

Das neue Mediationsgesetz: Konsensuale Streitbeilegung mit Überraschungen

Zwei Ziele: Berufsgesetz für Mediatoren und Güterichtermodell für alle Gerichtsbarkeiten

Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln

Der Bundesrat hat am 10. Februar 2012 gegen das am 15.12.2011 vom Bundestag einstimmig beschlossene neue Mediationsgesetz den Vermittlungsausschuss angerufen. Damit wird sich das Inkrafttreten des Gesetzes nochmals deutlich verzögern. Die Diskussion über die Mediation und das Mediationsgesetz ist in den vergangenen Jahren von vielen Anwälten, Richtern und Rechtspolitikern mit Leidenschaft geführt worden. Obwohl der Gesetzeskompromiss im Dezember 2011 einstimmig vom Bundestag beschlossen worden ist, hat er offensichtlich die Debatte nicht befriedet. Ist das Mediationsgesetz jetzt also ein Fall für die Mediation? Der Autor stellt das Gesetz vor und kommt zu dem Ergebnis, dass das Gesetz in die Strukturen der Gerichtsordnungen passt, damit Richtern und Mediatoren viele Chancen bietet sowie richtig angewandt Justiz und Mediation stärkt. Die bei einem einigen Bundestag aussichtslose Machtprobe des Bundesrates könnte dagegen den Mediationsgedanken schwächen – nicht nur weil sich das Inkrafttreten des Gesetzes verzögert.

I. Eine schwere Geburt

Die Mediation hat sich in der deutschen und internationalen Rechtsentwicklung von einem Geheiminstrument zur allseits diskutierten Wunderwaffe entwickelt. Dennoch hätte es bei aller heutigen Publizität vor zehn Jahren noch niemand für möglich gehalten, das Deutschland im Jahre 2012 ein Mediationsgesetz als einstimmig verabschiedetes Bundesgesetz erhalten könnte. Hauptverantwortlich dafür ist zweifellos die Mediationsrichtlinie vom 21. Mai 2008, die allerdings schon zum 20. Mai 2011 hätte umgesetzt sein müssen.¹ Aber nicht nur die zeitliche Verzögerung um vermutlich mehr als ein Jahr, sondern auch die überraschenden Unterschiede im Gesetzesinhalt zwischen dem ursprünglichen Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 1. April 2011² und dem verabschiedeten Gesetz sowie den Vorstellungen des Bundesrats lassen ahnen, dass sich hinter der scheinbar harmlosen Thematik schwierige Kontroversen verbergen. Das macht auch der Bundesratsbeschluss vom 10. Februar 2012 deutlich. Es kann daher auch nicht überraschen, dass das vom Bundestag verabschiedete neue Mediationsgesetz schon außerordentlich heftige Kritik erfahren hat, noch bevor es überhaupt den Weg durch das Gesetzgebungsverfahren und in das Bundesgesetzblatt gefunden hat.³ Im Folgenden sei deshalb die zickzackförmige Entwicklung der Mediation in Deutschland kurz skizziert, bevor das zu erwartende neue Gesetz vorgestellt wird.

II. Die Entwicklungsphasen der Mediation in Deutschland

1. Noch vor 20 Jahren waren Namen und Inhalt der Mediation in Deutschland gänzlich unbekannt. Die Entwicklung ging von den USA aus, wo in den 1960er- und 1970er-Jahren intensiv nach Alternativen zur (staatlichen) Streitbeilegung gesucht worden war.⁴ Über Verhandlungslösungen (negotiation) und Schlichtungsmodelle verschiedener Art (alternative dispute resolution) ging die Entwicklung hin zu Vermittlungslösungen (mediation). Für die wissenschaftliche Entwicklung führend war die Herausarbeitung des sogenannten Harvard-Konzeptes.⁵ Anders als speziell die Mediation war der allgemeine Güte- und Schlichtungsgedanke auch in Deutschland seit sehr langer Zeit bekannt, wenngleich vor allem nach 1949 nicht sonderlich erfolgreich gewesen.⁶

2. Es ist sicherlich der Habilitationsschrift von Stephan Breidenbach zu danken, dass die Idee der Mediation im deutschsprachigen Raum Fuß gefasst hat.⁷ Ein weiterer wesentlicher Schritt war der erste große Kongress zum Thema „Mediation für Juristen – Konfliktbeilegung ohne gerichtliche Entscheidung“ gewesen, den das Kölner Institut für Anwaltsrecht in Zusammenarbeit mit Breidenbach im Jahre 1996 veranstaltet hat.⁸

