

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Dethloff / Hess / Kals / Ittner / Ennuschat / Kerner / Roth

Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation

Europäische und deutsche Perspektiven

Band 3



Wolfgang Metzner Verlag

Schriften zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktlösung

Herausgegeben von
Professor Dr. Christoph Althammer
Professor Dr. Jörg Eisele
Dr. Heidi Ittner
Professor Dr. Martin Löhnig

Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation

Europäische und deutsche Perspektiven

von

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Prof. Dr. Burkhard Hess

Prof. Dr. Elisabeth Kals

Dr. Heidi Ittner

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner

Prof. Dr. Herbert Roth



Wolfgang Metzner Verlag

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2013

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-943951-10-3

ISSN 2195-2477

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

■ Inhalt

Prof. Dr. Martin Löhnig

Vorwort 7

Prof. Dr. Nina Dethloff, LL.M.

Konsensuale und alternative Konfliktlösungen für internationale Paare 9

Prof. Dr. Burkhard Hess

Europäische Perspektiven der Mediation in Zivilsachen 25

Prof. Dr. Elisabeth Kals, Dr. Heidi Ittner

Erlebte Gerechtigkeit in Konflikten und in der Mediation 45

Prof. Dr. Jörg Ennuschat

Mediation in der Schule 67

Prof. Dr. Hans-Jürgen Kerner

»Wiedergutmachen« und »Wiederherstellen« 87

Prof. Dr. Herbert Roth

Freiwilligkeit und Zwang in der Mediation 109

■ Vorwort

Vorliegender Band dokumentiert die Beiträge des ersten Kolloquiums »Forum für Forschung und Wissenschaft zu Mediation und außergerichtlicher Konfliktlösung«, das am 29. November 2012 an der Universität Regensburg stattgefunden hat. Dieses Forum dient der Vernetzung von Wissenschaftlern, die auf dem Feld der außergerichtlichen Konfliktlösung arbeiten, und der Vernetzung von Wissenschaft und Praxis. Das Forum wird künftig in regelmäßigen Abständen von den Herausgebern dieses Bandes und dem Wolfgang Metzner Verlag ausgerichtet werden.

Das Kolloquium konnte nur stattfinden und gelingen, weil wir uns auf zahlreiche Unterstützer verlassen durften: Zuvorderst zu nennen sind die Referentinnen und Referenten, die unserer Einladung nach Regensburg gefolgt sind und über ihre Forschungsergebnisse berichtet haben, sowie die Teilnehmerinnen und Teilnehmer der abschließenden Podiumsdiskussion. Nicht minder wichtig ist der Beitrag der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Regensburger Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Deutsche und Europäische Rechtsgeschichte sowie Kirchenrecht, die unzählige Arbeitsstunden für die Vorbereitung und Durchführung des Forums aufgewendet haben; ihr Engagement hat das Maß ihrer Dienstpflichten weit überstiegen. Besonders hervorzuheben ist Frau Caroline Berger, die nicht nur die Hauptlast der Organisation und Koordination getragen, sondern mit großem persönlichen Einsatz zudem dafür gesorgt hat, dass wir eine angenehme Tagung erleben durften. Ihnen allen Herzlichen Dank!

August 2013

Martin Löhnig
im Namen aller Herausgeber

■ Konsensuale und alternative Konfliktlösungen für internationale Paare

Von Professorin Dr. *Nina Dethloff*, LL.M., Bonn*

I. Einleitung

»Europeans move for love and a better life«. Dies hat eine Studie der Europäischen Kommission ergeben.¹ Die Liebe endet allerdings auch bei grenzüberschreitenden Ehen nicht selten in Scheidung. 140 000 sind es pro Jahr.² Statt eines besseren Lebens sind die Partner dann mit erheblichen rechtlichen Schwierigkeiten konfrontiert. Zunächst wird das Modell einer Europäischen Ehe vorgestellt, das im Rahmen eines von der Deutschen Forschungsgemeinschaft geförderten Projekts mit dem Titel »Die Europäische Ehe – ein optionaler Rechtsrahmen für transnationale Paare« entwickelt wurde, um den rechtlichen Problemen zu begegnen, die sich in grenzüberschreitenden Fällen stellen.³ Im Mittelpunkt werden sodann die im Rahmen des sich anschließenden Forschungsprojekts über »Konsensuale und alternative Konfliktlösungen für transnationale Partnerschaften« untersuchte Notwendigkeit und Möglichkeit stehen, Mediation als Instrument konsensualer und alternativer Konfliktlösung zu implementieren.

