

**Masterplan Mediation. Vorschläge für eine nationale Strategie für den  
rechtlichen Rahmen der Mediation in Österreich**

Falk, Gerhard

In: Posch W., Schleifer W., Ferz S. (Hg.)

Konfliktlösung im Konsens. Schiedsgerichtsbarkeit, Diversion, Mediation.  
7. Fakultätstag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Graz

Leykam, Graz

2010

S. 98 – 119

## Masterplan Mediation Vorschläge für eine nationale Strategie für den rechtlichen Rahmen der Mediation in Österreich<sup>1</sup>

Gerhard Falk  
Alpen-Adria-Universität Klagenfurt

### I. Zwingende Harmonisierung mit der EU Richtlinie 2008/52/EG

#### A. Integrierung in bestehendes Recht oder eigenes Bundesgesetz

##### 1. Die derzeitige Situation

Österreich befindet sich mit dem Zivilrechts-Mediations-Gesetz 2003 (ZivMediatG)<sup>2</sup> unter den europäischen Pioniernationen, die nationale gesetzliche Rahmenbedingungen für die Mediation sehr frühzeitig eingeführt haben. Das ZivMediatG berücksichtigt mehrere Gesichtspunkte der bis damals gültigen europäischen Richtlinien und Empfehlungen. Im Jahre 2008 beschloss die EU die Richtlinie 2008/52/EG „über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Wirtschaftsangelegenheiten“ (folgend RL 2008/52). Ihr Artikel 12 Abs. 1 verlangt von den Mitgliedstaaten jene Gesetze und Verordnungen, die notwendig sind, um die Bestimmungen dieser RL zu befolgen, bis spätestens 21. Mai 2011, und im Falle des Artikels 10 („Vollstreckbarkeit“), in Verbindung mit Artikel 6 Abs. 3 der RL 2008/52,<sup>3</sup> bereits bis 21. November 2010 in Kraft zu setzen. Zu unterscheiden sind dabei die „zwingenden“ von den „freiwilligen Harmonisierungen“. Gemäß Artikel 1 Abs. 2 der RL 2008/52, gilt dieselbe nur „... bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten für Zivil- und Handelssachen, ...“.

Demgegenüber lautet aber Punkt 8 der Erwägungsgründe zur RL 2008/52: „...den Mitgliedstaaten sollte es jedoch freistehen, diese Bestimmungen auch auf interne (Anmerkung des Autors: gemeint sind „innerstaatliche“ bzw. nationale, also nicht nur „grenzüberschreitende“) Mediationsverfahren anzuwenden.“<sup>4</sup> Mit der Einführung der RL 2008/52 beab-

1 Die Vorschläge basieren u. a. auf Erfahrungen aus einem mit mehr als 1 Million € dotierten EU-Projekt der Firma Human Dynamics für Mediation im Zivil- und Handelsrecht im Zuge der EU Kandidatur Kroatiens, unter der Leitung des Autors und des späteren slowenischen Justizministers Ales Zalar als Key-Experten (Falk 2/2009). Mit dem kroatischen Justizministerium, den Wirtschaftsverbänden und mit rund 30 internationalen Expert/innen wurden dabei „best-practice“-Modelle umgesetzt (Projekt-homepage: <http://mirenje.pravosudje.hr>) sowie Gerichtsmediation erprobt (Falk 1/2010).

2 BGBl I Nr. 29/2003.

3 Vollstreckbarkeit einer in der Mediation erzielten Vereinbarung und deren Mitteilung an die Kommission.

4 Ursprünglich sollte die RL 2008/52 für alle Zivilmediationen gelten (siehe COM(2004) 718 final). Das war jedoch unmöglich aufgrund der Beschränkung des Art. 65 iVm. Art. 61c EG auf grenzüberschreitende Bezüge. Punkt 8 der Erwägungsgründe zur RL 2008/52 erlaubt ausdrücklich eine generelle Umsetzung, die weit praktikabler wäre.

sichtigte der europäische Gesetzgeber im Prinzip, den Zugang zur Mediation zu erleichtern sowie die einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten zu fördern. Hierfür ist jedenfalls erforderlich, dass sich Parteien in einem Mediationsverfahren, auf einen vorhersehbaren rechtlichen Rahmen verlassen können. Die RL 2008/52 bietet dazu eine Fülle von sehr brauchbaren Anstößen.

##### 2. Umsetzung in bestehendes Mediationsrecht oder eigenes Sondergesetz

Bedauerlicherweise unterscheiden sich die Wortlaute und teilweise auch die Sinngehalte der erprobten österreichischen Regelungen beträchtlich von jenen der RL 2008/52. Nach eingehender Analyse,<sup>5</sup> die hier aus Platzgründen leider nicht möglich ist, empfiehlt sich als Übergangslösung ein eigenes Gesetz für grenzüberschreitende Streitigkeiten, das weitestgehend dem Wortlaut der zwingenden Bestimmungen der RL 2008/52 folgt. Der damit eingesparte Aufwand sollte jedoch unverzüglich in die Erarbeitung einer möglichst umfassenden, erweiterten Gesamtreform<sup>6</sup> investiert werden, um eine Zersplitterung zu vermeiden.

##### 3. OPTION

#### Bundesgesetz über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen

Dieses folgt weitestgehend dem Wortlaut der zwingenden Bestimmungen der RL 2008/52 und muss mindestens folgende, obligatorisch umzusetzenden Bestimmungen der RL 2008/52 enthalten:

3.1 Die Festlegung des Anwendungsbereiches dieses Gesetzes, insbesondere gemäß Artikel 1, Abs. 2 der RL 2008/52, und neben der Definition von „grenzüberschreitenden Streitigkeiten“ gemäß Artikel 2, Abs. 1 der RL 2008/52.

3.2 Die Schutzbestimmung des Artikels 2, Abs. 2 der RL 2008/52 und die Definition des Wohnsitzes laut Artikel 2, Abs. 3 der RL 2008/52.

3.3 Die Begriffsbestimmungen gemäß Artikel 3, Absatz a) und b) der RL 2008/52.

3.4 Die Bestimmungen über die Vertraulichkeit gemäß Artikel 7 der RL 2008/52.

3.5 Eine Regelung über die Bestimmungen betreffend die Verjährung gemäß Artikel 8 der RL 2008/52. Hier kann das ZivMediatG als Vorbild dienen.

3.6 Weiters sollte das Verhältnis zum ZivMediatG insofern klargestellt werden, als dass für von „eingetragenen“ Mediator/innen durchgeführte grenzüberschreitende Mediationen, die Bestimmungen des ZivMediatG gelten.

3.7 Hinsichtlich der „Vollstreckbarkeit“ könnte ein Verweis auf die Möglichkeit des § 3ff NO oder auf einen allfälligen neuen § 433 ZPO hinzugefügt werden (hierzu siehe unten Abschnitt 2.).

5 Siehe dazu die Langfassung dieses Masterplans auf [www.mastermediation.com/Publikationen/Original](http://www.mastermediation.com/Publikationen/Original).

6 Falk/Koren 2005, S 30ff.

## B. Vollstreckbarkeit einer im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung

### 1. Gerichtlich und notariell beglaubigte Vollstreckbarkeit

Gemäß § 1 Abs. 5 Exekutionsordnung sind vor einem Zivilgericht abgeschlossene Vergleiche, sowie gemäß § 3 Notariatsordnung beglaubigte, sonstige Vergleiche, unter den erforderlichen Voraussetzungen (§ 7 Absatz 1 EO), für vollstreckbar zu erklären. Nunmehr fordert die RL 2008/52 zwingend, dass „... von den Parteien oder von einer Partei mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen beantragt werden kann, dass der Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung vollstreckbar gemacht wird ...“ (Artikel 6, Abs. 1). Und weiters: „Der Inhalt der Vereinbarung kann von einem Gericht oder einer anderen zuständigen öffentlichen Stelle durch ein Urteil oder eine Entscheidung oder in einer öffentlichen Urkunde nach dem Recht des Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wurde, vollstreckbar gemacht werden.“ (Artikel 6, Absatz 2). Gemäß Artikel 12, Absatz 1 RL 2008/52, hat diese Mitteilung an die Kommission bis 21. November 2010 zu erfolgen.

### 2. Harmonisierung der RL 2008/52 bereits gegeben

Nach eingehender Prüfung, für die hier ebenfalls kein Platz besteht, spricht im Ergebnis alles dafür, dass die Vollstreckbarkeit für grenzüberschreitende gleich wie jene für innerstaatliche Mediationsvereinbarungen behandelt und über die NO geregelt werden kann.<sup>7</sup> Allenfalls könnte, wenn (künftig) etwa auch das Gericht die Vollstreckbarkeit beglaubigen können sollte, ein § 433a ZPO ergänzt werden, wodurch auch der Kostenfaktor für die Parteien minimiert werden würde.

### 3. OPTIONEN

3.1. Das oben unter 3. vorgeschlagene neue Bundesgesetz enthält hinsichtlich der Vollstreckung einen Verweis auf den § 3 ff NO beziehungsweise auf einen neuen § 433a ZPO (siehe dazu gleich unten).

