

# ZfRV

[Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht]  
Mit Euro-Info ZER

- Beiträge** 163 **Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung**  
Peter G. Mayr und Martin Weber
- 179 **Die Reform des italienischen Arbeitsmarkts – Legge Biagi**  
Alexandra Prax
- 187 **Die einvernehmliche Auflösung des Arbeitsvertrags im Rechtsvergleich**  
Jasmin Pačić

**Leitsätze** 192 **Nr 35 – 39**

**Rechtsprechung** 193 **Zur Wirkung des Wegfalls der Vollstreckbarkeit eines ausländischen Exekutionstitels im Inland**

**Begründet von**  
Fritz Schwind

**Herausgeber**  
Hans Hoyer  
Michael Schweitzer  
Willibald Posch  
Manfred Straube

**Redaktion**  
Institut für Rechtsvergleichung  
der Universität Wien

Oktober 2007

05

MANZ 

ISSN 0514-275X

# Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung

Die alternative Streitbeilegung oder Alternative Dispute Resolution (ADR) ist ein Thema, das seit geraumer Zeit eine anhaltende Hochkonjunktur erlebt. Nicht nur auf nationaler, sondern auch auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften bildete sich ein verstärktes Interesse für diese Thematik heraus, dem dann auch entsprechende Initiativen in Form von zwei Empfehlungen, einem Grünbuch und schließlich einem Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen folgten. Diese europäischen Initiativen sollen im folgenden Beitrag dargestellt und kritisch beurteilt werden. Außerdem wird ein Überblick über den Stand des Gesetzgebungsprozesses zur Mediationsrichtlinie gegeben.

Von Peter G. Mayr und Martin Weber

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Die Entwicklung der alternativen Streitbeilegung in der EG/EU
  - 1. Die Verbesserung des Zugangs der Verbraucher zum Recht
  - 2. Die Festlegung von Mindestgrundsätzen für die außergerichtliche Streitbeilegung
    - a) Allgemeines
    - b) Die Empfehlung 98/257/EG
    - c) Die Empfehlung 2001/310/EG
  - 3. Das EEJ- bzw das ECC-Net
  - 4. Die Weiterentwicklung bis 2004
- C. Der Vorschlag einer Mediationsrichtlinie
  - 1. Allgemeines
  - 2. Art 1 – Ziel und Geltungsbereich
  - 3. Art 2 – Begriffsbestimmungen
  - 4. Art 3 – Verweis auf die Mediation
  - 5. Art 4 – Sicherstellung der Qualität der Mediation
  - 6. Art 5 – Vollstreckung von Vereinbarungen über die Streitschlichtung
  - 7. Art 6 – Zulässigkeit von Beweisen in Gerichtsverfahren
  - 8. Art 7 – Aussetzung von Fristen
  - 9. Art 8 bis 11
- D. Der weitere Gesetzgebungsprozess
- E. Zusammenfassung und Ausblick

## A. Einleitung

Die alternative (außergerichtliche) Streitbeilegung oder *Alternative Dispute Resolution* (ADR)<sup>1)</sup> ist ein Thema, das nun schon seit geraumer Zeit eine anhaltende Hochkonjunktur erlebt.<sup>2)</sup> Die Gründe für diese verbreitete Suche nach Alternativen zur herkömmlichen staatlichen Justiz sind viel zu vielfältig, um hier näher dargestellt werden zu können; sie reichen vom Bestreben, die Gerichte zu entlasten, bis zur Forderung nach qualitativ hochwertigen, konfliktadäquaten Methoden der Streitlösung. Auch auf die Vor- und Nachteile, die Sinnhaf-

tigkeit und die Gefahren dieser Bewegung soll und kann hier nicht näher eingegangen werden.<sup>3)</sup> Feststeht jedenfalls, dass eine Tendenz zu alternativen Konfliktlösungsmechanismen nicht mehr nur im angloamerikanischen<sup>4)</sup> und fernöstlichen Rechtsbereich<sup>5)</sup> zu verzeichnen ist, sondern dass sie in den letzten Jahren auch in Europa in den unterschiedlichsten Rechtsbereichen vermehrt an Bedeutung gewonnen hat.<sup>6)</sup> In allen europäischen Ländern finden sich mittlerweile eine Fülle

1) Die Terminologie ist (noch) keineswegs einheitlich und gesichert: Während in den „europäischen“ Dokumenten meist von einer „alternativen Streitbeilegung“ und „Streitschlichtung“ die Rede ist, wird im deutschen Sprachgebrauch eher der Ausdruck „außergerichtliche Streitbeilegung“ verwendet. Nicht zuletzt wegen der terminologischen Unklarheiten greifen die (österreichisch/deutsche) Literatur und Praxis gerne zum neutralen englischen Oberbegriff „*Alternative Dispute Resolution*“. Siehe unten bei FN 52. Näher zur komplizierten Terminologie etwa *Rüssel*, Schlichtungs-, Schieds- und andere Verfahren außergerichtlicher Streitbeilegung – Versuch einer begrifflichen Klarstellung, JuS 2003, 380 oder *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003) § 1 Rz 8 ff, sowie unten FN 31 und 38.

2) In jüngerer Zeit bildete das Thema „Alternative Dispute Resolution – Conciliation – Mediation“ etwa einen Schwerpunkt der Tagung der wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht in Athen 2001. Eine Veröffentlichung der einschlägigen Beiträge erfolgte in dem von *P. Gottwald* im Jahr 2002 herausgegebenen Sammelband „Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts“. Siehe ferner bspw. (in Österreich) *Perner/Völkl*, Conciliation, Mediation, ADR, ÖJZ 2003/28, 495.

3) Siehe dazu etwa *W. Gottwald*, Grundsatzfragen der außergerichtlichen Schlichtung, in *Mayr* (Hrsg), Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten (1999) 31 oder *Katzenmeier*, Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, ZZP 2002, 51.

4) Siehe etwa *Hay*, Zur konsensualen Streitbeilegung in Zivil- und Handelssachen in den USA, in *Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf* (Hrsg), Konsensuale Streitbeilegung (2001) 101; *Murray*, ADR und die amerikanische Ziviljustiz, in *P. Gottwald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen 25 oder *W. Gottwald* in *Henssler/Koch* (Hrsg), Mediation in der Anwaltspraxis<sup>2</sup> (2004) § 7 (203 ff).

5) Siehe etwa *Ishikawa*, Problempunkte im Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung, ZZPInt 2000, 393; *ders*, Einige Denkanstöße zur Diskussion der Alternative Dispute Resolution – insbesondere zu deren Situation in Japan, in *P. Gottwald* (Hrsg), Aktuelle Entwicklungen 39 oder *Fan Yu*, Development of ADR in Contemporary China, ZZPInt 2002, 533.

6) Bspw. *Barona Vilar*, Alternative Dispute Resolution (ADR) in Spanien, ZZPInt 1999, 95; *Andrew*, Alternative Dispute Resolution in England, ZZPInt 2005, 3 oder *Wietzorek*, Mediation in Bulgarien, ZKM 2007, 43. Für Österreich s etwa den 1999 von *Mayr* herausgegebenen Sammelband „Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten“ sowie unten FN 8.

ZfRV 2007/26

ZPO;  
ZivMediatG;  
Empfehlungen  
98/257/EG und  
2001/310/EG;  
Vorschlag einer  
RL über  
bestimmte  
Aspekte der  
Mediation in  
Zivil- und  
Handelssachen

ADR;  
alternative  
Streitbeilegung;  
Mediation;  
Streitschlichtung;  
Vermittlung von  
Streitigkeiten;  
Verbraucherrecht;  
europäisches  
Zivilverfahrens-  
recht

von verschiedenen Einrichtungen und Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung, die zum Teil sehr unterschiedliche Strukturen und Erfolge aufweisen. Dementsprechend ist auch die Fülle der „Alternativliteratur“<sup>7)</sup> zwischenzeitlich bereits unüberschaubar geworden.<sup>8)</sup>

Im Zuge dieser allgemeinen Entwicklung begann sich nicht nur auf nationaler, sondern auch auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften ein verstärktes Interesse für diese Thematik herauszubilden, dem dann auch entsprechende konkrete Überlegungen und Initiativen folgten. Im folgenden Beitrag wird vorerst ein Überblick über diese Entwicklung gegeben, die im Bereich des Verbraucherschutzes ihren Ausgang genommen und zu zwei Empfehlungen der Europäischen Kommission (EK) geführt hat. Anschließend wird der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie (RL) über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelsachen aus dem Jahr 2004 vorgestellt und vor dem Hintergrund insb<sup>9)</sup> der österreichischen Rechtslage<sup>10)</sup> kritisch besprochen.<sup>11)</sup> Schließlich soll der aktuelle Stand der diesbezüglichen Rechtsetzungsarbeiten dargestellt und ein Ausblick gegeben werden.

## B. Die Entwicklung der alternativen Streitbeilegung in der EG/EU

### 1. Die Verbesserung des Zugangs der Verbraucher zum Recht

Unter dem Schlagwort „Zugang der Verbraucher zum Recht“ wurde im Rahmen der europäischen Verbrau-

cherpolitik schon frühzeitig nach Möglichkeiten gesucht, dem Verbraucher die effektive Durchsetzung der ihm zu seinem Schutz eingeräumten Rechte zu gewährleisten.<sup>12)</sup> Der Umstand, dass Verbraucherstreitigkeiten typischerweise einen relativ geringen Streitwert aufweisen, der in keinem adäquaten Verhältnis zu den Kosten eines Gerichtsverfahrens steht, lässt nämlich viele Verbraucher davor zurückschrecken, ihre Rechte überhaupt geltend zu machen. Ganz zu Recht hat die EK in diesem Zusammenhang betont, dass es nicht zuletzt von der Lösung dieser Frage abhängt, „wie groß die Kluft zwischen dem vom Gesetzgeber vorgezeichneten theoretischen Rahmen und der Realität im Alltag der Wähler ist“. An den alltäglichen Bagatellsachen nämlich der Durchschnittsbürger die Wirksamkeit des Rechts und nicht an den großen Rechtsfällen, da diese ihn in den seltensten Fällen betreffen.<sup>13)</sup>

Um diesem Problem entgegenzusteuern, wurden insb im Hinblick auf eine Vereinfachung und Verbesserung gerichtlicher Verfahren,<sup>14)</sup> auf Möglichkeiten eines kollektiven Rechtsschutzes,<sup>15)</sup> auf Schutzbestimmungen im Rahmen des Kollisionsrechts<sup>16)</sup> und der internationalen Zuständigkeit,<sup>17)</sup> aber auch auf dem Gebiet der außergerichtlichen Streitbeilegung<sup>18)</sup> vermehrt Reformüberlegungen angestellt. Die Bemühungen in diesem Bereich reichten jedoch lange Zeit kaum über einen Beobachtungsstatus hinaus.<sup>19)</sup> Erst nach dem Vertrag von Maastricht v 7. 2. 1992, der die Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft (EG) im Bereich des Verbraucherschutzes durch die Einführung eines Verbraucherschutzartikels in den Vertrag zur Gründung der EG le-

7) Angeführt seien daher hier nur der bereits 1982 erschienene „Klassiker“ von *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg), Alternativen in der Ziviljustiz, und die unter dem Titel „Streitschlichtung“ 1995 von *Gottwald/Stempel* herausgegebenen rechtsvergleichenden Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung; ferner die treffenden Überlegungen von *Hager* über „Konflikt und Konsens“ (2001); schließlich als Beispiele für aktuelle Dissertationen *Zimmer*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland (2001) und *Kayser*, Alternative Formen gerichtlicher und außergerichtlicher Streitbeilegung im deutschen und französischen Zivilprozess (2006).

8) Die einschlägige Literatur in Österreich ist hingegen (noch) nicht sehr umfangreich; zu nennen sind jedoch insb *Mayr*, Rechtsschutzalternativen in der österreichischen Rechtsentwicklung (1995) und der bereits oben zit. Sammelband von *Mayr*; weiters *Bajons*, Außergerichtliche Güteverfahren als Mittel der Prozeßvermeidung und Konfliktlösung, ÖJZ 1984, 368; *Krejci*, Einige Grundsatzfragen zur außergerichtlichen Streitbeilegung, in *Kontinuität und Wandel*, FS Kastner (1992) 251; *Michalek*, Streitbeilegung ohne Gerichte, in *Kritik und Fortschritt im Rechtsstaat* (1994) 13; *Rechberger*, Schlichtungsverfahren in Japan und Österreich, in *FS Ishikawa* (2001) 409 und *Balton*, Die Entlastung der Zivilgerichte in Österreich, in *FS Rechberger* (2005) 23 (24 ff).

9) Siehe aber auch das *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* von 2002 (abrufbar unter [www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-e.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/ml-conc-e.pdf)); dazu eingehend *Friedrich*, Das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschlichtung [2006] und den *Uniform Mediation Act* von 2001 bzw 2003 (abrufbar unter [www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.pdf](http://www.law.upenn.edu/bll/archives/ulc/mediat/2003finaldraft.pdf)); dazu insb *Hilber*, Der Uniform Mediation Act – Aktuelle Bestrebungen zur Vereinheitlichung des US-amerikanischen Mediationsrechts, BB IDR-Beilage 5 zu Heft 25/2003, 9). Generell zur internationalen Entwicklung *Hutner*, Entwicklung und Bedarf internationaler Mediationsgesetzgebung, ZKM 2002, 201 oder *Alexander* (Hrsg), *Global Trends in Mediation* (2003).

10) Siehe dazu allgemein *Töpel/Pritz* (Hrsg), *Mediation in Österreich*<sup>2</sup> (2005) oder *Gruber/Pichler* (Hrsg), *Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis* (2005). Literaturhinweise speziell zum Zivilrechts-Mediations-Gesetz s unten FN 75.

11) Zu den Auswirkungen auf Deutschland s *Becker/Horn*, Notwendige Regelungen eines deutschen Mediationsgesetzes, *SchiedsVZ* 2006, 270 und bereits früher etwa *Duve*, Brauchen wir ein Recht der Mediation? *dAnWB* 2004, 1.

12) Zur Problematik siehe etwa *Gessner*, Europas holprige Rechtswege – Die rechtskulturellen Schranken der Rechtsverfolgung im Binnenmarkt, in *Krämer/Micklitz/Tonner* (Hrsg), *Recht und diffuse Interessen in der Europäischen Rechtsordnung*. Liber amicorum Norbert Reich (1997) 163.

13) So KOM (96) 13 endgültig, 4.

14) Siehe dazu KOM (1998) 198 endgültig, 7 f mit einem Verweis auf die Mitteilung der EK „Wege zu einer effizienteren Erwirkung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen in der Europäischen Union“, KOM (1997) 609 endgültig. Diese Bestrebungen haben letztlich jüngst zur Beschlussfassung eines eigenen Europäischen Bagatellverfahrens geführt: *ABI L* 199 v 31. 7. 2007 S 1; dazu *Scheuer*, Die Verordnung zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen, *Zak* 2007/402, 226.

15) Diese führten zur RL 98/27/EG des EP und des Rates v 19. 5. 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, *ABI L* 166 v 11. 6. 1998 S 51; dazu etwa *Koch*, Die Verbandsklage in Europa, *ZJP* 2000, 413 oder *Kühnberg*, Die konsumentenschutzrechtliche Verbandsklage (2006) 36 ff.

16) Siehe Art 5 („Verbraucherverträge“) des Übereinkommens (von Rom) über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (EVÜ); konsolidierte Fassung *ABI C* 27 v 26. 1. 1998 S 34; zu den neuen Entwicklungen s etwa *Heiss*, Die Vergemeinschaftung des internationalen Vertragsrechts durch „Rom I“ und ihre Auswirkungen auf das österreichische internationale Privatrecht, *JBl* 2006, 750 (763 ff).

17) Siehe den 4. Abschnitt des Titels II („Zuständigkeit für Verbrauchersachen“; Art 13 ff) des Übereinkommens (von Brüssel) über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelsachen; letzte konsolidierte Fassung *ABI C* 27 v 26. 1. 1998 S 1; dazu etwa *Mayr*, *EuGVÜ* und *LGvÜ* (2001) 53 ff oder speziell *Schoibl*, Die Zuständigkeit für Verbrauchersachen nach europäischem Zivilverfahrensrecht des Brüsseler und des Luganer Übereinkommens (*EuGVÜ/LGvÜ*), *JBl* 1998, 700, 767 mwN. Zur neueren Entwicklung s unten FN 44 ff.

18) Dazu etwa *Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen (2002) 43 ff oder *Tonner*, Vorgeschalte Schlichtung bei Verbraucherprozessen mit niedrigem Streitwert? in *Liber amicorum Norbert Reich* 861.

