

**Stellungnahme der EUCON
zum Gutachten F von Prof. Dr. Burkhard Hess
für den
67. Juristentag in Erfurt 2008**

I. Hintergrund der Stellungnahme

1. EUCON

Das Europäische Institut für Conflict Management e.V. (EUCON) mit Sitz in München berät und begleitet Konfliktparteien aus der Wirtschaft bei der Lösung innerbetrieblicher Konflikte und bei Auseinandersetzungen mit Dritten. EUCON informiert über den Einsatz geeigneter Instrumente des Konfliktmanagements und entwickelt diese weiter. Im konkreten Konflikt prüft EUCON das jeweils am besten geeignete Konfliktlösungsverfahren. Dabei steht in der Praxis gegenwärtig die Mediation im Vordergrund. Bei dieser hat die Sicherung der Qualität bei der Durchführung von Mediationsverfahren und der Auswahl von Mediatoren hohe Priorität¹ Die Mitglieder der EUCON sind Unternehmen, Anwaltssozietäten, Wirtschaftsverbände sowie Einzelpersonen.

2. Stellungnahme aus der Sicht der Wirtschaftsmediation

Die Stellungnahme bezieht sich auf externe Wirtschaftskonflikte, bei denen die sog. Beste Alternative der Parteien bei Nichteinigung der Zivilprozess oder ein Schiedsverfahren ist und bei deren Beurteilung auch die jeweilige Rechtslage in geeigneter Weise einbezogen wird. EUCON hat bedeutende Wirtschaftsmediationen dieser Art betreut. Von den von EUCON hierbei vorgeschlagenen Mediatoren wählten die Parteien bisher stets Mediatoren aus, die neben einer profunden Mediationsausbildung auch über juristische Qualifikationen verfügten. Auf Grund dieser Erfahrung steht im Vordergrund dieser Stellungnahme der Anwaltsmediator. Es wird jedoch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass in geeigneten Konstellationen die Parteien in Wirtschaftskonflikten auch von Mediatoren mit anderen Qualifikationen hervorragend unterstützt werden können. Je mehr bei den Konfliktparteien nicht rechtliche, sondern Beziehungsprobleme im Vordergrund stehen, um so mehr ist dies das Betätigungsfeld von Mediatoren mit nichtjuristischem Hintergrund. Dies gilt insbesondere für innerbetriebliche Konflikte.

3. Schwerpunkt der Stellungnahme

Die Vorteile einer vorprozessualen Mediation (wie Ergebnisqualität, Zeitersparnis, Vertraulichkeit, wesentlich geringere direkte Verfahrens- und Transaktionskosten^{2,3}) und auch deren Erfolgchancen sind so überzeugend, dass in den meisten Wirtschaftskonflikten das Durchführen eines (schieds-)gerichtlichen Verfahrens nur als ultima ratio im Interesse der Parteien liegen wird. Eine wichtige Zielsetzung der EUCON ist es, Unternehmen und deren Beratern diese Erkenntnisse zu vermitteln und sie von den Vorteilen des Einsatzes außergerichtlicher Konfliktlösungsinstrumente zu überzeugen. Eine Unterstützung durch den Gesetzgeber bedarf es hierbei nicht, da nach Auffassung von EUCON dieses Konfliktlösungsinstrument durch Überzeugungsarbeit durchzusetzen ist.

Die Stellungnahme bezieht sich primär auf die sog. vertragsbezogene Mediation i.S. des Gutachters und nicht auf die gerichtsbezogene Mediation.

¹ zu Einzelheiten siehe www.eucon-institut.de.

² vgl. zu den Benchmarks einer Lösung von Wirtschaftskonflikten Neuenhahn/Neuenhahn, Erweiterung der anwaltlichen Dienstleistung durch systematisches Konfliktmanagement, NJW 2007, S. 1851ff

³ siehe auch Bregenhorn in [Hwww.eucon-institut.de](http://www.eucon-institut.de)

4. Begrifflichkeiten

Die Stellungnahme orientiert sich an den vom Gutachter verwendeten Begriffen.

