

Daniel Elias Serbu

# Das deutsche Mediationsgesetz im europäischen Kontext

Eine rechtsvergleichende Analyse der Mediation unter  
Betrachtung der englischen, französischen und deutschen  
Umsetzungen der europäischen Mediationsrichtlinie

Band 5



## **■ Inhalt**

### **Danksagung 17**

#### **1. Teil: Einführung 19**

##### **A. Themenaufriß 19**

##### **B. Gang der Untersuchung 21**

#### **2. Teil: Die Mediations-Richtlinie 23**

##### **A. Entstehung der Richtlinie 23**

##### **B. Allgemeiner Teil 24**

###### **I. Ziele der Mediations-RL 24**

###### **II. Anwendungsbereich 26**

###### **1. Adressaten der Richtlinie 26**

###### **2. Räumlicher Anwendungsbereich 27**

###### **a) Grenzüberschreitende Streitigkeiten 27**

###### **aa) Natürliche Personen 29**

###### **bb) Juristische Personen 30**

###### **cc) Maßgeblicher Zeitpunkt 31**

###### **dd) Nachfolgendes Gerichts- oder Schiedsverfahren 33**

###### **b) Staateninterne Streitigkeiten 35**

###### **aa) Kompetenzrechtliche Problematik 35**

###### **bb) Exkurs – Nachfolgeregelung in Art. 81 AEUV 38**

###### **3. Sachlicher Anwendungsbereich 38**

###### **a) Zivil- und Handelssachen 38**

###### **b) Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten 39**

###### **c) Indisponible Rechte 39**

###### **4. Exkurs – Richtlinie zur alternativen Streitbeilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (ADR) 40**

###### **a) Ermächtigungsgrundlage 40**

###### **b) Anwendungsbereich 41**

###### **c) Kollisionsregelung 42**

###### **5. Zwischenergebnis 42**

###### **III. Begriffsbestimmung 42**

###### **1. Strukturiertes Verfahren 43**

###### **2. Freiwilligkeit 45**

###### **3. Eigenverantwortung 48**

###### **4. Mit Hilfe eines unparteiischen (Richter-) Mediators 51**

---

a) Mediator	51
b) Allparteilichkeit	55
5. Kritische Betrachtung der Definition der Mediation nach Art. 3 Mediations-RL	57
<b>C. Besonderer Teil</b>	<b>58</b>
I. Sicherstellung der Qualität der Mediation (Art. 4)	59
II. Inanspruchnahme der Mediation (Art. 5)	60
III. Vollstreckung von Mediationsvereinbarungen (Art. 6)	61
1. Allgemeines	61
2. Antrag zur Vollstreckbarerklärung	62
3. Inhaltskontrolle	64
a) Allgemeines	64
b) Exkurs – ADR-RL	65
4. Zuständigkeit	66
5. Anerkennung von im Ausland für vollstreckbar erklärten Vereinbarungen	66
6. Zwischenergebnis	66
IV. Vertraulichkeit	67
1. Allgemeines	67
2. Der Grundsatz der Informiertheit und der Offenlegungspflicht	67
3. Aussageverweigerungsrecht des Mediators	68
4. Aussageverweigerungspflicht?	69
5. Vertraulichkeit der Medianden untereinander	71
6. Andere Beweismittel	71
7. Erweiterung des Anwendungsbereiches bei Rechtsfolgesachen	72
8. Verletzung der Verschwiegenheitspflichten	72
9. Zwischenergebnis	73
V. Verjährungshemmung (Art. 8)	74
1. Die Verjährung hemmende Wirkung	74
2. Geltungsbereich der Verjährungshemmung	75
3. Erweiterung des Anwendungsbereiches bei Rechtsfolgesachen	76
VI. Sonstige Regelungen	77
1. Informationen der Öffentlichkeit (Art. 9)	77
2. Überprüfung des Erfolgs der Richtlinie durch die Kommission (Art. 11)	77
3. Umsetzungsfrist (Art. 12)	77
4. Inkrafttreten der Richtlinie (Art. 13)	77
<b>D. Zusammenfassung</b>	<b>78</b>
3. Teil: Umsetzungen der Mediations-Richtlinie	81
<b>A. Umsetzung der Mediations-RL in England</b>	<b>81</b>

- 
- I. Allgemeines – Entwicklung der Mediation vor Erlass der Mediations-RL 81
    1. Vorverfahren/Pre-Action-Protocols 82
    2. Kostenanreize 83
    3. Aktives Case Management 84
    4. Verletzung des Rechts auf Zugang zu einem Gericht (Art. 6 Abs. 1 EMRK)? 87
      - a) Eingriff in das Recht aus Art. 6 Abs. 1 EMRK 88
      - b) Verfolgung eines berechtigten Zieles 91
      - c) Verhältnismäßigkeit 92
      - d) Hurst v. Leeming 93
      - e) Halsey v. Milton Keynes General NHS Trust und Steel v. Joy & Holiday 94
      - f) Rolf v. De Guerin 98
      - g) Stellungnahme 99
    5. Ausgestaltung im privaten Sektor 101
  - II. Umsetzung 102
    1. Anwendungsbereich 102
      - a) Räumlicher Anwendungsbereich 102
      - b) Sachlicher Anwendungsbereich 103
    2. Begriffsbestimmung 103
      - a) Allgemeines 103
      - b) Besonderheiten 104
        - aa) Freiwilligkeit 104
        - bb) Richtermediator 108
    3. Vollstreckung von Mediationsvereinbarungen 109
      - a) Consent Order 109
      - b) Mediation Settlement Enforcement Order 110
      - c) Inhaltskontrolle 111
      - d) Zwischenergebnis 111
    4. Vertraulichkeit 112
      - a) Vertraulichkeit des Mediators in grenzüberschreitenden Fällen 112
      - b) Streitigkeiten mit geringfügigem Streitwert 113
      - c) Vertraulichkeit der Medianden/Without Prejudice Privilege 115
      - d) Ausnahmen des Without Prejudice Privilege 116
      - e) Legal Professional Privilege 119
      - f) Widerspruch zu den allgemeinen Kostensanktionen 119
      - g) Zwischenergebnis 120
    5. Verjährungshemmung 121
      - a) Beginn der Verjährungshemmung 122
      - b) Ende der Verjährung 122
      - c) Anwendungsbereich 123
      - d) Zusammenfassung 125

6. Qualitätssicherung 126
  - a) Zivilverfahren 126
  - b) Familienrechtliche Angelegenheiten 127
  - c) Weitere qualitätssichernde Maßnahmen 127
  - d) Zwischenergebnis 128
- III. Kosten 128
  1. Allgemeines 128
  2. Mediationskostenhilfe 128
- IV. Zusammenfassung 129
- B. Umsetzung der Mediations-RL in Frankreich 133
- I. Allgemeines – Entwicklung der Mediation vor Erlass der Mediations-RL 133
  1. Zeitliche Einordnung 133
  2. Formen der Mediation 136
    - a) Abgrenzung 136
    - b) Schlichtung 136
    - c) Gerichtliche Mediation 137
    - d) Außergerichtliche Mediation 138
  3. Mediationsverfahren 138
    - a) Weite Spielräume des Richters 138
    - b) Anfechtbarkeit der gerichtlichen Entscheidung 140
  4. Gesetzliche Entwicklung nach Erlass der Mediations-RL 141
- II. Umsetzung 141
  1. Anwendungsbereich 141
    - a) Räumlicher Anwendungsbereich 141
    - b) Sachlicher Anwendungsbereich 142
      - aa) Strafrecht/Täter-Opfer-Ausgleich 142
      - bb) Arbeitsrecht 144
      - cc) Verwaltungsrecht 145
  2. Begriffsbestimmung 146
    - a) Mediation 146
    - b) Mediator 148
      - aa) Mediator in der gerichtlichen Mediation 149
      - bb) Außergerichtliche Mediation 152
      - cc) Richtermediator 153
      - dd) Anwesenheit Dritter 153
    - c) Zwischenergebnis 154
  3. Inanspruchnahme der Mediation 155
    - a) Allgemeines 155
    - b) Freiwilligkeit des Verfahrens 155

- c) Freiwilligkeit in Bezug auf Aufnahme eines Schlichtungsverfahrens 157
  - d) Weitere Regelungen zur Inanspruchnahme der gerichtlichen Mediation 158
  - e) Außergerichtliche Mediation 159
  - f) Zwischenergebnis 161
  - 4. Vollstreckung von Mediationsvereinbarungen 161
    - a) Vollstreckbarerklärung von Vergleichen der gerichtlichen Mediation 161
    - b) Vollstreckbarerklärung von Vergleichen der außergerichtlichen Mediation 162
    - c) Prüfungsumfang 164
    - d) Verwaltungsverfahren 166
    - e) Anerkennung von für vollstreckbar erklärten Mediationsvergleichen durch andere Mitgliedstaaten 166
    - f) Übergangsregelung 166
    - g) Zwischenergebnis 167
  - 5. Vertraulichkeit 167
    - a) Allgemeines 167
    - b) Umfang der Verschwiegenheitspflicht 169
    - c) Ausnahmen der Verschwiegenheitspflicht 170
    - d) Wirkungen eines Verstoßes gegen die Verschwiegenheitspflicht 171
    - e) Zwischenergebnis 172
  - 6. Verjährungshemmung 172
    - a) Verjährungshemmung in Zivilsachen 172
    - b) Verjährungshemmung bei Mediationen im Verwaltungsverfahren 173
    - c) Zwischenergebnis 174
  - 7. Qualitätssicherung 174
    - a) Anforderungen an den Beruf des Mediators 174
    - b) Mediationskoordinator 176
    - c) Commission de la médiation de la consommation 176
- III. Kosten 177**
- 1. Allgemeines 177
  - 2. Mediationskostenhilfe 178
- IV. Zusammenfassung 178**
- C. Umsetzung der Mediations-RL in Deutschland 182**
- I. Allgemeines – Entwicklung der Mediation vor Erlass der Mediations-RL 182**
- 1. Ursprung 182
  - 2. Moderne Mediation 183
    - a) Obligatorischer Schlichtungsversuch nach § 15a EGZPO 184

- b) Vorschlagsrecht des Richters nach § 278 Abs. 5 S. 2 und 3 ZPO a.F. **186**
- c) Modellprojekte – Richterliche Mediation **187**
- d) Exkurs – Erste gesetzliche Ansätze der Mediation **189**
- e) Umsetzung der Mediations-RL **190**