19) Einen umfassenden Überblick über die Thematik „Zugang der Verbraucher zum Recht“ geben *Reich/Micklitz*, *Europäisches Verbraucherrecht*<sup>4</sup> (2003) §§ 28 und 32 ff.

gitimierte,<sup>20)</sup> machte sich langsam ein Umschwung bemerkbar, der durch den Vertrag von Amsterdam v. 2. 10. 1997 verstärkt wurde.<sup>21)</sup>

Am 16. 11. 1993 veröffentlichte die EK ein umfangreiches Grünbuch über den „Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt“,<sup>22)</sup> worin eine Bestandsaufnahme der Situation des Verbraucherrechtsschutzes in den einzelnen Mitgliedstaaten vorgenommen und die gemeinschaftsrechtliche Dimension der Thematik diskutiert wurde. Neben dem Verbraucherschutz trat mit der Vollendung des Binnenmarkts noch ein weiterer Motivationsgrund für ein verstärktes Vorgehen im Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung in den Vordergrund: Der Mangel an effektiven Möglichkeiten zur Beilegung von verbraucherrechtlichen Streitigkeiten wurde als Gefahr für die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts angesehen und die besonderen Probleme, denen Verbraucher bei der grenzüberschreitenden Rechtsdurchsetzung im Binnenmarkt ausgesetzt sind, sogar mit steuerlichen und technischen Hemmnissen verglichen.<sup>23)</sup> Die Einführung geeigneter Verfahren zur raschen und kostengünstigen Streitbeilegung wurde daher als unerlässlich angesehen.

Der auf das Grünbuch folgende „Aktionsplan für den Zugang der Verbraucher zum Recht und die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten der Verbraucher im Binnenmarkt“ vom Februar 1996<sup>24)</sup> sah die Förderung außergerichtlicher Verfahren neben einer Vereinfachung des Zugangs zu Gerichtsverfahren bei geringem Streitwert als prioritär an und legte ein Konzept für weitere Maßnahmen vor. Zum einen sollte das Vertrauen der Verbraucher in außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen durch die Festlegung bestimmter Verfahrensgarantien gestärkt werden, zum anderen wurde die Vernetzung der einzelnen nationalen Systeme angestrebt, um auch grenzüberschreitende Fälle auf diesem Wege behandeln zu können. Diese beiden Vorhaben wurden in der Folge auch tatsächlich verwirklicht.

## 2. Die Festlegung von Mindestgrundsätzen für die außergerichtliche Streitbeilegung

### a) Allgemeines

Da das Vertrauen der Verbraucher in außergerichtliche Einrichtungen zur Streitbeilegung eine unabdingbare Voraussetzung für deren Erfolg darstellt, galt das primäre Interesse zunächst dem Aufbau und der Stärkung dieses Vertrauens. In Anbetracht der Erfahrungen, die in den einzelnen Mitgliedstaaten gemacht worden waren, kam man zu der Erkenntnis, dass die Verbraucher außergerichtlichen Verfahren nur dann das notwendige Vertrauen schenken, wenn Rahmenbedingungen vorliegen, die einen gewissen Rechtsschutz gewährleisten, ohne dabei die Flexibilität außergerichtlicher Verfahren zu sehr zu beeinträchtigen. Die Aufstellung von Mindestgarantien auf europäischer Ebene zur Vervollständigung und Unterstützung der Politik der Mitgliedstaaten und zur Schaffung einer geeigneten Vertrauensbasis für die europäischen Verbraucher im Binnenmarkt wurde daher allgemein befürwortet.<sup>25)</sup> Als geeignetes Mittel zur Verwirklichung dieses Ziels wurde das Instrument der Empfehlung<sup>26)</sup> angesehen.

### b) Die Empfehlung 98/257/EG

Am 30. 3. 1998 fasste die EK eine Mitteilung betreffend „Die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“,<sup>27)</sup> in der zweierlei Maßnahmen im Hinblick auf die Verbesserung des Zugangs des einzelnen Verbrauchers zum Recht vorgeschlagen wurden: zum einen ein Formblatt für Verbraucherbeschwerden, mit dem der Dialog zwischen Verbrauchern und Gewerbetreibenden erleichtert und für den Fall, dass eine gütliche Einigung nicht zustande kommt, der Zugang zu den außergerichtlichen Verfahren vereinfacht werden soll,<sup>28)</sup> und zum anderen eine Empfehlung, in der die für außergerichtliche Verfahren zur Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten geltenden Grundsätze festgelegt werden. Diese Empfehlung 98/257/EG v. 30. 3. 1998 „betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständig sind“, wurde wenig später im Amtsblatt der EG veröffentlicht.<sup>29)</sup>

Zu beachten ist vorweg, dass sich diese Empfehlung nicht auf sämtliche außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen bezieht, sondern ihr Anwendungsbereich auf solche Verfahren beschränkt ist, die – unabhängig von ihrer Bezeichnung – durch die aktive Intervention eines Dritten zu einer Beilegung der Streitigkeit führen.<sup>30)</sup> Wesentlich ist also, dass der Dritte aktiv in das Verfahren eingreift und konkret Stellung im Rechtsstreit bezieht, indem er eine Lösung entweder vorschlägt oder sogar vorschreibt. Herrschend wird hier – wenn also ein neutraler Dritter mit Autorität einen eigenen Schlichtungs- oder Vergleichsvorschlag den Parteien zur Annahme vorlegt – (im deutschen Sprachraum) von „Schlichtung“ gesprochen.<sup>31)</sup> Verfahren, in denen lediglich eine Annäherung der beiden Parteien erreicht werden soll, damit sie zu einer einvernehmli-

20) Art 129 a, jetzt Art 153 EGV. Dazu etwa *Höland*, Leitbilder des Europäischen Verbraucherrechts, in *Liber amicorum Norbert Reich* (wie FN 12) 195.

21) Dazu *Reich*, Der Vertrag von Amsterdam und die Subjektivierung des Europäischen Verbraucherrechts, in *Mayer* (Hrsg.), Konsumentenpolitisches Jahrbuch 1998–1999 (2000) 11. Zur Entwicklung und zum aktuellen Stand der Verbraucherpolitik in der Europäischen Union s. etwa *Rösler*, 30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa, *ZfRV* 2005/21, 134 oder jüngst *Prisching*, Das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherbesitzstands, *ecolx* 2007, 390.

22) KOM (93) 576 endgültig. Die vorangegangenen, bis in die 80er Jahre zurückreichenden einschlägigen Gemeinschaftsinitiativen werden zB in der Mitteilung der EK v. 30. 3. 1998, KOM (1998) 198 endgültig, 2f Anm 2, aufgezählt.

23) KOM (96) 13 endgültig, 8.

24) Mitteilung der EK v. 14. 2. 1996 KOM (96) 13 endgültig.

25) Siehe KOM (96) 13 endgültig, 14; vgl. auch die „acht Standards für Schlichtung“, die von *Tonner*, Vorgeschaltete Schlichtung, in *Liber amicorum Norbert Reich* 861 (873 ff) vorgeschlagen wurden.

26) Nach Art 249 EGV kann die EK „zur Erfüllung ihrer Aufgaben und nach Maßgabe dieses Vertrags“ (auch) Empfehlungen aussprechen. Diese sind (im Unterschied etwa zur Verordnung) nicht verbindlich. Dazu etwa *Schweitzer/Hummer/Obwexer*, *Europarecht* (2007) Rz 312 ff.

27) KOM (1998) 198 endgültig.

28) Abrufbar unter [http://ec.europa.eu/consumers/redress/compl/cons\\_compl/acce\\_just03\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/compl/cons_compl/acce_just03_de.pdf) (31. 8. 2007).

29) *ABl* L 115 v. 17. 4. 1998 S 31; dazu eingehend *Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung 48 ff.

30) Siehe auch KOM (1998) 198 endgültig, 9 und 11 f.

31) Siehe etwa *Prütting* im Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung<sup>2</sup> I (2000) Rz 21 zu § 279 dZPO und *ders* in *Prütting* (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung (2003) Rz 3 ff. Zur umstrittenen Abgrenzung der Begriffe Mediation und Schlichtung s. etwa die Literaturangaben bei *Friedrich*, *SchiedsVZ* 2004, 297 Anm 13.



chen Lösung finden, sind hingegen nicht von dieser, sondern von der unten im Folgekapitel dargestellten zweiten Empfehlung erfasst.

Die Mindestkriterien, die von den (eben erwähnten) außergerichtlichen Streitbeilegungseinrichtungen eingehalten werden sollen, werden in der Empfehlung in der Form von sieben Grundsätzen dargestellt. Es handelt sich dabei um die Grundsätze der Unabhängigkeit, der Transparenz, der kontradiktorischen Verfahrensweise, der Effizienz, der Rechtmäßigkeit, der Handlungsfreiheit und der Vertretung, die nachfolgend etwas ausführlicher dargestellt werden:

Eine der wesentlichsten Voraussetzungen für das Vertrauen der Verbraucher in außergerichtliche Einrichtungen stellt die **Unabhängigkeit** der mit dem Streitfall betrauten Stelle dar. Auch aus dem Gedanken des Rechtsschutzes ist dieses Kriterium von grundlegender Bedeutung. In den Erwägungsgründen zur Empfehlung wird betont, dass die Unparteilichkeit und Objektivität der betreffenden Einrichtungen unerlässliche Voraussetzungen zur Gewährleistung des Schutzes der Rechte der Verbraucher und zur Stärkung des Vertrauens in alternative Systeme zur Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten seien. Eine Einrichtung könne nur dann unparteiisch sein, wenn sie bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben frei von Zwängen sei, die ihre Entscheidung beeinflussen könnten. Allerdings könnten für die außergerichtlichen Einrichtungen nicht dieselben strengen Garantien verlangt werden wie für staatliche Richter.

Je nachdem, ob es sich beim Entscheidungsträger um eine Einzelperson oder um ein Kollegialorgan handelt, sieht die Empfehlung unterschiedliche Kriterien vor: Bei Individualentscheidungen soll die Unabhängigkeit der zuständigen Person dadurch gewährleistet werden, dass sie über die für die Ausübung ihres Amtes erforderliche Befähigung, Erfahrung und Fachkompetenz verfügt, dass sie ferner für eine ausreichend lange Amtszeit bestellt ist, die ohne triftigen Grund nicht vorzeitig beendet werden darf, und dass sie schließlich in den letzten drei Jahren vor Amtsantritt weder für den betroffenen Berufsverband noch für das betroffene Unternehmen tätig gewesen ist. Bei Kollegialentscheidungen kann hingegen in der paritätischen Mitwirkung von Verbrauchervertretern und von Vertretern der Gewerbetreibenden ein angemessenes Mittel zur Gewährleistung der Unabhängigkeit erblickt werden.

Ebenso wie die fehlende Unabhängigkeit kann mangelnde **Transparenz** das Misstrauen gegenüber außergerichtlichen Verfahren schüren und die Verbraucher in ihren Parteirechten beeinträchtigen. Die erwünschte Durchschaubarkeit außergerichtlicher Verfahren soll ua dadurch erreicht werden, dass der Öffentlichkeit Informationen über den Wirkungsbereich, die Arbeitsweise und die Verfahrensregeln sowie die möglichen Verfahrensergebnisse der außergerichtlichen Einrichtungen zur Verfügung gestellt werden, und zwar sowohl in der Form eines jährlichen Tätigkeitsberichts als auch in Form von Auskünften auf individuelle Anfragen.

Der Grundsatz der **kontradiktorischen Verfahrensweise** bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Parteien im außergerichtlichen Verfahren jedenfalls Gelegenheit haben müssen, ihre Standpunkte gegen-

über der zuständigen Einrichtung zu vertreten, als auch von den gegnerischen Positionen und den geltend gemachten Umständen Kenntnis zu erlangen. Eine mündliche Verhandlung wird damit nicht unbedingt vorausgesetzt. Auch ein schriftliches Verfahren kann diesem Grundsatz entsprechen, solange die Schriftsätze, die bei der außergerichtlichen Einrichtung eingereicht werden, der gegnerischen Partei zugestellt werden.

Die Förderung außergerichtlicher Verfahren als Alternative zur Rechtsdurchsetzung vor Gericht hat nur dann ihre Berechtigung, wenn auf diesem Wege die oft beklagten Nachteile, die gerichtliche Verfahren mit sich bringen (wie etwa hohe Kosten, lange Verfahrensdauer und schwerfälliger Verfahrensgang), weitgehend ausgeschaltet werden können. In der Empfehlung werden daher im Rahmen des Grundsatzes der **Effizienz** einige Maßnahmen genannt, die eine möglichst einfache, rasche und billige Durchführung außergerichtlicher Verfahren bewirken sollen. Betont wird dabei insb, dass den zuständigen Einrichtungen eine „aktive Rolle“ zuerkannt werden muss, die es ihnen gestattet, „alle für die Beilegung des Streitfalls zweckdienlichen Elemente heranzuziehen“.

Ein Vorteil der außergerichtlichen Streitbeilegung gegenüber Gerichtsverfahren ist die Flexibilität hinsichtlich der Rechtsgrundlage, auf welche die jeweilige Entscheidung, Empfehlung oder der Vergleichsvorschlag gestützt wird. Als Entscheidungsgrundlage können nicht nur gesetzliche Bestimmungen, sondern ua auch Verhaltensregeln oder das billige Ermessen des entscheidenden Organs herangezogen werden. Der Gefahr, dass durch solche „flexible“ Entscheidungen das gesetzlich eingeräumte Verbraucherschutzniveau untergraben wird und sich der Vorteil für den Verbraucher damit ins Gegenteil verkehrt, soll mit dem Grundsatz der **Rechtmäßigkeit** entgegengewirkt werden. Demnach sind zwingende Bestimmungen des Rechts des Mitgliedstaates, in dem die außergerichtliche Einrichtung installiert ist, zu beachten. Außerdem trifft die Schlichtungseinrichtung eine Begründungspflicht für ihre Entscheidung, was als unerlässliches Element zur Gewährleistung der Transparenz und des Vertrauens der Parteien in die Funktionsweise außergerichtlicher Verfahren angesehen wird. Die Entscheidung bedarf schließlich der Schriftform (oder einer anderen geeigneten Form) und ist den betroffenen Parteien unverzüglich mitzuteilen.

Das Prinzip der **Handlungsfreiheit** will klarstellen, dass dem Verbraucher die Möglichkeit, seine Rechte vor Gericht geltend zu machen, nicht entzogen werden darf. Die Erwägungsgründe betonen, dass die außergerichtlichen Verfahren es nicht zum Ziel haben dürften, an die Stelle des gerichtlichen Systems zu treten. Infolgedessen darf dem Verbraucher durch die Beschreitung des außergerichtlichen Weges sein Recht auf Zugang zum Gericht nur insoweit eingeschränkt werden, als er dies in voller Sachkenntnis nach Entstehung des Streitfalls ausdrücklich billigt. Das bedeutet, dass die Entscheidung der Einrichtung für die Parteien nur dann bindend sein kann, wenn diese vorab davon in Kenntnis gesetzt worden sind und die Entscheidung ausdrücklich angenommen haben. Die Einwilligung des Verbrauchers in ein außergerichtliches Verfahren

darf auch nicht auf eine Verpflichtung vor Entstehung der Streitfrage zurückgehen, wenn diese Verpflichtung dazu führt, dass dem Verbraucher sein Recht entzogen wird, das für die Beilegung des Streitfalls zuständige Gericht anzurufen.

Schlussendlich wird durch den Grundsatz der **Vertretung** festgelegt, dass dem Verbraucher nicht das Recht vorenthalten werden darf, sich in jedem Zeitpunkt des Verfahrens durch einen Dritten vertreten zu lassen oder einen Dritten beizuziehen. Dies soll dem besseren Rechtsschutz des wirtschaftlich schwächeren und rechtlich weniger erfahrenen Vertragspartners dienen.

Die Wahrung dieser Grundsätze durch bestehende oder noch zu schaffende Einrichtungen zur außergerichtlichen Streitbeilegung wurde von der EK empfohlen.

### c) Die Empfehlung 2001/310/EG

Die Förderungsmaßnahmen für die außergerichtliche Streitbeilegung gingen unvermindert weiter: So forderte etwa der Europäische Rat anlässlich seiner Tagungen in Wien im Dezember 1998<sup>32)</sup> und in Tampere im Oktober 1999<sup>33)</sup> die Mitgliedstaaten auf, den europäischen Bürgern einen besseren Zugang zum Recht durch außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen zu ermöglichen. Weiters ermutigte etwa Art 17 der RL über den elektronischen Rechtsverkehr<sup>34)</sup> ua die Schaffung von Einrichtungen zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten.<sup>35)</sup>

Über den Stand des bisher Erreichten berichtete die EK in der Mitteilung zur „Erweiterung des Zugangs der Verbraucher zur alternativen Streitbeilegung“ v 4. 4. 2001.<sup>36)</sup> Sie wiederholte die Bedeutung und Notwendigkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung gerade in Verbraucherstreitigkeiten. Für einen Erfolg solcher Einrichtungen sei es unumgänglich, dass alle Beteiligten auf hinreichende Garantien vertrauen könnten. Die Verbraucher und die Wirtschaft bräuchten die Gewissheit, dass ihr Rechtsstreit auf faire und effektive Weise nach strengen Maßstäben einer Lösung zugeführt werde. Ein Streitbeilegungssystem müsse zuverlässig, kohärent und glaubwürdig sein. Es müsse Sicherungen geben, die gewährleisten, dass Verfahren der alternativen Streitbeilegung nicht missbraucht würden und dass unprofessionelle Einrichtungen nicht das Ansehen der außergerichtlichen Streitbeilegung insgesamt schmälerten. Deshalb müssten gemeinsame Kriterien aufgestellt werden, die diese Streitbeilegungsverfahren erfüllen sollten.

