

## Mediationsgesetzgebung als Justizreform\*

### Summary

*With the “amicability judge” model (Güterichtermodell), a hybrid between mediator and judge, the implementation of the mediation directive 2008/52/EC in Germany has been extended to a reform of administrative and civil justice. The article shows that mediation is not always a means of self-policing in civil society and as such is not necessarily to be placed outside the judicial sphere. Instead, according to the paradigm of the ‘state as guarantor’, procedural law can and should provide adequate judicial means for consensual conflict resolution. The advantages of court-based mediation by judges have been evaluated as part of mediation projects in several states of the Federal Republic of Germany. Some of these projects led to the “amicability judge” model, which is, however, a political compromise. Although the role of judges as mediators is still criticized, transplanting mediation into the proceedings of administrative and civil courts already changes the perspective on the constitutional term of justice of Article 92 of the German Constitution from decision-focused to procedure-focused. Further, a new principle of procedural law can be identified: the judges’ responsibility for conflict diagnosis as a first approach to case management by multi-optional procedures of conflict resolution. But the “Code for the Promotion of Mediation and other Processes of extrajudicial Conflict Resolution” leads only a few steps towards a holistic legal theory of conflict resolution. Extrajudicial conflict resolution needs more interfaces to be connected to traditional court-based conflict resolution and financial incentives to become an accepted part of an appropriate legal protection and conflict resolution system including both ADR and adjudication.*

### Résumé

*Étant donné qu’elle introduit le statut de « juge conciliateur », un hybride entre le médiateur et le juge, la mise en œuvre de la directive 2008/52/CE relative à la médiation peut elle aussi être caractérisée de réforme du système judiciaire. Cette contribution tend à démontrer que la médiation n’est pas seulement un moyen citoyen d’autogestion et qu’elle ne doit donc pas impérativement être établie comme telle en dehors de la sphère publique. L’« État garant » peut et doit plutôt élaborer des moyens judiciaires appropriés permettant de régler les litiges de manière consensuelle. Les avantages d’une médiation par voie judiciaire ont été évalués dans le cadre de projets pilotes dans de nombreux Länder. Certains de ces essais ont servi d’exemple pour le modèle du juge conciliateur, lequel constitue néanmoins un compromis politique. Bien que la média-*

\* Der Beitrag beruht auf einem Vortrag beim *Frankfurter Tag der Rechtspolitik* am 27. November 2012 und entstand im Rahmen eines Fellowships am *LOEWE-Schwerpunkt „außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“* der *Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main*. Der Vortragsstil wurde weitgehend beibehalten.

*tion par un juge fasse toujours l'objet de controverses, le régime légal prévoyant la médiation judiciaire vient modifier le troisième pouvoir. La jurisprudence va désormais au-delà du jugement unilatéral en s'étendant aux possibilités complexes et inter-dépendantes qu'offre la communication juridique. La notion de jurisprudence du point de vue constitutionnel évolue, en étant désormais davantage orientée sur la procédure plutôt que sur la décision finale. Le juge chargé de statuer sur le litige est désormais responsable d'établir un diagnostic du conflit afin de choisir la procédure la plus adaptée parmi les différentes options qui se présentent à lui. Si l'on essaie de ranger la justice dans un système global de règlement des conflits, il convient de constater que la loi sur la promotion de la médiation n'est qu'un premier pas dans la remise à plat des missions qui incombent à la justice au sein d'un système de ce type. D'autres interfaces et incitations financières sont nécessaires, notamment en regard de la médiation extrajudiciaire.*

Eine „richterliche Justizreform“<sup>1</sup> hat ihren vorläufigen Abschluss gefunden. Am 26. Juli 2012 ist das *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*<sup>2</sup> (im Weiteren: Mediationsförderungsgesetz) in Kraft getreten. Wir blicken zurück auf über ein Jahrzehnt richterlicher Mediation in Form von Projekten und Modellversuchen. Mal wurden Mediationsangebote graswurzelartig von engagierten Richterinnen und Richtern und experimentierfreudigen Gerichtsleitungen aufgebaut, mal als politisches Großprojekt von Landesministerien gefördert. Diese gerichtsinterne Mediation wird nun in das sogenannte Güterichtermodell nach § 278 Abs. 5 ZPO überführt. Der Güterichter ist ein vom Präsidium bestimmter Richter, an den der zuständige Richter bzw. Spruchkörper die Beteiligten eines Rechtsstreits für die Durchführung der Güteverhandlung oder für weitere Güteversuche verweisen kann. Er ist nicht zur Entscheidung des Rechtsstreits befugt und kann nach § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO „alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen“. Die Regelung gilt in allen Verfahrensordnungen mit Ausnahme der Strafprozessordnung. Auch Gerichte, die bislang kein Mediationsangebot vorgehalten haben, müssen den Güterichter in ihre Geschäftsverteilungspläne aufnehmen.

In der Mediation streben die Konfliktparteien freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Konfliktbeilegung durch ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren (Phasenmodell) mit Hilfe des Mediators an, eines unabhängigen, neutralen und zugleich allparteilichen Dritten ohne Entscheidungsbefugnis.<sup>3</sup> Dies ist im Gewährleistungsstaat auch eine Justizaufgabe; mit dem Mediationsförderungsgesetz wird der eingangs genannte richterliche Reformimpuls in die Form einer Verfahrensnovelle gegossen, wofür es gute Gründe gab und gibt (dazu unter I.). Die gesetzliche Regelung des justiziellen Mediationsangebots verändert die Dritte Gewalt. Rechtsprechung erweitert sich vom einseitigen Rechtspruch hin zu vielschichtigen und wechselseitigen Möglichkeiten der Rechtskommunikation. Hierzu gibt es im Rahmen der gerichtlichen Mediation kom-

1 *M.J. Seibert*, NVwZ 2008, 365 (365); vgl. auch *E. Fritz/R. Fritz*, FPR 2011, 328 (328); *R. Wimmer/U. Wimmer*, NJW 2007, 3243 (3243); zur Bedeutung richterlicher Einzelinitiative siehe auch *K.M. Ortloff*, NVwZ 2012, 1057 (1057).

