

BMWA e.V. - Dr. Arnim Rosenbach Widenmayerstr. 49, 80538 München

Bundesministerium der Justiz
- Herrn Ministerialrat Eberhard Carl -
Mohrenstr. 37

10117 Berlin

Per E-Mail

Dr. jur. Arnim Rosenbach
- Mitglied des Vorstands –
T +49 (0)89 – 22 46 06
F +49 (0)89 – 29 16 18 38
rosenbach@bmwa.de

Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes

27. Oktober 2010

Sehr geehrter Herr Ministerialrat Carl,

für die Zuleitung des Referentenentwurfes des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung bedanken wir uns nochmals und nehmen hierzu wie folgt Stellung.

I. Allgemeines

1. Wir begrüßen ausdrücklich die Schaffung eines Mediationsgesetzes mit innerdeutscher Geltung. Die Reputation der Mediation kann unseres Erachtens in der Bevölkerung, insbesondere aber auch bei Gerichten und Behörden, durch das vorliegende Gesetz wesentlich gefördert werden.
2. Allerdings sind die verwendeten Begriffsbestimmungen allzu stark auf das Gerichtsverfahren bezogen. Angesichts des vom Bundesverfassungsgericht zutreffend betonten Primats einer privatautonomen Konfliktbeilegung halten wir es für passend, dies auch in den gesetzlichen Begriffsbildungen zum Ausdruck zu bringen. Näheres führen wir bei den Einzelbestimmungen aus.
3. Wir bedauern, dass insgesamt von einer Anknüpfung der Privilegien der Richtlinie an die Person des Mediators abgesehen wurde. Selbst durch die Schaffung eines Gütesiegels hätte in Verbindung mit einer Selbstverpflichtung der tätigen Mediatoren erreicht werden können, dass die kommunikativen Vorgänge inhaltlich echte Mediationen darstellen. Zur Gewährleistung eines hohen Standards hätte sich insoweit angeboten,

die in der innerdeutschen Praxis von der BAFM als Pionier entwickelten Maßstäbe ins Gesetz zu übernehmen. Insoweit sehen wir auch keine europarechtlichen Gesichtspunkte, etwa aus der Dienstleistungsrichtlinie, die einem (im öffentlichen Interesse liegenden) hohen Qualitätsstandard entgegenstehen würden.

4. Der aktuelle Entwurf verlagert demgegenüber die gesamte Prüfung, ob eine Mediation vorlag, auf den im Streitfall entscheidenden Richter, der unseres Erachtens mit dieser Aufgabe überfordert sein wird. Wir appellieren daher an den Gesetzgeber, die insoweit getroffene Grundentscheidung nochmals zu überdenken.

II. Zu den Einzelbestimmungen

1. § 1 MediationsG

Einer näheren Analyse dieser Bestimmung ist folgendes voran zu stellen. Sowohl bei der praktischen Aktivierung der Verschwiegenheitspflicht in § 4 MediationsG als auch bei der Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung (§ 796 b ZPO) kommt es im Streitfall entscheidend darauf an, ob das kommunikative Geschehen sich aus richterlicher Sicht als Mediation im Sinne des MediationsG darstellt. Jeder der in § 1 MediationsG verwendeten Begriffe erscheint daher als *konstituierendes* definitorisches Merkmal der Mediation, bei dessen Fehlen eine Mediation im Sinne von § 1 MediationsG *nicht* mehr vorliegt. Dieser Zusammenhang wird im Entwurf offenbar auch gesehen. Für die definitorische Bestimmung der Mediation weisen wir insoweit auf folgendes hin:

- a. Sicherlich sind Mediationen typischerweise vertraulich. Allerdings kennt die Praxis ohne weiteres auch Mediationen, die dieses Merkmal nicht erfüllen. Gerade gegenwärtig mediiert Heiner Geißler vor laufenden Kameras. Wir sehen keinen sachgerechten Gesichtspunkt, diese weiteren Mediationen aus dem Anwendungsbereich des Mediationsgesetzes auszunehmen und plädieren daher für die Streichung der Vertraulichkeit als *konstituierendes* definitorisches Merkmal der Mediation.
- b. Die Bezeichnung der streitenden Personen als „Parteien“ halten wir für mißglückt. Es stellt eine bewährte gesetzgeberische Tradition dar, bei der Parteibezeichnung auch in persönlicher Hinsicht den Regelungszusammenhang im Auge zu behalten. Nicht umsonst werden die an familienrechtlichen Verfahren Beteiligten

schon seit geraumer Zeit als „Antragsteller“ bzw. „Antragsgegner“ bezeichnet. Die Gesetzesbegründung bezeichnet die an der Mediation teilnehmenden Personen - in völliger Übereinstimmung mit dem Sprachgebrauch der Mediationsöffentlichkeit – als „Medianten“. Von der Schreibweise her halten wir die weichere und gefälligere Ausdrucksform „Medianden“ für besser geeignet, die konsensuale Orientierung zum Ausdruck zu bringen. Dieser Begriff möge anstelle von „Parteien,“ ins Gesetz übernommen werden.

- c. Die Definition der Mediationsformen aus der Sicht des Gerichtsverfahrens ist mit der Subsidiarität der Streitentscheidung gegenüber einer konsensualen Streitbeilegung nicht wirklich vereinbar.
- d. Besonders problematisch erscheint insofern die Schaffung einer Kategorie der „richterlichen Mediation“, § 1 I 2 Nr. 3 § 1 MediationsG.
 - i) Zur Vermeidung von Mißverständnissen: Wir wenden uns nicht gegen die Durchführung von Mediationen durch nichtentscheidungsbefugte Richter als solche. Des weiteren ist es sicherlich sachgerecht, diese besondere richterliche Tätigkeit auf eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage zu stellen.
 - ii) Bedenklich ist allerdings, daß die innerhalb von Gerichten stattfindenden Mediationen offenbar auf nicht entscheidungsbefugte Richter *begrenzt* werden sollen. Für die Einbeziehung von *nicht-richterlichen* Mediatoren in Mediationen, die innerhalb von Gerichten stattfinden, bleibt in der Begriffsbestimmung keinerlei Raum. Diese im Entwurf wohl nicht reflektierte Folge ist sachlich unangemessen. Ohne weiteres kann sich in der weiteren Entwicklung der Mediationspraxis herausstellen, daß eine Kooperation zwischen richterlichen und *nicht*richterlichen Mediatoren auch *innerhalb* von Gerichten wünschenswert und passend ist. Gerade aufgrund der Öffnungsklausel könnten einzelne Länder ein derartiges Modell erproben wollen (z.B. als Co- Mediation).
 - iii) Nachdem der Entwurf an anderer Stelle – zutreffend- seine Offenheit gegenüber der Weiterentwicklung der Mediation betont, ist es daher drin-

gend wünschenswert, diese weiteren Entwicklungsformen nicht durch allzu enge Begriffsbildungen zu verschütten.

- iv) Die eingangs bereits aufgezeigte Verbindung des Mediationsbegriffs mit der Verschwiegenheitspflicht und der Vollstreckbarerklärung einer Mediationsvereinbarung verschärft die aufgezeigte Problematik, da solche Mediationen, die nicht den gesetzlichen Typen entsprechen, wohl nicht in den Anwendungsbereich des Mediationsgesetzes fallen würden.
 - v) Unseres Erachtens sollte daher ernsthaft erwogen werden, die Begriffsbestimmungen auf die richterliche Mediation zu beschränken und die weiteren typologischen Erscheinungsformen der Praxis zu überlassen. Wirkliche rechtliche Konsequenzen der begrifflichen Typen scheinen ohnehin auf die richterliche Mediation beschränkt zu sein. Für die Schaffung weiterer Kategorien durch Gesetz ist daher auch kein eigentliches Regelungsbedürfnis erkennbar.
 - vi) Mindestens bedarf es aber einer Öffnung der gesetzlichen Mediationstypen, die beispielsweise durch die Einfügung „u.a.“ oder „insbesondere“ geleistet werden könnte. Denn bei strenger Lesart müssten die in den Definitionen *nicht* vorkommenden Mediationsarten wohl als unzulässig angesehen werden. Mindestens würden sie nicht in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen, was zumindest eine verkürzte Umsetzung der Richtlinie bedeuten müsste. In der Praxis könnten sich daraus gerade auch hinsichtlich der Verschwiegenheit bedenkliche Schutzlücken ergeben.
- e. Die Definition des Mediators in § 1 II MediationsG beschreibt sicherlich einen Idealtypus des Mediators, geht aber an den Bedürfnissen der Praxis teilweise vorbei. Gerade die sog. Neutralität ist in der Praxis nicht immer gewährleistet. Hier sehen wir eine Reibung mit § 3 Abs. 4 MediationsG; denn die letztgenannte Bestimmung gestattet richtigerweise auch den nicht streng neutralen Mediator; § 3 Abs. 1 2 MediationsG bestätigt dies. Angesichts dessen kann an der *konstituierenden* Eigenschaft der Neutralität des Mediators unseres Erachtens

