



FRIEDRICH-ALEXANDER
UNIVERSITÄT
ERLANGEN-NÜRNBERG

FACHBEREICH
RECHTSWISSENSCHAFT

Universität Erlangen-Nürnberg • Postfach 3520 • 91023 Erlangen

Bundesministerium der Justiz und für
Verbraucherschutz
Referat R A 1
11015 Berlin

**Institut für Deutsches und
Internationales Privatrecht
und Zivilverfahrensrecht**

Prof. Dr. Reinhard Greger

Schillerstraße 1, 91054 Erlangen

Telefon +49 9131 85-22252

Fax +49 9131 85-26412

regreg@t-online.de

<https://www.zr1.rw.fau.de/team/emeritus>

Evaluationsbericht nach § 8 Mediationsgesetz

Ihr Schreiben vom 20.7.2017 – R A 1- 3731/9-1-17-RA4 357/2017

Sehr geehrte Frau Dr. Wenzel,

auf Grund meiner eigenen Forschungen zur Implementation der außergerichtlichen Konfliktlösung in das Rechtssystem und die Rechtspraxis begrüße ich es sehr, dass das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz weitere Überlegungen anstellt, wie der mit dem Mediationsgesetz begonnene Weg zur Erreichung dieses – dem Evaluationsbericht zufolge noch nicht erreichten – Ziels fortgeführt werden kann. Die von Ihnen eingeleitete Anhörung der Fachkreise ist nach meiner Einschätzung ein hervorragender Beitrag zur Förderung dieser Überlegungen. Für die freundlicherweise eingeräumte Möglichkeit, an diesem Gedankenaustausch teilzunehmen, bedanke ich mich vielmals.

Dass die Mediation und die anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung noch nicht in dem Maße Eingang in die Rechtswirklichkeit gefunden haben, welches mit dem Fördergesetz vom 21.7.2012 erstrebt worden war, ist insbesondere auf den begrenzten Regelungssatz dieses Gesetzes zurückzuführen. Abgesehen von einer (von der Rechtspraxis weitgehend ignorierten) Sollvorschrift in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO und der Hervorhebung des richterlichen Vorschlagsrechts nach § 278a ZPO enthält das Fördergesetz keine Regelung, die sich auf die Verknüpfung der alternativen Konfliktlösung (künftig: AKL) mit den hergebrachten Formen der

Rechtspflege (vornehmlich durch Anwaltschaft, Gerichte, Schiedsgerichte) bezieht. Dies führt dazu, dass für die AKL nur punktuelle, inkohärente Regelungen bestehen: das Mediationsgesetz für die besonders anspruchsvolle Form der eigenverantwortlichen Konfliktlösung, das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz für die Schlichtung von Verbraucherstreitigkeiten, diverse Vorschriften über Güte- oder Schiedsverfahren für bestimmte Bereiche usw. Der unübersichtliche und lückenhafte Normenbestand erschwert es den Rechtsuchenden, aber auch den mit dem bestens ausgebauten Gerichtsverfahren wohlvertrauten Angehörigen des Rechtspflegeberufe, eingefahrene Gleise zu verlassen und den im Einzelfall optimalen Weg der Konfliktbeilegung zu beschreiben.

Entscheidend für die Akzeptanz von Angeboten einvernehmlicher Konfliktlösung ist deren Einbettung in das Rechtsschutzsystem.

AKL darf nicht als außergewöhnlicher, von der Normalität abweichender Weg der Rechtswahrung erscheinen, sondern es muss deutlich werden, dass der Rechtsstaat neben der Möglichkeit, Konflikte durch einen an Recht und Gesetz orientierten Richterspruch zu beenden, für viele Fälle auch verlässliche Wege einer privatautonomen Lösung bietet.¹

Nachfolgend sollen, auch unter Verwertung ausländischer Erfahrungen, gesetzgeberische Möglichkeiten zur Umsetzung dieses Ziels aufgezeigt werden. Dabei wird von folgenden **Leitlinien** ausgegangen:

- Die Förderung der AKL darf nicht zu Lasten der rechtsschützenden und rechtsschöpfenden Funktion der Justiz gehen. Das Gerichtsverfahren muss tragende Säule des Rechtssystems bleiben und weiterhin jedem Rechtsuchenden offenstehen.
- Es geht nicht darum, Streitfälle von der Justiz fernzuhalten, sondern darum, dem Bürger und der Wirtschaft das für den jeweiligen Konflikt am besten geeignete (schnellste, rationellste, belastungsärmste, interessengerechteste, nachhaltigste) Konfliktlösungsverfahren zu erschließen.
- Der Weg dorthin darf nicht an Informationsdefiziten, Kostenbarrieren, irrationalen Verhaltensweisen scheitern.
- Verfahrensgerechtigkeit und Professionalität müssen auch bei der außergerichtlichen Konfliktbehandlung gewährleistet sein.

¹ Zur Rechtsstaatlichkeit und Vorzugswürdigkeit dieser Wege s. BVerfG NJW-RR 2007, 1073, 1074.

