

Wilfried H. Hausmanns  
Dr. jur. h.c.  
Präsident des Oberlandesgerichts a.D.

22. Mai 2011

Deutscher Bundestag  
Rechtsausschuss

Berlin

Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der  
außergerichtlichen Konfliktbeilegung

- **BT-Drucksache 17/5335** -

Geschäftszeichen PA 6 – 5410-2.2  
Zuschrift vom 16. Mai 2011

Stellungnahme zum Gesetzentwurf  
(MediationsG)

**Vorbemerkungen**

Nahezu alle mir bekannten Stellungnahmen beginnen damit, dass der GEntwurf „begrüßt“  
werde. Auch ich begrüße es, dass die Richtlinie 2008/52/EG vom 21. Mai 2008 eine  
Umsetzung in das nationale Recht erfährt.

Der GEntwurf geht in seinem Regelungsgehalt erheblich über die EU-Vorgabe hinaus.  
Begründet wird dies mit dem Wunsch, die Mediation zur Verbesserung der allgemeinen  
Streitkultur und zur Entlastung der Gerichte zu fördern. Diesem Wunsch trete ich bei.

Der GEntwurf scheint von der Absicht getragen zu sein, per Gesetz ein weitgehend geschlossenes Gebäude der Mediation zu errichten und zu präsentieren. Der andere Weg, die Umsetzung der EU-Richtlinie durch ledigliches Einfügen in bestehende Normen zu bewirken, hätte die Idee „Mediation“ zergliedert und ihr den Aspekt eines einheitlich Ganzen genommen. Eine solche Zergliederung hätte das Bewusstsein der Bevölkerung kaum erreicht; das Ziel, die konsensuale Konfliktbeilegung „in der Breite“ zu implementieren, wäre schwerlich zu erreichen.

Der eingeschlagene Weg vermittelt auch und gerade dem nicht juristisch Vorgebildeten eine Vorstellung davon, was Mediation ist und wie die Rollenverteilung im Verfahren aussieht sowie welche Rechte und Pflichten den Beteiligten zufallen.

Der Wunsch, etwas Einheitliches darzustellen, hat m.E. dazu geführt, dass im GEntwurf narrative und beschreibende Elemente Platz gefunden haben (siehe z.B. §2 Abs.e 2 -5). Auch wenn dies nicht der puristischen Gesetzeslehre entspricht, halte ich dies im Hinblick auf die Zielrichtung des Gesetzes für gut vertretbar.

Im Folgenden will ich mich daher der Frage zuwenden, ob die „Statik“ des Gebäudes „Mediation“ tragend ist oder Überarbeitungen angebracht erscheinen.

## **Zu einzelnen Regelungen des GEntwurfs**

### **Artikel 1**

#### **§1**

Die Regelung lehnt sich stark an die Vorgaben in Art.3 RiLi an. Die maßgeblichen Kriterien werden in §1 Abs.1 S.1 genannt.

Ich halte es für richtig, zunächst die „Mediation“ und nicht den Mediator vorzustellen.

Mediation ist ein Verfahren; der Mediator ist eine Ausstattung dieses Verfahrens.

Auch werden bereits eingangs die Konfliktparteien (Medianten) mittelbar angesprochen; diese sollen „freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“. Damit wird – vielleicht nicht für jedermann – sofort zum Ausdruck gebracht, dass das Ziel einer Mediation nicht die Findung/Behandlung eines Fremdvorschlags, sondern die eigenständige Erarbeitung eines den Konflikt bereinigenden Modells ist. Dies bedeutet z.B. für die Wirtschaftsmediation, dass der Kaufmann/Unternehmer auch in der Mediation als

solcher agiert; sein Tun bleibt kaufmännisch/unternehmerisch bestimmt und beschränkt sich nicht auf eine juristische Beobachtung.

In §1 Abs.2 GEntwurf wird der Mediator als „neutrale“ Person bezeichnet. Eine solche sollte er auch sein. In der Mediationsliteratur wird die Bezeichnung „neutral“ allerdings vielfach durch „allparteilich“ ersetzt. Auch wenn diese Bezeichnung im allgemeinen Sprachgebrauch noch nicht vertieft ist, halte ich sie für vorzugswürdig. Neutralität beinhaltet vom Wort her eine gewisse Distanziertheit; Allparteilichkeit hingegen drückt besser aus, dass sich der Mediator um die Belange jeder Konfliktpartei zu sorgen hat; er also Sachwalter einer jeden Konfliktpartei ist.

