

Österreichische

# JURISTEN ZEITUNG



*Chefredakteur* **Gerhard Hopf**  
*Redaktion* **Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer**  
*Evidenzblatt* **Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer**  
*MRK-Entscheidungen* **Wolf Okresek** *Anmerkungen* **Andreas Konecny, Martin Spitzer**

September 2012

18

789 – 836

Aktuelles

**31. Justizministerkonferenz des Europarats in Wien** ➔ 789

Zivilverfahren praktisch

**Erlöschen und Entziehung der Verfahrenshilfe; Nachzahlung**

*Robert Fucik* ➔ 793

Beiträge

## Der prätorische Mediationsvergleich

*Ulrike Frauenberger-Pfeiler und Martin Risak* ➔ 798

**Die Pflicht zur Umsetzung von Urteilen des EGMR**

*Gernot Haidenhofer* ➔ 803

Evidenzblatt

## Elternurlaub und Dienstzeitanrechnung

*Robert Rebhahn* ➔ 811

**Auch bei interner Beschwerde des Organs ist das AHG anwendbar**

*Martin Lenzbauer* ➔ 809

**Abwägung bei identifizierender Berichterstattung** ➔ 821

MRK-Entscheidung

**ASVG und nationalsozialistische Verfolgung** ➔ 831

Sprache und Recht

**Die Ideen offenlegen und nicht zumauern** *Reinhard Hinger* ➔ 836

# Der prätorische Mediationsvergleich

ÖJZ 2012/87

§ 433 a ZPO

Mediation;  
prätorischer  
Mediations-  
vergleich;

Vollstreck-  
barmachung

Durch BGBl I 2011/21 wurde in Umsetzung der EU-MediationsRL § 433 a ZPO eingeführt, der erstmals ausdrücklich den Abschluss eines Vergleichs vor Gericht über eine in einer Mediation erzielte Vereinbarung ermöglicht. Der Beitrag erörtert Rahmenbedingungen und Umsetzungsdefizite.

Von Ulrike Frauenberger-Pfeiler und Martin Risak

## Inhaltsübersicht:

- A. Die Mediation und ihre gesetzliche Regelung
- B. Der Mediationsvergleich
  - 1. Der europarechtliche Hintergrund
  - 2. Die österreichische Regelung in § 433 a ZPO
  - 3. Der Abschluss eines Vergleichs als „Vollstreckbarmachung“
  - 4. Der Inhalt des prätorischen Mediationsvergleichs
    - a) Mediationsverfahren
    - b) Zivilsache
    - c) Schriftliche Vereinbarung
- C. Verfahrens- und Kostenaspekte
  - 1. Zuständigkeit des Gerichts
  - 2. Gerichtliche Prüfung und Aufklärung
  - 3. Kosten
- D. Umsetzungsmangel

## A. Die Mediation und ihre gesetzliche Regelung

Unter Mediation wird bei einem weiten Begriffsverständnis die Unterstützung einer Verhandlung durch einen neutralen Helfer (den Mediator) verstanden, der seine Tätigkeit als Dienstleistung für die Verhandlungsparteien (die Medianden) versteht und der nicht mit Entscheidungsbefugnis ausgestattet ist.<sup>1)</sup> Zumeist wird jedoch von einem engeren Begriffsverständnis ausgegangen, das Mediation als einen strukturierten Prozess sieht, bei dem ein entsprechend ausgebildeter Mediator die Parteien bei einer Lösungsfindung unterstützt. Dieser Zugang liegt auch dem **Zivilrechts-Mediations-Gesetz** (ZivMediatG)<sup>2)</sup> zu Grunde, welches in seinem § 1 Mediation als eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit definiert, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konflikts zu ermöglichen. Die in diesem Gesetz geregelte Mediation in Zivilrechtssachen ist Mediation zur Lösung von Konflikten, für deren Entscheidung an sich die ordentlichen Zivilgerichte zuständig sind.

Das ZivMediatG regelt nur die Mediation in Zivilrechtssachen<sup>3)</sup> und diesbezüglich auch nur die Ausübung der Tätigkeit durch „eingetragene MediatorInnen“; das sind jene, die in die beim BM für Justiz geführte Liste der MediatorInnen eingetragen sind. Dadurch sind aber Personen, die nicht in dieser Liste eingetragen sind, nicht daran gehindert, Mediation – auch in Zivilrechtssachen – anzubieten und auszuüben („nicht eingetragene MediatorInnen“).<sup>4)</sup> Für sie gelten

jedoch auch die im ZivMediatG geregelten Berufspflichten ebenso nicht wie das Beweisaufnahmeverbot gem § 320 Z 4 ZPO und das Aussageverweigerungsrecht gem § 157 Abs 1 Z 3 StPO.

