

Alternative Streitbeilegung

Beiträge der Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Centrums für Verhandlungen und Mediation (CVM) an der Ludwig-Maximilians-Universität, München

von

Prof. Dr. Horst Eidenmüller, Dr. Michael C. Frege, Dr. Andreas Hacke, Prof. Dr. Andreas Nelle, Dr. Jürgen Reul, Jörg Risse, Dr. Anke Sessler

Dr. Horst Eidenmüller is Professor of Civil Law, German, European and International Corporate Law at the Ludwig-Maximilians-University Munich. With 13 contributions of eminent scholars in the field of contract law and dispute resolution.

1. Auflage

[Alternative Streitbeilegung – Eidenmüller / Frege / Hacke / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Schiedsgerichtsbarkeit, Streitschlichtung, Mediation](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 62062 1

Rechtmäßigkeit oder gar der Verfassungsmäßigkeit einer gesetzlichen Begründung von Mediationspflichten werden in der allgemeinen ADR-Euphorie nicht gestellt. Dabei lohnt sich die Frage, ob eine Pflicht zur Mediation mit dem Grundgesetz vereinbar ist.¹³

Die nachfolgende Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von § 15 a EGZPO folgt dem klassischen Schema: Eingriff in ein Grundrecht, Rechtfertigung des Eingriffs durch ein legitimes Regelungsziel, Verhältnismäßigkeit zwischen Eingriffstiefe und Schutz des Regelungsziels.

Wenn ein Bürger zur Zwangsmediation verpflichtet wird, greift dies in den Justizgewährungsanspruch ein, der für privatrechtliche Streitigkeiten aus dem Rechtsstaatsprinzip des Artikels 20 Grundgesetz folgt. Denn der Bürger muss jetzt erst Zeit und Kosten aufwenden, bevor er seinen Konflikt einer richterlichen Prüfung zuführen kann und so Rechtsschutz erhält. Für den Rechtsuchenden wird es in aller Regel teurer und langwieriger werden, einen Vollstreckungstitel zu erhalten, wenn er sich in dem Mediationsverfahren nicht mit der Gegenseite einigt.

Aufgrund welches Regelungsziels wird in das Grundrecht eingegriffen? Im Zusammenhang mit der Zwangsmediation des § 15 a EGZPO werden im Wesentlichen zwei Regelungsziele genannt: Die Entlastung des Justizhaushalts und die streitbefriedende Funktion eines Mediationsverfahrens. Bei näherem Hinsehen sind jedoch beide Regelungsziele problematisch:

In den Gesetzesmaterialien zu § 15 a EGZPO heißt es: „Die Verlagerung der Konfliktregelung von den Gerichten auf alternative Streitschlichtungsstellen dient nicht nur der Entlastung der Justiz.“¹⁴ „Nicht nur“ heißt dabei wohl nichts anderes als „aber ganz vorrangig“. Der Gedanke, die Justiz durch eine Mediationspflicht zu entlasten, klingt gut, ist aber nicht überzeugend. Denn wenn der Staat durch das Rechtsstaatsprinzip des Artikel 20 Grundgesetz die Verpflichtung hat, eine funktionierende Justiz vorzuhalten, kann er sich von dieser Pflicht nicht mit dem Argument befreien, die Erfüllung dieser Pflicht sei schlicht zu teuer.

¹³ Ausführlich und kritisch dazu: *Risse*, in: Festschrift für Richard Haase, 2007, 309 ff.

¹⁴ Bundestagsdrucksache 14/980, 5.

Grundrechtsschutz würde zu einer arg kleinen Münze, wenn er unter dem Generalvorbehalt der Finanzierbarkeit stünde. Daran ändert auch das Argument nichts, die Mediationspflicht gelte ja nur für Bagatellfälle, damit den Richtern mehr Zeit für die wichtigen Fälle bleibe. Für einen finanziell schlecht gestellten Rentner mag der Streit um das fleckige neue Sofa subjektiv die gleiche Relevanz haben, die ein Großunternehmen einem Lizenzstreit beimisst. Entscheidend ist insoweit, dass der Justizgewährungsanspruch aus Artikel 20 Grundgesetz ein Individualgrundrecht verkörpert, das dem Einzelnen nicht mit dem Argument genommen werden darf, nur so lasse sich eben dieses Grundrecht für die anderen Grundrechtsträger besser gewährleisten. Übersetzt heißt das: Wenn jedermann das Recht auf ungehinderten Zugang zur Justiz hat, darf man dieses Recht nicht für Bagatellkläger beschneiden, damit die Großkläger dann auf weniger belastete Richter treffen.

