

GERICHTLICHE MEDIATION IN DEUTSCHLAND

MARTIN AHRENS

Georg-August-Universität Göttingen, Juristische Fakultät

I. Gerichtliche Mediation auf Probe

In den letzten Jahren sind in Deutschland zahlreiche Projekte zur gerichtlichen Mediation durchgeführt worden. Aktuelle Schätzungen sprechen davon, dass derzeit mehr als dreihundert Richter an über einhundert Gerichten als Mediationsrichter tätig sind. Diese lebhaftere Gerichtspraxis ist umso überraschender, als sich die gerichtliche Mediation in Deutschland noch in der Erprobungsphase befindet. Viele Bundesländer haben Projekte¹ zur gerichtlichen Mediation mit dem Ziel durchgeführt, rechtstatsächliche Erfahrungen² zu gewinnen.

Die Praxisversuche zur Mediation an den Zivilgerichten müssen sich allerdings einer besonderen Herausforderung stellen, denn bislang existiert in der deutschen ZPO keine in letzter Hinsicht zweifelsfreie Rechtsgrundlage für die Tätigkeit richterlicher Mediatoren im Streitverfahren. Infolgedessen fehlen sowohl klare verfahrensrechtliche Anknüpfungspunkte, also insbesondere Zulässigkeitsregelungen, als auch verlässliche Abgrenzungen des Tätigkeitsbereichs richterlicher Mediatoren. Die verschiedenen Praxisversuche haben deswegen durchaus unterschiedliche Anknüpfungspunkte und Ausgestaltungen der Mediation im Streitverfahren gewählt, welche die Bandbreite der verfahrensrechtlichen Optionen weithin ausschöpfen. Zwischenzeitlich sind auch in der Diskussion erste Leitbilder herausgearbeitet worden, die eine hinreichend verlässliche Orientierung ermöglichen.

Im Folgenden sind zunächst (sub II.) die Gründe für diese fehlende Rechtssicherheit darzulegen. Ursächlich für manche offenen Rechtsfragen, darauf kann bereits an dieser Stelle hingewiesen werden, ist der nur indirekt eröffnete Zugang zur Mediation im deutschen Zivilgerichtsverfahren. Anschließend wird in Punkt III. ein Überblick über die verschiedenen Instrumente gegeben, mit de-

¹ Überblick <http://www.bmj.bund.de/enid/p4.html>; außerdem <http://www.integrierte-mediation.net/11622-koeln.html>.

² Vgl. etwa die Untersuchungen von *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, Göttingen 2007; *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, <http://www.justiz.bayern.de/ministerium/aktuelles/projekte/gueterichter/>.

nen die Mediation in den Zivilprozess eingebunden werden kann³. Hierbei erweist sich, dass die deutsche ZPO vielfältige Lösungsangebote bereithält, die für eine gerichtliche Mediation nutzbar gemacht werden können. Sodann werden unter IV. sonstige Schranken der Mediation bei den deutschen Zivilgerichten behandelt.

Andere Gerichtsbarkeiten werden nicht behandelt, weil die entsprechenden Regelungen im deutschen verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren nicht im gleichen Maß wie im Zivilprozess ausgeprägt sind. Zwar können nach den §§ 173 VwGO, 202 SGG die Regelungen der ZPO grds. auch im sozial- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren angewendet werden. Wegen der prinzipiellen Unterschiede zwischen den Verfahrensarten und der eigenständigen Regelung in § 87 I 2 Nr. 1 VwGO wird eine entsprechende Anwendung der für den Weg in die Mediation wichtigsten zivilprozessualen Vorschrift, des § 278 ZPO, in den Verwaltungsgerichtsbarkeiten abgelehnt⁴. Konsensuale Konfliktlösungsmöglichkeiten sind dort außerdem etwa in den §§ 87 I 2 Nr. 1, 106 VwGO, 73 VI VwVfG, 4b BauGB, 5 UVPP bzw. §§ 17 I 2 Nr. 3, 28 SGB VIII normiert, doch wirft die Mediation dort eigene Probleme auf.

Gegenstand der Untersuchung ist die gerichtliche Mediation. Sachlich ist die gerichtliche Mediation dadurch gekennzeichnet, dass der Konflikt rechtshängig, also eine Klage eingereicht und zugestellt ist⁵ und in dem Gerichtsverfahren eine Mediation durchgeführt wird. Eine einheitliche Ausdrucksweise hat sich dafür noch nicht durchgesetzt⁶. So werden die Bezeichnungen gerichtliche und richterliche Mediation weithin gleichbedeutend verwendet, doch wird auch der Terminus gerichtsnahe Mediation benutzt⁷. Nicht behandelt wird die außergerichtliche, insbesondere anwaltliche Mediation, da sich dort ganz andere Rechtsfragen stellen.

II. Verfahrenszentrierter Zugang zur Mediation

1. Konsensuale Streitbeilegung als rechtspolitisches Leitmotiv

Ohne sonderliche Übertreibung kann die einvernehmliche Beilegung ziviler Streitigkeiten als ein oberstes rechtskulturelles Ziel angesehen werden. Der Gedanke einer gütlichen Streitbeilegung dürfte so alt wie der streitige Zivilpro-

³ Kritisch Greger, NJW 2007, 3258 (3260, 3262).

⁴ Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 27.

⁵ Vgl. Wegener, ZKM 2006, 140.

⁶ Vgl. Greger, NJW 2007, 3258 (3259).

⁷ Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 9.

zess selbst sein⁸. Im mitteleuropäischen Kulturkreis besitzen Güteversuche eine lange Historie voller hochfliegender Gedanken und idealisierender Ziele, die allerdings vielfach im harten Prozessalltag zerbrochen sind.

In den vergangenen zwanzig Jahren wurde in Deutschland eine intensive Diskussion um die außergerichtliche Streitbeilegung geführt. Von Anfang an erhoffte man sich von solchen Maßnahmen einen besseren, schnelleren und leichteren Zugang zu rechtlichen Streitentscheidungen. Zugangshürden gegenüber der Justiz sollten abgebaut und rechtliche Konfliktlösungen qualitativ verbessert werden⁹. In den letzten Jahren hat sich allerdings die Diskussion über die Motive und Ziele der gütlichen Streitbeilegung stark verlagert¹⁰. Im Mittelpunkt vieler Überlegungen steht der Wunsch nach einer Entlastung der Gerichte unter Einsparung von Personal und Sachmitteln¹¹.

Die konsensuale Streitbeilegung ist in Deutschland längst zu einem zentralen rechtspolitischen Leitgedanken erwachsen¹². Mehrere verfahrensrechtliche Gesetzentwürfe betonen die Vorteile einer Konfliktbewältigung ohne streitiges Urteil¹³. Ausdrücklich wird in den Materialien zur letzten großen Reform der deutschen ZPO aus dem Jahr 2001¹⁴ das Motto „Schlichten ist besser als richten“ zitiert¹⁵. Diese Erkenntnis hat zwischenzeitlich sogar in die Rechtsprechung Eingang gefunden¹⁶. In einer Entscheidung des *BVerfG*, des höchsten Gerichts, ist zu lesen, dass es auch in einem Rechtsstaat gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung grundsätzlich vorzugswürdig sei, eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen¹⁷.

Darüber hinaus hat die bundesdeutsche Justizministerkonferenz am 29./30.6.2005 ein 10-Punkte-Programm zur Förderung der konsensualen Konfliktlösung beschlossen. Darin heißt es, „die gerichtsinterne Mediation kann – als Übergangslösung – ein lohnender Weg sein, um konsensuale Streitbeilegung zu fördern“¹⁸. Die vorsichtige Formulierung lässt aufhören. Wieso gibt es ei-

⁸ *Prütting*, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Ergänzungsband, § 278 Rz. 6; *Koch*, Der Preußische Civil-Prozeß, 2. Aufl., S. 283; nach *Heffter*, System des römischen und deutschen Civil-Proceßrechts, 2. Aufl., § 260, stammt der Vergleichsversuch aus den deutschen Rechten.

⁹ *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 57 (58).

¹⁰ *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 57 (58 f.).

¹¹ BT-Drucks. 14/4722, S. 62; s.a. *Röhl/Weiß*, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 5 ff.

¹² Musielak/*Foerste*, 5. Aufl., § 278 Rz. 1, zum ZPO-RG; *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 1.

¹³ Vgl. BT-Dr 14/980, S. 1; BT-Drucks. 14/4722, S. 83.

¹⁴ ZPO-RG vom 27.7.2001, BGBl I, S. 1887, in Kraft getreten zum 1.1.2002.

¹⁵ BT-Drucks. 14/4722, S. 83.

¹⁶ BGHZ 161, 145 (149 f.).

¹⁷ BVerfG NJW-RR 2007, 1074.

¹⁸ DRiZ 2005, 213 (214, 215).

nerseits diese Welle der Euphorie, andererseits die einschränkende Bezeichnung der gerichtlichen Mediation als Übergangslösung? Die Erklärung ist in den prozessualen Sachvoraussetzungen einer gerichtlichen Mediation zu suchen.

Im Unterschied etwa zu den Art. 210 ff. des schweizerischen ZPO-Entwurfs¹⁹ ist in der deutschen ZPO kein eigenständiges Mediationsverfahren vorgesehen. Der Begriff Mediation wird lediglich in den Materialien zur deutschen ZPO, nicht aber im Gesetzestext verwendet. Mediation ist ein rechtspolitisches Leitthema, im fundamentalen deutschen Zivilverfahrensgesetz aber eben nicht positiv geregelt. Anspruch und Wirklichkeit stimmen nicht überein. Mit anderen Worten, im deutschen Zivilverfahren existiert kein originär methodenzentrierter Zugang zur Mediation. Zu erklären ist dies aus der verfahrensrechtlich-ergebnisorientierten Struktur des Zivilprozessrechts. Während das Zivilverfahrensrecht auch bei einer gütlichen Streitbeilegung ein Rechtsfindungsverfahren darstellt, bietet die Mediation ein Streitbehandlungsverfahren²⁰.

