

Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation

Von FELIX STEFFEK, Hamburg*

Inhaltsübersicht

I. Einleitung	842
1. Internationale Geschichte der Mediation	842
2. Rechtsvergleich für die Umsetzung der Mediationsrichtlinie	843
II. Grundlagen des Rechtsvergleichs	844
1. Länderauswahl	844
2. Rechtspolitische und funktionale Gemeinsamkeiten	845
3. Rechtsinstitutionelle und rechtskulturelle Unterschiede	846
III. Einbindung der Mediation in das Recht und die Verfahren der Streitschlichtung.	847
1. Regulierung.	847
2. Durchsetzung von Mediationsabreden	849
3. Vertraulichkeit	854
4. Verjährungs- und Ausschlussfristen	858
5. Durchsetzung von Ergebnissen	863
6. Prüf-, Hinweis- und Anordnungspflichten	866
7. Kosten	869
IV. Mediationsverfahren.	872
V. Mediatoren.	874
1. Regulierungsmodelle	874
2. Regelungsempfehlung	876
VI. Erfolgsfaktoren	877
VII. Regelungsprogramm in der Gesamtschau	878
Summary: Comparative Research for the Regulation of Mediation	880

* Abgekürzt werden zitiert: *Nadja Alexander*, International and Comparative Mediation, Legal Perspectives (2009); *Harald Baum/Eva Schwittek*, Mediation in Japan, in: Mediation (diese Note) 483–566; *Katrin Deckert*, Mediation in Frankreich, in: Mediation (diese Note) 183–258; *Horst Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) (zitiert: Wirtschaftsmediation); *ders./Matthias Prause*, Die europäische Mediationsrichtlinie, Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland: NJW 2008, 2737–2743; Global Trends in Mediation², hrsg. von *Nadja Alexander* (2006) (zitiert: Global Trends);

I. Einleitung

1. Internationale Geschichte der Mediation

Die Geschichte der Mediation ist eine Geschichte rechtsvergleichenden und interdisziplinären Erfahrungsaustausches. Die Erfolge der Mediation in den USA seit den 1970er Jahren bildeten die Grundlage für erste Berichte und Untersuchungen von Sozial- und Rechtswissenschaftlern im deutschen Schrifttum.¹ Geht man weiter in der Geschichte zurück, stößt man auf den venezianischen Mediator Alvise Contareni, dessen Verdienste um den Westfälischen Frieden in der Präambel der Vertragsurkunde erwähnt werden. Dort heißt es, der Friede sei möglich geworden »*interventu et opera illustrissimi et excellentissimi legati senatorisque Veneti, domini Aloysii Contareni, equitis, qui mediatoris munere procul a partium studio totos pene quinque annos impigre perfunctus est.*«²

Sein Geschick als Mediator verdankte Contareni diplomatischen Erfahrungen im Ausland. Als Botschafter Venedigs lernte er in Den Haag, London, Paris, Rom und Konstantinopel neue Sprachen und Verhandlungs-

Marie Luise Graf-Schlicker, Die EU-Richtlinie zur Mediation, Zum Stand der Umsetzung: Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2009, 83–87; Handbuch Mediation², Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete, hrsg. von *Fritjof Haft/Katharina v. Schlieffen* (2009); *Christoph Hartmann*, Sicherung der Vertraulichkeit, in: Handbuch Mediation (diese Note) § 44, S. 1087–1118; *Burkhard Hess*, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, I: Gutachten, hrsg. von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages (2008) F 1–F 146 (zitiert: Gutachten Juristentag); *Klaus J. Hopt/Felix Steffek*, Mediation – Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme, in: Mediation (diese Note) 1–102; *Christa Jessel-Holst*, Mediation in Bulgarien, in: Mediation (diese Note) 587–600; *Rainer Kulms*, Alternative Streitbeilegung durch Mediation in den USA, in: Mediation (diese Note) 403–481; Mediation – Rechtsstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, hrsg. von *Klaus J. Hopt/Felix Steffek* (2008) (zitiert: Mediation); Positionspapier der deutschen Wirtschaft zur Umsetzung der Mediationsrichtlinie: ZKM 2009, 147 (zitiert: Positionspapier der deutschen Wirtschaft); *Markus Roth/David Gherdane*, Mediation in Österreich, Zivilrechts-Mediations-Gesetz: Rechtlicher Rahmen und praktische Erfahrungen, in: Mediation (diese Note) 105–182; *Jens M. Scherpe/Birthe Vollers*, Mediation in England, in: Mediation (diese Note) 259–328; *Jan P. Schmidt*, Mediation in Portugal, in: Mediation (diese Note) 809–835; *Liane Schmiedel*, Mediation in den Niederlanden, in: Mediation (diese Note) 329–399; *Peter Tochtermann*, Mediationsklauseln – Teil II: ZKM 2008, 89–92 (zitiert: Mediationsklauseln); *Kai Trams*, Die Mediationsvereinbarung, Eine vertragsrechtliche Analyse (2008).

¹ Eingehend zur historischen Entwicklung der Mediation in den USA und zur Rezeptionsgeschichte in Deutschland *Alexander Hoffmann*, Mediation in Germany and the United States: European Journal of Law Reform 9 (2007) 505 (512ff., 518f.).

² Instrumentum Pacis Monasteriensis vom 24. 10. 1648, Präambel; in deutscher Übersetzung: »durch Vermittlung und Beistand des hoch- und wohlgeborenen venezianischen Gesandten, Senators und Ritters, Herrn Alvise Contareni, der das Amt eines unparteiischen Vermittlers nahezu 5 Jahre lang unermüdlich ausgeübt hat.

kulturen kennen.³ Laut den Quellen nutzte er Methoden, die auch heute eingesetzt werden: Pendelmediation, Protokollierung von Mediationssergebnissen, Co-Mediation zusammen mit dem päpstlichen Nuntius Fabio Chigi und den *Caucus*, also Einzelgespräche mit den Streitparteien.⁴

2. Rechtsvergleich für die Umsetzung der Mediationsrichtlinie

Auch in der Gegenwart und besonders für die bevorstehende Umsetzung der europäischen Mediationsrichtlinie⁵ in Deutschland ist der Erfahrungsschatz der Rechtsordnungen Europas und der Welt von Bedeutung. Auf dem Gebiet der Mediation ist Deutschland in der »Verfolgerrolle«. Wichtige Wirtschaftsländer wie die USA, England, Japan oder Frankreich stellen ihren Bürgern schon länger und mit Erfolg Regeln zur Streitlösung im Wege der Mediation zur Verfügung.⁶ Eine systematische Regelung der Mediation im deutschen Verfahrens- und Berufsrecht fehlt jedoch.⁷ Dadurch wird die Entwicklung und Verbreitung der Mediation behindert.⁸

Das Bundesministerium der Justiz⁹ hat auf diesen Befund in kluger Voraussicht reagiert und das Hamburger Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht beauftragt, den regulatorischen Erfahrungsschatz durch eine rechtsvergleichende und rechtstatsächliche Untersuchung von 19 Rechtsordnungen zu heben. Die Ergebnisse sind im Verlag Mohr Siebeck veröffentlicht worden.¹⁰

³ *Gerd Dethlefs*, in: »... zu einem stets währenden Gedächtnis«, Die Friedenssäle in Münster und Osnabrück und ihre Gesandtenporträts, hrsg. von *Kaster/Steinwascher* (1996) 190 f.

⁴ *Joseph Duss-von Werdt*, *Homo Mediator* (2005) 38 ff. mit Quellennachweisen; *ders.*, 1643 bis 1648: Fünf Jahre Mediation in Münster: ZKM 2009, 100 ff.

⁵ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 21. 5. 2008, ABl. L 136/3.

⁶ Vgl. bereits *Felix Steffek*, *Mediation in Europa und der Welt*: ZKM 2009, 21 (zitiert: *Mediation in Europa und der Welt*).

⁷ Zum Stand der Rechtslage in Deutschland: Rechtliche und wirtschaftliche Rahmenbedingungen, in: *Handbuch Mediation* Kapitel 6; *Hess*, *Gutachten Juristentag*; *Eidenmüller*, *Wirtschaftsmidiation*.

⁸ Zur Förderung der Mediation durch wohl dosierte Regelungen *Graf-Schlicker* 85 f.; *Christian Duwe*, *Brauchen wir ein Recht der Mediation?*: AnWB. 2004, 1 ff.; Europäisches Institut für Wirtschaftsmediation (Projektleiter: *Ewald Filler*), *Wirtschaftsmidiation im europäischen Vergleich* (2005) 481 f.; zum Regelungsbedarf wegen der unklaren Rechtslage *Hess*, *Gutachten Juristentag* F 135 (These 1).

⁹ Auf dem Jahrestreffen der Freunde des Hamburger Max-Planck-Instituts zum Thema »Mediation in Deutschland, Europa und der Welt, Die Umsetzung der Mediationsrichtlinie vor dem Hintergrund internationaler Erfahrungen« am 13. 6. 2009 in Hamburg, vertreten durch Herrn Ministerialdirigent Gerd Nettersheim.

¹⁰ *Mediation* (oben N. ★).

II. Grundlagen des Rechtsvergleichs

1. Länderauswahl

Für Länder, in denen sich die Mediation früh oder besonders schnell und nachhaltig entfaltet hat, ergibt sich der Ertrag der Rechtsvergleichung aus der Beobachtung von Erfolgen und Misserfolgen des Institutionalisierungsprozesses und der regulatorischen Ansätze im Zeitverlauf. Hier sind Länder wie die USA¹¹, England¹², die Niederlande¹³ oder Australien¹⁴ zu nennen. Die Analyse des Rechts von Rechtsordnungen, die Mediation erst in jüngerer Zeit geregelt haben, erhellt, welche Lösungen gegenwärtig favorisiert werden. Beispielhaft dafür steht die österreichische¹⁵ Gesetzgebung, die ihrerseits auf umfassenden rechtsvergleichenden Vorarbeiten beruht.

Die Berücksichtigung von Repräsentanten wichtiger Rechtskreise führt die Bedeutung der Einbettung der Mediation in die materielle und Prozessrechtsordnung sowie das Zusammenspiel von Streitlösungsverfahren und Rechtskultur vor Augen. Neben den bereits genannten Ländern berücksichtigt die Studie des Max-Planck-Instituts daher kontinentaleuropäische Vertreter des romanischen Rechtskreises (z. B. Frankreich¹⁶, Spanien¹⁷ und Portugal¹⁸), des germanischen Rechtskreises (z. B. Schweiz¹⁹) und des nordischen Rechtskreises (z. B. Norwegen²⁰). Hinzu kommen Länder aus dem anglo-

¹¹ Dazu *Kulms* 403–481; *Douglas H. Yarn*, Mediation in den USA, in: Handbuch Mediation § 53, S. 1259–1269; *Kimberlee K. Kovach*, The Evolution of Mediation in the United States: Issues Ripe for Regulation May Shape the Future of Practice, in: *Global Trends* 389–449; *Peter Tochtermann*, Mediation in den USA 30 Jahre nach »Pound«: ZKM 2006, 1–5.

¹² Dazu *Scherpe/Vollers* 259–328; *Loukas A. Mistelis*, ADR in England and Wales, A Successful Case of Public Private Partnership, in: *Global Trends* 139–180.

¹³ Dazu *Schmiedel* 329–399; *Annie de Roo/Robert W. Jagtenberg*, The Dutch Landscape of Court-Encouraged Mediation, in: *Global Trends* 279–304; *Albertha H. Santing-Wubs*, Mediation in juridisch perspectief (2007).

¹⁴ Dazu *Ulrich Magnus*, Mediation in Australien, in: *Mediation* 569–585; *Tania Sourdin*, Mediation in Australia: Impacts on Litigation, in: *Global Trends* 37–63.

¹⁵ Dazu *Roth/Gherdane* 105–182; außerdem der Beitrag von *Gerhard Hopf* in diesem Heft, S. 759–780.

¹⁶ Dazu *Deckert* 183–258; *Deborah Macfarlane*, Mediation in France, in: *Global Trends* 181–221; *Tatjana Štruc*, Die in den Zivilprozess integrierte Mediation im französischen Recht (2009); *Soraya Amrani Mekki/Lôic Cadiet/Yves Charpenel et al.*, La médiation (2009).

¹⁷ Dazu *Gebhard Rehm*, Mediation in Spanien, in: *Mediation* 885–903.

¹⁸ Dazu *Schmidt* 809–835.

¹⁹ Dazu *Christoph Kumpian/Cathrin Bauer*, Mediation in der Schweiz, in: *Mediation* 853–884; *Marianne Galli-Widmer*, Mediation in der Schweiz, in: Handbuch Mediation § 52, S. 1247–1258; *Isaak Meier*, Mediation and Conciliation in Switzerland, in: *Global Trends* 371–387; zur jüngsten Reform *Jürg G. Schütz*, Mediatio ante portas!, Gesetzlich geregelte Mediation in der Schweiz: ZKM 2010, 44.

²⁰ Dazu *Anneken K. Sperr*, Mediation in Norwegen, in: *Mediation* 761–786.

amerikanischen Rechtskreis (z. B. Irland²¹ und Neuseeland²²), Nachfolgestaaten ehemals dem sozialistischen Rechtskreis angehörender Länder (z. B. Russland²³ und Bulgarien²⁴). Geschlossen wird der Reigen von den Mischsystemen, in denen sich *Common Law* und *Civil Law* gegenseitig bereichern (z. B. Québec²⁵), und fernöstlichen Rechtsordnungen (namentlich Japan²⁶ und China²⁷).

Entscheidend ist schließlich die Berücksichtigung verschiedener Regelungsansätze, insbesondere weitgreifende und umfassende Regelungsregime wie in Österreich und zurückhaltende Ordnungspolitiken wie in den Niederlanden.

2. Rechtspolitische und funktionale Gemeinsamkeiten

Aufschlussreich ist der Rechtsvergleich, weil die mit der Mediation verfolgten Regelungsziele in Deutschland, Europa und der Welt weitgehend identisch sind:²⁸ Den Streitparteien soll eine selbst verantwortete und nachhaltige Konfliktlösung ermöglicht werden. Zudem soll den Beteiligten durch die konstruktive Methode der Streitbewältigung die Chance auf eine persönliche und soziale Stärkung eröffnet werden. Aus der Freiwilligkeit des Verfahrens ergibt sich – im Grundsatz – die Erwartung einer materiellen Gerechtigkeitsgewähr. Die Mediation verspricht eine schnellere Konfliktlösung, deren Kosten unter der Summe aus Gerichtskosten und außergerichtlichen Kosten bleiben. Die Gesetzgeber verfolgen nicht selten das Ziel, die

²¹ Dazu Reinhard Ellger, Mediation in Irland, in: Mediation 635–670.

²² Dazu Heyo Berg, Mediation in Neuseeland, in: Mediation 727–759; Virginia Goldblatt, Mediation, in: Dispute Resolution in New Zealand, hrsg. von Spiller (2007) 69–101.

²³ Dazu Eugenia Kurzynsky-Singer, Mediation in Russland, in: Mediation 837–851.

²⁴ Dazu Jessel-Holst 587–600.

²⁵ Dazu Reinhard Ellger, Mediation in Kanada, in: Mediation 671–725 (als wesentlicher Teil des Länderberichts zu Kanada); Louise Otis/Eric H. Reiter, Judicial Mediation in Quebec, in: Global Trends 107–121.

²⁶ Dazu Baum/Schwittek 483–566.

²⁷ Dazu Knut Benjamin Pjßler, Mediation in China, in: Mediation 601–634; Sarah Hilmer, Mediation in the Peoples Republic of China and Hong Kong (SAR) (2009).

²⁸ Vgl. Kulms (404: USA), Scherpe/Vollers (260: England), Baum/Schwittek (494ff.: Japan), Magnus (oben N. 14) (570f.: Australien), Berg (oben N. 22) (728f.: Neuseeland); Robert A. B. Bush/Joseph P. Folger, The Promise of Mediation (2005) 7ff. unter Nennung von drei Argumentationslinien: satisfaction story, social justice story, transformation story; Leo Montada, Besondere Möglichkeiten der Konfliktbeilegung durch Mediation: psychologische Aspekte, in: Die Zukunft der Mediation in Deutschland, hrsg. von Reinhard Greger/Hannes Unberath (2008) 5–28 (22ff.) (zitiert: Zukunft); Graf-Schlicker 83f.; Gerhard Wagner, Obligatorische Streitschlichtung im Zivilprozess: Kosten, Nutzen, Alternativen: JZ 1998, 836ff.; Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, BT-Drucks. 14/980 vom 4. 5. 1999, S. 1 (5) (zum Zweck der Öffnungsklausel in § 15a EGZPO).

Judikative hinsichtlich der Fallzahlen zu entlasten und die Justizkosten durch die Privatisierung der Streitbewältigung zu senken.

