

Konsensuale Konfliktlösung als Allheilmittel?

Martina Rehmann, Christina Schröck

I. Einleitung

Deutsche Gerichte entscheiden im internationalen Vergleich schnell.¹ Dennoch beansprucht ein Prozess insbesondere bei Ausschöpfung des Instanzenzugs oft mehr Zeit, als die Parteien investieren wollen. Zudem kann ein Gerichtsstreit immense Kosten verursachen, die sich nicht ohne Weiteres im Voraus abschätzen lassen. Daher ist der Wunsch nach einer effizienteren Konfliktbeilegung verständlich. Wenn Effizienz als Oberbegriff die Wirksamkeit und Wirtschaftlichkeit beschreibt,² so wird der Begriff im Folgenden im Hinblick auf zeitliche und monetäre Aspekte und somit in Bezug auf eine Ausrichtung an der Wirtschaftlichkeit diskutiert.

Eine mögliche Lösung hierfür bietet die Mediation, da eine selbstständig erarbeitete, einvernehmliche Konfliktbeilegung mit einem an „Win-Win“ orientierten Ergebnis erstrebenswerter erscheint als der traditionelle Gerichtsprozess, aus dem Gewinner und Verlierer hervorgehen. Auch das Bundesverfassungsgericht vertritt die Ansicht, dass auch in einem Rechtsstaat die Bewältigung zunächst streitiger Problemlagen durch einvernehmliche Lösung vorzugswürdiger als eine gerichtliche Streitentscheidung ist.³ Die Verabschiedung des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (MediationsG) durch den Bundestag am 21. Juli 2012⁴ bietet der außergerichtlichen konsensualen Streitbeilegung erstmals eine gesetzliche Grundlage. Neben der außergerichtlichen Streitbeilegung werden als weitere Streitbeilegungsmethoden auch Modellprojekte⁵ zur gerichtlichen Mediation in mehreren Bundesländern durchgeführt. Richter, welche die gerichtliche Mediation praktizieren, werden ab dem 1. August 2013 nicht mehr als gerichtliche Mediatoren, sondern als Güterichter bezeichnet.⁶

Im Folgenden soll nach einem Überblick über die verschiedenen Arten der Mediation untersucht werden, inwieweit sie zur Effizienz im Prozess beitragen können. Im Anschluss daran sollen in einem Vergleich der Mediation mit dem Prozess mögliche Kritikpunkte herausgearbeitet wer-

den, um abschließend festzustellen, ob einem bestimmten Verfahren aus Effizienzsteigerungsaspekten stets der Vorzug gewährt werden kann oder ob Einschränkungen geboten sind.

II. Mediation – Begriffsbestimmung

1. Außergerichtliche Mediation

Bislang fehlte es an einer allgemein anerkannten Definition des Mediationsbegriffs. Im Kern handelt es sich bei Mediation um ein auf Freiwilligkeit der Parteien beruhendes Verfahren zur Konfliktlösung, bei dem ein neutraler Dritter, der sog. Mediator,⁷ zwischen den Streitparteien vermittelt; der Mediator besitzt dabei keine Entscheidungsgewalt, es ist vielmehr Aufgabe der Beteiligten, eine eigenverantwortliche Bewältigung ihres Konflikts herbeizuführen.⁸ In § 1 MediationsG findet sich nun eine Legaldefinition der außergerichtlichen Mediation. Sie lautet wie folgt:

Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.

Ein Beispiel für die außergerichtliche Mediation ist die sog. „gerichtsnahe Mediation“, welche ein Mediationsverfahren nach Anhängigkeit einer Klage bezeichnet.⁹ Der gesetzlich zuständige Richter schlägt den Parteien hierbei vor, ihren Konflikt in der Mediation zu regeln, wobei das Verfahren für die Dauer der Mediation aussetzt, § 278 a ZPO. Eine Verweisung durch den Richter findet nicht statt, die Parteien müssen vielmehr die Bereitschaft zeigen, die außergerichtliche Konfliktbeilegung zu versuchen.¹⁰

2. Gerichtsinterne Mediation

Bei der gerichtlichen Mediation werden keine externen Dritte zur Konfliktbeilegung herangezogen. Der Streit wird von dem Gericht an einen in der Sache nicht entscheidungsbefugten Güterichter verwiesen, in dessen Ermessen es steht, welche Konfliktbeilegungsmethoden er anwendet, § 278 Abs. 5 ZPO.

