



---

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

## Aus dem Inhalt

*Prof. Dr. Reinhard Greger:* Justiz, Schlichtung, Mediation – Alternativen oder Teile eines Ganzen?

*Dr. Peter Götz von Olenhusen:* Hinterm Horizont geht's weiter – zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation

*Prof. Dr. Alexander Trunk:* Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung in Zivilsachen im Ostseeraum – ein Überblick

*Prof. Dr. Horst Zillesen:* Was leistet Mediation für ein demokratisches Gemeinwesen? – Vom liberalen Rechtsstaat zur Zivilgesellschaft

*Prof. Dr. Albert von Mutius:* Verwaltungsmediation

*Dr. Karl-Heinrich Matthies:* Die Göttinger Mediationslandschaft

*Petra Stolter:* Anwaltsmediation in Schleswig-Holstein – auf dem Weg zu einem Netzwerk

*Susanne Pfuhlmann-Riggert:* Familienmediation – ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren bei Trennung und Scheidung

*Hans-Michael Pogoda:* Wirtschaftsmediation – Beispiel für die Bedeutung des Einzelgesprächs in der Mediation

*Babette Wegener:* Rolle und Funktion des Rechtsanwalts in der Mediation

*Konstanze Görres-Ohde:* Ein Jahr Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein – zu Stand und Perspektiven eines neuen Projekts

*Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein* – Erfahrungsberichte

**Schwerpunkt  
Mediation in  
Schleswig-Holstein**

**April 2007**  
C 6117 E

# Inhalt

## I. Aufsätze

	Editorial: Mediation in Schleswig-Holstein – ein neues Thema	109
Prof. Dr. Reinhard Greger	Justiz, Schlichtung, Mediation – Alternativen oder Teile eines Ganzen	109
Dr. Peter Götz von Olenhusen	Hinterm Horizont geht's weiter – zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation	113
Prof. Dr. Alexander Trunk	Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung in Zivilsachen im Ostseeraum – ein Überblick	115
Prof. Dr. Horst Zillessen	Was leistet Mediation für ein demokratisches Gemeinwesen? – Vom liberalen Rechtsstaat zur Zivilgesellschaft	119
Prof. Dr. Albert von Mutius	Verwaltungsmediation	122
Dr. Karl-Heinrich Matthies	Die Göttinger Mediationslandschaft	130
Petra Stolter	Anwaltsmediation in Schleswig-Holstein – auf dem Weg zu einem Netzwerk	134
Susanne Pfuhlmann-Riggert	Familienmediation – ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren bei Trennung und Scheidung	135
Hans-Michael Pogoda	Wirtschaftsmediation – Beispiel für die Bedeutung des Einzelgesprächs in der Mediation	137

Fortsetzung 3. Umschlagseite



Mediation mit Rechtsanwälten und  
Rechtsanwältinnen in Schleswig-  
Holstein e.V.

Präsidentin  
des Schleswig-  
Holsteinischen  
Oberlandesgerichts



## 1. Fachtag „Mediation in Schleswig-Holstein – Richter und Anwälte mit neuen Aufgaben“

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht in Schleswig am 30. Juni 2007

9.00 Uhr	<b>Eröffnung</b> Konstanze Görres-Ohde, Präsidentin des Schl.-Holst. OLG und Petra Stolter, Vorsitzende des Vereins „Mediation mit Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen in Schleswig-Holstein“ e.V.	15.30–16.30 Uhr	<b>Warum Rechtsanwälte im Mediationsverfahren ?</b> Impulsreferate und Diskussion mit Dr. Hansjörg Schwartz, Mediator in Oldenburg, Andreas Kolberg, Rechtsanwalt und Mediator in Kiel, und Andrej Gabler, Richter am Landgericht Kiel
9.10–10.00 Uhr	<b>Mediation und Juristen – was führt beide zusammen?</b> Vortrag von Dr. Peter Götz von Olenhusen, Präsident des OLG Celle	16.30–17.00 Uhr	<b>Mediation in Schleswig-Holstein: Entwicklung, Fragen, Perspektiven – zwei Kurzberichte</b> – <i>Zur Situation der Anwaltsmediation</i> (Petra Stolter, Rechtsanwältin und Mediatorin in Henstedt-Ulzburg) – <i>Zur Situation der Gerichtlichen Mediation</i> (Dr. Martin Probst, Vors. Richter am Schl.-Holst. OLG)
10.00–10.30 Uhr	Kaffeepause	17.00 Uhr	<b>Mediation mit Richtern und Anwälten – immer noch Vorbehalte?</b> Ein Gespräch mit Wolfgang Scheibel, Direktor des AG Göttingen, Dirk Stojan, Präsident des AG Lübeck, Susanne Pfuhlmann-Riggert, Rechtsanwältin und Mediatorin in Neumünster, Prof. Dr. Albert von Mutius, Universität Kiel, und Dr. Stefan Purucker, Rechtsanwalt in Kiel. Moderation: Konstanze Görres-Ohde, Präsidentin des Schl.-Holst. OLG
10.30 Uhr	<b>Entscheiden, Verhandeln, Vermitteln – was ist eigentlich Mediation?</b> Rollenspiel unter Moderation von Dr. Hansjörg Schwartz, Mediator in Oldenburg	Ab 18.15 Uhr	<b>Kleines „Mediationssommerfest“</b> Spanferkel, Bier, Musik und Gespräche
12.00–12.45 Uhr	Imbiss		
12.45–15.00 Uhr	<b>Mediation: Chancen und Risiken – wann wird es kompliziert?</b> Workshop unter Moderation von Dr. Hansjörg Schwartz, Mediator in Oldenburg, im Anschluss an das Rollenspiel vom Vormittag		
15.00–15.30 Uhr	Kaffeepause		

**Kostenbeitrag (incl. Speisen und Getränke):** 35 Euro, zu entrichten am Veranstaltungsort (Schl.-Holst OLG, Gottorfstr. 2, 24837 Schleswig)

**Verbindliche Anmeldung bis zum 6. Juni 2007** für Richterinnen, Richter, Anwältinnen und Anwälte bei der Mediationsgeschäftsstelle des Schl.-Holst. Oberlandesgericht (Frau Klopfer/Frau Jansa, Tel. 04621/86-1331 oder -1389, Fax: 04621/86-1372 zu Hdn. Frau Jansa/Frau Klopfer). Wenn Ihre Anmeldung nicht berücksichtigt werden kann, werden wir Sie unter Ihrer angegebenen Adresse gerne benachrichtigen.