## II. Umsetzung **190**

- 1. Anwendungsbereich **190**
  - a) Räumlicher Anwendungsbereich **190**
  - b) Sachlicher Anwendungsbereich **191**
  - c) Zwischenergebnis **193**
- 2. Begriffsbestimmung **193**
  - a) Mediation **193**
    - aa) Allgemeines **193**
    - bb) Eigenverantwortlichkeit **194**
    - cc) Vertraulichkeit **195**
  - b) Mediator **196**
    - aa) Allgemeines **196**
    - bb) Allparteilichkeit **196**
    - cc) Unabhängigkeit **196**
    - dd) Keine Entscheidungsbefugnis **200**
    - ee) Richtermediator **201**
      - (1) Wettbewerbswidrigkeit **202**
      - (2) Belastung der Justiz **204**
      - (3) Richter als tauglicher Mediator **205**
      - (4) Stärkung der außergerichtlichen Mediation **206**
      - (5) Rechtsgrundlage **208**
      - (6) Zwischenergebnis **210**
      - (7) Entscheidung des Gesetzgebers **210**
      - (8) Erweitertes Güterichtermodell **211**
      - (9) Stellungnahme **217**
      - (10) Exkurs – Ausschließungsgrund des § 41 Nr. 8 ZPO n.F. **220**
  - c) Zwischenergebnis **220**
- 3. Inanspruchnahme der Mediation **221**
  - a) Keine obligatorische Einleitung des Verfahrens **221**
  - b) Ausnahmen? **223**
    - aa) Privatrechtliche Mediationsklauseln **223**
    - bb) Obligatorische Informationsveranstaltungen im Familienrecht **224**
  - cc) Sollvorschrift in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO bzw. § 23 Abs. 1 S. 3 FamFG **225**
  - dd) Erweitertes Güterichtermodell **226**
  - ee) Zwischenergebnis **227**
- c) Verfahrensausgestaltung **227**

- d) Zwischenergebnis 230
  - 4. Vollstreckung von Mediationsvereinbarungen 232
    - a) Vollstreckbarerklärung nach § 796d ZPO-E 232
    - b) Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses 233
    - c) Stellungnahme 234
  - 5. Vertraulichkeit 236
    - a) Rechtslage vor Umsetzung der Mediations-RL 237
    - b) Verschwiegenheitspflicht des Mediators 239
    - c) Umfang der Verschwiegenheitspflicht des Mediators 240
    - d) Grenzen der Verschwiegenheitspflicht des Mediators 241
    - e) Verschwiegenheitspflichten im Übrigen 242
    - f) Verstoß gegen die Verschwiegenheitspflicht 244
      - aa) Verschwiegenheitspflicht des Mediators 244
      - bb) Vertraglich vereinbarte Pflicht 245
      - cc) Dritte 247
      - dd) Zwischenergebnis 247
    - g) Stellungnahme 248
  - 6. Verjährungshemmung 250
    - a) Keine gesetzliche Regelung 250
    - b) Kritik 252
  - 7. Qualitätssicherung 253
    - a) Anforderungen an den Beruf des Mediators 253
      - aa) Rechtslage vor Umsetzung der Mediations-RL 253
      - bb) Regelungsmodelle 254
        - (1) Selbstregulierung des Marktes 254
        - (2) Zulassungsmodell 254
        - (3) Anreizmodell 256
        - (4) Zertifizierungsmodell 257
      - cc) Erster Entwurf zur Sicherung der Mediationsqualität in § 5 MediationsG-E 257
      - dd) Gesetzliche Regelung 259
        - (1) Gesetzliche Voraussetzungen zur Zertifizierung 261
        - (2) Erster Verordnungsentwurf 261
      - ee) Stellungnahme 262
    - b) »Anwaltsmonopol«? 264
    - c) Finanzielle Förderung der Mediation 265
    - d) Zwischenergebnis 266
- III. Kosten 267**
- 1. Allgemeines 267
  - 2. Mediationskostenhilfe 268
  - 3. Stellungnahme 269
- IV. Zusammenfassung 270**



---

#### 4. Teil: Rechtsvergleichende Analyse und Gesetzesempfehlungen 275

##### A. Anwendungsbereich 275

- I. Richtlinienvorgaben 275
- II. Umsetzung in den Mitgliedstaaten 275
  - 1. England 275
  - 2. Frankreich 276
  - 3. Deutschland 276
- III. Bewertung 277

##### B. Begriffsbestimmung 278

- I. Richtlinienvorgaben 278
- II. Umsetzungen der Mitgliedstaaten 278
  - 1. England 278
  - 2. Frankreich 279
  - 3. Deutschland 279
- III. Bewertung 280

##### C. Richtermediation 281

- I. Richtlinienvorgaben 281
- II. Umsetzung der Mitgliedstaaten 281
  - 1. England 281
  - 2. Frankreich 282
  - 3. Deutschland 282
- III. Bewertung 283

##### IV. Empfehlung 285

##### D. Inanspruchnahme der Mediation 285

- I. Richtlinienvorgaben 285
- II. Umsetzung der Mitgliedstaaten 286
  - 1. England 286
  - 2. Frankreich 288
  - 3. Deutschland 288
- III. Bewertung 289

##### IV. Empfehlung 293

##### E. Vollstreckung von Mediationsvereinbarungen 294

- I. Richtlinienvorgaben 294
- II. Umsetzung der Mitgliedstaaten 295
  - 1. England 295
  - 2. Frankreich 296
  - 3. Deutschland 297

---

III. Bewertung	298
IV. Empfehlung	300
<b>F. Vertraulichkeit</b>	<b>301</b>
I. Richtlinienvorgaben	301
II. Umsetzung der Mitgliedstaaten	302
1. England	302
2. Frankreich	303
3. Deutschland	304
III. Bewertung	306
IV. Empfehlung	307
<b>G. Verjährungshemmung</b>	<b>308</b>
I. Richtlinienvorgaben	308
II. Umsetzung der Mitgliedstaaten	309
1. England	309
2. Frankreich	310
3. Deutschland	311
III. Bewertung	312
IV. Empfehlung	314
<b>H. Qualitätssicherung</b>	<b>316</b>
I. Richtlinienvorgaben	316
II. Umsetzung der Mitgliedstaaten	317
1. England	317
2. Frankreich	318
3. Deutschland	319
III. Bewertung	320
IV. Empfehlung	322
<b>I. Mediationskostenhilfe</b>	<b>322</b>
I. Umsetzung der Mitgliedstaaten	323
1. England	323
2. Frankreich	323
3. Deutschland	323
II. Bewertung	324
III. Empfehlung	325
<b>J. Abschließende Würdigung und Ausblick</b>	<b>326</b>
Literaturverzeichnis	331



*Meinen Großeltern*



## ■ Danksagung

Die vorliegende Arbeit wurde als Dissertation im Oktober 2015 durch die EBS Law School der EBS Universität für Wirtschaft und Recht, Wiesbaden, angenommen.

An erster Stelle möchte ich mich ganz herzlich bei meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Matthias Weller, Mag.rer.publ., bedanken. Durch seine Unterstützung und die wertvollen Anregungen wurden für mich im Rahmen meiner Tätigkeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Zivilverfahrensrecht und Internationales Privatrecht an der EBS Law School optimale Voraussetzungen zum Gelingen dieser Arbeit geschaffen.

Ebenfalls danken möchte ich Herrn Professor Dr. Christoph Althammer für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Auch bin ich ihm und den Herausgebern für die freundliche Aufnahme in die Schriftenreihe „Mediation und außergerichtliche Konfliktlösung“ sehr verbunden.

Besonders bedanken möchte ich mich auch bei allen, die mich bei der umfangreichen Literaturrecherche unterstützt haben. Dies sind insbesondere die Mitarbeiter der EBS Law School Bibliothek, stellvertretend Frau Dagmar Seuthe, Frau Nicole Baier und Frau Peggy Hanisch.

Im Hinblick auf meine Recherchen zum französischen Rechtskreis geht mein Dank zum einen an Frau Dionysia Mouzaki für den sehr produktiven fachlichen Austausch und zum anderen an das Team der Bibliothek der Universität Straßburg, das mich während meiner Forschungsreise sehr freundlich aufgenommen hat.

Ein ganz großes Dankeschön gilt Herrn Simon Heetkamp und Herrn Michael Schur für das aufmerksame Korrekturlesen und die vielen kritischen und stets konstruktiven Diskussionen.

Schließlich möchte ich besonders meiner Familie, insbesondere meiner Frau Margarita Khomenker, danken, ohne deren Unterstützung und Zuspruch ich die Herausforderungen der letzten Jahre niemals hätte meistern können. Meinen verstorbenen Großeltern, Silvia und David Serbu sowie Melita und Josef Schneer Sinaburg, die immer an mich geglaubt haben und mich stets förderten, ist diese Arbeit gewidmet.

*Daniel Elias Serbu Mainz, November 2015*



## ■ 1. Teil: Einführung

### A. Themenaufritt

*»Jede Person hat ein Recht darauf, dass über Streitigkeiten [...] von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird.«<sup>1</sup>*

Allein das elementare Recht auf Streitlösung durch ein staatliches Gericht kann das reibungslose Funktionieren eines Staates garantieren. Dieser Grundsatz überdauerte Jahrhunderte und prägt die westlichen Gesellschaften bis heute. Dennoch gilt er mittlerweile nicht mehr uneingeschränkt.

Bereits vor mehreren hundert Jahren fand das richterliche Streitentscheidungsmonopol dort seine Grenze, wo kein Gericht seine Zuständigkeit beanspruchen konnte. Dies waren vor allem völkerrechtliche Streitigkeiten zwischen Staaten, da bei diesen eine übergeordnete Instanz in Form eines Gerichts nicht vorhanden war. Abgesehen von kriegerischen »*Lösungen*« von Konflikten waren Nationen in diesen Fällen in der Regel darauf angewiesen, Konflikte auf diplomatischem Wege zu lösen, wobei sie sich nicht selten der Hilfe neutraler Dritter bedienten.

Nach und nach etablierten sich jedoch andere Konfliktlösungsmechanismen abseits des Gerichts nicht nur dort, wo Konflikte der Gerichtszuständigkeit entzogen sind, sondern auch als echte Alternative zum streitigen Prozess. Der Ursprung dieser Entwicklung wird allgemein in den 1970er Jahren in den USA im Zuge der ADR-Bewegung [engl. Alternative Dispute Resolution = alternative Streitbeilegung] datiert.<sup>2</sup> Die alternative Streitbeilegung umfasst dabei sowohl alle außergerichtlichen als auch innerprozessualen Streitbeilegungsmethoden mit Ausnahme der Beilegung eines Streits durch Entscheidung eines Richters.<sup>3</sup> Eine dieser außergerichtlichen Konfliktlösungsmethoden ist die Mediation, deren Untersuchung sich diese Arbeit widmet.

