



## **Mediation als Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?**

Mediation ist ein vertrauliches Konfliktregelungsverfahren, bei dem streitende Parteien freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Lösung anstreben. Dazu ziehen sie einen fachlich ausgebildeten neutralen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis heran. Als Mittel der konsensualen Streitbeilegung gewinnt die Mediation in Deutschland zunehmend an praktischer Bedeutung. Dabei haben sich unterschiedliche Formen der Mediation entwickelt: die außergerichtliche, die gerichtsnahe und die gerichtsinterne Mediation. Eine Vielzahl der außergerichtlich tätigen Mediatoren ist in einem der Berufsverbände organisiert, die sich zwischenzeitlich etabliert haben.

Spezielle gesetzliche Regelungen zur Mediation und zum Mediationsverfahren existieren bislang nicht. Vor dem Hintergrund der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (EU-RL) prüft das Bundesministerium der Justiz, inwieweit gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht.

In diesem Zusammenhang stellen sich folgende Fragen:

### **I. Regelung nur grenzüberschreitender oder auch nationaler Streitigkeiten?**

- Die EU-RL ist nur bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten für Zivil- und Handelssachen einschließlich des Arbeitsrechts anzuwenden. Es ist den Mitgliedstaaten jedoch ausdrücklich freigestellt, die Bestimmungen auch auf nationale Streitigkeiten anzuwenden.
- Für eine Ausdehnung auf nationale Streitigkeiten spricht, dass die Mediation insgesamt auf eine einheitliche Grundlage gestellt werden sollte. Denn es erscheint wenig sachgerecht, an den Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthalt der Parteien anzuknüpfen, da dann nahezu identische Sachverhalte allein wegen formaler Kriterien unterschiedlich behandelt werden müssten. Hierdurch würde eine Rechtszersplitterung drohen. Zudem würden den Parteien bei nationalen Streitigkeiten die Vorteile der EU-RL genommen.

## **II. Zwingende Regelungsbereiche – Verjährung, Vollstreckbarkeit, Vertraulichkeit**

### **1. Verjährung**

- Artikel 8 EU-RL regelt, dass die Parteien, die eine Streitigkeit durch Mediation beizulegen versuchen, keine Nachteile im Hinblick auf laufende Verjährungsfristen erleiden dürfen.
- Zwar könnte die Verjährung während einer Mediation bereits nach § 203 BGB gehemmt sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit und wegen der damit verbundenen Signalwirkung dürfte es sich aber anbieten, die Mediation in § 204 BGB ausdrücklich zu nennen.

### **2. Vollstreckbarkeit:**

- Gemäß Artikel 6 Abs. 1 EU-RL haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass eine Mediationsvereinbarung auf Antrag der Parteien für vollstreckbar erklärt wird, wenn diese nicht rechtswidrig ist.
- Wird eine gerichtsnahe oder gerichtsinterne Mediation erfolgreich abgeschlossen, steht den Parteien der Prozessvergleich nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO als Vollstreckungstitel zur Verfügung. In den übrigen Fällen findet sich im geltenden Prozessrecht kein Instrument, das der Vielfalt möglicher Vereinbarungen genügt (vgl. die Beschränkungen in § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 796a Abs. 2 ZPO).
- Es bietet sich an, die bereits in der ZPO vorhandenen Strukturen aufzugreifen und an das Anforderungsprofil der EU-RL anzupassen. Zu denken ist etwa an die Einführung eines an §§ 796a bis 796c ZPO angelehnten Modells zur Vollstreckbarerklärung, allerdings ohne dass eine anwaltliche Vertretung erforderlich ist („Anwaltsvergleich ohne Anwalt“). Eine Rechtskontrolle wäre dabei durch die Gerichte und Notare gewährleistet (vgl. § 796a Abs. 3 ZPO).

### **3. Vertraulichkeit:**

- Nach Artikel 7 Abs. 1 EU-RL dürfen grundsätzlich weder Mediatoren noch in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen zur Aussage in einem nachfolgenden Gerichts- oder Schiedsverfahren in Zivil- und Handelssachen gezwungen werden. Dies setzt voraus, dass diese Personen zumindest in Zivil- und Handelssachen ein Zeugnisverweigerungsrecht haben.

