

Schriften zum Prozessrecht

Band 172

Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren

Von

Roman Köper



Duncker & Humblot · Berlin

ROMAN KÖPER

Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren

Schriften zum Prozessrecht

Band 172

Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren

Von
Roman Köper



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen
hat diese Arbeit im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

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

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme: Salignow Verlagsservice, Berlin

Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0582-0219

ISBN 3-428-10988-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 

*Meinen Eltern
Rainer und Christa Köper*

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Sommersemester 2002 als Dissertation angenommen.

Zu Dank bin ich in erster Linie meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Fritjof Haft verpflichtet, der mich durch Anregungen zu dem Thema unterstützt hat. Damit verbunden ist auch ein Dank an Herrn Dr. Jörg Eisele, der mir nicht nur organisatorische Hilfestellungen gab, sondern auch jederzeit ein motivierendes Wort für mich parat hatte. Herrn Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Meinen Eltern schulde ich nicht nur Dank für die Durchsicht des Manuskripts, sondern auch für die uneingeschränkte Unterstützung während meines Studiums und der Promotion.

Einen Dank möchte ich zudem richten an Herrn Referendar John Christian Dous, Herrn Jörg-Nikolas J.-A. Rödger, Herrn Referendar Mario Nöll und Frau Referendarin Incoronata Cruciano, die mir während der Arbeit zu diesem Thema Mut zur Weiterarbeit gegeben, aber auch ausreichend Ablenkung verschafft haben.

Herrn Referendar John Christian Dous danke ich darüber hinaus auch für die Durchsicht des Manuskripts.

Tübingen, im Juli 2002

Roman Köper

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	13
I. Problemstellung	13
II. Erkenntnisinteresse	14
III. Gang der Darstellung	15
B. Mediation als außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren	16
I. Entwicklung der Mediation und Abgrenzung zu anderen ADR-Methoden	16
II. Der Begriff der Mediation in dieser Arbeit	18
III. Vorteile der Mediation	18
1. Wertschöpfende Lösungen	19
a) Nachteile des Anspruchsdenkens	19
b) Interessenbezogenes Verhandeln	20
c) Zukunftsbezogenheit	21
d) Kompromisslösungen	22
2. Selbstbestimmung und erlebte Gerechtigkeit	23
a) Ergebnisgerechtigkeit	23
b) Verfahrensgerechtigkeit	24
aa) Verfahrensgerechtigkeit im gerichtlichen Verfahren	24
bb) Verfahrensgerechtigkeit in der Mediation	25
c) Ergebnis	26
3. Erhalt der Parteibeziehungen	26
4. Zeit- und Kostenersparnis	27
5. Niedrige Eintrittsschwelle	28
6. Höhere Befolgungsrate	29
IV. Kritik	29
V. Verfahrensablauf	31
1. Eröffnungs- und Einführungsphase	31
2. Bestandsaufnahme und Themensammlung	32
3. Kernphase	33
a) Interessenfindungsphase	33
b) Lösungsfindungsphase	34
c) Probleme	35
aa) Probleme im Rahmen einer „Shuttle Diplomacy“	36
bb) Das Verhandlungsdilemma als Grundproblem	37
cc) Lösung	38
4. Schlussphase	39
C. Vom Normensystem zum Verhandlungssystem	40
I. Abkehr vom „Recht als Unterwerfungsanordnung“	40
1. Notwendigkeit eines Wandels	41
a) Steuerungsversagen als Problem	41
aa) Allgemeine Betrachtung der möglichen Ursachen	41

