



# Mediation im Gerichtsverfahren

Plädoyer für einen systemgerechten Einsatz  
innovativer Konfliktlösungen in der Rechtspflege

Prof. Dr. Reinhard Greger, Erlangen

Die Mediation ist in der Rechtspraxis angekommen. Vor kurzem noch vielfach unverstanden, belächelt oder als alter Wein in neuen Schläuchen diskreditiert, hat sie inzwischen bei vielen Anwälten und Richtern Akzeptanz und Wertschätzung gefunden. Der 67. Deutsche Juristentag widmet ihr am 24. und 25. September 2008 eine ganze Abteilung. Die Frage ist nicht mehr „ob“, sondern nur noch „wie“ die Mediation in unser Rechtssystem zu integrieren ist. Der Autor spricht sich für eine Stärkung der außergerichtlichen Mediation und mediativer Elemente im Prozess aus. Eine institutionalisierte Gerichtsmediation lehnt er ab.

## I. Derzeitige Situation

Dass die Mediation in unserem Rechtssystem Einzug gehalten hat, ist paradoxerweise jener Berufsgruppe zu verdanken, deren Dienste durch sie gerade entbehrlich gemacht werden sollen: den Richtern. Mediation setzt darauf, dass die Parteien ihren Konflikt autonom – nicht durch richterliche Entscheidung – lösen; nicht die Rechts-, sondern die Interessenlage soll hierbei Richtschnur sein. Trotz dieser Gegensätzlichkeit sind in den letzten Jahren immer mehr Richterinnen und Richter, gefördert durch die Justizverwaltung,<sup>1</sup> dazu übergegangen, Mediation in das Gerichtsverfahren zu integrieren, teilweise durch Übernahme mediativer Techniken in ihre Verhandlungsweise, teilweise durch Einschaltung in Mediation ausgebildeter, nicht für die Entscheidung des Rechtsstreits zuständiger Richterkolleginnen und -kollegen.

Diese Initiativen waren durchweg von Erfolg gekrönt. Die praktische Erfahrung hat gezeigt und wissenschaftliche Begleituntersuchungen<sup>2</sup> haben es bestätigt: Bestimmte Prozesse können in einem kommunikativen, interessen- und zukunftsorientierten, vom Positionendenken befreiten Verfahren wesentlich rascher, belastungsärmer und nachhaltiger erledigt werden. Ganz besonders gilt dies für jene Prozesse, die durch Komplexität, emotionale Befrachtung oder extreme Konflikteskalation zu den von Anwälten und Richtern gefürchteten, für die Parteien oft ruinösen Altverfahren mit mehrjähriger Verfahrensdauer führen. Durch richterliche Mediation konnten nicht wenige dieser aus den Fugen geratenen Prozesse innerhalb von Stunden zur größten Zufriedenheit aller Beteiligten, oftmals mit über den Klagegegenstand hinausgehenden, zukunftsweisenden Regelungen, erledigt werden.<sup>3</sup> Dementsprechend positiv ist die Resonanz bei den Beteiligten.<sup>4</sup>

Der große Erfolg dieser Initiativen hat dazu geführt, dass die gerichtsinterne Mediation immer weiter ausgebaut wurde. Inzwischen gibt es Mediationsrichter(innen) an über 120 Gerichten in fast allen Bundesländern. Die Fallzahlen sind beachtlich, sie dürften deutlich über der (statistisch nicht erhobenen) Zahl der Fälle liegen, die von den freiberuflichen Mediatoren in Deutschland erledigt werden.

## II. Bewertung

### 1. Rechtspolitisch

Die berechtigte Freude über diese Entwicklung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass sie sich unter einem falschen Vorzeichen vollzieht. Mediation boomt – aber dort, wo sie eigentlich nicht hingehört. Die konsensuale Konfliktlösung ist eine Alternative zum kontradiktorischen Verfahren vor Gericht. Den Richtern ist die Recht sprechende Gewalt anvertraut; sie sollen zwar im Rahmen des Erkenntnisverfahrens auf gütliche Lösungen hinwirken (§ 278 Abs. 1 ZPO); eine Verselbstständigung dieser Bestrebungen zu einem justizeigenen Mediationsangebot wird aber jedenfalls dann sinnwidrig, wenn Gerichte damit ein dem außergerichtlichen Bereich zuzuordnendes Verfahren an sich ziehen.

