

14. Ortstagung Ostwestfalen-Lippe am 26. Oktober 2012 in Bielefeld

Erfreulicherweise konnte - wenn auch mit einigen Terminkollisionen - die 14. Ortstagung der Arbeitsgemeinschaft Ostwestfalen-Lippe wiederum in den Räumen der Industrie- und Handelskammer zu Bielefeld am 26. Oktober 2012 stattfinden.

Trotz der Terminkollisionen und des erst späten Tagungszeitpunktes sind ca. 90 Teilnehmer der Einladung nach Bielefeld gefolgt. Herr Direktor des Arbeitsgerichts Herford *Joachim Kleveman* stellte den Teilnehmern als Leiter des Mediationszentrums für Ostwestfalen-Lippe in Herford die „Mediation im Arbeitsrecht“ vor. Da dieses Thema noch sehr neu in der Arbeitsrechtswelt ist, wird das gesamte Referat von *Kleveman* nachstehend wiedergegeben. Der zweite Referent Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht *Dr. Reinhold Mittag* referierte über „prekäre Arbeitsverhältnisse“. Beides Themen von hoher Aktualität, die auch für regen Diskussionsstoff sorgten.

Zum 1. Thema: Die Mediation im Arbeitsrecht¹

I.

Die Entwicklung der gerichtlichen Mediation bis zum Mediationsgesetz 2012

1.

Die Modellversuche der Länder

Noch vor 20 Jahren waren Namen und Inhalt der Mediation in Deutschland nahezu unbekannt. Die Entwicklung ging von den USA aus, wo in den 1960er und 1970er Jahren intensiv nach Alternativen zur staatlichen Streitbeilegung gesucht worden war. Von Verhandlungslösungen (negotiation) und Schlichtungsmodellen verschiedener Art (alternative dispute resolutions) ging die Entwicklung hin zu Vermittlungslösungen (mediation). Für die wissenschaftliche Entwicklung führend war die Herausarbeitung des sog. „Harvard Konzepts“.

Auch in Deutschland wurde die Mediation zunächst ausschließlich als ein Instrument der außergerichtlichen Streitbeilegung verstanden. Eine Grundlegende Änderung hat sich seit dem Jahr 2002 ergeben. Seitdem wurden verschiedene Modellversuche für eine gerichtliche Mediation installiert, die dem erklärten Ziel dienen sollten, die außergerichtliche Mediation bekannt zu machen und zu fördern. Die einzelnen Modellprojekte sind im Laufe der Jahre stark ausgeweitet worden. So gibt es heute in allen Bundesländern und in nahezu allen Gerichtsbarkeiten eine Gerichtsmediation.

Die Ergebnisse dieser Modellversuche und die einzelnen Evaluationen haben ein außerordentlich positives Echo vermittelt. Trotz der Grundsatzdiskussionen über die streitentscheidenden und -beilegenden Aufgaben des Richters und deren Konkurrenz mit privaten Mediatoren hat sich die Mediation an den Gerichten weithin durchgesetzt. Umstritten blieb das „Modelldesign“, wofür als prominenteste Vertreter auf der einen Seite das niedersächsische Modell der gerichtlichen Mediation und auf der anderen Seite das Konzept der thüringischen und bayerischen Güterichter zu nennen sind.

In der wissenschaftlichen Begleitforschung werden Einigungsquoten in der gerichtlichen Mediation von teilweise über 80 % genannt. Auch eine Studie zum Pilotprojekt „Gerichtliche Mediation in Mecklenburg-Vorpommern“ hat ergeben, dass die gerichtliche Mediation von Bürgern und Rechtsanwälten sehr positiv aufgenommen wird. So zeigten sich über 90 % der

¹ Da diese Problematik im Arbeitsrecht wohl immer bedeutender wird und die Mediation nun auch häufiger bei Meinungsverschiedenheiten zwischen den Betriebspartnern zum Einsatz kommt, werden die Ausführungen des Referenten, der selbst das Mediationszentrum Ostwestfalen-Lippe für den LAG-Bezirk Hamm leitet, ungekürzt wiedergegeben. Die Ausführungen des Zweitreferenten werden deshalb aus Platzgründen nur verkürzt wiedergegeben.

Rechtsanwälte mit den in der gerichtlichen Mediation gefundenen Ergebnissen zu Frieden. Gerichtliche Mediationsverfahren waren in der Regel (92 %) nach einer Sitzung beendet, wobei eine Sitzung in der Mehrheit der Fälle (67 %) ein bis drei Stunden dauerte.

In Nordrhein-Westfalen wird die gerichtliche Mediation seit 2005 in Modellversuchen erprobt (Details siehe Internetauftritt des JM NRW). Anfang 2009 wurde eine richterliche Mediation in der ordentlichen Gerichtsbarkeit und in der Verwaltungsgerichtsbarkeit angeboten. In der ordentlichen Gerichtsbarkeit finden Richtermediationen an den Landgerichtsbezirken Paderborn, Detmold, Essen, Aachen, Krefeld und Bielefeld statt, allerdings ausschließlich im Bereich des Zivil- und Handelsrechts. In der Verwaltungsgerichtsbarkeit fand die Richtermediation - nach einem Probelauf ab 2006 am Verwaltungsgericht Minden - inzwischen in allen Sachgebieten und an allen anderen Verwaltungsgerichten einschließlich des Oberverwaltungsgerichts in Münster statt. In der Sozialgerichtsbarkeit wurde die gerichtliche Mediation ab 2009 am Sozialgericht Köln und am Landessozialgericht Essen erprobt.

Die Entwicklung der gerichtlichen Mediation lässt sich an folgender Statistik ablesen:

Entwicklung bundesweit

	Mediationsgerichte	Mediationssitzungen	Erfolgreiche Mediationen	Erfolgsquote
2009	204	5467	3911	71,54 %
2010	316	7682	5379	70,02 %
2011	367	7917	5508	69,57 %

Entwicklung in Nordrhein-Westfalen

	Mediationsgerichte	Mediationssitzungen	Erfolgreiche Mediationen	Erfolgsquote
2009	28	786	469	59,67 %
2010	34	724	501	69,20 %
2011	60	820	546	66,59 %

Dies bedeutet, dass Nordrhein-Westfalen im Jahr 2011 sein Angebot stärker als der Bundesdurchschnitt ausgebaut hat.

Entwicklung	Mediationsgerichte	Mediationssitzungen	Erfolgreiche Mediationen	Mediatorinnen/ Mediatoren
Bund	+ 51 = + 16,14 %	+ 325 = + 3,06 %	+ 139 = + 2,40 %	+ 62 = + 5,56 %
NRW	+ 26 = + 76,47 %	+ 96 = + 13,26 %	+ 45 = + 8,98 %	+ 78 = + 39 %

Die überdurchschnittliche prozentuale Steigerung mag vor allem darauf zurückzuführen sein, dass Nordrhein-Westfalen den Ausbau der gerichtlichen Mediation im Rahmen von Modellprojekten relativ spät begonnen hat.

Rund 10 % aller bundesweit erfassten gerichtlichen Mediationsverfahren haben in Nordrhein-Westfalen stattgefunden.

In der Arbeitsgerichtsbarkeit wurden vor dem Hintergrund der ohnehin großen Zahl von gütlich beigelegten Verfahren bis 2011 derartige Modellprojekte als überflüssig erachtet.

Exemplarisch sollen hier die bundesweiten Zahlen aus 2009 über die Tätigkeit der Arbeitsgerichte angeführt werden:

durch Klagen insgesamt	478.640
durch streitiges Urteil	32.047 = 6,7 %
durch sonstiges Urteil	45.807 = 9,6 %
durch Vergleich	273.313 = 57,1 %
auf andere Weise	127.473 = 26,6 %.

Damit wurden im Jahr 2009 83,7 % der Klagen durch gerichtlichen/außergerichtlichen Vergleich, Klagerücknahme etc. erledigt, also ohne Urteil, nur in 6,7 % der erledigten Verfahren war ein streitiges Urteil erforderlich.

Damit erfüllt das arbeitsgerichtliche Verfahren grundsätzlich ohne Mediation die Anforderung an eine zügige und konsensuale Streitbeilegung.

2.

Einführung der gerichtlichen Mediation auch in der Arbeitsgerichtsbarkeit in Nordrhein-Westfalen

2011 entschied das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen, Modellprojekte der gerichtlichen Mediation auch der Arbeitsgerichtsbarkeit zu implementieren.

Der Wunsch des Justizministeriums wurde bei einer Dienstbesprechung der Direktoren im Bezirk des Landesarbeitsgerichts Hamm im Frühjahr 2011 erörtert. Vor dem Hintergrund der Kleinteiligkeit der Arbeitsgerichtsbarkeit wurde ein Konsens darüber erzielt, dass die Erprobung der gerichtlichen Mediation in der Arbeitsgerichtsbarkeit nicht lediglich an einzelnen Arbeitsgerichten stattfinden soll, sondern dass mehrere Arbeitsgerichte zu einem Verbund zusammengefasst werden sollen, in denen dann Mediatoren übergreifend tätig sein sollten. Es war bekannt, dass die Justizakademie dem Bezirk des Landesarbeitsgerichts Hamm sechs Teilnehmerplätze für die Ausbildung zum gerichtlichen Mediator zur Verfügung gestellt hatte. Erörtert wurden als Modellregionen das Ruhrgebiet, Ostwestfalen, das Münsterland und das Sauerland.

Im Anschluss an die Direktorenbesprechung sollten sich als Mediationsgerichte interessierte Arbeitsgerichte beim Landesarbeitsgericht Hamm bewerben. Das Landesarbeitsgericht Hamm entschied dann, dass zunächst in zwei Modellregionen gerichtliche Mediation erprobt werden sollte, und zwar neben dem Ruhrgebiet in Ostwestfalen. Die örtliche Anbindung sollte an die Arbeitsgerichte Herford für Ostwestfalen und Bochum für das Ruhrgebiet erfolgen.

Sodann wählte das Landesarbeitsgericht Hamm aus einer Vielzahl von Bewerbungen interessierter Richterinnen und Richter insgesamt sechs Personen aus, die zum gerichtlichen Mediator ausgebildet wurden. Dabei wurde insbesondere auf eine Mischung der Mediatoren im Verhältnis Frauen zu Männern und nach Altersgruppen geachtet.

Für Ostwestfalen wurden als Mediatoren *Kornelia Kania* (seinerzeit Arbeitsgericht Minden) und *Michael Müntefering* (seinerzeit Arbeitsgericht Herford) ausgebildet. Im Bereich des Arbeitsgerichts Bochum wurden drei Richterinnen und Richter ausgebildet, die sämtlich nicht am Arbeitsgericht Bochum eingesetzt waren.