3. Die Idee der Mediation hat sich seither unter Fachleuten voranentwickelt, allerdings zunächst keine größere Breitenwirkung entfaltet. Dabei wurde Mediation ausschließlich als ein Instrument der *außergerichtlichen* Streitbeilegung verstanden. Eine grundlegende Veränderung hat sich hier im Jahre 2002 ergeben. Es wurden verschiedene Modellversuche für eine gerichtliche Mediation installiert, die dem erklärten Ziel dienen sollten, außergerichtliche Mediation bekannt zu machen und zu fördern.⁹ Diese modellartigen Versuche mit richterlicher Mediation waren so erfolgreich und von solch intensivem richterlichen Engagement getragen, dass sich die gerichtsinterne Mediation vollkommen selbstständig hat und zu einem eigenen neuen Verfahrensziel geworden ist, allerdings ohne erforderliche gesetzliche Grundlagen.¹⁰

4. Der Wunsch nach gesetzlicher Fundierung der Mediation und vor allem nach einer Schaffung von Rechtsgrundlagen für richterliche Mediation wurde vor allem durch die bereits erwähnte EU-Richtlinie aus dem Jahre 2008 verstärkt. Allerdings schien der Bedarf an Umsetzung der Richtlinienziele eher überschaubar. Es wurde darauf hingewiesen, dass Richtlinienziele wie die Inanspruchnahme der Media-

1 Richtlinie 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2008, L 136/3.

2 Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BTDruckS 17/5335.

3 Vgl. etwa Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159; Orloff, NJW-Editorial Heft 3/2012; Nause, NZA-Editorial, Heft 2/2012.

4 Vgl. zur Entwicklung statt vieler Haft, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, S. 69, 70; Hehn, in: Haft/Schlieffen, aaO, S. 175, 187.

5 Grundlegend Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, 1984, 18. Aufl. 1999 (dabei handelt es sich um eine Übersetzung des Buches von Fisher, Getting to yes, 1981, 2. Aufl. 1991); Sander, Varieties of dispute processing, 70 F. R. D. 111 (1976); Goldberg/Sander/Rogers, Dispute resolution, 3. Aufl. 1999; zur Geschichte der ADR in den USA vgl. Barrett, Jerome, A history of alternative dispute resolution, 2004.

6 Schuster, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, Alternativen in der Ziviljustiz, Köln 1982, S. 189.

7 Breidenbach, Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995.

8 Kongress vom 27. und 28.9.1996. Die Referate und Ergebnisse sind veröffentlicht in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1997.

9 Bercher/Engel, JZ 2010, 226, 227; Heister/Neumann, DRiZ 2007, 137 f.

10 Grundlegend zur gerichtsinternen Mediation etwa von Barga, Gerichtsinterne Mediation, Tübingen 2008.

tion (Art. 5 RiLi), Vollstreckbarkeit einer Vereinbarung (Art. 6 RiLi), Verjährung (Art. 8 RiLi) und Vertraulichkeit (Art. 7 RiLi) im deutschen Recht ausreichend geregelt seien.¹¹

5. Nach langen Überlegungen wollte jedoch der deutsche Gesetzgeber eine gänzlich andere Position einnehmen. Durch ein rechtsvergleichendes Gutachten¹² und durch intensive Diskussionen auf dem 67. Deutschen Juristentag 2008¹³ gut vorbereitet, hat der Gesetzgeber am 5. August 2010 einen Referentenentwurf und am 12. Januar 2011 einen Regierungsentwurf vorgelegt, der nach Stellungnahme durch den Bundesrat und Gegenäußerung der Bundesregierung am 14. April 2011 vom Bundestag in erster Lesung behandelt worden war.¹⁴ Im Anschluss an diese erste Lesung wurde im Rechtsausschuss am 25. Mai 2011 eine Sachverständigenanhörung durchgeführt.

6. Die nächste große Überraschung dieses Gesetzgebungsverfahrens ergab sich dann in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 30. November 2011 (BTDruckS 17/8058). Die im ursprünglichen Regierungsentwurf enthaltene gerichtsinterne Mediation wurde ausdrücklich und vollständig aufgegeben. Bei der Ausbildung der Mediatoren wurde eine massive konzeptionelle Änderung vorgenommen und es wurde die ursprünglich vorgesehene Möglichkeit einer Mediationsvereinbarung als Vollstreckungstitel ersatzlos gestrichen. In dieser Form wurde das Gesetz sodann vom Bundestag am 15. Dezember 2011 einstimmig gebilligt und verabschiedet.

