JOACHIM MÜNCH

Die Privatisierung der Ziviljustiz – Von der Schiedsgerichtsbarkeit zur Mediation –

I. Zur Relevanz der Thematik

Das Thema „Privatisierung der Ziviljustiz“ ist sicherlich ein Thema von besonders aktuellem Interesse. Entstaatlichung liegt im Trend, Privatisierung heißt hier das alltägliche, wohlfeile Patentrezept (und dies nicht bloß von Politikern), das angesichts chronisch leerer (Haushalts-)Kassen Linderung verspricht. Nach der Post steht jetzt die Bahn an! Was kommt hernach? – Das fragt man heute als interessierter Bürger unweigerlich, oft mit vorahnend großer Besorgnis und durchaus schlechtem Gewissen. Kommt etwa die Privatisierung der Rechtsprechung?

Wer denn diese Frage stellt, steht heute sehr arg unter Rechtfertigungszwang, deswegen nicht umgehend schon als weltfremder Traditionalist oder – persönlich noch zugespitzt – auch verträumter Prozessualist gelten zu müssen, als „Bremser“, Bestandwahrer, „Behüter“ – als jemand, der nicht mehr die Zeichen der Zeit sieht, und wie der *Don Quijote* des *Miguel des Cervantes Saavedra* einen eigentlich schon verlorenen Kampf gegen Windmühlenflügel anzettelt. Andererseits ist sich gerade wohl der Zivilprozessualist der forensischen Unzulänglichkeiten seines wissenschaftlichen Fachgebietes bewusst. Die große Klage über lange Dauer, Ineffizienz, hohe Kosten etc. gibt es wohl so lang, wie es denn Zivilprozesse gibt. Literarisch bekannt ist *Johann Wolfgang von Goethes* Beschreibung des Rechtsgangs am Reichskammergericht in „Dichtung und Wahrheit“:

„Ein ungeheurer Wust von Akten lag aufgeschwollen und wuchs jährlich, da die sieben Assessoren nicht einmal imstande waren, das Laufende wegzuarbeiten. Zwanzigtausend Prozesse hatten sich aufgehäuft, jährlich konnten sechzig abgetan werden, und das Doppelte kam hinzu ... Überdies hinderte so mancher Mißbrauch den Gerichtsgang.“

Den permanenten gesetzgeberischen Bemühungen, diesen offensichtlich zeitlosen Schwächen gegenzuwirken, scheinen bis heute wenig Erfolge vergönnt, auch unter ZPO-Geltung reiht sich Reform an Reform: Amtsgerichtsnovelle 1909, Entlastungsverordnung 1915, Beschleunigungsverordnung 1923, Emminger-Novelle 1924, Reformentwurf 1931, Vereinfachungs-Novelle 1933, Beschleunigungsverfügung 1935, Vorarbeiten für eine große Justizreform mit Vorbereitungskommission (1955–1961) und Umsetzungskommission (1964–1975), Vereinfachungs-Novelle 1976, Rechtspflege-

Vereinfachungsgesetz 1990, Zivilprozessreformgesetz 2001 – und das sind nur die wichtigsten Grunddaten im prozessualen Stammbuch von 1877/1879; von den zahlreichen Änderungen zur Modernisierung, Wertgrenzenanhebung und Detailentlastung ist gar erst nicht zu reden.

Daher wird sich am Ende wohl der Gesetzgeber selbst als ein Ritter von trauriger Gestalt im Kampfe gegen starre Windmühlenflügel fühlen. Und von daher ist die „Privatisierung der Ziviljustiz“ dann doch letztlich mehr als bloß ein Modethema, gäbe sie denn die Chance nachhaltiger Lösung der alten Aufgabe, Zivilverfahren zu beschleunigen. Womöglich steckt gerade hierin ein alternativer Weg, welcher zu lange zu wenig gesehen wurde: die Möglichkeit der Rechtsfindung außerhalb traditioneller Strukturen – der Privatprozess als eine Art Zweitangebot.

II. Die Verortung des Themas

1. Die Einordnung der Problematik

Die Erörterung bedarf allerdings zweier klarstellender, einleitender Präzisierungen, um die Problemlage richtig einzuordnen.

a) Privatprozess meint hier nicht etwa ein Zurückgehen auf Selbsthilfe. Es ist eine große Kulturleistung moderner Staatswerdung, die Selbsthilfe als archaische, primitive Schutzform auf Dauer verdrängt zu haben. Früher führte die *Macht zum Recht* (des Stärkeren) und Selbsthilfe gab sich als natürliche Reaktion zur Wahrung der Rechte. Heute gilt nach den Zwischenstufen verordneter staatlicher Schlichtung und staatsseits bewilligter Selbsthilfe beständig das Gegenteil: nun verhilft das *Recht zur Macht* (des Staates). Vermittels des Anspruches auf staatliche Justizgewährung bzw. Rechtsschutz, hergeleitet aus allgemeinem Rechtsstaatsprinzip mit betroffenem Einzelgrundrecht¹, surrogiert der Staat das Faustrecht und verbürgt die Verwirklichung subjektiver Rechtsgehalte². Aus dem *materiellen* Verlangenkönnen des § 194 Abs. 1 BGB wird ein *prozessuales* Einklagenmüssen; Selbsthilfe wird äußerstenfalls in Notsituationen noch zugebilligt nach § 229 BGB. Der „privatisierte Zivilprozess“ muss also irgendwie immer wieder in den Schoß hoheitlicher Gewalt zurückkehren. Ansonsten könnte das Pendel unbemerkt, jedoch unausbleiblich, wieder zurückschlagen.

b) Handfester wird es dann betreffend der Ausgangskonstellation nach Gerichtsverfassungsrecht. Hier artikulierte § 15 GVG ursprünglich noch mit Nachdruck das Gegenteil der anstehenden Problematik – so hieß es dort: „Die Gerichte sind Staatsgerichte“ (Abs. 1); und: „Die Privatgerichtsbarkeit ist aufgehoben“ (Abs. 2 S. 1,

¹ Siehe dazu nur BVerfGE 54, 277, 292; 85, 337, 345; 88, 118, 123; 107, 395, 404 u. 407; BGHZ 146, 202, 212; NJW 2006, 1290, 1291; 2007, 1534.

² Sehr lesenswert dazu *Schönke/Schröder/Niese*, ZPR (8. Aufl. 1956), § 1 I 2/3 (S. 4-6) – ferner: *Nikisch*, ZPR (1950), § 1 II (S. 2); *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR (16. Aufl. 2004), Rn. 1.5-7; *Jauernig*, ZPR (29. Aufl. 2007), § 1 I mit II 1 (S. 1 f.).

1. Halbs.). Die reichsjustizgesetzliche Regelung ist derweilen wohl entfallen³, aber allemal bloß deshalb, da sich ihr Sinn heutig von selbst verstehen sollte. Die Regelung zielte freilich – in Anlehnung an Abschnitt VI Art. X § 174 der Paulskirchenverfassung von 1849 – jedoch alleinig darauf, die verbliebenen Residuen standesherrlicher, städtischer und ritterschaftlicher Gerichtsbarkeit endgültig abzuschaffen⁴. An unsere Thematik dachte dazumal sicher niemand. Das zeigt sich schon dadurch, dass zeitgleich §§ 1025 ff. ZPO den Rechtsweg zu letztlich privaten (nämlich: Schieds-)Gerichten unter billiger Anerkennung mannigfacher praktischer Bedürfnisse eröffneten⁵. Die Regelung tangierte demgemäß nicht etwa die Schiedsgerichtsbarkeit, die regelmäßig auf vertraglicher Grundlage aus dazuhin freien Stücken eingeschaltet wird.

So scheint der Weg allemal frei, (privat-)autonom zu agieren, wenn man denn Chancen und Risiken zutreffend überschaut.

2. Die Begrenzung der Problematik

Zudem erscheinen noch zwei Vorbehalte nötig, um das Themenfeld halbwegs ab-zuzäunen und nicht ins Uferlose zu gelangen.

a) Wenn von „Ziviljustiz“ die Rede ist, wird die streitige Zivilgerichtsbarkeit iSv. §§ 12/13 GVG und das Erkenntnisverfahren behandelt. Ausgeklammert bleibt damit also die *freiwillige* Gerichtsbarkeit mit ihren ureigenen, besonderen Problemen – obwohl man einerseits herrschend bei echten Streitsachen ein Schiedsverfahren zulässt⁶ und andererseits in Sorgefällen das Recht inzwischen schon manches mediative Verfahrenselement (§§ 52, 52 a FGG) anerkennt. Der Regierungsentwurf eines FGG-Reformgesetzes⁷ erhält diese Lösung (§ 156 FGG-RG-E) und verstärkt noch jene Tendenzen über eine Beratungsverpflichtung zu Mediationsangeboten in Scheidungs-folgesachen (§ 135 FGG-RG-E). Ausgeklammert ist weiterhin die *Vollstreckung*, mag sie als Einzelvollstreckungsverfahren mit den Überlegungen zur Privatisierung des Gerichtsvollzieherwesens auch ähnliche interessante Probleme bereithalten und auch das Gesamtvollstreckungsverfahren bei der Sonderausgestaltung der Verbraucherinsolvenz (§§ 304 ff. InsO) einige Ansätze kennen, indem das Gesetz den vorgeschalteten Versuch außergerichtlicher Schuldenbereinigung fordert (§ 305 Abs. 1 Nr. 1 InsO).

b) Der Untertitel „von der Schiedsgerichtsbarkeit zur Mediation“ weckt womöglich ferner manche Erwartung, die wahrhaftig nicht einzulösen ist – jedenfalls wenn man

³ Art. 1 Nr. 13 REinhG (Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete der Gerichtsverfassung, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts vom 12.09.1950, BGBl S. 455, 456).

⁴ GVG-Mot. S. 46 ff. (50) = *Habn* Bd. 1/1 S. 58 ff. (61) = RT-Verh. II/2 [3] (1874/75) ASt Nr. 4, Bd. 40 (1875) S. 31 mit S. 33. Dazu siehe auch *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 84 ff.

⁵ ZPO-Mot. S. 471 = *Habn* Bd. 2/1 S. 489 = RT-Verh. II/2 [3] (1874/75) ASt Nr. 6, Bd. 40 (1875) S. 587.

⁶ A. A. MünchKomm/*Münch*, 3. Aufl., § 1029 ZPO Rn. 77 m.w.N.

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG-Reformgesetz – FGG-RG) vom 10.05.2007 – BR-Drs. 309/07.

ihn als eine kontinuierliche historische Entwicklungslinie missversteht. Es geht nicht etwa um die Ablösung eines Instituts (der Schiedsgerichtsbarkeit) durch ein neues (die Mediation), d. h. eine andere Form für ähnliche oder doch immerhin vergleichbare Aufgaben. Beide treffen sich zufällig als Alternative zur Ziviljustiz. Aber kann man denn noch die Schiedsgerichtsbarkeit, wie sie das Zehnte ZPO-Buch (§§ 1025-1066 ZPO/nF⁸) regelt, überhaupt als eine Form zur *alternativen* Streitbeilegung betrachten? Denn sie ist eine *außerstaatliche*, aber schon nicht mehr *außergerichtliche* Streitbeilegung. Und sie ist rechtlich lange anerkannt, nicht erst seit den Reichsjustizgesetzen mit der ZPO-Ursprungsfassung (§§ 851-872 CPO¹⁰ bzw. §§ 1025-1048 ZPO/aF¹¹). Es geht um eine vertraglich vereinbarte Alternative zur Staatsjustiz, „Streitigkeiten der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen“ (§ 1029 Abs. 1 ZPO). Man könnte sie mithin aus deutscher Sicht ebenso gut als problemlose, *tradierte* Erscheinung einordnen.

Sieht man indes das Regelmodell hoheitlich-staatlichen Rechtsgangs, so werden die Schiedsgerichte zur echten Alternative.

3. Die Begriffswelt der Problematik

Jene Frage eben hängt zusammen mit der hegemonialen anglo-amerikanischen Begriffswelt, nicht bloß was insoweit „Mediation“ betrifft, sondern für die gesamte, gegenwärtig tobende Alternativen-Diskussion. Es gibt dort eine Vielzahl von Erscheinungsformen „privatisierter“ Streitbeilegung, für welche sich oft sehr schwer deutsche Pendant (er)finden lassen¹²: *Multi-Door-Courthouse*; *mediator with clout*; *Mini-Trial* als eine Art strukturierte Vergleichskonferenz, *settlement conference* und *Summary Jury Trial*; *Early Neutral Evaluation* als Form einer Vorweg-Sachverständigenbegutachtung (Schiedsgutachten?); *Private Judging* („Rent a judge“)¹³; *court-annexed ar-*

⁸ Gesetz zur Neuregelung des Zivilschiedsverfahrensrechts (Schiedsverfahrens-Neuregelungsgesetz – SchiedsVfG) vom 22.12.1997, BGBl I S. 3224.

⁹ Verneinend *Lionnet*, J.Int.Arb. 4 (1987), 69, 72 f.; *Eiholzer*, Streitbeilegungsabrede (1998), Rn. 6; *Weigand*, BB 1996, 2106 [I]; wohl auch *Duwe*, BB-Beil. 10/1998, S. 9, 11 [IV 1] – aber vgl. auch Fn. 5. Schon definitorisch ausgeklammert durch *Greger/Stubbe*, Schiedsgutachten (2007), Rn. 19; sehr zurückhaltend aber demgegenüber *Prüiting*, JZ 1985, 261, 264 [III 2] („Sonderstellung“) u. *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51, 66/67 [V 1 a]; betont ambivalent *Birner*, Das Multi-Door Courthouse (2003), S. 216 f.

A. A. die U.S.-Sicht der Dinge: *Eiholzer*, a. a. O., Rn. 42 f., 90, aber z. B. auch *Trops*, Grenzen der Privatgerichtsbarkeit, ZZP 52 (1927), 273-278 (insbes. S. 274/275, 275 f., 277/278) mit S. 283/284 u. S. 294 f. mit funktionaler Unterscheidung von (richtendem) „echtem Gericht“ einerseits („Rechtsentscheid“) und (schlichtendem) Schiedsgericht andererseits („Billigkeitsspruch“) – jenseits der Trennung von Staatsgericht und Privatgericht.

¹⁰ Zivilprozessordnung vom 30.01.1877, RGBl S. 83, 239-243 (Gesetz Nr. 1166).

¹¹ Neubekanntmachung der Zivilprozessordnung vom 17.05.1898, RGBl S. 410, 607-611 (Gesetz Nr. 2490).

¹² Übersichten: *Krapp*, in: *W. Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Streitschlichtung (1995), S. 45 ff.; *Breidenbach*, Mediation (1995), S. 13 ff.; *G. Hager*, Konflikt und Konsens (2001), S. 93 ff., 99 ff.; *Hehn*, in: *Haft/Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation (2002), Rn. 6.38 ff. mit *Trossen*, ebd. Rn. 18.58; *Birner*, Das Multi-Door Courthouse (2003), S. 41 ff. mit S. 236 ff.; *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), Rn. 15.5 ff.; *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 327-333.

¹³ Keine Vollstreckbarerklärung nötig, dagegen Berufung möglich: *Duwe*, BB-Beil. 10/1998 S. 9, 14 [IV 2 g aa] – abw. *Weigand*, BB 1996, 2106, 2107 [III 4]: privates Schiedsverfahren.

bitration; final-offer-arbitration; binding und non-binding arbitration. Die Aufzählung lässt sich gewiss ohne Mühe fortsetzen.

Teilweise herrscht begrifflich horrende Unschärfe¹⁴ – daher scheint nicht unnötig, vorab das Grundsystem zu präzisieren:

- *Negotiation* bedeutet Diskussion oder Verhandlung, hier bleiben die Parteien ganz unter sich, trachten nach Einigung, die sie selbstverantwortet miteinander entwickeln. Hilfe von außen unterbleibt vollständig, es wird mithin „normal“ verhandelt, so wie beim Vertragsabschluss.
- *Facilitation* oder *conciliation* ist wohl schon Form einer „Mediation“ im deutschen Sinne. Ein Dritter moderiert die Sitzung; es geht um *formale* Verfahrensleitung, aber *ohne* materielle Einflussnahme auf den Einigungsinhalt. Dieser Mediator bzw. Moderator bleibt also passiv.
- *Mediation* in amerikanischem Grundverständnis bezeichnet demgegenüber regelmäßig den aktiveren Mediator bzw. Vermittler, der den Beteiligten nichts oktroyiert, jedoch Einflussnahme auf den Einigungsinhalt ausübt, indem er ihnen den „goldenen Mittelweg“ aufzeigt.
- *Arbitration* schließlich kann Schiedsgerichtsbarkeit sein („binding“) oder jedoch Schlichtung meinen („non-binding“), die jeweils der Einwilligung beider Streitparteien bedarf. Sie endet demgemäß entweder mit einem Schiedsspruch bzw. -urteil oder mit einem Vergleichsvorschlag.

Zur rascheren Übersicht findet sich dieses Begriffstableau in Anhang 1 graphisch noch einmal mehr verdeutlicht¹⁵.

Alle Erscheinungen sind Ausprägungen von ADR – *Alternative Dispute Resolution*. Die deutsche Übersetzung – *Alternative Streit-Beilegung* – ist ungebräuchlich sowie vor allem als griffige Abkürzung schon anderweit vergeben: ASB – *Arbeiter Samariter Bund*. Allerdings ergäbe sich so eine schöne Assoziation zur ersten Hilfe bei einem Streit! Auch im Englischen gibt es konkurrierende Worterklärungen¹⁶: *Accessible Dispute Resolution* als „besserer Zugang zum Prozess“ oder auch *Appropriate Dispute Resolution* als „angemessener Weg zur Streitlösung“. Nicht ganz ernst gemeint sind „*Avoid Disastrous Results*“ und das Bedenken von Anwälten: *Alarming Drop in Revenue*. Die einstmals dutzenden deutschen Verwechslungen von *Mediation* und *Meditation* seien hier aber auch nicht gänzlich unterschlagen.

¹⁴ *Eibolzer*, Streitbeilegungsabrede (1998), Rn. 49, 63, 72, 74-76, 92, 95, 100, 112 f. – Beispiel: *Wiegand*, BB 1996, 2106, 2107 [III 1/2]: *conciliation / mediation*. Sehr bezeichnend auch die EWSA-Stellungnahme vom 09.06.2005, ABl EG C 281 S. 1, 3 Fn. 8 mit S. 2 [1.7].

Recht lesenswert *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), Rn. 1.9-11 mit Rn. 15.1, dazu erg. noch Fn. 16; sehr griffig auch *Prütting*, AnwBl 2000, 273, 274/275 [II 5] u. *G. Walter*, ZZP 103 (1990), 141, 142.

Relativ holzschnittartig *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten (2005), S. 8-12 („Regelungsstreitigkeit [scil. Schlichten] vs. Rechtsstreitigkeit [scil. Richten]“) mit S. 16-18 (Mediation: Schiedsform, keine Schlichtung [?]) – dann richtig aber S. 18 mit S. 27 zur Deutung von §§ 1025 ff. ZPO.

¹⁵ Vgl. auch erg. *Sander*, in: *W. Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Streitschlichtung (1995), S. 31 ff. mit Abb. 1.

¹⁶ *Risse*, Wirtschaftsmediation (2003), Rn. 1.14, dazu erg. noch Fn. 14.

