschutzes besonders zerrissen.

Die bereits erwähnte **Vorrangregel** des ZivMediatG gegenüber dem EU-MediatG verfehlt mE im Zusammenhang mit den differenzierten Schutzmechanismen der Verschwiegenheit ihren

---

<sup>941</sup> § 119 Abs 4 Satz 1 GewO.

<sup>942</sup> § 367 Z 49 GewO.

<sup>943</sup> § 119 Abs 4 Satz 2 GewO.

<sup>944</sup> Frauenberger A. in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 321 ZPO Rz 18.

<sup>945</sup> § 8 Abs 5 iVm § 9 Abs 2 RAO.

<sup>946</sup> Vgl Frauenberger A. in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 321 ZPO Rz 22; zur alten Rechtslage noch aA Steinacher, Die Mediationsrichtlinie, AnwBl 2000, 124 (128).

<sup>947</sup> VorblErläut 1055 BlgNR 24. GP 10.

<sup>948</sup> § 3 Z 1 und 2 EU-MediatG.

Zweck. Denn während sie eigentlich dazu gedacht ist, Mediationen, die durch einen *eingetragenen Mediator* geleitet werden, zu belohnen bzw stärker zu fördern, bewirkt sie in diesem Fall durch eine Schlechterstellung das Gegenteil.

Systematisch wurde bereits geklärt, dass es sich beim *Prinzip der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* um kein Grundprinzip handelt und es daher eingeschränkt werden kann.<sup>949</sup>

Die Verschwiegenheitspflicht dient hauptsächlich dem Schutz der Konfliktparteien, die es auch laut Gesetzgeber in der Hand haben sollen, auf diese zu verzichten:

"Gerade nach einem Mediationsverfahren, in dem der Freiwilligkeit ein überaus hoher Stellenwert zukommt, soll es auch in der Autonomie der Parteien stehen, ob sie den Mediator von seiner Verschwiegenheitspflicht entbinden wollen"

VorblErläut zum EU-MediatG<sup>950</sup>

Dennoch wird wenige Absätze später statuiert, dass diese Regelung für *eingetragene Mediatoren* nicht gelten soll.<sup>951</sup> Damit ist der Vertraulichkeitsschutz bei *eingetragenen Mediatoren* systematisch betrachtet mM nach verfehlt und nicht **richtlinienkonform** umgesetzt. Zwar erlaubt die MediationsRL eine strengere nationale Umsetzung,<sup>952</sup> doch ob diese soweit gehen darf, die Entbindungsmöglichkeit durch die Parteien auszuschließen, ist zu bezweifeln<sup>953</sup> und mE aus Sinn- und Zweckmäßigungsgründen zu verneinen.

Daher muss es bei einer grenzüberschreitenden Mediation, die von einem *eingetragenen Mediator* geleitet wird, zu einer teleologischen Reduzierung des § 320 Abs 4 ZPO im Sinn des EU-MediatG kommen. Folglich hat die Mediationsperson – egal ob eingetragen oder nicht – bei grenzüberschreitenden Fällen stets ein Entschlagungsrecht, auf das sie sich jedoch dann nicht berufen kann, wenn die Aussage aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist oder die Offenlegung zur Umsetzung oder Vollstreckbarmachung des Mediationsergebnisses notwendig ist.<sup>954</sup>

---

<sup>949</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.5 Vertraulichkeit & Verschwiegenheit 91 und Teil III - 2.2.7 Zusammenfassung 103.

<sup>950</sup> VorblErläut 1055 BlgNR 24. GP 10.

<sup>951</sup> VorblErläut 1055 BlgNR 24. GP 11.

<sup>952</sup> Art 7 Abs 2 MediationsRL.

<sup>953</sup> *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119 (124).

<sup>954</sup> § 3 Z 1 und 2 EU-MediatG.

Aufgrund der bereits weiter oben angeführten Ausführungen<sup>955</sup> ist dem Zeugnisentschlagungsrecht jedenfalls der Vorzug zu geben.<sup>956</sup> Daher wäre die generelle Einführung desselben auch für innerstaatliche Konflikte, die von *eingetragenen Mediatoren* geleitet werden, wünschenswert.

Da es sich letztlich jedoch bei allen Varianten um **Beweismittelverbote** und nicht um Beweisthemenverbote handelt,<sup>957</sup> können die Parteien auf anderem Weg getätigte Äußerungen in das Verfahren einbringen. Daher stellt der scheinbar starke Schutz des Beweiserhebungsverbots in Wahrheit ein untaugliches Mittel dar, um die Inhalte der Mediation vor der Offenbarung im Gerichtsverfahren zu schützen.<sup>958</sup>

**Beweisverträge** – jeglicher Art – sind in Österreich nach der hL und Rsp ungültig.<sup>959</sup> Wie auch in Deutschland, wird bezüglich der Beweiswürdigungsverträge die damit einhergehende Verletzung des zwingenden Grundsatzes der freien Beweiswürdigung nicht geduldet.<sup>960</sup> Beweis-themen- und Beweismittelverträge hingegen verstoßen gegen die Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht sowie die verpflichtende amtswegige Ermittlung des wahren Sachverhalts.<sup>961</sup>

Gegenüber den anderen Schutzmechanismen fallen die Möglichkeiten der **Vollstreckbarmachung** aus dem Rahmen, da sie sowohl bei innerstaatlichen als auch bei grenzüberschreitenden Konflikten zur Verfügung stehen; gleich ob diese durch einen *eingetragenen* oder *nicht eingetragenen Mediator* geleitet werden.<sup>962</sup>

Hinsichtlich der Formulierung einer Vereinbarung ist anzumerken, dass die Pflicht des *eingetragenen Mediators*, auf Wunsch der Parteien das Ergebnis der Mediation schriftlich festzu-

---

<sup>955</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 2.2 Vertraulichkeit 137.

<sup>956</sup> So auch *Frauenberger A.* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 320 ZPO Rz 9, der auf die sachlich ungerechtfertigte Gleichstellung mit den Geistlichen iSd § 320 Z 2 ZPO hinweist.

<sup>957</sup> AA *Fucik*, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011, 941 (942), der § 320 ZPO als Beweisthemenverbot einstuft, mE aber nicht als umfängliches, sondern nur im Bezug auf die Möglichkeit der Einvernahme der Mediationsperson im Zusammenhang mit bestimmten Themen. Daher ist auch *Fucik* nicht der Ansicht, dass ein Beweisthemenverbot im Sinn der hL (s FN 675) vorliegt.

<sup>958</sup> *Frauenberger A.* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 320 ZPO Rz 9.

<sup>959</sup> OGH 07.10.2003, 4 Ob 188/03 f; *Deutschmann/Lenz*, Die Verschwiegenheit in der Mediation, pm 2009, 98 (101); *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 823.

<sup>960</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 823; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 272 Rz 4; Mit Hinweis auf das bereits mehrmals erwähnte Kongruenzprinzip (FN 269) ist kurz zu erwähnen, dass die Einschränkung der Beweiserhebung durch den Richter damit in einem unlösbaren Widerspruch steht und daher auch systematisch zu Recht abgelehnt wird.

<sup>961</sup> *Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 823; *Rechberger* in *Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 272 Rz 5.

<sup>962</sup> VorblErläut 1055 BlgNR 24. GP 8; *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011, 119 (127); *Scheuer*, Zum Stand der Mediation in Österreich, ZKM 2012, 21 (23).

halten, lediglich eine **Dokumentationspflicht** darstellt. Sie überträgt ihm weder das Recht noch die Pflicht, den Vergleich bzw Vertrag der Parteien, den sie bei Gericht protokollieren lassen wollen, zu errichten.<sup>963</sup> Die Befugnis bestimmter Berufsgruppen, eine rechtsgeschäftliche Urkunde zu erstellen, wird dadurch allerdings nicht eingeschränkt.<sup>964</sup>

Allerdings heben sich diese Arten der Vollstreckbarmachung durch andere Merkmale voneinander ab:

1) Der **Prozessvergleich** (§ 204 Abs 1 ZPO) steht beispielsweise nur im Fall eines anhängigen Gerichtsverfahrens zur Verfügung, also bei *Parallel-Modellen*.

2) Der prozessabwendende<sup>965</sup> **prätorische Vergleich** (§ 433 ZPO) dagegen kommt zustande, indem jene Partei, die beabsichtigt Klage zu erheben, die gegnerische Partei vom Bezirksgericht zwecks Vergleichsgespräche laden lässt. Verlaufen diese erfolgreich, stellt das Ergebnis einen gerichtlichen Vergleich dar.

Zwar wird in der Praxis diese Regelung derart ausgelegt, dass eine Absicht zur Klageerhebung nicht unbedingt vorliegen und eine Ladung nicht erfolgen muss, sondern die Parteien direkt mit einer Vergleichsvereinbarung vor Gericht erscheinen können,<sup>966</sup> doch entspricht dies nicht dem Wortlaut des Gesetzes. Auch bereits außergerichtlich getroffene Vergleiche können daher nicht auf diesem Weg vollstreckbar gemacht werden. In der Praxis spielen diese Konstellationen eine bedeutende Rolle und dennoch protokollierte Vergleiche sind trotzdem wirksam.<sup>967</sup>

Diese Variante bietet den Parteien von *außergerichtlichen präventiven Mediationen* also keine Rechtssicherheit, am Ende einen gerichtlichen Vergleich schließen zu können und entspricht daher auch nicht den Anforderungen der MediationsRL.

3) Der **Mediationsvergleich** (§ 433a ZPO) ermöglicht es nun den Parteien einen gerichtlichen Vergleich zu errichten, ohne zuvor Klage einzureichen bzw mit der Absicht auf Kla-

---

<sup>963</sup> § 17 Abs 2 ZivMediatG; ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 29.

<sup>964</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 29.

<sup>965</sup> *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 103.

<sup>966</sup> OGH 15.06.1983, 3 Ob 50/83: "[...] doch ist ein solcher Vergleichsabschluss auch möglich, wenn ohne solche Ladungen beide Parteien vor Gericht erscheinen und um Vornahme eines Vergleichsversuches und die Protokollierung ansuchen [...]"; *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 3, med akt 3/2011, 16 (17); *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 108.