nicht festgehalten werden.

- f. Erwogen werden sollte auch, den Gesichtspunkt der fehlenden Entscheidungsbefugnis des Mediators inhaltlich näher zu konturieren; beispielsweise durch das Attribut „materielle“ Entscheidungsbefugnis.

2. § 2 I MediationsG

Auch für die Aufgaben des Mediators sehen wir den oben beschriebenen Zusammenhang mit der Verschwiegenheitspflicht und der Vollstreckbarerklärung. Sollte sich bei richterlicher Beweiserhebung in einem Streitfall herausstellen, dass der Mediator die in § 2 MediationsG niedergelegten Anforderungen nicht erfüllt hat, dürfte es wiederum an einer Mediation im Rechtssinne fehlen. Die hier unterbreiteten Vorschläge sind insbesondere in diesem Zusammenhang zu sehen.

- a. Die Freiwilligkeit der Teilnahme ist in der Literatur schon seit langem zu Recht kritisiert worden. In der Praxis bestehen oft vielfache Zwänge, die die Teilnahme an einer Mediation nahe legen.
- b. Wenn schon die Mediationsrichtlinie die Teilnahme an einer Mediation kraft richterlicher Anordnung immer noch als freiwillig anzieht, ist damit die Bedeutung von „Freiwilligkeit“ der Sache nach aufgegeben. Auf den damit inhaltslosen Begriff sollte daher verzichtet werden. Die in § 2 III MediationsG betonte eigenverantwortliche Kommunikation weist insoweit in die richtige Richtung; daneben ist ein inhaltsleere „Freiwilligkeit“ funktionslos.
- c. Richtigerweise sollte daher nicht eine inhaltsleere „Freiwilligkeit“ betont werden, sondern, ob die Parteien *aus Sicht des Mediators zu einer eigenverantwortlichen Wahrnehmung ihrer Interessen in der Lage sind*. Dieser Gesichtspunkt sollte allerdings *unmittelbar* geregelt werden, also nicht nur im Zusammenhang mit den Befugnissen des Mediators zur Beendigung der Mediation.

3. § 2 IV MediationsG

- a. Ersichtlich hat für diese Bestimmung der Grundsatz der „informierten Entscheidung“ Pate gestanden. Dieser Grundgedanke ist auch nach unserer Ansicht unverändert richtig.
- b. Allerdings kann es in der Praxis nur darauf ankommen,

daß die Parteien die Ihnen *zur Verfügung stehenden* (tatsächlichen) Erkenntnismöglichkeiten erkennen und *soweit möglich* ausschöpfen. Dies ist aber deutlich weniger als die vom Gesetzentwurf geforderte (ideale) „volle“ Kenntnis der Sachlage.

- c. Es sollte daher vom Mediator nur gefordert werden, sich zu vergewissern, ob die Medianden diese Ihnen zugänglichen Erkenntnisquellen ausgeschöpft haben.
- d. Zumindest sollte die „volle“ Kenntnis durch eine „ausreichende“ Kenntnis ersetzt werden. Die abweichende Empfehlung des Ministerkomitees des Europarates hat soweit ersichtlich keinen Eingang in die Richtlinie gefunden, der eine derartige Regelung erzwingen würde.
- e. Im derzeitigen Zustand ist die Bestimmung leider auch geeignet, Haftungsfälle von Mediatoren zu provozieren. Dem muß durch Herabsetzung der Anforderungen unbedingt entgegengewirkt werden.

