
Stellungnahme der Centrale für Mediation (CfM)

zum

Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

**Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen
Konfliktbeilegung (Mediationsgesetz)**

- Stand 04.08.2010 -

Die Centrale für Mediation (CfM) begrüßt den vorgelegten Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, das der Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen dienen soll.

Erklärtes Ziel des Referentenentwurfs ist es, „die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern“. Dieses Ziel verdient grundsätzlich uneingeschränkte Unterstützung.

Wie die CfM schon früher ausgeführt hat, mag man darüber streiten, ob es zur Erreichung des genannten Zieles *notwendig* ist, ein eigenes Mediationsgesetz zu verabschieden. Die allgemeine Regelung der Mediation in einem Bundesgesetz wird jedoch zur weiteren Verbreitung der Akzeptanz des Verfahrens beitragen und die Anreize zu ihrer Nutzung vergrößern. Im Interesse der Rechtseinheit ist eine einheitliche Regelung für inländische und grenzüberschreitende Mediationsverfahren zu begrüßen. Ebenso erfreulich ist es, dass der Entwurf sich nicht auf den durch die EU-Richtlinie vorgegebenen Bereich des Zivil- und Handelsrechts beschränkt, sondern auch Rechtsgebiete regelt, in denen Mediation schon heute vielfach Anwendung findet.

In einigen Regelungsbereichen sieht die CfM Nachbesserungsbedarf. Hervorzuheben sind hier die fehlenden finanziellen Anreize zugunsten außergerichtlicher Konfliktbeilegung, insbesondere die gleichberechtigte Übernahme von Mediationskosten neben Prozess- und Beratungskosten. Wünschenswert wäre eine weitergehende Stärkung der Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens durch Regelung eines Vortrags- und Beweisverbots auch zu Lasten der Mediationsparteien. Schließlich steht die CfM der Stärkung der richterlichen Mediation durch die Schaffung einer Ermächtigungsgrundlage für die Landesgesetzgeber kritisch gegenüber.

Anmerkungen zu ausgewählten Regelungsbereichen:

I. Definitionen und Begriffsbestimmungen

Der Gesetzesentwurf definiert die Begriffe „Mediation“ und „Mediator“ in Anlehnung an die Begriffsbestimmungen in Art. 3 Mediations-RL. Dennoch gibt es einen Unterschied in den Definitionen, der in der Praxis vermeidbare Fragen zur Anwendbarkeit des MediationsG-E aufwerfen wird. Vom Anwendungsbereich der Richtlinie sind nach deren eindeutigen Wortlaut alle Verfahren ausgeklammert, die eine förmliche Empfehlung zur Streitbeilegung vorsehen, und zwar „unabhängig davon, ob diese rechtlich verbindlich ist oder nicht“ (Nr. 11 der Erwägungsgründe zur Mediations-RL). Demgegenüber bezieht die weniger restriktive Definition in § 1 Abs. 2 MediationsG-E, nach der es auf das Fehlen einer Entscheidungsbefugnis des Mediators ankommt, auch solche Verfahren ein, in denen die vermittelnde Person unverbindliche Entscheidungsvorschläge unterbreitet. Insbesondere mit Hinblick auf die zunehmende Etablierung von hybriden ADR-Verfahren (Mini-Trial, Mediation mit Schlichtungselementen) begrüßt die CfM dieses weite Verständnis des Mediationsbegriffs. Es wird allerdings eine Klarstellung für notwendig erachtet, denn an anderer Stelle unterscheidet der Referentenentwurf ausdrücklich zwischen Mediation und anderen Verfahren außergerichtlicher Konfliktbeilegung, siehe § 278a ZPO-E, was dem Wortlaut nach eine andere Interpretation zuließe.