<sup>967</sup> *Kodek in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 433 Rz 3.

geerhebung bei Gericht zu erscheinen. Dies ist eine wesentliche Verbesserung gegenüber der alten Rechtslage. Vor Protokollierung des Vergleichs hat das Gericht die Zulässigkeit des Inhalts der Vereinbarung zu prüfen,<sup>968</sup> da Verstöße gegen materielles Recht oder die guten Sitten Protokollierungsverbote darstellen.<sup>969</sup>

- 4) Der **Notariatsakt** (§ 3 NO) bzw die Solennisierung eines privaten Vergleichs der Parteien (§ 54 NO) stellte vor Einführung des Mediationsvergleichs die wohl naheliegendste Möglichkeit der Vollstreckbarmachung eines Mediationsergebnisses dar.<sup>970</sup> Doch auch diese Möglichkeit erfüllt nicht die Anforderung der MediationsRL, da nur die verpflichtete Partei die Vollstreckungsunterwerfung erklären kann, während aber laut der europarechtlichen Grundlage jede Partei, mit Zustimmung der anderen, die Vollstreckbarkeit beantragen können müsste.<sup>971</sup>

Somit stehen zwar oberflächlich betrachtet ausreichend Möglichkeiten der Vollstreckbarmachung eines Mediationsvergleichs zur Verfügung, doch in der Literatur wird die mangelhafte Umsetzung der MediationsRL **kritisiert**.<sup>972</sup> Die Forderung, dass auch eine Partei allein – mit Zustimmung der anderen – die Vollstreckbarkeit beantragen kann,<sup>973</sup> ist nämlich durch keine der oben beschriebenen Vollstreckbarmachungen erfüllt.

Interessanterweise besteht dieser Mangel auch in **Deutschland**, wo allerdings in der Literatur keine ähnliche Kritik geäußert wird und keine mangelhafte Umsetzung vermutet wird. Ganz im Gegenteil: Das Hauptaugenmerk wird dort auf die Vorgabe gelegt, dass eine *gemeinsame* Zustimmung zur Vollstreckbarmachung vorliegen muss.<sup>974</sup> Ob nun eine Partei allein den Antrag stellen kann oder es dazu des Tätigwerdens aller Parteien bedarf, scheint in der Diskussion keine Rolle zu spielen.<sup>975</sup>

---

<sup>968</sup> *Frauenberger-Pfeiler U./Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798 (801).

<sup>969</sup> VorblErläut 1055 BlgNR 24. GP 12; *Kodek in Fasching/Konecny*<sup>2</sup> § 433 Rz 19.

<sup>970</sup> *S Frauenberger-Pfeiler U./Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798 (799).

<sup>971</sup> Art 6 Abs 1 MediationsRL.

<sup>972</sup> *Frauenberger-Pfeiler U.* in *Oberhammer* (Hrsg), Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010, 243; *Frauenberger-Pfeiler U./Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798 (802).

<sup>973</sup> Art 6 Abs 1 MediationsRL.

<sup>974</sup> So auch *Horstmeier*, Das neue Mediationsgesetz (2013) Rz 220.

<sup>975</sup> *S Wagner*, Das Mediationsgesetz – Ende gut, alles gut? ZKM 2012, 110 (111).

Im Ganzen betrachtet ist offensichtlich, dass sich das österreichische Gesamtkonzept sehr stark von denen seiner Nachbarländer unterscheidet. Hauptgrund dafür ist die Mehrgleisigkeit der Schutzmechanismen, die an der Qualifikation der Mediationsperson anknüpft.

Dieses Konzept der **Differenzierung** zwischen *eingetragenen* und *nicht eingetragenen Mediatoren* ist mE nicht zielführend<sup>976</sup> und sollte aufgehoben werden, um Platz für eine einheitliche Regelung zu machen. Die jetzige Situation führt lediglich zu Rechtsunsicherheit und Schlechterstellung der Parteien, die – im Unwissen um die Differenzierung – eine nicht eingetragene Mediationsperson gewählt haben, und verfehlt darüber hinaus die ursprünglich gewollte Qualitätssicherung.<sup>977</sup>

Dagegen kann es aber auch **sinnvolle Formen der Zweiteilung** in *eingetragene* und *sonstige Mediatoren* geben, die allerdings mM nach ausschließlich in der Qualitätssicherung begründet sein sollten. Wenn überhaupt, sollten Anreize für eine Eintragung ohnehin nur auf Seiten der Mediationsperson selbst geschaffen werden, ohne dabei Nachteile für die Parteien zu verursachen.

Dieser Ansicht folgt offenbar auch Deutschland mit dem *zertifizierten Mediator*, der sich als solcher nur dann bezeichnen darf, wenn er bestimmte Voraussetzungen erfüllt. Besondere prozessuale Vorteile oder bestimmte Schutzmechanismen sind damit aber nicht verknüpft. Somit könnten bestimmte Verfahren durch eine Form der Zweiteilung speziell gefördert und qualitativ abgesichert werden, indem für sie die Leitung durch einen *zertifizierten Mediator* vorgeschrieben wird.<sup>978</sup> Der Geltungsrahmen des ZivMediatG, das auf ein bestimmtes Rechtsgebiet und auf die Leitung durch einen *eingetragenen Mediator* abstellt, ist dafür allerdings nicht geeignet.<sup>979</sup> Denkbarer wäre die Pflicht, einen zertifizierten Mediator einzusetzen, bei der Abhaltung von *gerichtsverbundenen Mediationen* oder bei allen *parallel* zum Gerichtsverfahren stattfindenden Mediationen, allenfalls bei bestimmten Intensitätsstufen des Zwangs.

---

<sup>976</sup> Ebenso *Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60 (62).

<sup>977</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 12, 24.

<sup>978</sup> *Waldmann*, Credentialing Approaches – The slow movement toward skills-based testing continues, DR Magazine 8 (2001) 13 (I.A.).

<sup>979</sup> Ursprünglich in 283/ME 21. GP § 1 Abs 1 vorgesehen war die verpflichtete Eintragung für gerichtsnahe Mediationen, wobei diese als "[...] Mediation zur Lösung von Konflikten, zu deren Entscheidung an sich ordentliche Zivilgerichte zuständig sind" definiert wurde.

Ein Kritikpunkt bliebe aber bei Beibehaltung einer Differenzierung und dem Listensystem bestehen: Die Eintragung in die Liste bewirkt allein durch die Publikation **Wettbewerbsvorteile**, die einen faktischen Zwang zur Eintragung darstellen.<sup>980</sup>

## 6.2 Modelle

### 6.2.1 präventiv

#### a) außergerichtlich

Eine außergerichtliche Mediation wird meist durch eine **Mediationsvereinbarung** eingeleitet, die in der Regel ein Prozessverbot enthält. Dieses wird von der hL und hRsp als *pactum de non petendo* eingestuft.<sup>981</sup>

Vereinzelt findet sich in der Judikatur die Meinung, dabei handle es sich um einen unzulässigen Rechtsschutzverzichtsvertrag.<sup>982</sup>

Die neuere Judikaturlinie unterscheidet allerdings zwischen dem *pactum de non petendo*, das eine materiellrechtliche Einwendung begründet, und dem Rechtsschutzverzichtsvertrag, der eine prozessuale Einrede gewährt, und erachtet nur letzteren nicht als zulässig, so er den Rechtsweg zur Gänze ausschließt.<sup>983</sup> Somit steht die Rsp dem Klageverzicht generell ablehnend gegenüber, doch lässt sie ihn in einzelnen Fällen (Schiedsverfahren) oder unter bestimmten Umständen<sup>984</sup> dennoch zu.

Ähnlich wie in Deutschland, gibt es zur Frage der Bedeutung eines Prozessverbots in Mediationsvereinbarungen keine Rsp, allerdings existiert eine eindeutige **Judikaturlinie** zu Schlichtungsvereinbarungen, die wohl ebenfalls für die Mediation herangezogen werden kann.<sup>985</sup>

---

<sup>980</sup> Köper, Eine Qualitätsstudie des Österreichischen ZivMediatG, ZKM 2004, 161 (162).

<sup>981</sup> Kuderna, Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, RdA 1978, 3 (9.); s jedoch Fasching, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990) Rz 5, wo das *pactum de non petendo* als unzulässiger Rechtsschutzverzichtsvertrag beschrieben wird, jedoch die materiellrechtliche Wirkung nicht ausgeschlossen wird; aA Falk/Koren, ZivMediatG, § 17 Rz 5.20.4. mWN, wonach die Mediationsvereinbarung mit der Schiedsvereinbarung vergleichbar sei.

<sup>982</sup> Khakzadeh-Leiler, Die Grundrechte in der Judikatur des OGH (2011) 87; RIS-Justiz RS0057588; insb OGH 13.07.2000, 8 Ob 93/00 k; 24.04.1992, 1 Ob 568/92.

<sup>983</sup> RIS-Justiz RS0009022.

<sup>984</sup> OGH 26.07.2007, 10 Obs 135/06 k.

<sup>985</sup> Zur Judikatur in Deutschland bezüglich Schieds- und Schlichtungsklauseln und deren Bedeutung für die Mediationsklauseln s Unberath, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung, NJW 2011, 1320.

Demnach sind derartige Abreden bzw Klauseln gültig, ihre Nichteinhaltung führt jedoch nicht wie bei Schiedsvereinbarungen zur Zurückweisung wegen sachlicher Unzuständigkeit, sondern begründet den materiellrechtlichen Einwand der mangelnden Klagbarkeit bzw Fälligkeit des Anspruchs und bewirkt damit die Abweisung des Klagebegehrens.<sup>986</sup> Dies ergibt sich aus der Ansicht, die Klagbarkeit eines Anspruchs sei im materiellen Recht verankert<sup>987</sup> und verlange daher eine Entscheidung in der Sache.

Demgegenüber stufte die ältere Rsp<sup>988</sup> die Erfüllung einer Schlichtungsvereinbarung als Prozessvoraussetzung ein und wies eine abredewidrig eingebrachte Klage mit Beschluss zurück.

