



September 2010

**Stellungnahme**  
**des Deutschen Richterbundes zum Referentenentwurf eines Gesetzes**  
**zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der**  
**außergerichtlichen Konfliktbeilegung**

Der Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung wird begrüßt. Die gesetzliche Regelung der richterlichen Mediation durch das neue Mediationsgesetz (MediationsG) wird ausdrücklich befürwortet. Da sich die richterliche Mediation ebenfalls auf die Verfahren vor den Fachgerichten erstreckt, haben nunmehr auch einkommensschwache Parteien die Möglichkeit, beispielsweise in Verfahren vor den Sozialgerichten ein Mediationsverfahren durchzuführen.

Das Referentenentwurf bedarf allerdings noch der Ergänzung, insbesondere hinsichtlich der systematischen Einordnung der Mediation als Aufgabe rechtsprechungsnaher Tätigkeit, der Erstreckung des Haftungsprivilegs nach § 839 Abs. 2 BGB auch auf die Tätigkeit der richterlichen Mediatoren und der flächendeckenden Einführung von Mediationsverfahren.

Zu den einzelnen Vorschriften des Referentenentwurfes des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung wird wie folgt ausgeführt:

**1.**

Das Gesetz schweigt dazu, ob die Mediation als Aufgabe der Rechtsprechung, der Verwaltung oder als eine rechtsprechungsnaher Tätigkeit anzusehen ist. Der Gesetzesbegründung (Seite 24) und dem Anschreiben zum Referentenentwurf des BMJ vom 05.08.2010 (Seite 2) ist dagegen zu entnehmen, dass die richterliche Mediation als richterliche Tätigkeit ausgestaltet werden soll. Dies könnte zu der Annahme führen,

dass dieser Aufgabenbereich der Rechtsprechung zugeordnet werden soll. In der juristischen Diskussion zur gerichtlichen Mediation wird die Tätigkeit des Richters als Mediator i. d. R. entweder der Ausübung rechtsprechender Gewalt i. S. v. § 1 DRiG oder als Ausübung von Tätigkeit der Gerichtsverwaltung i. S. von § 4 Abs. 2 Nr. 1 DRiG verstanden. Gegen eine Zuordnung zur Rechtsprechung sprechen allerdings rechtliche und systematische Bedenken. In § 1 Abs. 2 MediationsG ist gerade klargestellt, dass der Mediator eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis ist. Diese fehlende Entscheidungsbefugnis spricht eindeutig gegen eine Zuordnung dieser Tätigkeit als Rechtsprechungsaufgabe. Auch aus dem Wortlaut des § 278 a Abs. 2 Satz 4 ZPO-E ergibt sich, dass diese Aufgabe nicht der Rechtsprechung zugeordnet werden kann, da der Mediator erst bei Abschluss eines Vergleiches wie ein entscheidungsbefugter Richter die Möglichkeit hat, den Vergleich im Protokoll festzustellen. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass der Mediator vor einem solchen Vergleichsschluss gerade nicht wie ein Richter tätig wird und somit auch nicht der Rechtsprechung zugeordnet werden kann. Gerade das fehlende Merkmal der Entscheidungsbefugnis ist prägend für ein Mediationsverfahren. Zwar ist auch gemäß § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage des Verfahrens und gemäß § 278 Abs. 2 ZPO in der eigens dafür vorgesehenen Güteverhandlung auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte hinzuwirken. Dabei handelt es sich aber gleichsam um einen Annex zur Rechtsprechung, bei dem der Richter seine Erkenntnisse und Einschätzungen der Erfolgsaussichten des Prozesses mit einbringen darf und auch einbringen muss. Seine Funktion bei der Herbeiführung einer vergleichweisen Einigung i.S.v. § 278 Abs. 1 ZPO unterscheidet sich insoweit grundlegend von derjenigen eines Mediators, als es bei der Mediation gerade darum geht, die Beteiligten ohne Beschränkung auf den Prozessstoff und unabhängig von den prozessualen Erfolgsaussichten zu einer selbst erarbeiteten Konfliktbewältigung anzuleiten. Auch als Gerichtsverwaltung lässt sich die Tätigkeit als Mediator schwerlich begreifen. Sie lässt sich vielmehr definieren als rechtsprechungsnahe Tätigkeit, die, soweit keine Besonderheiten bestehen, den Regeln über die Rechtsprechung folgt. Dies sollte in dem Gesetzentwurf ausdrücklich klargestellt werden.

## 2.

Wird die Tätigkeit eines Richters als Mediator als rechtsprechungsnahe Tätigkeit verstanden, so sollte klargestellt werden, dass dieser nicht unter den gesetzlichen Richter gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG fällt, dem niemand entzogen werden darf. Sind bei einem Gericht mehrere Richter mit ihrem Einverständnis zu richterlichen Mediatoren bestellt, so muss es den Parteien möglich sein, unter ihnen eine Auswahl zu treffen. Dies ergibt sich zum einen daraus, dass Mediation ihrem Wesen nach immer auf Freiwilligkeit und gegenseitigem Vertrauen beruht. Zum anderen besteht aber auch nach Sinn und Zweck von Art.