Die Möglichkeit rechtsvergleichender Erkenntnis wird dadurch befördert, dass sich ein gemeinsamer Ausgangspunkt dafür identifizieren lässt, was Mediation funktional ausmacht. Im Vergleich gesetzlicher, richterrechtlicher und wissenschaftlicher Definitionen der Mediation sind zwar erhebliche Unterschiede betreffend Definitionsperspektive und Definitionselemente anzutreffen. Die Definitionen weisen jedoch einen gemeinsamen Nenner auf:²⁹ Mediation ist ein auf Freiwilligkeit der Parteien beruhendes Verfahren, bei dem ein Vermittler ohne Entscheidungsgewalt die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen. Weitere Merkmale der Mediation, die in der rechtsvergleichenden Umschau allerdings nicht zum Kernbestand ihrer Definition zählen, sind die Vertraulichkeit des Verfahrens und die Neutralität des Mediators.

3. Rechtsinstitutionelle und rechtskulturelle Unterschiede

Allerdings ist davor zu warnen, ausländische Regelungen unbesehen in das deutsche Recht zu übernehmen. In den Ländern Europas und der Welt bestehen nicht nur unterschiedliche Rechts- und Streitkulturen, sondern auch starke Divergenzen in dem Entwicklungs- und Verbreitungsstand der Mediation. Daraus ergeben sich abweichende Regelungsinhalte und -techniken, die – in das deutsche Recht gepflanzt – nicht ohne weiteres Früchte tragen würden.

Rechtsinstitutionelle und rechtskulturelle Unterschiede lassen sich etwa an unterschiedlichen Prozessdauern ablesen. Die Dauer streitiger gerichtlicher Verfahren ist maßgeblich für die relative Attraktivität der Mediation. Die Untersuchung der *European Commission for the Efficiency of Justice* gibt für das Jahr 2006 folgende Verfahrensdauern für streitige Zivilprozesse in erster Instanz an: Italien 507 Tage, Portugal 449 Tage, Frankreich 262 Tage und Österreich 135 Tage.³⁰ Das *Statistische Bundesamt* weist für denselben Zeitraum in Zivilprozesssachen in erster Instanz für Deutschland eine durchschnittliche Verfahrensdauer von 240 Tagen vor den Landgerichten und 135 Tagen vor den Amtsgerichten aus.³¹

²⁹ Näher *Hopt/Steffek* 12 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

³⁰ *European Commission for the Efficiency of Justice*, Edition 2008 (Data 2006): *Efficiency and Quality of Justice* (2008) 147 f., bezogen auf den Zeitraum zwischen Eingang und Abschluss, unabhängig davon auf welche Art und Weise das Verfahren abgeschlossen wird.

³¹ *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.1 für 2006, Rechtspflege: Zivilgerichte (2008) S. 26 (4,5 Monate vor den Amtsgerichten) und S. 60 (8 Monate vor den Landgerichten).

Die Attraktivität der Mediation im Vergleich mit dem streitigen Gerichtsverfahren in Zivilsachen ist hinsichtlich der Dauer der Konfliktlösung also in Deutschland und Österreich geringer als in Italien oder Portugal. Die junge Blüte der Mediation in Portugal mag vor diesem Hintergrund auch an den langen Prozessdauern vor den Gerichten liegen. Umgekehrt weist der Umstand, dass die Mediation in Italien zwar eine gewisse Rolle spielt, Italien aber nicht als führendes Land der Mediation bekannt ist, darauf hin, dass die Verbreitung der Mediation nicht ausschließlich von der (mangelnden) Attraktivität anderer Streitbeilegungsforen abhängt. Nur weil die Erhebung der gerichtlichen Klage unattraktiv ist, gehen die Leute nicht zwangsläufig zu den Mediatoren.

III. Einbindung der Mediation in das Recht und die Verfahren der Streitschlichtung

1. Regulierung

a) Förderung der Mediation

Ein wichtiges Ergebnis der rechtsvergleichenden Studie des Max-Planck-Instituts ist, dass die Einbindung der Mediation in das Recht und die Verfahren der Streitschlichtung ein wesentlicher Erfolgsfaktor ist.³² Es sind also nicht nur die bekannten Faktoren *Kosten* und *Zeit* relevant. Vielmehr zeigt sich, dass die Gesetzgeber oft auf kostenneutrale Weise durch gutes Recht die selbstständige Konfliktbewältigung durch Mediation erleichtern können. Dadurch eröffnen sie den Beteiligten den Zugang zu denjenigen Vorteilen der Mediation, die sich nicht ohne weiteres in Zeit- und Geldeinheiten messen lassen: die Chance auf eine dauerhafte, weil interessengerechte Konfliktlösung und die persönliche wie soziale Stärkung der Beteiligten.

b) Regulierungsintensität

Die junge Normgeschichte und das flexible, teilweise außerrechtliche Wesen der Mediation erklären den Umstand, dass die Regelungen anderer Länder eine große Vielfalt an Regelungsansätzen und Regelungsdetails aufweisen. Die Gegensätze beginnen schon bei der Frage, ob die Mediation überhaupt einer gesetzlichen Normierung bedarf.

In Österreich hat man aus Gründen des Verbraucherschutzes, der hoheitlichen Förderung der Mediation, der Rechtssicherheit und der Notwendigkeit der Abgrenzung der Mediation von der Rechtsberatung den Weg einer

³² Hopt/Steffek 82 ff.

hohen Regulierungsdichte gewählt.³³ Das österreichische Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)³⁴ enthält detaillierte Regeln, unter anderem über den Beirat für Mediation, die Mediatorenliste, die Rechte und Pflichten eingetragener Mediatoren, die Fristhemmung, die Ausbildungseinrichtungen und die Mediatorenlehrgänge. Hinzu kommen eine ausführliche Mediations-Ausbildungsverordnung³⁵ und zahlreiche weitere materiell- wie verfahrensrechtliche Regelungen.³⁶ Eine höhere Regulierungsdichte hat sich auch in den USA durch die fortschreitende Institutionalisierung entwickelt. Zeugnis davon legen die Gesetzgebung der Staaten und die von den Gerichten erlassenen Regeln ab.³⁷

Demgegenüber setzen andere Länder – insbesondere England und die Niederlande – allenfalls vereinzelte gesetzgeberische Impulse, um die Kreativität der Praxis nicht durch übereilte Normsetzung zu behindern und die Flexibilität des Verfahrens nicht ohne Not zu beschränken. Die englischen *Civil Procedure Rules* beschränken sich daher auf punktuelle Regelungen, etwa zum Kostenrecht, und überlassen die Ausgestaltung der Mediationsverfahren, die Ausbildung sowie die Regulierung des Mediatorenberufs privaten Verbänden und selbstregulierenden Marktkräften.³⁸

Eine dritte Ländergruppe versucht, das Spannungsverhältnis zwischen der Freiwilligkeit der Mediation und dem Schutz der Bürger vor Freiheitsmissbrauch durch eine auswählende Regulierungstätigkeit zu bewältigen.

Rechtstatsächlich ist festzustellen, dass sich die Mediation in Rechtsordnungen mit geringer hoheitlicher Regelungsintensität wie den Niederlanden und England ebenso nachhaltig etablieren konnte wie in den USA, wo die Verrechtlichung der Mediation in wesentlichen Teilen weiter fortgeschritten ist. Die rechtsvergleichende Analyse ergibt daher keine zwingende Folgerung für eine allgemein hohe oder allgemein niedrige Regulierungsdichte in Deutschland.

Einige spezifische Schlüsse lassen sich aber ziehen. Eine hoheitliche Regelung empfiehlt sich dort, wo der Gesetzgeber den Parteien Rechtssicher-

³³ Entwurf eines Bundesgesetzes über die gerichtsnahе Mediation, JMZ 4.440.1/432-I 1/2001, S. 23 ff. (Erläuterungen: Erfordernis einer gesetzlichen Regelung); zur österreichischen Gesetzgebungsgeschichte *Ewald Filler*, Erfahrungen mit dem österreichischen Zivilrechtsmediationsgesetz, in: Zukunft (oben N. 28) 65 ff.

³⁴ Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), (österreich.) BGBl. I 2003/29 (S. 123 ff.).

³⁵ 47. Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator (Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung – ZivMediat-AV), (österreich.) BGBl. II 2004/47.

³⁶ Einen Überblick geben *Roth/Gherdane* 112 ff. mit weiteren Nachweisen.

³⁷ Normbeispiele aus den Staaten Ohio, Florida und Kalifornien sind abgedruckt in: Mediation 1083 ff.

³⁸ Vgl. *Civil Procedure Rules*, Part 1 (Overriding Objective), Part 26 (Case Management – Preliminary Stage) und Part 44 (General Rules about Costs).

heit geben kann, ohne dass die Regeln mit wesentlichen Nachteilen für die Freiwilligkeit und die Flexibilität der Mediation einhergehen. Das betrifft insbesondere die im Folgenden behandelten Themenkreise Durchsetzung von Mediationsabreden (2.), Vertraulichkeit (3.), Verjährung (4.) und Durchsetzung von Mediationsergebnissen (5.). Hinzu kommen Regelungsfelder, in denen der Gesetzgeber Impulse geben kann, um nachteilige, verkrustete Verhaltensstrukturen aufzubrechen, so dass die Mediation überhaupt erst eine Chance erhält, ihre Stärken zu entfalten. Hierher gehören die anschließend behandelten Prüf-, Hinweis- und Anordnungspflichten (6.) und die mediationsrelevanten Kostenregeln (7.).

2. Durchsetzung von Mediationsabreden

a) Grundlagen

Eine *Mediationsabrede* ist eine Vereinbarung zwischen zwei oder mehreren Parteien, einen Konfliktgegenstand im Wege der Mediation zu behandeln.³⁹ Die Mediationsabrede ist zu unterscheiden von der Vereinbarung über grundlegende Verfahrensfragen (Mediationsrahmenvereinbarung), von dem Vertrag mit dem Mediator (Mediatorvertrag) und der Vereinbarung über die in der Mediation entwickelten Lösungen (Mediationsergebnisvereinbarung). Mediationsabreden können vorsorglich, d. h. noch vor Entstehen des Konflikts, getroffen werden und dabei als Mediationsklauseln Teil eines größeren Vertragswerks sein.⁴⁰ Die Durchführung einer Mediation kann aber auch erst nach dem Entbrennen eines Konflikts ad hoc vereinbart werden.⁴¹ Mediationsabreden lassen sich danach einteilen, ob sie sich auf einen konkreten Konflikt beziehen,⁴² auf näher definierte Konfliktarten⁴³ oder auf

³⁹ Eidenmüller, Wirtschaftsmediation 8; Burkhard Hess, Rechtsgrundlagen der Mediation, in: Handbuch Mediation § 43, S. 1059 R.z. 12; für ein kommentiertes Formulierungsbeispiel siehe Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht¹⁰ (-Jörg Risse), hrsg. von Hoffmann-Becking/Rawert (2010) XII.9; zur Staffellung verschiedener Konfliktlösungsverfahren durch vertragliche Vereinbarung (sog. *Multistep Clauses*) Bianca Böttcher/Dirk H. Laskawy, Mediationsklauseln in Verträgen und Geschäftsbedingungen, Anregungen und Formulierungsvorschläge: DB 2004, 1247 (1251).

⁴⁰ Zu AGB-rechtlichen Wirksamkeitsfragen Peter Tochtermann, Mediationsklauseln – Teil I: Mediationsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen: ZKM 2008, 57 ff.

⁴¹ Andreas Hacke, Der ADR-Vertrag (2001) 107 ff., 113 ff.; zu Besonderheiten nachträglicher Mediationsabreden bei Beschlussmängeln Matthias Casper/Jörg Risse, Mediation von Beschlussmängelstreitigkeiten: ZIP 2000, 437 (443 ff.).

⁴² Für ein Beispiel siehe Beck'sches Prozessformularbuch¹¹ (-Ekkehart Reinelt/Christiane Strahl), hrsg. von Mes (2010) I.A.14 (Mediationsvertrag: Klauseln 1 und 2).

⁴³ Beispiele: sämtliche Streitigkeiten aus und im Zusammenhang mit einem spezifischen Vertragsverhältnis; Streitigkeiten im Zusammenhang mit Gesellschafterbeschlüssen einer bestimmten Gesellschaft.

sämtliche Streitigkeiten zwischen den Parteien⁴⁴. Zudem können Mediationsabreden verbindlich oder unverbindlich ausgestaltet werden.⁴⁵

Den Inhalt einer Mediationsabrede bestimmen die Beteiligten privatautonom (§ 311 I BGB). Allgemeingültige Aussagen über Inhalt und Rechtsfolgen einer Mediationsabrede verbieten sich. Die folgenden Feststellungen stehen daher unter dem Vorbehalt der konkreten Gestaltung und Auslegung der Abrede. Eine Mediationsabrede kann materiellrechtliche und prozessrechtliche Elemente enthalten. In materiellrechtlicher Hinsicht vereinbaren die Parteien regelmäßig die Durchführung einer Mediation. Prozessrechtlich kann das Verhältnis zu anderen Streitbewältigungsverfahren, insbesondere dem Gerichtsverfahren, geregelt werden (*pactum de non petendo*, dilatorischer Klageverzicht).⁴⁶

Mediationsabreden kennzeichnet insofern ein *Spannungsverhältnis*, als die Konfliktlösungskraft der Mediation gerade daraus erwächst, dass sich die Beteiligten freiwillig darauf einlassen. Soll die eine Vertragspartei die andere dennoch zur freiwilligen Konfliktlösung zwingen dürfen? Während das französische⁴⁷ und das japanische⁴⁸ Recht eine weitgehende Durchsetzbarkeit von Mediationsabreden erlauben, sieht das ungarische⁴⁹ Recht keine Durchsetzung von Mediationsabreden vor. In zahlreichen Rechtsordnungen ist die Durchsetzbarkeit von Mediationsabreden noch nicht geklärt.⁵⁰ Die Problematik betrifft jedoch nur *verbindliche* Mediationsabreden. Unverbindliche Mediationsabreden, die keine Pflicht zur Durchführung eines Mediationsverfahrens enthalten, sind schon auf Grund ihres materiellrechtlichen Inhalts nicht durchsetzbar.⁵¹

Richtigerweise ist bei der Durchsetzung von Mediationsabreden zu berücksichtigen, dass diese auf eine privatautonome Entscheidung der sich selbst bindenden Parteien zurückgehen und in ihrer Grundanlage freiwillig

⁴⁴ Zum Inhalt einer globalen Mediationsklausel zwischen Großunternehmen *Andreas Hacke*, Mediationsverfahren institutionalisieren, in: *Mediation in der Wirtschaft*, hrsg. von *Duue/Eidenmüller/Hacke* (2003) 319 f.

⁴⁵ Formulierungsbeispiele bei *Tochtermann*, Mediationsklauseln 89.

⁴⁶ *Trams* 119 ff. unter Hinweis auf die Unterschiede zwischen *pactum de non petendo* und dilatorischem Klageverzicht.

⁴⁷ Cass. civ. 28. 11. 1995, Rev. arbitr. 1996, 614; Cass. civ. (Ire) 6. 5. 2003, Rev. des contrats 2003, 182; näher *Deckert* 196 ff.

⁴⁸ *Shusuke Kakiuchi*, Médiation et droit des contrats, Une perspective japonaise: ZJapanR 9 (2004) Nr. 17, S. 97 (101 ff., 105 f.).

⁴⁹ *Jessel-Holst* 908; siehe dort aber auch zu möglichen Kostensanktionen bei Nichteinhaltung einer Mediationsabrede.

⁵⁰ Etwa in den Niederlanden; dazu *Schmiedel* 337 ff. mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

⁵¹ Zu freiwilligen Selbstverpflichtungserklärungen von Unternehmen (*corporate pledge*) *Jürgen Klowitz/Michael Hill*, Corporate Pledge, Königsweg zur Implementierung von Mediation in der Wirtschaft?: Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ) 2007, 83 ff.

sind.⁵² Außerdem kann die Rechtsordnung darauf vertrauen, dass die eine Mediationsabrede durchsetzende Partei ein Eigeninteresse daran hat, die Mediationsgeeignetheit des Konflikts zutreffend einzuschätzen.

b) Materiellrechtliche Pflichten und Sanktionen

Schuldrechtlich folgen aus einer verbindlichen Mediationsabrede typischerweise Vorbereitungs-, Durchführungs- und Verhandlungspflichten. Die Konkretisierung der *Vorbereitungspflichten* fällt vergleichsweise leicht. Hier geht es um die Pflichten, einen Mediator auszuwählen und den Mediatorvertrag zu unterzeichnen, Aufwands- und Gebührenvorschüsse zu entrichten, Sitzungsort und -datum zu vereinbaren, etc.⁵³ Die *Durchführungspflichten* beinhalten insbesondere die Pflicht zur Teilnahme zumindest an der ersten Sitzung⁵⁴, zur Vorbereitung eines Eingangsstaments und zur organisatorischen Kooperation. Die *Verhandlungspflichten* verlangen von den Parteien im Kern, nach Treu und Glauben eine selbst verantwortete Konfliktlösung anzustreben.⁵⁵ Die weitere Konkretisierung dieser Pflicht sollte man nicht vorschnell aufgeben,⁵⁶ sondern Vertragspraxis, Rechtsprechung und Wissenschaft überlassen.⁵⁷ Einige Präzisierungen der Verhandlungspflicht wurden bereits erreicht. So folgt aus der Pflicht, die Lösung im Wege der Mediation nach Treu und Glauben zu fördern, dass die Parteien weder täuschen (Wahrheitspflicht) noch drohen dürfen⁵⁸, Fragen des Mediators zu beantworten haben⁵⁹ und die gemeinsame Lösungssuche durch zumutbare Informationspreisgabe unterstützen müssen. Dabei ist zu beachten, dass die

⁵² Ebenso *Tochtermann*, Mediationsklauseln 90.

