

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Althammer/Eisele/Ittner/Löhnig

Grundfragen und Grenzen der Mediation

Wissenschaftliche Betrachtungen aus den Perspektiven
unterschiedlicher Professionen

Band 1



Wolfgang Metzner Verlag

Grundfragen und Grenzen der Mediation

Wissenschaftliche Betrachtungen aus den Perspektiven
unterschiedlicher Professionen

von

Professor Dr. Christoph Althammer

Freiburg

Professor Dr. Jörg Eisele

Konstanz

Dr. Heidi Ittner

München

Professor Dr. Martin Löhnig

Regensburg



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2012

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-06-6

ISSN 2195-2477

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

■ Vorwort

Die Mediation hat sich längst den Ruf erarbeitet, eine schnelle und eine auf mehreren Ebenen kostengünstige Alternative zu einem Gerichtsverfahren zu sein. In den letzten Jahren hat, verstärkt durch die Verankerung der Mediation im Familienverfahrensrecht (§ 135 FamFG) und die Beratungen zum neuen Mediationsgesetz, der Blick auf das komplexe Verfahren der Mediation eine stark juristische Prägung erhalten. Außerdem ist der Konkurrenz von Mediation und Gerichtsverfahren zunehmend Aufmerksamkeit geschenkt worden. Der Zivilprozess dient nach tradierter Auffassung der Verwirklichung und Durchsetzung der subjektiven Rechte des Einzelnen, sodass andere Prozesszwecke wie der Schutz der objektiven Rechtsordnung und der Rechtsfrieden dahinter als subsidiär zurücktreten. Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie sich das Verhältnis von staatlicher Gerichtsbarkeit und rechtsnormenfremden Verfahren der gütlichen Konfliktlösung und der Mediation zukünftig entwickeln wird, insbesondere welchen Raum das positive Recht alternativen Konfliktlösungsmechanismen belässt und welche Wechselwirkungen und Synergieeffekte dies sinnvollerweise haben kann. Im Bereich des Strafrechts sind die Grenzen zu beachten, die durch Täter- und Opfergrundrechte sowie die Indisponibilität des staatlichen Strafanspruchs gezogen werden.

Die juristische Expertise ist also nicht wegzudenken – weder aus der Mediationspraxis noch aus der Forschung. So facettenreich sich die Welt der Mediationsansätze und -anwendungsfelder mittlerweile darstellt, so umfassend und vielfältig sind auch die in der Mediationspraxis erforderlichen Kompetenzen und die drängenden Themen in der Mediationsforschung. Mediationen sind geprägt von sozialen Beziehungen, komplexen sozialen Interaktionen und Dynamiken zwischen allen Beteiligten und vor allem durch den möglichst konstruktiven Umgang mit Widersprüchen und tiefgreifenden Dilemmata. Vor allem interessieren auch die Bezüge zur Psychologie. Hier seien zwei Beispiele herausgegriffen, wobei nicht übersehen wird, dass psychologische Aspekte in jedem Konflikt eine sehr wichtige Rolle spielen. Im Täter-Opfer-Ausgleich geht es nicht nur um einen gerechten Ausgleich, sondern auch um den therapeutischen Charakter (»Lernerfolge« beim Täter, Bewältigung des Traumas beim Opfer, gegenseitiges Verstehen). Erst das Zusammenspiel der Disziplinen ermöglicht die sachgerechte und umfassende Bearbeitung des Konflikts und damit die viel beschriebene Win-win-Situation, die mit dem Mediationsverfahren angestrebt wird. Gleiches gilt im Bereich des Familienrechts, weil beispielsweise anlässlich einer Ehescheidung oder der Trennung von Partnern vielschichtige Kon-

flikte bestehen und die Mediation nicht nur Hilfestellung bei der Einigung über Scheidungs- und Trennungsfolgen, sondern auch beim Umgang mit der durch Scheidung oder Trennung ausgelösten Lebenskrise geben sollte. Außerdem kann gerade ein sachgerecht durchgeführtes Mediationsverfahren gewährleisten, dass die Rechte und Interessen von Scheidungs- und Trennungskindern in einer derartigen Krise nicht zu kurz kommen.