7. Da es sich um ein Einspruchsgesetz handelt und der Bundestag zu einem einstimmigen Votum gekommen war, hatte man zunächst erwartet, dass der Bundesrat in seiner Sitzung vom 10.02.2012 dem Gesetz zustimmen würde. Hier ergab sich eine nächste größere Überraschung. Auf die Empfehlung seines Rechtsausschusses (BRDrucks 10/1/12) hin hat der Bundesrat am 10.02.2012 die Anrufung des Vermittlungsausschusses gem. Art. 77 Absatz 2 GG (BRDrucks 10/12) beschlossen. Dabei betont der Bundesrat, dass er die vom Bundestag getroffene Grundsatzentscheidung nicht in Frage stellen wolle, aber dennoch die Richtermediation im Gesetz verankert sehen möchte. Allerdings haben Bundestagsabgeordnete sofort bekräftigt, dass der Deutsche Bundestag an der „im Konsens zwischen allen Fraktionen getroffenen Gesetzesfassung festhalten“ will (FAZ vom 11.02.2011, S. 10). Jedenfalls wird sich das Inkrafttreten des Gesetzes nicht unerheblich verzögern.

III. Der Inhalt des Gesetzes

Das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung ist ein Artikelgesetz mit neun Artikeln. In Wahrheit liegt ihm aber eine *Zweiteilung* zugrunde. Art. 1 enthält das neue Mediationsgesetz und die Art. 2 bis 8 ändern die klassischen Verfahrensordnungen (ZPO, FamFG, ArbGG, SGG, VwGO, GKG, FGO) in der Weise, dass jeweils die Möglichkeit der Verweisung an einen Güterichter erfolgen kann (so etwa § 278 Abs. 5 ZPO neuer Fassung) oder dass trotz Rechtshängigkeit das Gericht eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlägt und bei Annahme durch die Parteien das Ruhen des Verfahrens anordnet (so der neue § 278 a ZPO). Der abschließende Art. 9 ent-

hält das Inkrafttreten am Tag nach der Verkündung des Gesetzes.

Kern der Gesamtregelung ist das neue Mediationsgesetz mit neun Paragraphen. Es enthält zunächst eine Begriffsbestimmung der Mediation und der Person des Mediators (§ 1), sodann werden Fragen des Verfahrens und der Aufgaben des Mediators einschließlich von Offenbarungspflichten, Tätigkeitsbeschränkungen und der Verschwiegenheitspflicht geregelt (§§ 2 bis 4). Schließlich enthält das Gesetz eine nähere Regelung der Aus- und Fortbildung des Mediators sowie die Einführung des sogenannten zertifizierten Mediators (§§ 5 bis 6). Den Abschluss des Gesetzes bilden Regelungen über wissenschaftliche Forschungsvorhaben zur Mediation, über eine geplante Evaluierung des neuen Gesetzes sowie zu Übergangsbestimmungen (§§ 7 bis 9).

Im Kern ist das neue Mediationsgesetz also ein *Berufsgesetz* für den Mediator. Durch die Regelung einiger Grundpflichten wird im Ansatz ein einheitliches Berufsrecht für Mediatoren geschaffen, die bisher generell auf die berufsspezifischen Regelungen ihrer Ausgangsberufe zurückgreifen mussten. Im Rahmen des Verfahrensablaufs wird vom Gesetzgeber vor allem der Grundsatz der Freiwilligkeit hervorgehoben. So ist der Mediator verpflichtet, sich zu vergewissern, dass jede Partei freiwillig an der Mediation teilnimmt (§ 2 Abs. 2 MediationsG), ebenso ist gewährleistet, dass die Parteien die Mediation jederzeit beenden können (§ 2 Abs. 5 MediationsG). Festgeschrieben ist weiterhin die Unabhängigkeit und Neutralität des Mediators, die durch eine Verpflichtung gesichert wird, dass der Mediator alle Umstände offenzulegen hat, die diese Unabhängigkeit und Neutralität beeinträchtigen könnten (§ 3 Abs. 1 MediationsG). Festgeschrieben sind zusätzlich Einschränkungen der Tätigkeit als Mediator, soweit dieser vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Das Gleiche gilt, wenn eine mit dem Mediator in derselben Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft verbundene Person vor der Mediation in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist (§ 3 Abs. 2 und Abs. 3 MediationsG). Von der zuletzt genannten Einschränkung kann im Einverständnis der Parteien eine Ausnahme gemacht werden. Als zusätzliche Offenbarungspflicht enthält § 3 Abs. 5 MediationsG noch die Möglichkeit, dass die Parteien Informationen über den fachlichen Hintergrund, die Ausbildung und die Erfahrung des Mediators auf dem Gebiet der Mediation verlangen können.

Eine generelle Verschwiegenheitspflicht des Mediators und aller an der Mediation beteiligten Personen enthält § 4 MediationsG. Mit dieser Regelung ist eines der schwierigsten Probleme bisheriger Mediationsverfahren gesetzlich gelöst. Denn die Vertraulichkeit einer Mediation ist für deren Erfolg von ganz besonderer Bedeutung. Mediationen sind nicht öffentlich und ihre Verhandlungsergebnisse werden nicht publiziert. Mediation beruht in erheblichem Umfang darauf, dass die Beteiligten eine offene Kommunikation über ihre Interessenlage führen. Wird im Rahmen einer Mediation über solche vertraulichen Informationen gesprochen, so könnte eine Partei geneigt sein, die gewonnenen Informationen nach dem Scheitern der Mediation in einen staatlichen

11 So z. B. die Stellungnahme der BDA vom 11.4.2008 (II/078/08).

12 Hopt/Steffek, Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, 2008.

13 Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, Band II/1, 2008, O S. 73 ff.; dazu Prütting, JZ 2008, 847.

