

## **Alternative Dispute Resolution - Einführung in die alternative Streitbeilegung\***

Wiss. Mitarbeiter Peter Tochtermann, Heidelberg

**Alternative Dispute Resolution (ADR) und Mediation - zwei Begriffe, die einem Großteil der Studierenden und Referendare im Rahmen ihrer Ausbildung zwar begegnet sein mögen, deren Bedeutung jedoch häufig unbekannt ist. Dies wird sich in Zukunft ändern. Die Universitäten werden nach der Reform der Juristenausbildung Lehrveranstaltungen anbieten, die in interdisziplinäre Schlüsselqualifikationen wie Streitschlichtung und Mediation einführen<sup>1</sup>. Dieser Beitrag will daher einen ersten Überblick über die Mediation als Form der alternativen Streitbeilegung verschaffen.**

### **I. Alternative Dispute Resolution am Beispiel der Mediation**

Der Begriff „Alternative Dispute Resolution“ (ADR) findet seinen Ursprung in den USA und kann ins Deutsche sinngemäß als „alternative Streitbeilegung“ übertragen werden. ADR ist eine Sammelbezeichnung für verschiedene außergerichtliche Verfahren, die als gemeinsames Merkmal auf einen autoritativen Streitentscheid durch einen Richter oder Schiedsrichter verzichten<sup>2</sup>. Prominentester Vertreter unter den ADR-Verfahren<sup>3</sup> ist die Mediation<sup>4</sup>, die im Folgenden näher vorgestellt werden soll. Unter Mediation versteht man ein Verhandlungen strukturierendes Verfahren, in dem ein geschulter und neutraler Dritter versucht, mit den Streitparteien eine Einigung herbeizuführen, ohne zu einer verbindlichen Entscheidung des Streits ermächtigt zu sein<sup>5</sup>.

### **II. Anwendungsbereiche und Sinn von Mediationsverfahren**

#### **1. Mediation in der Praxis**

Die Mediation wird in verschiedenen Bereichen angewendet. In Deutschland hat sich die Mediation im Bereich des Familienrechts am meisten etabliert<sup>6</sup>. Aber auch im Bereich des Wirtschaftsrechts<sup>7</sup>, des Umweltrechts<sup>8</sup>, des strafrechtlichen Täter-Opfer-Ausgleichs und im Rahmen der Konfliktbewältigung in Schulen wird die Mediation angewendet. Doch warum bedarf es dieser Alternative zur staatlichen Gerichtsbarkeit?

#### **2. Der Ansatz der Mediation - Interessenergründung statt Positionsdenken**

##### **a) Gerichtsverfahren und Positionsdenken**

Neben dem Zeitvorteil, den die Mediation gegenüber einem sich schlimmsten Falls über drei Instanzen erstreckenden Gerichtsverfahren hat, ist Sinn eines Mediationsverfahrens, den Streit aus einem anderen Blickwinkel zu betrachten und zu behandeln. Im Rahmen eines staatlichen Gerichtsverfahrens bestimmt das materielle Recht und das Verfahrensrecht den Ausgang des Streits. Bezeichnenderweise wird der Streit, sobald er zu Gericht kommt, zum „Rechtsstreit“. Rechtsnormen sind notwendig abstrakt gehalten, um eine möglichst große Zahl von Lebenssachverhalten zu erfassen. Der einzelne Konflikt wird dadurch jedoch abstrahiert und seiner Individualität beraubt. Die Parteien müssen sich als Folge der Justizförmigkeit des Zivilprozesses und der Bindung des Richters an Recht und Gesetz notwendig auf rechtliche Positionen versteifen, um zum Prozesserfolg zu gelangen. Die Rechtsordnung bietet unbestritten in vielen Fällen ein leistungsfähiges Instrumentarium, um Konflikte beizulegen. Geht es schlicht um die Tatsache, dass ein Käufer den Kaufpreis nicht an den Verkäufer zahlt, ist die Anwendung dieses Regelungsgefüges auch sachgerecht. Jedoch hat der Konflikt um den berühmten Maschendrahtzaun oder die auf das Nachbargrundstück überhängende Hecke häufig einen rein gesellschaftlich-sozialen Hintergrund, der sich durch die Subsumtion des Sachverhalts unter die Nachbarrechtsgesetze der Länder oder § 1004 BGB<sup>9</sup> nicht sachgerecht erfassen lässt. Selbst wenn nun ein Nachbar Recht erhält, ist der Konflikt an sich noch nicht gelöst, sondern häufig gerade noch verschärft<sup>10</sup>.

##### **b) Die Rolle des Rechts in der Mediation**

Die Mediation nimmt dagegen die Interessen der Parteien in den Blick. Durch das Verfahren soll vermieden werden, dass die Parteien sich auf rechtliche Positionen fixieren und den Hintergrund ihres Konflikts aus den Augen verlieren. Entgegengewirkt werden muss jedoch der Fehlvorstellung, die Mediation löse sich gleichsam vom Recht und biete daher ein Betätigungsfeld für inkompetente Juristen<sup>11</sup>. Treffend haben *Mnookin* und *Kornhauser* bildhaft formuliert, dass die Mediationsverhandlungen „im Schatten des Rechts“<sup>12</sup> stattfinden. Die Rechtsordnung gibt einen Gerechtigkeitsmaßstab vor und bietet den Parteien eine Vergleichsbasis. Indem sie ihr in der Mediation gefundenes Ergebnis mit einem potenziellen Urteil vergleichen, können die Parteien das Ergebnis ihrer Verhandlungen bewerten. Dadurch gibt die nach Anwendung des Verfahrensrechts und materiellen Rechts gefundene Lösung zugleich die Alternative für ein Scheitern der Verhandlungen vor<sup>13</sup>. Zudem spielt das Recht in der Mediation insofern eine Rolle, als zwingende Normen auch in der Mediation zu beachten sind.

