

# **Eckpunktepapier**

**zur**

gerichtsinternen und gerichtsnahen Mediation im Zivilprozess  
und im Verfahren vor den Arbeitsgerichten

November 2009

## **I. Vorbemerkungen:**

Bereits mit seinem Positionspapier zur Justizreform vom 18. Mai 2005 hat der Deutsche Richterbund den Standpunkt vertreten, dass die konsensuale Streitbeilegung durch Schlichtungsverfahren, Schlichtungsstellen sowie außergerichtliche und gerichtsinterne Mediation gefördert und erweitert werden soll. Das Thema Mediation hat in der Folgezeit zunehmend an Bedeutung gewonnen. In den Bundesländern sind verschiedene Modelle zur gerichtsinternen und gerichtsnahen Mediation entwickelt worden. Am 23. April 2008 ist die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (EU-Mediationsrichtlinie, EU-MedRL) vom Europäischen Parlament verabschiedet worden. Der nationale Gesetzgeber ist aufgefordert, bis spätestens 21. Mai 2011 die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft zu setzen. Eine entsprechende Expertenrunde, an der auch der Deutsche Richterbund beteiligt ist, wurde durch das Bundesministerium der Justiz einberufen. Auch der 67. Deutsche Juristentag hat sich in Erfurt in einer seiner Abteilungen eingehend mit dem Thema Mediation befasst.

All dies erfordert, dass der Deutsche Richterbund sich zu dem Thema Mediation entsprechend positioniert.

Das Präsidium des Deutschen Richterbundes hat deshalb in seiner Sitzung vom 16. November 2007 beschlossen, die ZPO-Kommission zu beauftragen, unter Einbeziehung von Vertretern der Anwaltschaft die verschiedenen Ländermodelle zur gerichtsinternen und gerichtsnahen Mediation auszuwerten und ein Eckpunktepapier des Deutschen Richterbundes zu entwickeln.

Die ZPO-Kommission, bestehend aus Frau RArbG Willmar und den Herren VRBGH Ball, VRKG Budde, VROLG Gottwaldt, ROLG Lüblinghoff und DirAG Willms, hat den Arbeitsauftrag unter Vorsitz von VROLG Reichling (Mitglied des Präsidiums) erledigt. Informell beteiligt wurden die Herren Rechtsanwälte Plassmann (BRAK) und Dr. Hartmann (DAV). Nach entsprechenden schriftlichen Vorarbeiten haben die ZPO-Kommission und die hinzugezogenen Vertreter der Rechtsanwaltschaft am 20. Juni 2008, 17. Oktober 2008, 17. Januar 2009, 19. Juni 2009 und 18. September 2009

jeweils in der Geschäftsstelle des Deutschen Richterbundes in Berlin getagt und dabei die für die gerichtsinterne und gerichtsnahe Mediation bedeutsamen Gesichtspunkte eingehend erörtert. Auf der Grundlage dieser Diskussion hat die ZPO-Kommission ein Eckpunktepapier entworfen und dem Präsidium des Deutschen Richterbundes zur Beschlussfassung vorgelegt. Das Präsidium des Deutschen Richterbundes hat sich die Eckpunkte in seiner Sitzung vom 12. November 2009 wie folgt zu Eigen gemacht:

## **II. Eckpunkte**

### **Eckpunkt 1:**

**Für die Befassung mit dem Thema Mediation muss zwischen außergerichtlicher, gerichtsnaher und gerichtsinthener Mediation unterschieden werden.**

Die Befassung mit dem Thema Mediation erfordert es zunächst, den Begriff zu definieren. In Übereinstimmung mit Art. 3 a EU-MedRL ist unter Mediation ein strukturiertes Verfahren zu verstehen, in dem unabhängig von seiner Bezeichnung zwei oder mehrere Streitparteien mit Hilfe eines Dritten (Mediator) auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen.

Der Mediator ist lediglich Helfer und Vermittler. Er strukturiert und moderiert das Mediationsverfahren, hilft Interessen herauszuarbeiten und Lösungswege aufzuzeigen. Der Mediator hat keine Entscheidungskompetenz und macht keine eigenen Lösungsvorschläge.

Hinsichtlich der verschiedenen Arten der Mediation muss unterschieden werden zwischen außergerichtlicher Mediation, gerichtsnaher Mediation und gerichtsinthener Mediation.

Unter außergerichtlicher Mediation ist die Mediation auf Grund entsprechender Parteivereinbarung zu verstehen, die in der Regel von vornherein darauf abzielt, eine einvernehmliche Streitlösung zu erarbeiten und auf diese Weise eine Anrufung des Gerichts zu vermeiden. Ist ein Rechtsstreit bereits anhängig, so kann eine außergerichtliche Mediation auch durch das Gericht angeregt werden. In diesem Falle spricht man von gerichtsnaher Mediation (vgl. § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO).

Gerichtsinthene Mediation ist die Mediation, die vom Gericht selbst angeboten wird. Sie setzt voraus, dass Klage erhoben ist und wird durch einen Richter als Mediator durchgeführt.

### **Eckpunkt 2:**

**Mediation ist grundsätzlich zu befürworten.**

Die Mediation stellt eine sinnvolle Einrichtung dar. Sie eignet sich als Mittel der Konfliktlösung insbesondere bei Streitigkeiten auf dem Gebiet des Familienrechts. Es gibt aber auch andere Rechtsgebiete, wie z.B. die des Erbrechts, Nachbarschaftsrechts, Gesellschaftsrechts, Bau- und Werkvertragsrechts, Wohn- und Geschäftsraummietrechts, Wohnungseigentumsrechts, in denen die Mediation als Mittel der Konfliktbewältigung in sinnvoller Weise zum Einsatz kommen kann.

