



Stellungnahme

zum Vorschlag der Bundesrechtsanwaltskammer für eine Zertifizierung von Mediatoren im Rahmen des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung

erarbeitet vom

Verfassungsrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christian Kirchberg, Karlsruhe (Vorsitzender)

Rechtsanwalt Dr. Christian-Dietrich Bracher, Bonn

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Wolfgang Kuhla, Berlin

Rechtsanwalt Prof. Dr. Christofer Lenz, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. Michael Moeskes, Magdeburg

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Quaas, Stuttgart

Rechtsanwalt Dr. jur. h. c. Gerhard Strate, Hamburg

Rechtsanwalt und Notar Prof. Dr. Bernhard Stürer, Münster (Berichterstatter)

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Uechtritz, Stuttgart

Rechtsanwalt Frank Johnigk, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Rechtsanwältin Julia von Seltmann, Bundesrechtsanwaltskammer, Berlin

Mai 2011

BRAK-Stellungnahme-Nr. 32/2011

(Gesetzentwurf). Die Bundesregierung hat unter dem 1.4.2011 den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgelegt (Drs. 17/5335 v. 1.4.2011). Die erste Lesung des Gesetzentwurfs hat bereits stattgefunden. Der Gesetzentwurf setzt zugleich die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen um. Der Gesetzentwurf weitet die Mediation u.a. auch auf verwaltungsrechtliche Streitigkeiten aus. Er unterscheidet zwischen der außergerichtlichen, der gerichtsnahen und der gerichtlichen Mediation. Die letztgenannte Mediation ist den (nicht mit der Streitentscheidung befassten) Richtern als Mediatoren vorbehalten. Es entstehen im Gegensatz zu den anderen Mediationsverfahren keine zusätzlichen Kosten. In einer zum Referentenentwurf abgegebenen Stellungnahme hatten BRAK und DAV vor allem Kritik daran geübt, dass für die gerichtliche Mediation nur Richter in Betracht kommen, während andere Berufsgruppen nur in der außergerichtlichen und gerichtsnahen Mediation als Mediatoren eingesetzt werden können. Die Mediations-RL gibt diese Unterscheidung nicht vor. In Art. 3 RL wird zwar der Richter als möglicher Mediator erwähnt, seine Stellung aber nicht etwa mit einer gerichtlichen Mediation verbunden. Hiergegen hat sich die BRAK vor allem gewendet.

Verfahrensrechtliche oder objektivierte inhaltliche Vorgaben für die Aufnahme der Tätigkeit als Mediator enthalten die RL und der Gesetzentwurf nicht. Ein Zertifizierungsverfahren ist nicht vorgesehen. § 5 des Regierungsentwurfs sieht lediglich vor, dass der Mediator in eigener Verantwortung durch eine geeignete Ausbildung und eine regelmäßige Fortbildung sicher stellt, dass er über theoretische Kenntnisse sowie praktische Erfahrungen verfügt, um die Parteien in sachkundiger Weise durch die Mediation führen zu können.

(Vorschlag für ein Zertifizierungsverfahren). Die BRAK hält demgegenüber zumindest als Option eine gesetzlich geregeltes Zertifizierungsverfahren für zweckmäßig. Sie hat dazu eine Ergänzung des Gesetzentwurfs und einen Vorschlag für eine Rechtsverordnung vorgelegt. Unter Beibehaltung der Regelung in § 5 des bisherigen Gesetzentwurfs soll danach die Tätigkeit und die Bezeichnung als Mediator zwar grundsätzlich weiterhin nicht an besondere formale Voraussetzungen geknüpft werden. Als zusätzliche Qualifizierung wird jedoch der zertifizierte Mediator eingeführt; als solcher darf sich

nur derjenige Mediator bezeichnen, der nachweisen kann, dass er eine Mediationsausbildung erfolgreich absolviert hat, die den Anforderungen einer dahingehenden, vom Bundesministerium der Justiz zu erlassenden Rechtsverordnung entspricht (5 Abs. 2 i.V.m. § 5 a Alternativentwurf). Hierzu nimmt der BRAK-Verfassungsrechtsausschuss wie folgt Stellung.

(Regelungen des Berufsrechts bedürfen entsprechender Rechtfertigungsgründe). Für die Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von gesetzlichen Einschränkungen der Berufsfreiheit des Art. 12 GG hat das BVerfG („Apothekenurteil“) eine „Dreistufentheorie“ entwickelt und unterscheidet dabei Regelungen der Berufsausübung, der Berufszulassung mit subjektiven Zulassungsvoraussetzungen und der Berufszulassung mit objektiven Zulassungsschranken als drei Stufen zunehmender Eingriffsintensität.¹ Je intensiver der Eingriff ist, desto höher sind die Rechtfertigungsanforderungen. Während Regelungen der Berufsausübung bereits durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gerechtfertigt sein können, sind subjektive Zulassungsvoraussetzungen nur zum Schutze überragender Gemeinschaftsgüter zulässig und objektive Zulassungsschranken nur dann, wenn sie zur Abwehr nachweislicher oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut notwendig sind.²

Nach dem ergänzenden Gesetzesvorschlag der BRAK bleibt es bei dem Gesetzesvorschlag der Bundesregierung, wonach die Führung der Bezeichnung als „Mediator“ nicht von dem Nachweis einer förmlichen Ausbildung abhängig ist. Bei dem „zertifizierten Mediator“ handelt es sich demgegenüber um eine Zusatzbezeichnung, die von einer entsprechenden Ausbildung abhängig ist. Die vorgeschlagene Regelung über die Zertifizierung ist dem Bereich der Berufsausübungsregelung zuzuordnen. Die Zulassung zum Beruf des Mediators ist deshalb nicht betroffen, weil dieser Beruf auch ohne Zertifizierungsverfahren ausgeübt werden kann. Solche Berufsausübungsregelungen im Gesetz- oder Verordnungswege sind bereits dann zulässig, wenn sie durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden, die Regelungen nachvollziehbar sowie angemessen bzw. verhältnismäßig sind.