Vom Recht *in der* Mediation ist das Recht *der* Mediation zu unterscheiden. Das Recht der Mediation bilden alle privatautonom geschaffenen wie gesetzlichen Regeln, die die Durchführung der Mediation betreffen<sup>14</sup>.

### **c) Vorteil der Mediation gegenüber direkten Verhandlungen**

Die Mediation weist zudem gegenüber einer Verhandlung, an der ausschließlich die Kontrahenten beteiligt sind, Vorzüge auf. Die Parteien einer direkten Verhandlung neigen dazu, Informationen zurückzuhalten. Sie haben Angst, dass die Gegenseite die Informationen zu ihren Zwecken ausnutzt und sich selbst nicht offen verhält. Der Mediator kann im Rahmen der Mediationssitzung im Einzelgespräch (sog. caucus) dagegen mit den Parteien vertraulich sprechen, um deren wahren Interessen zu erfahren. Manche Mediatoren verfolgen zur Ergründung der Interessen eine regelrechte „shuttle diplomacy“, weil sie von einem Einzelgespräch zum nächsten pendeln. Dadurch kann der Mediator Lösungsmöglichkeiten entdecken, die den Parteien in direkten Verhandlungen auf Grund der beschriebenen Kommunikationsbarrieren verborgen geblieben wären.

Ein weiteres Phänomen, welches Parteien in direkten Verhandlungen an einer Einigung hindern kann, besteht darin, dass Einigungsvorschläge der Gegenseite, die in direkten Verhandlungen zur Diskussion gestellt werden, allein deshalb ablehnend bewertet werden, weil sie von der Gegenseite kommen. Die Parteien vermuten hinter dem Vorschlag ein taktisches Vorgehen. Wäre derselbe Vorschlag hingegen von einem neutralen Dritten auf den Tisch gebracht worden, hätte er höhere Chancen gehabt, angenommen zu werden<sup>15</sup>.

## **III. Ablauf einer Mediation**

Eine Mediation läuft in aller Regel in fünf Stufen ab<sup>16</sup>. Diese Struktur soll eine möglichst effektive Beilegung des Streits fördern. Fraglich ist, ob im Rahmen der Durchführung eines Mediationsverfahrens allgemeine Verfahrensgrundsätze gelten, namentlich das Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG, Art. 6 EMRK). Diese Überlegung liegt nahe, weil der Gesetzgeber in § 1042 ZPO das Recht auf rechtliches Gehör im Schiedsverfahrensrecht verankert hat. Eine Übertragung auf die Mediation steht indes entgegen, dass der Mediator im Gegensatz zum Schiedsrichter und staatlichen Richter gerade keine Entscheidung treffen darf. Das rechtliche Gehör soll den Parteien die Verfahrensherrschaft sichern. Die Parteien sollen Subjekte des Verfahrens, nicht reines Objekt sein<sup>17</sup>. Die Gefahr, zum Objekt degradiert zu werden, besteht bei der Mediation nicht. Die Parteien haben Beginn, Verlauf und Ende des Verfahrens allein in ihrer Hand und definieren selbst die Rolle des Mediators. Dieser fällt am Ende keine Entscheidung. Im Rahmen eines Schiedsverfahrens, zu welchem sich die Parteien privatautonom entschlossen haben, geben die Parteien ihre Kontrollmöglichkeiten insofern aus der Hand, als sie zwar das Verfahren bestimmen können (§ 1042 III ZPO), nicht jedoch das sie bindende Verfahrensergebnis. Bei einer Mediation hingegen gestalten sie dieses Ergebnis selbst, sei es dass sie die Mediation für gescheitert erklären, sei es dass sie einen Vergleich abschließen. Deshalb bedarf es im Rahmen der Mediation keiner Absicherung durch den Grundsatz des rechtlichen Gehörs, wie er bezüglich Schieds- und Gerichtsverfahren verstanden wird<sup>18</sup>. Der Mediator ist jedoch auf Grund des Mediatorvertrages dazu verpflichtet, den Sachvortrag der Parteien zu hören und bei seiner Verhandlungsleitung zu berücksichtigen<sup>19</sup>. Insofern liegt es näher, diese Verpflichtung an den Mediatorvertrag anzuknüpfen, als sie aus dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des Rechts auf rechtliches Gehör abzuleiten.