Eine gerichtliche oder gerichtliche Mediation kann aber über einen verfahrensbezogenen Ansatz in das staatliche Justizsystem eingebunden werden²¹. Modellhaft gesprochen wird damit ein integrativer Ansatz verfolgt, der die Mediation nicht als Alternative, sondern als Bestandteil des gerichtlichen Verfahrens versteht²². Dann ist von den positiven Regelungen des geltenden Zivilprozessrechts aus ein Weg in die gerichtliche Mediation zu suchen. Neben grundsätzlichen Zulässigkeitsfragen müssen dafür auch viele Einzelaspekte geklärt werden. Aus dieser nicht ganz einfachen Rechtslage lässt sich die zurückhaltende Beurteilung der geltenden Rechtslage durch die Justizminister erklären.

Ein Königsweg in die Mediation ist im Rahmen des geltenden Verfahrensrechts noch nicht gefunden. Allerdings hat die umfassende Diskussion einen reichen Ertrag gebracht. Es ist ein großer Ideenreichtum entwickelt worden, mit dem viele Voraussetzungen und manche Möglichkeiten, aber auch einige im geltenden Recht bestehenden Restriktionen einer gerichtlichen Mediation geklärt werden konnten.

¹⁹ Zuletzt Pfister, SJZ 2007, 541.

²⁰ Dazu Breidenbach, Mediation, S. 2.

²¹ Vgl. Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 3.

²² Koch, NJ 2005, 97 f.

2. Güteelemente als funktionelle Zugangsregelungen

Einigkeit besteht darin, dass der Zugang zur Mediation über die Regelungen zur gütlichen Einigung erfolgen muss. § 278 I ZPO hebt den Auftrag der Zivilgerichte hervor, auf eine einvernehmliche Beilegung des zwischen den Parteien bestehenden Konflikts hinzuwirken²³. Aus dieser Regelung und den gesetzgeberischen Intentionen wird verschiedentlich ein anspruchsvolles Rechtsprogramm abgeleitet. Schenkt man einigen Literaturstimmen Glauben, soll das erstinstanzliche Verfahren nunmehr durchgängig von einem Güteelement charakterisiert werden. In dieser Vorstellung wird die gütliche Streitbeilegung sogar zur Prozessmaxime erhoben²⁴.

Unter diesen Vorzeichen wäre der Interpretationshorizont beträchtlich erweitert. Bei aller Empathie für den prozessualen Gütegedanken bleiben beträchtliche Zweifel gegenüber einem solchen Maximendenken bestehen. § 278 I ZPO enthält weder eine generelle Auslegungsrichtlinie noch eine Generalklausel, sondern eben nur eine nicht sanktionierte richterliche Verpflichtung²⁵, die der konkreten Umsetzung bedarf. Anzusetzen ist bei den konkreten Normierungen der in Zivilsachen geltenden Vorschriften zur konsensualen Konfliktlösung. Diese Bestimmungen ermöglichen eine verfahrensrechtlich unterschiedlich intensive Verknüpfung mit der Mediation.

Eine erste noch vorgerichtliche Option bietet der nach § 15a EGZPO in manchen Rechtsstreitigkeiten obligatorische Versuch einer außergerichtlichen Streitbeilegung. Zum zweiten besteht gemäß § 278 VI ZPO die Möglichkeit, außerhalb der sonst erforderlichen mündlichen Verhandlung, § 160 III Nr. 1 ZPO, einen Vergleich auf schriftlicher Basis zu schließen. Gemeinsames Kennzeichen beider Alternativen ist, dass sie keinem Auswahlermessen des Richters unterliegen. Der Zugang wird hier entweder gesetzlich oder zumindest auch durch die Parteien gesteuert.

Vier weitere Varianten unterliegen dem Auswahl- und Verfahrensermessen des Richters und eröffnen damit eine richterlich gesteuerte Chance auf eine gerichtliche Mediation. Im Vorfeld des Streitverfahrens kann – in unserer Gesamtliste also als dritte Option – nach § 118 I 3 ZPO bei einem Antrag auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe bzw. gemäß § 492 III ZPO in einem selbständigen Beweisverfahren in diesen gesonderten Verfahrensabschnitten eine mündliche Erörterung über Einigungsmöglichkeiten erfolgen. Als vierte Alternative soll gemäß § 278 II ZPO vor der mündlichen Verhandlung grds. eine Güteverhandlung erfolgen. Fünftens darf das Gericht die Parteien für die Güte-

²³ Zöller/Greger, 26. Aufl., § 278 Rz. 1.

²⁴ Engers, in: Hannich/Meyer-Seitz, ZPO-Reform 2002, §§ 278, 279 Rz. 5.

²⁵ Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Ergänzungsband, § 278 Rz. 1.

verhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen, § 278 V 1 ZPO. Und schließlich kann das Gericht nach § 278 V 2 ZPO in einer sechsten Variante den Parteien in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Trotz der Kennzeichnung als außergerichtliche Streitschlichtung kann auch und gerade diese Bestimmung für eine richterliche Mediation fruchtbar gemacht werden.

Damit sind die maßgebenden Vorschriften des allgemeinen Zivilverfahrensrechts erwähnt. Daneben können mediative Elemente in Familiensachen, § 614 V ZPO, und in den Verfahren der Freiwilligen Gerichtsbarkeit berücksichtigt werden, §§ 52, 52a FGG²⁶. Diese besonderen Verfahren werden hier nicht weiter behandelt.

III. Zulässigkeit mediativer Elemente im deutschen Zivilprozess

1. Obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung gemäß § 15a EGZPO

§ 15a EGZPO enthält eine Öffnungsklausel, die es den Ländern ermöglicht, eine zwingende außergerichtliche Streitschlichtung vor Klageerhebung einzuführen. Verfassungsrechtlich gehören die Vorschriften über das gerichtliche Verfahren zur konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes, Art. 74 I Nr. 1 GG. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung besitzen die Länder nur dann eine Gesetzgebungszuständigkeit, wenn der Bund von seiner Befugnis nicht Gebrauch gemacht hat, Art. 72 I GG. Kompetenzrechtlich gesehen, hat der Bund mit § 15a EGZPO seine konkurrierende Gesetzgebung im Zivilprozessrecht partiell zurückgenommen.

Sachlich bestimmt die Experimentierklausel des § 15a EGZPO nur einen allgemeinen Rahmen, der es den Bundesländern ermöglicht, eigene Gestaltungen zu erproben. Den Ausgangspunkt bilden amtsgerichtliche Bagatellverfahren. Für vermögensrechtliche Auseinandersetzungen bis zu einem Streitwert von € 750, für Streitigkeiten aus dem privaten Nachbarrecht und für gewisse Ehrverletzungen kann danach ein Gütestellenverfahren vorgesehen werden. Ist landesrechtlich eine Streitschlichtung vorgeschrieben, bildet der erfolglose Schlichtungsversuch eine negative Prozessvoraussetzung²⁷.

Dieses vor der Klageerhebung durchzuführende Vorschaltverfahren wird von einer nicht richterlichen Person geleitet. Die maximale Dauer für die auf ein-

²⁶ *Hornung*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit freier Mediatoren, S. 27; *Prütting*, ZKM 2006, 100.

²⁷ BGHZ 161, 145 (149).

seitigen Antrag einzuleitende Schlichtung beträgt drei Monate. Im Übrigen können sich die Schlichtungsstellen selbst Verfahrensordnungen geben, die nur in den Konturen vorgeschrieben sind²⁸. Ein mündliches Verfahren wird nicht allgemein verlangt, ist aber möglich. Trotz eines weiten Verfahrensermessens des Schlichters²⁹ sind die Rahmenbedingungen des § 15a EGZPO-Verfahrens nur wenig für eine strukturierte Mediation geeignet³⁰. Dagegen spricht schon der gesetzlich normierte Durchführungszwang. Zudem ist das formelle Schlichtungsrecht vielfach an zivilprozessualen Mustern orientiert, wenn etwa der Antragsteller den Streitgegenstand konturieren muss³¹. Von der Interessenorientierung einer Mediation ist dabei nur wenig zu verspüren.

Dennoch können die Verfahren an den Grundlagen einer Mediation orientiert, mediative Elemente weitgehend einbezogen werden³². Wie weit diese Öffnung reicht, zeigt sich daran, dass sogar die unter dem Stichwort „shuttle-diplomacy“ bekannten vertraulichen Einzelgespräche zulässig sein sollen³³. Im streitigen Zivilprozess dürfen demgegenüber einseitige Kontakte mit den Parteien nur zurückhaltend gepflegt werden³⁴ und wegen des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs jedenfalls nicht vertraulich bleiben. In einer – quantitativ allerdings sehr begrenzten – Untersuchung gaben die Schlichter an, in 35 % der Fälle mediative Elemente einzusetzen. Andererseits wurde von ihnen, was mit einer strukturierten Mediation im engeren Sinn kaum vereinbar ist, in fast 53 % der Fälle Einfluss auf das Verfahrensergebnis genommen³⁵. Nicht so sehr rechtliche Bindungen, als vielmehr ökonomische und psychologische Zwänge setzen einer wirklichen Mediation in diesem Verfahren Grenzen. Da die Beteiligten lediglich einen geringen Kostenbeitrag leisten müssen, ist ein zeitaufwändiges Verfahren kaum finanzierbar. Auch sachlich werden die Verfahrensergebnisse beschränkt bleiben, denn die Schlichter besitzen häufig weder die Kompetenzen eines Mediators noch die Anerkennung eines Richters.

