



Anwaltsverband Baden-Württemberg
im Deutschen **Anwalt**Verein e. V.

Anwaltsverband Baden-Württemberg – Postfach 1221 – 70808 Korntal-Münchingen

Justizministerium Baden-Württemberg
Herrn Klaus Ehmann
Herrn Dr. Markus Haas
Schillerplatz 4
70173 Stuttgart

Sitz:
Hasenbergsteige 5
70178 Stuttgart

Geschäftsstelle:
Johannes-Daur-Straße 10
70825 Korntal-Münchingen

Postfach 1221
70808 Korntal-Münchingen

Telefon 0711 / 2 36 59 63
Telefax 0711 / 2 55 26 55

17.09.2010

Ihr Zeichen: 3700/0074

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Mediationsgesetz) vom 4.08.2010 (zur Umsetzung der RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008)

hier: Stellungnahme des Anwaltsverbandes Baden-Württemberg im Deutschen Anwaltverein e. V.

Sehr geehrter Herr Ehmann,
sehr geehrter Herr Doktor Haas,

der Anwaltsverband Baden-Württemberg e. V. ist der freiwillige Zusammenschluss der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte im Land Baden-Württemberg. Er repräsentiert über 9.000 Kolleginnen und Kollegen und vertritt als größte Anwaltsorganisation die Interessen der Anwaltschaft in unserem Bundesland und – in Zusammenarbeit mit dem Deutschen Anwaltverein (DAV) – auch auf nationaler und internationaler Ebene.

Wir bedanken uns für Ihr Schreiben vom 08.08.2010 und nehmen nach Beteiligung unserer fünfundzwanzig Mitgliedsvereine auf örtlicher Ebene die Gelegenheit zur Stellungnahme wie nachfolgend gern wahr.

1. Allgemeine Bewertung

Der Anwaltsverband begrüßt die Absicht des Bundesjustizministeriums, die außergerichtlichen Streitbeilegung zu fördern, sich aber zugleich bei der Regulierung auf ein Minimum zu beschränken. Die Einbeziehung eines Mediators in Verhandlungen dient dem Schutz und der Ausweitung der Privatautonomie.

Der Gesetzgeber sollte deshalb den Beteiligten so viel Freiraum wie möglich lassen und sich auf den Erlass der zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Mindestregelungen beschränken.

Die aufgrund europarechtlicher Vorgaben notwendigen Regelungen sind in dem Entwurf sinnvoll gestaltet und geeignet, die Mediation zu stärken; dies gilt insbesondere für die Aspekte der Vertraulichkeit, Verschwiegenheitspflicht, Vollstreckbarkeit, Verjährung. Sinnvoll und förderungswürdig ist vor allem die Mediation außerhalb eines Gerichtsverfahrens - definiert als „außergerichtliche Mediation“ -, aber auch die in § 278a ZPO-E vorgesehene Verweisung aus einem Gerichtsverfahren in eine Mediation außerhalb des Gerichts - definiert als „gerichtsnaher Mediation“ – ist zu begrüßen. Die Anwaltschaft ist aber der Überzeugung, dass weder bei der außergerichtlichen Mediation noch bei der gerichtsnahen Mediation Richter als Mediatoren auftreten sollten. Dies ist einer der Hauptkritikpunkte des Anwaltsverbandes.

Nach einer vorangegangenen Mitgliederbefragung haben die im Anwaltsverband zusammengeschlossenen örtlichen Vereine und der Verein der am Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte bereits in ihrer Versammlung am 07.10.2009 einstimmig beschlossen, eine Gerichtsmediation und eine Mediation durch Richter abzulehnen.

a) Bedenken gegen richterliche Mediation

Mediation ist sinnvoll, aber ordnungspolitisch keine richterliche Aufgabe. Gleichwohl soll mit dem Referentenentwurf zum Mediationsgesetz – über die Öffnungsklausel für die Länder in § 15 GVG-E und die Regelung des § 278a ZPO-E - die Einführung der richterlichen Mediation ermöglicht werden. Diese Form der Mediation läuft den – vor allem in Baden-Württemberg engagiert verfolgten – Privatisierungsbestrebungen in der Justiz zuwider.

aa) Aus Gründen der beruflichen Sozialisation

Bisher haben sich im Bereich Mediation vor allem andere Berufsgruppen, wie Unternehmensberater, Rechtsanwälte, Ökonomen, Steuerberater, Psychologen oder Pädagogen engagiert. Ihnen gegenüber profitiert der Richter zwar von der ihm als „Entscheider“ zugewiesenen Autorität, gerade diese berufliche Sozialisation führt verbunden mit der hierdurch geprägten Sichtweise dazu, dass den die Mediation kennzeichnenden Grundprinzipien der autonomen Entscheidung der Konfliktbeteiligten und deren Eigenverantwortung nicht der ihnen gebührende Stellenwert beigemessen wird. Dies wiederum hat zur Folge, dass der Konflikt, der Anlass der Mediation ist, und dessen rechtliche

Bewertung in den Vordergrund gerückt werden, während mögliche tiefer liegende Ursachen und weitere Streitthemen unberücksichtigt bleiben. Eine umfassende Konfliktlösung, wie sie von der Mediation angestrebt wird, wird so nicht erreicht. Insoweit verweisen wir auf die Begleitforschung zur Mediation, deren Ergebnisse etwa in

Mattioli/Trenczek, Mediation nach Klageerhebung, Betrifft JUSTIZ, Nr. 103, September 2010, S. 323 ff.,

instruktiv zusammengefasst sind. Die dortigen Ausführungen bestätigen, die von unseren Mitgliedern gemachten Beobachtungen.