1 Hirtz, NJW 2012, 1686 (1686); Trenczek, SchiedsVZ 2008, 135 (139).

2 Duden, Bd. 1, Die deutsche Rechtschreibung, 26. Auflage, 2013, „Effizienz“.

3 BVerfG, 1 BvR 1351-01 vom 14.2.2007, Rn. 35.

4 BGBl. 2012 Teil I Nr. 35, S. 1577.

5 S. Ausführungen von Bargen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage 2009, § 38 Rn. 3.

6 Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (252).

7 Soweit in diesem Beitrag Bezeichnungen wie Mediator, Richter u.ä. verwendet werden, sind sowohl männliche als auch weibliche Personen gemeint.

8 Rosner/Winheller, Mediation und Verhandlungsführung, 1. Auflage 2012, S. 25.

9 Gottwald, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage 2009, § 39 Rn. 3.

10 Foerste, in: Musielak, ZPO, 10. Auflage 2013, § 278 a Rn. 2.

III. Gerichtsinterne und außergerichtliche Mediation – Ein Vergleich

In der Neufassung des § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO wird dem Güterichter hinsichtlich der gerichtlichen Konfliktbeilegung ermöglicht, Mediation als Streitbeilegungsmaßnahme einzusetzen. In Hinblick auf einen Vergleich mit dem Mediationsgesetz stellt sich die Frage, inwiefern die Stellung des Güterichters der des Mediators entspricht beziehungsweise sich von ihr unterscheidet.

1. Position des Güterichters

§ 278 Abs. 5 ZPO n. F. normiert:

Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung sowie für weitere Güteversuche vor einen hierfür bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter (Güterichter) verweisen. Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.

Diese Regelung sichert die Fortführung der bereits zuvor in einigen Bundesländern erprobten Modellprojekte zur gerichtsinternen Mediation. Auf den Güterichter sind die Vorschriften des MediationsG nicht anwendbar, da dieser nicht von den Parteien gemäß § 2 Abs. 1 MediationsG gewählt wird und folglich kein Mediator im Sinne des MediationsG ist.¹¹ Er ist ein gesetzlicher Richter und dazu befugt, den Parteien Vergleichsvorschläge zu unterbreiten und seine richterliche Autorität einzusetzen.¹² So wird auch im Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags zum Mediationsgesetz erwähnt, dass der Güterichter rechtliche Bewertungen vornehmen und den Parteien Lösungen für den Konflikt vorschlagen kann.¹³ Einer klassischen Mediation würde diese Vorgehensweise jedoch widersprechen:¹⁴ Ein Mediator hält sich mit inhaltlichen Vorschlägen grundsätzlich zurück und konzentriert sich auf eine Optimierung des Verhandlungsablaufs.¹⁵

2. Rolle des Mediators

Die Pflichten des Mediators sind in den §§ 2 bis 4 MediationsG normiert. Neutralität steht für den Mediator als Gebot an erster Stelle. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf Verfahrensentscheidungen, sondern auch bezüglich der Person des Mediators, der keine Nähebeziehung zu einer Par-

tei haben soll.¹⁶ Insofern besteht gem. § 3 MediationsG eine Tätigkeitsbeschränkung, sodass der Mediator bei Vorliegen von Umständen, die seine Neutralität beeinträchtigen können, nur nach ausdrücklicher Zustimmung der Parteien tätig werden darf. Dies gilt indes auch für die Verhandlungsführung des Güterichters, die unparteiisch zu sein hat; eine Ablehnung wegen Befangenheit beendet das Güterichterverfahren, jedoch kann auf Wunsch der Parteien das Verfahren vor einem anderen Güterichter fortgesetzt werden.¹⁷ Außerdem ist eine der grundlegendsten Aufgaben des Mediators, die Vertraulichkeit des Verfahrens sicherzustellen.¹⁸ So müssen sich alle Beteiligten zu Beginn des Verfahrens in einem Mediationsvertrag zu dieser verpflichten.¹⁹ Dies dient vor allem dazu, die offenbarende Partei vor der Offenlegung von im Rahmen des Mediationsverfahrens geäußerten Informationen zu schützen, wenn die Mediation scheitert und nachfolgend ein Prozess stattfindet.²⁰ Hier wird ersichtlich, dass die Pflichtenstellung des Mediators also an die des gesetzlichen Richters angeglichen wird.

Weiterhin ist der Mediator grundsätzlich nur zur Vermittlung zwischen den Parteien befugt, da Ziel der Mediation stets eine eigenverantwortlich von den Parteien selbst erarbeitete Lösung ist (s.o.). Dieser Grundsatz verbietet inhaltliche Vorschläge und beschränkt jede Einbindung Dritter auf die Verfahrensgestaltung.