Allgemein sollen durch die alternative Streitschlichtung neben Zeit- und Kostenersparnis vor allem flexiblere Lösungen von Rechtsstreitigkeiten gefunden werden. Ein so erzielter Konsens soll möglichst *alle* Beteiligten zufriedenstellen. Ein Wunsch, der in einem starren gerichtlichen Verfahren in dieser Form häufig nicht

<sup>1</sup> Auszug aus Art. 6 Abs. 1 EMRK.

<sup>2</sup> *Kreissl*, SchiedsVZ 2012, S. 230, 232; *Zilleßen*, in: Zilleßen, Mediation. Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik (1998), S. 39, 39 f.

<sup>3</sup> *Prütting*, JZ 2008, S. 847, 847.



erfüllbar ist.<sup>4</sup> Konkret handelt es sich bei der Mediation um ein Verfahren, bei dem ein neutraler Dritter (der Mediator) versucht, zwischen mehreren Konfliktparteien zu vermitteln.<sup>5</sup> Er tut dies, nicht indem er den Streit entscheidet, sondern indem er als Mittler versucht, die Parteien dazu zu bewegen, ihren Streit selbst inem für sie optimalen Ergebnis zuzuführen.

Zur Veranschaulichung der erhofften Vorteile der Mediation, sei an dieser Stelle ein vielzitiertes Beispiel vorangestellt, der sogenannte »Orangefall«:<sup>6</sup>

*Bei diesem Fall streiten sich zwei Schwestern um die Herausgabe einer Orange. Es scheint so, als könne letztlich nur eine gewinnen. Die Mutter teilt (wie wohl auch der Richter in einem gerichtlichen Verfahren) ganz salomonisch<sup>7</sup> die Orange in der Mitte und ein vermeintlich »gerechtes« Ergebnis wird erzielt. Damit sind jedoch beide Schwestern unzufrieden. Es stellt sich schließlich heraus, dass die eine Schwester lediglich Orangensaft herstellen und die andere einen Orangenkuchen backen will. Für den Saft benötigt man lediglich das Fruchtfleisch der Orange, während für den Kuchen die Orangenschalen ausreichen würden. Mithin wäre es – durch Nachfragen und Eingehen auf die unterschiedlichen Interessen der zwei Schwestern – möglich gewesen, beide sich scheinbar widerstreitenden Interessen zu 100% und nicht nur zu 50% zu entsprechen!*

Dies wäre geradezu der klassische Fall einer »Win-Win-Situation«. In der Praxis bedeutet dies, dass es im Sinne einer konsensualen Lösung anders als im gerichtlichen Verfahren nicht darum geht, in der Mediation die einzige vollkommene Wahrheit zu ergründen, sondern vielmehr soll eine »Koordination verschiedener Wahrheiten« ermöglicht werden.<sup>8</sup>

Mit einiger Verzögerung wurde die Mediation auch auf dem alten Kontinent stärker nachgefragt. Gerade Staaten, deren Gerichte (zu) stark belastet sind, hegten die Hoffnung, Streitigkeiten auf diesem Wege auszulagern und ihre Justiz zu entlasten.

Diesen Trend aufgreifend erließ der europäische Gesetzgeber die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation.<sup>9</sup> Im Zuge der Richtlinienumsetzung wurde in

4 Die geordneten Strukturen des gerichtlichen Verfahrens hervorhebend dagegen *Risse*, ZKM 2012, S. 75, 76.

5 Ausführlich zur Begriffsbestimmung im Rahmen der Definition der Mediation in der Mediations-RL, siehe 2. Teil, B, III.

6 Nachzulesen zum Beispiel bei *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, 23. Auflage (2009), S. 111.

7 Bibel, 1. Buch der Könige 3, 16-28.

8 *Duss-v. Werdt*, Einführung in die Mediation, S. 10.

9 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008, ABl. EU 2008, Nr. L 136, S. 3 ff. [im Folgenden: Mediations-RL].

Deutschland am 21. Juli 2012 das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung<sup>10</sup> erlassen. Manche argwöhnten schnell, dass die gesetzliche Einführung der Mediation am meisten den unterschiedlichen Ausbildungsanbietern nutze, statt zu einem Anstieg von Mediationsverfahren zu führen.<sup>11</sup> Andere dagegen sahen ein »Jahrhundertgesetz«<sup>12</sup> und erwarteten nicht weniger als eine »grundlegende Veränderung der Konfliktkultur«.<sup>13</sup> Nun, drei Jahre nach Einführung der gesetzlichen Grundlagen der Mediation in Deutschland, ist es Zeit für ein erstes Zwischenfazit. Es soll dabei geprüft werden, ob durch das MediationsG tatsächlich eine merkliche Entlastung der Gerichte, wie sie der Gesetzgeber erhoffte, eingetreten ist oder ob die Mediation auch weiterhin ein »Schattendasein«<sup>14</sup> in Deutschland führt. Hierzu sollen vor allem die erlassenen Vorschriften untersucht und gegebenenfalls Anregungen zur Verbesserung des *status quo* gegeben werden.

## B. Gang der Untersuchung

Die vorliegende Arbeit gliedert sich in vier Teile. Nach der Einführung soll in einem zweiten Schritt der europäische Hintergrund des deutschen Mediationsgesetzes in Form der Mediations-RL beleuchtet werden. Diese Richtlinie bietet den Ausgangspunkt der deutschen Gesetzgebung und ist daher elementar für das Verständnis des Umsetzungsgesetzes. Im dritten Teil soll die konkrete Umsetzung der Mediations-RL untersucht werden. Dabei werden die unterschiedlichen Regelungsmöglichkeiten und Alternativen aufgezeigt. Hierzu sollen rechtsvergleichend die Umsetzungen der Vertreter des angelsächsischen und romanischen Rechtskreises hinzugezogen werden. In diesem Abschnitt der Arbeit werden daher zunächst Untersuchungen der englischen und französischen Umsetzungsgesetze vorangestellt. Bei diesen handelt es sich um knappere Darstellungen der Mediationsvorschriften dieser Staaten, da eine umfassende Untersuchung den Rahmen der vorliegenden Arbeit gesprengt hätte. Hieran schließt sich die Analyse des deutschen Mediationsgesetzes und seiner Nebenbestimmungen an, die den Schwerpunkt der Untersuchung darstellt.

Die aus der Betrachtung der drei führenden europäischen Rechtskreise gewonnenen Erkenntnisse sollen in einem vierten Teil zusammengefasst und rechtsvergleichend gewürdigt werden. Hierbei soll vor allem analysiert werden, inwiefern die deutsche Umsetzung im Vergleich zu den anderen Mitgliedstaaten etwaige Schwä-

10 BGBl. 2012 I Nr. 35 vom 25. Juli 2012, S. 1577 ff. [im Folgenden: MediationsG].

11 Geyer-Hindemith, Neues Mediationsgesetz – ist Schlichten besser als Richten?, FAZ Online vom 31. 01. 2012; Notthoff, ZAP Fach 23, S. 951, 951.

12 Prantl, Abschied vom Kampf bis zur letzten Instanz, Süddeutsche Online vom 2. 7. 2012.

13 Leutheusser-Schnarrenberger, ZKM 2012, S. 72, 72.

14 Guckelberger, NVwZ 2011, S. 390, 391; Tochtermann, in: Hopt/Steffek, Mediation – Principles and Regulation in Comparative Perspective (2013), S. 521, 566.

chen aufweist und wie diese auf geeignete Weise behoben werden können. Dabei sollen auch konkrete Regelungsvorschläge zur Verbesserung der Mediation in Deutschland erarbeitet werden.

## ■ 2. Teil: Die Mediations-Richtlinie

### A. Entstehung der Richtlinie

Die Mediations-RL hat ein langwieriges Gesetzgebungsverfahren hinter sich:<sup>15</sup> Der erste Richtlinienvorschlag der Kommission zur Mediation in Zivil- und Handels-sachen geht bereits ins Jahr 2004 zurück.<sup>16</sup> Er stieß jedoch auf erhebliche Bedenken seitens der Mitgliedstaaten,<sup>17</sup> da er uneingeschränkt sowohl für grenzüberschreitende als auch für rein nationale Verfahren gelten sollte.<sup>18</sup> Es wurde bezweifelt, ob dies überhaupt mit den kompetenzrechtlichen Schranken der europäischen Verträge in Einklang gebracht werden konnte.<sup>19</sup> Da jedoch die Kommission zunächst nicht von ihrer Meinung abweichen und den Anwendungsbereich ebenso wenig einschränken wollte, gerieten die Verhandlungen zwischen Kommission und Rat in diesem Stadium in eine Sackgasse.<sup>20</sup> Verlagert wurde die Debatte im Jahre 2007 in das Europäische Parlament, welches sich mit dem Kommissionsvorschlag befasste und diesen – mit zahlreichen Änderungsvorschlägen – unterstützte.<sup>21</sup> Unter anderem sollte der Anwendungsbereich räumlich eingeschränkt werden.<sup>22</sup> Den Änderungsvorschlägen hat sich der Rat in einem gemeinsamen Standpunkt im Februar 2008 angeschlossen.<sup>23</sup> Die Kommission kritisierte zwar die Beschränkung des Anwendungsbereichs, schloss sich jedoch letztlich dem Änderungsvorschlag an.<sup>24</sup> Das Verfahren wurde daraufhin durch die Veröffentlichung der Mediations-RL am 24. Mai 2008 im Amtsblatt der Europäischen Union abgeschlossen.<sup>25</sup> Die Mediations-RL trat schließlich am 13. Juni 2008 in Kraft.<sup>26</sup>

15 Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 10, Rn. 138.

16 KOM (2004) 718 endg.

17 Hess, *Europäisches Zivilprozessrecht* (2010), § 10, Rn. 138.

18 KOM (2004), 718 endg., S. 4.

19 Ewert, *Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen* (2012), S. 47 ff.; Lahann, *ZeUS* 2008, S. 359, 367.

20 Ewert, *Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen* (2012), S. 52; vgl. auch Hess, in: Althammer/Eisele/Ittner/Löhnig, *Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation* (2013), S. 25, 31.

