

Konfliktmanagement Kongress 2016 – Forum 4:

Freiwilligkeit der Mediation und Mediationszwang - geht das zusammen?

Ein Bericht

von

Dr. jur. Torsten Soffner; M.L.E. (Hannover/Durham); Mediator (FU Hagen)

A. Einführung

„Sind heute alle freiwillig hier?“ Mit diesem gekonnten Einstieg sorgte die Moderatorin gleich zu Beginn für gute Stimmung im Plenum. Katja Josephi, Richterin am Landessozialgericht Celle und Mediatorin/Güterichterin seit 2002, führte zunächst in das durchaus prekäre Thema von Forum 4 des Konfliktmanagement-Kongresses 2016 in Hannover ein: Die Freiwilligkeit der Mediation sei für viele wie ein Glaubensgrundsatz. Sie sei im Jahre 2012 auch als Grundprinzip im Mediationsgesetz verankert worden. Zu mehr Mediationsverfahren habe dies aber offenbar nicht geführt. Sollten Streitparteien also zur Mediation gezwungen werden? Könnte ein wie auch immer gearteter Zwang künftig als „Anreiz“ für Streitparteien dienen, vermehrt den Weg in die Mediation zu finden?

B. Impulsvorträge mit Diskussion

I. Der rechtliche Rahmen:

Prof. Dr. Christoph Althammer, Universität Regensburg

Als erster Referent hatte Prof. Dr. Christoph Althammer (Universität Regensburg) die Aufgabe übernommen, den Zuhörern den wesentlichen gesetzlichen Rahmen des Freiwilligkeitsgrundsatzes zu verdeutlichen. Prof. Althammer unterschied zunächst allgemein zwischen „äußerer“ und „innerer“ Freiwilligkeit (zwei Begriffe, die er selbst als diskussionswürdig einstufte): „Äußere“ Freiwilligkeit sei gegeben, wenn sich die Streitparteien ohne äußeren Druck am Verfahren der Mediation *beteiligten*. „Innere“ Freiwilligkeit beziehe sich dagegen auf die *Inhalte* der Konfliktlösung. Sie sei gegeben, wenn die Autonomie und Freiheit der Streitparteien bei der abschließenden Zustimmung zur Konfliktlösung gewahrt bleibe.

Die Definition von „Mediation“ in § 1 MediationsG verlange vom Wortlaut her indessen nur die innere Freiwilligkeit. „Freiwillig“ im Sinne von § 1 MediationsG beziehe sich sprachlich nämlich nur auf die einvernehmliche Beilegung des Streits, also dem letzten Schritt in der Mediation (d.h. der Lösungsvereinbarung). Dass § 2 MediationsG zudem die äußere Freiwilligkeit statuiere, also die Freiwilligkeit der Beteiligung an sämtlichen vorhergehenden Verfahrensstufen der Mediation, sei zweifelhaft, wenn das in der Literatur auch überwiegend vertreten werde.

Prof. Althammer lenkte den Blick der Zuhörer dann auf die EU-Mediationsrichtlinie: Wenn man bedenke, dass eine Mediation gem. Art. 3 Satz 2 EU-Mediationsrichtlinie ausdrücklich auch von einem Gericht angeordnet werden könne, dass ferner in Art. 5 EU-Mediationsrichtlinie selbiges noch detaillierter wiederholt werde, dann müsse sich der Gesetzgeber des Mediationsgesetzes den Vorwurf gefallen lassen, (Mediations-zwangs-)Potential vergeudet zu haben. Denn im Mediationsgesetz selbst werde ein etwaiger Zwang zur Mediation, für den sich Prof. Althammer grundsätzlich aussprach, nicht ausdrücklich erwähnt. Insoweit seien aber auch die Gegenstimmen aus Literatur und Praxis zu erwähnen, wonach Zwang in der Mediation ein „methodisches Unding“ sei und nur Folgeprozesse (Gerichtsverfahren) produziere. Diesen Stimmen halte er aber entgegen, dass ein entsprechender Zwang zur Teilnahme am Mediationsverfahren gleichermaßen funktioniere. Dies sei durch Studien belegt.

Es folgte ein kurzer Einschub zu den verschiedenen Formen des Zwangs, an die der Gesetzgeber denken könnte. Der Gesetzgeber, soweit er sich für einen ausdrücklichen Mediationszwang entschlöße, stünde insoweit vor einer „Gratentscheidung“: Eine für die gesamte Masse der Konflikte obligatorische Mediation (bevor ein Gericht eingeschaltet werden könne) sei eher schwierig. Zu schlecht seien die Erfahrungen mit § 15a EGZPO gewesen. Dieser habe nicht zwischen geeigneten und ungeeigneten Fällen unterschieden. Zudem habe § 15a EGZPO schon einen „verstorbenen Vorfahr“ (eine Wendung, die im Plenum große Heiterkeit auslöste) gehabt: Bis 1924 habe es in der Zivilprozessordnung einen obligatorischen Schlichtungsversuch gegeben, der dann aber wegen Erfolglosigkeit abgeschafft worden sei.