Im Ergebnis ergeben sich hinsichtlich der verfahrensrechtlichen Pflichtenbindung somit keinerlei Unterschiede zwischen dem Mediator und dem Güterichter. Letzterer hat jedoch weitergehende Möglichkeiten, Einfluss auf das Verfahren zu nehmen und stellt daher anders als der Mediator eigentlich eine dritte am Verfahren beteiligte Partei dar.

IV. Eignung der Mediation zur Effizienzsteigerung?

Sowohl die gerichtsinterne als auch die außergerichtliche Mediation bieten Alternativen zum traditionellen Gerichtsprozess. Fraglich ist, wie diese Konfliktbeilegungsmethoden unter dem Aspekt der Prozessökonomie zu bewerten sind. Die Frage nach der Effizienz des Mediationsverfahrens bezieht sich hierbei auf die Geeignetheit dieses Verfahrens, Zeit zu sparen und Kosten zu verringern.

1. Effizienz der gerichtsinternen Mediation

Ist die Einführung des Güterichters überhaupt erforderlich, um die Streitkultur zu verbessern? Schließlich gibt es die außergerichtlichen Methoden der Streitbeilegung, die jederzeit von den Parteien in Anspruch genommen werden

11 Ahrens, NJW 2012, 2465 (2469 f.).

12 Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, § 278 Rn. 27.

13 BT-Drucksache 17/8058 vom 01.12.2011, S. 17.

14 Prütting, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage 2013, § 278 Rn. 27.

15 Risse, in: Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht, 3. Auflage 2010, § 68 Rn. 8; Ortloff, in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, 24. EL 2012, § 104 Rn. 84.

16 Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Auflage 2009, § 12 Rn. 30, 31.

17 Steinhauß, SteuK 2013, 160 (162).

18 Kracht, a.a.O., Rn. 123.

19 Kracht, a.a.O., Rn. 121.

20 Kracht, a.a.O., Rn. 120.

können. Es erscheint überdies zweifelhaft, ob eine von einem Güterichter durchgeführte Mediation erfolgreich sein kann, wenn er die Befugnis besitzt, sich mit Vorschlägen zur Lösung des Konflikts einzubringen. Dies ist gerade nicht der eigentliche Zweck der Mediation, die stets das Prinzip der eigenverantwortlich erarbeiteten Lösung betont. Hier geht es darum, dass die Parteien ihre eigenen Interessen formulieren, um ihre Autonomie zu stärken.²¹ Der Güterichter sollte hierbei lediglich Hilfestellungen bieten, denn ein von den Parteien selbst erarbeitetes Ergebnis kann auf höhere Akzeptanz stoßen als eine Lösung, die vom Güterichter vorgeschlagen wurde und der sie nur zugestimmt haben. Andererseits könnte eine stärkere Einbindung des Vermittlers das Verfahren beschleunigen. Hier bleiben Erhebungen zur Verfahrenslänge der gerichtlichen sowie –externen Mediation abzuwarten, die Aufschluss über die Gewichtung dieser gegenläufigen Aspekte geben.

Zudem birgt das Verweisungsrecht des Gerichts gem. § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO ein gewisses Entlastungspotential. Schließlich bietet es sich in einigen Fällen an, Streitigkeiten nicht durch gerichtliche Urteile zu beenden, wenn es vornehmlich um die Bewältigung persönlicher oder strategischer Konflikte geht, die Parteien sich jedoch nicht anders zu helfen wissen, als vor Gericht zu ziehen. Die wahren Interessen der Parteien können sich mitunter erst im Laufe eines Verfahrens herausstellen. Ziel der Parteien ist schließlich nicht immer nur, Recht zu bekommen. In solchen Situationen ist der Einsatz des Güterichters durchaus sinnvoll, da die Parteien die Möglichkeit erhalten, nach Beginn des Prozesses mit Hilfe des Güterichters als neutralem Dritten selbst zu einer Lösung ihrer Probleme zu kommen. In vielen Fällen denken Parteien im Vorfeld eines Prozesses gar nicht erst über eine Konfliktlösung im Wege der außergerichtlichen Mediation nach. In der gerichtlichen Mediation können Streitigkeiten aber ihren Prioritäten nach gelöst werden und durch Berücksichtigung der Interessen der Parteien Prozesse eher beendet werden. Die Mediation durch den Güterichter könnte daher durchaus im Prozess zur Steigerung der Effizienz beitragen. Ob das ab dem 1. August 2013 geltende Modell letztlich zukünftig beansprucht wird und Erfolge erzielt, bleibt abzuwarten.

