

Berlin, im September 2008
Stellungnahme Nr. 53/08
abrufbar unter www.anwaltverein.de

Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins

zur Mediation

anlässlich des 67. Deutschen Juristentages in Erfurt 2008

durch den Ausschuss Außergerichtliche Konfliktbeilegung

Mitglieder des Ausschusses Außergerichtliche Konfliktbeilegung:

Rechtsanwalt Dr. Christian Duve, Frankfurt am Main (Vorsitzender und Berichterstatter)

Rechtsanwältin Prof. Dr. Renate Dendorfer, München

Rechtsanwalt Dr. Christoph Hartmann, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Reiner Ponschab, München

zuständige DAV-Geschäftsführerin:

Rechtsanwältin Angelika Rüstow, Berlin

Verteiler:

- Europäische Kommission – Generaldirektion Justiz und Inneres
- Bundesministerium der Justiz
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages
- Rechtsausschuss des Deutschen Bundesrates
- Vorstand des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende der Gesetzgebungsausschüsse
- AKB-Ausschuss des Deutschen Anwaltvereins
- Geschäftsführender Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft Mediation des Deutschen Anwaltvereins
- Mediationsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer
- Vorsitzender des Berufsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzender des Ausschusses Verbraucherrecht des Deutschen Anwaltvereins
- Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft des Deutschen Anwaltvereins
- Centrale für Mediation, Otto Schmidt Verlag, Köln
- Deutscher Richterbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Deutscher Juristinnenbund
- Deutscher Steuerberaterverband
- Bundesrechtsanwaltskammer
- Bundesnotarkammer
- Bundesgerichtshof, Bibliothek
- Deutscher Notarverein
- Deutscher Familiengerichtstag e.V.
- Bundesverband der Freien Berufe
- ver.di - Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft, Bundesfachgruppe Justiz
- Wissenschaftliche Vereinigung für Familienrecht
- Redaktionen der NJW; FamRZ; FuR; Familie, Partnerschaft und Recht

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit ca. 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

I. Allgemeiner Handlungsbedarf?

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) hat anlässlich des DAV-Forum Mediation am 5. und 6.02.2004 in Berlin dargelegt, dass der Erlass eines spezifischen Mediationsgesetzes nicht erforderlich ist. Wenn der Gesetzgeber tätig werden will, um die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern, sind wenige, punktuelle, gesetzliche Änderungen ausreichend.

Der DAV begrüßt, dass Prof. Dr. Hess als Gutachter für den 67. Deutschen Juristentag mit der Einschätzung des DAV übereinstimmt.

Zur langfristigen Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung hat der Gesetzgeber bislang vor allem im Zuge der Änderung des Richtergesetzes durch die Berücksichtigung von Schlüsselqualifikationen in der juristischen Ausbildung maßgeblich beigetragen.

Sofern der Gesetzgeber den Parteien die Durchführung eines Mediationsverfahrens erleichtern will, bietet sich die Implementierung des UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation an (www.uncitral.org). Dieses weitgehend dispositive Gesetz entspricht in seiner Systematik dem bereits im deutschen Schiedsverfahrensrecht übernommenen UNCITRAL Model Law on Arbitration. Zwar trifft es zu, dass der Gutachter Prof. Dr. Hess feststellt, dass das UNCITRAL-Mustergesetz für die Mediation bislang keine große Verbreitung gefunden hat. Die Bundesrepublik könnte allerdings zu der internationalen Akzeptanz gerade wesentlich beitragen, indem sie selbst diese Musterkodifikation als Grundlage eines Gesetzgebungsvorschlags nutzt.

Wenn der Gesetzgeber die Mediationsrichtlinie durch ein Gesetz umsetzt, sollte er nicht nur – wie von der EU-Mediationsrichtlinie gefordert – eine Teilregelung, sondern eine allgemeine Regelung schaffen.

Eine allgemeine Regelung sollte im Interesse der Einheitlichkeit auch für das Arbeits-, Verwaltungs- und Sozialrecht (ArbGG, VwGO, SGG) gelten. In diesen Rechtsgebieten kann die Mediation nur eine ergänzende, keine das zwingende Recht oder Verwaltungsverfahren substituierende Wirkung haben.