Mediation ist ein Mittel der konsensualen Streitbeilegung, das die Streitkultur fördert, gerichtliche Auseinandersetzungen vermeiden hilft und auch vom Bundesverfassungsgericht als vorzugswürdig angesehen wird (BVerfG NJW-RR 2007, 1073). Nach Einschätzung derjenigen, die an Modellversuchen zur gerichtsinternen und gerichtsnahen Mediation teilgenommen haben, hat sie sich bewährt. Die Mediation ist deshalb positiv zu bewerten. Dies gilt zum einen für die außergerichtliche Mediation, die auch politisch gefördert werden soll. Zum anderen gilt dies aber auch für die gerichtsinterne Mediation, bei der es sich um ein zusätzliches Dienstleistungsangebot der Justiz handelt, das der Deutsche Richterbund befürwortet.

### **Eckpunkt 3:**

**Gegenstand des Eckpunktepapiers des Deutschen Richterbundes ist in erster Linie die gerichtsinterne Mediation. Auf Aspekte der gerichtsnahen und der außergerichtlichen Mediation im Allgemeinen ist aus richterlicher Sicht lediglich insoweit einzugehen, als sich Berührungspunkte zur richterlichen Tätigkeit und zum gerichtlichen Verfahren ergeben.**

Für den Deutschen Richterbund als berufsständische Vereinigung von Richtern und Staatsanwälten ist es in erster Linie von Bedeutung, in welcher Weise eine gerichtsinterne Mediation im Hinblick auf das Berufsbild des Richters und auf ihre prozessuale Verankerung auszugestaltet ist. Eine Befassung mit der gerichtsnahen und der außergerichtlichen Mediation erscheint demgegenüber nur insoweit geboten, als sie im Zivilprozess Bedeutung erlangen können.

Zu einer Äußerung darüber, welche Anforderungen an die berufliche Qualifikation außergerichtlich tätiger, nicht juristisch ausgebildeter Mediatoren zu stellen sind, sieht sich der Deutsche Richterbund nicht berufen. Die Festlegung solcher Anforderungen ist für rechtliche Anknüpfungen im prozessualen Bereich, wie etwa Vertraulichkeit und Zeugnisverweigerung, nicht geboten (vgl. auch Eckpunkt 14). Insofern genügt die Anknüpfung an den Vorgang des Mediations- oder Güteverfahrens.

### **Eckpunkt 4:**

**Die gerichtsinterne Mediation bedarf in ihren zentralen Punkten einer näheren gesetzlichen Ausgestaltung.**

Die zumeist mit einer analogen Anwendung des § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO gerechtfertigte Einbindung der gerichtsinternen Mediation in das System der Gerichtsverfas-

sung und des Zivilprozesses lässt in rechtlicher Hinsicht Unklarheiten entstehen. Im Bereich der Gerichtsverfassung und des Dienstrechts betreffen sie vor allem die Frage nach der Zuordnung zu den Aufgaben des Richters, nach dessen Qualifikation für die Ausübung einer entsprechenden Mediationstätigkeit und nach der Art und Weise der Zuweisung entsprechender Mediationsaufgaben. Im Zivilprozessrecht betreffen sie vor allem die Frage, wie die Vertraulichkeit als eines der zentralen Elemente jeder Mediation zu gewährleisten ist und wie sie auch für den Fall aufrechterhalten werden kann, dass die Mediation scheitert und es im Folgenden zur Fortsetzung des Streitverfahrens kommt.

Der Deutsche Richterbund ist der Auffassung, dass diese Fragen gesetzlich geregelt werden müssen. Es bietet sich an, diese Regelung zugleich mit der Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (EU-Mediationsrichtlinie, EU-MedRL) vorzunehmen, die bis 21. Mai 2011 erfolgt sein muss. Die Regelung sollte durch Bundesrecht und ohne Öffnungsklausel für die Länder erfolgen. Für die gerichtsinterne Mediation bedarf es dabei keines umfassenden und eigenständigen Mediationsgesetzes. Vielmehr genügen punktuelle gesetzliche Regelungen.

#### **Eckpunkt 5:**

**Mediation durch den Richter ist weder Rechtsprechung noch Verwaltungsaufgabe. Sie ist eine gerichtliche Betätigung eigener Art, deren Zulässigkeit gesetzlich verankert werden muss.**

In der juristischen Diskussion zur gerichtsinternen Mediation wird die Tätigkeit des Richters als Mediator i. d. R. entweder der Ausübung rechtsprechender Gewalt i. S. v. § 1 DRiG oder als Ausübung von Tätigkeit der Gerichtsverwaltung i. S. von § 4 Abs. 2 Nr. 1 DRiG verstanden. Beide Zuordnungen passen jedoch nicht. Rechtsprechende Gewalt erfasst in erster Linie die Streitentscheidung. Zwar ist gemäß § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage des Verfahrens und gemäß § 278 Abs. 2 ZPO in der eigens dafür vorgesehenen Güteverhandlung auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte hinzuwirken. Dabei handelt es sich aber gleichsam um einen Annex zur Rechtsprechung, bei dem der Richter seine Erkenntnisse und Einschätzungen der Erfolgsaussichten des Prozesses mit einbringen darf und auch einbringen muss. Seine Funktion bei der Herbeiführung einer vergleichsweisen Einigung i.S.v. § 278 Abs. 1 ZPO unterscheidet sich insoweit grundlegend von derjenigen eines Mediators, als es bei der Mediation gerade darum geht, die Beteiligten ohne Beschränkung auf den Prozessstoff und unabhängig von den prozessualen Erfolgsaussichten zu einer selbst erarbeiteten Konfliktbewältigung anzuleiten. Auch als Gerichtsverwaltung lässt sich die Tätigkeit als Mediator schwerlich begreifen.

Der Deutsche Richterbund versteht Mediation durch den Richter als gerichtliche Betätigung eigener Art. Sie lässt sich definieren als rechtsprechungsnahe Tätigkeit sui generis, die, soweit keine Besonderheiten bestehen, den Regeln über die Rechtsprechung folgt.

Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 DRiG darf ein Richter außer Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt und solchen, die im Katalog des § 4 Abs. 2 Nr. 1, 3 bis 5 DRiG aufgeführt

sind, nur solche Aufgaben übernehmen, die auf Grund eines Gesetzes den Gerichten zugewiesen sind. Diese Zuweisung sollte durch das Gerichtsverfassungsgesetz oder das Deutsche Richtergesetz hergestellt werden. Ergänzend schlägt der Deutsche Richterbund vor, § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO wie folgt zu fassen:

In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen **oder sie mit ihrem Einverständnis an einen richterlichen Mediator verweisen.**

#### **Eckpunkt 6:**

**Mediation durch den Richter sollte immer nur eine freiwillig übernommene Aufgabe sein. Wer als Richter im Rahmen einer gerichtlichen Mediation als Mediator tätig wird, muss dafür pensenmäßig entlastet werden.**

Ein Mediationsverfahren kann nur dann sinnvoll durchgeführt werden, wenn nicht nur die Parteien, sondern sämtliche am Verfahren beteiligten Personen – insbesondere also auch der Mediator - freiwillig daran teilnehmen. Im Hinblick darauf ist gesetzlich sicherzustellen, dass ein richterlicher Mediator nicht gegen seinen Willen zur Durchführung eines solchen Verfahrens berufen werden soll. Mediation durch den Richter soll vielmehr immer eine freiwillig übernommene Aufgabe bleiben.

Wenn die Justiz ein zusätzliches Dienstleistungsangebot schafft, darf dies nicht zu einer zusätzlichen Belastung derer führen, die sich zur Umsetzung dieses Angebotes zur Verfügung stellen. Vielmehr ist dafür Sorge zu tragen, dass sie in dem Umfang, in dem sie entsprechende zusätzliche Aufgaben übernehmen, pensenmäßig von ihren Rechtsprechungsaufgaben entlastet werden. Auf Seiten der Richter, deren Tätigkeit sich auf Rechtsprechungsaufgaben beschränkt, darf dadurch jedoch keine Mehrbelastung entstehen. Die Justizverwaltung hat deshalb dafür Sorge zu tragen, dass für ihr zusätzlich übernommenes Dienstleistungsangebot auch dann die erforderlichen Personalressourcen zur Verfügung stehen, wenn sich die Übernahme dieses Angebots in einer Gesamtschau nicht als Entlastung der Gerichte, sondern als Mehrbelastung darstellt.

#### **Eckpunkt 7:**

**Das Präsidium entscheidet darüber, welcher Richter zum Mediator berufen wird.**

Auch wenn es sich bei der gerichtlichen Mediation nicht um Rechtsprechung, sondern um eine gerichtliche Betätigung eigener Art handelt, stellt sie doch eine spezifisch richterliche Aufgabe dar. Die Entscheidung darüber, welcher Richter bei dem jeweiligen Gericht mit ihrer Durchführung betraut wird, ist Aufgabe der Geschäftsverteilung und dem Präsidium als Selbstverwaltungsorgan der Richterschaft vorbehalten.

**Eckpunkt 8:**

**Vom Präsidium soll der Richter berufen werden, der zum Mediator geeignet ist. Die Justizverwaltung muss die Möglichkeit bieten, diese Eignung zu erlangen.**

Der Deutsche Richterbund hält es nicht für geboten, für sämtliche mediativ tätigen Berufsrichtungen einheitliche übergreifende Ausbildungserfordernisse gesetzlich festzulegen, die dann auch auf den Bereich der gerichtlichen Mediation Anwendung finden würden (vgl. auch Eckpunkte 3 und 14). Für den Bereich der gerichtlichen Mediation genügt es vielmehr, in allgemeiner Weise festzulegen, dass nur derjenige zu Mediation berufen ist, der sich als geeignet erweist, eine solche Funktion auszuüben. Geeignet ist insbesondere derjenige, der eine Qualifikation erworben hat, mit der er nachweisen kann, dass er die Grundsätze des Mediationsverfahrens beherrscht. Soweit in den einzelnen Bundesländern Modelle der gerichtlichen Mediation bestehen, wird der Erwerb dieser Qualifikation durch entsprechende Schulungsmaßnahmen sichergestellt. Dies hat sich bisher bewährt. Zusätzlich könnten die Qualifikationserfordernisse in Anlehnung an die Regelung des § 7 a BORA näher konkretisiert werden, nach der folgende Voraussetzung verlangt werden: Grundlagen der Kommunikation, Psychologie, Verhandlungsführung und Konflikttheorie; Grundzüge des Mediationsverfahrens müssen theoretisch und praktisch durchlaufen worden sein. Auf diese Weise ließe sich ein – in der Sache wünschenswertes – Anforderungsprofil schaffen, das für Rechtsanwälte und Richter gleich gestaltet ist und der Gefahr entgegenwirkt, dass eine der beiden juristischen Berufsgruppen nach außen hin weniger gut qualifiziert erscheint als die andere.

Wenn die gerichtliche Mediation gesetzlich verankert wird und die Justiz ihr Dienstleistungsangebot der gerichtlichen Mediation flächendeckend anbietet, muss sie die erforderliche Qualifikation des richterlichen Mediators gewährleisten. Sie muss deshalb die Möglichkeit bieten, dass jeder Richter, der als richterlicher Mediator zum Einsatz gelangen soll, die dafür erforderliche Qualifikation erlangen kann.

**Eckpunkt 9:**

**Es gibt keinen „gesetzlichen“ Richtermediator.**

Versteht man die Tätigkeit eines Richters als Mediator als gerichtliche Betätigung eigener Art, so besteht kein Anlass, ihn unter den Begriff des gesetzlichen Richters zu fassen, dem gemäß Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG niemand entzogen werden darf. Sind bei einem Gericht mehrere Richter mit ihrem Einverständnis zu gerichtlichen Mediatoren bestellt, so muss es den Parteien möglich sein, unter ihnen eine Auswahl zu treffen. Ebenso muss es dem richterlichen Mediator möglich sein, die Übernahme einer Mediation im Einzelfall abzulehnen. All dies ergibt sich zum einen daraus, dass Mediation ihrem Wesen nach immer auf Freiwilligkeit und gegenseitigem Vertrauen beruht. Zum anderen besteht aber auch nach Sinn und Zweck von Art. 103 Abs. 1 Satz 2 GG keine Notwendigkeit, die zur gerichtlichen Mediation bereiten Parteien an einen „gesetzlichen“ Richtermediator zu binden. Der verfassungsrechtliche Grundsatz des gesetzlichen Richters findet seine Rechtfertigung darin, dass äußere Einflussnahmen auf eine gerichtliche Entscheidung durch Auswechslung des Richters ausgeschlossen werden müssen. Solche Einflussnahmen sind von vorn herein nicht zu besorgen, wenn sich die Funktion des Richters gerade nicht auf die Streit-

entscheidung, sondern allein auf die Anleitung der Streitparteien zur eigenständigen Erarbeitung einer Konfliktlösung beschränkt.