### **1. Vorphase - Abschluss der Mediationsvereinbarung**

Bevor die Parteien ein Mediationsverfahren durchführen, müssen sie sich vertraglich darüber geeinigt haben. Dies kann zum einen durch eine nach Streitentstehung geschlossene Mediationsvereinbarung, zum anderen durch eine vor Streitentstehung in einen anderen Vertrag aufgenommene Mediationsklausel<sup>20</sup> geschehen. Dabei handelt es sich um einen Vertrag mit Doppelnatur, der das Verhältnis zwischen den Parteien regelt. Er hat sowohl materiell-rechtliche Wirkungen, weil die Parteien die Regeln für ihre Mediationssitzung festlegen wollen, als auch prozessuale, weil in aller Regel vereinbart wird, dass während der Durchführung der Mediation keine der Parteien

berechtigt sein soll, ein staatliches Gericht anzurufen (sog. dilatorischer Klageverzicht)<sup>21</sup>. Ansonsten könnte die Mediation unterlaufen werden, indem ein staatliches Gericht angerufen wird. Dies würde die sachgerechte Durchführung der Mediation unmöglich machen, weil die Parteien sich in der Mediation nicht offen verhalten würden. Erforderlich

ist es, in der entsprechenden Klausel zu regeln, in welchen Fällen die Mediation beendet ist und der Weg zum staatlichen Gericht wieder offen steht. Ein dilatorischer Klageverzicht wird ganz überwiegend für zulässig gehalten. Begründet wird dies mit der Privatautonomie der Parteien und einem argumentum a maiore ad minus. Wenn es zulässig ist, auf einen materiellen Anspruch zu verzichten, so muss es erst recht möglich sein, dessen prozessuale Durchsetzbarkeit zu beschränken<sup>22</sup>. Wird dennoch ein Gericht angerufen, so müsste dieses die Klage unter Beachtung der prozessvertraglichen Abrede als derzeit unzulässig abweisen. Der *BGH* hat dies für die Wirkung von - Mediationsklauseln sehr ähnlichen - Schlichtungsklauseln entschieden<sup>23</sup>. Ob hingegen eine analoge Anwendung von § 1032 ZPO möglich ist<sup>24</sup>, ist zu bezweifeln. Ein Schiedsverfahren und ein staatliches Gerichtsverfahren sind sich auf Grund der Befugnis des Richters und Schiedsrichters, eine verbindliche Entscheidung treffen zu können, wesensähnlich. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, eine Regelung für die Kollision beider Verfahrensarten durch § 1032 ZPO gesetzlich zu regeln. Der Mediator hat dagegen gerade keine Entscheidungsbefugnis. Deshalb fehlt es an der für eine Analogie notwendigen Gleichartigkeit.

Darüber hinaus werden in der Mediationsvereinbarung zwischen den Parteien Vortrags- und Beweismittelbeschränkungen getroffen, die sicherstellen, dass in der Mediation erlangte Informationen nicht in einem sich anschließenden Prozess oder Schiedsverfahren verwertet werden können<sup>25</sup>.

## 2. Eröffnungsphase

Am Anfang einer Mediation steht die Einleitungs- und Eröffnungsphase, in der die Parteien mit dem Mediator die formalen Fragen klären. Der Mediator klärt mit den Parteien die Rolle, die er übernehmen soll. Er kann entweder rein moderierend tätig werden oder sogar von den Parteien ermächtigt werden, eine eigene rechtliche Bewertung des Sachverhalts abzugeben, ohne jedoch zu einer Streitentscheidung ermächtigt zu sein<sup>26</sup>. Zudem erörtern die Parteien und der Mediator das weitere Vorgehen. Vergütungsfragen werden ebenso geregelt wie die Kostentragung unter den Parteien und die Vertraulichkeit des Mediators. Anwaltlichen Mediatoren steht bereits auf Grund § 383 I Nr. 6 ZPO i.V. mit §§ 43a II BRAO, 2, 18 BORA und § 53 I Nr. 3 StPO ein Zeugnisverweigerungsrecht zu, welches die Vertraulichkeit absichert. Dennoch ist die vertragliche Regelung der Vertraulichkeit des Mediators die Regel<sup>27</sup>. Sinnvoller Weise wird den Parteien auch untersagt, vom Mediator Aufzeichnungen oder ihm zugänglich gemachte Dokumente herauszuverlangen. Bei anderen Berufsgruppen, die als Mediatoren tätig werden, wie beispielsweise Pädagogen, Sozialpädagogen und Psychologen, sind entsprechende Verschwiegenheitspflichten zum Teil nur in Berufsordnungen auf vereinsrechtlicher Basis geregelt, so dass hier eine Verschwiegenheitsklausel um so dringlicher ist<sup>28</sup>. Die Bestimmungen, die das Verhältnis zwischen den Parteien und dem Mediator betreffen, werden spätestens jetzt in dem Mediatorvertrag fixiert, der von der Mediationsvereinbarung zu unterscheiden ist<sup>29</sup>.

## 3. Bestandsaufnahme - Ergründung des Verhandlungsstoffes

Die eigentliche Mediation beginnt mit der Bestandsaufnahme des Verhandlungsstoffes. Die Parteien oder die sie beratenden Rechtsanwälte legen den Sachverhalt in Stellungnahmen dar. Dabei fasst der Mediator den wesentlichen Inhalt zusammen und ergründet so mit den Parteien den Sachverhalt und die Ursachen des Konflikts. Dabei wendet er Mediationstechniken wie die Technik des „aktiven Zuhörens“ an. Der Mediator gibt die Aussage des Sprechenden in eigenen Worten wieder und kann die wörtliche Aussage dergestalt umformulieren, dass der Aussage eine für die Verhandlung schädliche Absolutheit genommen wird. Diese Technik wird als „Reframing“ bezeichnet<sup>30</sup>. Durch die Anwendung von Fragetechniken kann der Mediator Unklarheiten in den Aussagen der Parteien beseitigen. Indem er geschlossene Fragen stellt, die auf eine knappe exakte Antwort abzielen und eine Ja/Nein-Antwort erwarten lassen<sup>31</sup>, kann der Mediator das Gespräch steuern. Eine geschlossene Frage bietet sich an, wenn eine Partei zu langatmigen Ausführungen neigt. Umgekehrt kann es sinnvoll sein, eine Partei den Sachverhalt aus ihrer Sichtweise schildern zu lassen und dabei Emotionen abzubauen. Diesen Raum kann der Mediator durch eine offene Frage schaffen<sup>32</sup>.