Ursprünglich hatte etwa die Hälfte der Bundesländer ein obligatorisches Streit-schlichtungsverfahren eingeführt. In vier Bundesländern (Nordrhein-Westfalen³⁶, Saarland³⁷, Sachsen-Anhalt³⁸ und Schleswig-Holstein³⁹) sind die Re-

²⁸ Z.B. §§ 4 I GüSchlG NRW, 37 f I SAG JusG, in: Prütting (Hrsg.), Außergerichtliche Streit-schlichtung, 274, 279.

²⁹ *Stickelbrock*, JZ 2002, 633 (635).

³⁰ *Hornung*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit freier Mediatoren, S. 28.

³¹ § 5 SchlGBW, Art. 9 BaySchlG.

³² *Nickl*, AnwBl 2004, 12 (13 f.); *Volkman*, Mediation im Zivilprozess, S. 11 ff.

³³ § 10 I 3 BaySchlG, in: Prütting (Hrsg.), Außergerichtliche Streitschlichtung, 259.

³⁴ *Zöller/Greger*, 26. Aufl., § 139 Rz. 4.

³⁵ *Reiß*, Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung – Eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg, Diss. 2003, S. 100.

³⁶ Art. 3 Abs. 2 AG § 15a EGZPO.

gelungen bereits außer Kraft getreten oder werden dies in nächster Zeit⁴⁰. Drei Bundesländer (Bayern⁴¹, Brandenburg⁴² und Hessen⁴³) haben zwischenzeitlich in ihren Ausführungsgesetzen zu § 15a EGZPO von einer obligatorischen Streitschlichtung in vermögensrechtlichen Angelegenheiten abgesehen. Lediglich Baden-Württemberg schöpft die Streitschlichtung auch in vermögensrechtlichen Streitigkeiten aus.

Die Erfahrungsberichte zeigen ein wenig günstiges Bild dieser obligatorischen Streitschlichtung⁴⁴. Als besonders unglücklich erweist sich die Beschränkung auf Bagatellsachen⁴⁵. In ganz Deutschland wurden in den Jahren 2002 und 2003 ca. 650.000 bzw. 750.000 amtsgerichtliche Zivilverfahren⁴⁶ (ohne Mahnverfahren) erledigt⁴⁷. In beiden Jahren lag die Zahl der Verfahren nach § 15a EGZPO bei ca. 10.000 Verfahren, also bei lediglich ca. 1,5 % der amtsgerichtlichen Prozesse⁴⁸. Dieser Aussage entsprechen auch die Daten für Nordrhein-Westfalen, dem mit rund 18 Mio. Einwohnern bevölkerungsreichsten Bundesland. Dort fielen im Jahr 2002 ungefähr 103.000 Verfahren in den Anwendungsbereich der obligatorischen Streitschlichtung. In etwa 5 % der geeigneten Verfahren, also etwa 5.000 Verfahren, kam es aufgrund der vorprozessualen Streitschlichtung nicht zu einem Gerichtsverfahren, doch lag dies nur z.T. (gut 50 %) an einer Einigung durch einen Vergleichsschluss⁴⁹.

³⁷ Dort ist die obligatorische Streitschlichtung zum 30.6.2007 außer Kraft getreten, Art. 6 I S. 2 LSchliG.

³⁸ Art. 5 Abs. 3 des Gesetzes zur Änderung des Schiedsstellengesetzes und anderer Vorschriften vom 17.5.2001, GVBl. S. 172.

³⁹ § 11 S. 2 LSchliG.

⁴⁰ Musielak/Wittschier, ZPO, 5. Aufl., § 495 Rz. 12 Fn. 39 - 44.

⁴¹ BayGVBl 2005, 655.

⁴² BbgGVBl 2006, 186.

⁴³ HessGVBl I 2005, 782.

⁴⁴ Röhl/Weiß, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. V; Reiß, Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung – Eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg, Diss. 2003, S. 83; Prütting, ZKM 2006, 100; Lauer, NJW 2004, 1280; Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 13.

⁴⁵ Röhl/Weiß, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 290; Prütting, ZKM 2006, 100.

⁴⁶ Amtsgerichten sind u.a. bürgerliche Rechtsstreitigkeiten bis zu einem Streitwert von € 5.000,- zugewiesen, § 23 Nr. 1 GVG.

⁴⁷ Prütting, ZKM 2006, 100; vgl. auch Evaluation ZPO-Reform, S. 3, der Bericht spricht von „minimalen Zahlen“.

⁴⁸ Prütting, ZKM 2006, 100 Fn. 5, basierend auf einer Schätzung.

⁴⁹ Röhl/Weiß, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 277, 279, 283.

Prozesstaktisch ist diese Situation u.a. mit dem Schlagwort von der Flucht in das Mahnverfahren zu erklären⁵⁰. Bei Einleitung eines Mahnverfahrens wird wegen der angestrebten Entlastungswirkung ein Verfahren nach § 15a EGZPO entbehrlich. In vermögensrechtlichen Streitigkeiten kann dadurch die Streitschlichtung leicht umgangen werden. Weitere Umgehungsmöglichkeiten werden diskutiert, wie etwa die Verbindung mit einem nicht schlichtungspflichtigen Antrag⁵¹. Damit sind aber nur die Ausweichstrategien und nicht deren Motive benannt.

Ein gesetzlich verordnetes Zwangsverfahren schafft kaum eine Einigungsbereitschaft⁵². Die ohnehin zum Rechtsstreit entschlossene Partei wird den zusätzlichen Zeit- und Kostenaufwand der obligatorischen Streitschlichtung scheuen⁵³. Umgekehrt rechnet sich der Verfahrensaufwand auch für die Anwälte kaum, denn sie erhalten nach Nr. 2403 VV RVG eine Geschäftsgebühr von 1,5, die zur Hälfte, höchstens jedoch zu 0,75 auf die (allgemeine) Geschäftsgebühr anzurechnen ist⁵⁴. Außerdem sind etwa Vorbehalte gegen eine Laienschlichtung, die Qualität der Schlichtung und die Tragfähigkeit der Vergleiche vorstellbar. Insgesamt wird die obligatorische Streitbeilegung vielfach nur als lästige Hürde auf dem Weg zur angestrebten gerichtlichen Entscheidung angesehen⁵⁵.

2. Schriftlicher Vergleich gemäß § 278 VI ZPO

Ein den Prozess beendender und zur Zwangsvollstreckung berechtigender Prozessvergleich gemäß § 794 Nr. 1 ZPO musste früher vor Gericht abgeschlossen und nach den §§ 160 III Nr. 1, 162 ZPO protokolliert werden. § 278 VI ZPO erleichtert jetzt den Vergleichsschluss, denn die Parteien müssen nicht mehr vor Gericht erscheinen, sondern können die Einigung schriftlich erklären⁵⁶. Statistische Erhebungen zeigen, dass die Zahl der Vergleiche bei den Amtsgerichten in Zivilsachen von 21,3 % im Jahr 2001 vor der ZPO-Reform auf 29,3 % im Jahr 2004, also nach der ZPO-Reform, und bei den Landgerichten von

⁵⁰ Röhl/Weiß, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 280; Reiß, Obligatorische außergerichtliche Streitschlichtung – Eine empirische Untersuchung der Schlichtungspraxis in Baden-Württemberg, Diss. 2003, S. 84 ff.

⁵¹ Bitter, NJW 2005, 1235 (1237 ff.).

⁵² Vgl. Feix, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, S. 153; Prütting, ZKM 2006, 100.

⁵³ Vgl. Röhl/Weiß, Die obligatorische Streitschlichtung in der Praxis, S. 307.

⁵⁴ Vgl. Zöllner/Gummer/Hefßler, 26. Aufl., § 15a EGZPO Rz. 26.

⁵⁵ Vgl. Hornung, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit freier Mediatoren, S. 29.

⁵⁶ Zöllner/Greger, 26. Aufl., § 278 Rz. 24.

29,6 % in 2001 auf 38% in 2004 angestiegen ist⁵⁷. Die Steigerung dürfte auch mit dem neuen schriftlichen Vergleichsschluss zu erklären sein. Die Erfolgsquote beträgt hier sogar 71 % – ein vergleichsweise sehr hoher Wert⁵⁸. Dabei umfassen diese Zahlen noch nicht die 2004 durch das 1. JuMoG nochmals erleichterten Abschlussmöglichkeiten⁵⁹.

Vorhergehende mündliche Erörterungen zwischen den Parteien werden häufig zweckmäßig sein, doch erfordern sie keine mündliche Verhandlung oder einen Güetermin⁶⁰. Eine richterliche Verhandlungsleitung und mehr noch die Einbindung mediativer Elemente dürfte daher die Ausnahme bilden. Soweit aber doch Güteverhandlungen erfolgen, gelten die später unter III. 4. dargelegten Ausführungen.

3. Prozesskostenhilfe und selbständiges Beweisverfahren

Nach § 127 I 1 ZPO ergehen Entscheidungen im Verfahren über die Gewährung von Prozesskostenhilfe ohne mündliche Verhandlung. Dennoch sind auch in diesem Verfahren mündliche Elemente nicht ausgeschlossen. § 118 I 3 ZPO stellt es ins Ermessen des Gerichts, die Parteien zu einer mündlichen Erörterung zu laden, falls eine Einigung zu erwarten ist. Eine vergleichbare Regelung enthält § 492 III ZPO für das selbständige Beweisverfahren. Dort wird es vor allem dann zu einer mündlichen Erörterung kommen, wenn gemäß § 485 II ZPO ein Rechtsstreit noch nicht anhängig ist⁶¹. Was im Folgenden für das Prozesskostenhilfverfahren ausgeführt wird, gilt im Grundsatz auch für das selbständige Beweisverfahren.