3.2. Allenfalls könnte dem § 433 ZPO ein § 433a hinzugefügt werden, der sinngemäß, und selbstverständlich unter den üblichen Voraussetzungen gemäß § 7 Absatz 1 EO, wie folgt lauten könnte:

*„Eine im Rahmen eines Mediationsverfahrens erzielte, schriftliche Vereinbarung ist, auf Antrag sämtlicher Parteien und ohne vorübergehende mündliche Verhandlung und ohne Einvernahme der Parteien, vollstreckbar zu machen.“*

<sup>7</sup> Siehe dazu die Langfassung dieses Masterplans auf [www.mastermediation.com/Publikationen/Original](http://www.mastermediation.com/Publikationen/Original).

## II. Freiwillige Harmonisierungen mit der Richtlinie 2008/52

### A. Aufforderung, an einer Informationssitzung zur Mediation teilzunehmen

#### 1. Die derzeitige Situation

Seit 2004 enthält § 204 der ZPO die *Verpflichtung* des Gerichtes, und zwar grundsätzlich in jeder Phase des Verfahrens, auf die Möglichkeit außergerichtlicher Konfliktlösung „hinzuweisen“.<sup>8</sup> Außer in bestimmten Fällen der vorprozessualen Mediation,<sup>9</sup> werden die Streitparteien generell durch das Gesetz nicht aufgefordert, eine Mediation zu versuchen bzw. diese auch nur in Erwägung zu ziehen. Die Gerichte haben auch nicht die Pflicht, darüber zu befinden, ob und wie die Parteien zu einer Mediation als Konfliktlösung verwiesen oder dazu aufgefordert werden sollen (siehe dazu auch weiter unten). Nunmehr enthält Artikel 5 RL 2008/52 („Inanspruchnahme der Mediation“), 2. Satz die „Kann“-Bestimmung: „Das Gericht kann die Parteien auch auffordern, an einer Informationsveranstaltung über die Nutzung der Mediation teilzunehmen, wenn solche Veranstaltungen durchgeführt werden und leicht zugänglich sind.“ Internationale Erfahrungen (England und Wales, die Niederlande, Deutschland,<sup>10</sup> Slowenien, Kroatien, Norwegen, Finnland etc.) zeigen jedenfalls, dass entsprechende, und möglichst frühzeitige Interventionen durch Gerichte, Mediationen und Schlichtungen fördern. Die allgemeine Erkenntnis dabei ist, dass diese Zeit und Geld ersparen, sowie höhere Qualität und Haltbarkeit der durch Mediation erarbeiteten Vereinbarungen erzeugen.

#### 2. Umsetzung der Maßnahme

Die oben genannten Bestimmungen des Artikels 5 der RL, 2. Satz sollten, als einer der ersten Schritte, in absehbarer Zeit in die ZPO aufgenommen werden. Freilich wäre idealerweise zuvor noch ein umfassendes System in der Praxis zu erproben (siehe unten V). „Informationsveranstaltungen“ über und der Verweis auf außergerichtliche (gerichtsnahe) Mediation wären aber dennoch bereits jetzt machbar. Zweck dieser möglichst frühzeitigen Aufforderungen wäre es, die Streitparteien über die Vorteile einer Mediation eingehend zu informieren, ihre Bereitschaft und ihren Willen zu Vergleichsverhandlungen und Kompromiss zu prüfen, Vor- und Nachteile einer Mediation zu diskutieren und vor allem, den/die Mediator/in und vielleicht die Mediationsumgebung persönlich zu erleben. Die Miteinbeziehung der Gerichtspersonen (Richter/innen, Rechtspfleger/innen, Rechtsanwaltschaft) in dieses Informationssystem wäre wichtig, da es sie dazu verhält, sich mit Mediation ernsthaft zu befassen und das Vertrauen der Rechtsanwaltschaft und der Parteien in die Mediation zu stärken.

<sup>8</sup> Falk/Koren 2005, S 264ff.

<sup>9</sup> Zum Beispiel im Nachbarschaftsrecht, Behindertengleichstellungsgesetz, Lehrlingsgesetz.

<sup>10</sup> Greger 2007.

### 3. OPTIONEN

#### 3.1. Abänderung der Bestimmungen über den Vergleich (§ 204, 2. Satz ZPO):

*Das Gericht hat die Parteien aufzufordern, falls Informationsveranstaltungen über Mediation durchgeführt werden und diese leicht zugänglich sind, an solchen Veranstaltungen teilzunehmen.*

#### 3.2. Ergänzung der Bestimmungen über die vorbereitende Tagsatzung (§ 258 ZPO):

*Das Gericht hat, wenn dies zweckmäßig erscheint, die Parteien aufzufordern, falls Informationsveranstaltungen über Mediation durchgeführt werden und diese leicht zugänglich sind, an solchen Veranstaltungen teilzunehmen.*

## B. Verpflichtende Vor-Prozessuale-Mediation

### 1. Die derzeitige Situation

Neben Österreich haben viele EU-Mitgliedstaaten bereits Bereiche mit verpflichtender, vorprozessualer Mediation eingeführt. Die ZPO stellt nicht die Folgen klar bei Nichteinhaltung einer vertraglichen oder gesetzlichen Vorschrift gegenüber den Parteien, eine Mediation verpflichtend durchzuführen, bevor dem Gericht eine Zivilklage überreicht wird. Solche Bestimmungen können auf Gesetz (zum Beispiel im Nachbarschaftsrecht, Behindertengleichstellungsgesetz, Lehrlingsgesetz) oder auf Vertrag („Mediationsklausel“) oder Verpflichtungserklärung (siehe unten 4.5.) beruhen.

### 2. Möglichkeiten aufgrund der RL 2008/52

Zweck einer entsprechenden ZPO Bestimmung wäre es, Rechtssicherheit zu vermitteln.<sup>11</sup> Vertragspartner sollten im Vorhinein wissen, dass eine vertraglich vereinbarte Mediationsklausel auch vom Gericht entsprechend berücksichtigt wird. Es empfiehlt sich auch „Musterklauseln“ zu entwickeln. Aus Artikel 5 Absatz 2 der RL 2008/52 ist zu schließen, dass die EU prinzipiell verpflichtende Mediation befürwortet, solange der Zugang zum Gerichtssystem dadurch nicht verwehrt wird: „Diese Richtlinie lässt nationale Rechtsvorschriften unberührt, nach denen die Inanspruchnahme der Mediation, vor oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens, verpflichtend oder mit Anreizen oder Sanktionen verbunden ist, sofern diese Rechtsvorschriften die Parteien nicht daran hindern, ihr Recht auf Zugang zum Gerichtssystem wahrzunehmen.“

### 3. OPTIONEN

#### 3.1. Verankerung in der ZPO. Artikelvorschlag:

*Das Gericht soll eine Klage von Amts wegen als verfrüht zurückweisen, wenn die Partei gesetzliche Bestimmungen, eine Konfliktlösung durch Mediation zu versuchen, bevor ein Prozess bei Gericht stattfindet, nicht einhält.*

3.2. Der Staat als Kläger oder Beklagter – öffentliche Mediations-Zusicherung. Für gerichtliche Verfahren betreffend Belange des Staates oder von Gebietskörperschaften (z.B. Amtshaftung) oder für staatsnahe Betriebe könnten in diesem Zusammenhang Be-

<sup>11</sup> Siehe auch als Beispiel den Artikel 16 Abs. 2 des Slowenischen Mediationsgesetzes.

stimmungen eingeführt werden, die die Pflicht des Staates festlegen, an einer vorprozessualen oder einer während laufendem Gerichtsverfahren beantragten Mediation in allen Zivil- und Wirtschaftsverfahren teilzunehmen, wenn der/die Gegner/in seine/ihre Zustimmung zu einer freiwilligen Teilnahme an einer solchen Mediation gibt. Als Alternative oder Ergänzung zu obiger Option, könnte der österreichische Staat eine öffentliche Mediations-Zusicherung einführen. Damit könnte der Staat sich öffentlich dazu bekennen, für jeden Fall eine Mediation zu beantragen, wenn der Staat eine der beiden Streitparteien ist, wobei die Umstände des Falles in Betracht zu ziehen wären. Die Kosten solcher Mediationen sollten vom Staat getragen werden, unabhängig vom Ergebnis, weil sich dies rentiert.<sup>12</sup>

3.3. Das öffentliche Dienstrecht und das Dienstrecht für staatsnahe Betriebe sollten insofern abgeändert werden, als dass die Teilnahme des Staates an einer vorprozessualen Mediation verpflichtend ist, wenn es sich um einen Konflikt zwischen einem/r Staatsbediensteten und dem Staat als Arbeitgeber handelt, und wenn die/der Arbeitnehmer/in ihre/seine Zustimmung zu einer außergerichtlichen Mediation gibt. Auch die Kosten solcher Mediationen könnten vom Staat getragen werden, unabhängig vom Ergebnis.

