BUNDESRECHTSANWALTSKAMMER

DEZEMBER 2017
48. JAHRGANG
6/2017
S. 261–308

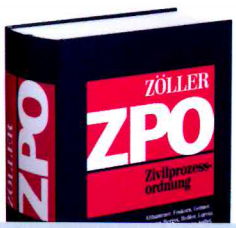
BRAK MITTEILUNGEN

Zeitschrift für anwaltliches Berufsrecht

BEIRAT
RA Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe, Vorsitzender
Prof. Dr. Matthias Kilian, Köln
RA JR Heinz Weil, Paris

www.brak-mitteilungen.de

WebAkte®
Digitale Kommunikation für Anwälte
www.webakte.de

Der neue Zöller ist da!


Hier bestellen: otto-schmidt.de/zpo32

AKZENTE
E. Schäfer
Der Anfang einer wunderbaren Freundschaft ...

AUFSÄTZE
R. G. Pohlmann
Der Syndikusrechtsanwalt im öffentlichen Dienst

M. Plassmann
Fünf Jahre Mediationsgesetz – Quantität durch Qualität

D. Engel
Die Entwicklung des Fachanwaltsrechts im Jahr 2017

BERUFSRECHTLICHE RECHTSPRECHUNG
BGH
Mediatorenhaftung gleich Anwaltshaftung? (Anm. R. Greger)

LG Hamburg
Irreführende Werbung für Legal Tech-Portal (Anm. M. Möller)

BVerfG
Missbrauchsgebühr bei nachträglich erwiesenem falschem Vortrag (Anm. R. Gmeiner)

ottoschmidt
PVST 7997

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Pf 51 02 6, 509 46 Köln
PVST 7997, DPAG, Entgelt bezahlt # 000426
B11814#BRAK#0617
Herrn Rechtsanwalt
Michael Plassmann
Rauchstraße 11
10787 Berlin

sagungsgrund nach § 7 Nr. 8 BRAO nach der hier vertretenen Auffassung selbst dann nicht entgegen, wenn der Syndikusrechtsanwalt für seinen Arbeitgeber auch hoheitlich tätig wird. Zwar mag der im öffentlichen Dienst tätige Syndikusrechtsanwalt – wie jeder andere Syndikusrechtsanwalt auch – wirtschaftlich in gewisser Weise von seinem Arbeitgeber abhängig sein, diese Bindung an den Arbeitgeber hat der Reformgesetzgeber aber in Kauf genommen. Sie begründet deswegen für das rechtsuchende Publikum nicht die Gefahr (oder auch nur den Anschein) von Sondervorteilen oder von Nachteilen für etwaige Gegner, weil der (ausschließlich) als Syndikusrechtsanwalt Tätige erkennbar nur seinen öffentlichen-rechtlichen Arbeitgeber vertritt und für Dritte als deren Berater und Vertreter schon von Gesetzes wegen gar nicht zur Verfügung stehen kann.

FÜNF JAHRE MEDIATIONSGESETZ – QUANTITÄT DURCH QUALITÄT

RECHTSANWALT MICHAEL PLASSMANN*

Das Mediationsgesetz wurde in seiner Entstehungsphase als Umbruch für die Streitbeilegung in Deutschland angesehen. Fünf Jahre nach seinem Inkrafttreten zieht der Autor Bilanz, wie sich die außergerichtliche Streitbeilegung und insbesondere die Mediation seither entwickelt hat. Den Kern seines Beitrags bildet ein Zehn-Punkte-Plan zur weiteren Förderung der Mediation.

I. STATUS QUO 2017

Manchmal lohnt es sich zu erinnern, auch zum „Fünfjährigen" des Mediationsgesetzes: Es war eine „Edelfeder", die dem Gesetz – damals noch im Entwurfsstadium – einen exponierten Platz auf der Titelseite der Süddeutschen Zeitung[1] einräumte. Vom „Umbruch im deutschen Recht", der „vielleicht größten Neuerung seit 1789", war gar die Rede. Was ist aus dem vermeintlichen Umbruch nach fünf Jahren geworden? Zeit für eine ebenso nüchterne wie optimistische Bestandsaufnahme. Selbst wenn der Autor Prantls damalige Euphorie nicht teilte,[2] offenbarte die dahinterstehende Vision, welches (Entwicklungs-)Potenzial in der außergerichtlichen Streitbeilegung auch aus renommierter Beobachtersicht steckt. Gut fünf Jahre nach Inkrafttreten des MediationsG zeichnet sich eine interessante Entwicklung ab: Während einerseits bei der Konfliktlösung im heutigen Justiz- und Anwaltsalltag in der Vielzahl der Fälle doch eher Kontinuität herrscht, sind andererseits autonome[3] Konfliktlösungsverfahren wie Mediation und Verbraucherschlichtung auf dem Vormarsch – in der (europäischen) Gesetzgebung[4] wie auch auf der Nachfrageseite. Interessant dabei: Die Wertschätzung in Gesellschaft und Wirtschaft für die Mediation scheint stetig zu wachsen, ihre Inanspruchnahme steigert sich indes lediglich graduell.