Weiter gibt die CfM zu bedenken, dass der in der Fachliteratur etablierte Begriff der „Freiwilligkeit“ wenig zum Verständnis beiträgt, zumal der Referentenentwurf anders als die Mediations-RL (Art. 3 Abs. 1 S. 2) auf klarstellende Ausführungen verzichtet. Inwieweit ist ein durch einen Richter oder einen Vorgesetzten angeregtes Mediationsverfahren „freiwillig“? Ist bei vertraglichen *Pflichten*, Stichwort Mediationsklausel, Freiwilligkeit gegeben? Anstelle der Verwendung des unzulänglichen Begriffs der Freiwilligkeit würde aus Sicht der CfM ein Hinweis darauf nützlich und zugleich ausreichend sein, dass die Mediationsparteien berechtigt sind, das Verfahren jederzeit zu beenden.

Die in § 1 Abs. 1 S. 2 des Entwurfs vorgenommene Differenzierung nach den unterschiedlichen Mediationskontexten (außergerichtliche, gerichtsnahe und richterliche Mediation) erscheint grundsätzlich sinnvoll. Die Regelung der richterlichen Mediation wird jedoch skeptisch gesehen, dazu siehe unter Ziff. VII.

II. Mediationsverfahren

Das Mediationsverfahren wird ausschnittsweise in § 2 des Referentenentwurfs geregelt, allerdings unter der unglücklichen Überschrift „Aufgaben des Mediators“.

§ 2 Abs. 1 MediationsG-E formuliert die Pflicht des Mediators, sich zu vergewissern, dass die Parteien Grundsätze und Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben und freiwillig an der Mediation teilnehmen. Die in diesem Zusammenhang postulierte Pflicht des Mediators sieht die CfM skeptisch, insbesondere im Hinblick auf den unzulänglichen Begriff der Freiwilligkeit, dazu oben. Sinnvoll erscheint demgegenüber eine Bestimmung, nach der der Mediator den Parteien die im Gesetz zu benennenden wesentlichen Grundsätze der Mediation sowie des Ablaufs des Verfahrens vermittelt und gemeinsam mit den Parteien die konkreten Verfahrensbedingungen festlegt.

Die Formulierung des § 2 Abs. 2 Satz 2 MediationsG-E, wonach der Mediator mit den Parteien Einzelgespräche führen kann, „wenn er dies für zweckmäßig hält“, bedarf der korrigierenden Ergänzung. Zu den Wesensmerkmalen der Mediation zählt gerade die Parteiautonomie, d.h. die Parteien bestimmen selbst das Prozedere des Verfahrens. Getrennte Gespräche des Mediators mit einer Partei bedürfen daher stets der Zustimmung aller am Verfahren Beteiligten.

III. Offenbarungspflicht und Tätigkeitsbeschränkung

Die in § 3 MediationsG-E getroffenen Regelungen zur Vermeidung von Interessenkollisionen sind grundsätzlich zu begrüßen. Dies betrifft die Pflicht zur Offenlegung aller die Neutralität beeinträchtigenden Umstände nach Abs. 1 sowie das Vorbefassungsverbot nach Abs. 2 der Vorschrift.

Demgegenüber trägt der Gesetzgeber dem Grundsatz der Privatautonomie der Parteien unzureichend Rechnung. Es ist nicht nachzuvollziehen, weshalb die Ausnahmeregelung nach § 3 Abs. 4, wonach das Tätigkeitsbeschränkungsverbot nach § 3 Abs. 3 nicht gilt, wenn sich die betroffenen Parteien in Kenntnis der konkreten Sachlage einverstanden erklären, nicht auch bei vorheriger Befassthheit nach Abs. 2 entsprechend Anwendung finden soll.

IV. Vertraulichkeit

§ 4 Abs 1 MediationsG-E regelt die umfassende Verschwiegenheitspflicht für alle Mediatoren – gleich welchen Grundberuf diese ausüben. Die Vorschrift zielt auf § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO, wonach dem Mediator nunmehr auch ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht. Damit geht der Gesetzgeber einerseits zwar deutlich über Vorgaben der Richtlinie hinaus, wonach Mediatoren und deren Hilfspersonen „lediglich“ zeugnisverweigerungsberechtigt sein müssen. Diese Regelung ist grundsätzlich zu begrüßen.