Hinzu kommt – gleichsam spiegelbildlich – die Wahrnehmung des mediierenden Richters durch die Konfliktparteien. Ein Richter wird zunächst für besonders rechtskundig und entscheidungskompetent gehalten. Selbst Befürworter eine Mediation durch Richter betonen, dass die Parteien gerade unter dem besonderen Eindruck der Richterpersönlichkeit geneigt sind, den von dieser angeregten Lösungen zu folgen. Die konkrete Vermittlungstätigkeit rückt hierdurch aber in die Nähe der bisherigen richterlichen Vergleichstätigkeit. Dies führt dazu, dass die Medianten nicht - wie es der Grundgedanke der Mediation vorsieht - eigene Lösungsansätze erarbeiten, sondern sich frühzeitig auf die Ausführungen des mediierenden Richters festlegen. Die Mediation zielt dagegen auf eine stärkere Beachtung sozialer oder dauerhaft befriedender Aspekte.

bb) Aus Gründen (dienst-)rechtlicher Verpflichtungen

Mit diesen Berufsträgern ist eine Richter wegen seiner **dienstrechtlichen Stellung** nicht vergleichbar. Nach **§ 39 DRiG** hat sich der Richter innerhalb und außerhalb seines Amtes, so zu verhalten, dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird. Diesen dienstrechtlichen Pflichten unterliegt der Richter deshalb auch dann, wenn er als Mediator „außerhalb seines Amtes“ tätig sein sollte. Letzteres ist allerdings kaum vorstellbar, da § 278a ZPO-E lediglich bestimmt, dass der Richter, an den die Mediation verwiesen werden soll, nicht entscheidungsbefugt sein darf; Richter und damit „innerhalb seines Amtes“ bleibt er jedenfalls. Dies folgt bereits daraus, dass die Öffnungsklausel in § 15 GVG-E ermächtigen soll, die richterliche Mediation einem bestimmten Gericht zuzuweisen. Demgemäß unterliegt ein Richter (auch) in der Funktion als Mediator ausnahmslos allen ihn treffenden **Dienstplichten**. Achtung und Vertrauen beziehen sich bei einem Richter darauf, dass er bei seiner Amtsführung die Gesetze beachtet und sein

Amt unabhängig ausübt. Die Überzeugungskraft richterlicher Entscheidungen stützt sich in hohem Maße auf das Vertrauen, das den Richtern von der Bevölkerung entgegengebracht wird. Dieses Vertrauen hat zur Grundlage, dass die Rechtsprechung Personen anvertraut ist, die sich dem Recht verpflichtet fühlen,

so etwa BGH, Urteil vom 10.08.2001 – RiSt (R) 1/00 -, NJW 2002, 834.

Ein Richter wäre nicht nur den Medianten gegenüber verpflichtet, sondern würde stets seine Amtsträgerfunktion behalten. Damit einher gehen aber auch besondere **Anzeigepflichten**, wie nach § 116 AO oder § 6 SubVG. Ergänzend ist außerdem auf § 149 ZPO hinzuweisen, der über § 173 VwGO etwa auch im Verwaltungsprozess Anwendung findet. Das kann dazu führen, dass die für eine erfolgreiche Mediation erforderliche **Offenheit oder Kommunikationsbereitschaft** der Medianten beeinträchtigt wird. Hierdurch würde der Vermittlungsgedanken der Mediation konterkariert.

cc) Aus Gründen der intendierten Entlastung der Gerichte

Der Referentenentwurf verweist auf Seite 14 die Motivation des Gesetzgebers, der zufolge Anreize für eine einverständliche Streitbeilegung geschaffen können, um die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden nachhaltig zu fördern und die staatlichen Gerichte zu entlasten. Denn „eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“,

BVerfG, Beschluss vom 14. Februar 2007 - 1 BvR 1351/01 -.

Eine Übertragung der Mediation auf Richter bindet Personal- und Sachmittel. Der Anwaltsverband beobachtet in den letzten Jahren eine Verknappung der finanziellen Mittel für die Justiz, eine ständige Verringerung der Richterstellen und eine Verlängerung der bei Gericht anhängigen Verfahren. Bei den Landgerichten in Baden-Württemberg ist die durchschnittliche Verfahrensdauer in der I. Instanz in der Zeit von 1995 – 2008 von 5,1 Monaten auf 6,0 Monate angestiegen, obwohl sich die Zahl der Neueingänge an Verfahren von 48.622 auf 43.928 verringert hat. Bei den Berufungen und Beschwerden stieg die durchschnittliche Verfahrensdauer in diesem Zeitraum von 4,8 auf 5,4 Monate an. Dabei waren statt 9349 Neueingängen im Jahr 1995 „nur“ 5822 neue Verfahren im Jahr 2008 zu verzeichnen. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit wartet mit ähnlichen Zahlen auf: Die durchschnittliche Verfahrens-

dauer verringerte sich zwar von 10,7 Monaten auf 9,2 Monate, die neuen Fallzahlen gingen aber von 34.307 auf 14.539 zurück. Beim Verwaltungsgerichtshof verlängerte sich die durchschnittliche Verfahrensdauer von 7,4 Monate auf 12,4 Monate, während die Zahl der Neueingänge von 6.674 auf 2.844 im Zeitraum 1995 bis 2008 abnahm.