Es ist also anzunehmen, dass eine verbindliche Mediationsvereinbarung einem vorzeitigen Klagebegehren entgegensteht und dieses somit im Fall eines Einwands einer Partei mangels Klagbarkeit abgewiesen wird. Daher herrscht in diesem Bereich das *Distributionsmodell*.

Hinsichtlich der Schlichtungsklausel wurde überdies ausgesprochen, dass der Klageweg der Partei erst dann offen stehe, wenn die Schlichtungsstelle nicht nur angerufen wurde, sondern die Partei auch tatsächlich an Versuchen zur gütlichen Einigung teilgenommen hat.<sup>989</sup> Die Tatsache, dass die klagende Partei nun nicht mehr an einem Schlichtungsverfahren teilnehmen möchte, kann nicht als "Scheitern der freiwilligen Einigung" angesehen werden – die bewusste und verbindliche Vereinbarung der Parteien, dem Gerichtsverfahren ein Schlichtungsverfahren vorzuschalten stehe dem entgegen.<sup>990</sup>

Also kann auch in Österreich die Ansicht vertreten werden, die verbindliche Mediationsvereinbarung bzw das darin enthaltene Prozessverbot verpflichte **zumindest** zur

---

<sup>986</sup> RIS-Justiz RS0082250; RS0045298; RS0045292; RS0033687; insb OGH 25.11.2011, 9 ObA 88/11 y; 23.05.2006, 4 Ob 54/06 d; 05.09.2001, 9 ObA 108/01 z; 17.08.2001, 1 Ob 300/00 z; *Hausmaninger* in Faching/Konecny<sup>2</sup> § 581 ZPO Rz 162.

<sup>987</sup> *Kuderna*, Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, RdA 1978, 3 (6.) mVa *Jelinek*, Das "Klagerecht" auf Unterlassung, ÖBl 1974, 125.

<sup>988</sup> *Kuderna*, Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, RdA 1978, 3 (6.).

<sup>989</sup> OGH 25.11.2011, 9 ObA 88/11 y; 02.09.2008, 8 ObA 28/08 p.

<sup>990</sup> OGH 25.11.2011, 9 ObA 88/11 y.

Teilnahme an einer **ersten Mediationssitzung**. Erst danach sollte eine ordentliche Kündigung möglich sein.

Ist eine außergerichtliche Mediation erfolgreich verlaufen, können die Parteien es bei einem **außergerichtlichen Vergleich** belassen oder diesen mit einem der oben beschriebenen Instrumente **vollstreckbar machen**.

## **b) gerichtlich**

Eine generelle Regelung, dass vor Klageeinbringung bei einem Gericht eine Mediation zu versuchen wäre, **existiert in Österreich nicht**, jedoch gibt es einzelne Bereiche, wo in diese Richtung vorgestoßen wird.

So beispielsweise die nachbarschaftsrechtlichen Streitigkeiten: Bei Klagen im Zusammenhang mit dem Entzug von Licht oder Luft durch fremde Bäume oder Pflanzen ist eine von drei obligatorisch vorgelagerten Konfliktlösungsmethoden zu wählen. Zur Wahl stehen die Schlichtungsstelle, ein Antrag nach § 433 Abs 1 ZPO oder eine Mediation durch einen *eingetragenen Mediator*.<sup>991</sup> Diese Varianten stehen allerdings nicht gleichwertig nebeneinander. Für die ersten beiden Verfahren ist lediglich der Antrag einer Partei notwendig, während für die Einleitung der Mediation die Zustimmung der gegnerischen Partei erforderlich ist. Diese Ausgestaltung erinnert stark an das Schweizer System des obligatorischen Schlichtungsverfahrens mit der Option, eine Mediation an Stelle der Schlichtung zu versuchen.

### **6.2.2 parallel**

#### **a) außergerichtlich**

Den Parteien steht es frei, während eines laufenden Prozesses auch eine außergerichtliche Mediation zu versuchen. Sobald in einer Mediationsvereinbarung allerdings ein Prozessverbot festgelegt wird, wird sie zu einer gerichtlichen Mediation. Denn dann müssen die Parteien das Gericht über den Versuch einer Mediation informieren, um Ruhen des Verfahrens bzw die Abberaumung einer ausgeschriebenen Tagsatzung zu veranlassen. Dem Willen der Parteien wird es regelmäßig nicht ent-

---

<sup>991</sup> § 364 Abs 3 ABGB iVm Art III ZivRÄG 2004.

sprechen, das Prozessverbot absolut im Sinne einer Verpflichtung zur Klagsrücknahme zu bewerten.

Damit herrscht auch in Österreich das *Distributionsmodell*.

Die Alternative wäre allenfalls, dass beide Parteien einer mündlichen Verhandlung **fernbleiben**, wodurch automatisch Ruhen des Verfahrens eintritt.<sup>992</sup> Die Einbeziehung des Gerichts ist aber in jedem Fall die sicherere Variante.

Kommen die Parteien in einer außergerichtlichen Mediation zu einer Lösung, können sie diese im laufenden Verfahren vor Gericht protokollieren lassen, wodurch sie zum gerichtlichen Vergleich wird.

#### **b) gerichtlich**

Erste Möglichkeit des Gerichts, die Parteien für die alternative Konfliktlösung zu sensibilisieren, ist in **§ 204 Abs 1 ZPO** verankert. Der erste Satz enthält die übliche Formel, dass in jeder Lage des Verfahrens eine gütliche Einigung versucht werden kann. Im zweiten Satz ist die Möglichkeit des Gerichts eingebettet, den Parteien eine außergerichtliche Einrichtung zu *empfehlen*, wenn dies zweckmäßig erscheint.<sup>993</sup> Das *parallele Empfehlungsmodell* ist somit *fakultativ* ausgestaltet. Da das Gericht im Bedarfsfall auf Einrichtungen verweisen soll, die zur einvernehmlichen Lösung von Konflikten geeignet sind, handelt es sich überdies um ein – wenn auch nicht sehr ausgeprägtes – *gerichtsnahes* Modell.

Sind die Parteien mit einem Einigungsversuch vor einer solchen Einrichtung in diesem Verfahrensstadium einverstanden, gibt es zwei grundlegende Alternativen für das gerichtliche Verfahren, wobei beides Formen des *Diversionsmodells* sind:

Gemäß § 168 ZPO können die Parteien gemeinsam vor Gericht **Ruhen** des Verfahrens beschließen. Das bewirkt allerdings, dass der Prozess vor Ablauf von drei Monaten

---

<sup>992</sup> § 170 ZPO.

<sup>993</sup> S *Roßbacher*, Zivilgerichtsbarkeit und Mediation, RZ 2008, 149, der betont, dass der gesetzliche Auftrag durch die Zweckmäßigkeitsbeurteilung relativiert wird.

nicht wieder aufgenommen werden kann und außerdem nur auf Antrag zumindest einer Partei eine Tagsatzung zur mündlichen Verhandlung anberaumt wird. Somit kann es zu unnötigen Verfahrensverzögerungen kommen, sollte der Vergleichsversuch scheitern. Das gerichtliche Verfahren kann unter Umständen auch ewig ruhen, obwohl der auslösende Konflikt womöglich bereits gelöst ist. Im Vergleich zur Schweiz, wo der Richter aufgrund seiner Verantwortung im ordentlichen Verfahren die Möglichkeit hat, den Parteien Fristen zu setzen oder gar die Sistierung aufzuheben, hat der Richter in Österreich keine vergleichbaren Kompetenzen.

Eine weitere Möglichkeit ist die **Erstreckung** der Tagsatzung durch den Richter aufgrund gemeinsamen Antrags der Parteien.<sup>994</sup> Tunlichst ist aber zugleich ein neuer Termin bekanntzugeben, da eine Erstreckung auf unbestimmte Zeit unzulässig bzw nur bei Vorliegen besonderer Prozesssituationen möglich sein soll.<sup>995</sup> Ob eine solche besondere Situation bei Vergleichsgesprächen in der Regel gegeben ist, kann wohl bezweifelt werden. Die notwendige Festsetzung eines neuen Termins kann das Mediationsverfahren jedoch sowohl positiv als auch negativ beeinflussen.

ME ist die Gefahr, unter Zeitdruck einer Einigung zuzustimmen, zu groß und daher der Variante des Ruhens des Verfahrens der Vorzug zu geben. Auch die Lösung, einen zeitlich weit entfernten Termin zu bestimmen, ist mM nach keine pragmatische.

Die zweite Möglichkeit ist in **§ 204 Abs 2 ZPO** niedergeschrieben. Diese Regelung besagt, dass die Parteien *mit ihrer Zustimmung* an einen beauftragten oder ersuchten Richter zwecks Vergleichsversuche verwiesen werden können. Die geringe praktische Bedeutung<sup>996</sup> dieser *fakultativen Anordnung mit Einverständnis der Parteien* spiegelt sich in der mangelnden Auseinandersetzung in der Literatur wider. Überhaupt scheint unklar zu sein, welchen Zweck der Gesetzgeber dieser Regelung beimessen wollte, da einerseits die Verweisung an einen Richter desselben Gerichts aufgrund

---

<sup>994</sup> § 134 Z 1 iVm § 135 Abs 1 ZPO.

<sup>995</sup> Buchegger in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 137 ZPO Rz 2, 3.

<sup>996</sup> Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 75 mwN Pollak, System des Österreichischen Zivilprozessrechtes mit Einschluss des Exekutionsrechtes<sup>2</sup> (1932) 420.

dessen Vergleichsfreudigkeit nicht gedeckt scheint,<sup>997</sup> andererseits generell die Möglichkeit einer *Richtermediation* in der Literatur verneint wird.<sup>998</sup>

Aus dem Blickwinkel der Mediation kann aufgrund des *Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit* der Skepsis gegenüber der Verweisung an einen Richter desselben Gerichts nur zugestimmt werden, während der Einwand, auch die Richtermediation sei nicht möglich, zu verwerfen ist. Weshalb diese Regelung nicht ebenfalls – nach dem deutschen Vorbild – als Probestätte für Modelle der Richtermediation genutzt werden könnte, ist nicht einsichtig. ME stellt dies durchaus eine Möglichkeit dar, neue Zugänge zur gütlichen Streitbeilegung zu finden und zu erproben – Mediation eingeschlossen.