II. Europäische Ehe – Optionales Recht für internationale Paare

Familienrecht ist nationales Recht, das viel stärker als andere Rechtsgebiete kulturell geprägt ist, oft in überkommenen Traditionen und Anschauungen wurzelt und sich daher deutlicher als andere Rechtsgebiete von Land zu Land unterscheidet. Vor allem die beträchtlichen Divergenzen im

* Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht, Rechtsvergleichung und Europäisches Privatrecht, Direktorin des Instituts für Deutsches, Europäisches und Internationales Familienrecht der Universität Bonn und zurzeit Fellow am Käte Hamburger Kolleg »Recht als Kultur«.

1 IP/06/839 v. 28. 3. 2006, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-06-389_en.htm.

2 Bericht über die Unionsbürgerschaft 2010 – Weniger Hindernisse für die Ausübung von Unionsbürgerrechten, KOM 2010(603) endgültig.

3 Vgl. dazu auch *Dethloff*, AcP 204 (2004) 544 ff.; *dies.*, StAZ 2006, 253 ff.; *dies.* in: Festschrift für von Hoffmann (2011) 73 ff.; *dies.*, BRGÖ 2012, 1 ff.

■ Europäische Perspektiven der Mediation in Zivilsachen

Von Professor Dr. *Burkhard Hess*, Luxemburg

I. Einleitung¹

Die außergerichtliche Streitbeilegung war ein europäisches Thema, bevor die Begriffe »Alternative Dispute Resolution (ADR)« und »Mediation« überhaupt im allgemeinen Sprachgebrauch aufkamen. Bereits im Jahre 1975 organisierte die Kommission ein Kolloquium zum gerichtlichen und außergerichtlichen Verbraucherrechtsschutz;² zwei Jahre später forderte das Europäische Parlament die Schaffung einer Richtlinie über Schieds- und Schlichtungsmechanismen in Verbraucherstreitigkeiten.³ Auch wenn diese Initiativen zunächst nicht aufgegriffen wurden, zeigen sie doch, dass die Maßnahmen der Europäischen Union zur Mediation ihren Ursprung im Verbraucherschutzrecht hatten.

Der folgende Vortrag fragt freilich nicht nach der Historie, sondern nach den Anstößen, welche die ADR, speziell die Mediation, von der Europäischen Union erfährt. Dies erscheint in zweierlei Hinsicht von Interesse. Zum einen geht es hier um eine genuin gesellschaftliche Entwicklung, die vorwiegend privatautonome Regelung von Streitigkeiten. Für die Regulierung dieser Fragen verfügt die Europäische Union nur über beschränkte Kompetenzen, im Binnenmarkt sowie im Verbraucherschutz und in der ziviljustiziellen Zusammenarbeit. Dies ist sozusagen die rechtspolitische Dimension. Zum anderen ist der Frage nachzugehen, ob die Maßnahmen des Gemeinschaftsgesetzgebers auch inhaltliche Akzente für die Entwicklung der Mediation gesetzt haben. Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Das ist ganz nachhaltig der Fall und wir stehen heute vor der Notwendigkeit, eine grundsätzliche justizpolitische Debatte darüber zu führen, welches Streitbeilegungssystem wir in den nächsten Jahrzehnten in Deutschland benö-

¹ Die Vortragsform wurde beibehalten. Bei der Vorbereitung half *Nils Pelzer*, Research Fellow am Luxemburger Max Planck Institut. Der Beitrag gibt den Stand zum 21. 4. 2013 wieder.

² Materialien 1976 von der Kommission veröffentlicht.

³ Parl.-Dok. 47/778 endgültig (zitiert in KOM(1984) 692 endgültig).

tigen. Das ist die inhaltliche, und wenn Sie so wollen, die perspektivische Dimension des folgenden Vortrags.

Ein kurzes Wort vorweg zur Definition. »Mediation« wird im Folgenden breiter verstanden als die Definition des Art. 3 lit. a der Mediationsrichtlinie.⁴ Eingeschlossen wird insbesondere die sog. Verbrauchermediation, die sämtliche Formen der Streitbeilegung zwischen Unternehmern und Verbrauchern einschließt, nicht nur die Konfliktvermittlung durch einen Dritten, sondern auch Ombudsmann-Verfahren, Beschwerdeverfahren, zwingende Schlichtungsklauseln.⁵ Zudem soll sich die Perspektive des folgenden Vortrags nicht auf die Mediation im engeren Sinne beschränken, sondern ganz allgemein die ADR einschließen.

