

**Stellungnahme
des Round Table Mediation und Konfliktmanagement
der deutschen Wirtschaft
zum
Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz
eines
Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren
außergerichtlicher Konfliktbeilegung**

A. Gelungene Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie

Der vorliegende Referentenentwurf ist aus Sicht des Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft (im Folgenden kurz „Round Table“ genannt) eine gelungene Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie und zugleich eine umsichtige allgemeine Regelung zur Mediation, auch außerhalb des Anwendungsbereiches der EU-Mediationsrichtlinie.

Wir begrüßen insbesondere, dass auf die Einführung gesetzlicher Marktzutrittschranken in Form von Anerkennungs-, Zulassungs- oder Gütesiegelmodellen, wie sie zwischenzeitlich einmal diskutiert worden sind, verzichtet worden ist. Wie bereits in unserem Positionspapier ausgeführt, würden solche Regelungen im Ergebnis zu einer „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ privilegierter und „sonstiger“ Mediatoren führen, was nicht nur den Zielsetzungen der Europäischen Mediationsrichtlinie, sondern zugleich der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie zuwider liefe. Zudem sind wir überzeugt, dass die Qualität der Mediationsausbildung, die selbstverständlich auch aus der Nutzerperspektive der Unternehmen eine große Rolle spielt, im Wege des nunmehr gewählten marktorientierten Ansatzes und gerade durch die Vielfalt an konkurrierenden Aus- und Fortbildungsmöglichkeiten sichergestellt ist.

Erfreulich ist darüber hinaus der weite Anwendungsbereich des Gesetzesentwurfs. Dass sämtliche Mediationen – auch solche ohne grenzüberschreitenden Charakter - erfasst werden und sich die Geltung des Mediationsgesetzes neben dem Zivil- und Handelsrecht zudem künftig auf die Bereiche des Arbeitsrechts, des Sozialrechts, auf Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die Finanz- und Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie auf das Patent- und Markenrecht erstreckt, wird die gesamtgesellschaftliche Akzeptanz der Mediation – unter Einschluss der Wirtschaftsmediation – spürbar und nachhaltig erhöhen.

Weiterhin begrüßen wir ausdrücklich die vorgesehene Neufassung von § 253 Absatz 3 Nr. 1 ZPO, nach welcher zukünftig in jeder Klageschrift angegeben werden soll, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen außergerichtlichen Konfliktbeilegungsverfahrens vorausgegangen ist bzw. warum ein solcher Versuch unterlassen wurde. Es ist zu hoffen, dass Mediation

und andere außergerichtliche Konfliktbeilegungsverfahren auf diesem Wege eine erheblich größere Rolle in der Beratungspraxis der Rechtsanwaltschaft spielen werden.

Der Entwurf bietet aus Nutzersicht an wenigen Stellen jedoch die Möglichkeit der Optimierung. Dies soll nachfolgend aufgezeigt und begründet werden.

B. Optimierungsmöglichkeiten

I. Mediationsgesetz

§ 1 Begriffsbestimmung

Wir sind uns bewusst, welche zentrale Bedeutung dem Merkmal der Vertraulichkeit in der Mediation zukommt¹. Gleichwohl regen wir an, in gesetzgebungstechnischer Hinsicht auf dieses Merkmal als Bestandteil der Legaldefinition der Mediation zu verzichten und in § 1 Absatz 1 das Merkmal „vertraulich“ zu streichen², Ausnahmekonstellationen, in denen Vertraulichkeit keine zentrale Rolle spielt, unterfielen ansonsten schon begrifflich nicht der Mediation. Gerade Großverfahren, z.B. bei öffentlichen Bauprojekten, werden gerne und bewusst öffentlich durchgeführt. Wichtig ist, dass es den Parteien überlassen ist, selbst zu bestimmen, ob die Mediation vertraulich durchgeführt werden soll oder nicht.

Eine weitere Schärfung des Mediationsbegriffes wäre durch Aufnahme der Begriffe „strukturiert“ und „interessenorientiert“ möglich, welche – sofern diese Merkmale nicht unmittelbar in die Legaldefinition aufgenommen werden – jedenfalls Eingang in die Gesetzesbegründung finden sollten. Bezüglich des Merkmals der Strukturiertheit weisen wir ergänzend darauf hin, dass dieses explizit in der EU-Mediationsrichtlinie³ aufgeführt ist.

