

Arbeitskreisleiter: **Prof. Dr. Reinhard Greger**, Erlangen-Nürnberg
Stellvertreter: Präsident des Landgerichtes **Dr. Volker Brüggemann**, Paderborn
Referenten: Staatssekretär **Dr. Jürgen Oehlerking**, Hannover
Rechtsanwalt **Christof Wagner**, München
Betreuer des Arbeitskreises: Vors. Richter am OLG **Dr. Wolfgang Gossmann**, Hamm

Thema

Empfiehlst sich eine gesetzliche Regelung der gerichtlichen Mediation ?

I. Einführung

von Prof. Dr. Reinhard Greger

Zur Person

Ordentlicher Professor an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg,

Mitvorstand des Instituts für Anwaltsrecht und Anwaltspraxis

Vor der Berufung an die Universität über 20-jährige Tätigkeit im bayerischen Justizdienst und als Richter am Bundesgerichtshof.

Forschungsschwerpunkte in den Bereichen Justizreform und außergerichtliche Streitbeilegung.

Zahlreiche Publikationen zum Haftungsrecht, zum Prozessrecht (u.a. Mitautor des ZPO-Kommentars von Zöller) und zu alternativen Formen der Konfliktlösung (zuletzt Greger/Stubbe, Schiedsgutachten)

Mehrere Forschungsaufträge des Bundesministeriums der Justiz und des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz zu den Themen außergerichtliche Streitbeilegung, obligatorische Schlichtung, Mediation und Güterichter.

Gerichtliche Mediation, d.h. die Hinführung von Konfliktparteien zu einer konsensualen Konfliktlösung in bereits anhängigen Prozessen durch besonders ausgebildete Richterinnen und Richter, wird in zahlreichen Modellversuchen erprobt. Diese folgen unterschiedlichen Verfahrensmustern:

- Teilweise werden von den Prozessrichtern Mediationstechniken in den Zivilprozess integriert (vor allem im Rahmen der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO),
- teilweise werden Mediations- oder Güterichter als ersuchte Richter i.S.v. § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO eingeschaltet ,
- bei anderen Projekten wird eine Mediationszuständigkeit von Richtern, Kammern oder Senaten begründet, denen bestimmte Verfahren nach einem Ruhens- oder Aussetzungsbeschluss des Prozessgerichts, teilweise auch unmittelbar aufgrund des Geschäftsverteilungsplans, in Analogie zur Regelung über die außergerichtliche Schlichtung (§ 278 Abs. 5 Satz 2, 3 ZPO) übertragen werden.

Von allen Modellversuchen werden gute Ergebnisse berichtet: Hohe Einigungsquoten, zügiger Verfahrensabschluss, große Zufriedenheit mit Ergebnis und Verfahren. Dies gilt ganz besonders auch für umfangreiche und schwierige Bauprozesse.

Es ist an der Zeit, die ausdrücklich als Übergangslösung bezeichnete Phase der Modellversuche abzuschließen und deren positive Ergebnisse allgemein nutzbar zu machen.

Die an § 278 Abs. 2 oder Abs. 5 Satz 1 ZPO anknüpfenden Verfahrensweisen erfordern lediglich Fortbildungs- und organisatorische Maßnahmen; es könnte allenfalls durch gesetzliche Regelungen auf einen stärkeren und einheitlicheren Einsatz und die Klärung der Vertraulichkeitsfrage hingewirkt werden. Dasselbe gilt für die sog. Gerichtsnahe Mediation, bei der die Parteien auf eine externe Schlichtungsinstitution verwiesen werden (§ 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO in unmittelbarer Anwendung).

Die Einrichtung einer besonderen Mediationszuständigkeit von Richtern oder Kollegialspruchkörpern würde dagegen eine gesetzliche Grundlage voraussetzen.

Bei der Entscheidung darüber sind folgende Fragen zu beachten:

Ist es unter den Aspekten des Subsidiaritätsprinzips, der Berufsfreiheit und des freien Wettbewerbs vertretbar, die in privatrechtlicher Form angebotene Dienstleistung der Mediation als Staatsaufgabe zu definieren?

Welche Kautelen, etwa gebühren-, dienst- oder berufsrechtlicher Art, müssten dabei beachtet werden?

Bedarf es, auch im Hinblick auf die künftige EU-Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, besonderer Anforderungen an die Qualifizierung der Richtermediatoren?