Zu beachten gab Prof. Althammer indes, dass der heutige § 278 Abs. 5 ZPO dem Gericht bereits die Möglichkeit gebe, die Parteien an einen außergerichtlichen Mediator (oder sonstigen Schlichter) zu verweisen – und zwar aufgrund des klaren Wortlauts auch ohne die Zustimmung der Parteien (wobei auch hier die Gegenstimmen in der Literatur erwähnt wurden). Wenig bewährt habe sich § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO, wonach Kläger in ihrer Klageschrift angeben müssten, ob sie einen Mediationsversuch unternommen hätten und ggf. begründen, warum sie einen solchen nicht unternommen hätten. Dieser Punkt werde von Klägern bzw. deren Rechtsanwältinnen nur „abgehakt“. Die Vorschrift habe insofern keine ernsthaften Mediationsbemühungen auf Klägerseite bewirkt. Der Blick auf andere Rechtsordnungen sei derweil durchaus weitend: In Italien gebe es die obligatorische Mediation ganz pauschal für breite Themengebiete (Mietrecht, Erbrecht etc.). Im englischen Recht werde selbst der Gewinner eines Gerichtsprozesses kostenrechtlich sanktioniert, wenn dieser zuvor ein annehmbares Mediationsangebot außer acht gelassen habe.

Der verfassungs- und europarechtliche Rechtsrahmen lasse Zwänge zur Mediation jedenfalls zu: Der Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2007 habe die Einführung eines obligatorischen vorgerichtlichen Schlichtungsversuchs jedenfalls für die Praxis legitimiert. Entsprechendes würde für einen obligatorischen Mediationsversuch gelten. Die Alassini-Entscheidung des EuGH habe den Gesetzgebern der Mitgliedstaaten ebenfalls weite Möglichkeiten belassen. Die europarechtliche Grenze liege demnach – grob gesagt – erst dort, wo der staatliche Rechtsschutz durch vorgerichtliche Mediationszwänge ad absurdum geführt werde.

Innerhalb dieses weiten rechtlichen Rahmens erachtete Prof. Althammer als für Deutschland günstige Veränderungsmöglichkeit vor allem die Einführung monetärer Anreize, positive wie negative: Ein positiver monetärer Anreiz sei etwa die Einrichtung einer Mediationskostenhilfe, analog zur Prozesskostenhilfe. Negative monetäre Anreize könnten vor allem im Recht der (Gerichtsprozess-)Kostenverteilung gesetzt werden: Das „Alles oder Nichts“-Prinzip der §§ 91 ff. ZPO – der Gewinner des Gerichtsprozesses muss keine Gerichts- und selbst seine eigenen Anwaltskosten nicht zahlen – könnte verändert werden. Die Partei, die den größeren Einsatz für einen Mediationsversuch gezeigt habe, könne kostenrechtlich gestärkt werden. Wie ein „größerer Einsatz“ aber im Gesetz formuliert werden könnte, gestalte sich schwierig. Zu denken wäre aber daran, z.B. diejenige Partei kostenrechtlich zu fördern, die als einzige zum verpflichtenden Informationsgespräch über Mediation (vgl. § 135 FamFG) erschienen sei. In Grenzen sei eine Sanktion insoweit aber schon über § 81 FamFG möglich.

Ausblickend sprach Prof. Althammer noch drei Aspekte an: Es sei nach der herrschenden verfassungsrechtlichen Meinung klar, dass der staatliche Justizgewährungsanspruch in seinen Grundfesten nicht angetastet werden dürfe. Der Staat dürfe seine Bürger daher nicht pauschal und ausschließlich auf ADR-Maßnahmen verweisen, auch nicht in einzelnen Sachbereichen. Er müsse vielmehr ein effektives staatliches Rechtsschutzsystem bereithalten, dessen Zugang hinreichend leicht fallen müsse. Hinsichtlich der EU-ADR-Richtlinie, die zum VSBG geführt habe, deuteten die Zeichen auf einen geringen Erfolg. Dies liege daran, dass sich zu wenig Unternehmer an der Verbraucherschlichtung beteiligten. Diese sei für Unternehmer nämlich nur freiwillig. Insoweit müsse ein neues Gesetz her, das einen größeren Zwang auf Unternehmer ausübe. Zudem gebe es eine neue Vorlage an den EuGH durch ein italienisches Gericht (die EU-ADR-Richtlinie betreffend). Danach werde weitere Klarheit herrschen, ob eine verpflichtende Mediation auch außerhalb des Anwendungsbereichs der ADR-Richtlinie zulässig sei und ob eine verpflichtende (im sachlichen Anwendungsbereich liegende), anwaltlich begleitete Mediation vor einer Zivilklage zulässig sei.

Die anschließende Diskussion war sehr lebhaft: Ein Teilnehmer wollte wissen, ob man für einen Mediationszwang nicht noch früher ansetzen könnte, nämlich bevor Rechtsanwälte mit der Streitbearbeitung befasst seien. Bspw. würden sich manche Unternehmen und ihre Geschäftspartner verpflichten, bei Streitigkeiten erst selbst eine Mediation zu versuchen. Das Plenum überlegte, welche Sachbereiche für eine solche Vorabbindung in Betracht kommen könnten. Erwogen wurde Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern sowie allgemein das Gesellschaftsrecht. Hiergegen wandte Prof. Althammer ein, es würden dann wieder die alten Vorwürfe (wie gegen § 15a EGZPO) erhoben: Geeignete und ungeeignete Fälle würden gleich behandelt und so die ungeeigneten Fälle nicht effizient und angemessen bearbeitet. Z.B. seien Fälle im Familienrechtsbereich, die häusliche Gewalt implizierten, Studien zufolge kaum geeignet.