II. Initiativen im Bereich des Verbraucherschutzes (1998–2010)

1. Allgemeines Regelungskonzept

Will man sich den Einfluss der europäischen Gesetzgebung auf die Mediation vergegenwärtigen, so ist zunächst die Rechtsentwicklung nachzuzeichnen. Im Jahre 1993 veröffentlichte die Kommission ein Grünbuch über den »Zugang der Verbraucher zum Recht«. Dieser Titel war klug gewählt. Denn der Zugang zum Recht entsprach einem populären, rechtspolitischen Konzept der Prozessrechtslehre der 1970er und 1980er Jahre.⁶ Durch die Fokussierung auf das Verbraucherrecht blieb die Kommission im Rahmen ihrer Kompetenzen, der Verbraucherpolitik. In der Sache erfolgte eine inhaltliche Ausweitung, auf die Streitbeilegung bzw. das Verfahrensrecht. Den nächsten Schritt enthielt ein Aktionsplan für den Zugang des Verbrauchers zum Recht aus dem Jahre 1996. Er fokussierte auf der Förderung außergerichtlicher Streitbeilegung als eine zweite Spur grenzüberschreitender Anspruchsdurchsetzung. Die Grundlage der Maßnahmen war jedoch klar: Die Kommission agierte im damals anwachsenden Kompetenzbereich des Verbraucherschutzes.

⁴ Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21. 5. 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2008 Nr. L 136/3 v. 24. 5. 2008.

⁵ Zur begrifflichen Abgrenzung *Hess*, ZZP 118 (2005) 427 ff.

⁶ *Cappelletti/Garth*, Access to justice (1978–1979).

■ Erlebte Gerechtigkeit in Konflikten und in der Mediation

Von Professorin Dr. *Elisabeth Kals*, Eichstätt-Ingolstadt
und Dr. *Heidi Ittner*, München

I. Einleitung

Das Menschenbild des *homo oeconomicus*, das sich auf die Ein-Motivannahme des Eigennutzes gründet, ist aus wissenschaftstheoretischer, empirischer und gesellschaftspolitischer Sicht problematisch. Dies schließt auch die Mediationsforschung und Mediationsarbeit ein. Daher ist es produktiver, vom Menschenbild des *homo complexus* auszugehen, das neben der Verfolgung von Eigennutz explizit auch ein eigenständiges Gerechtigkeitsmotiv ermöglicht. Die Existenz und Bedeutsamkeit eines solchen Motivs wurde in der empirisch-psychologischen Gerechtigkeitsforschung für eine große Spannbreite von Handlungsfeldern nachgewiesen. Vor allem in konflikthaftern Situationen erweist es sich als handlungswirksam und lässt sich im Sinne der Hypothese des verdeckten Eigennutzes auch nicht auf Eigennutz zurückführen. Denn letztlich resultieren soziale Konflikte aus der wahrgenommenen Verletzung von Normen und lassen sich daher als Gerechtigkeitskonflikte verstehen. Für die Mediation bedeutet dies, dass diese Gerechtigkeitsurteile und -emotionen konstruktiv und diskursiv zu bearbeiten sind – nur so kann ein Konflikt in seinem Kern und damit nachhaltig geregelt werden. Dies geschieht in der Mediation vor allem in den Phasen der Konfliktanalyse und -bearbeitung. Hierfür stellt die Psychologie konkrete und validierte Strategien bereit, deren Anwendung weit über Verhandlungstechniken, wie sie etwa das Harvard-Modell vorsieht, hinausgeht. So können die Chancen, welche die Mediation als Instrument zur Etablierung von Verfahrensgerechtigkeit bietet, sehr viel weiter ausgeschöpft werden – und damit auch das Erleben von Gerechtigkeit (wieder)hergestellt, Eigenverantwortlichkeit gestärkt und faire Regelungen gefunden werden.