II. Regelungsbereiche eines Gesetzes zur Förderung der Mediation

Für den Vertraulichkeitsschutz der Tätigkeit als Mediator lässt sich Rechtsklarheit durch eine Anpassung des § 383 Abs. I Nr. 6 ZPO schaffen. Der DAV hatte bereits anlässlich des DAV-Forum Mediation 2004 darauf hingewiesen, dass eine entsprechende Klarstellung dann im Interesse der Einheitlichkeit z.B. auch im Strafrecht (§§ 203 Abs. 1 Ziff. 3 StGB, 53 Abs. 1 Ziff. 3 StPO) oder Steuerrecht (§ 102 Abs. 1 Nr. 3b AO) gelten müsste. Über Querverweise in den verwaltungs- und sozialrechtlichen Verfahrensordnungen (§§ 98 VwGO, 118 Abs. 1 SGG) würden diese Regelungen auch dort gelten. Mit einer solchen Ergänzung würde die Offenheit in der Mediation gegenüber dem Mediator gefördert und eine mögliche Rechtsunsicherheit für Berufe, die keiner beruflichen Verschwiegenheitspflicht unterliegen, ausgeräumt. (Das heisst nicht, dass die Gerichte nicht mehr gefordert wären, wenn diese Fragen einmal praktische Bedeutung erlangen sollten: In den USA bilden die Ausnahmen zum Vertraulichkeitsschutz den wesentlichen Teil des Uniform Mediation Act als der Kodifikation zum Mediationsgesetz.)

Falls sich der Gesetzgeber für eine solche Klarstellung entscheidet, stimmt der DAV mit Gutachter Prof. Hess überein, dass der Gesetzgeber ein umfassendes Beweisverbot schaffen sollte. Der DAV empfiehlt, dass der Gesetzgeber sich auch insoweit an Art. 10 UNCITRAL Modellgesetz orientiert.

Der Mediationsvergleich sollte ausdrücklich als Vollstreckungstitel i.S.d. § 794 ZPO aufgenommen und vom Anwaltsmediator abgefasst und unterschrieben werden. Der DAV hat bereits anlässlich des DAV-Forum Mediation 2004 angeregt, die Vorschriften über den Anwaltsvergleich (§ 796 a ZPO) durch eine Bestimmung zur Vollstreckbarkeit des Mediationsvergleichs zu ergänzen.

Das Kostenrecht hat hinreichende Anreize für eine außergerichtliche Einigung geschaffen. Die Weiterentwicklung des Kostenrechts darf nicht dazu führen, dass die Durchführung eines von den Parteien gewünschten, streitigen Verfahrens erheblich erschwert oder gar vereitelt wird. Das Kostenrecht darf auch nicht zur Folge haben, dass vorgerichtliche Einigungsversuche *pro forma* durchgeführt werden, um Kostensanktionen zu vermeiden. Diese Tendenz ist im Wirtschaftsrecht in Großbritannien zu beobachten. Daher hält der DAV an seiner anlässlich des DAV Forum Mediation 2004 vertretenen Auffassung fest, wonach von Kostensanktionen abzusehen ist.

Das gilt auch insoweit, als der DAV die Einführung einer Mediationskostenhilfe nicht für erforderlich hält. Staatliche Unterstützung sollte auf den Fall der Durchsetzung von Rechten beschränkt bleiben, die anders nicht möglich wäre. Eine weitere Öffnung der Rechtsschutz- und Prozessfinanzierer für die Unterstützung der Mediation begrüßt der DAV dagegen.

Der DAV hat anlässlich des DAV Forum Mediation 2004 hervorgehoben, dass Mediation jedenfalls dann Rechtsberatung ist, wenn die Alternative zu einer Verhandlungslösung die Durchsetzung von Positionen in einem Rechtsstreit ist. Die Mediation ist danach, wie auch Gutachter Prof. Hess feststellt, jedenfalls dann eine Rechtsdienstleistung, wenn sie zu einer Abschlussvereinbarung führt. Sie kann allerdings auch schon unabhängig vom Abschluss einer Vereinbarung eine Rechtsdienstleistung sein, wenn die Parteien in einer Mediation Entscheidungen treffen, die sich auf ihre Rechte und Pflichten auswirken.

Der DAV hält die Einrichtung eines Mediationsregisters und die Vereinheitlichung von Ausbildungserfordernissen für nicht erforderlich. Vielmehr würde es sich dabei um Musterbeispiele von interessengruppenorientierter Überregulierung halten. Die Zahl der Mediatoren, die von ihnen in ihren Berufen erworbenen Fähigkeiten, das mediationsbezogene Aus- und Fortbildungsangebot sowie die Anwendungsbereiche der Mediation sind so vielfältig, dass es keiner Beschränkung bedarf. Die Einführung der Registrierung von Mediatoren in Österreich hat offensichtlich auch nicht zu einer Belebung der Mediation, sondern lediglich zu einer weiteren Belebung des Ausbildungsgeschäftes geführt. Angesichts der weiteren Entwicklung der letzten Jahre sieht sich der DAV in dieser bereits anlässlich des DAV Forum Mediation 2004 vertretenen Position bestätigt.