### **Eckpunkt 10:**

**Die gerichtsinterne Mediation sollte nicht durch ein Richterkollegium stattfinden.**

Die gerichtsinterne Mediation sollte – soweit im Einzelfall nicht Co-Mediation geboten ist - immer durch einen Einzelrichter als Mediator durchgeführt werden. Dies gilt auch dann, wenn es sich bei dem Spruchkörper, der zu einer streitigen Entscheidung berufen wäre, um ein Kollegialgericht handelt. Für die Anleitung der Parteien zur Erarbeitung einer eigenen, von den Erfolgsaussichten des konkreten Rechtsstreits unabhängigen Konfliktlösung bedarf es nicht des Sachverständes und der Aktenkenntnis eines Kollegialspruchkörpers, dessen Tätigwerden seine Rechtfertigung letztlich in einer erhöhten Richtigkeitsgewähr für eine gemeinsam gefundene Streitentscheidung findet. Mediation befasst sich gerade nicht mit der Entscheidung einer Streitigkeit, sondern mit der Erarbeitung einer eigenen, einvernehmlichen Lösung. Zu ihrer Durchführung bedarf es vor allem der Eignung und Kompetenz desjenigen, der die Verhandlungen leitet, diese in geeigneter Form zu moderieren und zu strukturieren.

### **Eckpunkt 11:**

**Die Durchführung einer außergerichtlichen Mediation soll nicht zur Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage gemacht werden. Auch eine Anordnungsbefugnis des Richters ist nicht zu befürworten.**

Die ZPO-Kommission hat sich eingehend mit der Frage befasst, ob die außergerichtliche Mediation zur Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage gemacht werden soll. Gerade aus Sicht der freiberuflichen Mediatoren spräche für eine solche Lösung, dass eine ausschließliche Förderung der gerichtlichen Mediation zur Folge haben könnte, dass überhaupt keine außergerichtliche Streitbeilegung mehr erfolgt, weil die Beteiligten von vornherein die für sie kostengünstigere gerichtliche Mediation anstreben. Die von der ZPO-Kommission hinzugezogenen Vertreter der Anwaltschaft haben insoweit von Fällen berichtet, in denen allein unter dem Gesichtspunkt Klage erhoben worden ist, im Anschluss daran eine gerichtliche Mediation in Anspruch nehmen zu können. Auch kann sich eine obligatorische außergerichtliche Mediation aus erzieherischen Gründen als sinnvoll erweisen, weil sie zu einer Verbesserung der Streitkultur führen kann, bei der sich die Anrufung des Gerichts schon aus dem Verständnis der Parteien heraus immer nur als ultima ratio für den Fall darstellt, dass sämtliche außergerichtlichen Einigungsbemühungen gescheitert sind. Zudem haben sich auch vorgerichtliche Einigungsinstitutionen, wie sie bereits nach geltendem Recht bestehen und auf freiwilliger Basis angerufen werden können (Schlichtungsstellen auf dem Gebiet des Arzthaftungsrechts, des Kfz-Gewerbes, des Bau- und Werkvertragsrechts u.ä.), als erfolgreiche Instrumente zur Prozessvermeidung bewährt.

Entscheidend gegen eine obligatorische außergerichtliche Mediation spricht jedoch, dass eine Mediation immer freiwillig bleiben muss. Der Deutsche Richterbund hält es deshalb nicht für sinnvoll, die Zulässigkeit der Klage von der Durchführung eines außergerichtlichen Mediationsverfahrens abhängig zu machen.

Aus demselben Grund hat auch eine Anordnungsbefugnis durch den Richter auszuscheiden. Die Regelung des § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO, nach der das Gericht den Parteien in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen kann, genügt, um die Möglichkeit der außergerichtlichen Mediation in den Zivilprozess einzubinden.

### **Eckpunkt 12:**

**Das Scheitern einer Mediation darf nicht zu Kostennachteilen für denjenigen führen, der das Scheitern zu verantworten hat. Ob für die außergerichtliche Mediation Kostenanreize geschaffen werden sollen, lässt der Deutsche Richterbund bewusst offen.**

Für die Beantwortung der Frage, ob für die außergerichtliche Mediation kostenrechtliche Sanktionen oder Kostenanreize geschaffen werden sollen, sind ähnliche Überlegungen ausschlaggebend wie bei Eckpunkt 11. Auch für die Schaffung von Sanktionen oder Anreizen kann der Gesichtspunkt sprechen, dass auf diese Weise die außergerichtliche Mediation gegenüber der gerichtlichen Mediation attraktiv gehalten werden kann. Andererseits können auf diese Weise aber auch Hürden aufgebaut werden, mit denen die Parteien von der Durchführung eines Mediationsverfahrens abgehalten werden.

Bei einer Schaffung kostenrechtlicher Sanktionen, nach denen die Partei die Kosten des Mediationsverfahrens tragen muss, die das Scheitern der Mediation zu verantworten hat, kommt hinzu, dass ein in der Sache unangemessener Druck zur Einigung aufgebaut wird. Zudem müsste im Rahmen der Kostenentscheidung festgestellt werden, wer für das Scheitern die Verantwortung trägt, was gerade mit der Vertraulichkeit der Mediation nicht in Einklang zu bringen wäre und zu einem erheblichen Mehraufwand bei der Begründung der Nebenentscheidung führen würde. Sanktionen zu Lasten der für das Scheitern verantwortlichen Partei sind deshalb abzulehnen. Der Deutsche Richterbund sieht keinen Anlass, die Regelung in § 150 Abs. 4 FamFG, die es gestattet, die Nichtteilnahme an einem Informationsgespräch über Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung bei der Kostenentscheidung nachteilig zu berücksichtigen, auf Bereiche außerhalb des Familienrechts zu übertragen.