Zu derselben Zeit klagen Richter häufig über das von ihnen zu erledigende Pensum an Fällen. Es liegt laut der von Ihrem Hause herausgegebenen Broschüre „Die Justiz in Baden-Württemberg – Zahlen und Fakten“ seit 1999 in Baden-Württemberg über dem Bundesdurchschnitt. Vor diesem Hintergrund erscheint es wenig sinnvoll, den Richtern zusätzliche Aufgaben wie die Durchführung separater Mediationsverfahren zu übertragen. Der Anwaltsverband befürchtet eine Beeinträchtigung der normalen Rechtspflege, insbesondere der streitigen Auseinandersetzungen, durch verlängerte Verfahrensdauern.

Das beabsichtigte Gesetz zur Beschleunigung der Gerichtsverfahren

- vgl. den Referentenentwurf über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungen vom 15.03.2010 (Az.: RA 3 – 3100/28 – 3 – R1 142/2010) und die hierzu ergangene Stellungnahme Nr. 26/2010 des Deutschen Anwaltvereins vom Mai 2010 -

und die bisher immerhin über vierzig Verurteilungen Deutschlands wegen zu langer Verfahrensdauern durch den

- zuletzt EGMR, Urteil vom 02.09.2010 – 46344/06 -; vgl. hierzu auch Steinbeiß-Winkelmann, ZRP 2007, 177 ff. -

sowie zahlreiche deutsche Gerichtsentscheidungen über Amtshaftungsansprüche zeigen, dass überlange Verfahrensdauern auch vom Bundesjustizministerium und den Gerichten als für den Rechtsstaat problematisch erkannt wird. Die vorgesehene Einführung richterlicher Mediation steht also im Widerspruch zu anderweitigen Vorhaben und Vorgaben, wenn hierdurch richterliche Arbeitskraft von „regulären“ Verfahren abgezogen wird.

Wenn Richter unter diesen Rahmenbedingungen als Mediatoren tätig werden, folgt daraus fast zwangsläufig, dass diese Richter unter dem Eindruck von engen Zielvorgaben hinsichtlich der Erledigungszahlen und von knappen Zeitbudgets stehen. Sie werden deshalb aufgrund ihrer Erfahrungen mit den „üblichen“ Versuchen zu gütlicher Einigungen geneigt sein werden, eine Mediation innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens durch-

und einem (gewünschten) Ergebnis zuzuführen. Die Begleitforschung zu den bisherigen Pilotprojekten der richterlichen Mediation bestätigt diesen Eindruck,

vgl. Mattioli/Trenczek, Mediation nach Klageerhebung, Betrifft JUSTIZ, Nr. 103, September 2010, S. 323 ff. (324) m. w. N.

Diese Bewertung speist sich außerdem aus der anwaltlichen Erfahrung: So sehen die Prozessordnungen – wie etwa in § 278 ZPO – bereits gegenwärtig vor, dass die Richter in jeder Lage eines Verfahrens auf eine gütliche Einigung hinwirken sollen. Diese Bemühungen bleiben häufig ohne Erfolg, weil wirtschaftliche, technische, soziale oder psychologische Aspekte nicht oder nicht hinreichend berücksichtigt werden. Dies wiederum ist oft eine unzureichende Vorbereitung der Verfahren durch das Gericht zurückzuführen. Weshalb dies für eine richterliche Mediation nicht gelten sollte, ist nicht ersichtlich.

Auch die Erfahrungen mit Einigungsstellen nach § 76 BetrVG, für die vielfach ein langjährig tätige Arbeitsrichter als Vorsitzender herangezogen wird, sind geteilter Natur. Die Verfahren sind häufig kostspielig und führen dennoch oft nicht zu für die Beteiligten zufrieden stellenden Ergebnissen, obwohl die Vorsitzenden aufgrund ihrer richterlichen Tätigkeit bereits über Erfahrungen mit Einigungsstellen und/oder aus zahlreichen Güte- und Vergleichsverhandlungen verfügen. Diese Verfahren halten die mit hohen Fallzahlen belasteten Richter der Arbeitsgerichtsbarkeit von der Erledigung ihrer Aufgaben in der Rechtsprechung ab. Auffallend ist außerdem, dass nur ein relativ kleiner Kreis von Arbeitsrichtern für die Einigungsstellentätigkeit vorgeschlagen wird. Sofern hieraus Folgerungen für das generelle Vertrauen in die Mediationskompetenzen von Arbeitsrichtern gezogen werden können, führen sie zu einer zurückhaltenden Bewertung.

dd) Aus Kosten- und Wettbewerbsgründen

In der Begründung zum Referentenentwurf wird auf Seite 15 davon ausgegangen, dass die Neuregelungen keine finanziellen Auswirkungen auf die öffentlichen Haushalte hätten. Dies kann der Anwaltsverband nicht nachvollziehen:

Die Aussage impliziert zunächst, dass nicht beabsichtigt ist, mehr richterliches Personal für die zusätzlich vorgesehenen Aufgaben von Richtern einzustellen. Sie negiert darüber hinaus den Zeitaufwand für erforderliche Schulungen der Richter, während derer sie für Aufgaben der Rechtsprechung nicht zur Verfügung stehen, und vor allem die

Kosten der Schulungen. Ausbildungskurse zu Mediatoren werden von verschiedenen privaten Trägern angeboten; sie haben jeweils einen erheblichen zeitlichen Umfang und sind mit einem finanziellen Aufwand von durchschnittlich € 4.000,00 pro Person verbunden. Hieraus resultieren unmittelbar Kosten.