Es wäre daher fatal, diesen mannigfaltigen Herausforderungen mit einem einseitig-disziplinären Ansatz begegnen zu wollen. Oder positiv gewendet: Das Verfahren der Mediation und die sie prägende innere Haltung fordern uns ganz offensichtlich und unter dem Gebot der Nachhaltigkeit geradezu unumgänglich dazu auf, den Betrachtungsradius stets zu weiten und verschiedene disziplinäre Perspektiven zusammenzuführen. Nur so lässt sich ihr immenses Potential möglichst gut ausschöpfen – in der Forschung ebenso wie in der Praxis und Ausbildung und vor allem beim zukünftig hoffentlich regen Austausch zwischen Forschung und Praxis. Vor diesem Hintergrund möchte unsere Schriftenreihe, die wir mit dem vorliegenden Band eröffnen, ein Forum für inter- und transdisziplinäre Forschung auf dem Feld der außergerichtlichen Streitschlichtung im weitesten Sinne geben.

Herbst 2012

Christoph Althammer, Jörg Eisele, Heidi Ittner, Martin Löhnig

■ Inhalt

Christoph Althammer

Zwischen Freiwilligkeit und Zwang: Kostensanktionen und Anreize zur Förderung von Mediation und gütlicher Streitbeilegung. Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Mediationsgesetzes 9

Jörg Eisele

Der Gütegedanke im Strafprozess, das Element der Freiwilligkeit und seine Europäische Perspektive 27

Heidi Ittner

Grundfragen der Mediation aus psychologischer Sicht. Umgang mit Machtungleichgewichten, Emotionen und erlebten Ungerechtigkeiten 47

Martin Löhnig

Über schariatische »Friedensrichter«, »Schülergerichte« und die Strukturmerkmale des Rechtsstaats 65

■ Zwischen Freiwilligkeit und Zwang: Kostensanktionen und Anreize zur Förderung von Mediation und gütlicher Streitbeilegung

Eine Bestandsaufnahme nach Inkrafttreten des Mediationsgesetzes

Von Professor Dr. *Christoph Althammer*, Freiburg

I. Einführung

Als ein Grundprinzip der Mediation wird es angesehen, dass die Parteien sich ohne äußeren Zwang bereit erklären, an einem solchen Verfahren teilzunehmen.¹ Die Freiwilligkeit zeigt sich auch darin, dass ein Mediationsverfahren jederzeit ohne Nachteil abgebrochen werden kann. Insoweit musste eine Formulierung in der Begründung des am 26. 7. 2012 in Kraft getretenen deutschen Mediationsgesetzes², das der Umsetzung der europäischen Mediationsrichtlinie dient³, auf Kritik stoßen. Dort heißt es: »Die Freiwilligkeit der Mediation bedeutet, dass die Parteien grundsätzlich selbst entscheiden, ob sie eine Mediation durchführen wollen. Aus Artikel 3 Buchstabe a Mediations-RL folgt, dass es mit dem Prinzip der Freiwilligkeit vereinbar ist, wenn die Mediation von einem Gericht vorgeschlagen, angeordnet oder gesetzlich vorgeschrieben wird.«⁴ In der in Bezug genommenen Formulierung des Art. 3 lit. a Mediations-RL ist dementsprechend zu lesen: »Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein.«

Danach scheint sich selbst eine richterliche Anordnung oder gesetzliche Verpflichtung mit der Freiwilligkeit des Mediationsverfahrens zu vertragen. Die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BDA) hat

1 *Kraft* in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation (2. Aufl. 2009) § 12 Rdnr. 99; *Gößl* in: Hannemann/Wiegner, Münchener Anwaltshandbuch Mietrecht (3. Aufl. 2010) § 40 Rdnr. 26.

2 Zu den inhaltlichen Details ausführlich *Ahrens*, NJW 2012, 2465 f.

3 Richtlinie 2008/52/EG vom 21. 5. 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

4 BT-Drucks. 17/5335, 14.

in ihrer Stellungnahme zum Gesetzgebungsverfahren jedoch nicht zu Unrecht auf die Widersprüchlichkeit der Formulierung hingewiesen.⁵ Die Freiwilligkeit der Mediation als ein diesem Verfahren immanentes Element werde mit dieser Begriffsbestimmung ad absurdum geführt und die Parteien über den wahren Charakter der Mediation getäuscht.⁶ Das Mediationsverfahren erfordere es, dass die Parteien ihre Interessen offenbarten, wozu eine Mediation unter Zwang nicht geeignet sei. Derartige »Zwangsschlichtungen« würden nur zu weiteren Folgeprozessen führen.⁷

Sicherlich lässt sich eine zwangsweise angeordnete Mediation mit dem Grundverständnis dieses Verfahrens nur schwer vereinbaren. Dennoch bedeutet dies nicht, dass auch Anreizmechanismen ausscheiden müssen, die die Parteien nur mittelbar dazu anleiten sollen, eine Mediation⁸ einem Prozess vor staatlichen Gerichten vorzuziehen. Insofern fragt sich, auf welche Weise der Gesetzgeber Anreize schaffen kann, um für die Parteien die Teilnahme an einem Mediationsverfahren attraktiver zu gestalten. Derartige Anreizmodelle bewegen sich in einem »Graubereich« zwischen Freiwilligkeit und Zwang.