Aus dem Plenum kam dann der Vorschlag, anstelle des (durch Prof. Althammer selbst als diskussionswürdig bezeichneten) Begriffs der äußeren Freiwilligkeit einfach von „Teilnahmebereitschaft“ zu sprechen. Dies traf auf Zustimmung. Zudem wurde angemerkt, dass die bestehenden Kostensanktionsmöglichkeiten gem. § 81 FamFG von Familiengerichten offenbar kaum genutzt würden. Es bestehe insoweit ein hoher

Begründungszwang. Dem wollten sich die Familiengerichte nicht aussetzen. Insoweit berichtete Prof. Althammer aus der Praxis Münchener Familiengerichte, die bereits Verfahrenskostenhilfe versagt hätten, wenn man sich ohne Grund nicht auf Mediation eingelassen hätte. Diese Entscheidungen seien aber auf der Ebene der Oberlandesgerichte später regelmäßig revidiert worden. Aus 20-jähriger Erfahrungspraxis wurde zudem angemerkt, dass Fälle mit häuslicher Gewalt sehr wohl für Mediation geeignet seien. Sie gehörten in bestimmten deutschen Mediationspraxen zum Alltagsgeschäft.

Auch die Vergütung der Rechtsanwälte wurde aus dem Plenum heraus thematisiert: Mediation bringe viel Zeitaufwand mit sich. Sie würde aber keine zusätzliche Gebühr auslösen. Würde ein Mediationszwang eingeführt, müsse sich auch das Vergütungsrecht ändern, merkte Prof. Althammer insoweit an. Zudem gebe es in § 69b GKG bereits für die Länder die Möglichkeit, Gerichtskostenermäßigungen für den Fall vorzusehen, dass Parteien vor dem Prozess eine Mediation versucht hätten. Davon sollte verstärkt Gebrauch gemacht werden.

Anmerkung des Berichterstatters: In Niedersachsen laufen derzeit erste Vorüberlegungen, ob und inwieweit von der Möglichkeit des § 69b GKG Gebrauch gemacht werden könnte.

II. Zwang ist genauso wirksam: MA Patrick Zobrist, Hochschule Luzern

Wer das Freiwilligkeitsprinzip der Mediation als Glaubenssatz vor sich her trägt, dem sei empfohlen, nun (nicht mehr) weiter zu lesen. Denn MA Patrick Zobrist, Hochschule Luzern, wusste aus allgemeiner (d.h.: nicht mediationsspezifischer) sozialpsychologischer Perspektive ganz Erstaunliches zu berichten: Die meisten psychologischen Beratungssituationen fänden in Zwangskontexten statt (z.B. auf Anordnung der Gerichtshilfe, des Jugendamts, der Bewährungshilfe). Dass sich jemand freiwillig zur Beratung beuge, sei die Ausnahme und geschehe erst nach einem sehr langen Entscheidungsprozess.

Die Effekte der Beratung, also ihre Wirksamkeit, hingen jedoch gar nicht davon ab, ob die Beratung aus Zwang oder aus freiwilligem Antrieb (oder als Folge unausgesprochener Macht, z.B. eines Appells des Arbeitgebers) heraus geschehe. Dies hätten Studien bewiesen, z.B. zur stationären Therapie bei Suchtabhängigkeit. Für den Erfolg sei der Zwang hier nicht besonders bedeutsam gewesen. Bei Therapie als Auflage aufgrund eines Gerichtsurteils lagen zu Beginn der Therapie sogar durchschnittlich geringere Abbruchzahlen vor; erst gegen Ende der Therapie nivellierten sich diese durchschnittlichen Unterschiede zur freiwilligen Therapie wieder. Entscheidend sei vielmehr insbesondere gewesen, im Hilfebedürftigen selbst Motivation zu schaffen und ob es den Ärzten gelang, zu dem Patienten eine Beziehung herzustellen.

Studien lägen insoweit nicht nur zur stationären (Sucht-)Therapie vor, sondern auch für Inhaftierte, für Probanden aus dem Kinder- und Jugendhilfebereich und aus der allgemeinen Psychiatrie. Die Ergebnisse seien immer ähnlich: Der Zwangskontext war vergleichbar effektiv wie die freiwillige Beratungssituation.

Weitere Studien mit Relevanz für Zwangskontexte ergäben zwei Aspekte für eine funktionierende Beratung bzw. Therapie: Die zu beratende Person müsse partizipieren *und* diese müsse in hinreichendem Bewusstsein ob des Zwangskontextes handeln. Denn Studien aus Kanada belegten, dass reine Beziehungsarbeit (unter kommunikativer Ausblendung der Zwangssituation) nicht sonderlich günstig sei, während reine Kontrolltätigkeit (etwa i.S.v. stetem Verweisen auf den Zwangskontext und der Androhung von Sanktionen bei Nichtkooperation) gleichsam ungünstig seien. Erforderlich sei vielmehr die Motivation, und zwar die intrinsische Motivation auf der Seite des zu Beratenden.