⁵³ *Trams* 138 ff.; *Tochtermann*, Mediationsklauseln 90; eingehend zur Vorbereitung einer Mediation *Markus Troja*, Lehrmodul 13: Vorbereitung und Mediationsvertrag; ZKM 2009, 152 ff.

⁵⁴ Ist die direkte Kommunikation zwischen den Parteien unmöglich geworden, besteht immerhin die Pflicht, an einem vertraulichen Einzelgespräch (*Caucus*) mit dem Mediator teilzunehmen; *Horst Eidenmüller*, Unternehmensanierung zwischen Markt und Gesetz (1999) 791 f. (zitiert: Unternehmensanierung); *Tochtermann*, Mediationsklauseln 90.

⁵⁵ *Hess* (oben N. 39) § 43, S. 1064 Rz. 28; *Trams* 138, 142; vgl. auch *Norbert Horn*, Vertragsdauer, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz I (1981) 551 (641: »[...] sind die Parteien [...] gehalten, die Neuverhandlungen bona fide zu führen«); aus internationaler Perspektive *Alexander* 227 ff.

⁵⁶ In diese Richtung aber *Eidenmüller*, Unternehmensanierung (oben N. 54) 793.

⁵⁷ Zur ausdrücklichen Normierung von Verhandlungspflichten in Australien *Nadja Alexander* in diesem Heft, S. 747 f.

⁵⁸ *Tochtermann*, Mediationsklauseln 91.

⁵⁹ Klärungsbedürftig sind Umfang und Inhalt der Antwortspflicht; vgl. *Eidenmüller*, Unternehmensanierung (oben N. 54) 793 (für eine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Beantwortung auch bei Geschäftsgeheimnissen); *Trams* 139 f. (keine umfassende Offenbarungspflicht); *Andreas Nelle*, Making Mediation Mandatory, A Proposed Framework: Ohio St. J. on Disp. Resol. 7 (1991/92) 287 (303) (Antwortspflicht nur bei einfachen, grundsätzlichen Fragen des Mediators).

Pflichtenkonkretisierung stets mit Blick auf die konkret beteiligten Parteien und ihre bereits bestehenden Rechtsbeziehungen zu erfolgen hat.⁶⁰

Nimmt man die vertragliche Selbstbindung der Parteien ernst, spricht nichts dagegen, gem. §§ 280 ff. BGB *Schadensersatzansprüche* bei Pflichtverletzungen anzuerkennen.⁶¹ Die Durchsetzung solcher Schadensersatzansprüche wird in der Praxis nicht immer leicht sein. Mangels Einigungspflicht in der Mediation ist es schwer, einen durch die Nichtbeteiligung adäquat kausal entstandenen Schaden nachzuweisen.⁶² Erfolgreiche Klagen, etwa gem. § 284 BGB wegen vergeblicher Aufwendungen in Vorbereitung der Mediation, scheinen aber nicht stets von vornherein ausgeschlossen.⁶³ Zudem haben die Parteien selbst die Möglichkeit, der Mediationsabrede durch die Bewehrung mit einer Vertragsstrafe oder die Vereinbarung eines pauschalierten Schadensersatzes besonderes Gewicht zu verleihen.⁶⁴ Grundsätzlich spricht auch nichts gegen die Zulässigkeit einer *Leistungsklage* auf Erfüllung einer Mediationsabrede (zu Grenzen der Zwangsvollstreckung sogleich),⁶⁵ wenngleich dies in der Rechtspraxis eine theoretische Möglichkeit bleiben wird.⁶⁶ Selbstverständlich kann mittels der Mediationsabrede nicht die Einigung über eine Lösung des Streits erzwungen werden, da diese zur Lösungssuche und nicht zur Lösung verpflichtet.

c) Prozessrechtliche Relevanz

Mit Blick auf den Vereinbarungsgehalt sprechen gute Gründe dafür, die verbindliche Mediationsabrede prozessrechtlich als allgemeine, negative *Prozessvoraussetzung* zu behandeln. Wie in § 1032 ZPO für die Schiedsvereinbarung geregelt, muss sich der Gegner auf die Mediationsabrede berufen.⁶⁷ Hier sollte der Gesetzgeber durch eine ausdrückliche Regelung Klarheit für die Mediation schaffen. Das Gericht kann auf die Einrede hin eine Klagerücknahme anregen⁶⁸ und muss die Klage sonst als »derzeit unzulässig« abweisen.⁶⁹ Die Anordnung des Ruhens des Verfahrens gem. § 251 ZPO

⁶⁰ Dazu gehört insbesondere die konkrete Ausgestaltung der Mediationsabrede.

⁶¹ Ebenso Hess (oben N. 39) § 43, S. 1064 Rz. 28 (unter zutreffender Verneinung eines jederzeitigen, unmotivierten Kündigungsrechts); Trams 143.

⁶² Trams 144.

⁶³ Denn Zweck der Leistung gem. § 284 BGB ist nur die *Möglichkeit* der Einigung im Rahmen der Mediation, nicht die Einigung selbst.

⁶⁴ Näher Jörg Risse, *Wirtschaftsmediation* (2003) § 3 Rz. 26, S. 100f.; Eidenmüller, *Wirtschaftsmediation* 22f.; Alexander 208f.

⁶⁵ Eidenmüller, *Wirtschaftsmediation* 23; Tochtermann, *Mediationsklauseln* 91.

⁶⁶ Risse (oben N. 64) § 3 Rz. 25, S. 100; Tochtermann, *Mediationsklauseln* 91.

⁶⁷ Risse (oben N. 64) § 3 Rz. 22, S. 98f.; Tochtermann, *Mediationsklauseln* 91; siehe auch Gerhard Wagner, *Prozessverträge* (1998) 246, der sich grundsätzlich für die Berücksichtigung von Amts wegen ausspricht.

⁶⁸ Vgl. BGH 23. 11. 2004, BGHZ 161, 45 = NJW 2005, 437 (439) (zu § 15a EGZPO).

⁶⁹ Eidenmüller, *Wirtschaftsmediation* 12f.; Hanns Prütting, *Richterliche Gestaltungsspiel-*

kommt nach dem Wortlaut nur in Betracht, wenn *beide* Parteien einen Antrag stellen.⁷⁰ Gegen eine entsprechende Anwendung von § 251 ZPO derart, dass das Gericht auch ohne den Antrag beider Parteien das Ruhen des Verfahrens anordnen kann,⁷¹ sprechen regelmäßiger Sinn und Zweck der verbindlichen Mediationsabrede. Darin verzichten die Parteien bindend für einen gewissen Zeitraum auf den Rechtsweg, um eine Einigung im Wege der Mediation zu fördern. Dieser Zweck würde unterlaufen, wenn sich eine Partei über die Selbstbindung derart hinwegsetzen könnte, dass sie ohne Mediationsversuch Klage mit dem festen Willen erhebt, nach Anordnung des Ruhens des Verfahrens den Mediationsversuch ohnehin scheitern zu lassen.⁷² Die Mediationsabrede wäre dann, entgegen dem Willen der Parteien bei Abschluss der Mediationsabrede, ihrer Wirkung *ex ante* beraubt. Aus ähnlichen Gründen hat der Bundesgerichtshof (BGH) für § 15a EGZ-PO die Anordnung des Ruhens des Verfahrens ausgeschlossen.⁷³ Wie bei Schiedsvereinbarungen gem. § 1033 ZPO sollte auch bei bindenden Mediationsabreden der einstweilige Rechtsschutz betreffend den Streitgegenstand möglich bleiben, sofern dieser nicht durch die Mediationsabrede abbedungen wird.⁷⁴

De lege ferenda kommen auch prozessuale *Kostensanktionen* nach englischem Vorbild in Betracht, wenn eine Partei ihre Vorbereitungs-, Durchführungs- und Verhandlungspflichten verletzt.⁷⁵ Nach dem englischen Kostenrecht kann eine Partei, die sich dem Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung verweigert, vom Gericht auch dann in die Kosten verurteilt werden,

räume für alternative Streitbehandlung: AnwBl. 2000, 273 (277); *Fabian Friedrich*, The Enforceability of Mediation Clauses: SchiedsVZ 2005, 250 (253).

⁷⁰ *Eidenmüller*, Wirtschaftsmediation 14 sieht die Parteien aufgrund einer nach Klageerhebung getroffenen Mediationsabrede regelmäßig zur Stellung der Anträge gem. § 251 Satz 1 ZPO verpflichtet; für eine solche ausdrückliche Vereinbarung siehe das Muster einer Mediationsvereinbarung, Klausel 9.3 von *Mathias Schwarz*, Mediationsvereinbarung, Muster mit Kommentierungen: ZKM 2008, 111 (114).

⁷¹ In diese Richtung aber *Risse* (oben N. 64) § 3 Rz. 22, S. 98f.; *Prütting* (oben N. 69) 277; zur dogmatischen Begründung dieser Position *Gerhard Walter*, Dogmatik der unterschiedlichen Verfahren zur Streitbeilegung: ZZZ 103 (1990) 141 (162ff.).

⁷² *Tochtermann*, Mediationsklauseln 91f.; eingehend *ders.*, Verhandlungsverträge: ZZZ Int. 11 (2006) 429 (473ff.).

⁷³ BGH 23. 11. 2004 (oben N. 68).

⁷⁴ Zum selbstständigen Beweisverfahren *Friedrich* (oben N. 69) 253; vgl. in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung zu Schlichtungsklauseln in OLG Köln 4. 2. 2002, BauR 2002, 1120; LG Bielefeld 18. 1. 2005, Immobilien- und Baurecht 2005, 355; zur Diskussion um den Ausschluss des einstweiligen Rechtsschutzes in Schiedsvereinbarungen siehe nur Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (-Münch) (2007) § 1033 Rz. 17f. (zitiert: Münch. Komm. ZPO [-Bearb.]).

⁷⁵ Dafür auch Positionspapier der deutschen Wirtschaft 150f. (verfasst aus Sicht mediationsnachfragender Großunternehmen); *Hess*, Gutachten Juristentag F 116f.; *Christoph Althammer*, Mediation als prozessuale Last: JZ 2006, 69 (75f.).

wenn sie in der Hauptsache obsiegt.⁷⁶ Die zentralen Prinzipien der Freiwilligkeit und Selbstbestimmung sprechen jedoch gegen die Zulässigkeit der *Zwangsvollstreckung* zur Erwirkung nicht vertretbarer Handlungen in der Vorbereitungs-, Durchführungs- und Verhandlungsphase gem. § 888 ZPO.⁷⁷ Insbesondere kann die Teilnahme an der Mediation nicht durch Zwangsgeld oder Zwangshaft erzwungen werden. Hier könnte durch Ergänzung der Ausnahmetatbestände in § 888 III ZPO Rechtssicherheit geschaffen werden.

3. Vertraulichkeit

a) Grundlagen

Die Vertraulichkeit ist eine der wichtigsten Voraussetzungen für den Erfolg der Mediation im Einzelfall und als Institution.⁷⁸ Konfliktlösungsmöglichkeiten werden häufig erst dadurch offenbar, dass die Parteien in der Mediation Informationen preisgeben, die sie im öffentlichen Prozess zurückhalten würden. Dieses *Lösungspotential* bliebe jedoch unentdeckt, wenn die Parteien fürchten müssten, im Rahmen vertrauensvoller Mediationsverhandlungen offengelegte Informationen in einem nachfolgenden Prozess oder Schiedsverfahren entgegengehalten zu bekommen. Dann würden sich die Parteien schon in der Mediation an den bekannten Satz erinnern: »Man ist der Herr seines Schweigens, aber der Sklave seiner Worte.« Für eine erfolgreiche Mediation ist also erforderlich, dass die Parteien – in Abwandlung des Sprichwortes – grundsätzlich zu den »Herren ihrer Worte« gemacht werden.

b) Ertrag des Rechtsvergleichs

In der rechtsvergleichenden Umschau ergibt sich nur eine Konstante: Vertraulichkeit ist wichtig, bedarf aber punktueller Ausnahmen.⁷⁹ Darüber hinaus lassen sich wenige Übereinstimmungen in den hoheitlichen Vertraulichkeitsregeln der verschiedenen Mediationsrechtsordnungen erkennen. Die gesetzlichen Vertraulichkeitsnormen schwanken sowohl in ihrer Intensität als auch in ihrer Reichweite.⁸⁰ Beispielsweise hat man in den Niederlanden Schwierigkeiten mit der Anerkennung von Zeugnisverweigerungs-

⁷⁶ *Scherpe/Vollers* 266 ff.; *Matthias Engelhardt*, ADR, Neue Leit motive für den Zivilprozess: ZRPoL 2004, 233 ff.; *Friedrich* (oben N. 69) 251 ff.

⁷⁷ Vgl. § 135 I 2 FamFG; ähnlich *Trams* 142 f.

⁷⁸ Siehe nur Erwägungsgrund 23 der Mediationsrichtlinie.

⁷⁹ *Hopt/Steffek* 41 f.

⁸⁰ Vgl. den starken Schutz der Vertraulichkeit in Frankreich (*Deckert* 207 ff.) mit den schwächeren Vertraulichkeitsnormen Japans (*Baum/Schwitek* 523).

rechten und -pflichten der Mediatoren, weil dies ein verfestigtes Berufsbild voraussetzen würde,⁸¹ während in Österreich strafbewehrte Verschwiegenheitspflichten für Mediatoren statuiert wurden⁸².

Die im Rechtsvergleich zu konstatierende Lückenhaftigkeit und Inkonsistenz des Gesetzesrechts steht der Vertraulichkeit im Ergebnis aus zwei Gründen nicht entgegen. Zum einen greifen *berufsrechtliche Vertraulichkeitsnormen*, etwa wenn Anwälte oder Notare als Mediatoren tätig werden.⁸³ Zum anderen – und vor allem – hat die Vertragspraxis ausdifferenzierte und sanktionierte *Vertraulichkeitsklauseln* entwickelt, mittels derer die Medianten ihr Geheimhaltungsinteresse in die eigene Hand nehmen.⁸⁴

Die unklare und lückenhafte gesetzliche Rechtslage steht der Vertraulichkeit zwar nicht im Ergebnis entgegen, sie provoziert allerdings Rechts-ermittlungs- und Vertragsabschlusskosten. Schwierig bis unmöglich ist die Einbeziehung Dritter in die Vertraulichkeitsvereinbarungen.⁸⁵ Außerdem ist die unbefriedigende gesetzliche Ausgangslage für das teilweise unklare Bild der Mediation in der Streitpraxis mitverantwortlich und erschwert den Betroffenen die Wahl des für sie geeigneten Mittels zur Streitbewältigung.

Reichen Ertrag zur Vorbereitung der deutschen Gesetzgebung zur Umsetzung der Mediationsrichtlinie liefert die rechtsvergleichende Umschau hinsichtlich der Reichweite möglicher Vertraulichkeitsinteressen und zum Bedarf an Ausnahmetatbeständen.⁸⁶ Deren Essenz wird im Folgenden in

⁸¹ *Schmiedel* 351 ff. unter Auswertung der Rechtsprechung.

⁸² § 18 Satz 1 und 2 ZivMediatG lauten: »Der Mediator ist zur Verschwiegenheit über die Tatsachen verpflichtet, die ihm im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurden. Er hat die im Rahmen der Mediation erstellten oder ihm übergebenen Unterlagen vertraulich zu behandeln.« § 31 I ZivMediatG ergänzt: »Wer entgegen seiner Pflicht zur Verschwiegenheit und Vertraulichkeit (§ 18) Tatsachen offenbart oder verwertet und dadurch ein berechtigtes Interesse einer Person verletzt, ist vom Gericht mit einer Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder einer Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen zu bestrafen.«

⁸³ Zur Rechtslage in Deutschland *Hartmann* 1091 ff. Rz. 9 ff.; *Hannah Oldenbruch*, Die Vertraulichkeit im Mediationsverfahren (2006); *Katja Cremer*, Die Vertraulichkeit der Mediation (2007); *Marc Hilber*, Die Sicherung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens (2006); *Friedwart A. Becker/Claus-Henrik Horn*, Notwendige Regelungen eines deutschen Mediationsgesetzes: SchiedsVZ 2006, 270 (272); *Klaus-Martin Groth/Daniela v. Bubnoff*, Gibt es gerichtsfeste Vertraulichkeit bei der Mediation?: NJW 2001, 338 ff.; *Bernd Eckardt/Renate Dendorfer*, Der Mediator zwischen Vertraulichkeit und Zeugnispflicht, Schutz durch Prozessvertrag: MDR 2001, 786 ff.

⁸⁴ Siehe nur die Klauseln 5 bis 8 zur Vertraulichkeit im CEDR Model Mediation Agreement¹¹ (Januar 2010), abrufbar unter <www.cedr.com>; außerdem *Hess*, Gutachten Juristentag F 108; *Gerhard Wagner*, Sicherung der Vertraulichkeit von Mediationsverfahren durch Vertrag: NJW 2001, 1398 ff.; *Zöller (-Reinhard Greger)*, Zivilprozessordnung²⁸ (2010) § 138 Rz. 5 und § 278 Rz. 33.