## 4. Erforschen der Interessen

Anschließend werden die Interessen der Parteien erforscht. Dies kann zum Beispiel dadurch geschehen, dass die Parteien in Einzelgesprächen aufgefordert werden, sich in die Rolle der anderen Partei zu versetzen und herauszuarbeiten, was deren Interessen sind. Dadurch wird jede Partei für die Bedürfnisse der Gegenpartei sensibilisiert. Hilfreich ist es zudem, mit den Parteien zunächst ihre verschiedenen Interessen zu sammeln und

danach in einer Hierarchie nach Wichtigkeit zu ordnen<sup>33</sup>.

## 5. Lösungen entwickeln und bewerten

In der nächsten Phase sammeln die Parteien ohne oder mit Unterstützung durch den Mediator Lösungen. Der Mediator achtet darauf, dass die Lösungen nicht sogleich bewertet werden. Denn selbst auf den ersten Anschein nicht gangbare Lösungswege können sich im Nachhinein als Schlüssel zum erfolgreichen Abschluss der Mediation erweisen. In dieser Phase kann der Mediator die Funktion eines Katalysators übernehmen und die Parteien dazu anhalten, möglichst kreative Vorschläge zu machen, um so den Spielraum für eine

Tochtermann: Alternative Dispute Resolution - Einführung in die alternative Streitbeilegung

JuS 2005 Heft 2

134 

Einigung zu vergrößern. Anschließend bewerten die Parteien die Vorschläge. Muss eine Sache verteilt oder bewertet werden, müssen sich die Parteien auf einen geeigneten Maßstab einigen<sup>34</sup>. Beispielsweise können sich die Parteien darauf geeinigt haben, dass die eine der anderen als Teil einer Gesamtlösung ein Grundstück verkaufen soll. Der Kaufpreis könnte jetzt bestimmt werden, indem der Wert des Grundstücks von drei unabhängigen Gutachtern ermittelt und daraus der Mittelwert gebildet wird.

## 6. Abschluss eines Vergleichsvertrages

In der letzten Phase schließen die Parteien einen verbindlichen Vergleichsvertrag. Die Fixierung des Ergebnisses kann durchaus eine kritische Phase sein, weil die Parteien nunmehr endgültig „Farbe bekennen“ müssen und ihr Ergebnis in rechtlich durchsetzbare Formen gießen. Ein Verfahren, das über Schwierigkeiten in dieser Phase hinweghelfen kann, ist die so genannte One-Text-Procedure<sup>35</sup>: Der Mediator entwirft selbst einen Vergleichsentwurf und stellt diesen zur Diskussion. Dieses Vorgehen konzentriert die Aufmerksamkeit der Parteien auf die gemeinsame Diskussionsgrundlage und vermindert dadurch eine direkte Konfrontation.

Selbstverständlich kann es die jeweilige Situation erfordern, von diesem Grundmodell abzuweichen. Gerade in der Flexibilität des Mediationsverfahrens liegt ein großes Potenzial der Mediation. Jedoch beschreibt das Fünf-Phasen-Modell deren idealtypischen Ablauf.

## IV. Mediation als verbotene Rechtsberatung?

Für die nichtanwaltlichen Berufsgruppen von großer Bedeutung ist die Frage, ob die Durchführung einer Mediation notwendig zugleich eine erlaubnispflichtige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten i.S. von Art. 1 § 1 RBERG darstellt. Dies wurde von der Rechtsprechung bereits bejaht<sup>36</sup>. Rechtspolitisch bedenklich erscheint diese Annahme deshalb, weil nach Art. 1 § 2 RBERG die Tätigkeit eines nichtanwaltlichen Schiedsrichters, der im Ergebnis einen über die New York Convention<sup>37</sup> nahezu weltweit vollstreckbaren Schiedsspruch erlassen kann, erlaubnisfrei ist. Jedoch könnte sich diese Diskussion bald überholt haben, weil das Rechtsberatungsgesetz reformiert werden soll und im Hinblick auf die Tätigkeit nichtanwaltlicher Mediatoren eine liberalere Fassung zu erwarten ist<sup>38</sup>.

