

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Einführung.....	1
§ 1 Grundlagen und Begründung der alternativen Streitbeilegung	11
I. Rechtstheorie: Die Grenzen gerichtlicher Streitentscheidung	14
1. Die Pound Conference und ihre Folgen	14
2. Die systemimmanenten Grenzen des Zivilprozesses	18
3. Zusammenfassung	43
II. Rechtssoziologie: Der Wandel des Rechts	45
1. Wandel des Rechts: Vom formal-rationalen zum materiell- rationalen Recht	46
2. Wandel staatlichen Handelns: Der kooperative Staat	51
3. Wandel der Konfliktkultur: Von der Konfrontation zur Kooperation	82
4. Zusammenfassung	89
III. Rechtsphilosophie	93
1. Die Dichotomie zwischen formalem Geltungs- und materiellem Gerechtigkeitsanspruch der Privatrechtsordnung	93
2. Kritik des prozeduralen Gerechtigkeitsparadigmas	108
3. Relativismus und Naturrecht.....	109
4. Zusammenfassung	126

§ 2 Mediation und Zivilprozess.....	131
I. Typologie der alternativen Streitbeilegung	131
II. Mediation und Zivilprozess: Eine Strukturanalyse.....	138
1. <i>Fullers</i> Verfahrenslehre als dogmatischer Ausgangspunkt.....	145
2. Wesen.....	159
3. Struktur	166
4. Sachentscheidung	167
5. Verfahrensgegenstand	172
6. Verfahren	175
7. Verfahrensergebnis.....	181
III. Mediation und Zivilprozess: Einheit in der Komplementarität...	184
IV. Zusammenfassung	189
§ 3 Mediation und Recht	192
I. Antinomie von subjektivem Parteirecht und objektiver Rechtsordnung?.....	192
II. Das Grundproblem: Privatautonomie und positives Recht in der Mediation	195
III. Mediation als Verhandlungssystem: Die Konstituierung autonomer Ordnungen durch Mediation?.....	196
1. Der Begriff des Rechts	197
2. Mediation und Gerechtigkeit	203
IV. Zusammenfassung	210
§ 4 Mediation und Gerechtigkeit	214
I. Mediation und Gerechtigkeit: Von <i>Aristoteles</i> zum Harvard- Modell.....	216
1. Interessenorientierung und der Grundsatz des <i>suum cuique</i> <i>tribuere</i>	218
2. Objektive Kriterien und das Äquivalenzprinzip der <i>iustitia</i> <i>commutativa</i>	220
3. Kooperationsgewinne und <i>Thomas von Aquins utilitas</i>	220
II. Recht und Gerechtigkeit: Antinomie, Kongruenz oder Identität?	222
1. Mediation als Billigkeit	225

2. Zur rechtsphilosophischen Begründung des Mediationsverfahrens	228
III. Grundbedingungen der Gerechtigkeit: Mediation als gerechtes Verfahren	230
1. Gerechtigkeit als Tugend: Der Grundsatz der Intersubjektivität.....	230
2. Das Maß der Gerechtigkeit: Gleichheit.....	233
IV. Erscheinungsformen der Gerechtigkeit im Mediationsverfahren	234
1. Das Dreieck der Gerechtigkeit.....	235
2. Verfahrensgerechtigkeit (<i>iustitia legalis</i>).....	238
3. Austauschgerechtigkeit (<i>iustitia commutativa</i>)	263
4. Verteilungsgerechtigkeit (<i>iustitia distributiva</i>)	276
5. Billigkeit: Mediation als <i>New Equity</i>	292
6. Die Goldene Regel (<i>regula aurea</i>).....	299
7. Zusammenfassende Betrachtung: Die Rolle der Gerechtigkeit im Mediationsverfahren.....	340
V. Zusammenfassung	349
§ 5 Mediation und materielles Recht	353
I. Recht als prozedurale Rahmenregelung: Recht <i>der</i> Mediation...	354
II. Recht als materieller Maßstab: Recht <i>in</i> der Mediation.....	356
1. Das Verhältnis von objektivem Gesetzes- und subjektivem Individualvertragsrecht.....	357
2. Funktionen des materiellen Rechts in der Mediation.....	358
3. Wirkbereiche des materiellen Rechts in der Mediation	378
4. Gefahren der Thematisierung des Rechts.....	380
III. Verfahrensmodell: Die Integration des Rechts in das Mediationsverfahren.....	388
1. Das Rollenverständnis des Mediators nach dem klassischen <i>Riskin-Grid</i>	388
2. Die Rolle des Mediators in der vertragsautonomen Mediation	417
3. Die Rolle des Mediators in der gerichtsverbundenen Mediation.....	479