Im Lichte dieses Widerspruchs muss man zunächst nüchtern einräumen, dass es damit auch dem Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Fördergesetz) – dessen Kernstück das MediationsG war – nicht im Ansatz gelungen ist, das ohnehin sehr ambitionierte Ziel (Art. 1) der EU-Mediations-Richtlinie 2008/52/EG, für ein „ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren" zu sorgen, umzusetzen.

Das mag man – gerade wenn man die Potenziale dieser Verfahren kennt, schätzt und mit der Nachfrageseite in der Praxis erlebt – bedauern. Die damit häufig korrespondierende Bitte[5] an den Gesetzgeber, doch dafür Sorge zu tragen, dass mehr Bürger Verfahren wie die Mediation in Anspruch nehmen können, delegiert die Erledigung eigener Hausaufgaben in den Bundestag. Statt auf der Anbieterseite zu klagen, sollte der Blick vielmehr auf den spürbaren Wandel der Konfliktkultur und das Entwickeln und die Wahrnehmbarkeit adäquater Angebote für die Konfliktpartner gerichtet werden. Oft wird dabei vergessen: Auch der Wandel in der Konfliktkultur benötigt Zeit, doch zumindest die Zielrichtung des Gesetzgebers stimmt. Nachfolgend ein paar entsprechende Indizien fern der bei dieser Gelegenheit gern zitierten – aber doch noch eher evolutionären – Schritte im Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft:[6]

* Der Autor ist Rechtsanwalt und Mediator in Berlin. Er ist Vorsitzender des Ausschusses Außergerichtliche Streitbeilegung der BRAK. Er gehörte einer vom BMJ einberufenen Expertengruppe zum MediationsG und dem vom Ministerium geleiteten Arbeitskreises Zertifizierung an. Im Gesetzgebungsverfahren wurde er als Sachverständiger vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags angehört.

[1] *Prantls* Überschrift auf der Titelseite der SZ v. 12.1.2011.

[2] *Plassmann*, AnwBl. 2011, 123.

[3] *Greger*, Editorial zu ZKM 3/2017, regt nicht zu Unrecht eine Abkehr vom Begriff der „alternativen" zur „autonomen" Konfliktlösung an.

[4] Entschließung des Europäischen Parlaments v. 12.9.2017 zur Umsetzung der RL 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (Mediations-RL).

[5] Zentrale Forderung zahlreicher Mediatoren im Rahmen des Berichts der Bundesregierung über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren (Evaluierungsbericht des Deutschen Forschungsinstituts für öffentliche Verwaltung Speyer, 2017).

[6] Den aktuellen Status skizzierend *Gläßer/Kirchhoff*, ZKM 2017, 44.

Im Sommer 2017 hat das Bündnis für das deutsche Recht[7] – mithin alle großen juristischen Player der Republik – unter Leitung des Bundesjustizministers eine ganztägige Veranstaltung unter dem Titel „Streitbeilegung – made in Germany" veranstaltet. Fern der Tatsache, dass damit das „Konfliktmanagement" gleichwertig neben das „Recht" gestellt wurde, erscheint bemerkenswert, dass zugleich bereits der Frage nachgegangen wurde, wie Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation als Standort- und Wettbewerbsfaktor zum Wirtschaftsstandort Deutschland beitragen können.

Parallel hierzu stellt der EuGH[8] klar, dass die – in Deutschland wohl nur schwer mehrheitsfähige – obligatorische Mediation weder den Freiwilligkeitsaspekt der Mediation noch den Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes grundsätzlich in Frage stellt. Noch wichtiger als diese aktuellen Beispiele könnte die Beobachtung sein, dass der Mediation als Methode mehr und mehr auch gesellschaftsübergreifend ein Potenzial zugewiesen wird, selbst hocheskalierte Konflikte zu befrieden.

Kurzum: Wenn es in konfliktbeladenen Situationen nicht mehr weiterzugehen scheint, erschallt im unternehmerischen oder gesellschaftspolitischen Kontext mehr und mehr der Ruf nach einem Mediator. Dieses Image des Verfahrens gilt es aus Anbietersicht – ob mit oder ohne Gesetzgeber –, in den nächsten Jahren ebenso offensiv wie glaubwürdig zu nutzen. Um dieses doch häufig gar nicht genug wahrgenommene Kompliment und Qualitätsmerkmal im Sinne einer Etablierungsoffensive fruchtbar zu machen, bedarf es des Zusammenwirkens ganz unterschiedlicher Faktoren und Gruppen.