Wer mit der Vokabel „allparteilich“ noch nicht vertraut ist, findet die Erklärung wenig später in §2 Abs.3 Sätze1-3 GEntwurf.

**Fassungsvorschlag** (§1 Abs.2 GEntwurf):

*Der Mediator ist eine unabhängige, allparteiliche und ohne Entscheidungsbefugnis handelnde Person, die die Parteien des Konflikts durch die Mediation führt.*

## §2

Es erscheint fraglich, ob das Finden eines den beiderseitigen Vorstellungen genehmen Mediators tatsächlich auf einer „Auswahl“ beruht. Dies kann zwar der Fall sein, gleichwohl ist kein Grund ersichtlich, dass die Parteien aus einer wie auch immer gearteten Auflistung ihren Mediator auswählen müssen.

Die Mediation wird vom Prinzip der Freiwilligkeit beherrscht. Damit sollte der Regelfall weiterhin statthaft sein, dass eine Partei vorschlägt und die andere dem Vorschlag zustimmt oder einen Gegenvorschlag unterbreitet. Die im GEntwurf genannte und damit bei der Auslegung erstrangig zu berücksichtigende „Auswahl“ bindet an vorhandene Listen etc. Das kann nicht gewollt sein. Gemeint kann nur sein, dass die Parteien den Mediator einvernehmlich bestimmen. Welcher Hilfsmittel sie sich hiezu ggfs. bedienen, ist ohne Belang.

**Fassungsvorschlag** (§2 Abs.1 GEntwurf):

*Die Parteien bestimmen den Mediator einvernehmlich.*

Die Absätze 2; 3; 5 und 6 behandeln Tätigkeiten, Befugnisse und Pflichten des von den Parteien bestimmten Mediators. Eine Verpflichtung fehlt, deren Benennung mir aufgrund ihrer immensen praktischen Bedeutung unverzichtbar erscheint.

Jedes Mediationsverfahren gliedert sich nach einer Phasensystematik. Unabhängig davon, welcher „Schule“ der Mediator im Einzelfalle folgt, gehört zur ersten Phase stets das Schaffen einer Mediationsvereinbarung. In dieser werden die wechselseitigen Rechte und Pflichten der Parteien sowie des Mediators und sonstige Verfahrensmodalitäten (z.B.: Kosten, Vergütung, Ort und Zeit, Verbleib der Akten/Unterlagen/Protokolle, etc.) geregelt. Die Mediationsvereinbarung ist das Korsett des gesamten Verfahrens und für alle Beteiligten die stets verfügbare Kontrolle des Prozedere. Nicht ohne Grund sieht Abschnitt 3.1 des „Verhaltenskodex für Mediatoren“ aus dem Jahre 2004 (European Code of Conduct for Mediators) vor, dass die Mediationsvereinbarung bereits vor dem Beginn der eigentlichen Mediationsverhandlung geschlossen sein sollte. Dies sollte in das Mediationsgesetz übernommen werden. Die bloße Erwähnung in der Begründung des GEntwurfs (siehe S.15, 1.Spalte, Abs.1) entspricht nicht der Gewichtigkeit dieses Erfordernisses.

**Fassungsvorschlag** (§2 Abs.2 S.2 –neu-):

*Er wirkt daraufhin, dass sie Parteien frühzeitig eine Mediationsvereinbarung schließen.*

Die Regelung in §2 Abs.4 GEntwurf kann entgegen dem Vorschlag des BUNDESRATS (Nr. 3. seiner Stellungnahme) Bestand haben. Allerdings ist dem BUNDESRAT darin zuzustimmen, dass der Begründung des GEntwurfs zu diesem Punkt (S.15, 1.Spalte, Abs.4) schlicht der Realitätsbezug fehlt. Der anwaltliche Parteivertreter ist niemals „Dritter“ im Mediationsverfahren. Eine diesbezügliche Korrektur in der Begründung des GEntwurfs erscheint angezeigt und ausreichend.

### §3

Absatz 1 von §3 GEntwurf spiegelt aus meiner Sicht den in Abschnitt 2.1 des „Verhaltenskodex für Mediatoren“ genannten Umfang an Offenbarungspflichten und die diesbezügliche Freiheit der Konfliktparteien, trotz Kenntnis einer wie auch immer gearteten Vorbefassung an der Person des Mediators festzuhalten.

Aus Gründen der Vorsicht erscheint mir ein Punkt zur Vervollständigung des Themas „Offenbarungspflichten“ erwägenswert. Es ist anerkannten Rechts zu (z. Beispiel) §§ 42 Abs.2; 406 Abs.2 ZPO), dass die Beurteilung aus der Sicht der Partei zu erfolgen hat. Eine entsprechende Klarstellung könnte durch einen geringen Einschub in §3 Abs.1 S.1 GEntwurf erfolgen.