14 Zum Referentenentwurf vgl. Greger, ZRP 2010, 209; Wagner, ZKM 2010, 172; zum Regierungsentwurf BTDruckS 17/5335 vgl. Hess, ZJP 124 (2011), 137; Prütting, ZJP 124 (2011), 163.

Prozess einzuführen. Dies könnte sowohl durch den direkten Vortrag der jeweils betroffenen Partei wie auch durch die Benennung des Mediators oder eines weiteren Beteiligten als Zeugen geschehen. Es war im Grundsatz schon in der Vergangenheit unstrittig, dass ein solcher Bruch der Vertraulichkeit das Scheitern jeder Mediation herbeiführen würde. Auch Art. 7 der Europäischen Richtlinie hatte deshalb die Sicherstellung der Vertraulichkeit verlangt. Die Umsetzung in das deutsche Recht durch § 4 MediationsG stellt also einen der wichtigsten Regelungspunkte dar.

IV. Die Gerichtsmediation und der Güterichter

1. Zu einem Hauptproblem der Gesetzgebungsdebatte hat sich das Für und Wider zum Thema Gerichtsmediation entwickelt. Ursprünglich wurde nämlich Mediation ausschließlich als ein außergerichtliches Verfahren verstanden, das von Rechtsanwälten, Psychologen, Pädagogen und anderen Berufsgruppen in freiberuflicher Arbeit angeboten war. Die ab dem Jahre 2002 in einzelnen Modellversuchen durch Richter ausgeübte und in Gerichtsverfahren integrierte Mediation war daher ein zentraler Paradigmenwechsel, was der Bundesrat in seiner Stellungnahme vom 10.2.2012 verkennt. Die einzelnen Modellprojekte sind im Laufe der Jahre stark ausgeweitet worden. So gibt es heute in allen Bundesländern und in nahezu allen Gerichtsbarkeiten eine solche Gerichtsmediation. Die Ergebnisse dieser Modellversuche und die einzelnen Evaluationen haben ein außerordentlich positives Echo vermittelt.

Es war daher keine sonderliche Überraschung, dass der Regierungsentwurf des MediationsG in § 1 Abs. 1 Nr. 3 ausdrücklich eine gerichtliche Mediation während eines Gerichtsverfahrens und durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter vorgesehen hatte. Diesen Empfehlungen sind der Rechtsausschuss in seiner Beschlussempfehlung und das vom Bundestag einstimmig verabschiedete Gesetz nicht gefolgt. In § 1 MediationsG wurde die gerichtsinterne Mediation gänzlich gestrichen. Die ursprünglich in Art. 2 vorgesehene Änderung des GVG, wonach die Landesregierungen ermächtigt werden sollten, gerichtsinterne Mediation in Zivilsachen einzuführen, wurde ebenfalls ersatzlos gestrichen. Schließlich wurde in § 9 MediationsG eine Übergangsbestimmung eingeführt, wonach in Zivilsachen eine gerichtsinterne Mediation noch genau ein Jahr nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zulässig bleibt. Diese Regelung, die in § 9 Abs. 2 ausdrücklich auch auf die anderen Zweige der Gerichtsbarkeit erstreckt worden ist, macht damit sehr deutlich, dass der Gesetzgeber nach Ablauf einer Übergangszeit gerichtliche Mediation generell verbieten will.

2. Es ist verständlich, dass die Befürworter von Gerichtsmediation daher das neue Gesetz mit Kopfschütteln betrachten werden. Die Frage liegt nahe, welche Motive und Erwägungen den Gesetzgeber bewogen haben, ein solches Verbot auszusprechen. Die Gesetzesmaterialien lassen dies nicht erkennen. Vielmehr wird dort lediglich darauf hingewiesen, dass die Neufassung des Gesetzes eine Fortführung des bestehenden Güterichtermodells ermöglicht und dass der Wegfall der gerichtsinternen Mediation zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs der Güterichterregelungen führt.¹⁵ In den ersten literarischen Stellungnahmen zum neuen Gesetz wird die Abschaffung der Gerichtsmediation ganz offen als