Im Bezirk des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf erproben die Arbeitsgerichte Düsseldorf, Krefeld und Oberhausen gerichtliche Mediation, wobei die Mediationen selbst beim Arbeitsgericht Krefeld

stattfinden. Zu diesem Zweck wurden die mit der Mediation befassten Richter und Servicekräfte mit einem kleinen Arbeitskraftanteil an das Arbeitsgericht Krefeld abgeordnet (sofern sie nicht ohnehin dort tätig sind). Beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf wurde eine zentrale Mediationsgeschäftsstelle eingerichtet. Dort werden die abgegebenen Akten erfasst und an den gemäß Geschäftsverteilungsplan zuständigen Richter weitergeleitet. Die Mediationsverhandlung findet auf Wunsch auch am Abgabegericht statt. Dem teilweise von den Parteien geäußerten Wunsch, die Mediationsitzungen in den Betriebsräumlichkeiten durchzuführen, wird nachgekommen. Der Mediationsrichter reist unter Reisekostenerstattung dorthin.

Im Bereich des Bezirks des Landesarbeitsgerichts Bonn wird derzeit lediglich am Arbeitsgericht Bonn mediiert. Dort war eine Kollegin, die in Teilzeit arbeitet, nebenberuflich bereits als Mediatorin tätig. Die übrigen fünf Richterinnen und Richter an diesem Arbeitsgericht haben sich (komplett ebenfalls) zu Mediatoren ausbilden lassen und mediierten somit die Fälle ihrer Kolleg(inn)en vom gleichen Gericht.

Die Ausbildung der Mediatoren verlief nach dem bereits in anderen Arbeitsgerichtsbarkeiten erprobten Ausbildungsmodell der Justizakademie Recklinghausen, wobei die Ausbildung selbst in einem Tagungshaus in Münster stattfand. Die Ausbildung dauerte elf Tage und wurde von den Kolleginnen und Kollegen innerhalb der Freizeit (das heißt am Wochenende) ohne eine dezernatsmäßige Entlastung durchgeführt. An die Ausbildungsstaffel schloss sich dann eine Hospitation der Mediatoren an einer gerichtlichen Mediation (notwendigerweise in einer anderen Gerichtsbarkeit) an. Ich selbst habe am Verwaltungsgericht Minden hospitiert, meine beiden Kolleg(inn)en haben am Landgericht Paderborn bzw. Bielefeld hospitiert.

Aufgrund der Änderungen des Mediationsgesetzes im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens wurde vom Landesarbeitsgericht Hamm der Wunsch geäußert, das Projekt in Ostwestfalen möge ebenso wie das Modellprojekt im Arbeitsgericht Bochum noch im Jahr 2011 (aus Gründen eines etwaigen Bestandsschutzes) seine Tätigkeit aufnehmen. Vor diesem Hintergrund mussten innerhalb weniger Wochen zunächst die internen Voraussetzungen am Arbeitsgericht Herford, das für Ostwestfalen-Lippe als zentrales Mediationsgericht bestimmt worden war, geschaffen werden. Dies bedeutete eine Ergänzung des Geschäftsverteilungsplans hinsichtlich der Mediation und die Einrichtung einer Mediationsgeschäftsstelle, die zentral für Ostwestfalen die Mediationsverfahren verwaltungsmäßig abwickelt. Die entsprechende Mitarbeiterin beim Arbeitsgericht Herford musste in die Besonderheiten der Mediationsverfahren, der Schnittstellenproblematik zwischen dem abgebendem und dem Mediationsgericht, die im Geschäftsverteilungsplan und in der Mediationsordnung der Präsidentin des Landesarbeitsgerichts Hamm aufgenommenen förmlichen Verfahrensabläufe eingewiesen werden. Sie musste Musterschreiben entwickeln. Aktendeckel und Aktenzeichen mussten erstellt werden.

An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass das EDV-Programm der Arbeitsgerichtsbarkeit (Shark) die entsprechenden Verfahrensabläufe nicht widerspiegelt, sodass es beispielsweise vor diesem Hintergrund unmöglich ist, Mediationsverfahren in der Mediationsgeschäftsstelle edv-mäßig zu bearbeiten (was beispielsweise zur Folge hat, dass die Beteiligten einschließlich ihrer Prozessbevollmächtigten nicht aus einer Datenbank abgerufen werden können).

Die Öffentlichkeit wurde darüber durch eine Presseerklärung vom 21. November 2011 über die Einrichtung des Mediationszentrums OWL bei dem Arbeitsgericht Herford informiert.

Die tatsächliche Durchführung von Mediationsverfahren begann nach einer Auftaktveranstaltung am 25. November 2011 im Arbeitsgericht Herford. Auf dieser Auftaktveranstaltung wurde die interessierte Öffentlichkeit, Anwältinnen und Anwälte sowie die Kolleginnen und Kollegen der

Arbeitsgerichte in Ostwestfalen-Lippe über die Einzelheiten des Modellprojekts „Gerichtliche Mediation am Mediationszentrum OWL“ informiert.

Sodann konnten die ersten Mediationsverfahren, die bereits in der „Pipeline“ warteten, durchgeführt werden.

Der Geschäftsverteilungsplan des Arbeitsgerichts Herford wurde um eine Ziffer VI ergänzt. Die Rechtsuchenden werden zunächst - etwas ungewöhnlich für einen Geschäftsverteilungsplan - über das Wesen der Mediation informiert.

Als richterliche Mediatoren werden die drei bereits erwähnten Richter und Richterinnen der Arbeitsgerichte Minden, Herford und jetzt Bielefeld ausgewiesen. Der Kreis der örtlichen Zuständigkeit des Modellprojekts wird auf die Arbeitsgerichte in Ostwestfalen, bestehend aus Minden, Herford, Detmold, Paderborn und Bielefeld beschränkt. In den Geschäftsverteilungsplan ist aufgenommen, dass das Arbeitsgericht Herford zum Zwecke der gerichtlichen Mediation dann tätig wird, wenn die Parteien im Rahmen des räumlichen Geltungsbereichs bei einem der Prozessgerichte im Urteils- oder Beschlussverfahren einen Rechtsstreit terminlos (§ 251 ZPO) gestellt haben, um eine gerichtliche Mediation durchzuführen. Die „Schnittstellenproblematik“ zwischen Prozessgericht und Mediationsgericht wird dahingehend definiert, dass das Verfahren beim Mediationsgericht erst dann anhängig wird, wenn beide Parteien des Rechtsstreits die im Internet abrufbare Mediationsvereinbarung verbindlich unterzeichnet haben. Die Einholung dieser Zustimmung ist Aufgabe des Prozessgerichts. In dieser Mediationsvereinbarung erklären die Parteien, dass sie zur Kenntnis genommen haben, dass es sich um ein freiwilliges Angebot der Arbeitsgerichtsbarkeit handelt, auf das kein Anspruch besteht, ebenso wenig ein Anspruch auf das Tätig werden eines bestimmten richterlichen Mediators. Es werden Verfahrensregeln vereinbart und es wird auf die Möglichkeit verwiesen, dass die bisherigen Prozessbevollmächtigten als Verfahrensbevollmächtigte im Mediationsverfahren anwesend sein können. Der gerichtliche Mediator wird ermächtigt, gegebenenfalls Akten des Prozessgerichts hinzuzuziehen und dort Einsicht zu nehmen. Obwohl es sich bei der richterlichen Mediation - so die Auffassung des Referenten - um eine richterliche Aufgabe handelt, ist aus Gründen der Vorsorge in der Mediationsvereinbarung eine Haftungsbegrenzung des Mediators auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit des Mediators vorgesehen. Die Parteien verpflichten sich darüber hinaus zur Verschwiegenheit auch im Verhältnis zwischen dem gerichtlichen Mediationsverfahren und dem Verfahren vor dem Prozessgericht (wichtig vor allem im Fall des Scheiterns der Mediation). Schließlich wird aus datenschutzrechtlichen Gründen das Einverständnis mit der statistischen Erfassung des Mediationsverfahrens erteilt.

Den Beteiligten wird dann der nächste geschäftsplanmäßige Richter vorgeschlagen (nach Alphabet, wobei eigene Verfahren nicht mediiert werden können). Dieser Mediator darf einmalig ohne Angabe von Gründen abgelehnt werden. Hier standen Erwägungen aus dem Einigungsstellenbesetzungsverfahren gemäß § 98 ArbGG Pate. Dann käme der nächste Richter bzw. die nächste Richterin zum Zuge. Von dieser Möglichkeit wurde bislang nicht Gebrauch gemacht.

Die Prozessparteien, die überlegen, ob sie sich gegebenenfalls an einem gerichtlichen Mediationsverfahren beteiligen, können weitere Informationen über die gerichtliche Mediation auf der Homepage des Arbeitsgerichts Herford abrufen. Dort ist zum einen der Geschäftsverteilungsplan einsehbar, der den Rahmen des gerichtlichen Mediationsverfahrens setzt. Weiter liegt dort ein Informationsblatt über grundsätzliche Informationen zur Mediation und ein weiteres Informationsblatt unter der Überschrift „häufig gestellte Fragen in den Mediationsverfahren“.

Darüber hinaus hat das Landesarbeitsgericht Hamm eine „Mediationsordnung zum Pilotprojekt richterliche Mediation im Bezirk des Landesarbeitsgerichts Hamm“ erlassen, die von dem, was bereits durch den Geschäftsverteilungsplan bzw. in der Mediationsvereinbarung, die vor Beginn des

gerichtlichen Mediationsverfahrens zu unterzeichnen ist, verbindlich gemacht wird, noch einmal im Wege der Mediationsordnung festhält. Schließlich finden sich im Internet die Ansprechpartner des Projekts „Gerichtliche Mediation in der Arbeitsgerichtsbarkeit“, insbesondere die Adressen der beiden Mediationsgeschäftsstellen am Arbeitsgericht Herford und am Arbeitsgericht Bochum.

Das Mediationszentrum Ostwestfalen-Lippe am Arbeitsgericht Herford hatte im Jahr 2011 drei Mediationsverfahren, wovon ein Mediationsverfahren nicht durchgeführt werden musste, da sich die Parteien vor der anberaumten Mediationssitzung bereits außergerichtlich verglichen hatten. In den beiden anderen Mediationsverfahren wurde jeweils eine gütliche Einigung gefunden.

Im laufenden Jahr sind bislang dreizehn Mediationsverfahren anhängig gemacht worden. Davon musste ein Mediationsverfahren deswegen nicht betrieben werden, weil die Parteien nach der Ansetzung des gerichtlichen Verfahrens an der Durchführung des Mediationsverfahrens nicht interessiert waren, weil sie zunächst die weitere praktische Zusammenarbeit erproben wollten. Da diese erfolgreich ausfiel und die Streitpunkte im praktischen Zusammenleben nach und nach ausgeräumt werden konnten, wurde das Mediationsverfahren nach sechs Monaten in entsprechender Anwendung der Aktenordnung (im Einverständnis mit den Parteien) weggelegt (ebenso wie das zugrunde liegende Ca-Verfahren). In den übrigen Verfahren, soweit sie bereits abgeschlossen sind, wurden bis auf ein Verfahren Lösungen erzielt, die häufig in dem entsprechenden Prozessverfahren als Vergleich protokolliert wurden. Drei Verfahren sind noch anhängig.