2. Effizienz der außergerichtlichen Mediation

Auch die außergerichtliche Mediation könnte sich im Vergleich zu einem Prozess effizienter darstellen.

a) Zeitersparnis

Die Mediation beansprucht meist deutlich weniger Zeit als eine Gerichtsverhandlung.²² Schon innerhalb weniger Tage, oder im Fall der Kurz-Zeit-Mediation²³ sogar Stunden, kann eine Lösung erreicht werden. So verringert sich die Verhandlungsdauer²⁴ erheblich. Dies gilt allerdings nur, wenn die Parteien der Mediation gegenüber aufgeschlossen

sind und diese nicht künstlich in die Länge ziehen. Auch kann die Konfliktbeilegung bei komplexen Interessenlagen durchaus mehr Zeit in Anspruch nehmen.

Die Zeitersparnis zeigt sich zudem nur, wenn die Mediation erfolgreich ist. Scheitert sie hingegen, folgt gegebenenfalls ein langwieriger Prozess. In dieser Situation könnten Beteiligte das Gefühl bekommen, Zeit für die Mediation „verschwendet“ zu haben. Allerdings kann es einem Folgeprozess zugutekommen, dass in der Mediation die zentralen Streitpunkte bereits herausgearbeitet wurden.²⁵

b) Finanzielle Erwägungen

Die Kosten für eine Mediation liegen in der Regel unter denen eines Gerichtsprozesses. Sie sind vor allem vom Gehalt des jeweiligen Mediators abhängig. Bei anwaltlicher Vertretung oder Beratung fallen auch hierfür noch Gebühren an. Die Parteien können den Mediator grundsätzlich frei, also auch anhand der jeweiligen Gehaltsvorstellungen, wählen. Zudem wird hierbei stundenweise abgerechnet und die Kosten sind von den Verhandlungsparteien hälftig zu tragen, sodass sie für Laien leichter einzuschätzen sind als Gerichtskosten.

Allerdings gibt es keine staatliche Unterstützung wie die Prozesskostenhilfe vor Gericht. Diese Entscheidung wird vor allem aus fiskalpolitischer Sicht als großer Vorteil gewertet²⁶ und auch der Erlass des neuen Mediationsgesetzes scheint – neben der Erfüllung europarechtlicher Vorgaben – eine finanzielle Entlastung des Staates zu intendieren.²⁷ Dies erscheint fragwürdig, da diese in erster Linie dem Interesse der Konfliktparteien und nicht der Staatskasse dienen sollte. Auch wenn eine staatliche Unterstützung fehlt, so werden doch die Kosten der Mediation – zumindest anteilig – bereits von vielen Rechtsschutzversicherungen übernommen,²⁸ sodass sich die Waage hier sicherlich zugunsten der Mediation neigt. Schließlich können die Kosten eines Prozesses auf den Einzelnen abschreckend wirken und sind für den Laien eher schwieriger abzuschätzen als bei der Mediation. Zudem muss ein Vorteil für den Staatshaushalt nicht zwangsläufig einen Nachteil für die Bürger bedeuten.

Andererseits könnte sich die Bedeutung, welche eine finanzielle Übermacht einer Partei bereits im Prozess hat, auf der Ebene der Mediation gegebenenfalls noch verstärken. Allerdings werden bei der Mediation, die für das Gerichtsverfahren typischen, „weichen“ Kosten für langjährige Auseinandersetzungen, die durch den Prozess entstehen, wie insbesondere die Suche nach Beweismitteln durch große Rechtsabteilungen, vermieden.²⁹ Da es bei der außergerichtlichen Streitbeilegung weniger um Beweisfragen als um Kommunikation und flexible Lösungsansätze geht, wirkt sich eine finanzielle Übermacht in Gestalt von „Anwaltsflotten“ mithin weniger stark aus.

21 Ortloff, NVwZ 2012, 1057 (1058).

22 Risse, NJW 2000, 1614 (1618).

23 S. hierzu Fritz/Krabbe, NVwZ 2011, 396.

24 Hier nicht im prozessualen Sinne zu verstehen.

25 Risse, NJW 2000, 1614 (1618).

26 Hirtz, a.a.O. (1687).

27 Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (245).

28 <http://www.mediation.de/mediation/mediation-und-rechtsschutz/> zuletzt abgerufen am 23.7.2013.

