

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Helge Hoch, Eckart Ratz, Ronald Rohrer

MRK-Entscheidungen Wolf Okresek

Mai 2012

09

385 – 432

Aktuelles

Sicherheitsbehörden-Neustrukturierung ➔ 385

Beiträge

Reform des Volksgruppenrechts

Jürgen Pirker ➔ 396

Die Mediation im Arbeitsrecht

Martin Risak ➔ 389

Evidenzblatt

Verjährung von Zinsen ist in
der Insolvenz gehemmt Katharina Schmögl ➔ 409

Amtswegigkeit auch im Grundrechts-
beschwerdeverfahren ➔ 418

Eigentümergeinschaft ist nicht automatisch legitimiert

Reinhard Pesek ➔ 413

MRK-Entscheidung

Pressefreiheit versus Schutz der Identität ➔ 426

Sprache und Recht

Nicht von schlechten Kindeseltern Robert Fucik ➔ 432

Die Mediation im Arbeitsrecht

Grundlagen und aktueller Stand^{*)}

Der Mediation als Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung wird gerade zur Lösung arbeitsrechtlicher Konflikte grundsätzlich großes Potenzial eingeräumt. Sie ist wohl deshalb auch in Randbereichen sogar schon gesetzlich verankert – von den Rechtsunterworfenen angenommen ist sie hingegen noch lange nicht. Der Beitrag möchte einen ersten Schritt in diese Richtung unternehmen, indem er als Basis für weitere Untersuchungen die Grundlagen darlegt sowie den Status quo darstellt.

Von Martin Risak

Inhaltsübersicht:

- A. Grundsätzliches
 - 1. Zum Begriff der Mediation
 - 2. Arten von Konflikten im Arbeitsleben
 - 3. Warum überhaupt Mediation?
- B. Europarechtliche Entwicklungen in Bezug auf das Arbeitsrecht
- C. Regelung im österreichischen Arbeitsrecht
 - 1. Grundsätzlicher rechtlicher Rahmen
 - 2. Behindertenmediation
 - 3. Lehrlingsmediation
- D. Bewertung und Ausblick

A. Grundsätzliches

1. Zum Begriff der Mediation

Schon seit geraumer Zeit werden sowohl auf EU-Ebene als auch von nationalen Gesetzgebern immer wieder Schritte gesetzt, die zu staatlichen Gerichtsverfahren alternative Streitbeilegungsmethoden (Alternative Dispute Resolution – ADR) attraktiver machen und damit ihre Nutzungsfrequenz erhöhen sollen. Bei diesen spielt neben der Schiedsgerichtsbarkeit (*arbitration*) und der Schlichtung (*conciliation*) va die Mediation eine herausragende Rolle. Bei einem weiten Begriffsverständnis wird darunter die **Unterstützung einer Verhandlung durch einen neutralen Helfer** (Mediator) verstanden, der seine Tätigkeit als Dienstleistung für die Verhandlungsparteien (Medianden) ausübt und der **keine Entscheidungsbefugnis** besitzt.¹⁾ Die einschlägigen rechtlichen Regelungen grenzen die Mediation von anderen Formen der Konfliktlösung durch nicht entscheidungsbefugte Dritte noch weiter ein, indem sie die **Strukturiertheit des Mediationsverfahrens** betonen. So definiert Art 3 lit a RL 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (idF MediationsRL) sowie in dessen Umsetzung § 2 Abs 2 Z 1 EU-MediatG²⁾ Mediation als „*strukturiertes Verfahren [...] in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen*“. Der Mediator soll außerdem wirksam, unparteiisch und sachkundig sein (Art 3 lit a MediationsRL, § 2 Abs 1 Z 2 EU-MediatG), wobei sich Letzteres auf die Kompetenz, ein strukturiertes Mediationsverfahren durchzuführen, beziehen wird. Das Zivilrechts-Media-

tions-Gesetz (ZivMediatG),³⁾ das älter als die MediationsRL ist, enthält in seinem § 1 eine noch detailliertere Definition, wonach Mediation eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit ist, 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.

Abzugrenzen ist diese Methode der außergerichtlichen Streitbeilegung va von zwei anderen Verfahren – der Schiedsgerichtsbarkeit und der Schlichtung. Hinsichtlich der **Schiedsgerichtsbarkeit** (*arbitration*) ist dies relativ einfach: Der Mediator ist anders als der Schiedsrichter von den Streitparteien nicht mit der Macht ausgestattet, den Rechtsstreit für diese durch eine Entscheidung verbindlich zu regeln. Was nun die **Schlichtung** betrifft, ist dies ungleich schwieriger, weil schon die Terminologie sehr unklar ist. Gerade im englischsprachigen Raum werden die Termini „*mediation*“ und das der Schlichtung entsprechende „*conciliation*“ synonym verwendet.⁴⁾ Wenn ein Unterschied gesehen wird, dann darin, dass der „*conciliator*“ im Wesentlichen eine bloß vermittelnde Funktion hat und insb keine Vorschläge für eine mögliche Vereinbarung macht, was dem Mediator vorbehalten sein soll.⁵⁾ Das Verständnis von Schlichtung im deutschsprachigen Raum ist dazu geradezu gegenläufig: Die Schlichtung, die in Deutschland insb bei Tarifkonflikten und damit im Zusammenhang stehenden Arbeitskämpfen eine

*) Frühere Versionen dieses Aufsatzes wurden im Rahmen eines Berufungsvortrags an der Universität Innsbruck am 21. 9. 2011 sowie auf der Jahreskonferenz der German Industrial Relations Association (GIRA) in Düsseldorf am 13. 10. 2011 präsentiert; den Teilnehmern sei für ihre Diskussionsbereitschaft gedankt. Der Autor wurde bei Abfassung des Beitrags durch ein Marie Curie International Outgoing Fellowship im Rahmen des 7. EG-Rahmenprogramms unterstützt.

1) So zB *Haft in Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation² (2009) § 2 Rz 1.
 2) BG über bestimmte Aspekte der grenzüberschreitenden Mediation in Zivil- und Handelssachen, BGBl I 2011/21.
 3) BG über Mediation in Zivilrechtssachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), BGBl I 2003/29.
 4) Siehe zB *Geare/Edgar*, Employment Relations – New Zealand and Abroad (2007) 145, 147; *Brown*, Negotiation and Collective Bargaining, in *Colling/Terry* (Hrsg), Industrial relations – Theory and Practice³ (2010) 268.
 5) Siehe zB *Adam*, Austria: individual disputes at the workplace – alternative dispute resolution, Country report for eironline, www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0910039 s/at0910039 q.htm (20. 12. 2011); *Purcell*, Individual disputes at the workplace: Alternative Dispute Resolution (2010), www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0910039 s/index.htm (20. 12. 2011).

