

Schlichtung, Mediation und Zivilprozess

Dieter LEIPOLD *

I. Einführung

Japan ist aus deutscher Sicht das gelobte Land der Schlichtung.¹⁾ Mit der Situation im eigenen Land ist man in Deutschland dagegen weniger zufrieden. Immer wieder werden Anläufe unternommen, die gütliche Beilegung von Streitigkeiten zu fördern. Es geht dabei sowohl um die außergerichtliche Konfliktlösung als auch um die einvernehmliche Beilegung eines Streits im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens. In neuerer Zeit hat sich dabei der Begriff der Mediation in den Vordergrund geschoben. Über die neueren Reformversuche in Deutschland will ich im Folgenden berichten.

Die Gründe, aus denen man in Deutschland seit langem die einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten fördern will, sind leicht zu umreißen. Im Vordergrund steht das Bemühen, die Gerichte zu entlasten. Die Zahl der Gerichtsverfahren, die jedes Jahr anhängig gemacht werden, wird als zu hoch angesehen. Auch die Quote dieser Verfahren, die erst durch ein streitiges richterliches Urteil beendet werden, erscheint vielen zu hoch. Daneben wird auch auf die Vorzüge einer gütlichen Einigung für die Parteien hingewiesen. Es geht, so eine auch vom Gesetzgeber²⁾ verwendete Formulierung, geradezu um eine Verbesserung der Streitkultur. Auch berufliche Interessen spielen eine gewisse Rolle. So hat sich mit den freiberuflich tätigen Mediatoren in den letzten Jahren ein neues Berufsbild etabliert, das nach hinreichender Beschäftigung strebt.

* Professor. Dr. Dres.h.c. Dieter Leipold, University of Freiburg in Germany.

- 1) Es ist geradezu üblich, bei Bemühungen um eine Förderung der Schlichtung oder Mediation nicht zuletzt auf Japan hinzuweisen. So heißt es z.B. in der Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung, Bundestagsdrucksache 17/5335, S. 10: „Nicht nur in Japan, China und weiten Teilen Afrikas spielt der Vermittlungsgedanke seit jeher eine wesentliche Rolle bei der Beilegung von Konflikten.“
- 2) Begründung zum Mediationsgesetz (Fn. 1), S. 11: „Ziel des Entwurfs ist es, die außergerichtliche Konfliktbeilegung und insbesondere die Mediation im Bewusstsein der Bevölkerung und der in der Rechtspflege tätigen Berufsgruppen stärker zu verankern. Um die Streitkultur in Deutschland nachhaltig zu verbessern, stärkt der Entwurf dabei insbesondere die außergerichtliche Mediation.“

II. Obligatorische Schlichtung

1. Rechtsgrundlage

Seit langem gibt es eine Reihe von außergerichtlichen Schlichtungs- und Gütestellen, an die sich der Bürger wenden kann, bevor er den Weg der Klage beschreitet. Wenn die freiwillige Nutzung solcher Angebote zu wünschen übrig lässt, liegt es aus der Sicht mancher Justizpolitiker nahe, die Bürger gewissermaßen zu ihrem Glück zu zwingen und die Anrufung einer Gütestelle zur Pflicht zu machen, bevor man sich – bei Scheitern des Güteversuchs – an die staatlichen Gerichte wenden kann. Diesen Weg der obligatorischen Schlichtung hat der deutsche Gesetzgeber auf einem freilich begrenzten Anwendungsfeld zuletzt im Jahre 1999 beschritten. Durch den nahe liegenden Hinweis, dass ein dem Prozess vorgeschaltetes obligatorisches Güteverfahren schon in der Vergangenheit eingeführt und dann mangels hinreichenden Erfolgs wieder abgeschafft worden war, ließen sich diese Pläne nicht stoppen. Allerdings verzichtete man darauf, eine bundeseinheitliche Regelung zu schaffen. Statt dessen gibt es seit 1999 in Gestalt des § 15a EGZPO eine so genannte Öffnungsklausel, die es den Bundesländern erlaubt, auf bestimmten Sachgebieten ein obligatorisches Güteverfahren einzuführen. Damit sollte auch auf die unterschiedliche Situation in den Bundesländern Rücksicht genommen werden, in denen es zum Teil schon seit längerer Zeit von der Landesjustizverwaltung eingerichtete oder anerkannte Gütestellen gab. Daher wurde die Bestimmung der zuständigen Gütestellen dem Landesrecht überlassen.

§ 15a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 EGZPO lässt die Einführung eines vorgeschalteten obligatorischen Schlichtungsverfahrens für folgende Gegenstände zu:

- vermögensrechtliche Streitigkeiten vor dem Amtsgericht, deren Wert 750 € nicht überschreitet;
- nachbarrechtliche Streitigkeiten;
- Streitigkeiten wegen Verletzung der persönlichen Ehre, soweit diese nicht in Presse oder Rundfunk begangen wurde
- Streitigkeiten wegen unzulässiger Diskriminierung im Zivilrechtsverkehr nach Maßgabe des Abschnitts 3 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes.

2. Schlichtungsgesetze der Bundesländer

Eine Reihe von Bundesländern machten in der Folgezeit von der Öffnungsklausel Gebrauch. Dabei wurden die Gütestellen unterschiedlich bestimmt. So sind nach dem Bayerischen Schlichtungsgesetz alle Notare kraft Gesetzes Gütestellen, ferner alle

Rechtsanwälte, die sich dazu bereit erklärt haben. In Baden-Württemberg wurde bei jedem Amtsgericht eine Gütestelle eingerichtet. Zu Schlichtungspersonen werden dabei alle hierzu bereiten Rechtsanwälte bestimmt. In Nordrhein-Westfalen sind u.a. die bereits bestehenden Schiedsämter als Gütestellen berufen.

3. Geringer Erfolg

Was den sachlichen Anwendungsbereich der obligatorischen Schlichtung angeht, schöpften die Landesgesetze zunächst in vollem Umfang den vorgegebenen Rahmen aus. Aber schon nach wenigen Jahren zeigte sich, dass die obligatorische Schlichtung für vermögensrechtliche Streitigkeiten bis maximal 750 € in der Praxis keinen Anklang fand. Das Bundesrecht eröffnete den Rechtssuchenden für diese Streitigkeiten eine Wahlmöglichkeit, denn nach § 15a EGZPO Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 EGZPO entfällt der obligatorische Schlichtungsversuch, wenn der Anspruch zunächst im gerichtlichen Mahnverfahren geltend gemacht wurde. Diesen Weg schlugen die meisten Gläubiger der geringwertigen vermögensrechtlichen Ansprüche ein, um Verzögerungen und zusätzliche Kosten durch das obligatorische Schlichtungsverfahren zu vermeiden. Aufgrund dieser Entwicklung wurde in den meisten Bundesländern die obligatorische Schlichtung für geringwertige vermögensrechtliche Streitigkeiten wieder aufgehoben.

Damit blieb für das obligatorische Schlichtungsverfahren nur ein schmaler Anwendungsbereich. Eine für das Land Bayern durchgeführte Evaluierung³⁾ ergab, dass der Beitrag, den die obligatorische Schlichtung zur Entlastung der Zivilgerichte leistet, verschwindend gering ist. Zwar gab es ein Angebot von 1683 anerkannten Gütestellen, davon 500 Notaren, aber viele von ihnen wurden überhaupt nicht in Anspruch genommen oder hatten pro Jahr ein oder zwei Verfahren durchzuführen.⁴⁾ So nimmt es nicht wunder, dass sich 49 % der befragten Rechtsanwälte und 35 % der befragten Notare geradezu für eine Abschaffung der obligatorischen Schlichtung aussprachen.⁵⁾ Als vorteilhaft wurde sie am ehesten für den Bereich der nachbarrechtlichen Streitigkeiten angesehen. Sehr negativ fiel eine empirische Untersuchung für den OLG-Bezirk Köln aus, die keinen nennenswerten Entlastungseffekt feststellen konnte und auf den mit der obligatorischen Schlichtung verbundenen Zeit- und Kostenaufwand hinwies.⁶⁾

Insgesamt hat die obligatorische Schlichtung in dem durch § 15a EGZPO gestatteten Rahmen weder zu einer ins Gewicht fallenden Entlastung der Gerichte noch zu einer

3) Greger, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern“, Mai 2004; abrufbar unter <http://www.reinhard-greger.de/aber/abschlussbericht>.

4) Greger (Fn. 3), S. 70 f.

5) Greger (Fn. 3), S. 70.

6) Lauer, Erfahrungen mit der außergerichtlichen Streitbeilegung in Ausführung des § 15a EGZPO, NJW 2004, 1280.

erkennbaren Veränderung der Streitkultur geführt.

III. Güteverhandlung

1. Zielsetzung

Die obligatorische Schlichtung zielte darauf ab, schon die Anrufung der Gerichte durch Erhebung einer Klage im möglichst vielen Fällen zu vermeiden. Wenig später folgte im Jahre 2001 als zweiter Schritt die Einführung einer Güteverhandlung vor Gericht.⁷⁾ Dadurch sollten, wenn es schon zur Klageerhebung gekommen war, möglichst viele Streitigkeiten wenigstens gleich zu Beginn des Verfahrens durch eine gütliche Einigung der Parteien beendet werden.

Die Gründe, die der Gesetzgeber für die Einführung der Güteverhandlung nannte, decken sich mit den für die vorgerichtliche obligatorische Schlichtung maßgebenden Erwägungen. Wiederum steht die Entlastung der Gerichte im Vordergrund, wie sich aus dem Hinweis auf die unverändert hohe Belastung der Zivilgerichtsbarkeit ergibt.⁸⁾ Die gütliche Einigung der Parteien in einem möglichst frühen Prozessstadium stellt aber nach Ansicht des Gesetzgebers nicht nur die effizienteste, sondern auch die bürgerfreundlichste Erledigung des Rechtsstreits dar. Die „Streitschlichtungskultur“ wird als unzureichend bezeichnet, was mit dem Hinweis auf die nach Ansicht des Gesetzgebers zu niedrigen Vergleichsquoten in erster Instanz begründet wird.⁹⁾

Mit der Einführung der Güteverhandlung im Zivilprozess folgte der Gesetzgeber dem Vorbild des Güteverfahrens im arbeitsgerichtlichen Verfahren (§ 54 ArbGG), der sich bewährt habe und zur hohen Vergleichsquote vor den Arbeitsgerichten beitrage.¹⁰⁾ Nebenbei wurde zwar erwähnt, dass es sich im arbeitsgerichtlichen Prozess um andere Verfahrensgegenstände handelt als im Zivilprozess. Vor den Arbeitsgerichten geht es vor allem um Kündigungsschutzklagen, mit denen sich Arbeitnehmer gegen die Kündigung durch den Arbeitgeber zur Wehr setzen. Ein erheblicher Teil davon wird schon in der Güteverhandlung erledigt, meist durch eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung durch den Arbeitgeber. Obwohl es vor den Zivilgerichten kein vergleichbares Massenphänomen gibt, erwartete der Gesetzgeber von der Güteverhandlung auch für den Zivilprozess positive Auswirkungen auf die Vergleichsquote.