II. ZENTRALE FAKTOREN FÜR DIE NACHHALTIGE ETABLIERUNG

Ein ebenso differenziertes wie hochqualifiziertes Konfliktmanagement kann einen Faktor für die Qualität des „Streitbeilegungsstandorts Deutschland" darstellen. Ein gelungenes Konfliktmanagement ist jedoch zugleich das Angebot an die Gesellschaft, über die – positive – Erfahrung mit der Alternative zur Justiz nicht nur Selbstverantwortung zu übernehmen. Es eröffnet zugleich die Option, in eigener Angelegenheit zu erleben, dass nachhaltige Konfliktbereinigung nicht nur „geldwert" ist, sondern echte persönliche Entlastung schafft und sich damit vielfältig auszahlt. Um diese Erfahrung – das Erleben der Alternative[9] –, die elementar für die weitere Etablierung der autonomen Verfahren sein dürfte, optimal zu nutzen, sollten die folgenden drei Faktoren idealerweise zusammenwirken:

1. QUALITÄT IN DER MEDIATION

Es reicht nicht aus, wenn gerade die Befürworter der Mediation mantramäßig die Vorteile des Mediationsverfahrens predigen. Anders formuliert: Ein langjährig höchstzufriedener BMW-Fahrer wird sein Gefährt nicht gegen einen Daimler tauschen, weil dieser vermeintliche Vorteile bei der Sicherheit oder beim Wiederverkauf generiert. Er wird nur dann „die Pferde wechseln", wenn er beim Ausritt neue, positive Erfahrungen macht, die ihm das „Fremdgehen" schmackhaft machen. Was bedeutet das für die Mediation als Verfahren und für seine Anbieter, die Mediatorenschaft?

Um die Mediation als echte Alternative in der Konfliktlösung zu etablieren, mag der Gesetzgeber weitere sinnvolle Leitplanken setzen. Wichtiger ist jedoch, dass das Mediationsverfahren und die Mediatoren – unabhängig vom Quellberuf – ein Angebot präsentieren, das die Qualitätsstandards erfüllt, die die Organe der Rechtspflege in der klassischen Konfliktlösung seit Jahrzehnten gesetzt haben. Benchmark[10] ist daher zunächst das in Deutschland gut funktionierende Rechtssystem mit einer unabhängigen Richter- und einer spezialisierten Anwaltschaft, das eine „Flucht in die Mediation"[11] nicht zwangsläufig nötig macht.

Überzeugen in puncto Qualität, was heißt das konkret? Dieses wichtige Kriterium soll an einem (zunächst) abstrakten und in der Folge konkreten (strukturellen) Vorteil der Mediation belegt werden: Als Manko des justiziellen wie schiedsgerichtlichen Verfahrens wird immer wieder die lange Verfahrensdauer genannt, die auch durch den im Europa-Vergleich eher noch überschaubaren Zeitrahmen für die Beteiligten gleichwohl eine enorme Belastung darstellt. Hier gilt es auf der Anbieterseite, den Vorteil der Schnelligkeit und Dienstleistungsfähigkeit nicht nur abstrakt zu formulieren, sondern auch konkret zu offenbaren.

Immer wieder macht der Autor gerade im Kontext der Wirtschaftsmediation die Erfahrung, wie wertvoll, weil entlastend, die Beteiligten den schnellen Einstieg in die Konfliktlösung empfinden. Terminliche Flexibilität, wenn man spürt, wie sehr es brennt, wissen nicht nur Gesellschafter als Vorteil gegenüber der Justiz zu schätzen. Ein flexibles Angebot wird auch auf der Habenseite des Mediators, der offensichtlich ein Gespür für wirtschaftliche Zwänge hat, verbucht. Wenn dann die Parteien in einer ebenso strukturierten wie zügigen Mediation erleben, was sich infolge einer auch mit Unterstützung der Parteianwälte gelungenen Konfliktbereinigung an Lösungsoptionen eröffnet, werden sie zwangsläufig zu den besten Multiplikatoren für das Verfahren und den Mediator.

2. PASSGENAUE WEICHENSTELLUNG DURCH DIE ZENTRALEN KONFLIKTLOTSEN

Um das passende Konfliktlösungsverfahren und den richtigen Mediator zu finden, bedarf es einer klugen Weichenstellung. Hier sind Rechtsanwälte, Justiziare und Rechtsschutzversicherungen gleichermaßen gefordert. Konfliktbeteiligte dürfen von ihren Beratern erwarten, dass sie die Klaviatur aller relevanten Konfliktbeilegungsmethoden nicht nur kennen, sondern auch passgenau spielen können. Weil das zwar Anspruch, aber noch nicht Alltag ist, können Richter bei der Konfliktlösung kongeniale Partner sein. Richter sollten ihrerseits in der Lage sein, die in die Justiz fehlgeleiteten Verfahren dem zutreffenden Verfahren – sei es der gerichtsnahen Mediation[12] oder dem Güterichterverfahren[13] – zuzuführen.

3. KONSEQUENTE WEICHENSTELLUNG DES GESETZGEBERS

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ganz bewusst einen sehr liberalen Ansatz gewählt, der den Beteiligten einen angenehm überschaubar regulierten Korridor eröffnet. Die im „Fördergesetz" verankerten Förderinstrumente sind jedoch leider nicht nur überschaubar, sondern zudem auch von den Ländern nicht wirklich aufgegriffen worden.