III. Archetypische „mediative“ Lösungsmodelle

Unter deutschem Recht ist die Schiedsgerichtsbarkeit die klassische Alternative zum staatlichen Zivilprozess, wird z. T. aber für normale Kleinverfahren als unbrauchbar abgetan¹⁷. Das widerspricht der Grundkonzeption des Gesetzgebers. Mit der vor nunmehr 10 Jahren in Kraft getretenen Neuregelung des Schiedsverfahrens verfolgte er zwar das Ziel, das Schiedsverfahren nach den Vorgaben des UNCITRAL-Modellgesetzes (für die Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit) üblichen Standards anzupassen, um damit Deutschland als Austragungsort für *internationale* Schiedsverfahren attraktiver zu machen¹⁸. Er hat sich dabei jedoch – bisheriger Linie gehorchend – bewusst gegen eine Zweigleisigkeit des Schiedsverfahrens mit getrennten Regelungen für Kaufleute und Normalbürger entschieden¹⁹. Er intendierte so – gleichsam versteckt – einen weiteren Zweck²⁰: für *nationale* Streitigkeiten ohne Auslandsbezug die Ziviljustiz zu entlasten. Schiedsgerichtsbarkeit ist zivilprozessual *das* „Privatisierungsmodell“ – so gedacht, so gewollt – nicht aber naturgemäß oder prinzipiell etwa auf gütliche Streiterledigung angelegt („Konflikt statt Konsens“).

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist heute so besehen ein vogue und eine recht attraktive Alternative zur klassischen Ziviljustiz. Die Einschätzung von *Wolfgang Heinrich Puchta*, dem Vater des prominenten Pandektisten,

das Institut der Schiedsrichter „habe, gleich einem alten Armaturstück in einem Zeughause, in den Gesetzen und Prozeßordnungen seinen angewiesenen Platz, um für den Fall, daß es doch etwa jemandem einmal einfallen sollte, davon Gebrauch zu machen, bei der Hand zu sein“²¹,

wurde inzwischen gründlich ins Gegenteil gewendet – oder um hier im Bild zu bleiben: die Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht im „Technikmuseum“ verschwunden, sondern man fertigt neue, viel gefragte Armaturstücke nach.

Ferner gibt es seit langem eine größere Zahl außergerichtlicher Vorverfahren bei streitiger Zivilgerichtsbarkeit, teilweise historisch gewachsen, teilweise spezifisch verortet²². Ihr Ziel ist klar das Vermeiden (zivil-)gerichtlicher Verfahren, zwar aus ganz verschiedenen Beweggründen²³, dabei aber immer in Erwartung äquivalenter

¹⁷ *Katzenmeier*, ZZZ 115 (2002), 51, 67 [V 1 a] im Anschluss an *Prütting*, JZ 1985, 261, 264 [III 2]: „Für die Bedürfnisse des Normalbürgers sind Schiedsgerichte ohne Interesse.“

¹⁸ BT-Drs. 13/5274 S. 24 [A IV 1] mit S. 23 li.Sp. [A I].

¹⁹ BT-Drs. 13/5274 S. 25 [A IV 2].

²⁰ Dazu lediglich sehr beiläufig etwa BT-Drs. 13/5274 S. 35 re.Sp. (§ 1030 [8. Abs.] – betr. § 1025 a S. 2 ZPO/aF). Anders indes etwa die Einschätzung von *Meyer-Teschendorf/Hofmann*, ZRP 1998, 132, 135 [III 1]: „für Handelsbeziehungen im nationalen Bereich“ (Hervorhebung vom Verf.).

²¹ Das Institut der Schiedsrichter, nach seinem heutigen Gebrauche und seiner Brauchbarkeit für Abkürzung und Verminderung der Prozesse (1823), zitiert nach *Nussbaum*, ZZZ 42 (1912), 254, 255.

²² Überblick hierzu bei *Preibisch*, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit (1982), S. 34 ff. (abstrakt) bzw. S. 51 ff. (konkret): „geradezu verwirrende Vielfalt“; „Wildwuchs“ (S. 75); *Prütting*, JZ 1985, 261, 263 ff.; *Jansen*, Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO (2001), S. 134 ff. u. S. 157 ff.; *Birner*, Das Multi-Door Courthouse (2003), S. 223 ff.

²³ Näher dazu siehe *Preibisch*, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit (1982), S. 78–85.

Surrogate (Stichworte: Vermeidungsstrategie, Gerichtsentlastung, Rechtsschutzgewähr). Trotz meist recht positiver Bewertung im Einzelfall²⁴, erscheinen diese Alternativverfahren wenig verbreitet – sie besetzen meistens nur jeweils bestimmte Nischen, mag es auch oft um recht wichtige Sektoren gehen, wie namentlich und neuerdings das Ombudsverfahren²⁵ bei Bankinstituten²⁶ und Versicherungen²⁷. Bedeutsam ist bei den Verfahren, dass sie meistens freiwillige Angebote darstellen und mithin letztlich auf Akzeptanz setzen, beidseits oder immerhin doch einseitig, und dass das Vermitteln und der Ausgleich en passant größeres Gewicht erhalten („Konsens statt Konflikt“). Was fehlt ist indes ein breites, unspezifiziertes und flächendeckendes Angebot²⁸, obwohl es hierzu doch archetypische eigene Lösungsmodelle gibt.

1. Der Friedensrichter

Ein Grundmodell außergerichtlicher Streitbereinigung vermittelt der sog. *Friedensrichter*, der auf die französische Revolution zurückreicht und namentlich schweizerische (Gemeinde- oder Friedensrichter) und italienische Nachahmung erfahren hat. So verordnete der Code de Procédure Civile von 1806 ein „préliminaire de la conciliation“ vor dem „juge de paix“ (art. 48), somit also ein vorangehendes *obligatorisches* Güteverfahren. Dies Verfahren wurde sukzessiv jedoch abgemildert bzw. schließlich 1958 aufgegeben (aber teilweise wieder etabliert seit 2003 – sog. *juge de proximité*, art. L-231-1 ff. c.org.jud.). Heute²⁹ kann der französische Kläger erstinstanzlich im Regelverfahren wahlweise einen vorgeschalteten Gütetermin oder ein sofortiges Streitiges Verhandeln beantragen (art. 829 Abs. 1 n.c.p.c.); der fakultative Gütetermin findet entweder vor dem zuständigen Richter statt oder aber einem Dritten (art. 831 n.c.p.c.: „conciliateur“). Selbst bei Streitigem Verfahren bleibt ein Vergleich immer statthaft, und dem Richter ist erlaubt, den Kompromiss zu vermitteln (art. 127 iVm. art. 128 n.c.p.c.) sowie darüber einen vollstreckbaren Titel auszufertigen (art. 129-131 n.c.p.c.). Das Gesetz kennt ferner seit 1995 eine richterliche Verweisung auf die „*médiation*“

²⁴ Preibisch, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit (1982), S. 232 ff. (266).

²⁵ Eingehend hierzu besonders *Th. von Hippel*, Der Ombudsmann im Bank- und Versicherungswesen, 2000, u. *Scherpe*, Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen: ein deutsch-dänischer Rechtsvergleich, 2002; zuletzt wohl *Basedow*, Small claims enforcement in a high cost country: The German ombudsman, Scandinavian Studies in Law 50 (2007), 49-63; siehe auch schon *Hoeren*, in: *Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Streit-schlichtung (1995), S. 149 ff.

²⁶ Verfahrensordnung für die Schlichtung von Kundenbeschwerden im deutschen Bankgewerbe [BVO] vom 01.01.2006 (Text: http://www.bankenverband.de/pic/artikelpic/062006/0601_Verfahrensordnung_dt.pdf.) – dazu: *Horn*, FS Böckstiegel, 2001, 305 ff.; *Scherpe*, WM 2001, 2321; *Schlosser*, Bankrechtstag 1998, S. 185 ff.; *Bundschuh*, ZBB 1998, 2 ff.; *W. Gottwald*, WM 1998, 1257, 1259 f.

²⁷ Verfahrensordnung des Versicherungsombudsmann eV [VOM-VO] vom 19.11.2004 (Text: <http://www.versicherungsombudsmann.de/Navigationbaum/Verfahrensordnung.html>; NVersZ 2002, 296) – dazu *E. Lorenz*, VersR 2004, 541; *Römer*, NVersZ 2002, 289; *Scherpe*, NVersZ 2002, 97; *Knauth*, WM 2001, 2325; *Basedow* u. a. (Hrsg.), Ein Ombudsmann für Versicherungen, 1999; *Hoeren*, ZVersWiss. 1992, 478.

²⁸ Siehe jüngst indes *Wagner* ZEuP 2008, 6, 7-10 [II 1]: Privatisierung als Grundtendenz.

Näheres siehe bei *Martin*, JCP 1996 I, S. 3977; *Stadler* NJW 1998, 2479, 2481; *Wagner*, JZ 1998, 836, 843 (mit Schwerpunkt auf art. 131-1 ff. n.c.p.c.); *Lacabarats*, ZKM 6 (2003), 153; *Kilian/Wielgosz*, ZZPInt. 9 (2004), 355, 368-371.

vor Eintritt in den Streitfall, allerdings nur mit Zustimmung der Parteien (art. 131-1 n.c.p.c.) und der Möglichkeit jederzeitiger Beendigung (art. 131-10 n.c.p.c.); auf deren Antrag fixiert der Richter später die erzielte Verständigung quasi urteilsgleich (art. 131-12 Abs. 1 n.c.p.c.). Das Angebot wird aktuell also ergänzt um ein *fakultatives* Mediationsverfahren.

Der neue Entwurf für eine bundeseinheitliche Schweizer Zivilprozessordnung rühmt sich nun – wider althergebrachte schweizerische Sitte –, die kontinentaleuropäischen wie anglo-amerikanischen Mediationstendenzen einzubringen und betont gleich zu Beginn bewusst den hohen Stellenwert privater Streitlösung³⁰: „Ein Kernpunkt des Entwurfs ist die Stärkung der *vorprozessualen* bzw. *aussergerichtlichen* Streitbeilegung – einerseits zur Entlastung der Gerichte, andererseits um die Parteien vor Eskalation und Kosten zu schonen.“ Jeder Prozess beginnt demgemäß grundsätzlich mit einem Schlichtungsgesuch (Art. 194 B-ZPO-E – Einzelheiten³¹: Art. 198 ff. B-ZPO-E), ersatzweise mit einer Mediation, die gemeinsame Antragstellung abverlangt (Art. 210 B-ZPO-E). Eine unmittelbare Klageerhebung wird nur unter besonderen Voraussetzungen zugelassen (Art. 195 B-ZPO-E [Gesetz: Enumeration] bzw. Art. 196 B-ZPO-E [Partei: Exklusion]). Nach der Klageerhebung kann das Gericht jedoch immer noch die Mediation „jederzeit“ empfehlen (Art. 211 Abs. 1 B-ZPO-E) bzw. dürfen die Parteien die Mediation „jederzeit gemeinsam“ beantragen (Art. 211 Abs. 2 B-ZPO-E; das gilt auch bei Schlichtungsverfahren). Es geht insoweit also durchaus doch um mehr als eine besondere Prozesseinleitungsform.

Interessant erscheinen besonders die Wirkungen erfolgreicher Mediation bzw. Schlichtung. Das Parteieinvernehmen vor der Schlichtungsbehörde hat unmittelbar „die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheids“ (Art. 206 Abs. 2 B-ZPO-E). Die Schlichtungsbehörde *kann* (!) mangels Konsens aber bei Streitwerten bis 2.000 SFR (ca. 1.240 EUR) auf Klägerantrag hin auch selbst urteilen (Art. 209 B-ZPO-E) oder bei Streitwerten bis zu 5.000 SFR (ca. 3.100 EUR) einen sogenannten „Urteilstorschlag“ unterbreiten, der als angenommen und rechtskräftig gilt, „wenn ihn keine Partei innert 20 Tagen seit Eröffnung ablehnt“ (Art. 207 f. B-ZPO-E). Hier vermischen sich demzufolge Schlichtung und Entscheidung, Ausgleichsamt und Urteilsgewalt – die Vorlage verharmlost diesen Hintergrund allemal und spricht von „Mittelstellung“ zwischen Vorschlag und Entscheid³², bleibt wohl jedoch aber z. T. auch gelebten kantonalen Traditionen verhaftet. Sinngemäß bei der Mediation: Hier können die Parteien – allerdings bloß gemeinsam! – die staatliche „Genehmigung der erzielten Vereinbarung beantragen“ (Art. 214 S. 1 B-ZPO-E), die damit gleichfalls Rechtskraft wirkt (Art. 214

³⁰ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06. 2006, S. 2/3 bzw. S. 2 mit S. 13 („vertraut, innovativ und zukunftsgerichtet“) bzw. S. 23 („Einbau der Mediation ... oder: Gute Traditionen konsequent weiterführen“) – Einzelheiten: S. 21-23, 32-36, 115-118 – das Zitat auf S. 107 (Hervorhebungen im Original), ganz ähnlich auch bereits S. 3. Gerade in diesem Punkt wurde auch der Expertenentwurf gezielt „nachgebessert“, welcher die Mediation eher zufällig bloß normierte (Art. 116 I B-ZPO-VE: „Sistierung des Verfahrens“ u. Art. 157 Abs. 1 lit. c B-ZPO-VE: Mitwirkungsverweigerung), erg. dazu vgl. auch die Zusammenstellung der Vernehmlassungen (2004), Rn. 325 (S. 28) mit S. 81 ff.

³¹ Siehe dazu *Domej*, ZZPInt. 11 (2006), 239, 247 ff.

³² Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06. 2006, S. 113.

S. 2 B-ZPO-E). Überprüft wird aber lediglich ganz grob, ob ihre Abrede „offensichtlich unangemessen ist oder gegen zwingendes Recht verstößt.“³³

Das Modell des Friedensrichters war vor der Reichsgründung natürlich im Rheinland bekannt und gemildert in Hannover als Klägerrecht zur wahlweisen Vorladung des Beklagten zum Sühneversuch (§ 175 Abs. 1 ABPO [1850]: „In Sachen, welche überhaupt durch Vergleich erledigt werden können, ...“³⁴) und ebenso Württemberg (Art. 308 Abs. 1 S. 1 ZPO [1868]³⁵) und Bayern (Art. 222 ZPO [1869]). Diese Gestaltung wurde übernommen vom Hannoverischen CPO-Entwurf (§ 221 HE [1866]³⁶) und sodann später verworfen vom Norddeutschen CPO-Entwurf von 1870³⁷ und in den CPO-Motiven von 1871-1874³⁸. Doch hat dann die ZPO-Kommission³⁹ diese Gestaltung als amtsgerichtliche Spezialregelung wiederbelebt (§ 471 Abs. 1 CPO [1877/1879], berechtigt, aber nicht etwa verpflichtend (ausgenommen als Sonderfälle die Ehescheidungs- und -herstellungsklage: §§ 570 ff. CPO bzw. §§ 608 ff. ZPO); jene galt dann fast ein halbes Jahrhundert⁴⁰, bis zur Emminger-Novelle 1924 (§ 510 Abs. 1 bzw. § 510 c Abs. 1 ZPO), welche statt dessen sogar ein *zwingendes* Güteverfahren (§ 495 a ZPO [1924-1944]) installierte⁴¹. Verblüffend ist der Meinungswandel des Regierungsvertreters⁴²: in erster Lesung hielt er diese Änderung „... nicht für glücklich, da hierdurch das Vermittlungsamt und das Prozessleitungsamt des Richters vermengt werden“, in zweiter Lesung dagegen „das Sühneverfahren, als ein Vorsta-

³³ Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 28.06.2006, S. 117.

³⁴ Instruktiv dazu *Leonhardt*, bei *Dahlmanns* Bd. 1 (1971), S. 133: „der gezwungene [französische] Vergleichs-Versuch ist geblieben, was er war, eine leere Formalität“.

³⁵ Zuständig: „der Vorsteher der Gemeinde“.

³⁶ HE-Prot. S. 1280 „ohne Debatte einstimmig angenommen“ mit S. 1283/1284.

³⁷ NE-Prot. S. 437.

³⁸ CPO-Mot. E I S. 319 = *Dahlmanns* Bd. 2 (1971) S. 575 („Nützlichkeit ... mindestens zweifelhaft“); CPO-Mot E III S. 215/216 = *Hahn* Bd. II/1 S. 282 („von sehr zweifelhaftem Werthe“).

³⁹ CPO-Prot. S. 200-203 = *Hahn* Bd. II/1 S. 685-687.

⁴⁰ Spätere Bemühungen, die Regelung auszuweiten (beispielhaft *Heinrich Lehmann*, Gründzüge zu dem Entwurf einer Güteordnung, in: *Deinhard* [Hrsg.], *Deutscher Rechtsfriede – Beiträge zur Neubelebung des Güteverfahrens* [1916], S. 74 ff., dazu siehe näher *Damrau*, *Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877* [1975], S. 297 f. m.w.N.), blieben vergeblich.

⁴¹ Eingeführt mit Wirkung zum 01.06.1924 durch Art. 1 Nrn. 56 ff. VO 1924 (Verordnung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 13.02.1924 – sog. *Emminger-Novelle*, RGBl I S. 135, 141-143).

Aufgehoben mit Wirkung zum 15.10.1944 durch § 5 S. 1 Zweite KM-VO (Verordnung über außerordentliche Maßnahmen auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts, der bürgerlichen Rechtspflege und des Kostenrechts aus Anlaß des totalen Kriegs“ vom 27.09.1944, RGBl I S. 229).

Bestätigt mit Wirkung zum 01.10.1950 durch Art. 2 Nr. 61 ff. REinhG (Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit auf dem Gebiete ... der bürgerlichen Rechtspflege ... vom 12.09.1950, BGBl I S. 455, 473 mit S. 533 ff., 576-578) wegen offensichtlicher Erfolgs- und Bedeutungslosigkeit: Sten. Prot. zur BT-Sitzung vom 26.07.1950, S. 2833, 2873 (*Newmayer*); vgl. auch erg. *Fischer*, 36. DJT (1930) I, S. 484, 518 ff.

Reformüberlegungen zur „Rückintegration“ (bloßer Vortermin statt echter Vorprozess) blieben ohne Wirkung, vgl. §§ 231-234 RJA-Entwurf 1931 mit amtl. Begr. S. 315 f.: statt „vom eigentlichen Prozeß scharf getrenntes Vorverfahren“ (S. 315) jetzt „Fortfall der Zäsur zwischen Güte- und Streitverfahren“ (S. 316).

Näheres siehe bei *Schuster*, in *Blankenburg/Gottwald/Strempel* (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz* (1982), S. 189 ff.; *Breidenbach*, *Mediation* (1995), S. 9-11; *Jansen*, *Die außergerichtliche obligatorische Streit-schlichtung nach § 15 EGZPO* (2001), S. 63 ff.; *Strempel*, in: *Haft/Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation* [2002], Rn. 4.10 ff.

⁴² CPO-Prot. S. 202 [erstes Zitat] bzw. S. 555 [zweites Zitat] = *Hahn* Bd. II/1 S. 686 bzw. *Hahn* Bd. II/2 S. 978 [von *Amsberg*].

dium des Prozesses, in die richtige Stellung [gebracht]“. Die Idee ist also keineswegs etwa grundfremd, aber im Lauf der Zeit in größere Vergessenheit geraten. Ob es gelingt, sie mittels § 278 Abs. 2-4 ZPO nunmehr wiederzubeleben?

2. Der Mediator

a) **Amerikanische Ausgangslage.** Die Entwicklung weg vom gerichtsförmigen Prozess hin zur informelleren Mediation ist orientiert an prägenden US-amerikanischen Vorbildern. Ohne Schwierigkeiten lassen sich für die amerikanische Vorreiterrolle drei Gründe ausmachen⁴³: Erstens: Der amerikanische Zivilprozess gilt als formalisiert, umständlich, langatmig und überteuert (Stichwort: „pretrial discovery“) – kurz, als zu ineffektiv. Zweitens: In Jury-Fällen bringt die Laienbeteiligung zusätzliche, oft unkalkulierbare Ungewissheiten sowie und vor allem drittens: Der amerikanische Zivilprozess beschränkt das Zivilgericht auf das Richten und verwehrt ihm das Schlichten durch Vermittlungsvorschlag und Vergleichsabschluss. Diese Gründe fordern geradezu jene Suche nach alternativen Lösungsmöglichkeiten jenseits des prozesualen Prokrustesbettes. Man macht sich heute oft wohl nicht klar genug, dass der Siegeszug der Mediation in den USA wohl weniger auf eigenen – unbestreitbar: großen – Vorteilen der Mediation beruht, als auf den (noch) größeren *Nachteilen* des regulären Zivilverfahrens, der „pathology of litigation“. Pointiert könnte man mithin bemerken, der Gewinn bei „alternative dispute resolution“ im allgemeinen und „mediation“ im besonderen bestehe jedenfalls bereits darin, den staatlichen Prozess vermieden zu haben.

Dabei darf man aber nicht übersehen, dass die „Selbsteilungskräfte“ der sehr erfinderischen U.S.-amerikanischen Prozesspraxis mit den sog. *Small Claim Courts* für Kleinverfahren über Geld mit Streitwerten von i.d.R. bis 5.000 \$ (ca. 3.100 EUR) auch meist eine vereinfachte Verfahrensform vor dem Staatsgericht bereithalten – und zwar als „a simple, informal and inexpensive procedure for the prompt determination of such claims in accordance with the rules and principles of substantive law“ (§ 1802 S. 4 CCCA NY⁴⁴) bzw. „to resolve minor civil disputes expeditiously, inexpensively, and fairly“ (§ 116.120 lit. b CPC CA⁴⁵). Dieser ureigene Bagatellprozess variiert von Bundesstaat zu Bundesstaat⁴⁶. I.d.R. bedarf es keiner Anwaltsvertretung (oder sie wird gar verboten: § 116.530 lit. a CPC CA), und auch die Gerichtskosten bleiben recht niedrig; es entfallen *pretrial discovery* (§ 116.310 lit. b CPC CA; § 1804 S. 1 CCCA NY) und *jury trial* (§ 1806 CCCA NY; § 116.770 lit. b CPC CA), statt dessen wird weitgehend informell verhandelt (§ 1804 S. 1 CCCA NY: „in such manner as to do substantial justice between the parties according to the rules of substantive law“ – bloß erin-

⁴³ Näher dazu bei *Breidenbach*, *Mediation* (1995), S. 32; *Böckstiegel*, *DRiZ* 1996, 267, 272 [4]; *Stadler*, *NJW* 1998, 2479, 2482 [III 5]; *Wagner*, *JZ* 1998, 836, 838 f.; *Katzenmeier*, *ZZP* 115 (2002), 51, 60 [III 2] – ganz allg. auch *Weigand*, *BB* 1996, 2106 [II]; *Schöpflin*, *JA* 2000, 157, 163 [C I]; *Schöbel*, *JuS* 2000, 372, 374 re.Sp. aE.

⁴⁴ New York City Civil Court Act.

⁴⁵ California Code of Civil Procedure.

⁴⁶ Überblick: www.consumeraffairs.com/consumerism/small_states.htm.

nert sei insoweit an § 495 a ZPO!); der Prozessgang gilt als ein sehr effektiver – in Relation zu Zeit und Geld, welche hierzu eingesetzt werden müssen (Schlagworte: „quickly and cheaply“ – oder despektierlich auch: „fast food“).

Der *Small Claim Track* vermeidet viele jener gemeinhin genannten Nachteile amerikanischer Regelverfahren, setzt aber zugleich auch den vermeintlichen Vorsprung der Mediation gegenüber regulären (Zivil-)Verfahren in ein ganz neues, andersfarbendes Licht. Es ginge demnach weniger dabei um eine Konkurrenzlage bei Kleinverfahren denn um Alternativangebote für Großstreitigkeiten, für die bei uns traditionell die Schiedsgerichtsbarkeit als „Privatisierungsform“ bereitsteht. Die radikale Lehre wäre somit letztlich, die Ziviljustiz zu „entschlacken“ (anstatt diese zu privatisieren). Man könnte daran denken, den amtsgerichtlichen Prozess von der „Fessel“ landgerichtlichen Prozedierens (§ 495, 1. Halbs. ZPO) freizumachen und stärker auf amtsgerichtliche Eigenständigkeit (§ 495, 2. Halbs. ZPO) sowie fortan vor allem auf amtsrichterliche Gestaltungsmacht (§ 495 a S. 1 ZPO: „kann sein Verfahren nach billigem Ermessen bestimmen“) zu setzen. Während die Mediation eine totale Freistellung von prozessualen Formen *und* materiellen Regeln ermöglicht, wären hier nur prozessuale Erleichterungen zugestanden, so wie auch vor Schiedsgerichten (§ 1034 Abs. 2 ZPO/aF bzw. § 1042 Abs. 4 S. 1 ZPO/nF); die materielle Rechtsbindung bliebe als solche demgegenüber fortbestehen – und verbürgte präventiv (!) „gerechte“ Resultate.

b) Bundesdeutsche Bemühungen. Neben Möglichkeiten der Bundesländer, bei bestimmten Streitfällen, insbesondere bei Bagatellfällen bis 750 EUR und Streitigkeiten aus dem Nachbarrecht, obligatorische Schlichtungsverfahren als Prozessvoraussetzung vorzuschalten (§ 15 a EGZPO⁴⁷), kennt wohl inzwischen auch der hoheitliche deutsche Zivilprozess die Öffnungsklausel zur Mediationspause: „In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen“ (§ 278 Abs. 5 S. 2 ZPO); nicht genannt, aber gemeint⁴⁸, ist eindeutig die Mediation. Stimmen die Parteien zu, dann pausiert das Verfahren (§ 278 Abs. 5 S. 3 iVm. § 251 S. 1 ZPO), sonst geht der Prozess regulär weiter. Eine bewußte Mediations-Regelung mangelt aber.

Anders der Ansatz in Österreich mit seinem speziellen Zivilrechts-Mediations-Gesetz, das seit dem 01.05.2004 gilt⁴⁹. Trotzdem ist auch dort keine richtige Verknüp-

⁴⁷ Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999, BGBl I S. 2400 – dazu etwa: *Hartmann*, NJW 1999, 3754; *Rüssel* NJW 2000, 2800; *Jansen*, Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 EGZPO (2001), insbes. S. 46 ff. mit S. 216 ff.; *Schlaegell/Langemann*, ProZRB 2003, 58; *Greger*, SchiedsVZ 2005, 76, 79 f. [II 6/7 mit III] – mehr allgemeiner auch *Stadler*, NJW 1998, 2479; *Wagner*, JZ 1998, 836; *Dieckmann*, ZfG 2000, 1.

Vgl. zuvor auch schon Art. 2 des (Bundesrats-)Entwurfes für ein Gesetz zur Vereinfachung des zivilgerichtlichen Verfahrens und des Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 18.10.1996 (BR-Drs. 609/96) bzw. 04.12.1996 (BT-Drs. 13/6398 – insbes. S. 18 mit S. 35 f. einerseits [Bundesrat] u. S. 48 andererseits [Bundesregierung]: „Baustein in einem Gesamtkonzept zur Förderung der außergerichtlichen Streitschlichtung ... [bzw.] ... ernstzunehmende Alternative zum kostenrächtigen Gerichtsverfahren“).

⁴⁸ BT-Drs. 14/4722 S. 83/84 [Regierungsentwurf] bzw. BT-Drs. 14/3750 S. 58 li.Sp. [Fraktionentwurf] – mit Hinweis auf § 52 FGG.

⁴⁹ Bundesgesetz über Mediation in Zivilsachen (Zivilrechts-Mediations-Gesetz – ZivMediatG), BGBl I Nr. 29/2003. Dazu etwa *Oberhammer/Domej*, ZKM 6 (2003), 144; *Köper*, ZKM 7 (2004), 161; *Allmayer-Beck*, ZKM 8 (2005), 35.

fung mit dem Prozessrecht erfolgt: vergleichbar deutscher Ausgestaltung gibt es eine richterliche Hinweispflicht auf Möglichkeiten einvernehmlicher Konfliktlösung bei prozessualer Zweckmäßigkeit (§ 204 Abs. 1 S. 2 öZPO), zusätzlich ein Vernehmungsverbot für eingetragene Mediatoren (§ 320 Nr. 4 öZPO) – mehr indes auch nicht! Das Gesetz leistet jedoch den Versuch begrifflicher Klärung (§ 1 Abs. 1 ZivMediatG) sowie vor allem die Verdichtung eines Berufsbilds „Mediator“ mit Möglichkeit förmlicher, staatlicher Eintragung, und zwar von praktizierenden Einzelmediatoren (§§ 8 ff. ZivMediatG) wie entsprechenden Ausbildungsangeboten (§§ 23 ff. ZivMediatG). Damit wird die Problematik „anbieterseitig“ angegangen, nicht etwa das rechtsuchende Publikum und ebensowenig das rechtsprechende Staatsgericht steht im Fokus. Man hofft hierbei quasi auf Reflexwirkungen dieser Qualitätsoffensive, auf steigende Nachfrage von Seiten der Bürger und spürbare Entlastung auf Seiten der Gerichte. Österreich verfolgt somit letztlich einen Lösungsweg mit – staatsseits behutsam regulierter⁵⁰ – Marktorientierung, ohne dass aber die Rechtspflege hier „ausgehungert“ würde.

Es ist im Grunde das Modell „*staatsregulierter Selbstregulierung*“⁵¹, wie es bei Privatisierung von Staatsaufgaben vermehrt heute begegnet: anstelle *primärer* staatlicher Regelung (mit „Erfüllungsverantwortung“) tritt das Ziehen von Grenzen als *sekundäre* staatliche Regelung (mit „Überwachungsverantwortung“), welche autonomer Selbstorganisation Freiräume belässt. Hier kommt freilich noch hinzu, dass keine völlige Substitution stattfindet, sondern bewusst beide Wege offenbleiben und konkurrieren.

Die Eintragung ist freiwillig. Wer sie will, der muss aber gediegene Voraussetzungen erbringen (§ 9 ZivMediatG): Berufsqualifizierung, Vertrauenswürdigkeit sowie außerdem den Nachweis einer Haftpflichtversicherung. Das Gesetz umreißt hierzu die Erfordernisse fachlicher Qualifikation indes bloß recht grob (§ 10 Abs. 1 S. 1 ZivMediatG: „... wer auf Grund einer entsprechenden Ausbildung [§ 29] über Kenntnisse und Fertigkeiten der Mediation verfügt sowie mit deren rechtlichen und psychosozialen Grundlagen vertraut ist“), gibt dann jedoch über eine Verordnungsermächtigung die Befugnis detailsteuernder Regelung (§ 29 ZivMediatG), die inzwischen konkret ausgefüllt gar einzelne Ausbildungseinheiten festlegt⁵². Die Eintragung gewährt Rechte und schafft Pflichten – materielle wie prozessuale (Einzelheiten: §§ 15-22 ZivMediatG), einschließlich einer strafbewehrten Verschwiegenheits- und Vertraulichkeitspflicht (§ 18 iVm. §§ 31 f. ZivMediatG). Im Prinzip regelt das Gesetz demnach die Grundbedingungen aus dem Mediatorenvertrag⁵³ und weitere Implikationen „mediatorischen“ Tätigwerdens. Vor allem das Gebot zur Pflichtversicherung

⁵⁰ Sehr lesenswert dazu Amtl. Begr. AT [II], Sten. Prot. XXII. Wahlperiode, Beilage Nr. 24.

⁵¹ Siehe sehr instruktiv dazu den Sammelband „Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates“ (2001).

⁵² Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator (Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung – ZivMediat-AV), BGBl II Nr. 47/2004.

⁵³ Dazu *Nörling*, Mediatorenverträge (2003) m. Bespr. *Münch*, ZKM 7 (2004), 94; *Hacke*, Der ADR-Vertrag – Vertragsrecht und vertragliche Gestaltung der Mediation und anderer alternativer Konfliktlösungsverfahren (2001).

deutet nebenbei mit dem Regressprozess auf ein scharfes Schwert, dessen sich manche Mediatoren vielleicht kaum bewusst sind. Dies ermöglicht jedenfalls eine effektive *repressive* Steuerung.

Dieses österreichische Modell hat deutsche Interessenten gefunden. Niedersachsen möchte als – soweit ersichtlich – erstes Bundesland mit seinem Entwurf für ein Mediationsgesetz⁵⁴ ganz analog vorgehen: Mediationsdefinition (§ 1 Nds. MedG-E; überaus offen dagegen etwa § 7 a BORA⁵⁵), staatliche Anerkennung bei fachlicher Qualifikation (§§ 2-5 Nds. MedG-E), daraufhin die Normierung der Grundzüge mediatorischer Pflichten (§§ 6-8, 10 Nds. MedG-E), einschließlich der Verpflichtung, eine hinreichende Vermögenshaftpflichtversicherung abzuschließen (§ 9 Nds. MedG-E). Mit staatsseitiger Anerkennung korrespondiert die „Regelvermutung“ der nötigen persönlichen Dignität als Voraussetzung zur Anerkennung als Gütestelle iSv. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO (§ 12 Abs. 1/2 Nds. MedG-E)⁵⁶, d. h. mit der Berechtigung zur Protokollierung von vollstreckbaren Gütevergleichen.

Dies könnte neue Bewegung ins Spiel bringen – trotz durchaus ungeklärter (bürgerlich-rechtlicher!) Länderkompetenz (arg. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 iVm. Art. 72 Abs. 1/2 GG bzw. Art. 55 EGBGB). Mediation steht scheinbar jetzt vor einer allgemeinen rechtspolitischen wie gesellschaftlichen Anerkennung⁵⁷. Was in den bisherigen Jahrzehnten der Diskussion über Alternativen zum Zivilprozess praktisch nicht geschafft wurde, könnte unversehens Wirklichkeit werden. Die Diskussionen der 70er Jahre um „besseren Zugang zum Recht“ für alle, der 80er Jahre um Vermeidung richterlicher Entscheidung (also: ADR in ihrem ureigenen Sinne) und schließlich der 90er Jahre um Wege und Formen zur Einigung, hätten sich quasi zum neuen Jahrtausend jetzt selbstlos miteinander verbündet – und damit große Erfolge. Nicht verhehlen sollte man jedoch umgekehrt, dass in den USA die Bewertung bereits wieder langsam umschlägt⁵⁸. Dort sind heute eben doch Schiedsgerichts- oder Mediationsklauseln ein Massenphänomen in Allerweltsverträgen mit Ausnutzung („unfair clauses“) und Auswüchsen („repeat players“). Es geht ferner schon die Klage, warum so viele vertragsrechtliche Streitigkeiten aus der staatlichen Gerichtsbarkeit verschwinden. Obwohl die Flucht aus der (Zivil-)Justiz ein case-law-System am Ende eher ins Mark trifft, muss man auch bei uns gewärtig sein, was man hier verlieren kann. Der Zivilprozess schützt nicht nur subjektives, sondern bewahrt zudem objektives Recht!

⁵⁴ Gesetzesvorschlag der Regierungsfractionen für ein niedersächsisches „Gesetz über die Einführung eines Mediations- und Gütestellengesetzes sowie zur Änderung anderer Gesetze“ vom 17.04.2007, LT-Drs. 15/3708.

⁵⁵ Vgl. dazu auch § 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG („Rechtsdienstleistung ist nicht ... die Mediation ..., sofern ... nicht ...“) mit BT-Drs. 16/6634 S. 61/62 (Rechtsausschuss: „möchte ... ausdrücklich keine eigenständige – und zudem noch von dem Entwurf der EU-Richtlinie ... [näher dazu unten VI] ... abweichende – Begriffsdefinition der Mediation einführen.“) „versus“ BT-Drs. 16/3655 S. 50 (Regierungsentwurf).

⁵⁶ Wegen Einzelheiten siehe §§ 11-15 Nds. MedG-E – insoweit nötig ist vor allem außerdem ein insgesamt gesichertes Verfahren, abstrakt (§ 13 Nds. MedG-E: Verfahrensordnung) wie konkret (§ 15 Nds. MedG-E: Geschäftsführung).

⁵⁷ Durchaus gewissenhaft abwägend *G. Hager*, *Konflikt und Konsens* (2001), S. 89-92 mit S. 61 ff. (Anwendbarkeit) u. S. 51 ff. (Geignetheit); vgl. auch erg. *Birner*, *Das Multi-Door Courthouse* (2003), S. 32-36.

⁵⁸ Dazu symptomatisch etwa *Murray ZZZP* Int 11 (2006), 295 ff. m.w.N.; siehe aber auch schon *Duwe/Keller*, *SchiedsVZ* 2005, 169; ferner jüngst *Wagner ZEuP* 2008, 6, 10 f. [II 1 b].

3. Der Richtermediator

Die Vorzüge von Mediation sind mannigfach schon geschildert⁵⁹ – und hier daher kurz nur zusammenzufassen (näher hierzu siehe Anhang 2⁶⁰): Orientierung an Parteiinteressen statt Fixierung auf Rechtspositionen; Suche nach einem „sowohl als auch“ anstelle eines strikten „entweder/oder“; Kooperation ersetzt Konfrontation; gestaltender Blick in die Zukunft („Geschehendes“) statt verharrender Sicht auf die Vergangenheit („Geschehenes“) mit kreativem Suchen nach (neuen) Lösungen anstatt von prosaischem Finden von (alten) Lösungen etc. Dabei werden jedoch meist Mediation und Entscheid gegenübergestellt; unerwähnt bleibt der eigentliche Widerstreit zwischen Mediation und Vergleich⁶¹. Jeder erfahrene Praktiker vermöchte gewiss wohl das im Verfahren zu erreichen und den anhängigen Streitfall sorgfältig zu vergleichen. Wenn man noch sonstige kommunikative Vorteile mediativer Konfliktlösung abschöpfen will, wie namentlich das Informelle, dann liegt gewiss nahe, aktive Richter selbst als geborene Mediatoren einzusetzen⁶². Doch fragt sich, ob man so die Verpflichtung der Rechtsprechung auf Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und die Bindung der Gerichte (§ 1 GVG) und Richter (Art. 97 Abs. 1 GG) an die Gesetze nicht damit zur Farce macht.

Das bayerische Modell des sog. „Güterichters“⁶³ versteht sich ausdrücklich nicht als selbständiges Mediationsverfahren neben dem eigentlichen Zivilprozess, sondern als ein Versuch *integrierter* – selbstredend nicht prozessualer – Streitlösung. Es sollen mediative Elemente gleichsam parallel eingesetzt werden, namentlich in der ja obligatorischen Güteverhandlung (§ 278 Abs. 2 ZPO). Als „Türöffner“ dient hierbei § 278

⁵⁹ Neuere Belege: W. Gottwald, WM 1998, 1257, 1260 [II 2 a]; Schöpflin, JA 2000, 157, 164 [C IV]; G. Hager, Konflikt und Konsens (2001), S. 50 f. mit S. 41–45 einerseits, S. 46–50 andererseits, vgl. auch erg. S. 137/138 mit S. 140; Köper, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren (2003), S. 18–29; Risse, Wirtschaftsmediation (2003), Rn. 14.2–21 mit Rn. 1–16–19 (wegen Nachteilen siehe Rn. 14.23–50); Tochtermann, JuS 2005, 131 f. [II 2]; Volkemann, Mediation im Zivilprozess (2006), S. 3–9; Dendorfer, FS Hay (2006) S. 99, 108–110 [C 3]; Löer, ZJP 119 (2006), 199, 200 [I]; Leiss, SchiedsVZ 2007, 139, 140. Vgl. auch erg. Haft, Verhandlung und Mediation (2. Aufl. 2000), S. 248–253 zur Konkretisierung der Mediatorenrolle.

⁶⁰ Vgl. auch erg. Sander, in: W. Gottwald/Strempel (Hrsg.), Streitschlichtung (1995), S. 31 ff. mit Abb. 2; von Bargen, DVBl 2004, 468, 471 [III].

⁶¹ Anders im Ansatz W. Gottwald, AnwBl 2000, 265, 269 [B II 1 b].

⁶² Man spricht alsdann von „gerichtsnahe“ Mediation (W. Gottwald, in: Haft/Schliefen [Hrsg.], Handbuch Mediation [2002], Rn. 17.7), „gerichtsverbundener“ Mediation oder auch „gerichtsinterner“ Mediation (76. JuMiKo [Juni 2005] TOP I 1–2.2.9, aber z. B. auch Klose, ZKM 8 [2005], 146 [I]) – sowie auch vom sog. „Integrationsmodell“. (Begriffs-)Kritik bei Monßen, ZKM 9 (2006), 83 f. [I] („Richtermediation“); Löer, ZKM 8 (2005), 182, 183 li.Sp. [I] („richterliche Mediation“), aber vgl. auch Probst, SchlHA 2005, 317, 318 re.Sp. [II] mit SchlHA 2007, 41, 45 li.Sp. [V] („gerichtliche Mediation“); Greger, ZKM 6 (2003), 240, 243 f. [4] (mit Unterscheidung *interner* Richtermediation und *externer* Verfahrensmediation) mit NJW 2007, 3258, 3259 [II]. Die praktische Umsetzung beschreibt Löer, ZJP 119 (2006), 199, 206–210 („Zwischenverfahren“).

⁶³ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter (2007), abrufbar unter: http://www.justiz.bayern.de/imperia/md/content/stmj_internet/ministerium/ministerium/modellversuch_gueterichter_juli2007.pdf mit ZRP 2006, 229 [I] u. ZKM 9 (2006), 68. Vgl. dazu erg. den (bayerischen Bundesrats-)Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der gütlichen Streitbeilegung im Zivilprozess vom 01.10.2004, BR-Drs. 747/04: Ergänzung um besondere „Güterichter“; sehr spöttisch dazu Hartmann, NJW-Editorial 5/2005: „Dorfrichter Adams Ofen wird warm“.

Abs. 5 S. 1 ZPO: Die Parteien werden insoweit für die Güteverhandlung an einen *ersuchten* „Güterichter“ verwiesen, der streng genommen jedoch nur jenseits des eigenen Gerichtssprengels tätig werden darf (§ 362 Abs. 1 ZPO)⁶⁴. Dieser führt dann die prozessuale Güteverhandlung als informelles Mediationsgespräch – die Öffentlichkeit bleibt ausgeschlossen (arg. § 169 S. 1 GVG: „[nur] vor dem *erkennenden* Gericht“⁶⁵). Dafür ist das Ruhen des Verfahrens weder erforderlich noch statthaft. Einigen sich die Parteien auf einen Vergleich, kann dieser vom „ersuchten“ Güterichter ohne Bedenken dann als richterlicher Vergleich protokolliert werden (arg. § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO: „vor einem *deutschen* Gericht“⁶⁶ – und zwar ohne einen Anwaltszwang; § 78 Abs. 5, 1. Var. ZPO). Probleme dieser Lösung sind der Konflikt mit der Ortsnähe, die Fixierung *amtsgerichtlicher* Kompetenz (vgl. § 157 Abs. 1 GVG) sowie vor allem die Verbindung von ersuchtem und gesetzlichem Richter mit der Fortwirkung prozessualer Rechtsbindung.

Einen anderen Weg geht das Projekt „Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen“⁶⁷, so wie es insbesondere am LG Göttingen praktiziert wird. Es geht dort um Gestaltungen *separierter* Streitleistung, d. h. echte Mediation gemäß § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO. Am LG Göttingen hat es sich als praktikabel erwiesen, sämtliche Akten ohne vorherige Prüfung der Mediationseignung (!) an die Mediationsabteilung zu verweisen. Billigen die Parteien eine Mediation, schlüpft der „Richtermediator“ für deren Dauer „aus seiner Robe“ und agiert als allparteilicher Mediator ohne hoheitliche Befugnisse. Bei dann gelungener Mediation ruft der Richtermediator das ruhende Verfahren urreigen auf und protokolliert den Vergleichstext. Hierzu erlässt der gesetzliche Richter vor Beginn der Mediation einen Vorratsbeschluss, in welchem der Richtermediator bereits dazu ersucht wird. Das verschärft die erste bayerische Problematik, entschärft jedoch die zweite, grundsätzlichere – weil verfassungsrechtliche. Die eigentliche Mediationsverhandlung ist beim Göttinger Modell aus dem formellen Zivilprozess ausgegliedert und wird als zusätzliche Dienstleistung kostenlos von den Gerichten angeboten. Aber wird sie denn bloß darum zu einer „außergerichtliche[n] Streitschlichtung“ iSd. § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO? Hier hilft noch nicht, „außergericht-

⁶⁴ Anders trotz allem jedoch *Götz von Olenhusen*, ZKM 7 (2004), 104, 105; *Koch*, NJ 2005, 97, 99 re.Sp. [II 2 b]; *Matthies*, SchlHA 2007, 130, 131 [II 2] mit S. 132/133: Analogie – so wie hier: *Zöllner/Greger*, § 278 ZPO Rn. 5; *Musielak/Foerste*, § 278 ZPO Rn. 13; *Bischof*, SchiedsVZ 2004, 252, 254 [II 3]; BR-Drs. 747/04 Anlage S. 4 (beschränkt „auf rare Fälle“) mit S. 8/9 („begrifflich nicht ‘ersuchter Richter’ im Sinne des § 355 Abs. 1 Satz 2 ZPO“).

Für Anleihe bei § 361 Abs. 1 ZPO (beauftragter Richter außerhalb der sachbefassten Kammer) *von Barga*, DVBl 2004, 468, 475 li./re. Sp. [IX] – mit Vorschlag „klärender“ (VwGO-)Ergänzung („Rechtsstreit außerhalb des anhängigen Verfahrens durch gerichtssinterne oder außergerichtliche Streitbeilegung [Mediation, Schlichtung oder auf andere Weise] gütlich beizulegen“): S. 476 li.Sp. – mR hier anders *Volkemann*, Mediation im Zivilprozess (2006), S. 25–27.

⁶⁵ RG WarnR 26 (1934) Nr. 45, S. 97 (ZPO) bzw. OVG Koblenz VRS 61 (1981) Nr. 116, S. 270 (StPO).

⁶⁶ RG SeuffA 60 (1885) Nr. 265, S. 381; BayObLG SeuffA 38 (1883) Nr. 274, S. 350, 351; BGHZ 35, 309, 314; *Zöllner/Greger*, § 278 ZPO Rn. 5 mit Rn. 26 a; *Koch*, NJ 2005, 97, 99 li.Sp. [II 2 b]. Unklar hier *Monßen*, ZKM 9 (2006), 83, 85/86 [II 2 e].

⁶⁷ Näher dazu unter http://www.mj.niedersachsen.de/master/C1095713_N7895_L20_D0_I693.html bzw. <http://www.mediation-in-niedersachsen.com/9227.html>; *Götz von Olenhusen*, DRiZ 2003, 396, 397 u. ZKM 7 (2004), 104–107; *Volkemann*, Mediation im Zivilprozess (2006), S. 16–18; *Spindler*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen (2006), Rn. 11–13 mit Rn. 89 ff. u. AnwBl 2007, 655; *Matthies*, SchlHA 2007, 130.

lich“ in „außerprozessual“ zu interpretieren bzw. korrigieren⁶⁸ (das wäre zu viel), man muss es als ein „außerhalb des regulären Erkenntnisverfahrens“ verstehen.

Der Richter des deutschen (Zivil-)Prozesses war schon immer ein Richter, der schlichten durfte und schlichten sollte (bereits § 110 JRA [1654]; alsdann § 268 Abs. 1 CPO bzw. § 278 Abs. 1 ZPO). Das geht nicht etwa so weit, dass er auf Parteiermächtigung hin allein entsprechend Billigkeit entscheiden dürfte, so wie es beispielsweise der französische Zivilprozess (Art. 12 Abs. 5 c.p.c.) und das deutsche Schiedsverfahren (§ 1051 Abs. 3 S. 1 ZPO) mit der Stellung als *amiable compositeur* erlaubt. Andererseits ist Vergleichen ein Meisterwerk im richterlichen Tagesgeschäft, das besondere Fähigkeiten und Fertigkeiten abfordert, ferner Mühe und Zeit kostet sowie vor allem die berufsimmanente juristische Ernsthaftigkeit. Wer meint, das ursprüngliche gerichtsverfassungsrechtliche Kammerprinzip vor den Landgerichten (§ 60 GVG) prozessrechtlich ohne Kollateralschäden durch originäre Einzelrichter ablösen zu können, irrt eben am Ende doch: ihm kommen sukzessiv darauf die insoweit geübten Richter abhanden. War womöglich früher der Vergleich einmal die „kleine Münze“ des Zivilprozesses – trotz aller Kunst⁶⁹ –, so scheint es nunmehr die richterlich gesteuerte Vermittlung. Es fragt sich stark, ob diese Mischform nötig erscheint⁷⁰.

IV. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen

1. Justizgewährungsanspruch

Die Rechtsweggarantie (Art. 19 Abs. 4 GG) ist offenkundig nicht einschlägig – sie erfasst nur Rechtsverletzungen „durch die öffentliche Gewalt“; für *privatrechtliche* Streitigkeiten, um die es hier geht (§ 13 GVG), ist demzufolge auf den allgemeinen Justizgewährungsanspruch zu rekurrieren⁷¹. Jener garantiert den Zugang zu Gericht, allerdings nicht schrankenlos, sondern kennt ein Gestaltungsermessen des Prozessgesetzgebers⁷² – anders gesagt: hart garantiert wird das Ob, nicht das Wie eines Gerichtszugangs. Gerichte müssen „das *letzte* Wort“ sprechen, nicht auch immer „das

⁶⁸ So aber insbes. Koch, NJ 2005, 97, 98 f. [II 1] mit S. 98 re.Sp. [I 4] einerseits u. S. 99 re.Sp. [II 2 c] andererseits. Im Ansatz genau anders herum Stürmer, welcher Nr. 24.2 TCP-Rules („alternative-dispute-resolution“) mit „außergerichtliche [sic!] Streitschlichtung“ übersetzt.

⁶⁹ Hierzu namentlich Stürmer, DRiZ 1976, 202; JR 1979, 133; FS Walder (1994) S. 273, 282 ff. u. M. Wolf, ZJP 89 (1976), 260. Vgl. noch erg. die Beiträge bei W. Gottwald/Hutmacher/Röhl/Strempel (Hrsg.), Der Prozeßvergleich – Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven (1983), S. 147 ff. (Stürmer: Rechtsschutzqualität) u. S. 153 ff. (M. Wolf: Rechtsgarantien).

⁷⁰ Skeptisch auch beiläufig 76. JuMiKo [Juni 2005] TOP I 1 – 2.2.9: „Übergangslösung ...“ mit Heister-Neumann, DRiZ 2007, 137/138: „...“, da sie nicht zu den Kernaufgaben der Justiz zählt“; jüngst ebenfalls skeptisch Greger, NJW 2007, 3258, 3260 re.Sp. [III 3] mit S. 3262 [IV 3].

⁷¹ BVerfG NJW-RR 2007, 1073 aE [II 1 vor a] m.w.N. = ZKM 10 (2007), 128 m. Anm. Greger (Schlichtung).

⁷² BVerfG NJW-RR 2007, 1073, 1074 aE [II 1 vor a] m.w.N. = ZKM 2007, 128 m. Anm. Greger (Schlichtung).

erste Wort“ haben⁷³. Dieser Gesichtspunkt vermag legislatorisch ohne weiteres eine (vorgeschaltete) Mediation zu erzwingen:

„Der Gesetzgeber ist nicht gehalten, nur kontradiktorische [Prozeß-]Verfahren vorzusehen. Er kann auch Anreize für eine einverständliche Streitbewältigung schaffen, etwa um Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden zu fördern oder die staatlichen Gerichte zu entlasten.“ Denn: „Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.“⁷⁴

Was aber gilt bei *Vereinbarung* schiedsgerichtlicher Entscheidung (§ 1029 ZPO)? Alsdann zählt die Betätigung privatautonomer Gestaltung: wer materiell über Befugnisse frei verfügen kann, mag auch über deren prozessuale Durchsetzung unbedornt entscheiden⁷⁵ – Freiheit ist auch die Befugnis, seine Rechtspositionen *nicht* durchzusetzen – oder anders als üblich eben, wenn und weil (wie hier mit §§ 1025 ff. ZPO) insoweit gesetzlicherseits anerkannte Rechtsschutzformen bestehen. Und dafür ist nicht einmal nötig, insoweit zusätzlich zwischen materieller Verfügungsbefugnis und prozessualer Dispositionsmacht zu differenzieren:

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist „Ausfluß des in Art. 2 Abs. 1 GG verankerten Grundrechts der Handlungsfreiheit und Privatautonomie ... Dieses ... verlangt jedoch, daß die Unterwerfung ... und der damit verbundene Verzicht auf die Entscheidung eines staatlichen Rechtsprechungsorgans grundsätzlich auf dem freien Willen des Betroffenen beruht. Die Formvorschrift ... soll ... sicherstellen, daß der Verzicht ... zugunsten eines privaten Schiedsgerichts bewußt und freiwillig erfolgt.“⁷⁶

Dabei bleibt es selbst unter der neu ausgestalteten Schiedsfähigkeit⁷⁷. War diese unter altem Recht ein Ausfluss der Vergleichsfähigkeit (§ 1025 Abs. 1 ZPO/aF), kommt Schiedsfähigkeit zwischenzeitlich allen vermögensrechtlichen Ansprüchen zu (§ 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO/nF); nur bei nichtvermögensrechtlichen Ansprüchen zählt noch die

⁷³ *Preibisch*, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit (1982), S. 87 f. m.w.N. – in Anlehnung an *Mauz/Dürig/Herzog*, Art. 92 GG Rn. 39 (Richtervorbehalt) bzw. Rn. 45 (Rechtsweggarantie). Hier krit. aber *Risse*, FS Haase (2006) S. 309.

⁷⁴ BVerfG NJW-RR 2007, 1073, S. 1074 [II 1 a] (erstes Zitat) bzw. [II 1 b aa (4)] (zweites Zitat) = ZKM 10 (2007), 128 m. Anm. *Greger* („Meilenstein auf dem Weg zu einer stärkeren Konsensorientierung unserer Zivilrechtspflege“ [S. 130]) – allerdings zum Güteprozess; vgl. auch erg. BVerfGE 88, 118, 123/124 mit S. 124 [B I 1] u. BGH JR 1967, 184, 185 [4 c aE] (obiter).

⁷⁵ *Kiesow*, Die Vereinbarkeit des Schiedsgerichtswesens mit dem Grundgesetz (1962), S. 54 f., 56/57, 83 bzw. KTS 1962, 224, 227 [II 3] mit S. 233 [II 7]; *Stober*, NJW 1979, 2001, 2005 [IV]; *Sonmayer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte (1992), S. 23 f. (§ 4 III/IV), aber vgl. auch S. 25 ff.; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung: Eine rechtsvergleichende Untersuchung zum deutschen und englischen Recht (2000), S. 87 f. mit S. 117 (sehr gewagt dann jedoch S. 120-123: „vorrechtliche“ Konfliktlösung); *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 17 [I] u. S. 21/22 [IV] mit S. 16/17; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 42 ff.; *Prütting*, FS Schlosser (2005) S. 795, 708 f. [IV 2/3].

⁷⁶ BGHZ 144, 146, 148/149 [II 2 vor a] = NJW 2000, 1713; anders im Ansatz *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht (1970), S. 237/238 mit S. 238-241 – trotzdem freilich mit gleichem Resultat!

⁷⁷ A. A. *Voit*, JZ 1997, 120, 124 f. [IV-VI]; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts, S. 131 ff., insbes. S. 137-139 (Grundsatz!) einerseits, S. 140-144 andererseits (Ausnahmen?), mit S. 164 ff.

Schon unter altem Recht um vieles großzügiger *Geimer*, VIV-Reihe Bd. 7 (1994), S. 151 f. [VI]: „verfassungsrechtliche Versteinierung des Rechtszustandes von 1949 [ist abzulehnen]“.

Vergleichsfähigkeit (§ 1030 Abs. 1 S. 2 ZPO/nF). Nicht nur, dass beide rechtspraktisch meist parallel laufen – Vermögensrechte sind i.d.R. auch vergleichsfähig –, es gab (und gibt) auch weder eine „prozessuale Einklagepflicht“ noch einen materiellen Verfügungsausschluss, somit immer Freiheit im Nichttun.

Ob man dies dann gar so deuten darf, dass sich daraus eine Art Bestandsgarantie für die Schiedsgerichte ableitet⁷⁸, mag dann auf sich beruhen. Es genügt ja allein festzuhalten, dass jene nicht Justizgewährung (ver-)hindern, sondern in alternativer Form ermöglichen. Man beschreibt sie daher zu Recht als „materielle“ Rechtsprechung⁷⁹ (weniger schön die neuere Formel: Rechtsprechung im weiteren Sinne⁸⁰). Anders kann es sich jedoch darstellen bei einseitiger *Verordnung* schiedsgerichtlicher Entscheidung (§ 1066 ZPO), wie etwa durch Testamentsakt oder Satzungsregel. Jedoch hilft hier der BGH⁸¹ bei Monopolvereinen mit faktischem Beitritts- bzw. Verbleibenszwang durch Annahme mangelnder Bindung.

2. Rechtsprechung als Staatsmonopol?

a) **Ausgangssituation.** Begeht man einmal die Brücke, die Spruchstätigkeit von Schiedsgerichten als materielle Rechtsprechung zu akzeptieren, dann tun sich gleich jedoch die nächsten Probleme auf. „Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut“, so verordnet es energisch Art. 92 1. Halbs. GG und konkretisiert damit letztendlich das Gewaltenteilungsprinzip (Art. 20 Abs. 2 GG): die Rechtsprechung ist Wahrnehmung monopolisierter Staatsgewalt – und elementare Voraussetzung für die Durchsetzung des staatlichen Gewaltmonopols⁸², ihrerseits die Grundvoraussetzung des Selbsthilfeverbots. „Richter“ meint hier also den *Staatsrichter*, so wie auch zuvor „rechtsprechende Gewalt“ die *Staatsaufgabe* meint.

⁷⁸ *Vollmer*, Satzungsmaßige Schiedsklauseln (1970), S. 92 (§ 7 I 3); *Stober*, NJW 1979, 2001, 2005 [IV]; *Stürner*, FS F. Baur (1981) S. 647, 656 [II 3 d]; *BK/Achterberg*, Art. 92 GG Rn. 181 mit Rn. 185; *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte (1992), S. 24 (§ 4 IV); *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 22-24 – a. A. aber z. B. *Geimer*, VIV-Reihe Bd. 7 (1994), S. 113, 117/118 [I B] mit S. 148 [V].

⁷⁹ MünchKomm/Münch, 3. Aufl., vor § 1025 ZPO Rn. 4 (dort Fn. 8) m.umf.N, dazu noch BGH NJW 1986, 3077, 3078 [II 3 a]; *Prütting*, FS Schlosser (2005) S. 795, 707 [IV 1]; *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 19 mit S. 57 ff., insbes. S. 19/20, 57/58; 94 f., u. S. 240-242; *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 58-61; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (2000), S. 43-46; *G. Walter*, ZZP 103 (1990), 141, 146 f. [I 3] – dazuhin im Übrigen ausf. *Kornblum*, Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit (1968), S. 105 ff. m.umf.N. bzw. S. 115 f. sowie vor allem *Habscheid*, KTS 1959, 113 f. [I mit II 1 a]; NJW 1962, 5, 7 [II]; KTS 1970, 132, 133 f. [A I 1]; FS F. Baur (1981) S. 425, 437 f.; sehr lesenswert auch *R. Münzberg*, Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (1970), S. 22-24 [§ 1 I 2 c]; keinerlei Beleihung.

⁸⁰ BGHZ 162, 9, 16 [II 4 b aa (1)] = NJW 2005, 1125 mit BGHZ 159, 207, 212 [2 b cc] = NJW 2004, 2226; OLG Braunschweig SchiedsVZ 2005, 262, 263 [II 1 a bb]; *Hopfsauf*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfsauf*, Vor Art. 92 GG Rn. 46.

Schöner dann allemal noch die Bezeichnung als „private Rechtsprechung“ (*G.H. Roth*, Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen [1967], S. 122 ff., 125-127), da dies pragmatisch am Ende Funktion wie Institution begrifflich mit einschließt.

⁸¹ BGHZ 144, 146, 149 f. [II 2 a/b] = NJW 2000, 1713 betr. „zuchtbuchführenden Rassezuchtverein für den deutschen Schäferhund“; siehe auch schon *Vollmer*, Satzungsmaßige Schiedsklauseln (1970), S. 121 ff. (§ 10 II 4/5) einerseits, *Wagner*, Prozeßverträge (1998), S. 489 ff. (494 f.) mit S. 496-498 andererseits.

⁸² BVerfGE 54, 277, 292 [C II 2].

Während unter der Herrschaft des Art. 103 WRV noch weithin die „Rechtsprechung *im formellen Sinne*“ als Schlusssumme gesetzlicher Zuweisungen im Vordergrund stand⁸³, setzte sich unter der Geltung des Art. 92 GG sehr bald schon die Anknüpfung an eine „Rechtsprechung *im materiellen Sinne*“ durch⁸⁴, losgelöst von gesetzlich völlig freier Gestaltung. „Rechtsprechung“ ist hiernach⁸⁵, was speziell das Grundgesetz so klassifiziert, was traditionell dazu hinzugezählt wird (wie etwa die Entscheidung im Zivilprozess⁸⁶) und was der Gesetzgeber neu so qualifiziert. Der Gesetzgeber hat weiterhin allemal zwar einigen Spielraum zur Gestaltung, muss aber dabei eine „funktionelle Betrachtung“ zugrundelegen:

„In funktioneller Hinsicht handelt es sich – ungeachtet des jeweiligen sachlichen Gegenstands – um Rechtsprechung, wenn der Gesetzgeber ein gerichtsförmiges Verfahren hoheitlicher Streitbeilegung [sic] vorsieht und den dort zu treffenden Entscheidungen eine Rechtswirkung verleiht, die nur unabhängige Gerichte herbeiführen können.“⁸⁷

Jedenfalls sieht die heute h.M.⁸⁸ – entwickelt durch *Bettermann*⁸⁹ – Art. 92 1. Halbs. GG als eine ausschließlich staatsgewendete Norm. Es gehe hier um interne Abgrenzung staatlicher Gewalten, aber um kein Verbot „privater“ Justiz im „Außenverhältnis“⁹⁰. Bereits in der frühen Entscheidung zu den baden-württembergischen Gemein-

⁸³ BVerfGE 22, 49, 73 f. [D II 1 a] = NJW 1967, 1219.

⁸⁴ BVerfGE 22, 49, 74 f. [D II 1 b] mit S. 75-78 [D II 2/3] = NJW 1967, 1219.

⁸⁵ So wohl erstmals BVerfGE 22, 49, 75-78 [D II 2/3] = NJW 1967, 1219 – anschließend: BVerfGE 64, 175, 179 [III]; BVerfGE 76, 100, 106 [B II 2] = NJW 1988, 405; BVerfGE 103, 111, 136/137 mit S. 137 [C II 1 b] = NJW 2001, 1048; BVerfGE NJW 2004, 2725, 2726 [B III 1 a aa].

⁸⁶ BVerfGE 14, 56, 66 [C I 1 a] = NJW 1962, 1611; BVerfGE 21, 139, 145 [C I] = NJW 1967, 1123; BVerfGE 22, 49, 78 [D II 2 aE] = NJW 1967, 1219; BGH JR 1967, 184, 185 [4 b]. Die Entscheidung mag titulieren, feststellen oder gestalten (BGH JR 1967, 184, 185 [4 a]).

⁸⁷ BVerfGE 103, 111, 137 [C II 1 b] = NJW 2001, 1048; best. BVerfGE NJW 2004, 2725, 2726 [B III 1 a aa]. Lesenswert auch künftighin *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht (1970), S. 87 ff.

⁸⁸ BGHZ 29, 352, 354/355 [II 1 a] (Vereinsgerichte); *Franzenheim* JR 1965, 459 (Betriebsjustiz); *G.H. Roth*, Der Vorbehalt des Ordre Public gegenüber fremden gerichtlichen Entscheidungen (1967), S. 124; *Vollmer*, Satzungsmaßige Schiedsklauseln (1970), S. 91 (§ 7 I 1); *Rapsch*, NVwZ 1993, 534, 536 mit S. 536/537 [III 2]; *Preibisch*, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit (1982), S. 94 bei/mit Fn. 52 u. S. 92 Fn. 39; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (2000), S. 47-52; *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 20; *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 92 GG Rn. 146 ff. (151); *BK/Achterberg*, Art. 92 GG Rn. 175, 179 mit Rn. 181, 183; *Jarass/Pieroth*, Art. 92 GG Rn. 6; *Dreier/Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG Rn. 47; wohl auch *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht (1970), S. 109-114 („staatliche Aufgabe“: S. 114) mit S. 84-87 (Gerichte, nicht „Behörden“: S. 86), klarstellend insoweit dann S. 235 aE, aber – implizit – auch *M. Wolf*, GVR (6. Aufl. 1987), § 2 IV 5 b vor aa (S. 25 f.) u. *Schilken*, GVR (4. Aufl. 2007), Rn. 33. Überaus abstrakt (und überholt) *Kiesow*, Die Vereinbarkeit des Schiedsgerichtswesens mit dem Grundgesetz (1962), S. 30 ff.; vgl. ferner erg. die Darstellung bei *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 47 mit S. 61 ff. – kontrastierend die Gegenposition: S. 90 ff. (92, 94, 95-97, 97/98) mit S. 55.

⁸⁹ Hdb. StaatsR III (1988), Rn. 73.72 u. 73.77 [*Bettermann*] mit Grundrechte III/2 S. 563 (zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) u. S. 629 (zu Art. 92 1. Halbs. GG) [*Bettermann*] – dazu krit. zwar *F. Baur*, JZ 1965, 162, 164 li.Sp. [II 1], aber vgl. auch Fn. 102. Anders der Ansatz von *D. Lorenz*, Der Rechtsschutz des Bürgers und die Rechtswegegarantie (1973), S. 190 ff. mit S. 207-209 – bei dortmals demselben Ergebnis (S. 194 mit S. 210): derzeit keine „[Staats-]Aushöhlung“ durch private Schiedsgerichte.

⁹⁰ *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 92 GG Rn. 146 ff. (152); *Stober*, NJW 1979, 2001, 2003/2004 [III]; *Dreier/Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG Rn. 48; Hdb. StaatsR V (3. Aufl. 2007), Rn. 112.90 f. mit 112.86 ff. [*Wilke*]. Allgemein dazu: *R. Münzberg*, Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit (1970), S. 21 f. [§ 1 I 2 b]; *Geimer*, VIV-Reihe Bd. 7 (1994), S. 113, 118-120 [I C], insbes. S. 118/119 mit S. 148 [V]; *Lachmann* (3. Aufl. 2008), Rn. 232; *Schütze* (4. Aufl. 2007), Rn. 7.

degerichten⁹¹ hat selbst das BVerfG „Rechtsprechung“ stillschweigend mit der Einschränkung „unter Inanspruchnahme hoheitlicher Gewalt“ versehen⁹², die zitierte Entscheidung zum hessischen Wahlprüfungsgericht⁹³ sagt das nun ausdrücklich so. Die Norm erfasst bloß die Hoheitsgewalt, regelt aber nichts über „Privatgerichte“, und zwar weder positiv noch negativ.

Pointierter umformuliert⁹⁴: Konfliktlösung steht *nicht* unter Staatsvorbehalt, der staatliche Gerichtsschutz hat lediglich Auffangfunktion, es fehlt am Staatsmonopol! Die staatliche Rechtsordnung muss dann aber auch den maßgeblichen Rahmen vorbestimmen (und auch seine konsequente Einhaltung [staats-]gerichtlich überwachen), zumal wenn denn die Entscheidung bürgerlicher Rechtsstreite schon *traditionell* unter „Rechtsprechung“ fällt. Das schuldet der Staat nicht nur abstrakt seiner Rechtsordnung selbst, sondern nicht zuletzt auch konkret den jeweils beteiligten Bürgern, die beide kollidierende Grundrechte haben. Ihre Positionen sind schlussendlich verfassungskonform „auszutariieren“.

b) Schlussfolgerungen

aa) Schiedsgerichtsbarkeit. Die verfassungsrechtliche Diskussion um das Justizmonopol kehrt einfach-prozessual wieder bei der Umschreibung der Schiedsfähigkeit: Der Gesetzgeber der Neuregelung anerkannte hier m.E. ganz konsequent die Schiedsgerichtsbarkeit als „eine der staatlichen Gerichtsbarkeit im Prinzip [!] gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit“ und ordnete die wenigen Gesetzesvorgaben bezüglich mangelnder Schiedsfähigkeit (§ 1030 ZPO) als (Ausnahme-)Fälle ein, in denen „der Staat sich im Interesse besonders schutzwürdiger Rechtsgüter ein Entscheidungsmonopol [!] vorbehalten hat“⁹⁵. Das kann man kritisieren⁹⁶, sollte es jedoch akzeptieren. Es passt zum Bild, so wie es das Grundgesetz uns vorzeichnet.

⁹¹ BVerfGE 10, 200, 214 f.; ganz ähnlich dann BVerfGE 18, 241, 252 f. [C I „versus“ C II] (Berufsgerichte rheinland-pfälzischer Ärztekammern) u. BGHZ 53, 217, 220 (Rechtsstellung braunschweigischer Schiedsmänner).

⁹² Näher dazu siehe *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 63-68 mit S. 68/69 u. S. 71/72 – zugegeben mit z. T. konträren Schlussfolgerungen.

⁹³ Siehe das Zitat bei/mit Fn. 87.

⁹⁴ *Hoffmann-Riem*, JZ 1999, 421, 422 [B I] – a. A. *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten (2005), S. 18: insoweit staatlicher Verzicht.

⁹⁵ BT-Drs. 13/5274 S. 34 re.Sp. [2. Abs. zu § 1030], vgl. auch erg. S. 66 li.Sp.; genauso BGHZ 160, 127, 133/134 [II 3 b aa] = NJW 2004, 2898 – ähnlich unter altem Recht (§§ 1025 Abs. 1, 1025 a ZPO) bereits BGH NJW 1991, 2215, 2216 [4 a]; BGHZ 132, 278, 283 [II 4] = NJW 1996, 1753. Hierdurch endete die jahrelange Diskussion: MünchKomm/Münch, 3. Aufl., § 1030 ZPO Rn. 5 ff., 13 ff. m.umf.N.; *Schulze*, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO: Eine Betrachtung des Rechts der Schiedsfähigkeit nach der Schiedsverfahrensrechtsreform (2003), S. 23 ff.; *Papmehl*, Schiedsfähigkeit gesellschaftsrechtlicher Streitigkeiten (2001), S. 25 ff. Sehr punktuell aber neuerlich *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 143-146 einerseits, S. 148 ff. andererseits; vgl. auch erg. S. 402 f. (insbes. S. 402/403: „gleichwertige Rechtsschutzmöglichkeit ...“, sie ist kein Rechtsschutzsystem minderer Güte für weniger bedeutende Streitigkeiten“), vgl. auch erg. S. 402 f.

⁹⁶ So wie etwa *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 21 ff., insbes. S. 28-37 mit S. 38 f. mit S. 55, 73-75, 90, 95-97, 102-104, 105-108, 115-117, 120/121, 125-129 – freilich verfassungsrechtlich überhöht (und infolgedem zu weitgehend!), aber z. B. auch *K.H. Schwab*, FS Henckel (1995), S. 803, 813/814 [IV 1] u. *Voit*, JZ 1997, 120, 124 f. [IV-VI]. Siehe noch bei Fn. 99.

Insoweit bestehen einfach-rechtlich durchaus wirksame Kontrollmechanismen – präventive wie repressive. Der Gesetzgeber sorgt so dafür, dass rechtsstaatliche Grundsätze eingehalten werden, ohne in das Schiedsverfahren zu stark einzugreifen. Das betrifft die Verfahrensgestaltung, indes vor allem die Jurisdiktionsgrundlage (entsprechende – gültige – Schiedsbindung: §§ 1029-1031; 1032 Abs. 2, 1059 Abs. 2 Nr. 1 u. Nr. 2 a ZPO) und partiell den Entscheidungsinhalt (ordre-public-Verstoß? – § 1059 Abs. 2 Nr. 2 b ZPO). Allerdings tut rechtzeitige Parteiinitiative not – die Kontrollbehelfe sind nämlich regelmäßig fristgebunden, erst eine Zwangsvollstreckung erfordert explizite Erlaubnis (§§ 1060/1061 ZPO). Insoweit scheint die Balance geglückt, angenommen die Sonderstellung der Verbraucher, der letztlich mit lediglich § 1031 Abs. 5 ZPO etwas zu wenig Interesse zudedacht wurde⁹⁷.

Zu Recht hat daher das BVerfG – allerdings unter alter Rechtslage – ein echtes IHK-Schiedsgericht gänzlich unbeanstandet gelassen⁹⁸. Es würde unter neuem Recht nicht abweichend entschieden haben, denn die zentralen Koordinaten des Prozessrechts haben sich nicht derart grundlegend verändert. Dies übersehen jene, die jetzt stärkere Bedenken hegen⁹⁹, dies konzedieren indes offenerherzig andere, welche denn doch am Ende noch einige abwehrende Staatsvorbehalte zugestehen wollen¹⁰⁰. So erachtet man auch das geltende Schiedsverfahrensrecht herrschend als vollkommen grundgesetzsgemäß^{101,102}. Es gibt insoweit die brauchbare „Folie“ eines normativen „legislatorischen Gesamtrahmens“.

⁹⁷ *Quinke*, Börsenschiedsvereinbarungen und prozessualer Anlegerschutz (2005), S. 185 ff., insbes. S. 187-189, 201 ff., 233-240, 260 ff. mit SchiedsVZ 2007, 246, 252 f. bzw. *Wagner/Quinke*, JZ 2005, 932. Auffällig die Diskrepanz zur Rigidität betr. „Schiedsgerichte in Arbeitssachen“, näher dazu *Münch*, FS H.-J. Otto (2008), S. 327, 353 ff. [V].

⁹⁸ B.v. 10.12.1990 – 2 BvR 1050/88 – zitiert nach *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 66 (Fn. 351), u. *Geimer*, VIV-Reihe Bd. 7 (1994) S. 113, 124 (Fn. 51). Ebenso: BGHZ 65, 59, 61 [1 a] = NJW 1966, 109 sowie wohl schon BGH LM § 1025 ZPO/aF Nr. 8 (obiter) oder später dann BGHZ 106, 336, 338/339 = NJW 1989, 1477 (obiter); BAG NJW 1964, 268, 269 [2] = AP § 101 ArbGG Nr. 14.

⁹⁹ So wie etwa *Voit*, JZ 1997, 120, 124 f. [IV-VI] (§ 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO) mit S. 121 [III] (§ 1031 Abs. 1-4 ZPO) bzw. *Musielak/Voit*, § 1030 ZPO Rn. 1. Sowie vor allem *Hesselbarth*, Schiedsgerichtsbarkeit und Grundgesetz: (Teil-)Verfassungswidrigkeit des reformierten Schiedsverfahrensrechts (2004), S. 131 ff., insbes. S. 137-139, 163/164, 174, mit S. 119 ff., insbes. S. 122 f., 125, 126/127, 129 (§ 1030 Abs. 1 S. 1 ZPO), S. 175 ff., insbes. S. 184-187 bzw. S. 192-194 (§ 1031 ZPO), S. 201 ff., insbes. S. 215-217 (§ 1034 Abs. 2 ZPO) mit S. 223-225: (Teil-)Verfassungswidrigkeit mit Rückgriff auf § 1025 ZPO/aF – vgl. insoweit die Erwidrerung von *Prütting*, FS Schlosser (2005) S. 705. Ferner *Sachs/Detterbeck*, Art. 92 GG Rn. 29, aber z. T. auch *Lachmann* (3. Aufl. 2008): generell unbedenklich (Rn. 231), partiell problematisch (Rn. 230 mit Rn. 241 ff.).

¹⁰⁰ *Dreier/Schulze-Fielitz*, Art. 92 GG Rn. 49 mit Rn. 31 ff. (33) einerseits, Rn. 50 andererseits; *von Münch/Kunig/Meyer*, Art. 92 GG Rn. 3 (S. 582).

¹⁰¹ *Von Mangoldt/Klein/Starck/Classen*, Art. 92 GG Rn. 45; Hdb. StaatsR V (3. Aufl. 2007), Rn. 112.91 [*Wilke*]; *Hopfauf*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, vor Art. 92 GG Rn. 45 f.; *Jarass/Pieroth*, Art. 92 GG Rn. 6 (freilich recht offen gehalten); *Kissel*, § 13 GVG Rn. 213 ff.; *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR (16. Aufl. 2004), Rn. 173.1; *Zöller/Geimer*, vor § 1025 ZPO Rn. 4; *Stein/Jonas/Schlosser*, vor § 1025 ZPO Rn. 3; *Münch-Komm/Münch*, 3. Aufl., vor §§ 1025 ff. ZPO Rn. 4 f.; *Schütze* (4. Aufl. 2007), Rn. 7; *Schwab/Walter* (7. Aufl. 2005), Rn. 1.1; *Schilken*, GVR (4. Aufl. 2007), Rn. 33 mit Rn. 294; *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 16 ff. (17, 26); *Schulze*, Grenzen der objektiven Schiedsfähigkeit im Rahmen des § 1030 ZPO: Eine Betrachtung des Rechts der Schiedsfähigkeit nach der Schiedsverfahrensrechtsreform (2003), S. 35 f.; *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten (2005), S. 18; OLG München OLG R 2001, 234, 237 [III 4 c cc].

¹⁰² Wegen altem Recht siehe die Nachw. Fn. 98 zur Rspr. – ferner: Speziell verfahrensrechtlich: *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, ZPR (15. Aufl. 1993), § 171 I 1 (S. 1069); *Stein/Jonas/Schlosser*, vor § 1025 ZPO/aF Rn. 4;

bb) Mediationsbetätigung. Mediationstätigkeit umschiffte jene Klippe im Ansatz sehr plausibel: sie will keine formelle Spruchrichtertätigkeit ausüben, kein Rechtsprechungsakt sein, sondern allenfalls *Rechtspflege* verrichten. Zum Begriffsinhalt der „Rechtsprechung“ iSv. Art. 92 1. Halbs. GG zählt aber auf alle Fälle als notwendige Bedingung die verbindliche rechtliche Entscheidung¹⁰³, die hier fehlt. Es soll nichts entschieden werden – es gibt keinen autoritativen Richterspruch und auch keine Rechtsbindung. Das würde die Mediation geradezu ruinieren. Das gilt alles auch bei „gerichtsnahe“ Richtermediator¹⁰⁴. Bisher schon wurden die diversen *Schlichtungsverfahren* durchweg daher tatbestandlich immer ausgeklammert¹⁰⁵, erst recht sind *Mediationsverfahren* dann dementsprechend ohne Unterscheidung nach Rechtsstellung auch herauszunehmen¹⁰⁶. Hier hat sich gewissermaßen das „Entscheiden“ ins Nichts verflüchtigt. Zudem besteht immer nachfolgend die Möglichkeit, beim staatlichen Zivilgericht um Überprüfung nachzusehen.

Wieczorek/Schütze, § 1025 ZPO/aF Rn. 1; *MünchKomm/Maier*, § 1025 ZPO/aF Rn. 2; *Stürner*, FS F. Baur (1981), S. 647, 656 [II 3 d]; *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte (1992), S. 21 f. (§ 4 I); *Geimer*, *VIV-Reihe* Bd. 7 (1994), S. 113, 118 /119 [I C] mit S. 121/122 [I F] u. S. 148 f. [V] bzw. *Zöllner/Geimer*, § 1025 ZPO/aF (20. Aufl. 1997) Rn. 1; *Schwab/Walter* (5. Aufl. 1995), Rn. 1.1; *Schütze* (1991), Rn. 1.

Generell *verfassungsrechtlich*: *F. Baur*, JZ 1965, 162, 164 re.Sp. [II 1], aber vgl. auch Fn. 89; *Dütz*, *Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht* (1970), S. 238 ff., 241; *Vollmer*, *Satzungsmäßige Schiedsklauseln* (1970), S. 91 f. (§ 7 I); *Mauz/Dürig/Herzog*, Art. 92 GG Rn. 165 mit Rn. 145 u. 149 einer-, Rn. 167-169 andererseits; *BK/Achterberg*, Art. 92 GG Rn. 185-187; *AK/Wassermann*, Art. 92 GG Rn. 51 f.; *Schmidt-Bleibtreu/Klein* (8. Aufl. 1995), Art. 92 GG Bem. 6; *von Münch/Kunig/Meyer* (3. Aufl. 1996), Art. 92 GG Rn. 3 [2. Abs.]; *Hdb. StaatsR*, Rn. 73.78 (III S. 811 [*Bettermann*]) mit Rn. 153.12 (VI S. 1226 [*Papier*]).

¹⁰³ BVerfGE 7, 183, 188/189 [II 2] = NJW 1958, 97: „Es genügt festzuhalten, daß zu den wesentlichen Begriffsmerkmalen der Rspr. auf jeden Fall [!] das Element der Entscheidung gehört, der Feststellung und des Ausspruchs dessen, was Rechtens ist.“ Ebenso: BVerfGE 31, 43, 46 [III] = NJW 1971, 1308; BVerfGE 60, 253, 269/270 [C I 2 c aa] („vorrangig“ [?] – jedoch nur obiter) = NJW 1982, 2425; BVerfGE 103, 111, 137 [C II 1 b] = NJW 2001, 1048; NJW 2006, 2613 [25].

¹⁰⁴ ... welcher (Gerichts-?) *Verwaltungstätigkeit* ausübt: *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243, 3244 f. [II 2]; *Klose*, ZKM 8 (2005), 146, 147 f. [II]; *Walther*, DRiZ 2005, 127, 128 li.Sp. u. 129 re.Sp. [2.6] bzw. ZKM 8 (2005), 53, 55 mi. u. li. Sp. [III 1]; *Probst*, SchlHA 2005, 317, 320 re.Sp. [III 5] („wohl noch“); *Götz von Olenhousen*, DRiZ 2003, 396; *Ortloff*, ZKM 5 (2002), 199, 200 mi.Sp. [IV 1] mit NVwZ 2004, 385, 389 li.Sp. [V 2].

Anders (*Rechtsprechung!*) jedoch von *Bargen*, DVBl 2004, 468, 474 f. [IX]; *Löer*, ZKM 8 (2005), 182, 185/186 [III 2 b] mit S. 183 [I]; *Greger*, ZKM 6 (2003), 240, 244 mi. Sp. [4 b] mit *Zöllner/Greger*, § 278 ZPO Rn. 26 a – zweifelnd jüngst NJW 2007, 3258 f. [I] („nur noch partiell abgedeckt“); abl. *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 278 ZPO Rn. 2 [2. Abs.]: „gehört in den außerprozessualen, außergerichtlichen Bereich“.

Noch anders (*neue dritte Form*) wiederum *Pitschas*, NVwZ 2004, 396, 402 [IV 2 a]; *Spindler*, *Mediation* (2006), Rn. 18-20 bzw. *Volkmann*, *Mediation im Zivilprozess* (2006), S. 23 ff. – recht problematisch wegen § 4 Abs. 2 DRiG (spezielle Zuweisung notwendig!). Ganz unentschieden demgegenüber *Koch*, NJ 2005, 97, 100 f. [II 3 d] („entweder ... oder aber“) – das bewahrt dann allemal die Amtsverträglichkeit bzw. vermeidet ein mögliches Dienstvergehen.

¹⁰⁵ BAG AP § 111 ArbGG 1953 Nr. 1 [2] (Schlichtungsausschuss der Handwerksinnungen – jedoch dort zu Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG); *von Münch/Kunig/Meyer*, Art. 92 GG Rn. 9 (S. 589); *Sachs/Detterbeck*, Art. 92 GG Rn. 29 aE; *Hopfauf*, in: *Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Hopfauf*, vor Art. 92 GG Rn. 45; *Jansen*, Die außergerichtliche obligatorische Streitschlichtung nach § 15 a EGZPO (2001), S. 191 ff. (194-196).

¹⁰⁶ *Volkmann*, *Mediation im Zivilprozess* (2006), S. 25-27; *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243, 3243 [II 1 b]; wohl auch *von Münch/Kunig/Meyer*, Art. 92 GG Rn. 3 (S. 582); sehr ambivalent aber *Zöllner/Greger*, § 278 ZPO Rn. 26 a mit ZKM 6 (2003), 240, 244 mi.Sp. [4 b] einerseits, NJW 2007, 3258 andererseits, insbes. S. 3259 bzw. S. 3259/3260 [II], S. 3260 f. Sp. [III 3], S. 3262 [IV 3]).

Hier a. A. etwa OLG Rostock OLG R 2007, 159, 160/161 u. 336, 337/338 („originäre Rechtsprechungsaufgabe“ – „wenn selbstverständlich auch nicht als Spruchrichtertätigkeit“ [?]); OVG Greifswald JurBüro 2007, 136, 137; *von Bargen* DVBl 2004, 468, 474 [IX] mit S. 476/477 [X]: gehöre zum „Kerngeschäft“ der Justiz.

Allerdings: alsdann ist Gegenstand der Überprüfung ein anderer; nicht mehr der Streitfall *vor* der Mediation, vielmehr die erfolgte Abmachung *nach* der Mediation steht in Frage. Diese Besonderheit macht nachdenklich. Es geht außerdem trotz allem darum, potentielle Zivilverfahren von der Rechtsprechung fernzuhalten bzw. diese im (materiellen) Vorfeld („unstreitig“) zu lösen. Sobald der Staat nun Regeln verordnet, Mediation zu versuchen, und dadurch den regulären Zutritt zum Gericht erschwert, verlässt die Mediation das Reservat für vorjustizielle gesellschaftliche Selbstregulierung¹⁰⁷. Es hat also viel für sich, wenn wenigstens eine sorgfältige Überprüfung der Freiwilligkeit stattfindet¹⁰⁸, wenn man eine staatliche Willkürkontrolle abverlangt¹⁰⁹ und rudimentäre Verfahrensgarantien einfordert¹¹⁰. Das Zusatzelement des „Entscheidens“, das die Schiedsgerichtsbarkeit von den Mediationsverfahren grundsätzlich unterscheidet, ist unter diesem globaleren Aspekt vielleicht *insoweit* doch am Ende zu vernachlässigen.

3. Garantie gesetzlichen Richters

Zu diskutieren bleibt schließlich die einfachrechtlich (§ 16 S. 2 GVG) geregelte und verfassungsfest (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) gemachte Garantierung eines gesetzlichen Richters. Sie soll „der Gefahr vorbeugen, dass die Justiz durch eine Manipulation der rechtsprechenden Organe sachfremden Einflüssen ausgesetzt wird“¹¹¹. Geschützt sind hierdurch insbes. Objektivität, Neutralität und Sicherheit als Grundprinzipien des Rechtsstaates. Die präzise Umsetzung erfolgt vor allem durch die gesetzlichen Zuständigkeitsregeln (§§ 13, 23 ff., 71 f. GVG; §§ 12 ff. ZPO) und die präsidial im Vorhinein festgelegte, abstrakte Geschäftsverteilung (§§ 21 a ff. GVG).

Die Mediation entkommt ohne weiteres, neuerlich kraft Begriffs und Anliegen, jedem verfassungsrechtlich halbwegs begründeten Zweifel: sie ist entsprechend ihrem Selbstverständnis nur ein Empfangsraum, kein Gerichtssaal. Darauf legt sie großen Wert, selbst noch im Äußerlichen. Es soll nichts entschieden werden, es geht bewusst gerade bloß um Alternativen zur Entscheidung – Vermittlung, Einigsein, Versöhnung, Ausgleich, das sind hier die maßgebenden Schlagworte. Und dies legitimiert – im Bild geblieben – genauso das seitwärts angebaute Nebenzimmer des Richtermediators anstatt der vorgelagerten Empfangshalle. Fasst man eine Mediation als Zusatzweg („Alternativlösung“), ist von Verfassungen wegen nichts daran auszusetzen – es fehlt definitionsgemäß schon am „Entziehen“ eines Gerichtes. Wird Mediation aber gefordert („Vorschaltlösung“), so ist bloß dabei sicherzustellen, dass dann nur eine zeitweilige (Zugangs-)Erschwerung besteht bzw. insoweit Freiwilligkeit herrscht¹¹². Komplizierter scheint das dagegen für Schiedsgerichte.

¹⁰⁷ A. A. hier u. U. Hoffmann-Riem, JZ 1999, 421, 423 [C I] mit S. 424 f. [C IV].

¹⁰⁸ Von Mangoldt/Klein/Starck/Classen, Art. 92 GG Rn. 27.

¹⁰⁹ Von Münch/Kunig/Meyer, Art. 92 GG Rn. 3 (S. 582).

¹¹⁰ Von Mangoldt/Klein/Starck/Classen, Art. 92 GG Rn. 27.

¹¹¹ BVerfGE 95, 322, 327 [C I 1]. Anders der Ansatz bei BVerfGE 10, 200, 213 [C II]; 22, 49, 73 [D I].

¹¹² BVerfGE 10, 200, 213 [C II] (obiter); Preibisch, Außergerichtliche Vorverfahren in Streitigkeiten der Zivilgerichtsbarkeit (1982), S. 95/96.

Zur Begründung hat das BAG einerseits darauf abgestellt, gesetzlicher Richter sei auch der Schiedsrichter, er sei hier kraft §§ 1025 ff. ZPO quasi legitimes gesetzliches Substitut¹¹³. Das geht zu weit, steht doch der Schiedsrichter zweifellos außerhalb staatlichen Zugriffes – Gericht und Richter des Art. 101 Abs. 1 GG sind Träger dritter Gewalt und demnach Repräsentanten des Staates¹¹⁴. Das BAG hat andererseits aber einleuchtend den Parteiverzicht primär zugrundegelegt: „Wer sich selbst freiwillig der Schiedsgerichtsbarkeit unterwirft, handelt aktiv und fällt nicht unter die Passivform der erwähnten Verfassungsvorschrift.“¹¹⁵ Das ist ein Gesichtspunkt, der etwa für Prorogation, Derogation und rügeloses Einlassen (§§ 38-40 ZPO) als zugelassene prozessuale Disposition ebenfalls Geltung erheischt. Freiwilliges Entsagen und unerlaubtes Entziehen sind eben zweierlei¹¹⁶. Alles mündet somit wieder darin, die Freiwilligkeit entsprechend sicherzustellen und Fälle von besonderem Schutzbedürfnis auszuklammern (§§ 1029-1031 ZPO).

Schiedsgerichte könnten demgegenüber jedoch dem Verbot von Ausnahmegerichten (Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG bzw. § 16 S. 1 GVG) widerstreiten. Sie werden gemeinhin erst für den Fall besonders konstituiert (§§ 1034 ff. ZPO) – dies genau wird parteiseits zumeist als Vorteil empfunden, ja geradewegs angestrebt! Das gilt auch für administrierte Schiedsverfahren. Also unterfallen alle eigentlich der Definition¹¹⁷. Doch würde man damit dann gleichsam das Pferd vom Schwanz her aufzäumen, denn jenes Verbot ist nur Einzelausprägung aus dem Justizgrundrecht – und kann somit nicht weiter reichen als die allgemeinere Garantie gesetzlichen Richters¹¹⁸.

¹¹³ BAG NJW 1964, 268, 269 [2 b] = AP § 101 ArbGG Nr. 14 (Hilfsbegründung) – offenbar im Anschluss an *Bettermann*, Grundrechte III/2, S. 563 u. *Habscheid*, JR 1958, 361, 363; im Ansatz auch *K.H. Schwab*, FS Gaul (1997), S. 729, 735 f. [II 2 a].

¹¹⁴ *Poble*, SAE 1964, 79 [1 a]; *Schneider-Danwitz*, KTS 1965, 59, 60 f. [II 1]; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (2000), S. 57 f. m.w.N.; dazu ferner *Dütz*, Rechtsstaatlicher Gerichtsschutz im Privatrecht (1970), S. 236 f.

¹¹⁵ BAG NJW 1964, 268, 269 [2 b] = AP § 101 ArbGG Nr. 14 (Hauptbegründung), siehe auch schon LAG Hamburg DB 1962, 1702 li./re. Sp. (Vorinstanz); zust. BGHZ 65, 59, 61 [1 a] = NJW 1966, 109 u. BAGE 20, 79, 84 [I 4] = NJW 1968, 317.

¹¹⁶ *Werthauer*, NJW 1953, 1416 re. Sp.; *Habscheid*, JR 1958, 361, 363 [III 1 a]; *Schneider-Danwitz*, KTS 1965, 59, 61 f. [II 2]; *Sonnauer*, Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatlichen Gerichte (1992), S. 22 f. (§ 4 II); *Rapsch*, NVwZ 1993, 534, 537 [III 3 b] (zumindest im Grundsatz so); *Geimer*, VIV-Reihe Bd. 7 (1994), S. 113, 123 [II]; *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (2000), S. 59-62 m.w.N mit S. 68-71; *Ebbing*, Private Zivilgerichte (2003), S. 21; *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten (2005), S. 19; *Schilken*, GVR (4. Aufl. 2007), Rn. 294; *Lachmann* (3. Aufl. 2008), Rn. 235 ff., 238. Etwas anders *Poble*, SAE 1964, 79/80 [2 a]; *Vollmer*, Satzungsmaßige Schiedsklauseln (1970), S. 91 f. (§ 7 I 2) u. *BK/Achterberg*, Art. 92 GG Rn. 180 (allemaal keine Willkür); hier einschr. aber *Kiesow*, Die Vereinbarkeit des Schiedsgerichtswesens mit dem Grundgesetz (1962), S. 75-77 bzw. KTS 1962, 224, 231/232 [II 5].

¹¹⁷ Generell zum Begriff: BVerfGE 3, 213, 223 [B II 3 b]; 8, 174, 182 [B II 3 a]; 10, 200, 212 f. [C I].

¹¹⁸ So muß man wohl BAG NJW 1964, 268, 269 [2 b] = AP § 101 ArbGG Nr. 14 zutreffend verstehen: „Die vereinbarten Schiedsgerichte sind keine für den einzelnen Fall gebildeten Ausnahmegerichte“; genauso die Deutung bei *Geimer*, VIV-Reihe Bd. 7 (1994), S. 113, 121 [I E]; vgl. auch erg. *Poble*, SAE 1964, 79 [1 a] u. *Distler*, Private Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (2000), S. 71 f.

V. Zwittergebilde aus der Literatur

1. Das „staatliche Schiedsgericht“

Rolf Bender, der das sog. „Stuttgarter Modell“ propagierte und nicht zuletzt daher für seinen „kreativen“ Umgang mit geltendem Zivilprozessrecht bekannt wurde, hat 1976 schon als einen „Ausweg aus der Krise des Zivilprozesses“ – immerhin endend mit Fragezeichen – die Einrichtung von „staatlichen Schiedsgerichten“ anempfahlen¹¹⁹. Er schilderte zunächst umfassend die Ursachen des Symptoms¹²⁰: Verfahrensdauer, Kostenbarriere, Vormachtstellung der Sachverständigen – heute, dreißig Jahre hernach, hat sich das Bild letztlich wenig verändert. Das führte ihn sodann zur Schlussfolgerung, die „Gleichheit aller Verfahren [sei] ein ideologischer Popanz“, es gelte deswegen „ein Verfahren für den Durchschnittsfall zu entwerfen, das trotz drastischer Verringerung des Aufwandes zumindest ähnlich gute Ergebnisse erwarten lässt wie der herkömmliche Prozess.“ Konkret gesagt, hieß das¹²¹: Einschränkung der Rechtsförmlichkeiten einerseits, Abschaffung der Rechtsmittelinstanzen andererseits, und zwar für sog. „Durchschnittsprozesse“ (im Unterschied zu Prozessen „existentieller“ Bedeutung) – beide „ersetzbar durch Vertrauen in den Richter“.

Pate stand ihm dabei das Modell „Schiedsgericht mit freier Richterauswahl“. Die geübten Richter könnten die gemilderten Förmlichkeiten kraft ihrer Praxiserfahrung ausgleichen („Der Meister bricht die Form.“) und die Parteien mithin das nötige Vertrauen fassen. Neben ein *obligatorisches* Bagatellverfahren mit „Ausstiegsklausel“ bei persönlichen Problemen existentieller Bedeutung oder grundsätzlichen, allgemeinen Rechtsproblemen („opting-out-Modell“), trete ein *fakultatives* Normalverfahren aufgrund Parteieinigung („opting-in-Modell“) – und führe zu einem insgesamt fruchtbaren, ständigen „Popularitätswettbewerb“ mit der staatlichen Gerichtsbarkeit. Was dann dabei aber das ureigen „staatliche“ Element verkörpert, bleibt letztlich dunkel – offenbar die Herkunft des Personals aus der staatsseitig rekrutierten und sozialisierten Richterschaft und die Einbettung des Gerichts in die Ziviljustiz.

Die beiden Postulate – Entformalisierung und Rechtsmittelverzicht – sind inzwischen partiell umgesetzt, zwar nur beim amtsgerichtlichen Bagatellverfahren für Streitwerte bis 600 EUR (§ 495 a iVm. § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO¹²²) und mithin erheblich „niederschwelliger“ als Bender vorschlug, indes ohne dass es deshalb eines „Staatschiedsgerichts“ bedurfte hätte, aber wohl auch ohne Qualitätsmehring beim Gerichtspersonal. Der bevorstehende europäische (rein staatliche) Spezialprozess für grenz-

¹¹⁹ Rolf Bender, Das staatliche Schiedsgericht – ein Ausweg aus der Krise des Zivilprozesses?, DRiZ 1976, 193; vgl. auch erg. W. Gottwald, AnwBl 2000, 265, 270 [B II 3] einerseits, Prütting, AnwBl 2000, 273, 277 [IV 4] andererseits.

¹²⁰ A. a. O. S. 193-195.

¹²¹ A. a. O. S. 196 f.; vgl. auch erg. W. Gottwald, AnwBl 2000, 265, 266 [A I]: „Warum sollte man für diese Durchschnittsprozesse gewissermaßen das Rolls-Royce-Modell des Verfahrens bemühen?“

¹²² Noch strikter hier § 511 a Abs. 1 S. 1 ZPO/aF: allumfassender Rechtsmittelausschluss.

überschreitende Bagatellstreitigkeiten¹²³ zieht aber die Wertgrenze mit 2.000 EUR (Art. 2 Abs. 1 S. 1 Eu-Bag-VO) bereits um manches großzügiger, und dies trotz großer Widrigkeiten internationaler Sachverhalte, bleibt dafür aber den einzelstaatlichen Vorgaben allemal noch stärker verhaftet (Art. 19 Eu-Bag-VO). Man darf insoweit sehr gespannt sein, wohin die Reise geht und wie weit dabei die hier immer nötige, verfassungsgerichtliche „Duldungstoleranz“ reicht¹²⁴. Bisher kann § 495 a ZPO sich halten – allemal bei Mahnung zur gebotenen verfassungskonformen Auslegung und mit dem Hinweis auf Achtung verfassungsmäßiger – prozessualer – Mindeststandards.¹²⁵

Der *Bendersche* Vorschlag verwischte dazuhin die gewohnten Grenzen von Schieds- und Staatsgerichtsbarkeit, indem er zudem – übrigens nur nebenbei¹²⁶ – zwei zusätzliche „Systemdurchbrüche“ propagierte. Erstens, das Zuerkennen staatlicher Zwangsgewalt, einbegriffen die Titelwirkung, was echten Schiedsgerichten beides ermangelt (arg. § 1050 bzw. § 1060 ZPO); genügen solle dafür die Richterstellung des Entscheidenden als eine Art „Wirkungsreflex“ der Staatlichkeit. Dass dies immer aber ein bestimmtes Prozedere mit Garantien voraussetzt, wird offensichtlich wohl vernachlässigt. Zweitens, die Gestattung ausnahmsweiser Anfechtung bei „offenkundig ... schweren Rechtsfehlern“ oder Missbrauch des Ermessens. Das geht nun andersherum verblüffend weit hinaus über die normale staatsseitige Repressivkontrolle von mangelhaften Schiedssprüchen (§ 1059 Abs. 1/2 ZPO).

2. Das „private Zivilgericht“

Frank Ebbing hat 2003 daher sicher insgesamt konsequenter angesetzt, quasi den Spieß umgedreht und statt des staatlichen Schiedsgerichts ein „*privates Zivilgericht*“ als Alternativform auf Basis des Schiedsrechtes ins Spiel gebracht¹²⁷. Er versteht darunter eine besondere, *eigene* Mischform, nämlich einen Zwitter zwischen Staatsgerichten und Schiedsgerichten: „Private Zivilgerichte sind [zwar] Schiedsgerichte in qualifizierter Form“, aber eben eine „dritte Alternative“ neben der *alten* – oder besser wohl:

¹²³ VO (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.07.2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen (ABl EG L 199 S. 1), in Anwendung ab 01.01.2009. Die Einschränkung auf „grenzüberschreitende Rechtssachen“ (näher dazu bei Art. 3 Eu-Bag-VO: „Länderdivergenz“ von Wohnsitz und Klageort) war indes anfänglich – KOM (2005) 87 endg. – nicht vorgesehen.

¹²⁴ Sehr großzügig letzthin etwa BVerfG NJW 2007, 3486: „Klageabweisung“ trotz Beklagensäumnis (hier anders etwa Art. 18 Abs. 1 Buchst. a (i) iVm. Abs. 2 Eu-Bag-VO: „Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten“) – anders BayVerfGH NJW-RR 2001, 1647 (allein *formlose* Ladung!).

¹²⁵ *Thomas/Putzo/Reichold*, § 495 a ZPO Rn. 2; *Baumbach/Lauterbach/Hartmann*, § 495 a ZPO Rn. 1; *Bergerfurth*, NJW 1991, 961, 962 [II]; *Stollmann*, NJW 1991, 1719, 1720 [II 1]; *Fischer*, MDR 1994, 978; wohl auch *Musielak/Wittschier*, § 495 a ZPO Rn. 5 („Anforderungen an ein rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten“) bzw. *Stein/Jonas/Leipold*, § 495 a ZPO Rn. 4 (niemals Prozess „zweiter Klasse“). Wegen Rechtsstatsachen siehe *Rottleuthner*, NJW 1996, 2473.

¹²⁶ Unter der Überschrift: „Reduzierung der Kosten“ (a. a. O. S. 197 re. Sp.).

¹²⁷ *Frank Ebbing*, *Private Zivilgerichte* (2003), siehe vor allem S. 315 ff. – dazu: *Schliemann*, NJW 2004, 2579 f. Siehe aber auch schon das Plädoyer von *Nussbaum*, ZZP 42 (1912), 254, 257 f. u. 261-267, insbes. S. 265-267 für sog. „amtliche“ (vgl. S. 265/266) Schiedsgerichte der Handelskammern.

althergebrachten bzw. „herkömmlichen“ – Schiedsgerichtsbarkeit¹²⁸. Gemeint ist hierbei eine *neue* Institutionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit iSv. „privatwirtschaftlicher Gerichtsträgerschaft“¹²⁹ – die allerdings die §§ 1025 ff. ZPO zur rechtlich verbindlichen Legitimation benötigen. Sie markieren das Spielfeld, in dem sich die Akteure messen könnten. *Ebbing* entwickelt die Thematik mithin von vornherein schiedsverfahrensrechtlich¹³⁰, als eine Suche nach den „Möglichkeiten und Grenzen privater (schiedsgerichtlicher) Zivilrechtsprechung“ – so wie es konsequenterweise der Subtitel seines Werkes verheißt. Und er hat seine Gedanken auch umgesetzt: mit Gründung der Tenos AG, welche als Dienstleister alternative Zivilprozesse organisiert (<http://www.tenos.de>).

Herkömmliche Schiedsgerichte zeigten mancherlei Defizit, nicht bloß bei ad hoc individuell gebildeten Spruchkörpern, vielmehr auch bei permanenter Einrichtung oder institutioneller Betreuung, obgleich sie generell als staatsunabhängiges, eigenes Rechtsprechungssystem taugten¹³¹: abgeschwächte Rechtsbindung, sachlich eingeschränkte (Entscheidungs-)Befugnis und mindere Verbindlichkeit bzw. Durchsetzbarkeit des Spruchs – so lautet *Ebbings* zentrale Kritik. Diese Beurteilung fehlt. Die materielle Rechtsbindung wird unterstellt, nur kann sie eigens gelockert werden (§ 1051 Abs. 3 ZPO: „ausdrücklich dazu ermächtigt“); Bindungen im Verfahren sind umgekehrt aber minimiert (§ 1042 Abs. 1/2 „versus“ Abs. 4 ZPO: „nach freiem Ermessen“), insoweit die Parteien nichts Abweichendes regeln (§ 1042 Abs. 3 ZPO); die spätere Repressivkontrolle verhält sich jedoch dann genau andersherum: geringe materielle Prüfung (§ 1059 Abs. 1 Nr. 2 b ZPO: ordre-public-Verstoß?) bei gezielter Kontrolle auf Einhaltung des Verfahrens (§ 1059 Abs. 1 Nr. 1 d ZPO). Just das öffnet die ersehnte prozessuale Flexibilität. Was sodann die angeblich beschränkte Kognition angeht, so ist diese einfach Folge der parteiautonom (vorher-)bestimmten Schiedsbindung (§ 1029 Abs. 1 ZPO: „in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis“) und geradezu natürliche Prämisse jeglicher schiedsrichterlicher Entscheidungsmacht (§ 1059 Abs. 1 Nr. 1 c ZPO). Und auch bei Verbindlichkeit (§ 1055 ZPO: „Wirkungen eines rechtskräftigen gerichtlichen Urteils“) und Vollstreckung (§ 1060 Abs. 1 ZPO) schlägt das Gesetz die Brücke ins normale Staatsverfahren und schafft die Möglichkeit zur Zwangsanwendung.

Offen bleibt, wieso gerade *diese* angeblichen Funktionsdefizite auszumerzen wären, indem man dafür nur aktuellere Trägerschaft bzw. Gestaltungen entwickelt – es geht gerade hier um die Funktionsgarantie effizienter Schiedsgerichte. Später gesteht *Ebbing* denn letztlich auch freimütig, es sei weniger ein vermeintlich dysfunktionales Schiedsrecht die kausale Ursache für die geringe rechtstatsächliche Wirkung der Schiedsgerichtsbarkeit, als vielmehr mühselige Probleme praktischer Handhabung

¹²⁸ A. a. O. S. 8.

¹²⁹ A. a. O. S. 317 f.

¹³⁰ A. a. O. S. 29 („Schiedsverfahrensrecht [als] Grundlage jeder privaten Zivilrechtsprechung“) mit S. 57 („herkömmliche Schiedsgerichtsbarkeit als der derzeit einzig praktizierten Form privater Zivilrechtsprechung“).

¹³¹ A. a. O. S. 58 ff.

(erstaunlich geringe Bekanntheit, Konstituierungsproblematik, keinerlei Verwaltungsapparat vorhanden etc.), welche hemmend wirken¹³². Er setzt daher nicht am Inhalt oder Ablauf an (scil. der „Rechtsprechungsfunktion“ der Schiedsgerichtsbarkeit), sondern zielt auf einen Aufbau perpetuierter Formen¹³³, ähnlich der Gerichtsverwaltung staatlicher Gerichtsbarkeit, welche die sachlichen und persönlichen Voraussetzungen für das Funktionieren der Rechtsprechung im Innenverhältnis organisatorisch sicherstellt¹³⁴.

Bezeichnend berührt er beide klassischen Unterarten jeder Gerichtsverwaltung¹³⁵: die Errichtung des Apparats (privates Wirtschaftsunternehmen in Rechtsform einer Aktiengesellschaft¹³⁶) und die Aufsicht der Ausführung (Kammeraufsicht als generalisierende *externe* Qualitätssicherung¹³⁷, *interne* Kontrolle mittels Ablaufüberwachung¹³⁸ [„Fachaufsicht“] und Oberschiedsgericht¹³⁹ [„Rechtsaufsicht“]). Kritisch wird dies freilich, sobald und soweit es die Konstituierung des Schiedsgerichts (§§ 1034/1035 ZPO), seine Neutralität (§§ 1036/1037 iVm. § 1039 ZPO) und Funktionalität (§ 1038 iVm. § 1039 ZPO) berührt: dies ist (gerichts-)organisatorisch quasi vorab sicherzustellen (und zwar bleibend bzw. abstrakt-generell), jedoch im Grunde auch ein Regelungsgegenstand des Schiedsverfahrensrechts (dort nur einmalig bzw. individuell-konkret pro Fall). Damit sind beide Bereiche unentrinnbar gekoppelt. *Ebbing* behilft sich hier dadurch, dass die Streitparteien ihr Ernennungsrecht auf die Institution „Privates Zivilgericht“ übertragen, das geeignete Personen heranzieht: „Diese Schiedsrichter bilden gleichsam die ‚Richterschaft‘ des privaten Zivilgerichts. Ihre Entscheidungszuständigkeit erhalten sie im Einzelfall für das konkrete Verfahren. Die Durchführung des Verfahrens erfolgt sodann in enger Kooperation zwischen dem privaten Zivilgericht und den ernannten Schiedsrichtern.“¹⁴⁰ Das jedoch birgt die große Gefahr, Formen und Inhalt ineinander zu vermischen (Stichwort: „interne Kontrolle“) – trotz verbaler Verwahrung: „den Schiedsrichtern [bleibe] die Verfahrenshoheit.“¹⁴¹ Drängt sich nicht eher hierzu der alte Satz auf: „wessen Brot ich ess, dessen Lied ich sing“?

Die *Ebbingsche* Offerte verschleiert also letztendlich manches. Schiedsinstitutionen herkömmlicher Ausgestaltung (wie z. B. die DIS oder ICC) liefern im Übrigen – je nach Anlage – heute gleichfalls schon logistische Hilfe. Von daher scheint fraglich, ob wirklich das gesetzliche Leitbild *grundlegend* geändert ist¹⁴² und eine vollkommen

¹³² A. a. O. S. 315-317.

¹³³ A. a. O. S. 318 mit S. 317/318 („Ausgestaltung“) sowie vor allem S. 323 f. („Verfahrensorganisation“).

¹³⁴ M. Wolf, GVR (6. Aufl. 1987), § 6 I 1 (S. 53).

¹³⁵ M. Wolf, GVR (6. Aufl. 1987), § 6 I 1 a/b (S. 54 f.).

¹³⁶ A. a. O. S. 319-321.

¹³⁷ A. a. O. S. 321/322 mit S. 381-384.

¹³⁸ A. a. O. S. 324.

¹³⁹ A. a. O. S. 335 mit S. 336; § 14 MuSchO (S. 346/347).

¹⁴⁰ A. a. O. S. 322 f. (Zitat S. 322) mit S. 316 f. Zur Konstituierung des Schiedsgerichts §§ 5-7 MuSchO (S. 341).

¹⁴¹ A. a. O. S. 324; § 3 MuSchO (S. 339) u. § 25 [Satz 3] MuSchO (S. 351/352).

¹⁴² A. a. O. S. 317/318.

neue, *qualifizierte* Form vorliegt¹⁴³. Das Bedürfnis dafür erscheint mir¹⁴⁴ noch nicht so recht dargetan. Mag sich auch der Versuch, das Projekt in eine formulierte Verfahrensordnung umzusetzen¹⁴⁵, durchaus recht gefällig lesen, so gibt es doch de lege ferenda noch diverse *Desiderate*¹⁴⁶. Allemal zeigt indes die Untersuchung, dass bei den Schiedsgerichten ungenutzte Potentiale schlummern, nicht bloß was *Minderung von Formalisierung* und *Förderung von Privatisierung* anbelangt. Denn man darf nicht einfach übersehen, dass dies forensisch (keineswegs aber unbedingt auch ökonomisch) die Schiedsgerichtsbarkeit behutsam an mittlere und kleinere Streitigkeiten heranführt. Gleichzeitig erlaubt die flexible Gestaltung des eigenen Verfahrens, Konfliktentscheid ([richterlich] „gefundener“ Wortlaut, § 1052 ZPO) und Konsensvermittlung ([partei-seits] „vereinbarter“ Wortlaut, § 1052 ZPO), nicht zuletzt durch Mediation¹⁴⁷, geschickt zu verbinden.

VI. Europäisch vorgegebene Richtlinienregelungen

1. Ausgangslage

Nach Vorarbeiten der Kommission¹⁴⁸, vor allem dem Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht von 2002¹⁴⁹ und dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen von 2004¹⁵⁰, hat der Rat der europäischen Justiz- und Innenminister am 28.02.2008 nun abschließend einen Gemeinsamen Standpunkt festgelegt, und zwar auf Grundlage einer mit dem Europaparlament ausgehandelten Kompromissfassung; diesem Text¹⁵¹ hat kurz darauf dann am 23.04.2008 das Europäische Parlament erwartungsgemäß ohne Einschränkungen zugestimmt, und er ist inzwischen auch amtlich verkündet (ABl EG L 136 S. 3-8). Die Mediations-Richtlinie ist demzufolge am 13.06.2008 in Kraft getreten (Art. 13 Med-RiLi) und muss spätestens bis zum 20.05.2011 umgesetzt sein (Art. 12 Abs. 1, 1. Halbs. Med-RiLi).

¹⁴³ A. a. O. S. 8 u. S. 318.

¹⁴⁴ Selbst mit Blick auf S. 11-16 einerseits („Zielsetzung“), S. 372-378 andererseits („Tauglichkeit“).

¹⁴⁵ A. a. O. S. 337 ff.

¹⁴⁶ A. a. O. S. 325 ff.: „Ausgangspunkt ... ist die Vorstellung des Bestehens privater Zivilgerichte als feste Institution innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit. ... [aber:] ... Weitere Reformen hinzugedacht, wäre eine erheblich funktionalere Schiedsgerichtsbarkeit das Ergebnis.“ (S. 381).

¹⁴⁷ A. a. O. S. 325 f. mit S. 333 f.

¹⁴⁸ Näher dazu *Mayr/Weber*, ZfRV 2007, 163, 165-169 [B 2-4].

¹⁴⁹ Kommissions-Grünbuch vom 19.04.2002 – KOM (2002) 196 endgültig.

¹⁵⁰ Kommissions-Vorschlag vom 22.10.2004 – KOM (2004) 718 endgültig [2004/0251 (COD)] bzw. BR-Drs. 870/04 = SchiedsVZ 2005, 41 (Endentwurf) bzw. ZKM 7 (2004), 149 f. (Vorentwurf). – Näher dazu siehe: *Eidenmüller*, IDR 2005, 1 u. SchiedsVZ 2005, 124; *Pitkowitz*, ZKM 8 (2005), 68, 69-71 [IV] u. SchiedsVZ 2005, 81, 82-88 [II]; *Althammer*, JZ 2006, 69, 75 [VI]; *Mayr/Weber*, ZfRV 2007, 163, 169-178 [C/D].

¹⁵¹ Vorlage vom 28.02.2008 – 15003/5/07 REV 5 JUSTCIV 301 CODEC 1225 – vom Rat verabschiedet [28.02.2008], von der Kommission gebilligt [07.03.2008]: KOM (2008) 131 endgültig [2004/0251 (COD)].

Jene Richtlinie setzt insgesamt voraus, dass zugleich Privatautonomie obwaltet. Es fehlt an jenem Axiom für Mediation im Hinblick auf Rechtspositionen „über die die Parteien nach dem einschlägigen anwendbaren Recht nicht verfügen können“ (Art. 1 Abs. 2 S. 1, 2. Halbs. Med-RiLi bzw. Erwägungsgrund 10 S. 3). Dabei ist vor allem an familien- und arbeitsrechtliche Ansprüche gedacht. Das hält auch den „Schulterabschluss“ mit dem Verfassungsrecht.

Eindeutig erklärtes Motiv ist, einen besseren Zugang zum Recht (oder besser wohl: Rechtsschutz) zu schaffen (Erwägungsgrund 2 bzw. Art. 1 Abs. 1 RiLi¹⁵²), und zwar sowohl für gerichtliche wie außergerichtliche Verfahren in Zivil- und Handelssachen (Erwägungsgrund 5), indes bloß für inhereuropäische – grenzüberschreitende – Streitigkeiten (Erwägungsgrund 8 bzw. Art. 1 Abs. 2 S. 1, 1. Halbs. iVm. Art. 2 Med-RiLi). Diese Einschränkung fehlte ursprünglich, wurde dann auf Veranlassung des Parlamentes eingefügt, nicht aber aus Kompetenzbedenken¹⁵³ – genau anders herum sollte vermieden werden, „dass die Entwicklung der Mediation als Alternative zur Rechtsprechung in den Mitgliedsstaaten behindert wird“¹⁵⁴. Man setzt dabei recht gezielt auf einen aktuellen Trend und auf Wettbewerb, ein Kräftespiel von klassischer Rechtsprechung und einer Art mediativer Rechtspflege. Hier soll und wird eine Rückwirkung auf nationales Prozessrecht sicherlich nicht ausbleiben.

2. Begriffsbildung

Zentrales Element der aktuellen Fassung, das auch die nationale Diskussion dauerhaft beeinflussen dürfte, ist der legislatorische Versuch begrifflicher Klärung, was Mediation ist (Art. 3 Med-RiLi). Angesichts des § 1 Abs. 1 ZivMediatG [A] überrascht insoweit nichts wirklich. Drei Kennzeichen sind fundamental:

- die *Strukturiertheit* des Verfahrens, wobei Einzelheiten dieser Rahmenstruktur jedoch geflissentlich offenbleiben;
- die *Steuerung* von Seiten des Mediators (lit. a Abs. 1 S. 1: „mit Hilfe“; lit. b: „auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise“), der wohl beide Rollen haben kann, eine rein passive oder eine aktive;
- die *Freiwilligkeit* des Abschlusses, nicht aber unbedingt auch der Entscheidung, den Versuch zur Einigung zu wagen.

¹⁵² Näher dazu *Mayr/Weber*, ZfRV 2007, 163, 164 f. [B 1]. Verklausuliert die EU-Kommission in der Mitteilung vom 07.03.2008 KOM (2008) 131 endgültig [2004/0251 (COD)], S. 2 [2] („Ziel der vorgeschlagenen Richtlinie ist es, aktiv den Einsatz der Mediation zu fördern und für ein gesundes Verhältnis zwischen Mediation und Gerichtsverfahren zu sorgen, um auf diese Weise den Zugang zur alternativen Streitbeilegung zu erleichtern und die gütliche Beilegung von Streitigkeiten zu unterstützen.“) mit S. 3 [3 aE].

¹⁵³ BT-Drs. 870/04 (Beschluss) S. 1 f. (Ziff. 1 mit Ziff. 3).

¹⁵⁴ Stellungnahme des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres für den Rechtsausschuss vom 23.6.2005 – PE 357.668v02-00 – S. 3 [Verfasser: *Johannes Blokland*]. Anders im Ansatz der Rechtsausschussbericht vom 22.03.2007 – A6-0074/2007 – S. 3 [Verfasser: *Arlene McCarthy*], ähnlich indes die (Grund-)Tendenz: „Außerdem muss Mediation flexibel sein, um effektiv zu sein. Jeder Versuch, Mediation zu ‚reglementieren‘, könnte ihre Entwicklung hemmen.“ Dazu nun auch die Mitteilung vom 07.03.2008 KOM (2008) 131 endgültig [2004/0251 (COD)]: „akzeptiert ... im Interesse eines Kompromisses“ (S. 2/3 [3]).

Das Ziel ist klar: endgültige Streitbeilegung durch freiwillige Parteieinigung – ob die Parteien allerdings zu verhandeln beginnen, mag selbst entschieden, gerichtlich vorgeschlagen bzw. angeordnet oder gesetzlich vorgeschrieben sein (Art 3 lit. a Abs. 1 S. 2 iVm. Art. 5 Med-RiLi – enger indes § 1 Abs. 1 ZivMediatG [A]).

Die Richtlinie vermeidet fachliche Vorgaben für Mediatoren, sondern setzt auf *Selbstregulierung* mit Verhaltenskodizes und Bildungsangeboten (Art. 4 Med-RiLi)¹⁵⁵; wenig beachtet gibt es etwa schon einen Europäischen Verhaltenskodex¹⁵⁶. Ob man aber alles dem freien Kräftefeld der Märkte überlassen sollte¹⁵⁷ – es geht zweifelsohne um neue (Beratungs-)Märkte: „marktgestützte Lösungen“ (Erwägungsgrund 17 S. 1), aber allemal nicht zuletzt auch „marktgerechte Lösungen“ (Rechtsausschussbericht S. 25 aE) –, das darf man doch nachhaltig bezweifeln. Hier haben wohl das österreichische Gesetz und auch das niedersächsische Modell mit der Möglichkeit staatlicher Anerkennung (als eine Art „Gütezeichen“ – nicht etwa als „Einlasskarte“ oder gar als eine vorgeschriebene Akkreditierung) das bessere Fingerspitzengefühl gezeigt. Dies sollte für sich allein schon jeder misslichen, befürchteten „Versteinierung“ vorbeugen. Weitergehend schafft man der breiten Öffentlichkeit Aufklärungsmöglichkeiten (Art. 9 Med-RiLi) und verlangt vom rechtssuchenden Publikum *Selbstinformation* über die Form der entscheidenden Kontaktaufnahme¹⁵⁸ – genauso ein Modell des Marktes!

3. Problemfelder

Zentrales Problem bleibt immer das Verhältnis von Mediations- und Gerichtsverfahren bzw. von alternativer und traditioneller Streitbeilegung. Dazu bemüht sich die Richtlinie – getreu selbstgewählten Worten – um ein „ausgewogenes Verhältnis“ (Art. 1 Abs. 1 aE Med-RiLi). Erfasst werden externe („freiberufliche“) wie interne („gerichtsnahe“) Mediationsverfahren (Art. 3 lit. a Abs. 2 S. 1 Med-RiLi), nicht aber die mögliche Gütebemühung des sachbefassten Gerichts (Art. 3 lit. a Abs. 2 S. 2 Med-RiLi – somit die Fälle des § 278 Abs. 5 S. 1 und 2 ZPO). Ausschlaggebend ist dement-

¹⁵⁵ Siehe auch die Entschließung des EU-Parlamentes vom 12.03.2003 zum Kommissions-Grünbuch [P5 TA(2003)0084 Ziff. 4], ABl 2004 C 61 S. 256, 258.

¹⁵⁶ ZKM 7 (2004), 148 f. (englische Originalfassung) bzw. Med.-Rep. 8/2004, S. 3 (deutsche Übersetzung): Kompetenz und Ernennung; Unabhängigkeit und Unparteilichkeit; Mediationsvereinbarung, Verfahren, Mediationsregelung und Vergütung; Vertraulichkeit. Hierzu z. B. *Mähler*, ZKM 7 (2004), 151; *Pitkowitz*, SchiedsVZ 2005, 81, 88-90 [III].

Ferner: Empfehlung 2001/310/EG der Kommission über die Grundsätze für an der einvernehmlichen Beilegung von Verbraucherrechtsstreitigkeiten beteiligte außergerichtliche Einrichtungen vom 04.04.2001 (ABl EG L 109 S. 56): Unparteilichkeit, Transparenz, Effizienz, Fairness.

Ähnlich zuvor bereits Empfehlung 1998/257/EG der Kommission betreffend die Grundsätze für Einrichtungen, die für die außergerichtliche Beilegung von Verbraucherstreitigkeiten zuständig sind vom 30.03.1998 (ABl EG L 115 S. 31): Unabhängigkeit, Transparenz, kontradiktorische Verfahrensweise, Effizienz, Rechtmäßigkeit, Handlungsfreiheit, Möglichkeit der Stellvertretung im Verfahren.

¹⁵⁷ Aber vgl. auch EWSA-Stellungnahme vom 09.06.2005, ABl EG C 281 S. 1, 2/3 [3.3 u. 3.4] mit S. 3/4 [4.3].

¹⁵⁸ Vgl. auch erg. Art. 1 Abs. 1 Med-RiLi mit einer Trias aus: erleichtern, fördern, anhalten; wegen „Ausgleichung“ siehe anschließend VI 3.

sprechend, ob der gesetzliche Richter prozessual bereits aufgetreten ist (Einzelheiten: Erwägungsgrund 12). Ausgenommen sind gleichfalls Nachverhandlungen, Schiedsverfahren und Schlichtungsakte, Schiedsgutachten (Erwägungsgrund 11)¹⁵⁹ – insoweit mangeln Drittmithilfe bzw. Parteiherrschaft (Erwägungsgrund 13). Zustimmend ist anzumerken, dass die Richtlinie – gleichsam dem Motto der Mediation gehorchend – im Verhältnis beider zueinander auf Kooperation statt Konfrontation abzielt¹⁶⁰. Der Parteienzugang zum Gerichtssystem hat schlussendlich ungehindert offenzustehen (Art. 5 Abs. 2 Med-RiLi¹⁶¹).

Regelungsbedürftig ist insbesondere die Aufeinanderfolge von Mediationsverfahren und Gerichtsverfahren. Zwei Fälle sind dabei grundsätzlich zu unterscheiden: bei *erfolgloser Mediation* ist sicherzustellen, dass erworbene Information vertraulich verbleibt (Art. 7 Abs. 1 mit lit. a Med-RiLi) und dass inzwischen keine Verjährung eintritt (Art. 8 Med-RiLi). Letzteres löst sich einfacher (§ 203 BGB), ersteres ist diffizil. Denn es nützt am Ende wenig, für Mediatoren Zeugnisverweigerungsrechte vorzusehen, solange der spätere Prozessgegner die erlangten Informationen anderweit doch für sich verwenden kann. Dies ist wohl die Krux der entformalisierten, „rechtsfreien“ Gesprächsrunden¹⁶² – man erleidet u. U. die negative Konsequenz im nachhinein.

Demgegenüber ist bei *erfolgreicher Mediation* den Parteien die Vollstreckung zu ermöglichen (Art. 6 Med-RiLi). Die Regelung verlangt insoweit schriftlichen Konsens (Abs. 1 S. 1) und rechtliche Bindung (Abs. 1 S. 2). Der Vorbehalt rechtlicher Kontrolle ist explizit zu begrüßen, wenn er denn so – nämlich als Kontrolle des Rechtsgrundes – nur überhaupt zu verstehen ist. Bezüglich der Umsetzung sollte man jedoch das Modell des Schiedsspruches mit vereinbartem Wortlaut (§ 1053 ZPO) meiden, der zudem mit Rechtskraft wirkt (§ 1055 ZPO), genügt doch als Vorbild der vollstreckbare Anwaltsvergleich (§§ 796 a-c ZPO), der sich nach einer Wirksamkeitskontrolle (§ 796 a Abs. 3 ZPO) auf die Herbeiführung der erstrebten Titelwirkung (§ 794 Abs. 1 Nr. 4 b ZPO) beschränkt. Am simpelsten wäre allerdings sicher, die gerichtliche Beurkundungszuständigkeit für vollstreckbare Urkunden (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) wiederzubeleben und insoweit das notarielle Beurkundungsmonopol zurückzunehmen. Nur würde damit die präventive Vorprüfung einer repressiven Kontrolle auf Vollstreckungsabwehrklage hin (§ 797 Abs. 4 iVm. § 767 ZPO) leider weichen müssen.

¹⁵⁹ Aber vgl. auch EWSA-Stellungnahme vom 09.06.2005, ABl EG C 281 S. 1, 2 f. [3.5 mit 3.2].

¹⁶⁰ Dazu vgl. etwa Erwägungsgrund 7 („Rahmenregeln ..., in denen insbesondere die wesentlichen Aspekte des Zivilprozessrechts behandelt werden“) „versus“ Erwägungsgrund 17 („Mediation sollte nicht als geringwertige Alternative zu Gerichtsverfahren ... betrachtet werden“).

¹⁶¹ Vgl. auch erg. Art. 10 iVm. Art. 3 Abs. 2 lit. a bzw. Erwägungsgrund 21 PKH-RiLi 2002/8/EG des Rates vom 27.01. 2003 (ABl EG L 36 S. 41).

¹⁶² Eher resignierend hier Erwägungsgrund 23: „Mindestmaß an Kompatibilität“. Siehe andererseits indes BT-Drs. 870/04 (Beschluss) S. 4 (Ziff. 6).

VII. Zusammenfassung und Schlussbemerkung

1.

Schiedsgerichtsbarkeit (§§ 1025-1066 ZPO) ist traditionell vom Prozessrecht akzeptierte private *Streitentscheidung* mit Rechtskraftwirkung. Mediation will umgekehrt eine autonome *Streitbefriedung* erreichen: die Parteien versuchen insoweit, auf freiwilliger Basis unter – äußerlicher / inhaltlicher – Anleitung eines Dritten („Mediator“) eine rechtsverbindliche Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu entwickeln.

2.

Das Aufkommen der Mediation in den USA hängt nicht zuletzt mit den Unzulänglichkeiten des amerikanischen Zivilprozesses zusammen.

Doch neuerdings hört man auch schon die Klage, warum so viele vertragsrechtlichen Streitigkeiten aus der staatlichen Gerichtsbarkeit verschwinden. Obwohl die Flucht aus der (Zivil-)Justiz ein case-law-System am Ende eher ins Mark trifft, muss man auch bei uns gewärtig sein, was man hier verlieren kann.

Das könnte langfristig den deutschen Zivilprozess schädigen. Er schützt nicht nur subjektives, sondern bewahrt zudem objektives Recht!

3.

Die aktuellen Angebote sog. „gerichtsnahe“ Mediation mag man als praktischen Beitrag des Staates zur dauerhaften Änderung des Streitverhaltens in der Gesellschaft begrüßen. Auf Dauer scheint das keine Kernaufgabe staatlicher Justiz. Besser wäre es, der Staat würde die Richterinnen und Richter gründlicher auf die forensische Praxis vorbereiten (Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Kommunikationskompetenz etc.).

4.

Der Justizgewährungsanspruch lässt dem Prozessgesetzgeber noch ein Gestaltungsersparnis: Gerichte müssen „das *letzte* Wort“ sprechen, nicht auch immer „das *erste* Wort“ haben.

Konfliktlösung steht nicht unter Staatsvorbehalt, Rechtsprechung ist kein Staatsmonopol! Die staatliche Rechtsordnung muss dann aber den maßgeblichen Rahmen vorbestimmen (und auch seine konsequente Einhaltung [staats-]gerichtlich überwachen). Das Recht der Schiedsgerichtsbarkeit liefert dafür gute Vorlagen.

Das Prinzip des gesetzlichen Richters garantiert Objektivität, Neutralität und Sicherheit als Grundprinzipien des Rechtsstaates. Sie sind bei „Privatisierung“ anderweit sicherzustellen.

5.

Erwägenswert erscheint der österreichische (aber z. T. auch: europarechtliche) Versuch, das Berufsbild „Mediator“ inhaltlich zu entwickeln. Reflexwirkungen dieser

Qualitätsoffensive sind steigende Nachfrage von Seiten der Bürger und spürbare Entlastung auf Seiten der Gerichte. Das führt zu einem Lösungsweg mit – staatsseits behutsam regulierter – Marktorientierung, ohne dass aber die Rechtspflege hier „ausgehungert“ würde.

Immerhin darf man sehr gespannt sein, wie denn die europäischen Anforderungen, seien dies nun schlichte nachbarliche Vorbilder oder aber maßgebende EU-Rechtsakte, bei uns legislatorisch verwirklicht werden. Ich möchte in diesem Zusammenhang nur ergänzend darauf hinweisen, dass in der Regierungserklärung der Passus enthalten war, „zur weiteren Entlastung der Gerichte sollen die Möglichkeiten für eine vorgerichtliche Schlichtung mehr genutzt werden“ – zitiert ist wohlgermerkt die Aussage *Helmut Kohls* vom Mai 1983¹⁶³, also vor fast einem Vierteljahrhundert! Doch hat sich inzwischen vieles weiterentwickelt. Nach einem sicher schleppenden Anfang im Inland scheinen die Zeiten für vor- und außergerichtliche Schlichtung als Alternative zur Ziviljustiz derzeitig offenkundig günstiger als jemals vorher. Immer gilt es, dabei auch staatliche Grenzen für private Gestaltung (mit) anzudenken.

---

¹⁶³ Vgl. DRiZ 1983, 235.

Anlage 1

Erscheinungsformen „privatisierter“ Streitbeilegung				
Alternative Dispute Resolution [ADR] Außergerichtliche Streit-Beilegung [„ASB“]				
<i>ohne</i> Drittbeteiligung (unassisted negotiation)	<i>mit</i> Drittunterstützung (assisted negotiation)			
„Diskussion“	Moderation	Mediation	Schiedsverfahren / arbitration	
negotiation	facilitation	mediation	non-binding arbitration	binding arbitration
Parteien bleiben „ganz unter sich“ [uU mit RA]	<i>passiver</i> Dritter „Betreuer“	<i>aktiver</i> Dritter „Vermittler“	<i>aktiver</i> Dritter Schlichter	<i>aktiver</i> Dritter [Schieds-] Richter
- Konfliktvermeidung - informelle Diskussion - (Nach-) Verhandlung	<i>formale</i> Verfahrensleitung OHNE <i>materielle</i> Einflußnahme auf Einigungsinhalt	<i>formale</i> Verfahrensleitung UND <i>materielle</i> Einflußnahme auf Einigungsinhalt	Entscheidungsvorschlag, den die Parteien <i>nach</i> Kenntnis akzeptieren können	Streitentscheidung, die die Parteien <i>vor</i> Kenntnis schon akzeptiert haben
Einigungsakt, den die Beteiligten selbstverantwortet miteinander entwickeln	Einigungsakt, den die Beteiligten „äußerlich angeleitet“ miteinander entwickeln	Einigungsakt, den die Beteiligten „inhaltlich angeleitet“ miteinander entwickeln	Vergleichsvorschlag, den alle Beteiligten „guten Gewissens“ akzeptieren können	Schiedsurteil = Ausspruch, der die Parteien rechtskräftig (§ 1055 ZPO) bindet
verhandeln, besprechen, erörtern, konferieren	(neutrale und unparteiische) Vermittlung zum „Mittelweg“		ausgleichen, vermitteln, versöhnen, „ins reine“ bringen	(neutrales, unparteiisches) Urteilen nach Rechtslage
<u>praktische Anwendungsfälle:</u>				
intuitives Verhandeln: kompetitiv; konfrontativ	gerichtsintern / gerichtsnah: Staatsrichter als Mediator		arbeitsrechtliche Kollektivstreitigkeiten	Gelegenheitsschiedsgericht: ad hoc nach Parteiabreden
rationales Verhandeln: konstruktiv; kooperativ	gerichtsextern / gerichtsfern: Mediator nach Parteiwahl		bürgerlich-rechtliche Individualstreitigkeiten	institutionalisiertes Schieds- gericht: fix nach Vorgaben

Anlage 2

Ziviljustiz und Mediation	
Richten	Schlichten
durch Dritten, autoritative Kompetenz	durch Dritten, argumentative Kompetenz
der Richterspruch gilt kraft Gesetzes	der Schlichterspruch gilt kraft Annahme
Entscheidung	Mediation
Beharren auf Positionen / Ansprüchen	Verhandeln über Interessen / Wünsche
retrospektiver Blick auf die Vergangenheit ⇒ Geschehenes	prognostischer Blick in die Zukunft ⇒ Geschehendes
prosaisches Finden von (alten) Lösungen ↳ Gesetzeslage; Drittverantwortung	kreatives Suchen nach (neuen) Lösungen ↳ Parteiwertung; Eigenverantwortung
Bindung an Gesetz und Recht ↳ Rechtsanwendung	keine „Gesetzesunterworfenheit“ ↳ Rechtsverwendung
Alles-oder-Nichts „Nullsummenspiel“	Kompromisslösung „win-win-Situation“
Konfrontation ⇒ Gegensätze	↑ Autonomie Kooperation ⇒ Gemeinsamkeiten ↳ Akzeptanz
Konflikt ⇒ Rechtslage ⇒ Urteil	Konflikt ⇒ Interessenlage ⇒ Lösung
Verfahren Unterworfensein Regelhaftigkeit Öffentlichkeit	Verfahren Freiwilligkeit Formlosigkeit Vertraulichkeit
Unparteilichkeit	Allparteilichkeit
Richter als Staatsgewalt („Herr“)	Mediator als Dienstleister („Knecht“)
(1) Streitbegründung: Klage (2) Vorbereitung (3) mündliche Verhandlung I (4) Beweisaufnahme (5) mündliche Verhandlung II (6) Streitentscheidung: Urteil	(1) Vorbereitung ⇒ Grundlagen (2) Information (3) Ermittlung der Interessen (4) Lösungswege (5) Bewertung der Lösungen (6) Beendigung ⇒ Vereinbarung
Vergleichen	Mediation
Richter hilfsweise als „Entscheider“	bloß „Moderation“ ohne Entscheidung
Eigeninteresse (Erledigungszahl) Zeit- und Erledigungsdruck	Fremdinteresse (Einigungsziel) ... ... bei letztlich weniger Zeitdruck
Orientierung am Streitgegenstand	Konsensbemühung im Gesamtkonflikt
juristische Kompetenz allmähliche forensische Erfahrung	spezifische Fachkunde anfängliche psychologische Kompetenz
Öffentlichkeit	Vertraulichkeit