IV. Zusammenfassung.....	532
§ 6 Mediation und Verfahrensrecht.....	537
I. Rechtliche Grundlagen: Das Recht der Mediation	538
1. Vertragliche Verfahrensregelungen	539
2. Gesetzliche Verfahrensregelungen.....	546
3. Verhaltenskodizes	553
4. Rechtsprechung	554
II. Verfahrensgrundsätze	558
1. Verfassungsrechtliche Verfahrensgrundsätze.....	560
2. Grundsätze des Mediationsverfahrens	571
3. Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses in der Mediation?..	599
III. Verfahrensintegration: Mediation und Zivilprozess	611
1. Dogmatische Grundlagen	612
2. Gestaltung des Verfahrensübergangs	617
3. Durchsetzung des Verfahrensergebnisses	641
IV. Zusammenfassung	642
§ 7 Grundzüge einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	646
I. Ziele einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	647
1. Analyse, Dogmatik und Verfahrensdesign.....	647
2. Abgrenzung zur „allgemeinen Prozessrechtslehre“.....	650
II. Anforderungen an eine allgemeine Konfliktbehandlungslehre...	660
III. Grundlagen einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre.....	662
1. Der interdisziplinäre Befund.....	662
2. <i>Fullers</i> Verfahrenslehre als dogmatischer Ausgangspunkt.....	667
IV. Grundsätze einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	669
1. Das Prinzip des Verfahrenspluralismus	670
2. Die Prinzipien der strukturellen Verfahrensintegrität und der Rollentrennung.....	677
3. Das Prinzip funktionaler Differenzierung: Verfahrenswahl auf der Grundlage der Funktion.....	682

4. Das Prinzip qualitativer Differenzierung: Verfahrenswahl auf der Grundlage der Verfahrenseignung	874
5. Das Prinzip hierarchischer Differenzierung: Das Primat der Mediation und die Subsidiarität des Zivilprozesses	901
V. Zusammenfassung	1009
§ 8 Gesamtergebnis und Thesen.....	1015
I. Ausgangslage	1015
1. ADR-Bewegung und Rechtswissenschaft	1015
2. Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes	1016
II. Mediation und Zivilprozess: Wesentliche Ergebnisse	1017
§ 9 Ausblick.....	1027
Literaturverzeichnis.....	1029
Sachregister.....	1068
Personenregister	1092

Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	VII
Inhaltsübersicht	IX
Inhaltsverzeichnis.....	XV
Abkürzungsverzeichnis	XXXIII
Einführung.....	1
§ 1 Grundlagen und Begründung der alternativen Streitbeilegung	11
I. Rechtstheorie: Die Grenzen gerichtlicher Streitentscheidung	14
1. Die <i>Pound Conference</i> und ihre Folgen	14
2. Die systemimmanenten Grenzen des Zivilprozesses	18
a) Komplexitätsreduktion durch Verrechtlichung	18
b) Transformation in einen Metakonflikt.....	18
c) Retrospektivität.....	28
d) Binärer Schematismus.....	29
e) Eskalation	32
f) Kontradiktorischer Rollenzwang	34
g) Kommunikations-, Partizipations- und Akzeptanzdefizit ..	39
3. Zusammenfassung	43
II. Rechtssoziologie: Der Wandel des Rechts	45
1. Wandel des Rechts: Vom formal-rationalen zum materiell- rationalen Recht	46
a) Entformalisierung und Materialisierung	48
b) ADR und die Krise des formal-rationalen Rechts.....	49
2. Wandel staatlichen Handelns: Der kooperative Staat	51
a) Verrechtlichung.....	52
aa) Vergesetzlichung: Normenflut und „ <i>cultural lag</i> “	53
bb) Juridifizierung: Prozessflut und „ <i>vanishing trial</i> “	54
cc) Folgen: Konflikteignung und Kolonialisierung der Lebenswelt.....	65

b) Materialisierung.....	66
c) Die These von der Krise des Rechts	70
d) Entformalisierung	74
aa) Mediatisierung und Prozeduralisierung	75
bb) Rücknahme des Befehlscharakters des Rechts	76
e) Reflexives Recht	77
3. Wandel der Konfliktkultur: Von der Konfrontation zur Kooperation	82
a) Die ADR-Bewegung	82
b) Entwicklung der zivilgerichtlichen Vergleichsquote	86
4. Zusammenfassung	89
III. Rechtsphilosophie	93
1. Die Dichotomie zwischen formalem Geltungs- und materiellem Gerechtigkeitsanspruch der Privatrechtsordnung	93
a) Materielle Gerechtigkeit im Privatrecht.....	94
b) Das Spannungsverhältnis zwischen formalem Geltungs- und materiellem Gerechtigkeitsanspruch und seine Auflösung.....	96
c) Die Unterscheidung zwischen formellem Wirksamkeits- und materiellem Gerechtigkeitsanspruch	98
d) Die Auflösung der Dichotomie formaler und materieller Wertungen im Privatrecht	100
e) Die Grenzen der Gerechtigkeitsvermutung des Rechts	102
f) Die sittliche Bindung des Einzelnen als Begrenzung der Privatautonomie.....	105
2. Kritik des prozeduralen Gerechtigkeitsparadigmas	108
3. Relativismus und Naturrecht	109
a) Motive und Wirkungen des Werterelativismus.....	111
b) Mediation und Relativismus.....	113
c) Naturrecht als Grundparadigma der objektiven Rechtsordnung.....	114
d) Formale und materielle Gerechtigkeit als Ausprägungen des naturrechtlichen Rechtsparadigmas.....	118
e) Mediation und Naturrecht	122
4. Zusammenfassung	126
§ 2 Mediation und Zivilprozess.....	131
I. Typologie der alternativen Streitbeilegung	131
II. Mediation und Zivilprozess: Eine Strukturanalyse.....	138