Es ist daran zu erinnern, dass mit der Einführung der Gerichtsmediation neben der Verbesserung der Streitkultur und der Justizentlastung auch das Ziel verfolgt wurde, die Mediation als solche bekannt zu machen und dadurch die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern.<sup>5</sup> Die Gerichtsmediation wird daher im Beschluss der Justizministerkonferenz vom 29./30.6.2005<sup>6</sup> ausdrücklich als Übergangslösung bezeichnet.

Bisher ist nicht erkennbar, dass die Modellprojekte zu einer Förderung der außergerichtlichen Mediation geführt haben.<sup>7</sup> Die Inanspruchnahme außergerichtlicher Mediationsangebote hat sich in ihrem Gefolge nicht merklich erhöht. Im Gegenteil: Zunehmend werden Klagen bereits mit dem Antrag auf Abgabe des Verfahrens an den Gerichtsmediator erhoben.<sup>8</sup> Potenzielle Mediationsverfahren wandern ab in die Gerichtsbarkeit. Damit ruft die Gerichtsmediation gerade solche Prozesse hervor, die sie verhindern soll.

Die Gründe für diese sinnwidrige Entwicklung liegen möglicherweise auch im wirtschaftlichen Bereich. Da für die Gerichtsmediation keine zusätzlichen Gebühren erhoben werden, fällt im Falle der Einigung für den ganzen Prozess einschließlich der u. U. vielstündigen Güteverhandlung nur eine (1,0) Gerichtsgebühr an;<sup>9</sup> dies entspricht bei einem Streitwert von 20.000 Euro der üblichen Vergütung eines au-

1 Übersicht über einige Modellprojekte unter [www.http://www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de) (Suchwort: Gerichtsnähe Mediation in den Bundesländern).

2 S. z. B. Abschlussbericht über den Modellversuch Güterichter des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz (<http://www.jura.uni-erlangen.de/aber/gueterichter.htm>); Projektabschlussbericht Gerichtsnähe Mediation in Niedersachsen (<http://www.mediation-in-niedersachsen.de/Abschlussbericht.pdf>); zum Projekt Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein Görres-Ohde, SchlHA 2007, 142 ff.; zu Mecklenburg-Vorpommern Hückstädt, NJ 2005, 289 ff.

3 Näher Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), insb. S. 115 f.

4 S. Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), S. 51 ff.

5 Vgl. Projektabschlussbericht des Niedersächsischen Justizministeriums (<http://www.mediation-in-niedersachsen.de/Abschlussbericht.pdf>), S. 5 f.

6 Abrufbar unter <http://www.justiz.de/Justizministerkonferenz/index.php> (Frühjahrskonferenz 2005, TOP I.1 Abschn. 2.2 Nr. 9).

7 S. Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), S. 102, 108.

8 Hückstädt, NJ 2005, 291. s. auch Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), S. 104.

9 Nr. 1211 VV-GKG.



ßergerichtlichen Mediators für eine einzige Stunde. Eine entscheidende Rolle spielt aber sicher der hohe Vertrauensbonus, der der richterlichen Mediation entgegengebracht wird.<sup>10</sup> Von den Parteien, die im Rahmen des bayerischen Modellversuchs an einer Güterichterbehandlung teilgenommen haben, würden bei einem vergleichbaren Konflikt 86,4 Prozent erneut ein solches Verfahren wählen, 5,5 Prozent lieber streitig prozessieren und nur 3,8 Prozent einen nichtrichterlichen Vermittler in Anspruch nehmen.<sup>11</sup>

Die Präferenz für die Gerichtsmediation wird schließlich ganz besonders dadurch gefördert, dass man sich hier – als Rechtsanwalt wie als Rechtssuchender – auf den gewohnten Pfaden des justiziellen Verfahrens bewegt. Es genügt die Klageerhebung – alles weitere erledigt das Gericht. Den außergerichtlichen Mediator dagegen muss man zunächst selbst auswählen (was angesichts der Intransparenz des Marktes und des Fehlens von Berufsbild und Qualitätskriterien kein leichtes Unterfangen ist), man muss mit ihm und der Gegenseite einen Mediationsvertrag abschließen, kann wegen der üblichen Vereinbarung von Stundenhonoraren nicht abschätzen, welche finanzielle Belastung zu erwarten ist und hat auch ansonsten oft keine klare Vorstellung vom Verfahrensablauf, z. B. über Notwendigkeit und Inhalt etwaiger Schriftsätze, Beibringen von Unterlagen usw.