Berufsegoismus und politischer Erfolg der Rechtsanwaltschaft gekennzeichnet.¹⁶

Es stellt sich also die Frage, ob der Gesetzgeber hier einen großen Fehler gemacht hat. Die Frage ist bei näherer Prüfung eindeutig zu verneinen. Vielmehr handelt es sich bei dem neuen Mediationsgesetz um ein realistisches Gesetz. Festgeschrieben wird mit dem Güterichtermodell ein Gerichtsablauf, der auch heute dem Grundgedanken von § 278 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 5 ZPO exakt entspricht. Auch wenn richterliche Tätigkeit dem Gebot der gütlichen Streitschlichtung unterliegt, so ist doch der oberste Grundsatz die Bindung des Richters an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG). Kernaufgabe des Richters ist und bleibt also die Anwendung des Gesetzes auf den Streitfall. Echte Mediation unterscheidet sich davon in grundlegender Weise. Der Grundgedanke von Mediation, Hilfestellung zu einer privatautonomen Lösung zu geben, auch wenn diese sich von der Gesetzesanwendung weit entfernt, entspricht nicht dem Richterbild. Gegen richterliche Mediation sprechen auch die verfassungsrechtlich garantierte Rechtsschutzgarantie und der primäre Zweck des Zivilprozesses, also die Durchsetzung subjektiver Rechte. Wert und Bedeutung staatlicher Rechtsprechung bestehen zunächst in der Garantie einer Streitentscheidung als Ablösung des Selbsthilfegedankens. Dementsprechend ist es ein Kernelement richterlich vermittelter Streitkultur, dass die Wesensmerkmale der Wahrung der Öffentlichkeit und der Mündlichkeit sowie die Veröffentlichung der jeweiligen Endentscheidungen gewährleistet ist. Gerade die Transparenz richterlicher Tätigkeit und richterlicher Entscheidung sowie die Veröffentlichung der Gerichtsentscheidungen und deren wissenschaftliche Diskussion garantieren auf Dauer Rechtsbewahrung und Rechtsfortbildung. Zugleich kann durch öffentliche Gerichtsverfahren Rechtsklarheit und Rechtssicherheit zur Orientierung der Bürger erzielt werden. Eine lebende Rechtsordnung erfordert zwingend den Umgang mit dem Rechtsstoff durch staatliche Gerichte, sie verlangt geradezu öffentliche Streitverfahren und Zugänglichkeit der Ergebnisse. Vor diesem generellen Hintergrund und den eigentlichen Aufgaben der Justiz wird deutlich, dass Gerichtsmediation, so erfolgreich sie in der Vergangenheit gewesen sein mag, einen Irrweg darstellt.¹⁷

3. Mit der bewussten Aufgabe der Gerichtsmediation hat der Gesetzgeber aber nicht den Güte- und Schlichtungsgedanken gering geschätzt. Es gilt weiterhin gemäß § 278 Abs. 1 ZPO (und den entsprechenden Normen der anderen Verfahrensordnungen), dass das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtstreits bedacht sein muss. Es gilt auch weiterhin die Verpflichtung des Gerichts, gemäß § 278 Abs. 2 ZPO der mündlichen Verhandlung obligatorisch eine Güteverhandlung vorzuschalten. Darüber hinaus wird nunmehr in § 278 Abs. 5 ZPO ausdrücklich der Güterichter als beauftragter oder ersuchter Richter in das Verfahren eingebaut. Diese Neuregelung führt die Möglichkeit in § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO a. F. in ergänzter Weise fort. Neben der ausdrücklichen Erwähnung des Begriffes „Güterichter“ ist nunmehr ausdrücklich festgeschrieben, dass seine Tätigkeit nicht auf eine Güteverhandlung beschränkt ist, sondern sich auf weitere Güteversuche beziehen

¹⁵ Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BTDruckS 17/8058, S. 28 (Änderung von § 278 Abs. 5 ZPO).

¹⁶ Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159 ff. (insbesondere unter IV); Nause, NZA-Editorial Heft 2/2012.

¹⁷ Im Einzelnen hierzu Prütting, ZJP 124 (2011), S. 163 ff.

kann. Wichtig ist auch die Ergänzung von § 159 Abs. 2 ZPO, wonach über die Güteverhandlung und die weiteren Güteversuche ein Protokoll nicht geführt werden muss, es sei denn, die Parteien beantragen dies übereinstimmend. Geklärt ist damit, dass ohne zeitliche Beschränkungen der Güterichter mit den Parteien in jeder Hinsicht die gütliche und vergleichsweise Einigung erstreben kann. Durch einen Vergleich vor dem Güterichter kann schließlich auch ein Vollstreckungstitel geschaffen werden (§ 794 I Nr. 1 ZPO). Dem Güterichter ist es nicht verwehrt, alle ihm zu Gebot stehenden mediativen Mittel einzusetzen. Er ist allerdings nicht als echter Mediator auf die strikte Zurückhaltung des Mediators verpflichtet, der den Parteien ergebnisorientierte Vorschläge nicht unterbreiten soll und nicht die Parteien kraft seiner Autorität von bestimmten Ergebnissen überzeugen soll. Vielmehr kann der Güterichter mit den Parteien die Erfolgsaussichten diskutieren. Er kann jegliche Art von vergleichsweiser Regelung des Streites vorschlagen. Er kann dabei auch seine richterliche Autorität einsetzen. Dies liegt vor allem im Falle des Güterichters als beauftragter Richter nahe. Dieser ist und bleibt nach der Definition von § 361 Abs. 1 ZPO ein Mitglied des Prozessgerichts.