1. <i>Fullers</i> Verfahrenslehre als dogmatischer Ausgangspunkt.....	145
a) Prozedurales Naturrecht	146
b) Verfahrenspluralismus	148
c) Struktur und Wesen.....	149
d) Das Prinzip der strukturellen Integrität.....	150
e) Kapazität zur gesellschaftlichen Ordnung	152
f) Die Bedeutung <i>Lon L. Fullers</i> für die Dogmatik des Verfahrensrechts	155
2. Wesen.....	159
a) Das Wesen der Mediation	161
b) Das Wesen des Zivilprozesses	165
3. Struktur	166
4. Sachentscheidung	167
a) Die Rolle des Richters im Zivilprozess	167
b) Die Rolle des Mediators im Mediationsverfahren	168
5. Verfahrensgegenstand	172
a) Streitgegenstand des Zivilprozesses	172
b) Streitbehandlungsgegenstand der Mediation	174
6. Verfahren	175
a) Verfahrensstruktur der Mediation.....	175
b) Verfahrensstruktur des Zivilprozesses.....	180
7. Verfahrensergebnis.....	181
a) Struktur und Wirkung des zivilprozessualen Urteils.....	181
b) Struktur und Wirkungen des Mediationsvergleichs	183
III. Mediation und Zivilprozess: Einheit in der Komplementarität...	184
IV. Zusammenfassung	189
§ 3 Mediation und Recht.....	192
I. Antinomie von subjektivem Parteirecht und objektiver Rechtsordnung?.....	192
II. Das Grundproblem: Privatautonomie und positives Recht in der Mediation	195
III. Mediation als Verhandlungssystem: Die Konstituierung autonomer Ordnungen durch Mediation?.....	196
1. Der Begriff des Rechts	197
a) Materialisierung und Deregulierung.....	197
b) Historische Entwicklung	199
c) Antinomie zwischen Normen- und Verhandlungssystemen?	200

d) <i>Private ordering</i> als Modell	201
2. Mediation und Gerechtigkeit	203
a) Theorien und Ziele der Mediation	204
b) Kriterien eines guten Verhandlungsergebnisses	207
IV. Zusammenfassung	210
§ 4 Mediation und Gerechtigkeit	214
I. Mediation und Gerechtigkeit: Von <i>Aristoteles</i> zum Harvard-Modell.....	216
1. Interessenorientierung und der Grundsatz des <i>suum cuique tribuere</i>	218
2. Objektive Kriterien und das Äquivalenzprinzip der <i>iustitia commutativa</i>	220
3. Kooperationsgewinne und <i>Thomas von Aquins utilitas</i>	220
II. Recht und Gerechtigkeit: Antinomie, Kongruenz oder Identität?	222
1. Mediation als Billigkeit.....	225
2. Zur rechtsphilosophischen Begründung des Mediations- verfahrens	228
III. Grundbedingungen der Gerechtigkeit: Mediation als gerechtes Verfahren	230
1. Gerechtigkeit als Tugend: Der Grundsatz der Intersubjek- tivität.....	230
2. Das Maß der Gerechtigkeit: Gleichheit.....	233
IV. Erscheinungsformen der Gerechtigkeit im Mediationsverfahren	234
1. Das Dreieck der Gerechtigkeit.....	235
2. Verfahrensgerechtigkeit (<i>iustitia legalis</i>).....	238
a) Rechtliche Dimension: <i>iustitia legalis</i>	240
b) Rechtsphilosophische Dimension: Prozedurale Gerechtigkeitstheorien	245
aa) Vertrags- und Diskurstheorien	245
bb) Mediation als Verfahren prozeduraler Gerechtigkeit?	246
c) Rechtssoziologische Dimension: Ergebnisakzeptanz durch Verfahrensfairness	247
aa) Der <i>Procedural Justice effect</i>	247
bb) Verfahrens- und Ergebnisgerechtigkeit.....	248
cc) Kontext und Kritik der <i>Procedural Justice-</i> Forschung	250

dd) Die <i>Procedural Justice</i> Forschung und Luhmanns Theorie der Legitimation durch Verfahren	252
ee) Empirische Untersuchungen der Verfahrensgerechtigkeit im Mediationsverfahren	256
ff) Prozessuale und rechtssoziologische Schlussfolgerungen.....	259
3. Austauschgerechtigkeit (<i>iustitia commutativa</i>)	263
a) Die ausgleichende Gerechtigkeit nach <i>Aristoteles</i>	266
b) Ausgleich austauschbedingter Wertverschiebungen	268
c) Kriterien zur wertmäßigen Bestimmung der objektiven Äquivalenz.....	271
d) Der Marktpreis als Maßstab des Leistungswertes.....	273
4. Verteilungsgerechtigkeit (<i>iustitia distributiva</i>)	276
a) Die Rolle der <i>iustitia distributiva</i> in der Normenhierarchie	277
b) Die Rolle der <i>iustitia distributiva</i> im Mediationsverfahren und im Zivilprozess	281
c) Die Verteilungsgerechtigkeit nach <i>Aristoteles</i>	281
d) Materielle Kriterien der Gerechtigkeit.....	283
aa) Die Quelle materieller Kriterien im Mediationsverfahren.....	283
bb) Der Standort materieller Kriterien im Mediationsverfahren.....	286
cc) Die Priorität materieller Kriterien im Mediationsverfahren.....	287
(1) Der konflikttheoretische Ansatz.....	288
(2) Der rechtsphilosophische Ansatz	289
e) Das Verhältnis von <i>iustitia commutativa</i> und <i>iustitia distributiva</i>	291
5. Billigkeit: Mediation als <i>New Equity</i>	292
a) Billigkeit im Zivilprozess und in der Mediation	293
b) Das Verhältnis der Billigkeit zu Recht und Gerechtigkeit .	294
c) Billigkeit als Maßstab der Gerechtigkeit	294
d) Das Primat gegenseitiger Interessen als Billigkeitskriterium	295
e) Die Konkretisierbarkeit des Billigkeitsbegriffs.....	297
6. Die Goldene Regel (<i>regula aurea</i>).....	299
a) Bedeutung für Mediation und Recht.....	300
b) Ursprünge und Rezeptionsgeschichte.....	303
c) Inhalt, Struktur und Interpretation	306
aa) Wirkung: Gegenseitige Daseinserhaltung, Intersubjektivität, Überwindung reziproken Denkens..	308