1. Verfahrensrecht der AKL

Aus den eingangs genannten Gründen ist es für eine sachgerechte Inanspruchnahme der außergerichtlichen Konfliktlösung von entscheidender Bedeutung, dass – entweder durch ein eigenes Gesetz oder durch Aufnahme in die Prozessordnungen² – zentrale Verfahrensfragen normativ geregelt werden.³ Hierbei geht es insbesondere um folgende Punkte:

1.1 Typologie der AKL-Verfahren

Dem Rechtsuchenden und seinen Beratern muss klar vor Augen stehen, dass es sich bei der AKL nicht um ein amorphes Gebilde handelt, welches auf undurchsichtigen Wegen irgendwelche Kompromisslösungen herbeiführen soll, sondern dass dort zwischen Verfahrenstypen ausgewählt werden kann, die jeweils eigenen methodischen Ansätzen und bestimmten Verfahrensprinzipien folgen. Im Wesentlichen wird hierbei nach folgenden Konfliktlösungsmethoden zu differenzieren sein:

- vermittelnd,
- zur Selbstregulierung befähigend,
- bewertend,
- entscheidend.

Für die unterschiedlichen Verfahrenstypen werden gesetzliche Bezeichnungen zu schaffen sein, damit auch die derzeit bestehenden Begriffsverwirrungen⁴ ein Ende finden. In Betracht kommen z.B. die in der Konfliktlehre inzwischen eingeführten Begriffe Moderation, Mediation, Evaluation, Schlichtung, Schiedsgutachten und Adjudikation.

1.2 Zugang zu diesen Verfahren

Es müsste geregelt werden, auf welche Weise entsprechende Verfahren in Gang gesetzt werden können, insbesondere welche Vereinbarungen zu treffen sind und an welche Stellen man sich wegen der Verfahrenswahl und -einleitung wenden kann. Ideal wäre der Ausbau der gerichtli-

² Wie z.B. in der neuen ZPO der Schweiz (s. dazu *Sutter-Somm*, ZJP 130 [2017] 61 ff) oder im norwegischen Gesetz über die Mediation und das gerichtliche Verfahren bei zivilen Streitigkeiten (ausführlich *Sperr* in *Hopt/Steffek*, *Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen*, 2008, S. 761 ff).

³ Eingehend zu einer umfassenden prinzipiengeleiteten Regelung der Konfliktlösung *Steffek*, ZKM 2017, 184 ff.

⁴ S. dazu *Greger*, ZKM 2015, 172.

chen Rechtsantragsstellen zu Konfliktvermittlungsstellen oder eine staatliche Anerkennung entsprechender Anlaufstellen außerhalb der Justiz (z.B. Verbraucher-, Schuldner-, Familienberatungsstellen, Ombudsstellen von Kammern, Innungen, Kommunen, Verbänden und eingetragenen Vereinen).

1.3 Verfahrensgrundsätze

Notwendig wäre die Statuierung allgemeiner und auf die einzelnen Verfahrensarten bezogener Grundregeln zur Sicherstellung von Qualität und Rechtsstaatlichkeit, insbesondere zur Wahrung der Neutralität, zum rechtlichen Gehör, zur Sachaufklärung, zur Maßgeblichkeit rechtlicher Vorgaben, zur Vertraulichkeit, zur Einbindung von Bevollmächtigten oder sonstigen Dritten usw. Für die Vorgehensweise der Vermittler im konkreten Fall müssen die Regeln aber ausreichende Freiräume lassen.

1.4 Durchlässigkeit des Systems

Es ist klarzustellen, dass die Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren nicht endgültig ist, sondern dass jederzeit einvernehmlich in ein anderes Verfahren übergegangen oder auch einseitig der gerichtliche Rechtsschutz in Anspruch genommen werden kann. Durch entsprechende Vorschriften, die sich auch an den Verfahrensanbieter richten, ist diese Durchlässigkeit zu fördern und, soweit erforderlich, zu regeln (z.B. in Bezug auf die Verwertbarkeit bisheriger Verfahrensergebnisse).

1.5 Qualitätssicherung

Die Akzeptanz von AKL hängt in hohem Maße auch vom Vertrauen in die Professionalität der Anbieter ab. An diesem fehlt es derzeit weitgehend, weil – abgesehen von den Verbraucherschlichtungsstellen nach § 2 VSBG und den Gütestellen nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO – keine Qualitätssicherung durch eine staatliche Anerkennung existiert. Auch die Einführung der Bezeichnung „Zertifizierter Mediator“ durch § 5 Abs. 2 und die Verordnung nach § 6 MediationsG hat daran nichts zu ändern vermocht, weil die Befugnis zum Führen der Bezeichnung keiner objektiven Kontrolle unterliegt.

Es wäre zwar unangemessen und verfassungsrechtlich bedenklich, für die Anbieter von AKL eine allgemeine Berufszulassungsregelung zu schaffen. Sehr hilfreich wäre aber die Einführung eines zuverlässigen Qualitätskennzeichens (s. unten 5.1).