2 BGBl. I, S. 1577.

3 Vgl. die Legaldefinitionen in § 1 MediationsG; zur Vielzahl der Definitionsversuche vgl. *N. Alexander/J. Ade/C. Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement (2005), S. 74 f.; siehe auch *U. Zepf*, DÖV 2012, 631 (631 m.w.N.).

munikationstheoretisch beschreibbare Impulse, die auf eine verfassungsrechtliche Entsprechung treffen (dazu unter II.). Wird der Versuch unternommen, die Justiz in ein umfassendes System der Konfliktbehandlung einzuordnen, so ist festzustellen, dass wir mit dem Mediationsförderungsgesetz erst am Anfang einer Aufgabenkritik der Justiz in einem solchen System stehen (dazu unter III.).

### *I. Warum Mediation auch eine Aufgabe der Justiz ist*

Nichts war im Gesetzgebungsverfahren<sup>4</sup> so umkämpft wie das Verhältnis der freiberuflichen Mediation zu den Mediationsangeboten der Justiz. Im Regierungsentwurf war die gerichtsinterne Mediation noch neben außergerichtlicher und gerichtsnaher Mediation unter dem Vorbehalt des Landesrechts vorgesehen. Der Rechtsausschuss des Bundestages setzte sich hiergegen mit seinem Modell durch, die gerichtsinterne Mediation unter dieser Bezeichnung zu streichen und bundesweit in ein sogenanntes „erweitertes Güterichtermodell“ zu überführen. Der Güterichter sollte ein aliud zum Mediator sein, gekennzeichnet allein durch seine fehlende Entscheidungsbefugnis. Im Vermittlungsausschuss, der unter anderem von Hessen zum Erhalt der gerichtsinternen Mediation angerufen wurde, einigte man sich auf die umfassende Methodenkompetenz des Güterichters. Er darf auch eine „vollwertige“ Mediation anbieten.

Trotz einiger Schwächen im Detail handelt es sich bei der Sicherstellung von Mediationsangeboten der Justiz um eine richtige wie wichtige Fortentwicklung des Prozessrechts.

Mediation ist nicht zwingend als Instrument der zivilgesellschaftlichen Selbststeuerung zu begreifen. Nach dem Leitbild des Gewährleistungsstaats bleibt der Staat verantwortlich für eine angemessene Funktionsweise bei der Erfüllung seiner Aufgaben, ohne selbst die konkreten Ergebnisse zu verantworten. Beteiligte eines Rechtsstreits behalten bei einem derartigen Verständnis der Staatsaufgabe „Justiz“ auch selbst die Verantwortung für die Lösung ihrer Konflikte.<sup>5</sup> Die Konfliktlösung kann im Wege gesellschaftlicher Selbststeuerung unter Beachtung des staatlichen Gewaltmonopols und des Verbots von Selbstjustiz angestrebt werden, aber auch durch eine moderierende oder mediative staatliche Unterstützung als kooperative Form justizieller Streitbehandlung. Der konventionelle Rechtsstreit sollte nicht immer die erste Wahl der Konfliktlösung sein. Jedenfalls aus Nachfrageperspektive ist die Delegation an den Richter oft ultima ratio der Streitkultur, wenngleich das Staatsleitbild des Gewährleistungsstaates nicht zur Rechtfertigung von Beschränkungen beim Zugang zum Streitentscheidungsangebot der Justiz dienen kann. Es zielt nämlich nicht auf einen Verantwortungsrückzug oder eine vollständige Staatsentlastung, sondern auf eine Veränderung der Modi der Ver-

4 Zum Folgenden siehe: BT-Drs. 17/5335 (Regierungsentwurf); BT-Drs. 17/8058, insbes. S. 17ff. (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages); BR-Drs. 10/12 B (Anrufung des Vermittlungsausschusses); BR-Drs. 377/12 (Ergebnis des Vermittlungsausschusses).

5 Zur Rezeption des Leitbildes in der Justizreformdebatte grundlegend *W. Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190 (193); ders., Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates (2001), insbes. S. 24 ff., 52 ff., 63 ff. 243; aus jüngerer Zeit: *J. von Bar gen*, Verw 43 (2010), 405 (420 f.).

antwortungsübernahme. Die verschiedenen Möglichkeiten der Konfliktbewältigung sind in staatlicher Verantwortung so aufeinander abzustimmen, dass der Zugang zur eigenverantwortlichen Konfliktlösung niedrigschwellig ist, aber zugleich der Zugang zum Recht nicht belastet wird. Diese Optionenvielfalt ist auch in der Breite zu „gewährleisten“. Insbesondere dort, wo kein Markt für freiberufliche Mediation entstehen kann oder dieser Markt aus sozialstaatlicher Perspektive zu exklusiv ist, z.B. bei sehr vielen sozialrechtlich geprägten Konflikten, muss es staatliche Mediationsangebote geben.

Die aktuelle Prozessrechtsreform folgt der grundrechtlich fundierten Tugend, Prozessrechtsverhältnisse nicht fremdbestimmter und eingriffintensiver als notwendig auszugestalten.<sup>6</sup> Das materielle Recht bzw. das Verwaltungsverfahrenrecht drängt die Konfliktparteien nämlich viel zu häufig in den Prozess: Kurze Verjährungs- und Ausschlussfristen z.B. im Arbeitsrecht, die einmonatige Klagefrist nach Erlass des Widerspruchsbescheides im Verwaltungsrecht lassen wenig Raum für eigenverantwortliche Konfliktlösung. Eine überlastete Verwaltung wird oft ihrer Kommunikationsverantwortung nicht gerecht, das Widerspruchsverfahren verkommt dann zur bloßen Förmerei. Die Justiz muss in solchen Fällen die Möglichkeit haben, konsensuale Streitbehandlungsbedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger aufzugreifen.