bb)	Das theoretische Erklärungsmodell von Teubner	43
cc)	Kritik an der Annahme einer Steuerungsunfähigkeit	43
b)	Einbeziehung der Normadressaten als Lösung?	45
aa)	Selbststeuerungspotential auf Seiten der Normadressaten	45
bb)	Übergang zur indirekten Steuerung	46
c)	Fazit	48
2.	Entwicklungstendenzen	48
a)	Entwicklung des persönlichen Konfliktverhaltens	48
aa)	Der strafprozessuale Deal	49
bb)	Das Aushandeln im Bereich des Zivilrechts	50
(1)	Die zivilrechtliche Privatautonomie	50
(2)	Auswirkungen dieser Entwicklungen auf Staatsebene	52
(3)	Ergebnis	53
b)	Entwicklungstendenzen auf Staatsebene	54
aa)	Der „kooperative Staat“	54
bb)	Beispiele	55
3.	Zwischenergebnis	57
II.	Notwendigkeit der Aufgabe des traditionellen Rechtsbegriffs?	57
1.	Rechtsbewusstsein	58
a)	Veränderungen im Rechtsbewusstsein?	59
b)	Bedenken	61
aa)	Vorhandensein indisponiblen Rechts	61
bb)	Erwartungshaltung der Bürger	62
cc)	Geschriebenes Recht als Rückhalt in Verhandlungen	64
c)	Zwischenergebnis	66
2.	Objektive Gründe	67
a)	Das Verhältnis von „Normensystem“ und „Verhandlungssystem“	67
aa)	Exklusivitätsverhältnis?	67
bb)	Notwendigkeit eines subjektiven Normensystems	68
cc)	Zusammenfassung	71
dd)	Auswirkungen	72
b)	Sonstige objektive Gesichtspunkte	72
aa)	Verfassungsrechtliche Bedenken	72
(1)	Fehlende Legitimation des Willensbildungsprozesses	73
(2)	Justizgewährungsanspruch	74
bb)	Funktionalitätsgründe	75
III.	Ergebnis	75
D.	Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren	76
I.	Rechtsanwendung in der Mediation	77
1.	Entrechtlichung eines Konflikts	78
a)	„Selbstgesetztes Recht“ als Leitlinie	78
b)	Wirkungslosigkeit des Rechts?	79
c)	Verhinderung optimaler Verhandlungslösungen	80
aa)	Gefahr der Verengung des Konflikts	80
bb)	Stellungnahme	83
2.	Verrechtlichung eines Konflikts	84
a)	Macht- und Fairnesskontrolle durch Einbeziehung des Rechts	84
aa)	Machtkontrolle durch Recht auch in der Mediation?	85

(1) Mindeststandard durch Schranken der Privatautonomie	85
(2) Weitergehende Machtkontrolle?	86
(3) Ergebnis	88
bb) Machtkontrolle durch umfassende objektive Ergebniskontrolle	88
(1) Neutralität des Mediators	89
(2) Bedeutung der Interessen der Parteien	91
(a) Zulässigkeit einer objektiven Bewertung von Mediationsergebnissen?	91
(b) Vorrang der Parteiinteressen	92
(c) Einschränkung zu Gunsten von Drittinteressen?	93
(d) Ergebnis	95
cc) Machtkontrolle durch fairnessfördernde Elemente	96
(1) Recht als fairnessförderndes Element	96
(2) Mögliche Problemkreise	99
dd) Stellungnahme	101
ee) Alternativen	101
b) Rechtsfrieden	102
c) Normen als „Schatzkammer“	103
d) Vorteile einer rein gesetzesorientierten Lösung	105
e) Stellungnahme	106
3. Gesamtergebnis zur Rechtsanwendung	107
II. Rechtsverwendung in der Mediation	108
1. Recht als Gestaltungsmittel für ein Ergebnis	108
2. Recht als Zulässigkeitsgrenze	109
3. Recht als Verfahrenssicherung	109
III. Zusammenfassung zur Rolle des Rechts	110
E. Einarbeitung der Ergebnisse in das Verfahrensmodell	111
I. Rechtsanwendung	111
1. Problemlage bei theoretischer Betrachtung	111
a) Bedeutung des Zeitpunktes der Einbeziehung	111
aa) Gefahr des Verlustes der Vorteile	112
bb) Gefahr einer nachträglichen Belastung der Verhandlungen	112
cc) Ermittlung und Sicherung der Ausstiegsoption	113
b) Ergebnis	114
2. Die Situation in der Praxis	114
3. Lösung	115
a) Einführung des Rechts durch den Mediator	115
b) Inhaltliche Auseinandersetzung mit dem Recht	117
4. Ergebnis	118
II. Rechtsverwendung	119
III. Zusammenfassende Modelldarstellung	120
F. Schlussbemerkung	122
Literaturverzeichnis	123
Sachverzeichnis	133

A. Einleitung

Die Mediation hat in Deutschland in den letzten fünf Jahren erheblich an Bedeutung gewonnen. Inzwischen ist sie nicht nur in einer Vielzahl von Lebensbereichen präsent, sondern gerade auch in einem Großteil der Rechtsgebiete. Zu nennen sind hier neben dem allgemeinen Zivilrecht (v. a. dem Familienrecht) nur das Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht, Verwaltungsrecht, Insolvenzrecht und der Gewerbliche Rechtsschutz. In jedem dieser Gebiete hat damit auch eine intensive wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Mediation begonnen.

Einen solchen gebietsspezifischen Ansatz verfolgt diese Arbeit jedoch nicht. Sie soll sich vielmehr mit den Grundlagen und allgemeinen Fragen der Mediation auseinandersetzen, wobei der Blick vor allem auf deren Verfahren gerichtet sein wird. In den jeweiligen Einsatz(rechts-)gebieten mögen dann aufgrund der dortigen Besonderheiten gegebenenfalls geringfügige Modifikationen an diesen Grundlagen nötig sein.

I. Problemstellung

Das Verhandeln, welches die Grundlage außergerichtlicher Konfliktlösungsverfahren ist, genießt als vermeintlich bloßes „Feilschen“ allgemein einen schlechten Ruf.¹ In der Praxis stellt sich im Zusammenhang mit der Mediation nun das Problem, dass der oft synonym zur Mediation verwandte Begriff der „außergerichtlichen Streitbeilegung“ den Parteien mit der Vermeidung eines Gerichtsprozesses eine Abkehr vom Recht als bekanntem Entscheidungsmaßstab suggeriert. Viele Bürger stehen deshalb der außergerichtlichen Streitbeilegung eher skeptisch gegenüber².

Auch die beteiligten Anwälte sehen die Gefahr, dass ihre Kompetenz in juristischen Fragen in dem als diffus empfundenen Mediationsverfahren nicht mehr gebraucht werde. Dies könne sich ihrer Ansicht nach nicht nur zum Schaden der leicht zu manipulierenden Mandanten auszuwirken, sondern auch einen eigenen Honorarverlust befürchten lassen.

Aus diesem Grund hängt die Akzeptanz der Mediation in der Praxis auch von der Bedeutung ab, die das Recht in einem solchen Mediationsverfahren hat.³ Zumeist

¹ Siehe *Haft*, in: Köbler, Festschrift für Söllner, S. 391/392.

² *Ponschab*, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 97.

³ *Risse*, BB 1999 Beil. 9, 1 ff.

wird es als formale Größe eines Regelwerks gesehen und erscheint somit mit dem Gedanken eines ausgehandelten Ergebnisses unvereinbar. Daraus resultiert die Befürchtung, dass bei einem Wechsel vom gerichtlichen Verfahren zu einer verhandlungsorientierten Streitbeilegungsform für den vorliegenden Konfliktfall alle Vorteile des Rechts verloren gehen würden. Denjenigen, die aus diesen Gründen der Mediation eher skeptisch gegenüber stehen, kann durch eine Aufklärung in diesem Bereich vielleicht die Angst vor der außergerichtlichen Streitbeilegung genommen werden.

II. Erkenntnisinteresse

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem Verhältnis von Mediation und Recht innerhalb des Mediationsverfahrens und versucht zu klären, ob und gegebenenfalls wann und wie das traditionelle Recht, welches sich in Form der gesetzlichen Normen darstellt, in die Mediation mit einbezogen werden soll. Dabei wird es jedoch nicht so sehr um die rein zukunftsgerichtete Rolle des Rechts bei der Ausgestaltung des abschließenden Vergleichsvertrags gehen. Es soll vielmehr die Frage im Vordergrund stehen, inwieweit das geschriebene Recht eine Rolle bei der Bewältigung des Konflikts selber spielt, also im Rahmen seiner – auch vergangenheitsbezogenen – Aufarbeitung. So mag auf der einen Seite der Gedanke an ein von diesen abstrakt-generellen Normen losgelöstes Verfahren seinen Reiz entfalten. Auf der anderen Seite darf jedoch nicht übersehen werden, dass unser tägliches Leben sehr weit von Normen durchdrungen ist, weshalb ein solches, vom Recht gelöstes Verfahren, ernsthaften Bedenken begegnen könnte.