Es bleibt zu wünschen, dass der Bundestag die Erkenntnisse[14] aus der im Gesetz verankerten Evaluierungsverpflichtung dazu nutzt, den Anspruch des Gesetzes nunmehr wörtlich zu nehmen. Am Ende muss der Gesetzgeber Farbe bekennen, ob er – wie in der Mediations-RL[15] vorgesehen, in der deutschen Umsetzung im Titel formuliert und vom BVerfG[16] frühzeitig legitimiert – der außergerichtlichen Konfliktbeilegung wenn nicht Vorfahrt, so doch eine wahrzunehmende Förderung zuteil werden lassen will. Damit die autonome Konfliktlösung in der Praxis auch vermehrt genutzt wird, bedarf es jedoch in erster Linie eines intelligenten Zusammenwirkens verschiedener Beteiligter: Eines echten Zusammenspiels von Gesetzgeber, Justiz, Wirtschaft, Anwalt- und Mediatorenschaft, in der jeder Partner seine individuellen Akzente bei der Streitbeilegung zu setzen vermag.

III. ZEHN-PUNKTE-PLAN ZUR FÖRDERUNG DER MEDIATION

1. DAUERHAFTE QUALITÄTSSICHERUNG VON VERFAHREN UND ANBIETERN

Mediation ist ein ebenso anspruchsvolles wie effektives Konfliktlösungssystem. Jeder Mediator ist hier fern aller gesetzlichen Pflichten selbst gefordert, auch nach einer angemessenen Ausbildung dafür Sorge zu tragen, dass er durch regelmäßige Supervision und die entsprechende Selbstreflektion nicht nur die eigene Qualität sichert, sondern erweitert.[17] Eigenverantwortung gilt an dieser Stelle nicht nur für die Medianden, sondern insbesondere auch für die Mediatoren.

Der Gesetzgeber muss hier dem Verbraucher durch nachvollziehbare Qualitätsstandards einen Kompass an die Hand geben, der die Gewähr liefert, hochqualitative Experten für die Konfliktlösung zu identifizieren. Diesem Anspruch hat der Gesetzgeber durch den Erlass der Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren (ZMediatAusbV)[18] Rechnung zu tragen versucht – und dafür heftigen Gegenwind[19] erfahren.

Nachdem die Rechtsverordnung trotz aller Bedenken zum 1.9.2017 in Kraft getreten ist, wird das eigentliche Anliegen, durch den Zusatz „zertifiziert" ein echtes Mehr an Ausbildung und praktischer Erfahrung anzubieten, leider bei der Einstiegshürde ad absurdum geführt. Eine „Zertifizierung light",[20] die unzählige Mediatoren nahezu ohne praktische Erfahrung und Kontrollsystem mit diesem Titel versieht, wird zwar zu einer Inflation von zertifizierten Mediatoren, aber leider nicht zu einer Qualitätsoffensive führen – und damit auch den Streitbeilegungsstandort Deutschland beim Thema Mediation eher schwächen als stärken.

Trotz wichtiger punktueller Kritik bietet die Rechtsverordnung eine Basis, um mit nur wenigen, jedoch wichtigen Weichenstellungen[21] dem unstrittigen Anliegen, eine hohe Qualität in der Mediatorenschaft zu gewährleisten, Schubkraft zu geben. Eine „Zertifizierung light" hingegen läuft Gefahr, einen Flurschaden für das Image von außergerichtlichen Konfliktlösungsmethoden anzurichten, den gerade ein so effizientes und nachhaltiges Verfahren wie die Mediation nicht im Ansatz verdient.

2. VERPFLICHTENDE AUFKLÄRUNG ÜBER ADR

Wer sich in einem – privaten oder wirtschaftlichen – Konflikt befindet, erwartet von dem Profi, dem er sich anvertraut, dass dieser nicht nur alle relevanten Konfliktlösungsinstrumente kennt und abwägt, sondern sie auch nach einer seriösen Konfliktanalyse in einen passgenauen Vorschlag für das richtige Konfliktlösungsverfahren einmünden lässt. Dieses besondere Know-how ist für jeden Anwalt nicht nur berufsrechtliche Pflicht, sondern ein wichtiges Merkmal, das nicht zuletzt das Beratungsmonopol der Anwaltschaft[22] gegenüber Dritten dauerhaft zu rechtfertigen vermag.

Dieser Anspruch sollte aber nicht nur dem eigenen Selbstverständnis, sondern auch den Erwartungen unserer Mandantschaft geschuldet sein: Auch wenn die Anwaltschaft Studien der Rechtsschutzbranche nachvollziehbarerweise mit einer gewissen Skepsis

[7] Ein Zusammenwirken von BMJV, DAV, BRAK, DNotV, DRB, djb, DIHK und BDI.
[8] EuGH, Urt. v. 14.6.2017 – C-75/16, EuZW 2017, 736.
[9] Sichtbar in den Price-Waterhouse-Studien 2005, 2006, 2007, 2011, 2013 und 2016, abrufbar unter www.ikm.europa-uni.de/kernbereich/wirtschaft.
[10] *Risse*, ZKM 2012, 75.
[11] Bundesjustizminister *Heiko Maas* anlässlich des Symposiums „Streitbeilegung – made in Germany", Berlin, 13.6.2017.
[12] Die Durchlässigkeit auch dieses Verfahrens zutreffend anmahnend *Schlehe*, ZKM 2017, 61.
[13] Auf die bestehenden Defizite zu Recht hinweisend *Greger*, ZKM 2017, 4.
[14] S. Fn. 5.
[15] Art. 1, RL 2008/52/EG über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. 2008 L 136/3 v. 24.5.2008.
[16] BVerfG, Beschl. v. 14.2.2007 – 1 BvR 1351/01, BVerfGK 10, 275 im Kontext von § 15a EGZPO.
[17] Lesenswert hierzu *Fritz/Krabbe*, ZKM 2017, 89.
[18] Verkündet am 31.8.2016, BGBl. 2016 I 1994.
[19] *Plassmann*, AnwBl. 2017, 26; *Röthemeyer*, ZKM 2016, 195; https://www.mediationaktuell.de/tax/thema/ausbildung/zertifizierung.
[20] *Plassmann*, AnwBl. 2017, 26.
[21] Detaillierte Empfehlungen hierzu von *Plassmann*, AnwBl. 2017, 26 (31 und 32).
[22] *Plassmann*, BRAK-Mitt. 2012, 194.