# Schleswig-Holsteinische Anzeigen

Justizministerialblatt für Schleswig-Holstein

Herausgegeben vom Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein in Kiel, das die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts mit der Schriftleitung beauftragt hat.  
Früher im Verlag J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643

ERSCHEINT SEIT 1750

AUSGEGEBEN IM APRIL 2007

TEIL A NUMMER 4

## Editorial: Mediation in Schleswig-Holstein – ein neues Thema

Die Justizlandschaft Schleswig-Holsteins hat sich im letzten Jahrzehnt entscheidend gewandelt. Ausstattung und Arbeitsweisen unserer Gerichte konnten in vieler Hinsicht dem heutigen Stand der Technik angepasst werden, aber auch die Justizstrukturen des Landes befinden sich in der Modernisierung. Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ haben diese keineswegs abgeschlossene Entwicklung durch Themenhefte<sup>1</sup> und einschlägige Beiträge begleitet.

Nunmehr hat die Reformdiskussion eine inhaltliche Ebene erreicht: was bewirkt Justizgewährleistung? Tun wir das Richtige und tun wir es richtig? – Ausdruck dieser Verunsicherung ist unter anderem die seit einiger Zeit geführte Diskussion um Alternativen zur Streitscheidung, um Streitschlichtung und – aus den USA kommend – um „Mediation“.

Dieses einem selbstbestimmten Interessenausgleich der Konfliktparteien verpflichtete Streitschlichtungsmodell wird zunehmend auch in Schleswig-Holstein praktiziert. Zunächst in der Hand einiger weniger als Mediatoren ausgebildeter Anwälte oder Angehöriger psychosozialer Berufe – vorrangige Arbeitsfelder:

Familienmediation, Wirtschaftsmediation, Verwaltungsmediation -, entstanden ab Herbst 2005 nach niedersächsischem Vorbild an allen Landgerichten des Landes, am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht und an einigen Amtsgerichten Angebote einer in das Justizsystem integrierten „Gerichtlichen Mediation“.

Das einjährige Jubiläum aller dieser Projekte ist Anlass für das vorliegende Themenheft „Mediation in Schleswig-Holstein“. Deutlich wird damit zugleich, dass „Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein“ nur einen Teil eines Ganzen darstellt, zu dem Mediation durch Anwältinnen und Anwälte sowie Verwaltungsmediation gleichermaßen gehören. Mediationsbereiche, die deshalb ebenso wie die Schleswig-Holstein beeinflussenden großräumigeren Trends durch eigene Beiträge vorgestellt werden.

Und natürlich muss sich ein neues Thema – wie es Mediation immer noch ist – hinterfragen lassen: nach seiner Fähigkeit für eine nachhaltige Konfliktlösung, nach seiner Leistung für das Gemeinwesen, nach seiner Verantwortbarkeit gegenüber dem Justizsystem eines demokratischen Rechtsstaats.

Fragen, auf die Antworten dieses Themenheft nicht immer schon geben, aber vielleicht ermöglichen kann.

Schleswig-Holsteinische Anzeigen  
– Redaktion –

<sup>1</sup> Siehe insbesondere die Themenhefte „Justizmodernisierung“ im Oktober 2004 und „Zukunftswerkstatt der Justiz“ im Januar 2005.

## Justiz, Schlichtung, Mediation – Alternativen oder Teile eines Ganzen?

Prof. Dr. Reinhard Greger, Universität Erlangen-Nürnberg\*

### I. Befund

Ein wundersamer Wandel scheint sich derzeit in der Ziviljustiz zu vollziehen:

- Ihre ureigenste Funktion, durch richterlichen Urteilsspruch Recht zu sprechen, wird von den eigenen Repräsentanten mit Schlagworten wie „Schlichten ist besser als Richten“<sup>1</sup> in Frage gestellt, und in der amtlichen Begründung eines Bundesgesetzes wird die „Verlagerung der Konfliktregelung von den Gerichten auf alternative Streitschlichtungsstellen“ als raschere, kostengünstigere und nachhaltigere Form der Konfliktlösung gepriesen.<sup>2</sup> Wird der Zivilprozess zu einem Verfahren zweiter Wahl?
- Die ZPO-Reform von 2002 hat sich die Erhöhung der Vergleichsquote zu ihrem Ziel gesetzt und der mündlichen Verhand-

lung einen obligatorischen Gütetermin vorgeschaltet.<sup>3</sup> Wird der Zivilprozess zum Konsensverfahren?

- In mehreren Bundesländern laufen Modellversuche, bei denen von Richterinnen und Richtern Mediation im gerichtlichen Verfahren angeboten wird.<sup>4</sup> Übernimmt die Justiz zugleich die Funktion ihrer (besseren?) Alternativen?

Werden bei diesem „new deal“ in der Zivilrechtspflege nicht Grenzen verwischt, staatliche und nichtstaatliche Funktionen miteinander vermengt, rechtsstaatliche Errungenschaften preisgegeben?

Die im Folgenden versuchte Beantwortung dieser Fragen erfordert zunächst eine

### II. Standortbestimmung der Ziviljustiz

#### 1. de iure

Der Zivilprozess dient dem Zweck, die subjektiven privaten Rechte in sozialverträglicher, rechtsstaatlicher, d.h. an Recht und

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Zivilprozessrecht und Freiwillige Gerichtsbarkeit der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen Nürnberg und mit der Begleitforschung des u.a. am Mediationsgedanken ausgerichteten bayerischen Güterichterprojekts beauftragt.

<sup>1</sup> S. z.B. Presseerklärung 153/2001 des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz.

<sup>2</sup> Begründung des Gesetzes zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung, BT-Drs. 14/980 S. 5.

<sup>3</sup> Begründung des Gesetzes zur Reform des Zivilprozesses, BT-Drs. 14/4722 S. 62.

<sup>4</sup> Überblick bei Probst, SchlHA 2005, 317 f.

Gesetz orientierter, das Gewaltmonopol des Staates gewährleistender Art und Weise zu verwirklichen.<sup>5</sup> Er erfüllt damit eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe. Nach modernem Verfassungsverständnis folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 GG) ein Anspruch gegen den Staat, Rechtsstreitigkeiten durch unabhängige Richter in einem geordneten Verfahren entscheiden zu lassen.<sup>6</sup> Dieser *Justizgewährungsanspruch* hat auch in Art. 6 Abs. 1 EMRK Anerkennung gefunden.<sup>7</sup>

GVG und ZPO setzen ihn durch ein zwar inhaltlich stark von der Parteiherrschaft geprägtes, in seiner Durchführung aber hoheitliches Justizverfahren durch, welches in einem ebenfalls hoheitlichen Akt, dem rechtskräftigen und vollstreckbaren Urteil, seinen regulären Abschluss findet. Diese Rechtsprechungsfunktion ist kraft Verfassung den unabhängigen Richtern anvertraut (Art. 92, 97 GG). Zudem garantiert das GG, dass niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden darf (Art. 101 Abs.1 Satz 2) und jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör hat (Art. 103 Abs. 1).

