

Konfliktmanagement-Kongress 2010

Forum 5:

Bundesmediationsgesetz: Gesetzgeberische Spielräume zur Förderung der außergerichtlichen Mediation

Podium:

Eberhard Carl, MR, Bundesministerium der Justiz, Berlin

Dr. Rainer Kulms, LL.M., Privatdozent, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg

Axel R. Raulinat, Vorstandssprecher der TENOS AG, Hamburg

Moderation: *Michael Plassmann, Rechtsanwalt und Vorsitzender des Ausschusses Außergerichtliche Streitbeilegung der Bundesrechtsanwaltskammer*

Protokoll: *Henning Deeken, LL.M., Richter, Hannover*

1. Vortrag (Axel R. Raulinat):

„Behüt uns Gott das ganze Jahr, vor Doktor, Anwalt und Notar!“ - Ein Rechtsanwalt werde zwar als kompetenter Partner zum Streiten, jedoch nicht als kompetenter Partner zum Schlichten und Vermitteln wahrgenommen. § 1 Abs. 3 BORA, wonach ein Rechtsanwalt ein Mandat "konfliktvermeidend und streitschlichtend" zu begleiten habe, werde nicht gelebt. Hier müsse der Gesetzgeber nachhelfen. Dies sei dem Gesetzgeber jedoch mit dem vorgelegten Referentenentwurf über das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbewältigung“ nicht gelungen. Das Hauptziel des Gesetzesentwurfs, die Förderung der Mediation in veränderter Rechts- und Streitkultur, sei nicht erreicht worden. Es handele sich nicht um ein Gesetz zur Förderung der Mediation, höchstens um ein „Gesetzchen“. Es werde eine große Chance verpasst. Ein Bündel an Förderungsmaßnahmen und die Schaffung überzeugender Anreize sei zur Förderung der Attraktivität der Mediation erforderlich.

a) § 253 Abs. 3 ZPO-E sollte um eine Pflicht für Rechtsanwälte zur Beratungsdokumentation über die Möglichkeit der Durchführung eines Mediationsverfahrens erweitert werden. Nur so könne sichergestellt werden, dass sich die Rechtsanwälte mit der Mediation auseinandersetzen und ihren Mandanten hinsichtlich eines Mediationsverfahrens beraten würden. Ein Mediationsverfahren sei im Vergleich zu Vergleichsgesprächen ein aliud. Dies hätten viele Anwälte noch nicht verinnerlicht.

b) § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO *sollte* dahingehend geändert werden, dass das Gericht den Parteien in geeigneten Fällen nicht lediglich eine außergerichtliche Streitbeilegung vorschlagen *könne* sondern vielmehr sollte oder sogar *müsste*.

Diese Auffassung werde unterstützt durch einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Februar 2007 - Az. 1 BvR 1351/01-. Danach sei die Möglichkeit, einen Streit außergerichtlich beizulegen, auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung. Die Einführung eines obligatorischen Mediationsverfahrens sei weder als Verstoß gegen den allgemeinen Justizgewährungsanspruch noch als Verstoß gegen das Freiwilligkeitsgebot zu qualifizieren.

c) § 15 a EGZPO und die dort normierte Beschränkung des Anwendungsbereichs habe der Förderung der Mediation mehr geschadet denn genutzt. Herr Raulinat befürwortete vielmehr die Einführung der obligatorischen Durchführung des Versuchs einer außergerichtlichen Streitbeilegung grundsätzlich vor jeder Klageerhebung.

Dies würde in der Wirtschaft bereits praktiziert. Die Rechtsschutzversicherung „Deurag“ habe beispielsweise einen „Mediationstarif“ eingeführt. Dieser sei 20 Prozent billiger als der herkömmliche Rechtsschutztarif. Erst nach erfolgloser Durchführung eines Mediationsverfahrens würden die Kosten für ein Gerichtsverfahren übernommen.

d) Der deutsche Gesetzgeber sollte vom Ausland lernen. Der Kostendeckungsgrad der niedersächsischen Justiz liege bei 52 Prozent. Es sei nicht einzusehen, dass z.B. bei einer Nachbarschaftsstreitigkeit über die angemessene Höhe der Hecke der Steuerzahler 48 Prozent übernehme und auf diese Weise die Justiz missbraucht und die Staatskassen belastet würden.

Eine richterliche Mediation sollte vor diesem Hintergrund erst durchgeführt werden, wenn eine außergerichtliche Mediation nicht erfolgreich gewesen ist.

e) Es müssten Kostenanreize für die Anwaltschaft geschaffen werden, ein außergerichtliches Mediationsverfahren durchzuführen. Das Vermeiden von Prozessen müsste kostengünstiger und lukrativer als das Führen von Prozessen sein.

Raulinat appellierte an den Gesetzgeber, das BVerfG nicht nur ernst sondern auch beim Wort zu nehmen: Das BVerfG habe die Tür für die Einführung der obligatorischen Mediation weit aufgemacht, mutig und kraftvoll durchgehen müsse jetzt der Gesetzgeber!

2. Vortrag (Eberhard Carl)

Herr Carl wies zu Beginn seines Vortrages darauf hin, dass die gesetzgeberischen Spielräume zur Förderung der Mediation nicht unbegrenzt seien. Es existierten viele Ideen, diese seien jedoch der politischen Realität anzupassen. Rechtspolitisches Ziel des vorgelegten Referentenentwurfs sei die Förderung der außergerichtlichen Mediation. Die Eigenverantwortung der Bürger solle gestärkt, die Streitkultur verbessert und die Gerichte entlastet werden.

a) Es sei bewusst davon abgesehen worden, § 135 FamFG auch auf das allgemeine Zivilverfahren auszuweiten. Nach dieser Vorschrift kann das Gericht Ehegatten in Scheidungs- und Folgesachen vorschreiben, ein kostenloses Informationsgespräch über Mediation durchzuführen. Zunächst sollen die Erfahrungen mit dieser jüngst eingeführten Regelung abgewartet werden.

b) Die finanzielle staatliche Förderung der Mediationsverfahren sei politisch nicht durchsetzbar gewesen. Deutschland verfüge über ein exzellentes Prozesskostenhilfesystem. Zudem seien die Prozesskosten niedrig. Gerade der nun vorgelegte Entwurf eines Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes zeige, dass Gelder zur Förderung der Mediation derzeit nicht mobilisiert werden können. Mit § 6 des Referentenentwurfs für ein Mediationsgesetz sei ein anderer Weg gefunden worden. Wissenschaftlich begleitete Modellprojekte würden an den Gerichten ermöglicht, um festzustellen, ob und in welchem Umfang es bei der Durchführung

einer mit staatlicher Unterstützung geförderten außergerichtlichen Mediation in Familiensachen Einspareffekte im Bereich der Prozesskostenhilfe gebe. Es bestehe die begründete Hoffnung, dass sich belastbare Ergebnisse für das Familienrecht finden lassen.

c) § 278 a ZPO-E schaffe eine klare Rechtsgrundlage für das gerichtliche Mediationsverfahren. Das allein sei jedoch nicht ausreichend. § 278 a ZPO-E werde durch eine Reihe indirekter Förderungsmaßnahmen unterstützend flankiert. Vor diesem Hintergrund sei die geäußerte Kritik, der Referentenentwurf enthalte keine Mindeststandards zur Qualitätssicherung des Mediationsverfahrens nicht haltbar. Anwälte seien in Zukunft nach § 253 Abs. 3 ZPO des vorgelegten Referentenentwurfs gezwungen, auf die Möglichkeit der Durchführung eines Mediationsverfahrens hinzuweisen.

§ 1 MediationsG-E statuiere wichtige Grundsätze des Mediationsverfahrens, wie Freiwilligkeit, Vertraulichkeit und Eigenverantwortlichkeit und fasse die verschiedenen Arten der Mediation (außergerichtliche, gerichtsnahe und richterliche) zusammen. § 1 Abs. 2 MediationsG-E definiere zudem den Begriff des Mediators.

§ 2 MediationsG-E beinhalte die Aufgaben des Mediators. Zentrale Bestimmung sei § 2 Abs. 2 S. 2 MediationsG-E. Nach dieser Bestimmung fördert der Mediator die Kommunikation der Parteien und gewährleiste, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in das Mediationsverfahren eingebunden seien. § 2 Abs. 4 MediationsG-E grenze die Mediation von einer gut geführten Vergleichsverhandlung ab. Der Mediator vergewissere sich im Fall einer Einigung, dass die Parteien die Vereinbarung in voller Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen würden. Die Vergewisserung der Eigenverantwortlichkeit sei das notwendige Korrektiv zur fehlenden inhaltlichen Kontrolle durch das Gericht. § 3 MediationsG-E enthalte Offenbarungspflichten sowie Tätigkeitsbeschränkungen und solle eine bestimmte Qualität des Mediationsverfahrens gewährleisten und „schwarze Schafe einfangen“.