Solche Mindestgrundsätze hatte bereits die oben dargestellte Empfehlung 98/257/EG für gewisse – aber nicht alle – Streitbeilegungseinrichtungen aufgestellt. Die EK beschloss daher am 4. 4. 2001 eine (weitere) Empfehlung 2001/310/EG „über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen“<sup>37)</sup> mit der diese Lücke geschlossen wurde.

Der Anwendungsbereich der neuen Empfehlung bezieht sich nämlich ausdrücklich (nur) auf Verfahren zur außergerichtlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten, „bei denen – unabhängig von ihrer Bezeichnung – versucht wird, eine Streitigkeit dadurch

zu beenden, dass die Parteien zusammengebracht und dazu veranlasst werden, im gegenseitigen Einvernehmen eine Lösung zu finden“. Im Gegensatz zu den Einrichtungen, die von der Empfehlung 98/257/EG umfasst sind, nimmt der neutrale Dritte in diesen Verfahren also keine aktive Schlichterposition, sondern eine (passive) Vermittlerfunktion ein,<sup>38)</sup> indem er den Parteien zB formlose Anregungen gibt und ihnen darlegt, welche Beilegungsmöglichkeiten zur Auswahl stehen. Weiters werden von der neuen Empfehlung nur unabhängige Einrichtungen umfasst, dh, dass sie nicht auf Verbraucherbeschwerdeverfahren anzuwenden ist, die direkt von einem Unternehmen oder in dessen Auftrag durchgeführt werden. Mit dieser Einschränkung sollte nicht der Grundsatz der Unparteilichkeit vorweggenommen werden, dieses Kriterium dient vielmehr zur Abgrenzung von Verfahren, die zu sehr im Einflussbereich der Unternehmerbranche stehen und deshalb nicht mehr als Alternativen zu Gerichtsverfahren gesehen werden können.

Um die Qualität und Wirksamkeit der oben genannten (Vermittlungs-)Verfahren zu sichern, normiert die Empfehlung Kriterien für die Unparteilichkeit, die Transparenz, die Effizienz und die Fairness. Diese vier Grundsätze entsprechen inhaltlich im Wesentlichen den Grundsätzen der Empfehlung 98/257/EG, sie nehmen jedoch auf Besonderheiten in Bezug auf die einvernehmliche Streitbeilegung Rücksicht und sind umfangreicher ausgestaltet.

Da die Unabhängigkeit schon beim sachlichen Anwendungsbereich der Empfehlung umschrieben ist, werden weitere Kriterien für die Objektivität der Einrichtung im Grundsatz der **Unparteilichkeit** festgehalten. Insb darf kein Interessenkonflikt zwischen den Personen, die das Verfahren durchführen und einer der Parteien bestehen. Die Parteien sind überdies im Vorfeld des Verfahrens über die Unparteilichkeit und die Kompetenz der Einrichtung zu unterrichten. →

32) Rz 83 der Schlussfolgerungen des Vorsitzes: Der Europäische Rat billigt den vom Rat und von der EK erstellten Aktionsplan zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrags über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (ABl C 19 v 23. 1. 1999 S 1). Unter Rz 41 lit b des Aktionsplans heißt es: „Prüfung der Möglichkeit, Modelle für die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten, im besonderen von grenzüberschreitenden Ehesachen, zu entwerfen. Dabei sollte geprüft werden, inwieweit zur Lösung familienrechtlicher Streitsachen auf Vermittlung zurückgegriffen werden kann.“ (vgl das Grünbuch der EK über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM [2002] 196 endgültig [unten FN 51] Anm 21).

33) Rz 30 der Schlussfolgerungen des Vorsitzes: „Auch sollten alternative außergerichtliche Verfahren von den Mitgliedstaaten geschaffen werden.“ (vgl das in FN 51 zitierte Grünbuch der EK, Anm 22).

34) ABl L 178 v 17. 7. 2000 S 1. In Österreich umgesetzt mit dem E-Commerce-Gesetz (ECG), BGBl I 2001/152.

35) Dazu etwa *Mottl*, Alternative Streitbeilegung bei Internetstreitigkeiten, in *Brenn* (Hrsg), E-Commerce-Gesetz (2002) 150 oder *Brenn*, Europäischer Zivilprozess (2005) Rz 241 f.

36) KOM (2001) 161 endgültig; s auch den Bericht von *Seité*, Alternativen zu den herkömmlichen Konfliktbeilegungsverfahren in den Ländern der Europäischen Union, in *Rechberger* (Hrsg), Der Notar und die konsensuale Streitbeilegung (2002) 23 (26 ff).

37) ABl L 109 v 19. 4. 2001 S 56; s dazu *Pruckner*, Recht der Mediation (2003) 70 ff und *Haberl*, Online- und andere ADR-Verfahren bei grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen, RdW 2004/351, 393 (mit Verbesserungsvorschlägen 395 f).

38) Zur Terminologie s bereits oben FN 31 und etwa *Prütting*, Richterliche Gestaltungsspielräume für alternative Streitbehandlung, dAnwBl 2000, 273 (274 f).

Die **Transparenz** (Durchschaubarkeit) des Verfahrens ist auch hier ein wichtiger Punkt. Die Empfehlung legt wiederum genaue Kriterien bezüglich Art und Zugangsmodalitäten von Informationen fest, weiters ist die Veröffentlichung einer Erfolgsbilanz und die Protokollierung der einvernehmlichen Lösung auf einem dauerhaften Datenträger, der beiden Parteien zur Verfügung gestellt werden sollte, vorgesehen.

Die **Effizienz** des Verfahrens soll durch ein leicht zugängliches Verfahren unabhängig vom Aufenthaltsort der Parteien gewährleistet werden, ebenso gelten auch hier die schon zuvor erwähnten Kriterien wie Unentgeltlichkeit bzw. moderate Kosten, keine Vertretungspflicht, aber jederzeitige Vertretungsmöglichkeit. Um die einvernehmliche Lösung so rasch wie möglich ohne unnötige Verzögerungen herbeizuführen, sieht die Empfehlung eine regelmäßige Überprüfung des Fortgangs des Verfahrens und des Verhaltens der Parteien durch die zuständige Einrichtung vor.

Der Grundsatz der **Fairness** beinhaltet schließlich alle Elemente, die ein faires Verfahren garantieren sollen. Im Vordergrund steht dabei die Information der Parteien über sämtliche Rechte, die ihnen im Verfahren zustehen und über die Rechtswirkungen der einvernehmlichen Lösung. Insb sind die Parteien auf das Recht, jederzeit die Gerichte anrufen zu können, hinzuweisen. Im Verfahren steht ihnen das Recht auf Gehör zu, ihre Angaben und Beweismittel sind vertraulich zu behandeln, und es muss ihnen vor der Zustimmung zu einer einvernehmlichen Lösung eine ausreichend lange Bedenkzeit eingeräumt werden.

Einrichtungen, die den genannten Anforderungen genügen, sollten – ebenso wie jene gemäß der Empfehlung 98/257/EG – in das Europäische Netz für die außergerichtliche Streitbeilegung aufgenommen werden.

### 3. Das EEJ- bzw. das ECC-Net

Im behandelten Zusammenhang ist (nur) kurz darüber zu berichten, dass auch das zweite im Aktionsplan von 1996 angekündigte Vorhaben weiter verfolgt wurde<sup>39)</sup> und 2001 ein „Europäisches Netz für die außergerichtliche Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten“ (*European Extra-Judicial Network*, kurz EEJN) eingerichtet worden ist.<sup>40)</sup> Diese (gut gemeinte) Einrichtung sollte insb der Information und der Unterstützung der Verbraucher bei der (grenzüberschreitenden außergerichtlichen) Geltendmachung ihrer Ansprüche dienen. Dieses Netzwerk wurde in der Praxis allerdings offenbar nicht in einem befriedigenden Maße angenommen,<sup>41)</sup> was sich auch am Beispiel Österreichs aufzeigen lässt.<sup>42)</sup> Diese Einrichtung ist daher (bereits) 2004 wieder ausgelaufen und 2005 mit dem Netz der Europäischen Verbraucherinformationsstellen („*Euroguichets*“) zum neuen „Netz der Europäischen Verbraucherzentren“ (EVZ-Netz) bzw. *European Consumer Centres Network* (ECC-Net) zusammengelegt worden.<sup>43)</sup>

### 4. Die Weiterentwicklung bis 2004

Durch den am 1. 5. 1999 in Kraft getretenen Vertrag von Amsterdam ist bekanntlich die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen „vergemeinschaftet“ worden:

In Art 61 EGV hat sich die EG das Ziel gesetzt, einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist, zu erhalten und weiterzuentwickeln. Hierzu hat sie gem Art 65 EGV ua im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen die für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Maßnahmen zu erlassen.

Bei den Arbeiten zur Umgestaltung des Brüsseler Übereinkommens (EuGVÜ) in eine EG-Verordnung (EuGVVO)<sup>44)</sup> hat sich das EP in seiner Stellungnahme v 21. 9. 2001 wegen des mit einer gerichtlichen Klage verbundenen hohen Kosten- und Zeitaufwands ua für einen umfassenden Rückgriff auf die außergerichtliche Streitbeilegung bei Verbrauchergeschäften ausgesprochen.<sup>45)</sup> In der Erklärung zur Annahme der EuGVVO<sup>46)</sup> haben Rat und EK betont, dass es prinzipiell im Interesse der Verbraucher und der Unternehmer sei, Streitigkeiten vor der Anrufung eines Gerichts gütlich beizulegen, und nochmals darauf hingewiesen, wie wichtig es sei, sich weiterhin auf Gemeinschaftsebene mit alternativen Methoden der Streitbeilegung zu befassen. Auch bei der Ausarbeitung der sog Brüssel-II a-VO bildete die Förderung der gütlichen Konfliktbeilegung ein Thema<sup>47)</sup> und in Art 10 der Prozesskostenhilfe-RL<sup>48)</sup> wurde ausdrücklich angeordnet, dass die Prozesskostenhilfe (Verfahrenshilfe) auf außergerichtliche Verfahren ausgedehnt werden muss, wenn die Streitparteien durch Gesetz oder vom Gericht verpflichtet werden, diese in Anspruch zu nehmen.<sup>49)</sup>

39) Siehe das Arbeitsdokument der EK zur Einrichtung eines Europäischen Netzes für die außergerichtliche Streitbeilegung (EEJ-Net), SEC (2000) 405; in englischer Sprache abrufbar unter [www.richardbutler.net/Euromed/EEJ-Net\\_Commission\\_Working\\_Doc.pdf](http://www.richardbutler.net/Euromed/EEJ-Net_Commission_Working_Doc.pdf) (31. 8. 2007).

40) Siehe die Entschließung des Rates v 25. 5. 2000 über ein gemeinschaftsweites Netz einzelstaatlicher Einrichtungen für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten, AB I C 155 v 6. 6. 2000 S 1; dazu etwa die Artikel „Konsumentenschutz: EEJ-Netz gestartet“, EU Direkt, 12/2001, 7 oder *Gabriel*, *European Extra-Judicial Network – EEJ-Net: Ein neuer Weg der außergerichtlichen Streitbeilegung*, in *Konsumentenschutz* 4/2002, 4. Siehe in diesem Zusammenhang auch die parlamentarischen Anfragen und -antwortungen durch den Justizminister betreffend „Außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten“ (868/J 21. GP bzw 921/AB 21. GP) und betreffend „Europäisches Netz für die außergerichtliche Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten“ (926/J 21. GP bzw 929/AB 21. GP).

41) Vgl auch *Hess*, *Verbrauchermediation*, ZZZ 2005, 427 (452 ff).

42) Von Österreich sind nur 15 Einrichtungen notifiziert worden, die den Anforderungen der Empfehlung 98/257/EG genügen (s auch [www.europakonsument.at](http://www.europakonsument.at)). Diese Aufzählung erfolgte jedoch offenbar mehr oder weniger zufällig und ist in vielerlei Hinsicht ungenügend und überholt. Vgl auch *Haberl*, *Online- und andere ADR-Verfahren bei grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen*, RdW 2004/351, 393 (394 f) und *Joëinig*, *Alternative Streitbeilegungsmöglichkeiten für Verbraucher in Österreich*, Zak 2006/622, 366.

43) Siehe die Informationen auf <http://europa.eu/scadplus/leg/de/lvb/l32048.htm> (abgefragt am 31. 8. 2007).

44) AB I L 12 v 16. 1. 2001 S 1; dazu allgemein mwN *Mayr/Czernich*, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2006) Rz 28 f.

45) Siehe etwa *Micklitz/Rott*, *Vergemeinschaftung des EuGVÜ in der Verordnung* (EG) Nr 44/2001, *EuZW* 2001, 325 (330).

46) Abgedruckt auch in *IPRax* 2001, 259 (261).

47) Siehe Erwägungsgrund 25 und Art 55 lit e Brüssel II a-VO (AB I L 338 v 23. 12. 2003 S 1).

48) AB I L 26 v 31. 1. 2003 S 41 (berichtigt durch AB I L 32 v 7. 2. 2003 S 15).

49) Dies hatte eine entsprechende Anpassung des österreichischen Verfahrenshilferechts durch die Zivilverfahrens-Novelle 2004 (BGBl I 2004/128) zur Folge (insb Einfügung eines § 64 b ZPO); dazu *Schoibl*, *Gemeinsame Mindestvorschriften für die Europäische Prozesskostenhilfe in Zivilsachen*, JBl 2006, 142, 233 (153 f).



Schon im Mai 2000 hatte der Rat die EK ersucht, Informationen über alternative Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten mit grenzüberschreitendem Bezug in Zivil- und Handelssachen in den Mitgliedstaaten zu sammeln und anhand dieser Informationen ein Grünbuch zu erstellen, das einen Überblick über die derzeitige Lage gibt und als Grundlage für eine umfassende Konsultation über die zu treffenden Maßnahmen dienen sollte.<sup>50)</sup> Dieses gewünschte Grünbuch legte die EK auch tatsächlich im April 2002 vor.<sup>51)</sup> Darin wurden – ausgehend von der Feststellung, dass die alternative Streitbeilegung für die Institutionen der Europäischen Union eine „politische Priorität“ bildet – die Entwicklung und aktuelle Situation dargelegt und zahlreiche Problemfelder und Fragen iZm der Förderung der alternativen Streitbeilegung zur Diskussion gestellt.

Unter „alternativen Formen der Streitbeilegung“ versteht das Grünbuch (Rn 2) „außergerichtliche Verfahren der Streitschlichtung unter Einschaltung eines neutralen Dritten mit Ausnahme der Schiedsgerichtsbarkeit als solcher“. Es bezeichnet sie mit dem englischen Ausdruck „*Alternative Dispute Resolution*“ oder kurz „ADR“, der – wie das Grünbuch angibt – sich in der Praxis weltweit durchzusetzen scheint. „Mediation“ und „Schlichtung“ werden von diesem Begriff miteingefasst, im Grünbuch aber nicht systematisch gebraucht oder unterschieden. Das Grünbuch differenziert jedoch zwischen ADR-Verfahren, die ein Richter leitet oder die ein Richter einem Dritten überträgt („ADR im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens“),<sup>52)</sup> und „nichtgerichtlichen ADR-Verfahren“. Bei Letzteren kann zusätzlich zwischen solchen Verfahren unterschieden werden, bei denen der Dritte (notfalls) eine verbindliche Entscheidung fällt oder (zumindest) eine Empfehlung abgibt, und solchen, in denen der Dritte sich darauf beschränkt, den Konfliktparteien bei der Suche nach einer gütlichen Regelung behilflich zu sein.<sup>53)</sup>

Auf der Grundlage der zum Grünbuch eingelangten Stellungnahmen und einer öffentlichen Anhörung im Frühjahr 2003 veranlasste die EK einerseits die Ausarbeitung eines Verhaltenskodex für Mediatoren. Dieser Kodex („*European Code of Conduct for Mediators*“) wurde in der Folge iZm zahlreichen Organisationen, Mediatoren und anderen an der Entwicklung der Mediation in der EU interessierten Stellen erarbeitet und im Juli 2004 auf einer Expertentagung angenommen.<sup>54)</sup> Er richtet sich unmittelbar an Mediatoren sowie ein-

schlägige Organisationen und regelt Qualifikation, Bestellung, Allparteilichkeit, Vertraulichkeit, Kosten und Werbung des Mediators, aber auch das Mediationsverfahren selbst. Rechtsverbindliche Wirkung kommt ihm allerdings keine zu.<sup>55)</sup>

Andererseits hat die EK bis zum Frühjahr 2004 einen Vorentwurf („*Preliminary Draft*“) für eine RL betreffend bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen erarbeitet<sup>56)</sup> und zu einer öffentlichen Diskussion darüber eingeladen. Im Mai 2004 fand dann in Brüssel eine Sitzung mit Experten der Mitgliedstaaten statt, in der dieser Vorentwurf eingehend diskutiert wurde. Schließlich legte die EK am 22. 10. 2004 einen (endgültigen) Vorschlag für eine RL des EP und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vor,<sup>57)</sup> der nachfolgend näher dargestellt und kritisch bewertet werden soll.