Der Anlock- und Verdrängungseffekt der Gerichtsmediation ist bei der Initialisierung der Modellversuche möglicherweise nicht ausreichend bedacht worden. Er muss aber bei den nunmehr anstehenden Überlegungen zum weiteren Vorgehen in Rechnung gestellt werden. Es muss vermieden werden, dass sich die Gerichtsmediation als besonderes Dienstleistungsangebot der Justiz etabliert und die wünschenswerte Entwicklung der außergerichtlichen Mediation behindert.<sup>12</sup>

Die geschäftsplanmäßige Einrichtung von Mediationsabteilungen, -kammern oder -senaten könnte bereits als Ausdruck einer solchen Entwicklung gewertet werden; der Vorschlag, Mediation zur staatlichen Verwaltungstätigkeit zu erklären,<sup>13</sup> brächte sie zur Vollendung. Aber auch der Vorschlag von Hess in seinem Gutachten für den Deutschen Juristentag,<sup>14</sup> dass die Parteien – wie bei der Kammer für Handelssachen – für die Übertragung ihres Rechtsstreits auf eine Mediationskammer optieren können, geht in die falsche Richtung.

Mediation gehört primär in den außergerichtlichen Bereich. Es ist absurd, wenn Klage erhoben wird, um in die Mediation zu gelangen. Wer Mediation will – und das wollen, wie Umfragen<sup>15</sup> zeigen und die Gerichtsmodelle bestätigen,<sup>16</sup> immer mehr Rechtssuchende – soll zum Mediator gehen und nicht zum Gericht.

## 2. Juristisch

Unabhängig von diesen mehr rechtspolitischen Überlegungen sprechen auch gewichtige rechtliche Gründe gegen den Aufbau eines justizeigenen Mediationsangebots.

§ 2 Abs. 1 des soeben in Kraft getretenen RDG definiert als Rechtsdienstleistung jede Tätigkeit in konkreten fremden Angelegenheiten, die eine rechtliche Prüfung des Einzelfalls erfordert. Bei der Mediation in Rechtskonflikten ist dies regelmäßig der Fall, da es zu den Aufgaben des Mediators gehört, den Konfliktparteien die rechtlichen Schranken ihrer Gestaltungsfreiheit und die rechtlichen Konsequenzen ihrer Optionen bewusst zu machen.<sup>17</sup> Sobald der Mediator über die allgemeine Darstellung rechtlicher und tatsächlicher

Handlungsoptionen hinaus einzelfallbezogene Hinweise und Vorschläge einbringt, betritt er den Bereich der Rechtsdienstleistung, der den rechtsberatenden Berufen vorbehalten ist.<sup>18</sup>

Bei der richterlichen Mediation werden in der Regel konkrete Regelungsvorschläge eingebracht, spätestens wenn es um die Abfassung des Prozessvergleichs geht, für dessen Rechtskonformität, Vollstreckungsfähigkeit und prozessbeendende Wirkung der Mediationsrichter die Verantwortung trägt.<sup>19</sup> Die Einrichtung einer Gerichtsmediation, die über die Tätigkeit als ersuchter Richter i. S. v. § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO hinausgeht, würde daher eine Änderung des soeben reformierten Rechtsdienstleistungsrechts erfordern, die rechtspolitisch kaum durchsetzbar wäre. Ihr stünde entgegen, dass angesichts eines großen Angebots freiberuflicher Mediatoren kein Bedürfnis für eine Verstaatlichung dieser Dienstleistung besteht. Auch mit dem Fehlen von Qualitätsgarantien ließe sich eine solche nicht begründen, da diesem Mangel durch berufsrechtliche Regelungen abgeholfen werden kann, die aufgrund von Art. 4 der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen<sup>20</sup> ohnehin geschaffen werden müssen. Im Übrigen darf bezweifelt werden, dass die Justiz in der Lage wäre, Richterinnen und Richter flächendeckend so qualifiziert in Mediation auszubilden, wie dies nach der genannten Richtlinie geboten wäre: Nach ihrem Art. 3 lit. a) gilt sie auch für Richter, wenn sie Mediation außerhalb ihrer Verfahrenszuständigkeit praktizieren.

Das Eingreifen des RDG könnte zwar dadurch umgangen werden, dass die gerichtliche Mediation unentgeltlich angeboten wird. Dann läge allerdings ein Verstoß gegen § 4 Nr. 10 UWG vor. Dieser verbietet die Behinderung von Wettbewerbern, z. B. durch eine mittels Querfinanzierung ermöglichte Preisunterbietung.<sup>21</sup>

Im Übrigen widerspräche die Einführung einer Gerichtsmediation auch den modernen, durch das Subsidiaritätsprinzip geforderten Tendenzen zur Entstaatlichung und Deregulierung.