d) Im Hinblick auf die Verjährung bestehe kein Regelungsbedarf. Die Verjährung sei bereits nach geltendem Recht nach § 203 S. 1 BGB gehemmt, wenn zwischen den Parteien Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände schweben. Eine Mediation stelle eine solche Verhandlung dar.

e) § 796 d ZPO-E regele die Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung. Die Vollstreckbarkeit sei nicht an eine anwaltliche Vertretung gebunden. Voraussetzung für die Vollstreckbarerklärung einer Mediationsvereinbarung sei ein Antrag aller Parteien oder der Antrag einer Partei mit Zustimmung der anderen.

f) Mediation sei ein junges Verfahren, das noch stark in der Entwicklung begriffen ist. Von einem bereits klar umrissenen Berufsbild könne noch nicht ausgegangen werden. Standards sollen sich noch weiterentwickeln können und fortgeschrieben werden können. Deshalb sei der Entwurf darauf beschränkt worden, grundlegende Verhaltenspflichten und Aufgaben der Mediatorinnen und Mediatoren, einige Tätigkeitsbeschränkungen sowie eine Aus- und Fortbildungsverpflichtung zu regeln. In Österreich hätte die Festschreibung von Standards mittels Verordnung für den Beruf der Mediatorin/des Mediators nicht zu einer Stärkung der Mediation beigetragen. Vielmehr sei die Schaffung von Standards auch in anderen Ländern ein langwieriger Prozess, sodass sich der Gesetzgeber gegen eine Zulassungs- oder Anerkennungslösung entschieden hätte. Es gebe aber Bestrebungen von Fach- und Berufsverbänden -und Kammern, einheitliche Mindeststandards für die Aus- und Fortbildung von Mediatoren festzuschreiben. Zugleich sei das Interesse der Verbraucher an mehr Transparenz auf dem Mediatorenmarkt groß. Hier bestehe sicherlich ein gewisses Spannungsverhältnis.

g) Obwohl die vom deutschen Gesetzgeber umzusetzende europäische Mediationsrichtlinie nur für grenzüberschreitende Streitigkeiten in Zivil- und Handelssachen gelte, habe dieser sich – im Gegensatz zu Irland, Österreich und Großbritannien - für ein Mediationsgesetz entschieden, das über die eigentliche Umsetzungsverpflichtung hinaus auch auf nationale Streitigkeiten Anwendung finden würde. Dies zeige, wo Deutschland im internationalen Vergleich stehe.

3. Vortrag (Dr. Rainer Kulms)

Herr Kulms bewertete den Referentenentwurf für das deutsche Mediationsgesetz aus US-amerikanischer Perspektive. In den USA seien gerichtsnahe Mediationen immer Anwaltsmediationen. Ziel sei es, die Mediationsverfahren aus den Gerichten herauszunehmen, um diese zu entlasten. Dennoch bleibe die Mediation gerichtsnah

(„court connected mediation“). Auch werden die ersten 2-3 Stunden der Mediation zum Teil durch die Gerichte finanziert. Damit solle der Gefahr einer 2-Klassen-Justiz begegnet werden. Arme Bürger wären anderenfalls stets auf gerichtliche Verfahren angewiesen, während sich reiche Bürger auch Mediationsverfahren leisten könnten. Es gäbe Ermächtigungsnormen, kurz gefasste Gesetze, für die Einführung von Mediationsverfahren. Die Details der Durchführung seien durch örtliche Verfahrensordnungen der Gerichte kodifiziert. Darin seien u. a. die Bezahlung der Mediationshonorare mit Haushaltsmitteln der örtlichen Gerichte sowie die Verpflichtung der Mediatoren geregelt, zu einem günstigen, vom Gericht bestimmten Gehalt bzw. Stundensatz zu arbeiten. In Kalifornien müssten sich Anwaltsmediatoren zu einem Minimum an pro-bono-Tätigkeiten verpflichten.

In den USA gäbe es sowohl freiwillig durchführbare (z. B. im allgemeinen Zivilrecht) als auch zwingend durchzuführende Mediationsverfahren (z. B. im Familienrecht). Die gerichtsnahen Mediationen seien zudem streitwertbezogen (Obergrenze 50.000 \$). Die Finanzierung über diesen Streitwert hinausgehender Mediationsverfahren bleibe den Parteien überlassen.

a) Der Referentenentwurf für ein Mediationsgesetz sei ein Versuch, die Akzeptanz der Mediation durch Einführung eines ersten gesetzlichen Rahmens zu steigern.

b) Der Referentenentwurf habe eine Schwäche für Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz.

c) § 253 Abs. 3 ZPO-E bleibe hinter den „Mediation Statements“ in den USA und der dort geregelten Abgabe der Streitigkeit an die Pre-Trial Conferences zurück.

d) Auch hätten Beweisverwertungsverbote geregelt werden müssen. Nach einem Urteil des OLG München bestehe nach gescheiterter Mediationsverhandlung eine Verpflichtung zur Offenlegung der gerichtlichen Mediationsunterlagen. Dieses Problem sei nach wie vor ungelöst. Wenn nicht verhindert werden könne, dass im späteren Zivilverfahren Details aus der Mediation öffentlich würden und verwertet werden würden, bestehe die Gefahr, dass Parteien im Rahmen von Mediationsverhandlungen weniger offen seien. In Kalifornien gebe es aus diesem Grund sogenannte „in camera Verfahren“. In diesen Verfahren könne der Mediator

als Zeuge gehört werden, um den Vorwurf bösgläubigen Verhandeln durch eine Partei zu klären. Für das deutsche Recht sei zu überlegen, ob man den Umfang richterlicher Prüfung in § 796 d ZPO-E nicht einschränke.

e) § 278 a ZPO-E ziele darauf ab, das richterliche Ermessen in Richtung gerichtsnaher Mediation zu lenken. Offen sei allerdings, wie weit das richterliche Ermessen reichen würde. Lässt § 278 a ZPO-E Differenzierungen für örtliche Mediationsprogramme und eine Differenzierung nach sozialen Gesichtspunkten zu?

f) Der Referentenentwurf fordere die Parteien auf, auf externen Rat zurückzugreifen, um die rechtliche Relevanz der von ihnen in Aussicht genommenen Mediationsvereinbarung prüfen zu lassen. Dagegen würden die Mediatoren in der US-amerikanischen Praxis auch Bewertungen über die Erfolgchancen des Rechtsstreits abgeben, um für die Parteien die Verfahrensgerechtigkeit herzustellen: Die American Bar Association habe Verhaltensregeln für Mediatoren angeregt, die nicht als Anwälte zugelassen seien: Mediatoren dürften rechtliche Aspekte der Mediation erörtern, müssten aber darauf hinweisen, dass nicht anwaltlich vertretene Parteien vor Abschluss des verfahrensbeendenden Vergleichs Rechtsrat einholen sollten. Vielleicht biete sich diese Lösung auch als Ausweg für die deutsche Praxis an. Die damit verbundenen Haftungsprobleme seien bislang nicht angesprochen worden.

g) Zudem sei das im Rahmen der Vollstreckbarerklärung in § 796 d ZPO-E geregelte Zustimmungserfordernis der anderen Partei, das in Umsetzung der EU-Richtlinie eingeführt worden sei, kritisch zu sehen. Faktisch könne eine vollstreckungsunwillige Partei die Vollstreckbarerklärung zu Fall bringen, wenn sie nach Abschluss einer Mediationsvereinbarung ihre Zustimmung verweigere.

h) Im Referentenentwurf fehlten - im Gegensatz zum US-amerikanischen oder englischen Kostenrecht - Kostenanreize für die Durchführung von Mediationen, um bösgläubiges Verhalten zu sanktionieren. Die Kosten eines Rechtsstreits seien nicht so prohibitiv hoch wie etwa in den USA oder Großbritannien. Die Vorteile deutscher Mediationsverfahren lägen vor allem in dem Gewinn an Schnelligkeit gegenüber normalen Verfahren. Deshalb seien etwaig finanzielle Anreize zur Beteiligung an

einem Mediationsverfahren in unmittelbarem Bezug zu Änderungen der Kostentragungsregeln der §§ 91 ff. ZPO zu setzen. Kostenanreize müssten an dieser Stelle ansetzen ebenso wie Überlegungen, wie bösgläubiges Verhalten oder Verschleppungstaktik durch kostenrechtliche Entscheidungen sanktioniert werden könnten. Die Einführung von Kostensanktionen zur Verhinderung von Verschleppungstaktiken sollte durch die Änderung der §§ 91 ff. ZPO geschaffen werden.