Diese Rechtslage wird durch das **EU-Mediations-Gesetz** (EU-MediatG), das seit 1. 5. 2011 in Kraft ist, angereichert. Das EU-MediatG wurde zu BGBl I 2011/21 verlaubar und dient der Umsetzung der RL 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen<sup>5)</sup> (idF MediationsRL). Dieses regelt bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation wie etwa ein Zeugnisenstlagungsrecht der MediatorInnen sowie die Verjährungshemmung als Folge eines Mediationsverfahrens. Das EU-MediatG hat einen weiteren persönlichen Anwendungsbereich als das ZivMediatG, da es auf alle, nicht nur eingetragene, MediatorInnen<sup>6)</sup> Anwendung findet. Der sachliche Anwendungsbereich ist hingegen insoweit enger, als nur Mediationen in grenzüberschreitenden Streitigkeiten erfasst sind. IW wird dabei darauf abgestellt, ob bei Vereinbarung oder Anordnung der Mediation oder Pflicht oder Aufforderung zur Nutzung der Mediation die Parteien ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in jeweils einem anderen Mitgliedstaat der EU<sup>7)</sup> (idF hier kurz „im EU-Raum“) haben.

Damit sind in Österreich aufgrund des anwendbaren Rechts drei Arten von Mediationsverfahren zu unterscheiden:

- Mediationsverfahren in innerstaatlichen oder grenzüberschreitenden<sup>8)</sup> Zivilrechtssachen durch eine(n) eingetragene(n) MediatorIn hinsichtlich derer das ZivMediatG zur Anwendung kommt;
- Mediationsverfahren durch nicht eingetragene MediatorInnen in grenzüberschreitenden Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen innerhalb des EU-Raumes, hinsichtlich derer das EU-MediatG zur An-

1) So zB *Haft* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation<sup>2</sup> (2009) § 2 Rz 1.

2) BG über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), BGBl I 2003/29.

3) Deshalb ist bspw die Mediation von Regelungsstreitigkeiten betreffend den Abschluss oder die Abänderung einer Betriebsvereinbarung oder eines Kollektivvertrags mangels einer diesbezüglichen Zuständigkeit der Zivilgerichte nicht gesetzlich geregelt – dies auch dann, wenn sie durch eine(n) eingetragene(n) MediatorIn erfolgt.

4) So insb ErläutRV zum EU-MediatG 1055 BlgNR 24. GP 7; *Ferz/Filler*, Mediation – Gesetzestexte und Kommentar (2003) § 15 Erl 2.

5) ABl (EU) 2008/136, 3.

6) Dies sind gem § 2 Abs 1 Z 1 EU-MediatG dritte Personen, die er sucht werden, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen und die ihren Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt in einem EU-Mitgliedstaat haben; vgl auch Art 3 lit b MediationsRL.

7) Siehe die Legaldefinition in § 2 Abs 1 Z 3 EU-MediatG; abweichend von der RL wird in räumlicher Hinsicht auch Dänemark miteinbezogen.

8) § 5 Abs 1 EU-MediatG; ErläutRV 24. GP 11.

wendung kommt. Ein(e) in einer solchen Sache tätige(r) MediatorIn hat die Parteien über den Umstand zu informieren, dass das ZivMediatG nicht zur Anwendung kommt (§ 5 Abs 2 EU-MediatG).

→ Mediationsverfahren durch nicht eingetragene MediatorInnen in entweder rein innerstaatlichen Zivilrechtssachen, in grenzüberschreitenden Zivilrechtssachen außerhalb des Anwendungsbereichs des EU-MediatG (hier idF kurz „außerhalb des EU-Raumes“) oder in Streitigkeiten zu deren Entscheidung die Zivilgerichte nicht zuständig sind, wie zB Verwaltungsverfahren oder arbeitsrechtliche Regelungsstreitigkeiten betreffend den Abschluss einer Betriebsvereinbarung oder eines Kollektivvertrags. Diese Mediationen sind sondergesetzlich nicht geregelt.

## B. Der Mediationsvergleich

### 1. Der europarechtliche Hintergrund

Die bereits erwähnte MediationsRL führt in ihrem ErwGr 19 aus, dass die Mediation nicht als geringwertige Alternative zu Gerichtsverfahren in dem Sinne betrachtet werden soll, als die Einhaltung einer im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung vom guten Willen der Parteien abhinge. Die Mitgliedstaaten sollten daher sicherstellen, dass die Parteien einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung veranlassen können, dass der Inhalt der Vereinbarung vollstreckbar gemacht werden kann.<sup>9)</sup>

Art 6 MediationsRL sieht daher vor, dass die Mitgliedstaaten sicherstellen, 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. Der Inhalt einer solchen Vereinbarung wird **vollstreckbar** gemacht, es sei denn, in dem betreffenden Fall steht der Inhalt der Vereinbarung dem Recht des Mitgliedstaats, in dem der Antrag gestellt wurde, entgegen oder das Recht dieses Mitgliedstaats sieht die Vollstreckbarkeit des Inhalts nicht vor.