ÖJZ 2012/41

Mediation;
 Alternative Dispute Resolution (ADR);
 Schlichtung;
 Lehrling;
 begünstigte Behinderte

Rolle spielt, soll dadurch gekennzeichnet sein, dass der Schlichter einen unverbindlichen Vorschlag zur Einigung unterbreiten soll.⁶⁾ Die Begründung des Gesetzesentwurfs für ein (deutsches) Mediationsgesetz⁷⁾ unterscheidet die Schlichtung von der Mediation ebenfalls dadurch, dass es sich bei Ersterer um ein Verfahren handelt, bei dem die den Streit schlichtende Person eine bestimmte Konfliktlösung vorschlagen kann. Im arbeitsrechtlichen Kontext spielt die Schlichtung in Österreich va im Zusammenhang mit dem Abschluss sog „zwingender“ Betriebsvereinbarungen eine Rolle, wo eine auch mit Sozialpartnern besetzte Schlichtungsstelle zur einvernehmlichen Beilegung des Konflikts und – im Falle des Scheiterns – sogar zur Entscheidung berufen ist.⁸⁾ Das deutschsprachige Verständnis der Mediation und der Rolle des Mediators im Konfliktlösungsprozess sieht, mit diesem Verständnis der Schlichtung im Einklang stehend, zumindest die Erstattung eines offiziellen abschließenden Lösungsvorschlags als mit der Rolle eines Mediators für unvereinbar an, weil sich dieser damit positioniert und von seiner Rolle als neutraler bzw allparteilicher Mittler entfernt.

2. Arten von Konflikten im Arbeitsleben

Bei Konflikten im Arbeitsleben ist es zweckmäßig, zwischen sog Rechtsstreitigkeiten und Regelungsstreitigkeiten zu unterscheiden, weil diese strukturell verschieden sind und traditionell auf unterschiedliche Weise gelöst werden.⁹⁾

→ **Rechtsstreitigkeiten** (*disputes of rights*) sind Konflikte über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts. Es geht dabei um die Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter eine bestehende Rechtsvorschrift, wobei die Uneinigkeiten einerseits auf der Tatsachenebene (Was ist tatsächlich passiert?) und andererseits auf der Rechtsebene (Was ist der Inhalt der Norm?) bestehen können.

→ **Regelungsstreitigkeiten** (*disputes of interest*) sind hingegen Konflikte über die Schaffung neuen Rechts sowohl in Form von kollektiven Rechtsquellen, dh Betriebsvereinbarungen und Kollektivverträgen, als auch über auf Vertrag begründete Rechtspositionen. In Österreich, so wie in vielen anderen Rechtsordnungen, ist für die Lösung von Arbeitsrechtsstreitigkeiten die Gerichtsbarkeit in Form einer besonderen Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig. Gerade in jüngerer Zeit kommen, wie eine aktuelle Studie der Dublin-Foundation zeigt,¹⁰⁾ auch in Europa verstärkt Formen außergerichtlicher Konfliktlösung zum Einsatz. Eine dieser alternativen Formen der Streitbeilegung ist neben der Schlichtung durch Schlichter, die Arbeitsinspektoren oder die Sozialpartner sowie der Schiedsgerichtsbarkeit die Mediation.

Vor allem für **kollektive Regelungsstreitigkeiten** sind schon seit langem in den meisten industrialisierten Staaten unterschiedliche Formen von Schlichtungsverfahren bis hin zu einer Zwangsschlichtung im Einsatz. Man kann sogar sagen, dass sich der Begriff der Mediation va im Zusammenhang mit der Intervention Dritter bei kollektiven Konflikten in den USA erstmals entwickelt hat. Auch in Österreich sind sowohl auf betrieblicher als auch auf überbetrieblicher Ebene Institutionen zur Schlichtung kollektiver Regelungskonflikte vorgese-

hen. Während die Schlichtungsstellen bei Konflikten über den Abschluss, die Abänderung oder die Beendigung von erzwingbaren Betriebsvereinbarungen eine gewisse, wenn auch nicht unbedingt quantitativ bedeutende Rolle spielen,¹¹⁾ hat das mit der Vermittlung bei mit Kollektivverträgen im Zusammenhang stehenden Konflikten betraute Bundeseinigungsamt (§ 141 f, §§ 153 – 158 ArbVG) keine praktische Bedeutung erlangt.¹²⁾

Da der Fokus der jüngeren Aktivitäten des europäischen sowie des nationalen Gesetzgebers va auf dem Einsatz von Mediation zur Lösung **individueller Rechtsstreitigkeiten** liegt, sollen diese in der Folge näher beleuchtet werden.

3. Warum überhaupt Mediation?

Die durch Mediation zu erzielenden Effekte können nach *N. Alexander*¹³⁾ im Wesentlichen in die folgenden sechs Gruppen gegliedert werden. Eine derartige Analyse ist va deshalb von Bedeutung, weil einerseits die hinter der Förderung von bzw der Kritik an dieser Streitbeilegungsmethode stehende Ideologie klarer hervortritt und andererseits – da die Ziele uU sogar gegenläufig sein können – nur so eine seriöse Evaluierung des Erfolgs von Mediationsregelungen und -programmen erfolgen kann.

Wesentlich ist außerdem, dass **kein einheitliches Mediationsmodell** besteht, sondern in der Praxis eine große Bandbreite aufgefunden werden kann, wobei die verfolgten Ziele sowie die Rolle des Mediators stark variieren.¹⁴⁾ Aus diesen Gründen ist es sowohl auf politischer Ebene als auch auf Ebene der Konfliktparteien von eminenter Bedeutung, hinsichtlich der Ziele ebenso wie der Art der Mediation Klarheit zu gewinnen.

→ Die häufigste Begründung für einen verstärkten Einsatz von Mediation liegt darin, dass diese eine **effiziente Art und Weise** sei, **Konflikte beizulegen**.¹⁵⁾

6) *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft² (2011) 54; *Prütting in Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation² (2009) § 21 Rz 5.

7) BT Drucksache 17/5335, 10; vgl auch Art 6 (4) UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliations (www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2002Model_conciliation.html [19. 12. 2011]).

8) Siehe dazu insb *Weiss*, Das Verfahren vor der Schlichtungsstelle, in *Körber-Risak/Wolf*, Die Betriebsvereinbarung vor der Schlichtungsstelle (2009) 117 ff.

9) Siehe zB *Geare/Edgar*, Employment Relations 146.

10) *Purcell*, Individual disputes at the workplace: Alternative Dispute Resolution (2010).

11) Im Zeitraum 1975 – 2008 wurden nach den vom BMAGS zur Verfügung stehenden Daten 85 Schlichtungsstellenverfahren eingeleitet, von denen 50 mit einer Entscheidung endeten; *Risak*, Austrian Practice in the Prevention and Amicable Settlement of Labour Disputes, in *Risak/Holter*, Strengthening the Mechanisms of Labour Dispute Prevention and Amicable Resolution in the Western Balkan Countries and Moldova (2009) 35 (50).