Die aus der Beantwortung dieser Frage gewonnenen Erkenntnisse können helfen, in der Praxis das Mediationsverfahren optimal auszugestalten und dem Recht eine eindeutige, möglicherweise begrenzte, Rolle zuzuweisen. Dadurch besteht zum einen die Hoffnung, dass die oben beschriebenen Zweifel in der Praxis überwunden werden. Zum anderen ließe sich auf diese Weise die Mediation zu einem tragfähigen und akzeptablen Konfliktlösungsmodell ausgestalten, indem sie das Zusammenspiel von Recht und Verhandeln zum Wohl der Konfliktparteien optimiert. Da nach der Problemstellung gerade die Anerkennung solcher Verfahren durch die Bürger von Bedeutung ist, beschränkt sich diese Arbeit auf die Untersuchung der Rolle des Rechts in Mediationsverfahren zwischen Privaten.

Die Vorteile einer solchen Umgestaltung des Mediationsverfahrens aufzuzeigen, ist auch sinnvoll. Denn die Form und Struktur einer Mediation ist nicht zwingend vorgegeben, sondern kann vielmehr durch die Beteiligten verändert werden. Dabei sind hier vor allem die Mediatoren gefragt, deren Einstellung zu diesem Verfahren und deren Ausbildung einen wesentlichen Einfluss auf die Struktur des bevorstehenden Mediationsverfahrens haben.⁴

⁴ *Waldman*, 1 Va. J. Social Policy & Law, 89.

III. Gang der Darstellung

Zunächst soll in Teil B auf allgemeine Grundsätze der Mediation eingegangen werden. Hierzu gehört die Darstellung von Zielen und Vorteilen der Mediation im Vergleich mit anderen Konfliktlösungsverfahren, die für das später zu untersuchende Problem nach dem Verhältnis zum Recht relevant werden.

Bevor sich dann jedoch die eigentliche Frage nach der Rolle des Rechts im Mediationsverfahren stellt, ist in Teil C zunächst ein Problem anzusprechen, welches diesem Punkt vorgelagert ist. So tritt die außergerichtliche Streitbeilegung womöglich nicht nur neben das gerichtliche Verfahren mit seinem traditionellen Recht, sondern markiert eventuell den Beginn eines Wandels in der Rechtskultur. Durch eine Verbreitung von Verhandlungslösungen könnte sich ein Wandel im Rechtsbewusstsein vollziehen, der derart ausgehandelte Ergebnisse über die von der Rechtsordnung vorgegebenen stellt. Es ist dann zu fragen, ob ein solches System von abstrakt-generellen Normen für die Zukunft überhaupt noch Bestand haben kann. Dies darf jedoch nicht dahingehend missverstanden werden, dass es dabei um das Aufgeben des Rechts an sich geht, hin zu einer rechtlosen Gesellschaft. Vielmehr gilt es zu untersuchen, ob nicht im Rahmen dieser Entwicklung das traditionelle Normensystem einem anderem System, z. B. einer kooperativen Selbststeuerung, weichen muss. In einem solchen Fall würde die Frage nach der Rolle des gesetzlich normierten Rechts in dem Mediationsverfahren an Bedeutung verlieren.

In Teil D wird es dann konkret um das Problem gehen, welche Rolle das Recht im Mediationsverfahren spielen soll. Hier wird der Schwerpunkt – wie oben bereits erwähnt – auf der Frage liegen, inwieweit das geschriebene Recht bei der Aufarbeitung des Konflikts Beachtung finden muss. Dies läuft auf die Untersuchung nach den Vor- und Nachteilen einer Entrechtlichung bzw. Verrechtlichung von Konflikten hinaus, was wiederum in engem Zusammenhang mit der Frage nach den Funktionen des Rechts steht.

Im Anschluss daran soll der Vollständigkeit halber noch kurz die Verwendung des Rechts im Rahmen der Abschlussvereinbarung dargestellt werden, bei der es also um die zukunftsgerichtete Umsetzung der von den Parteien erarbeiteten Vereinbarung geht.

Zum Schluss der Arbeit wird in Teil E die Antwort auf die oben aufgeworfene Frage nach der Rolle des Rechts im Mediationsverfahren in ein praxistaugliches Konfliktlösungsmodell umgesetzt, in welchem alle wichtigen, vorher erörterten Punkte Beachtung finden.