29 Risse, NJW 2000, 1614 (1618).

3. Vorzug einer Alternative?

Eine Entscheidung zugunsten einer der beiden vorgestellten Methoden anhand von Effizienzerwägungen lässt sich nicht ohne Weiteres treffen. Sie besitzen eher eine Ergänzungsfunktion, da sie zwar beide auf eine gütliche Beilegung des Streits abzielen, jedoch von unterschiedlichen Situationen ausgehen. Die außergerichtliche Mediation greift in der Regel ein, bevor es zu einem Gerichtsverfahren kommt und versucht, dieses zu vermeiden. Die gerichtsinterne Mediation tritt dagegen in einem Stadium auf den Plan, in dem sich die Parteien schon vor Gericht befinden. Sie steht daher vor der Herausforderung, unter Umständen auch eine Deeskalation herbeizuführen, die bei der außergerichtlichen Mediation mangels des Eskalationsereignisses der Prozesseinleitung zumindest in diesem Maße nicht nötig ist. Beide Verfahren bieten grundsätzlich eine wirtschaftliche Alternative zum Prozess, ohne dass einem abstrakt der Vorzug zu gewähren wäre.

V. Kritik an der Mediation

1. Befähigung des Mediators

Zweifel an der außergerichtlichen Mediation erwachsen im Hinblick auf die Ausbildung und die daraus resultierende Qualifikation des Mediators.³⁰ Bei unsachgemäßer Durchführung oder mangelhafter Qualität der Mediation könnte diese den Parteien mehr schaden als nützen. Das Mediationsgesetz enthält keine strenge Regulierung der Mediatorenausbildung, sondern führt lediglich den zertifizierten Mediator ein, der eine festgeschriebene Aus- und Fortbildung absolvieren muss. Eine solche eher liberale Regelung wird teilweise als unzureichend empfunden.³¹ Andererseits wird dies mitunter bereits als Überreglementierung betrachtet.³² Zum einen ist die Mediation ja gerade eine „staatsfreie“ Form der Konfliktlösung,³³ zum anderen könnte auch eine Selbstregulierung des Marktes wie etwa bei der Schiedsgerichtsbarkeit gut funktionieren³⁴.

Inwiefern die Qualifikation des Mediators tatsächlich ein Problem darstellt, lässt sich zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht eindeutig feststellen, da bisher keine umfassenden Evaluationen oder Berichte zur Mediation in Deutschland existieren.

Dieser Kritikpunkt lässt sich nur bedingt auf den Güterichter übertragen, da dieser als Richter ein hohes Ansehen genießt³⁵ und zudem eine fundierte rechtswissenschaftliche Ausbildung besitzt. Fraglich ist möglicherweise, ob zwei juristische Staatsexamina auch zur Durchführung einer Me-

diation befähigen.³⁶ Der Richter fungiert normalerweise in der herausgehobenen Stellung des „einsamen Entscheiders“ und Bewahrs der Rechtsordnung, während in der Mediation großes Einfühlungsvermögen und psychologisches Gespür gefragt sind. Allerdings sollte ein Richter mit einer gewissen Berufserfahrung eigentlich über eine ausreichende kommunikative Kompetenz verfügen, da die Interaktion mit streitenden Parteien Teil seines Berufsalltags ist. Die Kritik kann sich demnach höchstens auf einzelne Persönlichkeiten und nicht auf den Richterstand als solchen beziehen.

2. Mangelnde Freiwilligkeit

Effizienz bedeutet, wie eingangs erwähnt, auch Wirksamkeit, weshalb ein effizientes Verfahren wirksam sein muss, um diese Bezeichnung zu verdienen. Während der Prozess seine Wirksamkeit aus der Endgültigkeit der Entscheidung gewinnt, erreicht die Mediation dieses Ziel gerade durch fehlenden Zwang – denn wenn beide Parteien im konkreten Fall eine außergerichtliche Streitbeilegung befürworten, lässt sich ein Kompromiss eher erreichen. Die gemeinsam gefundene Lösung ist dann durchsetzbar, wenn die Parteien sie als eigene freie Entscheidung empfinden. Dieser Grundsatz findet seinen Niederschlag auch im Mediationsgesetz³⁷. Einerseits scheint die Freiwilligkeit nicht durch eine gerichtliche Anordnung der Mediation beeinträchtigt zu werden, da eine solche Anordnung laut Gesetzesbegründung nur zur Aufnahme, nicht zum Gelingen der Vermittlung verpflichtet.³⁸ Demgegenüber lässt sich dies jedoch nicht mit dem Gedanken vereinen, dass Freiwilligkeit die Abwesenheit von Zwang bedeutet.³⁹ Ebenso wird der Grundsatz ad absurdum geführt, wenn Rechtsschutzversicherungen die Erstattung der Gerichtskosten von einem vorherigen Mediationsversuch abhängig machen.⁴⁰ Eine derartige Verpflichtung könnte im Rahmen der außergerichtlichen Mediation zudem einen Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 2 und Art. 103 Abs. 1 GG bedeuten, da niemand gezwungen werden darf, sich einem nichtgerichtlichen Verfahren zu unterwerfen. Das Recht auf den gesetzlichen Richter zielt zwar auch auf die Vermeidung von Zuständigkeitsmanipulationen⁴¹, doch dies allein wäre eine zu enge und formalistische Betrachtungsweise.⁴² Hieraus ergibt sich vielmehr ebenso das grundlegende Recht, seine Streitigkeit vor einem Richter auszutragen, denn Art. 101 GG ist als Ausfluss des Rechtsstaatsprinzips in Art. 20, 19 Abs. 4 GG zu verstehen.⁴³ Der Anspruch auf rechtliches Gehör kann nur dann verwirklicht werden, wenn sich die Parteien selbstbestimmt für eine außergerichtliche Lösung entscheiden, da sonst ein Druck zur konsensualen Beilegung entstehen kann, der der