II. Obligatorische Streitschlichtungsverfahren

Nach dem Gesagten erscheint auch eine Regelung bedenklich, welche für die zukünftigen Prozessparteien im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung einen unmittelbaren Zwang zur Streitschlichtung vorsieht: § 15a EGZPO (i. V. m. den jeweiligen Landesgesetzen) statuiert für die dort beschriebenen Sachbereiche (Bagatellstreitigkeiten, Nachbarschaftsstreitigkeiten, Verletzungen der persönlichen Ehre und Ansprüche des Dritten Abschnittes des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes) bekanntlich ein obligatorisches vorgerichtliches Güteverfahren bei einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle, dessen

5 BDA-Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drucks. 17/5335) v. 13. 5. 2011, 4.

6 BDA-Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drucks. 17/5335) v. 13. 5. 2011, 4.

7 BDA-Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drucks. 17/5335) v. 13. 5. 2011, 4.

8 Zur (früheren) Unterscheidung in gerichtliche und außergerichtliche Mediation *Ortloff*, NJW 2008, 2545. Letztere unterteilt sich wiederum in gerichtsnahe (§ 278a ZPO) und gerichtsferne Mediation.

Nützlichkeit sehr unterschiedlich bewertet wird. Die Durchführung dieses Verfahrens stellt eine prozessuale Zulässigkeitsvoraussetzung für die Klage dar, die nicht nachholbar ist.⁹ Das Prozessgericht ist bei der Prüfung dieser Prozessvoraussetzung an die ihm vorgelegte Bescheinigung nach § 15a Abs. 1 Satz 2 EGZPO gebunden.¹⁰ Bedenklich hierbei erscheint¹¹, dass mit dieser Regelung ein Zwang zur Anrufung der Gütestelle nicht nur in den dafür geeigneten Fällen geschaffen wird, sondern auch dann, wenn von vornherein eine Einigung praktisch ausgeschlossen sei.¹² An dieser Stelle sei bereits darauf hingewiesen (vgl. näher unter V.), dass selbst im der Alternative Dispute Resolution (ADR) zugeneigten englischen Recht kein unmittelbarer Zwang zur außergerichtlichen Streitschlichtung gegen den Willen der Parteien¹³ existiert, sondern ein mittelbarer Druck lediglich durch die Handhabung des Prozesskostenrechts ausgeübt wird.¹⁴ Die Statuierung eines obligatorischen Streitschlichtungsverfahrens in weiteren Fällen verbietet sich auch deswegen, weil Rechtsstreitigkeiten dadurch vielfach unnötig in die Länge gezogen werden.¹⁵ Insoweit erscheint berechtigt, wenn Mediation und andere Streitbeilegungsmaßnahmen unter den Vorbehalt doppelter Freiwilligkeit gestellt werden: »Den Parteien ist nicht nur anheim gestellt, sich in der Sache zu einigen, sondern ihnen obliegt auch die Entscheidung darüber, ob sie sich überhaupt auf eine solche Prozedur einlassen wollen.«¹⁶ Auch die ZPO-Kommission des Deutschen Richterbundes hat im Vorfeld der Umsetzung der Mediationsrichtlinie mit Recht darauf hingewiesen, dass es sich nicht empfiehlt, die Durchführung einer Media-

9 BGH, NJW 2005, 437 f.; OLG Saarbrücken, NJW 2007, 1292; OLG Köln, OLGR 2006, 406; a. A. OLG Hamm, MDR 2003, 387; LG Duisburg, MDR 2004, 413; dazu auch *Feix*, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegungsmodelle im deutschen Zivilprozessrecht (2003), 214 und § 8 A I 2.

10 BGH, NJW-RR 2010, 357.

11 *Katzenmeier*, ZJP 115 (2002) 87.

12 *Stürmer*, R. in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf, Konsensuale Streitbeilegung (2001) 10, hält den Zwangscharakter für ein gesamteuropäisches Modell kaum für tauglich.

13 Vgl. auch *Katzenmeier*, ZJP 115 (2002) 89.

14 *Engelhardt*, ZKM 2004, 234. Als Druckmittel stehen dem Gericht jedoch Kostensanktionen zur Verfügung, vgl. auch *Wagner, G.*, ZKM 2004, 101.