2. Inhalt

7) Zivilprozessreformgesetz vom 27. Juli 2001, BGBl. I S. 1887.

8) Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Zivilprozessrechts, Bundestagsdrucksache 14/4722, S. 62.

9) Begründung (Fn. 8), S. 58 f.

10) Begründung (Fn. 8), S. 62.

Nach § 278 Abs. 2 ZPO ist in erster Instanz (vor den Amtsgerichten wie vor den Landgerichten) vor der mündlichen Verhandlung regelmäßig eine Güteverhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits durchzuführen. Allerdings gilt dies nicht, wenn bereits ein vergeblicher Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden hat oder die Güteverhandlung erkennbar aussichtslos erscheint. Besonderen Wert legt das Gesetz auf das persönliche Erscheinen der Parteien, die zur Güteverhandlung geladen und dann auch persönlich gehört werden sollen (§ 278 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 ZPO). Vor den Landgerichten gilt allerdings auch für die Güteverhandlung der Anwaltszwang, so dass das persönliche Erscheinen der Parteien alleine nicht genügt. Die Güteverhandlung findet im allgemeinen vor dem erkennenden Gericht statt. Das Gericht konnte aber schon nach § 278 Abs. 5 ZPO damaliger Fassung anordnen, dass die Güteverhandlung vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfindet, oder den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Auf die Weiterentwicklung dieser Regelung unter den Stichworten außergerichtliche oder gerichtsinterne Mediation ist später einzugehen.

Das Gericht soll in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien „unter freier Würdigung aller Umstände“ erörtern. Der Richter erhält dadurch in einem angeblich weiterhin von der Verhandlungsmaxime geprägten Verfahren eine bemerkenswert freie Stellung. Ohne Beweiserhebungen durchführen zu müssen, kann er bereits zu Beginn des Verfahrens seine Einschätzung der Tatsachenlage und der rechtlichen Würdigung abgeben und daran sogleich Vorschläge für eine gütliche Einigung knüpfen. Das traditionelle Bild des Zivilprozesses sah anders aus. Es war, wie § 128 Abs. 1 ZPO noch heute formuliert, Sache der Parteien, über den Rechtsstreit vor dem erkennenden Gericht mündlich zu verhandeln, also zunächst einmal ihren Standpunkt zu den tatsächlichen und rechtlichen Streitfragen dazulegen. Die heutige Güteverhandlung gibt dem Richter eine sehr große Freiheit und gestattet ihm durchaus, durch Hinweis auf die jeweiligen Risiken in den Beweisfragen und in der rechtlichen Beurteilung die Parteien gleich zu Beginn des Prozesses zu einer gütlichen Einigung zu bewegen, wenn nicht gar zu drängen.

Haben die Einigungsbemühungen Erfolg, so wird der Rechtsstreit zumeist durch einen Prozessvergleich beendet. Bleiben die Parteien dagegen unversöhnt, so soll sich im Regelfall die erste mündliche Verhandlung an die gescheiterte Güteverhandlung anschließen, § 279 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

3. Zweifelhafte Bewährung

Dass sich die Hoffnung auf eine wesentliche Verbesserung der Streitkultur durch Einführung der Güteverhandlung nicht erfüllt hat, kann man schon daran erkennen, dass schon wenige Jahre nach der Neuregelung weitere Versuche der Justizpolitiker einsetzten, die gütliche Konfliktlösung zu unterstützen. Förderung der Mediation, sei es in außergerichtlicher

oder gerichtsinthener Form, lautete nun das Stichwort. Welches Ausmaß der Erfolg oder Misserfolg der zivilprozessualen Güteverhandlung hat, wurde unterschiedlich beurteilt. Verständlicher Weise neigte die (damalige) Regierungsseite zu einer positiveren Einschätzung als die Opposition. In einem Gesetzentwurf der damaligen Oppositionsparteien CDU und CSU¹¹⁾ wurde schon 2003 unter Hinweis auf praktische Erfahrungen die völlige Streichung der obligatorischen Güteverhandlung im Zivilprozess gefordert. In der Begründung zu diesem Entwurf¹²⁾ wird die Güteverhandlung als besonders missglückt bezeichnet; die Gerichte sprächen davon, dass diese Regelung für alle Beteiligten nur Nachteile gebracht habe. Die Vergleichsquote sei nicht gesteigert worden; den Parteien, die persönlich erscheinen müssten, entstünden nur Reisekosten oder Arbeitszeitausfall, ohne dass sie in dem erwarteten Umfang zu Wort kämen. Im Bundestag fand dieser Gesetzentwurf der Opposition jedoch keine Mehrheit.

Natürlich hängt es stark von der praktischen Handhabung durch den Richter ab, ob die Güteverhandlung sich als nützlich oder gar als schädlich, weil unnötig zeit- und kostenträchtig, erweist. Der Richter hat es aber nach dem Gesetz in der Hand, von der Güteverhandlung abzusehen, weil sie erkennbar aussichtslos erscheint. Andererseits wird der Richter im allgemeinen nicht vorschnell auf die Chance verzichten wollen, eine frühe gütliche Streitbeendigung zu erzielen. In einer im Jahr 2006 veröffentlichten Evaluation wird von unterschiedlichen praktischen Erfahrungen berichtet.¹³⁾ Bei einer im Rahmen dieser rechtstatsächlichen Untersuchung durchgeführten Befragung¹⁴⁾ äußerten 66 % der Richter an Amtsgerichten und 80 % der Richter an Landgerichten die Ansicht, die Wahrscheinlichkeit einer gütlichen Einigung sei durch die Einführung der obligatorischen Güteverhandlung nicht gesteigert worden. 76 % der befragten Rechtsanwälte stimmten mit dieser Einschätzung überein.¹⁵⁾ Auch wenn die Güteverhandlung in einem Teil der Fälle Vorteile bieten mag, der erhoffte große Befreiungsschlag zur Förderung der gütlichen Streitbeilegung ist sie jedenfalls nicht geworden.

IV. Die Mediation als neuer Hoffnungsträger

1. Die früher verwendeten Begriffe

Das Bemühen um eine einvernehmliche Lösung zivilrechtlicher Streitigkeiten ist in der deutschen Rechtssprache traditioneller Weise vor allem mit zwei Begriffen verbunden.

11) Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Beschleunigung von Verfahren der Justiz, Bundestagsdrucksache 15/999 (vom 20.5.2003).

12) Bundestagsdrucksache 15/999, S. 11, 16.

13) *Hommerich/Prütting/Ebers/Lang/Traut*, Rechtstatsächliche Untersuchungen zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis (2006), S. 57 ff.

14) AaO (Fn. 13), S. 76.

15) AaO (Fn. 13), S. 77.

Zum einen spricht man seit langem von der wünschenswerten „gütlichen Beilegung“ von Konflikten. Im unmittelbaren sprachlichen Zusammenhang damit stehen die Begriffe Gütegedanke, Güteverhandlung, Gütestellen und – neustens - Güterichter. Der zweite herkömmliche Begriff, der auf diesem Gebiet verwendet wird, ist derjenige der Schlichtung oder auch der Streitschlichtung. Während der Gütebegriff den Blick vor allem auf den Inhalt der erstrebten Einigung der Streitenden lenkt, steht beim Begriff der Schlichtung die vermittelnde Tätigkeit einer Person – des Schlichters – oder einer Stelle – der Schlichtungsstelle – im Vordergrund. Als sich in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts Politiker und Wissenschaftler verstärkt um eine Förderung der einvernehmlichen Beilegung von Streitigkeiten bemühten, wurde die Formel „Schlichten ist besser als Richten“ zu einem viel verwendeten Schlagwort.

Schon damals erfuhr das in der deutschen Reformdiskussion verwendete Vokabular eine Erweiterung, die auf eine nähere Beschäftigung mit der Entwicklung in den USA zurückging. Dort hatte sich für die neben dem herkömmlichen Zivilprozess stehenden Formen der Konfliktbeilegung der Ausdruck „Alternative Dispute Resolution“ herausgebildet, der – vor allem in der Abkürzung „ADR“ – auch in die in Deutschland übliche Terminologie Eingang fand. So wurde es auch geläufig, nach „Alternativen zur Ziviljustiz“ Ausschau zu halten.

2. Die Entdeckung der Mediation

Erst in den letzten Jahren kann man von einem Siegeszug der Mediation in Deutschland sprechen – jedenfalls was die allgemeine Verwendung dieses Begriffs in der justizpolitischen Diskussion und schließlich auch in des Gesetzestexten angeht. In der Literatur findet man den Begriff etwa ab dem Ende der 80er Jahre des 20. Jahrhunderts. Der Bundesverband Mediation, einer der Verbände, die sich die Förderung der Mediation und der Ausbildung zum Mediator zum Ziel gesetzt haben, wurde, wie auf seiner Website mitgeteilt wird, 1992 „gleich zu Beginn der Ausbreitung von Mediation als Bewegung“ gegründet.

Seinen Ursprung hat auch dieser Begriff im US-amerikanischen Rechtsleben. Dies wird u.a. in frühen Zeitschriftenbeiträgen deutlich. In einem kurzen Beitrag des Jahres 1989¹⁶⁾ wird z.B. über Seminare zur Mediation in Familiensachen berichtet, die in der Bundesrepublik von amerikanischen Experten durchgeführt wurden. In einer längeren, im selben Jahr veröffentlichten Abhandlung¹⁷⁾ wird das amerikanische Modell der „Divorce Mediation“ vorgestellt und auch für das deutsche Recht die Einführung einer vergleichbaren Scheidungsfolgenvermittlung empfohlen. Auch in Österreich entwickelt sich ab 1994 die zuvor

16) *Mähler*, Mediation – Seminare in der Bundesrepublik, FamRZ 1989, 935.

17) *Proksch*, Scheidungsfolgenvermittlung (Divorce Mediation) – ein Instrument integrierter familiengerichtlicher Hilfe, FamRZ 1989, 916.

praktisch unbekannte Mediation in Gestalt von Modellprojekten zur Familienmediation.¹⁸⁾

In frühen Beiträgen wird „mediation“ mit „Vermittlung“¹⁹⁾ oder „Schlichtung“²⁰⁾ übersetzt bzw. gleichgesetzt, aber relativ schnell setzt sich dann der Begriff „Mediation“ auch im deutschen Sprachgebrauch durch. Bereits im Jahr 1995 erscheint die Habilitationsschrift von *Stephan Breidenbach* zum Thema „Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt“, die auf einer Analyse der Entwicklung in den USA (unter dem Stichwort „ADR“) aufbaut und zu rechtspolitischen Folgerungen für die Einrichtung von Mediation in Deutschland gelangt. Dabei geht der Verfasser vor allem auf die Mediation in Scheidungskonflikten näher ein, sieht aber auch sonst Raum für „mediative Elemente im Zivilprozess“.