30 So etwa ein Ergebnis der Umfrage zu Mediation in Deutschland 2011, abrufbar unter: <http://www.expendo.de/Ergebnisse-Mediationsstudie.pdf>, S. 3 und 6; zuletzt abgerufen am 24.7.2013.

31 Etwa Horstmeier, JR 2012, 1 (7); Eisenbarth/Spiecker genannt Döhmann, DVBl 2012, 993 (995).

32 Etwa Diop/Steinbrecher, BB 2011, 131 (134); Greger, ZRP 2010, 209 (210).

33 Risse/Bach, SchiedsVZ 2011, 14 (15); Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (245).

34 Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (251).

35 Laut Reader's Digest European Trusted Brands Survey 2012, S. 37, belegen Richter Rang 11 der vertrauenswürdigsten Berufe.

36 Engel/Hornuf, SchiedsVZ 2012, 26 (30).

37 § 1 Abs. 1 MediationsG.

38 BT-Drs. 17/5335, S. 14.

39 Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (246).

40 Risse, SchiedsVZ 2012, 244 (245).

41 Wimmer, NJW 2007, 3243 (2346).

42 Maunz in: Maunz/Düring, Grundgesetz-Kommentar, 2013, Art. 101, Rn. 13.

43 Maunz, a.a.O. Rn. 12 f.

Entscheidung eines Gerichts gleicht.⁴⁴

Solange die Mediation auf freiwilliger Basis erfolgt, kann sie definitiv sinnvoll sein. Die Verweisung durch das Gericht oder die Vorgabe der Rechtsschutzversicherung berauben die Mediation nur dann nicht ihres Effekts, wenn die Parteien dem Gedanken im konkreten Fall offen gegenüberstehen. Nur wenn die Verweisung als Ausfluss des Parteiwillens zu beurteilen ist, kann nicht mehr von Zwang gesprochen werden. Bei dem Problem der Rechtsschutzversicherung wird die Bejahung der Freiwilligkeit nur schwer möglich sein, da die Entscheidung für eine Versicherung auf einer vorgelagerten, abstrakten Ebene geschieht, auf der konkrete Konflikte noch nicht im Raum stehen. Daher kann es passieren, dass jemand der Mediation zwar grundsätzlich offen gegenübersteht, aber in bestimmten Fällen eine Gerichtsverhandlung bevorzugt. Insbesondere bei Konflikten innerhalb persönlicher Beziehungen kann die Angst vor einer direkten Konfrontation im Einzelfall zur Anerkennung eines Scheinkompromisses führen, dem sich die Person aus eigener Kraft schlicht nicht widersetzen kann. In solchen Fällen darf dem Gang zu Gericht keinerlei Hindernis bereitet werden. Das Problem ist allerdings ein punktuelles, da dieses System bisher anscheinend nur von der Deutschen Rechtsschutzversicherungs-AG (Deurag) angeboten⁴⁵ wird.

Sobald das Streitbeilegungsverfahren jedoch als oktroyiert empfunden wird, geht die Intention des Vermittlungsvorgangs fehl. Ob es sich bei der gerichtlichen Verweisung oder der Vorgabe durch die Rechtsschutzversicherung also um eine Umgehung der Freiwilligkeit handelt oder nicht, muss abhängig vom Einzelfall entschieden werden. Vorsicht ist beispielsweise dann geboten, wenn persönlich traumatisierende Ereignisse behandelt werden. In einem solchen Fall ist ein Konsens nicht unbedingt zielführend, sondern kann innere, emotionale Konflikte noch fördern.

