

Berlin, 24. Februar 2005

**Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 22.10.2004, KOM (2004) 718 endgültig**

Sehr geehrter Herr Stein,

vielen Dank für Ihr Schreiben vom 28.12.2004. Der Deutsche Notarverein nimmt die Gelegenheit zur Stellungnahme zu dem Richtlinienvorschlag KOM (2004) 718 (nachfolgend auch „Mediationsrichtlinie“) gern wahr. Zu dem Richtlinienvorschlag hat der Deutsche Richterbund bereits im Dezember 2004 Stellung genommen. Dieser Stellungnahme schließen wir uns vollinhaltlich an. Wir werden im Folgenden ergänzend aus der Sicht des hauptberuflichen Notariats Position zu dem Richtlinienvorschlag beziehen.

Dabei sieht sich der Deutsche Notarverein in mehrfacher Hinsicht berufen, zu den im Rahmen des Richtlinienvorschlags zu diskutierenden Problemen Stellung zu nehmen.

Zum einen bilden Notare die einzige Berufsgruppe, die traditionell als unparteiliche Berater zur Streitvermeidung und Vermittlung bei Konflikten tätig wird. Notarielle Berufsausübung kann zu einem erheblichen Teil als mediative Tätigkeit bezeichnet werden. Diese besteht vor allem in der „Vertragsmediation“ (vgl. Walz, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2002, S. 607 ff.).

Zum anderen hat der Deutsche Notarverein im Jahr 2000 den „Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare – SGH“ ins Leben gerufen und ist deshalb institutionell mit Fragen der alternativen Streitbeilegung befasst. Der SGH führt die Aufgabe "Schlichtung" nicht nur in seinem Namen, sondern verankert die Schlichtung als – soweit ersichtlich - einziges deutsches Schiedsgericht auch in seinen Statuten und baut auf diesem Wege eine Brücke zwischen gütlicher Einigung durch Parteivereinbarung und streitiger Entscheidung durch ein Gericht. Zwar sind Mediation und Schlichtung nicht gleichzusetzen; vielmehr handelt es sich um unterschiedliche Formen der alternativen Streitbeilegung. Beide Verfahren verbindet aber

der Aspekt der Aussöhnung der Parteien durch Vermittlung einer neutralen dritten Person in Verfahrensstrukturen auf Basis der Freiwilligkeit.

Vor diesem Hintergrund und den Erfahrungen des Berufsstandes ist Folgendes zu dem Richtlinienvorschlag auszuführen:

## **I. Rechtsgrundlage und Zuständigkeit**

Der Richtlinienvorschlag wird auf Artikel 61 Buchstabe c und Artikel 67 Absatz 5 des EG-Vertrags gestützt. Die genannten Bestimmungen verweisen auf Artikel 65 des EG-Vertrags, so dass diese Rechtsgrundlage nur dann einschlägig ist, wenn die vorgeschlagene Maßnahme für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts erforderlich ist.

Der juristische Dienst kommt in seinem Gutachten vom 29. November 2004, Az.: 15413/04, das Ihrem Schreiben vom 27.12.2004 beigefügt war, jedoch zu dem Ergebnis, dass die Kommission einen entsprechenden Nachweis bisher nicht erbracht hat. Der Deutsche Richterbund ist in seiner Stellungnahme ebenfalls zu dem Ergebnis gekommen, dass Artikel 65 die Richtlinie nicht als Rechtsgrundlage trägt.

Es ist auch aus Sicht des Notarstandes schlicht nicht zu erkennen, weshalb zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarktes eine Angleichung der unterschiedlichen Regelungen der Mediation in den Mitgliedstaaten bzw. die Verzahnung mit den einschlägigen Vorschriften des Zivilverfahrensrechts erforderlich sein könnte.

Eine Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union besteht daher nicht.

Abgesehen davon erscheint der Richtlinienvorschlag in einigen Punkten unausgereift. Im Einzelnen ist insbesondere auf Folgendes hinzuweisen:

## **II. Begriffsbestimmung**

In Artikel 2 des Richtlinienvorschlages werden die Begriffe Mediation und Mediator definiert. Der Deutsche Notarverein hält die verwendeten Definitionen für problematisch.