10 S. Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), S. 53 ff., 61 ff.

11 Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), S. 53 (die restlichen 4,3 Prozent wollten sich nicht festlegen).

12 Eingehend Greger, NJW 2007, 3258 ff.

13 Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3245 ff.

14 Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentags 2008, Bd I, S. F128, s. auch Beilage zu NJW H. 21/2008, S. 28 (sub II 18).

15 Vgl. die von der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) und PricewaterhouseCoopers erstellte Studie zum Konfliktmanagement deutscher Unternehmen, abrufbar unter <http://www.zr1.jura.uni-erlangen.de/aber/linkszuanderenprojekten.html>.

16 S. z. B. Abschlussbericht Güterichter (o. FuBn. 2), S. 53.

17 Risse Wirtschaftsmediation § 8 Rdnr. 55 ff.

18 Vgl. Bericht des BT-Rechtsausschusses, BT-Drs. 16/6634 S. 112; Römermann NJW 2008, 1251; Kunert BRAK-Mitt 2008, 53 ff.; vom Stein AnwBl 2008, 389.

19 Hess (o. FuBn. 14) S. F 24.

20 ABl. L 136 v. 24.5.2008, S. 3 ff. Die binnen drei Jahren umzusetzende Vorschrift verlangt von den Mitgliedsstaaten qualitätssichernde Maßnahmen für die Erbringung von Mediationsdiensten.

21 Vgl. BGH NJW 1982, 2125 (2127); BGH NJW-RR 1993, 225.



### 3. Ergebnis

Gerichtsmediation im Sinne einer eigenständigen Dienstleistung der Justiz, die von den Parteien optional neben der Rechtsprechung in Anspruch genommen werden kann, begegnet unüberwindlichen rechtlichen Hindernissen und wäre auch rechts-, gesellschafts- und wirtschaftspolitisch nicht wünschenswert.

### III. Ausblick

Die unbestreitbaren Vorteile eines Einsatzes von Mediation in bereits rechtshängigen Verfahren (s. o. I.) legen es nahe, nach Einsatzmöglichkeiten zu suchen, die nicht an den vorgenannten rechtlichen Schranken scheitern. Solche Möglichkeiten bestehen in mehrfacher Hinsicht; auf sie sollte sich die rechtspolitische Diskussion konzentrieren.

#### 1. Integration von Mediation in die richterliche Prozessleitung

Die Erkenntnisse der modernen Konflikttheorie, insbesondere des Harvard-Konzepts,<sup>22</sup> könnten und sollten wesentlich stärker als bisher in die richterliche Verhandlungspraxis eingebracht werden. Ansatzpunkte hierfür sind die obligatorische Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO und der fakultative Güteverhandlung nach § 278 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 ZPO. In geeigneten Fällen kann eine schnelle Einigung oder jedenfalls eine wertvolle Deeskalation erreicht werden, wenn diese Güteverhandlungen so gestaltet werden, dass es zu einer fach- und interessenorientierten Kommunikation zwischen den Konfliktparteien kommt. Hierfür ist wesentlich, dass die Konfliktbetroffenen, d. h. die jeweiligen Entscheidungsträger, persönlich eingebunden werden, die Verhandlung nicht in der Atmosphäre des Gerichtssaals, sondern ohne Zeitdruck am „runden Tisch“ oder „vor Ort“ geführt wird, dass sie nach den Erkenntnissen der Konflikttheorie strukturiert wird und dass die Prinzipien des Harvard-Konzepts sowie die Techniken der Mediation zur Anwendung kommen.

Diese bei Familiengerichten bereits weit verbreitete Verhandlungsform<sup>23</sup> lässt sich auch in allgemeinen Zivilverfahren sowie bei den Arbeitsgerichten, aber auch in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten praktizieren. Die Erfahrungen aus dem bayerischen Güterichtermodell zeigen, dass der höhere Zeiteinsatz für eine solche qualifizierte Güteverhandlung voll durch das Abwenden eines aufwendigen kontradiktorischen Verfahrens ausgeglichen wird.<sup>24</sup>