Der DAV sieht keinen berufsrechtlichen Regelungsbedarf für die Anwaltschaft. Eine zusammenfassende Regelung der gesetzlichen Rahmenbedingungen könnte im Zusammenhang mit § 18 BORA erfolgen.

Wenn der Gesetzgeber im Interesse der Rechtsklarheit den Ablauf der gerichtlichen Mediation regeln will, hält der DAV die Vorschläge des Gutachters Prof. Dr. Hess für ausreichend (Nichtöffentlichkeit, fehlende Protokollführung, Ausschlussgrund für Richtermediator).

Der DAV hält eine bundeseinheitliche Regelung gegenüber gesonderten Landesregelungen für vorzugswürdig. Der DAV sieht kein Bedürfnis für die Aufrechterhaltung der Länderregelungen, insbesondere zu § 15a EGZPO.

Anlage: UNCITRAL Model Law on Conciliation (Nicht autorisierte Arbeitsübersetzung)

UNCITRAL Model Law on Conciliation

- Nicht autorisierte Arbeitsübersetzung -

Artikel 1 - Anwendungsbereich und Definitionen

(1) Dieses Gesetz gilt für die Mediation in handelsrechtlichen Streitigkeiten.

(2) In diesem Gesetz bezieht sich der Begriff „Mediator“ auf einen, zwei oder mehr Mediatoren, je nach Lage des Falles.

(3) In diesem Gesetz bezeichnet der Begriff „Mediation“ oder „Mediationsverfahren“ ein Verfahren, in dem die Parteien einen oder mehrere Dritte („den Mediator“) damit beauftragen, sie in ihrem Versuch, einen Streit einvernehmlich beizulegen, zu unterstützen. Es ist insoweit unerheblich, ob die Parteien das Verfahren als Mediation, Schlichtung oder anders bezeichnen. Der Mediator ist nicht dazu berechtigt, eine für die Parteien verbindliche Entscheidung des Konflikts zu treffen.

...

(7) Die Parteien können die Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Gesetzes ausschließen.

(8) Soweit sich aus Absatz 6 nichts anderes ergibt, finden die Bestimmungen in diesem Buch unabhängig von der Grundlage der Mediation auch auf Grund einer Vereinbarung vor oder nach dem Entstehen der Streitigkeit, einer gesetzlichen Verpflichtung oder einer Anordnung oder Anregung eines Gerichts, eines Schiedsgerichts oder einer zuständigen juristischen Person des öffentlichen Rechts Anwendung.

(69) Die Vorschriften in diesem Buch gelten nicht:

(a) in Fällen, in denen ein Richter oder Schiedsrichter im Rahmen eines gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Verfahrens versucht, eine Einigung zu ermöglichen;

(b) ...

Artikel 2 - Auslegung

Bei der Auslegung der Bestimmungen dieses Gesetzes sind deren internationaler Ursprung, die Notwendigkeit, ihre einheitliche Anwendung zu fördern, sowie Treu und Glauben zu berücksichtigen.

Artikel 3 - Vertraglich vereinbarte Abweichung

Abgesehen von den Regelungen in Artikel 2 und Artikel 6 Abs. 3 können die Parteien jede Regelung dieses Gesetzes ausschließen oder abändern.

Artikel 4 - Beginn des Mediationsverfahrens

(1) Das Mediationsverfahren nach Entstehen einer Streitigkeit beginnt an dem Tag, an dem sich die Parteien darauf einigen, dieses durchzuführen.

(2) Erhält eine Partei, welche eine andere Partei zur Durchführung eines Mediationsverfahrens aufgefordert hat, binnen 30 Tagen nach Absendung einer Aufforderung zur Durchführung einer Mediation oder binnen einer anderen, in der Aufforderung bestimmten Frist, keine Antwort, kann sie die Mediation als abgelehnt behandeln.

Artikel 5 - Anzahl und Ernennung von Mediatoren

(1) Die Mediation wird von einem Mediator durchgeführt, wenn die Parteien sich nicht darauf einigen, zwei oder mehr Mediatoren in Anspruch zu nehmen.

(2) Die Parteien bemühen sich, eine Einigung über den Mediator oder die Mediatoren zu erzielen, wenn nicht ein anderes Verfahren für deren Ernennung vereinbart wurde.