Mediation bezeichnet gemäß Artikel 2 Buchstabe a) des Richtlinienvorschlages „alle Verfahren unabhängig von ihren Bezeichnungen, in denen zwei oder mehrere Streitparteien von einer *dritten Partei* unterstützt werden, damit sie eine Vereinbarung über die Streitschlichtung

erzielen und unabhängig davon, ob das Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder von innerstaatlichen Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird.“

Zumindest unglücklich erscheint in dieser Definition der Begriff der „dritten Partei“, ist der Mediator doch als neutrale Stelle gerade nicht Partei. Es handelt sich wohl, um eine unglückliche Übersetzung von „third party“, so dass „Dritter“ gemeint sein dürfte (so auch die französische Fassung: „tiers“). Es könnte zudem empfehlenswert sein, die neutrale Position des Mediators hervorzuheben und entsprechend „von einem neutralen Dritten unterstützt werden“ zu formulieren. Die Definition des Mediators in Artikel 2 Buchstabe b müsste entsprechend angepasst werden.

Die Definition greift zudem sehr weit. Sie umfasst neben der eigentlichen Mediation zumindest auch die Schlichtung. Gegen eine weite Begriffsbestimmung bestehen zwar dem Grunde nach keine Bedenken. Allerdings ist es zumindest irreführend, wenn ein bereits belegter Begriff per gesetzgeberischer Definition mit einem neuem Inhalt angereichert wird. Aus Sicht des Deutschen Notarvereins sollte deshalb nicht von Mediation und Mediator gesprochen werden. Vielmehr sollten die Begriffspaare „Schlichtung und Mediation“ sowie „Schlichter und Mediator“ verwendet werden, und zwar durchgehend in dem gesamten Richtlinienvorschlag.

### **III. Gerichtlicher Verweis auf die Mediation**

In Artikel 3 des Richtlinienvorschlags ist vorgesehen, dass ein mit einer Klage befasstes Gericht die Parteien auffordern kann, Mediation zur Streitschlichtung anzuwenden, und jedenfalls von den Parteien verlangen kann, eine Informationsveranstaltung über die Anwendung der Mediation zu besuchen. Nach Artikel 3 Absatz 2 sollen einzelstaatliche Rechtsvorschriften zur Förderung der Mediation vor oder nach einleitendem Gerichtsverfahren unberührt bleiben.

Die vorgeschlagene Regelung erscheint nicht zielführend: In einem Großteil der Mitgliedstaaten wird die in Artikel 3 Absatz 1 Satz 1 vorgesehene Möglichkeit für Gerichte, die Parteien zur Mediation aufzufordern, wenn auch in verschiedener Ausprägung, vorhanden sein. Sollte dies in einem Mitgliedstaat einmal nicht der Fall sein, so stellen wir in Frage, wie die europarechtlich verordnete Aufforderungsmöglichkeit in einem ansonsten mediationsunfreundlichen System dazu führen soll, die Mediation nachhaltig zu stärken.

Unter dem Gesichtspunkt der Verfahrensökonomie erscheint es zudem verfehlt, wenn Gerichte auch solche Parteien eines Zivilverfahrens, die keine Streitschlichtung im Wege der Mediation wollen, zu einer „Informationsveranstaltung“ zwingen können. Unabhängig von der äußerst zweifelhaften Kompetenz der Europäischen Union auf diesem Gebiet sollte jedenfalls die Frage, auf welche Art Gerichte die Parteien eines Zivilverfahrens auf die Möglichkeit der Mediation hinweisen und diese gegebenenfalls empfehlen, ausschließlich den Mitgliedstaaten überlassen bleiben.

#### **IV. Vollstreckbarkeit**

Artikel 5 des Richtlinienvorschlags soll die Vollstreckbarkeit einer im Mediationsverfahren erzielten Einigung gewährleisten. Artikel 5 Absatz 1 gibt dazu den Mitgliedstaaten auf, sicherzustellen, dass diese gerichtlich oder behördlich als „vollstreckbar“ bestätigt werden kann.

Die deutsche Fassung von Artikel 5 ist sprachlich in zweifacher Hinsicht misslungen:

So ist zum einen in Überschrift und Text der Vorschrift von der Vollstreckung von „Vereinbarungen über die Streitschlichtung“ die Rede. Unter der Formulierung „Vereinbarung über die Streitschlichtung“ lässt sich nicht nur die Einigung der Parteien als Ergebnis der Mediation sondern auch deren Abrede, überhaupt eine Mediation durchzuführen (Mediations- oder Schlichtungsabrede oder –vertrag), verstehen. Aus dem Zusammenhang der Regelung geht zwar hervor, dass es in der Bestimmung nicht um die Durchsetzung einer nicht eingehaltenen Schlichtungsabrede, sondern um die Vollstreckung der im Verfahren erzielten Einigung über den Streitfall geht. Dies wird auch durch die anderen Sprachfassungen bestätigt: In der französischen Fassung heißt es „un accord transactionnel atteint à l'issue d'une médiation“. Die englische Sprachfassung formuliert „a settlement agreement reached as a result of a mediation“. Die missverständliche Formulierung in der deutschen Sprachfassung könnte etwa durch „im Mediationsverfahren erzielte Einigung über den Streitfall“ ersetzt werden.