Herr Zobrist erläuterte dann die methodischen Prinzipien in Zwangskontexten. Dazu gehöre zunächst die Auftrags- und Rollenklärung. Hierbei seien Transparenz, Erwartungsklärung und das Vermitteln von Handlungsspielräumen (an den Probanden) entscheidend. Je mehr dem Probanden – der zwangsweise an der Beratung teilnehmen muss – ein Gefühl von Freiheit, Kontrolle und Selbstbestimmtheit hinsichtlich von Richtung, Reichweite und Zielen der Beratung gegeben werde, umso wirksamer sei Studien zufolge die Beratung. Sodann müsse besagte Motivation im zu Beratenden gefördert werden, indem u. a. dessen Problembewusstsein angeregt werde, Ambivalenzen aufgezeigt und wertgeschätzt sowie ziel- und ressourcenorientiert gearbeitet werde. Besonders wichtig sei die Beziehungsgestaltung: Auch seien das Kontrollgefühl des Probanden, Bindung zum Therapeuten und Wertschätzung seitens des Therapeuten wichtigste Faktoren.

Ethisch stellten sich in Zwangskontexten viele Fragen mit vielschichtigen Rückwirkungen auf die Praxis: In der Schweiz könne bspw. in hochstreitigen Kontexten zwischen Eltern von Gerichten eine verpflichtende Mediation angeordnet werden. Das habe jüngst ein Bundesgericht entschieden. Bei Nichtteilnahme drohe gar eine Strafe. Ethisch müssten solche Anordnungen mit Sanktionsandrohung jedenfalls reflektiert werden. Es gebe ferner eine ethische Begründungspflicht für Zwangsberatungen. Hier müsse im jeweiligen Fach sorgfältig gearbeitet werden (z.B. bei der Prüfung der fachlichen Indikation einer zwangsweisen Unterbringung in der Psychiatrie). Die Intervention dürfe auch nicht schaden. Psychotherapie habe auch Nebenwirkungen. Dieser Aspekt müsse in die Erwägungen einfließen. Ethisch hochproblematisch sei es zudem, wenn noch mehr Druck aufgebaut würde, falls der Proband trotz des Zwangs nicht „mitarbeite“. Weiterhin gehöre Supervision zu einer ethischen Verpflichtung besonders in Zwangskontexten. Machtmissbrauch könne so eingedämmt werden. Auch könne von Mediatorensseite aus geprüft werden, welche Aspekte hieraus auf die Mediation übertragbar sein könnten.

Die anschließende Diskussion gestaltete sich abermals lebhaft, was aufgrund dieser teils sehr überraschenden Erkenntnisse auch nicht verwunderlich war: Vertiefend wurde gefragt, was damit gemeint sei, wenn aufgrund von Verhältnismäßigkeitserwägungen Schaden eintrete („Verhältnismäßigkeit kann auch schaden“). Herr Zobrist erläuterte, dass es bisweilen am Mut fehle, (Zwangs-)Maßnahmen einzuleiten, besonders im Kinderschutz. Es gebe Studien, in denen gerade Sozialarbeiter die niedrigste Zustimmungsrate zu Maßnahmen äußerten, die an sich Zwangsmaßnahmen indizierten. Ferner wurde gefragt, was man aus diesen Erkenntnissen hinsichtlich der Eignungsfrage gewinnen könnte, d.h. für welche Fälle Zwangsmaßnahmen bzw. Zwangsmediationen geeignet sein könnten. Herr Zobrist stellte klar, dass im sozialberatenden/psychologischen Kontext hier der wunde Punkt

liege. Es gebe keine Kriterienliste und es hänge von der fachlichen Einschätzung der Fachentscheidungsträger ab. Wichtig sei ihm aber, dass man sich nicht zu sehr auf Studien verleiße, denen im Nachgang ermittelte Zufriedenheitswerte zugrunde lägen. Man möge künftig verstärkt nach Wirkungen schauen, um die Wirksamkeit der Beratung zu ermitteln. Wirksamkeit sei der eigentliche „Erfolgsfaktor“. Dem Einwand, bei der Eignungsfrage (im Kinder- und Jugendschutz sowie in der Mediation) rekurre man noch viel zu sehr auf Alltagstheorien stimmte Herr Zobrist zu. Fachwissen, Professionalität und wissenschaftlicher Austausch müssten hier in die Bresche springen.

Prof. Althammer ging näher auf das scheinbare Paradoxon ein, dass der Zwang zunächst die Initialzündung für den Beginn der Beratung sei, nur um dem Probanden in diesem Rahmen dann ein größtmögliches Gefühl von Kontrolle und Selbstbestimmtheit zu vermitteln. Je mehr („äußerer“) Zwang vorhanden sei, umso mehr Kontrollgefühl müsse dem Probanden zurückgegeben werden (d.h. umso weniger „innerer“ Zwang dürfe vorhanden sein). Nur, so Prof. Althammer, wie solle man das praktisch anstellen? Herr Zobrist bestärkte, dass Beziehung und Kontrolle bzw. Autonomie des Probanden ganz maßgeblich für die Wirksamkeit der Beratung seien. Methodisch gelänge dies etwa durch die gemeinsame – und für den Probanden erkennbar ergebnisoffene – Reflektion mit dem Probanden, ob die Beratung dem Probanden etwas nütze (und wenn ja: was und mit welcher Zielrichtung?). Hier sei viel professionelle Kompetenz gefragt. Erwartungen seien latent zu klären, die Probanden müssten herausgefordert („gekitzelt“) werden, es müsse viel Zeit investiert werden auch zu der Frage, welche Konsequenzen es habe, wenn die Beratung nicht funktioniere, sich also nichts gegenüber dem eigenen Status Quo veränderte („was wären die Alternativen?“).