Soweit in der Definition des Begriffes Mediation lediglich von einem Mediator die Rede ist, denken wir, dass dies Verfahren mit mehreren (Co-)Mediatoren nicht ausschließt. Dies könnte entweder in der Begriffsbestimmung selbst oder aber in der Begründung klargestellt werden.

Zudem sollte - zumindest in der Gesetzesbegründung - klargestellt werden, dass auch präventive Mediationen, also Verfahren zur Konfliktvermeidung, von der Begriffsbestimmung erfasst sind. Dies ist insbesondere im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht des in der präventiven Mediation tätigen Mediators sowie hinsichtlich dessen Zeugnisverweigerungsrechts und der daraus resultierenden weiteren Konsequenzen von Bedeutung.

¹ Siehe unten zu § 4 des Mediationsgesetzes.

² Siehe auch die Begriffsbestimmung in Art. 3 lit. a) der Richtlinie 2008/52/EG, welche dieses Merkmal nicht enthält. Beispielhaft genannt sei ferner die Legaldefinition in § 1 Abs. 1 des österr. ZivMediatG, welche hierauf ebenfalls verzichtet.

³ Siehe Art. 3 lit. a der Richtlinie 2008/52/EG.

Zusammenfassend schlagen wir daher folgenden Wortlaut des § 1 MediationsG vor:

§ 1

Begriffsbestimmungen

(1) Mediation ist ein **strukturiertes und interessenorientiertes** Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines Mediators **oder mehrerer Mediatoren** freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Die Mediation kann durchgeführt werden

1. unabhängig von einem Gerichtsverfahren (außergerichtliche Mediation),
2. während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts (gerichtsnahe Mediation) oder
3. innerhalb des Gerichts von einem nicht entscheidungsbefugten Richter (richterliche Mediation).

(2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

(3) **Eine Mediation liegt auch dann vor, wenn das Verfahren auf die Vermeidung eines Konfliktes abzielt („präventive Mediation“).**

Darüber hinaus regen wir allgemein an, vergleichbare Formen der alternativen Streitbeilegung mittelfristig ebenfalls in entsprechendem Sinne gesetzlich zu regeln. Dies würde gleichzeitig dazu beitragen, Probleme aus eventuellen Abgrenzungsfragen zum Mediationsbegriff zu vermeiden.

§ 2 Aufgaben des Mediators

Die in § 2 Absatz 1 enthaltene Pflicht des Mediators, sich zu vergewissern, dass die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen, halten wir an dieser Stelle für entbehrlich, weil die Freiwilligkeit als wesentliches Verfahrensprinzip der Mediation bereits durch § 1, Absatz 1 festgeschrieben worden ist.

Zudem bezieht sich die Freiwilligkeit der Teilnahme an der Mediation nach der EU-Mediationsrichtlinie⁴ darauf, dass „die Parteien selbst für das Verfahren verantwortlich sind und es nach ihrer eigenen Vorstellung organisieren und jederzeit beenden können“, wobei es den Gerichten „nach nationalem Recht jedoch möglich sein sollte, Fristen für ein Mediationsverfahren zu setzen“. Damit ist schon durch die EU-Mediationsrichtlinie selbst ein Spielraum dahingehend eröffnet, die

⁴ Siehe Erwägungsgrund Nr. 13 der EU-Mediationsrichtlinie

Aufnahme von Mediationsverfahren auch direkter gestalten zu können⁵, solange den Beteiligten die *jederzeitige Möglichkeit der Beendigung* vorbehalten bleibt. Ferner beinhaltet der Begriff des „Vergewisserns“ eine positive Feststellung der Freiwilligkeit durch den Mediator. Eine solche positive Feststellung wird der Mediator jedoch in Einzelfällen nicht treffen können. Sei es, dass ihm die Motive der Parteien nicht offengelegt werden oder unklar bleiben, sei es, dass die Teilnahme von Unternehmen an einer Mediation durch eine ursprüngliche vertragliche Verpflichtung oder durch entsprechende verbandsinterne oder konzerninterne Vorgaben veranlasst ist, um nur einige Beispiele zu nennen.