Erstaunlicherweise hat das Bundesverfassungsgericht¹⁵ dies einmal anders gesehen und apodiktisch festgestellt: „*Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung.*“¹⁶ Auch dieser Grundgedanke klingt zunächst einleuchtend: Es ist besser, sich mit der Gegenseite gütlich zu einigen, statt um Kleinbeträge jahrelange Prozesse mit entsprechendem Geld- und Nerven aufwand zu führen. Es fördert eine bessere Streitkultur in der deutschen Gesellschaft, wenn wir endlich wieder miteinander reden, statt uns vor Gerichten die Köpfe einzuschlagen. Etwas pathetischer hat das der Gesetzgeber bei der Einführung von § 15 a EGZPO formuliert: „*Konsensuale Lösungen können darüber hinaus in manchen Fallgestaltungen eher dauerhaften Rechtsfrieden stiften als eine gerichtliche Entscheidung.*“¹⁷ So gut dies alles auch klingt, ignoriert wird aber ein zentrales Problem: Bei diesem Begründungsansatz definiert der Staat für den Bürger, welches Streitbelegungsverfahren denn zu seinem Besten sei. Dieses Den-

¹⁵ Zu § 15 a EGZPO: BVerfG Beschl. v. 14.2. 2007, Az. 1 BvR 1351/01 = NJW-RR 2007, 1073 ff.

¹⁶ BVerfG Beschl. v. 14.2. 2007, Az. 1 BvR 1351/01 = NJW-RR 2007, 1073, 1074.

¹⁷ Bundestagsdrucksache 14/980, 5.

ken, der Staat weiß am besten, was für seine Bürger gut ist, ist das Denken des alten preußischen Polizeistaates. Es ist ganz sicher nicht das Leitbild des Grundgesetzes, das vom selbstbestimmten und deswegen auch selbstbestimmenden Individuum ausgeht, das seine Entscheidung selber treffen kann und dafür gerade keine typisch wohlfahrtsstaatlichen Direktiven braucht. Wenn der Bürger von seiner Rechtsposition völlig überzeugt ist und sein Recht durchsetzen will, kann man ihm nicht entgehenhalten, es sei doch zu seinem Besten, sich zu vergleichen.

Wie wenig der Gesetzgeber selbst davon überzeugt ist, dass die Mediationspflicht der „Ausöhnung“ dient, zeigt sich im Übrigen darin, dass er die Mediation ja nur für Bagatellstreitigkeiten vorschreiben will. Warum aber der Vergleich bei Großkonflikten einen geringeren Wert haben soll als bei Bagatellstreitigkeiten, ist nicht erkennbar. Die Grundrechtsprüfung ergibt bereits an dieser Stelle, dass ein Mediationszwang nicht verfassungsgemäß ist: Es gibt einfach kein legitimes Regelungsziel dafür, dass der Staat durch eine Mediationspflicht in das Zugangsrecht des Bürgers zur Justiz eingreift.

4. Die Perspektive der Richter

Die Frage „Sind Vergleiche gut?“ lässt sich, losgelöst von der verfassungsrechtlichen Sicht, auch aus der richterlichen Perspektive beantworten. Rolf Stürner, damals noch Privatdozent in Tübingen, hat dazu ausgeführt:

„Schlichten ist besser als Richten“ – diese sprichwörtliche Weisheit nehmen viele Richter außerordentlich ernst und begreifen die gütliche Beilegung eines Rechtsstreits als oberstes Ziel all ihrer Bemühungen; das Streit entscheidende Urteil ist in ihren Augen die Notlösung für den Fall, dass der Versuch gütlicher Einigung fehlschlägt und der Richter seine „Friedensaufgabe“ nicht erfüllen kann.“¹⁸

Die Anhaltspunkte dafür, dass diese Einschätzung zutrifft, sind zahlreich. Eine Studie zu den Auswirkungen der ZPO-Re-