4. § 3 MediationsG

- a. Die in § 3 geregelten Pflichten und Beschränkungen finden grundsätzlich unsere Zustimmung.
- b. Die in Abs. 4 geregelte Ausnahme erscheint jedoch zu eng. Unseres Erachtens ist es zu streng, die für die Anwaltschaft gedachten strengen Bestimmungen auf die gesamte Mediationsszene auszudehnen. Anders als Rechtsanwälte sind Mediatoren nicht Organe der Rechtspflege, sondern geborene Friedensstifter. Nach dem Grundsatz der informierten Entscheidung sollte es daher genügen, wenn die Medianden ihr Einverständnis nach umfassender Information erklären und Belange der Rechtspflege dem nicht entgegenstehen.
- c. Die Beschränkung auf den „Einzelfall,“ müsste streng genommen dazu führen, dass solche Mediationen keine praktisch relevante Verbreitung erreichen können. Aus dem Kreise unserer Mitglieder wissen wir jedoch, dass in vielen Beratungsstellen zunächst eine einseitige Beratung stattfindet und dann Mediation empfohlen und durchgeführt wird – sicherlich durch eine andere Person, aber eben in *derselben* Beratungsstelle. Praktische Probleme dieses Modells haben sich nach unserer Kenntnis nicht ergeben.
- d. Wir plädieren daher entschieden dafür, das Merkmal

„im Einzelfall“ ersatzlos zu streichen.

5. § 4 MediationsG

- a. Die Einführung einer Verschwiegenheitspflicht für alle Mediatoren, das heißt unabhängig von besonderen Verschwiegenheitspflichten aus dem Herkunftsberuf, erfüllt eine alte Forderung des BMWA und wird daher außerordentlich begrüßt.
- b. Die (zutreffende) Anknüpfung an § 383 Abs. 1 Nummer 6 ZPO führt nach § 385 Abs. 2 ZPO allerdings zu einer *Aussageverpflichtung*, wenn die Medianden von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit entbinden. Aus diesem Grunde müsste der Mediator daher in einem streitigen Gerichtsverfahren als Zeuge auszusagen.
- c. Diese Konsequenz ist unseres Erachtens mit Aufgabe und Selbstverständnis eines Mediators unvereinbar. Der Präsident des Deutschen Anwaltvereins, Prof. Dr. Ewer, hat in seiner Rede zum 61. Deutschen Anwalts-tag (wiedergegeben in Anwaltsblatt 2010, Seite 475, 476) bereits für parteilich auftretende Rechtsanwälte gefordert, dass diese von einer Zeugenaussage absehen dürfen, wenn sie nach pflichtgemäßem Ermessen zu der Auffassung kommen, dass die Verweigerung des Zeugnisses in objektiven Interesse ihres Mandanten liegt.
- d. Dem stimmen wir ausdrücklich zu und ersuchen darum, diesen Grundgedanken auf Mediatoren zu übertragen. Es ist für Mediatoren nämlich unerträglich, nach einer gescheiterten Mediation gegen den eigenen Willen von den Parteien als Zeuge funktionalisiert zu werden. Einer der beiden Medianden (bzw. an dieser Stelle wohl: Parteien) muss unter diesen Umständen verlieren. Hierfür als Werkzeug eingesetzt zu werden, setzt sich über wesensbestimmende Grundhaltungen des Mediators hinweg !
- e. Wir halten es daher für dringend geboten, dass der Mediator zumindest in Zivilsachen nach eigenem Ermessen von einem Zeugnis absehen kann.
- f. In § 4 MediationsG sollte daher am Schluss eingefügt werden: *„Auch nach einer Entbindung von der Verschwiegenheit ist der Mediator zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, soweit nicht die Voraussetzungen gemäß Ziffer 2 erfüllt sind.“*

6. Den weiteren Gesetzesbestimmungen stehen wir neutral bzw. aufgeschlossen gegenüber.

Für Rückfragen und Erläuterungen stehen wir jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez.

- Vorstand BMWA e.V. –