Vor diesem Hintergrund würde eine undifferenzierte Pflicht des Mediators, (bereits bei Aufnahme der Mediation) zu überprüfen, ob die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen, in Einzelfällen zu Rechtsunsicherheiten führen.⁶

Wir schlagen deshalb einerseits vor, die Worte „und freiwillig an der Mediation teilnehmen“ – in § 2 Abs. 1 zu streichen, andererseits aber in Absatz 3 klarzustellen, dass der Mediator die Mediation nicht nur beenden kann, sondern dass dies zu jedem Zeitpunkt möglich sein muss.

Zusammenfassend regen wir daher folgende Textfassung von § 2 an:

§ 2

Aufgaben des Mediators

- 1) Der Mediator vergewissert sich, dass die Parteien die Grundsätze und den Ablauf des Mediationsverfahrens verstanden haben.
- 2) Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in das Mediationsverfahren eingebunden sind. Er kann mit den Parteien getrennte Gespräche führen, wenn er dies für zweckmäßig hält.
- 3) Der Mediator kann die Mediation **jederzeit** beenden, insbesondere wenn er der Auffassung ist, dass eine eigenverantwortliche Kommunikation oder eine Einigung der Parteien nicht zu erwarten ist.
- 4) Der Mediator vergewissert sich im Falle einer Einigung, dass die Parteien die Vereinbarung in voller Kenntnis der Sachlage treffen und ihren Inhalt verstehen.

⁵ Die Möglichkeit von in den Mitgliedstaaten vorgeschriebenen oder angeordneten Mediationen wird in der Richtlinie ausdrücklich vorbehalten – siehe Erwägungsgrund Nr. 12 sowie Art. 3 lit. a der Richtlinie.

⁶ Auch der Europäische Verhaltenskodex für Mediatoren verzichtet darauf, dem Mediator eine entsprechende Verpflichtung aufzuerlegen.

§ 4 Verschwiegenheit

Der Referentenentwurf sieht eine Verschwiegenheitspflicht lediglich für den Mediator vor. Zum umfassenden Schutz – wie auch um Umsetzungsdefiziten in Bezug auf die Vorgaben von Art. 7 Abs. 1 der EU-Mediationsrichtlinie vorzubeugen – scheint es jedoch erforderlich, auch weitere an der Mediation beteiligte (Hilfs-) Personen einschließlich der Medianden in diese Pflicht einzubeziehen⁷. Auch ist eine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht im Zusammenhang mit der Umsetzung der Vereinbarung geeignet, ein Einfallstor für Umgehungen der Verschwiegenheitspflicht zu bieten. Aus diesem Grund schlagen wir vor in § 4 Nr. 1 die Worte „Umsetzung oder“ zu streichen.

Des Weiteren hängt der Erfolg einer Mediation regelmäßig von der Bereitschaft der Parteien zu einer offenen Kommunikation über ihre jeweiligen Interessen ab. An dieser Bereitschaft wird es jedoch regelmäßig fehlen, wenn die Parteien befürchten müssen, dass von ihnen offengelegte Informationen im Falle eines Scheiterns in einem nachfolgenden gerichtlichen Verfahren oder auf andere Weise ausgenutzt werden. Es sollte daher sichergestellt werden, dass für die in die Mediation eingebrachten Informationen und auf deren Grundlage erstellten Dokumente grundsätzlich ein Vortrags- und Beweisverwertungsverbot besteht.⁸

Wir regen deshalb an, eine entsprechende Ergänzung in § 4 MediationsG vorzunehmen und ihn insgesamt wie folgt zu fassen:

§ 4

Verschwiegenheitspflicht

Der Mediator und sonstige in die Durchführung eines Mediationsverfahrens eingebundene Personen einschließlich der Parteien sind zur Verschwiegenheit verpflichtet, soweit gesetzlich oder vertraglich⁹ nichts anderes geregelt ist. Diese Pflicht bezieht sich auf alles, was ihnen aus diesem Mediationsverfahren oder im Zusammenhang damit bekannt geworden ist. Ungeachtet anderer gesetzlicher Regelungen über die Verschwiegenheitspflicht gilt sie nicht, soweit

1. die Offenlegung des Inhalts der im Mediationsverfahren erzielten Vereinbarung zur Vollstreckung dieser Vereinbarung erforderlich ist,
2. die Offenlegung aus vorrangigen Gründen der öffentlichen Ordnung geboten ist, insbesondere um eine erhebliche Gefährdung des Wohles eines Kindes oder eine schwerwie-

⁷ Ebenso: Steffek RabelsZ 74 (2010), 841 (856) sowie das Eckpunktepapier des Deutschen Richterbundes vom November 2009, Seite 13.