3. Fehlende Waffengleichheit

Vor Gericht herrscht der Grundsatz der Waffengleichheit,⁴⁶ der durch Anwesenheit eines Richters und gegebenenfalls den Anwaltszwang verwirklicht wird. Er lässt sich aus Art. 20 Abs. 3 und 103 GG oder aus Art. 6 Abs. 1 EMRK ableiten. Dieser könnte in der Mediation durch ungleiche Macht- oder Informationsverteilung gefährdet sein, denn ein solches Ungleichgewicht wirkt sich stärker aus oder wird überhaupt erst begründet, wenn eine Partei keine Unterstützung durch einen Anwalt erfährt und kein Richter anwesend ist. Da die Parteien den Mediationsprozess eigenverantwortlich steuern, besteht die Gefahr, dass sich beispielsweise ein „unterlegener“ Verbraucher gegenüber einem Unternehmen auf einen „unvorteilhaften“ Kompromiss einlässt.⁴⁷ Eine solche Gefahr könnte sich auch daraus ergeben, dass eine Partei ihre Chancen in einem Ge-

richtsprozess nicht kennt, und sich daher mit weniger zufrieden gibt, als sie gerichtlich erreichen könnte.

Diese Informationsasymmetrie kann durch anwaltliche Beratung ausgeglichen werden.⁴⁸ Denn wenn ein Mandant weiß, welche Chancen ihm verschiedene Arten der Streitbeilegung bieten, kann er eine vernünftige Entscheidung treffen. Bei der gerichtlichen Mediation können die Parteien möglicherweise sogar selbst besser den Verlauf des Prozesses abschätzen, als es ihnen vor Beginn der Gerichtsverhandlung möglich gewesen wäre, oder entwickeln zumindest mit entsprechender anwaltlicher Beratung ein Gefühl für die Situation.

Zudem muss man den Güterichter als gesetzlichen Richter im Sinne von Art. 101 Abs. 1 GG ansehen⁴⁹, sodass eine fehlende Waffengleichheit in diesem Fall nicht gegeben ist. Allerdings gilt diese Aussage nicht für die außergerichtliche Mediation. Verfassungsrechtliche Bedenken im Hinblick auf die Verletzung des Rechtsstaatsprinzips und Art. 103 GG bleiben hier bestehen, wenn eine neutrale, staatliche Instanz fehlt.

Durch die Aussage, die fehlende Waffengleichheit führe oft zu unvorteilhaften Kompromissen, wird oft verkannt, dass es bei Konflikten nicht immer nur um eine Anspruchsdurchsetzung, sondern manchmal auch um eine Konfliktlösung auf emotionaler Ebene geht. Es spielen also verschiedene Interessen eine Rolle. Viele dieser Interessen finden kaum einen Niederschlag im Gesetz. Hier eröffnet die Mediation eine Möglichkeit des gerechten Ausgleichs, die ein Prozess nicht bieten könnte, da dieser allein auf die Klärung der materiellen Rechtslage ausgerichtet ist.

4. Erosion der Rechtsordnung

Wenn viele Fälle nicht mehr vor Gericht verhandelt, sondern außergerichtlich beigelegt werden, könnte dies die Rechtsfortbildung erschweren oder verlangsamen.⁵⁰ Manche sprechen gar von einer „Erosion der Rechtsordnung“⁵¹, da sich die im Zuge der Mediation erarbeiteten Lösungen nicht unbedingt ausschließlich am Gesetz orientieren, sondern auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit⁵² – genauer gesagt der Inhaltsfreiheit – basieren. Auch können – wie hier bereits punktuell angesprochen wurde – wichtige verfassungsrechtliche Grundsätze, wie der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG), ein faires Verfahren und effektiven Rechtsschutz (Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG), gefährdet sein.⁵³ Diese Gefahr ergibt sich aus der fehlenden staatlichen Kontrolle und möglichen Freiwilligkeitsmängeln.

Dennoch existiert daneben auch das Recht auf freie Persönlichkeitsentfaltung (Art. 2 Abs. 1 GG), sodass private Konflikte durchaus aus dem Regime des Prozesses her-

44 Hirtz, a.a.O. (1687).

45 Sog. M-Aktiv-Tarif, vgl. Tabelle auf <http://www.biallo.de/finanzen/Versicherungen/rechtsschutzversicherung-mediation-meist-standard.php>, zuletzt aufgerufen am 2.9.2013.

