

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Mediationsgesetz) - R A 7 – 9340/17-2-R4 554/2010

*Thomas Trenczek/ Maria Mattioli**

I. Die aktuelle Gesetzgebungsinitiative zur Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie¹ in Deutschland und die Bemühungen, eine ausgewogene gesetzliche Regelung zu finden, sind ungeachtet der Kritik in einzelnen Punkten (siehe nachfolgend) zu begrüßen. Im Referentenentwurf für das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ vom 4.8.2010 positiv hervorzuheben sind insbesondere folgende Regelungen:

- ➔ Schaffung einer recht umfassenden, einheitlichen **Rechtsgrundlage** für nationale und internationale Mediationsverfahren unabhängig vom jeweiligen Regelungsgegenstand
- ➔ Gesetzliche Festlegung grundlegender Aufgaben und **Verhaltenspflichten** der Mediatoren (§ 2 MediationsG-E)
- ➔ Einführung einer allgemeinen **Verschwiegenheitspflicht** (§ 4 MediationsG-E) und damit eines **Zeugnisverweigerungsrechts** in der ZPO und allen auf sie verweisenden Verfahrensordnungen
- ➔ Erweiterung des vorhandenen zivilprozessrechtlichen richterlichen **Vorschlagsrechts zur Mediation** nach Klageerhebung auf andere Verfahrensordnungen (FamFG, ArbGG, SGG, VwGO, FGO, PatG, MarkenG).
- ➔ Vereinfachung der **Vollstreckbarkeit** der Mediationsvereinbarung durch Einführung des neuen § 796d ZPO-E.

II. Allerdings sind einige für ein fachlichen Standards entsprechendes Mediationssystem erforderliche Aspekte im RE des Mediationsgesetzes problematisch bzw. nicht geregelt:

- ➔ So soll § 278a Abs. 2 ZPO-E auch eine **Rechtsgrundlage für die richterliche Mediation** schaffen, soweit sie durch Landesrecht (vgl. die beabsichtigte Änderung des § 15 GVG) vorgesehen wird. Damit würde das in der gerichtlichen Praxis bereits bestehende unausgewogene Verhältnis zwischen richterlicher und nicht-richterlicher Mediation (hierzu Trenczek/Mattioli Spektrum der Mediation Nr. 40, IV/2010) nach Klageerhebung zementiert. Dann wäre es nur Augenwischerei, wenn in § 278a ZPO-E Abs. 1 die außergerichtliche Konfliktbeilegung und in Abs. 2 die richterliche Mediation nebeneinander stehen. Statt also die bedenkliche Fokussierung auf richterliche Mediation durch die Öffnung und Schaffung einer Rechtsgrundlage im Rahmen des kommenden Mediationsgesetzes zu zementieren, sollte die allzu großzügige Erlaubnispraxis von sog. Pilotprojekten zur richterlichen Mediation zurückgefahren werden und **stattdessen ein wirksames rechtspolitisches Mediation-Gesamtkonzept**, welches die unterschiedlichen Ebenen

* Der Verfasser Trenczek ist 1. Vorsitzender von Konsens e.V. – Verein zur Förderung der Mediation in Nds. – und arbeitet als Professor für Recht und Konfliktmanagement sowie als eingetragener Mediator (BMJ, Wien; S.C. Qld.) in Jena und Hannover. Die Verfasserin Mattioli arbeitet als RAin und Mediatorin (Master of Mediation)/Lehrbeauftragte nahe Düsseldorf. Diese Kurz- Stellungnahme knüpft an einige grundlegende in anderen Beiträgen diskutierte Fragen zur Situation der Mediation in Deutschland an; vgl. Trenczek, T. “Zur aktuellen Situation der Mediation in Deutschland”, Spektrum der Mediation, Nr. 37, I/2010, S. 4 ff.; Einvernehmliche Regelungen in Familiensachen - Neue Anforderungen durch das FamFG; FPR 7/2009, S. 335 ff.; Formalisierung der informellen Streitregelung? Anregungen für die Entwicklung von Mediationsstandards, ZKM 2005, S. 153 ff.; Professionalisierung von Mediatoren; in: v. Schlieffen (Hrsg.): Professionalisierung und Mediation; Beck Verlag, München 2010, S. 99 ff. sowie Trenczek, T./Mattioli, M. “Mediation und Justiz”, Spektrum der Mediation Nr. 40, IV/2010.

¹ EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten (15003/5/07 REV 5 - 23. April 2008).

der Konfliktbeilegung (gerichtlich oder außergerichtlich) sachgerecht miteinander verknüpft, entwickelt werden.