3. Der schillernde Begriff der Mediation

Von Anfang an spielt der Einsatz der Mediation als Weg zur einvernehmlichen Bewältigung *familiärer Konflikte* eine besondere Rolle. Vor allem bei Streitigkeiten über die elterliche Sorge nach Scheidung einer Ehe und über die konkrete Ausgestaltung des Rechts zum Umgang mit dem Kind gerät das Recht an seine Grenzen, geht es doch um sehr persönliche, ja existentielle Bereiche, bei denen einerseits alles nach einer einvernehmlichen Regelung drängt, andererseits aber gerade eine solche Einigung oft durch die zerrütteten menschlichen Beziehungen zwischen den früheren Ehegatten unmöglich gemacht wird. In solchen Anwendungsbereichen ist es auch verständlich, dass als neutraler Dritter, der die Mediation zu leiten hat, keineswegs nur Juristen in Betracht kommen, sondern etwa eine Ausbildung als Psychologe von größerem Nutzen sein kann. Auch eine bestimmte Beschreibung des Inhalts der Mediation gewinnt hier unmittelbare Plausibilität. Der Mediator soll die streitenden Parteien ins Gespräch bringen, damit sie ihre Gefühle, Verletzungen, Interessen offen artikulieren und sich Schritt für Schritt einer einvernehmlichen und auch für die Zukunft Haltbarkeit versprechenden Regelung ihres allgemeinen Verhältnisses und dann auch des konkreten Problems, etwa der Umgangsberechtigung, nähern können. Die Parteien sollen diese Lösung selbst erarbeiten – es ist nicht Sache des Mediators, ihnen etwa einen Einigungsvorschlag zu unterbreiten. Erfolgreiche Mediation ist vor allem von der Art und Weise der Gesprächsführung durch den Mediator abhängig. So führt eine direkte Verbindungslinie zu einem Verständnis der Mediation als einer besonderen Methode, für die denn auch bestimmte Modelle entwickelt wurden, und zur Forderung nach einer besonderen Schulung zum Mediator,

18) *Bajons*, Mediation: Der Weg von einem österreichischen Pilotprojekt bis zur EU-Mediationsrichtlinie, in: Festschrift für *Leipold* (2009), S. 499 ff.

19) So *Mähler* und *Proksch*, aaO.

20) So *Krapp* ZRP 1994, 115, dort Fn. 7.

Auf der anderen Seite wird schon bei einem Blick auf die frühe Literatur rasch erkennbar, dass der Begriff der Mediation nicht generell auf die Behebung persönlich-existentieller Konflikte begrenzt bleibt. Damit wird auch zweifelhaft, inwieweit die Ausblendung der rechtlichen Bewertung des Konflikts und die damit verbundene Beschränkung des Mediators auf eine Rolle als (besonders geschulter) Gesprächsleiter als allgemeines Merkmal der Mediation verstanden werden kann. Auch insoweit ist frühzeitig der Einfluss der US-amerikanischen Entwicklung zu berücksichtigen. Beachtung fand z.B. eine dort entwickelte „Mediation“ zur raschen Bewältigung von Klagen mit niedrigem Streitwert. Eine solche „Small Claim Mediation“ weist aber mit den familienrechtlichen Anwendungsfällen einer Mediation kaum inhaltliche Gemeinsamkeiten auf. Es geht regelmäßig nicht um persönlich-existentielle Konflikte, auch nicht um das Streben nach einer über den unmittelbaren Streit Anlass hinausgehenden umfassenden und dauerhaften Konfliktlösung. Mediation ist hier kaum etwas anderes als die (in Deutschland) herkömmliche „Schlichtung“, bei der die Parteien im Rahmen des Rechts und oft auch aufgrund entsprechender Vorschläge des Schlichters zu einer raschen vergleichswisen Einigung kommen, statt den gerade bei einem niedrigen Streitwert unverhältnismäßig zeit- und kostenträchtigen Weg eines Klageverfahrens zu beschreiten.

Man steht also, was das Verständnis des Begriffs Mediation angeht, vor einem Dilemma. Man kann ihm einen Inhalt zuschreiben, der – an die familienrechtliche Mediation anknüpfend – die Distanz von einer rechtlichen Beurteilung, die Ausweitung des Gegenstands über einen konkreten Anspruch hinaus auf den allgemeinen persönlichen Konflikt, und die Beschränkung der Rolle des Mediators auf die Anleitung zur Gesprächsführung zum prägenden Inhalt der Mediation macht. Man kann aber den Begriff der Mediation auch sehr weit fassen, so dass er jegliche Einigungsbemühungen unter Einschaltung eines neutralen Dritten umfasst, zu dessen Aufgaben es aber durchaus gehören kann, die Parteien über die Rechtslage, insbesondere über Chancen und Risiken des jeweils eingenommenen Standpunkts im Falle einer streitigen Entscheidung, zu informieren und auch Einigungsvorschläge zu machen. Legt man einen solchen weit gefassten Mediationsbegriff zugrunde, so verschwimmt allerdings die Unterscheidung zu herkömmlichen Güte- oder Schlichtungsverfahren und prägende Besonderheiten der Mediation sind dann nicht mehr so recht erkennbar. Gleichwohl wird in der Literatur²¹⁾ meist ein eher allgemein formulierter Begriff der Mediation zugrunde

21) S. z.B. Breidenbach, Mediation. Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt (1996), S. 4: „Mediation ist die Einschaltung eines (meist) neutralen und unparteiischen Dritten im Konflikt, der die Parteien bei ihren Verhandlungs- und Lösungsversuchen unterstützt, jedoch über keine eigene (Konflikt-)Entscheidungskompetenz verfügt.“; von Bagen, Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt (2008), S. 15: „Bei der Mediation handelt es sich im Grundsatz um ein Verhandlungsverfahren zwischen zwei oder mehr Parteien, die einen individuellen Konflikt lösen wollen und zu diesem Zweck einen externen, neutralen (im Sinn von „allparteilichen“) Dritten zu ihrer Unterstützung heranziehen.“

gelegt und zugleich betont, es sei schwierig, weitere spezifische Merkmale zu identifizieren, die für alle Mediationsverfahren gültig seien.²²⁾

Diese schillernde Bedeutung des Begriffs „Mediation“ muss man bei der Betrachtung der in Deutschland durchgeführten Modellprojekte einer gerichtsnahen bzw. gerichtsinernen Mediation ebenso im Auge haben wie bei einer Würdigung der europäischen und nationalen gesetzlichen Regelung der Mediation.

V. Entstehung der gerichtsinernen Mediation

1. Ursprung

Etwa zehn Jahre nach ihrem Beginn griff die „Mediationsbewegung“ auf die Gerichte über. Das ist insofern ein erstaunlicher Vorgang, als die Mediation zunächst gerade als Alternative zum gerichtlichen Verfahren entwickelt und propagiert worden war. Auf den Gedanken, Mediation auch innerhalb der Gerichte auszuprobieren, kamen wohl einzelne Richter, die sich mit der Mediation als besonderer Verhandlungstechnik näher befasst hatten und von deren Vorzügen überzeugt waren.²³⁾ Man darf davon ausgehen, dass sich die „Mediation“ mittlerweile bereits einen gewissen Nimbus erworben hatte. Dafür mögen – es ist nicht genau auszumachen – gute praktische Erfahrungen mit der außergerichtlichen Mediation ebenso eine Rolle gespielt haben wie eine recht intensive Werbung für die Ausbildung zum Mediator.

In zahlreichen Bundesländern griffen die Justizverwaltungen den Gedanken der gerichtsinernen Mediation bereitwillig auf. Das ist nicht verwunderlich, da von einem Erfolg neuartiger Vermittlungsverfahren eine beschleunigte Beendigung von Prozessen und eine Entlastung der Justiz zu erhoffen war. So fügten sich die Versuche der Einführung der gerichtsinernen Mediation nahtlos in die vorhergehenden Bemühungen ein, durch außergerichtliche Schlichtung und durch Güteverhandlung den Anteil der gütlich beigelegten Streitigkeiten zu erhöhen.

2. Modellprojekte

Die Erprobung der gerichtsinernen Mediation geschah in Gestalt von Modellprojekten.²⁴⁾ Nicht nur vor den Zivilgerichten, sondern auch vor Arbeitsgerichten, Verwaltungsgerichten und Sozialgerichten wurden in eine Reihe von Bundesländern solche Modellprojekte gestartet.

22) *Von Barga* (Fn. 21), S. 16.

23) Vgl. *von Barga* (Fn. 21), S. 82 zur im Jahre 2000 beginnenden Initiative eines Vorsitzenden Richters am VG Berlin, der sich die Technik der Mediation selbst angeeignet hatte.

24) Ausführliche Darstellung bei *von Barga* (Fn. 21), S. 70 ff.; zu ausländischen Modellprojekten aaO S. 115 ff.

Die Ausgestaltung war in den einzelnen Bundesländern, die sich hier engagierten, im Detail unterschiedlich. Als Besonderheiten, durch die sich die gerichtsinterne Mediation von den herkömmlichen gerichtlichen Vergleichsbemühungen unterscheidet, lassen sich aber folgende Merkmale herausarbeiten:

- Die gerichtsinterne Mediation findet vor einem Richter statt, der nicht zur Entscheidung in dem anhängigen Rechtsstreit befugt ist. Der „Richter-Mediator“ ist mit anderen Worten nicht mit dem erkennenden Richter identisch und auch nicht Mitglied des zur Entscheidung berufenen Spruchkörpers, etwa der Zivilkammer beim Landgericht.
- Der Richter-Mediator verfügt über eine besondere Ausbildung für die Mediationstätigkeit (Dauer und Zuschnitt dieser Ausbildung sind je nach Bundesland verschieden²⁵⁾).
- Das Mediationsverfahren setzt die Zustimmung der Parteien voraus.
- Die verfahrensrechtliche Verknüpfung der gerichtsinternen Mediation mit dem anhängigen Zivilprozess ist bei den einzelnen Modellprojekten unterschiedlich gestaltet. Zumeist wird für die Dauer des Mediationsverfahrens das Ruhen des streitigen Verfahrens angeordnet, teils wird die für den streitigen Prozess vorgeschriebene Güteverhandlung dem Richter-Mediator übertragen.²⁶⁾
- Als im Mediationsverfahren zulässige Besonderheiten des Verfahrens werden – jedoch nur vereinzelt - nicht öffentliche Verhandlungsgespräche²⁷⁾ oder Einzelgespräche mit den Parteien²⁸⁾ erwähnt.

Eine eindeutige Rechtsgrundlage für die gerichtsinterne Mediation gab es nicht. Im Zivilprozess erlaubte § 278 Abs. 5 ZPO damaliger Fassung dem Gericht, die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter zu verweisen. Überwiegend ging man davon aus, dass diese Vorschrift in analoger Anwendung auch die Überweisung an einen Richter-Mediator mit Zustimmung der Parteien gestatte.²⁹⁾

3. Ergebnisse

Die Justizverwaltungen waren durchweg bemüht, die mit den Modellprojekten gemachten Erfahrungen zu dokumentieren und zu analysieren, insbesondere in Gestalt statistischer

25) Nähere Angaben zur Ausbildung bei den einzelnen Modellprojekten *von Barga* (Fn. 21), S. 73 ff.

26) So im bayerischen Güterichter-Modell, dazu *von Barga* (Fn. 21), S. 75.