Für besonders sensible Bereiche, etwa im Bereich der Familienmediation, könnte darüber hinaus eine besondere Zulassungsregelung, z.B. nach Art der Approbation von Psychotherapeuten nach § 1 PsychThG, in Erwägung gezogen werden. Für Schlichtungs-, Evaluations- und Schiedsgutachterverfahren mag es ausreichen, dass die Anbieter ihre spezielle Sachkunde durch die nachgewiesene Erfahrung auf dem betr. Fachgebiet offenlegen können.

1.6 Rechtswirkung des Verfahrensergebnisses

Insbesondere in Wirtschaftskreisen besteht ein großes Interesse daran, dass im Wege außergerichtlicher Verfahren geschlossene Vereinbarungen ohne zusätzlichen Verfahrensaufwand (insbesondere nicht erst im Wege gerichtlicher Durchsetzung) vollstreckbar gemacht werden können. Entsprechende Regelungen könnten die Attraktivität von AKL daher sehr steigern. Da eine einwandfreie Titulierung Rechtskenntnisse voraussetzt, wäre die Befugnis hierzu allerdings nur juristisch qualifizierten AKL-Anbietern zu verleihen. So könnte daran gedacht werden, die bisher nur lückenhaft und unzureichend normierte Institution der staatlich anerkannten Gütestellen nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO einer grundlegenden Belebung zuzuführen (s. unten 5.3). Qualifizierte Schlichter, Mediatoren usw. könnten sich dann auch wesentlich besser und zum Vorteil der Markttransparenz im Wettbewerb präsentieren.

2. Sicherung vorgerichtlicher Inanspruchnahme von AKL

Bisherige Versuche, den Vorrang außergerichtlicher Einigungsbemühungen gesetzlich zum Tragen zu bringen, waren nicht erfolgreich. Das obligatorische Güteverfahren nach § 15a EGZPO wurde nicht in allen Bundesländern eingeführt; zudem erwies sich die Einbeziehung geringwertiger Geldforderungen als wenig sachgerecht, während bei Konflikten mit ausgeprägter Beziehungsthematik der vorgeschriebene Gütetermin kein adäquates Lösungsmodell bot. Der Versuch, mit § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO eine bewusstere Auseinandersetzung mit den Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung zu erreichen, ist an der Unverbindlichkeit dieser Soll-Vorschrift gescheitert.

Wenn die AKL als gleichwertige, sogar vorzugswürdige Form der Rechtswahrung bewertet wird, ist es aber nur folgerichtig, Konfliktparteien mit Vorrang auf diesen Weg zu leiten. Dass dies durch die mit der Rechtsverfolgung beauftragten Rechtsanwälte geschieht, ist nach den bisherigen Erfahrungen nicht durchgängig gewährleistet. Oftmals sehen sich Rechtsanwälte durch die Erwartungshaltung ihres Mandanten daran gehindert, ihn auf eine einvernehmliche Form der Konfliktlösung zu verweisen. Zu oft wird daher der Weg zum Gericht beschritten, ohne dass die

Chance einer weniger aufwändigen Lösung durch ein AKL-Verfahren ausgelotet wurde. Vermeiden ließe sich dies auf folgende Weise:

2.1 Teilobligatorisches Vorverfahren

Die Klageerhebung könnte für Konfliktfälle, in denen die Indikation einer außergerichtlichen Lösung besonders nahe liegt, von der vorherigen Einleitung eines AKL-Verfahrens abhängig gemacht werden. Zu denken wäre hierbei insbesondere an Streitfälle aus den Bereichen des Familien-, Erb-, Gesellschafts-, Nachbarschafts-, Miet- und Wohnungseigentumsrechts.

Dass entsprechende Regelungen, die den Weg zum Gericht nicht versperren, sondern allenfalls verzögern, weder dem Justizgewährungsanspruch noch dem Freiwilligkeitsgrundsatz der Mediation widersprechen, ist inzwischen allgemein anerkannt. Die Europäische Mediationsrichtlinie geht hiervon aus;⁵ mehrere Rechtsordnungen kennen entsprechende Regelungen,⁶ EuGH⁷ und BVerfG⁸ haben ihre Rechtmäßigkeit bestätigt.

Die Regelung müsste dahin gehen, dass eine zulässige Klage bzw. ein zulässiger Antrag erst erhoben werden kann, wenn der Kläger bzw. Antragsteller dem Gegner das Angebot eines AKL-Verfahrens unterbreitet hat. Wurde das Angebot angenommen, eine außergerichtliche Einigung aber nicht erreicht, steht der Rechtsweg offen. Weigert sich der Gegner, an dem außergerichtlichen Einigungsversuch teilzunehmen, müsste ihm im Falle einer (teilweisen) Verurteilung im darauf folgenden Prozess eine zusätzliche Gerichtsgebühr auferlegt werden.

Bedürftigen Parteien müsste für das AKL-Verfahren zur Wahrung der Rechtsgleichheit Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe bewilligt werden. Bei sachgerechter Deckelung der erstattungsfähigen Kosten wären diese nicht höher als die durch die Vermeidung aufwändiger Prozesse erziel-

⁵ Richtlinie 2008/52/EG, Art. 3 lit. a. Befürwortend auch die EU-Studie „Rebooting the Mediation Directive“; dazu *Klowait*, ZKM 2014, 195 ff.