- (3) Die Parteien können sich der Unterstützung einer Institution oder einer natürlichen Person bedienen, um den Mediator oder die Mediatoren zu ernennen. Insbesondere
- (a) kann eine Partei diese Institution oder natürliche Person bitten, geeignete Personen für die Rolle des Mediators zu empfehlen; oder
 - (b) können die Parteien sich darauf einigen, dass der Mediator oder die Mediatoren direkt von dieser Institution oder natürlichen Person ernannt werden.
- (4) Bei der Empfehlung oder Ernennung von Personen, die als Mediator dienen können, trägt die Institution oder natürliche Person Sorge dafür, dass ein unabhängiger und unparteilicher Mediator ernannt wird. In internationalen Streitigkeiten achtet sie, soweit dies angebracht ist, darauf, dass die Nationalität des Mediators nicht der Nationalität der Parteien entspricht.
- (5) Bevor ein Mediator einen Auftrag annimmt, ist er dazu verpflichtet,
- (a) festzustellen, ob es Umstände gibt, die erhebliche Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators wecken könnten
 - (b) solche Umstände sobald wie möglich offenzulegen
- Diese Verpflichtung besteht nach der Beauftragung fort, sofern die unter Informationen erst während der Mediation bekannt wird.

Artikel 6 - Durchführung der Mediation

- (1) Die Parteien können sich durch die Bezugnahme auf eine Verfahrensordnung oder in anderer Form auf die Art der Durchführung der Mediation einigen.
- (2) Sofern die Parteien nichts anderes vereinbaren, kann der Mediator die Mediation nach seinem Ermessen durchführen; dabei berücksichtigt er die Besonderheiten des Falles, die Intentionen der Parteien und die Notwendigkeit einer schnellen Einigung.
- (3) Der Mediator wird bei der Durchführung der Mediation danach streben, die Parteien fair zu behandeln und dabei die Umstände des Falles berücksichtigen.
- (4) Der Mediator kann in jedem Stadium des Mediationsverfahrens Vorschläge für eine Beilegung der Streitigkeit machen.

Artikel 7 - Kommunikation zwischen dem Mediator und den Parteien

Der Mediator kann mit den Parteien einzeln oder gemeinsam verhandeln.

Artikel 8 - Offenlegung von Informationen

Erhält der Mediator von einer Partei Informationen über die Streitigkeit, darf er den Inhalt dieser Information an jede andere Partei der Mediation weitergeben. Gibt eine Partei dem Mediator eine Information unter der Bedingung, dass er sie vertraulich behandelt, so darf der Mediator diese Information anderen Parteien der Mediation gegenüber nicht offenbaren.

Artikel 9 - Vertraulichkeit

Soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, sind sie dazu verpflichtet, sämtliche im Zusammenhang mit dem Mediationsverfahren stehenden Informationen, vertraulich zu behandeln. Das gilt nicht, wenn ein anderes Gesetz die Offenlegung vorschreibt oder sie zur Vollstreckung eines Vergleichs nötig ist.

Artikel 10 - Zulässigkeit der Beweisverwertung in anderen Verfahren

- (1) Eine Partei, der Mediator und jede dritte Person, einschließlich derjenigen Personen, die an der Administration eines Mediationsverfahrens beteiligt sind, dürfen in schiedsgerichtlichen, gerichtlichen oder ähnlichen Verfahren nicht als Beweis anbieten:
- (a) eine Aufforderung einer Partei, an einem Mediationsverfahren teilzunehmen oder die Tatsache, dass eine Partei bereit war, an einem Mediationsverfahren teilzunehmen;
 - (b) Ansichten oder Vorschläge, die von einer Partei in der Mediation bezüglich einer möglichen Beilegung der Streitigkeit zum Ausdruck gebracht wurden;
 - (c) Aussagen, Anerkenntnisse und Zugeständnisse, die von einer Partei während des Mediationsverfahrens gemacht wurden;
 - (d) Vorschläge, die vom Mediator unterbreitet wurden;

(e) die Tatsache, dass eine Partei ihre Bereitschaft angedeutet hat, einen Vorschlag zur Beilegung des Mediators zu akzeptieren;

(f) ein Dokument, das ausschließlich für Zwecke des Mediationsverfahrens erstellt wurde.

(2) Absatz 1 dieses Artikels gilt unabhängig von der Ausgestaltung der Information oder der in ihr enthaltenen Tatsachen.

(3) Die Offenlegung der in Absatz 1 genannten Informationen kann nicht von einem Schiedsgericht, Gericht oder einer anderen juristischen Person des öffentlichen Rechts angeordnet werden. Wenn solche Informationen entgegen Absatz 1 dieses Artikels als Beweis angeboten werden, ist diese Information als unzulässig zu behandeln. Allerdings kann eine solche Information offenbart oder als Beweis zugelassen werden, soweit es gesetzlich vorgeschrieben oder zur Umsetzung oder Vollstreckung des Mediationsvergleiches nötig ist.