⁸⁵ *Günter Hager*, Schutz der Vertraulichkeit bei der Mediation, in: FS Schlechtriem (2003) 53 (63).

⁸⁶ Dazu *Hopt/Steffek* 39 ff. und die Abschnitte in den Länderberichten zur Vertraulichkeit der Mediation.

Form einer Regelungsempfehlung zusammengestellt.⁸⁷ Eine Regelung im deutschen Recht empfiehlt sich grundsätzlich in Form dispositiver Gesetznormen. Diese ersparen den Medianden kostenträchtige Vertragsentwürfe, können bei Bedarf und in Sonderkonstellationen jedoch vertraglich beschränkt oder ausgeweitet werden.⁸⁸ Der Disposition der Medianden entzogenes Gesetzesrecht empfiehlt sich hingegen bei den Ausnahmetatbeständen, sobald Drittinteressen betroffen sind, insbesondere zum Schutz von Minderjährigen oder im Fall dritt- oder öffentlichkeitsschädigender Straftaten.

c) Regelungsempfehlung

Im Ausgangspunkt empfiehlt sich die umfassende Statuierung zur *gemeinsamen Disposition*⁸⁹ der Medianden⁹⁰ stehender Vertraulichkeitsregeln.⁹¹ In *personeller Hinsicht* sollten die Regeln die beteiligten Parteien⁹², Mediatoren, Rechtsberater, Sachverständigen, Richter⁹³ und weitere an der Mediation beteiligte Personen (etwa Sekretariatskräfte, Übersetzer, Sachbearbeiter, angehörte Zeugen) einbeziehen.⁹⁴ Ebenso umfassend ist die inhaltliche und gegenständliche Reichweite zu fassen. *Inhaltlich* sind der Vertraulichkeit sämtliche Informationen zu unterwerfen, die in oder im Zusammenhang mit der Mediation offenbart werden *und* einen Bezug zu den Parteien und dem Gegenstand der Mediation haben.⁹⁵ *Gegenständlich* sollten die Vertraulichkeitsnormen sämtliche Informationsträger erfassen, insbesondere münd-

⁸⁷ Vgl. dazu – ohne Empfehlungscharakter – bereits *Hopt/Steffek* 96.

⁸⁸ Vgl. nur Bundesministerium der Justiz, Leitlinien zur Umsetzung der europäischen Mediations-Richtlinie: ZKM 2008, 132 (133).

⁸⁹ So auch der Ansatz in Art. 7 I Mediationsrichtlinie; für einen dispositiven Ansatz ebenfalls *Eidenmüller/Prause* 2741.

⁹⁰ *Hager* (oben N. 85) 67 schlägt zur Stärkung der Mediation als Institution vor, dem Mediator einen eigenen Vertraulichkeitsschutz zuzubilligen und bei dessen Betroffenheit außerdem die Zustimmung des Mediators zu verlangen.

⁹¹ Allgemein für einen umfassenden Vertraulichkeitsschutz auch *Eidenmüller/Prause* 2741; *Gerhard Wagner/Christoph Thole*, Die neue EU-Richtlinie zur Mediation: ZKM 2008, 36 (39).

⁹² Dagegen *Hess*, Gutachten Juristentag F 109.

⁹³ Bei der gerichtsnahen oder -internen Mediation; zu Vertraulichkeitsproblemen der gerichtlichen Mediation *Elisabeth Kurzweil*, Akteneinsichtsrecht in »Mediationsakten«?: ZJP 123 (2010) 77 ff.

⁹⁴ Vertraglich mögen die Parteien, dem Vorschlag von *Hartmann* 1099 ff. Rz. 23 ff. entsprechend, unterschiedlich strikte Verschwiegenheitspflichten für verschiedene Beteiligte vereinbaren (absolutes Stillschweigen des Mediators, differenzierte Vertraulichkeitspflichten der Parteien). Für eine dispositive gesetzliche Regelung scheint dies nicht angezeigt, da beispielsweise kein Grund erkennbar ist, warum der Mediator auch bei allgemein bekannten Tatsachen zum absoluten Schweigen verpflichtet sein soll und eine weitere Differenzierung zu einer unübersichtlichen Gesetzeslage führen würde.

⁹⁵ Auch der europäische Gesetzgeber ist zu Recht von der enumerativen Aufzählung der

lich geäußerte Tatsachen, Wertungen und Angebote gegenüber dem Mediator oder der anderen Partei, körperliche Informationsträger und den elektronischen Informationsaustausch. *Materiellrechtlich* ist die Vertraulichkeit durch sanktionierte⁹⁶ Verschwiegenheitspflichten, *prozessrechtlich* durch Vortragsbeschränkungen, Beweismittelbeschränkungen⁹⁷, Zeugnisverweigerungsrechte⁹⁸ und eine Einschränkung des Einsichtsrechts gem. § 299 ZPO⁹⁹ zu verankern.¹⁰⁰ Die Vertraulichkeitsnormen sollten nicht auf bestimmte Verfahrenstypen beschränkt werden, da Informationsmissbrauch auch außergerichtlich droht¹⁰¹.

Der weit angelegte Ausgangsbereich vertraulicher Informationen sollte jedoch einigen *Einschränkungen* unterworfen werden.¹⁰² Dazu zählen nicht disponible Offenlegungs- und Meldepflichten des in Deutschland geltenden Rechts.¹⁰³ Zudem gilt es zu vermeiden, dass es zur »Flucht in die Mediation« kommt.¹⁰⁴ Die Vertraulichkeitsnormen dürfen also keine Anreize dahingehend schaffen, dass Personen die Mediation deshalb anstreben, um ihnen ungünstige Informationen und Beweismittel einem späteren Gerichts- oder Schiedsverfahren zu entziehen. Dazu dient erstens der genannte Bezug der Vertraulichkeitspflichten auf den Gegenstand und die Parteien der Mediation. Zweitens sollte eine Ausnahme für Tatsachen statuiert werden, die auch ohne Bezugnahme auf die in der Mediation offengelegten Informationen dargelegt bzw. bewiesen hätten werden können.¹⁰⁵ Bei disponiblen Auskunftsrechten¹⁰⁶ spricht das Vertraulichkeitsinteresse der Mediation dafür, davon erfasste und in der Mediation offenbarte Informationen der Vertraulichkeit zu unterwerfen. Zur Vermeidung der »Flucht in die Mediation«

vertraulichen Beweisthemen in Art. 6 I des Richtlinienentwurfs (KOM[2004] 718 endg.) abgerückt; Hess, Gutachten Juristentag F 108.

⁹⁶ Zu Schadensersatzpflichten Eidenmüller, Wirtschaftsmediation 28 f.; zu Vertragsstrafen Hartmann 1116 Rz. 56.

⁹⁷ Vgl. Positionspapier der deutschen Wirtschaft 151.

⁹⁸ Dafür auch Hess, Gutachten Juristentag F 137 (These 10); Positionspapier der deutschen Wirtschaft 148.

⁹⁹ Gerhard Wagner, Anm. zu OLG München, Beschl. v. 20. 5. 2009–9 VA 5/09: ZKM 2009, 158 (159).

¹⁰⁰ Freilich wäre damit auch eine Amtsermittlung des Gerichts ausgeschlossen; Hartmann 1107 Rz. 35.

¹⁰¹ Zutreffend Hartmann 1089 Rz. 2.

¹⁰² Hager (oben N. 85) 64 spricht treffend von einem Ausgleich des Geheimhaltungs- mit dem Aufklärungsinteresse.

¹⁰³ Etwa im Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht oder im Strafrecht.

¹⁰⁴ Dazu Eidenmüller, Wirtschaftsmediation 26.

¹⁰⁵ Vgl. den Klauselvorschlag von Eidenmüller, Wirtschaftsmediation 26; in eine ähnliche Richtung Hartmann 1090 Rz. 6 und 1101 Rz. 27; siehe dort 1102 Rz. 28 zu praktischen Lösungen in Fällen, in denen unklar ist, ob eine Information von den Vertraulichkeitsbeständen erfasst wird; aus internationaler Sicht Alexander 282.

¹⁰⁶ Für Beispiele Hartmann 1102 Rz. 29.

sollte der Auskunftsberechtigte außerhalb der Mediation aber nicht daran gehindert sein, Auskunftsansprüche durchzusetzen.

Schließlich ergeben sich aus der Mediationsrichtlinie¹⁰⁷ und der rechtsvergleichenden Rundschau Hinweise auf Sonderkonstellationen, in denen Ausnahmen von der Vertraulichkeit angezeigt sind. Dazu gehören vorrangige Gründe der öffentlichen Ordnung (*ordre public*) und des Drittschutzes, etwa der Schutz Minderjähriger oder die Verhinderung und Verfolgung relevanter Straftaten¹⁰⁸. Weiterhin ist eine Lockerung der Vertraulichkeit geboten, wenn dies zur Umsetzung oder Vollstreckung der Mediationsergebnisvereinbarung¹⁰⁹ oder zur Geltendmachung von Pflichtverletzungen hinsichtlich der Mediationsabrede, der Mediationsrahmenvereinbarung oder dem Mediatorvertrag erforderlich ist.

4. Verjährungs- und Ausschlussfristen

a) Grundlagen

Die Kommunikation zwischen den Medianden kann durch den drohenden Ablauf von Verjährungs- und Ausschlussfristen während der Mediation stark belastet werden. Rechtsethisch nicht hinnehmbar ist die Gefahr, dass sich eine Partei nur zum Schein auf die Mediation einlässt, bis Verjährungs- und Ausschlussfristen abgelaufen sind. Die Problematik stellt sich aber auch bei redlichen Medianden. Angesichts des absehbaren Fristablaufs mag sich manche Partei gegen die Mediation und für die Klageerhebung entscheiden, um bei erfolglosem Einigungsversuch nicht mit ganz leeren Händen dazustehen.

Das Problem ist für die Verjährung als eines der »drei V« (Verjährung, Vollstreckbarkeit, Vertraulichkeit) allgemein anerkannt.¹¹⁰ Die Mediationsrichtlinie verlangt in Art. 8 I von den Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Parteien durch das Ablaufen der Verjährungsfristen während des Mediationsverfahrens nicht daran gehindert werden, ein Gerichts- oder Schiedsverfahren hinsichtlich derselben Streitigkeit einzuleiten. Wie in der Diskussion in Deutschland ist auch der Fokus der Richtlinie auf die Verjährung i. S. d. §§ 194 ff. BGB gerichtet, also auf den Zeitablauf, der für den Schuldner eines Anspruchs ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht begründet.

¹⁰⁷ Art. 7 I.

¹⁰⁸ Hager (oben N. 85) 65 will die in §§ 138, 139 StGB statuierte Schwelle heranziehen; in dieselbe Richtung Thomas Trenczek, Einvernehmliche Regelungen in Familiensachen, Neue Anforderungen durch das FamFG: Familie, Partnerschaft, Recht (FPR) 2009, 335 (339).

¹⁰⁹ Zum Streit über die Auslegung eines Mediationsvergleiches anschaulich BGH 27. 1. 2010, Az. XII ZR 148/07.

¹¹⁰ Statt aller Graf-Schlicker 84.

Die Verjährung ist aber nur ein besonders augenfälliges Rechtsinstitut, an dem sich die Frage offenbart, welche Relevanz die Mediation für Rechtspositionen hat, die in ihrem Bestehen, ihrem Inhalt oder ihrer Zuordnung vom Zeitablauf abhängig sind. Weiterhin ist etwa an Ausschlussfristen, Ersitzung, Verwirkung oder Zeitbestimmungen zu denken. Davon seien hier exemplarisch und vor dem Hintergrund ihrer praktischen Bedeutung die Ausschlussfristen herausgegriffen.

Der Ablauf einer Ausschlussfrist hat im Vergleich zur Verjährung bekanntlich nicht nur die Einredebefugnis gegenüber dem fortbestehenden Anspruch zur Folge, sondern den automatischen, im Prozess von Amts wegen zu berücksichtigenden Untergang des Rechts.¹¹¹ Ausschlussfristen sind weniger vom Gedanken des Schuldnerschutzes getragen, vielmehr stehen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Vordergrund. Ausschlussfristen können ihren Grund im Gesetz, in Verträgen oder richterlichen Anordnungen finden. Von Ausschlussfristen betroffen sind insbesondere Ansprüche (z.B. § 13 I ProdHaftG, § 160 I HGB), absolute Rechte (z.B. § 64 UrhG), Gestaltungsrechte (z.B. § 124 I BGB, § 626 II BGB) und Tarifverträge (§ 4 IV 3 TVG).¹¹² Allgemeine Bestimmungen wie die §§ 194 ff. BGB bestehen für Ausschlussfristen auch nach der Schuldrechtsmodernisierung nicht. Insbesondere kommen die Verjährungsnormen nicht (auch nicht analog) pauschal zur Anwendung.¹¹³ Der Lauf der Ausschlussfristen bestimmt sich vielmehr uneinheitlich, aufgrund spezifischer Regelung, ausdrücklicher Bezugnahme auf ausgewählte Normen des Verjährungsrechts oder jeweils anhand des Normzwecks zu prüfender analoger Anwendung einzelner Regeln des Verjährungsrechts.¹¹⁴

b) Ertrag des Rechtsvergleichs

Um den Rechtsverlust während der Mediation zu verhindern und die Verhandlung in der Mediation auf eine rechtssichere Grundlage zu stellen, sehen zahlreiche Rechtsordnungen die Hemmung, Ablaufhemmung oder den Neubeginn der Anspruchsverjährung mit Beginn bzw. Ende des Mediationsverfahrens vor.¹¹⁵ Eine nicht zu vernachlässigende Zahl von Rechtsre-

¹¹¹ RG 9.5. 1901, RGZ 48, 157 (163); BGH 4.3. 1993, BGHZ 122, 23 (24) = BGH NJW 1993, 1585.

¹¹² Für eine Übersicht siehe Münchener Kommentar zum BGB⁵ (-Grothe) (2006) Vorbem. § 194 Rz. 10 (zitiert: Münch. Komm. BGB [-Grothe]).

¹¹³ RG 31.5. 1921, RGZ 102, 339 (341); BGH 1.10. 1986, BGHZ 98, 295 (298) = NJW 1987, 255.

¹¹⁴ BGH 18.1. 2006, NJW 2006, 903 (904); Münch. Komm. BGB (-Grothe) (oben N. 112) Vorbem. § 194 Rz. 10f. mit Nachweisen zur Rechtsprechung.

¹¹⁵ Roth/Gherdane (122ff.: Österreich), Kulms (427ff.: Florida, Wisconsin, Kalifornien), Baum/Schwittek (515f.: Japan), Pißler (oben N. 27) (613: China), Niedźwiedzka, in: Mediation (788: Polen), Jessel-Holst (908: Ungarn).

gimen verzichtet hingegen auf eine Privilegierung der Mediation mit Blick auf die Verjährung.¹¹⁶ In diesen Ländern sind die Parteien in besonderem Maße auf vertragliche Vereinbarungen angewiesen. Geht der Mediation die Erhebung der Klage voraus, stellen sich hinsichtlich der betroffenen Ansprüche regelmäßig keine Verjährungsprobleme. Die Klageerhebung verliert durch die spätere Mediationseinleitung prinzipiell nicht ihre schützende Wirkung vor der Verjährung.¹¹⁷

Aber selbst wenn ein gesetzlicher Verjährungsschutz besteht, kann hinsichtlich der Verjährungsproblematik eine vertragliche Präzisierung und Dokumentation angezeigt sein. Die österreichische Regelung in § 22 I Ziv-MediatG liefert dafür ein anschauliches Beispiel; sie lautet: »Der Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation durch einen eingetragenen Mediator hemmen Anfang und Fortlauf der Verjährung sowie sonstiger Fristen zur Geltendmachung der von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche.« Welche Ansprüche von der Mediation »betroffen« sind, richtet sich nach der vor Mediationsbeginn zu treffenden Parteivereinbarung. Zudem lässt sich an § 17 I 2 und 3 des österreichischen ZivMediatG ablesen, dass Beginn und Ende der Mediation zum Zwecke der Bestimmung der Verjährung zu vereinbaren bzw. zu dokumentieren sind: »Als Beginn der Mediation gilt der Zeitpunkt, zu dem die Parteien übereingekommen sind, den Konflikt durch Mediation zu lösen. Die Mediation endet, wenn eine der Parteien oder der Mediator erklärt, sie nicht mehr fortsetzen zu wollen, oder ein Ergebnis erzielt wurde.«

Die österreichische Regelung liefert weitere gute Anregungen für die Gesetzgebung in Deutschland. Zum einen erfasst sie – ganz selbstverständlich – nicht nur Verjährungsfristen, sondern auch Ausschlussfristen.¹¹⁸ Die Gesetzesregeln sind dispositiv und erlauben den Parteien sowohl einschränkende als auch erweiternde Vereinbarungen.¹¹⁹ Der Schutz des Mediationsverfahrens vor negativen Wirkungen durch Zeitablauf erstreckt sich im österreichischen Recht allerdings nicht auf prozessuale Fristen und nicht auf Fristen, von denen auch Dritte betroffen sind.¹²⁰

¹¹⁶ *Scherpe/Vollers* (275: England), *Jessel-Holst* (590f.: Bulgarien), *Ellger* (oben N. 21) (646ff.: Irland), *Sperr* (oben N. 20) (770f.: Norwegen), *Schmidt* (814: Portugal), *Kurzynsky-Singer* (oben N. 23) (842: Russland).