⁶ Z.B. Art. 197 ff der schweizerischen ZPO (zur Bewährung dieser Regelung *Sutter-Somm*, ZZP 130 [2017], 61, 71 f); Art. 4 des französischen Gesetzes zur Modernisierung der Justiz v. 18.11.2016; italienisches Mediationsgesetz gem. Decreto-legge v. 21.6.2013, n. 69 (zu guten Erfahrungen bei Konflikten mit persönlicher Nähebeziehung *Massari*, ZKM 2017, 16 ff); Kap. 6 des norwegischen Gesetz über die Mediation und das gerichtliche Verfahren bei zivilen Streitigkeiten (s. Fn. 2). Zu weiteren Beispielen aus dem angloamerikanischen Rechtskreis s. *Hopt/Steffek* (Fn. 2), S. 22 f.

⁷ Urt. v. 14.6.2017, C-75/16, EuZW 2017, 736 m. Anm. *Ulrici*.

⁸ NJW-RR 2007, 1073 = ZKM 2007, 128 m. Anm. *Greger*.

baren Ersparnisse.⁹ Die Übernahme von Prozesskosten durch die Rechtsschutzversicherung müsste von dem vorherigen Einigungsversuch abhängig gemacht werden.

2.2 Obligatorisches Beratungsgespräch

Als weniger weit gehende Regelung käme in Betracht, für die vorgenannten Konfliktarten ein gemeinsames Beratungsgespräch über die Möglichkeiten außergerichtlicher Konfliktlösung als Prozessvoraussetzung vorzuschreiben. Es würde sich hierbei um eine Erweiterung und Vorverlegung des Beratungsmodells nach §§ 135, 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG handeln, welches in der Praxis kaum Anwendung findet, weil es erst während des gerichtlichen Verfahrens zum Tragen kommen kann und vom Ermessen des erkennenden Richters abhängig ist.¹⁰ Mit dem gemeinsamen Beratungsgespräch können neutrale Stellen (z.B. Ehe- und Familienberatung, Jugendamt, kommunale Schiedsämter, Kammern, Notare, Schiedsleute, Verbraucherzentralen, Rechtsantragsstellen, gemeinnützige Vereine), evtl. aber auch die beiderseitigen Rechtsanwälte betraut werden.

3. Einbindung von AKL in das gerichtliche Verfahren

Die mit dem Mediationsförderungsgesetz eingeführten §§ 278a ZPO, 36a FamFG sollten ins Blickfeld rücken, dass auch dann, wenn ein gerichtliches Verfahren bereits eingeleitet wurde, eine (vorzugswürdige) Lösungssuche im Wege außergerichtlicher Streitbeilegung möglich bleibt, nämlich durch Übergang auf ein AKL-Verfahren (sog. Diversionsmodell). Hierzu bedarf es lediglich einer Verfahrensabsprache der Parteien, auf die der Richter durch einen Vorschlag hinwirken kann und die zum Ruhen des Rechtsstreits führt.

Wegen ihres optionalen Charakters hat diese sinnvolle Regelung aber keine nennenswerte praktische Bedeutung erlangt. Um den sehr förderlichen Diversions-Gedanken, der auch im Schiedsgerichtsverfahren in Gestalt des *mediation window* zunehmend umgesetzt wird, besser zur Geltung zu bringen, bieten sich folgende Möglichkeiten an:

⁹ Zu entspr. Vergleichsrechnungen s. Greger, Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten, Pilotstudie im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, 2010.

¹⁰ Zur geringen Nutzung der im Ansatz positiv zu wertenden Regelung s. Winter, Die richterliche Anordnung von Informationsgesprächen nach § 135 FamFG, Diss. Erlangen, 2015, S. 221 f.

3.1 Konfliktscreening bei Prozessbeginn

Die Verfahrensordnungen könnten dahin ergänzt werden, dass der Vorsitzende nach Eingang der einleitenden Schriftsätze zu prüfen und explizit darüber zu entscheiden hat, ob in der betr. Sache sogleich das streitige Verfahren einzuleiten oder zunächst ein anderer Weg der Konfliktlösung zu eröffnen ist. Hierfür kommt neben einer Güteverhandlung beim erkennenden Gericht oder beim Güterichter auch die Verweisung auf ein außergerichtliches Verfahren (Mediation, Schlichtung, Schiedsgutachten usw.) in Betracht. Um dem Vorsitzenden die hierfür nötigen Erkenntnisse zu verschaffen, müsste den Parteien aufgegeben werden, sich in Klage und Klageerwidern zu der Frage zu äußern, weshalb im konkreten Fall eine richterliche Entscheidung statt einer einvernehmlichen Streitbeilegung angestrebt wird.