## C. Der Vorschlag einer Mediationsrichtlinie

### 1. Allgemeines

Der RL-Vorschlag zielt darauf ab, durch gemeinsame Mindestnormen über bestimmte wesentliche Aspekte der Mediation den Zugang zu Streitbeilegungsmöglichkeiten zu erleichtern, einen funktionierenden Zusammenhang zwischen Gerichtsverfahren und Mediation zu gewährleisten und damit insgesamt die Anwendung von Mediation zu fördern. Die Mindestnormen sollen das erforderliche Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verschwiegenheit der Mediatoren, die „Aussetzung“ von Verjährungsfristen sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Vereinbarungen aus einer Mediation sicherstellen. Der RL-Entwurf enthält aber keine Vorschriften über das Mediationsverfahren selbst und auch keine Qualitäts- und Zulassungskriterien für Mediatoren.<sup>58)</sup>

Zum Verhältnis zwischen Mediation und gerichtlichem Verfahren wird in der Begründung des Richtlinienvorschlags (unter Pkt 1.1.4.) betont, dass die Kommission die Mediation nicht als Alternative zu Gerichtsverfahren sehe. Es handle sich dabei vielmehr

chischen Rechtslage – Pitkowicz, Die neuen Mediationsregeln der EU – Ist Österreich noch Wegbereiter? SchiedsVZ 2005, 81 (88 ff).

55) Zum Verhältnis zwischen dem Verhaltenskodex und der (geplanten) Richtlinie s. Mähler/Kerntke, ZKM 2004, 151 (153).

56) Abgedruckt in ZKM 2004, 149f.

57) KOM (2004) 718 endgültig v 22. 10. 2004 (= SchiedsVZ 2005, 41 ff) mit weiteren Erläuterungen in einem „Commission Staff Working Paper“, SEC (2004) 1314; s. dazu den Überblick von Staudinger in Rauscher (Hrsg.), Europäisches Zivilprozessrecht<sup>2</sup> I (2006) Einl Brüssel I-VO Rz 67 sowie Bercher, Vertraulichkeitsschutz im Vorschlag der EU-Kommission für eine Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, IDR 2005, 169; Duve/Prause, Mediation und Vertraulichkeit. Der Vorentwurf einer europäischen Mediationsrichtlinie, IDR 2004, 126; Eidenmüller, Ein Rechtsrahmen für die Mediation in Europa, IDR 2005, 1; ders., Establishing a Legal Framework for Mediation in Europe: The Proposal for an EC Mediation Directive, SchiedsVZ 2005, 124; Mosser, Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation – ein Zwischenbericht, Zak 2006/522, 306; Petsche/Schmutzer, Der Entwurf der Mediations-RL, eclex 2005, 493; Pichler in Gruber/Pichler, Wirtschaftsmediation 11 (17 ff); Pitkowicz, Der Mediations-Richtlinienvorschlag der EU: Gleichstellung der Mediation mit Gerichtsverfahren! ZKM 2005, 68; ders., SchiedsVZ 2005, 81; M. Roth, The Proposal for an EU Directive on Certain Aspects of Mediation in Comparison with the Austrian Mediation Law, IDR 2005, 114.

58) Diese „Regelungsenthaltsamkeit“ befürwortet Pichler in Gruber/Pichler, Wirtschaftsmediation 17 f.; idS auch etwa Eidenmüller, IDR 2005, 2; s. auch unten bei FN 94.

50) Seité, Alternativen zu den herkömmlichen Konfliktbeilegungsverfahren, in Rechberger (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung 23 (28 ff).

51) Grünbuch der EK über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endgültig v 19. 4. 2002; dazu Duve, Das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung, BB IDR-Beilage 7 zu Heft 46/2002, 6 und Ewig, Das Grünbuch der EU über alternative Verfahren zur Streitbeilegung, ZKM 2002, 149; vgl. auch Perner/Völk, Conciliation, Mediation, ADR, ÖJZ 2003/28, 495 (498) und Pichler, Die Wirtschafts-Mediationsrechtsphilosophie der Union, in Gruber/Pichler, Wirtschaftsmediation (wie FN 10) 11 (12 ff).

52) Für das Grünbuch muss ein alternatives Streitbeilegungsverfahren also nicht unbedingt auch ein außergerichtliches Verfahren sein. Krit. dazu Duve, BB IDR-Beilage 7 zu Heft 46/2002, 7 f.

53) Auf diese letzte Variante bezieht sich die oben (B.2.c) dargestellte Empfehlung 2001/310/EG.

54) Siehe [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.pdf) (31. 8. 2007); abgedruckt auch in ZKM 2004, 148; dazu Mähler/Kerntke, Initiativen der EU – Verhaltenskodex und Richtlinienvorschlag, ZKM 2004, 151. Siehe auch – im Vergleich zur österrei-



„um eines mehrerer Streitschlichtungsverfahren, die in einer modernen Gesellschaft verfügbar sind und für einige, aber sicherlich nicht alle Streitsachen die beste Lösungsmöglichkeit darstellt“. Die Verfügbarkeit von ADR-Verfahren enthebe die Mitgliedstaaten auch in keiner Weise von der Pflicht, ein wirksames und faires Rechtssystem aufrechtzuerhalten, das den Anforderungen der EMRK entspricht.

Der Geltungsbereich des RL-Vorschlags sollte nach dem Wunsch der EK nicht allein auf die Beseitigung von Hindernissen durch grenzüberschreitende Elemente und die Lösung nur jener Streitsachen beschränkt werden, die grenzüberschreitende Elemente enthalten. Bei der Bewertung der Eignung der Mediation als Streitschlichtungsverfahren für eine bestimmte Streitsache würden grenzüberschreitende Anknüpfungspunkte nämlich nur einen unter vielen maßgeblichen Umständen darstellen, die berücksichtigt werden müssten. Andere Umstände betreffen Art und Inhalt der Streitsache sowie Kosten, Dauer und Erfolgsaussichten. Die Förderung der Mediation ausschließlich bei Streitsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen wäre willkürlich und könnte diskriminierend wirken. Eine derartige Einschränkung würde ferner die praktische Wirkung der vorgeschlagenen RL deutlich verringern und zu vermehrter Rechtsunsicherheit führen.<sup>59)</sup>

Die EK hat ihren Vorschlag, der sowohl grenzüberschreitende als auch rein nationale Sachverhalte regeln sollte, auf Art 65 EGV iVm Art 61 c und 67 EGV gestützt. Art 65 EGV umfasst Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen<sup>60)</sup> mit grenzüberschreitenden Bezügen, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich sind.<sup>61)</sup> Der Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Mediations-RL auf reine Binnenfälle fehlt es aber am grenzüberschreitenden Element, sodass diesbezüglich keine Zuständigkeit der Gemeinschaft besteht. Auch die Argumentation der EK, wonach die Beschränkung auf grenzüberschreitende Mediationsverfahren willkürlich sei, die praktische Wirkung der RL verringern und zu Rechtsunsicherheit führen könne, vermag – unabhängig davon, ob sie inhaltlich zutreffend ist – keine Zuständigkeit der Gemeinschaft zu begründen.<sup>62)</sup>

59) Siehe Pkt 1.2. der Begründung des EK-Vorschlags KOM (2004) 718 endgültig; idS auch *M. Roth*, IDR 2005, 114 (116).

60) Hervorzuheben ist, dass in Art III-269 Abs 2 des (vorläufig gescheiterten) Vertrags für eine Verfassung für Europa als Maßnahme im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen ausdrücklich auch „die Entwicklung von alternativen Methoden für die Beilegung von Streitigkeiten“ aufgezählt wird. Dazu allgemein *Schroeter*, Europäischer Verfassungsvertrag und Europäisches Privatrecht, ZEuP 2006, 515.

61) Dazu jüngst *Wagner*, Zur Kompetenz der Europäischen Gemeinschaft in der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen, IPRax 2007, 290.

62) *Mosser*, Zak 2006/522, 306 (307); *Eidenmüller*, SchiedsVZ 2005, 124 (125); *ders*, IDR 2005, 2; s schon die Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zur Prozesskostenhilfe-RL v 17. 4. 2002, doc. 7862/02 JUR 143 (limité), und zur EuMVVO, doc. 10107/04 JUR 267 (limité) v 4. 6. 2004; zur EuMVVO s auch *G. Kodek*, Auf dem Weg zu einem Europäischen Mahnverfahren? in FS Rechberger (2005) 283 (286); *Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht Rz 415 oder *Tschütscher/Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens, ÖJZ 2007/27, 303 (304).

## 2. Art 1 – Ziel und Geltungsbereich

Nach Art 1 Abs 1<sup>63)</sup> zielt die RL auf einen leichteren Zugang „zu Streitschlichtung“ durch Förderung der Anwendung der Mediation und Sicherstellung eines geeigneten Verhältnisses zwischen Mediation und Gerichtsverfahren ab. Diese Einleitungsbestimmung ist weitgehend bloß programmatischer Natur; die Verwendung des Ausdrucks „Streitschlichtung“ ist allerdings problematisch. „Mediation“ und „Schlichtung“ sind nämlich – zumindest nach österreichisch-deutschem Verständnis<sup>64)</sup> – begrifflich zu trennen.<sup>65)</sup> Während für die Mediation die Freiwilligkeit und die eigenverantwortliche Konfliktlösung durch die Parteien selbst charakteristisch sind,<sup>66)</sup> kann ein Schlichtungsverfahren auch zwingend vorgesehen sein<sup>67)</sup> und ist dafür ein (idR unverbindlicher<sup>68)</sup>) Lösungsvorschlag durch den (oder die) Schlichter typisch.

Der sachliche Anwendungsbereich der RL erstreckt sich auf Zivil- und Handelssachen (Art 1 Abs 2). Der autonom zu bestimmende Begriff der „Zivil- und Handelssachen“ umschreibt den Anwendungsbereich in mehreren europäischen Rechtsinstrumenten,<sup>69)</sup> weshalb die diesbezügliche Lit und Rsp herangezogen werden kann.<sup>70)</sup>

In geografischer Hinsicht soll sich die RL – wie im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen üblich<sup>71)</sup> – auf alle EU-Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark erstrecken (Art 1 Abs 3).

## 3. Art 2 – Begriffsbestimmungen

Art 2 enthält die für die RL maßgeblichen Begriffsbestimmungen. Der Begriff „Mediation“ bezeichnet alle

63) Verweise auf Artikel ohne weitere Angabe des Rechtsakts beziehen sich auf den zit RL-Vorschlag, KOM (2004) 718 endgültig.

64) Das *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* v 19. 11. 2002 (s FN 9) unterscheidet hingegen begrifflich nicht zwischen „Conciliation“ und „Mediation“. Siehe *Friedrich*, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*, SchiedsVZ 2004, 297 (299) und *ders*, *Handelsschlichtung* 48f; vgl auch *Eidenmüller*, *SchiedsVZ* 2005, 124 (125), der für eine Erweiterung des RL-Vorschlags auf die „Schlichtung“ eintritt.

65) Siehe schon oben FN 31. Auch der EWSA betont in seiner Stellungnahme (wie FN 157; Pkt 3.2 und Pkt 4.2 Anm 8), dass in der deutschen Sprachfassung die Begriffe „Streitschlichtung“ und „Mediation“ nicht gleichgesetzt werden dürften, sondern besser der Begriff „Streitbeilegung“ verwendet werden sollte.

66) Siehe unten (FN 78) die Definition durch das ZivMediatG (bzw das ZMG).

67) So zB bei Streitigkeiten zwischen Angehörigen freier Berufe. Dazu *Mayr*, Die Schlichtungstätigkeit der Kammern der freien Berufe, wbl 1995, 269 und *ders*, Einführung in die außergerichtliche Streitschlichtung, in *Mayr*, Öffentliche Einrichtungen 3 (16 ff).

68) Siehe etwa die sog „Schlichtungsstellen der Gemeinden“ nach § 39 MRG, die – wenn der Versuch einer gütlichen Beilegung des Streites erfolglos geblieben ist – eine Entscheidung fällen. Dazu generell *Heidl/Lenk*, Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle (2003) und speziell *Mayr*, Die Entwicklung der wohnrechtlichen Schlichtungsstellen, wobl 2003, 349.

69) Siehe Art 1 EuGVVO und Art 2 EuVTVO sowie Art 1 EuZVO und Art 1 EuBVO (in den letzten beiden VO heißt es allerdings „Zivil- oder Handelssachen“).

70) Vgl zB zur EuGVVO *Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht Rz 80 ff; *Kropholler*, Europäisches Zivilprozessrecht<sup>9</sup> (2005) Rz 1 ff zu Art 1 EuGVVO mwN; *Mankowski* in *Rauscher*, *EuZPR* I<sup>2</sup> Rz 1 ff zu Art 1 Brüssel I-VO. *Eidenmüller*, *SchiedsVZ* 2005, 124 (125) meint hingegen, der Begriff sollte klargestellt werden, weil fraglich sei, ob zB arbeitsrechtliche oder Verbraucherschutzrechtliche Streitigkeiten darunter fallen würden.

71) Nur der (geografische) Anwendungsbereich der EuGVVO und der EuZVO wurde in der Zwischenzeit durch spezielle völkerrechtliche Abkommen auf Dänemark ausgedehnt. Siehe *ABI L* 299 v 16. 11. 2005 S 62 und *ABI L* 300 v 17. 11. 2005 S 55.

Verfahren unabhängig von ihrer Bezeichnung, in denen zwei oder mehrere Streitparteien von einer „dritten Partei“ unterstützt werden, damit sie eine Vereinbarung über die „Streitschlichtung“ erzielen, und unabhängig davon, ob das Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder vom innerstaatlichen Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird. Bemühungen des Gerichts (selbst) zur „Streitschlichtung“ während des Gerichtsverfahrens über die Streit-sache sind jedoch nicht umfasst (lit a). Als „Mediator“ wird in lit b eine „dritte Partei“ bezeichnet, die eine Mediation durchführt, unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrem Beruf in dem betreffenden Mitgliedstaat und der Art und Weise, in der sie benannt oder um Durchführung der Mediation ersucht wurde.

Ergänzend dazu führt der Erwägungsgrund 8 aus, dass die Mediations-RL Verfahren abdecken solle, bei denen zwei oder mehrere Parteien einer Streitsache von einem Mediator unterstützt werden, damit sie eine gütliche Einigung über die Streitbeilegung erzielen. „Schiedsrichterliche Entscheidungen, wie Schiedsverfahren, Ombudsmannregelungen, Verbraucherbeschwerdeverfahren, Sachverständigenbenennungen oder Verfahren von Stellen, die eine rechtlich verbindliche oder unverbindliche förmliche Empfehlung zur Streitschlichtung abgeben“, sollen hingegen nicht umfasst sein.

Diese Begriffsbestimmungen sind teilweise missverständlich und ergänzungsbedürftig. Abgesehen von der verunglückten Umschreibung der „schiedsrichterlichen Entscheidungen“ wird etwa sowohl in lit a als auch in lit b der „Mediator“ als eine „dritte Partei“ bezeichnet,<sup>72)</sup> was insofern irreführend sein kann, als mit dem Begriff einer „Partei“ auch ein (ursprünglich) am Verfahren Beteiligter oder gar ein Anspruchsberechtigter gemeint sein könnte. Auch erscheint es fraglich, ob ein automatisiertes non-personales Mediationsverfahren („*Online Dispute Resolution*“ oder kurz ODR<sup>73)</sup>) von der RL umfasst ist.<sup>74)</sup> In Österreich schreibt § 16 Abs 2 Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZivMediatG)<sup>75)</sup> vor, dass die Mediation vom Mediator „persönlich“ und „unmittelbar“ durchzuführen ist, woraus in der Literatur geschlossen wird, dass eine „Fernmediation“ etwa mithilfe des Internet unzulässig sei.<sup>76)</sup>

Die Ergänzungsbedürftigkeit der Definition des RL-Vorschlags wird deutlich, wenn man sie mit der österreichischen Rechtslage vergleicht: Nach § 1 Abs 1 Ziv-

MediatG ist – ebenso wie im Liechtensteinischen Zivilrechts-Mediations-Gesetz (ZMG)<sup>77)</sup> – „Mediation“ eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konflikts zu ermöglichen.<sup>78)</sup> Nach diesem Verständnis der Mediation<sup>79)</sup> fehlen einige wichtige Elemente bzw Voraussetzungen der Mediation, wie insb die Neutralität des Mediators oder eine Durchführung nach anerkannten Methoden.<sup>80)</sup> Ob auch die Freiwilligkeit, die im österreichischen Recht stark betont wird,<sup>81)</sup> ein wesentliches bzw sogar unverzichtbares Kriterium der Mediation darstellt, wird in der Literatur lebhaft diskutiert.<sup>82)</sup> Pitkowitz<sup>83)</sup> schreibt etwa, dass Beispiele anderer Länder zeigen würden, dass ein Zwang zur Mediation ein durchaus probates Mittel sein könne.<sup>84)</sup> Der Vorschlag der Mediations-RL verhält sich insofern jedenfalls völlig neutral.