3.4. Das Konsumentenschutzrecht sollte im Bereich von öffentlichen oder privaten Großunternehmen durch Mediation oder „Hybrid“-Verfahren zwischen Mediation und anschließendem Schlichtungsverfahren bei Scheitern, verbessert werden. Die Teilnahme von Konsumenten könnte kostenfrei und freiwillig erfolgen. Die Teilnahme des Beklagten (Unternehmens) wäre verpflichtend, wenn eine solche Firma in ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen eine verpflichtende, vorprozessuale Mediation vorsieht. Die Mediationskosten wären in einem solchen Fall durch den Beklagten (Unternehmen) zu tragen, unabhängig vom Ergebnis.

## C. Anordnung von gerichtlicher oder gerichtsnaher Mediation

### 1. Die derzeitige Situation

Österreichische Gerichte besitzen keine Ermächtigung („discretionary power“), eine Mediation auf eigene Initiative und nach ihrem Ermessen anzuordnen. Die derzeitige Praxis der gerichtlichen Anordnung von Mediation basiert, ausgenommen aus der sich aus § 204 ZPO 2. Satz ergebenden Hinweispflicht nach richterlichem Ermessen (siehe oben), eher auf freiwilliger und informeller Basis. Die Gerichte sind nach Art. 5 RL 2008/52 befugt, sowohl gerichtliche (auch „richterliche“ genannt) oder auch eine außergerichtliche Mediation anzuordnen. Für viele ein Schreckgespenst, lohnt sich vielleicht der folgende Blick auf die unterschiedlichen Möglichkeiten dennoch.

<sup>12</sup> Der gleiche Ansatz wurde in Großbritannien bei der Einführung der Zivilrechtsreform im Jahre 1999 – „Lord Woolf's Reform“ – gewählt.

### 2.1. Möglichkeiten richterlicher Anordnung von Mediation

Das Gericht kann mit der Anordnung von Mediation auf verschiedene Arten umgehen (siehe auch Graphik gleich unten): Die Anordnung kann zwingend (oder nicht-konsensual) sein, sodass eine Zustimmung der Parteien nicht erforderlich ist („compulsory mediation“). Oder die Anordnung (diesfalls eher „Aufforderung“) kann freiwillig (oder konsensual) sein, sodass alle Parteien der Teilnahme zuerst zustimmen müssen. Die Anordnung kann nach Ermessen erfolgen, sodass das Gericht (oder eine sonstige richterliche Instanz) eine Konfliktlösung mittels Mediation vorschlagen *kann*, oder für das Gericht obligatorisch, sodass es eine Mediation vorschlagen *muss* („mandatory mediation“). Unter gewissen Umständen, verlangt die Gesetzgebung auch manchmal obligatorisches Abwägen, ob Mediation angeordnet werden soll. Die Anordnung kann weiters sowohl obligatorisch (für das Gericht) als auch zwingend (für die Partei) sein. Sie kann auch sowohl nach Ermessen als auch zwingend sein, wenn das Gericht abzuwägen hat, ob Mediation als Konfliktlösung (mit oder ohne Zustimmung der Parteien) angeordnet werden soll. Oder sie kann sowohl obligatorisch als auch freiwillig sein, wenn eine Partei sich selbst zur Teilnahme verpflichtet hat (wie im Falle einer Mediations-Zusicherung durch den Staat wie weiter oben erläutert), eine Mediation aber nur mit Zustimmung der anderen Partei zustande kommen kann. Die Anordnung kann auch sowohl nach Ermessen als auch freiwillig sein. Manchmal basieren Anordnungen nach Ermessen auf der Anwendung spezieller Kriterien. Die folgende Tabelle zeigt die Optionen:

ANORDNENDE	PARTEIEN
<b>ANORDNUNG NACH ERMESSEN ▶</b> Anordnende/1 <i>kann</i> die Parteien zur Mediation auffordern	<b>FREIWILLIGE TEILNAHME</b> Parteien können der Anordnung zustimmen
	<b>ZWINGENDE TEILNAHME</b> Zustimmung der Parteien ist nicht nötig
<b>OBLIGATORISCHES ERWÄGEN ▶</b> Anordnende/1 <i>muss erwägen</i> , die Parteien auf Mediation zu verweisen	<b>FREIWILLIGE TEILNAHME</b> Parteien können der Anordnung zustimmen
	<b>ZWINGENDE TEILNAHME</b> Zustimmung der Parteien ist nicht nötig
<b>OBLIGATORISCHE ANORDNUNG ▶</b> Anordnende/1 <i>muss</i> die Parteien zur Mediation auffordern	<b>FREIWILLIGE TEILNAHME</b> Parteien können der Anordnung zustimmen
	<b>ZWINGENDE TEILNAHME</b> Zustimmung der Parteien ist nicht nötig

### 2.2. Freiwillige versus zwingende Mediation

Im Hinblick auf freiwillige versus zwingende Mediation könnte vorweg angenommen werden, dass sich zwar weniger Streitparteien für die freiwillige Mediation entscheiden, aber ein größerer Prozentsatz davon zu einer Lösung findet. Und wenn Parteien

in freiwilligen Mediationsprogrammen durch das Gericht zu einer Mediation quasi gedrängt werden sowie wenn finanzielle Anreize gegeben sind, das Programm des Gerichts anzuwenden, werden sie es eher tun. Im Durchschnitt beträgt international die Verweisungsrate zwischen 10 und 35% aller Fälle, bei denen eine Aufforderung zu freiwilligen Mediationsprogrammen versucht wurde. Die Erfolgsquote beträgt durchschnittlich mehr als 70%, also ca. 15% aller aufgeforderten Fälle.

In obligatorischen Mediationsprogrammen, in denen die Interessen und Bedürfnisse der Parteien zuvor in Betracht gezogen werden, bevor das Gericht eine Mediation zwingend anordnet, ergibt sich eine Vergleichsrate von bis zu 60%, wobei auch die normale Vergleichsrate signifikant um mehr als 10% aller sonstigen Fälle ansteigt.<sup>13</sup> Gerichte mit freiwilliger Teilnahme („opt-in“ voluntary referral process) haben weit weniger Fälle als bei Verpflichtung des Gerichtes zur Anordnung einer zwingenden Mediation nach Abwägung, aber mit der Möglichkeit für die Parteien jederzeit abzubrechen („OPT-OUT“ mandatory referral process), in denen mindestens die Hälfte bis zu zwei Drittel der angeordneten Fälle im Programm bleiben. Die „OPT-OUT“ Variante bei zwingender Mediation bedeutet, dass die Parteien zwar an zumindest einer Mediationssitzung teilnehmen müssen, aus dieser jedoch jederzeit, aber allenfalls mit Kostenfolgen (dazu siehe weiter unten), wieder aussteigen können. Hierdurch bleiben die Prinzipien der Freiwilligkeit und Selbstbestimmung gewahrt und die Parteien haben den/die Mediator/in zumindest einmal persönlich wahrgenommen.<sup>14</sup> In diesem Zusammenhang darf übrigens auch nicht übersehen werden, dass die beklagte Partei von vorneherein sich zumeist auch nicht freiwillig im Gerichtsverfahren befindet, weil sie verliert wenn sie nicht teilnimmt.

### 3. OPTIONEN/ALTERNATIVEN

Folgender neuer Paragraph in der ZPO wird vorgeschlagen (seine Stelle kann variieren, die §§ 204 und 258 bieten sich an), den Streitparteien ist hierbei „OPT-OUT“ (Ausstieg jederzeit) zu erlauben:  
*Das Gericht kann, wenn dies zweckmäßig erscheint, von Amts wegen und nach Beratung mit den Parteien, eine Mediation anordnen.*

### D. Anreize oder Sanktionen als Motivation zur Teilnahme an Mediation

#### 1. Die derzeitige Situation

Die ZPO ermächtigt das Gericht bisher nicht, Mediation anzuordnen (siehe auch oben). Dem entsprechend bestehen keine Vorschriften, die es dem Gericht erlauben, Parteien, die die Teilnahme an einer Mediation unangemessen ablehnen, mit Sanktio-

<sup>13</sup> Siehe dazu auch Greger 2007, S 69.

<sup>14</sup> Mehr über die internationale Forschung betreffend die neuesten Entwicklungen in B. McAdoo, D. Stienstra, und N. Welsh 2007 *National Conference on Court ADR*, American Bar Association, Section on dispute resolution annual meeting, April 26, 2007. Siehe auch Werner, 3/2010.

nen zu belegen. Dies hat bedeutende Auswirkungen auf die Mediationsnachfrage. In England, Wales und Norwegen etwa dürfen Richter in bestimmten Fällen entscheiden, dass auch die obsiegende Partei die Verfahrenskosten der unterlegenen Partei zu übernehmen hat, wenn eine solche Partei die Anordnung des Gerichts zur Mediation aus unangemessenen Gründen ablehnt oder wenn eine solche Partei an einer Mediation in schlechtem Glauben teilnimmt.