¹¹⁷ Siehe nur Art. 43 Nr. 8 des portugiesischen Lei dos Julgados de Paz; dazu *Schmidt* 814.

¹¹⁸ *Gerhard Hopf*, Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich, in: *Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, FS Jelinek (2002) 69 (81) (zitiert: *Regelung*).

¹¹⁹ *Gerhard Hopf*, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz: ÖJZ 2004, 41 (49).

¹²⁰ *Roth/Gherdane* 124f. mit weiteren Nachweisen.

c) Regelungsempfehlung

Für die Umsetzung der Mediationsrichtlinie in deutsches Recht konzentriert sich die Diskussion gegenwärtig auf die Frage, ob § 203 BGB den Anforderungen von Art. 8 I der Richtlinie bereits gerecht wird.¹²¹ Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist gem. der aktuellen Fassung von § 203 Satz 1 BGB die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert. Gemäß § 203 Satz 2 BGB tritt die Verjährung frühestens drei Monate nach dem Ende der Hemmung ein. Allein der Umstand, dass die Richtlinienkonformität von § 203 BGB diskutiert wird, zeigt, dass hier Rechtsunsicherheit besteht.¹²² Diese sollte der Gesetzgeber dadurch beseitigen, dass die Mediation in den Katalog der verjährungshemmenden Tatbestände in § 204 I BGB aufgenommen wird.¹²³ Wie in Österreich sollte die hemmende Wirkung zu demjenigen Zeitpunkt eintreten, zu dem sich die Parteien über die Durchführung einer Mediation einigen. Die Parteien sollten aber vertraglich abweichende Bestimmungen treffen können, insbesondere durch pauschalen Einbezug der Schlichtungsklauseln einer Streitschlichtungsorganisation.¹²⁴ Zur Förderung der Rechtssicherheit empfiehlt sich zudem eine Regelung zur Bestimmung des Endes der Mediation und der erfassten Ansprüche.

Die Rechtsvergleichung weitet den Blick dafür, dass die Problematik nicht auf die Verjährung beschränkt ist. Wie im österreichischen Recht, dessen Regelungslösung von Erfahrungen mit Vorgängernormen profitiert hat,¹²⁵ sollten materiellrechtliche Ausschlussfristen in die Regelung mit einbezogen werden.¹²⁶ Die Dominanz von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit als Zwecke der Ausschlussfristen gegenüber dem Schuldnerschutz ist kein hinreichender Grund, die Mediation mit dem Ablauf materiellrechtlicher

¹²¹ Keinen Umsetzungsbedarf sieht *Hess*, Gutachten Juristentag F 113; für gesetzgeberische Präzisierungen zur Ausräumung tatbestandlicher Unschärfen *Eidenmüller/Prause* 2741 f.; *Hanns Prütting*, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht: JZ 2008, 847 (851).

¹²² Vgl. *Rainer Tögel/Daniel Rohloff*, Die Umsetzung der EU-Mediations-Richtlinie, Erwartungen aus Sicht der Rechtsschutzversicherer: ZRPol. 2009, 209 (211).

¹²³ Ebenso *Gerhard Wagner* in diesem Heft, S. 800f.; *Eidenmüller/Prause* 2741 f.; *Bartosz Sujecki*, Die Europäische Mediationsrichtlinie: EuZW 2010, 7 (11); für eine Ergänzung von § 203 BGB: Positionspapier der deutschen Wirtschaft 147.

¹²⁴ *Wagner* in diesem Heft, S. 801; vgl. exemplarisch § 9 Mediationsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e.V. (DIS); dazu *Stephan Breidenbach/Holger Peres*, Die DIS-Mediationsordnung: SchiedsVZ 2010, 125 (129); *Gabriele Scherer*, Die Konfliktmanagementordnung der DIS: SchiedsVZ 2010, 122 (124).

¹²⁵ *Hopf*, Regelung (oben N. 118) 81f.

¹²⁶ Ähnlich Positionspapier der deutschen Wirtschaft 147 (gesetzliche Ausschlussfristen); a. A. *Hess*, Gutachten Juristentag F 113 unter Verweis auf § 242 BGB und vertragliche Absicherungen.

Ausschlussfristen zu belasten. Die Parteien sollten hier nicht auf vertragliche Regelungen verwiesen werden, da gesetzliche Ausschlussfristen grundsätzlich nicht durch Parteivereinbarung verlängert werden können.¹²⁷ Die Rechtsgestaltung erfordert daher Umwege über den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (§ 242 BGB), die vorsorgliche Klageerhebung verbunden mit dem Antrag auf Ruhen des Verfahrens oder die Neubegründung der betroffenen Rechte.¹²⁸ Grundsätzlich spricht aber nichts dagegen, die neuen gesetzlichen Regelungen dispositiv auszugestalten, so dass die Parteien für ihre spezifische Situation ergänzend geeignete Absprachen treffen können.

Darüber hinaus ist zu erwägen, ob weitere Rechtsinstitute, die Rechtspositionen in ihrem Bestehen, ihrem Inhalt oder ihrer Zuordnung dem Zeitablauf unterwerfen, in die Regelung mit einbezogen bzw. ähnlich geregelt werden sollten. Gegen eine Hemmung prozessualer Fristen kraft Gesetzes spricht, dass das Gericht hiervon nicht ohne weiteres Kenntnis erlangen würde. Soweit man dem aktuell geltenden Grundsatz, dass die Verlängerung prozessualer Fristen der Parteidisposition entzogen ist,¹²⁹ folgt, spricht auch dieser dagegen. Vorzugswürdig ist vor diesem Hintergrund vielmehr, den Gerichten die Möglichkeit zu geben, gegebenenfalls auf Antrag der Parteien bei der Festsetzung prozessualer Fristen auf die in Aussicht genommene bzw. laufende Mediation zu reagieren. Zudem können die Parteien das Ruhen des Verfahrens gemäß § 251 ZPO beantragen und so das Aufhören des Laufs gesetzlicher und richterlicher Prozessfristen gemäß § 249 I ZPO herbeiführen.¹³⁰ Zu denken wäre an eine ausdrückliche Aufnahme der Mediation in § 251 ZPO im Interesse der Rechtssicherheit.

Die Öffentlichkeit und Dritte sollten von der fristmäßigen Privilegierung der Mediation nicht nachteilig betroffen werden. Hier hat der Gesetzgeber die Wahl, Fristen mit Drittbezug generell von den Rechtswirkungen auszunehmen oder eine nur relative Wirkung zwischen den Medianden anzuordnen. Freilich spricht nichts dagegen, dass Dritte vertraglich der Modifikation disponibler Fristen zustimmen.

¹²⁷ Münch. Komm. BGB (-Grothe) (oben N. 112) Vorbem. § 194 Rz. 12.

¹²⁸ Böttcher/Laskawy (oben N. 39) 1250f.; Trams 134ff.

¹²⁹ Siehe nur Stein/Jonas (-Herbert Roth), Kommentar zur Zivilprozessordnung²¹ (1994) § 224 Rz. 1 unter Hinweis auf die fast unbeschränkte Parteiherrschaft über Termine und Fristen in der ursprünglichen ZPO.

¹³⁰ OLG Oldenburg 21.2. 2008, MDR 2008, 763 (764); Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung³ (-Gehrlein) (2006) § 251 Rz. 15f. (dort auch zur Ausnahme gemäß § 251 Satz 2 ZPO) (zitiert: Münch. Komm. ZPO [-Bearb.]); für weitere Einschränkungen siehe Münch. Komm. ZPO (-Gehrlein) (diese Note) § 249 Rz. 5ff.; BGH 12.2. 2009, NJW 2009, 1149f.

5. Durchsetzung von Ergebnissen

a) Grundlagen

Auf dem Weg zur Durchsetzung der Ergebnisse einer (zumindest teilweise) erfolgreichen Mediation sind zwei Schritte zu unterscheiden. Im ersten Schritt gilt es, die Erträge der Mediation festzuhalten. Traditionell bedient man sich dafür in der Mehrzahl der Rechtsordnungen des Rechtsinstituts des Vergleichs.¹³¹ Manche Rechtsordnungen haben auf die nicht-konfrontative Streitlösungsmethode und die Berücksichtigung außerrechtlicher Umstände in der Mediation reagiert, indem Vertragstypen geschaffen wurden, die ein gegenseitiges Nachgeben, wie es das deutsche Recht für den Vergleich in § 779 I BGB verlangt, nicht erforderlich ist. Gegenstand des in den Niederlanden eingesetzten Feststellungsvertrags (*vaststellingsovereenkomst*)¹³² kann jede Festlegung eines bestimmten rechtlichen Verhältnisses zwischen den Parteien zur Beendigung oder Verhinderung einer Unsicherheit oder eines (Rechts-)Streits zwischen ihnen sein.

In der rechtsvergleichenden Umschau bleibt es grundsätzlich den Parteien überlassen, welcher der von den Rechtsordnungen angebotenen Vertragstypen für die Mediationsergebnisvereinbarung zum Einsatz kommt. Das gilt selbst für das weitgreifend regulierende österreichische Recht.¹³³ Eine wichtige Frage ist, ob und inwieweit sich die Parteien in der Mediationsergebnisvereinbarung wirksam über zwingendes Recht hinwegsetzen dürfen.

Im zweiten Schritt stellt sich die Aufgabe der rechtlichen Bewältigung der hier im Zentrum stehenden Durchsetzungsproblematik. Soll das Freiwilligkeitsprinzip auch dann regieren, wenn eine Partei der Ergebnisvereinbarung ihre daraus erwachsenden Pflichten nicht erfüllen will oder kann? Oder bildet die Selbstbindung eine Grundlage, der anderen Partei die Zwangsvollstreckung aus der Vereinbarung zu eröffnen? Wenn ja, genügt das Vollstreckungsrecht den besonderen Umständen der Mediation oder bedarf es neuer Durchsetzungswege? Für grenzüberschreitende Streitigkeiten verlangt die Mediationsrichtlinie in Art. 6 die Vollstreckbarkeit erzielter Vereinbarungen und macht grundlegende Vorgaben für ein internationales Vollstreckungsregime.

¹³¹ Eidenmüller, *Wirtschaftsmediation* 43 f.; Alexander 301 ff.; Hopt/Steffek 36 mit weiteren Nachweisen; zu Unterschieden der Mediation und des gerichtlichen Vergleichs Peter Gottwald, *Mediation und gerichtlicher Vergleich, Unterschiede und Gemeinsamkeiten*, in: FS Ishikawa (2001) 137–155.

¹³² Geregelt in *Burgerlijk Wetboek* 7, Titel 15, Artt. 900 ff.; näher Schmiedel 363 ff.

¹³³ Gerhard Falk/Gernot Koren, *Zivilrechts-Mediations-Gesetz, Kommentar* (2005) § 17 Rz. 7.10 ff.

b) Ertrag des Rechtsvergleichs

Im Vergleich der Verfahrensrechte überwiegt eindeutig die Vollstreckbarkeit der Mediationsergebnisvereinbarungen.¹³⁴ Ausnahmen wie in China, wo vor den Volksschlichtungskomitees geschlossene Vereinbarungen nicht vollstreckbar sind, erklären sich vor allem aus indirekt wirkenden, insbesondere sozialen oder letztlich gerichtlichen Durchsetzungsmechanismen.¹³⁵ Relevante Unterschiede bestehen zwischen den Rechtsordnungen Europas und der Welt jedoch darin, welche rechtlichen Schritte für die Vollstreckung erforderlich sind.

Zunächst ist festzustellen, dass grundsätzlich die Beteiligung einer Behörde bzw. einer mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Person verlangt wird. Divergenzen bestehen jedoch darin, ob die Vollstreckbarkeit durch Erklärung eines Notars¹³⁶, einer Verwaltungsbehörde, eines Schiedsgerichts¹³⁷ oder eines Gerichts¹³⁸ herbeigeführt wird. Teilweise werden die Parteien auf die Leistungsklage – gestützt auf die Mediationsergebnisvereinbarung – verwiesen.¹³⁹ Regelmäßig haben die Parteien die Wahl zwischen mehreren Wegen zur Vollstreckbarkeit. Vereinzelt bleiben demgegenüber Sonderregelungen wie im portugiesischen Arbeitsrecht, wo ein zwischen den Parteien einer Mediation geschlossener Vergleich ohne weiteres, insbesondere ohne richterliche Bestätigung, vollstreckbar ist.¹⁴⁰

Das Einverständlichkeitsprinzip der Mediation findet in vielen Rechtsordnungen Wiederhall darin, dass ein einverständliches oder sogar gemeinsames Vorgehen der Medianden für die Vollstreckbarkeitserklärung notwendig ist.¹⁴¹ Verweigert eine Partei ihre notwendige Zustimmung, bleibt der anderen häufig nur die Klage aus der Vereinbarung, um einen vollstreckungsfähigen Titel zu erhalten. Die Lösung der Mediationsrichtlinie entspricht dem überwiegenden rechtsvergleichenden Befund. Artikel 6 I der Richtlinie geht für die Vollstreckbarmachung davon aus, dass die Parteien gemeinsam einen entsprechenden Antrag stellen oder eine Partei mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen.

¹³⁴ Hopt/Steffek 37f.

¹³⁵ Vgl. Pißler (oben N. 27) 608, 614, 617f.

¹³⁶ Roth/Gherdane (136: Österreich), Schmiedel (346: Niederlande), Baum/Schwittek (520f.: Japan), Jessel-Holst (911f.: Ungarn).

¹³⁷ Scherpe/Vollers (276f.: England), Jessel-Holst (591: Bulgarien).

¹³⁸ Deckert (207ff.: Frankreich), Scherpe/Vollers (276ff.: England), Schmiedel (346: Niederlande), Baum/Schwittek (520: Japan, Zivilschlichtung), Magnus (oben N. 14) (579: Australien), Berg (oben N. 22) (738f.: Neuseeland), Rehm (oben N. 17) (896: Spanien).

¹³⁹ Kulms (443f.: USA), Ellger (oben N. 21) (662f.: Irland), ders. (oben N. 25) (686f.: Kanada).

¹⁴⁰ Schmidt 816f.

¹⁴¹ Deckert (207ff.: Frankreich), Scherpe/Vollers (276f.: England), Schmiedel (346f.: Niederlande), Baum/Schwittek (520f.: Japan).

c) Regelungsempfehlung

Die Vollstreckbarkeit von Mediationsergebnisvereinbarungen sollte nicht nur für den Anwendungsbereich der Richtlinie, sondern allgemein und einheitlich auch für innerstaatliche Sachverhalte geregelt werden. Dafür spricht schon der Umstand, dass eine grenzüberschreitende Streitigkeit gem. Art. 2 der Mediationsrichtlinie einige Konstellationen erfasst, in denen das Mediationsverfahren in Deutschland nach deutschem Recht durchgeführt und abgeschlossen wird. Darunter fällt beispielsweise der Fall, dass Parteien im Zeitpunkt des Abschlusses der Mediationsabrede nach Streitentstehung ihren Wohnsitz in verschiedenen Mitgliedstaaten, bei Beginn der Mediation aber sämtlich ihren Wohnsitz in Deutschland haben.¹⁴² Eine unterschiedliche Behandlung der Vollstreckbarkeitserklärung zu rein nationalen Sachverhalten wäre nicht sinnvoll.

Übereinstimmung besteht in der Umsetzungsdiskussion darüber, dass bei der Vollstreckbarkeit ein Regelungsbedarf besteht.¹⁴³ Beispielsweise schließt § 796a II Alt. 2 ZPO die Vollstreckbarkeit eines als Ergebnis der Mediation getroffenen Anwaltsvergleichs betreffend den Bestand eines Mietverhältnisses aus. Gerhard Wagner und Christoph Thole haben hier einen guten Vorschlag gemacht.¹⁴⁴ Sie empfehlen das Exequaturverfahren gem. §§ 796a ff. ZPO als Regelungsvorbild für die Vollstreckbarerklärung.¹⁴⁵ Der für die Mediation überzeugende Grundgedanke ist, dass hier kein volles Erkenntnisverfahren durchgeführt wird, was den Gedanken der außergerichtlichen Streitlösung zu großen Teilen ad absurdum führen würde. In die richtige Richtung weist jedoch § 796a III ZPO, wonach das Exequatur versagt wird, wenn die Vereinbarung »unwirksam ist oder [ihre] Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde«. In Übereinstimmung mit dem rechtsvergleichenden Befund ist auf eine zwingende Beteiligung von Rechtsanwältinnen zu verzichten.¹⁴⁶

Die Beschränkung der Rechtskontrolle auf Wirksamkeitsmängel und Verstöße gegen den *ordre public* lassen der Mediation einerseits den Freiraum, innerhalb dessen sie ihre kreative Kraft entfalten kann, und geben der Durchsetzung von Ergebnisvereinbarungen andererseits den rechtsstaatlichen Rahmen, innerhalb dessen die Zwangsvollstreckung gerechtfertigt ist. Die derart ausgestalteten Exequaturversagungsgründe wären auch geeignet, Vereinbarungen der Vollstreckung zu entziehen, in denen der Staat ein

¹⁴² Art. 2 I a) Mediationsrichtlinie.