12) Kritisch über das Potenzial von Mediation zur Beilegung kollektiver Konflikte *Schindler*, Mediation in der komplexen Struktur des Arbeitslebens – ein neuer „Zugang zum Recht“ für Arbeitnehmerinnen? in *FS Cerny* (2001) 635 (647, 654).

13) *Global Trends in Mediation* (2006) 9.

14) Siehe dazu *Dörflinger-Khashman*, Modelle von Mediation: Orientierung beim Navigieren in unbekanntem Gewässern, *perspektive mediation* 2011/1, 15, sowie die umfangreiche englischsprachige Lit wie insb *Risikin*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, *Harvard Negotiation Law Review* 1996, 1; *ders*, Decision-Making in Mediation: The New Old Grid and the New New Grid System, *Notre Dame Law Review* 2003, 1; *N. Alexander*, The Mediation Meta-Modell – Understanding Practise, *Conflict Resolution Quarterly* (CRQ) 2008, 97, sowie die instruktive Übersicht bei *Boule/Goldblatt/Green*, *Mediation – Principles, Process, Practice*² (2008) 36.

15) Siehe zB zuletzt *Benn-Ibler*, Und die Mediation? *AnwBl* 2011, 301.

Dies betrifft sowohl das Zeit- und Kostenmoment¹⁶⁾ für die Konfliktparteien als auch den Effekt der Entlastung des staatlichen Justizsystems von Prozessen, die ohnehin im Vergleichswege beigelegt werden würden. Mit dem Fokus auf der Erzielung von Vergleichen führt die Fokussierung auf eine schnelle Einigung in der Praxis zu einem stark auf Rechtsfragen konzentrierten Mediationsstil, der stärkere Interventionen von Seiten des Mediators (insb auch Vergleichsvorschläge) für zulässig ansieht (sog „aktive Mediation“¹⁷⁾ oder vergleichsorientierte Mediation).

- Eine zweite wesentliche Zielsetzung kann die Verbesserung des **Zugangs zum Recht** sein:¹⁸⁾ Dies kann zum einen eine Folge der Entlastung der Gerichte sein, zum anderen stellt das informelle und kostengünstige Mediationsverfahren Bevölkerungsgruppen einen Rechtsdurchsetzungsmechanismus zur Verfügung, die durch ein förmliches Gerichtsverfahren oder die damit verbundenen Kosten abgeschreckt werden. Unter diesem Aspekt wird aber auch darauf hingewiesen, dass Mediation im Gegensatz zu einem Gerichtsverfahren gerade keine formellen Verfahrensgarantien kenne und deshalb nur „Gerechtigkeit zweiter Klasse“ biete, weil sie insb ein Kräfteungleichgewicht zwischen den Konfliktparteien uU nicht ausgleichen könne.¹⁹⁾
- Mediation ermöglicht den Konfliktparteien die Findung von **selbstverantwortlichen Lösungen** – sie sollen ihren Konflikt nicht an Dritte abgeben, sondern selbst eine aktive Rolle im Lösungsprozess spielen. Konkret sollen sie ihre Bedürfnisse und Interessen artikulieren, kreative Lösungsmöglichkeiten erarbeiten, die die Bedürfnisse aller am Konflikt beteiligten Parteien befriedigen und die Interessenverfolgung maximieren sollen sowie – va – ihre eigenen Lösungen erarbeiten. Diese Zwecksetzung konzentriert sich weniger auf einen raschen Vergleichsabschluss, sondern darauf, die Parteien zu „ermächtigen“ (*empowerment*), eigene, für alle am Konflikt Beteiligten akzeptable Lösungen zu finden, die ihre jeweiligen Bedürfnisse und Interessen widerspiegeln.²⁰⁾ Dieser Zugang wird idR mit einem auch relationale Aspekte mit einbeziehenden Mediationsstil in Verbindung gebracht („passive Mediation“²¹⁾ oder *facilitative mediation*), der wesentliche Anstöße aus der sog „Harvard-Methode“ des Verhandeln²²⁾ bezieht.
- Ein weiteres mögliches Ziel von Mediationsprogrammen kann die **Transformation der Konfliktinteraktion zwischen den Parteien** sein: Hier werden nicht so sehr deren Interessen und Bedürfnisse einander gegenübergestellt als an ihrer Beziehung gearbeitet. Durch den Prozess von Ermächtigung (*empowerment*) und gegenseitigem Verständnis (*recognition*) soll die Art verändert bzw transformiert werden, wie die Konfliktparteien miteinander interagieren.²³⁾ Diese transformative Form der Mediation ist nicht nur im Bereich des außergerichtlichen Tauschgleichs, der Familien- sowie der Nachbarschaftsmediation von großem Einfluss, sondern hat auch wegen seines Einsatzes beim US Postal Service für arbeitsrechtliche Konflikte in der Fachwelt große Beachtung erfahren.²⁴⁾
- Darüber hinaus kann Mediation auch darauf abzielen, nicht nur die **Konfliktkultur** zwischen den Kon-

fliktparteien, sondern **in einer Gesellschaft** überhaupt von einer von Gegnerschaft geprägten zu einer kooperativen zu verändern.²⁵⁾ Dieser Zugang ist zB Basis für Mediationsprogramme in Schulen, in denen Schüler als Konflikt-Coaches ihrer Kollegen ausgebildet werden.

- Da Mediation durch Private zu einer Privatisierung und zur Deregulierung der Streitlösung führt, führt sie auch zu einer **Lockerung der sozialen Kontrolle** – dies kann insb dort beobachtet werden, wo Branchen eigene, für den Konfliktpartner kostenlose Konfliktlösungsmechanismen zB in Form von Ombudsleuten institutionalisieren. Dies ermöglicht insb Konsumenten eine schnelle und kostengünstige Lösung des individuellen Konflikts, entzieht diese aber externen Normen und damit öffentlicher Kontrolle.

Auf europäischer ebenso wie auf nationaler Ebene werden die ersten drei dargestellten Ziele immer wieder nebeneinander genannt, wobei unter ihnen keine Priorisierung erfolgt – wie bereits erwähnt macht dies eine Evaluierung mitunter schwierig, wenn sie denn überhaupt stattfindet.

B. Europarechtliche Entwicklungen in Bezug auf das Arbeitsrecht

Auf europäischer Ebene hat der Europäische Rat in Bezug auf das Arbeitsrecht in Laeken schon im Dezember 2001 nachdrücklich darauf hingewiesen, wie wichtig es ist, soziale Konflikte, insb soziale Konflikte grenzüberschreitender Art, durch freiwillige Schlichtungsmechanismen zu verhindern bzw beizulegen.²⁶⁾ 2002 kam es zur Vorlage des Grünbuchs über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht,²⁷⁾ das

16) Vgl ErwGr 6 MediationsRL: „[. . .] kostengünstige und rasche außergerichtliche Streitbeilegung [. . .]“; ErläutRV des ZivMediatG 24 BlgNR 22. GP 2: „den Parteien in der Regel Geld und Zeit erspart“, „wirksamer Beitrag zur Entlastung der Gerichte und der Verwaltungsbehörden.“

17) *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation² § 12 Rz 103.