46 Zöller/Vollkommer, ZPO, 29. Auflage, 2012, Einleitung Rn. 102.

47 Engel/Hornuf, a.a.O. (26 f.).

48 Engel/Hornuf, a.a.O. (28).

49 Wimmer, a.a.O. (3245).

50 Engel/Hornuf, a.a.O. (27).

51 Hirtz, a.a.O. (1686).

52 Angedeutet bei Kreissl, SchiedsVZ 2012, 230 (232).

53 Hirtz, a.a.O. (1687).

ausgehalten werden können, solange dies aufgrund einer bewussten, freiwilligen Entscheidung der einzelnen Person geschieht.⁵⁴ Niemand ist dazu verpflichtet, rechtspolitische Erwägungen oder den Fortschritt der Justiz über seine eigenen Interessen zu stellen.⁵⁵ Der Staat hat die Aufgabe, Rechtsfrieden zu schaffen⁵⁶, doch im Einzelfall kann diese Aufgabe auch ohne die Inanspruchnahme staatlicher Organe gelingen.⁵⁷ Hier darf der Staat nur Rahmengeber sein, ohne den Bürger unverhältnismäßig zu bevormunden.⁵⁸

Der Zivilprozess ist sicherlich ein wichtiges Instrument unserer Rechtsordnung und soll durch die Förderung alternativer Streitbeilegungsverfahren keinesfalls in Verruf geraten. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die Rechtsordnung dem Zusammenleben dient und nicht umgekehrt.

VI. Fazit

Das Mediationsverfahren hat demnach Vor- und Nachteile und stellt somit sicher nicht den Königsweg für die Beilegung von Konflikten dar. Oftmals ist ein konsensorientiertes Beilegungsverfahren jedoch effizienter, da es Ressourcen in zeitlicher, monetärer und wohl auch emotionaler Hinsicht schont. In letztgenannter Hinsicht ist die Mediation mitunter sogar in der Lage, Ressourcen zu erneuern. Ein Prozess bietet dagegen eine eindeutige Entscheidung, die eine vergangene Streitigkeit endgültig zu klären vermag. Das Verfahren kann durch die Autorität und das Ansehen des Richters weitere Querelen vermeiden. Mit Rechtskraft des Urteils ist eine Frage somit abschließend behandelt. Al-

lerdings können künftige Beziehungen durch diese Finalität Schaden nehmen, denn es gibt immer einen Gewinner und einen Verlierer. Alternative Streitbeilegungsmechanismen bieten immer dann eine Chance, wenn die Parteien einen möglichst friedlichen Umgang miteinander erhalten möchten und Interessen außerhalb der Gesetzesordnung⁵⁹ eine gewichtige Rolle spielen. Zudem schließt das Eine das Andere nicht aus. Es steht den Parteien frei, die Mediation oder eine andere Güteverhandlung (auch einseitig) zu beenden und vor Gericht zu ziehen, wenn sie bemerken, dass kein Konsens erzielt wird. Ebenso kann das Verfahren zugunsten eines Mediationsversuchs ausgesetzt oder ein gerichtlicher Vergleich geschlossen werden, der den Prozess einvernehmlich beendet, ohne dass ein Urteil gesprochen wird.

Die Vorteile konsensualer Streitbeilegung entfalten ihr Potential jedoch nur, solange das Verfahren freiwillig aufgenommen wird und sich die Parteien der möglichen Gefahren bewusst sind. Dies stellt hohe Anforderungen an beratende Anwälte, verweisende Richter und die jeweilige beratende Instanz, aber auch an die Parteien selbst, die verantwortungsvolle Entscheidungen treffen müssen. Die Anforderungen, die sich aus den verfassungsrechtlichen Vorgaben ergeben, setzen hier dem Gesetzgeber sowie den Gerichten eindeutige Grenzen für eine Verweisung des Streits in die Mediation.

Bezogen auf die Rechtssuchenden sollten die verschiedenen Wege einen Streit zu beenden nicht als konkurrierende Instrumente, sondern als Kanon von Möglichkeiten gesehen werden, die jeder nach eigenem Ermessen für sich nutzen kann.

⁵⁹ Gemeint sind Interessen, die keinen unmittelbaren Niederschlag im Gesetz finden, nicht gesetzeswidrige Motive.

⁵⁴ Kreissl, a.a.O. (232).

⁵⁵ Engel/Hornuf, a.a.O. (28).

⁵⁶ BVerfGE 1, 351 (359).

⁵⁷ Wimmer, a.a.O. (3247).

⁵⁸ Kreissl, a.a.O. (244).