II. Menschenbildannahmen: Vom *homo oeconomicus* zum *homo complexus*

Das Menschenbild des *homo oeconomicus*, der sich in Entscheidungssituationen zweckrational verhält und jene Alternative wählt, die seinen eige-

■ Mediation in der Schule

Entwicklungslinien, Rechtsrahmen, Erfahrungen aus der Schulpraxis

Von Professor Dr. Jörg Ennuschat, Hagen

I. Einleitung

Unsere Kinder und Jugendlichen sind völlig verschieden. Und doch müssen sie den Großteil des Tages gemeinsam in der Schule verbringen, in einem eng umgrenzten Areal, zusammen mit anderen Kindern und Jugendlichen, die sie sich alle nicht ausgesucht haben. Konflikte sind so vorprogrammiert. Manche erhoffen sich von der Mediation einen Beitrag für ein besseres Schulklima, sodass Konflikte konstruktiver ausgetragen werden.¹ Mediation wäre dann auch ein Instrument zur Gewaltprävention.² Dieser Beitrag widmet sich den Entwicklungslinien der Schulmediation, ihrem rechtlichen Rahmen und den Erfahrungen aus der Schulpraxis.

II. Entwicklungslinien der Schulmediation

In Deutschland ist Mediation in der Schule wohl spätestens seit Anfang der 90er Jahre ein Thema.³ Zu diesem Zeitpunkt wurde auch der Bundes-

1 *IFB Rheinland-Pfalz* (Hrsg.), *Mediation, Streitschlichtung in der Schule* (2006) 3 (abrufbar unter: http://www.verantwortung.de/fileadmin/user_upload/stiftung/werkzeuge/Mediation-Streitschlichtung-IFB.PDF); siehe auch: *Schmitt*, *Konfliktmediation in der Schule* (2005) 13. Auf die Internetquellen wurde zuletzt am 2. 4. 2013 zugegriffen.

2 Vgl. ausführlich *Simsa* in: *Schlag*, *Mediation in Schule und Jugendarbeit* (2004) 51, 56 ff.; ferner *Schmitt*, *Konfliktmediation in der Schule* (2005) 17 f.; *Krenner*, *Peer-Mediation: Konfliktregelung und Streitschlichtung in der Schule* (2011) 17 ff.; *Kaletsch/Simsa* in: FernUniversität Hagen, *Schulmediation – Mediation in der Schule?* (2006) 11.

3 *Krenner*, *Peer-Mediation* (2011) 21; *Braun*, *Mediation in Schule und Jugendarbeit* (2003) 1 (abrufbar unter: <http://www.streitschlichtungskongress.de/documents/Mat-w-Langes-Leben.pdf>); *Behn/Kügler/Lembeck/Pleiger/Schaffranke/Schroer/Wink*, *Evaluation von Mediationsprogrammen an Schulen* (2006) 3 (abrufbar unter: http://www.ism-mainz.de/kaiserstr/pdfs/ism_mediation.pdf); *Schröder/Merk-*

■ »Wiedergutmachen« und »Wiederherstellen«

Zur Stellung des Täter-Opfer-Ausgleichs in Deutschland im übergreifenden Feld von Mediation und Restorative Justice

Von Professor Dr. *Hans-Jürgen Kerner*, Tübingen

I. Einleitung¹

Die drei im Untertitel aufgeführten Begriffe werden in unterschiedlicher Weise im rechtlichen Kontext bzw. in der rechtswissenschaftlichen Literatur bzw. in rechtspolitischen oder – enger gesetzt – kriminalpolitischen Bestrebungen und Maßnahmen thematisiert. Sie betreffen zudem etliche zentrale Fragen von täterorientierter sowie erst recht opferorientierter Rechtstatsachenforschung, Kriminologie und Viktimologie. In Staaten wie beispielsweise Australien, Kanada, Neuseeland und vor allem solchen Einzelstaaten der USA, in denen indigene Traditionen noch lebendig sind, werden Formen des auf Konfliktaufarbeitung zielenden Umgangs mit schadensstiftendem bzw. Leiden verursachendem (abweichendem) Verhalten unterschiedlich praktiziert. Teils geschehen sie gänzlich außerhalb des staatlich gesetzten Rechts oder auch, anders gewendet, »vor« diesem Recht. Teils werden sie vom staatlichen Recht als autonome Angelegenheit von anerkannten Minderheiten explizit anerkannt. Teils haben die Staaten abgewandelte Varianten in das geltende Bundes- oder Landesrecht inkorporiert, in unserem Zusammenhang vor allem in das staatliche Strafrecht und Strafverfahrensrecht, bevorzugt das Jugendstrafrecht.² In Europa ist namentlich unser Nachbarland Österreich, bei strukturell ähnlicher Rechtstradition etwa bezüglich des Legalitätsprinzips bzw. des Verfolgungs-