Es wird auch zu überlegen sein, ob durch die gesetzliche Einführung einer gerichtlichen Mediation andere Formen der konsensualen Streitbeilegung, insbesondere durch Schlichtungs- und Evaluationsverfahren im vorprozessualen Raum, zurückgedrängt werden könnten und wie dies ggf. zu verhindern wäre (obligatorische Anrufung einer branchenspezifischen Schlichtungsstelle?)

Neuere Aufsatzliteratur:

- Lambert Lör, Einbindung von Mediation in den Zivilprozess, ZKM 2005, 182
- Lambert Lör, Richterliche Mediation, ZZP 2006, 199
- Matthias Kilian, Erprobung der gerichtsnahen Mediation - Erfahrungen mit Pilotprojekten in den Niederlanden, ZKM 2005, 186
- Reinhard Greger, Güterichter - ein Erfolgsmodell, ZRP 2006, 229
- Reinhard Greger, Justiz und Mediation, NJW 2007, 3258
- Reinhard Greger, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240
- Reinhard Greger /Irmgard Gleussner/ Jörn Heinemann, Autonome Konfliktlösung innerhalb und außerhalb des Prozesses, in: Festgabe für Max Vollkommer 2006, S. 291
- Ernst Spangenberg, Mediative Ansätze bei Vergleichsverhandlungen über Unterhalt, ZKM 2006, 119
- Wolf-Dieter Treuer, Vergleichstechniken im Zivilrecht, DRiZ 2006, 151
- Gerhard Hückstädt, Gerichtliche Mediation beim Landgericht Rostock, NJ 2005, 289
- Jörg Risse/ Christof Wagner, Mediation im Wirtschaftsrecht, in: Risse Wirtschaftsmediation 2003
- Christof Wagner, Alternative Konfliktbehandlung im privaten Baurecht, in: Festgabe für Steffen Kraus 2003, S. 367
- Christof Wagner, Mediation im privaten Baurecht. Eine Alternative zum Bauprozess, BauR 2004, 221
- Hans-Georg Monßen, Die gerichtsnahen Mediation, AnwBl 2004, 7
- Hans-Georg Monßen, Anwaltsmediation und Richtermediation - ein ungleicher Wettbewerb, ZKM 2006, 83
- Kati Zenk/ Rainer Strobl/ Andreas Böttger, Sozialwissenschaftliche Aspekte der gerichtsnahen Mediation, ZKM 2006, 43
- Harald Koch, Gerichtliche Mediation - gerichtsverfassungs- und verfahrensrechtliche Rahmenbedingungen, NJ 2005, 97
- Raimund Wimmer/ Ulrich Wimmer, Verfassungsrechtliche Aspekte richterlicher Mediation, NJW 2007, 3243
- Peter Götz von Olenhusen, Gerichtsmediation-Richterliche Konfliktvermittlung im Wandel, ZKM 2004, 104
- Alexander Klose, Rechtliche Hürden auf dem Weg zur gerichtlichen Mediation, ZKM 2005, 146
- Abschlussbericht über den Modellversuch Güterichter des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz; www.jura.uni-erlangen.de/aber/queterichter.htm
- Projektabschlussbericht Gerichtsnahen Mediation in Niedersachsen; www.mediation-in-niedersachsen.de/abschlussbericht.pdf
- Görres-Ohde zum Projekt Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein, SchlHA 2007, 142
- Hückstädt zum Projekt Gerichtliche Mediation in Mecklenburg-Vorpommern, NJ 2005, 289

II. Thesen

1. Thesen von Christof Wagner

Zur Person

Tätigkeit als Rechtsanwalt seit 1994 in der Sozietät Kraus, Sienz & Partner, München. Partner seit 1999. Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht. Abgeschlossenes Studium als Dipl.-Sozialpädagoge. Ausbildung zum Wirtschaftsmediator u.a. bei Ponschab, Duve, Peter Grilli (gwmk). Gelisteter Wirtschaftsmediator EUCON (Europäisches Institut für Konflikt Management e.V.). Mitautor Handbuch Mediation, Beck-Verlag. Vorträge und Seminare in Mediation für Baukonflikte, u.a. Münchener Bauzentrum, Verband der Honorarsachverständigen, Netzwerk Bauanwälte, 2nd International Summer School on Business Mediation, Admont, Deutsche Gesellschaft für Baurecht, 57. Deutscher Anwaltstag usw. Gründungsmitglied und Vorstandsmitglied des Verband der Baumediatoren e.V., Berlin.