Schade ist, dass sich die personelle Besetzung des Mediationszentrums OWL zunehmend schwieriger gestaltet, nachdem zunächst der Kollege *Dr. Müntefering*, der zwischenzeitlich zum Arbeitsgericht Bielefeld gewechselt war, als wissenschaftlicher Mitarbeiter für längere Zeit an das Bundesarbeitsgericht abgeordnet ist und die Kollegin *Kania* zwischenzeitlich zur Vorsitzenden Richterin am Landesarbeitsgericht Hamm ernannt worden ist. Sie hat zwar in der Folgezeit weiterhin Mediationen durchgeführt, es steht aber zu befürchten, dass die Verbundenheit zu Ostwestfalen nicht für immer Bestand haben wird.

Im Jahr 2011 hatten die Gerichte Minden, Herford und Bielefeld jeweils ein Verfahren zur Mediation vorgelegt. 2012 dominiert deutlich das Arbeitsgericht Herford (neun von dreizehn Fällen gefolgt von Minden (drei von dreizehn Fällen), ein Verfahren hat das Arbeitsgericht Detmold im Beschlussverfahren in die Mediation abgegeben).

Die Ausgangsverfahren decken alle Bereiche des Arbeitsrechts ab, schwerpunktmäßig handelt es sich jedoch um Bestandsschutzklagen. Es lässt sich ein Schwerpunkt ausmachen, nämlich die Mediation in Verfahren, in dem das Arbeitsverhältnis einem erhöhten Bestandsschutz unterliegt (Schwerbehinderung, öffentlicher Dienst), und die Parteien zusammenarbeiten „müssen“.

Die Frage der Protokollierung der gefundenen Vergleiche wurde zwischen den Mediatoren und dem Landesarbeitsgericht intensiv erörtert. Das Landesarbeitsgericht Hamm stand auf dem Standpunkt, dass in der Abgabe des Mediationsverfahrens an den Mediationsrichter implizit eine Abgabe an den „ersuchten“ Richter zu sehen ist, der am Ende der Mediation dann seine Rolle wechseln kann und als ersuchter Richter gefundenen Kompromiss protokollieren kann.

In der Praxis sind die gerichtlichen Mediatoren und auch die Verfahrensbevollmächtigten regelmäßig den „sicheren Weg“ gegangen. Schon bei der Terminierung der Mediationsverfahren wurde regelmäßig darauf geachtet, dass am Mediationsgericht (in der Regel das Arbeitsgericht Herford, häufig aber in den von Minden herrührenden Fällen das Arbeitsgericht Minden) zeitgleich Güeterminale terminiert waren. Zum erfolgreichen Abschluss des Mediationsverfahrens wurde dann dem jeweiligen Richter, der die Gütesitzung durchführte, das Mediationsergebnis „nach Aufruf der

Sache und unter Verzicht auf Ladungs- und Einlassungsfristen“ protokolliert. Die gerichtlichen Mediatoren sind davon überzeugt, dass eine derartige verbindliche Protokollierung des freiwillig getroffenen Kompromisses vor einem „Richter mit schwarzer Robe“ die Verbindlichkeit der getroffenen Vereinbarung erhöht.

Wenn eine Prüfung der gerichtsinternen Mediation durch den niedersächsischen Landesrechnungshof vom 26. September 2009 ergeben haben soll, dass durch die gerichtsinterne Mediation unter Berücksichtigung eines Anteils von 20 % gescheiterter Mediationsverfahren ein Einsparpotential von ca. 33 % der richterlichen Arbeitszeit erreicht wird, kann dies für die arbeitsgerichtlichen Mediation nicht bestätigt werden. Danach wurde ein Mediationsverfahren zwar regelmäßig innerhalb einer Sitzung und ganz überwiegend erfolgreich beendet. Die Sitzungen zeichnen sich jedoch dadurch aus, dass eine Sitzungsdauer von mindestens drei Stunden die Regel ist, sodass das Mediationsverfahren den gerichtlichen Mediator (und die Prozessparteien sowie ihre Verfahrensbevollmächtigten) mindestens einen halben Tag „kosten“.

Soweit im Schrifttum weiter darauf verwiesen wird, dass die gerichtsinterne Mediation allenfalls 1 bis 2 % der Verfahren betrifft, ist auch diese Zahl nach unseren Erfahrungen (noch) zu hoch gegriffen, wenn man sich vergegenwärtigt, dass das Arbeitsgericht Paderborn bislang noch kein einziges Verfahren in die Mediation abgegeben hat, dass die Arbeitsgerichte Detmold und Bielefeld jeweils ein Verfahren und dass die Vielzahl der Verfahren neben Minden aus Herford herrühren. Eine Beschleunigung der Verfahrenserledigung kann ebenfalls nicht verzeichnet werden, wenn man davon ausgeht, dass im arbeitsgerichtlichen Verfahren üblicherweise zwei Drittel aller Verfahren bereits im Gütetermin, das heißt also innerhalb eines Zeitraums von maximal drei Monaten erledigt werden.

Als Resümee kann festgehalten werden, dass die gerichtsinterne Mediation nicht nur eine „qualitativ hochwertige“, sondern auch aufwändige Verhandlungslösung darstellt und die von allen Beteiligten auch nur dann gewählt wird, wenn sie davon überzeugt sind, dass der damit verbundene Zeitaufwand langfristig zu einer Einsparung von Ressourcen (Vermeidung weiterer Folgeprozesse) führt.

II. Exemplarischer Ablauf einer Mediation im Arbeitsrecht

Im Folgenden soll dargestellt werden, was sich hinter der Überschrift „gerichtliche Mediation“ verbirgt.

1. Mediation

Laut § 1 Abs. 1 des seit dem 21. Juli 2012 geltenden Mediationsgesetzes ist „*Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben*“. Typenprägend für das Mediationsverfahren ist zunächst die „Freiwilligkeit“ des Verfahrens für die Parteien, die - jedenfalls im normalen Mediationsverfahren - nach § 2 Abs. 1 Mediationsgesetz den Mediator auswählen. Weitere Merkmale bilden die Eigenverantwortlichkeit, ausgedrückt durch die von den Parteien beherrschten Inhalte und Ergebnisse, sowie die Vertraulichkeit des Verfahrens. Im Übrigen ist die Methode durch große Offenheit charakterisiert.

Verlangt wird ein strukturiertes Verfahren, das üblicherweise dem sogenannten „5-Phasen-Modell“ folgt.

Idealtypisch lässt sich das Mediationsverfahren von dem gerichtlichen Verfahren wie folgt abgrenzen:

	Urteilsverfahren	Mediation
--	-------------------------	------------------

sachlich	Orientierung am Streitgegenstand; strenge Festlegung	Orientierung am Konflikt, keine Festlegung
persönlich	Begrenzung auf Verfahrensbeteiligte	Teilnahme aller an dem Konflikt Beteiligten
Sichtweise	Normorientiert	Interessenorientiert
Methode	Vergangenheitsorientiert, Beschränkung auf den rechtlich erheblichen Sachverhalt, öffentliche Verhandlung	Zukunftsorientiert, Einbeziehung des gesamten für den Konflikt bedeutsamen Sachverhalts, vertrauliches kommunikatives Gespräch
Lösung	einseitiger Richterspruch, normorientierter Vergleich, gegenseitiges Nachgeben, Gewinner/Verlierer	Konfliktregelung durch den von den Beteiligten autonom erarbeiteten Konsens, Win-Win-Strategie
Ziel	Gewährung von Rechtssicherheit	Nachhaltige Befriedigung

Um diese Schlagworte mit Inhalt zu erfüllen, soll an dieser Stelle exemplarisch der Ablauf eines gerichtlichen Mediationsverfahrens dargestellt werden.

2. Gerichtliche Mediation

Das gerichtliche Mediationsverfahren unterscheidet sich vom „normalen“ Mediationsverfahren vor allem dadurch, dass Voraussetzung für das Mediationsverfahren ein bereits anhängiger Rechtsstreit der Parteien ist, der „ausgesetzt“ wird, weil sich die Parteien von einem Mediationsverfahren erhoffen, dass sie ein „qualitativ hochwertigeres Verhandlungsergebnis“ erhalten als im justizförmigen Verfahren. Die gerichtliche Mediation ist zudem davon gekennzeichnet ist, dass der Mediator Richter ist und er die Mediation im Rahmen der Tätigkeit als Richter, jedoch als nicht streitentscheidender Richter, durchführt.

3. Freiwilligkeit

Unabdingbare Voraussetzung ist - jedenfalls nach dem Geschäftsverteilungsplan des Arbeitsgerichts Herford - die verbindliche Unterzeichnung der Mediationsvereinbarung unter Bezugnahme auf die Mediationsordnung. Der richterliche Mediator stimmt dann mit den Genannten - in der Praxis üblicherweise mit ihren Verfahrensbevollmächtigten - Ort und Zeit der Mediationssitzung ab.

4. Vorbereitung

Die Vorbereitung der Mediationssitzung kann seitens des Mediators auch ganz kurz ausfallen. In unserer Ausbildung wurde propagiert, dass die Einsichtnahme in die Prozessakte keine notwendige Voraussetzung des Mediationsverfahrens ist. Jedenfalls erfolgt eine vertiefte rechtliche Durchdringung des Sach- und Streitstands in aller Regel nicht. *Kleveman* selbst, sehe sich die Prozessakte nur cursorisch durch, um eine Ahnung davon zu erhalten, woher der Streit der Parteien herrühren könnte und welche Besonderheiten gegebenenfalls in den Gesprächen erörtert werden müssen.

5. Mediationsverhandlung

Die Mediationsverhandlung hat bisher in aller Regel im Mediationsraum des Arbeitsgerichts Herford oder im Mediationsraum des Verwaltungsgerichts Minden stattgefunden. Mediationen in den Räumlichkeiten des Betriebs, in dem gearbeitet wird, haben bislang nicht stattgefunden.

Klassischerweise unterscheidet man in der Mediation fünf Phasen der Mediation, beginnend mit der Phase der Eröffnung.