Im Hinblick auf die Bedeutung der Vertraulichkeit für das Mediationsverfahren bleibt das Resultat gleichwohl fragmentarisch. Wer das Bedürfnis nach Vertraulichkeit der Mediation in nachfolgenden Verfahren anerkennt, sollte auch Maßnahmen zum Schutz der Verschwiegenheit zu Lasten der Mediationsparteien regeln. Eine umfassende gesetzliche Regelung würde – gerade auch

im Vergleich zu komplizierten prozessualen Abreden im Rahmen von Mediationsvereinbarungen - das *Vertrauen* der Parteien in die Vertraulichkeit des Verfahrens stärken und damit zugleich Anreize schaffen, im Mediationsverfahren Tatsachen offenzulegen, die einer konsensualen Lösung zuträglich sind.

Der notwendige Vertraulichkeitsschutz für Tatsachen und Verhaltensweisen der Gegenseite, von denen die Mediationspartei erst im Mediationsverfahren Kenntnis erlangt hat, ließen sich am effektivsten durch ein Vortrags- und Beweisverbot umsetzen. Hierfür bietet der für internationale Streitigkeiten konzipierte Art. 20 UNCITRAL Conciliation Rules ein geeignetes Vorbild.

V. Qualitätssicherung und Berufsrecht

Der Gesetzgeber verzichtet zu Recht auf eine umfassende Reglementierung des Berufsbildes und setzt im Zusammenhang mit einer angemessenen Aus- und Fortbildung auf die Eigenverantwortlichkeit der Mediatoren (§ 5 MediationsG-E) sowie einen möglichst transparenten Mediationsmarkt (§ 3 Abs. 5 MediationsG-E).

Trotz des unbestreitbaren Werts einer guten Ausbildung hat sich die CfM stets für die Offenheit des Marktes für Mediationsdienstleistungen ausgesprochen. Mediation ist ein Querschnittsfach aus verschiedenen Disziplinen und Quellberufen, deren dynamische Entwicklung und Ausdifferenzierung in verschiedenen Lebensbereichen noch nicht abgeschlossen ist. Reglementierte Qualitätsanforderungen erschweren zwangsläufig den Zugang zum Mediationsberuf und unterdrücken den Wettbewerb unter verschiedenen Ausbildungsgängen und –philosophien.

Die notwendige wettbewerbsfreundliche Weiterentwicklung des Verfahrens sowie das Bedürfnis nach Qualitätssicherung lassen sich grundsätzlich besser durch die Einführung von Gütesiegeln bzw. Zertifizierungen vereinen. Eben diesen Weg verfolgt der Gesetzgeber, der in der Begründung

zu § 6 des Referentenentwurfs auf die Zusammenarbeit der Berufs- und Mediationsverbände verweist, die seit geraumer Zeit mit der Erarbeitung gemeinsamer Mindeststandards für Aus- und Fortbildungen befasst sind.

Die CfM hat sich an der Erarbeitung der gemeinsamen Standards beteiligt und beabsichtigt, auch weiterhin im Rahmen des „Bundesarbeitskreis Zertifizierung von Mediatorinnen und Mediatoren“ (BZM) beim Bundesministerium der Justiz mitzuwirken. In der Sache hat die CfM stets auf die Schwierigkeiten hingewiesen, die sich aus der Heterogenität der Herkunftsberufe der Mediatoren, deren unterschiedlichen Vorqualifikationen sowie den divergierenden Anforderungen an die jeweiligen Tätigkeitsbereiche ergeben. Angesichts dieser Gegebenheiten kann sich das nunmehr abzeichnende verbandsübergreifende Ergebnis sehen lassen. Im Interesse einer möglichst großen Akzeptanz würde die CfM eine staatliche Anbindung der Zertifizierungsstelle begrüßen.

VI. Finanzielle Förderung der Mediation

Bei allem Verständnis für die Rücksichtnahme auf leere Haushaltskassen hätte die CfM sich im Hinblick auf die finanzielle Förderung mehr erhofft. Für bedürftige Rechtssuchende ist Mediation ohne Kostenübernahme keine Alternative zur gerichtlichen Auseinandersetzung.