⁸ Ebenso: Steffek RabelsZ 74 (2010), 841 (856 f); Eckpunktepapier des Deutschen Richterbundes vom Nov. 2009, S. 11 – 13.

⁹ In Übereinstimmung mit Art. 7 der EU-Mediationsrichtlinie sollten den Parteien abweichende Vereinbarungen ermöglicht sein. Die Risikoeinschätzung einer „Flucht in die Mediation“ sollte den Parteien vorbehalten bleiben.

gende Beeinträchtigung der physischen oder psychischen Integrität einer Person abzuwenden, oder

3. es sich um Tatsachen handelt, die offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen.

Alternativ zur Einbeziehung der Parteien in die Verschwiegenheitspflicht sollten zumindest prozessrechtlich Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen vorgesehen werden.

Neben dem mit der Verschwiegenheitspflicht einhergehenden zivilprozessualen Zeugnisverweigerungsrecht sollte auch ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht iSd §§ 53, 53a StPO aufgenommen werden¹⁰, für welches wir auf unseren nachstehend unter Ziffer III. unterbreiteten Vorschlag verweisen.

Verjährung

Der Referentenentwurf sieht im Hinblick auf die Umsetzung von Art. 8 der EU-Mediationsrichtlinie keinen Regelungsbedarf und verweist insofern – zutreffenderweise – auf §203 BGB, wonach die Verjährung bei Mediationen als Form der Verhandlung ohnehin gehemmt ist. Aus Nutzersicht wäre es jedoch wünschenswert, für Mediationsverfahren den Beginn der Hemmung klarzustellen. Zumindest in der Begründung – idealer Weise jedoch durch entsprechende Ergänzung des Wortlautes von § 203 BGB - sollte erwähnt werden, dass es für den Beginn der Hemmung ausreicht, wenn sich die andere Seite zumindest in eine Verhandlung über den Abschluss einer Vereinbarung eines außergerichtlichen Konfliktbeilegungsverfahrens (z.B. den Abschluss einer Mediationsvereinbarung) einlässt¹¹ oder bei Vorliegen einer vertraglichen Mediationsklausel eine Partei die andere zur Durchführung eines Mediationsverfahrens auffordert¹².

Weiterhin sollte sichergestellt sein, dass auch gesetzliche Ausschlussfristen entsprechend ausgesetzt werden¹³. Dies ist allein über §203 BGB nicht gewährleistet¹⁴, auch wenn einzelne Vorschriften des Verjährungsrechts analog angewandt werden können¹⁵. Der Round Table regt daher an, dies gesetzlich zu regeln.

¹⁰ Siehe auch das Eckpunktepapier des Deutschen Richterbundes vom November 2009, Seite 13.

¹¹ Vgl. Hess in Haft/von Schlieffen Handbuch Mediation 2. Aufl. (2009) §43 Rdn. 70; Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010), Rdn 455

¹² Vgl. Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010), Rdn 455

¹³ So auch: Steffek RabelsZ 74 (2010), 841 (859)

¹⁴ Vgl. Greger/von Münchhausen, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte (2010), Rdn 46

¹⁵ BGHZ 53, 332; es besteht jedoch keine generelle Analogie, vgl. Steffek RabelsZ 74 (2010), 841 (859)

II. Zivilprozessordnung

§ 796d Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung

In der Begründung des Referentenentwurfes wird bezüglich der Voraussetzungen der Vollstreckbarerklärung einer Mediationsvereinbarung zutreffend auf Art. 6 Absatz 1 Satz 1 der Mediationsrichtlinie verwiesen. Sofern eine Partei den Antrag auf Vollstreckbarerklärung der in der Mediation geschlossenen Vereinbarung stellt, sollte jedoch auf das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung der anderen Partei verzichtet werden. Vielmehr darf unterstellt werden, dass bereits mit Abschluss des Mediationsvertrages (vor Beginn der Mediation) – auch bei nicht ausdrücklicher Zustimmung zur späteren Vollstreckbarerklärung einer eventuell zu schließenden Mediationsvereinbarung – diese Zustimmung als konkludent erteilt angesehen werden kann. Eine zweistufige Einigung, nämlich zum Vereinbarungsinhalt und dann dazu, dass dieser Inhalt auch zwangsweise durchgesetzt werden kann, wäre nicht nur wenig praktikabel, sondern auch der Zielstellung der Vereinfachung und Förderung der Mediation zuwiderlaufend. Im Weigerungsfall wäre ansonsten die antragstellende Partei darauf angewiesen, die andere Partei aus der geschlossenen Mediationsvereinbarung klageweise in Anspruch zu nehmen, um einen Vollstreckungstitel zu erlangen. Der Round Table regt daher an § 769d ZPO insofern zu modifizieren, dass auf schriftlichen Antrag mindestens einer Partei die Mediationsvereinbarung für vollstreckbar erklärt werden kann.