II. Allgemeiner Handlungsbedarf bei der vertragsbezogenen Mediation

Aus Sicht der EUCON besteht bereits aufgrund des vorhandenen rechtlichen Rahmens keine Notwendigkeit, Mediationsverfahren in Deutschland gesetzlich zu regulieren. Dies bestätigen auch die langjährige Praxis der EUCON bei der Administration von Mediationen sowie die Erfahrungen der Mitglieder der EUCON in einer Vielzahl von nationalen und internationalen Mediationen. Alle relevanten Verfahrensfragen wie Vertraulichkeit, Verjährungshemmung oder Beweisverwertung können schon jetzt durch entsprechende Vereinbarungen in der Mediations- bzw. Konfliktlösungsklausel vertraglich geregelt werden. Darüber hinaus ist es möglich und in der Praxis gerade für prozessual weniger erfahrene Parteien sinnvoll, durch Verweis auf eine institutionelle Verfahrensordnung diese zum Gegenstand der Vereinbarung zwischen den Parteien zu machen. So enthält z.B. die Verfahrensordnung der EUCON entsprechende Bestimmungen zu der Frage der Verjährungshemmung oder der Vertraulichkeit.

In der Praxis hat sich gezeigt, dass der Verweis auf eine bewährte Verfahrensordnung für die Parteien nicht nur die Formulierung der Mediationsklausel erleichtert, sondern vielfach überhaupt erst ermöglicht, die Zustimmung einer mit Mediation weniger vertrauten Partei zur Aufnahme einer entsprechenden Klausel zu erreichen. Dabei ist es möglich und vielfach praktiziert, dass die Parteien sich einer Verfahrensordnung bedienen, ohne gleichzeitig die Dienstleistungen der entsprechenden Institution z.B. bei der Auswahl des Mediators in Anspruch zu nehmen.

Eine zu starke Regulierung der Mediation würde nach Auffassung von EUCON deren Anwendung in der Praxis erschweren. Daher sollten Regelungen nur mit Augenmaß erfolgen.

Die Umsetzung der EU-Richtlinie sollte i.Ü. einheitlich für nationale und grenzüberschreitende Mediationsverfahren einheitlich erfolgen.

III. Regelungsbereiche eines Gesetzes zur Förderung der Mediation

1. Förderung statt Regelung

Im Vordergrund gesetzlicher Maßnahmen sollte die Förderung außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren und nicht deren Regelung stehen, wie dies dem Gesetzgeber durch Einführung des § 5a DRIG gelungen ist. Dies wird die Bereitschaft künftiger Juristengenerationen zur Nutzung dieser Verfahren wesentlich erhöhen.

2. Vertragsbezogene Mediation

1.1 Vertraulichkeit

EUCON stimmt dem Vorschlag des Gutachters (These 9) zu, in Umsetzung von Art.7 med.RL ein Beweisthemenvorbot zu erlassen, das an die Vertraulichkeitsabrede der Parteien in der Mediation anknüpft.

1.2 Vollstreckbarkeit

Nach den Erfahrungen der EUCON mit den von ihr begleiteten Mediationen stellte sich in keinem Fall das Thema Vollstreckbarkeit. Dies ist auch verständlich, da es in solchen Verfahren letztlich um die Herbeiführung vertraglicher Absprachen geht, bei denen im Wirtschaftsleben generell nicht deren Vollstreckbarkeit geregelt wird. Gleichwohl kann EUCON dem Vorschlag des Gutachters (These 11), einen „Mediationsvergleich“ als Vollstreckungstitel i.S. des § 794 ZPO zu schaffen, als „nice to have“ zustimmen.

1.3 Verjährungshemmnis

Die EUCON regt an, in § 204 BGB eine klarstellende Bestimmung aufzunehmen, wonach bei Bestehen einer Mediationsvereinbarung die einseitige Einleitung einer Mediation durch eine Partei eine Verjährungshemmung bewirkt. Damit sollten Zweifel beseitigt werden, ob § 203 BGB auch dann Anwendung findet, wenn die Gegenseite sich vertragswidrig weigert, an der Mediation teilzunehmen.

3. Gerichtsbezogene Mediation

Aus der Sicht von EUCON erscheint zusätzlicher gesetzgeberischer und personeller/finanzieller Aufwand für den Ausbau der gerichtsinternen Mediation als nicht unproblematisch. In der Wissenschaft wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die Vermeidung unnötiger Prozesse Vorrang vor der Umleitung streitiger Verfahren auf konsensuale Formen der Streitbeilegung haben müsse.⁴ Zudem zeigen praktische Erfahrungen mit gerichtsnaher Mediation, dass es sich bei diesen Verfahren in der Regel selten um Mediationen im eigentlichen Sinne, sondern um Güteverhandlungen mit gewissen mediativen Elementen handelt, die in Gegenwart eines für die streitigen Entscheidungen nicht zuständigen Richters stattfinden. Die EUCON sieht es als problematisch an, wenn angesichts der bereits angespannten personellen Situation an vielen deutschen Gerichten weitere personelle Ressourcen auf die gerichtsinterne Mediation verlagert würden. Eine weitere Verbreitung von ADR-Verfahren einerseits und eine Verbesserung der Effizienz gerichtlicher Verfahren andererseits kann nur erreicht werden, wenn die außergerichtliche Streitbeilegung gefördert und gleichzeitig Maßnahmen zur Verbesserung streitiger Verfahren ergriffen werden.

