

Julia Inthorn u. a. (Hrsg.)

Zivilgesellschaft auf dem Prüfstand

Argumente – Modelle –
 Anwendungsfelder

Kohlhammer

Mediation im Recht?

Plädoyer für einen *legislative self-restraint* zur Stärkung der Zivilgesellschaft

Christian Pisani

Der Staat stößt an seine Grenzen. Grund hierfür ist die wachsende Komplexität der zu regelnden Materien bei gleichzeitig beschränkten finanziellen Ressourcen. Der Staat trägt dabei selbst zu dieser wachsenden Komplexität bei, indem er die Verrechtlichung des Lebens vorantreibt. Das Recht erobert sich immer mehr Lebensbereiche, die es im Konfliktfall mit rechtlichen Mitteln zu lösen gilt. Folge ist die allenthalben beklagte Überforderung staatlicher Gerichte. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, wenn der Gesetzgeber verstärkt Möglichkeiten sucht, die Beteiligten auf außergerichtliche Verfahren zur Streitbeilegung zu verweisen.¹

Europaweit lässt sich dabei ein Trend zu ADR-Verfahren verzeichnen, dem auf Gemeinschaftsebene die EG-Kommission mit der Vorlage ihres Grünbuchs von 2002 über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht Rechnung getragen hat. Mit der EG-Kommission soll dabei angesichts der zu beklagenden Überlastung staatlicher Gerichte die Ausweitung von ADR-Verfahren einen besseren Zugang zum Recht (*access to justice*) gewährleisten (Kommission 2002, 7 f.). In Deutschland findet die Stärkung und Ausweitung von ADR-Verfahren ihren Niederschlag etwa in der Novellierung der Zivilprozessordnung von 2001 und jüngst in der grundlegenden Reform der Honorarordnung für Rechtsanwältinnen mit dem Rechtsanwaltsvergütungsgesetz von 2004.

¹ Im Folgenden: ADR nach dem englischen Akronym für *Alternative Dispute Resolution* für außergerichtliche Konfliktlösungsmechanismen bzw. der im Deutschen wohl gebräuchlichere Begriff der Mediation.

Erklärtes Ziel in beiden Fällen ist dabei nicht zuletzt die Entlastung der Justiz durch Schaffung von Anreizen für eine (außergerichtliche) Konfliktlösung im Vergleichswege. Ein 'schlanker Staat' nimmt so seine Bürger bei der Konfliktlösung in die Pflicht, indem er Räume für die Entfaltung von Selbstverantwortung eröffnet. Im Lichte des im Grundgesetz angelegten Primats der Freiheit und der Absage gegenüber jeglichem Totalitarismus erscheint es auch geboten, solche Sphären für zivilgesellschaftliches Engagement vorzuhalten.

Rechtswissenschaften haben dabei Zivilgesellschaft vom Staat her zu denken, da ihr Gegenstand (staatliches) Recht ist. Für den Juristen stellt sich aber die Frage, ob ADR-Verfahren tatsächlich einen Beitrag zur Stärkung von Zivilgesellschaft zu leisten vermögen, oder ob der Staat nicht besser daran läge, die insofern erforderlichen Freiräume andernorts zu eröffnen.

1 Mediation als probate Alternative zu Gerichten

Der Begriff der Mediation ist vielschichtig (Palmer/Roberts 1998, 101 ff.). Als Arbeitsdefinition mag hier die Begriffsbestimmung des Bundesministeriums der Justiz (BMJ) genügen. Danach ist unter Mediation ein außergerichtliches Konfliktbearbeitungsverfahren zu verstehen, in dem alle am Konflikt Beteiligten mit Unterstützung eines externen, allparteilichen Dritten (Mediator) freiwillig, eigenverantwortlich und gemeinsam eine fall- und problemspezifische Konfliktregelung bzw. -lösung erarbeiten. Unbedingte Voraussetzungen für den Erfolg von ADR-Verfahren sind dabei Freiwilligkeit, Offenheit und Vertraulichkeit des Verfahrens (BMJ 2004).