4. Ein schwieriges Problem im Bereich des Güterichters als ersuchter Richter hat der Gesetzgeber allerdings offen gelassen. In der Vergangenheit ist im Rahmen der vielfältigen Modellversuche zur Gerichtsmediation regelmäßig der bisherige § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO herangezogen worden. Da ein Richtermediator sinnvollerweise nicht zugleich diejenige Person sein kann, die später zur Streitentscheidung berufen ist, war allerdings die Berufung auf den beauftragten Richter (§ 361 ZPO) ausgeschlossen. Herangezogen wurde im Rahmen von § 278 Abs. 5 Satz 1 die Möglichkeit, die Sache an einen ersuchten Richter zu verweisen. Dieser ersuchte Richter ist entsprechend der gesetzlichen Definition in § 362 ZPO aber stets der Richter eines anderen Gerichts. Wollte man also in der Vergangenheit wie im Normalfall der Gerichtsmediation die Sache einem nicht als erkennenden Richter berufenen Mitglied eines anderen Spruchkörpers desselben Gerichts übertragen, so war bisher diese Übertragung auf den Mediationsrichter vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Der Versuch, eine solche Übertragung auf eine Analogie zu § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO zu stützen,¹⁸ scheitert an der strikten Legaldefinition des ersuchten Richters in § 362 ZPO.

Durch die Abschaffung der Gerichtsmediation schien allerdings zunächst dieses Problem gelöst. Nunmehr hat aber der Gesetzgeber im neugefassten § 278 Abs. 5 ZPO den Güterichter wiederum ausdrücklich als einen beauftragten oder ersuchten Richter definiert. Weiteres hat der Gesetzgeber an dieser Stelle nicht geregelt. Damit gelten wiederum die Definitionen der §§ 361, 362 ZPO. Beauftragter Güterichter ist also notwendigerweise ein Mitglied des jeweiligen Prozessgerichts. Ersuchter Güterichter ist der Richter eines anderen Gerichts. Die eigentlich sinnvolle Lösung, zum Güterichter einen nicht zur Streitentscheidung berufenen Richter desselben Gerichts heranzuziehen, ist damit auch künftig nach dem Gesetzeswortlaut verschlossen. Es überrascht deshalb, wenn die Gesetzesmaterialien zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses formulieren, dass der Wegfall der gerichtlichen Mediation insoweit zu einer Erweiterung des Anwendungsbereichs des Güterichters in dem Sinne führt, dass der ersuchte Güterichter nicht nur an demselben Gericht, sondern auch an einem anderen Gericht tätig sein kann.¹⁹ Als Begründung für diese Ausweitung des Güte-

richters wird nur angedeutet, der Umfang der Tätigkeit des Güterichters sei vom Regelungszweck der Verweisungsnorm abhängig. Dies überzeugt nicht. Es hätte nach meiner Auffassung sehr nahegelegen, in § 278 Abs. 5 ZPO einen Satz einzufügen, der lautet: „Güterichter kann der entscheidungsbefugte Einzelrichter, ein Mitglied des entscheidungsbefugten Spruchkörpers als beauftragter Richter oder ein nicht zur Entscheidung befugter Richter desselben oder eines anderen Gerichts als ersuchter Richter sein“.²⁰

5. Der Streit um den früheren ersuchten Richtermediator und den künftigen ersuchten Güterichter hat noch einen weitergehenden Hintergrund, der leider regelmäßig nicht erkannt wird. Ein Ersuchen um Rechtshilfe wie im Falle von § 278 Abs. 5 ZPO oder § 362 ZPO wird im Hinblick auf das Verfassungsgebot des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) durch die §§ 156 ff. GVG geregelt und näher ausgestaltet. Nach § 157 Abs. 1 GVG ist das jeweilige Amtsgericht ausschließlich als Rechtshilfegericht berufen. Dabei ist anerkannt, dass Rechtshilfe stets nur zwischen Gerichten, nicht zwischen einzelnen Richtern besteht und in Betracht kommt.²¹ Soweit ein Richter am selben Gericht also um die Tätigkeit als Güterichter gebeten wird, bedarf es einer Absicherung dieses Ersuchens im Gesetz oder im Geschäftsverteilungsplan. Ein Rechtshilfeersuchen im Sinne des Gesetzes ist dies nicht.