## V. Ausbildung zum Mediator

Wie man Mediator wird, ist derzeit in Deutschland nicht durch eine einheitliche Ausbildungsordnung geregelt. Vielmehr gibt es eine Fülle an Ausbildungsmöglichkeiten, die von Wochenendseminaren bis hin zu einem ganzen Masterstudiengang<sup>39</sup> reichen. Deshalb wird derzeit in Fachkreisen diskutiert, ob aus Gründen der Qualitätssicherung eine zwingende, einheitlich ausgestaltete Ausbildungsordnung erlassen werden<sup>40</sup> und ein Mediator ähnlich der Lösung des österreichischen Zivilrechts-Mediationsgesetzes<sup>41</sup> in eine Liste eingetragen werden sollte. Die Anwaltschaft steht einer Überregulierung dieses Bereichs kritisch gegenüber und verweist dabei darauf, dass Schiedsrichter, die einen verbindlichen und vollstreckbaren Schiedsspruch erlassen können, keinerlei Ausbildung vorweisen müssen<sup>42</sup>. Bislang regelt § 7a der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA), dass sich ein Rechtsanwalt als Mediator bezeichnen darf, wenn er durch geeignete Ausbildung nachweisen kann, dass er die Grundsätze des Mediationsverfahrens beherrscht. Unklarheit besteht indes darüber, welches Qualifikationsprofil dafür erfüllt sein muss<sup>43</sup>.

Auch Studierende und Referendare können inzwischen in entsprechenden Ausbildungsprogrammen erste Erfahrungen mit der Mediation sammeln<sup>44</sup>. Auf Grund der Änderung der Ausbildungsordnungen ist zu erwarten, dass sich das Ausbildungsangebot noch erweitern wird. In den USA und in Australien gehören Ausbildungsveranstaltungen zur Verhandlungslehre und Mediation schon seit längerem zum Curriculum. Für Postgraduierte bieten dort manche Universitäten sogar auf ADR spezialisierte LL.M.-Programme an<sup>45</sup>.

## VI. Verfahrenskombinationen - Med/Arb und gerichtsverbundene Mediation

Wurde zunächst auf die Unterschiede der Mediation zur Schiedsgerichtsbarkeit sowie dem staatlichen Gerichtsverfahren eingegangen, so wäre es zu kurz gegriffen, diese Streitbeilegungsmechanismen rein alternativ anzuwenden. Sinnvoll kann vielmehr auch eine Kombination sein. So werden Schiedsverfahren mit Mediationsverfahren zu sog. Med/Arb-Verfahren verbunden<sup>46</sup>.

Während in den USA entsprechend der Vision des Harvard-Professors *Frank Sanders* die gerichtsverbundene Mediation schon Anfang der Achtziger Jahre Wirklichkeit wurde<sup>47</sup>, hat der deutsche Gesetzgeber erstmals Ende 1999 durch Einführung der Öffnungsklausel in § 15a EGZPO<sup>48</sup> eine Form der gerichtsverbundenen Streitschlichtung geschaffen. Danach ist die Erhebung einer Klage in bestimmten Streitigkeiten erst zulässig, wenn vor einer Gütestelle versucht worden ist, den Konflikt einvernehmlich beizulegen. Infolgedessen haben die

Tochtermann: Alternative Dispute Resolution - Einführung in die alternative Streitbeilegung

JuS 2005 Heft 2

135 

Landesgesetzgeber Schlichtungsgesetze<sup>49</sup> erlassen, die den bundesgesetzlich vorgegebenen Rahmen ausfüllen. Der Anwendungsbereich dieser Schlichtungsgesetze ist allerdings auf Grund des vorgegebenen Rahmens sehr eng<sup>50</sup>. Daher wird nicht zu Unrecht daran gezweifelt, ob die sachliche Begrenzung des § 15a EGZPO sinnvoll ist. Klarstellend muss angemerkt werden, dass die unter den Schlichtungsgesetzen anzuwendende Streitbeilegungsmethode nicht notwendig ein Mediationsverfahren sein muss. So spricht das baden-württembergische Schlichtungsgesetz in § 10 nur von einer Schlichtungsverhandlung, ohne die Mediation explizit zu nennen. Allerdings ergibt sich aus den relevanten Diskussionsberichten, Kommentaren und Veröffentlichungen, dass die Mediation zumindest als ein mögliches Verfahren in den Blick genommen wurde<sup>51</sup>.

Als weiterer Schritt zur Schaffung einer gerichtsverbundenen Mediation ist im Zuge der ZPO-Reform § 278 V 2 ZPO eingeführt worden<sup>52</sup>. Das Gericht hat danach die Möglichkeit, den Parteien in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschlagen. Verpflichtend ist dieser Vorschlag für die Parteien im Gegensatz zu den obligatorischen Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO jedoch nicht. § 278 V 2 ZPO hat lediglich eine Hinweisfunktion an den Richter und soll gemeinsam mit § 278 I ZPO den Gedanken der gütlichen Streitbeilegung im Zivilverfahren fördern. Zwar führt der Gesetzeswortlaut die Mediation wiederum nicht explizit an, die Gesetzesbegründung setzt die Mediation allerdings scheinbar mit dem Begriff der außergerichtlichen Streitschlichtung gleich<sup>53</sup>. Sinnvoll wäre insoweit zur Stärkung der Mediation und Entlastung der Justiz ein bindendes Verweisungsrecht oder zumindest eine Prüfungspflicht, ob die Durchführung einer Mediation sinnvoll wäre<sup>54</sup>. Jedenfalls zu Letzterem sollen die Gerichte die Parteien künftig verpflichten können. Der am 22. 10. 2004 von der Europäischen Kommission veröffentlichte Vorschlag einer Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen sieht dies in Art. 3 I 2 vor<sup>55</sup>. Im Fall eines für die Parteien bindenden Verweises durch den Richter erfordert das Recht auf den gesetzlichen Richter, dass den Parteien bei Scheitern der Mediation der Weg zu Gericht wieder eröffnet ist.