27) Vgl. *von Barga* (Fn. 21), S. 83 (VG Berlin).

28) Vgl. *von Barga* (Fn. 21), S. 91 (Mecklenburg-Vorpommern), 95 (Niedersachsen).

29) *Stein/Jonas/Leipold*, ZPO, 22. Aufl., § 278 Rdnr. 68.

Erhebungen. Eine Reihe der Modellprojekte wurde auch in ausführlichen wissenschaftlichen Untersuchungen evaluiert. Die Ergebnisse fielen differenziert aus, doch kann man stark vereinfacht von einem beachtlichen Erfolg der Projekte sprechen. Als Beispiel sei auf die Evaluierung des Bayerischen Güterichtermodells³⁰⁾ hingewiesen. Der prozentuale Anteil der Fälle, in denen von der Möglichkeit einer Verweisung an den Güterichter Gebrauch gemacht wurde, war zwar im Gesamtergebnis mit insgesamt 2 % der Neuzugänge sehr gering, aber an manchen Gerichten auch deutlich höher.³¹⁾ Zur Durchführung der Güteverhandlung vor dem Güterichter kam es allerdings nur in etwa der Hälfte der zugewiesenen Fälle, während die übrigen Verfahren an den erkennenden Richter unerledigt zurückgegeben wurden, in der Regel weil es an der Mitwirkungsbereitschaft der Parteien fehlte. 70 % der vor dem Güterichter durchgeführten Verhandlungen (das entspricht 36 % der abgegebenen Verfahren) führten zu einem Vergleich, worin eine gegenüber der sonst vor den Landgerichten erzielten Vergleichsquote eine erkennbare, wenn auch nicht sensationelle Steigerung liegt.

Besonderes Interesse verdienen, auch im Hinblick auf die spätere Entwicklung der Gesetzgebung, die im Rahmen der Evaluation getroffenen Feststellungen zum Inhalt der Güteverhandlung vor dem Güterichter. Es ergaben sich deutliche Unterschiede zu einer außergerichtlichen Mediation. Zwar wurden von einem Teil der Güterichter Methoden der Mediation angewendet, aber der Blick auf die Rechtslage spielte bei der gerichtlichen Gütebemühung eine wesentlich stärkere Rolle als bei einer außergerichtlichen Mediation.³²⁾ Das lässt sich relativ leicht damit erklären, dass der Konflikt mit der Einleitung des Prozesses durch Klageerhebung und Klageerwiderung schon eine starke Verrechtlichung erfahren hat. Die Parteien und ihre in der Regel anwesenden Rechtsanwälte erwarteten von dem Güterichter Hinweise zur rechtlichen Bewertung bis hin zu Lösungsvorschlägen, auf die dann nicht selten auch die erzielte Einigung zurück ging. Um Mediation im engeren Sinne handelte es sich also zumeist nicht.³³⁾ In Auswertung der mit den Modellprojekten gemachten Erfahrungen wurde auch darauf hingewiesen, eine „grundlegende Aufarbeitung menschlicher Konflikte“ sei „nicht Aufgabe der rechtsprechenden Gewalt, sondern den darauf spezialisierten Professionen zu überlassen“.³⁴⁾

30) Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter (2007), abrufbar unter <http://www.jura.uni-erlangen.de/aber/gueterichter/htm>. Dazu Greger, Justiz und Mediation – Entwicklungslinien nach Abschluss der Modellprojekte, NJW 2007, 3258.

31) Zu den Zahlenangaben s. Abschlussbericht (Fn. 30), S. 96.

32) Abschlussbericht (Fn. 30), S. 99 f.; Greger NJW 2007, 3258, 3259.

33) Vgl. dazu Prütting, Ein Plädoyer gegen Gerichtsmediation, ZZZP Bd. 124 (2011), 163, 172 (Vermischung von Vergleichsbemühungen, Schlichtung und Mediation); Engel/Hornuf, Vexierbild Richtermediation, ZZZP Bd. 124 (2011), S. 505, 514 (Vermischung wesensungleicher Verfahren bei der Richtermediation). Auch Hess, Perspektiven der gerichtlichen Mediation in Deutschland, ZZZP Bd. 124 (2011), 137, 151 ff., der die Richtermediation befürwortet, stellt wesentliche Unterschiede zur vertragsautonomen Mediation, insbesondere eine deutlich stärkere Rechtsbezogenheit, fest.

34) Greger NJW 2007, 3258, 3260.

VI. Die Europäische Mediationsrichtlinie

1. Anwendungsbereich

Neue Akzente setzte die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.³⁵⁾ Die Mediations-Richtlinie gilt für Zivil- und Handelssachen, jedoch nur bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten, Art. 1 Abs. 2. Diese werden durch Art. 2 definiert. Erforderlich ist, dass eine der Parteien ihren Wohnsitz oder ihren gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat hat als die andere Partei.

Ein Sachgrund für diese Einschränkung in dem Sinne, dass etwa die Mediation nur bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten einer besonderen Förderung bedarf oder dass ihrer Anwendung bei grenzüberschreitenden Konflikten besondere rechtliche Schwierigkeiten entgegenstehen, ist nicht erkennbar. Man kann eher umgekehrt vermuten, dass das praktische Anwendungsgebiet der Mediation bei grenzüberschreitenden Konflikten relativ gering ist, da zum einen der Aufwand für das ganz auf persönliche Verhandlungen gegründete Mediationsverfahren hier besonders hoch sein wird und zum anderen grenzüberschreitende Konflikte frühzeitig in die Hände rechtlicher Berater, insbesondere von Rechtsanwälten, gelangen, die in eigener Regie – ohne ein Mediationsverfahren – nach einvernehmlichen Lösungen zu suchen pflegen, bevor sie gerade in internationalen Streitigkeiten die Gerichte anrufen.

Dass es keine inhaltlichen Gründe für eine Beschränkung der Regelung auf grenzüberschreitende Streitigkeiten gibt, kann man deutlich daran erkennen, dass der ursprüngliche Vorschlag der Europäischen Kommission keine derartige Einengung enthielt.³⁶⁾ Von dem Versuch, allgemeine europäische Regeln über die Mediation zu erlassen, nahm man nur deshalb Abstand, weil es dafür an einer Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union (damals der Europäischen Gemeinschaft) fehlt.³⁷⁾ Man darf wohl annehmen, dass die Gedanken, die den Anstoß zur Europäischen Regelung gaben, eher in einer allgemeinen Überzeugung vom Wert und von der Förderungswürdigkeit der Mediation bestanden, als in speziellen Überlegungen zur Mediation in grenzüberschreitenden Fällen.

Die Mitgliedstaaten können aber durch ihre nationalen Gesetze die Bestimmungen der

35) ABl. L 136 vom 24.5.2008, S. 3 – 8; in Kraft getreten am 13.6.2008. – Zum Zustandekommen der Mediationsrichtlinie *Bajons* (Fn. 18), S. 511 ff.

36) S. zum Richtlinien-Entwurf *Eidenmüller/Prause* NJW 2008, 2737, 2738; *Sujecki* EuZW 2010, 7.,

37) Rechtsgrundlagen bei Erlass der Mediations-Richtlinie waren Art. 61 Buchstabe c und Art. 67 Abs. 5, zweiter Gedankenstrich des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (in der damaligen Fassung), jetzt s. Art. 81 Abs. 2 Buchstabe g des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Richtlinie auch in nicht grenzüberschreitenden Streitigkeiten zur Anwendung bringen. Auf diese Möglichkeit wird in Erwägungsgrund Nr.8 zu der Richtlinie ausdrücklich hingewiesen.

2. Begriff der Mediation

Angesichts der oben beschriebenen schillernden Bedeutung, die mit dem Begriff Mediation verbunden ist, kommt der Frage, was im Sinne der Richtlinie unter Mediation zu verstehen ist, besondere Bedeutung zu. Nach der von Art. 3 Buchstabe a) gegebenen Definition ist die Mediation „ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen.“ Den Mediator definiert Art. 3 Buchstabe b) als „eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen“. Auf die Bezeichnung oder den Beruf dieser Person soll es dabei nicht ankommen. Die Definitionsbemühungen deuten, vor allem mit der Kennzeichnung als „strukturiertes Verfahren“ und mit der Betonung des eigenen Bemühens der Streitparteien, auf Vorstellungen im Sinne der Mediation im engeren Sinne hin. Auch das in der Richtlinie erkennbare Verständnis vom „Mediator“ als eines besonderen Dienstleisters, der einer eigenen Ausbildung und Fortbildung bedarf (Art. 4 Abs. 2), weist in diese Richtung. Andererseits schließt der Begriff ausdrücklich auch die Mediation durch einen Richter ein. Es braucht sich also offenbar nicht notwendiger Weise um eine geradezu „rechtsferne“ Mediation zu handeln, denn dass ein Richter in der Regel auch die rechtlichen Rahmenbedingungen des Konflikts mit in die Verhandlungen einbringen wird, liegt auf der Hand. Jedoch darf es sich dabei nicht um den für die Streitsache zuständigen Richter handeln. Vergleichsbemühungen des angerufenen Gerichts während des Prozesses werden ausdrücklich vom Begriff der Mediation und damit vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Darüber hinaus machen die Erwägungsgründe deutlich, dass auch die herkömmlichen Schlichtungsverfahren außerhalb des Gerichts nicht erfasst werden sollen, wenn die damit betrauten Personen oder Stellen „eine förmliche Empfehlung zur Streitbeilegung abgeben, unabhängig davon, ob diese rechtlich verbindlich ist oder nicht“ (Erwägungsgrund Nr. 11). Auch wenn im einzelnen manches unklar bleibt, muss man im Ergebnis davon ausgehen, dass mit „Mediation“ im Sinne der Richtlinie nicht etwa allgemein Schlichtung oder Alternative Streitbeilegung gemeint ist, sondern das speziellere Streitbeilegungsverfahren im Sinne der (nationalen und internationalen³⁸⁾) „Mediationsbewegung“. Das obligatorische Schlichtungsverfahren nach § 15a EGZPO und den Landesschlichtungsgesetzen wird bei diesem Verständnis nicht von der Mediationsrichtlinie erfasst.³⁹⁾

38) Von einem weltweiten Trend sprechen *Eidenmüller/Prause* NJW 2008, 2737 f. (mit Nachweisen).

39) So mit Hinweisen auf weitere Gesetzesmaterialien *Eidenmüller/Prause* NJW 2008, 2739.