4. Gerichtsnaher Mediation

Im Oktober 2004 und damit unmittelbar vor dem Beginn des Pilotprojektes Güterichter in Bayern am 1.1.2005 wurde von einer Kammer für Handelssachen des LG München I den Prozessparteien gemäß § 278 V S.2 ZPO ein Mediationsverfahren bei der EUCON vorgeschlagen. Prozessiert wurde über eine nachträgliche Anpassung des Kaufpreises eines Unternehmens mit einem Streitwert im zweistelligen Millionen

⁴ siehe Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter; Juli 2007, O. S. 124

EUR-Bereich, wobei die Wirksamkeit eines Schiedsgutachtens über die vorzunehmende Preisanpassung strittig war. Die Parteien und deren Anwälte wählten nach Auswahlgesprächen einen von drei von EUCON vorgeschlagenen Mediatoren aus. Im Mai 2005 hatten sich die Parteien in der Mediation auf den Kaufpreis geeinigt, weitere Streitpunkte bereinigt und anschließend den Prozess beendet. Vorausgegangen war Schriftverkehr mit dem Mediator sowie zwei jeweils 12- bzw. 10-stündige Mediationssitzungen. Trotz dieser erfolgreichen Mediation ist seit Beginn des Pilotprojektes ist kein weiterer Mediationsfall nach § 278 V S.2 ZPO an EUCON herangetragen worden. Nach den Erfahrungen der EUCON lassen sich komplexe Wirtschaftskonflikten schon auf Grund des verfügbaren Zeitrahmens nicht durch eine gerichtsinterne Mediation lösen, zumal im Falle von reinen Verteilungskonflikten (Nullsummenspiele) der Mediator mit Prozessrisikoanalysen arbeiten muss.

Nach Auffassung von EUCON weist Greger⁵ zurecht darauf hin, dass die geringe und wenig sachgerechte Anwendung des § 278 Abs.5 S. 2 ZPO zum großen Teil auf Informationsdefizite bei den Richtern zurückzuführen sei. Entsprechend seiner Empfehlung sind daher die gerichtsnahen Streitbeilegungsverfahren stärker in das System der differenzierten Konfliktzuweisung einzubinden. Dabei ist wichtig, dass die Richter über diese Möglichkeiten informiert sind und die Parteien hierüber beraten. Das Interesse der Richter an einer Streitentscheidung darf hingegen nicht ausschlaggebend sein. Hier sollte der Gesetzgeber entsprechende Maßnahmen zur Aktivierung dieser Bestimmung treffen. Aus Sicht von EUCON sollte daher nicht erst eine weitere Etablierung der gerichtsinternen Mediation abgewartet werden.

5. Einordnung des Zivilprozesses

Die mit dem Modellprojekt in Bayern - gleiches gilt wohl auch für die übrigen Modellprojekt in Deutschland – verfolgten Ziele der Justizentlastung, des Rechtsfriedens und der verbesserten Streitkultur lassen sich nach Greger am besten erreichen, wenn Konflikte bereits vor der Anrufung der Gerichte gelöst werden. Daher müsse der Ausbau der außergerichtlichen Streitbeilegung verstärkt in das Blickfeld der Rechtspolitik gerückt werden⁶. Dies ist auch die Auffassung der Justizministerkonferenz, wonach weitere Ansätze zur Förderung konsensualer Streitbeilegung zu verfolgen sind. Auch nach Auffassung der Bundesregierung ist eine einvernehmliche Beilegung eines Rechtsstreites grundsätzlich einer gerichtlichen Entscheidung vorzuziehen.⁷

Nach Auffassung der EUCON sollte eine Konzentration des Zivilprozesses auf nicht durch andere Streitbeilegungsverfahren lösbare bzw. gelöste Streitigkeiten erfolgen. Dadurch könnten die Justizressourcen zu einer Beschleunigung unvermeidbarer Zivilprozesse besser genutzt werden.

Trotz der allgemein anerkannten Vorteile einer außergerichtlichen einvernehmlichen Konfliktlösung durch die Parteien sollte jedenfalls im Wirtschaftsverkehr die Auswahl des Konfliktlösungsmechanismus grundsätzlich den Parteien überlassen und nicht durch Sanktionen des Gesetzgebers gesteuert werden. Gleichzeitig sollten aber Anreize im Kostenrecht zur Nutzung von Mediation geschaffen werden.