Für die Verbindlichkeit dieser Verweisung bestehen abgestufte Gestaltungsmöglichkeiten, vom bloßen Vorschlag über die Anordnung eines Beratungsgesprächs bis zur (mit Prozess- oder Kostensanktionen bewehrten) Verpflichtung.¹¹

Die Sachgerechtigkeit einer derartigen Diversionsregelung lässt sich mit Erfahrungen aus den USA belegen.¹²

3.2 Mandatorische Mediation

Auch unabhängig von der Einführung einer obligatorischen Verfahrenszuweisung könnte dem Prozessgericht die Befugnis zugesprochen werden, einen außergerichtlichen Einigungsversuch verbindlich anzuordnen. Zumindest für Familiensachen sollte eine solche Regelung unbedingt ins Auge gefasst werden. Dafür spricht die erfolgreiche Praxis mancher Familienrichter, die Beteiligten unter Berufung auf die Beratungspflicht nach § 135 bzw. § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG in eine gerichtsnahe Mediation zu vermitteln.¹³

3.3 Institutionalisierung der gerichtsverbundenen Mediation

Berichten aus der Praxis zufolge liegt eine wesentliche Ursache für die geringe Anwendung von § 278a ZPO und § 36a FamFG darin, dass viele Richter mit den (unübersichtlichen) Strukturen der AKL nicht vertraut sind und verlässliche Anhaltspunkte für die Vermittlung an konkrete

¹¹ Zur Richtlinienkonformität einer mandatorischen Mediation s. oben Fn. 5.

¹² S. hierzu *Marx*, ZKM 2010, 132.

¹³ S. dazu *Decker/Peschke*, ZKM 2016, 120.

Anbieter fehlen. Bedauerlicherweise liefert auch die Bezeichnung als „zertifizierter Mediator“ keine entsprechende Erkenntnisgrundlage, weil sie unabhängig von praktischer Erfahrung und neutraler Kontrolle geführt werden kann.

Diese Barriere könnte abgebaut werden, indem die Möglichkeit geschaffen würde, den Status als gerichtlich anerkannter Mediator (Schlichter usw.) zu erwerben. Voraussetzung hierfür müsste neben einer qualifizierten Ausbildung und nachgewiesener Erfahrung die Bereitschaft sein, in den gerichtlich zugewiesenen Verfahren zeitnah und zu bestimmten Vergütungssätzen tätig zu werden, auf Anfordern auch zu Gerichtsverhandlungen zu erscheinen, damit unmittelbarer Kontakt mit den Beteiligten hergestellt werden kann.¹⁴

Denkbar wäre, die gerichtsverbundene Mediation, Schlichtung usw. bestimmten Institutionen vorzubehalten, z.B. eingetragenen Vereinen, staatlich anerkannten Gütestellen oder Kammern.

Hilfreich wäre zumindest die Bestellung von Verweisungsbeauftragten bei den Gerichten, die den Richter und die Parteien bei der Vermittlung in die AKL unterstützen.¹⁵

3.4 Verstärkung der Mitteilungspflicht nach § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO

Mit der genannten Vorschrift wollte der Gesetzgeber darauf hinwirken, dass die Klagepartei und ihr Anwalt vor der Klageerhebung eingehend prüfen, ob der Konflikt nicht besser außergerichtlich beigelegt werden kann (1. Alt.), und dass, falls es dennoch zur Klageerhebung kommt, der Richter Informationen über die Beschaffenheit des Konflikts erhält, die für seine Bemühungen um eine einvernehmliche Konfliktbeilegung hilfreich sein können (2. Alt.). Beide Ziele wurden nicht erreicht, weil die als Soll-Vorschrift formulierte Norm weitgehend unbeachtet bleibt und allenfalls sehr cursorische Angaben hervorbringt.

Beide Normziele sind von überragender Bedeutung für ein sachgerechtes Konfliktmanagement. Die Vorschrift ist daher so zu fassen, dass sie diese Ziele auch erreichen kann.

Dies bedingt zum einen die Umwandlung von einer Sollvorschrift in eine zwingende Vorgabe. Das Gericht muss dann fehlende Angaben vor Zustellung der Klage nachfordern und, falls diese nicht nachgereicht werden, die Klage als unzulässig abweisen.

¹⁴ Vorbilder liefern die zahlreichen Modelle von *court-annexed mediation* in den USA (vgl. *Yarn* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl. 2016, § 59 Rn. 10 ff; *Kulms* in Hopt/Steffek [Fn. 2], S. 410 ff).

¹⁵ So z.B. die bewährte Einrichtung des *mediationsfunctionaris* in den Niederlanden (s. *Schmiedel*, ZKM 2011, 14, 15).

Zum anderen sollte die Mitteilungspflicht auch präziser gefasst werden. Statt der Äußerung, ob einem Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung Gründe entgegenstehen (die bei wörtlicher Auslegung der Vorschrift in einem bloßen „ja“ bestehen könnte), sind konkrete Angaben dazu zu verlangen, welche Gründe eine richterliche Entscheidung erforderlich machen.

Konsequent wäre es, eine entsprechende Erklärung auch vom Beklagten in der Klageerwiderung zu verlangen. Hierfür sollte ihm zusammen mit der Klage ein Merkblatt über die Möglichkeiten der Konfliktbeilegung zugestellt werden.