Doch auch die mittelbaren Kosten dürfen nicht vernachlässigt werden: Viele gerichtliche Verfahren werden bereits jetzt durch einen Vergleich abgeschlossen. Belastbares Material zu der Frage, ob durch richterliche Mediation einvernehmliche Lösungen zunehmen, existiert trotz der in verschiedenen Bundesländern bereits durchgeführten Modellversuche nicht. Scheitert eine richterliche Mediation, sind einerseits der Richter-Mediator, andererseits der mit Entscheidung der Rechtssache „eigentlich“ befasste Richter tätig geworden. Auf diese Weise entsteht letztlich ein höherer Aufwand, der zu Verzögerungen bei der Bearbeitung anderer Rechtssachen führt. Hinzu kommt in diesen Fällen die Verzögerung durch das richterliche Mediationsverfahren an sich. Die richterliche Mediation kann also nur dann zu den angestrebten Kosteneinsparungen führen, wenn von Anfang an nahezu garantiert ist, dass sie zu einem dauerhaften Erfolg zwischen den Medianten führen wird. Eine solche Annahme wäre aber angesichts der vorgenannten Aspekte nicht realistisch. Hinzu kommt, dass auch kein belastbares Material dazu vorliegt, warum Richter als Mediatoren im Vergleich zu Angehörigen anderer Berufsgruppen mit Mediatorenausbildung erfolgreicher sein sollten.

Schließlich versteht der Anwaltsverband die jetzigen Regelungen so, dass die Kosten richterlicher Mediation zunächst durch die Gerichtskosten mit abgedeckt würden. Damit ist wird offenbar, dass eine Belastung der öffentlichen Haushalte die Folge wäre, weil Kapazitäten des Gerichts, d. h. Personal- und Sachmittel, die bisher für Aufgaben der Rechtsprechung vorgesehen waren, stattdessen für die richterliche Mediation gebunden würden. Solange aber die Mediation ohne Erhebung besonderer Gebühren aus den Justizhaushalten finanziert wird, führt dies zu einem Ungleichgewicht gegenüber Mediatoren aus anderen Berufsgruppen. Dies ist wettbewerbsrechtlich relevant, denn die Justiz tritt durch die von ihr angebotene Leistung richterlicher Mediation unmittelbar zu der von Trägern anderer Berufe angebotenen Leistungen in Konkurrenz.

Nach dem Referentenentwurf soll die außergerichtliche Konfliktbeilegung ausdrücklich gefördert werden. Das kann aber nur gelingen, wenn die potenziellen Medianten sich bei der Wahl der Art der Mediation und der Auswahl des Mediators nicht von Kostenerwägungen leiten lassen, indem sie die Abgeltung über die Gerichtskosten gegen eine auszuhandelnde Vergütung abwägen müssten. Folglich muss eine angemessene Kosten-

regelung vorgesehen werden, die sich an den marktüblichen Vergütungssätzen privatwirtschaftlich tätiger Mediatoren orientiert. Verbliebe es bei den „Preisen“ für eine richterliche Mediation, führte dies zu einer verstärkten Inanspruchnahme richterlicher Mediation, nur um einen Kostenvorteil zu erlangen. Hierdurch würde nicht nur das Ziel, die Gerichtsbarkeit durch Mediationsangebote zu entlasten, konterkariert, vielmehr griffe die öffentliche Hand unter Bedingungen in das Marktgeschehen ein, zu denen sie sich nach § 65 Abs. 1 Nr. 1 LHO Bad.-Württ. bzw. § 65 Abs. 1 Nr. 1 BHO nicht an privaten Unternehmen beteiligen dürfte. Dies verletzt den fairen Wettbewerb.

Außerdem sind – bereits nach geltendem Recht (§ 3 UWG) – auch die richterlichen Mediatoren verpflichtet, auf Angebote von Mitbewerbern – vor allem also auf Mediationsleistungen Privater – hinzuweisen,

vgl. hierzu BGH, Urteil vom 22.04.2009 – I ZR 176/06 -, NJW 2009, 3365.

Dies geschieht regelmäßig nicht. Vielmehr wird - wenn in einem anhängigen Verfahren auf die Möglichkeit einer (richterlichen) Mediation hingewiesen wird – ausschließlich das Angebot zur Teilnahme an dem jeweiligen Pilotprojekt des betreffenden Gerichts hingewiesen.

b) Verjährung

Die Mediation stellt eine Verhandlung dar, weshalb mit Blick auf § 203 BGB gesonderte Regelung entbehrlich erscheint.