5.1 Eröffnung

In dieser Phase erfolgt die wechselseitige Vorstellung der Anwesenden, die Information über das Mediationsverfahren sowie die Rolle und die Haltung des Mediators. An dieser Stelle weist der gerichtliche Mediator dezidiert darauf hin, dass auch der richterliche Mediator eine „zurückgenommene“ Rolle hat und das Gespräch der Parteien „nur“ moderiert, es sich also um einen „Rollenwechsel“ vom Richter zum Moderator handelt, sodass die Beteiligten nicht erwarten können, dass der Mediator trotz seines Hintergrundwissens rechtliche Hinweise erteilt oder aktiv an der Lösungsfindung mitwirkt. Dies löst gelegentlich bei den Verfahrensbeteiligten Überraschung aus, weil die Erwartungshaltung offenbar häufig eine andere ist. Für entscheidend halte *Kleveman* den Hinweis auf die Eigenverantwortlichkeit der Verfahrensbeteiligten bei der Erarbeitung einer konstruktiven Lösung. Die fünf Phasen der Mediation werden (regelmäßig durch ein Schaubild) vorgestellt. Sodann werden - sofern erforderlich - die Förmlichkeiten des Verfahrens besprochen („höfliche Umgangsformen“) und schließlich die Frage, ob ein Protokoll geführt wird oder nicht.

5.2 Konfliktdarstellung – Themensammlung

Zu Beginn der zweiten Phase stellen die Parteien ihre Streitpunkte und stellen ihre Anliegen im Zusammenhang dar, sodass die Themen und Konfliktfälle gesammelt und für die weitere Bearbeitung strukturiert werden können.

5.3 Positionen und Interessen / Sichtweisen und Hintergrunderkundung

In der dritten Phase beginnt die eigentliche Problembearbeitung mit der Entscheidung über das erste zu behandelnde Thema. Danach erhalten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Sicht des jeweiligen Aspekts des Konflikts zu dem jeweiligen Themenpunkt umfassend darzustellen. Informationen, Daten und Wahrnehmungen werden ausgetauscht, bevor auf die unterschiedlichen und gemeinsamen Wünsche, Bedürfnisse und Interessen der Parteien vertieft eingegangen und damit der Konflikt umfassend erhellt werden kann. Wichtig ist in dieser Phase vor allem der Übergang von Positionen zu den dahinterliegenden Interessen. Außerdem werden üblicherweise Maßstäbe für eine aus Sicht der Beteiligten gerechte bzw. sinnvolle Lösung entwickelt. Dabei kommen neben der Positionen der Konfliktparteien deren Hintergründe, Ziele, Interessen und - je nach Ausrichtung und Ausbildung des Mediators - Emotionen und Identitätsaspekte (Rollen, Selbstbild) zum Vorschein.

5.4 Sammeln und Bewerten von Lösungsoptionen

In der vierten - der kreativen - Phase werden zu den einzelnen Problemfällen zunächst im Wege des „Brainstormings“ Lösungsoptionen bewertungsfrei gesammelt. Nach Abschluss der Ideenfindung werden diese Lösungsoptionen von den Medianten bewertet und verhandelt. Der Mediator wird in dieser Phase meist das vorschnelle Beschließen von Lösungen bremsen, indem er gegenüber den Teilnehmern hinterfragt, inwieweit die gefundenen Lösungen mit den in der vorherigen Phase entwickelten Interessen der Parteien und den vorher erarbeiteten Kriterien für eine gerechte Lösung im Einklang stehen. Auch wird der Mediator gemeinsam mit den Beteiligten überprüfen, ob und wie sich die jeweiligen Lösungsoptionen in die Realität umsetzen lassen.

5.5 Abschlussvereinbarung

Zum Abschluss der Mediation werden die Ergebnisse in einer schriftlichen Vereinbarung festgehalten. Um das Ausgangsverfahren zum Abschluss zu bringen und die Verbindlichkeit der getroffenen Vereinbarung zu dokumentieren, werden diese schriftlichen Vereinbarungen in der Regel als Vergleich - regelmäßig im zugrunde liegenden Ca-Verfahren - geschlossen.

Vom gerichtlichen Verfahren unterscheidet sich die gerichtliche Mediation dem äußeren Ablauf nach, insbesondere dadurch, dass die Verhandlung nicht öffentlich stattfindet. Außerdem ist im

Mediationsverfahren auch das Führen von Einzelgesprächen mit einzelnen Verfahrensbeteiligten möglich - jedenfalls dann, wenn die Gegenseite einer derartigen Vorgehensweise zustimmt. Ob der Mediator von dieser Verfahrensweise tatsächlich Gebrauch macht, steht auf einem anderen Blatt.

III. Das Schicksal der gerichtlichen Mediation im Gesetzgebungsverfahren des Mediationsgesetzes

Am 19. April 2002 legte die Europäische Kommission das Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung in Zivil- und Handelssachen vor. Die anschließenden Beratungen über das Grünbuch führten zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, den die Kommission am 22. Oktober 2004 vorlegte. Nach dreieinhalb jährigen Beratungen verabschiedeten das Europäische Parlament und der Rat am 21. Mai 2008 die Richtlinie 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (Europäische Mediationsrichtlinie). Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Mediationsrichtlinie gilt diese nur bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten für Zivil- und Handelssachen. In Nr. 8 der Erwägungsgründe heißt es aber auch: *„Den Mitgliedstaaten sollte es jedoch freistehen, diese Bestimmungen auch auf interne Mediationsverfahren anzuwenden.“* In Art. 3 Buchst. a der Mediationsrichtlinie wird ausdrücklich ausgeführt: *„Es schließt die Mediation durch einen Richter ein, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist.“*

Im Jahr 2008 beschäftigte sich der 67. Deutsche Juristentag mit der Mediation und gab eine Reihe von Beschlussempfehlungen ab.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 5. August 2010 mündete am 2. Januar 2011 in einem Regierungsentwurf, der die Mediationsrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft umsetzen wollte, darüber hinaus aber auch die innerstaatliche Konfliktbeilegung regeln wollte.

Der Regierungsentwurf unterschied die

- außergerichtliche Mediation (unabhängig von einem gerichtlichen Verfahren),
- gerichtsnahe Mediation (während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts) sowie
- gerichtliche Mediation (während eines Gerichtsverfahrens vor einem nicht entscheidungsbefugten Richter).

Dieser Regierungsentwurf wurde am 10. März 2011 vom Bundesrat und am 14. April 2011 vom Bundestag in erster Lesung behandelt und zur weiteren Beratung in den Rechtsausschuss überwiesen. Während der langwierigen Beratungen im Rechtsausschuss, die das Gesetzgebungsverfahren mindestens um ein Dreivierteljahr verzögert haben, ist der ursprüngliche Gesetzentwurf der Bundesregierung in wesentlichen Punkten abgeändert worden. Im Rahmen der öffentlichen Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses zum Regierungsentwurf vom 27. Mai 2011 bildete die gerichtliche Mediation einen erheblichen Streitpunkt.

Schließlich wurde die gerichtliche Mediation vollständig gestrichen. Aus Sicht der Anwälte und sonstiger freiberuflicher Mediatoren diente dies der Ausschaltung staatlicher Konkurrenz. Insoweit kann auf die einschlägigen Stellungnahmen der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) und des Deutschen Anwaltsvereins (DAV) hingewiesen werden.

Die modellartigen Versuche mit richterlicher Mediation waren so erfolgreich und von solch intensivem richterlichen Engagement getragen, dass aus ihrer Sicht die gerichtliche Mediation zu einem eigenen neuen Verfahren geworden ist. Demgegenüber war die Entwicklung der

außergerichtlichen Mediation, z. B. bei Rechtsanwälten oder Psychologen, deutlich weniger erfolgreich, was unter anderem auf die höheren Kosten und die deutlich längere Dauer von außergerichtlichen Mediationen zurückzuführen ist. Den außergerichtlichen Mediatoren fehlen somit häufig die Fälle, die sie mediieren könnten. Um diesen Rückstand aufzuholen und diesen Bereich für ihre Mitglieder „wirtschaftlich fruchtbarer“ zu machen, haben - so lautet der Vorwurf zumindest aus der Richterschaft - einzelne Berufsverbände im Gesetzgebungsverfahren versucht, die gerichtsinterne Mediation gänzlich aus dem Gesetzentwurf zu streichen oder sie zumindest zu beschneiden und damit zu erschweren. Dabei wird offensichtlich davon ausgegangen, dass durch eine Beschneidung der gerichtsinternen Mediation der außergerichtlichen Mediation mehr Fälle zugeführt werden.

Damit waren sie im Rechtsausschuss erfolgreich. Stattdessen wurde dort ein sogenanntes „erweitertes Güterichterkonzept“ kreiert. Nach diesem Konzept wird der Richter nicht als Mediator tätig, sondern nimmt als nicht streitentscheidender Richter selbst rechtliche Bewertungen vor und unterbreitet den Parteien auch konkrete Vorschläge zur Konfliktlösung. In der Begründung wird ausgeführt, dass der Güterichter kein Mediator sei. Die im Regierungsentwurf vorgesehene Möglichkeit der Fortführung von Modellprojekten wurde auf eine Karenzfrist von einem Jahr begrenzt. Damit wurde der Länderjustiz verboten, zukünftig weiter „echte“ gerichtsinterne Mediationen anzubieten.

Außergewöhnlich war insoweit der parteiübergreifende Konsens, der in den Beratungen des Rechtsausschusses erzielt werden konnte. (Ganz überraschend ist dieser Konsens bei näherer Betrachtung nicht: Vier der fünf Berichterstatter und der Vorsitzende des Rechtsausschusses sind aktive oder ehemalige Rechtsanwälte.)

Außerdem hat der Rechtsausschuss empfohlen, die zunächst in § 796d ZPO vorgesehene Möglichkeit einer Vollstreckbarerklärung des außergerichtlichen Mediationsergebnisses ersatzlos zu streichen. Die Parteien sind damit auf die allgemeinen Möglichkeiten nach den §§ 794 ff. ZPO angewiesen, um die getroffene Mediationsvereinbarung für vollstreckbar zu erklären. Bei anwaltlicher Beteiligung besteht der Vorteil, die Vollstreckungsfähigkeit durch einen anwaltlichen Vergleich gemäß § 796a ZPO zu erreichen.

Einigkeit wurde dagegen auch bei der Notwendigkeit der vorgesehenen Erweiterung der Ausbildungs- und Fortbildungsregelungen für Mediatoren erzielt.