4. Kostenregelungen

4.1 Kostenhilfe für AKL-Verfahren

Es besteht ein Missverhältnis zwischen der staatlichen Förderung der streitigen Konfliktbeilegung (Prozess- und Verfahrenskostenhilfe) und der Kostenbelastung der Beteiligten, die sich zu einer außergerichtlichen Konfliktlösung entschließen. Dies schafft zum einen Anreize für die Einleitung gerichtlicher Verfahren, zum anderen erschwert es wirtschaftlich schwächeren Parteien die Inanspruchnahme kostenpflichtiger AKL-Verfahren. Eine zielgerichtete finanzielle Förderung der AKL könnte den Zugang zu diesen Verfahren erleichtern, gerichtliche Verfahren vermeiden und damit erhebliche Einsparungen bei Prozess- und Verfahrenskostenhilfe bewirken; von den Folgekosten streitiger Konfliktbearbeitung ganz abgesehen.¹⁶

Jedenfalls bei Einführung eines obligatorischen Güteversuchs müssten dessen Kosten von der Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe abgedeckt werden, weil Bedürftige sonst von der Rechtsverfolgung ausgeschlossen würden (s. oben 2.1).

Eine darüber hinausgehende, allgemeine Mediations- oder AKL-Kostenhilfe würde jedoch erheblichen praktischen Schwierigkeiten begegnen (Prüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse, Beurteilung der Erfolgsaussichten, Ausschluss von Missbrauch, Deckelung der Kosten). Ob sie in bestimmten Bereichen und unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht gezogen werden kann, wird derzeit in einem Modellprojekt der Landesjustizverwaltung Berlin erprobt;¹⁷ zu Recht spricht sich der Evaluationsbericht ungeachtet seiner Skepsis gegenüber einer Mediationskostenhilfe dafür aus, die Ergebnisse dieses Projekts abzuwarten.

¹⁶ Zu den Einspareffekten durch Mediation im Bereich von Kindschaftsverfahren s. die in Fn. 9 genannte Pilotstudie.

¹⁷ Hamkens, ZKM 2016, 145.

Auch könnten weitere Forschungen angezeigt sein, um den Einspareffekt, der durch eine finanzielle Förderung außergerichtlicher statt gerichtlicher Verfahren erzielt werden könnte, zu quantifizieren. Hierfür stehen auch ausländische Finanzierungsmodelle zur Verfügung.¹⁸

4.2 Kostenfreie oder -begünstigte AKL-Angebote

Eine Alternative zu einer PKH-analogen Kostenübernahme könnte in der Bereitstellung von AKL-Angeboten liegen, die von bedürftigen Parteien ohne oder mit geringer Kostenbelastung wahrgenommen werden können. Die für Verbraucherkonflikte geschaffene Kostenverlagerung auf die wirtschaftlich stärkere Unternehmerseite (§ 23 VSBG) wird sich zwar auf sonstige Streitfälle nicht erstrecken lassen. Denkbar wäre aber eine Ausweitung staatlicher Hilfsangebote im Bereich des Jugendhilferechts (kostenfreie Mediation in Kindschaftssachen, wie sie von manchen Jugendämtern auf der Basis von §§ 17 f, 90 SGB VIII angeboten wird) oder eine Förderung von Einrichtungen, die Mediationen mit ermäßigten Vergütungssätzen oder auf Spendenbasis durchführen.¹⁹

4.3 AKL-Bereitschaft als Voraussetzung für Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe

Es könnte zumindest für bestimmte Konfliktarten angeordnet werden, dass Prozess- bzw. Verfahrenskostenhilfe abgelehnt werden kann, wenn dem Antragsteller zuzumuten ist, zunächst ein Verfahren der AKL einzuleiten. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn ein kostenfreies oder -günstiges Verfahren zur Verfügung steht und der Antragsteller nicht plausibel machen kann, dass eine richterliche Entscheidung unumgänglich ist.

4.4 Kostenübernahme bei gerichtsverbundener AKL

Die Institutionalisierung einer gerichtsverbundenen AKL müsste, wie bereits unter 3.3. bemerkt, mit einer „sozialverträglichen“ Vergütungsregelung einhergehen. Zudem müsste sie bei Parteien, denen PKH oder VKH bewilligt wurde, hiervon abgedeckt sein.

¹⁸ S. z.B. *Schmiedel*, ZKM 2011, 14, 15 ff zu den Erfahrungen in den Niederlanden; *Filler* in Rapp, *Mediation kompetent, kommunikativ, konkret*, Bd. 2, 2012, S. 154 zum österreichischen Familienlastenausgleichsgesetz.

¹⁹ Wie z.B. die Öffentliche Rechtsauskunft- und Vergleichsstelle (ÖRA) Hamburg oder der Verein „Zusammenwirken im Familienkonflikt e.V.“ in Berlin.

4.5 Gebührenermäßigung bei Klagerücknahme nach gerichtsverbundener AKL

Von den Öffnungsklauseln in § 69b GKG, § 61a FamGKG hat, soweit ersichtlich, kein Bundesland Gebrauch gemacht. Die Regelungen sollten daher ins Bundesrecht übernommen werden.