¹⁴³ Statt aller *Graf-Schlicker* 83, 85; dort auch zum folgenden Beispiel.

¹⁴⁴ *Gerhard Wagner/Christoph Thole*, Die europäische Mediationsrichtlinie, in: Die richtige Ordnung, FS Kropholler (2008) 915 (930 ff.); dort auch zum Folgenden.

¹⁴⁵ Dafür auch *Sujecki* (oben N. 123) 10; *Nils Hellberg/Domenik H. Wendt*, Mediation in der Versicherungswirtschaft: ZKM 2010, 21 (24).

¹⁴⁶ Überzeugend begründet von *Wagner* in diesem Heft, S. 803 ff.

Rechtsschutzmonopol für sich verlangt.¹⁴⁷ Schließlich besteht ein nicht zu unterschätzender Vorteil dieser Anlehnung an ein bereits bekanntes Verfahren darin, dass sowohl für nationale als auch für internationale Vollstreckungen auf bereits vorhandene Normstrukturen und Erfahrungen zurückgegriffen werden könnte.

6. Prüf-, Hinweis- und Anordnungspflichten

a) Grundlagen

Wonach bestimmt sich das Verhältnis von gerichtlichem Erkenntnisverfahren, Mediation, Schlichtung, Verhandlung, Moderation, Mini-Trial, Ombudsverfahren und anderen Verfahren der Streitbewältigung? Welche Konflikte sind für die Mediation, welche für den Prozess und welche für die anderen Verfahren geeignet? Wie kann institutionell gewährleistet werden, dass der einzelne Konflikt zum richtigen Konfliktlösungsverfahren gelangt? Funktioniert der Markt der Streitlösungsverfahren oder bedarf es staatlicher Intervention? Erste wichtige Schritte zur Beantwortung dieser zentralen Fragen sind zwar gemacht;¹⁴⁸ es ist aber noch ein gutes Stück Weg empirischer und regulierungstheoretischer Forschung zu beschreiten, bis die Fragen als geklärt gelten dürfen.

Entscheidet man sich für die hoheitliche Förderung der Mediation durch Pflichten im Prozess der Konfliktzuordnung, gilt es zuerst zwei Phasen zu trennen: das Verfahren vor Klageerhebung (Vorverfahren) und das Verfahren nach Befassung des Gerichts. Weiterhin ist der Pflichtinhalt danach zu trennen, ob die Geeignetheit eines Konflikts zur Lösung im Wege der Mediation geprüft wird (Prüfpflicht), bejahendenfalls ein Hinweis zur Einleitung der Mediation zu ergehen hat (Hinweispflicht) oder sogar die Anordnung der Mediation zu erfolgen hat (Anordnungspflicht). Zudem sind die Adressaten solcher Pflichten zu unterscheiden: die Parteien selbst, ihre Rechtsberater oder die Gerichte. Weiterhin ist hinsichtlich des Inhalts der Pflichten nach Konkretisierungsgrad (pauschal versus detailliert) und anzusprechender Person (Partei, Berater, beide) zu differenzieren. Schließlich kann – insbesondere mit Blick auf die Gerichte – erwogen werden, statt

¹⁴⁷ Näher *Wagner/Thole* (oben N. 144) 932f.

¹⁴⁸ Siehe etwa *Frank E. Sander/Stephen B. Goldberg*, Fitting the Forum to the Fuss, A User-Friendly Guide to Selecting an ADR Procedure: *Negotiation Journal* 10 (1994) 49–67; *Frank E. Sander/Lukasz Rozdeiczer*, Matching Cases and Dispute Resolution Procedures, Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach: *Harv. Negotiation L. Rev.* 11 (2006) 1–41; *PriceWaterhouseCoopers (PWC)/Stephan Breidenbach*, Commercial Dispute Resolution, Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich (2005); *Marietta Birner*, Das Multi-Door Courthouse (2003); *Alexander* 148ff.; *Klowait/Hill* (oben N. 51) 83–87 (*ADR Suitability Screenings*); *Johannes P. Francken*, Das Arbeitsgericht als Multi-Door Courthouse: *NJW* 2006, 1103–1107.

Pflichten Rechte zu statuieren, etwa ein Recht statt einer Pflicht zum Hinweis auf die Mediation.

b) Ertrag des Rechtsvergleichs

Das Ergebnis des Rechtsvergleichs spiegelt wider, dass die soeben unter a) benannten Grundfragen des Verhältnisses und der Regulierung der Konfliktlösungsmechanismen noch nicht befriedigend beantwortet werden können. Einheit herrscht im Bemühen um eine institutionell angemessene Verankerung der Mediation, Vielfalt in den anzutreffenden Regelungstypen.¹⁴⁹

Insbesondere im angloamerikanischen Rechtskreis wird die alternative Streitbeilegung bereits im Stadium vor der Klageerhebung hoheitlich gefördert. In England ist der potentielle Kläger aufgrund der für das Zivilverfahren geltenden *Practice Direction*¹⁵⁰ verpflichtet, dem potentiellen Beklagten unter Nennung des Klageziels und des Klagegrundes frühzeitig mitzuteilen, ob die Bereitschaft zur alternativen Streitbeilegung besteht.¹⁵¹ Eine entsprechende Pflicht trifft auch den potentiellen Beklagten. Wird dennoch Klage erhoben, kann das Gericht von beiden Parteien verlangen, die Einhaltung dieser Vorverfahrenspflichten nachzuweisen und bei Verstößen kostenrechtliche Sanktionen verhängen.

Das kanadische Bundesrecht bezieht ganz ausdrücklich die Rechtsberater in Scheidungsfällen in die Vorverfahrenspflichten mit ein.¹⁵² Dort müssen die Anwälte der Ehegatten ihre Mandanten auf die Möglichkeit der Mediation für die Sorgerechts- und Unterhaltsentscheidungen hinweisen. Die Pflicht beschränkt sich nicht auf den bloßen Hinweis, sondern umfasst die gemeinsame Prüfung mit dem Mandanten, ob sich ein solches Vorgehen lohnen könnte.

Nach Erhebung der Klage kommen zusätzlich die Gerichte zur Steuerung der Konfliktzuordnung in das Blickfeld. Im Rechtsvergleich sind fünf Muster für die Rolle der Gerichte in der institutionellen Verankerung der Mediation erkennbar. Sie lassen sich nach der Intensität der Auseinandersetzung des Gerichts mit der Mediationsgeeignetheit eines Konflikts und der Entscheidung über die Durchführung einer Mediation ordnen:¹⁵³ (1) keine Prüfung der Mediationseignung durch die Gerichte, (2) pauschale Pflicht der Gerichte zum unverbindlichen Hinweis auf alternative Streitlösungsmetho-

¹⁴⁹ Für einen Überblick *Hopt/Steffek* 22 ff.

¹⁵⁰ *Practice Direction (Protocols) to the Civil Procedure Rules, Pre-action Behaviour in Other Cases*, 4(3)(f); abrufbar unter <www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/pdf/practice_directions/pd_protocol.pdf>; näher *Scherpe/Vollers* 263 ff.

¹⁵¹ Kritisch zum englischen Modell *Alexander* in diesem Heft, S. 741 f.

¹⁵² Section 9 Divorce Act 1968; näher *Ellger*, Kanada (oben N. 25) 691 f.

¹⁵³ Ausführlicher mit Beispielen für jeden Regelungstyp *Hopt/Steffek* 24 f.

den, ohne dass eine Prüfungspflicht des Gerichts im Einzelfall bestünde, (3) Prüfungspflicht der Gerichte kombiniert mit einem nicht verbindlichen Hinweisrecht, (4) Prüfungspflicht der Gerichte verbunden mit einem Anordnungsrecht, das die Parteien auch gegen ihr Einverständnis bindet und (5) Prüfungspflicht verbunden mit der Anordnungspflicht in spezifischen Konstellationen.

c) Regelungsempfehlung

Teilt man die hier vertretene Auffassung, dass zentrale Fragen der richtigen Zuweisung einzelner Konflikte zum richtigen Streitlösungsmechanismus nicht ausreichend erforscht sind, fällt eine Regelungsempfehlung nicht leicht. Nimmt man die zumindest informierte Entscheidung der Parteien über den geeigneten Weg zur Streitbewältigung zum Ziel, sprechen gute Gründe für eine Prüfungspflicht der Berater und Gerichte, jeweils verbunden mit einem unverbindlichen Hinweis bei Mediationseignung.¹⁵⁴ Der freiwillige Charakter der Mediation spricht gegen eine zwingende Anordnung derselben.¹⁵⁵

d) Institutionelle Verankerung der Mediation

Unabhängig davon, wie man sich hinsichtlich der Prüf-, Hinweis- und Anordnungspflichten entscheidet, verweist die Problemstellung auf einen wichtigen Aspekt: Entscheidend für die Annahme der Mediation als Streit-schlichtungsverfahren ist ihre institutionelle Verankerung. Gemeint sind damit institutionell verankerte Anreize für die Mediationseinleitung, Information und Gewinnung der Multiplikatoren und Betroffenen, namentlich der Richter, Anwälte, Rechtsabteilungen, Rechtsschutzversicherungen und Parteien.¹⁵⁶

¹⁵⁴ Ähnlich Hess, Gutachten Juristentag F 132f.; Maria Mattioli, Zum Verhältnis richterlicher und nicht-richterlicher Mediation: ZKM 2009, 132 (135); Positionspapier der deutschen Wirtschaft 151; Reinhard Greger, Justiz und Mediation, Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte: NJW 2007, 3258 (3261); Duve (oben N. 8) 5; zu Hinweispflichten der Anwälte *de lege lata* Anne Bercher/Martin Engel, Richtungsentscheidungen für die Mediation in Deutschland: JZ 2010, 226 (230f.); vgl. § 135 II, § 156 I 3 FamFG und dazu Roland Proksch, Reform des familienrechtlichen Verfahrens durch das FamFG: ZKM 2010, 39 (40f.); OLG Brandenburg 10.3.2010, ZKM 2010, 96.

¹⁵⁵ Zur Debatte über Zwang in der Mediation Alexander in diesem Heft, S. 744f.; zu verfassungsrechtlichen Problemen Jörg Risse, Zwang zur Mediation?, Einige verfassungsrechtliche Überlegungen, in: Recht gestern und heute, FS Haase (2006) 309 (310ff.); zur Vereinbarkeit gesetzlichen Zwangs zur außergerichtlichen Streitbeilegung mit dem Europarecht und den Menschenrechten der EMRK EuGH 18.3.2010, ZKM 2010, 92 (mit Anm. Wagner).

¹⁵⁶ Vgl. den Beitrag von Reinhard Greger in diesem Heft, S. 784ff. (passim); außerdem Tögel/Rohlf (oben N. 122) 211f.; Hellberg/Wendt (oben N. 145) 21f.; Eberhard Carl/Christoph Strecker, Europäische Richtervereinigung zur Förderung der Mediation: FPR 2004, 203; Rein-

In die Diskussion seien nur zwei bedenkenswerte Beispiele aus den Niederlanden eingebracht. Erstens hat man dort gute Erfahrungen mit der Einrichtung der Stelle des *Mediationskoordinators* an den Gerichten gemacht.¹⁵⁷ Dessen Aufgabe besteht in der Informationsvermittlung nach innen, unter den Richtern, und nach außen, gegenüber den Parteien. Außerdem hilft der Koordinator dabei, Parteien und Mediatoren zusammenzuführen. Zweitens hat es sich in den Niederlanden bewährt, dem gerichtlichen Vorschlag zur Nutzung der Mediation einen Selbsttest für die Parteien beizulegen.¹⁵⁸ Anhand dessen können die Betroffenen ermitteln, ob sich der Konflikt für ein Mediationsverfahren eignet. Der Selbsttest stellt etwa die Fragen, ob die Partei die Möglichkeit für eine vernünftige Lösung sieht, ob Interesse an einer schnellen Lösung besteht, ob die Partei noch öfter mit der anderen Seite zu tun haben wird, ob Kommunikationsstörungen bestehen und ob eine Lösung angestrebt wird, auf welche die Partei selbst Einfluss hat.

7. Kosten

a) Regelungsmodelle

Sowohl die Streitparteien als auch der Fiskus verbinden mit der Mediation die Hoffnung auf eine Kostenersparnis im Vergleich zu einem Gerichtsprozess. Die große Bedeutung der relativen Kosten der Mediation für die Wahl des Streitlösungsverfahrens durch die Bürger spiegelt sich in der Vielfalt der rechtsvergleichend anzutreffenden Kostenregeln wider.¹⁵⁹ Die Kostenregeln weichen zwar im Detail erheblich voneinander ab, lassen sich jedoch klar zwei Regelungsmodellen zuordnen, an denen sich der deutsche Gesetzgeber auf einer ersten Entscheidungsebene orientieren könnte.

Eine Ländergruppe setzt die Hoffnung auf eine Einsparung von Justizkosten äußerst konsequent um. Hier gilt die Regel, dass eine Kostennorm betreffend die alternative Streitschlichtung keine unmittelbaren Kosten für den Fiskus verursachen darf. Ein bekanntes Beispiel für dieses Regelungs-

hard Greger, Güterichter, Ein Erfolgsmodell: ZRPol. 2006, 229f.; *Jürgen Kloweit*, Corporate Pledge, Königsweg zur Implementierung von Mediation in der Wirtschaft?: SchiedsVZ 2007, 83ff.; *Frauke Prengel*, Große Unterschiede in Europa, Mediation als globales Thema: AnwBl. 2009, 40; *Fritz Jost/Tobias Neumann*, Etablierung der Mediation durch die Anwaltschaft!: ZKM 2009, 164ff.

¹⁵⁷ Dazu näher *Schmiedel* 336f.

¹⁵⁸ Der Selbsttest ist übersetzt abgedruckt in: Mediation 1074; für eine deutsche Checkliste siehe *Hans-Georg Monßen*, Die gerichtsnahе Mediation: AnwBl. 2004, 7 (8); für einen ähnlichen Vorschlag siehe *Greger* (oben N. 154) 3261 (Versendung einer Informationsbroschüre mit der Klagezustellung).

¹⁵⁹ Für einen Überblick *Hopt/Steffek* 28f., 33ff. mit weiteren Nachweisen.

modell sind die englischen Kostenregeln.¹⁶⁰ Danach kann eine Partei, die sich dem Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung verweigert, im Prozess selbst dann in die Kosten verurteilt werden, wenn sie in der Hauptsache obsiegt. Diese Kostennorm entfaltet einen nicht zu unterschätzenden Druck in Richtung alternativer Streitlösungsmethoden. Der Kostenanreiz zu Gunsten der Mediation beruht jedoch nicht auf einer fiskuswirksamen Förderung durch den Staat, sondern auf der Umverteilung der Kosten unter den Parteien.

Die andere Ländergruppe verfolgt im Ergebnis zwar ebenfalls das Ziel einer Senkung der Justizkosten. Ihr Regelungsmodell beruht jedoch auf einer Saldobetrachtung. Danach ist eine Förderung der Mediation dann angezeigt, wenn der Einsatz staatlicher Mittel erwarten lässt, dass die öffentlichen Kosten für die Konfliktbewältigung im Saldo sinken. In der Logik dieses Regelungsansatzes können Kostenanreize, die mit unmittelbaren Aufwendungen für die staatlichen Haushalte verbunden sind, sinnvoll sein. Nach Ausprägungen dieses Regelungsmodells muss man in ausländischen Rechtsordnungen nicht lange suchen.¹⁶¹

In den Niederlanden werden die ersten Sitzungsstunden der Mediation staatlich bezuschusst.¹⁶² Die zugrunde liegende Kostennorm ist in ihrer Wirkung zunächst auf fünf Jahre begrenzt und wird jährlich evaluiert. Rechtstechnisch auf anderem Wege, aber in der Wirkung gleichfalls die alternative Streitbeilegung fördernd, sind die Kostenregeln für die Zivilschlichtung in Japan ausgestaltet.¹⁶³ Dort werden die Kosten der gescheiterten Mediation auf die Gerichtskosten angerechnet. Ein weiteres Beispiel für das in Rede stehende Kostenmodell ist im Kostenrecht des Bezirks Sacramento des US-Bundesstaats Kalifornien anzutreffen. Hier ist für vom Gericht anerkannte Mediatoren für die ersten drei Stunden ihrer Tätigkeit ein Stundensatz von 200 US\$ festgelegt, den das Gericht aus seinem Haushalt erstattet.¹⁶⁴

Einige Rechtsordnungen sehen eine Kostenhilfe zur Mediation vor.¹⁶⁵ Die Mediationskostenhilfe folgt in ihren Regelungen teilweise dem Vorbild der Prozesskostenhilfe, teilweise sind jedoch auch innovative Förderungsmodelle entwickelt worden. Die Unterstützung der Familienmediation in Österreich wird beispielsweise indirekt gewährt, nämlich durch Zahlung an gemeinnützige Einrichtungen, welche die Gelder an die zugehörigen Medi-

¹⁶⁰ Dazu *Engelhardt* (oben N. 76) 233 ff.; *Scherpe/Vollers* 266 ff.; *Denis Diop*, Der Employment Act 2008 und Mediation in Großbritannien: ZKM 2010, 48 (51 ff.).