18) So insb ErwGr 3 MediationsRL.

19) Dies grundsätzlich für das Arbeitsrecht jedoch positiv beurteilend *Schindler* in FS Cerny 646.

20) ErwGr 6 MediationsRL nimmt darauf Bezug als „Vereinbarungen, die im Mediationsverfahren erzielt wurden, [. . .] eher freiwillig eingehalten [werden] und [. . .] eher eine wohlwollende und zukunftsfähige Beziehung zwischen den Parteien [wahren]“. Vgl auch ErläutRV 24 BlgNR 22. GP 2: „auch gegenwarts- und zukunftsorientiert ist, indem es die Interessen der Parteien in umfassender Weise berücksichtigt“, „als besonders vorteilhaft, wenn etwa scheinbar gescheiterte Geschäftsbeziehungen wieder geheilt und fortgesetzt werden“; „die hohe Akzeptanz der Ergebnisse und die Zufriedenheit der Parteien [. . .] führe letztlich zu einer besseren Zahlungsmoral [. . .]“.

21) *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation² § 12 Rz 104.

22) *Fisher/Ury/Patton*, *Getting to Yes*² (1991), auf Deutsch *Fisher/Ury/Patton*, *Das Harvard Konzept. Sachgerecht verhandeln – erfolgreich verhandeln* (2000).

23) Grundlegend *Bush/Folger*, *The Promise of Mediation*² (2005) sowie *Folger/Bush/Della Noche* (Hrsg), *Transformative Mediation: A Sourcebook* (2010).

24) Dazu zuletzt *Nabachi/Bingham/Moon*, *Evaluating Transformative Practise in the U.S. Postal Service REDRESS Program*, *Conflict Resolution Quarterly* (CRQ) 2010, 257.

25) Siehe zB die Begründung für den Entwurf für ein (deutsches) MediationsG, BT-Drucksache 17/5335, 12, wo von einer „Verbesserung der Streitkultur“ die Rede ist.

26) RN 25 der Schlussfolgerungen des Vorsitzes – Laeken 14. und 15. 12. 2001, SN 300/1/01 REV 1 (www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/68829.pdf [19. 12. 2011]).

27) KOM(2002) 196 endg.

ein eigenes Unterkapitel über Maßnahmen zur Förderung von ADR auf dem Gebiet des Arbeitsrechts enthält. Nach der Erlassung eines Verhaltenskodex für Mediatoren²⁸⁾ als Maßnahme der Qualitätssicherung kam es 2008 zur Verabschiedung der RL 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen,²⁹⁾ die für Österreich bis zum 20. 5. 2011 umzusetzen war.

Neben diesen letztlich in der sog MediationsRL ihren Abschluss findenden legislativen Aktivitäten hat die Kommission zahlreiche Studien in Auftrag gegeben, die den Status quo in den Mitgliedstaaten aufarbeiten und Empfehlungen für eine Weiterentwicklung abgeben. Im Bereich des Arbeitsrechts ist va die Studie des *Instituto Complutense des Estudios Internationales* „Labour conciliation, mediation and arbitration in European Union countries“ von 2003, die 2012 aktualisiert werden soll,³⁰⁾ ebenso zu erwähnen wie jene der *European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions* („Dublin Foundation“) von 2010 über ADR im Zusammenhang von individuellen Arbeitsrechtsstreitigkeiten.³¹⁾ Beide Studien weisen auf die große Bandbreite unterschiedlicher nationaler Zugänge zur außergerichtlichen Lösung arbeitsrechtlicher Konflikte hin, wobei das nationale System der Arbeitsbeziehungen eine große Rolle spielt und deshalb die Sozialpartner, insb die Gewerkschaften, traditionelle Formen arbeitsrechtlicher außergerichtlicher Konfliktlösung stark prägen. Schon im Grünbuch³²⁾ wird ausgeführt, dass den Sozialpartnern in den arbeitsrechtlichen ADR-Verfahren, die nach eigenen Gesetzmäßigkeiten ablaufen, besondere Bedeutung zukommt. Für die arbeitsrechtlichen ADR-Verfahren sind größtenteils die Sozialpartner zuständig, wobei bei deren Scheitern häufig staatliche ADR-Einrichtungen zur Verfügung stehen.

Da jedoch der Einfluss kollektiver Mächte im Arbeitsverhältnis sich zumindest im Umbruch, wenn nicht sogar im Niedergang befindet, wird Mediation als Ausgleich dieses Vakuums gesehen, ein Zugang, der überdies der fortschreitenden stärkeren Individualisierung des Arbeitsverhältnisses entspricht.

C. Regelung im österreichischen Arbeitsrecht

1. Grundsätzlicher rechtlicher Rahmen

Österreich hat schon relativ früh, nämlich 2003, mit einer umfassenden gesetzlichen Regelung, dem ZivilrechtsmediationsG,³³⁾ das die Mediation durch sog „eingetragene Mediatoren“ in Zivilrechtssachen, wozu auch dem ASGG unterliegende arbeitsrechtliche Streitigkeiten zählen, auf die zunehmende Bedeutung von Mediation reagiert.

Schon davor war die Mediation in Teilbereichen materiellrechtlich verankert:³⁴⁾ in Scheidungsangelegenheiten mit dem durch das EheRÄG 1999³⁵⁾ neu eingeführten §§ 99 EheG und 39c FLAG. Im Jahre 2001 erfolgte dann mit dem KindRÄG³⁶⁾ eine Ausweitung des Anwendungsgebiets auf kinschaftsrechtliche Angelegenheiten. Im Strafrecht erhielt der im internationalen Diskurs als Anwendungsbereich der Mediation angesehene außergerichtliche Tatausgleich (ATA) mit der StP-Novelle 1999³⁷⁾ auch im Erwachsenenstrafrecht seine dauerhafte gesetzliche Grundlage, nachdem dieser bereits 1988 in das Jugendstrafverfahren eingeführt

worden war. Zwischenzeitlich findet sich eine Erwähnung der Mediation va im Nachbarschaftsrecht (Art III ZivRÄG 2004,³⁸⁾ § 79 m GentechnikG³⁹⁾).

Als derzeit letzter Schritt kann das mit 1. 5. 2011 in Kraft getretene EU-Mediations-Gesetz⁴⁰⁾ (EU-MediatG) angesehen werden, das der Umsetzung der bereits erwähnten MediationsRL dient. Mit selbem BGBl wurde auch in die ZPO ein neuer § 433 a eingefügt, wonach „über den Inhalt der in einem Mediationsverfahren über eine Zivilrechtssache erzielten schriftlichen Vereinbarung [...] vor jedem Bezirksgericht ein gerichtlicher Vergleich geschlossen werden“ kann.