Die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses wurde vom Bundestag gebilligt. Am 15. Dezember 2011 wurde der Gesetzentwurf in der Fassung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom Bundestag einstimmig gebilligt und in zweiter und dritter Lesung verabschiedet. Da es sich um ein Einspruchsgesetz handelt und der Bundestag zu einem einstimmigen Votum gekommen war, hatte man zunächst erwartet, dass der Bundesrat in seiner Sitzung vom 10. Februar 2012 dem Gesetz zustimmen würde. Auf die Empfehlung seines Rechtsausschusses beschloss der Bundesrat am 10. Februar 2012 überraschend die Anrufung des Ermittlungsausschusses gemäß Art. 77 Abs. 2 GG. Dabei betonte der Bundesrat, dass er die vom Bundestag getroffene Grundsatzentscheidung nicht infrage stellen wolle, aber dennoch die Richtermediation im Gesetz verankert sehen möchte. In der BT-Drucksache vom 1. Dezember 2011 heißt es unter B/Lösung: *„Die im Regierungsentwurf vorgesehenen Bestimmungen zur gerichtsinternen Mediation werden gestrichen. Im Interesse einer klaren Abgrenzung der richterlichen Streitschlichtung von der Mediation werden die bisher praktizierten unterschiedlichen Modelle der gerichtsinternen Mediation in ein erheblich erweitertes Güterichterkonzept überführt und dieses auf die Verfahrensordnungen der Arbeits-, Sozial-, Verwaltungs-, Patent-, Marken- sowie Finanzgerichte ausgedehnt.“*

Die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses vom 27. Juni 2012 beinhaltet unter anderem die Regelung, dass die Parteien für die Güteverhandlung vor einem hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verwiesen werden können „*der alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen kann*“. Der Bundestag nahm am 28. Juni 2012 die Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses an. Am 29. Juni 2012 beschloss der Bundesrat, gegen das vom Bundestag vom 28. Juni 2012 verabschiedete Gesetz keinen Einspruch einzulegen. Am 25. Juli 2012 wurde das Gesetz im Bundesgesetzblatt Nr. 35 veröffentlicht.

Das schließlich verabschiedete „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren bei außergerichtlicher Konfliktbeilegung“ sieht eine Aufteilung in zwei Regelungskomplexe vor.

Das Kernstück des Artikelgesetzes bildet das Mediationsgesetz. Dieses enthält in Art. 1 ein Berufsgesetz für Mediatoren. Die bisherige zersplitterte Regelung auf der Ebene der sogenannten „Quellberufe“ wird damit abgelöst durch ein einheitliches „Berufsrecht“ für alle Mediatoren, das neben eventuelle berufsspezifische Regelungen tritt.

Auf das Mediationsgesetz soll an dieser Stelle nur kurz eingegangen werden: § 1 Mediationsgesetz begnügt sich mit der knappen Definition der Begriffe Mediation und Mediator. § 2 Mediationsgesetz normiert für Mediatoren wesentliche Aufgaben und Pflichten, die gewährleisten sollen, dass die Mediationen bestimmten inhaltlichen Anforderungen genügen. Die Vorschrift greift dabei einige Kernelemente des europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren auf. § 3 Mediationsgesetz enthält Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen. Der Disqualifikationstatbestand des § 3 Abs. 2 Mediationsgesetz wird nach der Gesetzesbegründung bereits dann ausgelöst, wenn der Mediator vor der Mediation im Auftrag einer Partei lediglich Möglichkeiten einer gütlichen Einigung ausgelotet hat. In § 4 Mediationsgesetz ist die Verschwiegenheitspflicht der in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen geregelt. (Für den Güterichter gilt diese Verschwiegenheitspflicht nicht. Er ist als Richter und Amtsträger nicht nur den Parteien verpflichtet. Ihn treffen weiterhin besondere Anzeigepflichten, z. B. nach § 116 AO oder § 6 Subventionsgesetz.) Die Aus- und Fortbildung der Mediatoren ist in § 5 Mediationsgesetz geregelt. Nach der gesetzlichen Regelung ist zwischen dem (einfachen) „Mediator“ und dem „zertifizierten Mediator“ zu unterscheiden. Als erhöhte Qualitätsstufe ist in § 5 Abs. 2 und Abs. 3 Mediationsgesetz der „zertifizierte Mediator“ gesetzlich verankert. Danach darf sich ein Mediator „zertifizierter Mediator“ nennen, wenn er eine Ausbildung abgeschlossen hat, die die Ausbildungsstandards gemäß der gesondert zu erlassenden Rechtsverordnung nach § 6 Mediationsgesetz erfüllt. In der Beschlussempfehlung ist schon jetzt detailliert aufgelistet, welche Themen von der Ausbildung mit einem Umfang von mindestens 120 Stunden bei einem zertifizierten Ausbildungsinstitut umfasst sein müssen (siehe auch BT-Drucks. 17/8058 Seite 19 f.). Der „einfache Mediator“ verfügt nach der Beschlussempfehlung eine Mindeststundenzahl von 90 Stunden Ausbildung, die gewährleisten, dass er zumindest über die in § 5 Abs. 1 Mediationsgesetz festgelegten Kenntnisse und Kompetenzen verfügt.

Nach der Übergangsbestimmung des § 9 Mediationsgesetz können Mediationen in Zivilsachen durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter während des Gerichtsverfahrens, die vor dem 26. Juli 2012 in einem Gericht angeboten worden sind, unter Fortführung der bisher verwendeten Bezeichnung (gerichtlicher Mediator) bis zum 1. August 2013 weiterhin durchgeführt werden. Dies gilt nach § 9 Abs. 2 Mediationsgesetz entsprechend für die gerichtliche Mediation in der Arbeitsgerichtsbarkeit.

Flankiert wird dieses Berufsgesetz in Art. 2 (Änderung der Zivilprozessordnung) durch verfahrensrechtliche Vorschriften, über die der Mediationsgedanke an alle fünf Gerichtsbarkeiten gestärkt werden soll: Nach der Neufassung des § 253 Abs. 3 ZPO soll jede Klageschrift die Angabe enthalten, „ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines außergerichtlichen

Verfahrens oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.

Für arbeitsgerichtliche Verfahren ist eigentlich nur die Änderung des § 41 Ziff. 8 ZPO von Belang, wonach ein Ausschluss des Richters auch in den Sachen stattfindet, in denen er an einem Mediationsverfahren oder an einem anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung mitgewirkt hat.

Von der ursprünglich vorgesehenen Möglichkeit, den Inhalt einer Mediationsvereinbarung einem gesonderten Verfahren nach § 796d ZPO vollstreckbar zu machen, ist endgültig Abstand genommen worden.

Die Änderung des § 278 Abs. 5 ZPO und des § 278a ZPO (ermächtigt die Gerichte, für geeignete Streitigkeiten eine Mediation vorzuschlagen) ist spezialgesetzlich im Arbeitsgerichtsgesetz geregelt.

Die Änderungen und Besonderheiten im Arbeitsgerichtsprozess sind in Art. 4 des Gesetzes geregelt. Art. 4 enthält besondere Regelungen für beide arbeitsgerichtlichen Verfahrensarten.

a) Urteilsverfahren

Im Urteilsverfahren wird der Vorsitzende nach § 54 Abs. 6 ArbGG ermächtigt, den Parteien „für die Güteverhandlung sowie deren Fortsetzung“ vor einen Güterichter zu verweisen. Als Güterichter wird ein für das besondere Verfahren „bestimmter und nicht entscheidungsbefugter Richter“ bezeichnet. Ergänzend wird dazu aufgrund der Einigung im Vermittlungsausschuss klargestellt: „Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.“ Der ersuchte Güterichter kann auch Richter eines anderen Gerichts oder eines anderen Rechtszugs sein. **Die Verweisung an den Güterichter nach § 64 Abs. 7 ArbGG gilt auch für die Berufungsinstanz.**

Nach dem neu angefügten § 54a Abs. 1 ArbGG kann der Vorsitzende nach eigenem Ermessen alternativ zum Güterichterverfahren den Parteien auch eine außergerichtliche Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

b) Beschlussverfahren

Die neuen Möglichkeiten der konsensualen Streitbelegungen sind auch auf das Beschlussverfahren ausgeweitet worden. Das ist ausdrücklich in § 80 Abs. 2 Satz 1 ArbGG durch die Einfügung der Worte „Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung“ klargestellt. Als Tatbestand für die Beendigung eines Beschlussverfahrens wird in § 83a Abs. 1 ArbGG bestimmt, dass die Beteiligten zur Niederschrift des Güterichters anstelle des zur Entscheidung berufenen Vorsitzenden einen Vergleich schließen können.

Durch die Einfügung der Worte „Güterichter, Mediation und außergerichtliche Konfliktbeilegung“ in § 87 Abs. 2 Satz 1 ArbGG ist klargestellt, dass auch im Beschwerderechtszug noch eine gerichtsinterne oder außergerichtliche Mediation stattfinden kann.

Im Revisionsverfahren oder im Rechtsbeschwerdeverfahren sind diese Möglichkeiten nicht mehr vorgesehen.

Damit ist gesetzestechnisch entschieden, dass die Mediation bzw. alternative Streitbeilegung eine zulässige richterliche Aufgabe darstellt. Es handelt sich um eine aufgrund des Gesetzes den Richtern zugewiesene „andere Aufgabe“ im Sinn von § 4 Abs. 2 Nr. 2 DRiG.

Soweit es in § 54 Abs. 6 ArbGG heißt, dass der „Vorsitzende“ die Parteien für die Güteverhandlung sowie deren Fortsetzung vor einem nicht entscheidungsbefugten Güterichter verweisen kann, heißt

dies im Umkehrschluss, dass eine Verweisung an die Kammer an den nicht entscheidungsbefugten Güterichter nicht möglich ist.

Hintergrund dieser Regelung ist der Beschleunigungsgrundsatz, der eine weitere Verzögerung durch ein Verfahren vor dem Güterichter nicht dulden soll (dass dies vom Gesetzgeber für das arbeitsgerichtliche Verfahren tatsächlich so gewollt ist, erschließt sich aus dem Vergleich mit dem Wortlaut des § 278 Abs. 5 ZPO, wonach im Zivilprozess das Gericht die Parteien nicht nur für die erste Güteverhandlung, sondern für mögliche weitere Güteversuche an den Güterichter verweisen kann, was auch im Haupttermin möglich sein soll, falls die Parteien hiermit einverstanden sind).

Da die gerichtsinterne Mediation gestrichen wurde und der nicht entscheidungsbefugte Güterichter trotz der Anwendungsmöglichkeit mediativer Verfahrenselemente nach bisher einhelliger Ansicht kein Mediator ist, findet das Mediationsgesetz mit seinen Mindeststandards keine unmittelbare Anwendung. Ob dies anders zu sehen ist, wenn der Richter zugleich ein nach § 5 Abs. 2 Mediationsgesetz zertifizierter Mediator ist, ist in der Literatur noch nicht diskutiert worden.

Dies spricht jedenfalls dafür, dass im Güterichterverfahren die Mindeststandards des Mediationsgesetzes im Wege der Mediationsvereinbarung vereinbart werden. Insbesondere dann, wenn der Güterichter die gesamte Güteverhandlung auf die Methoden und Techniken der Mediation beschränkt, also ausschließlich als Quasi-Mediator tätig wird. Für eine solche „reine“ Mediation ist ein Prozessvertrag der Parteien zwar nicht erforderlich, jedoch auf jeden Fall empfehlenswert, da es um Vertraulichkeit, Freiwilligkeit und Eigenverantwortlichkeit geht. Bis geklärt ist, ob die Mindeststandards des Mediationsgesetzes auf die Mediation durch einen Güterichter unmittelbare Anwendung findet, empfiehlt es sich, diese Mindeststandards zu vereinbaren. Der Prozessvertrag begegnet keinen rechtlichen Bedenken, da sich die Prozessparteien zu jedem prozessualen Verhalten verpflichten können, das möglich ist, und das nicht gegen ein Gesetz und die guten Sitten verstößt.

Der Gesetzgeber hat von einer Normierung des Verfahrensablaufs in der Güteverhandlung vor dem nicht entscheidungsbefugten Güterichter abgesehen.

Nach allgemeiner Ansicht ist § 54 Abs. 2 Satz 2 ArbGG entsprechend anwendbar. Daraus folgt, dass auch wirtschaftliche, soziale und sonstige Erwägungen, auch Billigkeitserwägungen angesprochen werden können, losgelöst von den Formalien des Prozessrechts. Da der Güterichter gemäß § 54 Abs. 6 ArbGG nicht entscheidungsbefugt ist, kann er die Güteverhandlung offener und freier führen als ein streitentscheidender Richter. Falls die Parteien damit einverstanden sind, kann er Einzelgespräche mit den Parteien führen. Er darf ohne Zustimmung der Parteien in die Gerichtsakten Einsicht nehmen (BT-Drucks. 17/8058 Seite 17 zu § 1 Abs. 1 Mediationsgesetz).

Über die Güteverhandlung ist nach § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG in Verbindung mit § 159 Abs. 1 ZPO ein Protokoll aufzunehmen. Ein Protokoll über die Güteverhandlung vor dem nicht entscheidungsbefugten Richter wird nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen, § 159 Abs. 2 ZPO. Im arbeitsgerichtlichen Verfahren gilt diese Norm über § 46 ArbGG auch für die Niederschrift über eine Güteverhandlung vor dem nicht entscheidungsbefugten Güterichter gemäß § 54 Abs. 6 ArbGG.

Auch in diesem Fall können die Parteien im Fall einer Einigung über die vergleichsweise Beendigung des Rechtsstreits jedoch übereinstimmend beantragen, dass der Vergleich vom nicht entscheidungsbefugten Güterichter zu Protokoll genommen wird. Damit schaffen sie einen Vollstreckungstitel im Sinn von § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO, nämlich einen Vergleich zwischen den Parteien vor dem deutschen Gericht. Der Güterichter hat zwar keine Entscheidungsbefugnis, stellt aber dennoch ein „Gericht“ im Sinn dieser Norm dar.

Gemäß § 169 Abs. 1 GVG und § 52 Satz 1 ArbGG sind die Gerichtsverhandlungen öffentlich. Dies bezieht sich jedoch nach allgemeiner Ansicht nicht auf die Verhandlung vor dem Güterichter gemäß § 54 Abs. 6 ArbGG, da jener nicht dem erkennenden Spruchkörper angehört. Folglich kann das Gütegespräch unter Ausschluss der Öffentlichkeit geführt werden. § 52 Satz 3 ArbGG muss daher nicht analog angewendet werden.

Dem nicht entscheidungsbefugten Güterichter steht ebenso wie dem Streitrichter nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO grundsätzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht über den Inhalt des Gütegesprächs zu, soweit ihm in dieser Eigenschaft Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschriften geboten sind. Vor der Vernehmung von Richtern als Zeugen über Umstände, auf die sich ihre Pflicht zur Verschwiegenheit bezieht, ist gemäß § 376 ZPO die Aussagegenehmigung der zuständigen Aufsichtsbehörde einzuholen.

Falls ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht durch einen gerichtlichen Vergleich endet, entfällt gemäß Vorbemerkung 8 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG die in dem Rechtszug angefallene Gebühr. Auch der Vergleichsabschluss vor dem nicht entscheidungsbefugten Güterichter ist ein gerichtlicher Vergleich im Sinne dieser Vorschrift.

IV.

Die Umsetzung des Güterichtermodells in der Gerichtsbarkeit Nordrhein-Westfalen, insbesondere im Bezirk des Landesarbeitsgerichts Hamm

Am 24. September 2012 hat eine Besprechung der Justizministerien des Bundes und der Länder zur Ausgestaltung des Güterichtermodells im niedersächsischen Justizministerium in Hannover stattgefunden. Zielvorstellung war es, mit den anderen Bundesländern eine gemeinsame Leitlinie für die Umsetzung des § 278 Abs. 5 ZPO zu erarbeiten. In dieser Besprechung konnte kein gemeinsames Vorgehen abgesprochen werden. Teilnehmer berichten, dass in der Praxis allgemein das Bestreben vorherrsche, die im Rahmen der Pilotprojekte bewährten Strukturen der gerichtlichen Mediation nach Möglichkeit regional beizubehalten. Diese Vorstellung dominiere auch die Auslegung des neuen Rechts durch die Justizverwaltungen. Trotz Einigkeit in Vielzahl von Einzelfragen habe eine Grundlinie für ein gemeinsames, verbindliches Vorgehen nicht gefunden werden können. Offenbar laute der Tenor aller Bundesländer: „Wir machen so weiter, wie bisher.“

Die Umsetzung des Güterichtermodells in Nordrhein-Westfalen war dann Gegenstand des Erfahrungsaustauschs der Mediationsgerichte am 2. Oktober 2012 im Justizministerium Nordrhein-Westfalen. Im Rahmen dieses Erfahrungsaustauschs konnte kein Konsens darüber erzielt werden, ob es sich bei dem Güterichtermodell nach § 278 Abs. 5 ZPO um eine „Pflichtaufgabe“ der Justiz handelt, mit der Folge, dass jedes einzelne Gericht in Nordrhein-Westfalen die Möglichkeit des Güterichtermodells bieten muss. *Hartmann* vertritt die Auffassung, dass „sogleich unverzüglich das Präsidium für sein Gericht mindestens einen Güterichter im Geschäftsverteilungsplan bestimmen muss“. Dies gelte entgegen einer schon zu hörenden Meinung unter Verweis auf Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG, Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG und eine Haftung nach Art. 34 GG, § 839 BGB auch dann, wenn „wir keinen (geeigneten) Güterichter finden“. Die Gegenansicht beruft sich darauf, dass eine flankierende gesetzliche Regelung im GVG fehlt.

Während des Erfahrungsaustauschs im Justizministerium herrschte Einigkeit, dass die Entscheidung über die Bestellung von Güterichtern den jeweiligen Gerichtspräsidien vorbehalten ist. Ein Güterichter sei entweder am eigenen Gericht oder an einem anderen „aufnahmebereiten Kooperationsgericht“ zu bestimmen. Das Mediationszentrum OWL am Arbeitsgericht Herford ist hiervon derzeit noch nicht betroffen, da beabsichtigt ist, die Frist des § 9 Mediationsgesetz in vollem Umfang auszuschöpfen.

Anlässlich dieses Erfahrungsaustauschs wurde auch die inhaltliche Ausgestaltung des Güterichterverfahrens erörtert. Aus der ordentlichen Gerichtsbarkeit wurde berichtet, man habe sich im Wege der „Selbstverpflichtung“ darauf geeinigt, als Güterichter nur Mediationen durchzuführen und keine rechtlichen Hinweise zu erteilen. Dies wurde von anderer Seite mit dem Argument flankiert, man fühle sich nicht berufen, als Güterichter eine juristische „Zweitmeinung“ im Verhältnis zum entscheidungsbefugten Richter abzugeben. Es bestand aber auch Konsens darüber, dass der jeweilige Güterichter in vollem Umfang die richterliche Unabhängigkeit auch hinsichtlich der Methodenwahl genieße. Mehrheitlich wurde von den Teilnehmern die Bezeichnung „Mediation beim Güterichter“ bzw. „Mediation durch den Güterichter“ verwendet, wobei sich die Richterinnen und Richter außerhalb der noch laufenden Projekte künftig nicht mehr „Mediator“ nennen dürften. Weiterhin wurde diskutiert, ob den Parteien nach dem Geschäftsverteilungsplan die Möglichkeit eingeräumt werden solle, sich übereinstimmend auf einen bestimmten Güterichter einigen zu können. Hierfür soll der Gesetzeswortlaut sprechen.

Für die Arbeitsgerichtsbarkeit im Bezirk des Landesarbeitsgerichts Hamm stellt sich diese Frage mit besonderer Dringlichkeit, da bislang lediglich sechs Arbeitsrichter bzw. Arbeitsrichterinnen zu Mediatoren ausgebildet worden sind. Im Jahr 2013 stehen ebenfalls nur sechs Ausbildungsplätze zur Verfügung. Mit insgesamt zwölf als Mediator ausgebildete Arbeitsrichterinnen und Arbeitsrichtern kann ein Güterichtermodell flächendeckend unter der Prämisse, dass der Güterichter zugleich die Mediatorenausbildung in der Justizakademie Nordrhein-Westfalen durchlaufen haben soll, schwerlich implementiert werden.

Da es sich bei Güterichterverfahren als einen Teil des Hauptverfahrens handelt, ist die Anordnung des Ruhens des Verfahrens gemäß § 251 ZPO zukünftig bedenklich.

Fazit:

Wenn der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags der Streichung der gerichtlichen Mediation und der Implementierung des Güterichtermodells bezweckt haben sollte, die Möglichkeit der richterlichen Mediation nach Ablauf einer Übergangsfrist zu beenden, ist dieser Versuch - jedenfalls bezogen auf das Land Nordrhein-Westfalen - gescheitert. Wenn man der Meinung von *Hartmann* folgen wollte, wäre zukünftig jedes Gericht verpflichtet, ein alternatives Verfahren im Güterichtermodell anzubieten. Es kann faktisch davon ausgegangen werden, dass sich die Güterichter in allen Gerichtsbarkeiten mit der rechtlichen Bewertung der Fälle, die sie zu bearbeiten haben, sehr zurückhalten werden. Damit beschränkt sich die Methodenwahl wohl im Wesentlichen auf die Mediation. Damit ist aus den Modellversuchen jetzt eine Pflichtaufgabe der Justiz geworden. In der kleinteiligen Arbeitsgerichtsbarkeit wird die flächendeckende Implementation der gerichtlichen Mediation noch einige Zeit in Anspruch nehmen.

Zugleich ist durch die Verankerung der gerichtlichen Mediation im Güterichtermodell klar, dass es sich dabei um eine originäre richterliche Tätigkeit im Sinn von § 4 Abs. 2 Nr. 2 DRiG handelt, die den Richtern zukünftig nicht mehr streitig gemacht werden kann. Es handelt sich um eine aufgrund des Gesetzes den Richtern zugewiesene „andere Aufgabe“ im Sinn von § 4 Abs. 2 Nr. 2 DRiG.

Das Güterichtermodell wird auf der richterlichen Ebene dazu führen, dass gerichtliche Mediation nicht - wie bisher - quasi „ehrenamtlich“ ausgeübt wird, sondern mit einer Entlastung im Rahmen des Geschäftsverteilungsplans einhergeht. Dies wird bei den übrigen Beteiligten ins Bewusstsein rücken, dass der Richter im Rahmen des Güterichtermodells nicht „umsonst“ arbeitet.

Praktisch bleibt nach Einschätzung des Referenten alles so, wie es bisher war: Gerichtliche Mediation im Güterichtermodell wird auch zukünftig dazu dienen, in besonders gelagerten Einzelfällen ein alternatives hochwertiges Angebot der Richter mit dem Ziel einer umfassenden gütlichen Einigung zur Verfügung zu stellen. Dies werden die Arbeitsrichter nicht machen, um den nichtrichterlichen

Mediatoren Konkurrenz zu machen, sondern im ureigenen Interesse zur Verhinderung zukünftiger Rechtsstreitigkeiten, die dann erfahrungsgemäß mehrere Instanzen beschäftigen. Die begrenzten Ressourcen der Gerichte werden dafür sorgen, dass in besonders kompliziert gelagerten Fallgestaltungen (Beispiel: Mangelnde Kommunikation zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat) die Gerichte den Verfahrensbeteiligten eine außergerichtliche Konfliktbeilegung empfehlen werden. Die außergerichtliche Mediation wird sich aus eigener Kraft etablieren müssen. Es ist zu hoffen, dass von der Verweisung eines anhängigen Gerichtsverfahrens in ein Verfahren der außergerichtlichen Mediation gemäß § 54a ArbGG zukünftig mehr Gebrauch gemacht werden wird, als in der Vergangenheit. Dies wird sich immer dann anbieten, wenn die Prognose besteht, dass mehr als eine Sitzung benötigt wird. Man kann gespannt sein, welche Profession davon profitieren wird.

Die kostenmäßige Privilegierung erfolgreicher gerichtlicher Mediationen kann nicht geleugnet werden. Sie ist nur vor dem Hintergrund des Interesses des Steuerzahlers erklärlich, im Rahmen einer gesamtwirtschaftlichen Kosten-Nutzen-Rechnung eine frühzeitige und umfassende gütliche Einigung zu prämiieren.

Im Übrigen ergeben sich für die außergerichtlichen Mediatoren keine gravierenden Wettbewerbsnachteile, da die gerichtliche Mediation auch im Güterichtermodell immer ein anhängiges Gerichtsverfahren voraussetzt, für das in der Regel (aber nicht in der Arbeitsgerichtsbarkeit) ein Kostenvorschuss eingezahlt werden muss. Gerichtliche Mediation wird vor diesem Hintergrund immer konkret fallbezogen sein. Die Hoffnung, sich für eine möglichst „umfassende“ Regelung aller Probleme einer Mediation im Rahmen des Güterichtermodells bedienen zu können, wird sich angesichts der richterlichen Kapazitäten als Irrtum herausstellen. Richter leisten keine Lebenshilfe.

Zum 2. Thema: Prekäre Arbeitsverhältnisse

Prekäre Arbeitsverhältnisse betitelte der zweite Referent *Dr. Reinhold Mittag* seinen Vortrag. Er meinte damit Arbeitsverhältnisse mit niedrigem Entgelt, dass Arbeitnehmer nicht auf Dauer beschäftigt sind und dass gegebenenfalls kein oder auch nur ein geringer arbeits- und sozialrechtlicher Schutz in derartigen Arbeitsverhältnissen besteht. Er gliederte sein Referat dann in vier Teile, nämlich Untergrenzen für Vergütung, Kündigungsschutz im Kleinbetrieb, Befristung von Arbeitsverhältnissen und Leiharbeit.

I. Untergrenzen für Vergütung

Grundsätzlich ist die Vergütung im Arbeitsverhältnis nach § 611 BGB frei vereinbar. Jedoch gibt es Grenzen:

- Wucherlohn ist sittenwidrig, § 138 BGB, und strafbar, § 291 StGB.
- Grenze: 2/3 der üblichen Vergütung (BAG 22. April 2009 - 5 AZR 463/08 -; LAG Hamm 18. März 2009 - 6 Sa 1284/08 -, Verkäuferin 5,20 Euro)
- Grenze Azubi, § 17 BBiG: 20 % (BAG 19. Februar 2008 - 9 AZR 1091/06 -)
- Grenze bei Widerruf von Zulagen: nur oberhalb Tariflohn und maximal 25 bis 30 % der Gesamtvergütung (BAG 12. Januar 2005 - 5 AZR 364/04 -)

Soweit keine Vergütungsvereinbarung getroffen ist oder die getroffene möglicherweise wegen Wuchers sittenwidrig ist, greift § 612 Abs. 2 Satz 2 BGB. In diesen Fällen gilt die Höhe der Vergütung dann als nicht bestimmt und es ist die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen. Die Rechtsprechung prüft in diesen Fällen die übliche Vergütung anhand branchentypischer Tarifverträge. Schließlich ist zu beachten, dass eine Mehrzahl von Tarifverträgen allgemeinverbindlich erklärt ist und dass damit die Untergrenze für Vergütungen vorgegeben ist.

Nachfolgend verwies der Referent auf einen aktuellen Fall, über den das Bundesarbeitsgericht am 16. Mai 2012 zu entscheiden hatte. Es ging um einen DRK-Rettungsanwärter, dem nach Tarif 8,00 Euro pro Stunde zugestanden hätten, gezahlt wurden jedoch lediglich 5,11 Euro. Die Leitsätze des Bundesarbeitsgerichts stellte er wie folgt vor:

1. Liegt ein auffälliges Missverhältnis im Sinn von § 138 Abs. 1 BGB vor, weil der Wert der Arbeitsleistung den Wert der Gegenleistung um mehr als 50 %, aber weniger als 100 % übersteigt, bedarf es zur Annahme der Nichtigkeit der Vergütungsabrede zusätzlicher Umstände, aus denen geschlossen werden kann, der Arbeitgeber habe die Not oder einen anderen den Arbeitnehmer hemmenden Umstand in verwerflicher Weise zu seinem Vorteil ausgenutzt.
2. Ist der Wert einer Arbeitsleistung (mindestens) doppelt so hoch wie der Wert der Gegenleistung, gestattet dieses besonders grobe Missverhältnis den tatsächlichen Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten im Sinn von § 138 Abs. 1 BGB.

Einen weiteren Fall zur Entgeltfindung stellte *Mittag* vor, über den das Landesarbeitsgericht Sachsen-Anhalt am 30. November 2010 entschieden hat und das nunmehr beim Bundesarbeitsgericht für den 26. März 2013 terminiert ist (- 3 AZR 89/11 -). Es geht hier um die Abgrenzung bei der Gehaltsfindung nach Handwerk- und Industriebetrieb. Zur Abgrenzung zwischen Handwerk und Industrie lenkte er dann das Augenmerk auf die Punkte:

- Eintrag in Handwerksrolle
- Arbeitnehmer arbeiten ganz überwiegend mit der Hand
- Produktion für einzelnen Kunden, nicht für den Markt
- Unschädlich, wenn Auftraggeber Industriebetrieb
- Unschädlich wenn großer Personalbestand/Umsatz

Die Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts im März 2013 bleibt abzuwarten, insbesondere wird man sich mit den Fragen der Darlegungs- und Beweislast in diesem Verfahren auseinandersetzen müssen.

II. Kündigungsschutz im Kleinbetrieb

Für den Kleinbetrieb wird man § 23 KSchG (Fassung 2004) hinsichtlich des Geltungsbereiches so lesen müssen, dass das Kündigungsschutzgesetz nicht greift, wenn in Betrieben in der Regel 10 oder weniger Arbeitnehmer beschäftigt werden. Der Arbeitnehmer im Kleinbetrieb stehe aber nicht gänzlich ohne Schutz da. Insofern verwies er auf Folgendes:

- BVerfG 27.01.1998 – 1 BvL 15/87: „ ... gewährleisten die zivilrechtlichen Generalklauseln den durch Art. 12 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz der Arbeitnehmer“
- Art 30 GRC: Jede/r AN hat ... „Anspruch auf Schutz vor ungerechtfertigter Entlassung“ , dazu BAG 08.12.2011 - 6 AZN 1371/11: -> §§ 138, 242 BGB (sitten-, treuwidrig)
- § 612a BGB: „Der AG darf einen AN nicht benachteiligen, weil der AN in zulässiger Weise seine Rechte ausübt“

In diesem Zusammenhang verwies der Referent auf einen aktuellen Fall, der am 17.02.2012 vom LAG Berlin-Brandenburg (Az. 6 Sa 2261/10) beschieden wurde. Einem Arbeitnehmer im Kleinbetrieb wurde gekündigt, weil er nicht in eine Änderung der Arbeitsbedingungen einwilligte, die letztendlich eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 BGB darstellten. Das LAG Berlin hat die Klage des Arbeitnehmers abgewiesen, jedoch die Revision zugelassen. Zuständig ist der 2. Senat des BAG (Az. 2 AZR 322/12). Terminiert ist in dieser Sache noch nicht. Es bleibt insoweit spannend.

III. Befristung

Hinsichtlich der befristeten Arbeitsverträge mit Sachgrund referierte Dr. Mittag über zwei aktuelle Entscheidungen aus dem Jahre 2012. Zunächst stellte er den Fall Küçük vor (EuGH 26.01.2012, C-586/10), das eine mehrfache Befristung eines Arbeitsverhältnisses mit Sachgrund als zulässig ansieht. Die Vorlage an den EuGH erfolgte durch das BAG, das dann mit Entscheidung vom 18.07.2012 (Az. 7 AZR 443/09) das Verfahren zurückverwiesen hatte. Es bedarf also noch weiterer Sachaufklärung. In einer weiteren Entscheidung vom selben Tag (Az. 7 AZR 783/10) hatte das BAG sich mit einem befristeten Arbeitsverhältnis auseinander zu setzen, das schon 7 Jahre und 9 Monate andauerte auf Grund von vier Befristungen. Im Ergebnis hat das BAG keine Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Rechtsmissbrauchs gesehen aber darauf hingewiesen, dass hohe Anforderungen an derartige lange Befristungen zu stellen sind.

Ein weiterer Punkt waren dann befristete Arbeitsverhältnisse ohne Sachgrund. Nach § 14 Abs. 2 TzBfG können befristete Arbeitsverhältnisse ohne Sachgrund abgeschlossen werden bis zur Dauer von zwei Jahren, inkl. Verlängerung. Dies ist jedoch nicht zulässig nach § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG, wenn mit demselben Arbeitgeber bereits zuvor ein befristetes oder unbefristetes Arbeitsverhältnis bestanden hat. Diesbezüglich ging er dann auf die überraschende Entscheidung des BAG vom 06.04.2011 (Az. 7 AZR 716/09) ein. Das BAG hat diese Regelung in § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG einschränkend dahingehend ausgelegt, dass eine frühere Beschäftigung des Arbeitnehmers nicht entgegensteht, wenn diese mehr als drei Jahre zurückliegt! In der Literatur ist diese Entscheidung auf maßgebliche Kritik gestoßen (Lakies, ArbuR 2011, 190; Perrong, PersR 2011, 401; Wedel, ArbuR 2011, 413; Wendeling-Schröder, ArbuR 2012, 92). Da diese Entscheidung aber bestehe, müsse man sich leider nunmehr daran orientieren.

IV. Leiharbeit

Im letzten Teil seines Referates beleuchtete der Referent Dr. Mittag dann das Thema Leiharbeit. Dabei ging er zunächst auf die Geschichte des AÜG ein und stellte schließlich die Neufassung des AÜG aus 2011 vor. Es erfolgte am 07.08.1972 auf Grund eines Entwurfes des Bundesarbeitsministeriums vom 10.12.1970 das Gesetz zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz – AÜG, das am 12.10.1972 in Kraft trat). Mit diesem Gesetz sollte die Gewährleistung eines arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Mindestschutzes der Arbeitskräfte von Zeitarbeitsunternehmen geschaffen werden sowie der Versuch, diesen Schutz durch ein scharfes Geschäftserlaubnis- und Geschäftsüberwachungssystem durchsetzbar zu machen (BogS BB 1971, 277 (280)).

Punktuelle Änderungen des AÜG erfolgten in der Zeit bis 2002. 1982 erfolgte das Verbot der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung in Betrieben des Baugewerbes für Arbeiten, die üblicherweise von Arbeitern (gewerbliche Mitarbeiter) verrichtet werden. In den Jahren ab 1985 und danach wurde mehrfach die erlaubte Überlassungsdauer erhöht, so von 3 auf 6 Monate 1985, von 6 auf 9 Monate 1994, von 9 auf 12 Monate 1997 und von 12 auf 24 Monate im Jahre 2002. Zum 01.01.2003 entfiel die zeitliche Beschränkung der Überlassungsdauer insgesamt. Hintergrund dieser Lockerungen war, dass durch die rigorose Beschränkung der Überlassungsdauer Arbeitnehmerüberlassung für qualifizierte Tätigkeiten mit längerer Einarbeitungszeit faktisch von vorne herein ausgeschlossen war. Mit dem Wegfall der zeitlichen Beschränkung der Überlassungsdauer erfolgten ab 2003 auch noch weitere Lockerungen, aber im Gegenzuge wurde aufgenommen der Grundsatz des Equal-Pay in das AÜG mit Öffnungsklausel für Tarifverträge, die davon zu Ungunsten des Arbeitnehmers abweichen durften (Vgl. Art. 6 d. 1. Gesetzes für moderne

Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 23.12.2002, BGBl. I, S. 4607, 4647 ff. (Hartz I); Böhm/Hennig/Bopp, Zeitarbeit, Rn. 29). Zu der Ausnahme des abweichenden Tarifvertrages kam noch die Regelung hinzu, dass im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages nicht tarifgebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Anwendung der tariflichen Regelungen vereinbaren können, § 3 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 AÜG, wovon fast flächendeckend Gebrauch gemacht wurde (Waltermann, NZA 2010, 482 (483)). Die Tarifgemeinschaft Zeitarbeit beim DGB hat im Mai und Juli 2003 auch die ersten entsprechenden Tarifverträge abgeschlossen, und zwar mit dem Bundesarbeitgeberverband der Personaldienstleister (BAP) und dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen (iAZ). Wegen der aus den Tarifverträgen resultierenden ungleichen Behandlung von Leiharbeitnehmern und Stammbeschafteten der Entleiher stehen diese Tarifverträge in der Kritik. So äußerte sich noch Schüren im Februar 2011 dazu und meinte, die großen Gewerkschaften haben in der Vergangenheit jede Menge Fehler im Bereich der Zeitarbeit begangen. Dazu gehöre auch die eigene Tarifpolitik von der die Verantwortlichen offenbar ablenken wollen, indem sie die Debatte auf ein anderes Feld verlagern (Schüren, Focus Online, 07.02.2011, Zeitarbeit: Der Sündenfall der Gewerkschaften). Die sich aus diesem Bereich ergebenden Probleme gilt es später noch zu erörtern.

Das deutsche Arbeitsrecht wird längst nicht mehr nur vom deutschen Gesetzgeber gestaltet, sondern mittlerweile auch vom Europäischen Parlament und Rat. Das Europäische Parlament und der Rat haben am 19.11.2008 die Richtlinie 2008/104/EG über Leiharbeit erlassen, die sog. EU-Leiharbeitsrichtlinie. Als Adressat der Richtlinie nach Art. 14 war der deutsche Gesetzgeber damit gefordert, das AÜG der EU-Leiharbeitsrichtlinie anzupassen.

Am 01.12.2011 ist der zweite Teil des „1. Gesetzes zur Änderung des AÜG“ in Kraft getreten, mit denen die EU-Leiharbeitsrichtlinie (RL 2008/104/EG) in deutsches Recht umgesetzt werden soll. Anpassungen des bisherigen AÜG erfolgten in der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Gesetzes selbst, die Differenzierung zwischen gewerblicher und nicht-gewerblicher Arbeitnehmerüberlassung wurde aufgegeben. Der Gesetzgeber hat des Weiteren § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG normiert, dass die Überlassung von Arbeitnehmern an einen Entleiher „vorübergehend“ erfolgt, was schon zu spektakulären Prozessen geführt hat (ArbG Leipzig, Az. 11 BV 79/11, DB 2012, 46; ArbG Leipzig, 23.03.2012, Az. 5 BV 85/11 n. V.; a. A. ArbG Cottbus 22.08.2012, Az. 4 BV 2/12, juris-Datenbank). Weitere wichtige Ergänzungen waren § 13 a AÜG, die Information über freie Arbeitsplätze im Entleiherbetrieb und § 13 b AÜG, der den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen im Entleiherbetrieb für Leiharbeitnehmer regelt.

Weitere Änderungen betreffen die Einführung einer Lohnuntergrenze, § 3 a AÜG. Diese darf gem. § 9 Nr. 2 AÜG auch nicht durch tarifvertragliche Vereinbarungen bzw. arbeitsvertraglicher Bezugnahme unterschritten werden. Im Falle der Unterschreitung sieht § 10 Abs. 4 AÜG als Rechtsfolge die Geltung des Equal-Pay-Grundsatzes vor. Bei Verstoß handelt der Verleiher ordnungswidrig und kann mit einer Geldbuße von bis zu 25.000,00 € nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 a, Abs. 2 AÜG belastet werden. Eine weitere Änderung betrifft die Verhinderung des „Drehtüreffekts“. Zu einer gewissen Berühmtheit bei den AÜG-Reformen hat es insoweit der „Fall Schlecker“ gebracht. In diesem Fall wird nämlich ein Arbeitnehmer trotz fortbestehenden Beschäftigungsbedarfs aus seinem Arbeitsverhältnis entlassen, um kurz darauf wieder als Leiharbeitnehmer auf seinen alten Arbeitsplatz zurückzukehren und dieselbe Arbeit zu deutlich schlechteren Bedingungen zu erbringen. Dies erfolgte bei Schlecker über das eigens hierfür gegründete Zeitarbeitsunternehmen MENIAR (Böhm/Hennig/Bopp, Zeitarbeit, Rn.

237). Nach §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 9 Nr. 2 AÜG (sog. Drehtürklausel) ist nun eine Abweichung vom Equal-Pay-Grundsatz nur möglich, wenn der eingesetzte Leiharbeitnehmer nicht zuvor beim gleichen Arbeitgeber bzw. im selben Konzern beschäftigt war und innerhalb der letzten sechs Monate aus diesem Arbeitsverhältnis ausschied. Wird in vertraglichen Regelungen hiervon abgewichen, besteht ebenfalls die Möglichkeit der Verhängung einer Geldbuße von bis zu 25.000,00 €.

Anzumerken ist zur Klarstellung, dass die vom Gemeinschaftsrecht geforderten Neuerungen erst am 01.12.2011 in Kraft getreten sind und die eigenständigen deutschen Regelungen betreffend „Drehtürklausel und Lohnuntergrenze“ bereits am 30.04.2011.

Schließlich ist zum Schutz der Leiharbeitnehmer entsprechend § 3 a AÜG (Lohnuntergrenze) zum 01.01.2012 eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales in Kraft getreten mit einem Mindestlohn in Höhe von 7,89 €, ab 01.11.2012 8,19 € im Westen und 7,01 € bzw. ab 01.11.2012 7,50 € in den neuen Bundesländern.

Abschließend referierte Dr. Mittag dann noch über einige aktuelle Entscheidungen des BAG, so u. a. über die Entscheidung vom 21.09.2010, Az. 9 AZR 510/09. Dieser Entscheidung lag der Fall zugrunde, dass der Kläger beim Verleiher tätig war für die Zeit von Mai 2006 bis Mitte Januar 2007. Nach dem Arbeitsvertrag erhielt er ein Tarifentgelt in Höhe von 9,14 € je Stunde plus eine Zulage von 6,96 € für den Einsatz beim Verleiher. Letzteres war eine Entleiherzulage, sowie weitere 0,81 € Schicht-Nachtarbeitspauschale. Der Einsatz dauerte bis in den Dezember 2006, dann nahm der Leiharbeitnehmer Urlaub. Der Verleiher zahlte als Urlaubsentgelt lediglich 9,14 € brutto je Stunde und die Zulagen wurden von ihm überhaupt nicht berücksichtigt. Das BAG entschied jedoch zu Gunsten des Leiharbeitnehmers, da nach § 11 die Durchschnittsberechnung nach dem Arbeitsverdienst in den letzten 13 Wochen zu erfolgen hat, wozu auch die Entleiherzulage gehört. Das Urteil nebst Entscheidungsgründen ist veröffentlicht in der NZA 2011, Seite 805.

Die vielfältigen Fragen während der Referate wie auch die Anschlussfragen zeigten das große Interesse der Teilnehmer und bestätigten auch die Aktualität der Themen.

Die nächste Veranstaltung findet voraussichtlich am **11. Oktober 2013** in Bielefeld statt. Die Referenten, die Örtlichkeit sowie die Themen werden noch rechtzeitig mitgeteilt.

Ein ausführlicherer Bericht zur Tagung (mit Praxishinweisen) kann im Internet nachgelesen werden unter: www.arbeitsgerichtsverband.de/Tagungsbericht.htm.

Prof. Dr. Heinz Gussen