4.6 Kostensanktion bei verweigerter Teilnahme an AKL

Wenn es zur Einführung vorgegerichtlicher oder mandatorischer AKL kommt (s. 2.1, 3.1), könnte die Bereitschaft der Parteien zur Teilnahme an diesem Verfahren (selbstverständlich nicht zur Einigung) durch Kostennachteile im Falle der Weigerung gefördert werden. In Betracht kommt die Auferlegung einer (unabhängig vom Prozessausgang fälligen) Gerichtsgebühr oder eine Regelung, wonach die verweigernde Partei unabhängig vom Prozessausgang die Kosten des Rechtsstreits (oder zumindest der betr. Instanz) zu tragen hat, bei beidseitiger Weigerung jede Partei zur Hälfte.

4.7 Kostendeckung durch Rechtsschutzversicherung

Zahlreiche Rechtsschutzversicherer bieten die Deckung von Mediationskosten, mit unterschiedlichen Begrenzungen, bereits jetzt in speziellen Tarifen an. Dieses Konzept könnte gesetzlich verallgemeinert und vereinheitlicht werden.

Die Einführung einer allgemeinen, alle Methoden des Rechtsschutzes umfassenden Pflichtversicherung würde das Finanzierungsproblem lösen, dürfte aber schwer realisierbar sein.

5. Professionalisierung der AKL

Die Akzeptanz der AKL-Verfahren, insbesondere der besonders anspruchsvollen Mediation, leidet auch darunter, dass es dem Rechtsuchenden und seinen Beratern an zuverlässigen Beurteilungskriterien für die Qualifikation der Anbieter fehlt. Hierin dürfte ein Grund dafür liegen, dass Mediatoren dem Evaluationsbericht zufolge nur in geringem Umfang auf Empfehlung von Anwälten oder Richtern mandatiert werden und nur wenige Mediatoren, die sich einen entsprechenden Ruf erworben haben, in größerem Umfang tätig werden können. Bedauerlicherweise hat der Gesetzgeber mit der unzulänglichen Zertifizierungsregelung in § 5 Abs. 2 Mediationsgesetz kein aussagekräftiges Gütesiegel geschaffen. Verbesserungen wären z.B. auf folgenden Wegen möglich:

5.1 Objektive Zertifizierung von AKL-Anbietern

Wie in anderen Bereichen auch, könnte eine echte Zertifizierung, d.h. die Prüfung und Anerkennung der Erfüllung bestimmter Qualitätsanforderungen durch eine neutrale Stelle,²⁰ gesetzlich ermöglicht werden.

Zu erwägen wäre auch eine öffentliche Bestellung wie bei Sachverständigen nach § 36 GewO.

5.2 Erlaubnisvorbehalt für bestimmte AKL-Dienstleistungen

Für bestimmte besonders sensible Gebiete (wie z.B. Familienmediation) könnte auch bestimmt werden, dass die Vermittlungstätigkeit nur durch Personen ausgeübt werden darf, die spezielle Anforderungen, z.B. eine psychologische Grundausbildung sowie fortwährende Weiterbildung, erfüllen und sich einem (z.B. verbandsinternen) Beschwerdemanagement stellen.²¹ Eine solche Aufteilung des Mediationsmarktes zwischen hoch professionellen und eher gelegentlich tätigen Mediatoren entspräche auch den im Evaluationsbericht festgestellten Gegebenheiten. Die positiven Entwicklungen, die nach der Einführung des approbierten Psychotherapeuten durch das PsychThG auf diesem Gebiet zu verzeichnen waren, belegen die Bedeutung einer derartigen Professionalisierung.

Bereits erwähnt wurde die Möglichkeit, für die Teilnahme an gerichtsverbundener AKL besondere Qualitätsanforderungen aufzustellen (s. 3.3).

5.3 Ausbau der anerkannten Gütestellen i.S.v. § 794 Abs.1 Nr. 1 ZPO

Die durch die Landesjustizverwaltungen eingerichteten oder anerkannten Gütestellen finden bisher hauptsächlich unter den Aspekten der Vollstreckbarkeit von Vergleichen (s. 1.6) und der Verjährungshemmung (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB) Beachtung. Ihr Ausbau zu Kompetenzzentren der AKL könnte aber auch einen wesentlichen Beitrag zur größeren Akzeptanz der alternativen Verfahren leisten.

²⁰ Etwa nach dem Akkreditierungsstellengesetz v. 31.7.2009 (BGBl I 2625) oder nach dem Vorbild des (früheren) *Nederlands Mediation Instituut* (NMI); dazu *Schmiedel*, ZKM 2011, 14 ff, sowie in *Hopt/Steffek* [Fn. 2], S. 329, 333.

²¹ Vgl. z.B. die *Disciplinary Rules* für registrierte Mediatoren in den Niederlanden (abgedruckt bei *Hopt/Steffek* [Fn. 2], S. 1070 ff).

Voraussetzung hierfür ist, dass derartige Stellen in allen Bundesländern eingerichtet werden. Dies sowie einheitliche Mindeststandards wären durch Bundesgesetz vorzugeben.²² Dabei muss, wie z.B. in Bayern, Baden-Württemberg und Niedersachsen, auch dem einzelnen Mediator die Möglichkeit eingeräumt werden, eine anerkannte Gütestelle zu betreiben.