begegnen mag, kommt sie nicht umhin, die zentralen Erkenntnisse aus deren Mandantenbefragungen mit Sorgfalt zu beachten: Der Roland-Rechtsreport 2017[23] attestiert einerseits, dass das Vertrauen in Gerichte und Gesetze „unverändert hoch"[24] sei. Anderseits gebe dennoch die Mehrzahl[25] der Konfliktbeteiligten im Rahmen einer rechtlichen Auseinandersetzung der Mediation (48 %) gegenüber dem Gerichtsverfahren (19 %) den Vorzug.

Folgerichtig wäre die – als reines officium nobile gut gemeinte – Erklärungspflicht des § 253 III Nr. 1 ZPO in eine echte Zulassungsvoraussetzung für die Klage zu überführen, um zugleich die Inanspruchnahme der Mediation – wie vom Gesetzgeber gewünscht – zu fördern. Diesen gegenüber einem verpflichtenden Beratungsprotokoll geradezu minimalinvasiven Eingriff sollte die Anwaltschaft als Traumpass des Gesetzgebers verstehen, den es nunmehr zu verwandeln gilt.

3. MEDIATION IN JURISTEN- UND FACHANWALTS-AUSBILDUNG INTEGRIEREN

Um jedoch der Mandantschaft das gesamte Beratungsportefeuille anbieten zu können und ihr damit die anwaltliche Dienstleistung als „Premium-Produkt"[26] zu dokumentieren, bedarf es Berufsträger, die die Klaviatur der Konfliktlösungsinstrumente beherrschen: Das bedeutet für die Juristenausbildung, dass das Vermitteln von Kenntnissen über ADR-Verfahren wie die Mediation endlich zu einem – auch prüfungsrelevanten – Pflichtbaustein im Studium und Referendariat werden muss. Es mag uns an dieser Stelle erfreuen, dass unsere Kinder bereits heute in Grundschulen mit Instrumenten wie Streitschlichtern vertraut gemacht werden. Beschämend ist indes, wenn die Ausbildung zum Volljuristen immer noch ohne jedwede Kenntnisse darüber, wie Konflikte einvernehmlich gelöst werden können, zu einem Prädikatsexamen führen kann.

Auch wenn man dieses Defizit für die nachfolgenden Juristen noch zeitnah schließen könnte, stellt sich zugleich die Frage, wie man bei bereits aktiven Anwälten, die keine entsprechenden Vorkenntnisse vermittelt bekamen, die vorhandenen Lücken schließen kann. Hier böte die Fachanwaltsausbildung einen guten Hebel, indem man für alle Fachanwaltschaften ein „Kompaktmodul außergerichtliche Streitbeilegung" als verpflichtenden Baustein integrieren würde. Dieses Modul könnte optional durch Bezüge zur entsprechenden Fachanwaltsausbildung angereichert werden.

4. FLÄCHENDECKENDE INFORMATIONSOFFENSIVE ÜBER ADR-INSTRUMENTE

Um sich autonom für ein Verfahren entscheiden zu können, bedarf es einer umfassenden Aufklärung und Information. Die Tatsache, dass nur 4 %[27] der Deutschen in den letzten zehn Jahren ein Mediationsverfahren durchlaufen haben sollen, zeigt deutlich, dass es einer flächendeckenden Informationsoffensive bedarf. Nicht ohne Grund hatte bereits die EU-Mediations-RL[28] in Art. 9 die Mitgliedstaaten angehalten, durch alle Formen der medialen Nutzung eine Vernetzung von Mediationsanbietern und Nachfragern zu ermöglichen. Daneben bedarf es jedoch auch einer grundsätzlichen Information über die Unterschiedlichkeit und Vorteile der jeweiligen Verfahren.

Exemplarisch dafür, wie entsprechende Bausteine aussehen könnten, steht die von der BRAK erstellte Broschüre „Außergerichtliche Streitbeilegung".[29] Zur Unterstützung für Kollegen wie Mandanten konzipiert, werden darin durch namhafte und praxiserfahrene Autoren in einem kompakten „10 Fragen"-Format die Vorteile und Unterschiede aller relevanten außergerichtlichen Streitbeilegungsmethoden vorgestellt. In puncto Informationsoffensive ist jedoch nicht nur die Anwaltschaft, sondern sind alle relevanten Player gefordert, in Zukunft deutlich mehr eigene Akzente zur Etablierung der außergerichtlichen Streitbeilegung zu setzen.