### 6.2.3 retrospektiv

Beinahe vollkommen außer Betracht bleiben Überlegungen zur Förderung der Mediation durch *retrospektive Modelle*. Zu stark ist offenbar der Glaube an das scheinbar unbedingt gültige *Prinzip der Freiwilligkeit*, das auch durch indirekte Faktoren keine Einschränkung erfahren darf.<sup>999</sup>

Dass die Systematik der Mediation und des Freiwilligkeitsbegriffs dieser Ansicht widerspricht, wurde oben bereits eingehend erörtert<sup>1000</sup> und soll an dieser Stelle nicht nochmals wiederholt werden.

---

<sup>997</sup> Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 76.

<sup>998</sup> Bajons, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie in Stürner/Matsumoto/Lüke/Deguchi (Hrsg), FS Leibold zum 70. Geburtstag (2009) 499 (516).

<sup>999</sup> ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 19.

<sup>1000</sup> S Kapitel Teil III - 2.2.2 Freiwilligkeit 65.

## 7 Fazit

Bereits bei oberflächlicher Betrachtung der drei dargestellten Gesamtkonzepte fällt der doch große Unterschied der beobachteten Länder auf. Sie weichen nicht nur in der Wahl der vielfältig möglichen Modell-Kombinationen, sondern auch in den für die Förderung der Mediation so wichtigen Schutzmechanismen voneinander ab.

Zum Teil sind die **Wurzeln dieser Unterschiede** in den verschiedenen Zivilprozessordnungen, den historisch gewachsenen Lehrmeinungen und den Auslegungen der Judikatur zu finden. Letztlich ist es die Aufgabe des Gesetzgebers, die notwendigen Mechanismen vorzusehen, um Mediationspersonen, Medianden und Rechtsanwendern den bestmöglichen Rahmen zuzusichern. Dass es hier noch an diversen Stellen Änderungsbedarf gibt, wurde im vorangehenden Vergleich mit Deutschland und der Schweiz augenscheinlich, wobei auch diese keinen lückenlos perfekten Rechtsrahmen gestaltet haben:

- 1) Erster großer Unterschied ist die in Österreich derzeit vorzufindende **Differenzierung** zwischen *eingetragenen* und *nicht eingetragenen Mediatoren*. Diese ist – wie bereits zuvor ausgeführt<sup>1001</sup> – mE nicht sinnvoll und sollte durch eine einheitliche Regelung ersetzt werden. Allenfalls könnte auch ein Modell wie das des *zertifizierten Mediators* in Deutschland als Vorbild dienen, da dieses bloß Anreize auf Seiten der Mediationsperson schafft und keine Mehrgleisigkeit bewirkt.

Die Schutzmechanismen für Verjährung, Verschwiegenheit und Vollstreckbarmachung sowie die Rechte und Pflichten der Mediationspersonen und Medianden sollten mE jedenfalls für alle gleich sein.

Hingewiesen wird an dieser Stelle auf die Sonderproblematik der *gemischten Co-Mediation*, wenn also ein *eingetragener* und ein *nicht eingetragener Mediator* zusammen eine Mediation leiten. Besonders für diese Situationen wäre eine einheitliche Regelung von Vorteil.

---

<sup>1001</sup> S dazu Kapitel Teil IV - 6.1 Allgemeines & Schutzmechanismen 173.

- 2) Der zweite große Teilbereich betrifft die Wahl der **Mediationsmodelle**, die Eingang in das Gesamtkonzept fanden.

Im Unterschied zu Deutschland und zur Schweiz, die zwar auf der einen Seite die Mediation als außergerichtliche Methode eingestuft haben, aber auf der anderen Seite auf dem einen oder anderen Weg eine Verbindung zum Gericht geschaffen haben, herrscht in Österreich eine weitaus größere Distanz zwischen Gericht und Mediationsverfahren. In der Schweiz besteht diese Verbindung durch das verpflichtende Schlichtungsverfahren vor Einleitung des ordentlichen Verfahrens, welches auch fakultativ durch eine Mediation ersetzt werden kann. In Deutschland stellt vor allem der Güterichter das Bindeglied zwischen gerichtlichem Prozess und Mediationsverfahren dar und ermöglicht damit das Modell der Richtermediation. Österreich hat hier jedenfalls ein enormes Repertoire an Möglichkeiten, solche oder andere Modelle zu schaffen und sollte dies mE im Sinn der Förderung der Mediation auch tun.

Aber nicht nur die kaum spürbare Einbindung der Mediation in den Gerichtsalltag, die einen der wichtigsten Punkte eines erfolgreichen Förderprogramms darstellt,<sup>1002</sup> ist markant. Die **Wertschätzung von Vergleichsversuchen** an sich ist mE in den Vergleichsländern größer.<sup>1003</sup> Wegen der dort obligatorisch vorgeschalteten Vermittlungsversuche erfährt die durch die Parteien eigenverantwortlich getroffene Lösung eine größere Gewichtung, was wiederum positiv auf die Konfliktlösungsmechanismen der Gesellschaft zurückwirken kann.

Dazu kommt außerdem die **Vielfalt** (wenn auch nicht so enorm, wie dies möglich wäre) der nebeneinander existierenden ADR-Verfahren, die ebenfalls zu erhöhter Ergebniszufriedenheit beiträgt.<sup>1004</sup> Kurz zusammengefasst haben Deutschland und die Schweiz nicht nur die Mediation in die Rechtslandschaft integriert, sondern auch Möglichkeiten der Schlichtung eingebaut. In Deutschland als Güteverfahren bezeichnet, in der Schweiz als Sühneverhandlung durch den in vielen Kantonen historisch gewachsenen Friedensrichter bekannt geworden, sind diese Modelle sowohl *präventiv* als auch *parallel*, ver-

---

<sup>1002</sup> So auch *Alexander in Ferz*, Rechtskultur (2003) 51.

<sup>1003</sup> *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) 63; s die mehrfache Erwähnung in der chZPO, auf eine gütliche Einigung anzustreben in FN 637.

<sup>1004</sup> *Schütz*, Mediation (2009) Rz 1066.

pflichtend und freiwillig, *gerichtsverbunden* und *gerichtsfern* angelegt worden. Dadurch versprechen diese Konzepte eine höhere Flexibilität für den Einzelfall.

Österreich hingegen belässt es scheinbar bei der außergerichtlichen Mediation und bei der beinahe schon obligatorisch vorfindbaren Floskel, das Gericht könne auf außergerichtliche Alternativen hinweisen. Ein *Weniger* an Regulierung ist nur noch schwer vorstellbar.

Einzig derzeitiger Hoffnungsschimmer ist mE der anscheinend nicht genutzte **§ 204 Abs 2 ZPO**, der dem Gericht die Möglichkeit eröffnet (in Anlehnung an den Güterichter), *gerichtsnahe* Vermittlungsversuche durchzuführen.

In diesem Zusammenhang muss auch kurz erwähnt werden, dass – entgegen dem eventuell hier entstandenen Eindruck – auch in Österreich **Modellversuche** an Gerichten praktiziert werden, die damit die Entwicklung der Mediation fördern. Die von einzelnen Gerichten unabhängig und selbstständig durchgeführten Projekte sind aber leider oftmals durch mangelnde wissenschaftliche Begleitung gekennzeichnet und können daher keine aussagekräftigen Daten liefern. Darüber hinaus fehlt es häufig an der im Voraus zu leistenden notwendigen Überzeugungsarbeit gegenüber der Richter- und Anwaltschaft und an Unterstützungsangeboten. Und zu guter Letzt handelt es sich bei diesen unabhängig durchgeführten Projekten leider um Erfahrungsschätze, die es nicht oder kaum an das Licht der Öffentlichkeit schaffen. Dadurch tragen sie auch nicht in dem Ausmaß zur Erforschung der Mediation in Österreich bei, wie sie es eigentlich könnten.

Ein Zusammenwirken, verstärkte Öffentlichkeitsarbeit und ein Maximum an Transparenz wären jedenfalls empfehlenswert.

Im Bereich der **retrospektiven Förderungen** ist die Praxis in allen Vergleichsländern noch ziemlich verhalten. Mit Blick auf die *common law* Länder ist aber fraglich, ob dies berechtigt und notwendig ist. ME verdient die *retrospektive* Förderung erhöhte Zuwendung und eingehende wissenschaftliche Auseinandersetzung.

- 3) Ein weiterer Punkt, der ebenfalls die Wertschätzung des Gesetzgebers und die Bedeutung der Mediation für denselben widerspiegelt, ist die Frage der Zulässigkeit und pro-

prozessualen Behandlung von **Mediationsvereinbarungen**. Unterschiedlicher können die Lösungen der Vergleichsländer, vor allem in Anbetracht der ähnlichen Ausgangslage, wohl kaum sein. Zwar können Rechtsanwender in Österreich mit der derzeit (vermuteten) Judikaturlinie ganz zufrieden sein, doch ist mE die Lösung Deutschlands schlüssiger, da sie dem wahrscheinlichen Parteiwillen wohl am nächsten kommt. Doch ein Paradigmenwechsel ist nicht abzuschätzen. Wie die Schweiz mit dieser Thematik umgehen wird, ist derzeit noch nicht vorherzusehen; zu unterschiedlich sind die Lehrmeinungen.

In jedem Fall ist eine Berücksichtigung der Mediationsvereinbarungen für eine erfolgreiche Förderung notwendig.