Weiter fällt auf, dass Artikel 5 Absatz 1 den Begriff der *Urkunde* verwendet. Dagegen ist in der englischen Sprachfassung von *authentic instrument* und der französischen Sprachfassung von *instrument authentique* die Rede. Die Begriffe *authentic instrument* und *instrument authentique* haben jüngst in Artikel 4 Nr. 3 der Verordnung zum europäischen Vollstreckungstitel Nr. 805/2004 ihre europarechtliche Definition erfahren. Das entsprechende deut-

sche Begriffspaar lautet *öffentliche Urkunde*. Es erscheint fehlerhaft und missverständlich, wenn in der deutschen Fassung des Richtlinienentwurfs lediglich der Begriff *Urkunde* Verwendung findet.

## V. Vertraulichkeit

Artikel 6 des Richtlinienvorschlags sieht vor, dass die Mediatoren in Gerichtsverfahren grundsätzlich nicht zu den Einzelheiten des Mediationverfahrens aussagen. Dies würde nicht nur für zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Mediatoren gelten, so dass die Richtlinie eine Ausweitung der Verschwiegenheitspflichten in den einzelnen mitgliedstaatlichen Verfahrensordnungen auf Mediatoren notwendig machen würde. Ob eine solche Ausweitung angesichts des kaum eingegrenzten Begriffs des Mediators sinnvoll ist oder ob die Missbrauchsgefahr überwiegt, erscheint zumindest diskussionswürdig.

Die deutsche Fassung der Ausnahmenvorschrift in Artikel 6 Absatz 3 des Richtlinienvorschlags enthält zudem einen Übersetzungsfehler: Nach Artikel 6 Absatz 3 b können Detailinformationen zur Mediation ausnahmsweise doch preisgegeben oder als Verweis zugelassen werden, „b) um Erwägungen öffentlicher Natur *außer Kraft zu setzen*, insbesondere, wenn sie erforderlich sind, um den Schutz von Kindern zu gewährleisten [...]“. Hier ist wohl weniger „Außerkraftsetzung“ als „Durchsetzung“ oder Ähnliches gemeint, was die französische und die englische Sprachfassung bestätigen.

## **VI. Aussetzung von Verjährungsfristen**

Nach Artikel 7 Absatz 2 läuft die Verjährungs- oder sonstige Frist ab dem Zeitpunkt weiter, zu dem die Mediation ohne Vereinbarung über die Streitschlichtung endet. Der Deutsche Richterbund hat diese Regelung in seiner Stellungnahme von Dezember 2004 als unklar und manipulationsanfällig kritisiert. Er hat vorgeschlagen, stattdessen dem Mediator für diese Fälle aufzugeben, die Feststellung zu treffen, dass die Mediation beendet ist. Im Zusammenhang mit den vorgeschlagenen Vertraulichkeitspflichten und damit einhergehenden Zeugnisverweigerungsrechten kann die Vorschrift zudem zu nicht unerheblichen Beweisschwierigkeiten führen: Beispielsweise kann wohl für eine mündliche Mediationsabrede oder die mündliche Aufforderung als Mediator zu fungieren, der Mediator nicht als Zeuge benannt werden.

## **VII. Zusammenfassung**

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten:

- Eine Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union für den Erlass einer Mediationsrichtlinie besteht nicht.
- Der Richtlinienvorschlag ist ungeeignet, die selbst gesteckten Ziele zu erreichen.
- Die Bestimmungen des Richtlinienvorschlages zu Vertraulichkeit und Verjährung sind unausgegoren und bergen Missbrauchsgefahren.
- Die deutsche Sprachfassung weist Unschärfen und Fehler auf, insbesondere besteht die Notwendigkeit, den Richtlinienvorschlag terminologisch an die Verordnung Nr. 805/2004 anzupassen.

Für Rückfragen und weiterführende steht Ihnen der Deutsche Notarverein gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Dr. Stefan Zimmermann