15 *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 424 im Hinblick auf § 15a EGZPO; *Shetreet* in: Blankenburg/Gottwald/Strempel, Alternativen in der Ziviljustiz (1982) 114.

16 *Wagner, G.*, JZ 1998, 842; *Breidenbach*, Mediation (1995) 272; *Eichele*, ZRP 1997, 394; *Grisebach*, AnwBl. 1997, 528.

tion zur Zulässigkeitsvoraussetzung einer Klage zu erheben.¹⁷ Sicherlich ließe sich dadurch deren Stellenwert in der Bevölkerung steigern, was zu einer Verbesserung der Streitkultur führen kann, bei welcher der prozessuale »Kampf ums Recht« sich als ultima ratio darstellt. Auch würde dadurch die Mediation gegenüber einer kostengünstigeren gerichtlichen Mediation (vgl. für die Übergangszeit § 9 Abs. 1 MediationsG) bzw. nunmehr dem Güterichtermodell des § 278 Abs. 5 ZPO n.F. attraktiv gehalten und gefördert.¹⁸ Wie die ZPO-Kommission jedoch zu Recht betont hat, verträgt sich eine obligatorische Mediation nicht mit dem Bild eines grundsätzlich freiwilligen Verfahrens.¹⁹ Die Regelung in § 278a ZPO, nach der das Gericht den Parteien in geeigneten Fällen eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen kann, schafft jedenfalls im Ausgangspunkt ein nützliches »Fenster« zur außergerichtlichen Streitbeilegung, ohne dass ein solches Verfahren gesetzlich verordnet werden müsste (näher unter IV., V. und VI.).

Gleichwohl bleibt darauf hinzuweisen, dass eine richterliche Anordnung oder gesetzliche Verpflichtung zur Teilnahme an einem Mediationsverfahren sowohl mit nationalem Verfassungsrecht als auch mit Art. 6, 13 EMRK vereinbar wäre (vgl. dazu auch unter VI.). Insbesondere hat das BVerfG mit Blick auf den Justizgewährungsanspruch festgehalten, dass der Gesetzgeber keineswegs nur kontradiktorische Verfahren einführen²⁰, sondern vielmehr auch Anreize für eine einverständliche Streitbewältigung schaffen kann, etwa um die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden zu fördern oder die staatlichen Gerichte zu entlasten, wenn ergänzend der Weg zu einer Streitentscheidung durch die staatlichen Gerichte eröffnet bleibt.²¹ Auch die europarechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes stehen einer nationalen Regelung, die die vorherige Durchführung eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens vorschreibt, grundsätzlich nicht entgegen, wenn dieses

17 ZPO-Kommission des DRB, Eckpunkt Papier zur gerichtlichen und gerichtsnahen Mediation im Zivilprozess und im Verfahren vor den Arbeitsgerichten, November 2009, 8 (Eckpunkt 11).

18 ZPO-Kommission des DRB, Eckpunkt Papier zur gerichtlichen und gerichtsnahen Mediation im Zivilprozess und im Verfahren vor den Arbeitsgerichten, November 2009, 8 f. (Eckpunkt 11).

19 ZPO-Kommission des DRB, Eckpunkt Papier zur gerichtlichen und gerichtsnahen Mediation im Zivilprozess und im Verfahren vor den Arbeitsgerichten, November 2009, 8 f. (Eckpunkt 11).

20 BVerfG, NJW-RR 2007, 1073, 1074; EuGH, Urteil v. 18. 10. 2010 – Rs. C-317/08–320/08 (*Alassani ./. Telecom Italia SpA*), Rz. 46 ff.; *Wagner, G.*, *RabelsZ* 74 (2010), 838; *ders.*, *JZ* 1998, 842 ff.