5. DAUERHAFTE ETABLIERUNG VON MEDIATIONS-KLAUSELN IN VERTRAGSWERKEN

Eine besondere Schubkraft vermögen die bislang viel zu wenig genutzten Mediations- oder gestuften Deeskalationsklauseln – ob in der verbindlichen oder der (völlig) unterschätzten unverbindlichen Variante – in Vertragswerken zu entfalten. Die Erörterung der Frage, in welcher Form ein etwaiger Konflikt idealerweise beigelegt werden soll, könnte bereits bei Vertragsschluss einen wichtigen Aufklärungsbeitrag über Alternativen zum streitigen Gerichtsverfahren leisten. Zugleich würde präventiv ein deeskalierendes Moment für den Konfliktfall eingebaut, das zu einer beachtlichen Inanspruchnahme von Mediation und anderen Konfliktbeilegungsmethoden in Deutschland führen dürfte.

6. SENSIBILISIERUNG DER WIRTSCHAFT FÜR DIE DIMENSION VON KONFLIKTKOSTEN

Unabhängig davon, ob unbearbeitete Konflikte als sogenannte Konfliktkosten am Ende einen Schaden im Umfang von 5, 10 oder gar 20 % der gesamten Personalkosten[30] auszumachen vermögen, wird deutlich, welche (wirtschaftlichen) Potenziale in der systematischen Etablierung von Konfliktmanagementsystemen liegen. Der zweijährige Streit der Lufthansa mit ihren Piloten – vom Vorstandsvorsitzenden mit 500 Mio. Euro Kosten beziffert – steht hierfür exemplarisch. Auch kann das Bekenntnis zur Bereitschaft der Inanspruchnahme von ADR-Verfahren in einer Grundsatzerklärung (corporate pledge) nicht nur ein wichtiges Signal zur Förderung des Streitbeilegungsstandorts sein. Es ist zugleich geeignet, Unternehmenskultur und -image gleichermaßen zu fördern. Hier sind Personalabteilungen, Justiziare und Berater gemeinsam gefordert, den Mehrwert ihrer Tätigkeit sinnvoll zu dokumentieren.

7. UMFASSENDE AUSBILDUNG DER RICHTERSCHAFT IN DEN GRUNDZÜGEN DER MEDIATION

Eine flächendeckende Qualifikation der (gesamten) Richterschaft in den Methoden der Mediation würde nicht nur die klassische Verfahrensleitung nachhaltig fördern. Es wäre zugleich ein wichtiger Beitrag, der Richterschaft einen selbstverständlicheren Umgang mit den prozessualen Optionen des Fördergesetzes zu ermöglichen und damit die Anwendung autonomer Verfahren zu fördern.

Neben einer kommunikativ verbesserten Verfahrensleitung und einer Stärkung der gütlichen Einigung i.S.v § 278 II ZPO würde das Wissen um die Potenziale der Mediation den Richtern eine Hilfestellung geben, leichter zu differenzieren, ob ein Verfahren im Güterichterverfahren oder in einer gerichtsnahen Mediation sachgerechter aufgehoben ist. Gerade das Verzahnen von unterschiedlichen Verfahren ist eines der bislang zu wenig genutzten Potenziale des Fördergesetzes.

8. ROLLENKLARHEIT DES GÜTERICHTERS

Zu dieser Diversifizierung gehört auch, dass rund um das Thema Mediation klar ist, wer welche Rolle in diesem Zusammenspiel einzunehmen hat. Die Überführung der gerichtsinternen Mediationsprojekte in das Güterichtermodell hatte gerade nicht das Ziel, Mediationsverfahren in der Justiz zu etablieren. Sie sollte vielmehr den Streitparteien auch vor Gericht durch einen anderen Richter mit Hilfe verschiedener Konfliktlösungsmethoden die Möglichkeit eröffnen, zu einer nicht von Positionsdenken und Prozesstaktik bestimmten Streitlösung zu gelangen.[31]

Genau aus diesem Grund liefen die gerichtsinternen Mediationsprojekte ein Jahr nach Inkrafttreten des MediationsG aus und sollten auch nicht durch den Kompromiss im Vermittlungsausschuss durch die Hintertür dauerhaft wieder eingeführt werden.[32] Gerade wegen der zeitlichen Hürden, denen viele Güterichter in diesen Verfahren unterliegen, sollten diese Verfahren nicht als Mediationsverfahren deklariert werden. Denn sie sind aufgrund der strukturellen Hindernisse häufig eher qualifizierte Vergleichsverhandlungen, die sich deutlich von dem unterscheiden, was außergerichtlich von freiberuflichen Mediatoren der unterschiedlichen Berufsgruppen als Mediation angeboten wird.[33] Auch das gehört dazu, dem Standort Deutschland beim Thema Mediation ein klares Profil zu geben.