¹⁸ Stürner, Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, Deutsche Richterzeitung 1976, 202.

form¹⁹ ergab, dass die Zahl der streitig entschiedenen Urteile in erster Instanz rückläufig ist, während die Zahl der durch Prozessvergleich erledigten Verfahren wächst.²⁰ In Bayern beispielsweise ist die Zahl der erstinstanzlichen Verfahren, die vor den Landgerichten durch einen Vergleich beendet werden, bereits höher als die durch streitiges Urteil entschiedenen.²¹ Das ist gar kein Vorwurf an die Richter, schreibt ihnen § 278 ZPO doch explizit vor, in jeder Lage des Rechtsstreits auf eine gütliche Einigung hinzuwirken. Doch Kritik ist auch hier angezeigt:

Erstens ist es frappierend, dass die Zivilprozessordnung in § 278 gerade einen Paragraphen der richterlichen Vergleichstätigkeit widmet, während sich die verbleibenden über 1000 Paragraphen der Streitentscheidung widmen. Wenn es wirklich Hauptaufgabe des Richters sein soll, Vergleiche zu fördern, müsste die ZPO umgeschrieben werden.

Zweitens ist bei einer strikt juristischen Betrachtung jeder Vergleichsvorschlag dogmatisch bedenklich, kann er doch eigentlich nur ein ungerechtes Ergebnis herbeiführen. In aller Regel besteht ein rechtlicher Anspruch, oder er besteht eben nicht. Jeder Vergleich spricht dem Kläger also entweder einen Anspruch zu, den er eigentlich nicht hat, oder aber er verkürzt den

¹⁹ *Hommerich/Prütting*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis – Evaluation ZPO-Reform – im Auftrag des Bundesministeriums der Justiz, Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse der Untersuchung, 2006.

²⁰ Im Jahr 2004 wurden bei den Amtsgerichten 17,9% der Verfahren durch streitiges Urteil entschieden, während es im Jahr 2000 noch 21,8% waren; bei den erstinstanzlichen Verfahren vor Landgerichten waren es 23,9% gegenüber dem Jahr 2000 mit 27,9% streitigen Urteilen. Im Verhältnis dazu wurden im Jahr 2004 17,6% der Verfahren vor den Amtsgerichten bzw. 21,5% vor den Landgerichten durch Vergleich beendet, wo es im Jahr 2000 noch 9,9% der Verfahren vor den Amtsgerichten und 13,1% vor den Landgerichten waren (*Hommerich/Prütting*, Zusammenfassung der zentralen Ergebnisse der Untersuchung, S. 3).

²¹ Bei den erstinstanzlichen Verfahren vor den bayerischen Landgerichten im Jahr 2006 wurden 14 919 durch streitige Urteile entschieden und 18 488 durch Prozessvergleich beendet (*Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, 2007, Fn. 8).

klägerischen Anspruch ohne inhaltliche Rechtfertigung. Nur an ganz wenigen Stellen erlaubt das deutsche Recht eine vermittelnde Lösung, etwa durch den Einbezug von Mitverschulden oder unter Berücksichtigung unscharfer „Treu und Glauben“-Gesichtspunkte nach § 242 BGB. Vergleiche begründen also Ungerechtigkeit.

Drittens provozieren Richter durch ihre vergleichsfreundliche Haltung bei erfahrenen Konfliktparteien folgende Einstellung: Vor Gericht vergleichen wir uns doch ohnehin, deshalb hat es gar keinen Zweck mehr, zu Gericht zu gehen, und am besten vergleichen wir uns sofort. Durch diese Geisteshaltung des an sich rechtsuchenden Bürgers werden viele Konflikte gar nicht mehr einer Streitentscheidung zugeführt. Das hat eine fatale Konsequenz: In Ermangelung von Streitfällen entwickelt sich das Recht nicht mehr fort. In den USA ist diese Entwicklung inzwischen so weit fortgeschritten, dass man dort vom „Vanishing Trial“,²² dem aussterbenden Gerichtsverfahren, spricht. Rechtsfortbildung findet dort faktisch kaum noch statt. In Deutschland ist man dabei, in die gleiche Falle zu laufen.

5. Die Perspektive der Schiedsrichter

Schiedsgerichten wird häufig nachgesagt, sie stellen gegenüber den staatlichen Gerichten die bessere Wahl dar. Man hört sogar das Bonmot, wonach die Gerichte im Vergleich zu den Schiedsgerichten immer mehr zur AOK des Rechts mutieren. In Bezug auf überzogene Vergleichsförderung sind Schiedsgerichte aber eher noch kritischer zu sehen als staatliche Gerichte. Zwar verzichten die meisten Schiedsgerichtsordnungen auf eine Regelung wie § 278 ZPO, wonach das Schiedsgericht auf einen Vergleich hinwirken soll. Eine Ausnahme bildet insofern nur § 32 der Schiedsgerichtsordnung der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit, der einen entsprechenden Vergleichsförderauftrag enthält. Doch die Realität in Schiedsverfahren sieht

²² *Galanter*, The Vanishing Trial: An Examination of Trials and Related Matters in Federal and State Courts, *Journal of Empirical Legal Studies* 2004, Vol. 1, 459 ff.

häufig anders aus, wie das folgende – leider nicht theoretische – Beispiel²³ illustriert:

In einem Schiedsgerichtsverfahren um ein Kraftwerk in Neuseeland stellt das Schiedsgericht den Parteien in der Organisationsbesprechung, also ganz zu Beginn des Verfahrens, etwa zwei Monate nach Erhebung der Schiedsklage, folgende Frage:

„Do the parties want the Arbitral Tribunal to assist in a settlement if, and only if, the circumstances support such a settlement proposal?“

Wie will man eine solche Frage verneinen? Der Parteivertreter der Beklagten hat die Frage damals bejaht und bereut es noch heute. Vier Monate später fand das nächste Hearing statt, und das Schiedsgericht unterbreitete einen umfangreichen Vergleichsvorschlag, wonach die Beklagte 30% der Klagesumme zahlen sollte. Als der Parteivertreter den Vergleichsvorschlag rundheraus ablehnte, fragte das Schiedsgericht erbost: „Warum haben Sie dann vor vier Monaten einem Vergleichsvorschlag des Schiedsgerichts zugestimmt, wenn Sie sich gar nicht vergleichen wollten? Warum haben Sie das dem Schiedsgericht nicht deutlicher kommuniziert, so dass das Schiedsgericht sich die Mühe sparen konnte?“ Welche Schlüsse lassen sich aus dem Verhalten des Schiedsgerichts ziehen? Hier sind drei Möglichkeiten:

1. Die Schiedsrichter wollten unbedingt einen Vergleich, um keine der beiden Parteien nachhaltig zu enttäuschen. Schließlich wurden sie für ihr Schiedsrichteramt gut bezahlt und hofften darauf, auch beim nächsten Schiedsgerichtsmandat von einem der beiden involvierten Unternehmen wieder benannt zu werden.
2. Die Schiedsrichter konnten sich nicht vorstellen, dass eines der beiden involvierten Großunternehmen schlicht Unrecht hatte, frei nach dem Motto: „Wenn sich renommierte Unternehmen streiten, gibt es kein Schwarz oder Weiß.“
3. Die Schiedsrichter waren einfach faul und wollten keinen umfangreichen Schiedsspruch in dieser komplexen Bausache schreiben. Durch einen Vergleich sparte sich das Schiedsgericht mindestens eine Woche Arbeit.

²³ Das Beispiel entstammt der Berufspraxis des Verfassers, wurde aber aus Gründen des Mandatsgeheimnisses verfremdet.

Es gibt noch eine andere, vierte Erklärung für die Vergleichsfreude vieler Schiedsrichter, und das ist deren Ego. Sie sehen sich gerne als „wise old men“, die aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung die „gerechte“ Lösung für jeden Fall kennen. Sie möchten als der „nice guy“ erscheinen. Das Sozialrenommee eines ausgleichend wirkenden Menschen ist einfach höher als das eines brutalen Entscheiders.

In der Schiedsgerichtspraxis führt dies im Übrigen zu dem Phänomen, dass, wann immer ein Schiedsgericht einen Vergleichsvorschlag macht, dieser Vergleichsvorschlag nahezu stets zwischen 30 und 70% liegen wird. Denn die Schiedsgerichte wissen sehr genau, dass ein Vergleichsvorschlag außerhalb dieser Spanne kaum Chancen auf die Zustimmung beider Seiten hat. Wenn das Schiedsgericht einen Vergleichsvorschlag über 90% machen würde, könnte der Kläger relativ sicher sein, dass er den Prozess insgesamt gewinnt. Und der Beklagte hat kaum noch etwas zu verlieren, wenn er den Vergleichsvorschlag ablehnt. Der Vergleichsvorschlag zwischen 30 und 70% ist daher auch bei großvolumigen Verfahren inzwischen sehr häufig. Und es kommt noch schlimmer. Wenn ein solcher Vergleichsvorschlag erst einmal im Raum steht, ist es faktisch unmöglich, das Schiedsgericht später – nach Ablehnung des Vergleichsvorschlags – zu einer Entscheidung außerhalb dieser Spanne zu bewegen. Denn nicht viele Schiedsrichter werden die Courage haben, durch den abschließenden Schiedsspruch zu dokumentieren, dass sie mit dem Vergleichsvorschlag doch ziemlich falsch gelegen haben. Irgendwie werden sie dann über Mitverschulden, Treu und Glauben oder einen partiellen Wegfall der Geschäftsgrundlage eine juristische Begründung finden, die sie in der 30:70-Spanne landen lässt. Das ist ein Vergleich im Gewand eines Schiedsspruchs, doch die Motivation für diesen Vergleich geht mehr von den Schiedsrichtern aus als von den Parteien. Eine gute Entwicklung ist das nicht.

6. Die Perspektive der Mediatoren

Auch die Perspektive vieler Mediatoren zu der Frage, ob Vergleiche wirklich gut und förderungswürdig sind, wirft Fragen auf. Die Haltung zahlreicher Mediatoren wird verdeutlicht durch die Schlussbemerkung auf einem Mediationsseminar, das vor vielen

Jahren von den renommierten amerikanischen Mediatoren Friedman und Himmelstein durchgeführt wurde.²⁴ Die Veranstaltung endete mit dem Appell:

„And if we develop the idea of mediation further, there will finally be peace to justice.“ **beck-shop.de**

Was für eine Hybris und was für eine ungerechte Verteufelung des Rechts als inadäquaten Konfliktlösungsmechanismus! Warum soll die Mediation der Gerechtigkeit näher stehen als die Streitbeilegung am Maßstab des Rechts? Um das Selbstverständliche zu sagen: Recht ist nichts Schlechtes, sondern in einem Rechtsstaat der von der Mehrheit der Bürger getragene Konsens der Rechtsgemeinschaft. Leider ist die in diesem Appell zum Ausdruck kommende Geisteshaltung immer noch häufig die Realität in der Mediatorenszene. Mediatoren wollen vergleichen, sie haben ein Eigeninteresse daran. Sie wollen als Gutmenschen dastehen, denen es gelungen ist, die Parteien zu einer gütlichen Lösung zu bringen. Für das Recht haben die meisten Mediatoren nur wenig übrig, weil es nach ihrer Auffassung gerade nicht zu problemadäquaten und gerechten Lösungen führt. Sie nehmen für sich in Anspruch, bessere Lösungen als das Recht zu finden. Diese Haltung führt aber schnell dazu, dass Mediatoren die Parteien aus einer inneren Überzeugung heraus in einen Vergleich hineinmanövrieren, den die Parteien eigentlich gar nicht wollen. Die Mediation betont zwar stereotyp die Eigenverantwortlichkeit und Selbstbestimmtheit der Parteien, doch steht diese bei einem durchsetzungsstarken und von einer subtilen Eigenmotivation getriebenen Mediator oft nur auf dem Papier.

7. Die Perspektive der Anwälte

Um die Perspektive vieler Anwälte zu verdeutlichen, hilft eine Anekdote: Ein Berufsanfänger erfährt vom seinem Mentor, dem Partner einer renommierten Baurechtskanzlei: „Unser Seniorpartner, Professor Dr. X, hat seit 15 Jahren keinen Prozess mehr verloren.“ Der Berufsanfänger erstarrt vor Bewunderung

²⁴ *Friedman/Himmelstein*, Gründer des Center for Mediation in Law (New York und San Francisco), 1981.