¹ Bei diesem Beitrag handelt es sich um die mit Literaturhinweisen versehene Ausarbeitung einer Präsentation, die vom Verfasser am 29. 11. 2012 auf dem »Forum für Forschung und Wissenschaft zu Mediation und außergerichtlicher Konfliktlösung« an der Universität Regensburg vorgetragen worden war. Die Vortragsform ist lediglich im Grundduktus beibehalten, zudem werden aus Raumgründen die zahlreichen Schaubilder und Tabellen hier nicht wiedergegeben. Bei den stattdessen rein zahlenmäßig dargelegten statistischen Befunden sind neuere, nach dem Vortragstag veröffentlichte, Jahresbände der Rechtspflegestatistik des Statistischen Bundesamtes eingearbeitet.

² Aktuelle internationale Übersicht bei *Zinsstag*, Conferencing and restorative justice (2012), dort *Beck/Pennell* spezifisch zu den USA.

zwangs, im Vergleich zur deutschen Gesetzeslage, Rechtsanwendung und praktischer Akzeptanz weit voran geschritten.³ Unter den Ländern mit anderer Rechtstradition und ausgeprägten Möglichkeiten zu Opportunitätsentscheidungen schon aufseiten der Staatsanwaltschaft oder sogar der Polizei sticht namentlich Belgien durch Regelungen vom Vorverfahren bis hin zum Strafvollzug besonders hervor.⁴

Die Mediation hat inzwischen auch in Deutschland, konzeptionell durchweg und in der realen Anwendung mindestens in der Tendenz, quer zu den unterschiedlichsten Rechtsmaterien einen festen Fuß gefasst.⁵ Der »Täter-Opfer-Ausgleich« – im Folgenden regelmäßig als TOA bezeichnet – ist über Deutschland hinaus typischerweise eng mit dem Gedanken der Alternativen zu bzw. einer Ergänzung von überkommener Strafverfolgung, Aburteilung, Strafvollstreckung und gegebenenfalls sogar Strafvollzug verknüpft.⁶ Die internationale Entwicklung pflegt, wie am Beispiel der angloamerikanischen Begriffe (und der dazu passenden Programme) »Victim-Offender-Mediation«⁷ und »Victim-Offender-Reconciliati-on«⁸ deutlich wird, das Opfer in den Vordergrund zu stellen, was über das Sprachliche und Symbolische hinaus durchaus auch rechtspolitische und rechtsdogmatische Implikationen für Anwendungsumfang und Anwen-

3 Vgl. Bericht und Zahlen bei Bundesregierung (Österreich) 2011; s. a. *Reichel*, Der Tausgleich im österreichischen Jugendstrafrecht (2013); *Horrer*, Restorative Justice im Strafrecht (2013).

4 Zu einer aktuellen vergleichenden Analyse siehe *Vanfraechem/Aertens/Willemsens* (Hrsg.), Restorative justice realities (2010); *Miers/Aertsen* (Hrsg.), Regulating restorative justice (2012) und *Horrer*, Restorative Justice im Strafrecht (2013).

5 Ein schon frühes Beispiel für die Vielfalt der Einsatzbereiche bildet das erstmalig im Jahr 2002 aufgelegte »Handbuch Mediation« – siehe nunmehr *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation (2009); siehe jüngst u. a. *Trenczek* (Hrsg.), Mediation und Konfliktmanagement (2013). Zum neuen Mediationsgesetz sei beispielsweise auf *Horstmeier*, Das neue Mediationsgesetz (2013) hingewiesen.

6 Siehe etwa *Bannenber* in: Riklin, Mediation: ein Weg in der Strafjustiz (2001); *Eisele* in: *Haft/von Schlieffen*, Handbuch Mediation (2009) und *Eisele* in: *Althammer/Eisele/Ittner/Löhnig*, Grundfragen und Grenzen der Mediation (2012); *Althammer/Eisele/Ittner/Löhnig* (Hrsg.), Grundfragen und Grenzen der Mediation (2012); *Hartmann* in: *Dölling/Jehle*, Täter-Taten-Opfer (2013). Zum Jugendstrafrecht siehe *Sessar* in: *Cornel*, Resozialisierung (2009); *Schöch*, ZJJ 23/2012. Zum Strafvollzug siehe jüngst *Gelber/Walter*, Forum Strafvollzug 61/2012, und, in vergleichender Perspektive, *Hartmann*, TOA-Infodienst 2012.