Bestärkung erhielt Herr Zobrist insoweit auch von Herrn Dr. Massari, der äußerte, dass die Erfolgsquote der Zwangsmediationen in Italien ansteige, je weniger Zwang nach dem eigentlichen Initialzwang ausgeübt werde. Auf die Mediation bezogen, so Prof. Althammer, könne dies also nur durch Schulung und Qualität der Mediatoren erreicht werden. Für die Mediation gestalte sich überdies schwierig, was – einen Mediationszwangskontext unterstellt – die Parteien eigentlich leisten müssten, um der Zwangsmaßnahme gerecht zu werden: nur körperliche Anwesenheit oder aktive Mitarbeit oder gar Entgegenkommen in der Sache? Hier sei noch viel Klärungsbedarf.

Im Plenum mehrten sich sodann Stimmen, die die Erkenntnisse von Herrn Zobrist auf die Mediation übertragen wollten. Zwangspartizipationskontexte gelte es insoweit zu gestalten, die Erkenntnisse von Herrn Zobrist müssten nur umgesetzt werden. Prof. Althammer zweifelte indes insoweit an, ob alle Erkenntnisse von Herrn Zobrist vollständig auf die Mediation übertragbar seien. Das traf auf Widerspruch im Plenum, es müsse aber jedenfalls die Frage nach geeigneten Fällen und einer entsprechenden gesetzlichen Umschreibung beantwortet werden.

III. Mediationszwang funktioniert (nicht nur) in den USA:

Prof. Dr. Ansgar Marx, Ostfalia Hochschule Braunschweig / Wolfenbüttel

Reichlich weiteres Wasser auf die Mühlen aller Verfechter speziell eines *Mediationszwangs* goss sodann Prof. Dr. Ansgar Marx, Ostfalia Hochschule

Braunschweig/Wolfenbüttel: Es sei „scheinheilig“, das Freiwilligkeitsprinzip der Mediation in Deutschland derart hoch (als „Doktrin“) zu halten. Gewisse Zwangskontexte gebe es bereits im Arbeitsrecht und bei Beteiligung des Jugendamts. Hier werde teils mit „harten Bandagen“ gearbeitet und im Zweifel viele Einzelsitzungen durchgeführt. Dies funktioniere sehr gut. Einen ersten Vorschlag äußerte Prof. Marx dann auch gleich zu Beginn: Falls man sich für einen Mediationszwang entscheide, so sollten die ersten zwei Mediationssitzungen für die Parteien verpflichtend sein.

Auch im Familienrecht gebe es bereits § 135 FamFG, also die Verpflichtung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch über Mediation. Auffällig sei, dass es gem. § 156 FamFG zwar sogar einen Beratungsteilnahmezwang auf Anordnung des Gerichts gebe – nicht aber einen Zwang zur Teilnahme an einer Mediation. Das sei letztlich nicht begründbar. Als Begründung könne allenfalls dienen, dass außergerichtliche Mediation i.d.R. kostenpflichtig sei, die Beratung aber häufig nicht. In der Sache sei das aber kein hinreichender Grund.

Damit stelle sich vor diesen gesetzlichen und praktischen Hintergründen verstärkt die Frage, ob das Freiwilligkeitsprinzip nicht aufgegeben werden sollte. In diese Richtung mehrten sich die Stimmen in der deutschen Literatur. Hier gebe es insbesondere den Vorschlag einer Pflichtmediation vor Umgangsstreitigkeiten. Zudem zeigten die praktischen Erfahrungen, z.B. diejenigen mit dem „Cochemer Modell“ (Zwangsberatung durch das Jugendamt vor bestimmten familiengerichtlichen Entscheidungen), dass jenes sehr gut funktioniert habe.

Für eine Aufgabe des Freiwilligkeitsprinzips sprächen jedenfalls auch die Erfahrungen, die in den USA mit Zwangsmediationen gemacht worden seien: In Kalifornien habe es schon seit 1981 Zwangsmediationen gegeben, die inzwischen auch in §§ 3160 ff. California Family Code gesetzlich geregelt seien. Die Erfahrungen dort seien ähnlich positiv wie die Ergebnisse der Studie¹, die Prof. Marx mit Blick auf Zwangsmediationsprojekte in den USA auswertete.