4. Diskussion

Nach mehrheitlicher Auffassung der Forumsteilnehmer ist der Referentenentwurf als Stärkung der gerichtlichen und Schwächung der außergerichtlichen Mediation zu beurteilen.

- Der Schutz der Mediationsinterna sei für die weitere Akzeptanz des Verfahrens von erheblicher Bedeutung. Gleichwohl wurde zu bedenken gegeben, dass eine solche Regelung zu einer "Flucht in die Mediation" führen könne, um ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot gezielt zu missbrauchen. Im Übrigen sei ein absoluter Vertrauensschutz der Mediation nicht zu gewährleisten.
- Eine Mediationsverfahrensvereinbarung könne schriftlich als Prozessrechtsvertrag vereinbart werden, um Vertrauen zwischen den Parteien zu schaffen. Darin könne auch die Vollstreckbarkeit zwischen den Parteien geregelt werden.
- Die Schwäche des Referentenentwurfs für Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz ist nach Auffassung von Herrn Carl eine politische Entscheidung. Das öffentliche Interesse an der Amtsermittlung hätte Vorrang.
- § 796 d ZPO-E beruhe auf der umzusetzenden EU-Richtlinie. Der politische Handlungsrahmen sei vorgegeben gewesen. Danach sei eine Zustimmung sämtlicher Mediationsparteien für die Vollstreckbarerklärung erforderlich.

- Kritisch diskutiert wurde die Kostenneutralität der gerichtsnahen Mediation. Dadurch werde die außergerichtliche Mediation verdrängt. Die Idee, die Mediationsverfahren von den Gerichten loszulösen, verkümmere. Es sollten Kosten für das gerichtsnahе Mediationsverfahren eingeführt werden. Die Anreize für die Durchführung der außergerichtlichen Mediation müssten erhöht werden. Ein Diskussionsteilnehmer schlug vor, die richterliche Mediation abzuschaffen. Die richterliche Mediation hätte als Wegbereiterin für die außergerichtliche Mediation ausgedient.

- § 2 MediationsG reiche zur Schaffung gemeinsamer Standards nicht aus. Teilweise, vor allem von Vertretern der Versicherungswirtschaft, wurde die Einführung eines Gütesiegels für Mediatorinnen und Mediatoren gefordert. Auch im Hinblick auf den Verbraucherschutz seien einheitliche Standards erforderlich. Zudem wurde die Einführung eines Ausbildungsstandards als Annex zum Gesetzesentwurf diskutiert. Nach Auffassung von Herrn Carl bleiben die Ausbildungsstandards jedoch den Fachkreisen überlassen. Anderenfalls bestehe zudem die Gefahr, Mediatoren aus anderen EU-Mitgliedstaaten europarechtswidrig vom deutschen Mediations-Markt auszuschließen. Ziel müsse es daher sein, möglichst Mindeststandards durch den gesellschaftlichen Diskurs unter Beteiligung der Fach- und Berufskreise ohne eine gesetzliche Regelung zu schaffen.

- § 3 MediationsG und die Problematik der Vorbefassung wurden diskutiert. Zukünftig wird ein klares Bekenntnis erforderlich sein, ob man als Parteianwalt oder Mediator tätig werden wird.

- Hinsichtlich der in § 2 Abs. 1 und 4 MediationsG normierten Pflichten des Mediators sei zukünftig eine Protokollierung erforderlich, um der Gefahr der Anfechtbarkeit zu begegnen. § 2 Abs. 2 S. 3 MediationsG, wonach der Mediator mit den Parteien getrennte Gespräche führen kann, wurde für das gerichtliche Mediationsverfahren als problematisch im Hinblick auf den Grundsatz der Waffengleichheit kritisiert.

- Hinsichtlich § 3 Abs. 5 MediationsG wurde angeregt, dass das Verlangen einer Partei ausreichend sein sollte, um den Mediator zu verpflichten, über seinen fachlichen Hintergrund, seine Ausbildung und seine Erfahrung auf dem Gebiet der Mediation zu informieren.
- § 3 Abs. 1 S. 2 MediationsG müsste richtig lauten: „Er darf bei Vorliegen solcher Umstände ~~nur~~ als Mediator **nur** tätig werden, wenn die Parteien dem ausdrücklich zustimmen.“

Bis zum 30. September 2010 können Änderungsvorschläge des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung beim Bundesministerium der Justiz eingereicht werden.