1.1 Mehrwert der Mediation

Bei der Mediation sind Entscheidungsträger die Betroffenen selbst. Hierin liegt der grundlegende Unterschied zu (staatlichen) Gerichten, bei denen der Richter – also ein (unbeteiligter) Dritter – streitbeilegend das Urteil fällt. Die Verlagerung der Entscheidungskompetenz im Fall der Mediation (zurück) auf die Betroffenen hat weitreichende Konsequenzen für Verfahren und letztlich Qualität der Konfliktbewältigung. ADR-Verfahren sind auf Kommunikation der Betroffenen selbst gerichtet. Sprache und Argumentation ändert sich damit zwangsläufig. Gilt es im Fall des (staatlichen) Gerichts einen Dritten zu überzeugen, so heißt es im ADR-Verfahren die zugrunde liegenden Konflikte zu erkennen und einer (gemeinsamen) Lösung zuzuführen – der Mediator dient hier in erster Linie als Katalysator, der es den Parteien wieder ermöglicht, miteinander zueinander zu kommunizieren (Duve/Eidemüller/Haacke 2003, 58 ff.).

Die Verlagerung der Entscheidungskompetenz auf die Betroffenen führt dabei in der Regel zu höherer Zufriedenheit mit dem gefundenen Ergebnis (Duvve/Eidemüller/Hacke 2003, 60; Duvve/Ponschab 1999, 266). So nehmen die Beteiligten häufig die erfolgreiche Konfliktlösung als positives Erlebnis wahr. Ohne hierauf beschränkt zu sein, bietet sich Mediation daher insbesondere für Sachverhalte an, bei denen die Parteien auch nach dem konkret zu lösenden Konflikt weiterhin in einer (andauernden) Beziehung zueinander stehen werden. Anwendungsfelder reichen dabei vom Familien- und Erbrecht über das Baurecht bis hin zum Umweltrecht (Haft/Schieffen 2002, 891 ff.; Breidenbach/Henssler 1997, 121 ff.).

1.2 Grenzen der Mediation

ADR-Verfahren stoßen mit der Verlagerung der Entscheidungskompetenzen auf die Beteiligten selbst dort auf ihre Grenzen, wo die Beteiligten die Komplexität des zugrunde liegenden Sachverhalts nicht mehr zu lösen vermögen oder ein Allgemeininteresse an der Fortentwicklung des Rechtssystems besteht.

Auf der individuellen Ebene setzt Mediation den eigenverantwortlichen Bürger voraus. Sie ist allein dort eine gangbare Alternative, wo die Betroffenen zur Konfliktlösung überhaupt bereit und in der Lage sind. ADR-Verfahren scheiden daher aus, sobald die Betroffenen aufgrund ihrer persönlichen Struktur oder der anstehenden Sachfragen überfordert wären. Dies gilt etwa in Fällen, in denen unterschiedliche Verhandlungsstile aufeinanderprallen oder der Konflikt bereits übermäßig emotionalisiert ist. Aufgabe des Mediators ist hier die Schaffung von Waffengleichheit (Haft 2000, 158 ff.), gelingt dies nicht, so stößt das ADR-Verfahren zwangsläufig an seine Grenzen.

Auf der kollektiven Ebene setzen ADR-Verfahren deren Vertraulichkeit voraus (BMJ 2004; Kommission 2002, 32 f.; Eidemüller 2001, 64 ff.). Mediation findet – anders als Verhandlungen vor staatlichen Gerichten – unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt, und die abschließenden Entscheidungen sind nicht allgemein zugänglich. ADR-Verfahren dienen insofern gerade nicht der Fortentwicklung des Rechts über den konkreten Einzelfall hinaus; die Konfliktlösung bleibt vielmehr letztlich im Privaten. Das Allgemeininteresse tritt somit in den Hintergrund. Kosten-Nutzen-Analysen, die allein Individualinteressen berücksichtigen (Eidemüller 2001, 49 ff.), dürften also zu kurz greifen, ist doch eine wesentliche Funktion von Rechtsprechung, durch Ausdifferenzierung zur Risikominimierung im Allgemeininteresse beizutragen. Der Korpus veröffentlichter Entscheidungen stellt sich insofern als Hintergrund für zukünftiges Verhalten dar (Posner 1998, 567, 587). Zudem sind Lösungsansätze in ADR-Verfahren durch