¹⁶¹ Für einen Überblick und weitere Beispiele siehe *Hopt/Steffek* 29 f.

¹⁶² *Schmiedel* 340 f.

¹⁶³ *Baum/Schwittek* 518 f.

¹⁶⁴ Superior Court of California, Local Rules, 12.23 (Fassung vom 1. 1. 2010); abrufbar unter <www.saccourt.ca.gov/local-rules/docs/local-rules.pdf>; dazu *Kulms* 420.

¹⁶⁵ Dazu *Roth/Gherdane* (132 ff.: Österreich), *Baum/Schwittek* (519 f.: Japan), *Berg* (oben N. 22) (736 f.: Neuseeland).

atoren nach einem bestimmten Schlüssel, der sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Medianten orientiert, weiterreichen.¹⁶⁶ Ziel dieser Förderung ist gem. § 1 I der Förderrichtlinien¹⁶⁷ zum einen die Sicherstellung einer bestimmten Qualität der Familienmediation. Deshalb stellen die Förderrichtlinien Voraussetzungen betreffend die Mediatoren und die Mediation auf, die über die Anforderungen des allgemeinen Zivilrechts-Mediations-Gesetzes hinausgehen. Zum anderen wird gem. § 1 II 2 der Richtlinien die Förderung des Zugangs von Personen zur Mediation bezweckt, denen diese Streitlösungsmethode sonst verschlossen bliebe. Dieser Aspekt spricht für eine Mediationskostenhilfe auch in Deutschland.¹⁶⁸

b) Regelungsempfehlung

Es empfiehlt sich eine Förderung der Mediation durch unmittelbare Kostenanreize nach dem zweiten Regelungsmodell (fiskuswirksame Förderung). Empirische Studien zeigen, dass in Deutschland häufig eine Konfliktbewältigung durch Streitiges Gerichtsverfahren gewählt wird, obwohl der Konflikt besser für die Mediation geeignet wäre.¹⁶⁹ Wesentliche Gründe sind mangelnde Informationen über Wesen und Verfahren der Mediation sowie die fehlende Überzeugung von Anwälten, Richtern und Parteien von den Stärken der Mediation.¹⁷⁰

Faktisch ergeben sich Kostenanreize für die Mediation zwar nicht selten schon daraus, dass die üblichen Kosten einer Mediation geringer als die üblichen Kosten eines Gerichtsverfahrens sind.¹⁷¹ Sofern möglich, sollte jedoch nicht darauf gewartet werden, dass sich diese Anreize auf lange Sicht gegen Vorbehalte gegen die Mediation durchsetzen, die auf fehlender Information und unzutreffender Geringschätzung der außergerichtlichen Streitbeilegung beruhen. Vielmehr sollte dieser Prozess beschleunigt werden, etwa durch eine zeitlich befristete und in ihren Auswirkungen evaluierte Anschubfinanzierung der Mediation. Dafür spricht nicht nur eine im Saldo zu erwartende Reduktion der Justizkosten, sondern auch die positiven Charakteristika der Mediation, namentlich die nachhaltige Konfliktlösung und die Stärkung der Beteiligten durch die konstruktive Streitlösungsmethode. Die Förderung der Mediation sollte allerdings das Eigeninteresse der Parteien an

¹⁶⁶ Näher *Roth/Gherdane* 133 f.

¹⁶⁷ Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend, GZ 42 5000/5-V/2/04, vom 22. 12. 2004.

¹⁶⁸ Dafür auch *Mattioli* (oben N. 154) 135.

¹⁶⁹ *PWC/Breidenbach* (oben N. 148).

¹⁷⁰ Dazu auch unter VI., S. 878.

¹⁷¹ *Peter M. Horst*, Die Kosten der Mediation, in: *Handbuch Mediation* § 47, S. 1148 Rz. 4, und S. 1170 f. Rz. 142 f.; *Roth/Gherdane* (122: Österreich), *Baum/Schwittek* (512 f.: Japan); vgl. auch OLG Saarbrücken 25.8.2009, ZKM 2010, 61 f.

einer effizienten Streitlösung aufrechterhalten. Empfehlenswert sind daher Modelle, die nur einen bestimmten Prozentsatz der Kosten übernehmen oder – wie in den Niederlanden – nur einen gewissen Zeitraum abdecken. So würde zudem das Kostenrisiko aus Sicht der Justizhaushalte beherrschbar. Zur Empfehlung der Einführung einer Kostenregel nach englischem Vorbild siehe bereits oben unter III.2.c).

Ähnliche Überlegungen sprechen für die Einführung einer Mediationskostenhilfe.¹⁷² Hier stellt sich die Frage, ob diese aufgrund der Bewilligungsentscheidung eines Gerichts oder in Selbstverwaltung ausgewählter Mediatorenverbände zu erteilen wäre. Die Normierung könnte sich nur bedingt an den hergebrachten Grundstrukturen der Prozesskostenhilfe gem. §§ 114 ff. ZPO orientieren. Anders als bei der Prozesskostenhilfe kann es bei der Mediationskostenhilfe nicht wie in § 114 Satz 1 ZPO auf die »hinreichende Aussicht auf Erfolg« der »beabsichtigte[n] Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung« ankommen. Vielmehr muss die materielle Mediationsgeeignetheit¹⁷³ des Konflikts im Zentrum stehen.

IV. Mediationsverfahren

Bei der Entscheidung über die Regelung des Mediationsverfahrens gilt es, eine Abwägung zu treffen. Einerseits besteht die besondere Qualität der Mediation gerade darin, dass der Weg zur Konfliktbewältigung gerade nicht einem hoheitlich vorgeschriebenen Muster zu folgen hat. Vielmehr haben die Parteien und Mediatoren die Chance, Gang und Methode der Streitlösung den Eigenheiten des Einzelfalls anzupassen. Andererseits wird nach dem Gesetzgeber gerufen, um Verbraucher vor Qualitätsmängeln zu schützen und den Betroffenen erst die erforderlichen rechtlichen Mittel zur außergerichtlichen Konfliktlösung an die Hand zu geben. Am Beispiel der Vertraulichkeitsregeln¹⁷⁴ lässt sich ersehen, dass Regulierung nicht nur Freiheitsräume einschränkt, sondern diese bisweilen erst schafft.

¹⁷² *Hellberg/Wendt* (oben N. 145) 24; *Ernst Spangenberg*, Mediationskostenhilfe ein Verfassungsgebot?: FamRZ 2009, 834f.; *BRÄK*, Stellungnahme der BRÄK zum Entwurf eines Gesetzes über die Vergütung der Rechtsanwälte: BRÄK-Mitt. 2/2002, 74f. (für eine »Beiordnung im Wege der Mediationskostenhilfe«); nur für die Einbeziehung der gerichtlich veranlassten Mediation in die Prozesskostenhilfe *Hess*, Gutachten Juristentag F 115f.; *de lege lata* umfasst die Prozesskostenhilfe laut OLG Dresden 9.10. 2006, NJW-RR 2007, 80f. die gerichtsexterne Mediation selbst dann nicht, wenn diese auf Anregung des Prozessgerichts stattfindet; a. A. KG Berlin 31. 3. 2009, ZKM 2010, 31f.; AG Eilenburg 20. 4. 2007, FamRZ 2007, 1670f.

¹⁷³ Dazu rechtsvergleichend *Hopt/Steffek* 21f. mit weiteren Nachweisen.

¹⁷⁴ Dazu oben III.3., S. 854ff.; allgemein zur Bedeutung des Rechts für die Mediation *Alexander* Kapitel 2.

Vor dem Hintergrund dieser entgegengesetzten Regelungsmotive überrascht es nicht, dass im Rechtsvergleich ganz unterschiedliche Regelungsansätze anzutreffen sind. Manche Rechtsordnungen unterwerfen Struktur und Ablauf des Mediationsverfahrens vergleichsweise strikten Vorgaben¹⁷⁵, während andere von hoheitlicher Gesetzgebung im Vertrauen auf wohlfahrtsfördernde Freiheitsausübung verzichten¹⁷⁶. Auffällig ist, dass nahezu überall ein von hoheitlicher Regelung unbeeinträchtigter Freiheitsraum verbleibt, innerhalb dessen Parteien und Mediatoren eine selbstbestimmte und flexible Konfliktlösung entwickeln können.¹⁷⁷ Hier herrscht zu Recht Vertrauen darauf, dass Parteien, Mediatoren, Verbände und Wissenschaft im Zusammenwirken praktischer Erfahrung und kreativer Lösungssuche Standards entwickeln und die Besonderheiten des konkreten Konflikts sensibel beachten.¹⁷⁸ Dies sollte auch für das deutsche Recht der Mediation so bleiben.¹⁷⁹

Gleichwohl gilt es, Regelungsentscheidungen jenseits dieses Freiheitskerns der Mediation zu treffen. Hier ist nicht der Platz, dafür ein umfangreiches Regelungsprogramm zu entwerfen.¹⁸⁰ Vielmehr sollen nur Regelungsthemen und Regelungsmethoden mit direktem oder indirektem Bezug zum Mediationsverfahren genannt werden. Es sei betont, dass es sich dabei nur um eine Aufzählung nach Art einer »Merkliste« handelt und mit der Nennung eines Postens insbesondere nicht der Aufruf zur Regelung ergeht. Regelungsthemen betreffen: Einleitung des Mediationsverfahrens, Bestellung des Mediators (Mediatorvertrag, Auswahl und Ablehnung, Rolle des Mediators, Co-Mediation), Eröffnung der Mediation, Sachverhaltsaufklärung, Verhandlung, Lösungssuche, Online-Mediation, *Caucus* und *Shuttle Mediation*, Rolle der Berater, Mediationsprotokoll und Abschluss der Mediation.

Gesetzestechisch empfiehlt sich für den Gesetzgeber die Nutzung des ganzen Spektrums von Normtypen mit dem Ziel, möglichst große Freiheitsräume zu wahren (»im Zweifel gegen die Regelung«).¹⁸¹ Zu denken ist an folgende Normtypen: zwingende, halbzwingende und uneingeschränkt dispositiven Gesetze, *soft law* und private Modellverträge.¹⁸² Darüber hinaus ist zu entscheiden, ob die Qualitätssicherung und Normeinhaltung festge-

¹⁷⁵ Vgl. die Regelungen in Frankreich zum gerichtlichen Mediationsverfahren (*Deckert* 210 ff.) und die gesetzlichen Regeln in Ungarn (*Jessel-Holst* 909 ff.).

¹⁷⁶ Vgl. die Gesetzeslage in Österreich (*Roth/Gherdane* 143 ff.), den Niederlanden (*Schmiedel* 356 ff.) und Kanada (*Ellger* [oben N. 25] 684 ff.).

¹⁷⁷ Zum US-amerikanischen Recht *Kulms* 438 f.

¹⁷⁸ *Steffek*, Mediation in Europa und der Welt (oben N. 6) 23; siehe aber auch *Gerhard Wagner*, Heuristiken und Mediation: ZKM 2007, 172–176 zu Entscheidungsverzerrungen in der Mediation.

¹⁷⁹ *Ulrich Sick*, Die Mediation in Deutschland, Regelungsfreier Raum oder ist eine gesetzliche Regelung erforderlich?, in: *Recht gestern und heute*, FS Haase (2006) 354.

¹⁸⁰ Für eine ausführliche rechtsvergleichende Zusammenstellung siehe *Hopt/Steffek* 42 ff.

¹⁸¹ Ähnlich Positionspapier der deutschen Wirtschaft 147; *Duwe* (oben N. 8) 3.

¹⁸² Vgl. dazu *Alexander* in diesem Heft, S. 737 ff.

schriebenen Gesetzen, ermessensausübenden Gerichten, hoheitlichen Aufsichtsinstitutionen, privaten Verbänden oder den Akteuren selbst anvertraut werden soll. Auch hier ist im Zweifel dem weniger eingriffsintensiven Regelungsansatz Vorrang zu geben.

V. Mediatoren

1. Regulierungsmodelle

Im Bereich des Berufsrechts der Mediatoren konzentriert sich dieser Beitrag auf die zuerst zu treffende Wahl des besten Regulierungsmodells.¹⁸³ Der Rechtsvergleich schärft den Blick dafür, dass drei Regulierungsmodelle zur Auswahl stehen:¹⁸⁴ das Zulassungsmodell, das Anreizmodell und das Marktmodell.

Das *Zulassungsmodell* verlangt in seiner Grundform eine hoheitliche Zulassung als Voraussetzung der Ausübung der Mediatorentätigkeit. Wer nicht zugelassen ist, darf keine Mediationen durchführen (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt). In dieser klassischen Form hat sich beispielsweise Ungarn für das Zulassungsmodell entschieden.¹⁸⁵ Das ungarische Beispiel zeigt, dass dieses Regelungsmodell unproblematisch die Setzung und Überprüfung detaillierter Standards (Ausbildung, Hochschulabschluss, Berufserfahrung etc.) sowie die Einrichtung eines zentralen, staatlich geführten Mediatorenregisters erlaubt. Das Zulassungsmodell kennzeichnet in dieser Reinform die zentrale Kompetenzzuweisung zu staatlichen Stellen unter Ausschluss der Berufsverbände.

Eine abgeschwächte Variante des Zulassungsmodells ist in Kalifornien¹⁸⁶, Norwegen¹⁸⁷ und Portugal¹⁸⁸ zu finden. Dort führen die Gerichte Mediatorenlisten, in die nur Aufnahme findet, wer bestimmte Bedingungen erfüllt. Funktional findet hier wie beim zentralen, staatlichen Zulassungsmodell eine laufende Überprüfung der Fähigkeiten und der Geeignetheit der auf die Liste eingeschriebenen Mediatoren statt. Als abgeschwächte Variante wird dieses Modell hier deshalb bezeichnet, weil in den benannten Ländern jenseits gerichtlich veranlasster Mediationen der Zugang zur Mediatorentätigkeit nicht verboten ist. Eine weitere, recht ähnliche Variante des Zulas-

¹⁸³ Zu weiteren Themen (Pflichten, Haftung, Ausbildung, Zulassung, Berufsausübung) rechtsvergleichend *Hopt/Steffek* 59 ff. mit weiteren Nachweisen.

¹⁸⁴ Dazu im Überblick bereits *Steffek*, *Mediation in Europa und der Welt* (oben N. 6) 24.

¹⁸⁵ Näher *Jessel-Holst* 913 ff.

¹⁸⁶ *Kulms* 456 f.

¹⁸⁷ *Sperr* (oben N. 20) 779 f.

¹⁸⁸ *Schmidt* 821.

sungsmodells ist in Frankreich anzutreffen.¹⁸⁹ Dort haben die Richter bei der gerichtlichen Mediation zwar die Geeignetheit des Mediators im Einzelfall anhand gesetzlicher Vorgaben zu prüfen. Um nicht jedes Mal wieder neu in eine Sachverhaltsermittlung einsteigen zu müssen, führen einige Gerichte zur Arbeitserleichterung jedoch Mediatorenlisten. Rechtspraktisch hat diese Liste eine Zulassungsfunktion, wenn die Gerichte nur Mediationen mit Mediatoren anordnen, die auf der Liste eingetragen sind.

Das *Anreizmodell* eröffnet grundsätzlich jedem die Tätigkeit als Mediator. Die Aufnahme in eine Mediatorenliste ist keine Voraussetzung für die gerichtsexterne, gerichtsinterne oder gerichtsnahe Mediation. Für die Medianden günstige Rechtsfolgen treten aber nur dann ein, wenn die Mediation von einem Mediator durchgeführt wird, der in einer Mediatorenliste eingetragen ist. Die Funktionsweise des Anreizmodells lässt sich gut an den Regelungen veranschaulichen, für die sich die Gesetzgeber in Österreich und in Japan entschieden haben.

In Österreich¹⁹⁰ setzt die Tätigkeit als Mediator nicht die Eintragung in die vom Bundesministerium der Justiz geführte Mediatorenliste voraus. Anspruch auf Eintragung in die Liste hat gem. § 9 I ZivMediatG, wer bestimmte fachliche Qualifikationen, Vertrauenswürdigkeit und den Abschluss einer Haftpflichtversicherung nachweist. Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz enthält weiterhin für die Medianden vorteilhafte Regeln, etwa in §§ 15 f. zu den Pflichten des Mediators, in § 18 zur Verschwiegenheit des Mediators samt seiner Hilfspersonen und zur Vertraulichkeit der Mediationsunterlagen, in § 19 zur Haftpflichtversicherung, in § 20 zur Fortbildung der Mediatoren und in § 22 zur Fristhemmung in der Mediation. All diese für die Parteien vorteilhaften Rechtsfolgen greifen aber nur dann ein, wenn die Parteien einen Mediator engagieren, der in der Mediatorenliste des Justizministeriums aufgeführt ist. Es besteht also im ersten Schritt ein Anreiz auf Seiten der Parteien, einen eingetragenen Mediator zu bestellen. Im zweiten Schritt folgt daraus ein Anreiz für Mediatoren, die Qualitätsanforderungen für die Listeneintragung zu erfüllen und den Antrag zur Listeneintragung zu stellen.