Mit dem Ausschluss von „Bemühungen des Gerichts zur Streitschlichtung während des Gerichtsverfahrens“ im Unterabsatz der lit a wird wohl ein gerichtliches Vergleichs-, Versöhnungs- oder Güteverfahren gemeint sein, wie es in den verschiedenen nationalen Prozessordnungen (fakultativ oder obligatorisch) vorgesehen ist.<sup>85)</sup> Ob damit auch die sog „gerichtsinterne Mediation“ oder „richterliche Mediation“<sup>86)</sup> ausgeschlossen sein soll, ist unklar. →

77) Gesetz v 15. 12. 2004 Liechtensteinisches Landesgesetzblatt 2005/31; dort Art 2 Abs 1 lit a.

78) Sog „*Facilitative Approach*“ (Mediator moderiert lediglich Verhandlungen) im Gegensatz zum „*Evaluative Approach*“ (Mediator ist auch beurteilend und bewertend tätig); vgl dazu Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81 (82).

79) Vgl aber die Definition in Art 1 Abs 3 *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* und Section 2 Abs 2 *Uniform Mediation Act* (UMA); dazu oben FN 9.

80) In diese Richtung geht auch die Stellungnahme des EWSA v 9. 6. 2005 (s unten FN 157). Becker/Horn, SchiedsVZ 2006, 270, halten daher überhaupt die österreichische Begriffsbestimmung für vorzugswürdig.

81) Etwa Ganner, Vertragsgerechtigkeit durch Mediation, ÖJZ 2003/43, 710 (712f); M. Roth, IDR 2005, 114 (117) oder Ferz/Filler, Mediation 26 und 116ff.

82) Siehe nur etwa Nelle/Hacke, Obligatorische Mediation: Selbstwiderspruch oder Reforminstrument? ZKM 2001, 56 oder Eidenmüller in Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis<sup>2</sup> § 2 Rz 93ff sowie C. Schwaighofer, Braucht Wirtschaftsmediation die Freiwilligkeit der Parteien? in Gruber/Pichler, Wirtschaftsmediation 135.

83) SchiedsVZ 2005, 81 (83).

84) In Österreich gibt es nur insofern einen Zwang, also nach Art III Ziv-RÄG 2004 (BGBl I 2003/91) in bestimmten nachbarrechtlichen Streitigkeiten vor der Einbringung einer Klage bei Gericht eine Schlichtungsstelle befasst, ein „prätorischer Vergleichsversuch“ (nach § 433 ZPO) unternommen oder – aber nur dann, wenn beide Parteien einverstanden sind – der Streit einem (eingetragenen) Mediator unterbreitet werden muss. Siehe dazu etwa P. Bydlinski, Neuerungen im Nachbarrecht, JBI 2004, 86 (90ff).

85) ZB in Österreich gem § 204 Abs 1, § 258 Abs 1 Z 4, § 260 Z 7, § 433 ZPO, in Deutschland nach § 278 Abs 1 und 2 dZPO. Dazu näher Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002) mwN.

86) Siehe dazu umfassend Volkmann, Mediation im Zivilprozess (2006) mwN, sowie Löer, Einbindung von Mediation in den Zivilprozess, ZKM 2005, 182 und ZKM 2006, 4; ders, Richterliche Mediation. Möglichkeiten der Einbindung von Mediation in das Gerichtsverfahren am Beispiel des Zivilprozesses, ZZP 2006, 199; Greger, Erste Erfahrungen mit dem bayerischen Güterichterprojekt, ZKM 2006, 68 und Prütting, Mediation und Gerichtsbarkeit, ZKM 2006, 100.

72) Auch in der englischen Fassung „*any third party*“.

73) Dazu etwa Lürer in Haft/Schleffen (Hrsg), Handbuch Mediation (2002) § 50 (1275ff) und aktuell Kai von Lewinski, Alternative Dispute Resolution und Internet, ZKM 2004, 108; Herrmann, Die Zukunft von ODR oder hat ODR eine Zukunft? ZKM 2005, 152 oder Adler, eMediation – Können wir die MediatorIn einsparen? in Gruber/Pichler, Wirtschaftsmediation.

74) Vgl Pichler in Gruber/Pichler, Wirtschaftsmediation 19f.

75) BGBl I 2003/29; dazu Ferz/Filler, Mediation (2003) oder Falk/Koren, Zivilrechts-Mediations-Gesetz (2005) sowie etwa Allmayer-Beck, Das österreichische Zivilrechts-Mediations-Gesetz, IDR 2004, 119; Ferrari/Buchwalder, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz in Österreich, FamRZ 2004, 1428; Hopf, Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004/3, 41; Oberhammer/Domej, Ein rechtlicher Rahmen für die Mediation in Österreich, ZKM 2003, 144; Roth/Markowetz, Bundesgesetz über Mediation in Zivilrechtssachen – Ein Überblick über die neuen Bestimmungen, JBI 2004, 296.

76) Insb Pruckner, Recht der Mediation 97 Rz 8; vgl auch Falk/Koren, Zivilrechts-Mediations-Gesetz § 16 Rz 19 und Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81 (83f).

Die Begriffsbestimmung des „Mediators“ in lit b scheint ferner allzu offen zu sein. Für das in einem Rechtsstreit letztlich zuständige Gericht könnte fraglich werden, ob eine „Mediation“ überhaupt stattgefunden hat, wenn als einziger Anknüpfungspunkt bloß die (behauptete) Durchführung einer so bezeichneten „Mediation“ vorgebracht wird.

#### 4. Art 3 – Verweis auf die Mediation

Nach Art 3 Abs 1 kann ein Gericht, das mit einer Klage befasst wird, gegebenenfalls unter Berücksichtigung aller Umstände des Falles die Parteien auffordern, Mediation zur Streitschlichtung anzuwenden. Jedenfalls kann aber das Gericht von den Parteien verlangen, eine Informationsveranstaltung über die Anwendung der Mediation zu besuchen. Abs 2 sieht vor, dass einzelstaatliche Rechtsvorschriften, nach denen die Anwendung der Mediation vor oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens verpflichtend oder mit Anreizen oder Sanktionen verbunden ist, unberührt bleiben, sofern diese Rechtsvorschriften das Recht auf Zugang zum Gerichtssystem insb in Fällen, in denen eine der Parteien in einem anderen Mitgliedstaat als dem des Gerichts ansässig ist, nicht beeinträchtigen.<sup>87)</sup>

Die Aufforderung zur Mediation iSd Art 3 Abs 1 ist in Österreich<sup>88)</sup> bereits in § 204 Abs 1 zweiter Satz ZPO<sup>89)</sup> normiert, wobei letztere Bestimmung weiter formuliert ist, weil danach das Gericht „auf [alle] Einrichtungen hinzuweisen hat, die zur einvernehmlichen Lösung von Konflikten geeignet sind“.<sup>90)</sup> Allerdings sieht der RL-Vorschlag darüber hinaus ein Recht der Gerichte vor, die Parteien zum Besuch einer Informationsveranstaltung über Mediation zu verpflichten. Eine derartige Möglichkeit findet sich in der ZPO nicht<sup>91)</sup> und auch im Gesetzgebungsprozess auf europäischer Ebene wurde deutlich, dass eine verpflichtende, staatlich organisierte und finanzierte Informationsveranstaltung von vielen Mitgliedstaaten abgelehnt wird.<sup>92)</sup> Im Übrigen kann auch die Sinnhaftigkeit einer solchen verpflichtenden Informationsveranstaltung durchaus angezweifelt werden.<sup>93)</sup>

#### 5. Art 4 – Sicherstellung der Qualität der Mediation

Art 4 ist weitgehend programmatischer Natur und verpflichtet die EK und die Mitgliedstaaten zur Förderung der Ausbildung sowie der Entwicklung von freiwilligen Verhaltenskodizes und deren Einhaltung durch Mediatoren. Die EK möchte Mediation grundsätzlich fördern sowie deren Qualität sicherstellen, hat aber bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass zusätzlich zum RL-Vorschlag keine weiteren Rechtsakte hinsichtlich Verhaltenskodizes, Qualitätskontrolle etc geplant seien. Es soll auch kein europäisches „Berufsrecht“ für Mediatoren geschaffen werden. Ebenso wenig wird auf bestimmte „Quellenberufe“, wie Rechtsanwälte, Richter, Psychologen, Psychotherapeuten uä, abgestellt.<sup>94)</sup>

Auch wenn man im Bereich der Mediation dem Grundsatz „So viel Gesetzgebung wie nötig, so wenig wie möglich“<sup>95)</sup> folgt, ist diese Vorgehensweise der EK kritisch zu sehen. Einerseits wird durch die Mediations-RL außergerichtliche Streitbeilegung in Form der

Mediation privilegiert, aber andererseits gibt es keine europaweit einheitlichen Qualitätsstandards für Mediatoren. In diesem Zusammenhang wird immer wieder argumentiert, „der Markt“ werde schon für die erforderliche Qualitätssicherung sorgen (Prinzip der Selbstregulierung).<sup>96)</sup> Wenn man aber bedenkt, dass die Parteien das Mediationsangebot vermutlich kaum überschauen können und idR in emotionalen Ausnahmesituationen Mediation in Anspruch nehmen, erscheint die Prämisse der Marktregulierung durchaus bedenklich.<sup>97)</sup>

Das ZivMediatG sieht dagegen (ebenso wie das liechtensteinische ZMG) ein besonderes Eintragungsverfahren für Mediatoren vor. Nach § 8 ZivMediatG hat das Bundesministerium für Justiz eine Liste zu führen,<sup>98)</sup> in welche die Mediatoren bei Erfüllung der Voraussetzungen des § 9 ZivMediatG einzutragen sind.<sup>99)</sup> Die besondere Verschwiegenheitspflicht des § 18 ZivMediatG (die sogar strafrechtlich sanktioniert ist), die Bestimmung des § 320 Z 4 ZPO (Vernehmungsverbot), das Entschlagungsrecht im strafgerichtlichen Verfahren (§ 152 Abs 1 Z 5 StPO)<sup>100)</sup> und auch die Hemmung der

87) Die oben (FN 84) erwähnte Regelung des Art III ZivRÄG über die „außergerichtliche Streitbeilegung“ bleibt somit unberührt, weil längstens nach drei Monaten der Gerichtsweg offensteht.

88) In Deutschland normiert § 278 Abs 5 Satz 2 dZPO ganz ähnlich: „In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen.“ Dazu etwa Volkmann, Mediation im Zivilprozess 14 ff.

89) Eingefügt durch Art III Z 1 BGBl I 2003/29. Zur Möglichkeit der Verweisung auf eine außergerichtliche Schlichtungsstelle s schon Mayr, Der gerichtliche Vergleichsversuch 77 ff. Siehe auch die rechtsvergleichenden Betrachtungen zur Einbindung alternativer Konfliktlösungsmechanismen in das Zivilverfahrensrecht von Kilian/Wielgosz, Gerichtsnaher Mediation, ZZPInt 2004, 355.

90) Vgl auch § 29 AußStrG, der dem Gericht erlaubt, mit dem (Außerstreit-)Verfahren innewzuhalten, wenn eine einvernehmliche Regelung zwischen den Parteien, insb mit Unterstützung einer dafür geeigneten Einrichtung, zu erwarten ist. Dazu etwa Mayr/Fucik, Das neue Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup> (2006) Rz 161 ff.

91) Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81 (84) oder M. Roth, IDR 2005, 114 (118).

92) Mosser, Zak 2006/522, 306 (308).

93) Siehe auch Petsche/Schmutzer, eoclex 2005, 493.

94) Vgl „Commission Staff Working Paper“, SEC (2004) 1314, 4.

95) Etwa Mähler, Zur gesetzlichen Absicherung der Familienmediation, ZKM 2003, 73 (77) oder Becker/Horn, SchiedsVZ 2006, 270.

96) „Commission Staff Working Paper“, SEC (2004) 1314, 5; Eidenmüller, IDR 2005, 2, meint lapidar, ein offensichtliches Marktversagen, das weitergehende Regelungen erfordern würde, sei nicht ersichtlich. Gegen eine Regelung der Ausbildung auch etwa Duve, BB IDR-Beilage 7 zu Heft 46/2002, 6 (9) unter Berufung auf die (Nicht-)Regelung im amerikanischen *Uniform Mediation Act* (wie FN 9) und die Tatsache, dass es auch für Schiedsrichter keine Ausbildungsstandards gebe; aM etwa Allmayer-Beck, IDR 2004, 119 (119f). Siehe auch die Diskussion zwischen Köper, Eine Qualitätsstudie des Österreichischen Zivilrechts-Mediations-Gesetzes, ZKM 2004, 161, und Allmayer-Beck, „Et audiatur altera pars!“ ZKM 2005, 35.

97) So auch Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124 (126): „On balance some form of minimum training requirements and licensing seems to conform more to the European regulatory environment than relying exclusively on private actions to control mediators' behavior.“

98) Diese Liste ist im Internet abrufbar unter [www.mediatorenliste.justiz.gv.at](http://www.mediatorenliste.justiz.gv.at)

99) Gem § 9 ZivMediatG (bzw Art 5 ZMG) hat Anspruch auf Eintragung in die Liste der Mediatoren, wer nachweist, dass er 1. das 28. Lebensjahr vollendet hat, 2. fachlich qualifiziert ist, 3. vertrauenswürdig ist und 4. eine Haftpflichtversicherung nach § 19 abgeschlossen hat. Dazu etwa Kollros, Die Rechtsstellung des Mediators nach dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz, eoclex 2003, 745; Lachmair, „Neue“ Pflichten und Haftung für Mediatoren? RdW 2004/526, 582; Hopf, ÖJZ 2004/3, 41 (46f); M. Roth, IDR 2005, 114 (118) oder Allmayer-Beck, IDR 2004, 119 (123).

100) Ab 1. 1. 2008 § 157 Abs 1 Z 3 StPO idF des Strafprozessreformgesetzes BGBl I 2004/19.



Verjährung und sonstiger Fristen gelten nur, wenn die Mediation durch einen eingetragenen Mediator durchgeführt wird.<sup>101)</sup> Eine der Eintragungsvoraussetzungen ist insb die fachliche Qualifikation des Eintragungswerbers. Als fachlich qualifiziert gilt dabei, wer aufgrund einer entsprechenden Ausbildung über Kenntnisse und Fertigkeiten der Mediation verfügt sowie mit deren rechtlichen und psychosozialen Grundlagen vertraut ist (§ 10 ZivMediatG). Für die „entsprechende Ausbildung“ verlangt das österreichische Recht<sup>102)</sup> in Summe 365 Stunden an Lehr- und Praxisveranstaltungen mit verschiedenen Ausbildungsinhalten (Psychologie, Kommunikation, Recht usw.), die in anerkannten Ausbildungseinrichtungen absolviert werden müssen. Personen aus gewissen Quellenberufen müssen immerhin noch 220 Stunden einschlägige Ausbildung nachweisen, um sich in die Mediatorenliste eintragen lassen zu können. Der österreichische Mediator muss aber nicht nur über eine umfassende Ausbildung verfügen, sondern sich auch entsprechend fortbilden (§ 20 ZivMediatG). Darüber hinaus ist der Abschluss einer Haftpflichtversicherung zwingend vorgesehen (§ 9 iVm § 19 ZivMediatG).

Nur wenn der Mediator diesen hohen Anforderungen entspricht, kann er sich in die Mediatorenliste eintragen lassen und nur dann kommt er in den Genuss der besonderen Rechte.<sup>103)</sup> Mit diesen Anforderungen will das ZivMediatG die Qualität der Mediation sichern und va die Rechtsunterworfenen vor ungenügend ausgebildeten Mediatoren schützen.