21 Ewert, *Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen* (2012), S. 54 f.

22 Parlamentsdokument A6-0074/2007, Änderungsantrag 4, Erwägung 7a.

23 ABl. EU 2008 C 122 E, S. 1 ff.

24 Ewert, *Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen* (2012), S. 58.

25 ABl. EU 2008 L 136/3.

26 Vgl. ausführlich zur geschichtlichen Entwicklung im Übrigen Ahrens, in: Ahrens/Lipp/Varga, *Europäisches Zivilprozessrecht – Einfluss auf Deutschland und Ungarn* (2011), S. 11, 14 ff.; Ewert, *Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen* (2012), S. 33–58; Lahann, *ZeUS* 2008, S. 359 ff.; Meyer-Cabri van Amelrode, in: Greger/Unberath, *Die Zukunft*

## B. Allgemeiner Teil

### I. Ziele der Mediations-RL

Das erklärte Ziel der Mediations-RL ist die Förderung eines reibungslosen Ablaufs des europäischen Binnenmarktes, ErwGr. 1 und 5. Das Funktionieren des Binnenmarktes hängt jedoch untrennbar damit zusammen, dass den Bürgern ein Zugang zum Recht garantiert wird (*access to justice*). Nur so kann gewährleistet werden, dass Konfliktsituationen hinreichend gelöst werden. Wäre dies nicht der Fall, so befände sich der Binnenmarkt praktisch in einem rechtsfreien Raum, der für die Beteiligten unabwägbare Risiken bedeuten würde. Nach der Konzeption des europäischen Gesetzgebers umfasst allerdings Zugang zur Justiz sowohl den Zugang zum Gericht als auch zum außergerichtlichen Rechtsschutz.<sup>27</sup> Vorliegend legt die Mediations-RL ihr Augenmerk auf Letzteren. Durch die Stärkung der alternativen, gütlichen Streitbeilegung soll ein »*ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren*« hergestellt werden, Art. 1 Abs. 1 Mediations-RL. Wesentlich ist hierfür vor allem, dass der Zugang zur außergerichtlichen Streitschlichtung erleichtert und dadurch gestärkt werde.<sup>28</sup> Dies dürfe aber wiederum nicht dazu führen, dass einem Rechtssuchenden im Umkehrschluss der Zugang zum Gerichtsverfahren versperrt werde, sondern letzten Endes werde durch die Schaffung zusätzlicher alternativer außergerichtlicher Verfahren insgesamt ein allgemein besserer Zugang zur Justiz ermöglicht, ErwGr. 2 und 3. Demnach soll hierdurch die Möglichkeit, einen Konflikt zu lösen, um die Alternative einer außergerichtlichen Klärung ergänzt werden.<sup>29</sup>

Die Anzahl außergerichtlicher Streitschlichtungsmethoden ist vielfältig. Genannt seien an dieser Stelle nur Schlichtungs- und Schiedsverfahren, die Mediation sowie weitere Ausprägungen unterschiedlichster Mischformen dieser Konfliktlösungsmodelle. Im Rahmen der Mediations-RL sollen allerdings nicht alle diese Modelle gefördert werden. Vielmehr liegt, nachdem sich das Schiedsverfahren als eine mögliche Variante der außergerichtlichen Streitbeilegung bereits weitestgehend durchgesetzt hat,<sup>30</sup> das Hauptaugenmerk auf der Mediation und damit auf einem weiteren wesentlichen Instrument der *ADR*. Die Begründung, welchen Mehrwert die Mediation nach Meinung der Richtliniengeber für den Bürger mit sich bringt, führt die Mediations-RL in ErwGr. 6 aus: Demnach spielen vor allem finanzielle und zeitliche Vorteile eine wesentliche Rolle, da die Mediation häufig in nur we-

der Mediation in Deutschland (2008), S. 39 ff.; *Nolan-Haley*, 37 N. C. J. Int'l L. & Com. Reg. (2012), S. 981, 989 ff.; *Sahrma*, in: Haft/v. Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage (2009), § 51, Rn. 1 ff.

<sup>27</sup> Vgl. *Hess*, Europäisches Zivilprozessrecht (2010), § 10, Rn. 137.

<sup>28</sup> *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, S. 2737.

<sup>29</sup> *Mayr*, in: König/Mayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II (2009), S. 137, 142.

<sup>30</sup> Vgl. zur Entwicklung des Schiedsverfahrens kritisch *Risse/Bach*, SchiedsVZ 2011, S. 14, 19.

nigen (nicht selten auch in einer einzigen) Sitzungen abgeschlossen werden kann und daher einen vergleichsweise geringen Aufwand erfordert.<sup>31</sup> Mithin stelle die Mediation gerade aus Effizienzgründen eine gute Alternative zu anderen Verfahren dar, ErwGr. 6. Auch erhoffte sich der Richtliniengeber, dass durch die Mediation gerade in Angelegenheiten, die einen bilateralen bzw. internationalen Bezug aufweisen, schneller aber dennoch rechtsverbindlich eine Lösung gefunden werde. Dies soll durch die Flexibilität des Verfahrens gewährleistet werden, die es den Parteien einer Mediation erlaubt, die für sie passende Lösung zu finden, während sich ein gerichtliches Verfahren viel stärker am kodifizierten Recht orientieren muss.<sup>32</sup> Damit dies jedoch nicht dazu führt, dass ein abgeschotteter, rechtsfreier Raum entsteht, der den angestrebten Zielen eines starken europäischen Binnenmarktes widerspricht, muss diese Flexibilität wiederum eingeschränkt werden. Diese Überlegungen bringt der europäische Gesetzgeber in ErwGr. 7 zum Ausdruck. Demnach müssen sich die Parteien, die sich für die Inanspruchnahme einer Mediation entscheiden, auf einen vorhersehbaren rechtlichen Rahmen verlassen können. Solche Rahmenregeln versucht die Mediations-RL aufzustellen. Dabei versteht sich die Mediations-RL als Mindestharmonisierung.<sup>33</sup> Dies ist zum einen der eingeschränkten Gesetzgebungskompetenz des Europäischen Gesetzgebers auf dem Gebiet der justiziellen Zusammenarbeit geschuldet.<sup>34</sup> Zum anderen sollte jedoch den Mitgliedstaaten die Möglichkeit gegeben werden, das Mediationsverfahren nach dem jeweiligen eigenen Verständnis auszugestalten. Trotz dieser grundsätzlichen Regelungsoffenheit zeigt sich an einigen Stellen der Mediations-RL, dass durchaus auch weitergehende Regelungen durch die Mitgliedstaaten nicht nur begrüßt werden, sondern sogar ausdrücklich erwünscht sind.<sup>35</sup>

**31** Zu den möglichen Vorteilen einer Mediation sowie zu den Risiken instruktiv *Monßen*, in: Schmidt/Lapp/Monßen, *Mediation in der Praxis des Anwalts*, München (2012), S. 35 ff.; *Topor*, 4 (2012) *Contemp. Redings L. & Soc. Just.*, S. 392, 396.

**32** Vgl. *Hirsch*, ZRP 2012, S. 189, 189.

**33** *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, S. 2737, 2743.

**34** *Ewert*, *Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen* (2012), S. 59.

**35** Siehe auch *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, S. 2737, 2738; *Hess*, in: *Althammer/Eisele/Ittner/Löhnig*, *Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation* (2013), S. 25, 32. Siehe auch exemplarisch nur ErwGr. 8. Hier wird zwar, festgestellt, dass die Mediations-RL nur für grenzüberschreitende Angelegenheiten gelte, aber gleichzeitig wird den Mitgliedstaaten freigestellt, die Bestimmungen auch auf staatsinterne Mediationsverfahren anzuwenden. Siehe hierzu auch 2. Teil, B, II, 2.

## II. Anwendungsbereich

### 1. Adressaten der Richtlinie

Ermächtigungsgrundlage der Mediations-RL waren im Zeitpunkt des Richtlinien-erlasses<sup>36</sup> die Artt. 65, 61 EGV.<sup>37</sup> Daher ist auch die Sonderregelung in Art. 69 EGV zu beachten. Diese Vorschrift verweist auf die besonderen Positionen des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks, die sich vorbehalten haben, darüber zu entscheiden, ob sie sämtlichen Rechtsakten der Europäischen Union beitreten. Dies ergibt sich für Großbritannien und Irland aus Art. 3 des Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands.<sup>38</sup> Entsprechendes gilt für Dänemark gemäß Art. 2 des Protokolls über die Position Dänemarks.<sup>39</sup> Während Großbritannien und Irland gemäß Art. 4 des Protokolls über ihre Positionen mitgeteilt haben, dass sie sich der Anwendung der Richtlinie freiwillig anschließen möchten, ErwGr. 29, hat sich Dänemark gegen eine Beteiligung an der Mediations-RL entschieden, ErwGr. 30, da die Mediation in seinem Staatsgebiet bereits vor Richtlinienerlass gesetzlich verankert wurde.<sup>40</sup> Mithin gilt die Mediations-RL räumlich für sämtliche Mitgliedstaaten mit Ausnahme von Dänemark, Art. 14 i. V. m. Art. 1 Abs. 3 Mediations-RL. Dementsprechend bezeichnet im Folgenden der Begriff des »Mitgliedstaates« stets alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union mit Ausnahme von Dänemark.

**36** Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Mai 2008, ABl. EU Nr. C 115, S. 47, zuletzt geändert durch Art. 2 ÄndBeschl. 2012/419/EU vom 11. Juli 2012, ABl. EU Nr. L 204 S. 131, [im Folgenden: AEUV], trat erst am 01.12.2009 und mithin nach Erlass der Mediations-RL in Kraft, vgl. *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), AEUV Art. 357 (ex-Art. 313 EGV), Rn. 4. Daher sollen im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlage zunächst die zum Zeitpunkt des Richtlinienerlasses maßgeblichen Vorschriften des EGV im Blickfeld bleiben. Die inhaltlich abgewandelten Nachfolgeregelungen der Artt. 81, 67 AEUV werden gesondert in 2. Teil, B, II, 2, b), bb) erläutert.

**37** Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft in der Fassung vom 02.10.1997, zuletzt geändert durch den Vertrag über den Beitritt der Republik Bulgarien und Rumäniens zur Europäischen Union vom 25. April 2005, ABl. EG Nr. L 157/11. Zu den kompetenzrechtlichen Fragen siehe genauer 2. Teil, B, II, 2, b, aa).

**38** Protokoll (Nr. 4) zum Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands vom 10. November 1997, ABl. EU C 340, S. 99 ff.