In Japan¹⁹¹ hat man sich demgegenüber für ein Anreizmodell entschieden, bei dem Institutionen, die Mediation anbieten, bei Nachweis detaillierter Voraussetzungen ein staatliches Zertifikat erlangen können. Der Anreizeffekt wird dadurch erreicht, dass Medianden, die eine Mediation unter dem Dach einer zertifizierten Institution durchführen, von den höheren Anforderungen profitieren, welche diese Institutionen erfüllen.

¹⁸⁹ Näher *Deckert* 213 ff.

¹⁹⁰ Ausführlich zur österreichischen Regelung *Roth/Gherdane* 170 ff.

¹⁹¹ Ausführlich zum japanischen Modell *Baum/Schwitek* 545 ff.

Denkbar ist auch eine Ausgestaltung des Anreizmodells derart, dass nur ein auf staatliche Qualitätsvorgaben zurückgehendes Zertifikat vergeben wird. Der Anreiz für Mediatoren, das Zertifikat zu führen und die dafür gesetzten Voraussetzungen zu erfüllen, ergibt sich aus der Signalwirkung als „Gütesiegel“. Den Marktteilnehmern, etwa Verbrauchern oder Rechtsschutzversicherungen, stünde so ein standardisiertes Auswahlkriterium zur Verfügung.

Schließlich steht das *Marktmodell* zur Auswahl, bei dem auf eine staatliche Regulierung des Berufsrechts verzichtet wird.¹⁹² Das Marktmodell geht davon aus, dass das rationale Verhalten der Teilnehmer am Markt für Mediation regulierende Wirkung in Richtung eines Angebots qualitativ hochwertiger Mediationen führt. Am Beispiel England¹⁹³ lässt sich ablesen, dass sich nach einer Anfangsphase ungeordneter Marktentfaltung nach und nach private Institutionen herausbilden können, die für einen Mediationsmarkt sorgen, dessen Qualität in etwa dem hoheitlich regulierten entspricht. Beispielsweise haben die großen Mediationsverbände einige wenige, mit Titeln versehene Qualitätskategorien geschaffen, die den Parteien eine informierte Mediatorenauswahl ermöglichen.¹⁹⁴ Ergänzend vermittelt die im Jahr 2006 eingeführte *National Mediation Helpline*¹⁹⁵ telefonisch oder per E-Mail Informationen über die Mediation und unterstützt Parteien bei der Suche nach einem Mediator.

2. Regelungsempfehlung

Für das deutsche Berufsrecht der Mediatoren empfiehlt sich ein Anreizmodell mit starkem Marktcharakter.¹⁹⁶ Das Anreizmodell bietet den Vorteil eines Nebeneinanders qualitätssichernder Listenführung und kreativitätseröffnender, unregulierter Mediatorentätigkeit. Grundlage für die deutsche Regelung könnte eine Kombination des österreichischen mit dem japanischen Regelungsmodell sein. In Abweichung von der zentralen, staatlichen Listenführung in Österreich sollte man auch in Deutschland erwägen, den Berufsverbänden eine stärkere Stellung einzuräumen, um deren Fach-

¹⁹² Dafür: Positionspapier der deutschen Wirtschaft 148f.; *DAV*, Eckpunktepapier zur Ausgestaltung des Mediationsgesetzes (2009) 1 (zitiert: Eckpunktepapier).

¹⁹³ *Scherpe/Vollers* 315ff.; *Alexander* in diesem Heft, S. 749ff.

¹⁹⁴ Ein ähnliches Modell, allerdings beruhend auf einem staatlichen Gütesiegelsystem, schlägt *Wagner* in diesem Heft, S. 832f., vor.

¹⁹⁵ Siehe <www.nationalmediationhelpline.com>.

¹⁹⁶ In diese Richtung auch *Tögel/Rohlf* (oben N. 122) 210f.; *dies.*, Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie: ZKM 2010, 86 (88f.); *Hellberg/Wendt* (oben N. 145) 23f.; *Friedwart A. Becker/Claus-Henrik Horn*, Notwendige Regelungen eines deutschen Mediationsgesetzes, in: *Recht gestern und heute* (oben N. 179) 207f.

wissen und Nähe zu den Mediatoren fruchtbar zu machen. In Deutschland könnten daher zertifizierte Verbände die Definition der Ausbildungsanforderungen und die Listenführung übernehmen.¹⁹⁷ So ergäbe sich ein geordnetes und gleichzeitiges buntes Bild eingetragener Mediatoren, was die Sorge einer »Zwei-Klassen-Gesellschaft« eingetragener und nicht-eingetragener Mediatoren zerstreuen würde. Die Verteilung der Listenführung und Standardsetzung auf mehrere Verbände sorgt gleichzeitig für einen Wettbewerb um angemessene Qualitätsstandards und verhindert, dass allein im Gebühreninteresse der Mediationsausbilder überspannt hohe Anforderungen gestellt werden.

Anders als in Österreich sollten die mit Einschaltung eines eingetragenen Mediators verbundenen Vorteile sachlich mit der Qualitätssicherung zusammenhängen. Das betrifft etwa die Ausbildungs- und Fortbildungsanforderungen, besondere Sorgfalts- und Treupflichten, aber auch strafrechtliche Zeugnisverweigerungsrechte. Demgegenüber besteht kein sachlicher Grund, die Verjährungs- und Vollstreckbarkeitsnormen sowie die zivilrechtlichen Vertraulichkeitsregeln nur bei Tätigwerden eingetragener Mediatoren anzuwenden.¹⁹⁸ Diese Vorteile sollten sämtlichen Mediationen zugutekommen. Ein rechtstechnischer Vorteil des Anreizmodells wäre mit Blick auf andere Normen (z. B. die strafrechtlichen Zeugnisverweigerungsrechte), dass dort tatbestandlich problemlos auf die Listeneintragung verwiesen werden könnte. Bei der Ausgestaltung sind insbesondere die Vorgaben der Berufsfreiheit (Art. 12 GG), der Dienstleistungsrichtlinie und der Berufsanererkennungsrichtlinie zu beachten.¹⁹⁹

VI. Erfolgsfaktoren

Ein wichtiges Ergebnis der Studie des Max-Planck-Instituts für Privatrecht ist die Feststellung, dass der Erfolg der Mediation nicht nur von ihren häufig aufgeführten Effizienzvorteilen, nämlich der Ersparnis von Zeit und Kosten bei der Konfliktbewältigung, bedingt wird. Zwar stimmt die Studie mit anderen Untersuchungen darin überein, dass die Parteien und die für die Justizkosten Verantwortlichen zu Recht die Hoffnung hegen, mit der Mediation Kosten und Zeitaufwand der Streitlösung zu senken.

Beispielhaft sei auf die Analyse des englischen *National Audit Office* zu Familienstreitigkeiten in den Jahren 2004 bis 2006 verwiesen.²⁰⁰ Danach

¹⁹⁷ Für ein dezentrales Modell: Eckpunktepapier (oben N. 192) 1f.

¹⁹⁸ Zutreffend *Wagner* in diesem Heft, S. 831.

¹⁹⁹ *Martin Probst*, Mediation und Recht, Zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie: JR 2009, 265 (269); *Wagner* in diesem Heft, S. 830.

²⁰⁰ *National Audit Office*, Legal Aid and Mediation for People Involved in Family Breakdown (2007) 5, 8, 10.

kostete eine Mediation im Durchschnitt nur 752 £, während ein Gerichtsverfahren im Durchschnitt mit 1.682 £ mehr als doppelt so teuer war. Absolut bedeutete das allein mit Blick auf die Familienstreitigkeiten Mehrkosten für den Steuerzahler von ca. 74 Mio. £ pro Jahr, wobei unterstellt wird, dass der Staat für die alternativ durchgeführten Mediationen aufgekommen wäre. Die Mediationen waren zudem deutlich schneller, was besonders bei den emotional belastenden Familienstreitigkeiten nicht zu unterschätzen ist. Mediationen wurden im Schnitt innerhalb von 110 Tagen durchgeführt, während Gerichtsverfahren durchschnittlich 435 Tage dauerten.

Darüber hinaus – das zeigt der Vergleich von Regelungsmodellen und Rechtstatsachen – ist für den Erfolg der Mediation im Konzert der Streit-schlichtungsverfahren aber auch entscheidend, dass die Mediation klar und rechtssicher im materiellen Recht und Verfahrensrecht verankert wird. Wie diese rechtsinstitutionelle Einbindung in das deutsche Recht in Zukunft aussehen könnte, ist oben unter III. dargestellt worden.

Schließlich folgt aus der Studie des Max-Planck-Instituts im Vergleich mit anderen Ländern, dass der Erfolg der Mediation auch davon abhängt, ob die maßgeblichen Personengruppen für dieses Verfahren gewonnen werden können. Damit ist kein »Überreden« gemeint, sondern eine Aufklärung, die den Betroffenen eine informierte Entscheidung über den geeigneten Weg der Streitbewältigung ermöglicht. Weitere Information der Anwälte, als häufig erste Ansprechpartner bei verhärteten Konflikten, der Richter als entscheidender Schnittstelle bei der gerichtsnahen und -internen Mediation und – vor allem – der Bürger, ist notwendig.

Die Richtlinie fordert in Art. 9 die Information der breiten Öffentlichkeit über Kontaktaufnahmemöglichkeiten mit Mediatoren und Verbänden. In Deutschland sollte darüber hinaus Information über und Verständnis von Konflikttypen und Streitbewältigungsmöglichkeiten in angemessenem Umfang gefördert werden.

VII. Regelungsprogramm in der Gesamtschau

Für die Umsetzung der Mediationsrichtlinie drängt sich die Nutzung rechtsvergleichender Erkenntnisse auf. Rechtsinstitutionelle und rechtskulturelle Unterschiede sind bei der Übernahme ausländischer Regelungsansätze jedoch zu beachten. Für die Regelung der Mediation in Zivil- und Handelssachen in Deutschland ergibt sich aus dem Rechtsvergleich keine Präferenz für einen grundsätzlich umfassenden oder zurückhaltenden Regelungsansatz. Vielmehr gilt es, problemspezifische Regeln zu treffen. Der Gesetzgeber hat die Aufgabe, die Mediation klar und rechtssicher im materiellen und prozessualen Recht zu verankern. Bestehen Zweifel über den Regulierungsbedarf, empfiehlt sich der Regulierungsverzicht. Ebenso emp-

fehlt sich die Nutzung derjenigen Normtypen, die so wenig eingriffsintensiv wie nötig sind (insbesondere dispositive vor zwingenden Normen).

Die grundsätzlich wünschenswerte Durchsetzbarkeit von Mediationsabreden im materiellen Recht und Prozessrecht ergibt sich weitgehend bereits *de lege lata*. Die Weiterentwicklung sollte Vertragspraxis, Gerichten und Wissenschaft überlassen werden. *De lege ferenda* sollte durch eine §§ 1032 und 1033 ZPO vergleichbare Regelung Rechtsklarheit für die Mediation geschaffen werden. Zudem könnte die Durchsetzung von Mediationsabreden nach englischem Vorbild durch prozessrechtliche Kostensanktionen bei Nichterfüllung der Pflichten aus der Mediationsabrede verbessert werden. Die Zwangsvollstreckung von Mediationsabreden gem. § 888 ZPO sollte durch Ergänzung der Ausnahmetatbestände in Abs. 3 rechtssicher abgeschlossen werden.

Die Vertraulichkeit der Mediation ist im ersten Regelungsschritt hinsichtlich der erfassten Personen, Inhalte und Gegenstände weitgehend zu schützen. Der Schutzbereich ist im Interesse der Öffentlichkeit, Dritter und zur Verhinderung der »Flucht in die Mediation« im zweiten Regelungsschritt zu beschränken. Materiellrechtlich ist die Vertraulichkeit durch sanktionierte Verschwiegenheitspflichten, prozessrechtlich durch Vortragsbeschränkungen, Beweismittelbeschränkungen, Zeugnisverweigerungsrechte und eine Einschränkung des Akteneinsichtsrechts zu schützen. Die Vertraulichkeitsregeln sollten nicht auf bestimmte Verfahrenstypen beschränkt werden, da Informationsmissbrauch auch außerhalb von Rechtsdurchsetzungsverfahren droht.

Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollte die Mediation in den Katalog der verjährungshemmenden Tatbestände in § 204 I BGB aufgenommen werden. Es empfiehlt sich, durch dispositives Gesetzesrecht auch Beginn und Ende der Verjährungshemmung sowie die erfassten Ansprüche zu regeln. Darüber hinaus sollte eine entsprechende Regelung für materielle Ausschlussfristen ergehen, um die Mediation nicht mit deren drohendem Ablauf zu belasten. Dritte und die Öffentlichkeit sollten durch die fristmäßige Privilegierung der Mediation jedoch nicht nachteilig betroffen werden.

Das Exequaturverfahren gem. §§ 796a ff. ZPO bietet sich als bewährtes Regelungsvorbild für die Vollstreckbarerklärung von Mediationsergebnisvereinbarungen an. Für die maßvolle Institutionalisierung der Mediation empfehlen sich Prüf- und Hinweispflichten der Berater und Gerichte, allerdings keine Anordnungsrechte. Nach niederländischem Vorbild empfiehlt sich die Einführung von Mediationskoordinatoren an den Gerichten und von Mediationsselbsttests in Ergänzung der gerichtlichen Mediationsempfehlung.

Zur Überwindung von Informationsdefiziten und unangemessenen Konfliktbewältigungsgewohnheiten ist die Einführung einer zunächst zeitlich

beschränkten finanziellen Förderung der Mediation sowie einer Mediationskostenhilfe zu empfehlen. Die finanzielle Förderung der Mediation sollte so ausgestaltet werden, dass das Eigeninteresse der Parteien an einer effizienten Streitlösung aufrechterhalten bleibt (prozentuale oder zeitlich begrenzte Förderung). Die Mediationskostenhilfe sollte anders als die hergebrachte Prozesskostenhilfe nicht die Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung in den Blick nehmen, sondern die materielle Mediationsgeeignetheit des Konflikts.

Der Kern des Mediationsverfahrens ist von zwingenden Regelungen freizuhalten, um die Stärken der Mediation als ein von Selbstverantwortung getragenes Verfahren zu erhalten. Für das Berufsrecht ist ein Anreizmodell (im Gegensatz zum Zulassungs- oder Marktmodell) unter Beteiligung der Berufsverbände geeignet, die Qualität der Mediation zu garantieren und gleichzeitig die Experimentierfreude nicht durch überzogene Regelung zu ersticken. Für die weitere Entwicklung der Mediation sind ihre Erfolgsfaktoren im Blick zu behalten: eigenverantwortliche Konfliktlösung, Kosten- und Zeiteffizienz, institutionelle rechtliche Verankerung sowie die Gewinnung und Information der maßgeblichen Personen.

Summary

COMPARATIVE RESEARCH FOR THE REGULATION OF MEDIATION

The history of mediation is a history of comparative and interdisciplinary learning. Using comparative research for the implementation of the Mediation Directive is a promising endeavour. However, foreign legal rules may not blindly be copied. Instead, differences in legal cultures and institutions have to be taken into account.

For the regulation of mediation in civil and commercial matters in Germany, a comparison of laws does not yield a preference for extensive or restrictive regulation. In cases of doubt about the necessity of regulation it is recommended to abstain from regulation. Similarly, those types of legal rules should be used which interfere only as far as necessary with the freedom of the persons involved (e.g. non-mandatory rules should be preferred to mandatory rules if possible).

In principle, agreements to mediate should be enforceable both in substantial and procedural law. To a large degree this is already the case under the current legal regime. However, following the English example procedural cost sanctions should be introduced statutorily in cases where parties do not comply with the agreements to mediate they entered into.

The regulation of the confidentiality of mediation should assume a comprehensive starting point as regards persons, contents and items affected. Then, however, the scope of protection should be limited in the interest of the public, third persons and to avoid an »escape into mediation«.

To prevent uncertainty of law, mediation should be introduced in section 204(1) BGB (German Civil Code) as an event triggering the extension of the limitation period of claims. An equivalent rule should be formulated for cut-off periods in substantive law to prevent mediation from being burdened with the threat of their expiry.

The *exequatur* procedure in sections 796a et seqq. ZPO (German Code of Civil Procedure) should be used as a model to regulate the enforceability of settlements reached in mediation. Following the example set in the Netherlands, it is recommended to introduce mediation coordinators at the courts as well as mediation self-tests complementing the court's recommendation to use mediation.

With a view to overcoming both detrimental habits in dealing with conflicts and information deficiencies, mediation should be encouraged by the introduction of financial sponsorship and legal aid for mediation.

The core of mediation is to be kept free of mandatory regulation, since this procedure rests on the freedom and personal responsibility of the parties. The professional law of mediators should be regulated by implementing an incentive model (instead of an admission or market model). As regards the further development of mediation, the success factors are: cost and time efficiency as classical strengths, anchoring mediation institutionally in substantive and procedural law as well as information of the relevant persons.