## VII. Ausblick

Die Mediation ist in Deutschland noch ein junges Verfahren. Jedoch hat sie sich inzwischen durchaus etabliert. Die erste Welle, die die Mediation als universell einsetzbares Konfliktbehandlungsverfahren angepriesen hat, ist einem reflektierten Umgang gewichen. Das Potenzial der Mediation ist bislang noch nicht hinreichend ausgeschöpft. Gibt es inzwischen viele Ausbildungsprogramme, so fehlt es bislang noch an der ausreichenden Information über die Mediation sowie der Bereitschaft der Parteien, sich im eigenen Fall tatsächlich auf ein Mediationsverfahren einzulassen. Die Auswertung des Modellversuchs „Außergerichtliche Konfliktbeilegung“ am LG und AG Stuttgart<sup>56</sup> aus dem Jahr 2002 belegt, dass in 29 von 37 Fällen, in denen eine Mediation erfolgreich angeregt worden ist, der Konflikt durch Abschluss einer Vereinbarung beigelegt werden konnte. Die beteiligten Gerichte haben nur elf der 37 Fälle unmittelbar angeregt. In den übrigen 26 Fällen haben sich die Parteien zur Mediation entschlossen, weil sie durch die Öffentlichkeitsarbeit des Projekts auf die Mediation aufmerksam wurden oder anhand der Mediatorenliste des Modellversuchs an einen Mediator vermittelt werden konnten. Dies belegt, dass der Zugang zur Mediation bislang noch nicht hinreichend institutionalisiert ist. Von der Alternative zur staatlichen Justiz werden die Konfliktparteien erst dann in größerem Umfang Gebrauch machen, wenn eine transparente Zugangsmöglichkeit zu Mediationsverfahren besteht und eine breitere Öffentlichkeit über die Mediation informiert ist. Die Schaffung eines Systems gerichtsverbundener Mediationsverfahren könnte hierzu einen wichtigen Beitrag leisten. Das Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers ist ein Schritt in die richtige Richtung.

---

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Professor Dr. *Herbert Kronke* (Generalsekretär UNIDROIT) und Professor Dr. *Thomas Pfeiffer* am *Heidelberg Center for International Dispute Resolution*, Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg.

<sup>1</sup> Vgl. § 5a III 1 DRiG.

<sup>2</sup> So die Definition bei *Risse*, *Wirtschaftsmediation*, 2003, § 1 Rdnr. 10. Ob die Schiedsgerichtsbarkeit zu den ADR-Verfahren zählt, ist

umstritten. Vgl. dazu *Risse*, § 1 Rdnr. 10 und § 15 Rdnr. 1.

<sup>3</sup> Zu anderen ADR Verfahren wie Mini-Trial, Early Neutral Evaluation oder Dispute Review Boards vgl. *Risse* (o. Fußn. 2), § 15.

<sup>4</sup> *Hacke*, Der ADR-Vertrag, 2001, S. 22.

<sup>5</sup> *Brown/Marriott*, ADR Principles and Practice, 2. Aufl. (1999), S. 127.

<sup>6</sup> So war auch die im Januar 1992 gegründete Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation (BAFM) die erste Organisation im Bereich der Mediation.

<sup>7</sup> Die praktische Relevanz belegen hier Veröffentlichungen wie *Duve/Eidenmüller/Hacke*, Mediation in der Wirtschaft; *Eidenmüller*, Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation, und *Risse*, Wirtschaftsmediation, und die Gründung von Organisationen wie der Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V. (gwmk); im Internet unter: <http://www.gwmk.org>.

<sup>8</sup> Als Organisation im Bereich der Umweltmediation sei das MEDIATOR Zentrum für Konfliktforschung und -management (GmbH) an der Carl von Ossietzky-Universität Oldenburg genannt.

<sup>9</sup> Vgl. zu einem typischen Fall *KG*, NJW-RR 2000, 160.

<sup>10</sup> Von der Bedeutung solcher regelrechten Kriege zwischen Nachbarn zeugt die Existenz der Internet-Seite „[www.nachbarschaftsstreit.de](http://www.nachbarschaftsstreit.de)“.

<sup>11</sup> So auch v. *Schlieffen*, ZKM 2000, 52 (54).

<sup>12</sup> *Mnookin/Kornhauser*, 88 Yale Law Journal, S. 950ff. (1979).

<sup>13</sup> Sog. Nichteinigungsalternative; Übersetzung des Begriffs „Best Alternative to a Negotiated Agreement“ (BATNA), der dem bekannten Buch zur Verhandlungslehre „Getting to yes“ der Harvard-Professoren *Fisher* und *Ury* entstammt.

<sup>14</sup> *Eidenmüller*, Vertrags- und VerfahrensR der Wirtschaftsmediation, 2001, S. 2.

<sup>15</sup> Zum Phänomen der „reactive devaluation“ s. *Ross*, in: *Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson* (Hrsg.), Barriers to Conflict Resolution, 1995, S. 30-33.

<sup>16</sup> Ausführlicher zum Ablauf einer Mediation: *Risse* (o. Fußn. 2), §§ 5-10.

<sup>17</sup> BVerfGE 84, 188 (190); 86, 133 (144); *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 21. Aufl. (1994), Vorb. § 128 Rdnr. 11.