**Fassungsvorschlag** (§3 Abs.1 S.1 GEntwurf):

*Der Mediator hat den Parteien alle Umstände offenzulegen, die aus ihrer Sicht seine Unabhängigkeit und Allparteilichkeit beeinträchtigen könnten.*

Die Absätze 2-4 des §3 GEntwurf scheinen mir entbehrlich; sie sollten ersatzlos gestrichen werden. Die detaillierte und enumerativ wirkende Auflistung von Vorbefassungsmöglichkeiten und die Darstellung weiterer Mitwirkungshindernisse gibt nach der generalisierenden Regelung des Absatz 1 keinen Mehrwert.

In Absatz 5 des §3 GEntwurf wird die „Pflicht“ normiert, den Parteien auf Antrag persönliche Daten mitzuteilen. Für den gesetzlichen Richter im Gerichtsverfahren ist eine derartige „Pflicht“ unbekannt. Auch der „Verhaltenskodex für Mediatoren“ kennt keine derartige Verpflichtung. Die ehemals sanktionslose „Pflicht“ sollte sprachlich und realitätsnah eine Milderung erfahren.

**Fassungsvorschlag** (§3 Abs.5 GEntwurf):

*Der Mediator soll die Parteien auf Verlangen über .....informieren.*

#### **§4**

Die hier geregelte „Verschwiegenheit“ ist von tragender Bedeutung für das in jeder Mediation unabdingbare Vertrauensklima. Dies gilt in Sonderheit auch für die Wirtschaftsmediation; das Bekanntsein einer bestehenden Konfliktlage schmälert die Bewertung des „good will“. Vertrauensklima bedeutet, dass die Konfliktparteien offen reden. Dies gelingt nur, wenn sie nicht befürchten müssen, durch ihre Bekundungen eine Schmälerung ihrer Rechtsposition in einem nachfolgenden streitigen Gerichtsverfahren zu erleiden.

Durch das genannte Verschwiegenheitsgebot wird das eingeschränkte Vernehmungsverbot des §383 Abs.3 ZPO aktiviert. Dies erscheint ausreichend.

Nicht ausreichend ist, dass die Verschwiegenheitsregel nur für den Mediator und seine Hilfspersonen gelten soll. Es erscheint mir dringlich, dass alle an der Mediation Beteiligten in diese Regel einbezogen werden. Mit Blick auf ein ggfs. später erforderliches Streitiges Gerichtsverfahren birgt in erster Linie die Gegenseite eine Gefahr dafür, dass in der Mediation vertraulich erlangtes Wissen als Waffe des Gegners genutzt wird.

Die an der Mediation Beteiligten müssen daher sämtlich der Verschwiegenheit unterworfen werden. Zur Intensivierung dessen ist zusätzlich ein Verwertungsverbot – wie in fast allen Mediationsvereinbarungen üblich – anzuordnen. Ohne diese Zusätze bleibt §4 GEntwurf eine nur stumpfe Waffe. Der BUNDESRAT greift diesen Gesichtspunkt in Nr. 12 seiner Stellungnahme auf.

**Fassungsvorschlag** (§4 S.1 und 2 GEntwurf):

Die an der Mediation beteiligten Personen sind zur Verschwiegenheit über alles verpflichtet, was ihnen während der Mediation als nicht offenkundig bekannt geworden ist. Ein solchermaßen erlangtes Wissen darf außerhalb der Mediation nicht verwertet werden.

**Fassungsvorschlag** (§4 S.4 GEntwurf):

Der Mediator hat die Parteien über den Umfang der Verschwiegenheitspflicht zu belehren.

## §5

Die Mediation ist ein Verfahren, dem der Mediator dient. Der Mediator ist nicht der Betreiber dieses Verfahrens; er leitet es (nur). Betreiber sind und bleiben die Medianten (Konfliktparteien). Für den Mediator existieren kein Berufsbild und keinerlei Bezeichnungsschutz; dieses Gesetz und auch die EU-Richtlinie begründen solche ebenfalls nicht. Es erscheint sogar fraglich, ob die Tätigkeit des Mediators gegenwärtig bereits die Qualität „Beruf“ erlangt hat.

Gleichwohl darf nicht ignoriert werden, dass sich auf dem Markt Personen befinden, die sich eigenverantwortlich und werbend zum Mediator bestellt haben oder die sich auf Mediatorenschulen berufen, die sich diese Qualität ebenfalls selbst und eigenverantwortlich zuerkannt haben.