- Auch die – abgesehen von der Ermächtigung zur richterlichen Mediation – grundsätzlich sehr begrüßenswerte Einführung einer für sämtliche Regelungsbereiche des FamFG geltende **Verweisungsmöglichkeit im Allgemeinen Teil des FamFG** (§ 36a FamFG-E) ist **nur als Kann-Vorschrift** ausgestaltet, gegenüber der aktuell geltenden Soll-Vorschrift für Scheidungsfolgesachen in § 135 Abs. 2 FamFG ein Rückschritt. Demgegenüber wäre für sämtliche Rechtsgebiete eine einheitliche Soll-Vorschrift zur Verweisung auf Mediation in geeigneten Fällen sachgerecht.
- Die beabsichtigte Regelung bzgl. zusätzlicher Angaben in der Klageschrift über ein vorausgegangenes Mediationsverfahren (§ 253 Abs. 3 Ziff. 1 ZPO-E) ist zu begrüßen, die Soll-Vorschrift wird sich aber als „zahnlos“ erweisen, wenn deren Nichteinhaltung an keine Konsequenzen geknüpft ist (z. B. Unwirksamkeit der Klageerhebung oder Kostenfolge).

III. Durch welche weiteren rechtlichen und außerrechtlichen Schritte und Ressourcen kann der Aufbau des erforderlichen Gesamtsystems der Mediation in Deutschland gefördert werden?

- Festlegung **normativer Mindest- und Qualitätsstandards**² für die Ausbildung und Akkreditierung von qualifizierten Mediatoren sowie für die Sicherung des Mediationsverfahrens. Wenn schon Mediatoren das Ergebnis einer Mediation nicht inhaltlich beeinflussen dürfen, müssen sie das, was sie tun, richtig, d.h. fachgerecht tun. Die Ergebnisqualität folgt aus der Prozessqualität. Gemessen werden kann die Qualität von Vermittlungsleistungen weniger an der Einigungsquote als an der Einhaltung fachlicher Verfahrensstandards. Der „Mediationsmarkt“ ist für die potentiellen Nutzer hinsichtlich der Qualität der angebotenen Dienstleistung nicht transparent. Für die Akzeptanz der Mediation durch die Verbraucher ist vor allem das Vertrauen in die Güte und damit Fairness des Verfahrens als solche von entscheidender Bedeutung. Was die Wirtschaft aus eigener Kraft kann, bedarf im Hinblick auf die einzelnen Bürger eines unterstützenden institutionellen Rahmens durch eine einerseits die Verbraucher schützende und andererseits die Berufsfreiheit garantierende normative Regelung (**Gütesiegel**).
- Einrichtung einer interdisziplinären, berufsübergreifenden mediationsspezifischen **Koordinierungsstelle** zur Etablierung gesicherter Qualitätsstandards bzw. zur Zertifizierung von Mediatoren – z.B. ein unabhängiges, von den Fachverbänden getragenes „Mediationsinstitut“ vergleichbar mit dem niederländischen Vorbild (Nederlands Mediation Instituut, NMI) – als zentrale Informations- und Anlaufstelle zur leichteren Auffindbarkeit von passgenauen außergerichtlichen Angeboten zur einvernehmlichen, außergerichtlichen Streiterledigung mit einer Beschwerdestelle zur Aufarbeitung und Regelung von Beschwerden und Kunstfehlern.
- Einführung einer über § 1 Abs. 3 BORA hinausreichenden, ausdrücklichen berufsrechtlichen **Anwaltpflicht zur umfassenden Aufklärung des Mandanten auch über außergerichtliche Konfliktlösungsangebote**. Zusätzlich Änderung der anwaltlichen Vergütung zur Schaffung eines zusätzlichen Anreizes für Anwälte zur Empfehlung einer außergerichtlichen Mediation: Derzeit ist die Parteivertretung nach Klageerhebung in einem gerichtsnahen bzw. gerichtsinernen Mediationsverfahren oder in einem durch Einigung beendeten erstinstanzlichen Prozess für den Anwalt lukrativer als die Begleitung seines Mandanten in einem außergerichtlichen Mediationsverfahren!

² Vgl. Trenczek, T.: Professionalisierung von Mediatoren; in: v. Schlieffen (Hrsg.): Professionalisierung und Mediation; Beck Verlag, München 2010, S. 99 ff.