Im Gericht funktioniert das am besten durch einen anderen Richter. Das hat die empirische Forschung gezeigt.<sup>7</sup> Die gerichtliche Mediatorin oder der Güterichter sind am ehesten in der Lage, die Beteiligten mit ihren Bedürfnissen nach Konsens dort „abzuholen“, wo sie gerade sind, nämlich im Gericht. Daneben gibt es zwar seit 2002 auch die Möglichkeit der gerichtsnahen Mediation durch freiberufliche Mediatoren. Hier scheitern die Parteien allerdings oft an der Hürde, sich auf einen gemeinsamen Mediator, vor allem einen gemeinsam zu bezahlenden Mediator zu einigen. Ob die jüngst im Mediationsförderungsgesetz in § 69 b KKG geschaffene Möglichkeit zur landesrechtlichen Regelung von Kostenanreizen hier Abhilfe schaffen kann, bleibt abzuwarten.

Die ausdrückliche Nennung der Mediation als Methode des Güterichters im Gesetz war ebenfalls aufgrund der empirischen Forschung angezeigt. Auch im methodenoffen ausgestalteten Güterichter-Modellprojekt in Thüringen hat sich die Mediation in der weit überwiegenden Anzahl der Verfahren als *die* konfliktangemessene Methode herausgestellt.<sup>8</sup>

Schließlich: Die gerichtsinterne Mediation und das Güterichtermodell waren und sind erfolgreich: Im bayerischen Projekt an acht Landgerichten wurden 753 Güteversuche durchgeführt, die in 520 Einigungen mündeten, dies entspricht 69 %.<sup>9</sup> In der hessischen Sozialgerichtsbarkeit wurden im Jahr 2011 342 Verfahren in die Mediation abgegeben

6 Vgl. dazu G. Steinberg, Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit (2010), S. 10 ff., 60 ff., 65, 190 ff., der sich allerdings für eine gerichtsferne Mediation ausspricht, in: DRiZ 2012, 19 (21); im Erg. wie hier: A. Sarhan, JZ 2008, 280 (285 f.).

7 R. Greger, RabelsZ 74 (2010), 781 (785) zum bayerischen Güterichter-Modellversuch: Die Beteiligten eines Güterichterverfahrens würden zu 86,4 % in einem vergleichbaren Fall erneut eine Verhandlung vor dem Güterichter anstreben, aber nur zu 3,8 % einen nicht-richterlichen Mediator einschalten.

8 R. Greger/H. Unberath, Thüringer Projekt Güterichter, Abschlussbericht (2011), Teil 1, S. 12; vgl. auch R. Greger, ThürVBl 2010, 6 (7).

9 R. Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter (2007), S. 13.

und 305 mit Erfolg abgeschlossen, dies entspricht 89 %.<sup>10</sup> Es handelt sich dabei um einen effizienten Einsatz von Richterarbeitskraft. Der durchschnittliche Zeitaufwand des Mediators lag bei Erhebungen der hessischen Sozialgerichtsbarkeit unter den entsprechenden Basiszahlen der Personalbedarfsberechnung. Werden mehrere Gerichtsverfahren in einem Mediationstermin behandelt, ist der Effizienzgewinn um das jeweilige Vielfache gesteigert. Effektiv ist der Einsatz richterlicher Arbeitskraft in der Mediation, da durchaus häufig andere Rechtsstreite oder Widerspruchsverfahren gleichsam „miterledigt“ und angedrohte Klagen nicht erhoben werden. Die gerichtsinterne Mediation zeichnet sich bei alledem durch eine hohe Zufriedenheit der Beteiligten aus. In der bayerischen Sozialgerichtsbarkeit waren 92,5 % der Mediationsbeteiligten mit dem Verfahren zufrieden.<sup>11</sup>

Mediation ist für die Justiz sicherlich ein Nischenprodukt: Häufig ist die streitige Rechtsfrage mit dem hinter der Rechtsposition stehenden Interesse deckungsgleich. Dann ist das Urteil bzw. die Rücknahme oder das Anerkenntnis die richtige Lösung. Dies ist aber nicht immer so: Die Wahl des falschen Konfliktlösungsinstruments verursacht bei allen Beteiligten erheblichen Arbeitsaufwand und wegen der Unzufriedenheit mit dem gewählten Weg zum Gericht droht eine weitere Konflikteskalation, im schlimmsten Fall folgen weitere Rechtsstreite. Dem kann die Mediation entgegenwirken.

Ein Beispiel:

Herr K. – vielleicht auch: Josef K., denn der Fall hätte kafkaesk enden können – hat vor vielen Jahren einen Wehrdienstunfall erlitten und bezog deshalb Leistungen nach dem Bundesversorgungsgesetz. Er war streitfreudig und begehrte wieder einmal die Anpassung seiner Leistungen, u.a. einer Beschädigtenrente. Um dem Anliegen von Herrn K. zu entsprechen, mussten zwei Behörden der Versorgungs- und Wehrdienstverwaltung zusammenarbeiten. Die Vielzahl der Eingaben des Herrn K. und zwei Dienstaufsichtsbeschwerden führten zu hektischer Betriebsamkeit in den Behörden, Aktenversendungen und innerbehördliche Berichtsansforderungen von Vorgesetzten beschäftigten die Sachbearbeiter, das eigentliche Hauptanliegen der Anpassung der Rente geriet zunehmend aus dem Blick. Herr K. erhob mehrere Untätigkeitsklagen, parallel setzte er seine Korrespondenz fort. Die Mitarbeiter der Behörden „rotierten“, es entstanden dort Konflikte untereinander, wie mit dem schwierigen Herrn K. umzugehen sei – bei weiterem Stillstand in der Sache.

Was hätte ein Urteil gebracht? Die Behördenmitarbeiter wussten selbst, dass das Verwaltungsverfahren zum Abschluss gebracht werden muss.<sup>12</sup>

In der Mediation konnte der Vertreter des Versorgungsamts Herrn K. die notwendigen Arbeitsschritte für die Bearbeitung seiner Anträge erklären. Herr K. verstand nun, wo er selbst „Sand ins Getriebe“ geworfen hatte. Auf Behördenseite sah man Defizite im professionellen Umgang mit dem Anliegen. Als Lösung wurde ein Zeitplan erstellt. Herr K. verpflichtete sich, für einen bestimmten Zeitraum auf weitere Eingaben und Untätigkeitsklagen zu verzichten, die Versorgungsverwaltung verpflichtete sich zu ganz

10 Unveröffentlichte Statistik.

11 U. Becker/N. Friedrich, Mediation in der bayerischen Sozialgerichtsbarkeit – Abschlussbericht zur Evaluation eines Modellprojekts, MPISoc Working Paper 3/2009, S. 52.