These:

Die Mediation soll von ihrem Ansatz her eine Alternative zum staatlichen Gericht darstellen. Sie hat deshalb zumindest in institutionalisierter Form innerhalb der Justiz nichts verloren. Es ist unlogisch und systemwidrig, eine Alternative in einen Rahmen implementieren zu wollen, zu dem sie gerade die Alternative darstellen soll.

Das ist keine "ideologische" oder dogmatische Aussage, sondern eine praktisch begründbare These. Mit der Aussage, dass innergerichtliche Mediation in institutionalisierter Form systemwidrig und unlogisch ist, soll keineswegs eine Abschaffung dessen gefordert werden, was sich unter der Überschrift "Innergerichtliche Mediation" innerhalb der zahlreichen Modellversuche in den letzten Jahren in der Praxis bei den Gerichten entwickelt hat. Im Gegenteil.

Die innergerichtliche Mediation ist keine Mediation im herkömmlichen oder klassischen Sinne, jedenfalls dann nicht, wenn man sie mit dem vergleicht, was in Wissenschaft, Lehre und Praxis unter Mediation verstanden wird.

Um sich dies und die Funktion innergerichtlicher Mediation vor Augen zu führen, muss man sich zunächst der außergerichtlichen Mediation zuwenden und anschließend einen Vergleich mit dem anstellen, was in den Modellversuchen unter der Bezeichnung innergerichtliche Mediation betrieben wird.

Die Mediation tut sich hierzulande immer noch relativ schwer, sich am Markt als echtes alternatives Konfliktbehandlungsverfahren durchzusetzen. Gleichwohl gibt es beachtliche Fortschritte. Die großen Unternehmen setzen zunehmend auf Mediation und andere ADR-Verfahren, weil sie mit Bauprozessen schlimme Erfahrungen gemacht haben. Die (außergerichtliche) Mediation eignet sich besonders gut für komplexe Baurechtsstreitigkeiten. So können insbesondere in der Phase des Brainstorming und in der Phase der Suche nach Optionen die baustellenübergreifenden Interessen, also außerhalb des eigentlichen Konflikts liegende Themen und das Innovationspotenzial der beteiligten Führungskräfte für die Konfliktbewältigung nutzbar gemacht werden.¹ Deshalb ist es umso erstaunlicher, dass die (außergerichtliche) Mediation bei Baukonflikten in Deutschland im Gegensatz zu Österreich noch wenig verbreitet ist.²

Wir haben in den letzten Jahren eine vergleichsweise große Anzahl an Mediatoren, insbesondere Anwaltsmediatoren, aber auch Sachverständigenmediatoren ausgebildet, die sozusagen "Gewehr bei Fuß" stehen, um für außergerichtliche Mediationen in Baukonflikten zur Verfügung zu stehen.³

Es stellt sich also die Frage, ob es unter diesen Bedingungen sinnvoll und zweckmäßig ist, für Baukonflikte die innergerichtliche Mediation als eine Art Parallel-Institution zur immer noch nicht etablierten außergerichtlichen Mediation einzuführen.

¹ vgl. Wagner, Mediation im privaten Baurecht: Eine Alternative zum Bauprozess, BauR 1a, 2004, Seite 221

² In Österreich beschränkt man Mediation schon längst nicht mehr auf Konfliktmediation, sondern man beginnt sich mit Vertragsmediation, baubegleitender Mediation und partnerschaftlichen Bauvertragsmodellen zu beschäftigen, so etwa bei der 2nd International Summer School On Business Mediation 2006

³ Im Rahmen einer kritischen Betrachtung der innergerichtlichen Mediation durch Richter ist das natürlich auch ein berufspolitisches Argument der Anwaltschaft, es schließt aber eine sachliche Betrachtung, ohne zwangsläufig den Geruch von Lobbyismus zu verbreiten, nicht aus.

Dazu muss man in einem zweiten Schritt einen Blick auf die innergerichtliche Mediation bei Baukonflikten werfen.⁴

Zur innergerichtlichen Mediation gelangen die Parteien erst dann, wenn der Streit zuvor beim Streitrichter war und mit der Durchführung einer innergerichtlichen Mediation bei einem anderen Richter, dem Güterichter, allseits Einverständnis besteht.