bb) Wesen und Inhalt: Gleichheit der Personen und eigene Interessen als Maßstab	311
cc) Methode: Das Gedankenexperiment des multilateralen Rollentauschs.....	315
d) <i>Kohlbergs</i> Stufenmodell moralischer Urteilsfähigkeit.....	317
e) Die Goldene Regel und das Harvard-Modell.....	320
f) Die Goldene Regel als Rechtsprinzip.....	322
g) Rezeption, Kritik und Renaissance der Goldenen Regel....	324
h) Die Kritik <i>Kants</i> und ihre Bewertung.....	327
aa) Schuldige Pflichten gegen andere: Das Richter-Dilemma	327
bb) Exkurs: Von den Positionen zu den Interessen.....	330
cc) Liebspflichten gegen andere: Das Misanthropen-Dilemma	332
dd) Pflichten gegen sich selbst: Das Trunkenheitsfahrt-Dilemma	334
i) Die Goldene Regel und der kategorische Imperativ	336
7. Zusammenfassende Betrachtung: Die Rolle der Gerechtigkeit im Mediationsverfahren	340
V. Zusammenfassung.....	349
§ 5 Mediation und materielles Recht	353
I. Recht als prozedurale Rahmenregelung: Recht <i>der</i> Mediation...	354
II. Recht als materieller Maßstab: Recht <i>in</i> der Mediation.....	356
1. Das Verhältnis von objektivem Gesetzes- und subjektivem Individualvertragsrecht.....	357
2. Funktionen des materiellen Rechts in der Mediation	358
a) Inhaltskontrolle: Gesetzesrecht als verbindliche Entscheidungsgrundlage	361
aa) Das Verhandlungsdilemma	362
bb) Das Wertschöpfungsdilemma	363
cc) Praktische und dogmatische Konsequenzen	364
dd) Materielles Recht als objektives Kriterium nach dem Harvard-Konzept	366
b) Orientierungsmaßstab: Gesetzesrecht als unverbindlicher normativer Maßstab	369
c) Information: Objektivierung irrealer Rechtsvorstellungen (<i>reality check</i>).....	371
d) Akzeptanz: Legitimation durch objektive Kriterien.....	373

e) Fairness: Ausgleich von Machtasymmetrien und Sicherung gerechter Ergebnisse	374
f) Formeller Rahmen: Leitplankenfunktion und Typenzwang	375
g) Rechtsschutz: Recht als Rückgriffsordnung	376
3. Wirkungsbereiche des materiellen Rechts in der Mediation	378
4. Gefahren der Thematisierung des Rechts	380
a) Auswirkungen rechtlicher Kommunikation im Mediationsverfahren	381
b) Verhandlungsverhalten und Thematisierungsmodus als Risikofaktoren	383
c) Das <i>understanding-based model of mediation</i> als Lösungsansatz	384
III. Verfahrensmodell: Die Integration des Rechts in das Mediationsverfahren	388
1. Das Rollenverständnis des Mediators nach dem klassischen <i>Riskin-Grid</i>	388
a) Auswahlkriterien zur Rollendefinition	390
b) Das <i>Riskin-Grid</i> als idealtypisches Rollenmodell	392
aa) Umfang des Konfliktgegenstandes	393
bb) Interventionsdichte des Mediators	395
c) Die verschiedenen Rollen des Mediators	396
aa) Sachmoderation	396
bb) Umfassende Moderation	397
cc) Sachbeurteilung	398
dd) Umfassende Beurteilung	398
d) Bewertung der Rollen nach dem <i>Riskin-Grid</i>	399
aa) Umfang des Konfliktgegenstandes	399
bb) Interventionsdichte des Mediators	400
cc) Das kombinierte Rollenmodell	402
e) Kritik des <i>Riskin-Modells</i> : Die Grenzen des Mediationsbegriffs	406
aa) Enger Konfliktgegenstand: Verhandlung über Rechte als Mediation?	406
bb) Intensität der Interventionsdichte: Zulässigkeit des evaluierenden Mediationsstils?	408
cc) Bewertung durch die Parteien	414
2. Die Rolle des Mediators in der vertragsautonomen Mediation	417
a) Die Funktion des Mediators als Hüter der Verfahrensintegrität	419