die Parteien selbst für den konkreten Einzelfall entwickelt worden und dürften daher für Dritte – mangels Vergleichbarkeit – nur eingeschränkt als Referenz bei der Konfliktvermeidung und Konfliktlösung überhaupt geeignet sein.

2 Verrechtlichung und (staatliche) Verantwortung für die Konfliktbewältigung

Verrechtlichung und Konfliktbewältigung unter Beteiligung (staatlicher) Gerichte gehen Hand in Hand. Erhebt der Staat den Anspruch, bestimmte Lebenswelten mit seinem rechtlichen Instrumentarium regeln zu wollen, bedarf es der staatlichen Sanktionierung. Sobald Bereiche nicht mehr etwa durch gesellschaftliche Konventionen oder religiös motivierte Gebote bestimmt werden (Weber 1972, 187 ff.), sondern durch gesetztes Recht, erfordert dies entsprechenden (staatlichen) Zwang, will das Gesetz den Anspruch erheben, überhaupt Reglungswirkung entfalten zu können. Dies bedeutet gleichzeitig, dass dem Staat Verantwortung im Konfliktfall zuwächst. Die Rechtspflege gehört dabei zu den klassischen Kernaufgaben des Staates. Insofern ist der Justiz im Interesse des Rechtsstaates eine Dienstleistungsaufgabe mit Verfassungsrang übertragen (Sachverständigenrat 'Schlanker Staat' 1998, 183). Verweigert der Staat aber effektiven Rechtsschutz, so führt dies unweigerlich zu einem grundlegenden Vertrauensverlust in Gesetz und staatliche Gewalt. Mediation wird als probates Mittel erkannt, diesem Vertrauensverlust zu begegnen (Palmer/Roberts 1998, 25 ff.). ADR-Verfahren werden insofern als effiziente Alternative zu (staatlichen) Gerichten für die zeitnahe Konfliktlösung komplexer Sachverhalte gesehen, um so den Zugang zum Recht (*access to justice*) zu gewährleisten (Kommission 2002, 7 f.). Abhilfe soll also auf prozeduraler Ebene geschaffen werden.

2.1 Emanzipation durch Entscheidungsverantwortung

Der EG-Kommission ist zuzugeben, dass sich ADR-Verfahren im Einzelfall als effiziente Alternative der Konfliktbewältigung darstellen können. Wie gezeigt, zeichnen sich ADR-Verfahren durch ein hohes Maß an Ergebniszufriedenheit der Beteiligten aus. Nachdem diese selbst entscheiden haben, bedarf es aufgrund der damit einhergehenden Legitimation zudem keines (staatlichen) Zwangs bei der Vollstreckung. Mediation erfüllt so – über die Konfliktregelung im Einzelfall hinaus – Befriedungsfunktion im Allgemeininteresse, ohne dabei das staatliche Gewaltmonopol als eine der Hauptertugenschaften des Rechtsstaates zu gefährden.

Im Ergebnis kann damit die Ausweitung von ADR-Verfahren einen Beitrag zur Schärfung des Staates leisten, indem durch Stärkung der Eigenverantwortung der Betroffenen für und bei der Bewältigung ihrer Konflikte Räume für zivilgesellschaftliches Handeln eröffnet werden. Hierbei werden dem Einzelnen Räume eröffnet, in denen er (kreativ) seine Konflikte lösen kann. Erfolgreiche Konfliktbewältigung stellt sich dabei letztlich als Lernprozess mit emanzipatorischer Wirkung dar. Der so gestärkte Einzelne wird aber aus seiner Position des unmündigen Untertan befreit und zum Gestalter seiner Realität. Entscheidungsverantwortung stellt sich im Ergebnis daher dem Grunde nach als probates Mittel dar, Zivilgesellschaft im Rechtsstaat zu stärken.