103 Abs. 1 Satz 2 GG keine Notwendigkeit, die zur richterlichen Mediation bereiten Parteien an einen „gesetzlichen“ Richtermediator zu binden. Der verfassungsrechtliche Grundsatz des gesetzlichen Richters findet seine Rechtfertigung darin, dass äußere Einflussnahmen auf eine gerichtliche Entscheidung durch Auswechslung des Richters ausgeschlossen werden müssen. Solche Einflussnahmen sind von vorn herein nicht zu besorgen, wenn sich die Funktion des Richters gerade nicht auf die Streitentscheidung, sondern allein auf die Anleitung der Streitparteien zur eigenständigen Erarbeitung einer Konfliktlösung beschränkt.

### 3.

Die richterliche Tätigkeit als Mediator muss dem Haftungsprivileg des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB unterfallen, um Haftungsgefahren für den Mediator auszuschließen. Bei einer Pflichtverletzung sollte daher der Staat im Außenverhältnis zu dem Verletzten haften.

### 4.

Hinsichtlich der geplanten Änderung von § 15 GVG besteht die Gefahr, dass diese zu einer zunehmenden Zersplitterung der Modelle zur Konfliktlösung in der Bundesrepublik Deutschland führt. Zu einer ähnlichen Entwicklung war es in den letzten Jahren bei der Regelung des § 15a EGZPO gekommen, der in bestimmten Fällen zwingend die Durchführung eines Verfahrens vor den gemeindlichen Schiedsämtern vorsieht. Von dieser Möglichkeit des § 15a EGZPO haben in der Folgezeit nicht und vor allem nicht zeitgleich alle Bundesländer Gebrauch gemacht, was für den rechtsuchenden Bürger zu einer Unübersichtlichkeit der Zugangsvoraussetzungen zu den Gerichten geführt hat. Kommt nunmehr als weiteres Konfliktlösungsmodell das Mediationsverfahren hinzu, von dem die Bundesländer nach dem Gesetzentwurf optional Gebrauch machen können, wird die Unübersichtlichkeit noch vergrößert. Zudem wird es dem Bürger kaum zu vermitteln sein, aus welchen Gründen in einem Bundesland eine Mediation als preiswerte und dauerhafte Konfliktlösungsstrategie angeboten wird, in einem unmittelbar daneben liegenden Bundesland jedoch nicht. Ein rechtfertigender Grund für eine solche Öffnungsklausel, z.B. wegen regionaler Unterschiede, ist bei der Einführung insbesondere von gerichtlichen Mediationsverfahren nicht gegeben. Es sollte daher durch Bundesgesetz allen Gerichten die Möglichkeit gegeben werden, eine gerichtsinterne Mediation anzubieten und die Entscheidungen direkt vor Ort zu treffen. Dadurch kann auch vor Ort auf eine Nachfrage nach einer gerichtlichen Mediation reagiert und es braucht nicht abgewartet zu werden, dass der Landesgesetzgeber von der Öffnungsklausel Gebrauch macht.

Damit allerdings kein Rechtsanspruch des Bürgers auf die Einführung einer Mediation vor jedem Gericht in der Bundesrepublik besteht, sollte diese Vorschrift als Möglichkeit der einzelnen Gerichte, ein Mediationsverfahren anzubieten, nicht jedoch als Verpflichtung ausgestaltet werden.

Letztlich sollte in § 15 GVG-E nicht ausschließlich von „Zivilsachen“ gesprochen werden. Hier sollte klargestellt werden, dass eine Mediation auch in anderen Bereichen möglich ist, so in Familien- oder Betreuungssachen.

## 5.

Die Regelung in § 4 MediationsG zur Verschwiegenheitspflicht wird grundsätzlich befürwortet. Diese Verschwiegenheitspflicht sollte sich jedoch auch darauf erstrecken, dass der Mediator - insbesondere bei Scheitern der Mediation - in einem Strafverfahren ebenfalls ein Zeugnisverweigerungsrecht zugebilligt wird. Oftmals kommt es - insbesondere bei den Amtsgerichten - auf Grund eines Konfliktes sowohl zu einem Zivil- als auch zu einem Strafverfahren. Beispielhaft sei der Streit um die Zahlung einer Forderung erwähnt. Im Verlauf des Konfliktes erhebt der vermeintliche Gläubiger eine Zahlungsklage. Gleichzeitig stellt der Gläubiger in etlichen Fällen aber auch bei der zuständigen Staatsanwaltschaft Strafanzeige, so dass die Staatsanwaltschaft ein Verfahren wegen Betruges gegen den vermeintlichen Schuldner einleitet. Hätte der Mediator in den nachfolgenden Verfahren lediglich ein Zeugnisverweigerungsrecht bezüglich des Zivilverfahrens, so würde dieses im Strafprozess ausgehebelt werden. Die Bereitschaft zur Durchführung einer Mediation würde erheblich sinken, wenn die Beteiligten fürchten müssten, dass der Mediator in einem Strafverfahren gegen sie zur Aussage verpflichtet ist. Dies ist mit dem Grundsatz der Verschwiegenheit nicht zu vereinbaren.