7 Stellvertretend für viele siehe die *Victim-Offender Mediation Association* (<http://www.voma.org>).

8 Stellvertretend für viele siehe die *John Howard Society of Alberta* (<http://www.johnhoward.ab.ca/pub/C27.htm>).

dungsdetails haben kann.⁹ Die »Restorative Justice«,¹⁰ gelegentlich auch mit »Restaurative Justice« umschrieben, zeigt sich als breit angelegtes, über das gesatzte Recht deutlich hinaus reichendes, Konzept. Auf das Recht bezogen bereitet die bereits im Kern mehrdeutige Semantik von »Justice« als »Justiz«, als »(hoher) Richter« und als »Gerechtigkeit« schon sprachliche Schwierigkeiten für eine adäquate Eindeutschung. Die verbreitet verwendeten Formeln von der »ausgleichenden Gerechtigkeit« bzw. »wiederherstellenden Gerechtigkeit«¹¹ passen noch relativ gut auf eines der Ziele des »Restoring«, jedoch so gut wie nicht auf den ganz wichtigen Aspekt des »Verfahrens und dessen Inhalte bzw. Besonderheiten«¹² im Vergleich zu überkommener »Strafjustiz«.

»Restorative Justice« teilt mit Mediation, die dort konzeptuell genuin mit eingeschlossen ist, und mit Täter-Opfer-Ausgleich, der bereits als Teil der Mediation betrachtet werden kann, eine Orientierung nicht an vergangener *Schuld*, jedenfalls nicht in erster Linie, vielmehr klar in vorderster Linie eine Orientierung an der *Verantwortung* eines Menschen für sein Andere schädigendes bzw. mit Leid überziehendes Verhalten, im Sinne von *Verantwortungsübernahme*. Daher entsteht immer eine für den Rechtsstaat ganz erhebliche Spannung spätestens dann, wenn (im alltäglichen Regelfall) ein von der Polizei ermittelter Verdächtiger schon dort oder im weiteren Ermittlungsverfahren bzw. im Vorverfahren der Staatsanwaltschaft zu einem *Beschuldigten* wird, aber die Tat (die Täterschaft) bestreitet.

Die Spannung betrifft zumindest drei Elemente: die Unschuldsvermutung nach Art. 6 Abs. 2 der EMRK,¹³ die Selbstbelastungsfreiheit des »*nemo tenetur se ipsum accusare*« (oder auch »*prodere*«), und das aus beidem abzuleitende Verbot, einem Beschuldigten das nachhaltige Beharren auf seiner Unschuld, auch gerne als »hartnäckiges« Leugnen der Tat charakteri-

9 Vgl. etwa Rössner, *Bewährungshilfe* 56/2009; Schmidt, *Strafe und Versöhnung* (2012); Lummer, *Restorative justice* (2012). Zu einer grundlegend kritischen Position über die Ausweitung von »Opfer«-Begriff und Opferorientierung im öffentlichen wie fachlichen Diskurs siehe, mit Beispielen v. a. aus Österreich, jüngst Kohner-Kahler, NK 25/2013.

10 Siehe dazu etwa Meier in: Schöch/Jehle, *Angewandte Kriminologie* (2004), 415 ff. Internationale Modelle und Programme werden aktuell im Sammelband von Zinsstag, *Conferencing and restorative justice* (2012) dargestellt bzw. diskutiert. Zum besonderen bzw. Teilbereich der *Transitional Justice* siehe ausführlich Weitekamp/Parmentier in: Plywaczewski, *Aktuelle Probleme des Strafrechts und der Kriminologie* (2012).