Trotz dieses sehr starken Ausbaus der Justizgewährleistung ist der Bürger nicht verpflichtet, sie in Anspruch zu nehmen. Erhebung und Inhalt der Klage stehen zu seiner *Disposition*, ebenso die urteilslose Beendigung des Verfahrens, die allerdings des Einvernehmens mit dem Beklagten bedarf, sobald das Verhandlungsstadium erreicht ist.<sup>8</sup> Im Einverständnis mit dem Gegner kann der Rechtsuchende auch andere Wege der Rechtsverwirklichung beschreiten, etwa in einem Schiedsgerichts- oder Vermittlungsverfahren; auch dort kann er einen Vollstreckungstitel erlangen.<sup>9</sup>

Der Gesetzgeber der CPO von 1877 sah sich veranlasst, ausdrücklich klarzustellen, dass das Gericht „in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen“ kann. Das Hinwirken auf eine autonome Streit erledigung wurde somit zwar nicht als Verletzung des Rechtsschutzanspruchs, andererseits aber auch nicht als richterliche Pflicht angesehen. Dem liberalen Prozessverständnis der CPO hätte es wohl nicht entsprochen, wenn der um einen Streitentscheid angegangene Richter allzu stark in die Methodenwahl der Streitparteien eingegriffen hätte.

Erst als die negativen Auswirkungen eines überzogenen Prozess-Liberalismus immer drückender wurden, führte die sog. *Emminger-Verordnung* vom 13.2.1924 zusammen mit anderen Maßnahmen zur Stärkung der Richtermacht für die Amtsgerichte ein obligatorisches richterliches *Güteverfahren* beim Amtsgericht ein und gab dem (damals nur vorbereitenden) Einzelrichter beim Landgericht auf, zunächst eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits zu versuchen. Nach der Abschaffung des (ungelebten) Güteverfahrens beim Amtsgericht im Jahre 1950 enthielt die ZPO nur noch einen Appell zur richterlichen Vergleichsaktivität,<sup>10</sup> bis mit dem Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.7.2001 das (grundsätzlich) obligatorische Güteverfahren nach § 278 Abs 2 ZPO eingeführt wurde. Begründet wurde diese Vorschrift mit der Feststellung, dass „eine gütliche Einigung zwischen den Parteien ... dem Rechtsfrieden nachhaltiger dient als eine Streitentscheidung durch Urteil“.<sup>11</sup>

Dieser kurze Abriss der Normengeschichte zeigt, dass der Gesetzgeber seit der Vereinheitlichung der deutschen Prozessordnungen durch die CPO von 1877 eine vermittelnde Rolle des Richters zwar nicht als unvereinbar mit seiner Rechtsprechungsaufgabe angesehen hat, aber es gleichwohl 125 Jahre lang vermied, diese Rolle zu stark in den Vordergrund zu rücken. Erst im Zuge der jüngsten ZPO-Reform kehrte der Entwurf der Bundesregierung mit der zitierten Begründung die Verhältnisse geradezu um: Das Bemühen um eine gütliche Einigung hat Vorrang vor der Streitentscheidung.

Nicht bezweifelbar ist jedenfalls, dass die *richterliche Vermittlungstätigkeit*, wenngleich nicht Rechtsprechung im engeren Sinne, mit dieser eng zusammenhängt und zum *Kernbereich richterlicher Tätigkeit* gehört.<sup>12</sup>

## 2. de facto

Dass dies auch die Richterinnen und Richter schon lange genauso sehen, belegt die in der Justizstatistik ausgewiesene *Vergleichsquote*,<sup>13</sup> die freilich das Ausmaß konsensualer Erledigungen durch den Richter nur unzulänglich wiedergibt. Aussagekräftiger sind die absoluten Zahlen.

Lässt man hierbei die Erledigungen in „sonstiger“ (zumeist unstreitiger) Art und Weise<sup>14</sup> unberücksichtigt und bezieht man die Vergleiche in zweiter Instanz ein, so ergibt sich, dass etwa genau so viele Prozesse durch Vergleich wie durch streitiges Urteil entschieden werden.<sup>15</sup>

Von den landgerichtlichen Zivilprozessen in Deutschland wurden im Jahre 2004

- durch streitiges Urteil in 1. Instanz entschieden	101.488 Prozesse
- durch Vergleich in 1. Instanz beendet	91.496
- durch Vergleich beim OLG beendet	9.203
somit insgesamt gütlich beigelegt	100.699 Prozesse

Somit ist zusammenfassend festzustellen:

Die einvernehmliche Konfliktlösung gehört zu den originären Aufgaben der Richter und macht einen erheblichen Teil ihrer Tätigkeit aus. Nimmt man die oben zitierte Aussage der Bundesregierung beim Wort, so tragen sie mit dieser Schwerpunktsetzung optimal zur nachhaltigen Herstellung des Rechtsfriedens bei.

## III. Standortbestimmung der außergerichtlichen Streitbeilegung

### 1. de iure

Im Zivilrecht herrscht *Privatautonomie*. Wie die Bürger bei der Gestaltung ihrer Vertragsbeziehungen freie Hand haben, können sie auch ihre Konflikte autonom regeln, z.B. durch den Erlass, die Neubegründung oder die Modifizierung von Ansprüchen. Sie können dies durch bilaterale Verhandlungen oder mit Hilfe eines Vermittlers tun; sie können diesem eine bestimmende, empfehlende oder nur moderierende Rolle beilegen, sie können ihre Einigung mit Vollstreckbarkeit ausstatten oder davon absehen. Voraussetzung ist lediglich das beiderseitige Einverständnis mit einem solchen Verfahren.

Dass sich die Streitparteien mit diesem Einverständnis ihres Justizanspruchs begeben, ist Ausfluss ihrer Willensfreiheit und damit im Grundsatz unbedenklich; es gibt im Zivilrecht keine Justizpflichtigkeit und keine *Offizialmaxime*. Ohnehin endet das Konsensualverfahren, wenn es nicht zum Konsens kommt; dann ist der Weg zum Gericht wieder frei. Wurde einem Dritten ein Bestimmungsrecht eingeräumt, schützt § 319 Abs. 1 BGB vor grober Unbilligkeit bzw. (beim Schiedsgutachten) Unrichtigkeit.