- Es ist zu prüfen, ob § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO bereits ein solches Zeugnisverweigerungsrecht enthält. In diesem Fall bestünde nach der EU-RL kein unmittelbarer gesetzgeberischer Regelungsbedarf. Unabhängig hiervon wird zu erwägen sein, ob Gründe der Rechtssicherheit dafür sprechen, den Mediator und seine Hilfspersonen ausdrücklich im Rahmen des § 383 Abs. 1 ZPO aufzuführen (vgl. dazu auch § 98 VwGO, § 118 SGG, § 46 Abs. 2 Satz 1 ArbGG).
- Über den unmittelbaren Anwendungsbereich der Richtlinie hinaus ist zu erwägen, ob und inwieweit auch in weiteren Verfahrensordnungen ein Zeugnisverweigerungsrecht verankert werden sollte. Denn eine möglichst weitgehende Garantie der Vertraulichkeit gewährleistet, dass die Parteien auch vertrauliche Informationen preisgeben und damit die Voraussetzungen für eine einvernehmliche Konfliktlösung schaffen. Dadurch würde auch eine ansonsten bestehende Privilegierung bestimmter Berufsgruppen (z. B. der Rechtsanwälte) vermieden.
- Die Regelungen zum Zeugnisverweigerungsrecht würden entweder eine Definition des Berufsbildes (vgl. Ziffer IV) oder zumindest eine Beschreibung der Tätigkeit des Mediators erfordern.
- Schließlich ist zu prüfen, ob neben einem Zeugnisverweigerungsrecht – sofern ein solches für das jeweilige Verfahren gelten soll – auch ein Beweisverwertungsverbot geschaffen werden sollte. Damit wäre es den für diese Verfahren zuständigen Gerichten untersagt, in der Mediation angesprochene Sachverhalte der Urteilsfindung zugrunde zu legen. Dagegen lassen sich der Ausnahmecharakter von Beweisverwertungsverböten, Abgrenzungsprobleme und die Gefahr der missbräuchlichen Berufung auf ein solches Verbot anführen.
- Soweit nicht der Amtsermittlungsgrundsatz betroffen ist, steht es den Parteien frei, weiter gehende vertragliche Vereinbarungen zum Schutz der Vertraulichkeit zu treffen, z. B. in Bezug auf den Umfang des Sachvortrags oder den Nichtgebrauch bestimmter Beweismittel. Auch solche Vertraulichkeitsvereinbarungen bieten einen gewissen Schutz.

### **III. Fakultative Regelungsbereiche**

#### **1. Außergerichtliche Mediation (unabhängig von einem Gerichtsverfahren durchgeführt):**

- Der außergerichtlichen Mediation kommt besondere Bedeutung zu. Wie eine vom Bundesministerium der Justiz beim Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg in Auftrag gegebene rechtsvergleichende Untersuchung zeigt, können zahlreiche Länder in Europa und der Welt große Erfolge im Bereich der außergerichtlichen Mediation vorweisen. Die außergerichtliche Mediation kann nicht nur zu einer Entlastung der Justiz beitragen, sondern unterstreicht die Eigenverantwortung der Bürger in unserer Zivilgesellschaft auf dem Weg zu einer anderen Streitkultur. Aus diesen Gründen sollte sie gefördert werden.
- Um die außergerichtliche Mediation zu stärken, könnten die Gerichte in geeigneten Fällen die Befugnis erhalten, die Parteien zur Teilnahme an einem Informationsgespräch über Mediation zu verpflichten; für den Fall der Weigerung sind Kostensanktionen denkbar (vgl. für Ehescheidungsverfahren künftig § 135 Abs. 1 i.V.m. § 150 Abs. 4 Satz 2 FamFG).

Darüber hinaus soll die Durchführung eines Mediationsverfahrens nicht als Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage vorgeschrieben werden, weil die Mediation auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit beruht.

- Eine weitere Förderung könnte die Mediation durch verhaltenssteuernde Änderungen im Kostenerstattungsrecht erfahren, die über sanktionsbewehrte Informationspflichten hinausgehen. So weist der Gutachter für den 67. Deutschen Juristentag, Prof. Dr. Hess, auf die positiven Entwicklungen in einigen Staaten hin und regt eine Gesamtevaluation an.

#### **2. Gerichtsnaher Mediation (während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts durchgeführt):**

- Zur Förderung der gerichtsnahen Mediation müssen die an einem Gerichtsverfahren Beteiligten über die Grundzüge und Vorteile eines Mediationsverfahrens möglichst optimal aufgeklärt werden (vgl. für Kindschaftssachen künftig § 156 Abs. 1 FamFG). Die Prüfung, ob sich das Verfahren für die Mediation eignet und die Aufklärung der

Parteien könnten wie bisher durch den jeweiligen Spruchrichter oder einen zentral bei jedem Gericht angesiedelten Mediationskoordinator bzw. Fallmanager erfolgen. Dies setzt eine entsprechende Ausbildung der Richterschaft voraus.

- Bisher wird wenig Gebrauch von der Möglichkeit gemacht, einen Rechtsstreit an die außergerichtliche Streitbeilegung gemäß § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO zu verweisen. Es wäre daher denkbar, die Mediation als Mittel der außergerichtlichen Streitschlichtung in § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO ausdrücklich zu nennen.
- Eine Befugnis des Gerichts, die Durchführung eines Mediationsverfahrens gegen den Willen der Parteien anzuordnen, sollte dagegen nicht vorgesehen werden, weil die Mediation selbst auf dem Grundsatz der Freiwilligkeit beruht.