2.2 Kritik

Recht schafft den Rahmen, in dem sich der Einzelne entfalten kann (Hayek 1999, 193 ff.). Aufgabe des Rechts ist es, zwischen Individuum und dessen Verantwortung für die Gemeinschaft einen (gerechten) Ausgleich zu schaffen, indem es die beteiligten Interessen gegeneinander abwägt und insofern Freiheitsräume eröffnet und zuweist (Böckenförde 2000, 233 ff.). Gleichzeitig geht jedoch mit der Verrechtlichung ein Verlust an Flexibilität einher. Grund hierfür ist, dass jede Normierung verbindlich relevante Risiken definiert und den Beteiligten entsprechende Risikosphären zuweist. In dieser Spannung erfolgt jede Rechtssetzung. Deren Qualität hängt dabei entscheidend vom Verständnis für die Regelungsmaterie und damit letztlich von der Breite der ermittelten Tatsachengrundlagen ab. Hierzu heißt es, möglichst umfassend gesellschaftliches Wissen zu mobilisieren. Möglichst zahlreich sind daher Kommunikationsschancen für zivilgesellschaftliche Akteure zu eröffnen (Pisani 2001, 179 ff.). Rechtsprechung stellt sich als eine solche Kommunikationsschance dar. Die Funktionsfähigkeit des Rechtsstaats hängt also entscheidend von der Effektivität des Zugangs zu den Gerichten ab. Wie gezeigt, dient richterliche Kontrolle – über die Entscheidung des Einzelfalls hinaus – der Forenentwicklung und Schärfung gesetzlicher Bestimmungen. Die Staatsfunktionen von Legislative und Judikative stehen somit in einem engen wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis zueinander.

Vor diesem Hintergrund darf bezweifelt werden, dass Mediation tatsächlich geeignet ist, durch Eröffnung von Freiräumen bei der eigenverantwortlichen Konfliktbewältigung einen Beitrag zur Emanzipation des Einzelnen zu leisten und damit zur Stärkung von Zivilgesellschaft. Vielmehr ist davon auszugehen, dass ADR-Verfahren die Ausbildung von Komplexitäten weiter befördert. Recht verfehlt aber dort seine freiheitsstiftende Wirkung, wo es selbst ohne Not Komplexität schafft. Grund hierfür ist, dass im Falle von ADR-Verfahren der mit der Verrechtlichung einhergehende Flexibilitätsverlust nicht durch Vorhersehbarkeit

aufgefangen wird. So erfolgt zwar dem Grunde nach eine Risikozuweisung zunächst in allgemeinen (rechtlichen) Kategorien, im Konfliktfall sollen dann aber individuelle Lösungen für den konkreten Einzelfall entwickelt werden. Dies führt letztlich zu Rechtsunsicherheit. Vor diesem Hintergrund dürfen die Beteiligten den (gewährten) Freiheitsräumen kaum umfassend ausschöpfen, da sie stets der Gefahr nachträglicher Sanktionierung ausgesetzt sind. Wie gezeigt, schafft (veröffentlichte) Rechtsprechung hingegen durch Verstärkung und Ausdifferenzierung Planungssicherheit und eröffnet so Handlungsoptionen.

3 Wege aus der Unmündigkeit

Aufgrund des im Grundgesetz angelegten Primats der Freiheit ist es Aufgabe des Staates, Sphären für Zivilgesellschaft zu schaffen. So ist Freiheit nur dort möglich, wo dem Einzelnen Gestaltungsräume für selbstverantwortetes Handeln eröffnet sind. Eine umfassende Verrechtlichung sämtlicher Lebensbereiche widerspricht letztlich diesem Primat, da so der Bürger zum unmündigen Untertan verkommen würde. Die Selbstbeschränkung des Staates, der 'schlanke Staat' also, dient daher letztlich der Stärkung der Zivilgesellschaft. Offen bleibt allein, ob tatsächlich die Stärkung von ADR-Verfahren und damit der Rückzug des Staates aus seiner Verantwortung bei der Konfliktbewältigung geeignet ist, die gewünschte Freiheit zu fördern.