### 2. Kostenfolgen für Verweigerung der Anordnung von Mediation

Gemäß Artikel 5 RL 2008/52 sind die Mitgliedstaaten berechtigt, Regelungen zu erlassen, nach denen die Inanspruchnahme der Mediation obligatorisch ist oder mit Sanktionen bzw. Anreizen (siehe dazu unten) verbunden ist. Die unterlassene Befolgung der Anordnung des Gerichtes zu einer Mediation könnte daher zu Kostenfolgen führen, die der „widerständigen“ Partei auferlegt werden. Das Gesetz sollte dem Gericht breite Ermessensfreiheit geben, wenn es am Ende eines Prozesses zur Aufteilung der Kosten kommt, so wie es etwa die CPR (Civil Procedural Rules) in England und Wales ermöglichen. Die allgemeine Regel ist es, dass die unterlegene Partei die Kosten der obsiegenden Partei zu tragen hat. Im Fall Halsey<sup>15</sup> legte das Berufungsgericht von England und Wales einige Richtlinien fest, wie mit Kosten oder wichtigen Bußgeldern umgegangen werden soll. Nach einem Urteil hat die unterlegene Partei die Möglichkeit darzulegen, warum das Gericht die Kosten der obsiegenden Partei auferlegen sollte. Das Gericht ist nunmehr in der Lage, unter Einbeziehung aller Umstände, einschließlich der Mitwirkung der Parteien, die Kosten anderes festzulegen. „Mitwirkung“ umfasst sowohl die Mitwirkung vor als auch während des Verfahrens, und insbesondere das Ausmaß, in dem die Parteien jeder wichtigen den Prozess vorbereitenden Anordnung gefolgt sind. Dem Antrag wird nur entsprochen, wenn die obsiegende Partei tatsächlich unangemessen eine Mediation ablehnte. Wenn es keine Anordnung zur Mediation gegeben hat und Kostenumkehr beantragt wird, sollte das Gericht mehrere Faktoren berücksichtigen wie zum Beispiel den Umfang, mit dem andere Vergleichsmethoden versucht worden wären, ob die Kosten eines Mediationsverfahrens unverhältnismäßig hoch gewesen wären und ob Mediation eine begründete Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. Unter diesen Gesichtspunkten ist davon auszugehen, dass die meisten Fälle für eine Mediation geeignet sind.

### 3. OPTION

Ein neuer, zukünftiger Artikel der ZPO könnte etwa lauten:

*Wenn eine Partei die Teilnahme an einer Mediation unangemessen abgelehnt hat oder eine Partei nicht sinnvoll an einer Mediation teilgenommen hat, kann das Gericht anordnen, dass die Partei die Prozesskosten der gegnerischen Parteien übernimmt.*

<sup>15</sup> Halsey gegen Milton Keynes NHS Trust, vom 11. Mai 2004.

## III. Übereinstimmung mit sonstigen internationalen Mediationsstandards

### A. Gerichtsinterne und gerichtsnaher Mediation – Gebühren

#### 1. Die derzeitige Situation

Bis heute sind folgende internationale Regelungen zuzüglich der RL 2008/52 (siehe oben Abschnitte A und B) betreffend die Mediation und mit Relevanz auch für Österreich in Geltung: Europarat-Empfehlung zur Familienmediation No.R (98) 1; Europarat-Empfehlung zur Mediation in Zivilangelegenheiten Rec (2002)10; Mustergesetz der UNCITRAL zum Internationalen Wirtschaftsschlichtungsverfahren mit der Richtlinie zum Beschluss vom 28. Juni 2002; Grünbuch der EU-Kommission zu ADR in Zivil- und Wirtschaftsrecht COM (2002) 196; und die Europarat-CEPEJ-RICHTLINIEN für eine bessere Anwendung der vorhandenen Empfehlungen betreffend Familien- und Zivilmediation (2007). Die strategischen Ziele und künftigen gesetzlichen Maßnahmen betreffend die Mediation, sind jeweils im Lichte dieser internationalen Regelungen zu betrachten. Der Spielraum zur Anwendung des Österreichischen Mediationsgesetzes erstreckt sich gemäß § 1 Abs. 2 ZivMediatG auf die Zuständigkeiten der „ordentlichen Zivilgerichte“, womit es der UNCITRAL Richtlinie entspricht.

#### 2.1. Generalklausel im ZivMediatG

Unabhängig vom Thema einer Gesamtreform des ZivMediatG (siehe oben A 1. und unten IV.D.), wäre dem § 1 ZivMediatG unter Berücksichtigung des Artikels 3 der RL 2008/52,<sup>16</sup> eine klärende Regelung hinzuzufügen. Diese sollte besagen, dass das ZivMediatG anzuwenden sei unabhängig davon, ob Mediation durchgeführt werde auf Basis einer Vereinbarung zwischen den Parteien, die vor oder nach der Einleitung eines Gerichtsverfahrens getroffen würde; auf Basis einer gesetzlichen Verpflichtung der Parteien; oder aufgrund einer Anordnung durch ein Gericht oder ein Schiedsgericht, wenn nicht durch das Gesetz anderes vorgeschrieben sei. Mit einer solchen Ergänzung wäre schon im Einleitungsparagraphen klargestellt, dass das Gesetz beides regelt – konventionelle (private) und gerichtsnaher Mediation.<sup>17</sup> Durch diese Klarstellungen soll auch eine eindeutige Grenzlinie gezogen werden zwischen Vergleichsversuchen der/des erkennenden Richters/in, und tatsächlicher gerichtsnaher Mediation durch eine/n Richter/in der/die nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> Der 2. Satz des Artikels 3 RL 2008/52 lautet: „Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein. Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist.“

<sup>17</sup> Siehe Artikel 2 Abs. 1 der Richtlinie und Artikel 1 Abs. 8 des UNCITRAL Mustergesetzes.

<sup>18</sup> Der 3. Satz des Artikels 3 RL 2008/52 lautet: „Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache.“

## 2.2. Öffentliche Fördermittel

Für die Entwicklung der Mediation ist es wichtig, öffentliche Fördermittel für öffentliche Mediationsprogramme und für private Mediationen sozial bedürftiger Menschen, etwa durch Verfahrenshilfe, zur Verfügung zu stellen. Um kostenfreie oder kostengünstige Mediationsprogramme zu fördern und die Annahmerate zu maximieren, sollte gesetzlich sichergestellt werden, dass zur Unterstützung der Mediationsprogramme angemessene Geldmittel des Staatshaushalts bereitgestellt werden, wie es auch die Europarat-Empfehlung REC (2002) zur Mediation in Zivilangelegenheiten und andere<sup>19</sup> bestimmen: „Staaten sollten die Möglichkeit in Betracht ziehen, gänzlich oder teilweise kostenfreie Mediation oder Verfahrenshilfe für Mediation vorzuschreiben oder anzubieten, insbesondere wenn die Interessen einer der beiden Parteien eines besonderen Schutzes bedarf.“

Die ZPO sollte festlegen, dass gerichtsinterne Mediation kostenfrei für die Streitparteien sein soll, wenn es die Regelungen zur Verfahrenshilfe so vorsehen oder Mediation zu geringen Kosten ermöglichen; das anwendbare Gesetz die obligatorische Teilnahme an Mediation verlangt; oder durch das Gericht gerichtsinterne oder gerichtbezogene Mediationsprogramme angeordnet werden. Finanzwirtschaftlich ist die Kostenfreiheit in den oben dargelegten Fällen dadurch gerechtfertigt, dass die Kosten in den Gerichtsgebühren beinhaltet sind und weil erwartet werden kann, dass die Gerichtsorganisation im Endeffekt entlastet und ihre Qualität erhöht wird.

## 2.3. Zur Erfolgsquote von Gerichtsmediation

Gerichtsinterne Mediation kann ja nur Thema sein, wenn diese sich im Gesamtaufwand qualitativ und quantitativ „rentiert“. Wie (inter-)nationale Erfahrungen zeigen, ist schon bei völlig freiwilligen Verweisungen zur Mediation von einer Verbleibrate von zumindest 50% und von einer Erfolgsquote bei den verbleibenden Fällen von zumindest 70% auszugehen. Erfolgsquote also zumindest 35%, gut ein Drittel aller Fälle, die sich zumindest einmal freiwillig in eine Mediationssitzung begeben haben. Diese Zahlen wurden auch bei einem zweijährigen Modellversuch mit fast 1.500 Verfahren in Deutschland erreicht.<sup>20</sup> Hinzu kommt, dass zunächst gescheiterte Verfahren, eine signifikant höhere Vergleichsquote im nachfolgenden, wiederum streitigen Verfahren aufwiesen<sup>21</sup> und dass mehr als ein Drittel der erzielten Einigungen (fast 37%) über den Prozessgegenstand weit hinausgehende Lösungen bewirkten, also einen „Mehrwert erzeugten“. Auf diese Weise wurden zahlreiche weitere – bereits anhängige oder noch im vorprozessualen Stadium befindliche – Rechtsstreitigkeiten gleich mit erledigt.<sup>22</sup> Die Vergleichsquote bei den acht Modellgerichten stieg überdies ganz allgemein um fast 12%, das waren fast zusätzliche 1.000 Gerichtsfälle pro Jahr.<sup>23</sup> Nicht beforscht

19 CEPEJ-Richtlinien für eine bessere Anwendung der vorhandenen Empfehlungen betreffend Familien- und Zivilrechtsmediation Abs. 35 und Abs. 48.