Gelangt das Gericht zu der Annahme, dass die Güteverhandlung nicht vor dem vollbesetzten Spruchkörper oder – etwa im Interesse größerer Offenheit des Gesprächs – durch einen anderen als den erkennenden Richter durchgeführt werden sollte, kann es von der Möglichkeit Gebrauch machen, die Güteverhandlung durch einen beauftragten Richter, d. h. ein Mitglied der Kammer bzw. des Senats, oder durch einen ersuchten Richter durchführen zu lassen (§ 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO). Mit dem Modellversuch „Güterichter“ des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz sollte die letztgenannte Möglichkeit, von der in der Praxis früher kaum Gebrauch gemacht wurde, erprobt werden. Hierzu wurden bei acht Landgerichten ca. 25 Richterinnen und Richter (auch Vorsitzende und Präsidenten) in den Verhandlungstechniken der Mediation geschult und per Geschäftsverteilungsplan mit der Aufgabe betraut, entsprechende Ersuchen auszuführen. Es handelte sich hierbei nicht um die Etablierung

einer Gerichtsmediation. Die Güterichter entschieden von Fall zu Fall im Einvernehmen mit den Parteien, nach welchen Grundsätzen die Verhandlung geführt werden soll. Dabei erwies sich in den meisten Fällen ein Vorgehen als erfolgreich, bei dem die Parteien nach Herstellung einer sachorientierten Gesprächssituation unter aktiver Mitwirkung des Richters, also unter Einbeziehung von dessen Bewertungen und Vorschlägen, zu einer konsensualen Lösung geführt wurden. Mediationstypische Techniken wie Brainstorming oder Einzelgespräch wurden nur selten eingesetzt, die Vertraulichkeitsproblematik hat kaum eine Rolle gespielt. Allerdings wurden auch echte Mediationen durchgeführt, bei denen in hochkomplexen Verfahren umfangreiche neue Vertragsgrundlagen erarbeitet wurden.<sup>25</sup>

Das Modell hat sich außerordentlich bewährt. Obwohl zu meist besonders schwierige Verfahren abgegeben wurden, gelang in 69 % der Güteverhandlungen eine Einigung; in 37 % dieser Fälle erfasste sie auch über den Streitgegenstand hinausgehenden Konfliktstoff. Der durchschnittliche Zeitaufwand liegt deutlich unter dem nach der Personalbedarfsberechnung für einen durchschnittlichen Zivilprozess errechneten.<sup>26</sup>

Aufgrund dieses Erfolgs wird das Güterichtersystem nunmehr auf alle bayerischen Landgerichte ausgeweitet. Ergänzt wird es durch Fortbildungsangebote, mit denen die Zivilrichter(innen) befähigt werden sollen, qualifizierte Güteverhandlungen auch selbst durchzuführen und zu erkennen, in welchen Fällen die Abgabe an einen ersuchten Richter angezeigt ist.

Eine derartige Einführung mediativer Elemente in den Zivilprozess begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Die gütliche Streitbeilegung gehört zu den Aufgaben des Prozessgerichts (§ 278 Abs. 1 ZPO); welcher Methodik es sich hierbei bedient, kann es – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Falles und der Kooperationsbereitschaft der Parteien – selbst bestimmen. Die unmittelbare Kommunikation mit den Parteien und eine aktive Rolle bei der Sachaufklärung (§ 278 Abs. 2 Satz 2 ZPO: „erörtern“, „Fragen stellen“) sind ihm jeweils gesetzlich vorgegeben.<sup>27</sup> Es verstößt nicht gegen den Verhandlungsgrundsatz, wenn der Richter im Rahmen der Güteverhandlung die hinter den Sachanträgen stehende Interessenlage der Parteien thematisiert. Vertraulichkeit kann er allerdings nicht zusichern, auch keine vertraulichen Einzelgespräche führen: Was in die Güteverhandlung eingeführt wird, ist Gegenstand der Verhandlung im Sinne des § 286 Abs. 1 ZPO und damit gegebenenfalls Grundlage für die richterliche Urteilsfindung.<sup>28</sup>