(4) Die Regelungen in den Absätzen 1 bis 3 dieser Vorschrift sind auch dann anwendbar, wenn das Schieds-, Gerichts- oder vergleichbare Verfahren sich nicht auf die Streitigkeit, die Gegenstand des Mediationsverfahrens ist oder war, bezieht.

(5) Unbeschadet der Regelung in Absatz 1 können Beweismittel in einem schiedsgerichtlichen, gerichtlichen oder ähnlichen Verfahren verwendet werden, die in eine Mediation eingeführt worden sind.

Artikel 11 - Abschluss des Mediationsverfahrens

Das Mediationsverfahren wird abgeschlossen:

(a) durch den Abschluss eines Mediationsvergleiches durch die Parteien, am Tage des Mediationsvergleiches;

(b) nach Rücksprache mit den Parteien durch eine Erklärung des Mediators, dass weitere Bemühungen einer Mediation nicht mehr gerechtfertigt sind, am Tage der Erklärung;

(c) durch eine Erklärung der Parteien an den Mediator, mit der sie ihm mitteilen, dass das Mediationsverfahren am Tage der Erklärung abgeschlossen sei

(d) durch eine Erklärung einer Partei an die andere Partei oder Parteien und den Mediator, sofern dieser bereits ernannt ist, mit dem Inhalt dass das Mediationsverfahren abgeschlossen sei; am Tage der Erklärung.

Artikel 12 - Mediator, der als Schiedsrichter tätig wird

Soweit die Parteien nicht etwas anderes vereinbaren, wird der Mediator in einer Streitigkeit, die Gegenstand des Mediationsverfahrens war oder aus dem selben oder einem anderen Streit aus derselben Sache, der aus demselben Vertrag oder derselben Rechtsbeziehung entstanden ist, nicht als Schiedsrichter tätig.

Artikel 13 - Einleitung des schiedsgerichtlichen oder gerichtlichen Verfahrens

Haben die Parteien sich darauf geeinigt, eine Mediation durchzuführen und während eines bestimmten Zeitraums oder bis zum Eintritt eines bestimmten Ereignisses ein schiedsgerichtliches oder gerichtliches Verfahren nicht einzuleiten, so wird diese Vereinbarung vom Schiedsgericht und Gericht beachtet, bis das vereinbarte Ereignis eintritt. Etwas anderes gilt, wenn anderenfalls aufgrund gesetzlicher Bestimmungen Rechte verloren gingen. Die Einleitung eines solchen Verfahrens ist in diesem Falle nicht als Kündigung der Mediationsvereinbarung oder als Abbruch des Mediationsverfahrens auszulegen.

Artikel 14 - Durchsetzbarkeit des Mediationsvergleiches

Einigen sich die Parteien auf einen Vergleich, der die Streitigkeit beilegt, so ist dieser verbindlich und durchsetzbar.

Anmerkung

Das UNCITRAL Modellgesetz empfiehlt den Staaten, die eine Regelung zur Hemmung der Verjährung einführen möchten, darüber hinaus die Aufnahme folgender Regelung:

Art. X. Hemmung der Verjährung

(1) Mit dem Beginn der Mediationsverhandlungen wird der Lauf der Verjährung für den Anspruch, der Gegenstand der Verhandlungen ist, gehemmt.

(2) Enden die Mediationsverhandlungen ohne eine Einigung, so läuft die Verjährung ab dem Zeitpunkt des Abbruchs der Mediationsverhandlungen weiter.

In Deutschland ist eine derartige Regelung nicht notwendig. Seit der Schuldrechtsreform existieren in Deutschland Regeln über die Hemmung der Verjährung für außergerichtliche Streitbeilegungsversuche (vgl. §§ 203, 204 I Nr. 4 und Nr. 11 BGB). Aufgrund dieser Vorschriften stehen die Parteien nicht mehr unter dem Druck, ihre Verhandlungen vor Ablauf der Verjährungsfrist zu Ende zu bringen¹. Aus nationaler Perspektive besteht daher kein Regelungsbedarf. Auf europäischer Ebene wäre eine einheitliche Regelung über eine Hemmung der Klagefrist und ihre Voraussetzungen dagegen wünschenswert.

¹ Näher zum ganzen: *Wagner*, ZKM 2002, 103 ff.; *Eidenmüller*, SchiedsVZ 2003, 163 ff.