Dies dürfte zumindest zweifelhaft sein. Hier wird vielmehr die These vertreten, dass der Staat allein auf materieller Ebene einen Beitrag zur Stärkung der Zivilgesellschaft leisten kann, die Ausweitung von ADR-Verfahren auf prozeduraler Ebene hingegen kontraproduktiv sein dürfte. Dieser Beitrag versteht sich insofern als Plädoyer für einen anspruchsvollen *legislative self-restraint*, der den Gesetzgeber zur Zurückhaltung bei der Verrechtlichung des Lebens mahnt. Wie gezeigt, bedingen sich Verrechtlichung und staatliche Verantwortung bei der Konfliktbewältigung, soll nicht ohne Not Komplexität geschaffen werden. Gleichzeitig stößt der Staat an seine Grenzen. Eine Schärfung seiner Aufgaben ist daher erforderlich. Eine Möglichkeit wachsenden Komplexitäten zu begegnen ist es, gesellschaftliches Wissen zu mobilisieren. Dies kann durch die Eröffnung von Räumen jenseits staatlicher Regulierung erfolgen, in denen die Akteure ihre Angelegenheiten eigenverantwortlich gestalten können. Entsprechende Enthaltsamkeit tibet der Gesetzgeber etwa im Rechtsverkehr unter Kaufleuten, wo auf materieller Ebene die durch die Akteure selbst geschaffenen Handelsbräuche (vorrangig) zu berücksichtigen sind. Prozedural wird dies durch eine weitgehende Protrogationsmöglichkeit zugunsten (staatlich unabhängiger)

Schiedsgerichte flankiert. Im Interesse der Privatautonomie nimmt sich der Staat damit weitgehend zurück.

Gleichzeitig bleibt zu beachten, dass die Schaffung eines Rechtsrahmens für das gesellschaftliche Zusammenleben seiner Bürger zu den Kernaufgaben des Staates zählt. Es ist dabei gerade Aufgabe des Staates, Infrastruktur, wie etwa ein funktionierendes Rechtssystem, im Allgemeininteresse zur Verfügung zu stellen. Gesetzliche Regelungen sind dabei letztlich der Realität und der Arbeitsteiligkeit moderner ausdifferenzierter Gesellschaften geschuldet. Sinn und Zweck dispositiven Rechts ist insofern die Senkung von Transaktionskosten, während zwingendes Recht als Antwort auf Marktversagen zu verstehen ist. Fraglich ist allerdings, ob dieser Grundsatz immer beobachtet wird. Beredtes Beispiel ist etwa die – im internationalen Vergleich relativ – scharfe Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im kaufmännischen Verkehr. So beklagt etwa auch der Sachverständigenrat 'Schlanker Staat' ausdrücklich die 'Normenflut' und stellt fest, dass deren Reduktion und die Verbesserung der Qualität der Rechtssetzung im Ergebnis sich auch zugunsten der Justiz auswirken würde (Sachverständigenrat 'Schlanker Staat' 1998, 182). Vor diesem Hintergrund plädiert der Sachverständigenrat ausdrücklich für Reduktion und Bereinigung des Normenbestands (ebd., 187). Die so geforderte Abstinenz bei der Normierung hat dabei die Schärfung des Staates im Visier. Je weiter der Staat hingegen in (bis dahin rechtsfreie) Lebenswelten ausgreift, desto mehr verliert er letztlich an Bedeutung. Wie gezeigt, gehen Verrechtlichung und Verantwortung für die Konfliktbewältigung einher. In Zeiten beschränkter finanzieller Ressourcen ist der Staat häufig nicht mehr in der Lage, solchermaßen wachsende Aufgaben angemessen zu erfüllen. Qualitätsverluste und Vermeidungsstrategien sind zwangsläufig. Die konstatieren Probleme beim Zugang zum Recht sind die Folge. Der hier vorgeschlagene *legislative self-restraint* hingegen würde zur Entlastung der Gerichte und damit zur Freisetzung entsprechender Kapazitäten führen.