Eine Verschwiegenheitspflicht sollte allerdings dann nicht gelten, wenn alle Parteien des Mediationsverfahrens den Mediator davon befreien. Dies kann insbesondere dann angezeigt sein, wenn in die Lösung des Konfliktes noch andere Beteiligten mit einbezogen werden müssen, z. B. weitere Konfliktparteien oder ein Sachverständiger zur Klärung von gutachterlichen Fragen.

Was den Bereich des Vortrages im streitigen Prozess anbelangt, lässt sich ein gewisser Schutz der Vertraulichkeit dadurch erreichen, dass die Parteien des Mediationsverfahrens sich in einer Prozessvereinbarung verpflichten, als Parteien eines möglichen späteren Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens keine Mediationsinterna vorzutragen und dazu auch keinen Beweis anzutreten. Es dürfte aber nicht ausreichen, allein auf solche vertraglichen Selbstregulierungskräfte zu vertrauen, bei denen rechtlich unsicher bleiben müsste,

wie zu verfahren ist, wenn getroffene Abreden im Prozess missachtet werden. Um solche Unsicherheiten zu vermeiden, ist für den Bereich des Zivilprozesses eine gesetzliche Regelung erforderlich, die abredewidrigen Parteivortrag zu Interna aus dem Mediationsverfahren klar und eindeutig ausschließt. Im Einklang mit den Vorgaben auf europäischer Ebene sind davon die in Art. 7 Abs. 1 lit. a und b EU-MedRL genannten Bereiche auszunehmen (Schutz des Kindeswohls, Beeinträchtigung der physischen und psychischen Integrität einer Person, Offenlegung zur Umsetzung oder Vollstreckung der Vereinbarung). Es wird daher vorgeschlagen, § 138 ZPO um folgenden Absatz 5 zu ergänzen:

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

## 6.

Der Umstand, dass die richterliche Mediation nichtöffentlich sein soll (§ 278 a Abs. 2 Satz 3 ZPO-E) wird ausdrücklich begrüßt. Soweit den Parteien die Möglichkeit haben, die Öffentlichkeit der Mediation herzustellen, sollte sichergestellt werden, da es dadurch nicht zu gerichtsorganisatorischen Belastungen kommt.

## 7.

Nach § 522 ZPO ist eine Berufung „unverzüglich“ durch Beschluss zurückzuweisen, sofern die einzelnen in § 522 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO angeführten Voraussetzungen vorliegen. Es sollte klargestellt werden, dass das Unverzüglichkeitserfordernis nicht so eng verstanden werden darf, dass es die gerichtsinterne Mediation für den Fall einer nach übereinstimmender Einschätzung des Berufungsgerichts unbegründeten und nicht revisionszulassungsfähigen Berufung ausschließt.

## 8.

Der Gesetzgeber wird um Prüfung gebeten, ob die Durchführung eines Mediationsverfahrens mit Kostenvorteilen für die teilnehmenden Parteien verbunden werden kann.

## 9.

§ 54a Abs. 1 ArbGG-E überträgt die Regelung des § 278a Abs. 1 ZPO-E sinngemäß auf Verfahren in der Arbeitsgerichtsbarkeit. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen. In Satz 4 ist allerdings geregelt, dass das Gericht das Verfahren nach 3 Monaten wieder aufnehmen

muss, es sei denn, die Parteien legen übereinstimmend dar, dass eine Mediation oder eine außergerichtliche Konfliktbeilegung noch betrieben wird. § 54a Abs. 1 S. 4 ArbGG-E erscheint als zu kompliziert und bürokratisch. Die Regelung dürfte dazu führen, dass das Gericht jedes Mal vor Ablauf von drei Monaten nachfragen muss, ob die Mediation noch betrieben wird. Sofern sich die Parteien dann nicht rechtzeitig äußern, müsste nach der jetzigen Formulierung Termin bestimmt werden, der häufig - wenn die Verhandlungen tatsächlich noch nicht abgeschlossen sind - wieder aufgehoben werden müsste.

Es wird daher vorgeschlagen, § 54a Abs. 1 S. 4 ArbGG-E wie folgt zu fassen:

„Die Parteien sind über ihr Recht zur Aufnahme des Prozesses zu belehren“.

## **10.**

Auch in arbeitsgerichtlichen Streitigkeiten kann sich ein Bedarf für eine richterliche Mediation erst im Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht ergeben. Es sollte daher sichergestellt werden, dass die Möglichkeit einer richterlichen Mediation ebenfalls noch im Berufungsverfahren vor dem Landesarbeitsgericht besteht, z.B. durch einen Verweis in § 64 Abs. 7 ArbGG - in dem auch im Übrigen die Verweise auf Vorschriften des erstinstanzlichen Verfahrens enthalten sind - auf § 54a ArbGG-E.

*gez. Oliver Sporré, Mitglied des DRB-Präsidiums*