Dies zugrunde legend schlagen wir folgende Fassung von § 796d ZPO vor:

„§ 796d

Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung

(1) Eine in einer Mediation geschlossene Vereinbarung wird auf schriftlichen Antrag mindestens einer Partei für vollstreckbar erklärt. Stehen der Vollstreckbarerklärung Hindernisse entgegen, setzt das Gericht den Parteien zur Behebung eine angemessene Frist. Mit Zustimmung der Parteien sorgt es in der Entscheidung für die in der Zwangsvollstreckung nötige Bestimmtheit. Die Vollstreckbarerklärung ist abzulehnen, wenn die Vereinbarung unwirksam ist oder ihre Anerkennung gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde. Die Entscheidung ergeht durch Beschluss. Eine Anfechtung findet nicht statt.

(2) Für die Vollstreckbarerklärung ist das Amtsgericht zuständig, welches in der Mediationsvereinbarung bezeichnet ist. Fehlt eine solche Bezeichnung und befindet sich der Ort des Mediationsverfahrens im Inland, ist das Amtsgericht zuständig, in dessen Bezirk der Ort des Mediationsverfahrens liegt, anderenfalls das Amtsgericht Schöneberg in Berlin.

(3) Mit Zustimmung aller Parteien kann eine in einer Mediation geschlossene Vereinbarung ferner von einem deutschen Notar für vollstreckbar erklärt werden. Absatz 1 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend. Lehnt der Notar die Vollstreckbarerklärung ab, ist dies zu begründen.

Die Ablehnung durch den Notar kann mit dem Antrag auf gerichtliche Entscheidung bei dem nach Absatz 2 zuständigen Gericht angefochten werden; Absatz 1 Satz 2 bis 6 gilt entsprechend."

8. In § 797 Absatz 6 wird die Angabe „§ 796c" durch die Angabe „den §§ 796c und 796d Absatz 3" ersetzt.

III. Strafprozessordnung

§ 53 StPO

Ein umfassender Schutz der Vertraulichkeit der Mediation erfordert unseres Erachtens, neben der Einführung eines zivilprozessualen auch ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht in Erwägung zu ziehen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass im Rahmen einer Mediation evtl. auch Sachverhalte offenbart werden, die deliktischen Charakter haben. Wir regen an, dass zumindest dem Mediator und seinen Hilfspersonen ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht eingeräumt wird. Darüber hinaus sollte erwogen werden, ob ein solches strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht auch den Parteien zugestanden werden kann. Da sich ein strafprozessuales Zeugnisverweigerungsrecht nicht individualvertraglich begründen ließe, regen wir folgende Ergänzung von § 53 StPO an:

Artikel 13

Änderung der Strafprozeßordnung

Nach § 53 Absatz 1 Ziffer 3 lit. b der Strafprozessordnung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, ber. S. 1319), zuletzt geändert durch Ur. BVerfG (1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08) vom 2. 3. 2010 (BGBl. I S. 272), wird folgende Ziffer 3 lit. c eingefügt:

„3c Mediatoren und ihre Hilfspersonen über das, was ihnen in dieser Eigenschaft anvertraut worden oder bekanntgeworden ist;“

IV. Bundesrechtsanwaltsordnung

§ 59a (Absatz 4)

Im Hinblick auf eine weitere Stärkung und Förderung der Mediation und des Mediationsstandortes Deutschland möchten wir schließlich unter Bezugnahme auf unser Positionspapier nochmals eine Erweiterung des § 59a Abs. 1 BRAO dahingehend anregen, über die dort genannten Berufsgruppen hinaus auch Mediatoren zur gemeinschaftlichen Berufsausübung mit Rechtsanwälten zuzulassen.

Round Table Mediation & Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft
27. September 2010