3. Inhalt der Regelung

Neben allgemeinen Appellen zur Förderung der Mediation enthält die Richtlinie konkrete Regelungsvorgaben lediglich für folgende drei Bereiche: Vollstreckbarkeit, Vertraulichkeit und Verjährung. Die Richtlinie bezweckt also keineswegs eine umfassende Rechtsvereinheitlichung auf dem Gebiet der Mediation.

a) Förderungspflicht der Mitgliedstaaten

Die besondere Förderungswürdigkeit der Mediation steht für die Verfasser der Richtlinie außer Frage. In verschiedener Hinsicht gibt die Richtlinie den Mitgliedstaaten ausdrücklich auf, sich um den Erfolg der Mediationsbewegung zu bemühen. So sollen die Mitgliedstaaten die Ausbildung und die Fortbildung von Mediatoren (Art. 4 Abs. 2) ebenso fördern wie die Entwicklung von freiwilligen Verhaltenskodizes durch Mediatoren sowie wirksame Verfahren zur Qualitätskontrolle für die Erbringung von Mediationsdiensten (Art. 4 Abs. 1). Die Mitgliedstaaten sollen auch die Information der „breiten Öffentlichkeit“ darüber fördern, wie mit Mediatoren Kontakt aufgenommen werden kann, Art. 9.

b) Vollstreckbarkeit

Nach Art. 6 Abs. 1 haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass eine im Mediationsverfahren erzielte schriftliche Vereinbarung von den Parteien vollstreckbar gemacht werden kann. Es verwundert etwas, dass gerade dies für so wichtig erachtet wurde. Wenn die Mediation im Erfolgsfall nicht nur zu einer von den Parteien selbst gefundenen Lösung des konkreten Konflikts führen, sondern (dem Konzept der Mediation im engeren Sinn entsprechend) darüber hinaus die persönlichen Beziehungen der Parteien auf eine neue Grundlage stellen soll, dann müsste man eigentlich davon ausgehen, dass die übernommenen Verpflichtungen freiwillig erfüllt werden. Aber die Rechtswirklichkeit folgt eben nicht immer solchen Idealvorstellungen. Die Vollstreckbarkeit muss ermöglicht werden, wenn beide Parteien dies wünschen. Ob die Vollstreckbarkeit durch ein Gericht oder eine andere öffentliche Stelle angeordnet wird und in welchem Verfahren dies geschieht, überlässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten (Art. 6 Abs. 2).

c) Vertraulichkeit

In der Wahrung der Vertraulichkeit einer Mediation sehen die Verfasser der Richtlinie einen ganz entscheidenden Faktor. Die Mitgliedstaaten müssen daher sicherstellen, dass die *Mediatoren* in gerichtlichen Verfahren keine Aussagen zu Informationen machen müssen, die sie in einem Mediationsverfahren erlangt haben, Art. 7 Abs. 1. Die Richtlinie befasst sich dagegen nicht mit der Frage, ob auch die *Parteien* die Vertraulichkeit hinsichtlich der im Rahmen einer Mediation erlangten Kenntnisse zu wahren haben. Art. 7 Abs. 2 stellt lediglich klar, dass die Mitgliedstaaten nicht daran gehindert sind, strengere Maßnahmen zum Schutz der Vertraulichkeit der Mediation zu treffen.

d) Verjährung

Eine erfolglose Mediation könnte dazu führen, dass die geltend gemachten Ansprüche mittlerweile verjährt sind und daher eine gerichtliche Geltendmachung keinen Erfolg mehr verspricht. Diese Gefahr könnte die Neigung der Parteien, sich mit einer Mediation einverstanden zu erklären, stark beeinträchtigen. Art. 8 Abs. 1 gibt den Mitgliedstaaten daher auf, den Ablauf der Verjährungsfrist während eines Mediationsverfahrens auszuschließen.

VII. Das Mediationsgesetz

1. Zustandekommen

Die Europäische Mediationsrichtlinie verpflichtete die Mitgliedstaaten dazu, vor dem 21. Mai 2011 die zur Umsetzung der Richtlinie erforderlichen Vorschriften in Kraft zu setzen. Der deutsche Gesetzgeber schaffte es nicht, diese Frist einzuhalten; erst im Jahre 2012 wurde das Mediationsgesetz⁴⁰⁾ beschlossen, das am 26. Juli 2012 in Kraft trat.

2. Anwendungsbereich und Zweck

Das Mediationsgesetz gilt nur für die außergerichtliche Mediation. Das ursprüngliche Vorhaben, auch die gerichtsinterne Mediation in diesem Gesetz zu regeln, wurde schließlich fallen gelassen. Darauf gehe ich an späterer Stelle (unten VIII 1) ein.

Anders als die Europäische Mediationsrichtlinie ist das Mediationsgesetz nicht auf grenzüberschreitende Konflikte beschränkt. Der Gesetzgeber wollte die Konfliktbeilegung durch Mediation insgesamt fördern und eine Rechtszersplitterung durch eine Unterscheidung zwischen grenzüberschreitenden und nationalen Streitigkeiten vermeiden.⁴¹⁾

Als Ziele der Reform werden wiederum – ebenso wie bei der Schaffung der obligatorischen Schlichtung und der Einführung der Güteverhandlung im Zivilprozess – die Entlastung der Gerichte, die nachhaltige Förderung des Rechtsfriedens und die – ebenfalls „nachhaltige“ – Verbesserung der Streitkultur genannt.⁴²⁾

3. Begriff der Mediation

§ 1 Abs. 1 MediationsG kennzeichnet die Mediation als ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem die Parteien mithilfe eines Mediators freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Diese

40) Das Mediationsgesetz ist Bestandteil (Art. 1) des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012, BGBl. I 2012, S. 1577.

41) Begründung zum Regierungsentwurf, Bundestags-Drucksache 17/5335, S. 11.

42) Begr. (Fn. 41), S. 11. Hierzu wird auf die „Leitgedanken der Bundesregierung zur nachhaltigen Entwicklung im Sinne der Nationalen Nachhaltigkeitsstrategie“ verwiesen (aaO S. 12). Das wird man freilich eher als politische Rhetorik denn als Aussage mit sachlichem Gehalt bewerten müssen.

Begriffsbestimmung stimmt im Kern mit derjenigen in Art. 3 Buchstabe a) der Mediations-Richtlinie überein, setzt aber noch das Merkmal der Vertraulichkeit hinzu. Darin wird deutlich, welch hohes Gewicht die Gesetzesverfasser gerade diesem Aspekt der Mediation zugemessen haben.

Den Mediator definiert § 1 Abs. 2 MediationsG als eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Die Formulierung bringt noch etwas deutlicher als Art. 3 Buchstabe b) der Mediationsrichtlinie zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber das Bild einer „echten“ Mediation vor Augen hat.

Was die „Strukturierung“ des Verfahrens angeht, so verpflichtet § 2 Abs. 3 Satz 2 MediationsG den Mediator dazu, die Kommunikation der Parteien zu fördern und zu gewährleisten, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu, die Mediation folge bestimmten Regeln, die aber sowohl nach der Art der Mediation als auch nach dem verwendeten „Mediationsstil“ durchaus variieren könnten.⁴³⁾ Auch auf die „abschließende Regelung eines klar umgrenzten Berufsbilds“ des Mediators wird bewusst verzichtet.⁴⁴⁾ Der Gesetzgeber betont, es handle sich bei der Mediation um ein neu entdecktes Verfahren, das sich derzeit noch dynamisch entwickle.

Das Vorhaben, die künftige Entwicklung der Mediation nicht zu blockieren, mag man gut heißen. Ernüchternd ist es allerdings, dass die Gesetzesverfasser sich nicht in der Lage sahen, über den gegenwärtigen tatsächlichen Zustand der Mediationslandschaft konkrete Angaben zu machen. Es gebe, so heißt es in der Gesetzesbegründung,⁴⁵⁾ weder einen sicheren Anhaltspunkt über die Zahl der in Deutschland tätigen Mediatoren und Mediatorinnen noch gebe es tragfähige Zahlen zur Anzahl der durchgeführten Mediationsverfahren. Das heißt im Grunde auch, dass man über den bisherigen Erfolg der Mediation nur Mutmaßungen äußern kann.⁴⁶⁾

4. Die Umsetzung der Richtlinie im Einzelnen

a) Vertraulichkeit

Von den drei konkreten Vorgaben der Richtlinie (Vertraulichkeit, Vollstreckbarkeit, Verjährungsunterbrechung) erforderte nach Ansicht des Gesetzgebers nur der Schutz der Vertraulichkeit neue gesetzliche Regeln, während die beiden anderen Ziele durch das schon

43) Begr. (Fn. 41), S. 13.

44) Begr. (Fn. 41), S. 14.

45) Begr. (Fn. 41), S. 12.

46) In der Literatur findet man auch sehr skeptische Äußerungen hierzu. So schreiben *Engel/Hornuf*, Vexierbild Richtermediation, ZZP Bd. 124 (2011), 505, 507, die außergerichtliche Mediation habe in Deutschland trotz eines Überangebots an Mediatoren nicht aus ihrer Nische herausgefunden.

bisher geltende deutsche Recht erreicht werden.

§ 4 MediationsG führt eine umfassende Verschwiegenheitspflicht der Mediatoren ein. Aus dieser ergibt sich ein Recht der Mediatoren zur Zeugnisverweigerung nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO. Die Verschwiegenheitspflicht bezieht sich auf alles, was Mediatoren „in Ausübung ihrer Tätigkeit“ bekannt geworden ist. Das Gesetz sieht einige eng umgrenzte Ausnahmen vor, insbesondere bei vorrangigen Gründen des *ordre public*. Die Offenlegung von Informationen aus dem Mediationsverfahren kann, wie im Gesetz beispielhaft ausgeführt wird, erforderlich sein, um eine Gefährdung des Wohls eines Kindes abzuwehren.

Die Verschwiegenheitspflicht erstreckt sich neben den Mediatoren auch auf die in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundenen Personen. Damit sind ausweislich der Gesetzesbegründung⁴⁷⁾ nur die Hilfspersonen des Mediators wie etwa Bürokräfte gemeint.

Für die Parteien ergibt sich dagegen aus dem MediationsG keine Verschwiegenheitspflicht. Nach dem Scheitern eines Mediationsverfahrens können sie also in einer gerichtlichen Auseinandersetzung über den Verlauf der Mediation und das Vorbringen des Gegners berichten und Informationen über Tatsachen, die sie im Verlauf des Mediationsverfahrens erlangt haben, vortragen. Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens hatte der Bundesrat zwar vorgeschlagen, in einem späteren Prozess die Vertraulichkeit des Inhalts des Mediationsgesprächs durch ein an die Parteien gerichtetes Verbot des Vortrags hierüber und durch ein Beweiserhebungsverbot zu sichern.⁴⁸⁾ Die Bundesregierung⁴⁹⁾ lehnte diese Anregung jedoch ab und verwies darauf, dass die Parteien eine besondere Vereinbarung über die Vertraulichkeit des Mediationsgesprächs treffen könnten, wenn sie dies wünschten. Eine solche Vertraulichkeitsvereinbarung wird auch für die Praxis verschiedentlich empfohlen. Ob sich die Parteien darauf einlassen werden und wie sie gegebenenfalls durchzusetzen wäre, ist eine andere Frage.

b) Vollstreckbarkeit

Der Regierungsentwurf zum MediationsG sah vor, in einem neuen § 796d ZPO einen besonderen Weg zur Vollstreckbarkeitserklärung einer im Mediationsverfahren geschlossenen Vereinbarung zu schaffen. Zuständig sollte das Amtsgericht sein. Auf Vorschlag des Bundestags-Rechtsausschusses wurde diese Regelung jedoch nicht in das Gesetz übernommen. Man hielt die bereits bestehenden Möglichkeiten, die Vollstreckbarkeit herbeizuführen, für ausreichend. Dies kann durch Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) oder durch einen für vollstreckbar erklärten Anwaltsvergleich (§ 796a ZPO) geschehen.