Eine Ergänzung des § 203 BGB um einen klarstellenden Hinweis des Inhalts, dass auch die Mediation und (andere) Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung als Verhandlungen anzusehen sind mit der Folge, dass die Verjährung gehemmt ist, erscheint aus Gründen der Rechtssicherheit nicht nur nicht erforderlich, sondern wäre sogar tendenziell nachteilig. Er könnte dazu führen, dass nur formalisierte Verhandlungsverfahren als für die Hemmung der Verjährung geeignet angesehen werden; dies entspräche aber nicht dem Willen des Gesetzgebers.

c) Aufnahme eines Beweisverwertungsverbots

Von besonderer Bedeutung ist die Frage, inwieweit Informationen im Falle des Scheiterns einer Vergleichsverhandlung in einem nachfolgenden streitigen Verfahren von einer Partei zum Nachteil der anderen verwendet werden dürfen.

Nach bisherigem Recht können die Parteien die Verwertung bestimmter Informationen für ein anschließendes Gerichts- oder Schiedsverfahren mit Hilfe von Prozessverträgen ausschließen. Art. 10 des Uncitral Model Law on Conciliation (UNCITRAL) sieht vor, dass bestimmte Informationen, welche die Parteien innerhalb einer Mediationsverhandlung erlangt oder ausgetauscht haben, von keinem der Beteiligten in einem nachfolgenden Gerichts- oder Schiedsverfahren verwendet werden dürfen.

Der Referentenentwurf sieht demgegenüber lediglich eine Beschränkung der Verwertungsmöglichkeit durch den Mediator vor. Da jedoch die Parteien selbst Beweismittel in ein nachfolgendes Streitiges Verfahren einführen, ist die jetzige Regelung unzureichend. Das Beibehalten der jetzigen Regelung würde zu einer schwer nachvollziehbaren Ungleichbehandlung von Gerichts- und Schiedsverfahren führen. Der Anwaltsverband empfiehlt deshalb, dass der Gesetzgeber ein umfassendes Beweisverbot schaffen sollte, dessen Regelung sich an Art. 10 UNCITRAL Modellgesetz orientiert. Er verweist insoweit auf das Gutachten von Herrn Prof. Dr. Burkhard Hess, Heidelberg, für den 67. Deutschen Juristentag 2008 in Erfurt.

Ein solches Beweisverwertungsverbot ist die konsequente Weiterführung einer unverzichtbaren Ergänzung des § 41 Nr. 6 ZPO um einen Ausschluss desjenigen Richters, der als Mediator tätig war, im Streitigen Verfahren. Auf die Ausführungen unter Nr. 2 c aa wird verwiesen.

d) Zwischenergebnis

Zuvor wurde bereits hinreichend deutlich, dass der Anwaltsverband einer Mediation durch Richter mehr als nur zurückhaltend gegenüber steht. Wenn eine solche Mediation zugelassen wird, sollte dies nur in Ausnahmefällen, nicht aber – wie die Öffnungsklauseln in § 15 GVG-E und § 278a ZPO-E vermuten lassen – als Regelfall geschehen.

Schließlich ist aufgrund der Übertragung von Einrichtung und Ausgestaltung richterlicher Mediation auf die Länder zu befürchten, dass es keine bundeseinheitlichen Regelungen geben wird, so

wie dies schon beim Hinterlegungsrecht beobachtet werden konnte. Dies ist dem jeweiligen Prozess und dem anzuwendenden Prozessrecht gewiss nicht förderlich.

Einheitlich zu regeln sind jedenfalls ein Beweisverwertungsverbot und der Ausschluss desjenigen Richters, der als Mediator tätig war, von einer anschließenden spruchrichterlichen Tätigkeit in derselben Sache.

2. Zu Einzelregelungen des Mediationsgesetzes

Zu einzelnen Regelungen ist folgendes zu bemerken:

a) § 1 MediationsG - Legaldefinition „Mediation“ und „Mediator“

Bei den Begriffsbestimmungen wird eine Dreiteilung der Mediation in „außergerichtliche“, „gerichtsnahe“ und „richterliche“ Mediation vorgenommen. Bisher war lediglich eine Zweiteilung bekannt, wobei bei der „gerichtsnahe“ Mediation an Richter gedacht war. Nunmehr wird die Bedeutung dieses Begriffes verändert und darunter eine Mediation während bereits bei Gericht anhängiger Verfahren verstanden, die aber auch von externen Mediatoren betreut werden. Der Begriff „richterliche“ Mediation erscheint neu.

Im Sinne der vorangegangenen allgemeinen Bewertung wird diese Regelung begrüßt. Eine deutliche Klarstellung, dass Mediation auch von Trägern anderer Berufe auch während bereits anhängiger Gerichtsverfahren durchgeführt werden kann, ist geboten; die richterliche Mediation ist auf Ausnahmefälle zu beschränken.

b) § 2 MediationsG - Aufgabenumschreibung

Die Beschreibung der Aufgaben eines Mediators soll sich – wie geschehen – auf eine Festlegung der Mindestanforderungen für einen reibungslosen Ablauf des Verfahrens beschränken.

c) § 3 MediationsG – Offenbarungspflichten, Tätigkeitsbeschränkungen

Die Regelungen sind zu begrüßen, bedürfen aber der Ergänzung:

aa) § 3 Abs. 2 – 4 MediationsG - Tätigkeitsbeschränkungen

Die richterliche Mediation ist im Hinblick auf § 3 Abs. 3 MediationsG kritisch gesehen, da der Richter als Mediator denselben dienstrechtlichen Verpflichtungen unterliegt wie der mit Aufgaben der Rechtsprechung betraute Richter als „Entscheider“. Beide sind jedoch ähnlich der erwähnten „Berufsausübungsgemeinschaft“ miteinander verbunden. Dieses Argument wird nicht etwa durch die richterliche Unabhängigkeit entkräftet, denn auch Rechtsanwälte sind unabhängige Organe der Rechtspflege (§ 1 BRAO), unterliegen der Tätigkeitsbeschränkung des § 3 Abs. 3 Satz 1 MediationsG aber gleichwohl.