21 BVerfG, NJW-RR 2007, 1073.

Verfahren nicht zu einer die Parteien bindenden Entscheidung führt und keine wesentliche Verzögerung für die Erhebung einer Klage bewirkt.²² Für diese Sichtweise spricht im Übrigen auch Art. 5 Abs. 2 Mediations-RL, wonach nationale Rechtsvorschriften unberührt bleiben, nach denen die Inanspruchnahme der Mediation vor oder nach Einleitung eines Gerichtsverfahrens verpflichtend oder mit Anreizen oder Sanktionen verbunden ist, sofern diese Rechtsvorschriften die Parteien nicht daran hindern, ihr Recht auf Zugang zum Gerichtssystem wahrzunehmen. Dass keine schweren verfassungs- oder europarechtlichen Bedenken gegen ein obligatorisches Mediationsverfahren sprechen, bedeutet jedoch nicht, dass seine Einführung sinnvoll wäre.²³ Bei mediationsunwilligen Parteien kann ein derartiges Verfahren seine fruchtbaren Wirkungen kaum entfalten. Erwähnenswert in diesem Zusammenhang erscheint, dass *Feix*²⁴ im Hinblick auf die Einführung von § 15a EGZPO eine kostenrechtliche Regelung entsprechend § 93 ZPO vorgeschlagen hatte, um damit den (unerwünschten) obligatorischen Charakter der Regelung überflüssig zu machen. Die in die ZPO zu integrierende Vorschrift sollte nach seinem Vorschlag lauten:

»§ 92a ZPO

(1) Wurde vor Klageerhebung nicht versucht, die Streitigkeit vor einer durch die Landesjustizverwaltung eingerichteten oder anerkannten Gütestelle einvernehmlich beizulegen, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, soweit der Beklagte den Anspruch anerkennt, ohne dass zuvor Beweis erhoben worden ist.«

Unabhängig von der Ausgestaltung der Regelung im Detail würden durch sie ähnliche Kostenanreize geschaffen wie in den unter V. darzustellenden Fallkonstellationen.

III. Die Regelung in § 253 Abs. 3 ZPO n. F.

Durch das Mediationsgesetz ist in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO n. F.²⁵ eine Regelung aufgenommen worden, nach der die Parteien in der Klageschrift angeben sollen, »ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausge-

²² EuGH, Urteil v. 18. 10. 2010 – Rs. C-317/08–320/08 (*Alassani* ./ *Telecom Italia SpA*), Rz. 46 ff.

²³ *Wagner, G.*, *RebelsZ* 74 (2010) 838.

²⁴ *Feix*, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegungsmodelle im deutschen Zivilprozessrecht (2003) 215.

²⁵ Vgl. auch die entsprechende Regel in § 23 Abs. 1 Satz 2 FamFG.

gangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen.«²⁶ Nach der Gesetzesbegründung dient diese Bestimmung, korrespondierend zu einem Beschluss des 67. Deutschen Juristentages (DJT) 2008, dem Ziel, die Mediation und die außergerichtliche Konfliktbeilegung stärker im Bewusstsein der Bevölkerung und in der Beratungspraxis der Rechtsanwaltschaft zu verankern.²⁷ Diese Vorschrift bringt den Parteien und ihren Rechtsanwälten (vgl. § 1 Abs. 3 BORA) die Sinnhaftigkeit einer gütlichen Einigung ohne Druck nahe, weil sie sich im konkreten Einzelfall mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob und wie sie den Konflikt außergerichtlich beilegen können.²⁸ Die daran von der BDA geübte Kritik, wonach vom Gesetzgeber außer Acht gelassen werde, dass der Aspekt der Freiwilligkeit der Mediation ein ihr immanentes Element sei²⁹, überzeugt nicht. Durch diese Regelung wird kein erheblicher Druck auf die Streitparteien ausgeübt, vor Klageerhebung eine Konfliktlösung zu versuchen. Zwar sollen Gründe genannt werden, wenn derartige Versuche nicht stattfanden, was überrascht, da die bloße Tatsache der Nichtdurchführung als Angabe genügen sollte. Eine Informationspflicht im eigentlichen Sinne hat der Gesetzgeber jedoch nicht statuiert (Soll-Bestimmung), sodass auch keine unmittelbaren Sanktionen für ein Unterlassen zu befürchten sind.³⁰ Vielmehr ist zu erwarten, dass diese Regelung von den Gerichten als sinnvolle Formalie gehandhabt wird, die alle Beteiligten gleichwohl zum Ausloten von Einigungsmöglichkeiten anregt.³¹ Keinesfalls darf diese Bestimmung aber den Anwalt in der Praxis dazu verleiten, möglicherweise vorschnell vertrauliche Mandanteninformationen an das Gericht zu übermitteln, was nicht fernliegend erscheint.³² Die prozessuale Dispositionsmaxime wird durch § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO jedenfalls nicht beschädigt.

26 Dazu auch *Wendler*, DStR 2012, 1883.

27 Beschlüsse des 67. DJT 2008, Abteilung Mediation, Beschluss A 4.

28 BT-Drucks. 17/5335, 20.

29 BDA-Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drucks. 17/5335) v. 13. 5. 2011, 6.

30 Vgl. auch die Stellungnahme des Deutschen Anwaltsvereins v. September 2010 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz, Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Mediationsgesetz), Az.: R A 7 – 9340/17-2-R4 554/2010, 4.