Hürden für die Durchführung außergerichtlicher Mediationen ließen sich möglicherweise auch durch Kostenanreize abbauen, die dazu führen, dass im Falle des Scheiterns der Mediation das daran anschließende Streitverfahren kostengünstiger ausgestaltet wird. Die ZPO-Kommission hat insoweit in Erwägung gezogen, für den Fall des Scheiterns der Mediation die Gerichtsgebühren für das nachfolgende Streitverfahren zu reduzieren. Eine solche Lösung eröffnet aber Missbrauchsmöglichkeiten, bei denen Mediationsverfahren nur vorgeschoben werden, um Gerichtsgebühren einzusparen. Gleiches würde für Kostenanreize gelten, die zu Lasten der Rechtsanwaltsgebühren im nachfolgenden Streitverfahren gehen. Bei ihnen käme hinzu, dass

in der Rechtsanwaltschaft keine Akzeptanz für die vorrangige Durchführung außergerichtlicher Mediationen aufgebaut werden könnte.

Im Ergebnis gelangte die ZPO-Kommission hinsichtlich der Frage der Kostenanreize zu keiner einheitlichen Meinungsbildung. Der Deutsche Richterbund hat sich deshalb entschlossen, die Frage, ob Kostenanreize geschaffen werden sollen, ausdrücklich offenzulassen.

### **Eckpunkt 13:**

**Die Frage, ob für die Durchführung eines Mediationsverfahrens Prozesskostenhilfe zu bewilligen ist, wird bewusst offen gelassen, bis Gebührentatbestände gesetzlich geregelt sind.**

Die Notwendigkeit einer Regelung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe ist bei gerichtlichen Mediationen hinsichtlich der Gerichtsgebühren zur Zeit nicht gegeben, weil solche Gebühren im Mediationsverfahren nicht anfallen.

Anders verhält es sich hinsichtlich der Rechtsanwaltsgebühren, bei denen sowohl bei außergerichtlichen als auch bei gerichtlichen Mediationen die Verfahrensgebühr (Nr. 3100 VV-RVG) und bei Erzielung einer Einigung auch die Einigungsgebühr (Nr. 1000 VV-RVG) entsteht. Dabei erweist es sich als problematisch, dass § 114 ZPO auf die Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung im Streitverfahren abstellt. Die Zulässigkeit der Bewilligung müsste ausdrücklich auch auf das Mediationsverfahren erstreckt werden. Die derzeitige Regelung des § 119 Abs. 2 ZPO eignet sich nicht als Grundlage für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe zur Mediation im Berufungsverfahren, soweit sie für die Bewilligungsvoraussetzungen auf die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels abstellt. Für die Durchführung eines Mediationsverfahrens im Berufungszug müsste diese Voraussetzung entfallen.

Andererseits kann sich die Frage der Bewilligung von Prozesskostenhilfe aber auch ganz oder teilweise erübrigen – je nachdem, wie der Gesetzgeber sich zu der Frage von Kostenanreizen im Zusammenhang mit der Durchführung eines Mediationsverfahrens entscheidet, welche der Deutsche Richterbund bewusst offen gelassen hat. Der Deutsche Richterbund ist nach alledem im Ergebnis der Auffassung, dass auch die Frage, ob für die Durchführung eines Mediationsverfahrens Prozesskostenhilfe zu bewilligen ist, vorerst offen bleiben sollte, bis der Gesetzgeber die Gebührenfrage geregelt hat.

### **Eckpunkt 14:**

**Die Durchführung eines Mediationsverfahrens erfordert strikte Wahrung der Vertraulichkeit. Sie muss sowohl für das Mediationsverfahren selbst als auch für den anschließenden Zivilprozess im Fall des Scheiterns der Mediation gewährleistet sein und schließt es aus, dass ein Richter, der im Mediationsverfahren tätig geworden ist, bei Scheitern der Mediation im streitigen Verfahren ent-**

**scheidet. Den besonderen Erfordernissen des Mediationsverfahrens ist durch geeignete verfahrensrechtliche Regelungen Rechnung zu tragen, mit denen**

- **die Unvereinbarkeit von Mediatorentätigkeit und Ausübung des Richteramtes im streitigen Verfahren,**
- **die Nichtöffentlichkeit der Mediationsverhandlung,**
- **die Beschränkung der Protokollierung auf bloße Formalien, es sei denn, die Parteien wünschen übereinstimmend eine weitergehende Protokollierung**
- **eine Einschränkung der Möglichkeit, in einem anschließenden streitigen Verfahren Tatsachen vorzutragen, die anlässlich einer Mediation bekannt geworden sind und**
- **ein entsprechendes Beweisverwertungsverbot für Erkenntnisse aus dem Mediationsverfahren**

**sichergestellt wird.**

Oberster Grundsatz des Mediationsverfahrens ist neben der Freiwilligkeit der Teilnahme an einem solchen Verfahren die Vertraulichkeit seiner Durchführung.

Soweit es allein darum geht, die Vertraulichkeit von Informationen einer Partei durch den Mediator gegenüber der anderen Partei und sonstigen am Mediationsverfahren beteiligten Personen innerhalb des Mediationsverfahrens zu wahren, handelt es sich um einen Bereich, der keiner gesetzlichen Regelung bedarf. Insoweit ist es Sache der Parteien, den Mediator durch eine entsprechende Mediationsabrede vertraglich zu verpflichten, keine Informationen an die andere Partei oder sonstige beteiligte Personen weiterzugeben.