Im gesellschaftlich offenen Staat bedeutet dabei *legislative self-restraint*, dass der Gesetzgeber zunächst klären muss, ob eine bestimmte Materie überhaupt in rechtlichen Kategorien regelungsfähig und regelungsbedürftig ist. Hat er sich für eine Regelung entschieden, so trifft ihn die Verantwortung, Instanzen zur Konfliktbewältigung vorzuhalten. Wie gezeigt, stellt sich (staatliche) Rechtsprechung insofern als Kommunikationschance dar und dient der Fortentwicklung der einmal getroffenen Regelungen. Recht, ohne die Möglichkeit auf deren Fortentwicklung hin zu wirken, schreibt aber den *status quo* fest und verbietet sich damit letztlich in einem modernen zukunftsfähigen Staatswesen.

Gleichzeitig eröffnet der Staat Räume für zivilgesellschaftliches Engagement, wo er sich seiner Gesetzgebungskompetenz enthält und so die Betroffenen in die Verantwortung nimmt, die jeweiligen Lebenswelten selbst zu regulieren. Selbstregulierung ist aber nur insoweit angezeigt, als nicht gesamtgesellschaftliche Interessen betroffen sind; in einem solchen Fall würde der *legislative self-restraint* notwendigerweise seine Grenzen finden. Gesamtgesellschaftliche Interessen wären dabei insbesondere dann betroffen, wenn Zivilgesellschaft nicht (mehr) in der Lage ist, die ihr zugewiesenen Räume so zu regulieren, dass allgemein anerkannte Mindeststandards, etwa im Bereich des Schutzes der Menschenrechte oder des Minderheitenschutzes, gewahrt wären.

Literatur

- Böckenförde, E.-W. 2000. *Recht schafft Freiheit, indem es Grenzen setzt*, in: ders., Staat Nation Europa – Studien zur Staatslehre, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie, Frankfurt/M., 233-245.
- Breidenbach, St./Hensler, M. (Hg.) 1997. *Mediation für Juristen*, Köln.
- BMJ 2004. Bundesministerium der Justiz, *Mediation – Was ist das?* www.bmj.bund.de/eid/0,0/hl.html?druck=1 (Stand: 31. 9. 2004).
- Duve, C./Eidenmüller, H./Hacker, A. 2003. *Mediation in der Wirtschaft*, Köln.
- Duve, C./Ponschab, R. 1999. *Wann empfehlen sich Mediation, Schlichtung oder Schiedsverfahren in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten?*, in: Konsens (ZKM), 263-268.
- Eidenmüller, H. 2001. *Verrats- und verfahrensrechtliche Grundlagen der Mediation – Möglichkeiten und Grenzen privatautonomer Konfliktmanagements*, in: Breidenbach, S. u.a. (Hg.), *Konsensuale Streitbeilegung*, Bielefeld, 45-99.
- Kommission der Europäischen Gemeinschaften 2002. *Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht*, Brüssel.
- Haft, F. 2000. *Verhandlung/Mediation*, München.
- Haft, F./Gräfin von Schlieffen, K. 2002. *Handbuch Mediation*, München.
- Hayek, F.A. 1999. *The Constitution of Liberty*, London u.a.
- Palmer, M./Roberts, S. 1998. *Dispute Processes – ADR and the Primary Forms of Decision Making*, London u.a.
- Posner, R. 1998. *Economic Analysis of Law*, New York.
- Pisani, C. 2001. *Kooperation in der Wissensgesellschaft*, München.
- Sachverständigenrat 'Schlanker Staat' 1998. *Abschlussbericht*, Bonn.
- Weber, M. 1972. *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen.