



BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

**Stellungnahme
der Bundesrechtsanwaltskammer
zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer
Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung**

erarbeitet durch den
**Ausschuss Außergerichtliche Streitbeilegung
der Bundesrechtsanwaltskammer**

Mitglieder:

- RA Michael **Plassmann**, Berlin (Vorsitzender, Berichterstatter)
RA Jens **Bredow**, Köln
RA Franz-Joachim **Hofer**, Mecklenburg-Vorpommern
RA Dr. Wieland **Horn**, München
RAin Silke **Klein**, Karlsruhe
RA Dr. Hans-Georg **Monßen**, Düsseldorf
RA Jan K. **Schäfer**, Frankfurt
- RAin Julia **von Seltmann**, BRAK, Berlin
RAin Anna **Prentki**, BRAK, Berlin

Oktober 2010
BRAK-Stellungnahme-Nr. 27/2010
Im Internet unter www.brak.de

Verteiler:

Bundesministerium der Justiz
Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
Arbeitskreise Recht der Bundestagsfraktionen
Landesjustizminister/Justizsenatoren der Länder
Rechtsanwaltskammern
Bundesverband der Deutschen Industrie
Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V.
Bundesnotarkammer
Bundessteuerberaterkammer
Bundesverband der Freien Berufe
Deutscher Anwaltverein
Deutscher Industrie- und Handelskammertag
Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit e. V.
Deutscher Juristinnenbund
Deutscher Notarverein
Deutscher Richterbund
Neue Richtervereinigung e.V.
Patentanwaltskammer
Steuerberaterverband
Wirtschaftsprüferkammer
Bundes-Arbeitsgemeinschaft für Familien-Mediation e.V.
Deutsche Gesellschaft für Systemische Therapie und Familientherapie
Centrale für Mediation
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.
Redaktionen der NJW, ZAP, AnwBI, DRiZ, ZKM mediations-report
FAZ, Süddeutsche Zeitung, Die Welt, taz, FTD, Handelsblatt, dpa, Spiegel, Focus
online-Redaktionen Beck, Jurion, Juris, Lexisnexis, OVS

Die Bundesrechtsanwaltskammer ist die Dachorganisation der 27 regionalen Rechtsanwaltskammern und der Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof. Sie vertritt über diese die berufspolitischen Interessen von derzeit ca. 155.000 Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in Deutschland.

Die Bundesrechtsanwaltskammer bedankt sich zunächst für die vertrauensvolle Zusammenarbeit im Rahmen der Expertenkommission zur Umsetzung der EU-Mediations-Richtlinie und gibt zu dem nun vorliegenden Referentenentwurf die nachfolgende Stellungnahme ab.

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt im Grundsatz den Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Sie spricht sich jedoch ausdrücklich gegen die Festschreibung der richterlichen Mediation aus. Denn es ist zu befürchten, dass diese gerade nicht dem Ziel des Gesetzes, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern, dient und auch nicht zu einer weiteren Justizentlastung beiträgt.

Aus Sicht der Bundesrechtsanwaltskammer ist die vorgesehene Regelung zur Vollstreckbarkeit der Mediationsvereinbarung nicht akzeptabel. Sie spricht sich ausdrücklich dagegen aus, dass Mediationsvereinbarungen, die dadurch zustande kommen, dass ein nicht anwaltlicher Mediator rechtliche Regelungsvorschläge unterbreitet, für vollstreckbar erklärt werden können, ohne dass eine anwaltliche Beratung der Parteien stattgefunden hat. Eine solche Mediationsvereinbarung verstößt bereits gegen § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG.

Schließlich kritisiert die Bundesrechtsanwaltskammer, dass durch den Entwurf keine Mediationskostenhilfe eingeführt wird. Diese Entscheidung läuft dem Ziel des Gesetzentwurfs, die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern, zuwider. Denn Mediation ist so nur für den nicht bedürftigen Rechtsuchenden eine Alternative zur Streitentscheidung durch ein Gericht.

Im Einzelnen:

I. Vorbemerkung

Obwohl sich die Mediation als das wohl bekannteste Verfahren der alternativen Streitbeilegung (ADR-Verfahren) in ganz unterschiedlichen Rechtsgebieten als anspruchsvolles Konfliktlösungsverfahren bewährt, hat sich dieses Instrument als echte Alternative zum Prozess in Deutschland noch nicht nachhaltig etabliert. Während der Ausbildungsmarkt boomt und eine stetig steigende Nachfrage nach alternativen Konfliktlösungsmethoden vermuten lässt, nehmen Konfliktparteien stattdessen weiterhin auch lange Verfahrens-

laufzeiten in Kauf, um im Rahmen des bewährten kontradiktorischen Verfahrens zu einer Konfliktlösung zu gelangen.

Auch und gerade weil „law – made in Germany“ in der Bevölkerung hohes Ansehen genießt, begrüßt die Bundesrechtsanwaltskammer die im vorliegenden Referentenentwurf zum Ausdruck kommende Haltung, einer veränderten Rechts- und Streitkultur auch gesetzgeberisch Rechnung zu tragen. Insofern scheint es auch zielführend, nicht nur die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 für grenzüberschreitende Streitigkeiten umzusetzen, sondern gleichzeitig eine einheitliche Rechtsgrundlage auch für konsensuale Verfahren in Deutschland zu schaffen. Auf diese Weise wird eine Rechtszersplitterung vermieden, in der zwischenstaatlich und innerstaatlich tätige Mediatoren trotz eines einheitlichen Vorgehens auf einer unterschiedlichen Rechtsgrundlage zu beurteilen wären.

II. Grundsätzliche Überlegungen

Wenn die Bundesrechtsanwaltskammer nachfolgend Bedenken gegen den Referentenentwurf erhebt, so sollen diese den Gesetzgeber nicht dazu auffordern, das Ziel, sondern ausschließlich den vorgeschlagenen Weg in Frage zu stellen.

Anliegen des Referentenentwurfes und der EU-Mediations-Richtlinie

Der Bundesrechtsanwaltskammer geht es daher bei der Bewertung des Gesetzesentwurfes primär um die Frage, ob die geplanten gesetzgeberischen Akzente tatsächlich geeignet sind, das **„wesentliche Ziel“** des Gesetzes - **„die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung zu fördern“** - wirklich zu erreichen.

Um diese Frage angemessen einordnen zu können, ist es hilfreich, sich noch einmal vor Augen zu führen, welches ausdrückliche Ziel die EU-Richtlinie 2008/52/EG in ihrem Artikel 1 formuliert hat:

„...den Zugang zur alternativen Streitbeilegung zu erleichtern und die gütliche Beilegung von Streitigkeiten zu fördern, indem zur Nutzung der Mediation angehalten und für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren gesorgt wird.“

Wenn sich nun gleichzeitig der deutsche Gesetzgeber neben der Förderung der Mediation und der Umsetzung dieser EU-Richtlinie als drittes Ziel dieses Gesetzgebungsverfahrens vornimmt, für die „richterliche Mediation“ eine „ausdrückliche rechtliche Grundlage zu schaffen“, wird jedoch ein Zielkonflikt mit dem eigentlichen Anliegen der EU-Richtlinie deutlich. **Es stellt sich die Frage, ob die Festschreibung der Mediation durch Rich-**

ter im Rahmen von anhängigen Verfahren die außergerichtliche Mediation tatsächlich zu fördern oder nicht eher zu schwächen vermag.

Die große Sorge, dass damit das gesamte gesetzgeberische Ziel unterlaufen werden könnte, beruht auf folgender Überlegung:

Ziel der Gerichtsinternen Mediation

Mediation durch Richter im Rahmen von anhängigen Verfahren waren zunächst sogenannte „Pilotprojekte“, die heute - ohne rechtliche Grundlage - nahezu in allen Bundesländern angeboten werden. Dahinter steckte nicht zuletzt dank des großen Engagements des niedersächsischen Gesetzgebers die Idee, durch die gerichtliche Mediation eine Türöffnerfunktion für die außergerichtliche Mediation zu schaffen. Dieses positive Ziel hat zahlreiche Anwaltskammern dazu veranlasst, diese Projekte kooperativ zu begleiten, obwohl nicht nur die fehlende rechtliche Grundlage, sondern auch ernstzunehmende wettbewerbsrechtliche Bedenken viele Richter und Rechtsanwälte gleichermaßen bewegt haben.

Auch diese Vorbehalte mögen der Grund dafür gewesen sein, dass die Justizministerkonferenz (JUMIKO) der Mediation durch Richter bereits im Jahre 2005 in ihren Beschlüssen lediglich den Status einer „**Übergangslösung**“ zur Förderung der konsensualen Streitbeilegung zubilligen mochte. Flankiert wurde diese Überlegung mit der Aufforderung der JUMIKO, durch ihre Mitglieder näher zu prüfen, „inwieweit außergerichtliche Streitschlichtung durch Gebühren- und Kostenanreize gefördert werden kann“.

Zielkonflikt

Fünf Jahre später muss man attestieren, dass sich die Mediation an den Gerichten zu einer gewissen Erfolgsgeschichte entwickelt hat, während sie den erhofften Effekt – die „Türöffnerfunktion“ für die außergerichtliche Streitbeilegung - leider nicht erzielt hat. Die entsprechenden Untersuchungen belegen, dass die Parteien nahezu unisono erklären, einen Konflikt zukünftig ebenfalls wieder von einem Richtermediator lösen lassen zu wollen. Der Respekt des Bürgers vor dem Richter und der damit einhergehende Vertrauensvorschuss für den Richtermediator sind neben der Kompetenz des einzelnen Richtermediators und der kostenneutralen Dienstleistung des Staates wesentliche Faktoren dieser Erfolgsgeschichte.

Die Anwaltschaft würdigt das hohe Engagement, die professionelle Leitung und den beachtlichen „PR-Beitrag“, den zahlreiche Richter in den letzten acht Jahren für die Mediation geleistet haben. Auch versteht sie den Wunsch des einzelnen Richtermediators, das täglich Praktizierte nun endlich auch normiert zu wissen.

Gleichwohl drängen sich vor dem Hintergrund, dass der Gesetzesentwurf leider weder eine Mediationskostenhilfe noch konkrete Kosten- und Gebührenanreize für die Förderung der außergerichtlichen Mediation vorsieht und eine aus Verbrauchersicht gefährliche Vollstreckungsmöglichkeit der Mediationsvereinbarung vorsieht, folgende Fragen auf:

1. Kann es richtig sein, dass in einem Gesetzentwurf, der die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung fördern soll, ein Wettbewerbsvorteil für die gerichtliche Mediation und damit nicht ein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung gesetzlich normiert wird? Denn richterliche Mediatoren können von den Parteien auch weiterhin ohne zusätzliche Kosten in Anspruch genommen werden, während andererseits für ein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung nicht einmal Kostenanreize geschaffen werden.
2. Wie sollen hochqualifizierte außergerichtliche Mediatoren – unabhängig von ihrem Quellberuf - diesen Markt für konsensuale Verfahren nachhaltig erobern, wenn sie nicht nur den Vertrauensvorschuss der Richter kompensieren, sondern zugleich die gleichlautende Dienstleistung in Rechnung stellen müssen?
3. Kann echte Justizentlastung tatsächlich geschaffen werden, wenn (möglicherweise bereits fehlgeleitete) Verfahren zwar nicht mehr durch den Streitrichter, sondern durch einen anderen Richter, den Richtermediator, weiterbearbeitet werden, obwohl genau diese Dienstleistung – eine Mediation – gerichtsnah durch einen außergerichtlichen Mediator geleistet werden könnte?
4. Sollten stattdessen die begrenzten Fortbildungsmittel nicht bereit gestellt werden, um noch mehr „klassische“ Richter - und nicht nur potentielle Richtermediatoren - in konsensualen Verhandlungstechniken zu schulen? Auf diese Weise könnte im Rahmen der Kernaufgabe der Justiz, der Rechtsprechung, eine stärkere Professionalisierung fern der anerkannten Rechtskenntnisse erfolgen, von der die Organe der Rechtspflege und die Verbraucher gleichermaßen profitieren könnten.

Diese Überlegungen korrespondieren im Übrigen auch mit dem wegweisenden Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, in dem das Bundesverfassungsgericht zur Verfassungsmäßigkeit von § 10 Gütestellen- und Schlichtungsgesetz von Nordrhein-Westfalen (erlassen aufgrund der Ermächtigung in § 15a EGZPO) wörtlich ausgeführt hat:

„Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.“ (Az.: 1 BvR 1351/01, Beschl. v. 14.02.2007)

Im Lichte dieser Wertung und der skizzierten strukturellen Grundkonflikte, aber auch vor dem Anspruch, den der Titel dieses Gesetzes erhebt, spricht sich die Bundesrechtsanwaltskammer ausdrücklich gegen eine Manifestation der gerichtlichen Mediation und für eine echte Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung aus.

III. Anmerkungen zu den konkreten Artikeln des Gesetzentwurfes

1. Zu Artikel 1 § 1 – Begriffsbestimmungen

Absatz 1

a) Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt, dass sich der Gesetzgeber bezüglich der Begriffe „Mediation“ und „Mediator“ an die Legaldefinition des Artikels 3 der EU-Mediations-Richtlinie angelehnt hat. Offen bleibt jedoch, ob unter diese Definition - wie bei Artikel 3 der Richtlinie ausdrücklich vorgesehen – auch andere ADR-Verfahren zu subsumieren sind. Eine Klarstellung zumindest in der ansonsten sehr aussagekräftigen Begründung wäre hilfreich, da das Gesetz auch andere Verfahren zu fördern beansprucht.

b) Unter Berücksichtigung auch umfangreicher Mediationsverfahren sollte die Regelung in Absatz 1 Satz 1 um die Option der Co-Mediation ergänzt werden, so dass es heißen könnte:

„...mit Hilfe eines **oder mehrerer Mediatoren** freiwillig...“

c) Wie ausführlich erläutert, sieht die BRAK ein Spannungsverhältnis zwischen den Zielen des Mediationsgesetzes, einerseits das Richtlinienziel umzusetzen und andererseits eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die gerichtliche Mediation zu schaffen. Auf die definierende Aufzählung in § 1 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 1 – 3 als „*außergerichtliche Mediation*“, „*gerichtsnahe Mediation*“ und „*richterliche Mediation*“ könnte daher verzichtet werden.

Sprachlich fokussiert der Begriff „*richterliche Mediation*“ aus Sicht der BRAK auf die Funktion als Richter. Der beauftragte Richter wird aber gerade nicht als Richter, sondern als Mediator tätig.

Im konkreten Gesetzestext würde diese Aufzählung hingegen die Mediation auch auf die drei beschriebenen Modelle reduzieren. Wie die Begründung des Entwurfes zutreffend anmerkt, ist die Mediation jedoch noch immer in der Entwicklung begriffen. Schon jetzt vereinzelt praktizierte besondere Modelle, z. B. Co-Mediation zwischen Richter und

Rechtsanwalt, oder andere in der Zukunft entstehende Modelle finden durch die vorgenommene Festschreibung keinen Raum.

Absatz 2

d) Ein wesentliches Merkmal einer seriösen Mediation besteht darin, dass sich die Neutralität des Mediators auch darin manifestiert, dass er keine parteiliche rechtliche Beratung vornimmt, sondern diese den beteiligten oder hinzuzuziehenden Anwälten überlässt. Eine Klarstellung der diesbezüglichen Neutralität zumindest in der Begründung wäre daher sinnvoll.

2. Zu Artikel 1 § 2 – Aufgaben

Entgegen der etwas missverständlichen Titulierung regelt § 2 des Referentenentwurfs tatsächlich den Ablauf eines Mediationsverfahrens. Leider fehlt es dann nach diesseitiger Auffassung an einer Klarstellung, dass auch die gewählten oder beigeordneten Parteivertreter an dem Mediationsverfahren teilnahmeberechtigt sind. Die im Mediationsverfahren erzielten Vergleiche erfreuen sich erfahrungsgemäß größerer Akzeptanz bei den Parteivertretern, falls diese an der Entwicklung partizipieren konnten. Die Akzeptanz der Parteivertreter im Hinblick auf das Mediationsergebnis ist vor allem dann essentiell, falls dieses von der geltenden Rechtslage abweicht und daher aus Anwaltssicht im Mandanteninteresse von dem Vergleich abzuraten wäre. Erst wenn dem Parteivertreter – und durch die entsprechende Beratung des Anwalts auch der Partei – bewusst ist, dass der Vergleich möglicherweise nicht dem entspricht, was der Partei rechtlich zustehen würde, aber dennoch aufgrund der hiervon ggf. abweichenden Interessenlage ein dahingehender Vergleich gemeinsam entwickelt wurde, kann ein tatsächlicher und umsetzbarer Konsens dauerhaft erzielt werden.

Absatz 1

Vor dem Hintergrund, dass das Instrument der Mediation erfahrungsgemäß nur in Ansätzen bekannt ist, wäre es hilfreich, wenn in Absatz 1 - entsprechend dem Leitbild des Europäischen Verhaltenskodexes für Mediatoren – geregelt würde, dass vor Beginn des Mediationsverfahrens die Voraussetzungen und Bedingungen, insbesondere die einschlägigen Geheimhaltungsvorschriften für den Mediator und die Parteien ebenso wie die Vergütung des Mediators in eine Mediationsvereinbarung aufgenommen werden sollen.

Absatz 4

Der in Absatz 4 postulierte Anspruch an den Mediator berücksichtigt nur bedingt, dass der Mediator – unabhängig von seiner Grundausbildung – teilweise mit Sachverhalten

befasst ist, die für ihn selbst fremd sind und deren konkreten Regelungsbedarf und – inhalt er selbst gar nicht abschließend beurteilen kann. Dazu bedarf es dann der – in der Praxis häufig veranlassten, aber nicht selbstverständlichen - Beziehung externer Beratung auf beiden Seiten. Insofern wäre eine Klarstellung, die am Ende alle Beteiligten entlastet und der Nachhaltigkeit des Verfahrens zu helfen vermag, dienlich. Um dem Anspruch von Absatz 4 inhaltlich gerecht zu werden, sollte ein Satz 2 eingefügt werden:

„(...) und ihren Inhalt verstehen. **Zu diesem Zwecke soll der Mediator die Parteien, die ohne fachliche Begleitung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinweisen, die beabsichtigte Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen.**“

3. Zu Artikel 1 § 3 - Offenbarungspflichten; Tätigkeitsbeschränkungen

Die Bundesrechtsanwaltskammer begrüßt ausdrücklich die in § 3 geregelte Tätigkeitsbeschränkung im Falle der Möglichkeit von Interessenkollisionen. Erfreulich ist dabei auch, dass der Referentenentwurf in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes sachgerechte Ausnahmen in den Fällen vorsieht, in den sich die Parteien – nach umfassender Information – damit einverstanden erklärt haben und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen. Damit wird das für die Anwaltschaft nach § 43a Absatz 4 BRAO geltende Verbot, widerstreitende Interessen zu vertreten, auf andere Berufsgruppen ausgedehnt. Dies ist angesichts der Tatsache, dass die Mediation und andere konsensuale Verfahren nicht nur von Anwälten durchgeführt werden, zu begrüßen.

Auf drei Aspekte sei in diesem Zusammenhang hingewiesen:

a) Eine Vorbefassung, die eine nachfolgende Tätigkeit als Mediator grundsätzlich ausschließen muss, kann sich allerdings nicht nur aus einer vorherigen Tätigkeit in derselben Sache für eine Partei ergeben, sondern auch aus anderweitiger Vorbefassung z. B. auch aufgrund eines zuvor wahrgenommenen Amtes als Insolvenz- oder Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker, Betreuer oder in ähnlicher Funktion.

b) Absatz 1 verpflichtet den Mediator, alle Umstände offen zu legen, die seine Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen können. Diese grundsätzlich sinnvolle Regelung kann jedoch zu praktischen Problemen führen: Möglicherweise wäre im Falle der Mediation durch einen Rechtsanwalt dieser verpflichtet, auch auf frühere Mandatsverhältnisse zu einem der an der Mediation Beteiligten hinzuweisen. Das würde auch gelten, wenn das Mandatsverhältnis abgeschlossen ist und auch mit dem Lebenssachverhalt, über den eine Mediation durchzuführen ist, nichts zu tun hat. Auf der anderen Seite sieht § 203 StGB ausdrücklich vor, dass auch die Identität des Mandanten selbst bei abgeschlossenen Mandaten der Verschwiegenheit unterliegen (vgl. Urteil des Bundesverwal-

tungsgericht vom 30.09.2009 – Az.: 6 A 3.09). Diese Beurteilung würde dann möglicherweise zu einer Pflichtenkollision beim Rechtsanwalt führen. Daher scheint es geboten zu sein, dass ehemalige Mandate, soweit die andere Partei daran nicht beteiligt war, nicht offenbart werden dürfen bzw. auch im Hinblick auf § 203 StGB und berufsrechtliche Vorschriften eine ausdrückliche Offenbarungspflicht konstatiert werden müsste.

c) Abschließend sei auf eine Fallgruppe der Vorbefassung hingewiesen, die unter dem Aspekt der Parteiautonomie und der Praxis von Bedeutung ist:

Nach der Begründung zu § 3 soll eine Vorbefassung bereits dann vorliegen, „*wenn sich die Tätigkeit darauf beschränkt hat, im Auftrag der Partei Möglichkeiten einer gütlichen Einigung auszuloten*“. Diese Wertung wird damit begründet, dass bereits eine „*einseitige Information durch eine Partei*“ stattgefunden habe. Infolgedessen werde der potentielle Mediator von der anderen Partei nicht mehr als „*unbeschriebenes Blatt*“ wahrgenommen.

Die einschlägige Bestimmung des Verhaltenskodex für Mediatoren der europäischen Kommission, European Code of Conduct for Mediators, regelt in seiner Nummer 2.1 die Vorbefassung in anderer Form:

Danach darf – verkürzt gesagt – der Mediator eine Tätigkeit nicht wahrnehmen, aufnehmen oder fortsetzen, bevor er nicht alle Umstände, die seine Unabhängigkeit beeinträchtigen oder zu Interessenkonflikten führen oder den Anschein eines solchen erwecken könnten, offengelegt hat. Solche Umstände können sein: persönliche oder geschäftliche Verbindungen zu einer Partei, finanzielles oder sonstiges Interesse am Ergebnis der Mediation oder eine anderweitige Tätigkeit des Mediators oder eines seiner Mitarbeiter seiner Firma für eine der Parteien. Er darf aber als Mediator arbeiten, wenn er sicher ist, dass er die Aufgabe vollkommen unabhängig und objektiv durchführen kann, die vollkommene Unparteilichkeit gewährleistet ist und die Parteien ausdrücklich zustimmen. Eine nahezu wortgleiche Regelung findet sich z. B. in Ziffer 3.1. der Richtlinien der Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) für die Mediation in Familienkonflikten.

Auch wenn die Bundesrechtsanwaltskammer größten Wert auf die Rollenklarheit legt, sollte man sich bewußt machen, dass § 3 Abs. 2 ansonsten dem Anwalt, der auch Mediationen als Dienstleistung anbietet, die Ausübung einer Mediation nahezu nach jedem Erstkontakt mit einer Partei untersagt. In der Praxis gibt es hingegen immer wieder Fälle, in denen zwar eine Kontaktaufnahme zunächst durch eine Partei stattfindet, ohne dass der Anwaltsmediator diese in eine (parteiliche) Beratung einmünden lässt. Die Form des anschließenden Auslotens der Mediationsmöglichkeit durch diesen anwaltlichen Mediator wird häufig von beiden Parteien als derart vertrauensfördernd wahrgenommen, dass sie sich für dieses Verfahren entscheiden. Ihnen nun erläutern zu müssen, dass sie auf ei-

nen anderen Mediator ausweichen müssen, obwohl sie sich gerade für eine Mediation bei genau diesem Mediator entschieden haben, scheint die Parteiautonomie grundsätzlich in Frage zu stellen. Insofern gilt es zu überlegen, ob nicht die Ausnahmeregelung des Absatzes 4 für Absatz 2 und 3 gleichermaßen Anwendung finden sollte.

4. Zu Artikel 1 § 4 – Verschwiegenheit

Die Frage der Verschwiegenheit ist nicht nur eine Kernpflicht im Rahmen der Umsetzung der EU-Richtlinie, sondern auch für die weitere Etablierung und Akzeptanz dieses Verfahrens von großer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig, diese in den Mittelpunkt einer gesetzlichen Regelung zu stellen.

a) Die ausdrücklich angeordnete Verschwiegenheitspflicht des Mediators ist zu begründen. Wünschenswert wäre zudem, wenn diese in Anlehnung an Artikel 7 Absatz 1 der EU-Mediations-Richtlinie auch für „in das Mediationsverfahren eingebundene Personen“ sichergestellt würde.

b) Die Vorschläge des Referentenentwurfes stellen darüber hinaus jedoch eine „absolute“ Vertraulichkeit der Verhandlung in der Mediation nicht sicher. Der Entwurf kennt zwar Verschwiegenheitspflichten für den Mediator und regelt, dass die gerichtliche Mediation nicht öffentlich stattfindet. Gleichzeitig werden aber gerade in diesem Punkt auch Grenzen der Mediation durch einen Richtermediator – im Gegensatz zu einem außergerichtlichen Mediator – deutlich: In der Begründung wird klargestellt, dass der richterliche Mediator nicht von seiner Pflicht, Steuerstraftaten nach § 116 AO bzw. den Verdacht eines Subventionsbetruges gem. § 6 SubvG anzuzeigen, entbunden ist. Eine solche Situation vermag der Mandant in der Regel nicht richtig einzuschätzen, so dass es, sollte die gerichtliche Mediation gesetzlich fixiert werden, im Mandanteninteresse geboten erscheint, die Anwendbarkeit des § 78 ZPO auf das gerichtliche Mediationsverfahren auszudehnen und die anwaltliche Begleitung der Parteien im Rahmen von gerichtlichen Mediationen festzuschreiben.

c) Zum anderen kann im Verwaltungs- im Gegensatz zum Zivilprozess nicht sichergestellt werden, dass von den Parteien selbst – sei es durch Parteivortrag oder durch Vorlage von Beweismitteln – in einem an eine gescheiterte Mediation anschließenden Folgeprozess die in der Mediation erlangten vertraulichen Informationen (Mediationsinterna) eingeführt werden. Ein wesentliches Kriterium für eine erfolgreiche Mediation besteht darin, dass die Beteiligten bereit sind, dem Gegner Einblicke in die hinter ihren Rechtspositionen stehenden Interessen zu geben. Der Erfolg einer Mediation setzt voraus, dass ein geschützter Raum für Offenheit besteht. Nur so lassen sich in der Folge Einigungsoptionen realistisch ausloten. Nur das Vertrauen in eine absolute Vertraulichkeit eröffnet die Chance einer gütlichen Einigung außerhalb des Prozesses. Während sich

eine solche Vertraulichkeit durch Zivilprozessverträge - etwa mit dem Inhalt, bestimmte Tatsachen im Prozess nicht vorzutragen oder bestimmte Beweismittel wie Urkunden nicht vorzulegen – sicherstellen lässt, steht dem Verwaltungsprozess der Untersuchungsgrundsatz entgegen.

Nach § 86 VwGO erforscht das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen. An Vorbringen und Beweisanträge der Beteiligten ist es nicht gebunden. Das wirft die Frage auf, ob die richterliche Ermittlungsmöglichkeit beschränkt werden kann, um die Vertraulichkeit einer (gescheiterten) Mediation zu wahren. Diese Einschätzung wird für den Verwaltungsprozess sowohl für Prozessverträge, die den Tatsachenvortrag betreffen, als auch für Beweisanträge verneint (vgl. Bader, Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht, 2009, S. 181 ff.). Ein gesetzliches Beweisverwertungsverbot – etwa dahingehend, dass in einem Mediationsverfahren erörterte Umstände, deren vertrauliche Behandlung zwischen den Beteiligten vereinbart wurde, im gerichtlichen Verfahren nicht verwendet werden dürfen – sieht der Entwurf bislang nicht vor und gefährdet die Akzeptanz des Verfahrens bei den beteiligten Anwälten und Parteien.

d) Es scheint daher angezeigt, sowohl die Verwertung von Mediationsinterna als auch das Zeugnisverweigerungsrecht der an der Mediation Beteiligten zu regeln und auch für die Strafprozessordnung und die sonstigen Verfahrensordnung auszuweiten und konsequenterweise entsprechende Verstöße zu sanktionieren.

Unter Bezugnahme auf einen Vorschlag des Deutschen Richterbundes ließe sich abredewidriger Parteivortrag – der Missbrauch von Mediationsinterna - durch eine Ergänzung eines Absatzes 5 in § 138 ZPO verhindern:

§ 138 Abs. 5 ZPO

„Tatsachen und sonstige Umstände, von denen eine Partei allein durch ein Mediations- oder Güteverfahren Kenntnis erlangt hat und die entgegen einer in jenem Verfahren getroffenen Abrede vorgetragen werden, sind unbeachtlich, soweit eine Partei ihrer Berücksichtigung widerspricht.“

Das gilt nicht ...“ (Ausnahmetatbestände des Art. 7 Abs. 1 lit a und b EU-MedRL)

Um zugleich missbräuchlichen Vortrag durch unbeteiligte Dritte auszuschließen, sollte sich in Anlehnung an die EU-Richtlinie das Zeugnisverweigerungsrecht auf alle am Mediationsverfahren beteiligten Personen erstrecken. § 383 Absatz 1 ZPO wäre um eine Ziffer 7 zu ergänzen:

§ 383 Abs. 1 Nr. 7 ZPO

„Personen, die an einem Mediations- oder Güteverfahren teilgenommen haben, in Bezug auf Umstände, von denen sie durch dieses Verfahren Kenntnis erlangt haben, es sei denn“ (Ausnahmetatbestände des Art. 7 Abs. 1 lit a und b EU-MedRL)

5. Zu Artikel 1 § 5 – Aus- und Fortbildung des Mediators

Der Referentenentwurf hat zu Recht darauf hingewiesen, dass ein *„Spannungsverhältnis zwischen den Interessen der Verbraucherinnen und Verbraucher an einem möglichst transparenten Mediatorenmarkt einerseits und dem Bedürfnis nach einer gesetzlich nicht reglementierten Weiterentwicklung der Mediation andererseits“* besteht. Die BRAK hat es daher sehr zu schätzen gewusst, dass die im Rahmen der Expertenkommission zunächst von Ausbildungsinteressen geprägte Diskussion über angemessene Aus- und Fortbildungsstandards unter der Moderation des Bundesjustizministeriums einer sachlichen Diskussion zugeführt werden konnte. Auch wenn aus Sicht der Anwaltschaft weniger die Ausbildungsstandards für die nachhaltige Etablierung der Mediation sorgen dürften, hält sie es unter Berücksichtigung der Pflichten und Privilegien, die nach dem Gesetzesentwurf zukünftig Mediatoren auferlegt werden, für erforderlich, transparente Qualitätsstandards für Mediatoren zu schaffen.

Während bislang lediglich bei Rechtsanwälten die Bezeichnung als Mediator an spezielle berufsrechtliche Anforderungen (§ 7a BORA) geknüpft war, ist das Berufsbild für andere Berufsgruppen hingegen ungeschützt. Werden nun Mediatoren unabhängig von ihrem Quellberuf Zeugnisverweigerungsrechte zugebilligt oder gar Mitwirkungsmöglichkeiten an Vollstreckungstiteln eingeräumt, muss auch für den Verbraucher gewährleistet sein, dass der Mediator sein „Handwerk“ versteht.

Unter der Maßgabe, dass der Gesetzgeber eine staatliche Regulierung nicht für erforderlich erachtet, hat die BRAK ihre Bereitschaft signalisiert, sich unabhängig ihrer Befugnisse im Rahmen von § 7a BORA an einem privaten Zertifizierungssystem für Mediatoren zu beteiligen. Diese Beteiligung geschieht unter der Maßgabe, dass es unter Einbeziehung der Verbrauchersicht gelungen ist, zwischen allen maßgeblichen Berufs- und Mediationsverbänden gemeinsame Mindeststandards zu verabschieden. Unter Berücksichtigung dieser Einigung sollte jedoch in § 5 nicht der Eindruck erweckt werden, dass die Aus- und Fortbildung in „Eigenregie“ erfolgt. Hilfreich wäre daher, wenn eine Klarstellung in der Weise erfolgt, dass der Begriff der *„angemessenen“* Ausbildung in Korrespondenz mit § 7a BORA durch eine *„geeignete“* ersetzt und wie folgt konkretisiert wird:

§ 5 Aus- und Fortbildung.

„(1) Der Mediator stellt in eigener Verantwortung durch eine geeignete (statt „angemessene“) Aus- und Fortbildung sicher, dass er die Mediation in sachkundiger Weise durchführen kann.

Neu einzufügen:

(2) Als Maßstab für die Geeignetheit der Aus- und Fortbildung dienen vorbehaltlich einer gesetzlichen Regelung die vom Bundesarbeitskreis Zertifizierung von Mediatorinnen und Mediatoren (BZM) erarbeiteten Zertifizierungsstandards in ihrer jeweils gültigen Fassung.“

Durch diese Klarstellung könnte einerseits gewährleistet werden, dass Verbraucher wissen, was sich hinter einer Zertifizierung konkret verbirgt. Rechtsuchende, die sich für ein konsensuales Verfahren entscheiden, müssen darauf vertrauen können, dass die Anwender nicht in einem Schnelldurchlauf ihre Ausbildung absolviert haben.

Andererseits böten die Standards Hilfestellungen für jene, die außergerichtliche Mediationen fördern wollen: Auf diese Weise könnte man beispielsweise den Rechtsschutzversicherungen seriöse Maßstäbe für ihren Deckungsschutz an die Hand geben. Zugleich hätten Richter Standards, die sie als Kriterien für die Verweisung an außergerichtliche Mediatoren im Rahmen der zu stärkenden gerichtsnahen Mediation verwenden könnten. Auch wäre eine Basis geschaffen, die beispielsweise als Kriterium dienen könnte, wenn der Versuch einer außergerichtlichen Einigung durch die Parteien vom Gesetzgeber mit Gebühren- und Kostenanreizen gefördert würde.