9. SCHAFFUNG VON ANREIZSYSTEMEN FÜR DIE INANSPRUCHNAHME DER MEDIATION

Zur Freiwilligkeit der Mediation passt es, dass Parteien autonom entscheiden können, ob sie diese Form der Konfliktbeilegung wählen wollen. Dem stehen Anreize durch den Gesetzgeber nicht entgegen, den Schritt in die Mediation zu wagen. Dies gilt umso mehr, als das Güterichterverfahren, das in einigen Gerichtsbezirken weiterhin im Widerspruch zum eindeutigen Gesetzestext als Mediationsverfahren deklariert und zudem weiterhin ohne zusätzliche Kosten angeboten wird – ein wettbewerbsrechtlicher Umstand, der die außergerichtliche Förderung der Mediation zudem weiterhin erschwert. Insofern dürfte sich der Kompromiss des Vermittlungsausschusses – § 278 V 2 ZPO, wonach der Güterichter „alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen" kann – eher als gesetzgeberisches Eigentor denn als mediative Meisterleistung erwiesen haben.

a) PRIVILEGIERUNG BEI DEN GERICHTSGEBÜHREN

Ein Beispiel, wie man vor Einleitung des Gerichtsverfahrens durch Gebührenanreize den Weg in die Mediation erleichtern könnte, hat der Gesetzgeber den Ländern bereits im Fördergesetz im Jahr 2012 angeboten: In § 69 GKG und § 61a FamGKG ist der Schlüssel dafür gelegt, dass die Gerichtsgebühren für ein anhängiges Verfahren reduziert oder erlassen werden, wenn das Verfahren durch eine außergerichtliche Mediation beendet wird. Leider hat bislang kein Bundesland davon Gebrauch gemacht.

Dieser Regelungsgedanke könnte als Anreiz zudem auch bereits vor einer Einleitung eines Gerichtsverfahrens genutzt werden: Indem beispielsweise Parteien, die sich für ein Mediationsverfahren entscheiden, im Fall des Scheiterns bei dem sich anschließenden Gerichtsverfahren bezüglich der zu leistenden Gerichtsgebühren vollständig entlastet oder zumindest privilegiert werden. Im Wissen darum, dass rund zwei Drittel bis drei Viertel der Mediationsverfahren erfolgreich enden, würde die Justiz auf diese Weise zunächst von zahlreichen potenziellen Gerichtsverfahren befreit. Das damit verbundene Risiko reduzierter Gerichtsgebühren scheint hingegen sehr überschaubar, während dieses Instrument die Mediation außerhalb des Gerichts nachdrücklich zu fördern wüsste. Auch könnten Rechtsanwälte durch das Skizzieren dieser Gebührenanreize gerade skeptische Mandanten leichter für eine Mediation begeistern.

b) GEBÜHRENANPASSUNG FÜR DEN PARTEIANWALT IN DER MEDIATION

Damit Rechtsanwälte, die ihre Mandanten für Mediation gewinnen wollen, durch ihre eigene Empfehlung nicht ins Hintertreffen geraten, ist die Begleitung der Mandanten in die Mediation auch im RVG in Nr. 2303

[23] Abrufbar unter https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2017_Final.pdf.
[24] Roland Rechtsreport 2017 (Fn. 23), 7.
[25] Roland Rechtsreport 2017 (Fn. 23), 20.
[26] Als Anspruch für die Anwaltschaft völlig zu Recht immer wieder vom ehemaligen BRAK-Präsidenten Filges eingefordert.
[27] Roland Rechtsreport 2017 (Fn. 23), 20.
[28] S. Fn. 15.
[29] https://www.brak.de/adr-broschuere/.
[30] Erhellend hierzu insbesondere KPMG/Unternehmerschaft Düsseldorf e.V./Akademie Lichtenauer e.V./A.C.P, Best Practice – Konflikt(kosten)-Management 2012, Düsseldorf, 2012.
[31] An den gesetzgeberischen Willen erinnernd *Greger*, ZKM, 2017, 4; *Plassmann*, AnwBl. 2012, 151; Stellungnahme *Plassmann* als Sachverständiger, http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=2180&id=1174.
[32] *Plassmann*, BRAK-Mitt. 2012, 194.
[33] Der Fokus sollte daher auf die außergerichtliche Mediation gelegt werden, *Will*, ZKM 2017, 84.

VV-RVG angemessen, beispielsweise durch eine 1,0 RVG-Gebühr, zu honorieren. Gerade weil die fachgerechte Begleitung des Mandanten eine für den Erfolg der Mediation ebenso wichtige Leistung wie eigene anwaltliche Dienstleistung darstellt, sollte diese in § 17 Nr. 7 RVG als eigene Angelegenheit klarstellend aufgenommen werden.

c) OPTION EINER MEDIATIONSKOSTENHILFE

Nachdem das erste und einzige Pilotprojekt zur Förderung der Mediation in Familienkonflikten – die Berliner Initiative für geförderte Familienmediation (BIG-FAM)[34] – ebenfalls wissenschaftlich ausgewertet wurde, sollte man anhand der Erkenntnisse fragen, ob über eine Mediationskostenhilfe in Deutschland auch bedürftigen Gruppen der Zugang zur Mediation erleichtert werden sollte. Eine Schlüsselrolle zur Etablierung dieser Anreizsysteme könnte dabei grundsätzlich die Rechtsfigur des „Zertifizierten Mediators" einnehmen.