### **3. Gerichtsinterne Mediation (während eines Gerichtsverfahrens innerhalb des Gerichts von einem nicht erkenntnisbefugten Richter durchgeführt):**

- Auf Landesebene sind verschiedene Modellprojekte zur gerichtlichen Mediation erfolgreich abgeschlossen worden. In vielen Fällen hat sich die gerichtliche Mediation dauerhaft etablieren können, wobei in einigen Ländern nur mediative Elemente eingesetzt werden. Diese Entwicklung ist zu begrüßen.
- Ausdrückliche gesetzliche Regelungen zur gerichtlichen Mediation fehlen bislang. Der Gesetzgeber steht vor der Entscheidung, hierzu entweder detaillierte oder zurückhaltende Vorgaben zu machen. Die konkrete Ausgestaltung hängt auch davon ab, ob die gerichtliche Mediation als richterliche Tätigkeit oder als Aufgabe der Justizverwaltung einzustufen ist. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob aus einer Zuordnung zur richterlichen Tätigkeit zwangsläufig folgen würde, dass der gesetzliche Richtermediator in den Geschäftsverteilungsplänen zu bestimmen und damit der Disposition der Parteien eines Mediationsverfahrens entzogen wäre.

### **4. Verzahnung der verschiedenen Mediationsformen**

- Eine fruchtbare Konkurrenz der verschiedenen Formen der Mediation dient der Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung. Dies setzt eine möglichst gute und die Besonderheiten der individuellen Streitigkeit berücksichtigende Kooperation von Mediatoren, Rechtsanwälten und Richterschaft voraus.

- Weichenstellende Funktion hat dabei die Anwaltschaft: Sie sollte die unterschiedlichen Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung verstärkt in Erwägung ziehen und ihre Mandanten entsprechend aufklären.
- Die Frage nach der Finanzierung der verschiedenen Mediationsformen bedarf noch der Klärung. Entsprechende Regelungen müssen verhältnismäßig, effektiv und durchsetzbar sein.

#### **IV. Berufsrecht einschließlich der Aus-/Fortbildung**

- Berufsrechtliche Regelungen sind erforderlich, soweit andere Regelungen auf den Beruf des Mediators Bezug nehmen (z. B. Zeugnisverweigerungsrecht), ohne selbst berufsrechtliche Kriterien zu bestimmen. Sie sind dazu geeignet, ein hohes Maß an Verbraucherschutz und -information sicherzustellen und fördern gleichzeitig den qualitätsorientierten Wettbewerb unter den Mediatoren.
- Neben der Definition der Begriffe „Mediator“ und „Mediation“ müssten auch Anforderungen an die persönliche und fachliche Eignung des Mediators geregelt werden. Bei der Entwicklung von Aus- und Fortbildungsstandards sind insbesondere die betroffenen Berufsgruppen gefragt. Im Hinblick auf die bis zum 20. Mai 2011 laufende Umsetzungsfrist sollten sich die unterschiedlichen Berufsverbände möglichst frühzeitig auf gemeinsame Regelungen verständigen.
- Fraglich ist, ob ein Zulassungs- oder ein Anerkennungssystem geschaffen werden soll. Bei Einführung eines Zulassungssystems wäre nur ein zugelassener Mediator zur Berufsausübung berechtigt. Dagegen stünde bei Schaffung eines Anerkennungssystems die Mediatorentätigkeit allen offen; allerdings könnte sich nur ein anerkannter Mediator auf die gesetzlichen Privilegierungen berufen, z. B. auf ein Zeugnisverweigerungsrecht. Denkbar wäre auch die Einführung eines bloßen Gütesiegels, so dass auch Mediatoren ohne Gütesiegel die gesetzlichen Privilegierungen in Anspruch nehmen könnten.

Das Zulassungs- bzw. Anerkennungsmodell hat den Vorteil der Rechtssicherheit: Die Gerichte hätten die Mediatoreigenschaft nicht im Einzelfall nach materiellen Kriterien zu prüfen, sondern könnten sich auf den Anerkennungs- bzw. Zulassungsakt beziehen.

- Unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der genannten Modelle wird zu klären sein, wer für die Anerkennung bzw. Zulassung oder die Vergabe eines Gütesiegels zuständig ist. Dies kann staatlicherseits (z. B. durch Bundes- oder Landesministerien, Oberlandesgerichte) oder staatsfern (z. B. durch eine Körperschaft des Öffentlichen Rechts, Beleihung einer privatrechtlichen Organisation, privatrechtliche Organisationen mit freiwilliger Selbstkontrolle) geschehen.
- Schließlich sollte die Regelung von Verfahrensstandards für die verschiedenen Formen der Mediation sowie von Rechten und Pflichten des Mediators erwogen werden (z. B. Verschwiegenheitspflicht, Pflicht zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung etc.).