6. Zu Artikel 1 § 6 – Wissenschaftliche Forschungsvorhaben: finanzielle Förderung der Mediation

a) vorgesehen: Forschungsvorhaben

Bedauerlicherweise soll keine bundesweite Mediationskostenhilfe eingeführt, sondern zunächst lediglich ein wissenschaftliches Forschungsvorhaben unter Beteiligung der Länder durchgeführt werden. Dies soll allerdings nur in Familiensachen gelten, obwohl entsprechende Untersuchungen gewiss auch für andere Rechtsgebiete wünschenswert wären. Eine vergleichbare Ausweitung auf andere, mediationsrelevante Bereiche fehlt indes.

b) notwendig: Mediationskostenhilfe

Eine Kostenhilfe hält die BRAK aber, gerade im Interesse der Verbraucher, für erforderlich. Diese Kostenhilfe sollte auch im Sinne einer Gleichbehandlung nicht von Bewilligungsbescheiden in punktuellen Forschungsvorhaben abhängen. Darüber hinaus hat

sich im Bereich der Familiensachen gezeigt, dass der mit großen Hoffnungen für die Mediation eingeführte § 135 FamFG in der Praxis kaum bis gar keine Anwendung findet.

Die Ergänzung des § 253 ZPO um einen Hinweis auf ein erfolglos durchgeführtes Mediationsverfahren oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung soll ausweislich der Gesetzesbegründung der Anwaltschaft vor Augen halten, auch die Möglichkeiten einer Mediation oder außergerichtlichen Konfliktbeilegung in den Beratungsalltag aufzunehmen. In der Gesetzesbegründung wird völlig zu Recht darauf hingewiesen, dass der Rechtsanwalt bereits berufsrechtlich nach § 1 Abs. 3 BORA verpflichtet ist, seine Mandanten vor Rechtsverlusten zu schützen, rechtsgestaltend, konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten, vor Fehlentscheidungen durch Gerichte und Behörden zu bewahren und gegen verfassungswidrige Beeinträchtigung zu sichern. Hierzu gehört es auch, den Mandanten in geeigneten Fällen über die Möglichkeiten einer Mediation aufzuklären und zu beraten.

Durch den nunmehrigen Entschluss, gerade keine Mediationskostenhilfe einzuführen und das Forschungsvorhaben zudem auf Familiensachen zu beschränken, wird die Intention des Gesetzgebers konterkariert. De facto kann es sich in der Folge allein der Rechtsanwalt eines solventen Mandanten leisten, sich berufsrechtlich adäquat im Sinne von § 1 Abs. 3 BORA zu verhalten. Leidtragender bleibt aber letztendlich der Mandant.

Wenn man aber berücksichtigt, dass die außergerichtliche und rechtsbesorgende Tätigkeit des Rechtsanwalts inzwischen den Schwerpunkt seiner Tätigkeit bildet, dann muss auch die Konsequenz gezogen werden und dem bedürftigen Rechtssuchenden staatliche Unterstützung im Falle außergerichtlicher Streitbeilegung gewährt werden. Für eine Mediationskostenhilfe spricht auch, dass über die Mediation der Prozess vermieden und damit Prozesskostenhilfe gespart wird. Dies dürfte in erster Linie den Bereich der Gewährung von Prozesskostenhilfe im familienrechtlichen Verfahren und damit die Familienmediation betreffen.

Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil durch § 135 FamFG die Mediation dadurch gefördert werden soll, dass das Gericht anordnen kann, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder einer sonstigen Möglichkeit der außergerichtlichen Streitbeilegung anhängiger Folgesachen teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Im vorgesehenen § 36 a der ausgesprochen gelungenen Anpassungen des FamFG werden konsensuale Verfahren ausdrücklich einbezogen. Wird eine Regelung über Mediationskostenhilfe nicht eingeführt, steht zu befürchten, dass sich ein „gespaltener Markt“ entwickelt. Mediation bei außergerichtlichen Mediatoren – ganz unabhängig davon, ob bei Anwaltsmediatoren oder Mediatoren anderer Berufsgruppen - könnten dann nur Personen in Anspruch nehmen, die sich dies auch finanziell leisten können. Die finanziell weniger Leistungsfähigen müssten zu

Gericht gehen, weil dort Prozesskostenhilfe gewährt wird. Dies ist langfristig nicht hinnehmbar und steht im Widerspruch zu der beabsichtigten Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung und Mediation, aber auch zur gewünschten Justizentlastung.

Gegenwärtig hilft sich die Praxis vor allem in Familiensachen dadurch, dass für Rechtsuchende mit geringem Einkommen Mediation von Beratungsstellen, zum Teil gegen Spenden, angeboten wird. Ist hier eine (nicht rechtsverbindliche) Einigung erzielt, wird der Vertrag über die die Parteien persönlich vertretenden Anwälte ausformuliert. Diese machen die entsprechenden Gebühren im Wege der Prozesskostenhilfe gegenüber der Staatskasse geltend. Diese Praxis ist problematisch, weil – gerade auch in Mangelfällen – viele juristische Probleme entstehen, die bereits mit dem Einigungsprozess in der Mediation Berücksichtigung finden sollten. Insbesondere sollte auch den bedürftigen Rechtsuchenden die Möglichkeit offen stehen, sich „ihren Mediator“ zu suchen. Ebenso ist es umgekehrt für Rechtsanwälte eine sehr unbefriedigende Situation, aus Kostengründen nicht oder nur in sehr geringem Umfang tätig werden zu können, wenn offensichtlich ist, dass Mediation als der geeigneteren Methode der Vorzug zu geben wäre.

Es böte sich an, die Mediationskostenhilfe in § 45 RVG zu verankern. Es könnte eine „Beiordnung im Wege der Mediationskostenhilfe“ erfolgen. Die Kriterien zur Feststellung der Bedürftigkeit ließen sich nach den Regeln der Prozesskostenhilfe festlegen. Die Ausgestaltung der Gebühren müsste dann in einem zweiten Schritt geregelt werden. Denkbar wäre die Einführung einer Fallpauschale, die gegenüber einem Stundensatz und der Begrenzung auf eine bestimmte Anzahl von Stunden den Vorteil hätte, Streit darüber zu vermeiden, wie viel Zeit aufgewendet werden darf und ob ggf. eine weitere Sitzung notwendig ist. Bei den Überlegungen, wie eine Kostenhilfe gestaltet werden könnte, ist zwischen den Kosten für den Mediator oder Streitschlichter und den Kosten für die die Partei jeweils beratenden Rechtsanwälte zu unterscheiden.

Die Bundesrechtsanwaltskammer steht hier zur Fortsetzung der konstruktiven Gespräche jederzeit zur Verfügung.

Neben der Mediationskostenhilfe sollte der Gesetzgeber in das vorliegende „Fördergesetz“ daher auch echte Förderinstrumente einbauen. Dabei sollte man Rahmenbedingungen schaffen, die es Anwälten und Parteien erleichtern, trotz des offenen Ausgangs und dem damit verbundenen Kostenrisiko den Schritt in die außergerichtliche Mediation zu wagen.

c) sinnvoll: Kostenanreize für die Parteien

Ein Beispiel könnte dafür sein, den Mandanten (und seinen Gegner) zur Inanspruchnahme einer außergerichtlichen Mediation zu bewegen, in dem man ihm Kostenanreize in

Aussicht stellt, falls die Mediation scheitert. So wäre denkbar, die im Falle einer späteren Rechtsverfolgung anfallenden Gerichtskosten zu reduzieren. Wären beispielsweise nur noch 1,5 oder 2,0 Gerichtsgebühren zu entrichten, würde auch der begleitende Anwalt seinen Mandanten wahrscheinlich leichter motivieren (können), den Konflikt im Wege der außergerichtlichen Mediation zu lösen. Auch aus Sicht der Justiz scheint diese Förderung sinnvoll. Zum einen wird diese Förderung nur im Falle einer gescheiterten Mediation – die Erfahrung zeigt, dass etwa $\frac{3}{4}$ der Mediationen erfolgreich verlaufen – fällig. Zum anderen entlasten jedoch die drei erfolgreichen Mediationen die Justiz ganz konkret. Im übrigen belegen die Untersuchungen der Forschungsprojekte, dass selbst streitige Verfahren nach gescheiterten Mediationen – ob beim außergerichtlichen oder gerichtlichen Mediator – durch die mediative Konfliktbearbeitung schneller und zudem noch sehr häufig durch einen Vergleich zu regeln sind.

d) angemessen: Gebührenanpassung für den Parteianwalt in der Mediation

Es wird angeregt, in § 17 Nr. 7 RVG eine Klarstellung aufzunehmen, dass die Mediation gegenüber der sonstigen außergerichtlichen sowie der gerichtlichen Tätigkeit jeweils eine eigene Angelegenheit ist. In Nr. 2303 VV RVG sollte die Teilnahme an der gerichtsnahen Mediation zusätzlich aufgenommen werden.

Gerichtsinterne und gerichtsnah Mediation

Zu einer sachgerechten Interessenwahrnehmung gehört es auch, dass der Rechtsanwalt seinen Mandanten, in dessen Verfahren eine gerichtsnah oder gerichtsinterne Mediation vorgeschlagen wird, im nachfolgenden Mediationsverfahren begleitet und berät.

Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der beteiligte Mediator zur Neutralität verpflichtet ist und daher gerade weder eine originäre parteiliche Beratung noch eine Rechtsberatung beider Parteien in seiner Rolle als Mediator vornehmen darf. Die parteiliche Beratung in der Mediation - unabhängig davon, ob sie gerichtsintern oder gerichtsnah stattfindet - bedeutet für den begleitenden Parteianwalt eine zusätzliche Tätigkeit, die nach dem Sinn und Zweck der Verfahrensgebühr von dieser nicht mit abgedeckt ist.

Von der Rechtsprechung wird die Vertretung in der gerichtsnahen oder gerichtsinternen Mediation aber zum Verfahren selbst gezählt, obwohl es sich gerade um den Versuch einer Einigung außerhalb des streitigen gerichtlichen Verfahrens handelt. Da das RVG keine Regelung über die gerichtsnah oder gerichtsinterne Mediation vorsieht, müsste in § 17 Nr. 7 RVG klargestellt werden, dass es sich hierbei gegenüber der gerichtlichen Tätigkeit um eine eigene Angelegenheit handelt.

Außergerichtliche Mediation

Dieser Gebührengrundsatz muss konsequenterweise auch für die außergerichtliche Mediation gelten. In diesen Verfahren versuchen die Mediationsbeteiligten, mit Hilfe ihrer Parteianwälte eine konsensuale Lösung zu erarbeiten, die eine streitige Entscheidung durch die Justiz gerade nicht mehr nötig macht. Die Beratungsleistung der beteiligten Anwälte ist in der gerichtlichen, gerichtsnahen und außergerichtlichen Mediation identisch, so dass auch eine Gleichbehandlung im Rahmen des Gebührenrechts erfolgen muss.

Die Honorierung dieser eigenen Angelegenheit im Rahmen des außergerichtlichen Tätigwerdens des Parteianwaltes korrespondiert im Übrigen auch mit der Gewichtung, die das Bundesverfassungsgericht vorgenommen hat. In seinem bereits zitierten Beschluss vom 14. Februar 2007 (Az: 1 BvR 1351/01) hat das Bundesverfassungsgericht den besonderen Wert des konsensualen Verfahrens nicht nur ausdrücklich betont, sondern gegenüber einer streitigen Entscheidung als „**vorzugswürdig**“ angesehen:

„Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.“

Will der Gesetzgeber nicht nur diesem Anspruch folgen, sondern auch die außergerichtliche Streitbeilegung nachhaltig fördern, wäre es kontraproduktiv, wenn die entsprechende zusätzliche anwaltliche Dienstleistung in der Mediation nicht auch ihren gebührenrechtlichen Niederschlag fände.

7. Zu Artikel 2 – Änderung des Gerichtsverfassungsgesetzes

Die Bedenken gegen die befürchtete Stabilisierung der gerichtlichen Mediation, die in der Änderung von § 15 GVG ihre Ermächtigung erhält, sind eingangs ausführlich erörtert worden.

8. Zu Artikel 3 – Änderung der Zivilprozessordnung

§ 253 Absatz 3 Nr. 1 ZPO - Klageschrift

Die Anwaltschaft hat den in der Neufassung des § 253 Abs. 3 versteckten Appell, mit ihren Mandanten im Rahmen der Beratung noch gezielter über die Alternativen zum Prozess zu sprechen, deutlich wahrgenommen. Er korrespondiert zudem mit den Pflichten, die sich aus den nationalen wie europäischen Berufsregeln ableiten lassen. Aus berufsrechtlichen, höchstrichterlichen und strategischen Überlegungen ist es für jeden Anwalt

zudem geboten, im Dialog mit seinem Mandanten das geeignete Konfliktlösungsinstrument auszuwählen.

Gegen die angedachte Mitteilungspflicht, ob ein Verfahren im Vorfeld stattgefunden hat, besteht daher grundsätzlich kein Vorbehalt. Bedenklich erscheint jedoch, dem Gericht mitteilen zu sollen, warum ein solcher Versuch unterlassen wurde. Sofern damit das gesetzgeberische Ziel verfolgt wird, noch einmal die Frage aufzuwerfen, ob wirklich über alle Optionen gesprochen wurde, sollte der Gesetzgeber – wenn denn so gewünscht – die Pflicht zur Information auch festschreiben, um die gewünschte Schubwirkung für die außergerichtliche Streitbeilegung zu erzielen.

Hat jedoch eine umfassende Beratung stattgefunden, erschließt es sich nicht, warum dem Gericht offen gelegt werden muss, aus welchen Gründen ein konsensuales Verfahren nicht gewählt wurde. Würden – wie in Großbritannien – an die grundlose Verweigerung eines konsensualen Verfahrens negative Kostensanktionen geknüpft, mag das einleuchten. Doch in der Struktur unseres Rechtssystems würde die Offenlegung nicht nur die Dispositionsmaxime der Parteien in Frage stellen, sondern auch den Anwalt möglicherweise zwingen, vertrauliche Mandanteninformationen an das Gericht zu übermitteln. Neben dem berufsrechtlichen Konflikt besteht auch die Gefahr, dass die Offenlegung der Motive – man denke an hochemotionale Konflikte - nicht etwa deeskalierend wirkt, sondern zu einer weiteren Verhärtung der Fronten führt.

§ 278 a II ZPO (neu) – Außergerichtliche Konfliktbeilegung; Mediation

Die Bedenken gegen die befürchtete Stabilisierung der gerichtlichen Mediation, die in der § 278 a II ZPO ihre Konkretisierung erfährt, sind eingangs ausführlich erörtert worden.

§ 796 d ZPO (neu) - Vollstreckbarkeit der Mediationsvereinbarung

Neben der postulierten Umsetzungspflicht hat der Gesetzgeber im Rahmen der Begründung darauf hingewiesen, dass die vorgesehene Neuregelung eine „einfache und kostengünstige Möglichkeit“ böte, „eine in einer Mediation abgeschlossene Vereinbarung für vollstreckbar erklären zu lassen“. Diese Vereinfachungsmöglichkeit scheint auf den ersten Blick in der Tat geeignet, die Akzeptanz und Inanspruchnahme außergerichtlicher Mediationen deutlich zu erhöhen. Auch erkennt die Anwaltschaft das Bedürfnis, Mediationsvereinbarungen vollstreckbar zu machen. Praktizierende Mediatoren wissen, dass dies in Form des Anwaltsvergleiches (§796 a ZPPO) oder in einer notariellen Urkunde (§ 796 c ZPO) bereits heute jederzeit möglich ist.

Wenn die BRAK nachfolgend gravierende Bedenken gegen den Entwurf von § 796 d ZPO formuliert, hat sie nicht - wie es vordergründig scheinen möge – die Privilegien ihres Berufsstandes, sondern den Schutz des Verbrauchers vor Augen:

Nach § 796 d ZPO soll auf Antrag der Parteien der Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung vom Gericht für vollstreckbar erklärt werden. Damit wird Mediatoren die Möglichkeit eingeräumt, das Mediationsergebnis vollstreckbar zu machen, ganz unabhängig davon, welchen Grundberuf sie ausüben oder ob sie über eine qualifizierte Mediationsausbildung verfügen. Auch legt die gesetzliche Regelung dem nichtanwaltlichen Mediator keine Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung auf, so dass der Verbraucher im Schadensfalle ungeschützt ist. Während Anwaltsmediatoren nicht nur der berufsrechtlichen Aufsicht unterliegen und über eine beachtliche Haftpflichtversicherung verfügen, werden derartige Pflichten trotz der skizzierten Verantwortung anderen Berufsträgern im Rahmen der Mediation nicht auferlegt. Da die Beteiligung von Anwälten im Vorfeld der Abschlussvereinbarung nicht vorgesehen ist, können auf diese Weise Vollstreckungstitel geschaffen werden, ohne dass überhaupt eine rechtliche Beratung stattgefunden hat.

Man mag sich (vereinzelte) Fälle vorstellen, in denen dieses Vorgehen unproblematisch ist. Die Mehrzahl von Auseinandersetzungen ist jedoch von rechtlichen Fragestellungen geprägt. Sofern der nicht anwaltliche Mediator im Rahmen der Tätigkeit dabei rechtliche Regelungsvorschläge unterbreitet, verstößt er bereits gegen § 2 Abs. III Ziffer 4 RDG. Hilfreich wäre insofern, begleitend im RDG klar zu stellen, dass auch die Anfertigung einer Mediationsvereinbarung, soweit sie rechtliche Regelungsvorschläge enthält, gegen das RDG verstößt.

Es wäre fahrlässig, Personen, die die Tragweite einzelner rechtlichen Folgen im Einzelfall überhaupt nicht absehen können, feststellen zu lassen, ob ein „Eingriff“ im Sinne des RDG vorliegt oder nicht. Dies ist aus Gründen des Verbraucherschutzes strikt abzulehnen.

Dies gilt umso mehr, als die nachfolgende richterliche Kontrolle, gegen die zudem kein Rechtsmittel möglich ist, ausschließlich deren Vollstreckbarkeit oder Unwirksamkeit umfasst. Da der Richter am Mediationsverfahren nicht beteiligt war und damit die Ausgangs- und Interessenlage überhaupt nicht kennt, kann er diese – im Gegensatz zum beteiligten Anwalt – in den Fällen, in denen die Vereinbarung nicht den Stempel der Sittenwidrigkeit oder rechtlichen Unmöglichkeit trägt, nicht beurteilen. Durch die vorgesehene Möglichkeit, solche Vereinbarung für vollstreckbar erklären zu lassen, wird – entgegen dem bisherigen System, wonach vollstreckbare Titel nur aufgrund vorheriger rechtlicher Prüfung durch ein hierfür qualifiziertes Organ der Rechtspflege geschaffen werden können – erstmalig und systemwidrig ein Übergang aus der nichtrechtlichen in die Rechtssphäre geschaffen, dem der Verbraucher völlig ungeschützt ausgesetzt wird.

9. Sonstiges

Berücksichtigt man § 15 EG-ZPO, so ist festzustellen, dass ein Einigungsversuch vor der Gütestelle durch Landesrecht bestimmt werden kann. Der Referentenentwurf sieht jedoch keinen Abgleich zwischen einem nicht erfolgreichen Mediationsverfahren und einem Einigungsversuch vor der Gütestelle vor. Daher scheint es erforderlich zu sein, § 15 EG-ZPO entsprechend anzupassen. Die Anpassung sollte nach diesseitigem Verständnis in der Form erfolgen, dass ein nicht erfolgreiches Mediationsverfahren einem Einigungsversuch vor der Gütestelle gleich gestellt wird.

IV. Resümee

Trotz der geäußerten Kritik am Referentenentwurf wird noch einmal betont, dass die BRAK den Entwurf grundsätzlich begrüßt. Die Ausführungen sollen die konstruktive Mitwirkungsbereitschaft der Anwaltschaft an einer sinnvollen Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung untermauern.

Die BRAK ist bei den geäußerten Bedenken jedoch von der Überlegung geleitet, dass sich Verbraucher bei der Inanspruchnahme alternativer Verfahren an den Standards orientieren, die von den beteiligten Organen der Rechtspflege im Rahmen von Streitigen Verfahren als Maßstäbe gesetzt worden sind.

Diesem Anspruch müssen sich nicht nur die Produkte und ihre Anwender, sondern auch die beteiligten Förderer und Berater gleichermaßen stellen.

* * *