**39** Protokoll (Nr. 5) zum Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften über die Position Dänemarks vom 10. November 1997, ABl. EU Nr. C 340, S. 101 ff.

**40** Vgl. *Adrian*, in: *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution* (2013), S. 115, 117 f.; *Rüssel*, *SchiedsVZ* 2006, S. 276, 277.

## 2. Räumlicher Anwendungsbereich

### a) Grenzüberschreitende Streitigkeiten

Grundsätzlich gilt die Mediations-RL lediglich für solche Angelegenheiten, die einen *grenzüberschreitenden* Bezug (*»cross-border disputes«*)<sup>41</sup> aufweisen, Art. 1 Abs. 2 Mediations-RL. In ihrem ursprünglichen Entwurf zur Mediations-RL sah die Europäische Kommission eine solche Beschränkung noch nicht vor. Vielmehr sollte die Mediations-RL auch rein innerstaatliche Verfahren erfassen. Da jedoch der Rat und das Europäische Parlament kompetenzrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Ermächtigungsgrundlagen für die justizielle Zusammenarbeit in Art. 65 i. V. m. 61 lit. c EGV hatten und sich letztlich mit ihrer Rechtsansicht durchsetzten, werden nunmehr nur grenzüberschreitende Streitigkeiten vom Anwendungsbereich der Mediations-RL erfasst.<sup>42</sup> Dennoch bezeichnete die am Gesetzgebungsverfahren beteiligte ehemalige Vizepräsidentin des Europäischen Parlaments *Diana Wallis* rückblickend die Beschränkung des Anwendungsbereiches der Richtlinie als *»größten Fehler«* des Verfahrens.<sup>43</sup> Hierdurch sei es nicht möglich gewesen, die Etablierung der Mediation insgesamt hinreichend zu fördern. Dass der Gesetzgeber den räumlichen Anwendungsbereich der Richtlinie gerne weiter ausgedehnt hätte, deuten die Erwägungsgründe der Mediations-RL an. Danach ist es den Mitgliedstaaten – trotz der erwähnten Beschränkung der Richtlinie – ausdrücklich freigestellt, die Bestimmungen der Mediations-RL auch auf staatsinterne Mediationsverfahren anzuwenden, ErwGr. 8. Der Mindestrahmen ist jedoch die Etablierung der Mediation für grenzüberschreitende Streitigkeiten.

Dabei ist der grenzüberschreitende Charakter einer Streitigkeit immer dann anzunehmen, wenn die Parteien ihre (Wohn-)Sitze bzw. gewöhnlichen Aufenthalte in unterschiedlichen Mitgliedstaaten haben, Art. 2 Mediations-RL. Der (Wohn-)Sitz bzw. der gewöhnliche Aufenthalt bestimmt sich dabei gemäß Art. 2 Abs. 3 Mediations-RL nach den Artt. 62 und 63 EuGVVO (ex-Artt. 59 und 60 EuGVVO).<sup>44</sup> Auf die Staatsangehörigkeit der Parteien kommt es dagegen nicht an.<sup>45</sup>

41 Englische Fassung von Art. 2 Mediations-RL.

42 S. o. zur Entstehung der Mediations-RL 2. Teil, A.

43 So *Wallis* auf der Tagung *»Encouraging Cross-Border Mediation, ADR & ODR«* in Trier vom 25. und 26. April 2013, vgl. hierzu *Pelzer*, *SchiedsVZ* 2013, S. 283, 284 sowie *Serbu*, *ZEuP* 2014, S. 200, 203.

44 Die Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Zivil- und Handelssachen, ABL. EU 2001 Nr. L 12, S. 1 ff. wurde ersetzt durch die Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Neufassung), ABL. EU 2012 Nr. L 351, S. 1 ff. vom 20. Dezember 2012, S. 1 ff., geändert durch VO (EU) Nr. 542/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 15. Mai 2014, ABL. Nr. L 163 S. 1 ff., nachfolgend EuGVVO.

45 Siehe auch *Gottwald*, in: *MüKo-ZPO*, 4. Auflage (2013), Art. 59 EuGVVO, Rn. 1.



Sind mehr als zwei Parteien an einer Streitigkeit beteiligt, so genügt es, wenn zumindest eine ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat als die anderen.<sup>46</sup> Nicht erforderlich ist dagegen, dass sämtliche Parteien in verschiedenen Mitgliedstaaten ihre Wohnsitze bzw. gewöhnlichen Aufenthalte haben. Dies ist nachvollziehbar, denn nicht selten werden in Streitigkeiten, die über die Landesgrenzen hinausgehen, mehr als zwei (Vertrags-)Parteien an einem Verhandlungstisch sitzen. Würde man auch diese Verfahren vom Anwendungsbereich der Mediation ausnehmen, so würde die Mediation-RL unnötigerweise im erheblichen Umfang weiter eingeschränkt. Zumal die Internationalität des Verfahrens nicht dadurch gemindert wird, dass neben zwei Parteien, die in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ansässig sind, noch eine weitere Partei involviert ist, die ebenfalls in einem der Mitgliedstaaten einer der anderen Parteien ihren Sitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Umstritten ist dagegen die Frage, ob eine grenzüberschreitende Streitigkeit dann aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie fällt, wenn (zumindest) eine weitere Partei an den Verhandlungen teilnimmt, die ihren Sitz in einem Drittstaat, d. h. außerhalb der EU, hat.<sup>47</sup> Der Richtlinienentwurf nimmt zu diesem Fall nicht explizit Stellung.<sup>48</sup> Demnach muss das Ergebnis durch Auslegung ermittelt werden. Dabei werden Befürchtungen geäußert, dass eine Ausweitung des Anwendungsbereichs insbesondere Schwierigkeiten mit völkerrechtlichen Übereinkommen bedeuten könnte, da möglicherweise die Souveränität von anderen Staaten eingeschränkt werde.<sup>49</sup> Entscheidend bietet sich allerdings vor allem eine rechtsvergleichende Betrachtung der *Owusu*-Entscheidung des *EuGH* an.<sup>50</sup> In dieser Entscheidung ging es um die Frage, ob für die allgemeine Zuständigkeitsregel im Rahmen der Brüssel I-VO ein Rechtsverhältnis mit Bezug zu mehreren Vertragsstaaten erforderlich ist, obwohl der Wortlaut allein auf den Wohnsitz des Beklagten abstellt. In diesem Fall hat der *EuGH* entschieden, dass im Rahmen der Brüssel I-VO ein einfacher Binnenmarktbezug ausreiche.<sup>51</sup> Dabei setzte sich der *EuGH* auch mit dem Argument auseinander, dass durch die Europäische Union anderen Drittstaaten keine Verpflichtungen aufgebürdet werden könnten, wenn diese nicht zugestimmt hätten. Hierzu stellte der *EuGH* letztlich überzeugend fest, dass einem Drittstaat gerade keinerlei Verpflichtungen aufgebürdet werden, wenn ein Gericht eines Mitglied-

46 *Ewert*, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 102 ff.

47 Dafür *Ewert*, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 102 ff.; dagegen *Henke*, Confidentiality in the Model Law and the European Mediation Directive (2011), S. 23 f.; *R. Wagner*, *RabelsZ* 73 (2009), S. 215, 229.

48 Vgl. hierzu jedoch die Ausführungen zur französischen und englischen Fassung bei *Ewert*, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 102.

49 *Ewert*, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 102.

50 *EuGH*, Urt. v. 01.03.2005 – C-281, *EuZW* 2005, 345.

51 *EuGH*, Urt. v. 01.03.2005 – C-281, *EuZW* 2005, 345, 347 ff.

staates für zuständig erklärt wird.<sup>52</sup> Darüber hinaus führte der *EuGH* aus, dass die Vereinheitlichungsmaßnahme zur Stärkung des Binnenmarktes gerade darauf abziele, möglichst viele Unterschiede, die sich aus den einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ergeben, zu beseitigen.<sup>53</sup>

Diese Rechtsgedanken können auf den vorliegenden Fall übertragen werden.<sup>54</sup> Auch in Bezug auf die Mediations-RL ist es das Anliegen des europäischen Gesetzgebers, diese möglichst weit verstanden zu wissen, um das Funktionieren des Binnenmarktes zu sichern. Es ist mithin auch nicht zu befürchten, dass hierdurch in die Souveränität anderer Staaten eingegriffen wird, da diesen gerade keine zusätzlichen Verpflichtungen auferlegt werden. Vielmehr geht es letztlich darum, dass deren Staatsbürger bei der Teilnahme einer nach der Mediations-RL grenzüberschreitenden Mediation in den Genuss der Vorschriften der Mediations-RL kommen. Nachteile ergeben sich für sie dagegen nicht. Dies deckt sich auch mit dem Auslegungsgrundsatz des *EuGH* im Sinne des *effet utile*. Danach ist eine Norm grundsätzlich so auszulegen, dass das Normziel am besten und einfachsten erreicht werden kann.<sup>55</sup> Das heißt für den konkreten Fall, dass die Auslegung des Anwendungsbereichs möglichst weit vorgenommen werden sollte. Folglich ändert auch die Beteiligung einer Partei aus einem Drittstaat an der Streitigkeit nichts an der Anwendbarkeit der Richtlinie. Würde man diese Frage anders beantworten, so würde man das kuriose Ergebnis erhalten, dass ein Konflikt, bei dem zunächst zwei Parteien aus Mitgliedstaaten miteinander streiten und erst im Verlauf des Verfahrens eine dritte Partei aus einem Drittstaat hinzustößt, zunächst in den Anwendungsbereich fallen, aber letztlich nicht in diesem verbleiben könnte. Dies kann der europäische Gesetzgeber nicht gewollt haben.

#### aa) *Natürliche Personen*

Nach dem Verweis in Art. 2 Abs. 3 Mediations-RL soll es für die Frage, ob eine natürliche Person ihren Wohnsitz<sup>56</sup> in einem Mitgliedstaat hat, maßgeblich auf die Bewertung gemäß Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) ankommen.

Dies bedarf einer weiteren Erläuterung, denn die unmittelbare Anwendung des Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) ist für die Mediations-RL nicht geeignet, da Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) für die Bestimmung des Wohnsitzes keine einheitliche Legaldefinition enthält. Nach allgemeiner Ansicht ist der Wohnsitz gemäß Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) kollisionsrechtlich stets nach der *lex*

<sup>52</sup> *EuGH*, Urt. v. 01.03.2005 – C-281, EuZW 2005, 345, 347.

<sup>53</sup> *EuGH*, Urt. v. 01.03.2005 – C-281, EuZW 2005, 345, 347.