⁵ Greger a.a.O. S. 127 mit weiteren Verweisen

⁶ Greger a.a.O. S. 131

⁷ siehe Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage der FDP-Fraktion Bundestagsdrucksache 11/9926 vom 7.7.2008 S. 3 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG vom 14.2.2007 (1 BvR 1351/01)

1. Widersprüche zu Thesen

These 1:

Für die unter 1 2 beschriebenen Wirtschaftskonflikte trifft die Aussage jedenfalls bei Anwaltsmediatoren nicht zu, dass „in der vertragsautonomen Mediation die berufrechtliche Zulässigkeit und die Qualitätserfordernisse weithin ungeklärt“ seien.

These 2:

Sowohl nach der EUCON- Verfahrensordnung erfolgreich durchgeführte Verfahren mit hohen Streitwerten als auch EUCON bekannte andere erfolgreich durchgeführte Wirtschaftsmediationen lassen erwarten, dass zumindest Wirtschaftsmediationen in Deutschland zunehmen werden. Auf Grund der Vertraulichkeit können diese Wirtschaftsmediationen nicht publik gemacht werden. Zunehmend werden nach der Erfahrung von EUCON sog. Mediationsklauseln in Verträgen vereinbart mit der Folge, dass im konkreten Konfliktfall eine Mediation durchgeführt werden muss, da ansonsten ein Prozesshindernis besteht.⁸ EUCON hat mit einer Dokumentation von Wirtschaftsmediationen in anonymisierter Form auf ihrer Homepage begonnen und wird in Zukunft verstärkt Parteien motivieren, solchen Dokumentationen zuzustimmen. Hierdurch kann der erforderliche Überzeugungstransfer nach Auffassung von EUCON wesentlich gefördert werden.

2. Ablehnung von Thesen

These 15

Wie die bisher durch einen Anwaltsmediator mediierten Wirtschaftskonflikte gezeigt haben, ist zumindest für diese eine gesonderte Regelung des Berufsrechts des Anwaltsmediators nicht erforderlich.

Thesen 16 und 18

Nach Auffassung von EUCON ist der Ausbau der Güteverhandlung unter Einbeziehung mediativer Elemente dem weiteren Ausbau der gerichtlichen Mediation vorzuziehen.

These 22 Sätze 2 und 3

Von § 278 V 2 ZPO wurde vom Streitrichter zu wenig Gebrauch gemacht. Hier sollte der Gesetzgeber geeignete Maßnahmen treffen, um diese Bestimmung mit Leben zu erfüllen. Ein Zurücktreten von § 278 V 2 ZPO zugunsten einer gerichtlichen Mediation wird von EUCON nicht befürwortet. Es wird vorgeschlagen, entweder in diese Bestimmung die Mediation neben der Schlichtung mit aufzunehmen oder die Schlichtung durch außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren zu ersetzen.

3. Neue Thesen

3.1 Ausbau der Güteverhandlung statt Ausbau der gerichtlichen Mediation

Unter dem Aspekt der Prozessökonomie bietet die einvernehmliche Prozessbeendigung in einer Güteverhandlung vor dem erkennenden Gericht nach § 278 Abs.2 und Abs.3 ZPO die größten Vorzüge. Erste Erkenntnisse einer Verbesserung der Güteverhandlung vor dem erkennenden Richter brachte eine sehr gut besuchte Veranstaltung des

⁸ BGH vom 18.11.1998, S. 647 f. für vereinbartes Schlichtungsverfahren

Arbeitskreises Außergerichtliche Konfliktlösungen der RAK München im Mai 2008 mit Teilnahme von zahlreichen Richtern.

3.2 Informationspflichten über vorteilhafte Konfliktlösungsverfahren

Durch geeignete Maßnahmen sollte sichergestellt werden, dass die Parteien vom Gericht über die gerichtsinterne und gerichtsnahe Mediation und deren Vorteile informiert werden. Dies könnte schon dadurch erreicht werden, dass die Parteien verpflichtet werden, bei Klageerhebung bzw. in der Klageerwiderung anzugeben, ob eine Mediation stattgefunden hat bzw. die Gründe angeben, warum keine Mediation in Betracht kommt.

München, den 19. September 2008

gez. Dr. Hans-Uwe Neuenhahn
Stv.Vorsitzender

gez. Karl Pörnbacher
Vorstand