20 Greger 2007, S 12ff.

21 Greger 2007, S 30ff.

22 Greger 2007, S 13.

23 Greger 2007, S 69f.

wurde die „Rückkehrquote“, die nach Urteilen nicht selten vorkommen. Zu vermuten ist, dass auch diese nach Mediationsvergleichen sinkt.

Beim Modell der zwingenden Anordnung, nach eingehender obligatorischer Vorarbeit durch geschulte Richter/innen und unter Zugrundelegung eines „OPT-OUT Modells“, könnte daher vorsichtig eine Erfolgsquote von weit mehr als 40% aller Anordnungen, zuzüglich der oben erwähnten Nebeneffekte, erzielt werden. Freilich müssten bei so einem Vergleich auch die Nebenkosten der Mediation, wie etwa der zusätzliche organisatorische und administrative Aufwand in der Gerichtsorganisation, berücksichtigt werden.<sup>24</sup>

## 2.4. Kosten und Nutzen gerichtsnaher Mediation

Etwas anders gestaltet sich die Berechnung bei gerichtsnaher Mediation, bei der externe Mediator/innen einen gerichtsanhängigen Streitfall bearbeiten. Hier hat zwar das Gericht den vorbereitenden Aufwand, der sich jedoch zumindest teilweise mit den ohnehin üblichen Vergleichsbemühungen deckt, die Durchführung einer Mediation und ein Großteil des gesamten erforderlichen Aufwands jedoch werden aber ausgelagert. Selbst wenn, wie oben vorgeschlagen, die gerichtsnaher Mediation finanziell gestützt würde, könnte sich unter dem Strich ein ansehnliches Plus an Aufwandseinsparungen ergeben, die emotionalen und sozialen Ersparnisse und Vorteile dabei gar nicht gerechnet. In Holland gibt es beispielsweise keine gerichtsinterne Mediation mehr und ein erfolgreiches Modell, bei dem drei Stunden der Mediation vom Staat bezahlt werden, unabhängig davon, ob gerichtsnaher oder rein außergerichtliche („pre-court“) Mediation. Selbst die Übernahme der Kosten durch den Staat für eine erste Mediationssitzung bei gerichtsnahen Mediationen von beispielweise 1,5 Stunden bei zwei Parteien (je weitere Partei, eine halbe Stunde zusätzlich) würde sich vermutlich bei weitem rechnen und viel gerichtsinternen Aufwand sparen (siehe dazu Modellprojekt unten V).

## 3. OPTIONEN

1. In Ergänzung von § 1 ZivMediatG folgender Absatz 3:

*Dieses Gesetz soll angewandt werden unabhängig vom dem Grunde, aufgrund dessen eine Mediation durchgeführt wird, einschließlich der Vereinbarung zwischen den Parteien, vor oder nachdem eine Streitverhandlung begonnen wurde, der durch das Gesetz vorgeschriebenen Pflicht oder einer Verweisung oder eines Vorschlags eines Gerichts, Schiedsgerichts oder einer sonstigen kompetenten Einrichtung. Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist. Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache.*

2. Eine neue Bestimmung eventuell in die ZPO oder an anderer Stelle wäre einzufügen: *Der Staat stellt den Parteien kostenfreie oder kostengünstige Mediation zur Verfügung, jedenfalls wenn das Gesetz obligatorische Mediation vorschreibt, wenn Mediation durch das Gericht angeordnet wurde oder wenn die Interessen einer der Parteien speziellen Schutz erfordern.*

24 Siehe dazu Ulla Gläßer, 3/2010 S 126ff.

## B. Verfahrenshilfe für Mediation und bedingte Verfahrenshilfe

### 1. Beschreibung der derzeitigen Situation

Die Verfahrenshilfe ist in den §§ 63ff ZPO (für das Strafrecht in § 66 StPO) geregelt. Das Gesetz nimmt keinerlei Bezug auf außergerichtliche oder gerichtsinterne, einvernehmliche Konfliktlösung oder Mediation. Das Gericht hat für die Gewährung von Verfahrenshilfe nicht in Betracht zu ziehen, ob für den gegebenen Rechtsfall Mediation empfohlen werden könnte und Antragsteller demzufolge zu belehren. Andererseits praktizieren viele Länder „bedingte“ Verfahrenshilfe (die Niederlande, Polen, Belgien, Slowenien, Frankreich, Norwegen und andere), wo der/die Antragsteller/in, der/die prinzipiell Anspruch auf Verfahrenshilfe hat, obligatorisch erst eine Mediation machen muss, wenn die Gegenpartei ihre Zustimmung erteilt.

### 2. Bedingte Verfahrenshilfe

Unter Bezugnahme auf internationale Forschung und EU-Empfehlungen betreffend das Verhältnis zwischen Verfahrenshilfe und Mediation<sup>25</sup> können die Bestimmungen des österreichischen Rechts zur Verfahrenshilfe so ergänzt werden, dass bedingte Verfahrenshilfe jedem Antragsteller in zivilrechtlichen Angelegenheiten zur Verfügung stehen sollte, indem man die Antragsteller dazu verhält, vor der Einschaltung des Gerichts eine Konfliktlösung durch Mediation bei privaten Anbietern zu versuchen, außer die Gegenpartei lehnt eine solche Mediationsanordnung ab.

### 3. OPTIONEN/ALTERNATIVEN

Die ZPO Regelungen zur Verfahrenshilfe sinngemäß wie folgt zu ergänzen:

*Wenn der Antragsteller der Verfahrenshilfe die Bedingungen für eine solche Hilfe erfüllt, kann das zuständige Gericht, wenn angemessen, auf eigene Initiative und nach Beratung mit dem Antragsteller, den Antragsteller auf eine Mediation verweisen, wenn die Gegenpartei sich zur Teilnahme an der Mediation bereit erklärt.*

## IV. Andere gesetzliche und regulative Möglichkeiten

### A. Ermächtigung der Gerichte und nationale Koordination

#### 1. Beschreibung der derzeitigen Situation

Der EU-Gesetzgeber geht prinzipiell davon aus, dass Mediation auch im Gericht oder in dessen Nähe angewendet wird. So heißt es etwa in Artikel 3 der RL 2008/52 („Begriffsbestimmungen“): „Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck a) „Mediation“ ein strukturiertes Verfahren ... Dieses Verfahren kann von den Partei-

25 Siehe zum Beispiel die CEPEJ-Richtlinien für eine bessere Anwendung der vorhandenen Empfehlungen betreffend Familien- und Zivilmediation, 2007 CEPEJ-GT-MED Abs. 48 und Europarat-Empfehlung zur Familienmediation No.R (98).

en eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden ... Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist. Nicht eingeschlossen sind Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache...“ Durch diese Regelung ist klargestellt, dass nach EU-Recht auch Richter/innen Mediationen durchführen dürfen, dass diese Gerichts-Mediator/innen speziellen Regelungen hinsichtlich der Mediation unterliegen können, sie nicht für die betreffende Streitsache zuständig sein dürfen, und dass sonstige „Bemühungen zur Streitbeilegung“ (etwa Vergleichsversuche) nicht als Mediation im rechtlichen Sinne zu bezeichnen sind. Einer der wichtigen Faktoren des Systems zur Anordnung einer Mediation ist es, ob eine Anordnung automatisch in einer zwingenden vorprozessualen Mediation erfolgt, ob diese gesetzlich vorgeschrieben ist, ob die Mediation vor oder während des Streits vertraglich durch die Parteien vereinbart wurde oder ob ein Fall durch Einzelfall-Beurteilungen („case-by-case-screening“) angeordnet wurde. Die Einzelfall-Beurteilung wird klarerweise nur angewandt, wenn die Gerichte ermächtigt sind, einen Fall in eine Mediation zu verweisen. Die meisten Gerichte, in Ländern, in denen es gerichtsinterne oder gerichtsnahe Mediation gibt, verwenden beide Methoden. Sie laden die Streitparteien automatisch mittels freundlicher schriftlicher Einladungen und beigelegten Broschüren ein und durchleuchten gemeinsam mit den Streitparteien bei der ersten Anhörung vor Gericht den Fall durch eine/n Richter/in.