Dies darf keinen Fortbestand haben; die Mediation ist kein Gesellschaftsspiel. Immerhin spricht Nr. 19 S.1 der Präambel-RiLi von einer Gleichwertigkeit mit dem gerichtlichen Verfahren. Zu Recht weisen daher Nr. 18 der Präambel-RiLi, der „Verhaltenskodex für Mediatoren“ und eben dieser GEntwurf auf einen Bedarf an allgemeingültigen Befähigungsstandards hin, die im Wege von Aus- und Fortbildung zu erlangen und zu erhalten sind.

Die in §5 GEntwurf genannte „Eigenverantwortlichkeit“ erscheint mir dehar kein ausreichend probater Anknüpfungspunkt; der bereits zu beobachtende Wildwuchs findet in dem Merkmal „Eigenverantwortlichkeit“ keine geeigneten Schranken.

Die Erarbeitung von Ausbildungsstandards und die Überprüfung von deren persönlichen Vorhandensein ist an anderer Stelle bereits geglückt und im Bewusstsein der Bevölkerung als Qualitätsmerkmal anerkannt. Ich spreche von der Figur des „öffentlich-rechtlich“ bestellten Sachverständigen. Meines Wissens sind die Kammern der Wirtschaft bereit, diese Aufgabe auch für das Mediatorenwesen zu übernehmen. Diese Möglichkeit sollte wahrgenommen werden. Das Nähere sollte einer Rechtsverordnung vorbehalten werden.

**Fassungsvorschlag** (§5 Abs.2 -neu GEntwurf):

*Der Mediator und die Mediatorenausbildungsstelle können auf Antrag öffentlich-rechtlich bestellt werden. Die Zuständigkeit, die wesentlichen Inhalte von Aus- und Fortbildung, die Haftpflicht und Merkmale der persönlichen Eignung werden durch Rechtsverordnung bestimmt.*

## **Artikel 2**

(§15 GVG)

Die Neufassung von §15 GVG in der ergänzten sowie erweiterten Fassung der Stellungnahme des BUNDESRATS (siehe dort Punkte 8 und 9) wird ausdrücklich begrüßt.

Die Einordnung der gerichtlichen Mediation als richterliches Geschäft schafft Klarheit. Diese Frage war und ist in der gerichtlichen Praxis nicht unstrittig. Teilweise wird der Richtermediator als Teil der Gerichtsverwaltung begriffen. Das entzieht ihn zwar einerseits der richterlichen Geschäftsverteilung, andererseits ist aber der Status der Unabhängigkeit ein anderer. Aus meiner Sicht übt der Richtermediator eine richterliche Tätigkeit „nicht streitentscheidender Art“ aus.

Konsequenterweise wird man dem BUNDESRAT beipflichten müssen, dass ein solcher Richter als „gesetzlicher“ Mediator zu verstehen ist. Dies befindet sich im Widerspruch zu §2 Abs.1 GEntwurf. Um diesen Widerspruch aufzulösen, sollte die Neufassung des § 15 GVG (Art.2 GEntwurf) in Satz 1 wie folgt erweitert werden:

**Fassungsvorschlag** (Art.2 GEntwurf):

§15

*Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass gerichtsinterne Mediation angeboten wird; §2 Abs.1 bleibt unberührt.*

**Art. 3** Nr.7

(§796d ZPO)

Der Neufassung des § 796d ZPO bedarf es nicht.

Im nationalen Recht ist bereits geregelt, dass und wie Vereinbarungen für vollstreckbar erklärt werden können. Ein Mehr verlangt die EU-Richtlinie nicht; insbesondere keine Regelung wie als § 796d ZPO vorgesehen. Durch die Implementierung des Mediationsverfahrens als „große Zahl“ soll eine Entlastung der Gerichte erfolgen. Es macht wenig Sinn, dann den Aufgabenkatalog der Gerichte, hier der Amtsgerichte, zu erweitern. Da in dem Mediationsergebnis häufig nicht nur der Kern des Konflikts sondern auch die (den Anlass auslösende) Peripherie sinnvoller Weise geregelt werden sollen, können sehr komplexe Prüfungsaufgaben für das Amtsgericht anfallen. Es entsteht ein vermeidbarer, zusätzlicher justizieller Aufwand. Vom Verständnis der angestrebten Einsparungen her müsste dieser zusätzliche Aufwand als Unkosten bezeichnet werden.

**Fazit:**

§ 796d ZPO des GEntwurfs sollte ersatzlos gestrichen werden.