Wenn die Vertraulichkeit in verlässlicher Weise gewahrt werden soll, muss für die Parteien aber auch sichergestellt sein, dass Erkenntnisse aus dem Mediationsverfahren gegen den Willen der beteiligten Parteien nicht in ein späteres Hauptsacheverfahren gelangen können. Was die Person des bei der gerichtlichen Mediation tätig werdenden Richters anbelangt, hält der Deutsche Richterbund es mit Blick auf die Vertraulichkeit der Mediation für unvereinbar, dass ein Richter, der in einer Sache als richterlicher Mediator tätig war, bei Scheitern der Mediation an einer Entscheidung des Rechtsstreits im streitigen Verfahren mitwirkt. Der Deutsche Richterbund schlägt deshalb vor, die Gründe des gesetzlichen Ausschlusses vom Richteramt in § 41 ZPO um eine weitere Ziffer 7 zu ergänzen:

in Sachen, in denen er als richterlicher Mediator tätig war und in Sachen, die hiermit im Zusammenhang stehen und im Rahmen des Mediationsverfahrens erörtert wurden.

Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens bedeutet zwangsläufig auch, dass unbeteiligte Dritte von dem im Rahmen eines Mediationsverfahrens zur Sprache gebrachten Streitstoff keine Kenntnis erhalten dürfen. Für die gerichtliche Mediation ist des-

halb sicherzustellen, dass die Mediationsverhandlung nichtöffentlich stattfindet. Für eine öffentliche Verhandlung besteht auch nach ihrem Sinn und Zweck kein Anlass. Durch die Öffentlichkeit der Verhandlung soll sichergestellt werden, dass gerichtliche Entscheidungen nicht im einem geheimen Verfahren getroffen werden können. Für die Mediation besteht diese Gefahr schon deshalb nicht, weil sie nicht der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung, sondern der Erarbeitung einer einvernehmlichen Lösung unter Privaten dient. Der Deutsche Richterbund schlägt deshalb vor, folgenden § 171 in das GVG aufzunehmen:

Die Verhandlung in einem Mediationsverfahren ist nicht öffentlich.

Mit Blick auf die Vertraulichkeit der Mediation hat sich die Protokollierung einer gerichtlichen Mediation auf deren bloßen äußeren Ablauf zu beschränken. Im Protokoll über den Hergang der gerichtlichen Mediation sind deshalb nur fest zu halten:

- § Anfang und Ende der Mediationsverhandlung
- § die Anwesenheit der beteiligten Parteien
- § die getroffene Vereinbarung
- § sonstige Umstände oder Erklärungen, deren Protokollierung von den Parteien übereinstimmend gewünscht wird
- § gegebenenfalls: das Scheitern der Mediationsverhandlung

Was die Möglichkeit der Parteien anbelangt, bei einem Scheitern der Mediation Informationen, die ihnen im Rahmen des Mediationsverfahrens bekannt geworden sind, in einem späteren streitigen Verfahren zu ihrem Vorteil zu verwenden, muss sichergestellt werden, dass dies nicht gegen den Willen des Gegners geschehen kann. Betroffen davon sind nicht nur solche Informationen, die der Gegner dem Mediator unter dem Siegel der Vertraulichkeit gegeben hat. Darüber hinaus geht es auch ganz allgemein um Erklärungen, Vorgänge, Verhaltensweisen, Dokumente und Daten, von denen eine Partei nur deshalb Kenntnis erlangt hat, weil die andere Partei im Interesse der angestrebten Einigung im Mediationsverfahren offener agiert hat, als sie dies in einem streitigen Verfahren getan hätte. Die Überlegungen zur Wahrung der Vertraulichkeit müssen in diesem Bereich unter einer Zweiteilung gesehen werden, die bereits bei der Zulässigkeit des Prozessvortrages eingreift und sich bei der Beweisverwertung/Aussageverweigerung fortsetzt.

Was den Bereich des Prozessvortrages anbelangt, lässt sich ein gewisser Schutz der Vertraulichkeit dadurch erreichen, dass die Parteien des Mediationsverfahrens sich in einer Prozessvereinbarung verpflichten, als Parteien eines möglichen späteren Gerichts- oder Schiedsgerichtsverfahrens keine Mediationsinterna vorzutragen und dazu auch keinen Beweis anzutreten. Der Deutsche Richterbund hält es aber für problematisch, allein auf solche vertraglichen Selbstregulierungskräfte zu vertrauen, bei denen rechtlich unsicher bleiben müsste, wie zu verfahren ist, wenn getroffene Abreden im Prozess missachtet werden. Um solche Unsicherheiten zu vermeiden, ist für den Bereich des Zivilprozesses eine gesetzliche Regelung erforderlich, die abreidwidrigen Parteivortrag zu Interna aus dem Mediationsverfahren klar und eindeutig ausschließt. Im Einklang mit den Vorgaben auf europäischer Ebene sind davon die in Art. 7 Abs. 1 lit. a und b EU-MedRL genannten Bereiche auszunehmen (Schutz des Kindeswohls, Beeinträchtigung der physischen und psychischen Integrität einer Person, Offenlegung zur Umsetzung oder Vollstreckung der Vereinbarung). Der Deut-

sche Richterbund schlägt deshalb vor, § 138 ZPO um folgenden Absatz 5 zu ergänzen:

Tatsachen und sonstige Umstände, von denen eine Partei allein durch ein Mediations- oder Güteverfahren Kenntnis erlangt hat und die entgegen einer in jenem Verfahren getroffenen Abrede vorgetragen werden, sind unbeachtlich, soweit eine Partei ihrer Berücksichtigung widerspricht.

Dies gilt nicht ... (Ausnahmetatbestände des Art. 7 Abs. 1 lit. a und b EU-MedRL)

Neben einer Einschränkung der Zulässigkeit des Parteivortrags für ein späteres Streitiges Verfahren erfordert der Gesichtspunkt der Vertraulichkeit der Mediation aber auch eine Erweiterung der gesetzlichen Aussageverweigerungsrechte. Dies gilt nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass Dritte nicht daran gehindert werden können, in einem gerichtlichen Verfahren Tatsachen oder Umstände aus einem Mediationsverfahren vorzutragen, an dem sie selbst nicht beteiligt waren. Eine zwischen den Parteien des Mediationsverfahrens getroffene Prozessvereinbarung würde sie daran nicht hindern, weil sie ihnen gegenüber keine Bindungswirkung entfaltet.