Die Formulierung der §§ 118 I 3, 492 III ZPO ist zurückhaltender als die des § 278 I ZPO, wonach das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung hinwirken soll⁶². Auch wenn mit Blick auf die programmatische Aussage des § 278 I ZPO eine großzügige Auslegung von § 118 I 3 ZPO angezeigt sein mag⁶³, gibt es doch merkbare Unterschiede. Die mündliche Erörterung bildet keine mündliche Verhandlung im eigentlichen Sinn und soll sich auch

⁵⁷ Pressemitteilung des BMJ vom 17.05.2006, abrufbar unter:

http://www.bundesjustizministerium.de/enid/7479fdb53d5dc1a79940557c6068d00.cb8562706d635f6964092d0932343437093a0979656172092d0932303036093a096d6f6e7468092d093035093a095f7472636964092d0932343437/Pressestelle/Pressemitteilungen_58.html.

⁵⁸ BMJ aaO.

⁵⁹ *Prütting*, ZKM 2006, 100 (102).

⁶⁰ *Zöller/Greger*, 26. Aufl., § 278 Rz. 24.

⁶¹ *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., § 492 Rz. 17.

⁶² *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Aufl., § 118 Rz. 21.

⁶³ *Musielak/Fischer*, ZPO, 5. Aufl., § 118 Rz. 4.

nicht zu einer solchen entwickeln⁶⁴. Da die Erörterung nicht das Hauptsa-
cheverfahren vorwegnehmen darf, wird eine Einigung eher als Begleitprodukt
zur Anhörung des Gegners erfolgen⁶⁵. Einer umfassenden, in mediativen Struk-
turen erfolgenden Erörterung stehen damit zwar nicht ganz starre, letztlich aber
auch nicht zu ignorierende verfahrensrechtliche Grenzen gegenüber. Zu beden-
ken ist etwa die Eilbedürftigkeit und der summarische Charakter des Prozess-
kostenhilfverfahrens⁶⁶. Im Fall der Beiordnung eines Anwalts passt die Eini-
gungsmöglichkeit im Prozesskostenhilfverfahren zudem nicht uneinge-
schränkt zum gesetzlich vorgezeichneten Verfahrensweg. Um die anwaltlichen
Kosten abzudecken, muss die Prozesskostenhilfe vor der Einigung bewilligt
werden⁶⁷. Dann kann aber auch zur Hauptsache verhandelt werden.

4. Güteverhandlung, § 278 II ZPO

Seit dem 1.1.2002 muss nach § 278 II ZPO im erstinstanzlichen Verfahren⁶⁸
der streitigen mündlichen Verhandlung zum Zweck der gütlichen Beilegung
des Rechtsstreits eine grds. obligatorische Güteverhandlung vorausgehen. In
zwei Fällen darf von der Güteverhandlung abgesehen werden. Im Hinblick vor
allem auf § 15a EGZPO ist eine Güteverhandlung entbehrlich, wenn bereits ein
erfolgloser Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Einigungsstelle
stattgefunden hat⁶⁹. Außerdem kann das Gericht von einer erkennbar aus-
sichtslosen Güteverhandlung absehen, etwa wenn eine Partei eine Gütever-
handlung ablehnt oder die Fronten zwischen den Parteien besonders verhärtet
sind.

Auf den ersten Blick scheint damit der entscheidende Zugang zur Mediation
gewonnen zu sein. Bedenklich ist allerdings, dass die Praxis diese Regelung –
jedenfalls soweit ersichtlich – bislang nur teilweise angenommen hat. Für seine
Entscheidung hat sich der Gesetzgeber weitgehend an das erfolgreiche Modell
der arbeitsgerichtlichen Güteverhandlung gem. § 54 ArbGG angelehnt. Auf
den ersten Blick überrascht deswegen die Distanz der Praxis zur zivilprozes-
sualen Güteverhandlung. Allerdings bestehen zwischen der zivil- und der ar-
beitsgerichtlichen Güteverhandlung strukturelle Unterschiede. In beiden Berei-
chen existiert eine unterschiedliche Streitkultur. Im arbeitsgerichtlichen Kün-
digungsschutzverfahren schlägt sich etwa die Einigungsbereitschaft in der viel-
fach bestehenden Erwartung eines Abfindungsvergleichs nieder. Außerdem

⁶⁴ Grunsky, NJW 1980, 2041 (2044).

⁶⁵ Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 118 Rz. 21.

⁶⁶ Vgl. Wax, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 118 Rz. 17.

⁶⁷ Einzelheiten bei Musielak/Fischer, ZPO, 5. Aufl., § 118 Rz. 5 f.

⁶⁸ Zöller/Greger, 26. Aufl., § 278 Rz. 10.

⁶⁹ Musielak/Foerste, 5. Aufl., § 278 Rz. 2.

findet die Güteverhandlung nach § 54 ArbGG allein vor dem Vorsitzenden statt, wodurch in der arbeitsgerichtlichen Praxis Güteverhandlung und streitige Verhandlung zeitlich auseinanderfallen⁷⁰. Da diese Besonderheit im Zivilprozess nicht besteht und sich die mündliche Verhandlung hier unmittelbar an eine erfolglose Güteverhandlung anschließt, § 279 I ZPO, droht die Güteverhandlung zu einem leeren Ritual zu werden⁷¹.

Dabei hätte sich der Gesetzgeber die historischen Vorbilder durchaus zur Warnung dienen lassen können. Nach § 268 ZPO von 1879 konnte das Gericht in jeder Lage des Rechtsstreits eine gütliche Einigung versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. Bis 1924 eröffnete darüber hinaus § 471 ZPO ein fakultatives Güteverfahren vor den Amtsgerichten. Von einer Partei, welche Klage erheben wollte, konnte die Gegenseite zu diesem Güteverfahren geladen werden.

1913 existierten diese Güteformen praktisch nur noch auf dem Papier. Lediglich in 0,3 % aller erstinstanzlichen Zivilrechtsstreitigkeiten wurde ein Verfahren nach § 268 ZPO eingeleitet und gar nur in bedeutungslosen 0,08 % aller Verfahren ein Vergleich nach § 471 ZPO geschlossen⁷². Deswegen schlug in der Folgezeit das Pendel zugunsten eines verbindlichen Güteverfahrens aus. Mit der Emminger-Novelle von 1924 wurde schließlich in den §§ 495a ff. ZPO ein bis 1950 geltendes obligatorisches Güteverfahren für amtsgerichtliche Prozesse geschaffen. Beabsichtigt war auch, das Güteverfahren zur Vorbereitung der streitigen Verhandlung zu nutzen⁷³. Im Jahr 1931 wurden nach der preußischen Justizstatistik in diesem Güteverfahren rund 11 % aller amtsgerichtlichen Rechtsstreitigkeiten verglichen⁷⁴. Für das amtsgerichtliche Verfahren insgesamt, also einschließlich der Güteverhandlung, betrug die Vergleichsquote rund 13 %⁷⁵. Verglichen mit den heutigen Zahlen, ist kein sonderliches Schlichtungspotenzial der damaligen gütlichen Streitbeilegung erkennbar. So ist die Regelung auch wegen der angenommenen Erfolglosigkeit 1950 abgeschafft worden⁷⁶.

⁷⁰ Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Ergänzungsband, § 278 Rz. 32.

⁷¹ Prütting, ZKM 2006, 100 (102).

⁷² Böskes, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 208.

⁷³ Begründung des Regierungsentwurfs vom 9./16.1.1924, in: Schubert (Hrsg.), Zivilprozessreform in der Weimarer Zeit, S. 44.

⁷⁴ Böskes, Vorprozessuale Güteverfahren für zivilrechtliche Streitigkeiten, S. 160.

⁷⁵ Feix, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, S. 73.

⁷⁶ Feix, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, S. 74; Prütting, ZKM 2006, 100 (102).

Da die Güteverhandlung keinen Teil der mündlichen Verhandlung bildet⁷⁷ und die gesetzliche Regelung zur Verhandlungsdurchführung nur wenig konkrete Handlungsanweisungen gibt⁷⁸, besitzt der Richter ein erhebliches Verfahrensermessen. Die Einbindung mediativer Elemente in die Güteverhandlung ist deswegen zweifellos zulässig. Insbesondere kann der Richter entsprechende Gesprächs- und Verhandlungsmethoden verwenden⁷⁹. Noch weitergehend wird sogar eine mediationsfreundliche Auslegung der Vorschrift erwogen⁸⁰.

Dennoch bestehen substantielle Vorbehalte gegenüber einer mehr als nur einzelne Elemente betreffenden Mediationseignung der Güteverhandlung. In erster Linie ist darauf zu verweisen, dass der Güteversuch vor dem zuständigen Streitrichter stattfindet. Entscheidungs- und Vermittlungsfunktion werden dadurch vermischt. Scheitert die Güteverhandlung, kann deren Inhalt in das streitige Verfahren eingehen und etwa in der Beweiswürdigung berücksichtigt werden⁸¹. Infolgedessen werden sich die Parteien nicht interessenbezogen, sondern positionsbezogen verhalten⁸². Mit der Bindung an den Grundsatz des rechtlichen Gehörs und der nicht institutionell zu sichernden Vertraulichkeit, zu erwähnen sei hier nur die Öffentlichkeit der Verhandlungen gemäß § 169 GVG, bestehen zwar keine Zulässigkeitsschranken, wohl aber methodische Hindernisse. Mediation und Güteverhandlung sind nicht wirklich kompatibel.