Was passiert also im Vergleich zur außergerichtlichen Mediation? Während bei der außergerichtlichen Mediation die Parteien anstatt das Gericht anzurufen, sich an einen Mediator wenden und die Konfliktbewältigung autonom in ihrer Hand behalten wollen, haben die Parteien der innergerichtlichen Mediation in der Vergangenheit den Streit bereits an den Streitrichter delegiert und in der Regel bereits Erfahrung mit dem staatlichen (Streit-) Gericht gemacht. In allen Fällen haben sie also bereits mehr oder weniger viel Geld ausgegeben, um einem Dritten – dem Richter – die Entscheidung zu überlassen und in vielen Fällen, so berichten jedenfalls Güterichter wie Streitrichter, sind sie damit nicht weit gekommen. Die betreffenden Richter sprechen teilweise davon, dass mit der innergerichtlichen Mediation langjährig anhängende (wörtlich: "uralte Kamellen") Prozesse beendet werden sollen, oder auch Bauprozesse, die – wie häufig – ganz einfach aufgrund ihrer Komplexität nicht justizierbar sind. Teilweise wird frustriert auch davon gesprochen, dass die Parteien sich mit der innergerichtlichen Mediation als eine Art "Flucht vor dem Streitrichter" bereit erklären.

Was dann bei der innergerichtlichen Mediation passiert, ist keine Mediation, sondern eine "qualifizierte Güterverhandlung", bei einem anderen "neuen" Richter, der nicht umsonst Güterichter und nicht Mediator genannt wird. In der Praxis – so berichten die Beteiligten - nimmt sich der Güterichter, der eine Mediationsausbildung hinter sich gebracht hat, mehr Zeit für die Beteiligten und bekanntermaßen findet die Veranstaltung "Innergerichtliche Mediation" in einer wesentlich entspannteren Atmosphäre statt. Die Anwälte stehen nicht mehr unter dem enormen Druck, wie sonst bei Bauprozessen, in denen es um viel geht. Der Güterichter kann befreit von den Zwängen der ZPO vermitteln. Das ist deshalb noch keine Mediation. Nach den Beobachtungen und Befragungen in der Praxis erklären die Güterichter, dass sie in der innergerichtlichen Mediation "dasselbe" machen, wie in der langjährigen Berufspraxis zuvor in der Güterverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO. Praktiziert wird nicht ein Mediationsverfahren, das die bekannten vier oder fünf Stufen von der Eröffnungsphase bis zum Abschluss eines bindenden Vergleiches durchläuft, sondern eine Güterverhandlung, die unter wesentlich günstigeren und einigungsfördernden Umständen stattfindet, als die dem Streitverfahren vorgeschaltete Güterverhandlung gem. § 278 Abs. 2 ZPO. Das ist die eigentliche Ursache für die Erfolge der innergerichtlichen Mediation und dafür, dass es viele Befürworter gibt. Befragt man Richter und Anwälte, weshalb sie Verfechter der innergerichtlichen Mediation sind, hört man als Argument immer wieder, die innergerichtliche Mediation sei immer noch besser, als das Durchfechten eines komplexen Bauprozesses. Das ist allerdings ein ziemlich schwaches Argument, weil es für die Konfliktparteien praktisch nichts Schlimmeres gibt, als einen komplexen Baurechtsstreit durchfechten zu müssen. Die innergerichtliche Mediation, also ein spezielles Güterverfahren, hat dennoch ihre Berechtigung und ist eine begrüßenswerte Einrichtung.

Sie bewirkt aber anders als die außergerichtliche Mediation keine Entlastung der Justiz, sondern nur eine Verschiebung der Zuständigkeiten innerhalb der Gerichte. Es wäre ein fataler Fehler, die innergerichtliche Mediation quasi als Konkurrenzprodukt zur außergerichtlichen Mediation etablieren zu wollen mit der Folge, dass die "echte" Alternative zum Bauprozess sich noch schwerer tut. Ich qualifiziere daher die "innergerichtliche Mediation" nicht als Mediation, sondern als eine durchaus begrüßenswerte zusätzliche "Dienstleistung" der Justiz, die gekennzeichnet ist von einem Wechsel der Zuständigkeiten⁵. Es ist eine Art spezielle Güterverhandlung vor einem vom Streitrichter personenverschiedenen Güterichter.

Die innergerichtliche Mediation kann keine ernsthafte Konkurrenz zu einer professionellen außergerichtlichen Mediation von Baukonflikten darstellen und sie darf auch nicht so verstanden werden. Sie darf auch nicht die Möglichkeit verdrängen, dass der Streitrichter etwa zu Beginn der obligatorischen Güterverhandlung gemäß § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO auf die außergerichtliche Mediation verweist.

Die innergerichtliche Mediation kann eingesetzt werden, um bereits bei Gericht anhängige, oft hoffnungslos verfahrenre Bauprozesse zu beenden.