12 Die Untätigkeitsklage nach § 88 SGG ist allein auf Bescheidung gerichtet. Die Voraussetzungen eines materiell-rechtlichen Anspruches müssen nicht bewiesen sein.

konkreten Zeitvorgaben für die Entscheidung, die weiteren Verfahrensschritte in der Zusammenarbeit mit der anderen Behörde wurden festgelegt und die Art und Weise der medizinischen Sachverhaltsaufklärung geregelt – letzteres war ein weiterer Konflikt-herd, der in der Mediation erkannt und entschärft werden konnte. Die Untätigkeitsklagen wurden für erledigt erklärt. Es folgten – soweit ich das überblicken kann – keine weiteren Rechtsstreite.

Mediationsangebote der Justiz haben mithin ihre Berechtigung: Verfahrensrechtlich durch § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO, haushaltspolitisch aufgrund ihrer Effektivität und Effizienz und nicht zuletzt aufgrund der Erwartungen der Bürgerinnen und Bürger an eine zeitgemäße Dritte Gewalt, die deren spezifische Streitbehandlungsbedürfnisse erkennt.

## II. Vom Rechtspruch zur Rechtskommunikation: Wie Mediation die Justiz verändert

Rechtsprechung und Mediation bearbeiten Konflikte konstruktiv zunächst einmal in unterschiedlichen Dimensionen. Rechtsprechung zielt nach hergebrachtem Verständnis auf Rechtsfindung im Einzelfall. Wesentlich sei die Entscheidung, die „der Rechtskraft fähige Feststellung dessen, was im konkreten Fall rechtens ist.“<sup>13</sup> Der am Anspruchssystem ausgerichtete subjektive Rechtsschutz reduziert die Komplexität der Behandlung eines sozialen Konflikts ganz erheblich und macht ihn dadurch erst „entscheidbar“. Rechtsprechung ist aber weder auf dauerhafte Konfliktbewältigung noch auf optimale Interessenverwirklichung angelegt. Rechtsprechung garantiert keinesfalls die Einsicht des Unterlegenen in die Richtigkeit des Urteils oder einen einzelfallgerechten Interessenausgleich. Interessenverwirklichung findet hingegen in der Mediation statt: Die Beteiligten werden durch eine Kommunikation im Phasen-Modell angeleitet, sich von den eingenommenen Positionen zu lösen und durch kooperatives Verhandeln eine maximale Interessenverwirklichung beider Seiten zu erreichen. Recht wird dort metaphorisch entweder als Schattenspende wahrgenommen, bildlich für den Verhandlungsrahmen – „bargaining in the shadow of the law“<sup>14</sup> – oder gar als aufdringlicher, die Aufmerksamkeit der Medianden auf sich ziehender Elefant – so *Jack Himmelstein*.<sup>15</sup> Recht ist aber nicht der führende Code der Kommunikation.

Gleichwohl hat das Recht in der Mediation seinen Platz. Eine Konfliktlösung ist nur nachhaltig, wenn das gefundene Verhandlungsergebnis nicht wegen seiner Rechtswidrigkeit verworfen werden kann. In der gerichtlichen Mediation trifft den Richter kraft Amtes die Verantwortung, die Beteiligten zu einem Interessenausgleich innerhalb der Grenzen des Rechts anzuleiten.

---

13 *BVerfG*, Beschluss vom 3. August 2004 – 1 BvR 135/00, 1 BvR 1086/01 – *NJW* 2004, 2725 (2726).

14 *R. Mnookin/L. Kornhauser*, 88 *Yale L.J.* (1978/79), 950.

15 Zitiert nach *L. Ripke*, in: F. Haf/ K. Schlieffen, *Handbuch Mediation*, 2. Aufl. (2009), § 7 Rn. 18.

Der mediierende Richter steht nun vor einem Hindernis: Ein Richter kann nicht nicht Recht sprechen, würde *Paul Watzlawick*<sup>16</sup> sagen. Nach dem Idealbild der Rechtskommunikation im Erkenntnisverfahren nehmen die Parteien eines Rechtsstreits die richterliche Nachricht allein in ihrem rechtlichen Informationsgehalt oder als Prognose zum Ausgang des Rechtsstreits wahr; in einer entscheidungsorientierten Kommunikation ist dies auch sachgerecht. Dem entspricht die gängige Auffassung vom richterlichen Vergleichsgespräch, welches durch die Äußerung einer vorläufigen Rechtsansicht sowie den Hinweis auf entsprechende Unwägbarkeiten und die Beweislast gekennzeichnet ist.<sup>17</sup> Die Verhandlungen zwischen den Parteien sind dann auch dadurch geprägt, wie sehr die richterliche Einschätzung vom Recht und die eigene Ansicht übereinstimmen. Das folgende Herantasten an den kleinsten gemeinsamen Nenner führt vielleicht zum Kompromiss, nicht aber zur bestmöglichen Interessenverwirklichung – und hat folglich nichts mit Mediation zu tun.

Dieses kommunikationstheoretische Dilemma wird mit dem Güterichtermodell zunächst dadurch teilweise aufgelöst, dass Güterichter und Streitrichter nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO personell getrennt sind. Bereits *Fabio Chigi*, der spätere *Papst Alexander VII.*, betonte anlässlich der Verhandlungen zum Westfälischen Frieden, Mediation sei mit dem Amt des Richters unvereinbar,<sup>18</sup> wobei er allerdings den Schiedsrichter (*arbiter*) meinte. Mediation zielt auf kooperatives Verhandeln. Kooperatives Verhandeln wird erschwert oder unmöglich gemacht, wenn die Verhandlungspartner nicht gemeinsam um gegenseitiges Verstehen ringen, sondern mit ihrer Argumentation vorrangig den Dritten beeindrucken wollen. Die Wahrnehmung der Möglichkeit einer auch nur graduellen Entscheidungsdelegation als Option innerhalb der Verhandlung beeinträchtigt die Kraft der Selbstverantwortung.

Präzisieren wir die Fragestellung zum verbleibenden Problem: Wie kann oder soll ein Güterichter *über* Recht sprechen, wenn er nicht Recht sprechen kann? Insbesondere in den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten ist diese Herausforderung den gerichtlichen Mediatoren vertraut: Der Mediator hat die Aufgabe, die Medianden zu der notwendigen Kommunikation über die Rolle des Rechts bei der Lösung ihres Konfliktes

16 In Anlehnung an: *P. Watzlawick/J.H. Beavin/D.D. Jackson*, *Pragmatics of human communication: A study of interactional patterns, pathologies, and paradoxes* (1967), 48 f.: “Now, if it is accepted that all behavior in an interactional situation has message value, i.e., is communication, it follows that no matter how one may try, *one cannot not communicate.*” Im Folgenden soll es allerdings weniger um den Verhaltensaspekt richterlicher Kommunikation und die Unmöglichkeit des Nicht-Verhaltens gehen, sondern vielmehr um das Problem der Verkürzung richterlicher Kommunikation auf entscheidungsorientierte Botschaften im „binären Schematismus des Rechts“ (*N. Luhmann*).

17 Statt vieler: *D. Assmann* in: B. Wieczorek/R.A. Schütze, *ZPO*, Zweiter Band 2. Teilband, 3. Aufl. (2008), § 278 Rn. 7 m.w.N.

18 Vgl. *K. Reppen*, *Dreißigjähriger Krieg und Westfälischer Frieden*, 2. Aufl. (1999), S. 703; siehe auch *M. Hehn* in: F. Haft/ K. Schlieffen, *Handbuch Mediation*, 2. Aufl. (2009), § 8 Rn. 14.

anzuleiten. Wie gelingt dies aber, ohne in ein Denken in Positionen zurückzufallen? Wie gelingt dies, ohne als entscheidender Richter wahrgenommen<sup>19</sup> zu werden?

Die Erwartungen der Beteiligten an den Ausgang des Rechtsstreits sind Teil ihrer jeweiligen Konflikterzählung und haben ihren Platz in der zweiten Phase der Mediation.<sup>20</sup> Dies verwirklicht den Grundsatz der Informiertheit. Der Mediator kann möglicherweise bereits hier schon etwas darüber erfahren, ob und wie die eingenommene Position mit den dem Konflikt zu Grunde liegenden Interessen zusammenhängt.

Der Wunsch nach der Einhaltung des Rechts kann aber auch ein Interesse sein. Warum nimmt ein Behördenvertreter die Position ein, eine Sozialleistung zu verweigern? Weil Vorrang und Vorbehalt des Gesetz gelten und aus seiner Sicht kein Anspruch besteht, weil sich der Beamte als Organ einer rechtsstaatlichen Verwaltung sieht und damit auch sein Selbstverständnis der Erfüllung seiner Dienstpflichten als Beamter berührt ist.<sup>21</sup> Beim hilfesuchenden Bürger kann nun im Gespräch mit dem Behördenvertreter Akzeptanz oder Einsicht in dieses Interesse entstehen. Die Interessenklärung als dritte Phase der Mediation kann aber auch mögliche Diskrepanzen zwischen juristischem Wunschenken und tatsächlicher Rechtslage bei der Behörde zu Tage fördern. Dies kann zu einer produktiven Verunsicherung beim Beamten führen und so Spielraum für eine Verhandlungslösung schaffen. Mediatoren fördern die Interessenklärung durch den Einsatz von Kommunikationstechniken, nicht durch eigene Bewertungen oder die Äußerung eigener Rechtsansichten.

In den Schlussphasen muss die Mediation sicherstellen, dass die Beteiligten die Annehmbarkeit einer gefundenen Lösung umfassend prüfen können. Auch hier können medierende Richter durch zukunftsgerichtetes Fragen oder Fragen nach der Tragfähigkeit die Kommunikation von den Grenzen des Rechts her anleiten, ohne selbst Rechtsansichten zu äußern.<sup>22</sup> Die Mediation zielt in dieser Phase schließlich auf eine durch vertragliche Vereinbarung selbst zu gestaltende rechtliche Konstruktion, die möglichst alle Parteibedürfnisse berücksichtigt. Die Vertragsgestaltung mit juristischen Mitteln enthält ein Innovationspotential, das zum Erreichen der angestrebten Lösung fruchtbar gemacht werden kann.<sup>23</sup> Die Beteiligten der Mediation praktizieren „diskursive Rechtsanwendung“.<sup>24</sup> Legitimiert wird diese diskursive Rechtsanwendung je nach Rechtsregime durch Vertragsfreiheit, die Dispositivität von Recht, gesetzliche Kooperationsgebote, Ermessen, Beurteilungsspielraum oder durch die Offenheit der Tatsachen- oder Rechtslage. Insbesondere die unbestimmte Rechtsbegriffe verwendende, auf Einzelfallgerechtigkeit in der pluralistischen Gesellschaft abzielende Gesetzgebungs-

19 Die folgenden Ausführungen betreffen die Möglichkeit des Rollenwechsels und klammern die Wahrscheinlichkeit des Gelingens aus; hierüber wurde schon genug geschrieben, dezidiert kritisch z.B. *M. Mattioli/T. Trenczek*, BJ 103 (2010), 323 (324); *U. Sick*, ZRP 2007, 203; *D. Warwel*, Gerichtsnahe Mediation (2007), S. 124 ff.; differenzierend *F. Schreiber*, BJ 77 (2004), 216; *P. Brändle/F. Schreiber*, BJ 95 (2008), 351 (354 f.); speziell zum medierenden Güterichter in der Sozialgerichtsbarkeit kritisch: *O. Ziegler*, GesR 2012, 520 (523 f.).

20 Vgl. dazu *L. Ripke*, in: F. Haft/ K. Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. (2009), § 7 Rn. 18.

21 Vgl. *P. Brändle/F. Schreiber*, BJ 95 (2008), 351 (353).

22 Vgl. *R. Greger*, Abschlussbericht zur wissenschaftlichen Begleitung des Pilotprojekts Mediation in der bayerischen Verwaltungsgerichtsbarkeit (2011), S. 97.

23 So bereits *J. Risse*, BB Beilage 1999, Nr. 9, 1 (5).

24 Speziell zum Öffentlichen Recht: *K.M. Ortloff*, in: F. Haft/K. Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. (2009), § 41 Rn. 25 ff.; *U. Zepf*, DÖV 2012, 631 (632 f.).

technik schafft hier – je nach rechtstheoretischem Vorverständnis – rechtliche oder zumindest faktische Spielräume.<sup>25</sup>

Häufig berühren die gefundenen Lösungen aber gar nicht Fragen der Rechtsbindung, sondern regeln nur, wie man künftig miteinander umgeht – wie das oben genannte Beispiel zeigt.

Nun mögen Sie einwenden: „Was hat das noch mit Rechtsprechung zu tun, es fehlt doch gerade eine Entscheidung?“

Über diese Frage diskutiert sowohl die Staatsrechtslehre als auch die Mediationsgemeinschaft seit der Dissertation von *Andreas Voßkuhle*. Er sieht in der Rechtsprechung einen „aktionistischen Begriff“, der nicht primär durch das Ergebnis des Urteils, sondern vornehmlich durch die Art und Weise der Tätigkeit geprägt wird.<sup>26</sup> Das Spezifikum der Rechtsprechung sei hiernach das „Neutrale Verfahren“, welches durch zwei Elemente geprägt werde: Die Verfahrensleitung obliege dem Richter als unbeteiligten Dritten, der innerlich unabhängig sei; das Verfahren sei ein objektiver Entscheidungsfindungsprozess, der durch Gleichheit auf dem Weg zum Richter, Rechtsanwendungsgleichheit, Gleichheit vor dem Richter sowie durch das Gebot eines fairen Verfahrens gekennzeichnet sei.<sup>27</sup> Rechtsprechung im Sinne des Art. 92 GG seien hiernach „alle Aufgaben, die aufgrund ihres speziellen Leistungsprofils offensichtlich nur in dem von der Verfassung vorgegebenen ‚Neutralen Verfahren‘ als stark selektivem Verfahren bewältigt werden können, wobei die von der Verfassung selbst in Form konkreter Richtervorbehalte getroffenen Zweckmäßigkeitentscheidungen zu berücksichtigen sind.“<sup>28</sup> Auf das Urteil als notwendiges Begriffsmerkmal von Rechtsprechung kann letztlich verzichtet werden; es ist lediglich eine Zielsetzung des „Neutralen Verfahrens“.

Für diese Auffassung spricht bereits der rechtstatsächliche Befund, da die Verfahrensbeendigung durch Sachentscheidung nicht die Regel darstellt.<sup>29</sup> In der hessischen Sozialgerichtsbarkeit wurden 2011 erstinstanzlich nur 15,3 Prozent der Klagen durch Urteil oder Gerichtsbescheid entschieden.<sup>30</sup> Der Weg über das Gericht führt oftmals zum Ziel des Konsenses, oder zumindest zur Einsicht. Dies sah bereits 1967 auch der Bundesgerichtshof: Die „gütliche Beilegung von Rechtsstreiten“ spiele „erfahrungsgemäß in der gerichtlichen Praxis eine erhebliche Rolle“, gehöre „zu den bedeutungsvollsten Aufgaben des Richters“ und sei „daher ebenso wie der Rechtspruch dem Kernbereich richterlicher Tätigkeit zuzuordnen“.<sup>31</sup> Zwar ist nicht jede richterliche Aufgabe

25 Diese Erkenntnis ist nicht neu, vgl. zur Güteverhandlung bereits *O. Kahn-Freund*, JW 1930, 388 (390 f.) unter Bezugnahme auf *M. Webers* Analyse vom Verlust formaler Legalität zugunsten materialer (Einzelfall-)Gerechtigkeit.

26 *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (1993), S. 94; siehe die ausführliche Auseinandersetzung mit diesem Ansatz bei *J.M. von Barga*, Gerichtsinterne Mediation (2008), S. 191 ff.

27 *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (1993), S. 94 bis 141.

28 *A. Voßkuhle*, Rechtsschutz gegen den Richter (1993), S. 141.

29 So auch ausdrücklich *B. Hess*, ZZZ 124 (2011), 137 (148) mit Daten; ähnl. *J. von Barga*, Verw 43 (2010), 405 (413).

30 *Hessisches Statistisches Landesamt*, Statistische Berichte B VI 5 – j/11, Die Tätigkeit der Sozialgerichte in Hessen im Jahr 2012, Juni 2012.

31 BGH, Dienstgericht des Bundes, Beschluss vom 9. März 1967 – RiZ (R) 2/66 – BGHZ 47, 275 (287).

i.S.d. Art. 97 GG auch eine Aufgabe der Rechtsprechung i.S.d. Art. 92 GG.<sup>32</sup> Die Zuordnung der konsensualen Streitbehandlung im gerichtlichen Verfahren kann aber gleichwohl als Gewaltenteilungsproblem verstanden werden: Als Kontrollüberlegung mag die Frage dienen, welches Maß eine Übertragung von Konfliktlösungsaufgaben aus dem gerichtlichen Verfahren auf die Exekutive annehmen müsste, um nicht als Problem der richterlichen Unabhängigkeit, sondern als Problem der Gewaltenteilung wahrgenommen zu werden.<sup>33</sup> Die abgrenzende Funktion des Art. 92 GG verwirklicht sich gerade darin, nicht nur die Entscheidung als Ziel, sondern gerade den Prozess als Weg zum Rechtsfrieden dem Richter anzuvertrauen. Und wenn der Weg Rechtsprechung ist, dann ist auch die Weggabelung zum Konsens Rechtsprechung. Das Neutrale Verfahren und die damit einhergehenden spezifischen Vorstellungen von Verfahrensgerechtigkeit sind das Wesen der Rechtsprechung.

Daraus folgt natürlich nicht, dass Mediation als solche einem Justizmonopol unterfällt.<sup>34</sup> Die Grundrechte der Medianden und freiberuflichen Mediatoren sowie das Bedürfnis, die Mediation gerade staatsfern zu praktizieren, gewährleisten die Mediation in der Sphäre der Zivilgesellschaft. Mit dem Güterichtermodell wird indes die konsensuale Streitbehandlung an den objektiven Entscheidungsfindungsprozess des Erkenntnisverfahrens angekoppelt. Allein diese verfahrensrechtliche Ausgestaltung des Güterichtermodells eröffnet die Funktionszuweisung zur Rechtsprechung,<sup>35</sup> wenn man dem eben dargestellten Rechtsprechungsbegriff folgt.

Das Güterichterangebot und die Mediation verändern schließlich die verfahrensrechtliche Sichtweise auf die Tätigkeit der streitentscheidenden Richterinnen und Richter. Ihnen weist das Gesetz die Aufgabe zu, die Fälle in ihrem Dezernat daraufhin zu untersuchen, ob die streitige Entscheidung die angemessene Form der Konfliktbehandlung ist. Da das Verfahrensrecht mit dem Güterichtermodell und der gerichtsnahen Mediation verschiedene Streitbehandlungsoptionen bereit hält, tritt zu den bisherigen Funktionen des Erkenntnisverfahrens die eines Suchverfahrens um die angemessene Form der Konfliktbehandlung hinzu. Der zuständige Richter hat insoweit eine „diagnostische Verantwortung“,<sup>36</sup> wie es *Simon Roberts* zur Reform der Civil Procedure Rules in England formulierte. Ob das Güterichtermodell künftig bundesweit zu einer verbesserten Streitbehandlung führt, hängt in hohem Maße davon ab, ob die Richterschaft in ihrer ganzen Breite diese Aufgabe der Konflikt diagnose wirklich annimmt. Dies setzt Akzeptanz für die Vielfalt des Konfliktlösungsangebots und Kenntnis, unter anderem von den Potentialen der Mediation voraus. Es bleibt schließlich zu hoffen, dass sich mit der gesetzlichen Regelung die ideologischen Vorbehalte gegen die Mediation auflösen. Denn nur

---

32 Dies wird allerdings in der Argumentation von *N. Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit (2011), S. 202 und von *B. Hess*, ZJP 124 (2011), 137 (148) übersehen.

33 Vgl. *K.M. Ortloff*, in: K. Schlieffen/C. Nierhauve, Professionalisierung und Mediation (2010), S. 119 (120). Zum Gewaltenteilungsproblem des Mediationsangebots durch die Justizverwaltung vgl. *J. von Barga*, DVBl. 2004, 468.

34 Unbegründet daher die Befürchtung von *C.D. Classen*, in: von Mangold/Klein/Starck, GG, Band 3, 6. Aufl. (2010), Art. 92 Rn. 10, Rn. 25 Fn. 94.

35 Unklar insoweit *J.M. von Barga*, Gerichtsinterne Mediation (2008), S. 207 ff., für den offenbar die Klageerhebung hinreichend ist.

36 *S. Roberts*, 63 ModLRev (2000), 739 (745); zur dortigen Reform siehe *C. Althammer*, JZ 2006, 69.

dann werden die zur Streitentscheidung berufenen Richterinnen und Richter die geeigneten Fälle identifizieren und abgeben.

### *III. Die spezifische Funktion der Justiz in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung*

1997 entwarf der damalige Hamburger Justizsenator und spätere Bundesverfassungsrichter *Wolfgang Hoffmann-Riem* sein Modell einer sogenannten „angebotsorientierten Rechtsschutzordnung“.<sup>37</sup> Er sah die Methoden der „Alternativen/Angemessenen Konfliktlösung“ als zivilgesellschaftlichen Faktor der Justizentlastung, ohne die Verantwortung des Staates für eine umfassende Aufgabe der Konfliktlösung zu negieren. In der staatlichen wie zivilgesellschaftlichen Sphäre sollen nach diesem Modell zur Konfliktbehandlung Optionen zur Verfügung gestellt werden, aus denen sich die Beteiligten die für den jeweiligen Konflikt am besten geeignete Form aussuchen können. Das Rechtsschutzsystem wird so um weitere problemangemessene Formen der Konfliktbewältigung erweitert, ohne dass eine Ersetzung der hergebrachten Rechtsschutzformen der Justiz angestrebt wird.

Einzelne Elemente einer solchen angebotsorientierten Rechtsschutzordnung wurden in den letzten fünfzehn Jahren diskutiert, eine übergreifende Debatte über die Aufgabe der Justiz in einem solchen umfassenden Konfliktbeilegungssystem, wie sie *Hoffmann-Riem* anstoßen wollte, wurde nicht mit der gebotenen Intensität geführt<sup>38</sup> – auch nicht anlässlich der Umsetzung der sog. Mediationsrichtlinie 2008/52/EG durch das Mediationsförderungsgesetz.

Aktuell zeigt der rechtspolitische Stellenwert des Güterichtermodells, dass eine professionell begleitete konsensuale Streitbehandlung vorgerichtlich zu selten erwogen wird. Die Justiz muss diese Option – wie eingangs ausgeführt – gleichsam „im Nachhinein“ anbieten. Es fehlt nach wie vor an Akteuren und Institutionen, die in entsprechenden Optionen denken, niedrighschwellige Angebote bereithalten und mit Beratungsleistungen den Konfliktparteien zur Seite stehen. Dies wird durch die Rechtsanwaltschaft nur teilweise geleistet. So hat sich zwar die Mediation in Scheidungs- und Sorgerechtskonflikten nicht zuletzt dank anwaltlichen Engagements etablieren können. Auf anderen Konfliktfeldern sehen viele Anwälte aber nach wie vor den „Kampf um’s Recht“ als Mittel der Wahl an. Kooperative Verhandlungsstrategien werden als Zeichen der Schwäche oder des Nachgebens wahrgenommen. Außergerichtliche Mediationen sollen auch schon daran gescheitert sein, dass sich zwei Rechtsanwälte nicht auf eine Kollegin oder einen Kollegen als Mediator einigen konnten. Auch die Aufgeschlossenheit einiger Rechtsschutzversicherer für Mediation konnte noch nicht zur umfassenden außergerichtlichen Etablierung beitragen. Anders als in den USA fehlen nach wie vor

37 ZRP 1997, 190.

38 Ausnahmen bestätigen die Regel, etwa *E.H. Ritter*, NJW 2001, 3440; *S. Breidenbach*, Außergerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit den Gerichtsverfahren. in: P. Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, 2002, S. 117; *R. Fritz* in: U. Gläßer/K. Schroeter, Gerichtliche Mediation. Grundsatzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven (2011), S. 381.

im Stadtbild oder im virtuellen Raum des Internets sichtbare Beratungs- und Dienstleistungsangebote wie „Konfliktlösungszentren“. Die schlanke Regelung des § 278 a ZPO zur gerichtsnahen Mediation schafft nicht automatisch eine Verknüpfung von Rechtsprechung mit zivilgesellschaftlichen Angeboten, wie sie etwa in bestimmten Ausgestaltungen von „Multi-Door Courthouses“ in den USA gelungen ist.<sup>39</sup>

Durch die weitere Stärkung der freiwilligen außergerichtlichen Konfliktbeilegung würde sich die Rolle der Justiz in einem angebotsorientierten Rechtsschutzsystem verändern. Wegen der Unterschiedlichkeit der Konflikte und der verschieden ausgeprägten Lösungskompetenz der Beteiligten würden die Gerichte ihre Bedeutung als Zentren rechtsbasierter Streitbehandlung nicht verlieren. In deutlich mehr Fällen als heute könnte sich die Justiz aber auf die Konflikt diagnose beschränken und Wege zur Konfliktlösung am Gerichtssaal vorbei weisen. Zur sachgerechten Erfüllung dieser wichtig bleibenden, aber keineswegs exklusiv zu verstehende „Verteilerrolle“ sind weitere Schnittstellen und Vernetzungsmöglichkeiten zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Konfliktbeilegung erforderlich und neue Instrumente der Feinsteuerung notwendig. Der Gesetzgeber muss erneut tätig werden.

Nur zwei Beispiele:

Wenn wir wollen, dass die Justiz über konkrete außergerichtliche Mediationsangebote informiert und sich so vernetzt, dann muss dieses staatliche Informationshandeln gesetzlich geregelt werden, denn es berührt die Berufsfreiheit der freiberuflichen Mediatoren und es geht nach derzeitiger Rechtslage, anders als bei Sachverständigen und Pflichtverteidigern, gerade um ein Informationshandeln außerhalb des eigenen (gegenwärtigen) Aufgabenbereiches.

Wenn wir wollen, dass die Optionenwahl zwischen verschiedenen Streitbehandlungsangeboten besser koordiniert wird, dann brauchen wir Koordinatoren.<sup>40</sup> Deren Rechtstellung und Kompetenz ist insbesondere im Verhältnis zum streitentscheidenden Richter gesetzlich klar zu regeln, wenn der Koordinator bezüglich eines anhängigen Rechtsstreits tätig werden soll. Insbesondere ein Koordinationsangebot der Gerichtsverwaltung kann sich als Problem der richterlichen Unabhängigkeit darstellen. Art. 97 GG garantiert den Verfahrensbeteiligten, dass die Verfahrenssteuerung ausschließlich durch den gesetzlichen Richter erfolgt, der ein unabhängiger zu sein hat.

39 Vgl. zum Konzept grundlegend *F.A. Sander*, Varieties of Dispute Processing, in: A.L. Levin/R.R. Wheeler (Hrsg.), *The Pound Conference: Perspectives of Justice in the Future*, St. Paul/USA (1979), S. 65; zur Rezeption in Deutschland *M. Birner*, ZKM 2003, 149; *J.P. Franken*, NJW 2006, 1103; wichtige Impulse de lege ferenda liefert *R. Fritz* in: U. Gläßer/K. Schroeter, *Gerichtliche Mediation. Grundsatzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven* (2011), S. 381; zum niederländischen Verweisungsmodell: *M. Pel*, *Referral to mediation: a practical guide for an effective mediation proposal*, Den Haag (2008); *L. Schmiedel*, ZKM 2011, 14.

40 Nach BT-Drs. 18/8058, S. 17, wird davon ausgegangen, „dass die Parteien künftig in allen einer gütlichen Konfliktbeilegung zugänglichen Streitigkeiten ohne nennenswerten organisatorisch-praktischen Aufwand an einen Güterichter verwiesen werden können. Hierbei können auch an den Gerichten gegebenenfalls besonders geschulte Koordinatoren behilflich sein.“.

#### *IV. Fazit*

Mediation wird nicht nur außergerichtlich gefördert, sondern auch künftig durch die Justiz im Rahmen des Güterichtermodells angeboten. Mit dem Güterichtermodell haben Richterinnen und Richter eine weitere wichtige Möglichkeit erhalten, eine angemessene Streitbehandlung jenseits des klassischen Erkenntnisverfahrens einzuleiten. Diese Bereitstellung von Verfahrensoptionen innerhalb und außerhalb des Gerichts macht das gerichtliche Verfahren auch zu einem Ort der Konflikt diagnose. Die Modi der Rechtsgewährung und der Herstellung von Rechtsfrieden werden erweitert. Richterlicher Hinweis und Rechtspruch durch Urteil sind nicht mehr die einzigen Formen der Rechtskommunikation. Ein verfahrensrechtlich gebotenes Gespräch über Recht, das nicht bei der Anspruchsgrundlage anfängt, sondern bei den Interessen der Beteiligten, ist nicht nur ein Gewinn an Streitkultur, sondern auch an Rechtskultur. Der Begriff der Rechtsprechung ist im Wandel. Mediation verändert die Justiz.