11 Vgl. etwa Zehr, *Fairsöhnt: Restaurative Gerechtigkeit* (2010).

12 Vgl. dazu im Detail Hagemann/Lummer, *TOA-Infodienst* 45/2012.

13 Europäische Menschenrechtskonvention v. 4. 11. 1950, BGBl. II S. 685, i. d. F. v. 22. 10. 2010, BGBl. II S. 1198.

siert, im Urteil nach der Hauptverhandlung als strafschärfendes Kriterium im Rahmen der Abwägung der Strafzumessungsgesichtspunkte gem. § 46 Abs. 2 StGB¹⁴ zuzurechnen. Gerade in Jugendsachen spielt zusätzlich die Frage eine Rolle, ob ein Jugendlicher explizit verbal gestehen muss oder ob auch dann, wenn er seine Täterschaft quasi indirekt durch konkludentes Handeln einräumt, etwa in Form freiwilliger, gegebenenfalls ihm positiv nahe gelegter Gespräche mit Geschädigten oder durch das Angebot von geldwerten Leistungen, dann mit einem Absehen von der Verfolgung nach § 45 Abs. 3 JGG¹⁵ bzw. der Einstellung des Verfahrens nach § 47 Abs. 1 JGG¹⁶ bedacht werden kann. Dies gilt erst recht, wenn noch vor Verfahrensbeginn oder alsbald danach zwischen den »Beteiligten« im persönlichen Umfeld oder – im rechtlich privaten Rahmen bleibend – mithilfe eines Konfliktmittlers aus einer Einrichtung oder einem Verein ein allseits mindestens befriedigender TOA gelingt, und dieser dann für den Jugendstaatsanwalt von Rechts wegen als eine auch dem Unrechtsausgleichsbedarf genügende Regelung gewertet werden kann, die kategorial genau genommen keine direkte »erzieherische Maßnahme« (§ 45 Abs. 1 Satz 1 JGG) ist, dieser aber wegen der (stets mit erhofften und gegebenenfalls auch wirklich eintretenden) erzieherisch für den jungen Täter nützlichen Folgen einer solchen rechtlich »gleich steht« (§ 45 Abs. 2 Satz 2 JGG).

Dem kann an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden. Ebenso muss es bei einem Antippen bleiben, was die in systemischer und in etlichen weiteren Hinsichten relevante Frage betrifft, ob im strafrechtlichen Regelungshorizont die »Schadenswiedergutmachung« oder der »Täter-Opfer-Ausgleich« die übergeordnete Ebene darstellt. Jedenfalls scheint es nach vorläufiger und noch unvollständiger Recherche so zu sein, dass Wiedergutmachungsleistungen in allen gegenwärtigen »Rechtsfamilien« unserer Erde entweder als Auflagen an »Täter« vorgesehen sind, um ihnen das Unrecht der Tat bewusst zu machen bzw. eine dem Opfer zugutekommende Leistung des Unrechtsausgleichs zu erwirken,¹⁷ oder dass sie bei freiwilli-

14 Strafgesetzbuch v. 15. 5. 1871, RGBl. S. 127, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 8. 4. 2013, BGBl. I S. 734.

15 Jugendgerichtsgesetz v. 4. 8. 1953, BGBl. I S. 751, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 5. 12. 2012, BGBl. I S. 2425. Entscheidung des Jugendstaatsanwalts, nachdem das Gericht vorweg auf Antrag eine der im Gesetz näher beschriebenen jugendrichterlichen Maßnahmen angeordnet hat.

16 Originäre Entscheidung des Jugendgerichts, die ab Einreichung der Anklage getroffen werden kann.

17 Im deutschen Recht bringt § 13 Abs. 1 JGG dies im Blick auf die sog. Zuchtmittel dahin gehend zum Ausdruck, dass dem Jugendlichen »eindringlich zum Bewusstsein gebracht werden muss, dass er für das von ihm begangene Unrecht einzustehen hat«.

ger Erbringung zu einem Verfolgungsverzicht bzw. Strafverzicht, gegebenenfalls auch nur zu einer Strafmilderung, führen können.

II. Überschneidungen von Schadenswiedergutmachung und Täter-Opfer-Ausgleich: Ein Blick auch über die Grenzen nach Österreich