<sup>54</sup> A. A. Ewert, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S.102 ff.

<sup>55</sup> Potacs, EuR 2009, S. 465, 466 f.

<sup>56</sup> Anders als *Sujecki* in EuZW 2010, S. 7, 8 behauptet, handelt es sich eben nicht um den »gewöhnlichen Aufenthalt« sondern um den »Wohnsitz«.

*fori* zu ermitteln.<sup>57</sup> Bei der *lex fori-Maxime* wird auf das Recht des angerufenen Gerichts abgestellt.<sup>58</sup> Versucht man nun, diese Grundsätze auf die Einordnung eines Mediationsverfahrens vorzunehmen, so muss man erkennen, dass die Teilnahme eines Gerichts für das Verfahren keine zwingende Voraussetzung ist. Allenfalls kann eine solche bei einer Mediation, die nach Aufnahme eines Gerichtsverfahrens eingeleitet wurde, festgestellt werden. Der Verweis auf Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) kann letztlich nur so verstanden werden, dass sich der Wohnsitz nach dem Recht des Mitgliedstaates bestimmt, in dem die Mediationsverhandlungen stattfinden. Schwierigkeiten ergeben sich hierbei, wenn die Mediationsverhandlungen in unterschiedlichen Mitgliedstaaten erfolgen. Dies könnte dazu führen, dass die Prüfung durch verschiedene Mitgliedstaaten zur Annahme unterschiedlicher Wohnsitze führen könnte, so dass ein unnötiges »forum shopping« ermöglicht wird.<sup>59</sup> Auch wenn sich diese Fälle dadurch auflösen lassen, dass dann in der Regel eine grenzüberschreitende Streitigkeit angenommen werden kann, lässt sich dennoch feststellen, dass der Verweis auf Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) gewisse vermeidbare Schwierigkeiten in sich birgt.<sup>60</sup> Daher wäre es empfehlenswert gewesen, eine spezielle europäisch-autonome Anknüpfung zu wählen.

#### *bb) Juristische Personen*

Anders als Art. 2 Abs. 3 Mediations-RL i. V. m. Art. 62 EuGVVO (ex-Art. 59 EuGVVO) bei natürlichen Personen, vermeidet der Verweis bei juristischen Personen auf Art. 63 EuGVVO (ex-Art. 60 EuGVVO) entsprechende Schwierigkeiten. Nach dieser Vorschrift bestimmt sich der Sitz alternativ anhand der Satzung, der Hauptverwaltung oder der Hauptniederlassung. Diese Zuständigkeitsmerkmale stehen gleichrangig nebeneinander.<sup>61</sup> Fallen diese Orte auseinander und befinden sie sich in verschiedenen Mitgliedstaaten, so hat die juristische Person mehrere Sitze.<sup>62</sup>

Folglich könnte eine Streitigkeit zwischen zwei in Deutschland ansässigen juristischen Personen als grenzüberschreitend angesehen werden, sofern eine der Parteien ihre Hauptverwaltung bzw. ihre Hauptniederlassung in einem anderen Mitgliedstaat hat. Schwierigkeiten könnten allerdings bei Umzügen bzw. Sitzwechseln innerhalb der EU entstehen, die aufgrund der Niederlassungsfreiheit der

<sup>57</sup> *Gottwald*, in: MüKo-ZPO, 4. Auflage (2013), Art. 59 EuGVO, Rn. 5; *Lackmann*, in: Musielak/Voit, ZPO, 12. Auflage (2015), VO (EG) 44/2001, Art. 59, Rn. 1; kritisch hierzu *Hess*, FS Lindacher (2007), S. 53, 56 ff.

<sup>58</sup> *Lorenz*, in: BeckOK-BGB, Einl. IPR, 36. Edition (2015), Rn. 51.

<sup>59</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage (2014), Rn. 275.

<sup>60</sup> *Schack* empfiehlt statt auf den Wohnsitz besser auf den gewöhnlichen Aufenthalt abzustellen, da dieser leichter feststellbar ist. *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage (2014), Rn. 275.

<sup>61</sup> *Schack*, Internationales Zivilverfahrensrecht, 6. Auflage (2014), Rn. 283.

<sup>62</sup> *Gottwald*, in: MüKo-ZPO, 4. Auflage (2013), Art. 60 EuGVO, Rn. 11; kritisch hierzu *Hess*, FS Lindacher (2007), S. 53, 60 ff.

Artt. 49 und 54 AEUV (Ex-Artt. 43 und 48 EGV) grundsätzlich zu gewähren sind.<sup>63</sup> Insofern könnte sich ein grenzüberschreitender Sachverhalt durch den Umzug zu einer rein innerstaatlichen Angelegenheit entwickeln und umgekehrt. Dieses scheinbare Problem lässt sich allerdings über eine konsequente Anwendung der Regelungen über den für den Anknüpfungspunkt in Art. 2 Mediations-RL maßgeblichen Zeitpunkt lösen. Maßgeblich ist danach allein der Zeitpunkt der Einleitung der Mediation (vgl. Näheres unten cc)). Ein im Nachgang erfolgter Sitzwechsel hat somit keine Folgen für die Frage, ob es sich um eine grenzüberschreitende Streitigkeit im Sinne der Mediations-RL handelt.

Da in Großbritannien, Zypern und in Irland die Rechtsfigur des Gesellschaftssitzes fremd ist, wurde für diese Staaten eine Sonderregelung in Art. 63 Abs. 2 EuGVVO (ex-Art. 60 EuGVVO) statuiert.<sup>64</sup> Demnach ist für diese das »*registered office*« und wenn ein solches nicht besteht der »*place of incorporation*« oder die »*formation*« für die Bestimmung des satzungsmäßigen Sitzes maßgebend.

#### cc) Maßgeblicher Zeitpunkt

Maßgebend für die Betrachtung der unterschiedlichen Wohnsitz bzw. Aufenthaltsorte ist stets der Zeitpunkt, in dem die Mediation von einem Gericht angeordnet, durch Gesetz vorgesehen oder aber von den Parteien vereinbart wird, Art. 2 Abs. 1 Mediations-RL.

Vereinbaren die Parteien bereits zu Beginn ihrer Vertragsbeziehungen eine *Mediationsklausel*, so ist fraglich auf welchen Zeitpunkt abzustellen ist. Mit einer Mediationsklausel verpflichten sich die Parteien in der Regel bereits bei Vertragschluss, dass sie etwaige, später eintretende Konflikte zunächst mittels Mediation lösen wollen, bevor ein Gericht angerufen wird.<sup>65</sup> In diesen Fällen wird zwischen der Vereinbarung der Klausel und der tatsächlichen Herbeiführung der Mediation – gerade bei Dauerschuldverhältnissen sowie andauernden Vertragsbeziehungen – nicht selten ein erheblicher Zeitraum vergangen sein. Es stellt sich mithin die Frage, ob insoweit im Sinne des Art. 2 Abs. 1 Mediations-RL erst auf die tatsächliche Einleitung der Mediation oder aber bereits auf die Mediationsvereinbarung selbst abzustellen ist. Dies ist in den Fällen nicht unerheblich, in denen in der Zwischenzeit eine der Parteien ihren Sitz in den Mitgliedstaat ihres Vertragspartners verlegt hat.

Zwar erscheint insoweit auf den ersten Blick der Wortlaut des Art. 2 Abs. 1 lit. a Mediations-RL eindeutig. Demnach ist abzustellen auf den Zeitpunkt,

<sup>63</sup> Zur kontroversen EuGH-Rechtsprechung im Bereich von sogenannten Weg- und Zuzugsfällen instruktiv *Légrádi*, Grenzüberschreitende Sitzverlegung von Gesellschaften im Lichte des *Cartesio* – Urteils, in: Ahrens/Lipp/Varga, Europäisches Zivilprozessrecht – Einfluss auf Deutschland und Ungarn (2011), S. 139, 145 ff.

<sup>64</sup> *Dörner*, in: Saenger, ZPO, 6. Auflage (2015), EuGVVO, Art. 63, Rn. 4.

<sup>65</sup> *Unberath*, NJW 2011, S. 1320, 1321; *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), § 3, Rn. 3.

»[...] zu dem die Parteien vereinbaren, die Mediation zu nutzen, nachdem die Streitigkeit entstanden ist«.

Mithin könnte dem grundsätzlich entnommen werden, dass es auf die Vereinbarung ankommt, die *nach* Entstehung des Streits getroffen wurde. Dies scheint zudem durch einen Vergleich mit der kompetenzrechtlichen Ermächtigung in Artt. 65, 61 lit. c EGV bestätigt zu werden. Art. 65 EGV erfasst die justizielle Zusammenarbeit bei Angelegenheiten mit einem »*grenzüberschreitenden Bezug*«. Ein solcher ist aber grundsätzlich bereits dann schon gegeben, wenn es sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses um eine grenzüberschreitende *Angelegenheit* handelte, unabhängig davon, ob auch bei Einleitung des Mediationsverfahrens beide Parteien ihren Sitz noch im selben Mitgliedstaat haben. In der Mediations-RL dagegen wurde aber der Begriff des *grenzüberschreitenden Bezuges* durch den der *grenzüberschreitenden Streitigkeit* ersetzt, so dass es im Umkehrschluss gerade auf den Zeitpunkt anzukommen scheint, in dem die Parteien streiten. Dies kann aber nicht bereits bei Vereinbarung einer Mediationsklausel angenommen werden, da hier die Streitigkeit noch nicht bekannt ist.

Ein solches Ergebnis überzeugt indes nicht. Würde man tatsächlich lediglich auf den Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Mediation abstellen, würde dies zu dem befremdlichen Ergebnis führen, dass die Parteien, die sich bereits von Anfang an im Klaren waren, dass sie eine Mediation im Sinne der Richtlinie durchführen wollen, dies nicht könnten, während solche, die sich hierüber zunächst keinerlei Gedanken gemacht haben, unter den Anwendungsbereich der Richtlinie fielen.

Bei näherer Betrachtung zeichnet sich mithin ab, dass dieses Ergebnis vom europäischen Gesetzgeber so nicht gewollt sein kann. Vielmehr ist diese Vorschrift im Lichte von ErwGr. 15 zu lesen. In diesem wird erläutert, dass die Parteien in dem Moment der Inanspruchnahme der Mediation zustimmen, in dem sie die Mediation einleiten – sofern sie zuvor keine hierzu (abweichende) Vereinbarung getroffen haben.