<sup>18</sup> So auch *Eidenmüller*, in: *Breidenbach* (Hrsg.), Konsensuale Streitbeilegung, 2001, S. 45, 76; *ders.* (o. Fußn. 7), S. 39f. m.w. Nachw.; *Nölting*, Mediatorenverträge, 2003, S. 101f.; a.A. *Priütting* BB 1999, Beil. 9, S. 7, 11; i.Erg. auch *Heß/Sharma*, in: *Haft/Schlieffen*, Hdb. Mediation, 2002, § 26 Rdnr. 48 a.E., die deshalb den Mediator für verpflichtet halten, der anderen Seite beilegungsfördernde Ergebnisse aus Einzelgesprächen mitzuteilen.

<sup>19</sup> *Gottwald*, in: Festschr.f. Akira Ishikawa, 2001, S. 137, 149f.

<sup>20</sup> Als Beispiel für eine Mediationsklausel sei der Vorschlag einer ICC ADR-Klausel zitiert, bei dem die Parteien verpflichtend ein ADR-Verfahren durchführen müssen, diese Pflicht jedoch nach Ablauf einer Frist endet: „In the event of any dispute arising out of or in connection with the present contract, the parties agree to submit the matter to settlement proceedings under the ICC ADR Rules. If the dispute has not been settled pursuant to the said Rules within 45 days following the filing of a Request for ADR or within such other period as the parties may agree in writing, the parties shall have no further obligations under this paragraph“.

<sup>21</sup> Dazu näher *Eidenmüller* (o. Fußn. 7), S. 12ff. m.w. Nachw.

<sup>22</sup> *Risse* (o. Fußn. 2), § 3 Rdnr. 23; *Hacke* (o. Fußn. 4), S. 119ff. m.w. Nachw.

<sup>23</sup> *BGH*, NJW 1999, 647; NJW 1984, 669; NJW 1977, 2263.

<sup>24</sup> Dafür *Risse* (o. Fußn. 2), § 3 Rdnr. 22.

<sup>25</sup> *Risse* (o. Fußn. 2), § 14 Rdnrn. 31ff.; *Eidenmüller* (o. Fußn. 7), S. 22ff.; zur Zulässigkeit solcher Abreden ausf. *Wagner*, Prozessverträge, 1998, S. 608ff.

<sup>26</sup> Zu den verschiedenen Mediationsstilen *Duve*, in: *Henssler/Koch*, Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Aufl. (2004), S. 159ff.

<sup>27</sup> Als Beispielsklausel sei § 4 III des Mustermediationsvertrages der Broschüre „Konflikt als Chance“ der Gesellschaft für Wirtschaftsmediation und Konfliktmanagement e.V. (gwmk) zit.: „Soweit gesetzlich zulässig, ist der Mediator nicht befugt, in einem späteren Schieds- oder Gerichtsverfahren als Zeuge oder Sachverständiger auszusagen, soweit dies das Mediationsverfahren betrifft. Die Parteien verpflichten sich, ihn weder als Zeugen noch als Sachverständigen zu benennen, noch von ihm Aufzeichnungen oder Dokumente heraus zu verlangen“.

<sup>28</sup> Im Einzelnen zu den entsprechenden berufsrechtlichen Regelungen *Henssler*, in: *Henssler/Koch* (o. Fußn. 26), § 3 Rdnrn. 86ff.; *Nölting*, Mediatorenverträge, 2003, S. 126f.

<sup>29</sup> *Eidenmüller* (o. Fußn. 7), S. 32ff.

<sup>30</sup> Z.B. kann die Aussage einer Ehefrau in einem Scheidungsverfahren, sie verlange unumstößlich 2000 Euro Unterhalt monatlich für die nächsten 20 Jahre, dahingehend umformuliert werden, dass es ihr auf eine langfristige finanzielle Absicherung ankomme. Der Mediator könnte auch folgendermaßen reagieren: „Dies ist eine Option. Lassen Sie uns über andere Möglichkeiten reden, wie wir eine langfristige Absicherung erreichen könnten“. Dadurch wird die Aussage als eine von mehreren Optionen dargestellt und ihr so die Absolutheit genommen. (Bsp. aus *Mnookin/Peppet/Tulumello*, Beyond Winning, 2000, S. 216f.).

<sup>31</sup> Z.B.: „Hat sie der Ingenieur vor Beginn der Bauarbeiten an der Fundamentplatte darauf hingewiesen, dass Pfahlgründungen erforderlich sind, um ein späteres Absenken des Gebäudes zu vermeiden?“

<sup>32</sup> Z.B. angelehnt an die geschlossene Frage: „Berichten Sie uns: Wie sollte das Fundament des Gebäudes denn beschaffen sein?“

<sup>33</sup> Ausf. zu diesen Techniken aus der deutschen Lit. *Eidenmüller*, in: *Duve/Eidenmüller/Hacke* (o. Fußn. 7), S. 155ff.

<sup>34</sup> Aufteilungsverfahren beschreibt *Risse* (o. Fußn. 2), § 9 Rdnrn. 108ff.

<sup>35</sup> *Fisher/Ury*, Getting to Yes, S.118ff.

<sup>36</sup> *LG Hamburg*, NJW-RR 2000, 1514; *OLG Rostock*, BB 2001, 1869, und *LG Rostock*, BB 2001, 698 (Vorinstanz). Zur Diskussion vgl. *Duve/Tochtermann*, ZKM 2001, 284.