#### 2. Anerkennung des Arbeitsaufwandes

Es besteht prinzipiell ein Risiko, dass Richter/innen die Wichtigkeit der Empfehlung für Mediationen nicht (an)erkennen, eben weil es keine diesbezüglichen Vorschriften gibt und weil auch die derzeitigen Sollvorgaben richterlicher Arbeit (etwa das PAR II-System)<sup>26</sup> für Anordnungen von Mediationen oder für richterlich mediierte Vergleiche, nicht mit anderen Sollvorgaben betreffend die Erledigung von Gerichtsfällen übereinstimmen. Der vergleichende Rückblick betreffend die Erledigungsrate von Richter/innen zeigt, dass diese begreiflicherweise nur dann langfristig unterstützende der gerichtsinternen und/oder der gerichtsnahe Mediation sein würden, wenn sie für beides eine adäquate Vergütung bekämen – sowohl für den Verweis als auch für die Durchführung von gerichtsinternen Mediationen. In den Niederlanden und in Slowenien zB ist die Gewichtung für ein Gerichtsurteil gleich hoch wie jene für einen erzielten Mediationsvergleich. In den Niederlanden werden sogar erfolgreiche Anordnungen von Mediation als solche bereits als angemessenes Ergebnis eines/r Richters/in und wie ein Urteil gewichtet. Derartige Anreize würden sowohl das Image der Mediation als gleichwertige richterliche Arbeit und Mittel zur Förderung der Karriere als auch die Fortbildungswilligkeit beträchtlich erhöhen.

26 Personal-Anforderungs-Rechnung.

### 3. OPTIONEN

3.1. Bei der Entwicklung einer nationalen Mediationsstrategie für Österreich wird empfohlen, die *Ermächtigung* aller Zivil- und Handelsgerichte in Österreich ins Auge zu fassen, gerichtsinterne Mediationsprogramme für Zivil-, Familien- und Wirtschaftsangelegenheiten zu entwickeln und anzuwenden.

3.2. Im *Gerichtsorganisationsgesetz* und/oder flankierend in einer reformierten ZPO wird empfohlen, eine Ermächtigung für Zivil- und Handelsgerichte vorzuschreiben, um den Einsatz von Mediation zu legitimieren und gerichtsinterne Mediationsprogramme anzuwenden.

3.3. Dem Justizministerium wird empfohlen, mit der Durchführung der obigen Aufgaben eine/n *naionale Mediationsprogramm-Koordinator/in für Gerichtsmediation* zu betrauen, diese/n Vollzeit an- oder freizustellen und aus dem Kreis der Richter-Mediatoren auszuwählen, um bei der Planung, Entwicklung, Durchführung und Koordination der Aktivitäten zu einer landesweiten gerichtsinernen Mediationsinitiative zu unterstützen.

3.4. Ideal wäre ein/e weitere/r *naionale/r Mediationsprogramm-Koordinator/in* für alle anderen Arten von Mediation oder alternativer Konfliktlösung.

3.5. Für alle administrativen Maßnahmen betreffend die Organisation der Gerichtsmediation wird empfohlen, eine neue Stelle eines/r *nationalen Mediationsprogramm-Administrators/in* und *regionalen Administrators/innen* einzurichten und klar definierte Stellenbeschreibungen festzulegen.

3.6. Bezüglich der *Nebengesetze des Gerichts* wird eine Änderung empfohlen, um Mediationsabteilungen an allen Gerichten mit gerichtsinernen Mediationsprogrammen einzurichten.

3.7. Die Anpassung der Regelung der Rahmenbedingungen für die richterliche Arbeit in der so genannten *Personal-Anforderungs-Rechnung (PAR II-System)* wird empfohlen, um für Richter durch das Schaffen einer Gleichstellung von Mediationen (egal ob erfolgreich abgeschlossen oder nicht), Vergleichen und Gerichtsbeschlüssen Anreize zu schaffen, auf Mediation zu verweisen.

3.8. Das *Richterdienstgesetz (RDG)* sollte angepasst werden, um es auch Richter/innen ausdrücklich zu erlauben, bezahlte Mediationen innerhalb der außergerichtlichen Mediationsprogramme durchzuführen, wenn die Höhe ihres Einkommens 10% ihres jährlichen Richtereinkommens nicht übersteigt und wenn bezahlte Mediationen nur außerhalb ihrer regulären richterlichen Arbeitszeit durchgeführt werden. Ähnliches könnte auch für Rechtspfleger/innen als Mediator/innen, die ganz wichtige Akteure dieses Systems sind, gelten.

## B. Finanzielle oder andere Anreize für Mediation

### 1. Beschreibung der derzeitigen Situation

Vor allem in Systemen mit völlig freiwilliger Mediation, ist es von äußerster Wichtigkeit, dass bestimmte finanzielle Anreize zur Mediation existieren. Derzeit ist Media-

tion in gerichtsinernen Programmen anderer Länder für die Streitparteien kostenfrei und wird quasi in die Gerichtsgebühr eingerechnet. Bei gerichtsnaher Mediation liegt die Kostentragung teilweise bei den Parteien. In den Niederlanden übernimmt der Staat die ersten drei Mediationsstunden für alle gerichtsnahen und außergerichtliche Mediationen (damit werden viel weniger Fälle gerichtsanhängig). Um die Nachfrage nach freiwilliger Mediation zu erhöhen, bieten Länder wie Slowenien oder teilweise Deutschland den Streitparteien zusätzliche finanzielle Anreize bei durch Mediation zustande gekommenen Vergleichen. Beispielsweise wird im Falle eines durch Mediation zustande gekommenen Vergleichs, 50% der ausgelegten Gerichtsgebühr rückerstattet. Zusätzlich zahlen die Streitparteien keinerlei gesonderte Gebühr für gerichtliche Vergleiche.

Andere Maßnahmen, die in verschiedenen Ländern (Italien, Slowenien) gesetzt wurden, beziehen sich auf die Rolle und vor allem die Tarife der Rechtsanwälte. Es ist auch äußerst wichtig, dass die Rechtsanwaltschaft in die Weiterentwicklung der gerichtsinernen und gerichtsnahen Mediation sehr eng eingebunden ist, die sich (international bereits sehr früh und sensibel<sup>27</sup> auf Mediation und die anwaltliche Rolle als Mediator/in eingestellt hat. Das oben erwähnte Modellprojekt in Deutschland erhielt ganz hervorragende Bewertungen seitens der Anwaltschaft,<sup>28</sup> in Italien sind Rechtsanwälte/innen neuerdings sogar verpflichtet, auf die Möglichkeit der Mediation schriftlich hinzuweisen.<sup>29</sup>

### 2. Gerichts-, Vergleichs- und Anwaltsgebühren

Was die Gerichtsgebühren als finanziellen Anreiz für Mediationen anlangt, so kann dieses Ziel nur erreicht werden, wenn die Regelungen der Gerichtsgebühren geändert würden. Was hier von Belang wäre, ist die Berechnung der verringerten Einnahmen des Staatshaushalts aufgrund des zurückgeführten Anteils der Gerichtgebühren und aufgrund der fehlenden Gebühr für Mediationsvergleiche, im Gegensatz zu den Einsparungen aufgrund der Erledigung von Gerichtsverfahren mittels richterlichem Vergleich und/oder Vergleich durch Mediation.

Was die Rolle der Rechtsanwälte und die Anwaltstarife anlangt, so scheint es, dass kein Änderungsbedarf der derzeitigen Regelungen besteht und es nur von der Verrech-

<sup>27</sup> ZB „Richtlinien für die Ausübung des Rechtsanwaltsberufes“ (siehe § 68 RL-BA 1977): „... anschließende Beratung oder Vertretung einer der Parteien in dieser oder einer damit zusammenhängenden Angelegenheit gegen andere Parteien, die an der Mediation teilgenommen haben, nicht gestattet.“

<sup>28</sup> Aus 545 rückgelaufenen Fragebögen ergab sich hinsichtlich der Erwartungen ein Wert von 65% „erfüllt“, 26% „übertroffen“ und nur 9% „nicht erfüllt“ (siehe Greger 2007, S 57).

<sup>29</sup> Die gesetzesvertretende Verordnung Nr. 28, vom 4. März 2010 – das ist die Durchführungsverordnung des Art. 60 des Gesetzes Nr. 69 vom 19. Juni 2009 – sieht unter Art. 4, Absatz 3 vor: „Zum Zeitpunkt in welchem dem Rechtsanwalt der Auftrag erteilt wird, MUSS er seinen Mandanten schriftlich informieren, dass es auch die Möglichkeit gibt, das Mediationsverfahren zu wählen, das von dieser Verordnung geregelt wird sowie auf die steuerrechtlichen Vorteile der Mediation ... hinzuweisen. Sollte der Anwalt dieser Informationspflicht nicht nachkommen ist der Vertrag zwischen Anwalt und Mandantschaft annullierbar, ...“

nungspolitik der Rechtsanwälte abhängt, ob eine Mediation für Rechtsanwält/innen, als Berater/innen oder Mediator/innen, attraktiver sein könnte, wenn sie ein adäquates Stundenhonorar verrechnen würden. Jedenfalls ergeben sich auch für Rechtsanwält/innen Mehrwerte aus Mediationen an Klient/innen-Zufriedenheit und eigener Arbeitszufriedenheit sowie ein Multiplikatoreffekt bei Mehrparteienkonflikten.