Der RL-Vorschlag geht – wie erwähnt – hingegen vom Prinzip der Selbstregulierung aus und sieht keine Qualitätsanforderungen für Mediatoren vor.<sup>104)</sup> Dazu kommt die oben (C.3.) erwähnte, sehr weite Definition des Begriffs „Mediator“ (Art 2 lit b). Dadurch werden die hohen Qualitätsanforderungen des ZivMediatG unterlaufen, weil der Mediator iSd RL-Vorschlags im Wesentlichen über die gleichen Rechte verfügt, die in Österreich nur einem eingetragenen Mediator zustehen. Auch die disziplinarischen Sanktionen, die gegen einen eingetragenen Mediator nach § 14 ZivMediatG verhängt werden können, verlieren ihre Wirksamkeit. Wenn der Mediator bspw wegen einer groben Verletzung seiner Ausbildungs- oder Fortbildungspflichten von der Liste der eingetragenen Mediatoren gestrichen wird, hat das kaum Auswirkungen für ihn. Er ist weiterhin Mediator iSd RL-Vorschlags und kann damit weiter Mediation anbieten. Auch der Abschluss der Haftpflichtversicherung, der insb die Parteien – aber auch die Mediatoren – absichern soll, wird bedeutungslos, da der RL-Vorschlag keine derartige Verpflichtung kennt.

## 6. Art 5 – Vollstreckung von Vereinbarungen über die Streitschlichtung

Art 5 regelt die Vollstreckung von Mediationsergebnissen.<sup>105)</sup> Nach Abs 1 stellen die Mitgliedstaaten sicher, dass eine im Wege der Mediation erzielte Vereinbarung über die Streitschlichtung auf Antrag der Parteien in einem Urteil, einer Entscheidung, Urkunde oder in anderer Form durch ein Gericht oder eine Behörde bestätigt werden kann. Diese Bestätigung macht die Ver-

einbarung in gleicher Weise wie ein Urteil nach innerstaatlichem Recht vollstreckbar, sofern die Vereinbarung nicht gegen europäisches Recht oder innerstaatliches Recht des Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wird, verstößt. Nach Abs 2 teilen die Mitgliedstaaten der EK mit, welche Gerichte oder Behörden befugt sind, einen Antrag nach Abs 1 entgegenzunehmen. Die EK meint, diese Bestimmung sei besonders bei grenzüberschreitenden Mediationsverfahren wichtig, weil die Parteien bei Nichteinhaltung der aus der Mediation resultierenden Vereinbarung gezwungen wären, in einem anderen Mitgliedstaat zu prozessieren. Außerdem werde damit geholfen, die Mediation auf eine Stufe mit zivilgerichtlichen Verfahren zu stellen.<sup>106)</sup>

Die unmittelbare Anerkennung eines Mediationsergebnisses als Exekutionstitel erscheint ebenso problematisch wie ein bloßes „Bestätigungsverfahren“ (Homologation) einer bereits geschlossenen Vereinbarung.<sup>107)</sup> Zunächst ist nicht ersichtlich, warum gerade eine im Rahmen einer Mediation geschlossene Vereinbarung eine andere (stärkere) Rechtswirkung haben soll als jede andere zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung, zumal der Mediator nach der RL über keine Rechtskenntnisse<sup>108)</sup> (und keine besondere Ausbildung) verfügen muss. Die Proponenten der Mediation bezeichnen als einen der größten Vorteile dieser Konfliktlösungsmethode, dass mithilfe der Kommunikationstechniken des Mediators eine den Interessen der Streitparteien gerecht werdende Lösung („*interest based conflict resolution*“) erzielt werden könne, die unter Umständen sogar mit deren Rechtsposition in Widerspruch stehen kann.<sup>109)</sup> Dies mag durchaus zutreffen, aber warum eine derartige „Interessen-basierte Lösung“ nach einem bloßen Bestätigungsverfahren als Exekutionstitel rechtlich durchsetzbar sein soll, ist nicht nachvollziehbar. Die „Gleichstellung“ mit einem zivilgerichtlichen Verfahren ist in diesem Punkt daher auch unsachlich. Auch der Vergleich des Mediationsergeb-

101) Hopf, ÖJZ 2004/3, 41 (46); Allmayer-Beck, IDR 2004, 119 (122); M. Roth, IDR 2005, 114 (118).

102) Siehe die Verordnung des BM für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator (Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung – ZivMediat-AV), BGBl II 2004/47, und in Liechtenstein die Verordnung v 12. 4. 2005 zum Gesetz über die Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Verordnung; ZMV), fLGBI 2005/71.

103) Hopf, ÖJZ 2004/3, 41 (46) bezeichnet die Eintragung in die Mediatorenliste als ein einem Qualitätszertifikat vergleichbares Gütesiegel.

104) Etwa Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81 (84) oder Becker/Horn, SchiedsVZ 2006, 270 (271); krit Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124 (126); M. Roth, IDR 2005, 114 (117).

105) Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 85 Anm 58, spricht hier bewusst von der „Settlement-Vereinbarung“, um Verwechslungen mit der „Mediationsvereinbarung“ und dem „Mediatorvertrag“ zu vermeiden. Zu diesen Begriffen s Eidenmüller, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation (2001) 8 und 31.

106) „Commission Staff Working Paper“, SEC (2004) 1314, 6.

107) Vgl Mosser, Zak 2006/522, 306 (308); positiv etwa Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124 (128); M. Roth, IDR 2005, 114 (119) oder Pitkowitz, SchiedsVZ 2005, 81 (85).

108) Petsche/Schmutzer, ecolex 2005, 493, meinen, die RL solle sicherstellen, dass Teil des Mediationsverfahrens eine umfangreiche rechtliche Beratung beider Seiten ist. Dem ist grundsätzlich zuzustimmen, allerdings darf diese Verpflichtung nicht so weit führen, dass letztlich nur Personen mit umfassender juristischer Ausbildung Mediation anbieten können.

109) Eidenmüller, A Legal Framework for National and International Mediation Proceedings, BB IDR-Beilage 7 zu Heft 46/2002, 14 (15) mwN.

nisses mit einem Schiedsspruch – der unmittelbar einen Exekutionstitel darstellt (§ 1 Z 16 EO) – ist nicht zulässig,<sup>110)</sup> weil das Mediationsverfahren in der RL nicht geregelt wird<sup>111)</sup> und damit nicht gewährleistet ist, dass die Mediationsvereinbarung in einem fairen Verfahren zustande kommt.<sup>112)</sup>

Außerdem ermöglicht Art 5 die Umgehung von zwingendem nationalem Recht.<sup>113)</sup> Sollte eine von den Parteien geschlossene Vereinbarung über die Streitbeilegung wegen Gesetzwidrigkeit von einem österreichischen Gericht keine Bestätigung der Vollstreckbarkeit erhalten, könnten sie sich an das Gericht eines anderen Mitgliedstaates wenden, das die Bestätigung einer solchen Vereinbarung zulässt. Damit wäre diese Vereinbarung nach der EuGVVO,<sup>114)</sup> nach der Brüssel IIa-VO oder nach der EuVTVO in Österreich zu vollstrecken. Die österreichischen Exekutionsgerichte könnten eine Anerkennung und Vollstreckung grundsätzlich nur verweigern, wenn die Vereinbarung dem *ordre public* oder – im Anwendungsbereich der Brüssel IIa-VO – deren Art 22 und 23<sup>115)</sup> widerspricht. Im Übrigen müsste auch eine sitten- oder gesetzwidrige Vereinbarung vollstreckt werden. Besonders problematisch wäre dies im Bereich des Familien- und Wohnrechts sowie des Verbraucherschutzes. Sollte der Gegenstand des gerichtlich bestätigten Mediationsergebnisses eine (unbestrittene) Geldforderung iSd EuVTVO sein,<sup>116)</sup> steht selbst der Ordre-Public-Vorbehalt nicht zur Verfügung, weil die EuVTVO eine unmittelbare Vollstreckung ohne Exequaturverfahren im Vollstreckungsstaat vorsieht.<sup>117)</sup>

Eine Umsetzung dieser europarechtlichen Verpflichtung in Österreich könnte durch eine verstärkte Nutzbarmachung des vollstreckbaren Notariatsakts nach § 3 NO<sup>118)</sup> und durch eine Anpassung des § 433 ZPO erfolgen, der gegenwärtig für den Abschluss eines vorprozessualen gerichtlichen („prätorischen“) Vergleichs (nach dem Wortlaut des Gesetzes<sup>119)</sup>) einen (noch aufrechten) Streit der Parteien voraussetzt.

## 7. Art 6 – Zulässigkeit von Beweisen in Gerichtsverfahren

Die Zulässigkeit von gerichtlichen Beweisaufnahmen iZm einer Mediation soll durch Art 6 in folgender Weise geregelt werden:

Nach Abs 1 sagen Mediatoren und Personen, die in die Abwicklung von Mediationsdiensten eingebunden sind, in zivilgerichtlichen Verfahren nicht über folgende Angelegenheiten aus:

- die Aufforderung einer Partei zur Aufnahme der Mediation oder die Tatsache, dass eine Partei zur Teilnahme an der Mediation bereit war (lit a);
- Meinungen und Vorschläge einer an der Mediation teilnehmenden Partei im Hinblick auf die Streitschlichtung (lit b);
- Erklärungen oder Eingeständnisse einer Partei im Laufe der Mediation (lit c);
- Vorschläge des Mediators (lit d);
- die Tatsache, dass eine Partei sich bereit gezeigt hat, einen Vorschlag des Mediators zur Streitschlichtung anzunehmen (lit e), und

→ Unterlagen, die ausschließlich für die Zwecke der Mediation erstellt wurden (lit f).

Nach Abs 2 gilt Abs 1 unabhängig von der Form der Information oder der Beweise, auf die sich die Aussage bezieht.

Abs 3 sieht vor, dass in zivilgerichtlichen Verfahren die Preisgabe von Informationen nach Abs 1 nicht angeordnet wird und entgegen Abs 1 vorgelegte Beweismittel als unzulässig zu betrachten sind. Diese Informationen und Beweismittel können aber in bestimmten Fällen doch vorgebracht bzw. vorgelegt werden, soweit sie für die Durchführung oder Vollstreckung einer Vereinbarung über die Streitschlichtung als unmittelbares Ergebnis der Mediation erforderlich sind (lit a), um Erwägungen öffentlicher Natur außer Kraft zu setzen, insb. wenn sie erforderlich sind, um den Schutz von Kindern zu gewährleisten oder eine Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden (lit b), oder wenn der Mediator und die Parteien dem zustimmen (lit c).

Nach Abs 4 gelten die Bestimmungen der Abs 1, 2 und 3 unabhängig davon, ob sich das Gerichtsverfahren auf den Streit bezieht, der Gegenstand der Mediation ist oder war, und nach Abs 5 werden Beweise – vorbehaltlich von Abs 1 –, die sonst in Zivilverfahren zulässig gewesen wären, nicht als Folge ihrer Verwendung im Rahmen der Mediation unzulässig.

Zunächst soll ein kurzer Blick auf die Vertraulichkeitsregelungen in anderen Rechtsvorschriften geworfen werden. Im *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*<sup>120)</sup> finden sich die Vorschriften zum Vertrauensschutz in den Art 8 bis 10. Art 8 des *Model Law* regelt die Vertraulichkeit jener In-

110) So aber *Petsche/Schmutzer*, *ecolex* 2005, 493.

111) Das *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation* enthält hingegen auch detaillierte Regeln über das Mediationsverfahren; vgl. *Eidenmüller*, *SchiedsVZ* 2005, 124 (126).

112) IdS. auch *Eidenmüller*, *SchiedsVZ* 2005, 124 (129).

113) In gewissem Umfang ist dies schon jetzt wegen Art 57 EuGVVO und Art 46 Brüssel IIa-VO möglich; vgl. *Eidenmüller*, *SchiedsVZ* 2005, 124 (128).

114) Siehe zur gegenwärtigen Rechtslage *Staudinger in Rauscher*, *EuZPR I<sup>2</sup> Rz 6* zu Art 57 Brüssel I-VO.

115) Vgl. *Rauscher in Rauscher*, *EuZPR I<sup>2</sup> Rz 1* zu Art 46 Brüssel IIa-VO: Öffentliche Urkunden und Vereinbarungen, die unter die Brüssel IIa-VO fallen, werden im Gegensatz zu Art 57 und 58 EuGVVO nicht (vorbehaltlich des *ordre public*) schlicht für vollstreckungsfähig erklärt, sondern insgesamt dem für Entscheidungen geltenden Anerkennungssystem der Art 21 ff Brüssel IIa-VO und damit insb. den weiteren Anerkennungshindernissen nach Art 22 und 23 Brüssel IIa-VO unterstellt. Hintergrund sei die erhebliche Zurückhaltung gegenüber vergleichsweisen Regelungen von personenstands- und sorgerechtlichen Streitigkeiten.

116) Die EuVTVO gilt nach deren Art 3 Abs 1 für Entscheidungen, gerichtliche Vergleiche und öffentliche Urkunden über unbestrittene Forderungen. Näher zu den potenziellen Europäischen Vollstreckungstiteln etwa *Burgstaller/Neumayr*, *Der Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen*, *ÖJZ* 2006/13, 179 (181 f).

117) Siehe Art 24 Abs 2 und Art 25 Abs 2 EuVTVO.

118) Dazu mwN *Wagner/Knechtel*, *Notariatsordnung*<sup>6</sup> (2006) 27 ff oder *Bittner*, *Der vollstreckbare Notariatsakt als Instrument der außergerichtlichen Rechtsdurchsetzung*, in *Rechberger*, *Konsensuale Streitbeilegung* 67.

119) „Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt ...“ (§ 433 Abs 1 ZPO) und § 547 Geo. Zur Problematik siehe auch *Mayr*, *Der gerichtliche Vergleichsversuch* 108 f und 127 f sowie *G. Kodek in Fasching/Konecny*, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*<sup>2</sup> III (2004) § 433 ZPO Rz 3 und 9.

120) Siehe oben FN 9; vgl. auch *Bercher*, *IDR* 2005, 169 (170).

formationen, die der Mediator im Weg des sog „caucus“<sup>121)</sup> erhalten hat, Art 9 leg cit enthält eine allgemeine Verschwiegenheitsverpflichtung für den Mediator und die Parteien und Art 10 leg cit regelt die Vertraulichkeit in nachfolgenden Gerichts- und Schiedsverfahren. Art 10 des *Model Law* diene als Vorbild für Art 6 des RL-Entwurfs.<sup>122)</sup> Auch die *ADR Rules* der Internationalen Handelskammer (ICC)<sup>123)</sup> enthalten in Art 7 eine generelle Verschwiegenheitspflicht und ein Beweisverbot für spätere Gerichts-, Schieds- und ähnliche Verfahren. Der *Uniform Mediation Act*<sup>124)</sup> der USA normiert in Section 4 ein umfassendes Beweisverwertungsverbot, das eine Einführung der geschützten Information in den Prozess untersagt.

Wie die soeben kurz dargestellten Vorschriften soll auch Art 6 des RL-Entwurfs im Interesse des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Mediator und den Mediationsparteien eine Einbeziehung des Mediators in einen gerichtlichen Konflikt vermeiden und so sichergestellt werden, dass sich die Parteien dem Mediator vollkommen öffnen.<sup>125)</sup> Damit enthält der RL-Entwurf keine generelle Verschwiegenheitsverpflichtung,<sup>126)</sup> sondern lediglich ein (iSd österreichischen Terminologie) Entschlagsrecht.<sup>127)</sup> Indem der RL-Entwurf auf die tatsächliche Tätigkeit als Mediator abstellt, schließt er eine Lücke, die im nationalen Recht jener Mitgliedstaaten gegeben ist, die einen Vertraulichkeitsschutz nur für die Angehörigen bestimmter Berufsgruppen (insb Rechtsanwälte) vorsehen.<sup>128)</sup>

Art 6 sieht entsprechend dem Verständnis kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen ein personenbezogenes Regelungsmodell vor. Im Gegensatz dazu, wird im anglo-amerikanischen „*without prejudice privilege*“, dem auch der *Uniform Mediation Act*<sup>129)</sup> folgt, die Information als solche geschützt und deren Einführung in den Zivilprozess untersagt. Damit ist auch jeder Dritte an der Offenbarung von Umständen, die im Mediationsverfahren behandelt wurden, gehindert.<sup>130)</sup> Hingegen sieht der RL-Entwurf – ebenso wie das *ZivMediatG*<sup>131)</sup>, jedoch anders als Art 10 *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation*<sup>132)</sup> – eine Beschränkung des Vertraulichkeitsschutzes auf den Mediator und seine Gehilfen vor. Diese Beschränkung wird damit begründet, dass die Vertraulichkeit der Parteien im Gerichtsverfahren faktisch nicht gewährleistet werden könne.<sup>133)</sup> In der Literatur wird dies allerdings durchwegs kritisch gesehen,<sup>134)</sup> weil eine zwischen den Parteien vertraglich vereinbarte Vertraulichkeitsregelung (inklusive Entschlagsrecht) nur zwischen diesen (und nicht auch gegenüber Dritten) wirke und wie jede Vereinbarung unwirksam sein oder angefochten werden könne. Da Art 6 wohl als Mindestharmonisierung zu verstehen ist, können die Mitgliedstaaten das Entschlagsrecht auch auf die Parteien ausdehnen. Dies könnte aber zu einer uneinheitlichen Regelung in den Mitgliedstaaten führen, weshalb eine Ausdehnung des Art 6 auf die Parteien des Mediationsverfahrens zweckmäßig erscheint.<sup>135)</sup>

Erwähnenswert ist ferner, dass sich Art 6 seinem Wortlaut nach nur auf nachfolgende Verfahren vor staatlichen Gerichten, nicht aber auch auf Schiedsverfahren bezieht. Der Vertraulichkeitsschutz sollte aber

gleichermaßen für nach einer gescheiterten Mediation durchgeführte Schiedsverfahren gelten.<sup>136)</sup>

Generell sollte die sehr kasuistische Aufzählung in Abs 1 lit a bis lit f, aber auch in Abs 3 lit a bis lit c besser durch eine flexibel handhabbare Generalklausel ersetzt werden.<sup>137)</sup> Es ist auch unzweckmäßig, den Mediatoren (und ihren Hilfspersonen) verpflichtend vorzugeben, über welche „Angelegenheiten“ sie im zivilgerichtlichen Verfahren nicht aussagen dürfen (Abs 1), weil grundsätzlich das Gericht zu beurteilen hat, ob eine Aussage (oder sonstige Beweisaufnahme) unzulässig ist oder nicht. Insofern könnte man Abs 1 und Abs 3 bei wörtlicher Interpretation als widersprüchlich ansehen: In Abs 1 wird bestimmt formuliert „sagen nicht aus“ und in Abs 3 werden dann doch die vom Gericht zuzulassenden Ausnahmen aufgezählt. Abs 3 lit a schützt das berechnete Interesse der Parteien an der Durchsetzung ihrer Ansprüche, denn ein Entschlagsrecht des Mediators bei Problemen der Durchsetzbarkeit der Mediationsvereinbarung wäre wohl unangemessen.<sup>138)</sup> Allerdings ist in lit a unklar, wer entscheidet, ob und gegebenenfalls wann die Preisgabe von Informationen „erforderlich“ ist. Unklar ist auch die Einleitung der lit b („um Erwägungen öffentlicher

121) Dabei hört der Mediator die Parteien einzeln an, um sich Klarheit über deren Interessen verschaffen zu können; vgl *Bercher*, IDR 2005, 169 (170).