5. Güteversuch vor beauftragtem oder ersuchtem Richter

Das an acht bayerischen Landgerichten⁸³ erprobte Güterichtermodell knüpft, wie der Name besagt, an die Güteverhandlung des § 278 II ZPO an. Dabei handelt es sich aber mehr um eine am Verfahrensverlauf orientierte Kennzeichnung, denn die Rechtsgrundlage der Verhandlungsführung bildet § 278 V 1 ZPO⁸⁴. Diese Vorschrift ermöglicht dem Gericht, den Rechtsstreit für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter zu verweisen.

⁷⁷ Zöller/Greger, 26. Aufl., § 278 Rz. 8.

⁷⁸ Prütting, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., Ergänzungsband, § 278 Rz. 25.

⁷⁹ Löer, ZZP 119 (2006), 199 (202).

⁸⁰ Althammer, JZ 2006, 75; a.A. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 278 Rz. 7.

⁸¹ Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 20.

⁸² Löer, ZZP 119 (2006), 199 (203); ders., ZKM 2005, 182 (184); Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 4.

⁸³ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 8.

⁸⁴ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 5, 109.

Beauftragter Richter ist nach § 361 ZPO ein Mitglied des Prozessgerichts, d.h. des erkennenden Spruchkörpers⁸⁵. Einen beauftragten Richter kann es daher nur bei Kollegialgerichten ohne einzelrichterliche Zuständigkeit, §§ 348, 348a ZPO, geben⁸⁶. Ersuchter Richter ist der aufgrund eines Rechtshilfeersuchens für das Prozessgericht tätige Richter eines anderen Gerichts. Nach ganz überwiegender Ansicht wird als Mitglied eines anderen Gerichts nur der auswärtige Richter angesehen, gemäß § 157 GVG regelmäßig der eines Amtsgerichts⁸⁷.

Eine Güteverhandlung vor dem beauftragten Richter erscheint sachlich nicht angemessen. Ohne eine personelle Trennung zwischen dem Güterichter und dem streitentscheidenden Richter besteht allerdings die Gefahr positionsbezogenen Verhaltens der Parteien⁸⁸. Außerdem ist nicht jeder Richter hinreichend für die besonderen Anforderungen qualifiziert. Zu erwägen ist also überhaupt nur eine Verhandlung vor dem ersuchten Richter. Dagegen bestünden allerdings ganz praktische Bedenken, wenn – wie beschrieben – als ersuchter Richter nur der auswärtige Richter anzusehen wäre. Dann müssten die Parteien zu einem auswärtigen Gericht reisen. Ob sich die Parteien in diesem Fall überhaupt noch auf eine Güteverhandlung einließen, ist ernsthaft zu bezweifeln.

Aus diesen Gründen wird im Rahmen des bayerischen Güterichterprojekts eine andere Interpretation des § 362 ZPO erwogen. Als Gericht wird auch im Rahmen dieser Vorschrift der einzelne Spruchkörper angesehen. Wird die Güteverhandlung einem anderen, nicht dem Spruchkörper angehörigen Richter desselben Landgerichts übertragen, soll es sich um die Verhandlung vor einem ersuchten Richter handeln⁸⁹. Damit wären beide Ziele erreicht. Die Güteverhandlung könnte vor einem anderen als dem streitentscheidenden Richter, müsste aber nicht vor einem auswärtigen Gericht erfolgen.

Obwohl zunächst etwas ungewohnt, liegt diese Interpretation doch gar nicht so fern. Die §§ 361 und 362 ZPO gehören zu den allgemeinen Vorschriften über die Beweisaufnahme. Zusammen mit § 355 I 2 ZPO sollen sie die Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme sichern und Ausnahmen davon nur in gesetzlich besonders geregelten Fällen zulassen. Für die Beweisaufnahme an dem für die Streitentscheidung zuständigen Gericht liegen die Konsequenzen dieser Rege-

⁸⁵ Zöller/Greger, 26. Aufl., § 361 Rz. 1.

⁸⁶ Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl., § 355 Rz. 13; Musielak, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 361 Rz. 3.

⁸⁷ Löer, ZKM 2005, 182 (185); Koch, NJ 2005, 97 (99); Klose, ZKM 2005, 146 (148); Stein/Jonas/Berger, ZPO, 22. Aufl., § 355 Rz. 14; Musielak/Stadler, ZPO, 5. Aufl., § 362 Rz. 1; Zöller/Greger, 26. Aufl., § 361 Rz. 1; s.a. Musielak, in: MünchKomm-ZPO, 2. Aufl., § 362 Rz. 3; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 65. Aufl., § 362 Rz. 4.

⁸⁸ Löer, ZKM 2005, 182 (184).

⁸⁹ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 109; a.A. Zöller/Greger, 26. Aufl., § 361 Rz. 1.

lungen auf der Hand. Entweder muss die Beweisaufnahme vor dem gesamten Spruchkörper oder aber zumindest einem Angehörigen des Spruchkörpers erfolgen.

Funktional trifft auf die Güteverhandlung beinahe das Gegenteil zu, soll sie doch gerade nicht vor einem Angehörigen des Spruchkörpers durchgeführt werden. Teleologische Bedenken gegen eine veränderte Handhabung des ersuchten Richters existieren daher nicht⁹⁰. Für die Güteverhandlung könnte durchaus der ersuchte Richter ein nicht demselben Spruchkörper des Gerichts angehörender Richter sein. Systematisch kann eine solche Lösung jedoch nicht überzeugen. Das gesetzliche Regelungsmodell der §§ 361, 362 ZPO stellt im Beweisrecht nur die beiden Alternativen einer Verhandlung vor zumindest einem Mitglied des Spruchkörpers oder einem auswärtigen Richter zur Verfügung. Eine dritte Variante ist nicht vorgesehen und sollte auch nicht für die Güteverhandlung geschaffen werden.

Vor allem droht eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Gebots des gesetzlichen Richters, Art. 101 I 2 GG (wortgleich § 16 GVG). Dieses Gebot enthält die staatliche Garantie, dass der im Einzelfall zuständige Richter im Voraus nach abstrakten Merkmalen in einer allgemeinen Regelung möglichst eindeutig bestimmt ist⁹¹. Da die Güteverhandlung einen besonderen Verfahrensabschnitt des Hauptsacheverfahrens bildet und keine institutionell verankerte Trennung der Verfahrensergebnisse existiert, droht mit der Einschaltung des Güterichters ein Verstoß gegen das Gebot des gesetzlichen Richters⁹². Ob dem durch eine geschäftsplanmäßige Zuweisung der güterichterlichen Aufgaben begegnet werden kann, erscheint zweifelhaft. Die Frage, *ob* der Güterichter eingeschaltet wird, ist gerade nicht geschäftsplanmäßig festgelegt, sondern von der Entscheidung des streitentscheidenden Richters abhängig.

Folgt man demgegenüber der Ansicht, die von den Verfechtern des bayerischen Modellversuchs vertreten wird, kann der Richter nach § 278 V 1 ZPO die nach seinem Ermessen beste Verfahrensweise für eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits wählen⁹³. Verfahrensrechtlich sind mehrere Vorteile festzustellen. Da es sich nicht um ein außergerichtliches Verfahren handelt, muss kein Ruhen des Verfahrens angeordnet werden⁹⁴. Für die Verhandlung besteht kein Anwaltszwang, § 78 V ZPO, und kein Öffentlichkeitsgebot gemäß § 169 GVG⁹⁵.

⁹⁰ Lör, ZKM 2005, 182 (185).

⁹¹ Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl., § 16 Rz. 23; Schilken, Gerichtsverfassungsrecht, 3. Aufl., Rz. 279.

⁹² Anders Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3243 (3246).

⁹³ Prütting, ZKM 2006, 100 (101).

⁹⁴ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 109.

⁹⁵ BVerwG NVwZ-RR 1989, 167; Kissel/Mayer, GVG, 4. Aufl., § 169 Rz. 11.

Der ersuchte Richter darf den Vergleich beurkunden⁹⁶, aus dem eine Zwangsvollstreckung erfolgen kann, § 794 Nr. 1 ZPO. Zu Entscheidungen in der Hauptsache ist er hingegen nicht berechtigt, etwa zu einem Anerkenntnisurteil oder den Entscheidungen nach § 91a ZPO (Erledigung) bzw. § 269 IV ZPO (Wirkungen einer Klagerücknahme).

Andererseits bildet die Güteverhandlung vor dem ersuchten Richter immer noch ein Bestandteil des Hauptsacheverfahrens. Deswegen besteht gerade keine verfahrensrechtliche Trennung zwischen beiden Abschnitten. Da die Parteien keine Vertraulichkeitsvereinbarung schließen⁹⁷, können die Erkenntnisse aus dem Güteverfahren auch im Hauptprozess verwendet werden. Die Verweigerung der nach den §§ 46 DRiG, 61 f. BBG erforderlichen Aussagegenehmigung für den Güterichter⁹⁸ und das Zeugnisverweigerungsrecht gem. § 383 I Nr. 6 ZPO⁹⁹ bilden nur einen schwachen Schutz. Für eine dem traditionellen prozessualen Muster folgende Güteverhandlung mag dies bedeutungslos erscheinen. Eine Mediation erscheint damit, ganz abgesehen von den verfassungsrechtlichen Bedenken, auch sachlich weitgehend ausgeschlossen zu sein.