22 Fisher/Ury/Patton Das Harvard-Konzept, 22. Aufl. (2004); s. dazu Risse (o. Fußn. 17) § 2 Rdnr. 34 ff.

23 Dazu Trossen in: Haft/v. Schlieffen Handbuch Mediation (2002) § 18 Rdnr. 74 ff.

24 Abschlussbericht Güterichter (o. Fußn. 2), S. 97, 105 f.

25 Wegen der Einzelheiten und der empirischen Belege ist auf den Abschlussbericht (o. Fußn. 2) zu verweisen.

26 Abschlussbericht Güterichter (o. Fußn. 2), S. 96 f.

27 Vgl. BT-Drs. 14/4722 S. 62: „den Sachverhalt durch Befragung der Parteien umfassend aufzuklären“.

28 Zöller/Greger ZPO 26. Aufl. (2007) § 278 Rdnr. 18; Musielak/Foerste ZPO 6. Aufl. (2008) § 278 Rdnr. 12.

Wo Vertraulichkeit für den Einigungsprozess wichtig erscheint, bietet sich die Einschaltung eines ersuchten Güterichters an. Diese findet in § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO ihre gesetzliche Grundlage. Soweit unter Hinweis auf § 157 GVG bezweifelt wird, dass ein Richter desselben Landgerichts ersuchter Richter sein kann,<sup>29</sup> wird verkannt, dass die ZPO unter Gericht auch den einzelnen Spruchkörper versteht. § 157 GVG ist eine bloße Zuständigkeitsvorschrift für Rechtshilfersuchen; aus ihr eine einschränkende Auslegung des § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO abzuleiten, ist unnötig und sinnwidrig. Keine Bedenken bestehen auch (jedenfalls im Zivilprozess), wenn der Güterichter mit den Parteien eine Vertraulichkeitsabrede schließt und die Zulässigkeit von vertraulichen Einzelgesprächen vereinbart.<sup>30</sup> Im Rahmen ihrer Verfahrensautonomie können die Parteien Prozessverträge abschließen, auch solche, mit denen sie sich verpflichten, bestimmte Beweismittel oder Beweisthemen nicht in den Prozess einzuführen.<sup>31</sup>

In der Verwaltungs- und Sozialgerichtsbarkeit bestehen trotz des Fehlens einer § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO entsprechenden Vorschrift und trotz der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes ebenfalls keine Bedenken gegen die Übertragung von Güteverhandlungen auf einen ersuchten Richter.<sup>32</sup> § 106 VwGO und § 101 Abs. 1 SGG sprechen den Vergleich vor einem ersuchten Richter ausdrücklich an. Der ersuchte Richter ist an den Untersuchungsgrundsatz nicht gebunden; seine Aufgabe ist nicht die Entscheidung des Rechtsstreits, sondern die Herbeiführung einer gütlichen Lösung. Inwieweit die Verwaltungsbehörden bzw. Leistungsträger zu konsensualen Lösungen befugt sind, müssen diese selbst entscheiden, ihre Gesetzesbindung ggf. in der Güteverhandlung zum Tragen bringen. Angesichts der weithin bestehenden Ermessensspielräume ist aber auch im verwaltungsrechtlichen Bereich ein erhebliches Anwendungsfeld für konsensuale Lösungen eröffnet. Vertraulichkeitszusagen wird die ihrerseits dem Untersuchungsgrundsatz unterliegende Behörde allerdings nicht geben können.

## 2. Einbindung externer Mediatoren in den Prozess

Nach § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO kann das Gericht den Parteien vorschlagen, eine außergerichtliche Streitschlichtung zu versuchen; für die Dauer dieses Versuchs kann es das gerichtliche Verfahren zum Stillstand bringen.

Diese Regelung erscheint ideal, weil sie die judikative und die mediative Konfliktlösung miteinander verknüpft und zugleich voneinander separiert. Sie bringt Mediation dort zur Anwendung, wo sie hingehört und hochprofessionell betrieben wird, nämlich im außergerichtlichen Bereich. Dennoch hat sie seit ihrer Einführung durch das ZPO-Reformgesetz von 2001 keine nennenswerte Bedeutung erlangen können.<sup>33</sup> Hauptgrund ist wiederum die Intransparenz der Mediationsszene. Richter haben verständlicherweise Probleme damit, die Parteien auf einen Weg zu schicken, der in ein ihnen selbst unbekanntes Terrain führt. In Einzelfällen wurden mit der Einschaltung externer Mediatoren – vor allem in hochkomplexen Familien-, Wirtschafts- und Erbstreitigkeiten – hervorragende Erfolge erzielt. In diesen Fällen hat aber in der Regel das Gericht selbst die Verbindung zu einem hochqualifizierten Mediator hergestellt; nach dem Altenkirchener Modell<sup>34</sup> wird der Mediator in geeigneten Fällen bereits zur Verhandlung des Familiengerichts hinzugezogen; bayerische Güterichter haben vereinzelt Co-Mediation von Güterichtern und externen Mediatoren durchgeführt.

Hinter § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO verbirgt sich ein überaus wertvolles Instrument der Konfliktlösung. Es setzt die – im Ausgangspunkt zutreffende, aber nicht realisierbare – Vision einer Gerichtsmediation in hervorragender Weise um. Mediationsgeeignete Konflikte werden dorthin gelenkt, wo sie hingehören; die außergerichtliche Mediation wird nicht behindert, sondern gefördert; die Justiz zieht nicht justizfremde Funktionen an sich und verlagert nicht Verfahren von einem Richter auf den anderen, sondern verschafft sich Freiräume für die optimale Bewältigung ihrer Rechtsprechungsaufgabe.