#### 4) Und schließlich bleibt noch das Fazit zu den **Schutzmechanismen**.

Bezüglich der **Verjährung** ist lediglich die durch das System *eingetragene/nicht eingetragene Mediatoren* entstandene Mehrfachgleisigkeit zu bemängeln. Faktisch sind aber die Mediationsparteien in Österreich in beiden Varianten vor der Verjährung ihrer Ansprüche geschützt. Damit profitieren alle Formen der Mediation von einer automatisch eintretenden Hemmung der Verjährung. Vor allem verglichen mit der Schweiz, die einen solchen Schutz lediglich den gerichtlichen Mediationen zugesteht, ist die Rechtslage in Österreich diesbezüglich zufriedenstellend.

Weitaus mehr Kritik verdient dagegen der **Schutz des Prinzips der Vertraulichkeit & Verschwiegenheit**, der mE einer umfassenden Änderung bedürfte. Im Gegensatz zum Verjährungsschutz dient hier vorrangig die Schweiz als Vorbild. Zwar besteht auch in Deutschland aufgrund der prozessualen Wirksamkeit der in Mediationsverträgen vereinbarten Verschwiegenheitsabreden ein effektiver Schutz, doch sind derartige Beweisverträge in Österreich nicht prozessual durchsetzbar und diese Regelung daher hierzulande nicht umlegbar.

Nur durch ein gesetzlich normiertes Beweisthemenvorbot, das alle ausschließlich in der Mediation bekannt gewordenen Informationen betrifft, kann der notwendige Schutz des Vertrauens zwischen den Konfliktparteien prozessual gesichert werden. Dieses Beweis-

themenverbot sollte – in Anlehnung an das zum Vorzug des Entschlagungsrechts gegenüber dem Vernehmungsverbot Gesagte – unter Berücksichtigung des Interesses der öffentlichen Ordnung ebenfalls durchbrochen werden können.

Daneben sollte allerdings die ausdrückliche Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson mit den Sanktionsmöglichkeiten im Fall ihrer Verletzung bestehen bleiben. Nur auf diese Weise kann auch der Schutz der Vertraulichkeit gegenüber der Öffentlichkeit abgesichert werden und somit eine adäquate Qualitätssicherung stattfinden.

Bezüglich der Verschwiegenheit der Parteien sollte mE keine gesetzliche Pflicht statuiert werden, da dies einen nicht erforderlichen Eingriff in die Privatautonomie der Parteien darstellen würde. Durch ein Beweisthemenverbot wäre ohnehin die Vertraulichkeit der Informationen hinsichtlich eines Gerichtsverfahrens gesichert und ein etwaiges Parteivorbringen nicht zu berücksichtigen. Für einen weitergehenden Schutz – besonders gegenüber sonstigen Dritten – reicht eine privatrechtliche Verschwiegenheitsabrede.

Um die Verschwiegenheitspflicht der Mediationsperson auch in einem allfälligen Gerichtsprozess abzusichern, ist klar ein Zeugenvernehmungsverbot abzulehnen und dagegen generell ein Zeugenentschlagungsrecht für Mediatoren einzuführen. Wie weiter oben näher ausgeführt, kommt dieses ohnehin bei Mediationen, die durch *nicht eingetragene Mediatoren* geführt werden sowie – aufgrund der vorzunehmenden teleologischen Reduktion des § 320 Abs 4 ZPO – bei grenzüberschreitenden Mediationsfällen zum Zug. Darüber hinaus ermöglicht das Entschlagungsrecht im Gegensatz zum Vernehmungsverbot, dass auch anderen Interessen als bloß dem Vertraulichkeitsschutz der Parteien Rechnung getragen werden kann.

Letztlich bleibt noch die **Ergebnisumsetzung** als letzter Schutzmechanismus, zu der aber nicht allzu viel zu sagen ist. Im Großen ist die derzeitige Rechtslage für die Medianden erfreulich, im Detail gibt es durchaus hie und da Kritikpunkte, die vor allem in Ansehung einer richtlinienkonformen Umsetzung im nationalen Recht berücksichtigt werden sollten.

Im Bezug auf die **Mediationsmodelle** konnten an dieser Stelle keine konkreten Änderungsvorschläge formuliert werden. Ein Grund liegt in den enorm vielfältigen Möglichkeiten der Mediationsmodelle und der möglichen Kombinationen, die eine gezielte Auswahl schwer machen. Ein weiterer besteht in den budgetären und sozialpolitischen Auswirkungen, die diese Modelle mit sich tragen und somit nicht ausschließlich durch die Rechtswissenschaft beurteilt werden sollten.

Dennoch hoffe ich in diesem zweiten Teil sowohl die Defizite wie auch die Chancen, die durch Veränderung der derzeitigen Gesetzeslage ausgeschöpft werden können, aufgezeigt zu haben.

## Teil V - Conclusio

Die Ausgangserwartung zu Beginn des Schreibprozesses und die Erkenntnisgewinnung während des Schreibens sowie nach Beendigung konnten unterschiedlicher kaum sein. Während die Arbeit anfangs noch von dem Gedanken geleitet war, Österreich hätte jedenfalls im Bereich der *begrifflichen Förderung* großen Modernisierungsbedarf, da es nicht allen in der Praxis vertretenen Strömungsalternativen die notwendigen Rahmenbedingungen bietet, wohingegen der rechtliche Rahmen dagegen eher zu lockern sei, ist das Endergebnis nun spiegelverkehrt.

Die erstaunlichste Einsicht, auf das Gesamtkonzept überhaupt bezogen, ist wohl die Kluft zwischen der *Definition* und der *Einbettung in das Rechtssystem*.

Da wäre einmal die Schweiz, die bei der *Definition* einen sehr eingriffsschwachen Ansatz gewählt hat, doch dann bei der *Einbettung in das Rechtssystem* ein sehr modernes und zugleich historisch geprägtes und daher gut eingefügtes Konzept erstellt hat. Trotz einiger Lücken bzw offener Fragen bei den Schutzmechanismen, ist es mE sehr anwenderfreundlich.

Deutschland hat – nach meiner Betrachtung – bemerkenswerterweise das ausgeglichene Konzept. Denn sowohl die *Definition* als auch die *Einbettung in das Rechtssystem* haben gleichermaßen Aufmerksamkeit erfahren und fügen sich in ein ausgewogenes Gesamtkonzept.

Dagegen sticht Österreich mit einem – wie so häufig erwähnt wird – sehr regelungsintensiven Paket hervor, das aber auf einen zweiten Blick hauptsächlich peripher gelegene Details regelt. Während die *Definition* sehr umfassend – zum Teil zu sehr – geregelt ist und lediglich einiger Änderungen bedarf, ist von einem Gesamtkonzept Mediation dagegen überhaupt nichts zu spüren. Im Gegensatz zu Deutschland und der Schweiz zielt das österreichische Gesetz tatsächlich nur auf die außergerichtliche Mediation ab und verschließt sich damit einer unglaublichen Vielfalt an möglichen Modellkombinationen. Darüber hinaus gibt es aber auch dringenden Handlungsbedarf bei den Schutzmechanismen, die einige Lücken enthalten, welche vor allem im Sinn der Medianden zu schließen sind.

Anerkennend festhalten möchte ich aber, dass das ZivMediatG eines der ersten Mediationsgesetze Europas ist, doch die Notwendigkeit einer umfassenden Novellierung lässt sich bei Vergleich der relativ jungen Regelungen in den beiden Nachbarstaaten nicht mehr verleugnen. Um der einstigen Pionierstellung gerecht zu werden und wieder eine Vorreiterrolle einzunehmen, ist nun Handeln angesagt.

Die Förderung der Entwicklung der Mediation – sei es durch *wissenschaftliche Untersuchung*, durch *begriffliche, rechtliche* oder *finanzielle Förderung*, durch Ausbildungsmaßnahmen oder durch Informationskampagnen – ist enorm wichtig; nicht zuletzt, weil es sich hier um eine sehr dynamische Materie handelt, der Zeit gegeben werden muss und die auch in ferner Zukunft noch Anpassungen fordern wird.

Weiters wird noch einmal betont, dass eine optimale Förderung der Mediation nur Hand in Hand mit der Förderung von ADR-Verfahren schlechthin funktionieren kann. Ein allzu starres Festhalten an der Mediation als *das eine richtige alternative Verfahren zur Konfliktlösung* schadet ihrem Erfolg. Nur durch Methodenvielfalt kann sich die erforderliche Akzeptanz und Zufriedenheit am Markt einstellen. Wie die Erfahrung zeigt, bringt diese die Vorteile der Entlastung der staatlichen Gerichtsbarkeit und großer Ergebniszufriedenheit mit sich.<sup>1005</sup>

Zu guter Letzt soll noch einmal erwähnt sein, dass die Förderung von alternativen Konfliktlösungstechniken – so sie denn richtig eingesetzt wird – Auswirkungen auf die Konfliktkultur an sich hat und damit auch einen Wandel in der Gesellschaft bewirken kann. Daher ist die laufende Beschäftigung mit diesem Thema von großer Bedeutung und sollte auch vor Meinungsänderungen nicht zurückgeschreckt werden. Für manche Modelle oder Förderungen ist vielleicht momentan die Zeit noch nicht gekommen; das bedeutet aber nicht, dass sie nicht noch kommen kann.

---

<sup>1005</sup> Schütz, Mediation (2009) Rz 1066.

# Teil VI - Quellenverzeichnis

## 1 Rechtsquellen

### 1.1 Europa

Guidelines for a better implementation of the existing recommendation concerning family mediation and mediation in civil matters der Europäischen Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ) vom 07.12.2007, CEPEJ 2007/14.

RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABL L 2008/136, 3. (kurz: MediationsRL)

RL 1993/13/EWG des Rates vom 05.04.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABL C 1992/73, 7.

### 1.2 Deutschland

Berufsordnung für Rechtsanwälte,

[http://www.brak.de/w/files/02\\_fuer\\_anwaelte/berufsrecht/bora\\_stand\\_01.11.12.pdf](http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_stand_01.11.12.pdf) (17.02.2013).  
(kurz: deBORA)

Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung BGBl I 2012/35, 1577.