6. Außergerichtliche Streitbeilegung gemäß § 278 V 2, 3 ZPO

Dieser Weg ist vor allem mit dem niedersächsischen Modellprojekt beschriftet worden¹⁰⁰. § 278 V 2, 3 ZPO eröffnet dem Gericht die Möglichkeit, den Parteien in geeigneten Fällen eine außergerichtliche Streitschlichtung vorzuschlagen, während deren Dauer der Rechtsstreit entsprechend § 251 ZPO ruht. Hier liegt das Zentrum des integrativen Ansatzes, denn in den Materialien zur ZPO wird die außergerichtliche Streitschlichtung nach § 278 V 2 ZPO mit Mediation übersetzt¹⁰¹.

Damit steht sogleich ein erstes Problem an. Wenn § 278 V 2 ZPO von einer außergerichtlichen Streitschlichtung spricht, deutet dies zunächst auf außerhalb der Justiz bestehende Streitschlichtungsstellen hin. Umgekehrt muss damit allerdings nicht zugleich eine justizielle Schlichtung ausgeschlossen sein. Ziel der Prozessrechtsnovelle ist, die gesetzlich bereitgestellten Verständigungsmöglichkeiten zu erweitern¹⁰². Der Begriff außergerichtlich ist damit wie au-

⁹⁶ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 16. Aufl., § 128 Rz. 3.

⁹⁷ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 111.

⁹⁸ Löer, ZKM 2006, 4; Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 111.

⁹⁹ Dazu Löer, ZKM 2005, 182 (184).

¹⁰⁰ Aber auch Koch, NJ 2005, 97 (99 ff.); Löer, ZKM 2005, 182 (183, 184).

¹⁰¹ BT-Drucks. 14/4722, S. 83 f.

¹⁰² Koch, NJ 2005, 97 (99).

ßerprozessual zu verstehen. Erfasst wird also sowohl die externe Streitbeilegung als auch die Verständigung mit Hilfe eines dem Gericht angehörenden, selbst aber nicht zur Streitentscheidung berufenen Richters¹⁰³.

Fraglich erscheint aber, was mit den für eine außergerichtliche Streitschlichtung geeigneten Fällen gemeint ist. Man wird zwischen einer positiven Eignungs- und einer weitgehend eingeschränkten negativen Nichteignungsprüfung differenzieren können¹⁰⁴. Eine Positivprüfung wird nur bei einer externen Streitschlichtung erfolgen müssen. Wenn zumindest eine Partei eine justizielle Streitentscheidung beantragt hat, darf durch die undifferenzierte Verweisung an eine außergerichtliche Stelle nicht der Eindruck einer Rechtsverweigerung hervorgerufen werden. Dies rechtfertigt es, die Vorschlagsmöglichkeit zu begrenzen.

Für die richterliche Streitbeilegung besteht diese Befürchtung jedoch nicht. Trotzdem wird manchmal eine persönliche und sachliche Falleignung verlangt¹⁰⁵. Als Auswahlkriterium für den Zugang zur richterlichen Mediation erscheint dies als unzutreffend. Es genügt eine beschränkte Nichteignungsprüfung etwa auf Muster- und Grundsatzprozesse bzw. ein nur vorläufiges Sicherungs- oder Regelungsbedürfnis¹⁰⁶. Grundsätzlich sollte jedoch der gesetzliche Richter gerade nicht als Fallmanager auftreten und daher nicht über die Zuweisung zur Mediation oder einem anderen Verfahren entscheiden. Es wird berichtet, dass auf diese Weise keine ausreichenden Abgabequoten zu erzielen sind¹⁰⁷.

Nicht zuletzt ist sonst auch das strategische Verhalten zu befürchten. Auf die Bitte um Übersendung geeigneter Akten an den Mediationsrichter werden teilweise Verfahren mit schwieriger Rechtslage oder zeitaufwendigen Beweisaufnahmen ausgewählt. Hinweise auf eine allgemeine Technik, unliebsame und langwierige Fälle abzugeben, haben sich im niedersächsischen Projekt freilich nicht ergeben¹⁰⁸. Trotzdem muss die Möglichkeit jedenfalls dann bedenklich erscheinen, wenn man dem Fallmanager die Möglichkeit einräumen will, sich gerade auf die rechtlich anspruchsvollen Fälle zu konzentrieren. Allerdings haben nur 38,3 % der im Rahmen des niedersächsischen Projekts befragten Richter darin die Aufgabe der Mediation gesehen¹⁰⁹.

¹⁰³ Koch, NJ 2005, 97 (99).

¹⁰⁴ Koch, NJ 2005, 97 (102).

¹⁰⁵ Monßen, AnwBl 2004, 7 f.

¹⁰⁶ Koch, NJ 2005, 97 (102).

¹⁰⁷ Löer, ZZP 119 (2006), 199 (207 f.).

¹⁰⁸ Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 146.

¹⁰⁹ Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 145.

Die gesetzlichen Richter geben vielmehr ihre Akten grds. an den Mediationsrichter ab, der mit den Anwälten und Parteien in Kontakt tritt. Als mediationsgeeignet erscheint jeder Fall, in dem die Parteien eine Mediation wünschen und bereit sind, einen Konfliktlösungsversuch zu unternehmen¹¹⁰. Wenn die begrenzten personellen Ressourcen eine Vorauswahl erfordern, ist dies ein ökonomischer, aber kein sachlich angelegter Grund. Dieser offene, vielleicht sogar offensive Umgang mit der Mediation hat nach den Erfahrungen der niedersächsischen Richtermediatoren zu einer hohen Zahl von Mediationsverfahren geführt.

Aus der außergerichtlichen Struktur der Streitbeilegung resultieren wesentliche Konsequenzen. Eine prozessuale Verbindung mit dem ruhenden Hauptsacheverfahren besteht gerade nicht. Zwischen den Parteien kann eine Mediationsvereinbarung geschlossen werden. Zum Schutz der Vertraulichkeit kann darin ein Beweismittelvertrag enthalten sein¹¹¹. Kostenregelungen sind wegen der gesetzlichen Kostenvorschriften entbehrlich. Das Verhältnis zum Richtermediator wird auf einem – wohl öffentlich-rechtlichen – Mediationsorganisationsvertrag beruhen¹¹².

Einigen sich die Parteien, werden sie regelmäßig einen Vergleich schließen, der als Vollstreckungstitel nach § 794 I Nr. 1 ZPO vor einem deutschen Gericht geschlossen sein muss. Nach der gesetzlichen Konzeption müsste dazu das gerichtliche Verfahren vom gesetzlichen Richter wieder aufgenommen und durch diesen der in der Mediation geschlossene Vergleich zu Protokoll genommen werden. In der Praxis ist dieses Vorgehen allerdings sehr umständlich, da vielfach ein zusätzlicher Termin anberaumt werden müsste¹¹³.

Von den niedersächsischen Modellgerichten ist deswegen z.T. ein anderer Weg gewählt worden. Vor Beginn der Mediation hat der gesetzliche Richter einen Beschluss erlassen, in dem der mit der Mediation betraute Richter als ersuchter Richter analog den §§ 278 V 1, 362 ZPO ersucht wurde, auf Wunsch der Parteien nach Beendigung der Mediation das Verfahren wieder aufzunehmen und eine Güteverhandlung – einschließlich der Protokollierung eines ggf. abzuschließenden Vergleichs – durchzuführen¹¹⁴.

¹¹⁰ Lör, ZJP 119 (2006), 199 (205 f.); Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 7; Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 18.

¹¹¹ Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 67, 71.

¹¹² Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 91 ff.

¹¹³ Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 41.

¹¹⁴ Lör, ZJP 119 (2006), 199 (204); ders., ZKM 2005, 182 (184); Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 41 f.; Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 79 f.

Diese Analogie dürfte doppelt verfehlt sein. Hat sich der Richter aufgrund seines Auswahlmessens für den Weg des § 278 V 2 ZPO entschieden, lehnt er gerade für dessen Dauer die Variante des § 278 V 1 ZPO ab. Außerdem stehen dieser Konstruktion die oben erhobenen Einwände der Tätigkeit eines ersuchten Richters am Heimatgericht entgegen. Es bleibt damit nur der unpraktische, aber gesetzeskonforme Weg über einen neuen Termin oder eben eine gesetzliche Neuregelung. Trotz dieser Schwierigkeiten besteht aus der zivilprozessualen Perspektive ein beachtlicher Vorsprung für die außergerichtliche Streitbeilegung nach § 278 V 2 ZPO. Damit sind allerdings längst nicht alle Hürden überwunden.

IV. Sonstige Schranken richterlicher Mediation

1. Richterliches Dienstrecht

Unter dienstrechtlichen Gesichtspunkten ist der Einsatz richterlicher Mediatoren nicht bedenkenfrei. Außerhalb der originären Rechtsprechungstätigkeit darf der Richter nach § 4 DRiG nur im engen Rahmen Aufgaben übernehmen. Für die dienstrechtliche Zulässigkeit richterlicher Mediation kommt es daher darauf an, ob die gerichtsinterne Mediation den originären Rechtsprechungsaufgaben oder dem Bereich der Gerichtsverwaltung zuzuordnen ist¹¹⁵. Die bisher durchgeführten Projekte gerichtlicher Mediation bezeichnen die Tätigkeit ihrer Richtermediatoren teils als Gerichtsverwaltung (so in Berlin, Niedersachsen und Hessen), teils als Rechtsprechung (so in Baden-Württemberg und Mecklenburg-Vorpommern)¹¹⁶.

Als originäre Rechtsprechungsaufgabe kann die richterliche Mediation kaum angesehen werden¹¹⁷. Über den Rechtsprechungsbegriff i.S.d. Art. 92 GG besteht jedenfalls insoweit Einigkeit, dass Rechtsprechung durch das Element einer verbindlichen, allein am Maßstab des objektiven Rechts getroffenen Entscheidung gekennzeichnet ist. Auf die Mediatorentätigkeit, bei welcher der vermittelnde Richter keine Entscheidungsgewalt besitzt, lässt sich diese Vorstellung nicht übertragen¹¹⁸.