10. VERZAHNUNG VON FÖRDERINSTRUMENTEN UND ZERTIFIZIERUNG

Anreizsysteme – gerade solche finanzieller Art – benötigen einen ebenso transparenten wie verlässlichen Rahmen. Dieser wäre idealerweise durch ein anerkanntes Zertifizierungssystem abzubilden. Letzteres ist zwar in der ZMediatAusbV bereits angelegt, bedarf jedoch gerade in den zentralen Punkten Praxiserfahrung, Kontrolle und Sanktionsmöglichkeiten noch einer wesentlichen Verfeinerung.[35] Ein im Markt anerkanntes Zertifizierungssystem hätte das Potenzial, auf drei Feldern unmittelbar seine Wirkung zu entfalten:

a) VERANTWORTLICHE EINBINDUNG DER RECHTSSCHUTZBRANCHE

So ließe sich z.B. der von den Rechtsschutzversicherungen im Gesetzgebungsverfahren wiederholt geäußerte Wunsch erfüllen, auf klare Maßstäbe bei der Auswahl eines Mediators im Rahmen ihres Deckungsschutzes zurückgreifen zu können. Gleichzeitig würde das Selbstverständnis eines zertifizierten Mediators eine gute Gelegenheit bieten, im Dialog mit den Rechtsschutzversicherungen zu erörtern, wie die zahlreichen von der Rechtsschutzbranche initiierten Vermittlungsverfahren auf Dauer idealerweise ausgestaltet werden sollten.

Während sich die Telefonvermittlung – von den Rechtsschutzversicherern zum besseren Einwerben fälschlich als Mediation tituliert – in Einzelfällen als ebenso angemessen wie effektiv erweist, aber gewiss keine Mediation darstellt, dürfte in vielen Fällen erst die persönliche Präsenz aller Beteiligten einerseits und die vollständige Informiertheit der Medianden durch Einbringung der Parteianwälte andererseits dem angebotenen Mediationsprodukt die allseits gewünschte Akzeptanz verleihen.[36]

b) ETABLIERUNG GERICHTSNAHER MEDIATION

Zugleich erhielten Richter durch die Zertifizierung die oft vermissten Standards, auf die sie als Kriterien für eine mögliche – in der Praxis leider kaum genutzte – Verweisung i.S.d. § 278a ZPO an außergerichtliche Mediatoren zurückgreifen könnten.

c) KRITERIEN ZUR ETABLIERUNG VON KOSTEN- UND GEBÜHRENANREIZEN

Auch wäre durch die Zertifizierung eine Basis gelegt, auch den Ländern Kriterien an die Hand zu geben, um den Parteien im Rahmen der noch nicht genutzten Öffnungsklauseln der § 69b GKG und § 61a FamGKG Gebühren- und Kostenanreize für den Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung in Aussicht zu stellen.

d) KONSEQUENZ: ZMEDIATAUSBV ANPASSEN

Der Gesetzgeber hat vor fünf Jahren mit dem MediationsG einen gelungenen Rahmen geschaffen. Das Bundesjustizministerium erwies bei der Erarbeitung der gesetzlichen Regelungen gerade auch zur Aus- und Fortbildung Brückenbauerqualitäten zwischen den unterschiedlichen Interessengruppen. Genau aus diesem Grunde wäre es ein souveränes Signal, als nächsten Schritt die Standards der Zertifizierung im Rahmen der ZMediatAusbV im Sinne einer nachhaltigen Qualität und Förderung der Mediation zu überarbeiten. Dies böte nicht nur die Chance, der Zertifizierung durch weitere wichtige Weichenstellungen einen echten Qualitätscharakter zu geben, sondern sowohl die vorliegenden Erkenntnisse aus der Evaluierung einzubauen als auch das Thema „Zertifizierungsstelle" noch einmal grundsätzlich zu überdenken.

IV. FAZIT UND AUSBLICK

Auch fünf Jahre nach Inkrafttreten des MediationsG ist die Mediation noch kein Selbstläufer. Sie steht weiterhin einem scheinbar übermächtigen Partner gegenüber. Doch die Perspektiven machen Mut: Mediation wird mehr und mehr als echte Alternative wahrgenommen. Folglich sollten sich die Mediatoren diesem Wettbewerb offensiv und mit einem echten Qualitätsanspruch stellen. Ein Grund mehr, aus eigenem Interesse dafür Sorge zu tragen, dass die positive Wahrnehmung, die die Etablierung der Mediation begleitet, einen fundierten gesetzgeberischen Rahmen erhält. Anbieter, Berater und Gesetzgeber sind dabei gleichermaßen gefordert, ihre Hausaufgaben zu machen. Wenn dies konsequent gelingt, hat die Mediation das Potenzial für ein Premiumprodukt in der Konfliktlösung.

[34] Mehr Informationen unter https://www.big-familienmediation.de/.
[35] Empfehlungen hierzu s. Fn. 21.
[36] Lesenswert hierzu Anm. *Wendt*, ZKM 2016, 108.