b) Das Spannungsverhältnis zwischen Privatautonomie und objektiver Gerechtigkeit	421
aa) Systemimmanente Risiken des Mediationsverfahrens ..	422
bb) Privatautonomie, Neutralitätspflicht und Verfahrensgerechtigkeit	424
cc) Eigenverantwortliche Selbstschädigung durch Vertrag?	427
dd) Grenzen privatautonomen Handelns: Drei Fallstudien	429
(1) Woodruff Corp. v. Lacrete	430
(2) Wright v. Brockett	432
(3) Boston Housing Court (BHC)	433
ee) Schlussfolgerungen	434
(1) Die Fiktion der Privatautonomie in Ungleichgewichtslagen.....	435
(2) Das Phänomen mangelnder <i>self-agency</i>	436
c) Die Konkretisierung der Rolle des Mediators.....	436
aa) Verfassungsrechtliche Anforderungen.....	437
bb) Verfahrensimplante Anforderungen an den Mediator	440
cc) Berufsrechtliche Anforderungen an den Mediator	441
(1) Richtlinien und Verfahrensordnungen der berufsständischen Verbände	441
(2) Europäische Rahmenregelungen	443
(3) Nationales Gesetzesrecht	446
d) Die Hinweis-, Aufklärungs- und Interventionspflicht des Mediators.....	449
aa) Interventionspflicht gegenüber rechtlich vertretenen Parteien.....	451
bb) Interventionspflicht gegenüber rechtlich nicht vertretenen Parteien	454
(1) Strukturelles Machtungleichgewicht	454
(2) Informationsasymmetrie	463
(3) Unterschiedliches Verhandlungsgeschick	469
(4) Günstigeres Ergebnis eines Gerichtsverfahrens oder einer direkten Verhandlung	471
(5) Grob unbilliges oder rechtswidriges Ergebnis.....	472
cc) Besondere Regeln für die Mediation in Ungleichgewichtslagen: Die Notwendigkeit eines Zwei-Phasen-Modells.....	476
3. Die Rolle des Mediators in der gerichtsverbundenen Mediation.....	479
a) Gerichtsverbundene Mediationsprogramme in Deutschland	481
aa) Praxis vor der Reform des § 278 Abs. 5 ZPO durch das MedFördG 2012	482

bb) Praxis nach der Reform des § 278 Abs. 5 ZPO durch das MedFördG 2012.....	484
b) Richterliche Mediation als Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG.....	484
aa) Interdisziplinärer Befund als Rahmen	487
bb) Mediation als Annex zur richtenden Tätigkeit?.....	487
cc) Der Rechtsprechungsbegriff des Art. 92 GG	489
(1) Der formelle Rechtsprechungsbegriff.....	491
(2) Der materielle Rechtsprechungsbegriff.....	492
(3) Der funktionelle Rechtsprechungsbegriff.....	494
c) Verfassungsrechtliche Anforderungen an den Güterichter.	498
aa) Richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG).....	499
bb) Anspruch auf ein faires Verfahren (Rechtsstaatsprinzip iVm. Art. 2 Abs. 1 GG)	500
cc) Gleichbehandlungsgrundsatz und Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 2 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip).....	501
dd) Anspruch auf Wahrung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG)	502
ee) Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG)	504
ff) Anspruch auf den gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG)	504
gg) Bindung des Güterichters an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG)	505
(1) Die Bedeutung richterlicher Gesetzesbindung.....	505
(a) Materielle Inhaltsbindung: Anwendungsgebot und Abweichungsverbot.....	505
(b) Prozedurale Berücksichtigungsgebote: Kenntnisnahme- und Darlegungspflicht	506
d) Die Hinweis-, Aufklärungs- und Interventionspflicht des Mediators.....	507
aa) Die Ausgangslage	507
(1) Die Struktur der gerichtsverbundenen Mediation ..	507
(2) Unvollständiger Rollenwechsel des Güterichters ..	508
(3) Der dogmatische und empirische Befund	510
(4) Das Spannungsverhältnis zwischen privatautonom- mer Einigung und richterlicher Gesetzesbindung..	512
bb) Umfang der Gesetzesbindung des Güterichters.....	512
cc) Konkretisierung der Gesetzesbindung durch ein Über- und Untermaßverbot	514
(1) Untermaßverbot: Informations- und Mitwirkungspflichten	514
(a) Rechtswidriges oder grob unbilliges Ergebnis .	515

(b) Umfassende Informationspflicht.....	515
(c) Günstigerer Ausgang eines nachfolgenden Gerichtsverfahrens	516
(d) Strukturelle Machtungleichgewichte und Informationsasymmetrien.....	517
(2) Übermaßverbot: Unzulässiger Einigungsdruck des Güterichters.....	518
(a) Rechtsgeschichtlicher Befund: Einigungsdruck als Teil richterlichen Handelns.....	519
(b) Rechtspraktischer Befund: Risiken in der aktuellen Rechtspraxis	522
(c) Abgrenzungskriterien: Der Güterichter zwischen Vergleichsförderung und Vergleichszwang	524
(d) Pauschalkompromisse: Zurückhaltung bei Abweichungen von der Rechtslage.....	525
(3) Verhaltensanforderungen an den Güterichter	529
IV. Zusammenfassung.....	532
§ 6 Mediation und Verfahrensrecht.....	537
I. Rechtliche Grundlagen: Das Recht <i>der</i> Mediation	538
1. Vertragliche Verfahrensregelungen	539
a) Mediationsvereinbarung und Mediatorvertrag	539
b) Verfahrensordnungen.....	542
c) Sonderfall: <i>Collaborative Law</i> -Vereinbarung.....	543
2. Gesetzliche Verfahrensregelungen.....	546
a) Internationale Regelungen.....	547
b) Europäische Rahmenregelungen	548
c) Einzelstaatliche Regelungen.....	550
3. Verhaltenskodizes	553
4. Rechtsprechung	554
II. Verfahrensgrundsätze	558
1. Verfassungsrechtliche Verfahrensgrundsätze.....	560
a) Gerichtsverbundene Mediation.....	561
aa) Anspruch auf ein faires Verfahren (Rechtsstaatsprinzip iVm. Art. 2 Abs. 1 GG)	561
bb) Gleichbehandlungsgrundsatz und Waffengleichheit (Art. 3 Abs. 2 GG iVm. dem Rechtsstaatsprinzip).....	562
cc) Anspruch auf Wahrung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG)	562