¹¹⁵ Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 8 f.

¹¹⁶ Klose, ZKM 2005, 146 (147).

¹¹⁷ Wimmer/Wimmer, NJW 2007, 3243 (3244); Greger, NJW 2007, 3258; ders., Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 123; offen gelassen von Koch, NJ 2005, 97 (101).

¹¹⁸ Klose, ZKM 2005, 146 (148); Volkmann, *Mediation im Zivilprozess*, S. 25.

Allerdings wird auch die Unterstützung der gütlichen Einigung nach § 278 I ZPO und sogar die Güteverhandlung nach § 278 II ZPO der rechtsprechenden Tätigkeit des Richters zugeordnet¹¹⁹. Obwohl eine streitige Entscheidung gerade vermieden werden soll, können die Aktivitäten im Rahmen der gütlichen Streitbeilegung eine Vorstufe zur Streitentscheidung bilden¹²⁰. Aus dem gleichen Grund zählt auch die Tätigkeit des beauftragten oder ersuchten Richters zur Rechtsprechung¹²¹.

Zwischen der richterlichen Mediation nach § 278 V 2 ZPO und den sonstigen richterlichen Tätigkeiten im Rahmen einer gütlichen Streitbeilegung bestehen zwei strukturelle Unterschiede. Zum einen findet die Mediation außerhalb des gerichtlichen Verfahrens statt. Zum anderen soll die Vertraulichkeit des Verfahrens eine Durchlässigkeit in das gerichtliche Verfahren verhindern¹²². Was sich verfahrensrechtlich als Vorteil erwiesen hat, ist dienstrechtlich ein Nachteil. Der richterliche Mediator nimmt daher keine Rechtsprechungsaufgaben wahr¹²³.

Nach § 4 II DRiG darf der Richter jedoch ausnahmsweise bestimmte Aufgaben außerhalb seiner Rechtsprechungsaufgabe wahrnehmen. Mangels einer gesetzlichen Vorschrift i.S.v. § 4 II Nr. 2 DRiG kommen hier Aufgaben der Gerichtsverwaltung in Betracht¹²⁴. Dazu gehört die verwaltende Tätigkeit der Gerichte, mit der die unabdingbaren materiellen und personellen Voraussetzungen für die Erfüllung der Rechtsprechungsaufgaben geschaffen werden. Wegen der Nähe zur richterlichen Tätigkeit in der Güteverhandlung und den sachlichen Unterschieden zu den sonstigen verwaltenden Tätigkeiten wird eine Zuordnung zur Gerichtsverwaltung wohl zu Recht verneint¹²⁵. Zumindest zweckmäßig wäre daher eine Regelung i.S.v. § 4 II Nr. 2 DRiG¹²⁶.

Aus dem Blickwinkel des geltenden richterlichen Dienstrechts bestehen keine Bedenken gegen eine Tätigkeit als Güterichter nach § 278 V 1 ZPO, worin einer der wichtigsten Vorteile des bayerischen Modells zu sehen ist. Eine Tätigkeit als Richtermediator im Rahmen von § 278 V 2 ZPO, wie sie der niedersächsische Versuch konzipiert hat, steht dagegen wohl nicht mit dem Dienstrecht in Einklang.

¹¹⁹ v. Barga, DVBl. 2004, 468 (474 f.).

¹²⁰ Zöller/Greger, 26. Aufl., § 278 Rz. 11.

¹²¹ Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 110; Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 25 f.

¹²² Volkmann, Mediation im Zivilprozess, S. 26 f.

¹²³ Ortloff, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 29 Rz. 84.

¹²⁴ Ortloff, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 29 Rz. 85.

¹²⁵ Spindler, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 10 f.; Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Juli 2007, S. 123; a.A. Klose, ZKM 2005, 146 (148).

¹²⁶ Spindler, AnwBl 2007, 655.

2. Rechtsberatungsgesetz

Art. 1 § 1 I RBERG unterstellt grundsätzlich jede geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten der Erlaubnispflicht. Die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten darf danach geschäftsmäßig nur von Personen betrieben werden, die im Besitz einer Erlaubnis sind oder, wie z. B. die Rechtsanwälte, unter eine der im Gesetz genannten Ausnahmeregelungen fallen. Die Diskussion um die Erlaubnispflicht der Mediatorentätigkeit hat zwar ihren Schwerpunkt bei der Tätigkeit freier Mediatoren¹²⁷, betrifft aber ebenso richterliche Mediatoren.

Eine Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten liegt bei jeder Tätigkeit vor, die das Ziel verfolgt, konkrete fremde Rechtsangelegenheiten zu verwirklichen oder konkrete fremde Rechtsverhältnisse zu gestalten. Abzustellen ist darauf, ob die rechtliche Seite der Angelegenheit im Vordergrund steht und es wesentlich um die Klärung rechtlicher Verhältnisse geht¹²⁸. In der Literatur wird teilweise vertreten, eine rechtsbesorgende Tätigkeit i.S.d. RBERG wäre mit dem Rollenverständnis des Mediators und dem Gebot der Neutralität nicht vereinbar¹²⁹, weswegen die Tätigkeit nicht erlaubnispflichtig sei. Dem wird jedoch entgegeng gehalten, dass der Mediator auch das Gebot der Fairness wahren und die Einhaltung äußerer Schranken beurteilen muss¹³⁰. Die Rechtsprechung hat deswegen in den bislang entschiedenen Fällen die Tätigkeit freier Mediatoren als erlaubnispflichtige Rechtsbesorgung eingeordnet¹³¹. Dieser Gedanke gilt prinzipiell auch für den Richtermediator.

Nach Art. 1 § 3 Nr. 1 RBERG ist allerdings eine von Behörden im Rahmen ihrer Zuständigkeit ausgeübte Tätigkeit zulässig. Abzustellen ist darauf, ob die Rechtsberatung im Zusammenhang mit dem Aufgabengebiet einer Behörde steht¹³². Die eingangs beschriebenen rechtspolitischen Leitgedanken haben zu einem gewandelten Verständnis der justiziellen Aufgaben beigetragen. Mit den jüngeren zivilprozessualen Reformen sollte auch die einvernehmliche Streitbeilegung gefördert werden. Dann gehört die gerichtsinterne Mediation zwar nicht zu den konkret der Justiz gestellten Aufgaben. Sie bewegt sich aber doch immerhin im Rahmen einer zulässigen Aufgabenerfüllung und ist deswegen gemäß Art. 1 § 3 Nr. 1 RBERG als erlaubnisfreie Tätigkeit anzusehen¹³³.

¹²⁷ Dazu *Hornung*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Tätigkeit freier Mediatoren, S. 95 ff.

¹²⁸ BGH NJW 2000, 2108.

¹²⁹ Nachweise bei *Volkman*, Mediation im Zivilprozess, S. 34.

¹³⁰ *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 13 f.

¹³¹ LG Hamburg NJW-RR 2000, 1514; LG Rostock NJW-RR 2001, 1290; OLG Rostock, NJW-RR 2002, 642.

¹³² *Klose*, ZKM 2005, 146 (149); *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 14.

¹³³ *Klose*, ZKM 2005, 146 (149); *Volkman*, Mediation im Zivilprozess, S. 40 ff.

3. Wettbewerbsrechtliche Grenzen

Aus der grundsätzlich unbeschränkten Berechtigung der öffentlichen Hand zur Teilnahme am Wirtschaftsleben folgt die unbeschränkte Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Gemäß § 3 UWG ist eine wirtschaftliche Betätigung als rechtswidrig zu beurteilen, wenn es sich um unlautere Wettbewerbshandlungen handelt, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Zunächst müsste aber das UWG überhaupt auf die Fälle der gerichtsnahen Mediation anwendbar sein. Auch dort, wo – wie bei der gerichtsnahen Mediation – eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung fehlt, ist der öffentlichen Hand die Teilnahme am Wirtschaftsverkehr grundsätzlich erlaubt. Sie ist dann jedoch wie jeder andere Wettbewerber an die Normen des Wettbewerbsrechts gebunden.

Die Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts auf die öffentliche Hand setzt zunächst eine Wettbewerbshandlung i.S.d. § 2 I Nr. 1 UWG voraus¹³⁴. Der Begriff ist an die Stelle des „Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ getreten und mit diesem weitgehend identisch¹³⁵. Bei einem Handeln, zu dem die öffentliche Hand gesetzlich ausdrücklich ermächtigt wird, ist das UWG grundsätzlich nicht anwendbar. Dagegen kommt es bei einer Tätigkeit, die wie im vorliegenden Fall lediglich der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dient, aber ohne ausdrückliche gesetzliche Vorgabe erfolgt, auf die Umstände des Einzelfalls an. Entscheidend ist dabei, ob die Wettbewerbsförderung als völlig nebensächlich hinter andere Beweggründe zurücktritt. Das Fehlen einer Gewinnerzielungsabsicht ist dagegen unerheblich¹³⁶.

Soweit für die Inanspruchnahme gerichtsterner Mediation im Rahmen der bisherigen Projekte keine zusätzlichen Gerichtsgebühren erhoben werden (wie beispielsweise im Rahmen des niedersächsischen Modellprojekts), könnte darin eine wettbewerbswidrige Preisunterbietung zu sehen sein¹³⁷. Eine Preisunterbietung ist nicht schon deshalb unzulässig, weil die öffentliche Hand ohne zwingenden Grund auf öffentliche Sach-, Personal-, und Finanzmittel zurückgreift. Ein daraus resultierender Wettbewerbsvorsprung ist grundsätzlich hinzunehmen.

¹³⁴ Vgl. *Spindler*, AnwBl 2007, 655 (656).