Im Arbeitsrecht ist die Mediation nur in Randbereichen gesetzlich verankert, wenn ihr auch grundsätzlich gerade in diesem Rechtsbereich großes Potenzial beschieden wird: Die Mediation hat einerseits im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Arbeitnehmern mit Behinderung (sog „Behindertenmediation“) und andererseits mit der Beendigung des Lehrverhältnisses (sog „Lehrlingsmediation“) gesetzlichen Niederschlag gefunden.

2. Behindertenmediation

Durch die Novelle BGBl I 2005/82 kam es in Umsetzung der GleichbehandlungsRL 2000/78/EG zur Einfügung eines Paragrafenblocks, der den **Schutz vor Diskriminierungen auf Grund der Behinderung in der Arbeitswelt** regelt. Hier ist vor Geltendmachung der Ansprüche vor Gericht zwingend ein Schlichtungsverfahren vor dem Bundessozialamt durchzuführen, wobei auf §§ 14 ff Bundes-BehindertengleichstellungG (BGStG) verwiesen wird. Diese sehen neben einem Schlichtungsverfahren, das darauf abzielen soll, einen einvernehmlichen Ausgleich der Interessengegensätze zwischen den Parteien herbeizuführen,⁴¹⁾ auch den Einsatz von Mediation durch externe eingetragene Mediatoren vor, welche den Parteien anzubieten ist (§ 15 BGStG).⁴²⁾ Der Unterschied zwischen der Schlichtung und der Mediation dürfte in erster Linie in der das auf eine gütliche Einigung abzielende Verfahren durchführenden Person liegen: Dies ist bei der Schlichtung ein Bediensteter des Bundessozialamts, bei der Mediation ein eingetragener Mediator. Das Bundessozialamt selbst beschreibt auf seiner Homepage die Schlichtung auf eine Weise, die auch für ein Mediationsverfahren zutreffen kann: „Das Schlichtungsgespräch findet unter der Leitung ausgebildeter SchlichtungsreferentInnen statt. SchlichtungsreferentInnen sind neutrale Ver-

28) http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_en.htm

29) ABi L 2008/136, 3.

30) Invitation to tender No VT/2011/074.

31) Purcell, Individual disputes at the workplace: Alternative Dispute Resolution (2010).

32) KOM(2002) 196 endg Rz 52.

33) BGBl I 2003/29.

34) Siehe dazu Ferz/Filler, Mediation (2003) 16 f.

35) BGBl I 1999/125.

36) BGBl I 2000/135.

37) BGBl 1999/55.

38) BGBl I 2003/91.

39) BGBl I 2004/126.

40) BGBl I 2011/21.

41) Dies unter Einbeziehung des Einsatzes möglicher Förderungsmöglichkeiten nach bundes- und landesgesetzlichen Vorschriften.

42) Siehe auch den in derselben Novelle eingefügten etwas rätselhaften § 24 f BEinstG, wonach Regelungen über die außergerichtliche Streitbeilegung, insb unter Einsatz der Mediation, vorzusehen sind.

mittler im Konflikt zwischen den beiden Parteien. Ihre Aufgabe ist es in erster Linie, einen optimalen Rahmen für die Einigungsgespräche zu schaffen. Das Verfahren ist bewusst formlos, eine anwaltliche Vertretung ist nicht erforderlich. Es können auf Wunsch auch Vertrauenspersonen hinzugezogen werden.⁴⁴³⁾

Die Kosten der sog. „Behindertenmediation“ sind vom Bund nach Richtlinien des zuständigen Bundesministers zu tragen.⁴⁴⁾ Die Mat, die die Mediation als zentrales Element der Schlichtung anführen, gehen von der Annahme aus, dass jährlich ca. 1.000 Fälle einer Mediation zugeführt werden und dass je Fall durchschnittlich fünf Mediationsstunden erforderlich sind.⁴⁵⁾ Hinsichtlich der Wirkungen der Mediation sind sie geradezu euphorisch: „Es ist – insbesondere im Hinblick auf die durchzuführende Mediation – zu erwarten, dass der überwiegende Teil der Diskriminierungsfälle im Schlichtungsverfahren einer gütlichen Einigung zugeführt werden und nicht zu Gericht kommen wird.“⁴⁶⁾ Damit sollen die Gerichte entlastet werden. Weiters findet sich der nicht weiter konkretisierte Hinweis, dass sich Mediation als Mittel der Streitschlichtung bewährt habe und bereits in verschiedenen gerichtlichen Verfahren zur Anwendung komme.⁴⁷⁾

Hinsichtlich der **tatsächlichen Inanspruchnahme von Mediation** in diesem Bereich liegen keine umfassenden öffentlich zugänglichen Daten vor; derzeit sind 43 Mediatoren in die auf der Homepage des Bundessozialamts veröffentlichten Liste eingetragen, ihre Inanspruchnahme soll sehr gering sein. Der Bericht des Bundessozialamts 2007/08⁴⁸⁾ führt aus, dass sich die erwartete höhere Inanspruchnahme dieses Einigungsinstruments nicht erfüllt habe: 2006/2007 wurde diese Möglichkeit nur in vier Fällen in Anspruch genommen, im selben Zeitraum fanden 243 Schlichtungsverfahren statt.

Die **Statistik** weist nur die durchgeführten **Schlichtungsverfahren** aus: Von 1. 1. 2006 bis Ende 2011 wurden insgesamt mehr als 1.000 Schlichtungsverfahren durchgeführt,⁴⁹⁾ womit auch hier hinter der in den Mat ausgesprochenen Erwartung von 1.000 Verfahren pro Jahr (!) eindeutig zurückgeblieben wurde. Die Tendenz ist aber grundsätzlich steigend: 2006 fanden insgesamt 130 Schlichtungsverfahren statt,⁵⁰⁾ 2010 wurden bundesweit 197 Schlichtungen eingeleitet, wobei 86 auf das BEinstG entfallen. In 51% der Fälle kam es zu einer Einigung, in 13% wurde der Antrag zurückgezogen.⁵¹⁾ Eine Evaluierung des Schlichtungsverfahrens beim BSA wurde 2011 vorgenommen, die Veröffentlichung sollte Anfang 2012 erfolgen.