Hinsichtlich der Art der Vollstreckbarmachung eröffnet Abs 2 leg cit mehrere Möglichkeiten: Der Inhalt der Mediationsvereinbarung 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.

Abs 4 leg cit stellt klar, dass die Vorschriften für die Anerkennung und Vollstreckung einer nach nationalem Recht vollstreckbar gemachten Mediationsvereinbarung in einem anderen Mitgliedstaat durch diesen Artikel nicht berührt werden. Darauf sind die europäischen Rechtsquellen des Internationalen Zivilverfahrensrechts, wie etwa die EuGVVO, im Rahmen ihres jeweiligen Anwendungsbereichs anwendbar.

### 2. Die österreichische Regelung in § 433 a ZPO

Durch BGBl I 2011/21 wurde nicht nur das EU-MediatG erlassen, sondern auch in die ZPO ein neuer § 433 a eingefügt, der Art 6 MediationsRL umsetzen soll. Danach kann „über den Inhalt der in einem Medi-

ationsverfahren über eine Zivilrechtssache erzielten schriftlichen Vereinbarung [...] vor jedem Bezirksgericht ein gerichtlicher Vergleich geschlossen werden“. Diese Regelung ist gem Art V BGBl I 2011/21 auf Vereinbarungen anzuwenden, die nach dem 30. 4. 2011 abgeschlossen wurden.

Den Mat<sup>10)</sup> ist zu entnehmen, dass sich der Gesetzgeber dazu entschieden hat, das bereits in der österr Rechtsordnung bestehende Instrument des **gerichtlichen („prätorischen“) Vergleichs** anwendbar zu machen. Die neue Bestimmung war einzuführen, weil im Rahmen des § 433 ZPO der Abschluss eines derartigen Vergleichs grundsätzlich nicht möglich ist, wenn eine außergerichtliche Einigung erfolgt ist: Nach § 547 Abs 3 Geo verfolgt § 433 ZPO den Zweck, **streitige** Rechtsverhältnisse in einfachster Weise zu bereinigen. Hingegen sind die Gerichte weder verpflichtet noch berechtigt, zwischen den Parteien außergerichtlich zustande gekommene Vereinbarungen zu beurkunden und vollstreckbar zu machen.<sup>11)</sup> Vor Einfügung des § 433 a ZPO stand den Parteien der Abschluss eines **vollstreckbaren Notariatsakts**, insb die Solennisierung gem § 54 NO, offen.<sup>12)</sup> Nunmehr wird den Parteien der Weg des prätorischen Vergleichs zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels (§ 1 Z 5 EO) nach Abschluss einer Vereinbarung in/nach einem Mediationsverfahren ausdrücklich eröffnet.

### 3. Der Abschluss eines Vergleichs als „Vollstreckbarmachung“

Nach dem Wortlaut des Gesetzes wird die Mediationsvereinbarung nicht bloß „vollstreckbar gemacht“ (zB vom Richter mit einem Vermerk „vollstreckbar“ versehen),<sup>13)</sup> sondern es ist nach dem Wortlaut von den Parteien ein Vergleich abzuschließen. Diese Lösung findet in der MediationsRL wohl Deckung, weil die Aufzählung in Art 6 Abs 2 nicht als taxativ angesehen werden kann und es sich bei dem Vergleich um ein Instrument handelt, durch das der Inhalt der Vereinbarung „vollstreckbar gemacht“ wird. Aus der RL ergibt sich weiters, dass iW die bereits im Rahmen der Mediation abgeschlossene Vereinbarung vollstreckbar gemacht werden soll, dh im daran anschließenden Verfahren zur „Vollstreckbarmachung“ diese nicht mehr modifiziert und

9) Dies kann auch als dem Wesen der Mediation, insb deren Freiwilligkeit, widersprechend angesehen werden.

10) ErläutFRV 1055 BlgNR 24. GP 11.

11) Vgl *Fucik in Rechberger*<sup>3</sup> § 433 ZPO Rz 6; *Frauenberger-Pfeiler*, Zur „Vollstreckbarmachung“ von Mediationsvereinbarungen, in *Fucik/Konecny/Lovrek/Oberhammer*, Zivilverfahrensrecht Jahrbuch 2010 (2010) 237 (243); *Kloiber*, Die Mediations-Richtlinie und ihre Umsetzung in Österreich, ZfRV 2011/16, 126.