- ➔ Änderung der die **interdisziplinäre Ausübung** der Mediation bzw. des Zusammenschlusses von juristischen/anwaltlichen und nicht-anwaltlichen Mediatoren hindernden (berufsrechtlichen) Regelungen (z.B. Sozietätsverbot). Die hierfür maßgeblichen Gründe (z.B. Schutz der Vertraulichkeit) sind mit dem MediationsG nicht mehr relevant. Zur Stärkung der interdisziplinären Perspektive wäre ein ausdrücklicher Hinweis im MediationsG auf die notwendige **interdisziplinäre Grundlegung der Mediation** als kommunikatives, nicht rechtsförmiges Verfahren förderlich.³
- ➔ **Obligatorischer Hinweis auf alternative Verfahren in einem möglichst frühen Prozesstadium**, z.B. Infoblatt zur Mediation bereits mit Eingangsbestätigung der Klage bzw. Klagezustellung bis hin zu einem verpflichtenden Informationsgespräch zur Mediation in mediationsgeeigneten Fällen (vgl. § 135 Abs. 1 FamFG⁴).
- ➔ Flächendeckende **Einrichtung von gerichtlichen bzw. gerichtsnahen Koodinationsstellen** für Mediation, die – vergleichbar mit dem australischen (*registrar*) bzw. niederländischen Vorbild (*mediationfunctionaris*) - Richter, Parteien und Anwälte über Mediation informieren und geeignete externe Mediatoren vermitteln.
- ➔ **Flächendeckende Aufklärung und Fortbildung aller Richter** über die Grundzüge des Mediationsverfahrens. Im Rahmen dieser Informationskampagnen sollten die Justizministerien die Richterschaft im Rahmen der richterlichen Unabhängigkeit auch auf ihr Vorschlagsrecht in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO hinweisen und zu einer regeren Verweisungspraxis motivieren.
- ➔ Zur Sicherung der vertraulichen Mediationsverhandlungen Einführung eines **Beweisverwertungsverbot** für in der Mediation erlangte Daten, Informationen und Dokumente.
- ➔ Einführung einer der Prozesskostenhilfe vergleichbaren **Mediationskostenhilfe** (über die Experimentierklausel in § 6 Abs. 2 MediationsG-RE hinaus) in Erfüllung des sozialstaatlichen Gebots eines gleichwertigen Rechtsschutzes (Art. 20 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG). Dies entspricht auch der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1 BvR 1351/01, Rz. 35 v. 14.2.2007), wonach eine einvernehmliche Streitbeilegung dem streitigen Rechtsweg vorzuziehen ist. Im Übrigen zeigen die Erfahrungen in anderen Ländern, dass ein vom Staat finanziell unterstütztes Mediationssystem sich auch auf der Kostenseite auszahlt, da es zu einer deutlichen Entlastung des kostenintensiven Gerichtsapparats führt.⁵
- ➔ Kostenanreiz durch **Änderung der Kostenverteilungsregelung** des § 91 ZPO: Auch der in einem regulären Zivilprozess obsiegenden Partei sollten die Kosten anteilig auferlegt werden können, wenn sie der richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch über Mediation ungerechtfertigterweise nicht nachgekommen ist (vgl. § 150 Abs. 4, S. 2 FamFG).
- ➔ finanzielle **Anreize zur Inanspruchnahme der Mediation** (z.B. günstigere Kostenstruktur, Gerichtskostenerstattung bei erfolgreicher gerichtsnaher Mediation): Es entspricht dem Verständnis des richterlichen Vorschlagsrechts nach § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO als Rückverweisung gerichtlich fehlgeleiteter Streitsachen, wenn die bis zur Einleitung des Mediationsverfahrens

³ Vgl. z.B. die im australischen Bundesstaat Queensland geltende Regelung (hierzu Trenczek, T.: Stand und Zukunft der Mediation - Konfliktvermittlung in Australien und Deutschland, SchiedsVZ 2008, S. 135 (139).

⁴ Die Erfahrungen in anderen Ländern zeigen, dass selbst ein obligatorisches ADR/Mediationsverfahren (z.B. in Familiensachen im Hinblick auf das Kindeswohl) sich nicht negativ auf die Einigungsbereitschaft der Parteien auswirken muss; vgl. hierzu auch Trenczek, T.: Einvernehmliche Regelungen in Familiensachen – Neue Anforderungen durch das FamFG, FPR 2009, S. 335 ff.

⁵ Vgl. etwa für Großbritannien Trenczek, T./Mattioli, M.: Gerichtsnaher Mediation im internationalen Rechtsvergleich, Spektrum der Mediation Nr. 40, IV/2010; für Australien: Trenczek (Fn 3) SchiedsVZ 2008, S. 135 ff.; für Japan: Baum, H./Schwittek, E.: Mediation in Japan. Entwicklung und Praxis der außergerichtlichen Streitbeilegung, in: Hopt, K. J./Steffek, F. (Hrsg.), Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, Tübingen 2008, S. 483 ff. (561 f.).

unnötigerweise entstandenen Gerichtskosten nach erfolgreichem Abschluss der Mediation entfallen bzw. rückerstattet werden. Jedenfalls erfordert ein wie auch immer gestalteter finanzieller Anreiz zur Inanspruchnahme der Mediation eine wesentlich günstigere Kostenstruktur im Vergleich zum streitigen Gerichtsverfahren.⁶ Selbst im Fall einer nicht erfolgreichen Mediation, sollte der Versuch einer einvernehmlichen Regelung honoriert werden.

gez. Trenczek/Mattioli
30.09.2010

⁶ So belaufen sich etwa in Japan die gerichtsnahen Schlichtungskosten abhängig vom jeweiligen Streitwert auf durchschnittlich 2/3 bis 1/2 der Gerichtskosten eines streitigen Prozesses: Baum/Schwittek a. a. O., S. 518 f, 561.