Es erscheint deshalb geboten, für alle am Mediationsverfahren beteiligten Personen – eingesetzter Mediator, dessen Hilfspersonen, die Medianten, sie begleitenden Anwälte und sonstige Berater sowie deren Hilfspersonen – ein Zeugnisverweigerungsrecht zu schaffen. Dabei erscheint es nicht sachdienlich und auch nicht notwendig, für das Zeugnisverweigerungsrecht an die Person des „Mediators“ anzuknüpfen, weil eine trennscharfe Definition dieses Begriffs kaum möglich ist. Insbesondere erscheint der Versuch einer Aufzählung all dessen, was unter den Begriff Mediator/Mediation fällt, nicht wünschenswert. Es ist auch nicht erforderlich, für die Ausgestaltung des Zeugnisverweigerungsrechts an die Qualifikation des Mediators anzuknüpfen. Ebenso wie bei der Beschränkung des Parteivortrages (§ 138 ZPO) ist es vielmehr ausreichend, das Zeugnisverweigerungsrecht in allgemeiner Form zu formulieren und an den bloßen Vorgang des Mediationsverfahrens anzuknüpfen. Der Deutsche Richterbund schlägt deshalb vor, § 383 Abs. 1 ZPO um folgende Nr. 7 zu erweitern:

Personen, die an einem Mediations- oder Güteverfahren teilgenommen haben, in Bezug auf Umstände, von denen sie durch dieses Verfahren Kenntnis erlangt haben, es sei denn ... (Ausnahmetatbestände des Art. 7 Abs. 1 lit. a und b EU-MedRL)

Das Recht, Angaben zu verweigern, ist dabei in geeigneter Weise auch auf die Parteivernehmung zu erstrecken.

Darüber hinaus muss das Zeugnisverweigerungsrecht auch für die Strafprozessordnung und die sonstigen Verfahrensordnungen geregelt werden. Auch hier sind Anknüpfungen zu vermeiden, die an den Begriff des „Mediators“ oder an die Qualifikation der zeugnisverweigerungsberechtigten Personen anknüpfen.

### **Eckpunkt 15:**

## **Eine Mediation durch den Richter sollte die Möglichkeit einschließen, einen Vollstreckungstitel zu schaffen**

Schon nach derzeit geltendem Recht ist der Richter verpflichtet, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinzuwirken (§ 278 Abs. 1 ZPO), und hat dann, wenn es zu einer solchen Einigung kommt, einen gerichtlichen Vergleich zu protokollieren, aus dem gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO die Zwangsvollstreckung stattfindet. Auch wenn man unter der Mediation durch den Richter eine gerichtliche Bestätigung eigener Art versteht, die sich in verschiedener Hinsicht von seiner Funktion als Rechtsprechungsorgan unterscheidet, besteht kein Anlass, seine Kompetenzen im Hinblick auf die Schaffung eines vollstreckbaren Titels einzuschränken. Bei der Errichtung eines solchen Titels geht es darum, den Willen der Parteien so klar, eindeutig und bestimmt zu fassen, dass er im Wege der Zwangsvollstreckung rechtlich durchgesetzt werden kann. Seine Fähigkeiten zur Herstellung eines solchen Titels kann der Richter im Rahmen einer gerichtsinternen Mediation in gleicher Weise einbringen, wie dies bei der Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs der Fall ist. Zudem führt das Verfahren der gerichtsinternen Mediation auf effektivere und schnellere Weise zur Erledigung, wenn es im Erfolgsfalle sogleich mit der Schaffung eines Vollstreckungstitels abgeschlossen werden kann, als dies der Fall wäre, wenn es zu diesem Zweck wiederum an den Spruchkörper oder an eine sonstige zur Schaffung von Titeln berufene Stelle abgegeben werden müsste.

Eine Mediation durch den Richter sollte deshalb die Möglichkeit einschließen, einen Vollstreckungstitel zu schaffen. Allerdings ist die Bezeichnung „gerichtlicher Vergleich“ für einen solchen Titel verfehlt. Er sollte vielmehr als „vollstreckbare Mediationsvereinbarung“ bezeichnet werden und müsste unter diesen Begriff ausdrücklich in die Reihe der vollstreckbaren Titel i. S. v.

§ 794 ZPO aufgenommen werden.

### **Eckpunkt 16:**

**Neben dem Richter sollen alle diejenigen zur Errichtung eines Vollstreckungstitels in der Lage sein, die dazu bereits nach bislang geltendem Recht berechtigt sind, und zwar im selben Umfang, wie dies bisher der Fall ist.**

Die Frage, inwieweit neben dem Richter andere Personen zur Errichtung eines Vollstreckungstitels in der Lage sein sollen, betrifft nicht die gerichtsinterne, sondern allein die außergerichtliche Mediation. Mit einer Ausnahme im Arbeitsrecht (dazu Eckpunkt 21) sieht der Deutsche Richterbund insoweit keinen Anlass, den Kreis derjenigen zu erweitern, die bereits nach derzeit geltendem Recht zur Schaffung eines Titels im Stande sind (Notare, Rechtsanwälte im Rahmen von §§ 796 a ff. ZPO, Rechtspfleger, Jugendämter usw). Insbesondere erscheint es nicht notwendig, für den Bereich der Mediation den Kreis der Titulierungsberechtigten exemplarisch nach Berufsgruppen zu beschreiben.

### **Eckpunkt 17:**

**Die gerichtsinterne Mediation soll im gleichen Umfang dem Anwaltszwang unterliegen, wie dies im Streitverfahren der Fall ist, aus dem heraus es zur Mediation gekommen ist. Für außergerichtliche Mediationen ist kein Anwaltszwang festzuschreiben.**

Für die Frage, ob und inwieweit Mediationsverfahren dem Anwaltszwang unterworfen sein sollen, muss zwischen der außergerichtlichen und der gerichtlichen Mediation unterschieden werden.