12) Zur Frage, weshalb dies noch keine gänzlichen Umsetzung von Art 6 MediationsRL darstellt, s *Frauenberger-Pfeiler*, in *Fucik ua*, Zivilverfahrensrecht, JB 2010, 237 (242 f).

13) Siehe auch die Regelung der Vollstreckbarmachung des § 796 d (deutsche) ZPO idF des Gesetzesentwurfes BT Drucksache 17/5335, abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/17/053/1705335.pdf> (16. 7. 2012); dies wurde jedoch in der Version des Mediationsgesetzes v 15. 12. 2011, die in der Fassung der Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zum Mediationsgesetz v 27. 6. 2012, BT Drucksache 17/10102 [www.bundesrat.de/SharedDocs/Ausschuesse-Termine-To/va/ergebnis/17wp/2012-06-27\\_20Beschluss\\_20Mediation,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/2012-06-27%20Beschluss\\_20Mediation.pdf](http://www.bundesrat.de/SharedDocs/Ausschuesse-Termine-To/va/ergebnis/17wp/2012-06-27_20Beschluss_20Mediation,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/2012-06-27%20Beschluss%20Mediation.pdf) (16. 7. 2012), Gesetz wird, vollständig gestrichen. Man befand, dass mit den §§ 796 ff dZPO das Auslangen zur Umsetzung der MediationsRL gefunden werden könne.

abgeändert werden soll. Dieser Vorgang ist daher der notariellen Solennisierung oder Errichtung eines Mantelakts gem § 54 NO vergleichbar (s dazu sogleich).

Nur am Rande sei erwähnt, dass die Bezeichnung „Mediationsvergleich“ wenig glücklich gewählt ist, weil es sich schon bei der schriftlichen, das Mediationsverfahren beendenden Vereinbarung um einen außgerichtlichen Vergleich handeln kann, wenn die Parteien diesem eine derartige Bindungswirkung zukommen lassen wollen.<sup>14)</sup> Vollstreckbar ist er freilich erst, wenn ein „Mantelvergleich“ gem § 433 a ZPO abgeschlossen wird. UE ist es deshalb zweckmäßiger, für Vergleiche gem § 433 a ZPO allgemein den Terminus „**prätorischer Mediationsvergleich**“ oder „**vollstreckbarer Mediationsvergleich**“ zu verwenden.

#### 4. Der Inhalt des prätorischen Mediationsvergleichs

Gem § 433 a ZPO kann der Mediationsvergleich nur über den Inhalt einer in einem

- Mediationsverfahren über eine
- Zivilrechtssache erzielten
- schriftlichen Vereinbarung geschlossen werden.

##### a) Mediationsverfahren

Dem Mediationsvergleich muss ein **Mediationsverfahren** vorangegangen sein. Aus der Entstehungsgeschichte dieser Norm als Umsetzung der MediationsRL ergibt sich, dass zur Begriffsklärung auf deren Legaldefinition in Art 3 lit a bzw auf die iW gleichlautende Bestimmung des EU-MediatG zurückzugreifen ist. Demnach handelt es sich um ein strukturiertes Verfahren ungeachtet seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeit zu erzielen.<sup>15)</sup> Fraglich ist im österr Kontext, ob dabei eine gewisse Qualität des Mediators oder der Mediatorin zu verlangen ist. Muss es sich dabei um eine(n) eingetragene(n) MediatorIn iS des ZivMediatG oder zumindest eine(n) MediatorIn handeln, der/die dem EU-MediatG unterliegt oder sind keine weiteren Mindestanforderungen zu stellen? Nach dem Wortlaut der Bestimmung ist grds keine Einschränkung vorzunehmen und im Gegensatz zu § 320 ZPO wird die Anwendung der Norm nicht auf „eingetragene MediatorInnen“ eingeschränkt.

Eine teleologische Reduktion der Norm dahin, dass nur inländische Mediationen durch eingetragene MediatorInnen unter § 493 a Z 10 fallen, würde überdies eine sachliche Rechtfertigung für die damit verbundene Inländerdiskriminierung verlangen. Eine gegenenteilige Auslegung würde wohl mit dem Gleichheitsgrundsatz in Konflikt geraten.<sup>16)</sup> Aus der Genese der Norm als Umsetzung der MediationsRL ergibt sich also, dass es sich jedenfalls um ein **Mediationsverfahren** iSv § 433 a ZPO handelt, wenn dieses **in den Anwendungsbereich des ZivMediatG, des EU-MediatG oder der MediationsRL fällt**. Darüber hinaus fallen aber auch Vereinbarungen aus Mediationsverfahren, die von **nicht eingetragenen MediatorInnen** in rein **nationalen Streitigkeiten** durchgeführt wurden, in den Anwendungsbereich von § 433 a ZPO.<sup>17)</sup> Demge-

genüber muss die Intention des Gesetzgebers, dass die in Österreich bestehenden Standards hinsichtlich des Mediationsrechts nicht angetastet werden sollten,<sup>18)</sup> zurücktreten. Ist **strittig**, ob es sich um eine Vereinbarung aus einem „Mediationsverfahren“ handelt, kommt die analoge Anwendung von § 2 Abs 2 EU-MediatG in Betracht, der vorsieht, dass das Gericht eine Stellungnahme des Ausschusses für Mediation (§ 7 ZivMediatG) einholen kann.

##### b) Zivilsache

Es muss sich um eine Vereinbarung in einer Frage handeln, für die im Streitfall die Zivilgerichte zur Entscheidung berufen wären – die in der Richtlinie verwendeten Begriffe „Zivil- und Handelssachen“ sind nach der österr Terminologie vom Ausdruck „**Zivilsache**“ umfasst.<sup>19)</sup> Die Parteien müssen, weil ein Vergleich geschlossen wird, über die Rechte und Pflichten nach dem anwendbaren Recht verfügen können und das österr Recht, inkl seines IPR, darf der Vereinbarung und deren Vollstreckbarkeit nicht entgegen stehen. Es besteht insofern eine (zu Recht absichtliche) „Übererfüllung“ der MediationsRL als schriftliche Vereinbarungen aus Mediationen in Bereichen, die über den Anwendungsbereich des EU-MediatG und auch des ZivMediatG hinausgehen, aber Zivilsachen sind, ebenfalls von § 433 a erfasst werden.

##### c) Schriftliche Vereinbarung

Weiters muss es sich um eine **schriftliche Vereinbarung** (Mediations[abschluss]vereinbarung<sup>20)</sup> handeln, die nicht unbedingt Ergebnis jeder erfolgreichen Mediation sein muss. Nach § 17 Abs 2 ZivMediatG hat der/die MediatorIn nur auf Verlangen der Parteien das Ergebnis der Mediation sowie die zu dessen Umsetzung erforderlichen Schritte festzuhalten. Die Mat führen dazu aus, dass es nicht Aufgabe des Mediators bzw der Mediatorin sei, etwa bereits das Instrument zu schaffen, das der Realisierung der Mediation dient, also etwa einen Vergleich aufzunehmen oder einen Vertrag aufzusetzen. Diesbezüglich hat sich der/die MediatorIn darauf zu beschränken, den Parteien die entsprechenden Hinweise für die Umsetzung des Ergebnisses zu geben. Die ausschließliche Befugnis bestimmter Berufsgruppen zur Errichtung rechtsgeschäftlicher Urkunden wird dadurch nicht berührt.<sup>21)</sup> Diese Bestimmung ist

14) Roth/Gherdane, Mediation in Österreich, in Hopt/Steffek, Mediation (2008) 105 (135).

15) Dies soll unabhängig davon sein, ob dieses Verfahren von den Parteien eingeleitet, von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben wird.

16) Vgl VfGH VfSlg 14.963; Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>10</sup> (2007) Rz 135.

17) So auch Kloiber, ZfRV 2011/16 (127), wonach es nicht darauf ankommt, welche(r) MediatorIn eingeschritten ist, mit der Begründung, dass eine Einschränkung vom Gesetzgeber als nicht sinnvoll erachtet wurde unter Hinweis auf die Materialien (ErläutRV BlgNR 24. GP 6) und Mayr, Die Mediationsrichtlinie und Österreich, in König/Mayr, Europäisches Zivilverfahrensrecht in Österreich II (2009) 139 (157) und Scheuer, Vollstreckbarer Mediationsvergleich und neue Regelungen für grenzüberschreitende Mediationsverfahren, Zak 2011, 147 (149).

18) ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 3.

19) Vgl schon Scheuer, Zak 2011, 147 (149).

20) Roth/Gherdane, in Hopt/Steffek, Mediation 135.

21) ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 20; so auch Ferz/Filler, Mediation § 17 Rz 4.

auch iZm § 16 Abs 2 ZivMediatG zu sehen, wonach der Mediator die Parteien über das Wesen und die Rechtsfolgen der Mediation in Zivilrechtssachen aufzuklären hat, sowie mit Abs 3 leg cit, wonach der/die MediatorIn die Parteien auf einen Bedarf an Beratung, insb in rechtlicher Hinsicht, der sich im Zusammenhang mit der Mediation ergibt, sowie auf die Form hinzuweisen hat, in die sie das Ergebnis der Mediation fassen müssen, um ihre Umsetzung sicherzustellen. Nach den ErläutRV<sup>22)</sup> ist der/die MediatorIn „nicht Berater der Parteien in ihrem Konflikt, insb ist er nicht Rechtsberater. Ergibt sich im Zuge des Mediationsgeschehens ein Bedarf nach einer solchen Beratung, so soll der/die MediatorIn die Parteien auf das Beratungserfordernis hinweisen und ihnen Gelegenheit zur Einholung dieser Beratung geben.“ Andererseits ergibt sich wohl, dass der/die MediatorIn in gewissem Umfang verpflichtet ist, Rechtsauskünfte zu erteilen. Solange sie/er nicht eine Rechtsberatung für einzelne Parteien durchführt, soll sie/er auch darüber hinaus befugt sein, die Gesetzeslage und die Gerichtspraxis wiederzugeben.<sup>23)</sup> Weiters kann der/die MediatorIn nach § 16 Abs 1 Satz 3 ZivMediatG nach Beendigung der Mediation im Rahmen seiner sonstigen beruflichen Befugnisse und mit Zustimmung aller betroffenen Parteien zur Umsetzung des Mediationsergebnisses tätig sein. Zu denken sei dabei an die Errichtung eines Notariatsakts oder eines anwaltlichen Vergleichs.<sup>24)</sup> Es wird daher festgestellt, dass das Verhältnis zwischen den Rollenvorgaben aus dem ZivMediatG und den besonderen Berufspflichten nicht geklärt sei,<sup>25)</sup> problematisch erscheint insb, innerhalb welcher Grenzen der/die MediatorIn seine/ihre uU vorhandene rechtliche Kompetenz im Zuge des Mediationsverfahrens (insb in Einzelsitzungen mit den Medianten) bzw – was hier besonders interessiert – bei der Abfassung der Mediationsvereinbarung einbringen kann.

Im Licht der Einführung des prätorischen Mediationsvergleichs gem § 433 a ZPO scheint die in den Mat zum ZivMediatG zum Ausdruck kommende restriktive Sicht des Gesetzgebers für den Anwendungsbereich des § 433 a Z 60 relativiert: Der prätorische Mediationsvergleich kann nur über den Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung abgeschlossen werden – die Mediationsvereinbarung muss somit so **konkret** ausgestaltet sein, dass sie den **Inhalt** des prätorischen Mediationsvergleichs iW **vorgibt**. Die MediationsRL sieht zudem vor, dass die Mediationsvereinbarung auch von einer der beiden Parteien mit Zustimmung der anderen vollstreckbar gemacht werden kann (zum diesbezüglichen Umsetzungsdefizit s unten D.) und somit **kein neuerlicher Konsens** erforderlich ist. Soll die Mediationsvereinbarung somit als gerichtlicher Mediationsvergleich von nur einer Partei vollstreckbar gemacht werden, so müsste diese bereits alle Inhalte desselben enthalten – deshalb muss in diesem Fall vom/von der MediatorIn ein Text aufgenommen worden sein, der rechtlich als Vertrag zu qualifizieren ist.<sup>26)</sup> Zum anderen ist uE jedoch auch nicht davon auszugehen, dass der prätorische Mediationsvergleich wortgleich der Mediationsvereinbarung zu sein hat, sondern dass diese in Randaspekten (zB den Modalitäten der Leistungserbringung wie Zahlungstermine oä) durch Parteienkonsens abgeändert oder ergänzt

werden kann. Dies geht auch daraus hervor, dass die MediationsRL vorsieht, dass der Grundsatz der Vertraulichkeit der Mediation durchbrochen wird, wenn die Aussage des Mediators zur Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist (Art 7 Abs 1 lit b MediationsRL). Dies kann und soll aber nicht dazu führen, dass vor dem Richter neuerliche, diesmal von diesem geleitete Verhandlungen geführt werden und das Mediationsverfahren neuerlich aufgerollt wird.

„Schriftliche Vereinbarung“ meint wohl auch „**Unterschriftlichkeit**“. Dies ergibt sich uE aus dem Zweck der Bestimmung, dem Beweis der Vereinbarung und der Willenseinigung der Parteien. Relevant wird dies vor allem dann, wenn nur eine der Parteien, wie in der RL vorgegeben, die „Vollstreckbarmachung“ beantragt. Wird also gem § 17 Abs 2 ZivMediatG eine Vereinbarung durch die/den MediatorIn festgehalten, ist es ratsam, dass diese von den Medianten unterschrieben wird, um gem § 433 a ZPO als Grundlage zu dienen.

## C. Verfahrens- und Kostenaspekte

### 1. Zuständigkeit des Gerichts

Für die Errichtung des prätorischen Vergleichs ist „**jedes Bezirksgericht**“ zuständig. Die Einhaltung der Zuständigkeitsbestimmungen, etwa der EuGVVO (dies ergibt sich aus Art 57 EuGVVO) oder der JN, ist nicht erforderlich.

### 2. Gerichtliche Prüfung und Aufklärung

Die Umsetzung durch § 433 a ZPO bringt es mit sich, dass sowohl eine gerichtliche Prüfung der Zulässigkeit der Vereinbarung als auch eine Aufklärung der Parteien zu erfolgen haben. Ersteres ergibt sich daraus, dass ein Verstoß gegen materielles Recht oder die guten Sitten ein **Protokollierungsverbot** bildet<sup>27)</sup>, Zweiteres aus § 54 Abs 4 Geo. Danach hat der mit der Entgegennahme und Beurkundung mündlichen Anbringens beauftragte Richter die Parteien über die in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen zu **belehren** und zu allen nach der Sach- und Rechtslage erforderlichen Angaben zu veranlassen. Die Mat<sup>28)</sup> konkretisieren dies noch weiter, dass, damit das Gericht die Zulässigkeit des Vergleichsabschlusses prüfen und beurteilen kann, es die Parteien zu veranlassen hat, alle nach der Sach- und Rechtslage erforderlichen Angaben zu machen, so etwa zur Prüfung einer allfälligen Umgehung zwingender (Kündigungsschutz-)Bestimmungen. Zur Ermittlung fremden Rechts kann das Gericht auch die Parteien zur Mitwirkung auffordern (§ 271 ZPO; § 3 f IPRG). →

22) 24 BlgNR 22. GP 20.

23) Falk/Koren, ZivMediatG (2005) § 16 Rz 22, 9, die darauf hinweisen, dass die Grenzen fließend seien.

24) Ferz/Filler, Mediation § 16 Rz 5.

25) Roth/Gherdane, in Hopt/Steffek, Mediation 158.

26) Vgl Roth/Gherdane, in Hopt/Steffek, Mediation 135.

27) Kodek in Fasching/Konecny<sup>2</sup> § 433 ZPO Rz 19; ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 12. Vgl auch Art 1 Abs 1 letzter Satz MediationsRL; Kloiber, ZfRV 2011/16 (127).

28) ErläutRV 1055 BlgNR 24. GP 12.

### 3. Kosten

Die Kosten des prätorischen Mediationsvergleichs richten sich mangels Sonderbestimmung nach den **allgemeinen Regeln** über den **prätorischen Vergleich** (§ 433 ZPO). Danach ist die Pauschalgebühr nach TP 1 zu entrichten; die Pauschalgebühr ermäßigt sich dabei auf die Hälfte (Anmerkung 2 zu § 32 TP 1 GGG).<sup>29)</sup> Hinzu tritt gegebenenfalls die Gebührenpflicht nach § 33 GebührenG.<sup>30)</sup>

Sollten schon Kosten für einen außergerichtlichen Vergleich angefallen sein, die für nicht anhängige Rechtsstreitigkeiten in der Höhe von 2% vom Gesamtwert der von jeder Partei übernommenen Leistungen anfallen (§ 33 TP 20 Abs 1 GebG), treten die Kosten für den prätorischen Vergleich hinzu. Dies ergibt sich aus VwGH 93/16/0014.<sup>31)</sup>

### D. Umsetzungsmangel

Ein offensichtlicher Umsetzungsmangel hinsichtlich der „Vollstreckbarmachung“ einer die Mediation abschließenden Vereinbarung besteht darin, dass die MediationsRL in Art 6 Abs 1 vorsieht, dass diese auch „von einer der Parteien mit ausdrücklicher Zustimmung der anderen“ beantragt werden kann. Dies ist weder beim vollstreckbaren Notariatsakt noch dem neuen prätorischen Mediationsvergleich vollständig erfüllt, worauf schon mehrmals hingewiesen wurde.<sup>32)</sup>

Das Problem ist hausgemacht, weil sich der österr Gesetzgeber<sup>33)</sup> bei seiner Umsetzung dazu entschlossen hat, gerade nicht ein Verfahren zur „Vollstreckbarmachung“ einer bestehenden Urkunde vorzusehen, das die Gründe zur Verweigerung der Vollstreckbarmachung und das Verfahren näher ausgestaltet. Als Vorbild hätten auch die Bestimmungen über die Solennisierung nach der NO dienen können, die an die Vorgaben der MediationsRL angepasst hätten werden können. In diesem Rahmen hätten alle zum prätorischen Vergleich differenziert zu behandelnden Fragen, wie etwa An-