Mediationsgesetz BGBl I 2012/35, 1577,

[http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger\\_BGBl&start=%2F%2F%5B%40attr\\_id%3D'bgbl112s1577.pdf'%5D&wc=1&skin=WC](http://www.bgbl.de/Xaver/text.xav?bk=Bundesanzeiger_BGBl&start=%2F%2F%5B%40attr_id%3D'bgbl112s1577.pdf'%5D&wc=1&skin=WC) (14.01.2013). (kurz: MediationsG)

Rechtsdienstleistungsgesetz BGBl I 2007/63, 2840 idgF,

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/rdg/gesamt.pdf> (17.02.2012). (kurz: deRDG)

Zivilprozessordnung RGBI 1877, 83 idgF,

<http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf> (14.01.2013). (kurz: deZPO)

#### Materialien zum MediationsG

Gesetzesentwurf der Bundesregierung BT-Drs 17/5335,

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/053/1705335.pdf> (14.01.2013). (kurz: GEntw)

Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drs 17/8058,

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/080/1708058.pdf> (14.01.2013). (kurz: BeschlBer RA)

Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses BT-Drs 17/10102,

<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/17/101/1710102.pdf> (14.01.2013). (kurz: Beschl VA)

## 1.3 Schweiz

Schweizerische Zivilprozessordnung AS 2010/1739 idgF,

<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf> (14.01.2013). (kurz: chZPO)

Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht)

AS 1911/27 317 idgF,

<http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf> (11.02.2013). (kurz: chOR)

Loi sur l'organisation judiciaire aE 2 05 (Genf),

[http://www.lexfind.ch/dtah/26874/3/rsg\\_e2\\_05.html](http://www.lexfind.ch/dtah/26874/3/rsg_e2_05.html) (14.01.2013).

Loi sur l'organisation judiciaire E 2 05 (Genf),

[http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/s/rsg\\_e2\\_05.html](http://www.ge.ch/legislation/rsg/f/s/rsg_e2_05.html) (14.01.2013).

### Materialien zur chZPO

Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung BBl 2006/7221,

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/7221.pdf> (14.01.2013). (kurz: Bot chZPO)

Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

[http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/entw-zpo-d.pdf) (19.01.2013). (kurz: VE chZPO)

Bericht zum Vorentwurf der Expertenkommission zur Schweizerischen Zivilprozessordnung,

[http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat\\_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf](http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/staat_buerger/gesetzgebung/zivilprozessrecht/vn-ber-d.pdf) (19.01.2013). (kurz: Ber VE chZPO)

### Materialien zum chOR

Bericht zum Vorentwurf Obligationenrecht (Revision des Verjährungsrechts),

<http://www.ejpd.admin.ch/content/dam/data/wirtschaft/gesetzgebung/verjaehrungsfristen/vn-ber-d.pdf> (11.02.2013). (kurz: Ber VE VerjR)

## 1.4 Österreich

Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 1811/946 idgF. (kurz: ABGB)

Außerstreitgesetz BGBl I 2003/111 idgF. (kurz: AußStrG)

Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1. (kurz: B-VG)

Erlass des BMJ 22.11.1996, JMZ 44401/215/I1/96, Fortführung und Ausweitung des Modellprojekts "Mediation bei Scheidung und Trennung".

EU-Mediations-Gesetz BGBl I 2011/21. (kurz: EU-MediatG)

Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111 idgF. (kurz: JN)

Notariatsordnung RGBI 1871/75 idgF. (kurz: NO)

Rechtsanwaltsordnung RGBI 1868/96 idgF. (kurz: RAO)

Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung BGBl II 2004/47. (kurz: ZivMediat-AV)

Zivilrechts-Mediations-Gesetz BGBl I 2003/29. (kurz: ZivMediatG)

Zivilrechts-Änderungsgesetz 2004 BGBl I 2003/91. (kurz: ZivRÄG 2004)

Zivilprozessordnung RGBI 1895/113 idgF. (kurz: ZPO)

#### Materialien zum ZivMediatG

Erläuterte Regierungsvorlage 24 BlgNR 22. GP,

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I\\_00024/imfname\\_001957.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXII/I/I_00024/imfname_001957.pdf)

(17.02.2013). (kurz: ErläutRV)

Ministerialentwurf ZivMediatG, 283/ME 21. GP,

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/ME/ME\\_00283/imfname\\_000000.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXI/ME/ME_00283/imfname_000000.pdf)

(19.01.2013). (kurz: ME)

#### Materialien zum EU-MediatG

Vorblatt und Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1055 BlgNR 24. GP,

[http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I\\_01055/fname\\_204308.pdf](http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/I/I_01055/fname_204308.pdf)

(17.02.2013). (kurz: VorblErläut)

## 1.5 Sonstiges

ICC, 2012 Rules of Arbitration,

<http://www.iccwbo.org/court/arbitration/id4199/index.html> (17.01.2012).

## 2 Literaturquellen

*Ade/Alexander*, Mediation und Recht<sup>2</sup> (2013)

*Adler/Silverstein*, When David Meets Goliath: Dealing With Power Differentials in Negotiations, HNLR 5 (2000)

1.

*Alexander*, International and Comparative Mediation: Legal Perspectives (2009). kurz: *Alexander*, Mediation (2009)

*Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson* (Hrsg), Barriers to Conflict Resolution (1995).

*Autorenteam der Redaktion Weltalmanach*, Der neue Fischer Weltalmanach 2013: Zahlen Daten Fakten (2012).

*Bajons*, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediations-Richtlinie in *Stürner/Matsumoto/Lüke/Deguchi* (Hrsg), FS Leopold zum 70. Geburtstag (2009) 499.

*Bajons*, Einrichtungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung (Klassifikation aufgrund der von Deutschland notifizierten Stellen), Unterlagen zur Lehrveranstaltung *Außergerichtliche Konfliktlösung in Zivilsachen I* im WS 2009/10 an der Universität Wien.

- Baker & McKenzie* (Hrsg), Stämpflis Handkommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung (2010).  
kurz: Stämpflis HK ZPO
- Bargen*, Gerichtsinterne Mediation – Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt (2008).
- Baumann*, Förderung der Mediation durch das Gericht – Maßnahmen in England und Deutschland, IDR 2005, 9.
- Berger*, Private Dispute Resolution in International Business: Negotiation, Mediation, Arbitration<sup>2</sup> (2009).
- Berning/Hohmann*, Gerichtliche versus außergerichtliche Mediation, pm 2010, 183.
- Boskey*, The Proper Role of the Mediator: Rational Assessment, Not Pressure, Neg. J. 10 (1994) 367.
- Boulle*, Mediation: Principles, Process, Practice<sup>3</sup> (2011).
- Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf* (Hrsg), Konsensuale Streitbeilegung (2001).
- Breidenbach*, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt (1995).
- Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice<sup>2</sup> (1999). kurz: *Brown/Marriott*, ADR<sup>2</sup> (1999)
- Buchegger/Roth*, Zivilprozessrecht – Sammlung kommentierter Fälle<sup>3</sup> (2011).
- Büchting* (Hrsg), Beck'sches Rechtsanwalts Handbuch<sup>9</sup> (2007).
- Bush/Folger*, The Promise of Mediation: The Transformative Approach to Conflict (2005).
- Bush/Folger*, The Promise of Mediation: Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition (1994).
- Brunner/Gasser/Schwander* (Hrsg), Schweizerische Zivilprozessordnung: Kommentar (2011). kurz: DIKE-Komm-ZPO
- Bydlinski*, Bürgerliches Recht I<sup>4</sup> (2007).
- Cadiet/Jeuland/Clay*, Médiation & Arbitrage – Alternative Dispute Resolution (2005).
- Cameron*, Facilitation made easy<sup>3</sup> (2005).
- Chornenki/Hart*, Bypass Court – A Dispute Resolution Handbook<sup>4</sup> (2011).
- Cornelius*, Mediation und systemische Therapie: Überlegungen zu einer Adaptierung des Mediationsverfahrens auf die speziellen Bedürfnisse von Paaren (2010).
- Creifelds*, Rechtswörterbuch<sup>20</sup> (2011).
- Cremer*, Das pactum de non petendo (1959).
- Creutz*, Risiken und Nebenwirkungen der gerichtsnahen Mediation, DRiZ 2007, 11.
- Depré/Belser/Hascher-Hug/Jörg* in *Depré* (Hrsg), Streitfälle außergerichtlich lösen (2012).
- Deutschmann/Lenz*, Die Verschwiegenheit in der Mediation, pm 2009, 98.
- Dieter/Montada/Schulze* (Hrsg), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation (2000).
- Dürschke*, Güterichter statt Mediation – Güteverhandlung und Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren, NZS 2013, 41.
- Duve*, Alternative Dispute Resolution (ADR) – die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 40/1998, 9.  
kurz: *Duve*, ADR, BB 40/1998, 9.
- Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft – Wege zum professionellen Konfliktmanagement<sup>1</sup> (2003). kurz: *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Wirtschaft<sup>1</sup> (2003)
- Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2000). kurz: *Eidenmüller*, Wirtschaftsmediation (2003)

*Eiholzer*, Die Streitbeilegungsabrede: ein Beitrag zu alternativen Formen der Streitbeilegung, namentlich zur Mediation (1998).

*Engel*, Collaborative Law (2010).

*Falk/Koren*, Kommentar zum ZivMediatG (2005). kurz: *Falk/Koren*, ZivMediatG

*Fasching*, Zivilprozessrecht<sup>2</sup> (1990).

*Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen online<sup>2</sup> (2011). kurz: *Fasching/Konecny*<sup>2</sup>

*Ferz* (Hrsg), Rechtskultur – Streitkultur – Mediation (2003). kurz: *Ferz*, Rechtskultur (2003)

*Ferz/Filler*, Mediation: Gesetztestexte und Kommentar (2003). kurz: *Ferz/Filler*, Gesetz u Komm

*Ferz/Lison/Wolfart* (Hrsg), Zivilgerichte und Mediation: Widerspruch, Ergänzung, Symbiose? (2004).

*Flucher/Kochendörfer/Minckwitz/Viering* (Hrsg), Mediation im Bauwesen (2003).

*Folberg/Milne/Salem* (Hrsg), Divorce and Family Mediation (2004).