### 3. OPTIONEN/ALTERNATIVEN

3.1. Um Mediation für österreichische *Rechtsanwälte* attraktiver zu machen, wird die *Anhebung der Honorarsätze für gerichtlich zustande gekommene Vergleiche* empfohlen.

3.2. Eine Änderung betreffend die *Gerichtsgebühren* wird empfohlen, um 50% der *Gerichtsgebühren* der Streitparteien im Falle von abgeschlossenen Mediationsvergleichen *rückzuführen* und *keinerlei Gebühr für Gerichtsvergleiche zu verrechnen*.

3.3. Eine *Checkliste mit Mediations-Eignungskriterien* sollte entwickelt und verbreitet werden, um

- spezielle Fälle oder Kategorien von Fällen von Mediation auszunehmen;
- Methode und Zeitplan der Verweisung zu verstehen;
- die Streitparteien einzuladen, Mediation durch einen „Selbsttest“ in Betracht zu ziehen.

3.4. *Musterhonorarsätze für Mediation* sollten unter praktizierenden Anwälten, sonstigen Quellenberufen der Mediation und Mediationsanbietern verbreitet werden.

## C. Zulassungssystem für Mediator/innen

### 1. Beschreibung der derzeitigen Situation

Österreich hat mit dem ZivMediatG und der ZivMediatAV ein ausgereiftes nationales Zulassungssystem für Mediator/innen. Es gibt allerdings keine allgemeinen Standards für eine anfängliche Beurteilung und weitere Qualitätskontrolle und Bewertung der Leistungen eines/r Mediators/in. Auch ist keine allgemein anerkannte Charta oder Ethik-Kodex von Mediationspraktiken vorhanden. Europäische Länder zeigen da unterschiedliche Herangehensweisen. In Österreich, Liechtenstein, Kroatien, Slowenien oder in Ungarn zum Beispiel ist das Justizministerium autorisiert, die Mediatoren einzutragen. Standards und Berechtigungsnachweise werden für die Eintragung durch das Gesetz vorgeschrieben. Andere Länder wie Deutschland, die Niederlande, England, Slowenien oder Italien entschieden vorerst, diese Angelegenheit an selbstregulierende Organisationen des Mediationsberufes zu übertragen. Die europäische Mediationsgemeinschaft beobachtet mE zu Recht weit verbreitet kritisch, ob und in welchem Ausmaß staatliche Interventionen in diesem Bereich überhaupt möglich oder nötig wären. Eine sehr sensible Angelegenheit.

### 2. Akkreditierung von Gerichtsmediator/innen

Im Zuge einer noch durchzuführenden Etablierung eines Systems gerichtsnaher Mediation könnte, selbstverständlich in Kombination mit dem ZivMediatG, die Einfüh-

rung eines Zulassungssystems für gerichtsnaher Mediator/innen (kurz: Gerichtsmediator/innen) überlegt werden („Akkreditierung“).<sup>30</sup> Es geht hier vor allem darum, besonderes Vertrauen herzustellen und dem Gericht die Sicherheit zu geben, dass Gerichtsmediator/innen ganz besondere Kompetenzen und Kenntnisse (zB der Abläufe bei Gericht) vorweisen können. Jedenfalls muss, damit alle Berufe mitmachen können, auch hierfür die Rolle von rechtlicher oder sonstiger inhaltlicher Beratung genau definiert und von den Kompetenzen der Mediator/innen getrennt werden.<sup>31</sup>

### 3. OPTIONEN/ALTERNATIVEN

- Das Zulassungssystem für Gerichtsmediator/innen sollte *einheitliche Standards* für die Voraussetzungen,<sup>32</sup> ein anfängliches Assessment zur Aufnahme, ein laufendes Controlling und Überprüfung sowie disziplinäre Prozesse umfassen;
- Die *Kompetenz* zur Zulassung liegt beim *Justizministerium*, beraten durch den *Beirat* gemäß ZivMediatG;
- Die *Zulassungsstandards* für Gerichtsmediator/innen sollten von einer im Beirat abgestimmten freiwilligen Praxis-Charta oder einem Praxis-Kodex flankiert werden;
- Die vorhandene Liste sollte ergänzt und vom *Justizministerium* geführt werden, der *Beirat* beratend zuständig sein.

## D. ZivMediatG Beirat, Gesamtsystem und Qualitätskontrolle

### 1. Beschreibung der derzeitigen Situation

Durch das ZivMediatG wurde am Justizministerium ein Beirat zur Sicherstellung des erforderlichen fachlichen Wissens auf dem Gebiet der Mediation eingerichtet.<sup>33</sup> Der Beirat tagt halbjährlich, er ist stets gut besucht, es wird engagiert diskutiert, seine Breitenwirkung ist aber fraglich. Es gibt auch keine national koordinierte Fallstatistik oder Qualitätskontrolle.

### 2. Reform des nationalen Systems und des Beirates

Es ist nunmehr an der Zeit, fundierte Weiterentwicklungen anzudenken. Einige Anregungen hierfür finden sich im gegenständlichen Masterplan. Das nationale System wäre zu konzentrieren, alle mediationsähnlichen Institutionen (FLAG-Mediation, ATA<sup>34</sup> etc.) wären besser zu vernetzen. Vielleicht hängt ein „Knackpunkt“ der gewissen Stagnation des Beirates auch damit zusammen, dass die zentrierte Zuständigkeit des

30 Allenfalls könnte dieses System nach dem FLAG-Muster Co-Mediation kombiniert werden, um die wesentlichen Berufsgruppen einzubeziehen.

31 Siehe dazu § 16 ZivMediatG (Falk/Koren, § 16, Rz 8).

32 So werden zusätzlich zu den Erfordernissen laut ZivMediat-AV, eine Erweiterung um die Kenntnis der Regelungen und Abläufe von gerichtsnaher Mediation sowie methodische Zusätze erforderlich sein.

33 Siehe Abschnitt II §§4ff des ZivMediatG (Falk/Koren S 83ff).

34 Außergerichtlicher Tat-Ausgleich.

BMJ für Mediation als Ganzes zumindest zweifelhaft erscheint,<sup>35</sup> eine eher transministerielle Positionierung der Mediation im Gesamtsystem wäre zu überdenken.<sup>36</sup> Aktuell wäre der Beirat zunächst zu analysieren und gemeinsam Verbesserungsoptionen hinsichtlich Kompetenzen, Struktur und Ausstattung zu entwickeln. Dabei sollte es keine Denktabus geben und sowohl eine Neupositionierung als auch eine bereits 2009 seitens des BMJ vorgeschlagene Auslagerung (Privatisierung – Dachverband) überlegt werden. Das ZivMediatG wäre in diesem Zuge ebenfalls zu reformieren. Erforderlich wäre überdies die Entwicklung eines transparenten, einfach zu handhabenden und selbstverständlich anonymisierten Systems für Monitoring und Qualitätskontrolle von Praxisfällen.

### 3. OPTIONEN

Der Beirat könnte vielleicht folgende entweder getrennt voneinander oder gemeinsam operierende Arbeitsgruppen oder Ausschüsse beauftragen:

- *Reform der Gesamtstruktur* und der gesetzlichen Regelungen betreffend die Mediation (*Nationale Strategie* im Einklang mit internationalen Normen, *nationaler Dachverband*, Rolle der Ministerien, ZivMediatG, ZPO etc.).
- *Reform des Beirats* (Kompetenzen, Struktur, Aufgaben etc. nach geltender und nach reformierter Rechtslage).
- *Mitwirkung* bei der Entwicklung der *gerichtsnahe* und *gerichtsinternen Mediation*.
- Entwicklung eines Systems des *Monitoring* und der *Qualitätskontrolle* der *Praxis* und des *Gesamtsystems* unter Nutzung *elektronischer Medien*.

## E. Internationaler Informationsaustausch

### 1. Die derzeitige Situation

Von großer Bedeutung ist es, bezüglich der weltweiten Mediationsentwicklung auf dem Laufenden zu bleiben. Zahlreiche internationale Organisationen und Vereinigungen machen laufend Rückblicke und Analysen der bestehenden und künftigen Entwicklungen, um ihre nationale Politik und Systeme der globalen Entwicklungen anzupassen. Österreich nimmt an einigen, aber nicht allen Expertenforen zum Thema Mediation teil, wie zB UNCITRAL-Arbeitsgruppe für Internationale Schiedsgerichtsverfahren, CEPEJ, Europarat-Arbeitsgruppe zur Mediation, der Europäischen Richtervereinigung für Mediation (GEMME), der jährlichen Mediationskonferenz der Internationalen Anwaltskammer usw.

<sup>35</sup> Falk/Koren 2005, S 30ff.

<sup>36</sup> Möglicherweise wäre die Querschnittsmaterie Mediation nach dem Vorbild des Psychologen- und des Psychotherapiegesetzes (siehe dazu Kierein, Pritz, Sonneck, 1991 S 74f) passender beim Bundeskanzleramt und in enger Abstimmung mit dem BMJ zu verankern.