tragslegitimation, Entscheidungsform, Anfechtbarkeit, Belehrung der Parteien, von Amts wegen und auf Antrag zu überprüfenden Hindernisse der Verleihung der Vollstreckungswirkung geregelt werden können und sollen. Sinnvoll, weil mit Entlastungswirkung für die Gerichte, wäre es gewesen, eine **Substitution der richterlichen Belehrung** der Parteien insofern vorzusehen, als an dessen Stelle auch der Nachweis über eine bereits erfolgte Rechtsberatung treten kann.<sup>34)</sup> Dies sollte auch durch eine als „neutral“ anzusehende Stelle erfolgen können, wie zB durch einen Anwalt, Notar oder eine gesetzliche Interessenvertretung. Der österr Rechtsordnung ist eine derartige Verpflichtung vor der Aufgabe wesentlicher Rechte ohnehin nicht unbekannt (s zB § 10 Abs 7 MSchG, § 14 Abs 5 BAG – Belehrung bei der einvernehmlichen Auflösung des Dienstverhältnisses minderjähriger [werdender] Mütter bzw Lehrlinge). Schon aus Gründen der Rechtsstaatlichkeit und aus Schutzerwägungen steht der Gesetzgeber einer nahezu „automatischen“ Verleihung der Vollstreckungswirkung zu Recht skeptisch gegenüber und verlangt eine Überprüfung durch in besonderer Weise als neutral anzusehende Personen (Richter und Notare).<sup>35)</sup> Das entsprechende Verfahren dazu vorzusehen, wäre wünschenswert.

29) *Fellner*, Stempel- und Rechtsgebühren (2011) § 33 TP 20 GebG Rz 24.

30) Vgl *Kodek in Fasching/Konecny*² § 433 ZPO Rz 22 ff.

31) AnwBl 1994/4659 (abl *Arnold*) = RZ 1994, 219 f (abl *Fucik*).

32) *Frauenberger-Pfeiler*, in *Fucik ua*, Zivilverfahrensrecht JB 2010, 237 (242 ff); *dies*, Jüngste Entwicklungen im Recht der Mediation, Manuskript eines am 21. 10. 2010 beim Fachtag Wirtschaftsmediation (15 Jahre ÖBM) gehaltenen Vortrags, download unter [www.oebm.at/cms/fileadmin/users/redaktions-upload/Bundes-Bereich/Juengste-Entwicklungen\\_im\\_Recht\\_der\\_Mediation\\_Druck\\_LF.pdf](http://www.oebm.at/cms/fileadmin/users/redaktions-upload/Bundes-Bereich/Juengste-Entwicklungen_im_Recht_der_Mediation_Druck_LF.pdf) (16. 7. 2012).

33) Zur deutschen Umsetzung vgl FN 14.

34) Vgl den Vorschlag zu einem § 796 d Abs 2 dZPO, der nicht Gesetz wurde (FN 13).

35) Vgl auch *Kloiber*, ZfRV 2011/16 (127).

#### → In Kürze

Im Zuge eines Mediationsverfahrens getroffene Vereinbarungen in Zivilrechtssachen nach dem 30. 4. 2011 können Gegenstand eines neu geschaffenen prätorischen Mediationsvergleichs gem § 433 a ZPO sein und dadurch Vollstreckbarkeit erlangen. Dabei kommt es uE auf die Qualifikation des Mediators/der Mediatorin nicht an, sofern es sich nur um eine schriftliche Vereinbarung aus einem Mediationsverfahren handelt. Auch wenn dadurch neben dem vollstreckbaren Notariatsakt und der Möglichkeit zur Klageerhebung eine weitere Möglichkeit zur Vollstreckbarmachung von Mediationsvereinbarungen geschaffen wurde, setzt diese Norm die einschlägigen Bestimmungen der MediationsRL nur mangelhaft um und lässt überdies zahlreiche Anwendungsfragen offen.

#### → Zum Thema

##### Über die Autoren:

Ass.-Prof. Dr. Ulrike Frauenberger-Pfeiler forscht und lehrt am Institut für Zivilverfahrensrecht der Universität Wien und ist Koordinatorin des Wahlfachkorbes „Mediation und ADR“. Kontaktadresse: Schenkenstrasse 8 – 10, 1010 Wien. E-Mail: [ulrike.frauenberger@univie.ac.at](mailto:ulrike.frauenberger@univie.ac.at), Internet: [zvr.univie.ac.at](http://zvr.univie.ac.at)

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak forscht und lehrt am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien. Kontaktadresse: Schenkenstrasse 8 – 10, 1010 Wien. E-Mail: [martin.risak@univie.ac.at](mailto:martin.risak@univie.ac.at), Internet: [www.univie.ac.at/arbeitsrecht](http://www.univie.ac.at/arbeitsrecht)