47) Begr. (Fn. 41), S. 17.

48) Begr. (Fn. 41), S. 32.

49) BT-Drucksache 17/5496, S. 3.

c) Unterbrechung der Verjährung

Hier sah der Gesetzgeber keinen Handlungsbedarf, da nach § 203 Satz 1 BGB die Verjährung gehemmt wird, wenn zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner Verhandlungen über den streitigen Anspruch schweben. Man ging davon aus, dass ein Mediationsverfahren, aber auch bereits Gespräche über den Vorschlag, ein Mediation einzuleiten, als Verhandlung im Sinne der genannten Vorschrift anzusehen seien.⁵⁰⁾

5. Regeln über die Gestaltung des Mediationsverfahrens

Neben der bereits erwähnten allgemeinen Pflicht des Mediators, die Kommunikation der Parteien zu fördern und die Fairness des Verfahrens zu gewährleisten, enthält § 2 Abs. 3 Satz 3 MediationsG eine besondere Bestimmung zur Durchführung von Einzelgesprächen. Diese werden oft als förderlich angesehen, weil sich dann die Parteien in manchen Fällen offener über die wahren Ursachen des Streits äußern. Die genannte Vorschrift erlaubt dem Mediator die Führung getrennter Gespräche, sofern dies im allseitigen Einverständnis geschieht.

Ausdrücklich wird in der Gesetzesbegründung⁵¹⁾ auf die Möglichkeit hingewiesen, dass die Parteien eine *Verfahrensvereinbarung* treffen, in der sie grundlegende Verfahrens-, Kommunikations- und Verhaltensregeln festlegen können. Hierin könnten auch Regelungen über die Geheimhaltung erlangter Informationen und die Beweisverwertung getroffen werden. Ein Aushandeln einer solchen Verfahrensvereinbarung im Einzelfall kann man sich allerdings schwer vorstellen. So kommt wohl eher eine fertig bereit liegende, vom Mediator vorgelegte und empfohlene Verfahrensvereinbarung in Betracht.

6. Beteiligung von Rechtsanwälten

Das Gesetz sagt nicht ausdrücklich, dass die Parteien am Mediationsverfahren persönlich mitwirken müssen. Dies folgt aber wohl schon aus dem zugrunde liegenden Bild der Mediation. Außerdem bestimmt § 2 Abs. 4 MediationsG ausdrücklich, dass Dritte nur mit Zustimmung aller Parteien einbezogen werden können. Dies gilt auch für Rechtsanwälte als Parteibevollmächtigte. Gesetzliche Vertreter minderjähriger oder aus anderen Gründen nicht geschäftsfähiger Parteien wird man allerdings generell zulassen müssen.

Bei einigermaßen bedeutenden vermögensrechtlichen Streitigkeiten wird es eher die Regel sein, dass eine Partei ein Mediationsverfahren nur mit anwaltlichem Beistand durchlaufen will. Das Gesetz geht immerhin in § 2 Abs. 6 Satz 2 auf diesen Aspekt ein: Wenn es zum Abschluss einer Vereinbarung kommt, muss der Mediator diejenigen Parteien, die ohne fachliche Beratung an der Mediation teilnehmen, besonders auf die Möglichkeit hinweisen, die Vereinbarung „bei Bedarf“ durch externe Berater überprüfen zu lassen.

50) Begr. (Fn. 41), S. 11.

51) Begr. (Fn. 41), S. 15.

7. Die Ausbildung des Mediators

Größtes Augenmerk legt das MediationsG auf die Regelung der Ausbildung und der Fortbildung des Mediators. Dabei ist eine eigenartige „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ der Mediatoren vorgesehen. Der gewissermaßen gewöhnliche „Mediator“ hat nach § 5 Abs. 1 MediationsG in eigener Verantwortung sicher zu stellen, dass er durch Ausbildung und Fortbildung über die nötigen Kenntnisse und Erfahrungen verfügt. Der Inhalt der Ausbildung wird lediglich durch Sollbestimmungen etwas näher umrissen. Als „zertifizierter Mediator“ darf sich dagegen nach § 5 Abs. 2 MediationsG nur ein Mediator bezeichnen, der die Anforderungen einer vom Bundesministerium der Justiz zu erlassenden Rechtsverordnung erfüllt. Die in § 6 MediationsG enthaltene Ermächtigung zum Erlass dieser Verordnung erläutert, welche Fragen (Inhalt der Ausbildung, Mindeststundenzahl, praktische Erfahrung) in der Verordnung geregelt werden können. Der Erlass der Verordnung steht derzeit (Februar 2013) noch aus.

8. „Sanfter Zwang“ zur Förderung der Mediation

Die Teilnahme an einer Mediation vor Durchführung eines Gerichtsverfahrens ist nicht obligatorisch. Das gilt sowohl für den Zivilprozess als auch für das familiengerichtliche Verfahren. Der Gesetzgeber versuchte aber, durch neue verfahrensrechtliche Bestimmungen, die Parteien verstärkt zur Teilnahme an einer Mediation zu bewegen.

a) Angabe in der Klageschrift

Nach dem neu gefassten § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO soll die Klageschrift eine Angabe darüber enthalten, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines andern Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorausgegangen ist. Ferner soll sich der Kläger dazu äußern, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Es fällt auf, dass die Mediation an erster Stelle genannt wird und erst danach andere Verfahren zur einvernehmlichen Lösung des Streits genannt werden, zu denen insbesondere Verfahren vor Schlichtungs- oder Gütestellen gehören. Auch hier wird deutlich, wie sehr die Verfasser des Gesetzes von den Vorzügen der Mediation gegenüber herkömmlichen Güteverfahren überzeugt waren.

Der Gesetzgeber möchte, wie in der Gesetzesbegründung⁵²⁾ ausgeführt wird, mit dieser Vorschrift bewirken, dass sich die Parteien und deren Rechtsanwälte spätestens beim Abfassen der Klageschrift mit der Frage befassen, ob und wie sie den Konflikt außergerichtlich beilegen können. Das ist eigentlich eine Selbstverständlichkeit und man fragt sich, ob es irgendwelche Anhaltspunkte dafür gibt, dass sich Anspruchsgläubiger bzw. deren Rechtsanwälte in einer nennenswerten Zahl von Fällen zu einer Klageerhebung entschließen,

52) Begr. (Fn. 41), S. 20.

ohne derartige Überlegungen angestellt zu haben.

§ 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO stellt lediglich eine Soll-Vorschrift dar. Auch wenn die darin vorgeschriebenen Angaben in der Klageschrift fehlen, muss das Gericht die Klage zustellen und mit der Zustellung liegt eine wirksame Klageerhebung vor (§ 253 Abs. 1 ZPO). Das Gericht ist berechtigt, den Kläger zu einer die Klageschrift ergänzenden Äußerung aufzufordern, darf aber m.E. nicht deshalb zunächst von der Zustellung der Klageschrift absehen.

Ein Anreiz an den Kläger, sich in gesteigertem Maße um eine vorprozessuale Mediation oder sonstige einvernehmliche Streitbeilegung zu bemühen, wird von der Vorschrift kaum ausgehen. Berichtet der Kläger in der Klageschrift von einer gescheiterten Mediation oder Schlichtung, so braucht sich das Gericht jedenfalls keine Gedanken mehr darüber zu machen, ob es den Parteien nach § 278a ZPO eine Mediation usw. vorschlagen soll.

b) Gerichtlicher Vorschlag einer Mediation oder eines anderen Einigungsverfahrens

Nach dem neuen § 278a Abs. 1 ZPO kann das Gericht den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen. Auch hier wird die Mediation an erster Stelle genannt. Davon abgesehen, enthält die Vorschrift eigentlich nichts Neues, denn schon nach dem bisher geltenden § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO konnte das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen. Was den Zeitpunkt angeht, wird ein solcher Vorschlag in der Regel vor Beginn der Güteverhandlung in Betracht kommen; auch ein vorheriger schriftlicher Vorschlag des Gerichts erscheint nicht ausgeschlossen.

Stimmen die Parteien der Durchführung des vorgeschlagenen Mediations- oder Schlichtungsverfahrens zu, so wird nach § 278a Abs. 2 ZPO das Ruhen des Verfahrens angeordnet.

c) Sonderregelung in Kindschaftssachen und in Scheidungsfolgesachen: Richterliche Anordnung der Teilnahme an einem Informationsgespräch

Zu den Kindschaftssachen zählen nach § 151 FamFG u.a. familiengerichtliche Verfahren über die elterliche Sorge, über das Recht zum Umgang mit einem Kind und über die Herausgabe des Kindes. Bei solchen Streitigkeiten, die zwischen geschiedenen oder auch nie miteinander verheirateten Eltern sehr häufig sind, spielen meistens sehr persönliche Konfliktursachen eine entscheidende Rolle. Hier kann man von einer Mediation, die ja die Parteien über den konkreten Anlass hinaus zu einer gründlichen Aufarbeitung und Bereinigung des Konflikts führen soll, in vielen Fällen wesentliche Vorteile erwarten. Man kann es auch so ausdrücken: Streitigkeiten der Eltern über Sorge und Umgang mit den

Kindern sind weniger Rechtsstreitigkeiten als menschliche Konflikte. Sie sollten daher, wenn irgend möglich, nicht nach dem Buchstaben des Gesetzes, sondern im Wege gegenseitigen Respekts, persönlicher Rücksichtnahme und – vor allem – im gemeinsamen Bemühen um das Wohl des Kindes gelöst werden.

Grundsätzlich ist es daher verständlich, dass sich der Gesetzgeber gerade auf diesem Gebiet besonders bemühte, die Parteien zu dem Versuch einer Mediation zu bewegen. Auch hier ist aber ein dem gerichtlichen Verfahren vorhergehendes Mediations- oder Schlichtungsverfahren nicht obligatorisch. Es gelten aber hier nicht nur ähnliche „Anreiz-Bestimmungen“ wie im Zivilprozess, s. § 23 Abs. 1 Satz 3 FamFG zu den Angaben über eine vorausgegangene Mediation, sondern das Gesetz geht zur Ausübung eines „sanften Zwanges“ einen Schritt weiter. Das Gericht kann nach § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG anordnen, dass die Eltern an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation oder sonstige außergerichtliche Konfliktbeilegung bei einer vom Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und darüber eine Bestätigung vorlegen. Auch die Teilnahme an einer Beratung durch die Träger der Kinder- und Jugendhilfe kann vom Gericht angeordnet werden, § 156 Abs. 1 Satz 2 u. 4 FamFG.

Erzwingbar ist die Teilnahme nicht, doch drohen einem Elternteil, der der Anordnung nicht nachkommt, erhebliche Kostennachteile: das Gericht soll ihm nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG die Kosten des Verfahrens ganz oder teilweise auferlegen.