31 Freilich sollte die Angabe nicht zu einer bloßen Floskel werden wie früher die Angaben zum Sühneversuch vor einem Scheidungsverfahren.

32 BRAK-Stellungnahme Nr. 27/2010 zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, 19 f.

Die BDA sieht des Weiteren die Gefahr, dass der sich im Vorfeld einem Mediationsverfahren verweigernden Partei im späteren Klageverfahren »ein schlechtes Image anhafte«. Welche konkreten rechtlichen Konsequenzen sich daraus ergeben sollen, bleibt dabei offen. Die Befürchtung, dass sich dieser Makel der Einigungsverweigerung nachteilig auf die allgemeine prozessuale »Waffengleichheit« der betreffenden Parteien auswirke³³, erscheint hingegen überzogen. Zumindest würde ein Richter durch eine derartige Voreingenommenheit seine Amtspflichten verletzen und sich dem Vorwurf der Befangenheit aussetzen. Das Risiko, dass die prozessuale Waffengleichheit beeinträchtigt wird, ist jedem Prozess immanent und wird durch die Regelung in § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO nicht über Gebühr erhöht. Nicht jede Einwirkung auf die Einigungsbereitschaft der Parteien ist im Übrigen unzulässig. Die Freiwilligkeit einer Mediation wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass gewisse pekuniäre Anreize geschaffen werden, sich auf ein derartiges Verfahren überhaupt einzulassen.³⁴ Eine Einigungsbereitschaft wird dadurch nicht erzwungen, weil die Parteien sich auch ohne Abschluss einer Mediationsvereinbarung aus dem Verfahren wieder zurückziehen können. Ohnehin hat der Anwalt seine Mandanten über aussichtsreiche alternative Konfliktlösungsmöglichkeiten zu informieren, wenn er seine Beratungspflichten nicht verletzen will.³⁵ Da aber einige Sachverhalte sich von vornherein nicht für ein Mediationsverfahren eignen, kann die Bestimmung zur Verunsicherung des Klägers führen. Anwälte müssen deshalb darauf achten, dass diese Sollvorschrift nicht stets zu bloßen formularmäßigen Bezugnahmen auf § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO führt, sondern ihren Sinn in den mediationsgeeigneten Fällen behält.³⁶ § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO ähnelt bis zu einem gewissen Grad den US-amerikanischen »Mediation Statements«.

IV. Anreizmodelle im Verfahrenskostenrecht

Erachtet man Anreizmodelle und mittelbare Sanktionen nicht generell als mit der Freiwilligkeit von Mediationsverfahren unvereinbar³⁷, so ist das neue Mediationsgesetz hinter den Erwartungen und Möglichkeiten deutlich zurückgeblieben. Insbesondere aus Sicht der Wirtschaft wird zu

³³ So BDA-Stellungnahme zum Gesetzentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drucks. 17/5335) v. 13. 5. 2011, 6.

³⁴ Dazu auch v. *Bargen*, *Gerichtsinterne Mediation* (2008) 17f.

³⁵ *Ewig*, ZKM 2012, 4, 5; *Ahrens*, NJW 2012, 2465.

³⁶ Bundesverband deutscher Wohnungs- und Immobilienunternehmen e. V. (GdW), Stellungnahme an das Bundesministerium der Justiz v. April 2012, 3.

³⁷ Dazu auch v. *Bargen*, *Gerichtsinterne Mediation* (2008) 17f.

Recht moniert, dass das Mediationsgesetz wenig finanzielle Anreize für die Durchführung eines Mediationsverfahrens gegeben habe, von der strittigen Frage der Einführung einer Mediationskostenhilfe völlig abgesehen.³⁸ So spielt es gegenwärtig bei der Verteilung der Prozesskosten nach der ZPO keine Rolle, ob eine Partei ein naheliegendes Mediationsangebot der Gegenseite ohne Begründung abgelehnt hat.³⁹