¹³⁵ *Köhler/Piper*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 2 Rz. 4.

¹³⁶ *Spindler*, AnwBl 2007, 655 (656).

¹³⁷ *Klose*, ZKM 2005, 146 (149); *Spindler*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen, S. 19 f.

Eine Preisunterbietung wäre jedoch wettbewerbsrechtlich problematisch, wenn sie den Bestand oder die Grundlage des Wettbewerbs der privaten Anbieter gefährdet und die Wettbewerbshandlung über das Maß sachlich gebotenen Verwaltungshandelns hinausgeht¹³⁸. Ein dauerhaft kostenfreies Angebot gerichtsnaher Mediation begegnet deshalb erheblichen wettbewerbsrechtlichen Bedenken. Private Anbieter haben nicht die Möglichkeit, ihre Dienste kostenfrei anzubieten, weswegen sie keine echte Alternative zu einem kostenfreien gerichtlichen Angebot darstellen können. Für sie besteht die Gefahr, vom Mediationsmarkt im Umfeld der Gerichte verdrängt zu werden¹³⁹.

Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, die gerichtliche Mediation beschränke sich auf die bereits bei Gericht anhängigen Konflikte¹⁴⁰. Soweit empirische Zahlen vorliegen, ist zwar die Zahl der Prozessparteien, die von einer gerichtsexternen Mediation Gebrauch machen, äußerst gering¹⁴¹. Dies lässt jedoch allenfalls bei einer punktuellen Betrachtung der gegenwärtigen Situation die Wettbewerbswidrigkeit entfallen. Für eine dauerhafte Einführung der gerichtlichen Mediation müsste eine angemessene Kostenkompensation geschaffen werden¹⁴².

Wettbewerbswidriges Verhalten der öffentlichen Hand kann auch gegeben sein, wenn sie ihre amtlichen Beziehungen zum Wettbewerb missbräuchlich ausnutzt, um sich oder anderen wettbewerbsliche Vorteile zu verschaffen, also amtliche und erwerbswirtschaftliche Interessen verquickt¹⁴³. Wettbewerbsverzerrungen können sich ergeben, wenn sich die Parteien für eine Mediation entscheiden, weil ihnen nicht ein Privater, sondern ein Richter zur Seite steht¹⁴⁴. Diese Gefahr wird auch durch die sozialwissenschaftliche Begleitforschung zum niedersächsischen Projekt bestätigt, nach der das juristische Fachwissen der Richtermediatoren als positiver Faktor gewürdigt wird¹⁴⁵. Durch die staatliche Anstellung und die amtliche Neutralität genießt der Richter eine hohe Reputation, die eine gerichtliche Mediation den Parteien vorzugswürdig erscheinen lassen könnte¹⁴⁶. Den stärksten Bedenken gegen wettbewerbswidriges Handeln könnte hier vielleicht durch ein amtliches Gütesiegel für Mediatoren begegnet werden, wie es Niedersachsen plant.

¹³⁸ Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 19 f.

¹³⁹ Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 20.

¹⁴⁰ So aber Klose, ZKM 2005, 146 (149).

¹⁴¹ Klose, ZKM 2005, 146 (149).

¹⁴² Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 20.

¹⁴³ Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 22.

¹⁴⁴ Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 23.

¹⁴⁵ Zenk/Strobl/Böttger, ZKM 2006, 43 (44).

¹⁴⁶ Monßen, ZKM 2006, 83 (84 f.); Spindler, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 23.

4. Haftung des Richtermediators

Durch das sogenannte Spruchrichterprivileg des § 839 II 1 BGB muss der erkennende Richter nur bei einer strafbewehrten Pflichtverletzung, also einer Rechtsbeugung, haften. Abzustellen ist für das Privileg darauf, ob das Vermittlungsamt des Richtermediators Spruchtätigkeit ist. Dies ist schon deshalb zu verneinen, weil der Mediator nichts entscheidet, was Rechtskraftwirkungen entfalten könnte und daher vor erneuter Überprüfung zu bewahren wäre. Selbst wenn das Ergebnis eines Mediationsverfahrens in einem Prozessvergleich bestehen kann, der den Rechtsstreit umfassend und mit prozessrechtlichen Wirkungen (Beendigung der Rechtshängigkeit, Vollstreckungstitel) beendet, so ist dieser doch nicht der Rechtskraft fähig und fällt daher nicht unter die in § 839 II 1 BGB gemeinten Urteile oder urteilsvertretenden Erkenntnisse¹⁴⁷.

Allerdings unterliegt der Mediationsrichter den allgemeinen Amtshaftungsgrundsätzen. Die nur vermittelnde und begleitende Rolle des Mediators, die ihm den Genuss des Richterprivilegs versagt, führt wegen dieser Art der Tätigkeit im Regelfall nicht zur Haftung. Die zu verletzende Amtspflicht besteht darin, fehlerfrei zwischen den Parteien zu vermitteln. Paraphrasiert könnte man sagen, dass sich jemand, der anderen hilft, einen Ausgleich zu finden, nicht irren kann. Da der Mediator, anders als der einen Prozessvergleich vorschlagende und protokollierende Richter, weder zur rechtlichen Belehrung oder Beratung der Parteien noch zur Gesetzesauslegung oder gar zutreffenden Rechtsanwendung berufen ist, solche aktive Einflussnahme vielmehr zu vermeiden hat, wird ein Verstoß einer noch nicht einmal festgeschriebenen Rollenbeschreibung der Mediation kaum dargetan werden können¹⁴⁸.

Nicht auszuschließen ist eine Verletzung des öffentlich-rechtlichen Mediationsorganisationsvertrags. Auch hier werden allerdings ähnliche Schwierigkeiten bei der Darlegung einer Pflichtverletzung bestehen. Insgesamt ist den Haftungsregeln keine ernsthafte Schrankenwirkung beizumessen.

V. Schlussbemerkungen

Gerichtliche Mediation gehört zu den lebendigen Bereichen des deutschen Zivilgerichtsverfahrens. Die nicht immer zweifelsfreien rechtlichen Grundlagen haben zu verschiedenen Lösungsansätzen geführt, auf deren Basis zahlreiche Projekte zur gerichtlichen Mediation durchgeführt wurden und werden. Diese rechtspolitisch sinnvollen, aber rechtsdogmatisch nicht bedenkenfreien Provi-

¹⁴⁷ Koch, NJ 2005, 97 (100).

¹⁴⁸ Koch, NJ 2005, 97 (100).

sorien haben sich bislang als durchaus bestandsfest erwiesen¹⁴⁹. Als überzeugende Option verdient es vor allem das bei den niedersächsischen Projektgerichten erprobte Modell richterlicher Mediation, auf eine verlässliche Grundlage gestellt zu werden. Dessen Ausgestaltung als außergerichtliche richterliche Streitbeilegung i.S.d. § 278 V 2, 3 ZPO verspricht die größten Vorteile und ist, wie die praktischen Auswertungen dokumentieren¹⁵⁰, von den Parteien sehr gut angenommen worden. Über den unmittelbaren Bezugsrahmen des Zivilprozessrechts hinaus sollte der Gesetzgeber aber auch speziell die dienst-, berufs- und wettbewerbsrechtlichen Fragen einer Klärung zuführen.

RESÜMEE

Gerichtliche Mediation in Deutschland

MARTIN AHRENS

Behandelt werden die rechtlichen Aspekte der gerichtlichen Mediation bei den deutschen Zivilgerichten. Unter dem Leitsatz „Schlichten ist besser als Richten“ werden in Deutschland verschiedene Modelle diskutiert. In der gerichtlichen Praxis sind zwischenzeitlich zahlreiche Projekte zur gerichtlichen Mediation realisiert worden, obgleich in der deutschen ZPO hierfür keine zweifelsfreie Rechtsgrundlage besteht. Eine verbindliche und eindeutige Vorgabe für die gerichtliche Mediation existiert deswegen nicht. Analysiert werden daher die aktuell möglichen und praktizierten Integrationsformen mediativer Streitbeilegungsmöglichkeiten. Ferner werden die rechtlichen Grenzen dieser Verfahrensgestaltungen dargestellt. Im Ergebnis haben sich die bisherigen rechtlichen Provisorien zur Verankerung mediativer Elemente auf verschiedene Weise als durchaus bestandsfest erwiesen. Besondere Vorteile genießt dabei der Ansatz, welcher im Rahmen eines niedersächsischen Modellprojekts zur richterlichen Mediation gewählt wurde. Dieser wurde als zwar außergerichtliche, dennoch richterliche Streitbeilegung i.S.d. § 278 V 2, 3 ZPO ausgestaltet.

¹⁴⁹ Gegen solche Dauerlösungen Greger, NJW 2007, 3258 (3260).

¹⁵⁰ *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen.

SUMMARY

Court Integrated Mediation in Germany

MARTIN AHRENS

The essay refers to legal aspects of court integrated mediation in Germany's civil-law jurisdiction. In Germany's legal policy a numerous amount of ideas has been discussed under the headline „a settle is better than a judgment”. In jurisdictional practice there has been realized a row of projects referring to court integrated mediation, even though in the German Code of Civil Procedure (ZPO) there doesn't exist an undoubted legal base for that. Until now in Germany many different types of consensual dispute resolutions are being practiced in different stages of the proceeding. That is why the essay analyses the currently possible and practiced different integration forms of mediative dispute resolution possibilities. Furthermore, the different legal limits of mentioned possibilities are being described. Coming to the result that previous legal arrangements for embodying mediative elements all together proved to be persevering, the attempt which was chosen in the scope of the Lower-Saxonian model project about judge-based mediation is finally being preferred. This one was shaped as a not court integrated, but judge-based mediation in the sense of § 278 para. V 2, 3 ZPO.