6. Die Argumente des Bundesrates zur zusätzlichen Integration der Richtermediation in das Gesetz können demgegenüber nicht überzeugen. Unrichtig ist es zunächst, dass nur auf diesem Wege Mediation in Fällen gesetzlicher Klagefristen ermöglicht wird. Vielmehr löst § 278a ZPO und damit die gerichtsnahe Mediation diesen Fall unproblematisch (s.u. V). Nicht überzeugend wirkt auch die Behauptung, dass Gerichtsmediation der Förderung der außergerichtlichen Mediation nicht widerspricht. Durch das kostenlose Angebot der Gerichtsmediation wird vielmehr einer nichtrichterlichen Mediation weithin das Wasser abgegraben. Schließlich ist es auch ein großer Irrtum, wenn das vom Bundestag verabschiedete MediationsG in der Weise charakterisiert wird, es sei in ihm Gerichtsmediation vorhanden, aber es stehe Güterichter drauf (so der niedersächsische Justizminister Busemann, vgl. FAZ vom 11.02.2012, S. 10). Hier wird der erhebliche Unterschied zwischen Mediation und Güteversuch verkannt.

V. Die gerichtsnahe Mediation

Als gerichtsnahe Mediation wird regelmäßig der Fall bezeichnet, dass eine Mediation während eines Gerichtsverfahrens, aber außerhalb des Gerichts durchgeführt wird. Es muss also bereits die Streitsache rechtshängig sein und dennoch auf Empfehlung des Gerichts eine Mediation versucht werden. In der Vergangenheit gab es hierfür in § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO a. F. einen geeigneten Ansatzpunkt. Gerichtsnahe Mediation ist damit eine Möglichkeit für den streitentscheidenden Richter, den Parteien trotz Rechtshängigkeit zu einem Weg aus dem Gerichtsgebäude hinaus und damit zu einer außergerichtlichen Streitbeilegung zu verhelfen. Gerichtsnahe Mediation bleibt daher stets eine außergerichtliche

¹⁸ So insbesondere Greger, AnwBl 2008, 570, 573; ders. NJW 2007, 3258.

¹⁹ Bereits sprachlich ist dabei Regel und Ausnahme vertauscht.

²⁰ So ausdrücklich auch Ortloff, NJW-Editorial, Heft 3/2012.

²¹ Statt aller Kissel/Mayer, GVG, 6. Aufl. 2010, § 157 Rn. 2.

Mediation. Würde also in einem Fall gerichtsnaher Mediation ein Richter als Mediator tätig werden, wäre seine Tätigkeit zweifellos eine private, die nicht von seiner beruflichen Spruchrichtertätigkeit erfasst sein könnte.

Der Gesetzgeber hatte im Regierungsentwurf diese gerichtsnaher Mediation ausdrücklich vorgesehen (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 MediationsG, § 278a ZPO). Dagegen bestanden und bestehen keinerlei Einwände. Wenn nunmehr in § 1 MediationsG Begriff und Regelung einer gerichtsnaher Mediation wieder gestrichen sind, so ändert das nichts an der Zulässigkeit und der Möglichkeit gerichtsnaher Mediation, für die nunmehr § 278a ZPO n. F. eine ausdrückliche Grundlage schafft. Wichtig im Hinblick auf die Rechtshängigkeit der Streitsache ist dabei § 278a Abs. 2 ZPO n. F., wonach im Falle einer solchen gerichtsnaher Mediation oder sonstigen außergerichtlichen Konfliktbeilegung das Gericht zwingend das Ruhen des Verfahrens anordnet.

Durch die gerichtsnaher Mediation und § 278a ZPO lässt sich ohne weiteres auch das Problem lösen, dass eine gesetzliche Klagefrist (z. B. § 558 b Abs. 2 BGB; § 4 KSchG) die Parteien hindert, sich zunächst in eine außergerichtliche Mediation zu begeben.

VI. Aus- und Fortbildung

Eine bisher dem Gesetz unbekannt und für die Zukunft sehr wesentliche Regelung hat der Gesetzgeber im Bereich der Aus- und Fortbildung des Mediators getroffen. Er hat zunächst in § 5 Abs. 1 MediationsG die geeignete Ausbildung und die regelmäßige Fortbildung als eine Verpflichtung in eigener Verantwortung des Mediators formuliert. Weiterhin hat der Gesetzgeber das Vorhandensein theoretischer Kenntnisse und praktischer Erfahrungen verlangt. Er hat sodann diese Grundlagen der Ausbildung näher präzisiert und dabei als Gründe die Qualitätssicherung und die Markttransparenz angeführt.²²