Prof. Marx bezog sich im Vortrag dann näher auf zwei andere US-amerikanische Studien, die Zwangs- und freiwillige Mediationen in den USA untersucht hatten²: Eine Studie betraf 18.000 angeordnete Mediationsfälle am kalifornischen „Center for Families, Children and the Courts“ (CFCC) zwischen 1991 und 2001. Hier schlossen 55 Prozent der Fälle mit einer einvernehmlichen Mediationsvereinbarung ab. Das sei deswegen besonders bemerkenswert, weil mehr als 50 Prozent der gesamten Fälle vor hochbelastetem Hintergrund abliefen (Drogenabhängigkeit der Medianden und/oder Fälle von schwerer Vernachlässigung von Kindern – Fälle also, die in Deutschland laut Prof. Marx vielerorts vom Fachpersonal gar nicht für eine Mediation in Betracht gezogen worden wären). Hierbei hatten 90 Prozent sämtlicher Medianden das Gefühl, vom Mediator mit Respekt behandelt worden zu sein, 86 Prozent aller Medianden würden Mediation einem Freund weiterempfehlen.

¹ Anmerkung des Berichterstatters: Prof. Marx wies insoweit u. a. auf seine Veröffentlichung in ZKM 2010, S. 132 ff., hin. Dort (s. S. 135) sind durchaus Tendenzen erkennbar, dass angeordnete Mediationen weniger erfolgsversprechend waren als freiwillige. Durch differenzierende Betrachtungen (auch des konkreten Richterhaltens) gelangt Prof. Marx dort dann zu dem Ergebnis, dass die Resultate von angeordneten und freiwilligen Mediationen vergleichbar seien. Andere Faktoren, wie die grundsätzliche Aufgeschlossenheit der Parteien gegenüber Mediation, seien wohl für den Erfolg auch einer zwangsweise angeordneten Mediation eher maßgeblich (S. 136).

² Diese hat Prof. Marx in ZKJ 2010, S. 300 (304 ff.), analysiert.

Die andere Studie („Kelly-Studie“) bezog sich dagegen nicht auf Zwangsmediationen, sondern auf private, kostenpflichtige Scheidungsmediationen. Hier wurden mediierte Paare mit einer Kontrollgruppe, die den streitigen Gerichtsprozess vorzog, verglichen. Es habe sich für viele Bereiche ergeben, dass Mediation und ihre Ergebnisse positiver beurteilt worden seien als der Gerichtsprozess und seine Folgen (größere Befolgungsbereitschaft, weniger Kosten, höhere Zufriedenheitswerte, mehr Harmonisierung der Beziehung etc.). Zudem habe sich gezeigt, dass das Gros der Streitparteien den streitigen Gerichtsprozess vorzöge, selbst wenn auf dem Weg des Prozessierens eine Mediation vom Gericht empfohlen worden sei³. Prof. Marx folgerte daraus, dass bloße Empfehlungen des Gerichts zur Mediation die Streitparteien nicht wirklich erreichten. Zudem hätten die Studien ergeben, dass Streitparteien meist keine Vorstellungen von Mediation hätten, was sich hinderlich auf ihre Teilnahmebereitschaft ausgewirkt habe.

Prof. Marx schloss mit der These, dass der Freiwilligkeitsgrundsatz, wie er in Deutschland als Doktrin behandelt werde, ein unnötiges Hindernis vor einem Zuwachs an durchgeführten Mediationen sei. Die Möglichkeit der (gerichtlich) angeordneten Mediation müsse gesetzlich erleichtert werden. Mediation müsse ferner als Methode beim Jugendamt konzeptionell angebunden und begleitend evaluiert werden.

Die anschließende Diskussion wurde aufgrund der fortgeschrittenen Zeit begrenzt: Angemerkt wurde aus dem praxiserfahrenen Plenum heraus, dass Parteien in acht von zehn Fällen, in denen eine Anordnung zur Teilnahme an einem Informationsgespräch gem. § 135 FamFG ergangen war, glaubten, sie seien zur Teilnahme verpflichtet (Anmerkung des Berichterstatters: obwohl die Anordnung gem. § 135 FamFG nicht selbständig durchsetzbar und damit an sich nicht verpflichtend im engeren Sinne ist). Insoweit sei § 135 FamFG durchaus effektiv. Zwei Drittel nahmen danach das Angebot der Mediation an, wovon wiederum die Hälfte am Ende eine einvernehmliche Vereinbarung trafen.

IV. Gelungenes Großprojekt? Obligatorische Mediation in Italien: *Rechtsanwalt Dr. Philip Massari, LL.M*

Wie eine obligatorische Mediation gesetzlich umgesetzt werden könnte, dazu berichtete in der Kürze der verbliebenen Zeit sodann Rechtsanwalt Dr. Philip Massari, LL.M, mit Blick auf die Einführung einer breitflächigen gesetzlichen Pflicht zur vorprozessualen Mediation in Italien: Dr. Massari leuchtete zunächst die Hintergründe der Einführung der Mediationspflicht aus. So dauere eine erstinstanzliche Entscheidung in Italien etwa drei Jahre. Bei Rechtsmitteln kämen weitere Jahre hinzu. Es gebe in Italien eine sehr ausgeprägte Kultur des gerichtlichen Streitens. Eine immense Justizbelastung sei die Folge. Die Dichte der Rechtsanwälte pro Kopf der Bevölkerung sei auch deutlich höher als etwa in Deutschland.

³ A.Marx, ZKJ 2010, S. 300 (304). Es wird derweil nicht bis ins Letzte deutlich, ob sich diese Erkenntnisse aus der Kelly-Studie oder aus anderen Studien ergeben.