122) „Commission Staff Working Paper“, SEC (2004) 1314, 6; *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (129); *M. Roth*, IDR 2005, 114 (121) oder *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81 (86).

123) Abrufbar unter [www.iccwbo.org/court/adr/id4452/index.html](http://www.iccwbo.org/court/adr/id4452/index.html)

124) Siehe FN 9.

125) *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (132); *Eidenmüller*, SchiedsVZ 2005, 124 (127); *M. Roth*, IDR 2005, 114 (120); *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81 (87).

126) „The protection of confidentiality outside any subsequent judicial proceedings does not call for a regulatory intervention“, meint die EK („Commission Staff Working Paper“, SEC [2004] 1314, 6).

127) *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (130 Anm 45), sprechen von einem Beweisverwertungsverbot, das dogmatisch auch als Beweismittelverbot beschrieben werden könne; vgl auch *Bercher*, IDR 2005, 169 (172). Allgemein zu den Beweisverboten etwa *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozesses<sup>6</sup> (2003) Rz 597 f oder *Rechberger* in *Fasching/Konecny*, Kommentar<sup>2</sup> III Vor § 266 ZPO Rz 69 ff.

128) *Bercher*, IDR 2005, 169.

129) Siehe FN 9.

130) Vgl dazu *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (131).

131) *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81 (86). Die GMat (24 BlgNR 22. GP 20) führen allerdings aus, dass durch § 320 Z 4 ZPO und § 152 Abs 1 Z 5 StPO zugleich auch ausgeschlossen sei, „dass eine Konfliktpartei sich aus dem Mediationsprozess ergebende Beweise in ein Gerichtsverfahren einführt“ (ebenso *M. Roth*, IDR 2005, 114 [121] und *M. Roth/Markowetz*, JBl 2004, 296 [301]). Dies kann sich jedoch nur auf die Namhaftmachung des Mediators als Beweismittel beziehen (so auch die Mat zur Novellierung des § 320 ZPO: 24 BlgNR 22. GP 27).

132) Siehe oben FN 9; vgl auch *Bercher*, IDR 2005, 169 (170).

133) *Bercher*, IDR 2005, 169 (172) mwN.

134) *Bercher*, IDR 2005, 169 (172); *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (130); *Eidenmüller*, SchiedsVZ 2005, 124 (127); *Petsche/Schmutzer*, *ecollex* 2005, 493; *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81 (86).

135) Diesfalls müsste nach *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (130) eine Ausnahme für gesetzliche „Offenbarungspflichten“ (wie in Art 10 Abs 3 *UNCITRAL Model Law*) normiert werden. In Deutschland wird auch diskutiert, ob ein für die Konfliktparteien gesetzlich verpflichtend vorgegebener Vertraulichkeitsschutz mit dem Justizgewährungsanspruch nach Art 103 Abs 1 des Grundgesetzes vereinbar sei. Dafür *Duvel/Prause*, IDR 2005, 126 (128) und *Bercher*, IDR 2005, 169 (172).

136) *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (131); *Bercher*, IDR 2005, 169 (173); vgl auch *Mosser*, *Zak* 2006/522, 306 (308 Anm 26).

137) *M. Roth*, IDR 2005, 114 (121) oder *Becker/Horn*, SchiedsVZ 2007, 270 (272 f).

138) So aber der Vorschlag von *Duvel/Prause*, IDR 2004, 126 (132).



Natur außer Kraft zu setzen ...“); sie dürfte auf einer unzutreffenden Übersetzung ins Deutsche beruhen.<sup>139)</sup> Zudem sollte der Ausdruck „Erwägungen öffentlicher Natur“ zumindest in einem Erwägungsgrund näher präzisiert werden.<sup>140)</sup>

Abs 3 lit c sieht vor, dass auch der Mediator seine Zustimmung erteilen muss, wenn sämtliche Parteien der Preisgabe von Informationen zugestimmt haben. Diese Zustimmungspflicht des Mediators wird etwa von *Bercher* befürwortet,<sup>141)</sup> weil ansonsten die Kreativität des Mediators eingeschränkt sei, der in Einzelgesprächen („caucus“) strategisch bedingt die Dinge jeweils in einem etwas anderen Licht darstellen möchte. Allerdings ist dabei die Gefahr des Missbrauchs durch nicht integere Mediatoren nicht von der Hand zu weisen. Ein Lösungsansatz für die widerstreitenden Interessen – Vertraulichkeit der Mediation und berechtigtes Aufklärungsbedürfnis der Parteien – könnte darin liegen, dass der Mediator zwar grundsätzlich der Preisgabe von Informationen zustimmen muss, aber das Gericht in nichtöffentlicher Sitzung entscheiden kann, ob das Interesse am Beweismaterial jenes an der Vertraulichkeit überwiegt.<sup>142)</sup>

In Österreich dürfen gem § 320 Z 4 ZPO eingetragene Mediatoren<sup>143)</sup> in Ansehung dessen, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde, nicht als Zeugen vernommen werden. Ergänzend normiert § 18 ZivMediatG eine Verschwiegenheitsverpflichtung des Mediators und seiner Hilfspersonen über Tatsachen, die ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt geworden sind.<sup>144)</sup>

Die ZPO sieht also ein Vernehmungsverbot eingetragener Mediatoren (relative Zeugnisunfähigkeit)<sup>145)</sup> und nicht – wie der RL-Vorschlag (und § 152 Abs 1 Z 5 StPO) – ein (bloßes) Entschlagsrecht vor, das in bestimmten Fällen durchbrochen werden kann. Die Materialien begründen das Vernehmungsverbot nach § 320 Z 4 ZPO damit, dass den Mediatoren ihre Erklärungen in der Mediation in einem späteren Gerichtsverfahren nicht zum Nachteil gereichen dürfen. Der Gesetzgeber müsse für dieses Vertrauen besonderen Schutz vorsehen. Daher gebe es auch keine Möglichkeit, den Mediator von seiner Verschwiegenheitspflicht zu entbinden. Dadurch werde auch vermieden, dass der Richter, wenn nur eine Partei den Mediator entbindet, in Schwierigkeiten beim subjektiven Vorgang der Beweiswürdigung kommt.<sup>146)</sup> Abgesehen davon, dass § 320 Z 4 ZPO mit Art 6 in Widerspruch steht, gibt es auch keine sachliche Begründung für ein Vernehmungsverbot von Mediatoren.<sup>147)</sup> Die Vertraulichkeit zählt (auch) zu den obersten Prinzipien der rechtsberatenden Berufe und ist bei diesen (nur) durch ein Entschlagsrecht und nicht durch ein Vernehmungsverbot abgesichert. Diese Systemwidrigkeit der ZPO sollte daher unabhängig von der RL-Umsetzung beseitigt werden.

Wegen des Anwendungsbereichs der RL auf Zivil- und Handelssachen und der mangelnden Zuständigkeit der EG ist für das Strafverfahren kein vergleichbarer Vertraulichkeitsschutz vorgesehen. In Österreich haben eingetragene Mediatoren freilich gem § 152 Abs 1 Z 5 StPO<sup>148)</sup> auch im Strafverfahren ein Entschlagsrecht.<sup>149)</sup>

## 8. Art 7 – Aussetzung von Fristen

Art 7 regelt den Einfluss eines Mediationsverfahrens auf den Lauf von Fristen. Nach Abs 1 werden Verjährungs- oder sonstige Fristen in Bezug auf den Anspruch, der Gegenstand der Mediation ist, nach Eintritt des Streitfalls zu dem Zeitpunkt ausgesetzt, zu dem die Parteien die Anwendung der Mediation vereinbaren (lit a), ein Gericht die Anwendung der Mediation anordnet (lit b) oder die Pflicht zur Anwendung der Mediation nach dem innerstaatlichen Recht eines Mitgliedstaats entsteht (lit c). Ergänzend dazu sieht Abs 2 Regelungen für den Fall vor, dass die Mediation zu keiner Vereinbarung führt. Diesfalls läuft die Frist ab dem Zeitpunkt weiter, zu dem die Mediation ohne Vereinbarung über die Streitschlichtung endete. Dabei soll jenes Datum entscheidend sein, zu dem eine oder beide Parteien oder der Mediator erklärt bzw erklären, dass die Mediation beendet ist oder sie bzw er die Mediation tatsächlich aufgegeben hat bzw haben. Die Frist erstreckt sich aber jedenfalls auf einen Monat ab dem Zeitpunkt, zu dem die Aussetzung endet, es sei denn, es handelt sich um eine Frist, innerhalb der Klage erhoben werden muss, um zu verhindern, dass eine vorläufige oder ähnliche Maßnahme endet oder aufgehoben wird.

Bei der „Aussetzung“ der Verjährung<sup>150)</sup> handelt es sich um eine Frage des materiellen Rechts, die bei grenzüberschreitenden Rechtsfällen anhand des jeweils anwendbaren Rechts zu beurteilen wäre, weshalb die Gemeinschaft keine Kompetenz zur Regelung dieses Bereichs hat. Es ist auch nicht ersichtlich, ob die Fristen (iSd österreichischen Terminologie) „gehemmt“<sup>151)</sup> oder „unterbrochen“<sup>152)</sup> und welche Fristen „ausge-

139) Siehe die englische Fassung: „For overriding considerations of public policy, ...“.

140) *Pitkowitz*, *SchiedsVZ* 2005, 81 (87), meint hingegen, dass durch Art 6 Abs 3 dem § 31 Abs 2 ZivMediatG die „erforderliche Substanz“ verliehen werde.

141) *Bercher*, *IDR* 2005, 169 (173).

142) Im anglo-amerikanischen Recht wird dies als „in camera hearing“ bezeichnet. Zu den Lösungsmöglichkeiten s eingehend *Bercher*, *IDR* 2005, 169 (173).

143) Dieses Beweisaufnahmeverbot erstreckt sich jedoch nur auf (nach dem ZivMediatG) eingetragene Mediatoren; das Hilfspersonal ist hingegen (anders als bei der Verschwiegenheitspflicht nach § 18 ZivMediatG) nicht erfasst: *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, *Kommentar*<sup>2</sup> III § 320 ZPO Rz 9 und *Rechberger* in *Rechberger*, *Kommentar*<sup>3</sup> (2006) § 320 ZPO Rz 7.

144) Vgl dazu *Hopf*, *ÖJZ* 2004/3, 41 (48); *Allmayer-Beck*, *IDR* 2004, 119 (124).

145) *Oberhammer/Domej*, *ZKM* 2003, 144 (147); *Pitkowitz*, *SchiedsVZ* 2005, 81 (86); *Rechberger/Simotta*, *Grundriss*<sup>9</sup> Rz 628; *Rechberger* in *Rechberger*, *Kommentar*<sup>3</sup> § 320 ZPO Rz 2 mwN.

146) 24 BlgNR 22. GP 27f; s auch zur Entstehung *Hopf*, *Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation in Österreich*, in *FS Jelinek* (2002) 69 (76ff).

147) Siehe insb *Frauenberger* in *Fasching/Konecny*, *Kommentar*<sup>2</sup> III § 320 ZPO Rz 9.

148) Ab 1. 1. 2008 § 157 Abs 1 Z 3 StPO idF des StPORefG.

149) *Hopf*, *ÖJZ* 2004/3, 41 (49); *Oberhammer/Domej*, *ZKM* 2003, 144; *M. Roth*, *IDR* 2005, 114 (121).

150) Der Begriff „Aussetzung“ entspricht nicht der österreichischen Zivilrechtsterminologie.

151) Bei der Hemmung einer Frist werden der Beginn und regelmäßig auch die Fortsetzung einer Frist hinausgeschoben. Es ist zu unterscheiden zwischen einer „Fortlaufshemmung“, wenn der Fristlauf während der Hemmung „ruht“, also nach Wegfall des Hindernisses der Rest der Zeit verstreichen muss, und einer „Ablaufshemmung“, wenn zwar nicht der Lauf der begonnenen Frist an sich, wohl aber ihr Ablauf (das Zu-Ende-Gehen) bis zum Wegfall des Hemmungsgrundes verhindert wird. Siehe etwa *Koziol/Welser/Kletečka*, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*<sup>13</sup> I (2006) 231 f.

152) Diesfalls beginnt die Frist nach Wegfall des Unterbrechungsgrundes von Neuem zu laufen; die vor der Unterbrechung abgelaufene

setzt“ werden sollen. Sollen lediglich materiell-rechtliche oder auch prozessuale Fristen durch Mediation „ausgesetzt“ werden? Letztlich erscheint auch die mangelnde Dokumentationspflicht für den Nachweis der konkreten Zeitpunkte der Vereinbarung einer Mediation und va der Beendigung einer Mediation problematisch.

Nach österreichischem Recht (§ 22 ZivMediatG) werden Anfang und Fortlauf der Verjährung sowie sonstiger Fristen zur Geltendmachung der von der Mediation betroffenen Rechte und Ansprüche durch den Beginn und die gehörige Fortsetzung einer Mediation durch einen eingetragenen Mediator gehemmt.<sup>153)</sup> Nach dem Willen des Gesetzgebers soll es sich dabei – im Unterschied zur hM hinsichtlich Vergleichsverhandlungen<sup>154)</sup> – um eine Fortlaufshemmung handeln.<sup>155)</sup> Ob bzw inwieweit sich hier ein konkreter Anpassungsbedarf des österreichischen Rechts ergeben wird, kann verlässlich erst nach der Endfassung der RL gesagt werden.

## 9. Art 8 bis 11

Art 8 bis 11 regeln die Veröffentlichung der Angaben der Mitgliedstaaten über die zuständigen Gerichte und Behörden durch die Kommission (Art 8), die Umsetzung der RL (Art 9), das Inkrafttreten der RL (20 Tage nach der Veröffentlichung im ABl – Art 10) und die Adressaten der RL (Art 11).

## D. Der weitere Gesetzgebungsprozess

Der RL-Vorschlag der EK wurde in der Literatur grundsätzlich überwiegend positiv aufgenommen, jedoch auch eine Vielzahl von Änderungsvorschlägen gemacht.<sup>156)</sup> Er wurde vorerst in insgesamt neun Sitzungen der Ratsarbeitsgruppe bis zum Dezember 2005 erörtert und überarbeitet. Während der Diskussionen auf Ratsarbeitsgruppenebene nahm der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA) am 9. 6. 2005 zum RL-Vorschlag Stellung.<sup>157)</sup> Er begrüßte die Initiative der EK: Durch den RL-Vorschlag ließen sich nicht nur wirtschaftliche Vorteile in Form geringerer Verfahrenskosten erzielen, sondern auch ein gesellschaftlicher Nutzen durch die Verkürzung der Verfahrensdauer im Zivilprozess. Nach der Stellungnahme des EWSA seien besonders die Qualität, Unabhängigkeit und Vertraulichkeit der Mediatoren entscheidend für den Erfolg dieser Form der außergerichtlichen Streitbeilegung. Schließlich wurden der Verhaltenskodex für Mediatoren, die Frage der Kostentragung sowie eine mögliche Erweiterung auch auf verwaltungsrechtliche Angelegenheiten thematisiert.