An diese allgemeine Regelung der Ausbildungsgrundlagen schließt sich in § 5 Abs. 2 und Abs. 3 sowie in § 6 MediationsG die Einführung eines zertifizierten Mediators an. Basis dafür soll eine Rechtsverordnung des Bundesjustizministeriums werden, die die Einzelheiten der Ausbildung und der Fortbildung zum zertifizierten Mediator festlegen soll. Auch diese künftigen Inhalte von Aus- und Fortbildung nach der Verordnung werden im Gesetz bereits näher konkretisiert. Besonders bemerkenswert erscheint dabei, dass der Gesetzgeber diese im Gesetz genannten einzelnen Punkte in den Gesetzesmaterialien noch einmal konkretisiert hat. So werden etwa als Mindeststundenzahl der Ausbildung 120 Stunden genannt und es wird nach genauer Gewichtung ein Programm zu den Grundlagen der Mediation, zum Ablauf und zu den Rahmenbedingungen der Mediation, zu den Verhandlungstechniken, zur Gesprächsführung, zur Konfliktkompetenz, zum Recht der Mediation und zu weiteren Punkten einschließlich der praktischen Erfahrung genannt. Es erscheint sehr ungewöhnlich, dass die Gesetzesmaterialien hier einen derart detaillierten Ausbildungskatalog vorgeben. Etwas unklar erscheint allerdings das Verhältnis zwischen dem normalen Mediator gemäß § 5 Abs. 1

MediationsG und dem zertifizierten Mediator nach § 5 Abs. 2 MediationsG. Jedenfalls ist nicht abschließend geklärt, inwieweit der Katalog von § 5 Abs. 1 MediationsG zeitlich und inhaltlich Abstriche gegenüber dem zertifizierten Mediator enthalten.²³

Kritik ist an diesem Regelungsmodell des zertifizierten Mediators vor dem Hintergrund geübt worden, dass der Gesetzgeber diese Bezeichnung auch an das Vorliegen praktischer Nachweise hätte knüpfen sollen.²⁴ Einzuräumen ist dabei, dass die jüngste Entscheidung des BGH zum zertifizierten Testamentsvollstrecker zweifellos das Vorliegen einer entsprechenden praktischen Erfahrung verlangt hat.²⁵ Allerdings muss man dieser Kritik entgegenhalten, dass die Materialien zum Gesetzentwurf im Rahmen der Auflistung des genauen Programms des Umfangs der Ausbildung unter dem Punkt X. ausdrücklich auch den Nachweis praktischer Erfahrungen und den Nachweis von Mediationsfällen aufzuführen. Diese Kritik am Gesetzgeber wird man daher nicht aufrecht erhalten können.

VII. Fazit

Die Umsetzung der europäischen Mediationsrichtlinie in einem deutschen Bundesgesetz war zweifellos erforderlich und zeitlich überfällig. Die Schaffung eines eigenen Mediationsgesetzes durch den Gesetzgeber, das auch eine Regelung des nationalen Rechtsbereichs erfasst, ist sinnvoll. Das neue Gesetz bringt in weiten Teilen Rechtssicherheit und Rechtsklarheit und wird dadurch den Grundgedanken der Mediation und der sonstigen konsensualen Streitbeilegung zweifellos fördern. Dazu dürfte auch die bemerkenswerte Einmütigkeit beitragen, mit der sämtliche Fraktionen am 15. Dezember 2011 das Gesetz in dritter Lesung verabschiedet haben. Es ist schade, dass der Bundesrat durch Anrufung des Vermittlungsausschusses das Inkrafttreten des Gesetzes ohne zureichende Gründe verzögert.

Die sehr überraschende Wendung des Gesetzes und die Abschaffung der Gerichtsmediation werden zweifellos auf vielfältige Kritik stoßen. Sie sind aber in der Sache richtig. Richterliche Vergleichstätigkeit ist keine Mediation. Die gestärkte Position des Güterichters ist von daher eine echte richterliche Aufgabe, nicht aber die Mediation. Das neue Mediationsgesetz erkennt diesen grundsätzlichen Funktionsunterschied von staatlichem Gerichtsverfahren und Mediation an und gibt damit in der Sache eine richtige Tendenz vor. Das Gesetz ist also im Gesamtergebnis zu begrüßen, auch wenn der Streit um die Zuständigkeit des ersuchten Güterichters noch nicht abschließend geklärt erscheint. Für die Anwaltschaft ergibt sich aus der Neuregelung zweifellos eine gesteigerte Verantwortung, Mediation zu fördern und voranzubringen.



Prof. Dr. Hanns Prütting, Köln

Der Autor ist Direktor des Instituts für Verfahrensrecht und des Instituts für internationales Insolvenzrecht sowie Geschäftsführender Direktor des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.

²² Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BTDrucks 17/8058, S. 18.

²³ Wie hier auch Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159 (V 4).

²⁴ Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 159 (V 4).

²⁵ BGH, NJW 2012, 235.