Dieser Königsweg der konsensualen Prozess erledigung bedarf aber, wie jeder Straßenbau, infrastruktureller Maßnahmen. Es müssen Verbindungen zwischen Richtern und Mediatoren hergestellt werden, z. B. durch die Einrichtung von Arbeitskreisen, wie sie an manchen Orten schon existieren. In diesen Arbeitskreisen müssen Mediatoren Gelegenheit haben, sich, ihre Methodik und ihre Kompetenz bekannt zu machen. Rechtsanwaltskammern, andere Berufs- und Wirtschaftsverbände sowie Mediationsvereinigungen (etwa in Form gemeinnütziger Vereine) könnten sich hier einbringen, aber auch von Seiten der Justiz müsste konstruktiv an diesem Brückenschlag mitgearbeitet werden, etwa durch Informations- und Fortbildungsveranstaltungen oder durch Einrichtung von Mediationsräumen im Gerichtsgebäude. Nicht gangbar erscheint dagegen auf Dauer der Weg über eine Finanzierung der außergerichtlichen Mediation durch Justiz, Rechtsanwaltskammern oder Interessenverbände; für dieses derzeit in einigen Modellversuchen erprobte Modell<sup>35</sup> besteht keine Legitimationsbasis.

## 3. Angeordnete Mediation

Die beeindruckenden Erfolge der Modellversuche legen es nahe, über die Einführung gesetzlicher Vorschriften nachzudenken, die es den Richtern ermöglichen, den Parteien ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren nicht nur vorzuschlagen, sondern aufzugeben.<sup>36</sup> Derartige Auflagen sind mit dem Freiwilligkeitsprinzip der Mediation keineswegs unvereinbar,<sup>37</sup> da es den Parteien unbenommen bleibt, sich nicht auf das Verfahren einzulassen oder es jederzeit zu verlassen. In anderen Ländern sind Mediationsanordnungen auch längst gebräuchlich und sehr erfolgreich,<sup>38</sup> die EU-Richtlinien zur Mediation<sup>39</sup> sowie zur Prozesskostenhilfe<sup>40</sup> sehen sie ausdrücklich vor.

29 Hess (o. FuBn. 14) S. F 45.

30 Hess (o. FuBn. 14) S. F 24.

31 Zöller/Greger (o. FuBn. 28) vor § 128 Rn 32; Wagner Prozessverträge (1998) S. 606 ff., 683 ff. Vgl. auch BGHZ 109, 19 (29).

32 s. zur Verwaltungsgerichtsbarkeit Orloff, NVwZ 2004, 385; Ziekow, NVwZ 2004, 390 und (zurückhaltend) Pitschas, NVwZ 2004, 396 ff.; zur Sozialgerichtsbarkeit Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe/Niewisch-Lennartz/Vogelei, SGB 2003, 266 ff.

33 Greger, NJW 2007, 3260 m. Nachw. aus der Evaluation der ZPO-Reform.

34 Trossen (o. FuBn. 23) § 18 Rdnr. 117.

35 Vgl. Greger, ZKM 2007, 143.

36 W. Gottwald, ZKM 2003, 115 u. AJP 2007, 615 ff.; zu zurückhaltend Hess (o. FuBn. 14) S. F 132.

37 W. Gottwald in Haft/v. Schlieffen (o. FuBn. 23) § 17 Rdnr. 64.

38 Zum englischen Recht s. Greger/Engelhardt, ZKM 2003, 4 ff.; Wagner, ZKM 2004, 100 ff.; zu den USA W. Gottwald (o. FuBn. 37) § 17 Rdnr. 63 f.; zu Australien, ZKM 2003, 10.

39 Art. 5 der Richtlinie 2008/52/EG v. 21.5.2008, ABl. L 136 v. 24.5.2008, S. 3 ff.

40 Art. 10 der Richtlinie 2003/8/EG v. 27.1.2003, ABl. L 26 v. 31.1.2003, S. 41 ff.



Mediationsanordnungen stellen wegen des genannten Freiwilligkeitsmoments nicht sicher, dass es tatsächlich zu einer Mediation kommt. Sie haben aber einen wichtigen Initialeffekt; sie helfen den Parteien über die Hürde hinweg, von sich aus den Weg in dieses unvertraute Verfahren zu beschreiten. Die Parteien müssen sich ernsthaft mit dieser Option beschäftigen und bekommen einen kräftigen Motivationschub von einer als Autorität anerkannten Stelle.