dd) Richterliche Unabhängigkeit (Art. 97 Abs. 1 GG) und Gesetzesbindung (Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG) ..	563
b) Vertragsautonome Mediation	563
aa) Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten	563
bb) Verfahrensfairness	569
cc) Gleichbehandlungsgrundsatz und Waffengleichheit ⁵⁷⁰	
dd) Rechtliches Gehör.....	570
2. Grundsätze des Mediationsverfahrens.....	571
a) Privatautonomie	572
aa) Begriffsbestimmung	572
bb) Voraussetzungen: Information und <i>self-agency</i>	574
cc) Privatautonomie und Freiwilligkeit: Zulässigkeit der obligatorischen Mediation.....	575
b) Kooperation	575
aa) Ursprung und Struktur des Kooperationsgebotes.....	576
bb) Wirkungen des Kooperationsgebotes	578
cc) Implementierung kooperativen Verhandlungs- verhaltens in das Mediationsverfahren	582
c) Interessenorientierung	583
aa) Begriff der Interessen.....	584
bb) Der multilaterale Perspektivwechsel nach der <i>regula</i> <i>aurea</i>	584
cc) Interessen und Rechte	585
d) Beziehungsorientierung	586
aa) Die Bedeutung der Parteibeziehung für den Konflikt ..	586
bb) Störungen der Parteibeziehung als Konfliktursache	588
cc) Vom <i>homo oeconomicus</i> zur <i>behavioral economics-</i> <i>Forschung</i>	589
dd) Transformation der Beziehung als Strategie der Konfliktbeilegung	591
e) Vertraulichkeit	593
f) Informalität.....	594
g) Neutralität.....	596
3. Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses in der Mediation? ..	599
a) Dispositionsgrundsatz	600
b) Verhandlungs- und Beibringungsgrundsatz.....	603
c) Richterliche Prozessleitung	606
d) Beschleunigungs- bzw. Konzentrationsmaxime	607
e) Mündlichkeitsgrundsatz	609
f) Unmittelbarkeitsgrundsatz	610
g) Öffentlichkeitsgrundsatz	610
III. Verfahrensintegration: Mediation und Zivilprozess	611

1. Dogmatische Grundlagen	612
a) <i>Fullers</i> Verfahrens- und Institutionenlehre	612
b) Die Prinzipien der Verfahrensintegrität und der Rollentrennung	613
c) Das Primat der Mediation als Grundlage der Verfahrenswahl	615
2. Gestaltung des Verfahrensübergangs	617
a) Strukturtypen	617
aa) Gerichtsexterne Mediation: Mediation vor Klageerhebung	617
(1) Vorsorgende Mediationsvereinbarung <i>ex ante</i>	617
(2) Nachsorgende Mediationsvereinbarung <i>ex post</i>	618
bb) Gerichtsverbundene Mediation: Mediation im Rahmen des Zivilprozesses	620
(1) Gerichtsnahe Mediation: Mediation durch externe Mediatoren	623
(2) Gerichtsinterne Mediation: Mediation durch Güterichter	625
cc) Das <i>Multi-Door Courthouse</i>	627
b) Verfahrensförderung	629
aa) Prüfungspflicht der Parteien und der Anwälte	629
bb) Mediations-Koordinatoren	632
cc) Kostenanreize	632
c) Verfahrenseinleitung	633
aa) Verfahrenseinleitung vor Klageerhebung: Mediation als obligatorisches Vorschaltverfahren	634
bb) Verfahrenseinleitung nach Klageerhebung: Verfahrenssteuerung durch das Gericht	635
(1) Bindende gesetzliche Verweisung	635
(2) Freiwillige Durchführung des Mediationsverfahrens	636
(3) Bindende Verweisung durch das Gericht	638
3. Durchsetzung des Verfahrensergebnisses	641
IV. Zusammenfassung	642
§ 7 Grundzüge einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	646
I. Ziele einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	647
1. Analyse, Dogmatik und Verfahrensdesign	647
2. Abgrenzung zur „allgemeinen Prozessrechtslehre“	650
a) Ziele	651

b) Methoden.....	652
c) Hintergrund.....	653
d) Bewertung.....	655
e) Abgrenzung.....	656
II. Anforderungen an eine allgemeine Konfliktbehandlungslehre...	660
III. Grundlagen einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre.....	662
1. Der interdisziplinäre Befund.....	662
2. <i>Fullers</i> Verfahrenslehre als dogmatischer Ausgangspunkt.....	667
IV. Grundsätze einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	669
1. Das Prinzip des Verfahrenspluralismus	670
a) Das Kontinuum der Streitbehandlungsformen: Eine Verfahrenstypologie.....	672
b) Verfahrenspluralismus als rechtshistorischer und empirischer Befund.....	674
c) Von der Verfahrenstrias zum Dualismus von Mediation und Zivilprozess	675
2. Die Prinzipien der strukturellen Verfahrensintegrität und der Rollentrennung.....	677
a) Strukturelle Verfahrensintegrität.....	678
b) Rollentrennung	679
3. Das Prinzip funktionaler Differenzierung: Verfahrenswahl auf der Grundlage der Funktion.....	682
a) Die <i>Owen M. Fiss</i> -Debatte als Ausgangspunkt.....	683
aa) Against Settlement: Die klassische Kritik der Mediation.....	688
bb) For Settlement: Die Kritik des Zivilprozesses.....	689
b) Das Mediationsverfahren: Funktion, Struktur und Wirkungen	691
aa) Funktion.....	692
(1) Konfliktbeilegung: <i>Service Delivery Project</i>	694
(a) Effektive Konfliktbeilegung	694
(b) Objektive Gerechtigkeit und Interessen- verwirklichung	695
(c) Entlastung der Justiz.....	696
(2) Gewährung des Zugangs zum Recht: <i>Access to Justice Project</i>	697
(a) Verringerung der Zugangsbarrieren zum Recht	697
(b) Stärkung strukturell schwächerer Parteien	699
(c) Schutz subjektiver Rechte.....	701

(3) Ermöglichung privatautonomes Handelns:	
<i>Individual Autonomy Project</i>	702
(a) Persönliches Wachstum der Parteien	
(<i>empowerment</i>)	702
(b) Ausgleich von Machtungleichgewichten	704
(c) Effektive Konfliktbeilegung	705
(4) Versöhnung und Befriedung: <i>Reconciliation</i>	
<i>Project</i>	705
(a) Wahrnehmung und Verfahrenswirkung	706
(b) Kooperation durch implizite Rollenübernahme	707
(c) Der Begriff der Versöhnung	709
(d) Das Maß der Versöhnung	711
(e) Risiko des Einigungsdrucks	713
(5) <i>Social Transformation Project</i>	717
(a) Gesellschaftliche Reform.....	717
(b) Stärkung des Community-Gedankens	719
(c) Veränderung der Konfliktkultur.....	723
bb) Struktur	725
(1) Privatautonomie.....	725
(2) Kooperation	729
(3) Orientierung an Parteiinteressen	730
(4) Beziehungsorientierung	732
(5) Vertraulichkeit.....	734
(6) Informalität des Verfahrens	736
(7) Vermittlung durch neutralen Dritten	738
cc) Wirkungen	738
(1) Parteien.....	739
(2) Konflikt	742
(3) Gesellschaft	742
dd) Risiken	747
(1) Parteien.....	747
(a) Machtungleichgewichte und Informations-	
asymmetrien.....	747
(b) Einigungsdruck	748
(c) Verletzung der Vertraulichkeit?	750
(d) Erschwerung des Zugangs zur Justiz?.....	751
(e) Verfahrensverzögerung durch fehlende	
Einigung?.....	752
(2) Konflikt	752
(3) Gesellschaft	754
(a) Wertewandel durch Privatisierung der Justiz ...	754
(b) Schwächung der sozialen Funktion der	
Rechtsprechung.....	755

(c) Relativierung rechtlicher Normen	757
c) Der Zivilprozess: Funktion, Struktur, Wirkungen und Risiken.....	760
aa) Funktion.....	761
(1) Die klassische Prozesszwecklehre als Grundlage ..	762
(a) Prozesszwecklehre und allgemeine Verfahrenslehre.....	763
(b) Individualrechtsschutz und Rechtsbewährung .	764
(c) Die Prozesszwecklehre im Licht der ADR-Kritik <i>Fiss'</i>	765
(2) Konflikt	768
(a) Effektiver Schutz subjektiver Rechte	768
(aa) Individualrechtsschutz als primäre Aufgabe des Zivilprozesses.....	768
(bb) Verfassungsrechtlicher Schutz des Justizgewährungsanspruchs.....	769
(cc) Zivilprozess als ultima ratio und das Primat der außergerichtlichen Streitbeilegung	769
(dd) Effektivität als Kriterium der Verfahrenswahl.....	770
(ee) Von der Justiz- zur Mediationsgewährungspflicht?	772
(b) Konfliktlösung.....	774
(aa) Konfliktbeilegungsfunktion als Schnittstelle zwischen Mediation und Zivilprozess	775
(bb) Risiken richterlicher Konfliktmittlung.....	776
(cc) Privatautonomie als Legitimation	777
(dd) Grenzen richterlicher Vermittlungstätigkeit	778
(ee) Konfliktmittlung als Gebot der Gerechtigkeit.....	780
(c) Rechtsgewissheit	781
(d) Wahrheit.....	782
(e) Gerechtigkeit	786
(3) Rechtsordnung.....	787
(a) Bewährung der objektiven Rechtsordnung.....	788
(aa) Rechtsbewährung durch Mediation?	788
(bb) Mediation und die Rechtsbewährungsfunktion des Zivilprozesses	790
(cc) Rechtsbewährung vor dem Hintergrund der <i>Fiss'schen</i> ADR-Kritik.....	791
(dd) Grenzen der der <i>Fiss'schen</i> ADR-Kritik...	793

(ee) Mediation und Zivilprozess im Rechtssystem	798
(b) Konkretisierung des Rechts	800
(c) Sicherung der Rechtsfortbildung	804
(d) Gewährleistung von Rechtssicherheit und Rechtseinheit	806
(4) Gesellschaft	807
(a) Herstellung und Wahrung des Rechtsfriedens..	807
(aa) Beendigung des Rechtsstreits	807
(bb) Partizipatives und faires Verfahren	809
(cc) Materiell rechtmäßige Entscheidung	811
(b) Verhaltenssteuerung	818
(aa) Verhaltenssteuernde Mechanismen im Zivilprozess	818
(bb) Möglichkeiten und Grenzen der Verhaltenssteuerung durch Mediation	819
(cc) Verlust der Steuerungsfunktion des Rechts durch Mediation?	824
(c) Soziale Funktion des Zivilprozesses?	825
(aa) Die „soziale“ Reformgesetzgebung der ZPO-Novellen	825
(bb) Herstellung tatsächlicher Waffengleichheit	827
(cc) Die Berücksichtigung außerrechtlicher Gesichtspunkte	828
(dd) Die sozialpolitisch motivierte richterliche Entscheidung	829
(ee) Die Förderung der konsensualen Konfliktbeilegung	831
bb) Struktur	832
(1) Heteronomie	833
(2) Konfrontation	839
(3) Orientierung an Rechtsansprüchen	842
(4) Ergebnisorientierung	845
(5) Öffentlichkeit	847
(6) Formalität des Verfahrens	849
(7) Entscheidung durch neutralen Dritten	850
cc) Wirkungen	851
(1) Konflikt	852
(a) Eigennütziges Handeln und die Wehrhaftigkeit des Rechts	853
(b) Interessenausgleich als Gebot materieller Gerechtigkeit	854

(c) Zivilprozessualer Rechtsschutz als Grundbedingung der Mediation.....	856
(2) Rechtsordnung	857
(3) Gesellschaft	858
dd) Risiken	859
(1) Konflikt	860
(a) Ineffektive Beilegung des Konfliktes	861
(b) Eskalation des Konfliktes	863
(c) Zerstörung der Parteibeziehung	864
(d) Höherer Zeit- und Kosteneinsatz	867
(2) Rechtsordnung	868
(3) Gesellschaft	872
d) Mediation und Zivilprozess: Ein funktionales Verhältnis symbiotischer Komplementarität	873
4. Das Prinzip qualitativer Differenzierung: Verfahrenswahl auf der Grundlage der Verfahrenseignung	874
a) Methodische Herausforderungen der Konfliktzuweisung ..	876
b) <i>Fitting the forum to the Fuss: Das Sander-Goldberg- Modell</i> der Verfahrenswahl.....	877
c) Kritik des <i>Sander-Goldberg-Modells</i>	880
aa) Materielle Leistungsfähigkeit des Mediations- verfahrens	880
bb) Grundverständnis der ADR-Prinzipien als notwendige Voraussetzung der Verfahrenswahl?	882
cc) Möglichkeiten und Grenzen der Aufklärung der Parteien.....	883
d) Weitere Zuweisungsmodelle	886
e) Eigener Ansatz: Verfahrenswahl auf der Grundlage der Verfahrensfunktion und -struktur	888
f) Empirische Eignungskriterien der Verfahrenswahl	897
5. Das Prinzip hierarchischer Differenzierung: Das Primat der Mediation und die Subsidiarität des Zivilprozesses	901
a) Vom <i>Multi-Door Courthouse</i> zum Primat der Mediation ..	901
b) Das Primat der Mediation als Prinzip einer allgemeinen Konfliktbehandlungslehre	907
aa) Der Grundsatz des Verfahrenspluralismus.....	909
bb) Der Grundsatz der Verfahrensintegrität	909
cc) Der Grundsatz der Rollentrennung	910
dd) Der Grundsatz der Verfahrenshierarchie	911
ee) Das Primat der Mediation.....	912
c) Die Begründung des Mediationsprimats.....	913

aa) Rechtstheorie: Die systemimmanenten Schwächen des Zivilprozesses	914
bb) Rechtssoziologie: Wandel des Rechts, des staatlichen Handelns und der Konfliktkultur	936
cc) Rechtsphilosophie: Mediation als gerechtes Verfahren	950
dd) Interdisziplinärer Befund: Das Prinzip der Kooperation	981
ee) Mediation und Zivilprozess: Ein Verhältnis komplementärer Einheit	989
V. Zusammenfassung	1009
§ 8 Gesamtergebnis und Thesen	1015
I. Ausgangslage	1015
1. ADR-Bewegung und Rechtswissenschaft	1015
2. Notwendigkeit eines interdisziplinären Ansatzes	1016
II. Mediation und Zivilprozess: Wesentliche Ergebnisse	1017
§ 9 Ausblick	1027
Literaturverzeichnis	1029
Sachregister	1068
Personenregister	1092