

AUFSÄTZE

DAS MEDIATIONSGESETZ – EINE STEILVORLAGE FÜR DIE GESAMTE ANWALTSCHAFT

RECHTSANWALT MICHAEL PLASSMANN, BERLIN*

Fristen ordnungsgemäß zu beachten, gehört zu den anwaltlichen Pflichtaufgaben. Gesetzgeber haben es in diesem Punkt etwas leichter: So hätte das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung,¹ das der Umsetzung der EU-Richtlinie (EU-RL) 2008/52/EG² diente, vorgebegermäßig bis zum 20. Mai 2011 verabschiedet werden sollen. Dass es am Ende trotz eines einstimmigen Beschlusses des Deutschen Bundestages³ nicht nur zu erheblichen Verzögerungen,⁴ sondern zu einem harten Ringen im Vermittlungsausschuss kommen konnte, war ausschließlich einem Verfahren geschuldet, das den Kernbereich des originären Gesetzesanliegens gerade nicht tangierte: der gerichtlichen Mediation.

Der Autor skizziert die beachtliche Dynamik des Gesetzgebungsverfahrens und die Herausforderungen und Chancen, die sich aus der gesetzlichen Verankerung der Mediation für Parteianwälte und Anwaltsmediatoren gleichermaßen ergeben.

I. KONSENSUALE VERFAHREN GESETZGEBERISCH AUF DEM VORMARSCH

1. AUSGANGSLAGE: NACHFRAGE NACH MEDIATION NIMMT ZU

Diente die Mediation über viele Jahre in erster Linie zahlreichen Ausbildungsinstitutionen, beständige Umsatzgrößen zu realisieren, hat sich in den letzten Jahren auch die Nachfrageseite mehr und mehr mit den Potentialen der Mediation beschäftigt. Öffentlichen Rückenwind erhielt diese Entwicklung durch ein sogenanntes Mediationsverfahren, das im Ergebnis wohl eher eine rechtlich nicht unumstrittene Schlichtung war: das Vermittlungsbemühen Heiner Geißlers im Streit um das Projekt Stuttgart 21. Unabhängig von der falschen Qualifizierung dieses Konfliktlösungsverfahrens hat der Vermittlungsversuch um das Projekt

Stuttgart 21 einer breiten Bevölkerung einen Eindruck davon vermittelt, was grundsätzlich möglich ist, wenn ein unabhängiger Dritter – idealerweise möglichst frühzeitiger als in Stuttgart – die festgefahrenen Fronten zwischen Konfliktparteien aufzubrechen versucht. Mit dieser nicht geplanten PR-Wirkung geht eine andere Erkenntnis einher, die gerade die Anwaltschaft in ihrem Beratungsanspruch unmittelbar tangiert: Auch wenn das ebenso berechnete wie wichtige Verlangen nach einer kompetenten und zügigen rechtlichen Entscheidung immer noch Ausdruck zahlreicher Mandantenanliegen ist, nimmt das Bedürfnis von Konfliktparteien nach einer konsensualen Lösung spürbar zu.⁵

Man mag dabei den Stellenwert von interessengetragenen Studien⁶ und ihrer Fragestellungen selbstverständlich kritisch beleuchten. Ihre Botschaft gilt es für die zentralen Konfliktmanager – die Anwälte – jedoch, aufmerksam zur Kenntnis zu nehmen: Immer mehr Parteien würden im Konfliktfall gerne den Weg in den Gerichtssaal vermeiden. Das gilt natürlich immer unter der Maßgabe, dass ihnen mit einem konsensualen Verfahren eine zumindest ebenso qualifizierte Lösung wie in tradierten Verfahren ermöglicht wird. Hierzu passt es, dass vermehrt auch Anwaltskollegen, die neben der Fachanwaltschaft auch den Mediator auf dem Briefkopf ausweisen, davon berichten, verstärkt von Mandanten aufgesucht zu werden, die von ihrem Parteianwalt neben einer fachlich kompetenten zugleich auch eine deeskalierende Dienstleistung erwarten. Hier wird offensichtlich der Mediatorentitel nicht mehr als Makel im Sinne eines „soften“ Anwalts, sondern als besondere Konfliktkompetenz auf der Nachfrageseite wahrgenommen.

Diese Erkenntnisse im Rahmen der Befragung von Privatpersonen korrespondieren im Übrigen auch mit den Schlussfolgerungen, die gerade nicht nur DAX-Unternehmen, sondern auch Mittelständler vermehrt in ihren unternehmensinternen Konfliktmanagementsystemen oder in ihrer Verfahrenswahl im konkreten einzelnen Konflikt berücksichtigen.⁷ Auch fällt in diesem Zusammenhang auf, dass gerade in absolut festgefahrenen Konflikten – sei es beispielsweise in Planungsverfahren, internen Parteikonflikten oder auf Gesellschaft-

* Der Autor ist Vorsitzender des Ausschusses Außergerichtliche Streitbeilegung der BRAK. Er gehörte einer vom BMJ einberufenen Expertengruppe zum MediationsG an. Im Gesetzgebungsverfahren wurde er als Sachverständiger vom Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages angehört.

¹ BGBl. Jahrgang 2012 I, S. 1577 ff.

² Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, vgl. ABl. L 136/3 v. 24.5.2008.

³ Siehe 149. Sitzung des Deutschen Bundestages am 15.12.2011, Plenarprotokoll 17/149, S. 17844–17856.

⁴ Das Gesetz ist – unter Missachtung der Umsetzungsfrist – 14 Monate später, am 26.7.2012, in Kraft getreten.

⁵ Exemplarisch seien hier die Erkenntnisse des „Roland Rechtsreport 2010, Einstellung der Bevölkerung zum deutschen Rechtssystem und zur Mediation“, erwähnt.

⁶ Siehe Fn. 5.

⁷ Bereits frühzeitig untersucht im Rahmen der PWC-Studie „Commercial Dispute Resolution – Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich“ und zwischenzeitig in der Praxis durch den „Round Table der Deutschen Wirtschaft“ in konkrete Konfliktlösungssysteme fortentwickelt.

terebene – der Ruf nach Mediation immer lauter wird. Interessant ist dabei, dass dem Verfahren offensichtlich eine Kraft zugebilligt wird, die nicht nur die Lösungs-, sondern auch die Befriedigungskomponente im besonderen Maße zu bedienen scheint.

2. UMSETZUNGS-AUFTRAG FÜR DEN GESETZGEBER

In Erinnerung an liberale Ausrufezeichen in der Rechtspolitik hätte es nahe gelegen, hinter dem nun verabschiedeten Fördergesetz die gesetzgeberische Antwort auf veränderte gesellschaftliche Entwicklungen zu vermuten. Doch diesem Anspruch hatte sich bereits die Europäische Union verpflichtet gefühlt. Sie forderte ihre Mitglieder auf, die zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2008/52/EG erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften für den grenzüberschreitenden Bereich bis zum 20. Mai 2011 zu erlassen. Gleichwohl hat die Bundesregierung gut daran getan, sich nicht auf die Umsetzung der Richtlinie zu beschränken, sondern eine einheitliche Rechtsgrundlage für konsensuale Verfahren in Deutschland zu schaffen.

Den Mitgliedstaaten oblag dabei aufgrund der EU-RL (Art. 6–8) lediglich ein zwingender Umsetzungsbedarf hinsichtlich der Vollstreckbarkeit, Vertraulichkeit und Verjährung. Die Bundesregierung hatte die Umsetzungspflicht zunächst zum Anlass genommen, sich darüber hinaus im Rahmen des vorgelegten Gesetzesentwurfes zwei weitere Ziele zu setzen⁸:

„Wesentliches Ziel“ – so der Anspruch – sei, „die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern“. Darüber solle für die gerichtsinterne Mediation eine „ausdrückliche rechtliche Grundlage geschaffen werden“.

Letzterer Anspruch irritierte insofern, als gerade das eigentliche Anliegen der EU-Richtlinie in Artikel 1⁹ darin bestand, „den Zugang zur alternativen Streitbeilegung zu erleichtern und die gütliche Beilegung von Streitigkeiten zu fördern, indem zur Nutzung der Mediation angehalten und für ein ausgewogenes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren gesorgt wird“.

II. DAS MEDIATIONSGESETZ IM PARLAMENTARISCHEN PROZESS

1. DIE FALSCH E AKZENTUIERUNG DES REGIERUNGS-ENTWURFES

Als der Gesetzgeber im Januar 2011 den Regierungsentwurf¹⁰ vorlegte, gab es ein gespaltenes Echo: Während ein prominenter Journalist wie Heribert Prantl in Regierungssprecher-Manier das Gesetz vorab als „Umbruch im deutschen Recht“¹¹ zu adeln versuchte, sahen andere Stimmen in ihm eher einen „schlichten Entwurf“.¹²

⁸ So die Erläuterung in der Vorbemerkung zum Regierungsentwurf, BT-Drucks. 17/5335, unter „A. Problem und Ziel“, S. 1.

⁹ ABl. L 136/5 v. 24.5.2008.

¹⁰ BT-Drucks. 17/5335.

¹¹ So Prantl auf der Titelseite der SZ v. 12.1.2011.

Der ursprüngliche Regierungsentwurf war ganz spürbar von internen Meinungsverschiedenheiten im BMJ geprägt. Während einerseits Förderinstrumente – zum Beispiel Kosten- oder Gebührenanreize,¹³ um dem Gesetzesanliegen Schubkraft zu verleihen, – nahezu gänzlich fehlten, war das Gesetz in wesentlichen Teilen dadurch geprägt, die gerichtsinterne Mediation mit der Mediation durch freiberufliche Mediatoren gleichzustellen und im Lichte der zahlreichen Mediationsprojekte als dauerhafte Aufgabe der Justiz zu etablieren. Diese falsche Weichenstellung¹⁴ gipfelte darin, dass die gesetzlich gewährleistete – § 78 ZPO oder § 11 ArbGG – anwaltliche Vertretung im Gerichtsverfahren durch die fehlende Zustimmung der gegnerischen Partei in gerichtsinternen Mediationsverfahren hätte ausgehebelt werden können. Zugleich hätte die Richterschaft eine Gesetzesgrundlage für die bislang nicht legitimierte gerichtsinterne Mediation erhalten und ihr Aufgabengebiet um die Mediation, einer ebenso komplexen wie systematischen Konfliktbearbeitungsmethode, dauerhaft erweitert.¹⁵

Der entsprechende Protest nicht nur aus Anwaltskreisen,¹⁶ sondern auch aus der Richterschaft war neben der falschen Fokussierung des Gesetzes auch verstärkt auf wettbewerbsrechtliche Argumente¹⁷ gestützt. Als weitere „bittere Pille“ sollte die Anwaltschaft zunächst eine erweiterte Vollstreckungsmöglichkeit für die Mediation schlucken: § 796d ZPO-E sah vor, dass auf Antrag der Parteien der Inhalt einer im Mediationsverfahren erzielten schriftlichen Vereinbarung vom Gericht für vollstreckbar erklärt werden sollte. Und dies ganz unabhängig davon, ob Parteianwälte oder zumindest ein anwaltlicher Mediator an dem Mediationsverfahren beteiligt waren. Damit wäre allen Mediatoren – vielfach unter Verstoß gegen § 2 Abs. 3 Ziff. 4 RDG – die Möglichkeit eingeräumt worden, das Mediationsergebnis für vollstreckbar erklären zu lassen. Das hätte ganz unabhängig davon gegolten, welchen Grundberuf sie ausüben, ob sie eine qualifizierte Mediationsausbildung besitzen oder Haftpflichtversicherungsschutz anbieten können.

Diese ergänzende Vollstreckungsmöglichkeit, die den vereinfachten Zugang zur Mediation ermöglichen sollte, aber zugleich den Verbraucherschutz sehenden Auges ignorierte, korrespondierte mit einem weiteren äußerst liberalen Grundverständnis: den Ausbildungsanforderungen an die Mediatoren, denen unabhängig von ihrem Quellberuf ein Zeugnisverweigerungsrecht in Falle eines Scheiterns einer Mediation eingeräumt

¹² So hingegen nicht nur Monika Dunkel im Leitartikel der Financial Times Deutschland v. 13.1.2011, S. 25.

¹³ Bereits frühzeitig zeichnete sich ab, dass weder eine Mediationskostenhilfe noch Anreize für die Inanspruchnahme vorgerichtlicher Mediation mehrheitsfähig waren.

¹⁴ Duve spricht daher vom „Gesetz zur Rettung der gerichtlichen Mediation“, ZKM 04/2012, 108.

¹⁵ Zu Recht erinnert Prütting einmal mehr an die eigentlichen Kernaufgaben der Justiz, AnwBl. 2012, 204 ff.; Plassmann warnt vor einer „Bevorzugung der Gerichtsmediation“, AnwBl. 2012, 123 f.

¹⁶ Siehe BRAK-Stlln. 27/2010 und DAV-Stlln. 58/2010 auf den Referentenentwurf.

¹⁷ Lesenswert hierzu gerade auch die wettbewerbsrechtlichen Bedenken der Präsidentin des BVerwG in ihrer Stellungnahme zum Referentenentwurf v. 27.9.2010.

werden sollte. Hier hatte sich der Gesetzgeber aus Sorge vor einer frühzeitigen Überreglementierung der Mediation dafür entschieden, die Qualitätssicherung in die Eigenverantwortung der Mediatoren¹⁸ zu legen. So verwunderte es nicht, dass auch in der ersten parlamentarischen Debatte¹⁹ fraktionsübergreifend Nachbesserungen dieses „schlanken Gesetzgebungsvorschlages“²⁰ gefordert wurden.

2. DER PARADIGMENWECHSEL DURCH DEN RECHTSAUSSCHUSS

Dass Mediation offenbar seine eigene Wirkung entfaltet und interessanterweise auch Politiker zu vereinen vermag, darf als eine Erkenntnis der Sachverständigenanhörung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages festgehalten werden. Das über alle Fraktionen spürbare Verlangen, einen nachhaltigen Gesetzesvorschlag zu entwerfen, zog sich wie ein roter Faden durch die Sachverständigenanhörung am 25. Mai 2012²¹ und die nachfolgenden internen Meinungsbildungsprozesse der Berichterstatter,²² in der gerade auch die Vertreter der Regierungsfaktionen konsequent die Schwächen des Regierungsentwurfes zu beheben suchten. ‚Gestaltung im Dialog‘ könnte man entgegen mancher Politikverdrossenheit formulieren, wenn die Experteneinbindung²³ gerade nicht reine Testfunktion erfüllt, sondern als echter Meinungsbildungsprozess verstanden wird. Folgerichtig bildeten – nachdem schnell Einigkeit über das ersatzlose Streichen des § 796d ZPO-E bestand – die Ausbildungsanforderungen der Mediatoren und die Zukunft der gerichtlichen Mediation die zentralen Themenfelder der Debatte im Rechtsausschuss.

a) GÜTESIEGELMODELL FÜR MEDIATOREN VORBEREITET

Im Vorfeld einer möglichen veränderten Regelung zu den zu liberalen Ausbildungsanforderungen hatten sich in der Diskussion auch mit dem BMJ drei grundsätzliche Qualifizierungsvarianten herauskristallisiert: Schnell zeigte sich dabei, dass – mit Ausnahme eines Gütesiegels – sowohl einem echten Zulassungs- als auch einem Anerkennungsmodell, das dem Mediator gesetzliche Privilegien zugesichert hätte, verfassungsrechtliche Bedenken entgegengehalten wurden. Das BMJ, das das Spannungsfeld zwischen den Verbraucherinteressen an einem möglichst übersichtlichen Mediatorenangebot und der Sorge um eine vorzeitige Überreglementierung der Mediation sehr wohl erkannt hatte, wollte die Entwicklung von tragfähigen Ausbildungsstandards auf

die maßgeblichen Mediations- und Berufsverbände sowie die Kammern übertragen.²⁴ Auch wenn man den von der Bundesregierung formulierten Ansatz, die sich noch in der Entwicklung befindliche Mediation nicht zu überreglementieren, teilen mag, schienen hier im Interesse der Verbraucher jedoch Zugeständnisse notwendig, die von der BRAK²⁵ im Rahmen eines Zertifizierungsvorschlages in Form eines Gütesiegel-Modells konkretisiert wurden. Der Vorschlag basierte dabei auf der Überlegung, im Rahmen eines Zweistufen-Modells einerseits weiterhin allen Mediatoren die Mediationsausübung zu ermöglichen und zugleich im Rahmen eines Zertifizierungssystems eine „zweite Stufe“ einzuführen, die dem Bedürfnis nach Transparenz und Qualität im besonderen Maße Rechnung trägt.

Durch diese Klarstellung im Rahmen der Qualifikation sollte einerseits gewährleistet werden, dass Verbraucher wissen, was sich auf der Qualifikationsseite hinter einer Zertifizierung konkret verbirgt. Andererseits hätte man auf Basis dieser vom „Arbeitskreis Zertifizierung“ der Expertenkommission erarbeiteten Qualitätsstandards vorgenommenen Zertifizierung zugleich auch ein Instrument, dessen Inanspruchnahme zur Förderung der außergerichtlichen Mediation – beispielsweise durch Kosten- und Gebührenanreize oder als Hilfe für Verweisungsmöglichkeiten für die Rechtsschutzversicherungen oder Gerichte – beitragen könnte.

aa) BRAK-GESETZESVORSCHLAG UMGESETZT

Der Rechtsausschuss hat die Änderungsvorschläge der BRAK²⁶ nahezu deckungsgleich im MediationsG aufgegriffen und durch einen Anforderungskatalog für den „einfachen“ Mediator ergänzt. § 5 MediationsG sieht danach ein zweistufiges Aus- und Fortbildungsmodell vor. Für den „Mediator“ präzisiert dabei zunächst § 5 Abs. 1 MediationsG die inhaltlichen Anforderungen an die in „Eigenverantwortung“ zu erwerbenden theoretischen Kenntnisse und praktischen Erfahrungen. Der von den Anwaltskammern in der Vergangenheit an Anwaltsmediatoren gestellte Anforderungskatalog gem. § 7a BORA umfasst diese Präzisierung, so dass Anwaltsmediatoren sowohl die Anforderungen gem. § 5 Abs. 1 MediationsG als auch § 7a BORA erfüllen. Im Lichte dieses speziellen Anforderungskataloges im MediationsG wird sich auch die Satzungsversammlung mit der Frage der Zukunft des § 7a BORA zu beschäftigen haben. Ergänzend wird in § 5 Abs. 2 MediationsG der „Zertifizierte Mediator“ eingeführt: „Als zertifizierter Mediator darf sich danach bezeichnen, wer eine Ausbildung zum Mediator abgeschlossen hat, die den Anforderungen der nach § 6 MediationsG zu erlassenden Rechtsverordnung entspricht.“ (§ 5 II MediationsG).

¹⁸ Siehe § 5 MediationsG-E.

¹⁹ Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 105. Sitzung, 17.4.2011.

²⁰ So der BE der CDU/CSU-Fraktion, Patrick Sensburg, anlässlich der ersten Beratung am 17.4.2011.

²¹ Protokoll Dt. Bundestag Nr. 51.

²² Patrick Sensburg (CDU/CSU) und Christian Ahrendt (FDP) für die Regierungsparteien, Sonja Steffen (SPD), Ingrid Hönlinger (DIE GRÜNEN) und Jörn Wunderlich (DIE LINKE) als die Oppositionsvertreter.

²³ Die Stellungnahmen der Sachverständigen Greger, Hausmanns, Hertel, Krämer, Paul, Plassmann, Sporré und Tögel sind abrufbar unter: <http://www.mediate.de/gesetzgebung.htm>.

²⁴ Der langjährige Leiter des Referats Mediation im BMJ, Eberhard Carl, hat im Rahmen der Sitzungen des AK Zertifizierung verdienstvoll dazu beigetragen, eine versachlichte Diskussion in Gang zu setzen, die erstmals Überlegungen zu gemeinsamen Standards ermöglicht haben.

²⁵ Siehe Stellungnahme Plassmann anlässlich der Sachverständigenanhörung am 25.5.2011, abrufbar unter: <http://www.mediationskanzlei-plassmann.de/mediationskanzlei/veroeffentlichungen.htm>

²⁶ Siehe Fn. 25.

bb) ANFORDERUNGSKATALOG FÜR ZERTIFIZIERUNG

Nach derzeitigem Erkenntnisstand könnte in der noch zu erlassenden Rechtsverordnung in Anlehnung an die in der Gesetzesbegründung aufgegriffenen Vorschläge des Arbeitskreises Zertifizierung festgelegt werden, dass die Ausbildung zum „Zertifizierten Mediator“ zumindest 120 Stunden zu umfassen und einen festgelegten Ausbildungskatalog abzudecken hat. Überdies werden Mediatoren für das dauerhafte Führen der Bezeichnung „Zertifizierter Mediator“ in die Pflicht genommen, neben dem Nachweis von Praxisfällen auch eine regelmäßige Fortbildung zu absolvieren.

cc) ZUKUNFT DER ZERTIFIZIERUNG

Da es sich bei der Rechtsverordnung nicht um eine Verpflichtung, sondern lediglich um eine Berechtigung für das BMJ handelt, ist gerade vor dem Hintergrund verfassungs- und europarechtlicher Fragen²⁷ zur Zeit offen, wann und in welcher Form das BMJ von der Ermächtigung Gebrauch machen wird. Es geht einerseits um die Weichenstellung, ob lediglich die jeweiligen Ausbildungsinstitute – und wenn ja, durch wen? – oder der einzelne Mediator zertifiziert werden sollen. Andererseits stellt sich die am Beispiel des zertifizierten Testamentsvollstreckers aufgeworfene Frage²⁸ der Praxisnachweise. Hier geht es im Ergebnis nicht nur darum, eine Balance zwischen notwendiger Qualitätssicherung und freiem Marktzutritt²⁹ herzustellen. Zugleich ist auch zu gewährleisten, dass nicht durch ein vorschnelles Votum für eine privatautonome Zertifizierungslösung Interessengruppen die Hoheit über ein Qualitätsmerkmal wie die Zertifizierung erlangen, gerade weil § 6 MediationsG die Errichtung eines institutionalisierten Zertifizierungsverfahrens nicht vorsieht, zeigt das BMJ an dieser Stelle möglicherweise bereits Weitblick, indem der Erlass der Rechtsverordnung nicht unter Zeitdruck, sondern mit Sorgfalt geprüft wird. Vor dem Hintergrund des nunmehr deutlich verschärften Anforderungsprofils mag insofern manches dafür sprechen, den in § 8 MediationsG auf fünf Jahre angelegten Evaluierungszeitraum dafür zu nutzen,³⁰ Klarheit darüber zu gewinnen, ob der zertifizierte Mediator sich auf Dauer als „Heilsbringer oder Schreckgespenst“³¹ erweist.

b) GÜTERICHTERMODELL ERSETZT GERICHTSINTERNE MEDIATIONSPROJEKTE

Auch beim zweiten „heißen Eisen“, der zunächst beabsichtigten gesetzlichen Verankerung der gerichtlichen Mediation, hat der Rechtsausschuss die Anregungen der Sachverständigen³² zum Anlass genommen, einen konsequenten Kurswechsel gegenüber dem Regierungsentwurf vorzunehmen: So wurde die Gleich-

stellung von außergerichtlicher und gerichtlicher Mediation in § 1 MediationsG ebenso wie die in Artikel 2 vorgesehene Option in § 15 GVG, gerichtsinterne Mediation in Zivilsachen in den jeweiligen Bundesländern einführen zu können, ersatzlos gestrichen. Zugleich wurde in einer Übergangsbestimmung in § 9 MediationsG das Ende der gerichtlichen Mediation ein Jahr nach Inkrafttreten des Gesetzes fixiert. Um die in den gerichtlichen Mediationsprojekten gewonnene Verhandlungskompetenz auch im Sinne der Mandanten dauerhaft zu sichern, wurde der Vorschlag³³ durch den Rechtsausschuss aufgegriffen, die Mediationsprojekte stattdessen in ein auf alle wesentlichen Gerichtsbarkeiten³⁴ – mit Ausnahme des Strafverfahrens – erstrecktes sogenanntes Güterichtermodell zu überführen. Zukünftig sollen – so die Neuregelung des § 278 Abs. 5 ZPO – anhängige Rechtsstreitigkeiten ohne zusätzliche Kosten für die Parteien an einen nicht entscheidungsbefugten Güterichter verwiesen werden können. Möglich ist die Verweisung jedoch – so das für die Anwaltschaft im Lichte der Sorge um eine Ausweitung der Obligatorik wichtige gesetzgeberische Verständnis – „nur mit Einverständnis der Parteien“.³⁵ Durch eine Ergänzung in § 159 II ZPO wird zugleich die Vertraulichkeit des Güterichterverfahrens in zweierlei Hinsicht geschützt: Zum einen ist die Verhandlung vor dem Güterichter nicht öffentlich. Zum anderen wird nur „auf übereinstimmenden Antrag der Parteien“ ein Verhandlungsprotokoll erstellt. Der Güterichter, der zwar keine Entscheidungsbefugnis besitzt, sondern ausschließlich nach Möglichkeiten für eine einvernehmliche Lösung sucht, übernimmt dabei eine völlig andere Rolle als der Mediator. So kann der Güterichter, im Gegensatz zum Mediator, rechtliche Bewertungen vornehmen, den Parteien konkrete Lösungen für den Konflikt vorschlagen und zugleich das Ergebnis protokollieren. Mit der korrespondierenden Klarstellung in § 1 MediationsG³⁶ wird damit die richterliche Streitschlichtung – auch in Form des Güterichtermodells – klar von der Mediation, wie sie außerhalb des Gerichtes angeboten wird, unterschieden.³⁷

Mit dieser Weichenstellung hatte der Rechtsausschuss auch in puncto Rollenklarheit ein wichtiges Signal gesetzt: Wer zukünftig den Weg ins Gericht wählt, soll dort genau das finden, was er bei Einreichung einer Klage beansprucht und erwartet: einen Richter. Die Rolle des dabei möglicherweise ins Spiel kommenden vermittelnden Güterichters entspricht ohnehin nicht nur einer seiner originären richterlichen Aufgaben, sondern auch dem Verständnis, das bislang häufig vom Richtermedia-

²⁷ Einmal mehr auch zu dieser Frage erhellend: Greger, ZKM 02/2012, 36 f.

²⁸ Lesenswert hierzu die BGH-Entscheidung zum Begriff des „zertifizierten Testamentsvollstreckers“ NJW 2012, 235 f.

²⁹ Zutreffend angemahnt von Wagner, ZKM 04/2012, 115.

³⁰ So übereinstimmend Greger, ZKM 02/2012, 36 ff. und Carl, ZKM 04/2012, 132 f.

³¹ Nicht ohne Grund stellt Greger diese pointierte Frage, siehe Fn. 30.

³² Siehe Fn. 23.

³³ So vorgeschlagen von Plassmann im Rahmen seiner Stellungnahmen vor und ggü. dem Rechtsausschuss, s. Fn. 23, dort Plassmann, S. 9-16 und Protokoll Dt. Bundestag Nr. 51, S. 18-21; Paul regte im Rahmen der Sachverständigenanhörung die Bezeichnung „gerichtliches Vermittlungsverfahren“ an, siehe Fn. 23, dort Paul, S. 2.

³⁴ Mit Ausnahme des Strafverfahrens.

³⁵ Vgl. Fn. 12, S. 21.

³⁶ Die geplante Gleichstellung von gerichtsinterner, gerichtsnaher und außergerichtlicher Mediation wurde zugunsten der (reinen) Mediation ersatzlos gestrichen.

³⁷ Die strukturellen Unterschiede von richterlicher Mediation und Güterichtertätigkeit hervorragend herausgearbeitet bei Carl, ZKM, 01/2012, 16 ff.

tor praktiziert und von den Parteien auch wahrgenommen wurde. Somit wird für Richter und Bürger die überfällige Rollenklarheit³⁸ geschaffen, die auch die ehemaligen Richtermediatoren wieder mehr in ihrer Kernkompetenz in die Verantwortung nimmt.

Dieser Paradigmenwechsel des Rechtsausschusses zeigte Wirkung: am 15. Dezember 2011 stimmte der Bundestag in ungewohnter Einmütigkeit für das vom Rechtsausschuss neu akzentuierte Förderungsgesetz.

3. DAS MEDIATIONSG IM VERMITTLUNGS-AUSSCHUSS

a) DIE KLARSTELLUNG IN § 278 V ZPO: MEDIATIVE MEISTERLEISTUNG ODER GESETZGEBERISCHES EIGENTOR?

Mit dem Anrufen des Vermittlungsausschusses verfolgte die Länderkammer einzig das Ziel, mit einem Kraftakt doch noch die gerichtsinterne Mediation dauerhaft zu sichern. Der Vermittlungsausschuss hat diesem Ansinnen widerstanden und das Güterichtermodell nicht mehr in Frage gestellt. Gleichwohl gab es das Bedürfnis nach einem Zugeständnis, das dem unbestrittenen Beitrag³⁹ der Richtermediatoren für die Etablierung der Mediation Rechnung tragen soll: So wurde bis zuletzt nach Formulierungen gesucht, die den Richtermediatoren eine Handhabe ermöglichen, auch im Rahmen ihrer Rolle als Güterichter ohne Gesetzesverstoß auf die Instrumente der Mediation zurückgreifen zu können. Das Ergebnis führte zu einer Klarstellung innerhalb der neuen Fassung des § 278 Abs. 5 ZPO, wonach „der Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation“ in der Güteverhandlung einsetzen kann. Gleichzeitig wurde klargestellt,⁴⁰ dass die Bezeichnung „Mediator“ künftig „ausschließlich den außergerichtlichen Mediatoren vorbehalten“⁴¹ ist. Zudem wurde den Ländern durch eine Öffnungsklausel im GKG ermöglicht, Kostenregelungen zu treffen, um Gebühren beim einvernehmlichen Abschluss eines Gerichtsverfahrens durch eine außergerichtliche Streitbeilegung zu ermäßigen.⁴²

In der Begründung⁴³ für den Einigungsvorschlag wurde zugleich unmissverständlich klargestellt, dass über dieses Zugeständnis nicht etwa die Mediation unter dem Titel Güterichter fortgesetzt werden soll. Stattdessen wurde den Güterichtern über die Methodenvielfalt die Option eröffnet, auch auf bestimmte Mediationstechniken zurückgreifen zu dürfen. Mit dieser gesetzesdogmatisch wesentlichen, auch als „Eckpfeiler des Gesetzes“⁴⁴ beschriebenen Unterscheidung zwischen Mediation außerhalb des Gerichtes und Güterichtertätigkeit im gerichtlichen Verfahren korrespondiert zugleich die

Klarstellung in § 9 MediationsG: Dort heißt es in der Übergangsbestimmung ebenso unmissverständlich, dass die vor dem Gesetzeintritt angebotenen gerichtlichen Mediationsverfahren unter dem „alten Logo“ zwar noch – aber gerade auch nur noch – bis zum 1. August 2013 durchgeführt werden dürfen (und damit auslaufen haben).

b) UMSETZUNGSPFLICHT DER JUSTIZVERWALTUNG

Ob sich die Klarstellung des Vermittlungsausschusses im Ergebnis als mediative Meisterleistung oder doch eher als gesetzgeberisches Eigentor erweisen wird, dürfte entscheidend von einer Frage abhängen: Werden die Landesjustizverwaltungen den Wortlaut und Willen des Gesetzgebers respektieren oder das Zugeständnis im Rahmen der Methodenvielfalt als Öffnungstor für ein Fortführen der Gerichtsmediation unter dem Deckmantel des Güterichters missdeuten? Die Sorge⁴⁵ vor einer stillen Fortsetzung der Gerichtsmediation, die das klar akzentuierte Güterichtermodell unterlaufen könnte, erhält zumindest erste Anhaltspunkte: So war es zunächst der Hamburger Justizstaatsrat, der wider besseren Wissens bereits vor der Abschlussitzung des Vermittlungsausschusses per Pressemitteilung verbreiten ließ, dass sich die Länder darauf „geeignet“ hätten, dass „die gerichtsinterne Mediation dauerhaft gesetzlich abgesichert“⁴⁶ werde. Auch wenn hier noch der Wunsch Vater des Gedankens gewesen sein mochte, stimmt nachdenklich, dass die abschließende Klarstellung des Rechtsausschusses im Rahmen des Güterichtermodells bereits im Anschluss von den Protagonisten der Gerichtsmediation als Legitimation zur „Fortsetzung der etablierten Gerichtsmediation“⁴⁷ missdeutet wird. Der Bundesgesetzgeber wird hier die gesetzestreue Umsetzung durch die Landesjustizverwaltungen aufmerksam zu beobachten haben.

III. HERAUSFORDERUNGEN UND CHANCEN FÜR DIE ANWALTSCHAFT

Während die Debatte um die Frage Güterichter vs. Richtermediator ein Stadium tangiert, in dem die außergerichtliche Streitbeilegung offensichtlich ohne Erfolg geblieben ist, hat der Gesetzgeber einen gesetzgeberischen Akzent zur Förderung der Mediation im Vorfeld eines Gerichtsverfahrens gesetzt, der das Selbstverständnis der Anwaltschaft in mehrerer Hinsicht tangiert:

Die Rechtspolitiker sehen die Anwaltschaft als zentrale Weichensteller für ein verändertes Konfliktmanagement, das in geeigneten Fällen langwierige Gerichtsverfahren bereits im Vorfeld vermeidet. Daher hat der Gesetzgeber dem Klägeranwalt in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO als officium nobile – und damit als minimal invasi-

³⁸ Ausführlich erläutert in Stellungnahme *Plassmann*, siehe Fn. 23, dort *Plassmann*, S. 9–16.

³⁹ So ausdrücklich anerkennend *Plassmann*, AnwBl. 2012, 151f.

⁴⁰ Pressemitteilung des Bundesrates v. 27.6.2012.

⁴¹ Siehe Fn. 40.

⁴² Siehe Artikel 7 (§ 69b GKG) und 7a (§ 61a FamGKG) des Fördergesetzes.

⁴³ BT-Drucks. 17/10102, zu Artikel 2 Nr. 5 (§ 278 Absatz 5 ZPO), S. 3.

⁴⁴ Susanne Voßhoff und Patrick Sensburg in der PM der CDU/CSU-Fraktion v. 28.6.2012.

⁴⁵ *Wagner* befürchtet einen Etikettenschwindel und sieht bereits einen „Güterichtermediator“ am Horizont, *Wagner*, ZKM, 04/2012, 111ff.

⁴⁶ PM der Behörde Justiz und Gleichstellung v. 28.6.2012.

⁴⁷ *Röthemeyer*, ZKM 04/2012, 118, in ungewohnt parteilicher Manier.

ven Eingriff gegenüber einem bereits diskutierten Beratungsprotokoll – auferlegt, in der Klageschrift Auskunft darüber zu geben, „ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen“.

1. FRÜHZEITIGE AUFKLÄRUNG DURCH DIE ANWALTSCHAFT

Die Anwaltschaft sollte daher den in der Neufassung des § 253 Abs. 3 ZPO versteckten Appell, mit ihren Mandanten im Rahmen der Beratung noch gezielter über die Alternativen zum Prozess zu sprechen, deutlich wahrnehmen. Die nationalen wie europäischen Berufsregeln übertragen uns Anwälten – unabhängig vom MediationsG – zum einen die Pflicht, unsere Mandanten „(...) konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten“ (§ 1 III BORA). Zum anderen sollten wir Rechtsanwältinnen „immer danach trachten, den Streitfall des Mandanten so kostengünstig wie möglich zu lösen, und den Mandanten zum geeigneten Zeitpunkt dahingehend beraten, ob es wünschenswert ist, eine Streitbeilegung zu versuchen oder auf ein alternatives Streitbeilegungsverfahren zu verweisen.“ (CCBE, Abschnitt 3.7.1.). Aber auch aus Vorsorge gegenüber weiterer Regulierung lohnt Aufklärung: Wir Anwälte haben gerade seit der Finanzkrise häufig Banken daran erinnert, dass Anleger autonome Kapitalentscheidungen nur dann treffen können, wenn sie nicht nur Risiken und Chancen der angebotenen Produkte, sondern auch alternative Optionen kennen, die dem ermittelten Anlegerprofil möglicherweise eher Rechnung tragen. Lassen Sie uns durch eine umfassende Beratung wie selbstverständlich dafür Sorge tragen, dass wir Anwälte uns auch in Zukunft darauf beschränken können, Beratungsprotokolle nicht selbst zu fertigen, sondern sie lediglich zu prüfen.

Zu Recht weisen auch die Präsidenten der BRAK und des DAV regelmäßig auf den Konkurrenzdruck fremder Berater hin. Die Herausforderung bestehe darin, über eine „umfassende Qualitätssteigerung“ dafür zu sorgen, dass „der Titel ‚Rechtsanwalt‘ von den Bürgern als Qualitätssiegel erkannt wird.“ (Wolfgang Ewer) Übersetzt in den anwaltlichen Alltag bedeutet dies zum Beispiel, im Rahmen der Beratung – ganz unabhängig von einer Soll-Vorschrift der ZPO – auch verstärkt konsensuale Verfahren (ADR-Verfahren) wie die Mediation in das Beratungs- und Dienstleistungsportfolio der Anwaltschaft aufzunehmen und in geeigneten Fällen auch konkret vorzuschlagen. Alle Anwälte sind die Weichensteller für ein effektives Konfliktmanagement. Früh zu befrieden, bedeutet, auch früh über Alternativen zu informieren. Diese Pflicht obliegt uns nicht nur aufgrund unseres Berufsrechtes oder infolge der zukünftigen Pflicht, entsprechende Angaben in die Klageschrift aufzunehmen. Sie ist vielmehr Ausdruck der Erkenntnis, dass wir in jedem Einzelfall zugunsten unserer Mandanten alle relevanten Optionen kennen, prüfen und abwägen sollten. Die Mediation

oder die Klage ist dabei nicht in der Regel, sondern nur im Einzelfall nicht etwa die bessere, sondern lediglich die geeignetere Methode.

2. PARTEIANWÄLTE UND ANWALTSMEDIATOREN ALS PARTNER

Die dahinter stehende Sorge eines Parteianwaltes, das potentielle Mediationsmandat an den vermeintlichen Konkurrenten, den Anwaltsmediator, nicht nur in der Mediation, sondern darüber hinaus zu verlieren, ist auf den ersten Blick auch nachvollziehbar, aber unbegründet:

So bindet zum Beispiel jeder erfahrene Anwaltsmediator Parteianwältinnen im Mediationsverfahren so ein, dass der Mandant keinen Zweifel hat, dass es wichtig (und geldwert) ist, „seinen“ Anwalt auch in der Mediation an seiner Seite zu wissen. Im Gegenzug müssen gerade die anwaltlichen Mediatoren auch deutlich machen, dass sie weder die besseren Anwälte noch die erfolgreicherer Konfliktlöser sind. Genau deshalb sollte gerade in der Anwaltschaft die Erkenntnis reifen, dass Anwälte, die für ihre Parteien streiten und Anwälte, die als Mediatoren dabei schlichten, nicht etwa Wettbewerber, sondern Partner – mit unterschiedlichen Aufgaben – einer gemeinsamen Konfliktlösung sein können. Gerade die Regelungen des § 2 Abs. 3 Nr. 4 des RDG i.V.m. § 2 Abs. 6 MediationsG bieten für die Mediation eine Steilvorlage für alle Anwälte. So ist jeder Mediator aufgrund des MediationsG verpflichtet, „Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, auf die Möglichkeit hinzuweisen, die Vereinbarung bei Bedarf durch externe Berater überprüfen zu lassen“ (§ 2 VI MediationsG). Gleichzeitig stellt das RDG klar, dass die reine Verhandlungsführung im Rahmen der Mediation noch keine Rechtsdienstleistung darstellt (§ 2 III Nr. 4 RDG). Das gilt jedoch nur, soweit keine rechtlichen Regelungsvorschläge im Rahmen der Mediation erfolgen. Damit ist klar: Sobald im Rahmen der Mediation rechtliche Regelungsvorschläge erforderlich sind – und das ist trotz des interessenorientierten Verhandeln nach dem Harvard-Prinzip in nahezu allen Mediationen spätestens bei der Abschlussvereinbarung der Fall –, ist eine anwaltliche Beteiligung zwingende Grundlage eines jeden seriösen Mediationsverfahrens.

3. POSITIONIERUNG DER ANWALTSCHAFT ALS KOMPETENTE KONFLIKTMANAGER

Wollen wir Rechtsanwältinnen uns im Lichte des liberalisierten Marktes dauerhaft als die Experten für das Recht und die Konfliktlösung positionieren, müssen wir uns diesem umfassend aufklärenden Beratungsanspruch weniger aus Pflicht denn aus Überzeugung stellen. Umfassendere und passgenauere Herangehens- und Lösungsweisen gehören dabei zu den ganz besonderen Alleinstellungsmerkmalen, durch die sich die anwaltliche Dienstleistung als – und darauf weist BRAK-Präsident Axel C. Filges zu Recht immer wieder hin – „Premiumprodukt“ auszeichnen sollte. Gelingt es durch

dieses differenzierte Beratungsangebot in der Wahrnehmung der Bevölkerung nicht nur als die kompetentesten Partner zum Streiten, sondern auch zum Schlichten wahrgenommen zu werden, erweitern wir nicht nur nachhaltig unser Mandatspotenzial, sondern betreiben zugleich das beste Mandantenbindungsmanagement. Die differenzierte rechtliche Beratung ist das Gut der Anwaltschaft. Eine kompetent am Recht und an den In-

teressen der Mandantschaft orientierte Dienstleistung ist das von anderen Berufsgruppen nicht zu schlagende Premiumprodukt der Anwaltschaft.

Es ist Zeit für einen Schulterschluss in der Anwaltschaft: Kompetentes Konfliktmanagement, gerichtliches wie außergerichtlich, ist nicht nur in erster Linie, sondern vor allem auch gemeinsame Anwaltssache.