3. Lehrlingsmediation

Eine weitere Verankerung hat die Mediation im Arbeitsrecht 2008 mit der Einfügung des § 15 a⁵²⁾ in das BAG erfahren, wodurch eine als „**Ausbildungsübertritt**“ bezeichnete neue Form der Beendigung des Lehrverhältnisses eingeführt wurde. Zu dessen Rechtswirksamkeit ist zwingend die vorherige Durchführung eines Mediationsverfahrens notwendig; es handelt sich somit um eine verpflichtend durchzuführende Mediation, ein Novum im österreichischen Rechtsbestand. Die Mat weisen darauf hin, dass die neue Auflösungsmöglichkeit keinen Spielraum für willkürliche Auflösungen von Lehrverhältnissen eröffnen soll, weshalb die Auflösung

nur zu ganz bestimmten Zeitpunkten möglich sein und ein vorgelagertes Mediationsverfahren auf die Lösung von Konflikten hinwirken soll, um alle Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Lehrverhältnisses auszuschöpfen.⁵³⁾

Technisch sieht der Einbau der Mediation in das Beendigungsverfahren in das BAG folgendermaßen aus:⁵⁴⁾

- Nach § 15 a Abs 3 BAG ist die außerordentliche Auflösung durch den Lehrberechtigten nur dann wirksam, wenn dieser die beabsichtigte außerordentliche Auflösung und die geplante Aufnahme eines Mediationsverfahrens spätestens am Ende des neunten bzw. 21. Lehrmonats dem Lehrling, der Lehrlingsstelle⁵⁵⁾ und gegebenenfalls dem Betriebsrat sowie dem Jugendvertrauensrat **mitgeteilt** hat und vor der Erklärung der außerordentlichen Auflösung ein Mediationsverfahren durchgeführt wurde und dieses auch beendet ist. Da die Auflösung nach Abs 1 leg cit nur unter Einhaltung einer einmonatigen Frist zum Ablauf des letzten Tages des zwölften bzw. 24. Monats der Lehrzeit möglich ist, muss das Mediationsverfahren mindestens einen Monat vor dem gesetzlichen Endtermin abgeschlossen sein.
- Das Mediationsverfahren muss iS der Freiwilligkeit zumindest auf Seiten des Lehrlings dann nicht durchgeführt werden, wenn er/sie die Teilnahme am Mediationsverfahren **schriftlich ablehnt**. Diese Ablehnung kann jedoch innerhalb einer Frist von 14 Tagen schriftlich widerrufen werden.⁵⁶⁾
- Hinsichtlich der **Auswahl des Mediators** gilt gem Abs 5 leg cit, dass der Lehrberechtigte dem Lehrling einen in der Mediatorenliste beim BMJ eingetragene

43) www.bundessozialamt.gv.at/basb/behindertengleichstellung/schlichtung/schlichtungsgespraech (20. 12. 2011); s auch das dort verfügbare Informationsblatt, in dem weiter ausgeführt wird: „Das Schlichtungsverfahren wird nach freiem Ermessen, aber unter Beachtung der Grundsätze der Unparteilichkeit, Unbefangenheit, Gerechtigkeit und Billigkeit durchgeführt. Der konkrete Verfahrensablauf wird in Abstimmung mit den Beteiligten festgelegt. Die SchlichtungsreferentInnen unterstützen die Schlichtungsbeteiligten im Bemühen, den Streit gütlich beizulegen. Die Einigung selbst kann aber nur einvernehmlich zwischen den Schlichtungsparteien erfolgen.“

44) BMSG-44150/0026-IV/1/2006 (www.bundessozialamt.gv.at/basb/Behindertengleichstellung/Schlichtung/Mediation [20. 12. 2011]), derzeit maximal 10 Stunden à € 84,- netto.

45) ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 1, 5.

46) ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 10, 15.

47) ErläutRV 836 BlgNR 22. GP 12.

48) *Bundessozialamt* (Hrsg), *Behindertengleichstellung – Bericht des Bundessozialamts 2006/2007* (2007) 13 (www.bundessozialamt.gv.at/cms/basb/attachments/8/6/9/CH0011/CMS1199698574311/bericht2006-2007.pdf [19. 12. 2011]).

49) www.bundessozialamt.gv.at/basb/neuigkeiten/hundstorfer:_schlichtungsverfahren_fuer_menschen_mit_behinderungen_hat_sich_bewaehrt (19. 12. 2011).

50) *Bundessozialamt* (Hrsg), *Behindertengleichstellung – Bericht des Bundessozialamts 2006/2007* (2007) 6 (www.bundessozialamt.gv.at/cms/basb/attachments/8/6/9/CH0011/CMS1199698574311/bericht2006-2007.pdf [19. 12. 2011]).

51) *Bundessozialamt* (Hrsg), *Geschäftsbericht 2010* (2011) 14 (www.bundessozialamt.gv.at/cms/basb/attachments/8/6/9/CH0011/CMS1199698574311/basb_gb_2010_screen.pdf [19. 12. 2011]).

52) BGBl I 2008/82; ebenso Art 1 § 135 LAG.

53) ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 5.

54) Siehe dazu insb *Burger*, 10 Stolpersteine auf dem Weg zum Ausbildungsübertritt, ZAS 2010, 162.

55) Diese hat wiederum die Arbeiterkammer binnen angemessener Frist über die Mitteilung zu informieren.

56) Die Mat (ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 7) weisen darauf hin, dass sich im Falle des Widerrufs der Ablehnung die Laufzeit des Mediationsverfahrens um den entsprechenden Zeitraum (14 Tage) verkürzt.

nen Mediator vorzuschlagen hat, den der Lehrling unverzüglich⁵⁷⁾ ablehnen kann. Diesfalls hat der Lehrberechtigte zwei weitere eingetragene Mediatoren vorzuschlagen, von denen der Lehrling unverzüglich eine Person auszuwählen hat. Wählt der Lehrling keine Person aus, ist der Erstvorschlag angenommen.

- Der Lehrberechtigte hat dann den Mediator spätestens am Ende des zehnten Lehrmonats bzw am Ende des 22. Lehrmonats zu beauftragen. In die Mediation sind der Lehrberechtigte, der Lehrling, bei dessen Minderjährigkeit auch der gesetzliche Vertreter und auf Verlangen des Lehrlings auch eine Person seines Vertrauens einzubeziehen.
- Gesetzlicher **Zweck der Mediation** ist es, die Problemlage für die Beteiligten nachvollziehbar darzustellen und zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses möglich ist.
- Die **Kosten** des Mediationsverfahrens hat der Lehrberechtigte zu tragen.
- Das Mediationsverfahren ist **beendet**, wenn eines der folgenden Ergebnisse erzielt wurde:
 - die Bereitschaft des Lehrberechtigten zur Fortsetzung des Lehrverhältnisses,
 - die Erklärung des Lehrlings, nicht weiter auf der Fortsetzung des Lehrverhältnisses zu bestehen,
 - die Erklärung der Mediation als beendet durch den Mediator.

Das Mediationsverfahren endet jedenfalls mit Beginn des fünften Werktags vor Ablauf des elften bzw 23. Lehrmonats, sofern zumindest ein Mediationsgespräch unter Beteiligung des Lehrberechtigten oder in dessen Vertretung einer mit der Ausbildung des Lehrlings betrauten Person stattgefunden hat.