### 2. de facto

Über das Ausmaß außergerichtlicher Streitbeilegung gibt es keine verlässlichen Erkenntnisse.

Keine Statistik erfasst die Gesamtzahl von Einigungen, die durch Verhandlungen, Schiedsgutachten, Schlichtungsverfahren oder Mediation zustande gekommen sind. Eine quantitative Aussage kann nur relativ getroffen werden: Richterliche Erfahrung (oder auch das Zuhören bei mündlichen Verhandlungen in Zivilsachen) bestätigt, dass eine ganz erhebliche Zahl von Rechtsstreitigkeiten unnötigerweise zu Gericht gelangen, weil sie ebenso gut (oder besser) ohne Befassung der Justizorgane gelöst werden könnten.

Die gerichtliche Vergleichsstatistik bestätigt dies. Wie oben aufgezeigt wurde, erledigen die Gerichte etwa genau so viele Pro-

<sup>5</sup> Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, 16. Aufl. 2004, § 1 Rn. 5 ff.  
<sup>6</sup> BVerfGE 85, 337, 345.

<sup>7</sup> Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, aaO § 3 Rn 4 mwN.

<sup>8</sup> §§ 269, 91a ZPO, Prozessvergleich.

<sup>9</sup> Vgl. § 794 Nrn. 1, 4a, 4b ZPO.

<sup>10</sup> Im Einzelnen s. *Greger*, Festgabe Vollkommer (2006), S. 7.

<sup>11</sup> BT-Drs. 14/4722, S. 62.

<sup>12</sup> BGHZ 47, 275, 287

<sup>13</sup> Der Anteil von Vergleichen an der Gesamtzahl der Erledigungen von Zivilprozessen (ohne Familiensachen) betrug bei den deutschen LG erster Instanz im Jahr 1971 19,2% (*W. Gottwald/Hutmacher/Röhl/Stempel*, Der Prozessvergleich [1995] S. 284 19,2%, im Jahr 2004 21,5% (Statistisches Bundesamt, Rechtspflegestatistik).

<sup>14</sup> Versäumnisurteil, Anerkenntnisurteil, Erledigung der Hauptsache, Klagerücknahme, Verweisung usw.

<sup>15</sup> Die Einigungsquote insgesamt ist noch wesentlich höher, weil auch viele Anerkenntnisurteile, Klagerücknahmen, Erledigerklärungen und Ruhensvereinbarungen auf konsensualen Lösungen beruhen.



zesse durch Vergleich wie durch Urteil. Sicher wird in manchen Fällen die Autorität des Richters dazu beitragen, dass die Parteien zu einem Konsens finden; nicht selten sind es aber auch die Unwägbarkeiten des in Gang gekommenen Gerichtsverfahrens, die zur Vergleichsbereitschaft führen. Dieses Argument müsste aber auch – und noch mehr – vor der Einleitung eines Zivilprozesses die Suche nach einem Konsens beflügeln.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass gegen die außergerichtliche Streitbeilegung keine rechtlichen Bedenken bestehen und dass ihr ein nicht unerheblicher Teil der zu Gericht gelangenden Konflikte zugeführt werden könnte.

#### IV. Konsequenzen

Wenn

- die konsensuale Erledigung von Konflikten nach den in Justizpolitik und -gesetzgebung gezeigten Wertungen den Vorzug vor der Streitentscheidung verdient,

- die Gerichte in erheblichem Umfang solche Erledigungen herbeiführen

- und diese zum Teil auch außergerichtlich erzielt werden könnten,

muss angestrebt werden, dass die betreffenden Verfahren *so gleich* dem passenden Konfliktlösungsverfahren zugeführt werden. Dies ist ein Gebot der *Verfahrensökonomie*. Unnötige Gerichtsverfahren vergeuden Ressourcen der Beteiligten und der Allgemeinheit. Die Justizkapazitäten müssen den Fällen vorbehalten bleiben, in denen es einer richterlichen Entscheidung bedarf, sei es wegen der zu klärenden Rechtsfragen, der Notwendigkeit einer gerichtlichen Sachverhaltsaufklärung oder der mangelnden Konsensfähigkeit der Parteien. Diese Verfahren können dann von den Gerichten zügiger und sorgfältiger erledigt werden; die Verstopfung der Gerichte mit unnötigen Verfahren würde reduziert.

Die entscheidende Frage lautet nun, wie eine *optimale Verfahrensallokation* erreicht werden kann. Folgende Mittel kommen in Betracht:

##### 1. Zwang

Es könnte gesetzlich angeordnet werden, dass der Weg zum Gericht erst nach einem gescheiterten außergerichtlichen Güteversuch beschritten werden darf. Auf diese Weise könnten die Parteien zwar nicht zum Konsens, aber wenigstens dazu gezwungen werden, sich mit der Möglichkeit einer außergerichtlichen Streitbeilegung ernsthaft auseinanderzusetzen.

Mit § 15a EGZPO und den dazu ergangenen Landesgesetzen ist versucht worden, den Gütegedanken auf diesem Wege zu fördern. Der Erfolg ist mäßig, was jedoch hauptsächlich dem nicht sachgerecht ausgewählten Anwendungsbereich und dem Schlupfloch des Mahnverfahrens zuzuschreiben ist.<sup>16</sup> Wenn es dem Gesetzgeber gelänge, den obligatorischen Güteversuch auf besonders konsensgeeignete Fälle zu fokussieren, könnte mit beachtlichen Erfolgen gerechnet werden.

##### 2. Wirtschaftliche Anreize

Für die Parteien bestehen solche bereits. Ein Prozess verursacht immer unmittelbare und mittelbare Kosten, die zudem oft nicht zuverlässig vorausberechnet werden können. Die Vermeidung dieser Kostenrisiken müsste Anreiz genug sein, zu dem in der Regel in kürzerer Frist und mit weniger Aufwand abzuschließenden außergerichtlichen Verfahrensangebot zu greifen. Eine Erhöhung der Risikoschwelle durch Anhebung der Gerichtsgebühren begegnet im Hinblick auf den Justizgewährungsanspruch Bedenken; allenfalls Einschränkungen bei der Prozesskostenhilfe wären in Maßen denkbar.<sup>17</sup>