Diese Regelung für Kindschaftssachen ist dem schon bisher geltenden § 135 FamFG nachgebildet, der dem Gericht in *Scheidungsfolgesachen* erlaubt, den Ehegatten die Teilnahme an einem Informationsgespräch über Mediationsmöglichkeiten aufzuerlegen. Kommt ein Beteiligter dieser Anordnung nicht nach, so kann dies nach § 150 Abs. 4 Satz 2 FamFG bei der Kostenverteilung berücksichtigt werden, soweit diese nach billigem Ermessen erfolgt.⁵³⁾ Angaben über die praktische Bewährung dieser Vorschriften sind der Begründung zum Mediationsgesetz allerdings nicht zu entnehmen.

VIII. Der neue Güterichter

1. Der Verlauf der Gesetzgebung

a) Gesetzentwurf der Bundesregierung

Mit den Modellversuchen zur Erprobung der Mediation bei den Gerichten wollte man eine empirische Grundlage für eine gesetzliche Regelung schaffen. Aber gerade die Einführung einer solchen gerichtlichen Mediation war im Gesetzgebungsverfahren heiß

53) Kritisch zu dieser Regelung *Zöller/Herget*, ZPO, 29. Aufl. (2012), § 150 FamFG Rdnr. 3, weil ein durch drohende Kostenbelastung erzwungenes Informationsgespräch sinnlos sei.

umkämpft. Im Regierungsentwurf waren drei Arten der Mediation vorgesehen: die unabhängig von einem Gerichtsverfahren durchgeführte *außergerichtliche Mediation*, die während eines Gerichtsverfahrens außerhalb des Gerichts durchgeführte *gerichtsnahe Mediation* und schließlich die während eines Gerichtsverfahrens von einem nicht entscheidungsbefugten Richter durchgeführte *gerichtsinterne Mediation*. Auch die gerichtsinterne Mediation sollte nach diesem Konzept eine Mediation im Sinne der Mediationsrichtlinie und des Mediationsgesetzes sein. Nach § 278a Abs. 1 Satz 2 ZPO in der Fassung des Regierungsentwurfs sollte das Gericht den Parteien in geeigneten Fällen eine gerichtsinterne Mediation vorschlagen können, soweit dies durch Landesrecht vorgesehen war. Es wäre also den Bundesländern vorbehalten geblieben, ob und bei welchen Gerichten (sei es bei den Zivilgerichten oder auch bei den Arbeits-, Verwaltungs- und Sozialgerichten) sie eine gerichtsinterne Mediation einführen wollten. Als Ermächtigungsgrundlage für den Erlass entsprechender Rechtsverordnungen durch die Landesregierungen war ein neuer § 15 GVG vorgesehen.

b) Stellungnahme des Bundestags-Rechtsausschusses und Beschluss des Bundestages

Da auch der Bundesrat der im Gesetzentwurf der Bundesregierung enthaltenen Regelung grundsätzlich zugestimmt hatte,⁵⁴⁾ erschien ihr Zustandekommen eigentlich sicher. Doch sorgte der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestags für eine große Überraschung. Er schlug – sogar einstimmig, also mit den Stimmen der Regierungs- wie der Oppositionsparteien – vor, die vorgesehenen Vorschriften über die gerichtsinterne Mediation völlig zu streichen. Dies sollte „im Interesse einer klaren gesetzlichen Abgrenzung der richterlichen Streitschlichtung von der Mediation“ geschehen.⁵⁵⁾ An anderer Stelle⁵⁶⁾ wird etwas deutlicher, dass es dem Rechtsausschuss der Sache nach um eine Förderung der nicht-richterlichen, d.h. der außergerichtlichen Mediation, zu tun war. Es ging also um berufspolitische Interessen: die außergerichtlich tätigen Mediatoren (zum größten Teil Rechtsanwälte) befürchteten, dass ihnen durch das Angebot einer gerichtsinternen Mediation das Wasser abgegraben würde, noch dazu, wenn dieses Angebot kostenfrei erfolgen würde.

Der Rechtsausschuss schlug an Stelle der gerichtsinternen Mediation ein „erheblich erweitertes Institut des Güterichters“ vor. Nach § 278 Abs. 5 ZPO in der vom Rechtsausschuss vorgesehenen Fassung sollte das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung und für weitere Güteversuche vor einen Güterichter als beauftragten oder ersuchten Richter verweisen können.

Der Bundtag beschloss das Gesetz in der vom Rechtsausschuss vorgeschlagenen Fassung.

54) Bundestags-Drucksache 17/5335, S. 28.

55) Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, Bundestags-Drucksache 17/8058, S. 1.

56) Beschlussempfehlung (Fn. 55), S. 17.

c) Ablehnung durch den Bundesrat und Vorschlag des Vermittlungsausschusses

Der Bundesrat (also die Vertretung der Bundesländer) war jedoch nicht gewillt, die Streichung der gerichtsinternen Mediation hinzunehmen, und lehnte das Gesetzesvorhaben daher ab. Doch war diesen Bemühungen zur Rettung der gerichtsinternen Mediation kein großer Erfolg beschieden. Der Vermittlungsausschuss, der bei unterschiedlichen Standpunkten des Bundestags und des Bundesrats eine Einigung herbeiführen soll, schlug nicht etwa die Wiedereinfügung der gerichtsinternen Mediation in das Gesetzesprojekt vor. Jedoch sollte die erwähnte Regelung über den Güterichter in § 278 Abs. 5 ZPO durch einen zweiten Satz folgenden Inhalts ergänzt werden: „Der Güterichter kann alle Methoden der Konfliktbeilegung, einschließlich der Mediation, einsetzen.“ Ferner wurde in Satz 1 des § 278 Abs. 5 ZPO klargestellt, dass es sich bei dem Güterichter um einen für Güteversuche bestimmten und nicht entscheidungsbefugten Richter handelt.

Daneben schlug der Vermittlungsausschuss eine kostenrechtliche Regelung vor, die ersichtlich der Förderung der außergerichtlichen Mediation dienen soll. Danach soll eine weitere Ermäßigung oder ein Wegfall der gerichtlichen Verfahrensgebühren möglich sein, wenn eine Mediation (oder ein sonstiges außergerichtliches Konfliktbeilegungsverfahren) zur einvernehmlichen Beendigung eines bereits anhängigen Rechtsstreits durch Klagerücknahme führt. Allerdings wurde dieser finanzielle Anreiz nur halbherzig gesetzt: es bleibt den Ländern vorbehalten, ob sie eine derartige Gebührenermäßigung durch Rechtsverordnung einführen (Verordnungsermächtigung in § 69b GKG).

Mit den vom Vermittlungsausschuss vorgeschlagenen Änderungen ist das Gesetz schließlich vom Bundestag und vom Bundesrat beschlossen worden und am 26. Juli 2012 in Kraft getreten.

2. Das Verfahren vor dem Güterichter⁵⁷⁾

Der Güterichter ist ein anderer Richter desjenigen Gerichts, vor dem der Rechtsstreit bereits anhängig ist. Er ist nicht entscheidungsbefugt, darf also nicht Mitglied des Spruchkörpers (etwa der Zivilkammer beim Landgericht) sein, der über die Klage zu entscheiden hat.

Der Güterichter ist kein Mediator im Sinne des Mediationsgesetzes. Er darf sich auch nicht als Mediator bezeichnen. Lediglich die vor Inkrafttreten des MediationsG bei den Gerichten angebotene Streitvermittlung darf noch bis zum 1. August 2013 unter der bisherigen Bezeichnung als gerichtlicher Mediator fortgeführt werden, § 9 MediationsG.

57) Dazu näher Greger, Das neue Güterichterverfahren, MDR, Sonderheft zum 66. Jahrgang 2012; Ahrens, Mediationsgesetz und Güterichter – Neue gesetzliche Regelungen der gerichtlichen und außergerichtlichen Mediation, NJW 2012, 2465, 2469 ff.

Die Verweisung der Parteien an den Güterichter steht im Ermessen des erkennenden Gerichts und ist nicht von der Zustimmung der Parteien abhängig. Um unnötigen Arbeits- und Zeitaufwand zu vermeiden, wird aber das erkennende Gericht zu berücksichtigen haben, wie sich die Parteien zu einem Einigungsversuch vor dem Güterichter stellen.

Die Güteverhandlung oder die weiteren Güteversuche vor dem Güterichter folgen den allgemeinen Regeln der ZPO. Die Teilnahme der prozessbevollmächtigten Rechtsanwälte ist nicht nur generell zulässig, sondern im Bereich des Anwaltszwangs sogar zwingend erforderlich.

Kommt eine gütliche Lösung des Konflikts zustande, so kann vor dem Güterichter in der gleichen Weise wie vor dem streitentscheidenden Richter ein Prozessvergleich abgeschlossen werden, der den Rechtsstreit beendet und einen Vollstreckungstitel darstellt (§ 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

3. Vergleich mit einer „echten“ Mediation

Da der Güterichter im Rahmen der Güteverhandlung oder weiterer (später angeordneter) Güteversuche dieselben Aufgaben hat wie der erkennende Richter, ist er verpflichtet, den Sach- und Streitstand unter freier Würdigung aller Umstände mit den Parteien zu erörtern. Er muss dabei natürlich auch auf die Rechtslage eingehen und auf die jeweiligen für die Parteien bestehenden Chancen und Risiken hinweisen. Dies werden die Parteien regelmäßig auch erwarten. Ebenso selbstverständlich ist, dass der Güterichter auch konkrete Anregungen zur einvernehmlichen Beilegung des Streits bis hin zu einem Vergleichsvorschlag geben darf. Damit unterscheiden sich die Bemühungen des Güterichters grundlegend von der Rolle des Mediators in einem „echten“ Mediationsverfahren.

Die für eine „echte“ Mediation nach vorherrschender Auffassung so wichtige Vertraulichkeit lässt sich für das Verfahren vor dem Güterichter jedenfalls in gewissem Umfang erreichen. Das Verfahren ist nicht öffentlich, denn § 169 GVG schreibt die Öffentlichkeit nur für die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht vor. Außerdem wird nach § 159 Abs. 2 Satz 2 ZPO ein Protokoll über die Güteverhandlung vor einem Güterichter nur auf übereinstimmenden Antrag der Parteien aufgenommen. Die Parteien sind aber nicht gehindert, etwa erlangte Informationen nach einem Scheitern der Güteverhandlung im weitergeführten Rechtsstreit zu verwerten, Dass sie sich auf eine dem entgegen stehende Vereinbarung einlassen, ist im erreichten Verfahrensstadium wenig wahrscheinlich.

Die Aussage des Gesetzes, der Güterichter könne alle Methoden der Konfliktbeilegung, einschließlich der Mediation, anwenden, dürfte an dem grundlegenden Unterschied zwischen der Güteverhandlung vor dem Güterichter und einer „echten“ Mediation nichts ändern. Das

Gesetz erlaubt den Einsatz der Mediation lediglich als eine Technik der Gesprächsführung, deren Regeln im Übrigen keineswegs eindeutig bestimmt sind und ganz von der Handhabung durch den Güterichter abhängen. Immerhin legt es der Hinweis auf die Mediation als zulässige Methode der Konfliktbeilegung nahe, mit der Aufgabe des Güterichters solche Richter zu betrauen, die eine besondere Ausbildung in Mediationstechniken erfahren haben.