Das Mediationsverfahren nach dem BAG (in der Praxis als „Lehrlingsmediation“ bezeichnet) weist zahlreiche Besonderheiten auf, von denen hier kurz auf zwei einzugehen ist: Einerseits die mangelnde Freiwilligkeit auf Seiten des Lehrberechtigten und die sich daraus allenfalls ergebenden Konsequenzen sowie andererseits die Folgen des ohne Einigung abgebrochenen Mediationsverfahrens.

Das ZivMediatG⁵⁸⁾ nennt ebenso wie die einschlägige Literatur⁵⁹⁾ die **Freiwilligkeit** des Verfahrens als eine der wesentlichen Säulen der Mediation. Auf rechtlicher Ebene spricht nichts dagegen, § 15 a BAG als lex specialis anzusehen, welches dieses Prinzip auf Seiten des Arbeitgebers einschränkt. Betrachtet man den hinter diesem Verfahrenskriterium stehenden Zweck, so liegt dieser darin, zwischen den Parteien eine möglichst offene Verhandlungsatmosphäre zu schaffen, in der es möglich ist, eine selbstverantwortliche Lösung zu erzielen. Es wird in der Lit darauf hingewiesen, dass dort, wo Mediationsverfahren gesetzlich vorgesehen sind (wie zB im Strafverfahren im Rahmen des außergerichtlichen Tauschgleichs), andere Elemente des Verfahrens, insb die jederzeitige Ausstiegsmöglichkeit der Medianden, durch den Mediator betont werden sollen, um die mangelnde Entscheidung über die Einlassung in das Mediationsverfahren zu kompensieren.⁶⁰⁾ Studien zeigen hohe Vergleichsquoten und Parteienzufriedenheit auch bei zwingend angeordneter Mediation⁶¹⁾ – Hinweise da-

rauf, dass, sollten die Konfliktparteien sich einmal in das Verfahren eingelassen haben, dieses seine kraftvolle Wirkung entfaltet.⁶²⁾ In der österreichischen Diskussion wird dies jedoch nicht unbedingt erkannt und vertreten, dass der Lehrberechtigte seiner Verpflichtung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens in rechtlich ausreichender Weise nachgekommen sei, wenn er an diesem nur insofern teilnehme, als er mitteile, dass er an diesem nicht mitwirken wolle.⁶³⁾ Dies verkennt mE nicht nur den Zweck des zwingend angeordneten Mediationsverfahrens, der nach den Mat⁶⁴⁾ darin liegt, die Problemlage für die Beteiligten nachvollziehbar darzustellen und zu erörtern, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Fortsetzung des Lehrverhältnisses möglich ist. Es sendet außerdem das falsche Signal an den Arbeitgeber und verhindert so dessen Einbeziehung in das Mediationsverfahren und damit das Wirksamwerden von dessen Effekten. Auf der anderen Seite ist jedoch zuzugeben, dass eine Prüfung, ob der Lehrberechtigte tatsächlich in einem ausreichenden Maße an der Mediation teilgenommen hat, nicht nur wenig praktikabel ist, sondern va an dem Vernehmungsverbot für Mediatoren nach § 320 Z 4 ZPO über das, was ihnen im Rahmen der Mediation anvertraut oder sonst bekannt wurde, scheitern wird. Aber auch wenn die Teilnahmepflicht nicht mit der Unwirksamkeit der Beendigung bedroht ist, ist mE dennoch davon auszugehen, dass eine derartige Verpflichtung besteht und der Mediator den Lehrberechtigten unter Berufung auf diese zu einer aktiven Teilnahme am Mediationsprozess anhalten kann.

Eine zweite Besonderheit der Lehrlingsmediation liegt darin, dass der **Mediationsverpflichtete** einen starken **ökonomischen Anreiz** hat, die **Mediation scheitern zu lassen**: Sollte keine Vereinbarung zu Stande kommen, so kann der Arbeitgeber das Lehrverhältnis trotzdem wirksam ohne weitere Einschränkungen beenden und der Lehrling in der Folge nichts dagegen unternehmen. Es handelt sich somit für den Arbeitgeber um eine für ihn jedenfalls mit Kosten verbundene Durchlaufstation zur Beendigung des Lehrverhältnisses – er trägt aber überhaupt kein Risiko für ihn nachteiliger Konsequenzen bei Scheitern der Mediation und hat keinerlei wirtschaftlichen Anreiz, dem Lehrling in nur irgendeiner Weise entgegenzukommen.

57) Dies ist nach wohl hA (*Burger*, Neuerungen im Lehrlingsrecht, in *Resch*, Neuerungen zur Beendigung des Arbeitsvertrages [2009] 17 [30]; *Rauch*, Die außerordentliche Auflösung von Lehrverhältnissen, ASoK 2008, 350 [351]) so zu verstehen, dass eine Einholung von Auskünften und eine Rücksprache mit der Interessenvertretung möglich sein soll. Die von *Rauch* (ASoK 2008, 351) erwähnte Frist von idR einem Tag ist dabei zu kurz bemessen.

58) § 1 Abs 1 ZivMedG.

59) Siehe statt vieler *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation² § 12 Rz 99.

60) *Kracht* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation² § 12 Rz 101. So soll nach ErwGr 12 MediationsRL diese auch dann gelten, wenn „nach nationalem Recht die Mediation vorgeschrieben ist“; hinsichtlich der Freiwilligkeit soll es ausreichen, wenn die Parteien das Verfahren jederzeit beenden können (ErwGr 13).

61) Siehe zB *Anleu*, Law and Social Change² (2010) 144; *Pointras*, What makes Parties trust Mediators, *Negotiation Journal* 2009, 307 (310).

62) *Bouille/Goldblatt/Green*, Mediation 21.

63) So *Maska*, Der Ausbildungsübertritt: Mediation versus Mediationsgespräch, *ecolex* 2009, 153 (154); ähnlich *Burger* in *Resch*, Neuerungen 35.

64) ErläutRV 505 BlgNR 23. GP 7.

ME ist daher die Lehrlingsmediation als „Probelauf“ für eine Mediationspflicht im Arbeitsrecht denkbar unglücklich gewählt. Die Praxis zeigt jedenfalls, dass diese Beendigungsform von den Arbeitgebern so gut wie nicht genutzt wird: So wurden zB in Wien im Jahr 2010 insgesamt 3.025 Lehrverträge gelöst, davon erfolgte jedoch nur in elf Fällen ein Ausbildungsübertritt nach § 15 a BAG, was knapp 0,4% aller Lösungen ausmacht.⁶⁵⁾ Dies entspricht dem Trend des Vorjahrs 2009 von 0,3%.⁶⁶⁾ Auch die bundesweite Statistik der WKO weist eine sehr geringe Anzahl an Auflösungen des Lehrverhältnisses nach § 15 a BAG aus, 2009 wurden 40 und 2010 47 Lehrverhältnisse auf diese Art beendet.