Auch für *Rechtsanwälte* ist ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren schon jetzt oft wirtschaftlicher als die Vertretung in einem Zivilprozess. Letztere kann mit erheblichem Zeit- und Arbeitsaufwand verbunden sein, der nicht gesondert vergütet wird; außer-

gerichtliche Verfahren lassen sich dagegen oftmals mit einem Termin ohne große schriftsätzliche Vorbereitung abwickeln. Für die Vertretung vor einer staatlich anerkannten oder sonst gesetzlich eingerichteten Gütestelle erhält der Rechtsanwalt eine Geschäftsgebühr von 1,5, auf die eine bereits entstandene Geschäftsgebühr nur teilweise angerechnet wird, und im Erfolgsfall zusätzlich eine Einigungsgebühr von 1,5.<sup>18</sup> Hat der Anwalt nach Erteilung des Prozessmandats in einer außergerichtlichen Verhandlung mit dem Gegner eine Einigung erzielt, erhält er hierfür eine Verfahrensgebühr von 0,8, eine Terminsgebühr von 1,2 und eine Einigungsgebühr von 1,5,<sup>19</sup> also mit 3,5 Gebühren dieselbe Vergütung wie bei einem Vergleich im (aufwändigeren) Gerichtsverfahren.<sup>20</sup> Noch weiter gehende Vergütungsanreize erscheinen kaum vertretbar.

##### 3. Aufklärung

Der ökonomisch denkende Mensch wählt unter mehreren Alternativen die kostengünstigere aus; erst recht gilt dies dann, wenn die günstigere Alternative auch noch Vorteile wie Schnelligkeit, Nachhaltigkeit, Sozialverträglichkeit usw. bietet. Ein großer Teil der Rechtsuchenden verhält sich somit nicht rational: Er wählt mit dem Vergleich im Zivilprozess die teuerste, zeitaufwändigste und belastendste Form der Konfliktbeilegung. Für eine derartige Fehlsteuerung gibt es nur zwei Erklärungen: *mangelnde Information* und *psychische Barrieren*.<sup>21</sup>

In der Tat ist das Bewusstsein um die Vorzüge einer privat-autonomen Konfliktbewältigung in der deutschen Bevölkerung wenig ausgeprägt. Ein hervorragend ausgebautes Justizsystem und eine ausgezeichnete Versorgung mit anwaltlichen Dienstleistungen führen dazu, dass der Weg der justizförmigen Konfliktbeilegung (jenseits einer individuell unterschiedlich definierten Bagatellgrenze) als der normale und optimale angesehen wird – und zwar in einer Intensität, die den Anwalt oftmals hindert, seinem Mandanten einen anderen Weg der Streitbeilegung anzuschlagen.

Verstärkt wird diese Tendenz durch mehrere psychologische Komponenten:

(1) Konflikte werden primär als Kampfsituation erlebt. Das Bestreben geht dahin, den Gegner zu besiegen. Die Klageerhebung wird als Demonstration von Stärke betrachtet, die strategische Vorteile verspricht, insbesondere wenn sie mit weiterem Streitpotenzial, bis hin zu Schikane und Polemik, angereichert wird. Vermittelnde Lösungen passen nicht in diese Vorstellungswelt. Im Gegenteil: Entsprechende Angebote könnten als Zeichen von Schwäche gedeutet werden – und solche gilt es in der Kampfsituation zu vermeiden.

(2) Den Konflikt durch professionelle Rechtsvertreter in einem objektiven Verfahren austragen zu lassen, kommt dem verbreiteten Bedürfnis entgegen, unmittelbare Auseinandersetzungen mit dem Gegner zu vermeiden. Oft schwingen hierbei emotionale Faktoren (wie vorangegangene Kränkungen, Ängste, mangelndes Selbstwertgefühl) mit. Es fehlt zudem vielfach an Vertrauen in die Objektivität der unbekannteren Alternativverfahren und in die eigene Fähigkeit, deren Anforderungen zu genügen.

Aufklärung ist daher ein wichtiges Instrument, ja geradezu die Grundvoraussetzung für eine stärkere Inanspruchnahme außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren. Diese Angebote müssen transparenter gemacht, ihre Vorzüge deutlicher herausgestellt, vertrauensbildende Maßnahmen ergriffen werden – ganz besonders auch bei der Anwaltschaft, der eine Schlüsselrolle bei der Wahl des richtigen Wegs zukommt. Es müsste dann auch – zumindest in gewissen Grenzen – möglich sein, die psychologischen und emotionalen Barrieren zu beseitigen.

##### 4. Verzahnung der Verfahrensalternativen

Selbst bei optimaler Aufklärung und Beratung der Konfliktparteien könnte nicht sichergestellt werden, dass jeder Konflikt den Weg zu dem für ihn am besten geeigneten Verfahren findet.

Während Rechtsstreitigkeiten, die sich für eine zunächst versuchte privatautonome Erledigung nicht eignen, ohne Probleme

<sup>18</sup> RVG-VV Nr. 2303.

<sup>19</sup> RVG-VV Nrn. 1000, 3101, 3104 iVm Vorbem. 3 Abs. 3.

<sup>20</sup> RVG-VV Nrn. 1003, 3100, 3104.

<sup>21</sup> Die nachstehenden Schlussfolgerungen beruhen auf Erkenntnissen, die der Verf. anlässlich des Forschungsprojekts „Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern“ gewonnen hat. Einzelnachweise im Abschlussbericht unter [www.jura.uni-erlangen.de/aber](http://www.jura.uni-erlangen.de/aber).

<sup>16</sup> Eingehend hierzu Greger, SchiedsVZ 2005, 76 ff.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu den Entwurf eines Prozesskostenhilfebegrenzungsgesetzes, BT-Drs. 16/1994.

vor Gericht gebracht werden können, gestaltet sich der umgekehrte Weg schwieriger. Einen gerichtshängigen Streit in ein außergerichtliches Verfahren zu überführen, begegnet, wie die erhellenden Erfahrungen mit § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO zeigen, großen Hemmnissen.<sup>22</sup> Aus unterschiedlichen Gründen, von denen der Kostenaspekt natürlich besonderes Gewicht hat, ist bei allen Prozessbeteiligten (Parteien, Prozessbevollmächtigte, aber auch Richter) die Neigung groß, den Rechtsstreit dort zu Ende zu bringen, wo er nun einmal angebracht wurde. Der Prozessvergleich bietet den attraktiven Weg, um beide Interessen – konsensuale Lösung und Beibehaltung des gewählten Forums – miteinander zu verbinden.

Eine realistische Justizpolitik muss diesen Gegebenheiten Rechnung tragen. Selbst wenn es gelingt, die außergerichtliche Streitbeilegung zu einer zweiten Säule der Zivilrechtspflege auszubauen und durch die unter 3. geschilderten Maßnahmen stärker als bisher auszulasten, werden weiterhin in erheblichem Umfang Konflikte zu Gericht gelangen, die keiner Entscheidung durch Richterspruch bedürfen, sondern unter entsprechender Anleitung von den Parteien selbst gelöst werden können. Ziel kann es nur sein, die Selbstregulierungskräfte in optimaler Weise zu aktivieren und dadurch unnötigen Verfahrensaufwand zu vermeiden. Wie dies geschehen kann, soll abschließend erörtert werden.

#### V. Konsensorientiertes Justizverfahren: Grenzen und Möglichkeiten

Es ist eine banale und dennoch vielfach missachtete Erkenntnis, dass *konsensgeeignete Konflikte* so früh wie möglich aus dem aufwändigen Rechtsprechungsverfahren ausgeschieden werden müssen.

Es mag zwar vorkommen, dass eine einvernehmliche Lösung erst nach der Klärung von Tatsachen durch eine Beweisaufnahme, nach der Würdigung einer erstrichterlichen Beurteilung durch ein höheres Gericht oder nach der Entscheidung einer Rechtsfrage durch den BGH erzielt werden kann, und es wäre daher nicht richtig, in jedem Prozessvergleich, der erst in einem späten Prozessstadium oder gar nach der Zurückverweisung vom BGH geschlossen wird, ein Indiz für eine verfehlte Sachbehandlung zu sehen. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass viele Vergleiche nur deswegen erst so spät zustande kommen, weil der Blick auf eine interessengerechte Lösung durch die Positionenkämpfe der Parteien verstellt worden ist.

Um dies zu vermeiden und frühzeitig eine lösungsorientierte Kommunikation zwischen den Verfahrensbeteiligten in Gang zu bringen, hat das ZPO-Reformgesetz angeordnet, dass zu Beginn des Prozesses grundsätzlich eine persönliche Erörterung des Konfliktstoffs mit den Parteien stattzufinden hat (§ 278 Abs. 2 ZPO). Dieser sachgerechte Ansatz ist in der Praxis jedoch nicht durchwegs optimal umgesetzt worden. Die Evaluation der ZPO-Reform hat erbracht, dass die Amtsgerichte nur in 58%, die Landgerichte nur in 64% der Prozesse eine Güteverhandlung vor der mündlichen Verhandlung angesetzt haben.<sup>23</sup> Die Güteverhandlung wurde in 94% (AG) bzw. 98% (LG) auf dieselbe Zeit wie die mündliche Verhandlung terminiert<sup>24</sup> und dauerte oftmals nur wenige Minuten.<sup>25</sup>

Sowohl bei den Richtern als auch bei den Rechtsanwälten herrscht die Einschätzung vor, dass die Einführung der obligatorischen Güteverhandlung nicht zu einer Mehrung der gütlichen Einigungen geführt hat.<sup>26</sup>

Angesichts der weitestgehend gepflogenen Art und Weise der Güteverhandlung ist dies nicht verwunderlich. Werden dagegen – wie bei den Modellversuchen mit Mediations- oder Güterichtern – *besondere Formen der Verhandlungsführung* angewendet, zeigen sich ganz andere Ergebnisse – und zwar weniger in quantitativer<sup>27</sup> als in qualitativer Hinsicht.

<sup>22</sup> Vgl. Abschlussbericht (o. Fußn. 21) S. 90 ff.; Hommerich/Prütting et al., *Rechtstatachliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis* (2006), S. 84 ff.

<sup>23</sup> Hommerich/Prütting et al., aaO, S. 58. Als häufigster Grund für das Absehen wird die entsprechende Bitte im Klageschriftsatz genannt (aaO S. 61).

<sup>24</sup> AaO S. 68 f.

<sup>25</sup> AaO S. 69 f. Die Häufigkeit wird von Rechtsanwälten (74%) und Richtern (AG: 35%, LG: 16%) sehr unterschiedlich beziffert.

<sup>26</sup> AaO S. 76 ff.: So 76% der Rechtsanwälte, 66% der Richter am AG, 80% der Richter am LG.

<sup>27</sup> Die Einigungsquoten lassen sich wegen des unterschiedlichen Fallmaterials schwer vergleichen.

Im Rahmen der Evaluation des *bayerischen Güterichterprojekts* wurde auch untersucht, ob die im Rahmen der *mediativ* gestalteten, von einem beauftragten Richter geleiteten Güteverhandlung erzielten Einigungen auch im streitigen Verfahren erreicht worden wären. Wegen ihrer hypothetischen Natur kann diese Frage zwar nur mit erheblichen Unsicherheiten beantwortet werden. Da aber sowohl die Güterichter als auch die Prozessbevollmächtigten befragt wurden und beiden Personengruppen wegen ihrer forensischen Erfahrung eine einigermaßen zutreffende Einschätzung zugetraut werden kann, lassen die in der Tendenz übereinstimmenden Angaben doch eine objektivierbare Aussage zu:

Die Güterichter hielten es bei 77% der von ihnen erzielten Einigungen für ausgeschlossen, dass diese auch im streitigen Verfahren zustande gekommen wären, die Prozessbevollmächtigten immerhin bei 53%. Die auch im regulären Verfahren erzielbaren Vergleiche hätten jedoch nach Einschätzung der Richter in 60%, nach Einschätzung der Rechtsanwälte in 76% der Fälle eine längere Prozessdauer erfordert. Den teilweise sehr ausführlichen Rückmeldungen von Rechtsanwälten und Parteien auf den ausgegebenen Fragebögen ist zu entnehmen, dass sie selbst davon überrascht wurden, wie schnell und konstruktiv der Rechtsstreit am Verhandlungstisch des Güterichters erledigt werden konnte. In erheblichem Umfang konnten dabei gleich weitere Rechtsstreitigkeiten miterledigt werden; nach den Berichten der Güterichter wurde in 29% der Vergleiche weiterer Streitstoff einbezogen.

Die hohe Verfahrenszufriedenheit der Parteien schlägt sich auch darin nieder, dass 92% bei einem neuen Prozess wieder eine Verhandlungslösung und nur 7% eine streitige Entscheidung anstreben würden. Den Hauptvorteil des Güterichterverfahrens sahen 70% im raschen Abschluss des Rechtsstreits. In den Stellungnahmen der Rechtsanwälte wird als wesentlicher Gesichtspunkt immer wieder genannt, dass im Güterichterverfahren mehr Zeit zur Verfügung steht als bei Vergleichsverhandlungen im streitigen Verfahren und dass die Parteien sich auch zu solchen Aspekten ihres Konflikts äußern können, die jenseits der rechtlichen Beurteilung liegen.

Ein hohes Maß an Verfahrenszufriedenheit wird auch von den *Modellversuchen mit gerichtlicher Mediation* in anderen Bundesländern berichtet.<sup>28</sup> Doch nicht nur die Beteiligten profitieren von dieser Umorientierung der Justiz: Nach einer ökonomischen Analyse der Gerichtsmediation in Niedersachsen konnte durch dieses Angebot bei den Landgerichten eine Ersparnis von Richterarbeitszeit in der Größenordnung von 40% erzielt werden.<sup>29</sup>

#### VI. Fazit

Justizverwaltungen und Richterschaft sind dringend aufgefordert, sich intensiv mit der Veränderung der Verhandlungskultur im Zivilprozess zu beschäftigen.

Der in § 278 ZPO n.F. mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck gebrachte Auftrag des Gesetzgebers, die Verfahrensökonomie und nicht zuletzt die Interessen der Rechtsuchenden gebieten es, sich verstärkt um das frühzeitige Erkennen, Herausfiltern und Erledigen einvernehmlich zu lösender Konflikte zu bemühen.

Hierzu muss die Kompetenz der Richterschaft in Verhandlungs- und Konfliktmanagement durch Fortbildung und qualitätssichernde Maßnahmen gestärkt werden. An den Standorten mit Modellversuchen gerichtlicher Konsensverfahren wird von Richtern und Rechtsanwälten zunehmend erkannt, welche Chancen eine Prozessführung bietet, bei der sich die Kommunikation zwischen den Beteiligten nicht auf den Austausch von Schriftsätzen und formales Verhandeln beschränkt. Dieses Bewusstsein muss generell in der Zivilrechtspflege verankert werden; die gegenwärtig zu beobachtende Ausbreitung der Mediation kommt dem sehr entgegen.

Es kann keine Rede davon sein, dass die Konsensorientierung der Justiz deren originärem Rechtsprechungsauftrag zuwiderliefe. Als Fehlnutzung von Justizressourcen ist es eher anzusehen, wenn ein langwieriger und mit großem Aufwand betriebener

<sup>28</sup> Vgl. nur Teil 4 des Abschlussberichtes zum Projekt „Gerichtsnähe Mediation in Niedersachsen“, im Internet unter <http://www.mediation-in-niedersachsen.de/Abschlussbericht.pdf>.

<sup>29</sup> Spindler, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Gerichtsnähe Mediation in Niedersachsen“, im Internet unter <http://lehrstuhl-spindler.uni-goettingen.de/downloads/Forschungsbericht-Mediation.pdf>.

Kampf um den richterlichen Rechtsentscheid ohne einen solchen endet. Trägt der Vergleich dann – wie oft in solchen Fällen – resignative Züge, ist auch noch das Ziel des Zivilprozesses, Rechtsfrieden zu stiften, verfehlt.

Konsensorientierte Verhandlungsangebote der Justiz greifen auch nicht in den Bereich der alternativen, nichtstaatlichen Institutionen vorbehaltenen Streitbeilegung ein, solange sie sich nicht als eigenständiger Zweig der Ziviljustiz präsentieren, sondern lediglich dazu dienen, vor Gericht gebrachte Konflikte, die keiner Entscheidung durch Richterspruch bedürfen, unter größt-

möglicher Ressourcenschonung dem adäquaten Verfahren zuzuführen.

Ergänzend sollte jedoch von staatlicher Seite stärker als bisher auf den Ausbau und die Akzeptanz der außergerichtlichen Streitbeilegung hingewirkt werden.<sup>30</sup> Vorrangiges Ziel muss nicht das Umlenken, sondern das Vermeiden von Prozessen sein.

<sup>30</sup> So Beschluss der Justizministerkonferenz vom 29./30.6.2005 (TOP I 2.2), dem bisher allerdings keine (erkennbaren) Taten gefolgt sind.

## Hinterm Horizont geht's weiter – zur Entwicklung der gerichtsnahen Mediation

Dr. Peter Götz von Olenhusen, Präsident des Oberlandesgerichts, Celle

### 1. Projekte allerorten

An immer mehr deutschen Gerichten wird Mediation angeboten. Richterinnen und Richter von Landgerichten, Amtsgerichten, Verwaltungs- und Sozialgerichten lassen sich zu Mediatoren ausbilden und erschließen sich eine zusätzliche Art der Verhandlung. Modellprojekte gerichtlicher Mediation<sup>1</sup> schießen aus dem Boden und wetzeln miteinander mit ihren Erfolgsmeldungen.

Das unter anderem auf *Gottwald*<sup>2</sup> zurückgehende Projekt gerichtsnaher Mediation Niedersachsen, das den bundesweiten Aufschwung gerichtlicher Mediation maßgeblich verstärkt hat, war dabei keineswegs der Anfang des gerichtlichen Angebots von Mediation. Pioniere richterlicher Mediation wie zum Beispiel *Ortloff*<sup>3</sup>, ferner Richter/innen des *VG Freiburg*<sup>4</sup>, und andere waren schon Jahre zuvor auf die Mediation aufmerksam geworden und haben diese Methode für die Lösung gerichtlicher Konflikte eingesetzt. Die Vorreiter waren mit ihrem Interesse an neuen Wegen und ihrer Suche nach anderen Methoden der Konfliktlösung neben der herkömmlichen richterlichen Verhandlung ihrer Zeit voraus.

Diese ersten richterlichen Mediatoren haben die Möglichkeiten der Mediation früh erkannt, angewendet und für die Lösung von Gerichtsprozessen fruchtbar gemacht. Überzeugende Ausbilderinnen und Ausbilder haben dann den Grundstein für den Erfolg gerichtsnaher Mediation gelegt. Im niedersächsischen Modellversuch, insbesondere am Landgericht *Göttingen*<sup>5</sup>, konnten – unter eingehender Evaluation durch eine sozialwissenschaftliche<sup>6</sup> und eine rechtsökonomische Begleitforschung<sup>7</sup> – in hohem Umfang Zahlen geliefert werden, die belegt haben, welches enorme Potential in gerichtsnaher Mediation steckt. Am Landgericht Göttingen sind in den Jahren 2003 bis 2005 weit über tausend Gerichtsprozesse durch Mediation abgeschlossen worden. In mehreren aufeinander folgenden Jahren ist dort die Hälfte aller streitigen Zivilprozesse erster Instanz bei einer Einigungsquote von 90% zu einer Vereinbarung nach Mediation geführt worden. Es war bis dahin noch nicht gelungen, in diesem Ausmaß rechtliche Streitigkeiten durch Mediation beizulegen.