Zuweilen wird dies allerdings anders gesehen. Es gibt auch Stimmen, die dem Gesetz geradezu die weitere Zulässigkeit der gerichtlichen Mediation entnehmen und darin den zukunftsweisenden Fortschritt sehen wollen.⁵⁸⁾ Dies wird m.E. weder der Gesetzesgeschichte noch dem Inhalt der schließlich verabschiedeten Regelung gerecht.

4. Erfolgchancen

Über die praktische Bewährung des Verfahrens vor einem Güterichter lässt sich derzeit noch nichts aussagen. Ein gewisser Erfolg in Gestalt einer höheren Quote der einvernehmlichen Beendigung des Rechtsstreits ist dann zu erwarten, wenn als Güterichter besonders erfahrene und engagierte Richter tätig werden, die in der Durchführung von Vergleichsverhandlungen (einschließlich der Mediationstechniken) besonders geschult sind. Daneben könnte die Nichtöffentlichkeit des Verfahrens vor dem Güterichter in manchen Fällen die Einigungschancen erhöhen.

IX. Rolle des Rechts und der Mediation im Laufe der Konfliktentwicklung

Die Mediationsbewegung und die in der Gegenwart erneuerten Bemühungen des Gesetzgebers, die einvernehmliche Konfliktbeilegung zu fördern, stützen sich auf die verbreitete Überzeugung, dass Schlichten besser sei als Richten und die „Streitkultur“ in Deutschland daher der Verbesserung bedürfe. Allerdings sind auch bereits Zweifel geäußert worden, ob die damit verbundene Geringschätzung des Prozesses und seiner ausbalancierten verfahrensrechtlichen Regelung wirklich gerechtfertigt ist.⁵⁹⁾ Auch wurde es – jedenfalls

58) Nach Greger, NJW Heft 6/2013, Editorial, steht die deutsche Justiz aufgrund der neuen Regelung des Güterichters vor einer „gewaltigen Systemänderung“, einem „grundlegenden Paradigmenwechsel“. Greger hält die Gerichte für ermächtigt, die „Parteien mit den Methoden der Mediation, d.h. in einem vertraulichen, strukturierten Verfahren, zu einer von ihnen selbst bestimmten, die Rechtslage, den Streitgegenstand und die prozessuale Situation völlig ausblendenden Konfliktlösung zu führen.“ Nach meiner Ansicht ist eine solche Ausblendung des Rechts nicht mit der Stellung des Güterichters vereinbar.

59) S. etwa Hirtz, Plädoyer für den Prozess, NJW 2012, 1686; Steinberg, Richterliche Gewalt und Mediation, DRiZ 2012, 19, 23, den es bei der Lektüre richterlicher Erfahrungsberichte zur Mediation bedenklich stimmt, „wie gering die tradierten, historisch geradezu errungenen Prozessprinzipien oftmals geschätzt, wie bereitwillig sie der Prozessökonomie und dem Reiz neuer Mode geopfert werden.“ Kritisch auch Löhnig, Über schariatische „Friedensrichter“, „Schülergerichte“ und die Strukturmerkmale eines Rechtsstaats, in: Althammer/Eisele/Itner/Löhnig (Hrsg.), Grundfragen und Grenzen der Mediation

andeutungsweise – für möglich gehalten, dass sich die „Hype“ um außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation als Modeerscheinung erweisen könnte.⁶⁰⁾

Ob man die Mediation als einen „Zugang zum Recht“ bezeichnen kann,⁶¹⁾ der gegenüber dem herkömmlichen Prozess (einschließlich den richterlichen Vergleichsbemühungen) sogar besondere Förderung verdient, erscheint fraglich. Wenn das Wesen der Mediation (man muss immer die schillernde Bedeutung des Begriffs Mediation berücksichtigen!) darin besteht, dass die Parteien selbst allein durch intensive Kommunikation eine Beilegung des Konflikts erarbeiten sollen (im Regelfall ohne dabei durch Rechtsanwälte unterstützt zu werden), wenn der Mediator keine am Recht orientierten Lösungsvorschläge machen darf und selbst auch kein Rechtsexperte zu sein braucht, welche Rolle spielt dann überhaupt noch das Recht? Diese grundlegende Frage stellt sich jedenfalls, wenn man das objektive Recht in erster Linie als die Gesamtheit der geschriebenen, d.h. gesetzlichen Rechtsnormen einschließlich ihrer Auslegung und Fortbildung durch die Rechtsprechung auffasst, und die subjektiven Rechte aus einer Anwendung des objektiven Rechts auf den konkreten Sachverhalt hervorgehen sieht. Wenn die Mediation gerade dazu führen soll, den Konflikt unter Ausblendung der Rechtsordnung zu beseitigen, dann scheidet eine Qualifikation als „Zugang zum Recht“ von vornherein aus.

Allerdings ist es keineswegs zwingend, einen entstandenen Interessenkonflikt nach den Maßstäben des Rechts zu beheben. Die Rechtsordnung überlässt es in den meisten Bereichen des Privatrechts den Beteiligten, ihre Verhältnisse nach eigenem Belieben einvernehmlich zu regeln. Dabei können sich die Parteien an rechtlichen Vorgaben – nach ihrer eigenen Einschätzung – orientieren oder auch außerrechtlichen Wertungen (seien es moralische oder auch nur konventionelle Vorgaben) folgen. Und natürlich ist es den Parteien auch freigestellt, auf die Geltendmachung von Ansprüchen, die sie eigentlich für gegeben halten, aus Bequemlichkeit oder um des lieben Friedens willen ganz oder teilweise zu verzichten.

Glücklicherweise gelingt den Beteiligten in den meisten Fällen eine Lösung des Konflikts in eigener Regie. Aber wenn sich ein Streit nicht in dieser Weise beilegen lässt und ihn jedenfalls einer der Beteiligten für wichtig genug hält, folgt als nächstes Stadium zumeist der Versuch, sich der Hilfe durch die Rechtsordnung zu versichern und zu diesem Zweck einen Experten des Rechts – in der Regel einen Rechtsanwalt – einzuschalten. Das ist alles andere als verwunderlich – schließlich ist es die Aufgabe des Rechts, verbindliche Normen zur Beurteilung eines Streits bereit zu halten, und natürlich ist es auch die allgemeine Überzeugung, dass die Rechtsordnung den Zweck verfolgt, die in Konflikt geratenen

(2012), S. 65, 75.

60) *Althammer* (Fn. 59), S. 26.

61) So Erwägungsgrund 5 der Mediationsrichtlinie.

Interessen gerecht zu bewerten. So erscheint die mit der Einschaltung von Rechtsexperten verbundene Verrechtlichung des Konflikts unausweichlich. Theoretisch wäre es freilich denkbar, an Stelle des Wegs zum Rechtsexperten ein „rechtsfernes“ Mediationsverfahren zu beschreiten. Aber da dies in Widerspruch zur allgemein anerkannten Rolle des Rechts steht, ist mit einem solchen Vorgehen der Konfliktbeteiligten nicht in einer nennenswerten Zahl von Fällen zu rechnen.

Die Einschaltung des Rechtsexperten, sprich des Rechtsanwalts, bedeutet noch lange nicht, dass der Weg zum Gericht eingeschlagen wird. Aufgabe der Rechtsanwälte ist es zunächst wiederum, eine einvernehmliche Lösung zu finden, für deren Inhalt aber nun die (vom Rechtsanwalt beurteilte) Rechtslage eine entscheidende Rolle spielt. Schon in dieser Phase der Streitentwicklung erscheint es aber – jedenfalls für die Mehrheit der Fälle - sehr zweifelhaft, ob die Beschreitung eines Mediationsverfahrens noch einen Sinn macht, wenn dabei die Rechtsordnung wirklich ausgeblendet wird. Dies wäre ein Schritt zurück vom rechtlichen in den außer- oder vorrechtlichen Bereich. Auf den Schutz durch die Rechtsordnung würde zunächst einmal verzichtet. Ein Rechtsanwalt, der seinen Mandanten ganz oder jedenfalls teilweise „im Recht“ sieht, wird zu einer „rechtsfernen“ Mediation in aller Regel nicht raten können. Ausnahmen mag es bei sehr persönlich geprägten Konflikten, etwa im Bereich der elterlichen Sorge, geben. Hier mag eine rechtsferne Mediation mit einem Psychologen als Mediator Erfolg versprechen, die sich dann freilich einer psychotherapeutischen Behandlung („Paartherapie“) annähern kann.

Wenn den eingeschalteten Rechtsexperten die einvernehmliche Beilegung des Streits nicht gelingt, wird in vielen Fällen mit der Erhebung einer Klage das nächste Stadium der Verrechtlichung des Konflikts erreicht. In der Klageschrift und der Klageerwiderung wird der Streitfall auf die rechtlich überhaupt relevanten Tatsachen bzw. Tatsachenbehauptungen zurückgeschnitten und einer rechtlichen Würdigung durch die Parteien bzw. ihre Prozessbevollmächtigten (die Rechtsanwälte) unterzogen. Das angerufene Gericht muss sich, schon zur Vorbereitung des ersten Verhandlungstermins, gründlich mit dem Vorbringen der Parteien befassen und dabei eine eigene (wenn auch noch vorläufige) rechtliche Bewertung vornehmen. In dieser Phase die Parteien aus dem Prozess hinaus zu schicken und ihnen ein auf die rechtliche Beurteilung gänzlich verzichtendes Mediationsverfahren zu empfehlen, würde mit der Rolle des Rechts und der Rechtsschutzaufgabe der Gerichte in bedenklichem Widerspruch stehen.⁶²⁾

Nach alledem erscheint es sehr zweifelhaft, ob die Mediation im eng verstandenen Sinn, also ein Einigungsverfahren, bei dem die rechtliche Beurteilung ausgeblendet und insbesondere

62) Skeptisch zur Verweisung der Parteien auf eine gerichtснаhe Mediation in dieser Phase auch *Engel/Hornuf* (Fn. 46), S. 517.

nicht durch den Mediator mit zum Gegenstand der Einigungsbemühungen gemacht wird, große Verbreitung finden wird. Das gilt im Grunde in allen Entwicklungsstadien eines Streits, aber umso mehr, je stärker bereits eine Verrechtlichung des Konflikts erfolgt ist.

Aussichtsreich erscheinen daher eher Mediationsverfahren im weiteren Sinn, die sich inhaltlich nicht grundlegend von den seit langem bekannten Schlichtungs- und Vergleichsbemühungen unterscheiden. In wie weit der Erfolg solcher Verfahren durch den Einsatz von Mediationstechniken (oder, anders ausgedrückt, in der Hand von besonders geschulten Mediatoren) gesteigert wird, bleibt abzuwarten. Dass der Gesetzgeber neuestens die „Mediation“ so sehr in den Vordergrund gerückt hat, ist ein Wechsel auf die Zukunft, dessen Einlösung angesichts der noch im Fluss befindlichen Entwicklung des Mediationswesens offen erscheint.