Die Mediationspflicht sei dann im März 2011 erstmals eingeführt worden. Diese Regelung sei aber vom italienischen Verfassungsgericht im Dezember 2012 wieder aufgehoben worden – aus formalen Gründen. Die Wiedereinführung sei im Oktober 2013 geschehen. Hierbei seien weitere Neuerungen aufgenommen worden, um das Gesetz verfassungsrechtlich noch weniger angreifbar zu machen. Überraschend war für viele im Plenum zudem, dass die Mediationspflicht kraft Gesetzes im Jahr 2017 auslaufen werde. Noch sei nicht klar, ob ein neues Gesetz die Mediationspflicht fortführen werde.

Die gegenwärtige Regelung sehe zum einen für bestimmte Sachbereiche (Erbrecht, Wohnungseigentumsrecht, dingliche Rechte, Mietrecht, Recht der Leihe und der Pacht etc.) die vorgeschaltete obligatorische Mediation als Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Gerichtsprozess vor. Zum anderen gebe es die verpflichtende Mediation, die auch in anderen Sachbereichen im Einzelfall durch einen Richter angeordnet werden könne. Zudem gebe es weitere Förderungsinstrumente, die mit der Mediationspflicht zusammen eingeführt worden seien:

eine anwaltliche Aufklärungspflicht über Mediation (mit der Folge der Anfechtbarkeit des Anwaltsvertrages, falls die Aufklärung unterbleibe); die Sanktionierung einer „unberechtigten Nichtteilnahme“ per Ordnungsgeld oder nachteiliger Sachverhaltenswürdigung – dies sei aber in der Praxis unbedeutend, weil sich das Merkmal „unberechtigt“ nicht klar fassen ließe; die Sanktionierung der Nichtannahme eines Einigungsvorschlags, der dem späteren Urteil entspreche, per Ordnungsgeld oder Nachteilen bei der Kostenentscheidung – auch dies sei in der Praxis unbedeutend, weil meist Abweichungen zwischen Vorschlag und späterem Urteil bestünden.

Aktuell sei vorgeschrieben, dass die Parteien an einer ersten Mediationssitzung teilnehmen müssten. Hierbei bestünde Anwaltszwang. Die erste Mediationssitzung selbst sei kostenfrei, wenn in dieser keine Einigung zustande käme. Die Mediation dauere maximal drei Monate.

Sodann präsentierte Dr. Massari die wesentlichen Ergebnisse der Evaluation zur Effektivität der Mediationspflicht in Italien: Die Erfolgsquote sei deutlich höher, soweit nach der ersten Zwangssitzung die Mediation freiwillig weitergeführt werde. Sie liege bei 40,2 Prozent. Als Zwischenfazit stellte Dr. Massari fest: Auf Zwang müsse Freiwilligkeit folgen, dann seien mehr einvernehmliche Lösungen die Konsequenz. Die Aufgliederung nach Rechtsgebieten zeige, dass die Erfolgsquoten der Mediation im Versicherungs- und Bankrecht sehr gering seien, während sie im Erbrecht und im Bereich der dinglichen Rechte deutlich höher liege.

Besonders auffällig erschienen Dr. Massari die Erfolgsquoten aufgegliedert nach Intensität und Art des Zwangs: Nahmen alle Seiten an der ersten Sitzung teil, so liegt die Erfolgsquote (bezogen jeweils auf das Jahr 2015) bei richterlich angeordneten Mediationen bei 14,5 Prozent, bei gesetzlich angeordneten Mediationen bei 21,2 Prozent – und bei freiwillig (z.B. nur empfohlenerweise) eingegangenen Mediationen bei 40,6 Prozent. Bei der (dann stets freiwilligen) Weiterführung der Mediation über die erste Sitzung hinaus (soweit nicht schon eine Einigung vorlag) viel das Ergebnis in der gleichen Richtung noch deutlicher aus. Die italienische Erfahrung zeige also: Je mehr Freiwilligkeit, umso eher gelange man zur Einigung. Dieses Ergebnis war natürlich gegenläufig zu den Erkenntnissen der Vorreferenten Zobrist und Prof. Marx.

Entsprechend auf Präzisierung und Vertiefung ausgerichtet verlief die anschließende Debatte: Herausgestrichen wurde, dass in Italien ja praktisch die ganze Breite des Zivilrechts verpflichtend der Mediation ausgesetzt werde, während die Erkenntnisse von Prof. Marx sich auf die (als gemeinhin besonders mediationsgeeignet geltenden) Fälle des Familienrechts bezogen. Vor diesem Hintergrund seien auch die (in Italien teils sehr viel geringeren) Erfolgsquoten zu betrachten.

Auch das methodische Wirken und die verfahrensstrukturellen Inhalte der italienischen Mediationen waren im Plenum von großem Interesse: Auf Nachfrage erklärte Dr. Massari, dass jeder Mediator eine entsprechende Ausbildung haben müsse. Dies sei zwar nicht unmittelbar vorgesehen, ergebe sich aber mittelbar daraus, dass Mediationsfälle über bestimmte Stellen vergeben würden, bei denen die Mediatoren registriert sein müssten. Dies sei aber wiederum nur möglich, wenn diese eine Ausbildung vorweisen könnten. Die Inhalte der Ausbildung blieben aber in der Debatte ungeklärt. Gleiches galt für das methodische Wirken der italienischen Mediatoren, hierzu seien bislang noch keine genaueren Erhebungen bekannt.