Folglich kann die Norm nur so verstanden werden, dass die betreffenden Zeitpunkte des Art. 2 Mediations-RL nur dann eingreifen, wenn die Parteien keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben. Mithin ist die im Vorhinein getroffene Mediationsklausel als Vereinbarung im Sinne des Art. 2 Mediations-RL zu verstehen. Nur so kommt die Privatautonomie der Parteien hinreichend zur Geltung. Zudem wird auch die Rechtssicherheit gestärkt, da sich die Parteien frühzeitig darauf einstellen können, ob die Mediation unter den Regelungskatalog der Mediations-RL bzw. der Umsetzungsgesetze fällt. Dies wiederum führt zur Stärkung des Vertrauens in die Mediation.

Dem widerspricht auch nicht die Tatsache, dass die Anwendbarkeit der Richtlinie für vorvertragliche Verhandlungen ausgeschlossen sein soll (vgl. ErwGr. 11), da es sich hierbei um zwei wesensverschiedene Anknüpfungspunkte handelt: Auf der

einen Seite geht es um die Vereinbarung, die Mediation für einen etwaigen später entstehenden Streit durchzuführen, und auf der anderen Seite um einen Streit über vorvertragliche Angelegenheiten.

Somit lässt sich festhalten, dass es zwar regelmäßig auf den Zeitpunkt ankommt, zu dem die Parteien sich zur Durchführung der Mediation entschließen, jedoch gilt dies nur dann, wenn sie keine hiervon abweichende Vereinbarung getroffen haben, zum Beispiel durch Aufnahme einer Mediationsklausel bereits bei Vertragschluss. Dieses Ergebnis wird auch durch einen systematischen Vergleich mit Art. 2 Abs. 2 Mediations-RL gestützt, da auch nach dieser Vorschrift eine grenzüberschreitende Streitigkeit selbst dann vorliegen kann, wenn die Parteien während des Verfahrens innerhalb desselben Mitgliedstaates ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hatten.<sup>66</sup>

*dd) Nachfolgendes Gerichts- oder Schiedsverfahren*

Der Begriff der grenzüberschreitenden Streitigkeit wird in Art. 2 Abs. 2 Mediations-RL erweitert. Um jedoch die Regelung des Art. 2 Abs. 2 Mediations-RL näher erläutern zu können, sei bereits an dieser Stelle kurz auf Art. 7 und Art. 8 Mediations-RL eingegangen: In Art. 7 Mediations-RL wird die besondere Vertraulichkeit der Mediationsverhandlungen hervorgehoben und dadurch gestärkt, dass dem Mediator (und allen anderen in die Durchführung des Verfahrens eingebundenen Hilfspersonen) in einem nachfolgenden Gerichtsverfahren ein Aussageverweigerungsrecht zusteht.<sup>67</sup> In Art. 8 Mediations-RL wird darüber hinaus sichergestellt, dass während des Mediationsverfahrens die Wirkung der Verjährung gehemmt wird und dass es den Parteien bei Scheitern der Verhandlungen möglich bleibt, ein nachfolgendes Gerichtsverfahren einzuleiten.<sup>68</sup>

Im Hinblick auf diese Regelungen in den Artt. 7 und 8 Mediations-RL ist nach Art. 2 Abs. 2 Mediations-RL auch dann eine grenzüberschreitende Streitigkeit anzunehmen, wenn nach einer Mediation zwischen den Parteien ein Gerichts- oder Schiedsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat eingeleitet wird, als dort, wo die Parteien zu dem in Art. 2 Abs. 1 genannten Zeitpunkt, also bei Einleitung der Mediation,<sup>69</sup> ihren Sitz hatten.

Diese Erweiterung des Anwendungsbereichs soll sicherstellen, dass sowohl die verjährungshemmende Wirkung des Mediationsverfahrens einerseits als auch die Vertraulichkeit des Verfahrens andererseits gestärkt werden. Mithin sind im Rahmen dieser Regelung lediglich Folgerechtssachen staateninterner Mediationsver-

<sup>66</sup> Hierzu sogleich im folgenden Abschnitt.

<sup>67</sup> Siehe hierzu ausführlich in 2. Teil, C, IV.

<sup>68</sup> Siehe hierzu ausführlich in 2. Teil, C, V.

<sup>69</sup> Siehe oben in 2. Teil, B, II, 2, dd).

fahren betroffen, da im Übrigen die grenzüberschreitende Mediation bereits von Abs. 1 erfasst ist.<sup>70</sup>

Dies wird auch durch die Formulierung des Abs. 2 ersichtlich, da es sich um einen anderen als den Mitgliedstaat handelt,

»in dem die Parteien [...] ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt hatten.«

Es wird mithin deutlich, dass die beteiligten Parteien im Zeitpunkt der Mediation alle im selben Mitgliedstaat ihren Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt hatten. Ist dies nicht der Fall, ist bereits Abs. 1 einschlägig.

Irrelevant ist dagegen der Ort der Mediation selbst, so dass diese grundsätzlich auch außerhalb der EU stattgefunden haben könnte.<sup>71</sup> Dies kann bereits daraus gefolgert werden, dass Abs. 2 ohnehin nur für Folgerechtssachen und nicht für das Mediationsverfahren selbst gilt. Da diese stets in einem Mitgliedstaat verhandelt werden, wäre eine Differenzierung des Mediationsortes zwischen Mitglieds- und Drittstaat untunlich.<sup>72</sup>

Das Gegenteil lässt sich auch nicht aus dem Territorialprinzip folgern, welches bestimmt, dass sich der räumliche Geltungsbereich von Regelungen der EU innerhalb der mitgliedstaatlichen Hoheitsgebiete (mit Ausnahme von Dänemark)<sup>73</sup> befinde.<sup>74</sup> Auch in diesem Fall kann vergleichend die *Owusu-Entscheidung* des *EuGH* herangezogen werden.<sup>75</sup> Es ist davon auszugehen, dass die Mediations-RL zur Erreichung ihres Zieles – Stärkung des Binnenmarktes – einen möglichst großen Anwendungsbereich anstrebt, weshalb von Art 2 Abs. 2 auch solche Mediationen erfasst werden, die außerhalb der EU stattgefunden haben. Darüber hinaus wäre es auch nicht gerechtfertigt, wenn zwei Verfahren mit identischen Streitbeteiligten unterschiedlich behandelt würden, sofern die Mediation in einem anderen (Nicht-) Mitgliedstaat durchgeführt wurde. Mithin bleibt festzuhalten, dass es für Art. 2 Abs. 2 Mediations-RL lediglich darauf ankommt, dass das nachfolgende Gerichtsverfahren in einem anderen Mitgliedstaat stattfindet, als in dem Staat, in dem die Parteien während der Mediation ihren Sitz hatten. Ebenso wenig von Belang ist

<sup>70</sup> Ewert, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 104 f.

<sup>71</sup> Vgl. hierzu Ewert, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 104 f.; wohl auch Blanke, 74 (2008) Arbitration, S. 441, 442, der »beispielhaft« davon ausgeht, dass die Verhandlungen in einem anderen Mitgliedstaat stattgefunden haben, so dass im Umkehrschluss gefolgert werden kann, dass sie auch außerhalb der EU durchgeführt worden sind.

<sup>72</sup> Vgl. hierzu Ewert, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 104 f.

<sup>73</sup> Siehe 2. Teil, B, II, 1.

<sup>74</sup> Vgl. Schmalenbach, Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Auflage (2011), EUV Art. 52 (ex-Art. 299 Abs. 1 EGv), Rn. 3.

<sup>75</sup> *EuGH*, Urt. v. 01.03.2005 – C-281/02, *EuZW* 2005, 345 ff. – »*Owusu*«; siehe auch bereits 2. Teil, B, II, 2, a).

die Frage, in welchem Mitgliedstaat die Parteien ihren Sitz während des gerichtlichen Verfahrens haben. Es kommt lediglich darauf an, dass das gerichtliche Verfahren an einem anderen Ort stattfindet als demjenigen, wo die Parteien während der Mediation ihren Sitz hatten.

## b) Staateninterne Streitigkeiten

### aa) Kompetenzrechtliche Problematik

Es wurde bereits dargelegt, dass die Richtlinie ausschließlich für grenzüberschreitende Streitigkeiten Anwendung findet. Demgegenüber sollten nach dem ursprünglichen Vorschlag der Europäischen Kommission sowohl grenzüberschreitende als auch rein staateninterne Mediationen erfasst werden.<sup>76</sup> Hierdurch sollte die Mediation umfassend etabliert werden. Das Hauptargument gegen die Ausweitung der Richtlinie auf rein nationale Verfahren wird in der Ermächtigungsgrundlage der Artt. 65, 61 EGV gesehen. Demnach sei ein weitergehender räumlicher Anwendungsbereich ausgeschlossen.<sup>77</sup> Darüber hinaus wurde befürchtet, dass die Ausweitung auf staateninterne Verfahren zu einer erheblichen Verteuerung der Implementierung führen würde. Dies zeigt, dass auch rechtspolitische Erwägungen eine erhebliche Rolle gespielt haben dürften.<sup>78</sup> Die Kommission ist dagegen der Auffassung gewesen, die Artt. 65, 61 EGV<sup>79</sup> würden es nicht verbieten,

<sup>76</sup> KOM (2004) 718 endg., S. 10.

<sup>77</sup> Eidenmüller, SchiedsVZ 2005, 124, 125 f.; Eidenmüller/Prause, NJW 2008, S. 2737, 2738; Meyer-Cabri van Amelrode, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland (2008), S. 39, 47; Sujecki, EuZW 2010, S. 7.

<sup>78</sup> Meyer-Cabri van Amelrode, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland (2008), S. 39, 46.