<sup>37</sup> New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards v. 10. 6. 1958.

<sup>38</sup> Pressemitteilung des Bundesministeriums der Justiz v. 5. 3. 2004; im Internet abrufbar unter: <http://www.bmj.bund.de/enid/In.html>.

<sup>39</sup> So der Master Studiengang Mediation der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in Kooperation mit dem Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin.

<sup>40</sup> Zu dieser Diskussion *Gottwald*, Familie Partnerschaft Recht (FPR), 2004, S. 163, 165ff.; vgl. auch den Entwurf einer Mediations-Ausbildungsverordnung in Österreich - im Internet abrufbar unter: [http://www.bmj.gv.at/gesetzes/download/mediation\\_vo\\_entwurf.pdf](http://www.bmj.gv.at/gesetzes/download/mediation_vo_entwurf.pdf) - der einen Ausbildungsumfang von 380 Einheiten vorsieht, § 3 des Entwurfs i.V. mit Anlage 1.

<sup>41</sup> Zivilrechts-Mediationsgesetz (österreichisches) BGBI I Nr. 29/2003.

<sup>42</sup> Vorlage des Ausschusses Außergerichtlicher Konfliktbeilegung des deutschen Anwaltsvereins e.V. zu gesetzlichen Regelungen für Aus-

und Fortbildung in der Mediation v. 25. 9. 2003, abgedr. bei: Koch, in: *Henssler/Koch* (o. Fußn. 28), S. 196ff.; *Duve*, AnwBl 2004, 1; *ders.*: Stellungnahme auf dem DAV-Forum Mediation am 5./6. 2. 2004 in Berlin; Dokument abrufbar unter <http://www.centrale-fuer-mediation.de/info.htm>.

<sup>43</sup> *Henssler*, in: *Henssler/Koch* (o. Fußn. 26), S. 118f.; die Bestimmung ist sogar als überflüssig und mangels Ermächtigungsnorm und Bestimmtheit als verfassungswidrig bezeichnet worden: *Hartung*, in: *Henssler/Prütting*, BRAO, 2. Aufl. (2004), § 7a BORA Rdnr. 7.

<sup>44</sup> Workshops zur Mediation für Studenten und/oder Referendare bietet beispielsweise das Centrum für Verhandlungen und Mediation an der Ludwig-Maximilians-Universität in München, das CENTRAL (Center for Transnational Law) an der Universität zu Köln sowie das *Heidelberg Center for International Dispute Resolution* an der Universität Heidelberg an.

<sup>45</sup> Z.B. kann an der Pepperdine University, USA, ein „Master of Mediation“ erworben werden: [http://law.pepperdine.edu/straus/academics/program\\_overview/masters.jsp](http://law.pepperdine.edu/straus/academics/program_overview/masters.jsp).

<sup>46</sup> Dazu *Berger*, RIW 2001, 881; *Eidenmüller*, RIW 2002, 1.

<sup>47</sup> Ausf. zu Modellen gerichtsverbundener Mediation in den USA *Birner*, Das Multi-Door Courthouse, 2003; aus der U.S.-amerikanischen Lit.: *E. Gray*, in: *The Court Manager* 21-25 (Summer 1992), abgedr. auch in *Goldberg/Sander/Rogers/Cole*, Dispute Resolution, 4. Aufl. (2003), S. 384ff.

<sup>48</sup> § 15a EGZPO eingeführt durch Ges. v. 15. 12. 1999 (BGBl I, 2400); Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 geändert mit Wirkung v. 1. 1. 2002 durch Ges. v. 13. 12. 2001 (BGBl I, 3574).

<sup>49</sup> Beispielhaft sei auf das Baden-Württembergische Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung v. 28. 6. 2000 (GBl, 470), geändert durch Ges. v. 20. 11. 2001 (GBl, 605) verwiesen.

<sup>50</sup> Dabei handelt es sich kurz umrissen um Nachbarrechtsstreitigkeiten, Ehrverletzungen, die nicht in Presse und Rundfunk begangen wurden, und vermögensrechtliche Streitigkeiten, deren Wert 750 Euro nicht übersteigt.

<sup>51</sup> *Alexander/Gottwald/Trenczek*, Mediation in Germany, 2003, S. 189; *Alexander* (Hrsg.), Global Trends in Mediation.

<sup>52</sup> Ges. zur Reform des Zivilprozesses (Zivilprozessreformgesetz - ZPO-RG) v. 27. 7. 2001, BGBl I, 1887, geändert durch Ges. v. 26. 11. 2001 (BGBl I, 3138).

<sup>53</sup> Begründung zu § 278 ZPO, BT-Dr 14/4722, S. 83/84: „Satz 2 eröffnet dem Gericht in geeigneten Fällen die Möglichkeit, den Parteien mit deren Einverständnis eine außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschlagen („Mediation“).“

<sup>54</sup> So der Vorschlag des Deutschen Anwaltvereins auf dem DAV-Forum Mediation am 5./6. 2. 2004 in Berlin.

<sup>55</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen KOM/2004/718 endg.

<sup>56</sup> Im Internet abrufbar unter: [http://www.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/886/abschlussbericht\\_modellversuch\\_stuttgart\\_131202.pdf](http://www.baden-wuerttemberg.de/sixcms/media.php/886/abschlussbericht_modellversuch_stuttgart_131202.pdf).