Die grundsätzliche Herangehensweise, Möglichkeiten finanzieller Ersparnisse durch wissenschaftliche Forschungsvorhaben (§ 6 Referentenentwurf) im Vorfeld zu untersuchen, ist nicht zu beanstanden. Hierzu hätte es indessen keiner Regelung bedurft. Auch ist kein Grund ersichtlich, die wissenschaftlichen Begleitprojekte auf den Bereich der Familienmediation zu beschränken. Eine Ausdehnung auf andere Gebiete ist wünschenswert.

Gleichwohl: Die bestehende Benachteiligung bedürftiger Parteien im Hinblick auf außergerichtliche Konfliktbeilegung ist durch nichts gerechtfertigt. Die bereits heute vorliegenden Erkenntnisse aus

ersten Untersuchungen sowie die Erfahrungen benachbarter Länder sind positiv (siehe Begründung zu § 6 Referentenentwurf). Der Gesetzgeber könnte mit geringem finanziellen Einsatz große Wirkung im Hinblick auf die Förderung der Mediation erzielen. Es wäre schade, wenn er die Gelegenheit nicht wahrnehme.

VIII. Richterliche Mediation

Der mit Art. 2 Referentenentwurf durch die Neufassung von § 15 S. 1 GVG in Verbindung mit § 278a Abs. 2 ZPO-E geschaffenen gesetzlichen Ermächtigung zur Einführung der richterlichen Mediation steht die CfM skeptisch gegenüber.

Die ursprünglich als Übergangslösung zur Förderung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung initiierten Pilotprojekte und heute in fast allen Bundesländern existierenden Aktivitäten der staatlichen Gerichte im Bereich richterlicher Mediation haben in den vergangenen Jahren erheblich zur Bekanntheit der Mediation beigetragen. Ohne die Aktivitäten der Justiz in diesem Bereich hätte auch die außergerichtliche Mediation in Deutschland eine weniger erfolgreiche Entwicklung genommen.

Dennoch setzt die Einführung der nach geltendem Recht nicht existierenden Ermächtigungsgrundlage, die durch die Mediations-RL nicht veranlasst war, das falsche Signal. Die kostenfrei angebotene richterliche Mediation genießt gegenüber der außergerichtlichen Mediation einen durch nichts gerechtfertigten Wettbewerbsvorteil. Diese Tendenz wird durch die im Entwurf vorgesehene gesetzliche Etablierung der richterlichen Mediation noch gestärkt und läuft gleichzeitig dem erklärten Ziel der Förderung außergerichtlicher Mediation zuwider.

IX. Vollstreckbarkeit

Mit dem neu eingeführten § 796d ZPO-E wurde eine begrüßenswert einfache und kostengünstige Regelung geschaffen, eine in der Mediation geschlossene Vereinbarung für vollstreckbar zu erklären. Ein Vollstreckungstitel kann danach grundsätzlich auch ohne anwaltliche Unterstützung herbeigeführt werden. Ein Novum im deutschen Prozessrecht, mit dem der Gesetzgeber dem Umstand der extremen Kostenintensität des Anwaltsvergleichs Rechnung trägt, an den die Regelung im Übrigen angelehnt ist.

Durchgreifende verbraucherschutzrechtliche Bedenken sieht die CfM nicht. Der Antrag auf Vollstreckbarerklärung muss entweder von beiden bzw. allen Parteien gestellt werden oder es bedarf - bei singulärer Antragstellung - der ausdrücklichen Zustimmung der übrigen Parteien. Voraussetzung ist daher in jedem Fall, dass beide Seiten mit der Vollstreckbarerklärung einverstanden sind und zwar zu einem Zeitpunkt, in dem sie den Ausgang des Mediationsverfahrens kennen. Darüber hinaus unterliegt der Vollstreckungsantrag der Prüfung durch das Amtsgericht, das das Begehren zurückweisen muss, wenn die Vereinbarung unwirksam ist oder ihre Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde.

Köln, Oktober 2010