In der Regel erscheint es bei der außergerichtlichen Mediation in der Sache zweckmäßig, wenn die Parteien sich des Beistands eines Rechtsanwalts bedienen, um sich bei der Erarbeitung einer gemeinsamen Konfliktlösung jeweils in der gebotenen Weise rechtlich absichern zu können. Letztlich müssen die Parteien aber – wie bei allen sonstigen außergerichtlichen geführten Verhandlungen – frei entscheiden können, ob sie einen Rechtsanwalt hinzuziehen wollen.

Bei der gerichtlichen Mediation ist eine andere Beurteilung geboten. Insoweit bestehen keine Gründe, die es rechtfertigen könnten, die Frage des Anwaltszwangs anders zu beurteilen, als dies im Streitverfahren geschieht, aus dem heraus es zu dem Mediationsverfahren gekommen ist. Auch für das Mediationsverfahren soll deshalb § 78 ZPO gelten. Dabei ist zu beachten, dass nach derzeit geltendem Recht gemäß § 78 Abs. 3 ZPO für das Verfahren vor einem beauftragten oder ersuchten Richter kein Anwaltszwang besteht. Deshalb müsste § 78 Abs. 3 um folgenden Satz 2 ergänzt werden:

Satz 1 gilt nicht für das Verfahren vor dem richterlichen Mediator.

#### **Eckpunkt 18:**

**Für das Berufungsverfahren steht die Notwendigkeit einer unverzüglichen Zurückweisung der Berufung i. S. v. § 522 Abs. 2 ZPO der Zulässigkeit einer gerichtlichen Mediation nicht entgegen.**

Für gerichtliche Mediationen im zweiten Rechtszug bedarf es der klarstellenden Abgrenzung zu § 522 Abs. 2 ZPO. Nach dieser Vorschrift ist eine Berufung „unverzüglich“ durch Beschluss zurückzuweisen, sofern die einzelnen in § 522 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 ZPO angeführten Voraussetzungen vorliegen. Der Deutsche Richterbund ist sich darüber einig, dass das Unverzüglichkeitserfordernis nicht so eng verstanden werden darf, dass es die gerichtliche Mediation für den Fall einer nach übereinstimmender Einschätzung des Berufungsgerichts unbegründeten und nicht revisionszulassungsfähigen Berufung ausschließt.

#### **Eckpunkt 19:**

**Ist infolge eines Berufungsverfahrens ein Rechtsstreit in beiden Instanzen anhängig, so sind die richterlichen Mediatoren beider Instanzen konkurrierend zuständig.**

Eine Besonderheit des Berufungsverfahrens besteht darin, dass – etwa im Falle eines Teilurteils – beide Instanzen mit demselben Rechtsstreit befasst sein können. Bei solchen Überschneidungen sollte eine konkurrierende Zuständigkeit der richterlichen Mediatoren beider Instanzen vorgesehen werden. Im Falle der Entscheidung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens in der einen Instanz ist der Teil des Rechtsstreits auszusetzen, der in der anderen Instanz anhängig ist. Die Sicherstellung der Kenntniserlangung für das nicht mit dem Mediationsverfahren befasste Instanzgericht erscheint unproblematisch, weil die Parteien ein eigenes Interesse daran haben, dasselbe möglichst umgehend zu unterrichten.

#### **Eckpunkt 20:**

**Eine Ergänzung der gesetzlichen Regelungen zur Hemmung der Verjährung ist im Hinblick auf die Durchführung eines Mediationsverfahrens nicht erforderlich**

Für die gerichtsinterne Mediation bedarf es einer besonderen Regelung zur Hemmung der Verjährung schon deshalb nicht, weil ihr nach der Natur der Sache eine Klageerhebung vorausgeht und damit die Hemmungsvorschrift des § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB eingreift.

Hinsichtlich der außergerichtlichen Mediation hält der Deutsche Richterbund die Regelung des § 203 BGB für ausreichend, nach der die Verjährung gehemmt ist, wenn zwischen den Parteien Verhandlungen schweben.

#### **Eckpunkt 21:**

**Das arbeitsgerichtliche Verfahren unterliegt Besonderheiten, die den Anwendungsbereich der gerichtlichen Mediation einschränken. Soweit gleichwohl Mediation stattfindet, sollte sie den gleichen Regeln folgen, wie im allgemeinen Zivilprozesses**

Auch auf dem Gebiet des Arbeitsrechts ist Mediation grundsätzlich ein geeignetes Mittel zur gütlichen Streitbeilegung. Sie wird jedoch auf Grund verfahrensspezifischer Besonderheiten des Arbeitsrechts keinen nennenswerten Anwendungsbereich haben. Es ist nämlich zu beachten, dass schon nach geltendem Recht mit dem Gütetermin eine effektive Institution zur einvernehmlichen Beilegung von Streitigkeiten besteht und auf dem Gebiet des kollektiven Arbeitsrechts für bestimmte Fälle zusätzlich die Möglichkeit vorhanden ist, Einigungsstellen einzurichten. Was die Möglichkeiten außergerichtlicher Mediation angeht, ist in Kündigungsverfahren zu beachten, dass die Frist zur Klageerhebung gewahrt werden muss.

Soweit Mediation im arbeitsgerichtlichen Verfahren stattfindet, sollte sie den gleichen Grundsätzen folgen, wie im allgemeinen Zivilprozess.

Im arbeitsgerichtlichen Verfahren ist solchen Verbandsvertretern, die Volljuristen sind, die Möglichkeit zu geben, unter den Voraussetzungen der §§ 796 a ff. ZPO einen Vollstreckungstitel zu schaffen. Ihnen ist durch § 11 Abs. 4 ArbGG bereits eine besondere Stellung im Arbeitsgerichtsverfahren gegeben, die derjenigen von Rechtsanwälten gleicht. Eine weitere Gleichstellung mit Rechtsanwälten bei der Schaffung von Titeln im Mediationsverfahren ist deshalb konsequent.