Am Rat der Justiz- und Innenminister v 1. und 2. 12. 2005 konnte eine vorläufige Einigung zu einigen strittigen Punkten erzielt werden.<sup>158)</sup> Gegenüber dem Vorschlag der EK wurden der Anwendungsbereich in Art 1 Abs 2<sup>159)</sup> sowie die Definition des Mediators etwas klarer gefasst,<sup>160)</sup> Art 5 umformuliert,<sup>161)</sup> Art 6 kürzer und prägnanter gefasst<sup>162)</sup> und in Art 7 nur mehr eine sehr allgemein gehaltene Verpflichtung normiert, dass Verjährungsfristen während des Mediationsprozesses nicht „ablaufen“ dürfen.

Allerdings äußerten die Justizminister Deutschlands und der Niederlande Bedenken gegen die RL, weil zwar Mediation grundsätzlich gefördert werden müsse, der vorliegende Entwurf aber mit dem Grundsatz der Subsidiarität nach Art 5 Abs 2 EGV nicht in Einklang gebracht werden könne. Die EK erklärte, sie sei mit dem Kompromissvorschlag des Ratsvorsitzes einverstanden und betonte ausdrücklich die wirtschaftliche Bedeutung der RL für den europäischen Binnenmarkt. Der britische Ratsvorsitz stellte klar, dass die beiden noch offenen Hauptfragen („Cross-Border“-Bezug und Subsidiarität) erst in den nach der Stellungnahme des EP stattfindenden Sitzungen der Ratsarbeitsgruppe gelöst werden sollen. →

Zeit zählt nicht: s etwa *Koziol/Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht<sup>13</sup> I 232.

- 153) Der Beginn, die gehörige Fortsetzung und das Ende der Mediation sind gem § 17 ZivMediatG vom eingetragenen Mediator zu dokumentieren.
- 154) Hier wird eine Ablaufshemmung angenommen: Siehe etwa *M. Bydlinski* in *Rummel*, ABGB<sup>3</sup> II (2002) § 1501 Rz 2 a oder *Mader/Jarnisch* in *Schwimmann*, ABGB<sup>3</sup> (2006) VI Vor §§ 1494–1496 Rz 3; vgl auch *Mayr*, Vergleichsversuch 122 f.
- 155) Siehe RV 24 BgNR 22. GP 21 sowie *Hopf*, ÖJZ 2004/3, 41 (49) und *Roth/Markowetz*, JBl 2004, 296 (301 f). *Pitkowicz*, SchiedsVZ 2005, 81 (88), geht hingegen bei seinen Überlegungen offenbar von einer Ablaufshemmung aus.
- 156) Siehe die Literaturhinweise in FN 57. Nach *Pichler* in *Gruber/Pichler*, Wirtschaftsmediation 13, 21 und 22, stellt der RL-Entwurf allerdings entgegen den Visionen des Grünbuchs und der politischen Zielvorgabe der Lissabon-Strategie, die die europäischen Bürger an einen modernen e-Geschäftsverkehr heranführen sollte, lediglich ein „biederes Mediationsrecht“ dar. Eine nachhaltige Förderung des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs für den Durchschnittsbürger sowie für Klein- und Mittelunternehmen (KMU) setze – auch für Verbraucher – verbindliche Mediationsvereinbarungen (womöglich noch in AGB) voraus.
- 157) ABl C 286 v 17. 11. 2005 S 1.
- 158) Doc. 15043/05 v 29. 11. 2005, JUSTCIV 217, CODEC 1103 (limité).
- 159) „Diese RL gilt für Zivil- und Handelssachen mit Ausnahme der Fälle, in denen eine Mediation aufgrund des anwendbaren Rechts ausgeschlossen ist. Sie erfasst insbesondere nicht Steuer- und Zollsachen sowie verwaltungsrechtliche Angelegenheiten oder die Haftung des Staates für Handlungen oder Unterlassungen im Rahmen der Ausübung hoheitlicher Rechte („acta iure imperii“).“
- 160) „Der ‚Mediator‘ ist eine dritte Person, die gebeten wird, eine Mediation auf effiziente, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen, unabhängig von ihrer Bezeichnung oder ihrem Beruf in dem betreffenden Mitgliedstaat und der Art und Weise, in der sie benannt oder um Durchführung der Mediation ersucht wurde.“
- 161) „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Parteien – oder eine Partei mit Zustimmung der anderen – beantragen können, dass der Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten Einigung über den Streitfall vollstreckbar gemacht wird, sofern die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaates, in dem der Antrag gestellt wird, die Vollstreckbarkeit des Inhalts der Vereinbarung zulassen und ihr nicht entgegenstehen. Der Inhalt der Vereinbarung kann nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wurde, durch ein Urteil, eine Entscheidung oder eine öffentliche Urkunde durch ein Gericht oder eine andere zuständige Stelle vollstreckbar gemacht werden.“
- 162) „Da die Mediation – sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren – in einer Weise erfolgen soll, die die Vertraulichkeit des Verfahrens wahrt, sorgen die Mitgliedstaaten dafür, dass weder Mediatoren noch in die Abwicklung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen gezwungen sind, in Gerichtsverfahren in Zivil- und Handelssachen oder in Schiedsverfahren Aussagen zu Informationen zu machen, die sich aus einer Mediation ergeben oder mit ihr in Zusammenhang stehen, es sei denn, a) dies ist aus zwingenden Gründen der öffentlichen Ordnung (ordre public) geboten, um insbesondere den Schutz von Kindern zu gewährleisten oder eine Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder b) ihre Preisgabe ist für die Durchführung oder Vollstreckung der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung erforderlich. Abs 1 steht strengeren Maßnahmen der Mitgliedstaaten zum Schutz der Vertraulichkeit bei der Mediation nicht entgegen.“

Auch einige Mitglieder des EP äußerten Zweifel an der Notwendigkeit des vorgeschlagenen Rechtsakts. Deshalb rief die Berichterstatterin des EP, *Arlene McCarthy*, zu einer öffentlichen Konsultation via Internet auf. Dazu langten rund zwei Dutzend Stellungnahmen ein.<sup>163)</sup> Einerseits wurde der RL-Vorschlag begrüßt, andererseits aber auch argumentiert, Mediation könne sich viel nachhaltiger und effizienter entwickeln, wenn sie in die Rechtskultur des jeweiligen Mitgliedstaates eingebettet sei. Bei der Frage, ob und in welcher Form Mediation gesetzlich geregelt werden soll, gebe es kein für alle Mitgliedstaaten gleichermaßen funktionierendes Muster. Die Mitgliedstaaten und – noch wichtiger – die Bürger und die Wirtschaftstreibenden in den Mitgliedstaaten müssten Gelegenheit haben, Mediation innerhalb ihrer unterschiedlichen Justizsysteme sowie ihrer verschiedenen sozialen und kulturellen Systeme zu entwickeln.

Als nächster Schritt fand am 20. 4. 2006 im EP eine „Öffentliche Anhörung“ des Rechtsausschusses (JURI) über die vorgeschlagene RL statt. Die Anhörung zeigte wiederum, dass innerhalb der EU teilweise große Auffassungsunterschiede über das Wesen und den Zweck der Mediation bestehen.

Schließlich legte das EP am 29. 3. 2007<sup>164)</sup> seine legislative Entschließung zum RL-Vorschlag vor. Darin hat sich das EP im Wesentlichen am Kompromisstext des Rates vom Dezember 2005 orientiert, aber nicht weniger als 33 Änderungsanträge zum Kommissionsvorschlag beschlossen,<sup>165)</sup> die größtenteils als Verbesserungen bezeichnet werden können. Die grundsätzlichen Einwände gegen die RL (Subsidiarität, Verhältnismäßigkeit) teilte das EP nicht, allerdings forderte es insb eine Beschränkung der RL auf grenzüberschreitende Sachverhalte. Nach der „Cross-Border“-Definition des EP ist die RL anwendbar, wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem sich die Parteien auf eine Mediation einigen, mindestens eine von ihnen ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat als dem einer der anderen Parteien hat. Für Art 6 und 7 (Aussageverweigerungsrecht und Aussetzung von Fristen) ist jedoch eine erweiterte Definition vorgesehen.<sup>166)</sup> Außerdem soll im Erwägungsgrund 9 den Mitgliedstaaten „nahegelegt“ werden, die RL auch auf Inlandssachen anzuwenden. Von den zahlreichen anderen Änderungsvorschlägen sei hier nur herausgegriffen, dass das EP eine Bezugnahme auf die oben (B.2.c und d) dargelegten Empfehlungen der Kommission sowie eine amtliche Veröffentlichung des Europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren<sup>167)</sup> wünscht.

Die deutsche Ratspräsidentschaft hat im April 2007 die Arbeiten an der RL wieder aufgenommen. Eine Beschlussfassung ist jedoch frühestens unter portugiesischer Präsidentschaft im zweiten Halbjahr 2007 zu erwarten. Eine Umsetzung der RL in den Mitgliedstaaten ist derzeit frühestens bis Ende 2010 vorstellbar.

## E. Zusammenfassung und Ausblick

Die vorstehende Darstellung hat gezeigt, dass die rechtliche Regelung alternativer Streitbelegungsmechanismen nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch

auf europäischer Ebene ein hochaktuelles Thema ist. Dies vor dem Hintergrund, dass mithilfe der außergerichtlichen Streitbeilegung der Zugang der Bürger zum Recht einfacher und besser gestaltet und dabei auch die Gerichte entlastet werden könnten.

Um diese Ziele zu erreichen, schlug die EK zunächst den Weg von „Empfehlungen“ ein, um der Regulierung – dem Wesen der außergerichtlichen Streitbeilegung entsprechend – keinen allzu verbindlichen Charakter zu geben. Außerdem erfolgte vorerst eine Beschränkung auf den Verbraucherschutzbereich.

Mit dem Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Europa und schließlich dem Vorschlag einer RL über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen machte die EK aber deutlich, dass sie eine rechtlich verbindliche Harmonisierung gewisser Bereiche der alternativen Streitbeilegung anstrebt. Durch gemeinsame Mindestnormen soll der Zugang zu Streitbeilegungsmöglichkeiten erleichtert und ein funktionierendes Zusammenspiel zwischen Gerichtsverfahren und Mediation gewährleistet werden. Darüber hinaus sollen das erforderliche Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Verschwiegenheit der Mediatoren, die Aussetzung von Verjährungsfristen sowie die Anerkennung und Vollstreckung von Vereinbarungen aus einer Mediation sichergestellt werden.

Ob der von der EK eingeschlagene Weg der Harmonisierung in Teilbereichen auch der richtige ist, kann durchaus angezweifelt werden. Im Gesetzgebungsprozess auf europäischer Ebene wurde zutreffend argumentiert, dass sich Mediation viel nachhaltiger und effizienter entwickeln kann, wenn sie in die Rechtskultur des jeweiligen Mitgliedstaates eingebettet ist.

Aufgrund der grundsätzlich positiven Stellungnahme des EWSA und des EP sowie der überwiegenden Zustimmung der Mitgliedstaaten zum EK-Vorschlag wird die RL bald Teil des *acquis* sein. Die in der RL normierten Mindeststandards mögen in einigen Mitgliedstaaten durchaus positive Auswirkungen auf die Mediation haben. Für Österreich, das bei der Regelung der (Zivilrechts-)Mediation in Europa eine gewisse Vorreiterrolle eingenommen hat,<sup>168)</sup> bedeutet die RL aber eher einen Rückschritt, weil die hohen Qualitätsanforderungen des ZivMediatG unterwandert werden können.

163) [www.europarl.eu.int/comparl/juri/consultations/default\\_en.htm](http://www.europarl.eu.int/comparl/juri/consultations/default_en.htm) (31. 8. 2007).

164) Legislative Entschließung des EP v 29. 3. 2007 zu dem Vorschlag für eine RL des EP und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (KOM[2004]0718 – C6–0154/2004 – 2004/0251 [COD], P6\_TA-PROV[2007]0088).

165) Konsolidierte Fassung unter [www.europarl.europa.eu/registre/seance\\_pleniere/textes\\_consolides/2004/0251/EP-PE\\_TC1-COD\(2004\)0251\\_DE.doc](http://www.europarl.europa.eu/registre/seance_pleniere/textes_consolides/2004/0251/EP-PE_TC1-COD(2004)0251_DE.doc) (31. 8. 2007).

166) Vgl Art 2 Abs 2 nF: „Die Artikel 6 und 7 gelten ungeachtet des Absatzes 1 für Gerichtsverfahren nach einer Mediation, wenn zu dem Zeitpunkt, zu dem die Parteien sich auf eine Mediation einigen, das Gericht, das bei einem nachfolgenden Gerichtsverfahren befasst würde, in einem anderen Mitgliedstaat als dem liegt, in dem mindestens eine der Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat.“

167) Siehe oben FN 54.

168) *Pichler* schreibt etwa (in *Gruber/Pichler*, Wirtschaftsmediation 17 f), dass Österreich mit seinem Mediationsgesetz „die europäische Ergreiferprämie“ für sich beanspruchen könne.



**→ In Kürze**

Nach verbreiteter Ansicht kann mithilfe der außergerichtlichen Streitbeilegung der Zugang der Bürger zum Recht einfacher und besser gestaltet werden, was einer Entlastung der Gerichte dient. Daher ist die rechtliche Regelung alternativer Streitbeilegungsmechanismen nicht nur auf nationaler Ebene, sondern auch auf europäischer Ebene ein hochaktuelles Thema. Zunächst schlug die EK den Weg von Empfehlungen ein. Mit dem Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Europa und dem Vorschlag einer RL über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen machte die EK deutlich, dass sie eine rechtlich verbindliche Harmonisierung gewisser Bereiche der alternativen Streitbeilegung anstrebt. Der von der EK eingeschlagene Weg der Harmonisierung in Teilbereichen ist nach Ansicht der Autoren kritisch zu beurteilen.

**→ Zum Thema****Über die Autoren:**

Dr. Peter G. Mayr ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Zivilgerichtliches Verfahren der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Kontaktadresse: Universität Innsbruck, Innrain 52, A-6020 Innsbruck; E-Mail: peter.g.mayr@uibk.ac.at

Dr. Martin Weber ist Richter und derzeit in den für Zivilverfahrensrecht sowie Handels- und Gesellschaftsrecht zuständigen Abteilungen des BMJ tätig.

Kontaktadresse: Bundesministerium für Justiz, Museumstraße 7, A-1070 Wien; E-Mail: martin.weber@bmj.gv.at

**Von denselben Autoren erschienen:**

*Mayr*, Öffentliche Einrichtungen zur außergerichtlichen Vermittlung von Streitigkeiten (1999); *Mayr*, Der gerichtliche Vergleichsversuch (2002); *Mayr/Fucik*, Das neue Verfahren außer Streitsachen<sup>3</sup> (2006); *Mayr/Czernich*, Europäisches Zivilprozessrecht (2006);

Mitwirkung an den Kommentaren von *Fasching/Konecny* und von *Rechberger* zur ZPO sowie von *Burgstaller/Neumayr* zum IZVR; zahlreiche Aufsätze in Fachzeitschriften, zuletzt etwa „Schiedsklauseln in Vereinsstatuten“, RdW 2007/360, 331 oder „Neuigkeiten im Europäischen Zivilverfahrensrecht“, Zak 2007/372, 207.

*Weber*, Die „Ermessensentscheidungen“ des § 273 ZPO, LJZ 2004, 51; *Weber*, § 50 Abs 2 ZPO – Kostenersatz im Rechtsmittelverfahren bei nachträglichem Wegfall des Rechtsschutzinteresses, RZ 2004, 76 und 105; *Weber*, Das Rekursrecht des Revisors in Verfahrenshilfesachen (§ 72 ZPO), RZ 2005, 262; *Tschütscher/Weber*, Die Verordnung zur Einführung eines Europäischen Mahnverfahrens ÖJZ 2007, 303.

**Literatur:**

*Breidenbach*, Mediation (1995); *Breidenbach/Hensler* (Hrsg), Mediation für Juristen (1997); *Ferz/Lison/Wolfart* (Hrsg), Zivilgerichte und Mediation (2004); *Gruber/Pichler* (Hrsg), Wirtschaftsmediation zwischen Theorie und Praxis (2005); *Haft/Schlieffen* (Hrsg), Handbuch Mediation (2002); *Henssler/Koch* (Hrsg), Mediation in der Anwaltspraxis<sup>2</sup> (2004); *Pruckner*, Recht der Mediation (2003); *Prütting* (Hrsg), Außergerichtliche Streit-schlichtung (2003); *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003); *Töpel/Pritz* (Hrsg), Mediation in Österreich<sup>2</sup> (2005).

**Links:**

[http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_de.htm](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_de.htm)