*Frauenberger-Pfeiler U.*, Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation – Teil 1, med akt 1/2011, 20.  
 kurz: *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 1, med akt 1/2011, 20

*Frauenberger-Pfeiler U.*, Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation – Teil 2, med akt 2/2011, 22.  
 kurz: *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 1, med akt 2/2011, 22

*Frauenberger-Pfeiler U.*, Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation – Teil 3, med akt 3/2011, 16.  
 kurz: *Frauenberger-Pfeiler U.*, Entwicklungen Teil 3, med akt 3/2011, 16

*Frauenberger-Pfeiler U./Risak*, Der prätorische Mediationsvergleich, ÖJZ 2012, 798.

*Friedrich*, Schlichtungs- und Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, SchiedsVZ 2007, 31.

*Fucik*, EU-MediatG und ZivMediatG – ein Überblick, ÖJZ 2011, 941.

*Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer* in *Oberhammer* (Hrsg), Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010.

*Gabriel*, Die Haftung des Mediators im schweizerischen Rechtssystem (2008). kurz: *Gabriel*, Haftung (2008)

*Gilfrich*, Schiedsverfahren im Scheidungsrecht (2007).

*Goldberg/Sander/Rogers*, Dispute Resolution – Negotiation, Mediation and Other Processes<sup>3</sup> (1999).

*Gottwald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts (2002).  
 kurz: *Gottwald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen (2002)

*Gramberg*, Managing Workplace Conflict (2006).

*Greger*, Der "zertifizierte Mediator" – Heilsbringer oder Schreckgespenst? ZKM 2012, 36.

*Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter (2007).

*Greger*, Prozessinterne Mediation durch externe Mediatoren? ZKM 2007, 142.

*Greger*, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240.

*Gruber/Pichler* (Hrsg), Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005).

*Hacke*, Der ADR-Vertrag (2001).

*Haft*, Verhandlung und Mediation: Die Alternative zum Rechtsstreit<sup>2</sup> (2000).

*Haft/Schlieffen* (Hrsg), Handbuch Mediation<sup>1</sup> (2002). kurz: *Haft/Schlieffen*, HB Mediation<sup>1</sup> (2002)

*Hager*, Konflikt und Konsens (2001).

*Haynes/Mecke/Bastine/Fong*, Mediation – Vom Konflikt zur Lösung<sup>2</sup> (2006).

*Hochheimer*, Das kleine QM-Lexikon<sup>2</sup> (2011).

*Hofmann*, Vertraulichkeit in der Mediation – Möglichkeiten und Grenzen vertraglicher Beweisverwertungsverbote, *SchiedsVZ* 2011, 148.

*Holzhammer*, Rechtswörterbuch Zivilprozessrecht<sup>7</sup> (2012).

*Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, *ÖJZ* 2004, 41.

*Hopt/Steffek* (Hrsg), Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen (2008).

*Horstmeier*, Das neue Mediationsgesetz (2013).

*Huber-Mumelter/Mumelter*, Schlichten statt Richten, *ZfRV* 2009, 165.

*Hunger*, Konflikte im Jugendhaus (2005).

*Hutner*, Das internationale Privat- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2005).

*Hutner*, Die Mediationsvereinbarung – Regelungsgegenstände und vertragsrechtliche Qualifizierung, *SchiedsVZ* 2003, 226.

*Jelinek*, Das "Klagerecht" auf Unterlassung, *ÖBl* 1974, 125.

*Kaufmann*, Beweisführung und Beweiswürdigung (2009).

*Kaune A.* (Hrsg), Change Management mit Organisationsentwicklung<sup>2</sup> (2010).

*Kerschner*, Bürgerliches Recht V<sup>4</sup> (2010).

*Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011).

*Kisthardt*, The Use of Mediation and Arbitration for Resolving Family Conflicts, *J. Am. Acad. Matrim. Lawyers* 14 (1997) 353.

*Kleindienst-Passweg/Wiedermann/Proksch* (Hrsg), Handbuch Mediation (Loseblattausgabe Sept 2011).

*Kletečka/Schauer* (Hrsg), Kommentar zum ABGB online (2012). kurz: ABGB-ON

*Klinger/Bierbrauer*, Verfahrensgerechtigkeit – Teil 1, *ZKM* 2006, 36.

*Klinger/Bierbrauer*, Verfahrensgerechtigkeit – Teil 2, *ZKM* 2006, 71.

*Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, *ZfRV* 2011, 119.

*Klose*, Rechtliche Hürden auf dem Weg zur gerichtlichen Mediation? *ZKM* 2005, 146.

*Köbler*, Juristisches Wörterbuch<sup>13</sup> (2005).

*Kollros*, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, *ecolex* 2003, 745.

*Köper*, Eine Qualitätsstudie des Österreichischen Zivilrechts-Mediations-Gesetzes, *ZKM* 2004, 161.

*Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkommentar zum ABGB<sup>2</sup> (2007). kurz: KBB<sup>2</sup>

*Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I (2006).

*Kreft/Mielenz* (Hrsg), Wörterbuch Soziale Arbeit<sup>6</sup> (2005).

*Kreissl*, Mediation – Von der Alternative zum Recht zur Integration in das staatliche Konfliktlösungssystem, *SchiedsVZ* 2012, 230.

*Kriegel*, "Blind vor Wut": Ratlosigkeit und Routine, *ZKJ* 2007, 169.  
online verfügbar: <http://www.bafm-mediation.de/presseberichte/aktuelles-aus-der-bafm-arbeit/verordnete-mediation-ii-042007/> (02.02.2013).

*Kriegel*, Mediationspflicht – eine Chance für mehr Autonomie? *ZKM* 2006, 52.

*Krischek*, Wirtschaftsmediation als alternatives Streitbelegungsverfahren (2005).

*Krüger*, Kooperation und Wertschöpfung (2012)

*Kuderna*, Schlichtungsstellen für Rechtsstreitigkeiten aus dem Arbeitsverhältnis, RdA 1978, 3.

*Kurray*, Die Veränderung der Konfliktkultur durch Wirtschaftsmediation (2008).

*Kuster/Huber/Lippmann/Schmid/Schneider/Witschi/Wüst*, Handbuch Projektmanagement<sup>3</sup> (2011).

*Ladwig*, Gerechtigkeit und Verantwortung: liberale Gleichheit für autonome Personen (2000).

*Leibundgut*, Organisation (2010).

*Leiss*, Einzelgespräche – ein probates Mittel in der Mediation, ZKM 2006, 74.

*Lenz*, Mediation und ihre gesetzliche Verankerung in Deutschland (2008).

*Lew/Mistelis/Kröll*, Comparative International Commercial Arbitration (2003).

*Likar/Krommer*, Mediation und Recht – Das Recht in der Mediation, AnwBl 2005, 60.

*Löer*, Einbindung von Mediation in den Zivilprozess – Teil 1, ZKM 2005, 182.

*Loos/Brewitz*, Hindert eine Mediationsvereinbarung an der Klage? SchiedsVZ 2012, 305.

*Love*, The top ten reasons why mediators should not evaluate, FSU L. Rev. 24 (1997) 937.

*Mankowski*, Gibt es gesetzliche Kostenanreize zur Mediation bereits unter geltendem Recht? ZKM 2004, 8.

*Matys*, Praxishandbuch Produktmanagement – Grundlagen und Instrumente<sup>3</sup> (2005).

*Mayer*, Die Dynamik der Konfliktlösung (2007).

*Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002).

*Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB<sup>10</sup> (2010).

*Metzger*, Schweizerisches Juristisches Wörterbuch (2005).

*Meyer*, Juristische Fremdwörter, Fachausdrücke und Abkürzungen<sup>12</sup> (2004).

*Mirimanoff*, La médiation dans l'ordre juridique suisse (2011). kurz: *Mirimanoff*, médiation (2011)

*Mnookin*, Alternative Dispute Resolution, HLS Discussion Paper 232/1998.  
online verfügbar (Seitenverweise beziehen sich auf diese frei zugängliche Version):  
[http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=harvard\\_olin](http://lsr.nellco.org/cgi/viewcontent.cgi?article=1020&context=harvard_olin) (16.02.2013)

*Moltmann-Willisch/Kraus/Hammerstein*, Richterliche Mediation als Verfahrensmethode – was spricht dagegen? ZKM 2012, 64.

*Mürner*, Gerichtsnaher Zivilmediation – unter besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs für eine Schweizerische Zivilprozessordnung (2005).

*Oberhammer* (Hrsg), Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (2010). kurz: KUKO ZPO

*Olenhusen*, Gerichtsmediation – Richterliche Konfliktvermittlung im Wandel, ZKM 2004, 104.

*Ortloff*, Vom Gerichtsmediator zum Güterichter im Verwaltungsprozess, BDVR-Rundschreiben 2012, 142. (Erst-  
erscheinung in NVwZ 2012, 1057)

*Peter*, Gerichtsnaher Mediation – Kommentar zur Mediation in der ZPO (2011).

*Pruckner*, Recht der Mediation (2003).

*Prütting*, Richterliche Gestaltungsspielräume für alternative Streitbehandlung, dAnwBl 2000, 273.

*Prütting/Gehrlein* (Hrsg), ZPO Kommentar<sup>4</sup> (2012). kurz: PG<sup>4</sup>

*Ratcliffe/Stubbs/Keeping*, Urban Planning And Real Estate Development<sup>3</sup> (2009).

*Ray/Freedman*, Multidoor courthouse speeds dispute resolution, ABA Journal 72 (1986) 99.