### 2. Koordinierte Teilnahme am internationalen Austausch

Die Österreichische Regierung und/oder das BMJ könnten einen ständigen offiziellen, oder mehrere ad-hoc Repräsentant/innen für verschiedene internationale Institutionen oder Organisationen ernennen, die sich mit Mediationsangelegenheiten befassen. Solche Repräsentant/innen könnten durch den ZivMediatG Beirat vorgeschlagen und durch das Justizministerium auf Basis von objektiven Kriterien ernannt, und zumindest mit Spesen sowie Aufwendersatz ausgestattet werden. Sie hätten laufend zu berichten.

### 3. OPTIONEN

Der ständige internationale Informationsaustausch betreffend Mediation muss sichergestellt werden beispielsweise durch (Aufzählung rein demonstrativ):

- die Ernennung einer/s *Repräsentant/in* für die *CEPEJ* (Europarat)-Arbeitsgruppe für Mediation und für die *UNCITRAL*-Arbeitsgruppe für das Schiedsgerichtsverfahren.
- die Einrichtung einer *nationalen Abteilung* für *GEMME* (Europäische Richtervereinigung für Mediation);
- die *Teilnahme* an jährlichen Treffen des *ULA-Netzwerks für Mediationszentren*, und der *ABA ADR-Abteilung*, jährlichen *IBA-Konferenz*;
- *bilaterale Regierungsabkommen*, mit dem Ziel Justizreformen durch Mediation zu stärken;
- staatlich geförderte oder unterstützte *Studienaufenthalte* und *Teilnahme an Mediations-Konferenzen* durch öffentliche Repräsentant/innen.

## V. MODELL-PROJEKT gerichtsnahe Mediation

### 1. Die Ausgangslage

Die gut fundierte internationale und europäische Erfahrung am Sektor der Mediation zeigt, dass Mediation sehr nützlich und erfolgreich ist. Internationale Statistiken zeigen heute eine Erfolgsrate von mehr als 70% im Durchschnitt. Ein Pilotprojekt des Österreichischen Bundesministeriums für Familienangelegenheiten und des Österreichischen Bundesjustizministeriums, das zu einem sehr frühen Zeitpunkt der Mediationsentwicklung in Österreich 1994 und 1995 an zwei Gerichten durchgeführt wurde, erbrachte ähnliche Ergebnisse.<sup>37</sup> Hervorragend auch eine jüngere Evaluation über einen deutschen Modellversuch in Zivilsachen in Rheinland-Pfalz, allerdings für gerichtsinterne Mediation (nach dem „Güterichtermodell“).<sup>38</sup> Wie oben ausgeführt, fehlen derzeit für gerichtsinterne Mediation die gesetzlichen Ermächtigungen noch vollständig. Es könnten zwar dennoch Modellversuche im Rah-

<sup>37</sup> Filler 1997.

<sup>38</sup> Greger 2007.

men des rechtsfreien Raumes gestartet werden, jedenfalls dort, wo sie auf völlig freiwilliger Basis gründet. Ohne klaren rechtlichen Rahmen (ZPO, PAR II System etc.), Ausstattung sowie entsprechende Ausbildung und Erfahrung von Richter-Mediator/innen jedoch könnte ein Modellversuch interner Mediation immer nur suboptimal funktionieren.

## 2. Modellprojekt

Bevor also nicht, wie oben erwähnt, wesentliche rechtliche und organisatorische Rahmenbedingungen der internen Mediation vorhanden sind, wäre eher anzuraten, zunächst ein Modellprojekt der gerichtsnahen Mediation in Zivil- und Handelssachen durchzuführen. Parallel dazu könnte der Entwicklungsprozess, wie oben angeregt, durchgeführt werden (siehe oben IV.D.1.). Für ein Modellprojekt liegen ja bereits Erfahrungen vor, auf die unmittelbar aufgebaut werden kann<sup>39</sup> und es ist ein Ziv-MediatG-Pool von bestens ausgebildeten Mediator/innen aus allen Berufsgruppen vorhanden (teilweise mit langjährigen Erfahrungen auch in Co-Mediation). Weiters bestehen erfahrene Trägerinstitute für die formale Abwicklung von Praxismediationen und last not least wäre die Rechtsanwaltschaft als enorm wichtiger Systempartner hier nicht – wie bei gerichtsunter Mediation ja der Fall – auf die Beratungsrolle reduziert, sondern sie könnte, ebenso wie Richter/innen, auch aktiv als Mediator/in mitwirken, was begreiflicherweise die Motivation fördern könnte (die Rechtsanwaltschaft verfügt mit der AVM über eine eigene Organisation für Mediation).<sup>40</sup>

Selbstverständlich müssten im Zuge des Projekts freiwillige Schulungen und Trainings für Gerichtspersonal und Richterschaft bzw. Trainings auch gemeinsam mit den externen Mediator/innen (die auch eingetragene Richter/innen sein könnten), durchgeführt werden. Es ist wie oben ausgeführt als sicher anzunehmen, dass durch die Schulungen auch die Kompetenz für „normale“ Gerichtsvergleiche messbar zunehmen wird. Eine zentrale Frage werden auch die Kosten der Mediation sein. Um die Parteien zu motivieren, sollte diese zumindest eine erste Sitzung kein Honorar für die Mediator/innen kosten. Auch das Honorar für die beratenden Rechtsanwält/innen und die Aufwandsanrechnung für die Richterschaft wird beantwortet werden müssen.

Vielleicht wäre, als erster Schritt, auch nur daran zu denken, lediglich die Info-Veranstaltungen gemäß RL 2008/52 (siehe oben I.B.) im Modellversuch zu organisieren und die weiteren Verläufe auszuwerten. Zu guter Letzt könnten eventuell für gerichtsnahen Mediationsprojekte diverse Fördergelder eher eingelobt werden als für gerichtsunter Mediation. Voraussetzung dafür und für ein nachhaltiges Gelingen eines derartigen Modellprojektes wäre natürlich ein fundiertes und auf den Konsens aller Beteiligten insbesondere im ZivMediatG Beirat gegründetes, professionelles Projektmanagement.

<sup>39</sup> Nicht nur die Erfahrungen aus den offiziellen Modellprojekten 1995 und 1996 (siehe Filler 2007). Auch gegenwärtig wird beim Handelsgericht Wien ein auf Eigeninitiativen einer engagierten Gruppe begründeter Versuch gerichtsnaher Mediation, bereits mit beachtlichen Erfolgen, durchgeführt.

<sup>40</sup> www.AVM.co.at.

## VI. Literatur und Quellenangaben

- Falk, Gerhard/Heintel, Peter/Pelikan, Christa (Hg.): Die Welt der Mediation. Alekto, Klagenfurt 1998
- Falk, Gerhard/Koren, Gernot: Kommentar zum ZivMediatG; Österreich; Wien 2005
- Falk, Gerhard: Wirtschaftsmediation als EU-Leitbild; In: mediation aktuell; Wien 2/2009
- Falk, Gerhard: Was können wir von unseren Nachbarn lernen? In: mediation aktuell; 1/2010
- Ferz, Sascha/Filler, Ewald: Mediation; Gesetzestexte und Kommentar; WUV; Wien 2003
- Filler, Ewald/BM für Umwelt, Jugend und Familie: Familienberatung bei Gericht, Mediation, Kinderbegleitung; Verlag Österreich, Wien 1997
- Gläser, Ulla: Lohnt sich Gerichtliche Mediation? In: Perspektive Mediation; Wien 3/2010
- Greger, Reinhard: Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter; Universität Erlangen, 2007 siehe: [www.reinhard-greger.de/aber/gueterichter-abschlussbericht.pdf](http://www.reinhard-greger.de/aber/gueterichter-abschlussbericht.pdf) oder [www.mastermediation.com/publikationen/weiteres](http://www.mastermediation.com/publikationen/weiteres)
- Hopf, Gerhard: Das Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ÖJZ 2004, S 41 – 51
- Kierein, Michael/Pritz, Alfred/Sonneck, Gernot: Psychologengesetz – Psychotherapiegesetz; Kurzcommentar; Orac, Wien 1991
- Mayr, Peter: Die Europäische Mediationsrichtlinie und Österreich (S 137–149); In: Europäisches Zivilverfahren in Österreich II; König/Mayr (Hg.); Manz; Wien 2009
- McAdoo, B./Stienstra, D. und Welsh, N.: National Conference on Court ADR, American Bar Association, Section on dispute resolution annual meeting, April 26, 2007.
- Sujecki, Bartosz: Die Europäische Mediationsrichtlinie, EuZW; Beck 2010 Heft 1, S 7-11
- Varga von Kibéd, Matthias/Sparrer, Insa: Ganz im Gegenteil. Tetralemmaarbeit und andere Grundformen Systemischer Strukturaufstellungen. 5., überarb. Auflage, Carl-Auer, Heidelberg 2005
- Werner, Sabine: Warum funktioniert gerichtliche Mediation? In: Perspektive Mediation; Wien 3/2010