Schadenswiedergutmachung (im Folgenden regelmäßig als SWG bezeichnet) hat ihren Wert in sich, kann mithin in zahlreichen verschiedenen Fallkonstellationen das allein hinreichende Mittel der Wahl statt einer bzw. im Rahmen einer strafrechtlichen Sanktionierung sein. Aus der Perspektive des TOA freilich, bezogen auf die Verantwortungsübernahme bei der Bewältigung von Straftatfolgen im Rahmen eines möglichst umfassenden Ausgleichs von Konflikten, die zu der Tat geführt haben bzw. aus/nach ihr entstanden sind, wäre eine Lösung, die einen neuen befriedeten Zustand »herstellt«, wertvoller als das »Wieder«-Herstellen eines vergangenen Zustandes. Dieser Ansatz nähert sich der Zielsetzung einer zivilrechtlichen Schadensersatzregelung, die beispielsweise in Deutschland nach § 249 Abs. 1 BGB¹⁸ darauf gerichtet ist, dass der zum Schadensersatz Verpflichtete »den Zustand *herzustellen* [hat], der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre«.¹⁹ Der im österreichischen Recht gebräuchliche Begriff der »Gutmachung« eines Schadens, ohne das »Wieder«, ist von Anfang an schon semantisch neutraler.

Der österreichische Gesetzgeber hat mit der StPO-Reform von 2008, die etliche vorherige Reformen zum Abschluss brachte, eine im Kern auch für die Anwendung des Jugendstrafrechts gültige Neuregelung geschaffen. Sie bindet in den §§ 198 ff. ÖStPO²⁰ den Konfliktausgleich nach Straftaten in ein breit gespanntes Konzept der auch amtlich so bezeichneten »Diversion« ein, das den Staatsanwaltschaften und in späteren Verfahrensschritten den Gerichten²¹ eine aktive Rolle zuweist. Die früher anstatt des deutschen Begriffs »Täter-Opfer-Ausgleich« verwendete, und semantisch wie symbolisch vergleichsweise neutrale Formel vom »Außergerichtlichen

¹⁸ Bürgerliches Gesetzbuch v. 18. 8. 1896, RGBL. S. 195, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 7. 5. 2013, BGBl. I S. 1122.

¹⁹ Auf die Regelung in § 249 Abs. 2 BGB (wahlweise Möglichkeit, bei Körperverletzung und Sachbeschädigung einen zur Herstellung erforderlichen Geldbetrag zu verlangen) und die ergänzende Regelung des § 253 BGB für die Bewältigung sog. immaterieller Schäden kann nur pauschal hingewiesen werden.

²⁰ Strafprozessordnung v. 9. 12. 1975, BGBl. Nr. 65/1975.

²¹ Namentlich durch die Regelungen in §§ 199 und 209 ÖStPO.

■ Freiwilligkeit und Zwang in der Mediation

Von Professor Dr. *Herbert Roth*, Regensburg

Die Antwort auf die Frage, ob der Gesetzgeber des Mediationsgesetzes (MediationsG)¹ das rechte Maß für die Balance zwischen Parteiautonomie und staatlichem Zwang in der Mediation gefunden hat, muss zwischen den Regeln des geltenden Rechts (unten I.) und denjenigen eines künftigen Rechts (unten II.) unterscheiden. Das wird schon durch die in § 8 MediationsG enthaltene Evaluierungspflicht der Bundesregierung nahegelegt, die dem Deutschen Bundestag bis zum 26. Juli 2017 zu berichten hat, ob gesetzgeberische Maßnahmen zur weiteren Entwicklung der Mediation in Deutschland notwendig sind.

I. Geltende Rechtslage

Für das derzeitige Recht wird man die Fragestellung weiter danach trennen, ob ein Verfahren der Mediation durch einen *Mediator* im Sinne des § 1 MediationsG betroffen ist (sogleich unten 1.) oder ob das Gericht nach § 278 Abs. 5 Zivilprozessordnung (ZPO)² die Parteien für die Güteverhandlung an einen *Güterichter* zu verweisen hat (unten 2.). Dieser Richter ist kein Mediator im Verständnis des MediationsG, auch wenn er nach § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO Methoden der Mediation einsetzen darf.

1. Durchführung einer Mediation

a) Freiwilligkeit als Rechtsprinzip

aa) Außergerichtliche Mediation

Die Mediation beruht auf dem Rechtsprinzip der Freiwilligkeit.³ Im MediationsG als Berufsgesetz der Mediatoren kommt dieser Begriff in § 1 Abs. 1

1 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung v. 21. 7. 2012, BGBl. I S. 1577.

2 Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung v. 5. 12. 2005, BGBl. I S. 3202, zuletzt geändert durch das Gesetz v. 25. 4. 2013, BGBl. I S. 935.

3 *Ahrens*, NJW 2012, 2465, 2466; *Prütting*, AnwBl. 2012, 204, 205; *Grundmann*, SchiedsVZ 2012, 229.