Auf Interesse stieß ferner, dass bei der Zwangsmediation in Italien die Anwälte der Parteien stets präsent zu sein hätten (Anwaltszwang in der Mediation). Hierzu merkte Dr. Massari zusätzlich an, dass es in Italien streitig sei, ob es an der Zulässigkeit einer späteren Klage etwas verändere, wenn bei der Mediation eine oder mehrere Parteien keinen Anwalt mitbrächten.

Den Bogen zu Deutschland spannend fragte sodann ein Teilnehmer, ob man nicht inzwischen von einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Gesetzgebers zur Einführung einer Mediationspflicht ausgehen könnte. Dem widersprachen sämtliche Referenten unter Verweis auf die verfassungsrechtlich gewährleisteten Freiheitsrechte und den Justizgewährungsanspruch. Dem ist zuzustimmen:

Angesichts des teils sehr detaillierten Wortlauts dieser (Freiheits-)Grundrechte, die grundsätzlich (abgesehen von Gewalt) auch die freie Wahl des Streitbeilegungsmittels umfasst, ist die Mediationspflicht hierzulande zwar eine Option des Gesetzgebers⁴. Es gibt aber keinen verfassungsrechtlichen Normbefehl, der den Gesetzgeber zur Einführung einer Mediationspflicht verpflichten könnte. Beispielsweise wäre nicht ersichtlich, weshalb der Gesetzgeber – etwa aus grundrechtlichen Schutzpflichten heraus – eine solche Gesetzgebung zwingend verfolgen müsste – vor welchem Schaden genau wäre der Bürger derart intensiv zu schützen, dass nur eine Mediationspflicht als Abwehrmittel in Betracht käme?

C. Erarbeitung von Handlungsvorschlägen im Plenum

Abschließend erarbeitete man im Plenum wesentliche Aspekte, die durch den Gesetzgeber bei der Schaffung einer Mediationspflicht zu klären seien: Hierbei rekurrierte man vor allem auf die Identifizierung mediationsgeeigneter Fälle, die im Gesetz möglichst trefflich umschrieben werden sollten. Hier war bisweilen die Tendenz feststellbar, in vergangen geglaubte Thesenwelten zurückzufallen: So

⁴ Vgl. nur BVerfGK 10, 275 ff.

wurde der Vorschlag unterbreitet und reichlich diskutiert, „reine Rechtsfragen“ von einer Mediationspflicht auszuklammern. Das traf aber auf Kritik, weil Parteien, die sich dem Gericht zuwendeten, stets glaubten, sie kämpften nur ums Recht.

Dem ist zuzustimmen: Dass sich Streitparteien, die den Weg zum Rechtsanwalt und zum Gericht eingeschlagen haben, mit einer beträchtlichen Verfestigung auf ihre (Rechts-)Positionen zurückgezogen haben, dürfte der stete Regelfall eines jeden (Rechts-)Streits sein. Zudem lässt sich jede erdenkliche Rechtsfrage in ein abstraktes Interesse, in einen offeneren Auftrag an die Konfliktlösung konvertieren. Reine Rechtsfragen dürften in dieser Reinheit also gar nicht existieren. Sie können daher auch nicht als Kriterium für die Auswahl geeigneter Fälle herangezogen werden.

Präferiert wurde im Plenum daher schließlich tendenziell eine Regelung, die Mediation verpflichtend in bestimmten Sachbereichen vorsieht (z.B. bestimmte familienrechtliche Streitigkeiten und weitere Streitigkeiten mit Dauerbeziehungscharakter). Als dezidiert auszunehmende Fälle wurden solche vorgeschlagen, bei denen ein öffentliches Interesse an Herstellung von Öffentlichkeit entgegensteht, z.B. bei Umwelt- oder Kindeswohlgefährdungen, die überhaupt nicht oder nicht im „stillen Kämmerlein“ der Mediation vereinbart werden dürften.

Als weiterem wesentlichen Aspekt wurde die Art des Zwangs bzw. Anreizes zur Mediation diskutiert. Hier war das Plenum den monetären Anreizen sehr zugeneigt. Insbesondere die Kostenverteilungsregeln der §§ 91 ff. ZPO sollten verändert werden, indem ggf. diejenige Streitpartei, die eine grundlose Verweigerungshaltung gegenüber Mediationsangeboten zeigt, kostenrechtlich schlechter gestellt werde.

Praktisch Konsens bestand hinsichtlich der Günstigkeit einer Mediationskostenhilfe. Dem ist beizupflichten: In vielen Stadien der rechtlichen Streitbearbeitung scheint die kostenlose Möglichkeit der Führung oder Fortführung des Gerichtsprozesses (mittels Prozesskostenhilfe) die kostenpflichtige (weil bislang nicht gleichermaßen monetär geförderte) außergerichtliche Mediation auszustechen. Entsprechend berichteten die im Plenum vertretenen Anwältinnen und Anwälte davon, dass die kostenpflichtige außergerichtliche Mediation den Mandantschaften während eines Gerichtsprozesses praktisch nicht vermittelbar sei.