**Art. 3** Nr. 5

(§287a ZPO)

Der GEntwurf fasst §287a ZPO neu. In Abs.1 findet sich zweimal eine Bezugnahme auf das Mediationsgesetz. Dieses ist nicht erforderlich; der Gesetzestext wird unnötig befrachtet.

Die Hinweise auf das Mediationsgesetz sollten ersatzlos gestrichen werden.



Der BUNDESRAT hat in Nr. 12 seiner Stellungnahme Ausführungen zu § 278a ZPO gemacht. Diesen trete ich ausdrücklich bei.

Von dem ungewöhnlichen Einschub eines Absatzes 1a rate ich ab. Die Befugnisübertragung für den richterlichen Mediator im Falle eines Vergleichs könnte ohne Mühe ihren Platz als §287a Abs. 3 finden.

### **Kostenfragen:**

#### **a)**

Zu Recht merkt der BUNDESRAT in Nr. 20 seiner Stellungnahme an, dass zwischen der gerichtlichen einerseits und der gerichtsnahen wie außergerichtlichen Mediation andererseits ein Ungleichgewicht in den Verfahrenskosten besteht. Die gerichtliche Mediation wird vom Staat unentgeltlich geleistet. Erstaunlich ist, dass dies den Rechnungshöfen bislang entgangen ist. Diese Unentgeltlichkeit hat zur Folge, dass der sorgsame Parteivertreter zur Absicherung gegen Haftpflichtansprüche seitens seines Mandanten diesen über die Möglichkeit der unentgeltlichen gerichtlichen Mediation informieren müsste. Dies kann im Ergebnis nicht gewollt sein und beinhaltet derzeit eine Schwäche sowohl des gerichtsnahen wie des außergerichtlichen Mediationsverfahrens. Drei Lösungsmöglichkeiten bieten sich an:

- 1) Die gerichtliche Mediation weicht der gerichtsnahen Mediation.
- 2) Die gerichtliche Mediation erhält einen markt- und wettbewerbsverträglichen eigenen Kostentatbestand.
- 3) Die Kosten einer nicht-gerichtlichen Mediation (mit Ausnahme der Parteikosten) werden auf die Gerichtskosten eines nachfolgenden streitigen Verfahrens angerechnet.

#### **b)**

Eine -neue- Kostenregelung ist geboten, wenn den Bürgern die Möglichkeit gegeben werden soll, einen Notar als Mediator zu bestimmen. In Erbfolge- und Immobilienstreitigkeiten sowie bei Konflikten gesellschaftsrechtlicher Art bietet sich auch der Notar idealiter als Mediator an.

Erklärt sich der Notar zu einer außergerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation bereit, kann er für seine Tätigkeit nur Kosten über § 147 Abs.2 KostO erheben. Dass diese Gebühr für ein schon etwas aufwändigeres Mediationsverfahren in keiner Weise auskömmlich ist, bedarf keiner weiteren Ausführungen. Die Schaffung einer angemessenen Kostenregelung im Rahmen dieses Gesetzgebungsverfahrens sollte damit als zwingend angesehen werden.

### **Schlussbemerkungen.**

Der GEntwurf nennt in §1 Abs. 1 S.2 die außergerichtliche und die gerichtsnahen Mediation. Die Durchführung einer Mediation ist folglich ohne die Inanspruchnahme staatlicher Gerichte möglich. Die EU-Richtlinie nennt zwar die gerichtliche Mediation, sie fordert sie aber nicht. Gegenteiliges folgt weder aus Art.6 noch aus Art.10 RiLi.

Art.9 RiLi zielt auf „Organisationen, die Mediationsdienste erbringen“. Aus dem Kontext folgt nicht zwingend, dass hiermit (auch) staatliche Gerichte gemeint sind, auch der Präambel zur Richtlinie ist Gegenteiliges nicht zu entnehmen.

Gleichwohl sollte an der gerichtlichen Mediation jedenfalls mittelfristig festgehalten werden. Der gegenwärtige Stand der Mediation ist ohne die gerichtliche Mediation nicht denkbar. Hier liegen die Wurzeln für das bis heute Erreichte; hier wurden publikumswirksam die Erfolgsquoten (bis zu 70% eingeleiteter Mediationsverfahren) erzielt, die bei der Bevölkerung verstärkt den Vorteil dieser Verfahrensart vermittelt haben und auch weiterhin vermitteln. Die Skeptiker dieser Verfahrensart sind ohne gleichwertige Alternative.

Wilfried Hausmanns