Wesentlich fortschrittlicher ist die Situation im Familienverfahrensrecht, welche durch das Mediationsgesetz noch verbessert wurde: Denn zum einen darf das Familiengericht nach § 135 Satz 1 FamFG anordnen, dass Ehegatten in Scheidungs- und Folgesachen an einem kostenlosen Informationsgespräch über Mediation oder einer sonstigen Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung teilnehmen, und die Nichtteilnahme mit einer Kostenfolge nach § 150 Abs. 4 Satz 2 FamFG sanktionieren. Zum anderen gilt durch die Änderung von § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG nunmehr auch Vergleichbares in Sorgerechts- und Umgangssachen. Nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG soll das Gericht ganz oder teilweise einem Beteiligten die Kosten des Verfahrens auferlegen, wenn er einer richterlichen Anordnung zur Teilnahme an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder über eine sonstige Möglichkeit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nicht nachgekommen ist und der Beteiligte dies nicht genügend entschuldigt.⁴⁰ Klargestellt sei, dass die Anordnung selbst verfahrensrechtlich nicht erzwungen werden kann (§ 156 Abs. 1 Satz 5 FamFG). Das darf auch nicht dadurch umgangen werden, dass der Inhalt der familiengerichtlichen Entscheidung davon abhängig gemacht wird, dass die Beteiligten an der Mediation teilnehmen.⁴¹ Diese deutsche Regelung erfährt im Übrigen Zuspruch durch Art. 5 Mediations-RL⁴²: Nach Art. 5 Abs. 1 Mediations-RL kann ein Gericht, das mit einem Rechtsstreit befasst ist, die Parteien dazu auffordern, an einem Informationsgespräch über die Nutzung

38 Hierzu *Bercher/Engel*, ZRP 2010, 126 ff.; befürwortend *Koch*, ZKM 2007, 71, 72; *Gottwald*, FPR 2004, 163, 167; *Spindler*, AnwBl. 2007, 658. Vgl. bedenkenswert, wenngleich in anderem Zusammenhang BVerfG, NZS 2011, 658: Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) in Verbindung mit dem Sozialstaats- und dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 3 GG) gebiete die Gewährung von Rechtsschutzgleichheit nicht nur im gerichtlichen Bereich, sondern verlange darüber hinaus, dass Vorkehrungen getroffen werden, damit der Rechtsuchende mit der Wahrnehmung und Durchsetzung seiner Rechte auch im außergerichtlichen Bereich nicht von vornherein an mangelnden Einkünften oder ungenügendem Vermögen scheitert.

39 *Althammer*, JZ 2006, 73; *Diop/Steinbrecher*, BB 2011, 131; *Bercher/Engel*, ZRP 2010, 126 f.

40 BT-Drucks. 17/5335, 23.

41 OLG Brandenburg, FPR 2010, 463.

42 *Wagner, G.*, RabelsZ 74 (2010) 812.

der Mediation teilzunehmen bzw. sogar, eine solche durchzuführen. Art. 5 Abs. 2 Mediations-RL erlaubt ausdrücklich nationale Regelungen, die vergleichbar zu § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG eine kostenrechtliche Sanktionierung unkooperativen Verhaltens vorsehen, solange dadurch der Zugang zum Gericht nicht versperrt wird.⁴³

Bei einer Verallgemeinerung dieser Ermessensregel könnten von § 91 Abs. 1 ZPO abweichende Kostensanktionen dazu dienen, das durch § 278a ZPO (bzw. § 36a FamFG) eröffnete »Fenster« zur Mediation oder anderen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung besser zu nutzen⁴⁴, was mit dem Charakter der Mediation als freiwilligem Verfahren vereinbar wäre.

V. Anreize im englischen Verfahrensrecht

Neben den genannten Vorschriften des FamFG könnten als Vorbild für ein allgemeines pekuniäres Anreizmodell auch die englischen Civil Procedure Rules (CPR) dienen. Rule 44.3 (4) bzw. (5) CPR erlaubt es dem Gericht, auch einer obsiegenden Prozesspartei alle oder einen Teil der entstandenen Verfahrenskosten aufzuerlegen, sofern dies unter Einbeziehung aller Umstände und insbesondere des Parteiverhaltens angemessen erscheint.⁴⁵ Im englischen Verfahrensrecht der CPR können die Parteien somit mit wesentlich wirksameren Mitteln zu einer außergerichtlichen Konfliktlösung »motiviert« werden. Die CPR haben dabei die Straffung und Vereinfachung des gesamten Zivilverfahrens im Blick, wobei dem Richter die Rolle eines Verfahrenslenkers zukommt.⁴⁶ Dieses »Active Case Management« dient einem kooperativeren Verfahrensablauf⁴⁷ und stellt das Leitmotiv des reformier-

⁴³ Wagner, G., *RebelsZ* 74 (2010) 812.

⁴⁴ Katzenmeier, *ZZP* 115 (2002) 88 f., denkt dabei unter anderem an die Schaffung von Vollstreckungsanreizen, weil die Parteivereinbarungen *per se* nicht vollstreckbar sind; *ders.*, *NJW* 2008, 116 f. Vgl. zu einzelnen monetären und sozialen Anreizen bereits Hoffmann-Riem, *JZ* 1999, 424.