D. Bewertung und Ausblick

Die Mediation ist zwar im Recht und teilweise auch im Arbeitsrecht angekommen, nicht unbedingt jedoch im Arbeitsleben – sie findet weder in den Betrieben noch in den kollektiven Arbeitsbeziehungen tatsächlich großflächig statt.⁶⁷⁾ Dieser Befund gilt jedoch auch für die Mediation in anderen Rechtsbereichen und es wird grundsätzlich die Forderung erhoben, weitere Maßnahmen zu setzen, wobei diese einerseits auf legislativer Ebene, wie etwa auf dem Gebiet des Verfahrensrechts, stattfinden könnten, andererseits aber und va in Form einer intensiveren Propagierung der Mediation, ihrer Einsatzmöglichkeiten und der Vorteile.⁶⁸⁾ Dabei können aber Begründungsansätze, die für andere Rechtsordnungen und deren institutionelle Rahmenbedingungen entwickelt wurden, nur sehr eingeschränkt auf die österreichische übertragen werden. Ohne dies hier weiter vertiefen zu können, sei nur beispielhaft auf folgende Aspekte hingewiesen, in denen sich das österreichische va vom angelsächsischen Rechtsdurchsetzungssystem unterscheidet: geringere Verfahrenskosten und in manchen Aspekten beschleunigte Verfahren; Kostenersatzregelungen sowie ein weiteres Rollenverständnis des Richters, der nach dem Prozessrecht auch auf einen Vergleich hinwirken soll.⁶⁹⁾

Das Arbeitsrecht weist darüber hinaus noch zahlreiche Besonderheiten auf, von denen mir dessen **Tendenz zur Kollektivierung von Konflikten** von besonderer Bedeutung zu sein scheint, was jedoch einer weiteren theoretischen Konzeptionalisierung bedarf: In weiten Bereichen hat sich gerade in Österreich eine

Konfliktlösungskultur etabliert, die Konflikte im Arbeitsleben kollektiviert und das Machtungleichgewicht zwischen den Vertragsparteien durch die Hebung um ein oder zwei Stufen (auf Ebene des Betriebsrats oder der überbetrieblichen Interessenvertretung) ausgleicht. Dies hat jedoch tendenziell zur Folge, dass der Arbeitnehmer seinen Konflikt an seine Interessenvertretung abgibt, welche diesen dann unter Nutzung ihres Verhandlungsgewichts entweder löst oder diesen im formellen Gerichtsverfahren, das dem Arbeitnehmer wiederum nur eine eingeschränkte Rolle zuweist, durch den Richter lösen lässt. Dass dies den Zielen der Mediation zuwiderläuft, liegt auf der Hand.

Gerade im österreichischen weiterhin stark von korporatistischen Strukturen geprägten System der Arbeitsbeziehungen⁷⁰⁾ ist jedoch im Bereich des Arbeitsrechts wenig auszurichten, wenn man diese Rahmenbedingungen nicht berücksichtigt oder diese grundlegend ändert. Die Mediation hat sich deshalb in diese einzufügen und die Akzeptanz der Interessenvertretungen zu finden – sonst bleibt diese Form der Konfliktlösung weiterhin ein exotischer Fremdkörper im Arbeitsrecht, der von den Beteiligten trotz eines großen⁷¹⁾ und wohl auch zumindest theoretisch qualitativ guten Angebots schlicht nicht genutzt wird.

65) *WK Wien* (Hrsg), Lehrlinge in Wien 2010 (2011) 14 (www.wkw.at/docextern/lehrling/Textteil_2010_Vorexemplar.pdf [19. 12. 2011]).

66) *WK Wien* (Hrsg), Lehrlinge in Wien 2009 (2010) 12 (www.wkw.at/extradoc/lehrling/Lehrling_Text_2009.pdf [19. 12. 2011]).

67) Ebenso in Deutschland *Fischer*, Mediation im Arbeitsrecht – Resümee und Ausblick, in *Joussen/Unberath*, Mediation im Arbeitsrecht (2009) 175 (178).

68) *Hopf*, Gerichtsexterne Mediation – Erfahrungen mit dem österreichischen Mediationsgesetz, *RabelsZ* 2010, 759 (778).

69) Siehe zum Vergleich mit Deutschland *N. Alexander*, What's law got to do with it? Mapping modern mediation movements in civil and common law jurisdictions, *Bond Law Review* 2001, Issue 2, Article 5, 1 ff; online unter <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol13/iss2/5/>

70) *Hermann/Atzmüller*, Das „Modell Österreich“ im Wandel, in *Hermann/Atzmüller* (Hrsg), Die Dynamik des „österreichischen Modells“ – Brüche und Kontinuitäten im Beschäftigungs- und Sozialsystem (2009) 5.

71) Laut dem Bericht der *European Commission for the Efficiency of Justice* (European judicial systems, Edition 2010 [data 2008] [2010] 110) wies Österreich 2008 die höchste Mediatorendichte in Europa mit 40,8 Mediatoren pro 100.000 Einwohnern auf. Die absolute Zahl der eingetragenen Mediatoren (2008: 3.400) hat jedoch seitdem kontinuierlich abgenommen und betrug im Dezember 2011 2.354 (s zu den möglichen Ursachen *Hopf*, *RabelsZ* 2010, 759 [771]).

→ In Kürze

Die Mediation ist im Recht, so auch im Arbeitsrecht „angekommen“. Hier hat der Gesetzgeber für Sonderfälle im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Menschen mit Behinderung und mit der Auflösung von Lehrverhältnissen sogar ein verpflichtendes Schlichtungs- bzw Mediationsverfahren vorgesehen. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Konfliktparteien von dieser alternativen Konfliktlösungsmethode auch tatsächlich Gebrauch machen – die Empirie zeigt gerade das Gegenteil. Die Einbindung der Sozialpartner könnte jedoch zu einer verstärkten Akzeptanz der Mediation im Arbeitsleben führen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

ao. Univ.-Prof. Dr. Martin Risak ist Marie Curie-Fellow am Institut für Arbeits- und Sozialrecht der Universität Wien.

Kontaktadresse: Schenkenstraße 8 – 10, 1010 Wien.

E-Mail: martin.risak@univie.ac.at,

Internet: www.univie.ac.at/arbeitsrecht

Vom selben Autor erschienen (Auswahl):

Praxishandbuch Arbeitsvertragsgestaltung (2011, gemeinsam mit *Gerlach*, *Schrank* und *Höfle*); Arbeitsrecht in Grundzügen⁷ (2011, gemeinsam mit *Brodli* und *Wolf*); Austrian Labour Law (2010); Einseitige Entgeltgestaltung im Arbeitsrecht (2008).

Literatur:

Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation² (2009); *Duvc/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft² (2011); *Hopf/Steffek*, Mediation (2008); *Joussen/Unberath*, Mediation im Arbeitsrecht (2009).