Wie wichtig eine solche Motivationsverstärkung wäre, zeigen ebenfalls Ergebnisse aus der Evaluation des bayerischen Güterichterprojekts. In 41 % der Fälle, in denen den Parteien ein Güterichterverfahren vorgeschlagen wurde, scheiterte dieses am fehlenden Einverständnis (mindestens) einer Partei.<sup>41</sup> Dies ist umso bestürzender, als der Vorschlag von vornherein nur in Fällen gemacht wurde, die sich nach richterlicher Einschätzung besonders für eine Mediation geeignet hätten. Betrachtet man die hohe Erfolgsquote der Güterichter, müssen durch diese Verweigerungshaltung Einigungschancen immensen Ausmaßes verschüttet worden sein. Da die Parteien über die Vorteile des Güterichterverfahrens eingehend aufgeklärt wurden, kann diese Verweigerungshaltung kaum anders als mit emotionalen Gründen erklärt werden, z. B. dem Wunsch, einer unangenehmen Begegnung mit dem Konfliktgegner aus dem Weg zu gehen oder der Furcht, durch ein Einverständnis mit diesem Verfahren Unrechtsbewusstsein oder Schwäche zu zeigen.

Die richterliche Anordnung kann über solche Barrieren hinweg helfen. Die bloße Anordnung des Besuchs einer Informationsveranstaltung über Mediation, wie sie der Entwurf des vom Bundestag bereits verabschiedete FamFG in § 135 vorsieht, mag im Einzelfall auch hilfreich sein, bleibt aber weit hinter den möglichen Effekten einer Mediationsanordnung zurück.

Als Sanktion für die Nichtbeachtung einer Mediationsanordnung kommen Kostennachteile in Betracht, etwa die Auferlegung einer Missachtungsgebühr nach dem Vorbild von § 38 GKG oder ein Einfluss auf die Verteilung der Prozesskosten durch Flexibilisierung der §§ 91 ff ZPO. Selbstverständlich darf hierbei nur das Verweigern der Teilnahme an einer einleitenden Sitzung, nicht das Verhalten in der Mediation sanktioniert werden.<sup>42</sup>

Im Übrigen ergeben sich finanzielle Anreize für die Durchführung des angebotenen Mediationsverfahrens auch daraus, dass bereits für die Beauftragung des Mediators Kosten anfallen, die sich bei einem Abbruch als nutzlos erweisen. Bei PKH-Bewilligung müssten – wie für grenzüberschreitende Verfahren bereits durch Art. 10 der PKH-Richtlinie<sup>43</sup> vorgeschrieben – die Kosten des Mediators mit abgedeckt werden. Verweigert die bedürftige Partei die Mitwirkung an der Mediation, kann die Kostendeckung für das streitige Verfahren wegen mutwilliger Rechtsverfolgung nach § 114 ZPO versagt werden.<sup>44</sup>

#### IV. Fazit

Es gibt zahlreiche Möglichkeiten, die Vorteile einer Mediation im gerichtlichen Verfahren zum Tragen zu bringen, ohne dass es der Institutionalisierung einer systemfremden und rechtlich bedenklichen Gerichtsmediation bedarf. Durch gerichtliche Mediationsangebote die außergerichtliche Mediation fördern zu können, ist, wie sich gezeigt hat, illusorisch. Die Lösung kann nur so aussehen, dass die Gerichte mediative Elemente in ihre Verfahren einbauen und, wo dies nicht ausreicht, durch konkrete Vorschläge oder (de lege ferenda) richterliche Anordnung in die außergerichtliche Mediation verweisen. Unabhängig davon muss natürlich verstärkt darauf hingewirkt werden, dass mediationsgeeignete Verfahren erst gar nicht vor Gericht gelangen. Neben die differenzierte Konfliktbehandlung durch den Richter muss daher ein differenziertes Konfliktmanagement durch die Anwälte treten.<sup>45</sup>

41 Abschlussbericht Güterrichter (o. Fußn. 2), S. 13.

42 Die Bedenken von W. Gottwald (o. Fußn. 37) § 17 Rdnr. 66 erscheinen daher unbegründet.

43 S. Fußn. 39.

44 Vgl. Zöller/Philippi (o. Fußn. 28) § 114 Rdnr. 34.

45 S. dazu Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2007, 1851.



**Prof. Dr. Reinhard Greger, Erlangen**

Der Autor ist Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Institut für Deutsches und Internationales Privatrecht und Zivilverfahrensrecht sowie Institut für Anwaltsrecht und Anwaltspraxis).

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse [autor@anwaltsblatt.de](mailto:autor@anwaltsblatt.de).