Die innergerichtliche Mediation als separates Güterverfahren verhindert im Gegensatz zur "echten" außergerichtlichen Mediation nicht die bei Gericht anfallenden Kosten.

⁴ Ich tue das nicht anhand von statistischen Erhebungen oder ähnlichem, sondern anhand von zahlreichen Gesprächen, die ich mit Richtern, Anwaltskollegen und Sachverständigen-Mediatoren geführt habe. Es handelt sich also um eine Beobachtung vom Standpunkt des "Streitanwalts", des Anwalt-Mediators und des Anwalts als Parteivertreter in Mediationsverfahren.

⁵ vom Streitrichter zum Güterichter

2. Thesen von Dr. Jürgen Oehlerking

Zur Person

1979 – 1983 Richter am Verwaltungsgericht Hannover

1983 – 1985 Wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Gesetzgebungs- und Beratungsdienst des Niedersächsischen Landtages

1985 – 1986 Leiter des Referats "Öffentliches Recht" im Niedersächsischen Ministerium der Justiz

1986 – 1989 Leiter des Referats "Medienrecht, Medienpolitik" in der Niedersächsischen Staatskanzlei

1989 – 1991 Leiter der Verwaltungsabteilung des Niedersächsischen Landtages

1991 – 1996 Leiter der Abteilung "Gesetzgebung, Ressortkoordinierung" in der Staatskanzlei des Landes Sachsen-Anhalt

1996 – 2003 Leiter der Abteilung "Gesetzgebung" im Ministerium der Justiz des Landes Sachsen-Anhalt
Seit 04.03.2003 Staatssekretär im Niedersächsischen Justizministerium

Thesen

1. Kontext zum EU-Recht

Bei der Umsetzung der Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen wird der nationale Gesetzgeber nicht bei einer eng begrenzten Regelung grenzüberschreitender Mediationen stehen bleiben können und wollen.

2. Kontext zur außergerichtlichen Mediation

Die Gerichtsmediation ist im Zusammenhang mit der Mediation im Allgemeinen zu sehen. Die außergerichtliche Mediation als leistungsfähiges und innovatives Instrument der alternativen Streitbeilegung bedarf der Unterstützung und Etablierung. Der Gesetzgeber kann hierzu durch Schaffung der erforderlichen Rahmenbedingungen und durch Anreize beitragen.

3. Rahmenbedingungen der Mediation

Die staatliche Anerkennung von Mediatorinnen und Mediatoren sichert Qualitätsstandards und kann das Image der Mediation fördern.

Basispflichten von Mediatorinnen und Mediatoren etwa zur Verschwiegenheit, Unabhängigkeit, Unbefangenheit, Dokumentation und Haftpflicht können in diesem Rahmen etabliert werden.

Zeugnisverweigerungsrecht und Beweisverwertungsverbot können die Mediation flankieren.

4. Anreize für außergerichtliche Mediation

Ein Zwang zur vorgerichtlichen Mediation ist fragwürdig. Vorzuziehen sind Anreize wie etwa die Anrechnung von Kosten gescheiterter vorgerichtlicher Mediation auf spätere Gerichtskosten.

5. Implementierung der Gerichtsmediation - Regelungsziele

Durch eine Implementierung in die Verfahrensordnungen kann erreicht werden:

- bruchlose Integration der Mediation als eine Möglichkeit zur gütlichen Einigung
- Beseitigung verfassungs-, wettbewerbs- und dienstrechtlicher Bedenken
- Beseitigung von Zweifeln zur Einordnung als Aufgabe der Rechtsprechung

6. Implementierung der Gerichtsmediation – Rahmenbedingungen

Bei der Implementierung in die Verfahrensordnungen sollte beachtet werden:

- Inkompatibilität zwischen Spruchrichter- und Mediatorentätigkeit
- kein Zwang zur Mediation
- keine Verantwortung der Mediatorin / des Mediators für den Sach- und Streitstand

7. Mediation als Pflichtaufgabe des Gerichts?

Das die Mediation allgemein beherrschende Prinzip der Freiwilligkeit könnte gegen die Einbeziehung auch solcher Gerichte sprechen, die organisatorische oder kapazitätsprobleme sehen, grundsätzlich skeptisch sind oder aber über geeignete Richterinnen und Richter nicht verfügen.

8. Weiterer Regelungsbedarf zur gerichtsnahen Mediation

Beteiligung anwaltlicher Vertreter – Zuständigkeit für Entscheidungen zum Gegenstandswert, zur Prozesskostenhilfe und bei Erledigung