6. Sonstige Fördermaßnahmen

6.1 Weitere Forschung

Der Evaluationsbericht nach § 8 Mediationsgesetz hat sich – wohl aus Zeit- und Kostengründen – im Wesentlichen darauf beschränkt, die Entwicklung der Mediation in Deutschland seit 2012 aus Sicht der Mediatoren nachzuzeichnen. Für weitere Überlegungen zur Förderung der Mediation wäre es jedoch erforderlich, auch die Gründe für die zurückhaltende Nutzung durch die potenziellen Nachfrager zu erforschen. Hilfreich wäre zudem eine fundierte Wirkungsforschung. So wird sich beispielsweise eine Bereitschaft des Fiskus, Aufwendungen für die Finanzierung von AKL-Verfahren zu erbringen, nur wecken lassen, wenn nachgewiesen werden kann, dass diesen Aufwendungen auch adäquate Vorteile gegenüberstehen. Es müsste also erforscht werden, welche Wirkungen die Mediation, auch unter dem Aspekt der Nachhaltigkeit, auf die Situation der Beteiligten hatte und inwieweit sie die Gerichte und den Justizhaushalt entlastet hat. Die Pilotstudie zu den Kindschaftsverfahren²³ hat hierzu bereits erste Erkenntnisse erbracht; diese Untersuchung müsste auf andere Bereiche und längerfristige Wirkungen erweitert werden. Auch insoweit kann auf das Beispiel der Psychotherapie verwiesen werden: Erst die Ergebnisse der Wirkungsforschung bereiteten den Boden für deren breite Akzeptanz (bis hin zur Übernahme in den Leistungskatalog der Krankenversicherung).

Da Mediation in ausländischen Rechtsordnungen bereits wesentlich stärker zur Anwendung kommt, empfiehlt sich auch die Auswertung des in großem Umfang vorhandenen rechtsvergleichenden Materials²⁴ und der daraus abgeleiteten Erkenntnisse.²⁵

²² Nach BGH ZKM 2013, 131 ist die derzeitige Rechtslage zwar unbefriedigend, mangels bundesrechtlicher Regelung aber hinzunehmen. Zu den stark differierenden Länderregelungen s. *Greger*, NJW 2011, 1478.

²³ S. Fn. 9.

²⁴ S. nur die Sammlung von *Hopt/Steffek* (Fn. 2) und deren Aktualisierung in *Hopt/Steffek*, *Mediation – Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013.

²⁵ *Steffek/Unberath*, *Regulating Dispute Resolution*, 2013.

6.2 Pflichtfach in der Juristenausbildung

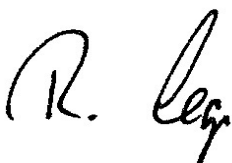
Das stark auf die gerichtliche Durchsetzung von Ansprüchen ausgerichtete Studium sollte um die Aspekte der Verhandlungs- und Konfliktlehre erweitert werden, um die künftigen Juristen auf die Denkweise der AKL vorzubereiten. Es genügt nicht, dass diese Inhalte als Teil der sog. Schlüsselqualifikationen nach § 5a Abs. 3 Satz 1 DRiG im Studium „berücksichtigt“ werden. Diese relativ schwache Regelung führt dazu, dass ein Großteil der Studierenden die betr. Inhalte allenfalls am Rande wahrnimmt. Notwendig ist daher die Einführung von Leistungsnachweisen auch in diesen Fächern (wie er an manchen Universitäten auch bereits gefordert wird).

6.3 Obligatorische Richterfortbildung

Tagungen zu Verhandlungsmanagement, Mediation usw. werden bereits vielfach angeboten, z.B. von der Deutschen Richterakademie und in Einführungslehrgängen für Proberichter. Diese Angebote erreichen jedoch nur einen Teil der Richterschaft. Die Beschäftigung mit den betr. Materien bleibt weitgehend der Eigeninitiative überlassen und unterbleibt vielfach, weil sie mit den erlernten Herangehensweisen an Rechtskonflikte in Widerspruch steht. Dies führt dazu, dass die Einbindung alternativer Konfliktlösungsmethoden in das gerichtliche Verfahren, insbesondere die Nutzung der gerichtsverbundenen Mediation, nicht im gebotenen Maße stattfindet. Wie in anderen qualifizierten Berufen²⁶ sollte daher auch für Richter eine Fortbildungspflicht begründet und hierbei der besondere Stellenwert der sog. Schlüsselqualifikationen betont werden.

Ich hoffe, dass ich mit dieser Zusammenstellung von möglichen Beiträgen der Gesetzgebung zur Etablierung der AKL in unserem Rechtssystem ein paar Denkanstöße geben konnte und würde mich über weiteren Gedankenaustausch sehr freuen.

Mit freundlichen Grüßen



Prof. Dr. Reinhard Greger

²⁶ Vgl. nur § 43 Abs. 6 BRAO, § 5 Abs. 1 MediationsG.