### **79 Artikel 61 EGV (Auszug)**

*»Zum schrittweisen Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erläßt der Rat  
[...]*

### *c) Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen nach Artikel 65«.*

#### **Artikel 65 EGV**

*»Die Maßnahmen im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen mit grenzüberschreitenden Bezügen, die, soweit sie für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes erforderlich sind, nach Artikel 67 zu treffen sind, schließen ein:*

#### *a) Verbesserung und Vereinfachung*

- des Systems für die grenzüberschreitende Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke;*
- der Zusammenarbeit bei der Erhebung von Beweismitteln;*
- der Anerkennung und Vollstreckung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen;*

#### *b) Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden Kollisionsnormen und Vorschriften zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten*

*c) Beseitigung der Hindernisse für eine reibungslose Abwicklung von Zivilverfahren, erforderlichenfalls durch Förderung der Vereinbarkeit der in den Mitgliedstaaten geltenden zivilrechtlichen Verfahrensvorschriften«.*



Regelungen auch für rein nationale Fälle zu treffen. Vor allem mite es in gewisser Weise willkürlich an, wenn Fälle in nationale und internationale unterschieden werden, wo doch jeder Bürger der EU seine Grundfreiheiten dazu nutzen könnte, einen rein nationalen Fall zu einem internationalen zu machen und umgekehrt. Zudem erschwere ein unterschiedliches Verständnis von grenzüberschreitender und staateninterner Mediation allgemein deren Integration.<sup>80</sup>

Zur Beantwortung der Frage, ob es richtig gewesen ist, den Anwendungsbereich in dieser Art einzuschränken, müssen die Regelungen der Artt. 61, 65 EGV ausgelegt werden. Bei Art. 65 EGV ist dabei festzustellen, dass demnach nur solche Maßnahmen getroffen werden können, die für Zivilsachen mit *grenzüberschreitenden Bezügen* gelten. Würde man nun aber einen solchen Bezug für jegliche Fälle innerhalb der EU also auch rein innerstaatliche annehmen, würde dieses Merkmal völlig obsolet werden. Zudem wird das Ziel der Mediations-RL, den europäischen Rechtsverkehr zu fördern, indem den Bürgern die Möglichkeit gegeben wird, Rechte in anderen Mitgliedstaaten zu verfolgen, auch mit eingeschränktem Anwendungsbereich erreicht. Eine Harmonisierung der nationalen Rechtssysteme ist nicht erforderlich.<sup>81</sup> Nimmt man die Schranken der Ermächtigungsgrundlage ernst, kommt man nicht umhin, das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Bezuges zu verlangen, um die Kompetenz der europäischen Gesetzgeber zu eröffnen.

Fraglich ist jedoch, wie der Begriff des grenzüberschreitenden Bezuges der Artt. 61, 65 EGV genau auszulegen ist. Auffällig beim Richtlinientext ist insoweit, dass er nur eine sehr enge Auslegung des Begriffes zulässt. Dies sind demnach zwingend Fälle, in denen die Parteien in unterschiedlichen Mitgliedstaaten beheimatet sind.<sup>82</sup> Diese Auslegung der Ermächtigungsgrundlage ist indes nicht zwingend. Vielmehr ist auch eine wesentlich weitere Deutung der Artt. 61, 65 EGV denkbar. Demnach kann grundsätzlich jeder rein innerstaatliche Titel potentiell grenzüberschreitend vollstreckt werden, so dass folglich dem Grunde nach jedes Verfahren einen latenten grenzüberschreitenden Bezug aufweist.<sup>83</sup> Ein internationaler Streit im Sinne unterschiedlicher Wohnsitze ist dafür nicht erforderlich. Ein derart weitgehendes Verständnis des Begriffes des grenzüberschreitenden Bezuges sieht sich allerdings dem bereits dargestellten Einwand ausgesetzt, dass dann dieses Tatbestandsmerkmal letztlich völlig ausgehöhlt wird.

<sup>80</sup> Vgl. *Meyer-Cabri van Amelrode*, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland (2008), S. 39, 47.

<sup>81</sup> Vgl. *Meyer-Cabri van Amelrode*, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland (2008), S. 39, 47.

<sup>82</sup> Siehe 2. Teil, B, II, 2, a).

<sup>83</sup> *Hess*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 81 AEUV, Rn. 26.

Die für die Mediations-RL gefundene Lösung geht den Weg in die konträre Richtung. Das Parlament, der Rat und die Kommission einigten sich auf die dargestellte enge Lesart, so dass ein unmittelbarer grenzüberschreitender Bezug, der sich durch unterschiedliche Sitze der Parteien ergibt, zwingend erforderlich ist.<sup>84</sup>

Dies überzeugt jedoch nicht vollends.<sup>85</sup> Zwar ist in der Tat die weite Auslegung als zu umfassend abzulehnen, jedoch erscheint es ohne schwierige Abgrenzungsfragen möglich, zwischen den beiden Extremen eine Deutung zu wählen, die dem Wortlaut der Artt. 61, 65 EGV wesentlich besser gerecht wird. Nimmt man die Anforderung des grenzüberschreitenden Bezuges wörtlich, werden alle die Verfahren erfasst, bei denen entweder die streitenden Parteien oder aber der Streitgegenstand ein grenzüberschreitendes Element aufweist. Demnach wäre das grenzüberschreitende Element nicht auf den Wohnsitz der Parteien beschränkt. Zumal nicht einleuchtend ist, warum nur der Wohnsitz die Internationalität des Sachverhalts zur Folge haben sollte. Auch hätte man sich die schwierigen Abgrenzungsfragen zum für die grenzüberschreitende Streitigkeit maßgebenden Zeitpunkt<sup>86</sup> hierdurch ebenfalls sparen können, denn ein Verfahren verliert durch einen potentiellen Wohnsitzwechsel der Parteien nicht seine Internationalität – im Gegenteil.

Darüber hinaus greift die Mediations-RL aber insoweit zu kurz, als dass sich der grenzüberschreitende Charakter nur auf Fälle beschränkt, bei denen Parteien zweier (oder mehrerer) *Mitgliedstaaten* miteinander streiten. Möglich wäre demgegenüber die Einbindung von Verfahren, bei denen sich der grenzüberschreitende Bezug durch die Teilnahme eines Drittstaates ergibt.<sup>87</sup>

Anzumerken ist an dieser Stelle schließlich, dass auch die kompetenzrechtlichen Bedenken es letztlich nicht rechtfertigen, dass die Mediations-RL lediglich für grenzüberschreitende *Streitigkeiten* und nicht für Fälle mit grenzüberschreitenden *Bezügen* (wie in Art. 65 EGV) verpflichtend ist. Mögen in der Regel auch diese beiden Begriffe zusammenfallen, so sind doch Situationen denkbar, in denen dies nicht der Fall ist. So zum Beispiel, wenn zwei Parteien eines Mitgliedstaates über Angelegenheiten aus einem dritten Mitgliedstaat streiten. Auch solche Fälle hätten durch die Ausweitung der Mediations-RL auf sämtliche Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug ohne kompetenzrechtliche Bedenken erfasst werden können. Berücksichtigt man jedoch den ausdrücklichen Wortlaut der Mediations-RL, verbietet sich eine Auslegung in der Weise, dass sämtliche Fälle, die auch lediglich einen grenzüberschreitenden Bezug aufweisen, miteinbezogen werden, denn dann

<sup>84</sup> Hess, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 81 AEUV, Rn. 27.

<sup>85</sup> Hess, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 81 AEUV, Rn. 28.

<sup>86</sup> Siehe 2. Teil, B, II, 2, a), cc).

<sup>87</sup> Hess, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 50. Ergänzungslieferung (2013), Art. 81 AEUV, Rn. 30 m. w. N.

hätte der europäische Gesetzgeber die Formulierung des Art. 65 EGV auch im Rahmen der Mediations-RL übernehmen müssen.

Es lässt sich mithin zusammenfassen, dass es zwar richtig gewesen ist, dass der Anwendungsbereich durch ein grenzüberschreitendes Element eingegrenzt wird, denn allein »Sinn« erschafft keine neuen Kompetenzen.<sup>88</sup> Allerdings erscheint es äußerst bedenklich, warum dies gleichzeitig dazu geführt hat, dass der grenzüberschreitende Bezug derart restriktiv ausgelegt wurde, so dass nunmehr nach der Mediations-RL nur noch grenzüberschreitende *Streitigkeiten* erfasst werden, bei denen die Parteien in unterschiedlichen Mitgliedstaaten beheimatet sind.

#### *bb) Exkurs – Nachfolgeregelung in Art. 81 AEUV*

Nach Art. 81 Abs. 2 lit. g AEUV, der Nachfolgeregelung des Art. 65 EGV, sind Maßnahmen für »die Entwicklung von alternativen Methoden für die Beilegung von Streitigkeiten« zulässig. Teilweise wird hieraus abgeleitet, dass aus heutiger Perspektive eine Ausweitung der Mediations-RL auch auf staateninterne Streitigkeiten denkbar sei.<sup>89</sup>

Dem kann jedoch nicht uneingeschränkt zugestimmt werden. Zwar enthält Art. 81 Abs. 2 lit. g AEUV tatsächlich einen expliziten Verweis auf alternative Streitbeilegungsmethoden, so dass nicht mehr auf die justizielle Zusammenarbeit zurückgegriffen werden muss. Jedoch bedeutet dies nicht, dass der grenzüberschreitende Bezug des Art. 81 Abs. 1 AEUV obsolet ist, da Abs. 2 unmittelbar hierauf verweist. Es bleibt mithin fraglich, ob – vorausgesetzt die Mediations-RL wird erneuert – eine umfassende Regelung nun nach Art. 81 Abs. 2 lit. g AEUV möglich wäre.

### **3. Sachlicher Anwendungsbereich**

#### **a) Zivil- und Handelssachen**

Die Mediations-RL ist ausschließlich auf »Zivil- und Handelssachen« beschränkt, Art. 1 Abs. 2 Mediations-RL. Es stellt sich daher die Frage, wann nach diesem Verständnis überhaupt eine Zivil- oder Handelssache vorliegt. Der Vorschlag der Kommission schwieg hierzu völlig.<sup>90</sup> Auch der endgültige Richtlinienentwurf bietet nur wenige Anhaltspunkte. Dies bedeutet nicht, dass die Begriffsbestimmung nach dem jeweiligen nationalen Recht zu erfolgen hat, da dies zum Teil zu einem völlig unterschiedlichen Verständnis führen könnte. Vielmehr ist der Begriff europarechtsautonom auszulegen. Dabei bietet sich ein Rückgriff auf die Rechtsprechung des *EuGH* zu Art. 1 EuGVVO an.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Vgl. *Meyer-Cabri van Amelrode*, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland (2008), S. 39, 48.

<sup>89</sup> Vgl. *Ewert*, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen (2012), S. 49.

<sup>90</sup> KOM (2004) 718 endg., S. 5.

<sup>91</sup> *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, S. 2737, 2739. Siehe auch zur Auslegung des Begriffs »Zivil- und Handelssachen« *EuGH*, Urt. v. 14. 10. 1976 – Rs 29/76, NJW 1977, S. 489 f. – »Euro-control«; *EuGH*, Urt. v. 21. 04. 1993 – Rs C-172/91, NJW 1993, S. 2091 ff. – »Sonntag«.