Des Weiteren besteht die Möglichkeit, dass ein Richter im Nachgang zu einer Mediation auf Grund des Geschäftsverteilungsplans (§ 21e GVG) für das in der gleichen Sache anhängige Verfahren zuständig wird. Ebenso kann es passieren, dass der mediiierende Richter im Falle nach dem Scheitern der Mediation, dem zur Entscheidung berufenen Spruchkörper zugewiesen wird. Die Entscheidung des Hessischen Landesarbeitsgerichts,

LAG Hessen, Beschluss vom 07.07.2009 – 12 Ta 304/09 -, ZKM 2009,191,

der zufolge die frühere Tätigkeit als Mediator ohne weiteres weder den Ausschluss des mit einem später zwischen den Beteiligten der Mediation anhängigen Rechtsstreit befassten Richters noch die Besorgnis der Befangenheit ihm gegenüber begründen soll, ist weder von der Begründung noch vom Ergebnis her tragbar. Die Mediation lebt von der Offenheit und Kommunikationsbereitschaft der Beteiligten; diese Grundvoraussetzungen wären – wie unter Nr. 2 a bb ausgeführt – nicht mehr uneingeschränkt gegeben, müssten die Beteiligten befürchten, im Falle des Scheiterns ihren Mediator als Spruchrichter in derselben Sache wiederzutreffen. Eine Ergänzung des § 41 Nr. 6 ZPO und der vergleichbaren Regelungen anderer Prozessordnungen um einen Ausschluss von der spruchrichterlichen Tätigkeit nach vorangegangener Mediatorentätigkeit ist deshalb unverzichtbar.

bb) § 3 Abs. 5 MediationsG - Hinweispflicht

§ 3 Abs. 5 MediationsG ist um eine Hinweispflicht des richterlichen Mediators zu erweitern, dass er wegen seiner Amtsträgerfunktion als Richter besonderen Anzeigepflichten unterliegt. Außerdem ist für die richterliche Mediation eine Hinweispflicht auf Mediation-

sangebote der Träger anderer Berufe aufzunehmen. Es erscheint nicht sachgerecht, insoweit nur auf wettbewerbsrechtliche Kontrollmechanismen wie § 3 UWG zu vertrauen; auf die Entscheidung

BGH, Urteil vom 22.04.2009 – I ZR 176/06 -, NJW 2009, 3365,

wird erneut verwiesen.

d) § 4 MediationsG - Verschwiegenheitspflicht für Mediatoren

§ 4 Satz 3 Nr. 3 MediationsG erscheint insoweit problematisch, als danach die Beurteilung dessen, was seiner Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedarf, in das (Beurteilungs-)Ermessen des Mediators gestellt wird. Es mag jedoch durchaus unterschiedliche Bewertungen seitens der Beteiligten geben mit der Folge, dass zwar objektiv ein Geheimhaltungsbedarf nicht erkennbar ist, subjektiv aber ein Geheimhaltungsinteresse besteht. Dies entspricht dem Ansatz einer umfassenden Konfliktbeilegung unter Einbeziehung auch sozialer und psychologischer Komponenten. Dem ist bei der Frage nach der Geheimhaltungsbedürftigkeit Rechnung zu tragen.

e) § 5 MediationsG – Aus- und Fortbildung des Mediators

Der Anwaltsverband begrüßt, dass die Aus- und Fortbildung zunächst gesetzlich nicht geregelt werden sollen und auf Anerkennungs- oder Zulassungsverfahren für Mediatoren verzichtet wurde.

Wer als Mediator tätig wird, übernimmt in einer Verhandlung die Funktion eines Helfers. Für Rechtsanwälte ist die Tätigkeit als Mediator in ähnlicher Weise wie die Tätigkeit als Schiedsrichter oder Schlichter eine anwaltliche Aufgabe (§ 18 BORA). Angehörige anderer Berufsgruppen werden ebenfalls als Mediator tätig, ohne dadurch ihren sog. Quellberuf aufzugeben. Daher muss und sollte kein eigenständiges neues Berufsbild mit eigenständigen Zugangsregelungen geschaffen werden.

Im Rahmen der Schiedsgerichtsbarkeit sind seit vielen Jahrzehnten neutrale Dritte tätig, ohne dass es jemals eine Diskussion darüber gegeben hätte, ob sie einer besonderen Ausbildung bedürften. Anders als Mediatoren können Schiedsrichter Schiedssprüche fällen, die weltweit durchsetzbar sind. Ein Mediator, der die Parteien lediglich in ihren Verhandlungen unterstützen soll,

besitzt keine derartige Entscheidungsgewalt. Warum für diese unterstützende Funktion eine schärfere Qualitätskontrolle gelten soll, wäre also nicht zu begründen.