*Rechberger* (Hrsg), Kommentar zur ZPO<sup>3</sup> (2006). kurz: *Rechberger*<sup>3</sup>

- Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht<sup>8</sup> (2010).
- Riskin*, Replacing the Mediator Orientation Grids, Again: The New New Grid System, *Alt. High Costs Lit.* 23 (2005) 127.
- Riskin*, Decisionmaking in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, *Notre Dame L. Rev.* 79 (2003) 1.
- Riskin*, Retiring and Replacing the Grid Of Mediator Orientations, *Alt. High Costs Lit.* 21 (2003) 69.
- Riskin*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, *HNL* 1 (1996) 7.
- Riskin*, Mediator Orientations, Strategies and Techniques, *Alt. High Costs Lit.* 12 (1994) 111.
- Risse*, Das Mediationsgesetz – eine Kommentierung, *SchiedsVZ* 2012, 244.
- Risse*, Wirtschaftsmediation<sup>1</sup> (2003).
- Risse*, Konfliktmanagement und ADR, *ZKM* 2004, 244.
- Risse/Bach*, Wie frei muss Mediation sein? *SchiedsVZ* 2011, 14.
- Roßbacher*, Zivilgerichtsbarkeit und Mediation, *RZ* 2008, 149.
- Röthemeyer*, Gerichtsmediation im Güterichterkonzept – Die Lösung des Vermittlungsausschusses, *ZKM* 2012, 116.
- Scheuer*, Zum Stand der Mediation in Österreich, *ZKM* 2012, 21.
- Schmidbauer*, Mediation am Gericht in der Schusslinie des Mediationsgesetzes, *ZKM* 2012, 88.
- Schröder*, Familienmediation (2004).
- Schütz*, Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweizerischen Zivilprozessordnung (2009). kurz: *Schütz, Mediation* (2009)
- Spencer/Brogan*, *Mediation Law and Practice* (2007).
- Spindler*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen: Eine juristisch-rechtsökonomische Analyse – Abschlussbericht im Auftrag des Niedersächsischen Ministeriums für Justiz und des Niedersächsischen Ministeriums für Wissenschaft und Kultur (2006).
- Spühler/Tenchio/Infanger* (Hrsg), *Basler Kommentar: Schweizerische Zivilprozessordnung* (2010). kurz: *BSK-ZPO*
- Stalzer*, *Wege zur Kooperation* (2010).
- Steinacher*, Die Mediationsrichtlinie, *AnwBl* 2000, 124.
- Steinbrück*, Wirtschaftsmediation und außergerichtliche Konfliktlösung – Chance für Unternehmen, Anwälte und Gerichte, *dAnwBl* 1999, 574.
- Stitt*, *Mediation: A Practical Guide* (2004).
- Stocker*, *Moderne Volkswirtschaftslehre*<sup>6</sup> (2009).
- Stulberg*, The Theory and Practice of Mediation: A Reply to Professor *Susskind*, *Vermont L. Rev.* 6 (1981) 85.
- Sutter-Somm/Hasenböhler/Lauenberger* (Hrsg), *Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung* (2010). kurz: *ZPO Komm*
- Thiele*, *Regeln und Verfahren der Entscheidungsfindung innerhalb von Staaten und Staatenverbindungen* (2008).
- Tilch*, *Münchener Rechts-Lexikon* (1987).

*Tochtermann*, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators (2008). kurz: *Tochtermann*, Unabhängigkeit u Unparteilichkeit (2008)

*Tochtermann*, Mediationsklauseln – Teil II, ZKM 2008, 89.

*Tochtermann*, Agreements to Negotiate in the Transnational Context – Issues of Contract Law and Effective Dispute Resolution, ULR 2008, 685.

*Töpel/Pritz* (Hrsg), Mediation in Österreich (2000). kurz: *Töpel/Pritz*, Mediation (2000)

*Trenczek/Berning/Lenz* (Hrsg), Mediation und Konfliktmanagement (2013)

*Tyler/Lind*, A relational model of authority in groups, Adv. Ex. Soc. Psy. 25 (1992) 115.

*Unberath*, Eckpunkte der rechtlichen Gestaltung des Mediationsverfahrens, ZKM 2012, 12.

*Unberath*, Mediationsklauseln in der Vertragsgestaltung – Prozessuale Wirkungen und Wirksamkeit, NJW 2011, 1320.

*Unberath*, Was sind Mediationsklauseln in der Praxis wert? eucon news 2/2010, 6.

*Vlček*, Außergerichtliche Konfliktlösung als effektives Mittel des Zivilverfahrens (2007).

*Wagner*, Das Mediationsgesetz – Ende gut, alles gut? ZKM 2012, 110.

*Wagner*, Gerichtlich veranlasste Mediation: England als Vorreiter, ZKM 2004, 100.

*Wagner*, Das neue Verjährungsrecht – Ein Segen für die außergerichtliche Streitbeilegung, ZKM 2002, 103.

*Wagner*, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag, NJW 2001, 1398.

*Wagner*, Prozessverträge – Privatautonomie im Verfahrensrecht (1998).

*Wagner/Thole*, Die neue EU-Richtlinie zur Mediation, ZKM 2008, 36.

*Waldmann*, Credentialing Approaches – The slow movement toward skills-based testing continues, DR Magazine 8 (2001) 13.  
abrufbar unter <http://www.convenor.com/madison/waldman.htm> (19.01.2013)

*Walther*, Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, SpekMed 45 (2012) 60.

*Wannenwetsch*, Erfolgreiche Verhandlungsführung in Einkauf und Logistik<sup>3</sup> (2009).

*Ware*, Principles of Alternative Dispute Resolution<sup>2</sup> (2007). kurz: *Ware*, Principles<sup>2</sup> (2007)

*Wegener*, Spezifische Anforderungen der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 140.

*Weinberger*, Alliancing Contracts im deutschen Rechtssystem (2010).

*Weinstein*, Mediation in the Workplace (2000).

*WIPO*, Conference on Rules for Institutional Arbitration and Mediation (1995).

*Wissler*, The Effectiveness of Court-Connected Dispute Resolution in Civil Cases, Conf. Res. Quart. 22 (2004) 55.

*Zenk/Strobl/Böttger*, Sozialwissenschaftliche Aspekte der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 43.

*Ziegler*, 200 Jahre Friedensrichter im Kanton Zürich (2003). kurz: *Ziegler*, Friedensrichter (2003)

*Zwicker*, Bürgernahe Ziviljustiz (2010).

# Teil VII - Anhang

## 1 Abstract

### 1.1 deutsch

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Förderung der Mediation durch die *Definition* und die *Einbettung in das Rechtssystem*. Dazu werden die diesbezüglichen Regelungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz verglichen.

Im ersten Teil wird zunächst versucht in Abgrenzung zu anderen alternativen Konfliktlösungsverfahren eine allgemein gültige länderübergreifende Definition des Verfahrens *Mediation* zu finden. Anschließend wird das Hauptaugenmerk auf die einzelnen Begriffserklärungen in Deutschland, Österreich und der Schweiz gelegt und werden die darin genannten Merkmale und Prinzipien mit den in der Literatur erwähnten verglichen. Im Zuge dieser Prüfung wird jedoch die hM zu der Frage, welche Merkmale wesensnotwendig sind und wie diese ausgestaltet sein müssen kritisch hinterfragt und im Detail näher beleuchtet. Schließlich folgen die Darstellung der Strömungen innerhalb der Mediation und die Auseinandersetzung mit diesen im Lichte der zuvor erarbeiteten Untersuchungsergebnisse.

Das Kapitel *Einbettung in das Rechtssystem* beginnt mit der theoretischen Gliederung der einzelnen Mediationsmodelle und zeigt auf, dass durch unterschiedliche Kombinationen der einzelnen Ebenenmodelle eine weit größere Vielfalt an Gesamtkonzepten möglich ist als diejenigen, die bisher Grundlage der praktischen Auseinandersetzung waren. Weiters werden die theoretische Notwendigkeit und praktische Möglichkeiten an Schutzmechanismen des Mediationsprozesses erörtert. Im praktischen Teil wird der rechtliche Rahmen der einzelnen Vergleichsländer nacheinander näher beleuchtet. Dabei werden die Gesamtkonzepte entsprechend der zuvor erarbeiteten theoretischen Gliederung dargestellt und die Wirksamkeit der Schutzmechanismen untersucht.

Beide Teile schließen mit einem Fazit, in dem jeweils die Ergebnisse der erfolgten Untersuchungen zusammengefasst und darauf aufbauend Änderungsvorschläge unterbreitet werden.

## 1.2 english

The present dissertation focuses on the promotion of mediation by the *definition* and by the *incorporation in the legal system*. Thereto, the provisions in Germany, Switzerland and Austria are compared.

The part on the *definition* tries to find a generally valid explanation of the term *mediation*, clearly distinguishing it from other alternative dispute resolution processes. Next, the definitions of Austria, Germany and Switzerland are scrutinized and compared to the literature. In the course of this comparison the principles of mediation are critically questioned and examined. With this in mind, the different schools of mediation are described and evaluated.

The part on *the incorporation in the legal system* of mediation first groups the existing mediation models. The combination of different level models shows that there exist many more overall concepts than those which are part of the general discourse. Furthermore, the theoretical need and the practical possibilities of protective mechanisms of the mediation process are discussed. The practical part examines the legal frameworks of Austria, Germany and Switzerland. In doing so, the overall concepts are described according to the theoretical grouping established previously and the efficiency of the protective mechanisms is examined.

Both parts close with a summary of the results of the analysis and propose changes of the legal framework and its application.

## 2 Curriculum Vitae

### Persönliches

Geboren 1986 in Wien

Kontakt: silke.graf@hotmail.com

### Bildungsweg

seit 12/2011: Doktoratsstudium Rechtswissenschaften, Universität Wien

01/2011 – 01/2012: Ausbildung zur Mediatorin, Akademie KonsensKultur

10/2006 – 11/2010: Diplomstudium Rechtswissenschaften, Universität Wien

09/2009 – 01/2010: Erasmus, Université de Genève

2001 – 2006: HAK – Vienna Business School, Mödling

1997 – 2000: BRG Bachgasse, Mödling

### Berufliche Erfahrung

seit 03/2013: Wiltschek Rechtsanwälte, Wien – Rechtsanwaltsanwärter

03/2012 – 11/2012: Gerichtspraxis, Sprengel des OLG Wien

05/2007 – 02/2012: Wolf Theiss Rechtsanwälte, Wien – Human Resources Department

07/2010 & 09/2008: Wolf Theiss Rechtsanwälte, Wien – Legal Intern (IP/IT, M&A)

2003 – 2006: Diverse Praktika