⁴⁵ Vgl. zum angelsächsischen Recht auch Tochtermann, *ZZP*Int 2006, 429, 460; Breyer, *Kostenorientierte Steuerung des Zivilprozesses* (2006) 243 f.

⁴⁶ Gerichtliche Verfahren sollen im Übrigen durch sog. *preaction protocols* vermieden werden, die die Parteien verpflichten, den Streitstoff bereits vor Klageerhebung aufzubereiten, sodass bereits im Vorfeld ein Konsens gefunden oder eine Entlastung der Gerichte erreicht werden kann; vgl. auch Stürmer, R. in: Breidenbach/Coester-Waltjen/Heß/Nelle/Wolf, *Konsensuale Streitbeilegung* (2001) 11 f.

⁴⁷ Zum englischen Prozessrecht vor der Woolf-Reform vgl. Roth, H., *ZZP* 109 (1996) 89; Katzenmeier, *ZZP* 2002 (115) 89; Greger, *ZRP* 1998, 183 f.

ten englischen Verfahrensrechts dar (Rule 1.4 (1) CPR⁴⁸), sodass im Gegenzug der Einfluss der Parteien und ihrer Anwälte zurückgedrängt wird.⁴⁹ Die im Jahre 1999 in Kraft getretenen CPR haben den sog. »*Woolf Report*« umgesetzt. *Lord Woolf* war der Überzeugung, dass zur Beschleunigung streitiger Verfahren diese möglichst kooperativ ausgestaltet und jederzeit für eine einvernehmliche Streitbeilegung offen sein müssten. Zur Erreichung dieses Ziels dürften die Parteien, so die Überlegung von *Woolf*, sich nicht ohne triftigen Grund einem akzeptablen Versuch einer außergerichtlichen Streiterledigung verweigern, ohne im Gegenzug eine Sanktion fürchten zu müssen.⁵⁰ Sofern der Verfahrensstoff hierfür geeignet erscheint, müssen englische Gerichte deswegen versuchen, den Parteien eine alternative Konfliktlösung nahe zu bringen. Rule 1.4 (2) (e) CPR sagt hierzu: »encouraging the parties to use an alternative dispute resolution procedure if the court considers that appropriate and facilitating the use of such procedure«. In diesem Punkt unterscheidet sich die deutsche ZPO noch kaum: Denn jedes deutsche Gericht soll nach § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein, was Prozessvergleiche begünstigt. Hierzu kann es alternativ zur Verweisung der Streitsache an einen Güterichter (§ 278 Abs. 5 ZPO n. F.) den Parteien auch eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen (§ 278 a ZPO n. F.). Anders als im deutschen Recht sind unter der Geltung der CPR aber auch die Verfahrensparteien »verpflichtet«, den Gerichten bei der Verwirklichung der Ziele der CPR zu helfen und auf eine einvernehmliche Konfliktlösung hinzuwirken.⁵¹ Diese Verpflichtung wird in Rule 1.3 CPR ausdrücklich angesprochen: »The parties are required to help the court to further the overriding objective.«⁵² Im englischen Recht fungiert die einvernehmliche Streitbeilegung gewissermaßen als prozessuale Last.⁵³ Der aus dem deutschen Prozessrecht bekannte Begriff beruht auf der Überlegung, dass die Prozessrechtsparteien grundsätzlich keine unmittelbaren Handlungspflichten (sondern allenfalls Rechtspflichten) treffen können. Sie können untätig bleiben, müssen dann aber mit Nachteilen wie etwa einer Präklusion

48 »The court must further the overriding objective by actively managing cases.« Vgl. hierzu *Roberts, S.*, Settlement as Civil Justice, MLR 2000, 739, 745; *Engelhardt*, ZRP 2004, 234; *Althammer*, JZ 2006, 69 f.

49 *Sobich*, JZ 1999, 777; *Greger*, JZ 2002, 1020 ff.

50 Vgl. auch *Baumann*, IDR 2005, 9 f.

51 *Baumann*, IDR 2005, 11.

52 *Winker*, Die Missbrauchsgebühr im Prozessrecht (2011) 89; *Althammer*, JZ 2006, 69 f.; *Spindler*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen (2006) 109 f.

53 Zu diesem Begriff *Althammer*, JZ 2006, 70 f. Allgemein v. *Hippel*, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik (1964) 371; *Lent*, ZZP 67 (1954) 344 f.