Der Anwaltsverband hält die Einrichtung etwa eines Mediationsregisters und die Vereinheitlichung von Ausbildungserfordernissen für nicht erforderlich. Die Zahl der Mediatoren, die von ihnen in ihren Berufen erworbenen Fähigkeiten, das mediationsbezogene Aus- und Fortbildungsangebot sowie die Anwendungsbereiche der Mediation sind zu vielfältig, weshalb jegliche Reglementierung eine Beschränkung der Anwendungsmöglichkeiten bedeutete. Die Einführung der Registrierung von Mediatoren in Österreich hat dort offensichtlich auch nicht zu einer Belebung der Mediation, sondern lediglich zu einer weiteren Belebung des Ausbildungsgeschäftes geführt.

Gleichwohl könnte sich der Anwaltsverband vorstellen, dass Mindeststandards für die Ausbildung vorgesehen werden, damit der Begriff des Mediators und die Qualität der Mediation gesichert werden. Sowohl der Erwerb der erforderlichen theoretischen Kenntnisse für eine erfolgreiche Mediation als auch einschlägige Erfahrung in dem ausgeübten sog. Quellberuf sollten dabei Berücksichtigung finden. Als besonders wichtig erachtet der Anwaltsverband an dieser Stelle bundeseinheitliche Regelungen sowie die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage im Mediationsgesetz für eventuell nachrangigere Vorschriften.

f) § 6 MediationsG – Finanzielle Förderung

Der Anwaltsverband bewertet die Einführung der vorgesehenen Mediationskostenhilfe zurückhaltend und hält sie allenfalls im Rahmen der erwähnten Forschungsvorhaben für akzeptabel, nicht aber als Dauerlösung. Staatliche Unterstützung in Form der Prozesskostenhilfe sollte auf den Fall der Durchsetzung von Rechten beschränkt bleiben, die anders nicht möglich wäre. Da der Sache nach Einigkeit besteht, dass sowohl der Beratungshilfe als auch Prozesskostenhilfe ihrer Natur nach Sozialhilfeleistungen sind, sollte dieser dem Justizhaushalt nur traditionell als Annex zugeordnete und ihn belastende Bereich nicht ohne Not erweitert werden.

Eine weitere Öffnung der Rechtsschutz- und Prozessfinanzierer für die Unterstützung der Mediation würde der Anwaltsverband hingegen begrüßen.

3. Änderung des GVG

Aufgrund der Erfahrungen mit § 15a EGZPO und dem Hinterlegungsrecht steht der Anwaltsverband der Öffnungsklausel in § 15 GVG-E äußerst skeptisch gegenüber. Wenn die richterliche Mediation trotz der eingangs dargelegten Bedenken gewünscht wird, erscheinen bundeseinheitliche Regelungen nicht zuletzt mit Blick auf die im Fall des Scheiterns der Mediation wiederum bundeseinheitlich anzuwendenden Prozessordnungen wünschenswert. Eine Übertragung der Gestaltungskompetenz auf die Länder steht einem solchen Ziel tendenziell entgegen.

Die vorgesehene Möglichkeit der Konzentration auf ein Gericht für mehrere Bezirke ist tendenziell geeignet, die richterliche Mediation zu schwächen. Infolge der Konzentration wären eine umständlichere Kommunikation unter den Beteiligten und eine geringere Akzeptanz der Autorität des Mediators „durch Gebietsferne“ zu befürchten. Gerade dies wäre mit dem besonderen Vermittlungsanliegen der Mediation nicht zu vereinbaren. Wenn an dieser Konzentrationsmöglichkeit festgehalten werden soll, ist die Erweiterung der Hinweispflichten des (richterlichen) Mediators auf Mediationsangebote der Träger anderer Berufe erst recht unabweisbar.

4. Änderungen der ZPO

a) Vermisst: Ergänzung des § 41 Nr. 6 ZPO

Wie wir bereits zu § 3 MediationsG ausführten, besteht die Möglichkeit, dass ein Richter im Nachgang zu einer Mediation auf Grund des Geschäftsverteilungsplans (§ 21e GVG) für das in der gleichen Sache anhängige Verfahren zuständig wird. Ebenso kann es geschehen, dass der medierende Richter im Falle nach dem Scheitern der Mediation, dem zur Entscheidung berufenen Spruchkörper zugewiesen wird. Eine entsprechende Ergänzung des § 41 Nr. 6 ZPO und der vergleichbaren Regelungen anderer Prozessordnungen ist deshalb unverzichtbar, um eine spruchrichterliche Tätigkeit nach vorangegangener Tätigkeit als Mediator auszuschließen.

b) § 253 Abs. 3 ZPO-E

Nach der im Entwurf vorgesehenen Sollvorschrift ist in der Klageschrift mitzuteilen, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder sonstigen außergerichtlichen Streitbeilegung vorausgegangen ist oder warum ein solcher Versuch unterlassen wurde.

Die Motive für diese Regelung sind zu begrüßen, die Formulierung „unterlassen“ impliziert aber einen Vorwurf im Sinne eines (schuldhaften?) Unterlassens, wenn von einer außerordentlichen Konfliktbeilegung abgesehen wurde. Auf diese Weise wird ein solcher Versuch in die Nähe der Prozessvoraussetzungen gerückt und infolge dessen häufig genauso halbherzig betrieben wie das Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO.

Der Anwaltsverband regt deshalb an, das Wort „unterlassen“ durch „unterblieben“ zu ersetzen.

c) § 278a ZPO-E

Der Anwaltsverband begrüßt die vorgesehene Verweisung aus dem gerichtlichen Verfahren in die Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Er hält es für richtig, die Parteien – auch in anhängigen Gerichtsverfahren – in größerem Maße über die Möglichkeit der Mediation zu informieren.