¹ BVerfG, Urt. v. 11. 6. 1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377; *Tettinger/Mann*, in: Sachs Art. 12, Rn. 100; *Hofmann*, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf, Art. 12, Rn. 50; BVerfG, B. v. 27. 2. 2008 – 1 BvR 1295/07 – BVerfGE 117, 163 = BeckRS 2008, 33542, S. 7.

² BVerfG, B. v. 12. 3. 1985 – 1 BvL 25, 45, 52/83 – BVerfGE 69, 209 (218); B. v. 19. 7. 2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 197 (214); Urt. v. 13. 12. 2000 – 1 BvR 335/97 – BVerfGE 103, 1 (10).

Bei der vorgeschlagenen Zertifizierung von Mediatoren liegt daher ein Vergleich mit der Fachanwaltsbezeichnung nahe, bei der es sich nach der Rechtsprechung des BVerfG ebenfalls um eine Regelung der Berufsausübung handelt.³ Dazu hat das BVerfG wörtlich wie folgt ausgeführt: *„(Die Regelungen) betreffen die Ausübung des Berufs eines Rechtsanwalts und sind daher an Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen. Die Freiheit der Berufswahl ist nicht berührt. Ein Rechtsanwalt, der die Führung einer Fachanwaltsbezeichnung anstrebt, will nicht einen eigenständigen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG ergreifen, sondern seine bisherige Berufstätigkeit als Rechtsanwalt mit einem Hinweis auf eine besondere Spezialisierung und Qualifizierung fortsetzen. Die Fachanwaltsbezeichnung beschränkt - anders als beim Facharzt - den Rechtsanwalt nicht auf eine Tätigkeit innerhalb des sich aus der Bezeichnung ergebenden Spezialgebietes, sondern ermöglicht ihm nach eigener Entscheidung die Berufstätigkeit in allen Rechtsangelegenheiten (§ 3 Abs. 1 BRAO). Wenn die Führung einer Fachanwaltsbezeichnung nicht gestattet wird, stellt dies, ähnlich wie bei der Untersagung des Führens ausländischer akademischer Grade (BVerfGE 36, 212 (216)), einen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung dar.“*

Die Gründe für eine gesetzliche Regelung des Zertifizierungsverfahrens liegen im Hinblick auf die Stellung des Mediators als Streitschlichter auf der Hand und sind auch darin begründet, dass sich das Gesetz – ebenso wie die Mediations-RL – auf Regelungen über Offenbarungspflichten und Tätigkeitsbeschränkungen (§ 3) sowie über die Verschwiegenheitspflicht (§ 4) und schließlich auf den „Appell“ an den Mediator beschränkt, in eigener Verantwortung seine persönliche Qualifikation als Mediator sicherzustellen (§ 5). Ansonsten enthält das Gesetz keine verfahrensrechtlichen oder inhaltlichen Vorgaben für das Mediationsverfahren und für die Tätigkeit als Mediator. Der Mediator ist hier sozusagen allein gestellt. Dies legt es nahe, in einem gesetzlich geregelten Zertifizierungsverfahren für eine darüber hinausgehende, objektivierte Qualifikation des Mediators Sorge zu tragen und dem zertifizierten Mediator die Möglichkeit zu geben, dies gegenüber der interessierten Öffentlichkeit auch durch einen entsprechenden Zusatz zu dokumentieren. Gerade deshalb, weil nach der Vorstellung des Gesetzgebers das Mediationsverfahren mehr und mehr an die Stelle förmlicher Gerichtsverfahren treten soll, ist die gesetzliche, rechtsstaatlichen Standards entsprechende Regelung der Voraussetzungen dieser Zusatzqualifikation allemal

³ BVerfG, B. v. 13.5.1981 – 1 BvR 451/80 - BVerfGE 57, 121 – Fachanwaltsbezeichnung.

durch Gemeinwohlgründe gerechtfertigt, dient dem Gesetzeszweck und hat auch keine unverhältnismäßige Auswirkungen auf die Träger der Berufsbezeichnung „Mediator“ zur Folge.

Die verfassungsrechtlichen Anforderungen sind auch deshalb nicht hoch, weil die Zertifizierung nach dem Gesetzgebungsvorschlag der BRAK nicht zur Regelvoraussetzung für Mediatoren gemacht wird, sondern nur als Option zu verstehen ist. Dementsprechend vermindert auch der Begründungsaufwand für eine solche Regelung in verfassungsrechtlicher Hinsicht.

(Ergebnis). Die Regelungen eines Zertifizierungsverfahrens in einem Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung und in einer entsprechenden Rechtsverordnung sind schon deshalb verfassungsrechtlich unbedenklich, da sie als Berufsausübungsregelung lediglich den „zertifizierten Mediator“ betreffen und durch entsprechende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind. Diese liegen angesichts der Aufgaben, mit denen der Mediator betraut werden soll, und dem Interesse der Rechtsuchenden, durch eine Zertifizierung die besondere Befähigung und Eignung des Mediators nachgewiesen zu sehen, auf der Hand.

- - -