Allerdings ist aus den dargelegten Gründen eine Hinweispflicht des vorschlagenden Richters aufzunehmen, dass er neben der Möglichkeit einer richterlichen Mediation auch über außergerichtliche Angebote von Mediationsleistungen der Träger anderer Berufe zu belehren hat, auf die auch im Rahmen des § 278a ZPO-E zurückgegriffen werden kann. An dieser Stelle ist wiederum auf § 3 UWG und auf die Entscheidung

BGH, Urteil vom 22.04.2009 – I ZR 176/06 -, NJW 2009, 3365,

zu verweisen. Verbliebe es bei der jetzigen Formulierung, entstünde der rechtlich unzutreffende und rechtspolitisch verfehlt Eindruck, dass der vorschlagende Richter – lediglich unter Beachtung des Gebots der Trennung von Streitentscheidung und Mediation - hier allein vorschlagsberechtigt sei und dass nur eine richterliche Mediation in Betracht käme.

Des Weiteren hält der Anwaltsverband mit Blick auf die Verfahrensbeschleunigung - ähnlich der Neuregelung in § 155 Abs. 2 FamFG und der in dem in Rede stehenden Referentenentwurf vorgesehenen Regelung des § 54a ArbGG - die Aufnahme von Fristen für sinnvoll, innerhalb derer sich die Parteien über die Bereitschaft zur Mediation erklären sollen, und wann das streitige Verfahren spätestens fortgesetzt wird, wenn der Mediationsversuch scheitert.

Bei § 278a Abs. 2 ZPO bestehen Bedenken, ob ein mediierender Richter auch den Vergleich protokollieren kann. Im Gegensatz zur außergerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation besteht in diesem Fall kein Schutz der Medianten vor Übereilung.

Im Übrigen setzt die Kompetenz der Streitwertfestlegung nicht das Einverständnis der Parteien voraus.

d) § 796d ZPO-E

Der Anwaltsverband begrüßt den Vorschlag, die Vollstreckung außergerichtlicher Mediationsvergleiche zu erleichtern. Es wäre verfehlt, außergerichtlich vereinbarte Vergleiche einer gerichtlichen Kontrolle zu unterziehen. Eine solche Überprüfung würde eine untragbare Einschränkung der Privatautonomie darstellen. Sie darf nur in Betracht kommen, wenn eine Gefährdung des ordre public zu besorgen ist. Die jetzt gefundene Regelung entspricht diesem Anliegen.

Der Anwaltsverband würde es zudem begrüßen, wenn der Anwaltsvergleich gemäß § 794 Nr. 4b ZPO in Verbindung mit §§ 796a bis 796c ZPO neben öffentlichen Urkunden und Prozessvergleichen gleichberechtigt in die EuGVVO aufgenommen würde. Damit ließe sich ohne weiteres eine EU-weite Vollstreckungsmöglichkeit für Mediationsvergleiche schaffen.

5. Änderung des FamFG

a) § 23 FamFG-E

Hier ist das Wort „unterlassen“ durch das Wort „unterblieben“ zu ersetzen. Auf die Ausführungen unter Nr. 4 a zu § 253 ZPO-E wird verwiesen.

b) § 36a FamFG-E

Hier gelten die Ausführungen zu § 278a ZPO-E entsprechend; zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf Nr. 4 b dieser Stellungnahme verwiesen.

6. Änderung des ArbGG

Die in § 54a Abs. 1 Satz 4 ArbGG-E vorgesehene Frist für die Wiederaufnahme des Verfahrens wird im Interesse einer Verfahrensbeschleunigung ausdrücklich begrüßt. Die Aufnahme einer entsprechenden Regelung in § 278a ZPO wurde bereits zuvor angeregt. Im Übrigen gelten wegen des erforderlichen Hinweises auf andere Mediationsangebote die Ausführungen zu § 278a ZPO-E entsprechend; zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen wird auf Nr. 4 b dieser Stellungnahme verwiesen.

7. Änderung des SGG, der VwGO und der FGO

Die vorgesehenen Änderungen erschöpfen sich in Verweisungen auf die vorgeschlagenen Änderungen der ZPO, insbesondere § 278a ZPO-E, weshalb auf die diesseitigen Ausführungen unter Nr. 4 verwiesen werden kann.

8. Änderung des PatG und des MarkenG

Die jetzige Regelung in Art. 11 und 12 des Referentenentwurfs wird dem Grundanliegen der Mediation und des Entwurfs im Übrigen nicht gerecht. § 99 Abs. 1 PatG-E und § 82 Abs. 1 Satz 1 MarkenG-E sind wie folgt zu ergänzen bzw. abzuändern:

„Das Patentgericht kann den Parteien entsprechend § 278a ZPO eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen“.

Die in der Entwurfsfassung vorgesehene Fokussierung auf die richterliche Mediation ist aus den zuvor dargelegten Gründen – vgl. Nr. 1 und 4 dieser Stellungnahme – abzulehnen.

Für etwaige Rückfragen oder auch Gespräche stehen wir selbstverständlich gerne zur Verfügung. Sollte im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens der Entwurf geändert werden und/oder eine Anhörung durchgeführt werden, bitten wir um Unterrichtung und Gelegenheit zur Äußerung.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Peter Kothe
Präsident