Entsprechend groß ist das Interesse am Göttinger Modell gerichtlicher Mediation. Seine Kennzeichen sind eine intensive Aufklärungsarbeit durch die Mediatoren, eine zeitliche Begrenzung der Mediationsverhandlung auf durchschnittlich zwei Stunden sowie die Vergleichsprotokollierung durch den Richtermediator als beauftragten Richter. Diese Verfahrensweise hat sich bewährt und rasch ausgebreitet. Zahlreiche Richterinnen und Richter anderer Gerichte, Gerichtspräsidenten, Staatssekretäre und Minister waren in Göttingen und haben die von Richtermediator *Wolfgang*

*Scheibel* geleiteten Mediationsverhandlungen besucht, um sich ein eigenes Bild von dieser Verhandlungsmethode zu machen.

Dieser Beitrag soll die wesentlichen Gründe für die rasante Entwicklung gerichtsnaher Mediation, aber auch für die bestehende Skepsis gegenüber diesem Modell benennen und Möglichkeiten aufzeigen, wie es mit der Mediationsförderung praktisch weiter gehen könnte.

### 2. Andere Haltung, andere Wirkung

Das Interesse vieler Richter/innen an Mediation beruht im Wesentlichen auf der Erfahrung, dass eine veränderte eigene Haltung als Mediator gegenüber Konfliktparteien ein verändertes Verhalten der Verfahrensbeteiligten zur Folge hat. Richtermediatoren haben diese andere Haltung, nämlich die Verantwortung für eine Einigung ganz bei den Parteien zu lassen, kennen und schätzen gelernt.

Die veränderte eigene Haltung als Mediator/in gegenüber den Parteien und Anwälten ist der Schlüssel zur Mediation. Sie unterscheidet sich zwangsläufig aufgrund ihrer Funktion von der richterlichen Haltung, weil sie nicht wie diese von rechtlicher Bewertung juristischer Standpunkte geprägt ist. Der Mediator unterstützt lediglich die Kommunikation der Verfahrensbeteiligten. Teilbereiche der mediativen Haltung und Kommunikationstechniken lassen sich in die klassische richterliche Verhandlung transportieren. In der streitigen zivilrichterlichen Verhandlung sollte den Beteiligten schließlich nicht weniger Gelegenheit zur Darstellung ihrer Situation gegeben werden. Auch in der streitigen zivilrichterlichen Verhandlung kann mehr gefragt als vorgegeben werden. Nur hat das engere Grenzen: die Beteiligten eines Gerichtsverfahrens erwarten, dass der Richter seine Aufgabe erfüllt, nämlich die des Hinweisens auf die Rechtslage, des richterlichen Bewertens und schließlich des Entscheidens. Deshalb wird es immer Grenzen mediativer Elemente in der richterlichen Verhandlung geben,<sup>8</sup> müssen richterliche Verhandlung und Mediation immer zwei unterschiedliche Verhandlungsformen bleiben.

Die positive Erfahrung der Richtermediatoren in ihrer geänderten Haltung und Wirkungsmöglichkeit wird durch eine weitere Schlüsselerkenntnis komplettiert. Die Erfolge gerichtsnaher Mediation haben deutlich gemacht, dass die streitenden Parteien bei entsprechender mediativer Verhandlungsführung in der Lage sind, selbst zu einer Lösung ihres festgefahrenen Konflikts zu finden, ohne dass es einer – nicht selten mit aufwendiger Sachverhaltsklärung, rechtswissenschaftlicher Recherche und umfangreichem Austausch schriftlicher Ausarbeitungen einhergehenden – Rechtsfindung des Richters und seiner Entscheidung oder jedenfalls seiner Rechtseinschätzung, etwa im Zuge von Vergleichsverhandlungen, bedarf.

### 3. In fremden Hoheitsgewässern?

Mit zunehmender Bekanntheit und Verbreitung vor allem gerichtlicher Mediation wuchs indessen auch deren Ablehnung. Kaum ein anderes Thema kann so unterschiedliche Reaktionen bei Juristen hervorrufen wie das Thema der Mediation durch Richter.

<sup>8</sup> Hierzu näher *Probst*, SchIHA 2007, 41 ff.

<sup>1</sup> Einzelne Projektberichte siehe *Götz v. Olenhusen*, DRiZ 2003, 396; *ders.*, ZKM 2004, 104; *ders.* in: *Justiz und Anwaltschaft in Braunschweig* (Hrsg. Isermann/Schlüter) S. 121; *von Barga*, DVBl. 2004, 468; *Walther*, ZKM 2005, 53; *Probst*, SchIHA 2005, 317; *Hückstädt*, Neue Justiz 2005, 289.

<sup>2</sup> *Gottwald*, *W./I. Haft*, F., Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 1993; *ders.*, *Gerichtsnaher Mediation*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 421.

<sup>3</sup> *Ortloff*, ZKM 2002, 19; *ders.* Festgabe 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht 2003, 727; *ders.*, NVwZ 2004, 385.

<sup>4</sup> *von Barga*, DVBl. 2004, 469.

<sup>5</sup> *Götz v. Olenhusen*, DRiZ 2003, 396; ZKM 2004, 104; *ders.* in: *Justiz und Anwaltschaft in Braunschweig* (Hrsg. Isermann/Schlüter) S. 121.

<sup>6</sup> *www.arpos.de* Forschungsbericht Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen (Begleitforschung).

<sup>7</sup> *Spindler*, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, 2006 (Begleitforschung).



Das Spektrum reicht von – mitunter euphorischer – Zustimmung über rechtswissenschaftliche Analyse, mildem Verständnis, wie man es gegenüber Liebhabern exotischer Pflanzen zeigt, bis zu teils rechtlich untermauerter, teils polemischer Ablehnung. So kann paradoxerweise Mediation das verursachen, was sie vermeiden will: Streit. Dieser wird von Diskussionsveranstaltungen und Zeitschriften bereitwillig aufgegriffen,<sup>9</sup> weil endlich einmal Spannung in das teilweise als zu eintönig empfundene Harmoniegespräch der Mediatoren zu kommen scheint. Vor allem das kräftige Wachstum gerichtlicher Mediation hat Kritiker aus den Gerichten und aus der Anwaltschaft auf den Plan gerufen. So wird nur von wenigen juristische Energie darauf verwandt, die Zulässigkeit von Gerichtsmediation zu stützen,<sup>10</sup> vielmehr wird versucht, deren rechtliche Unzulässigkeit zu beweisen. Die Spaltung reicht dabei rasch in die eigenen Kreise der Mediatoren.<sup>11</sup> Auch die Anwaltschaft rückt, jedenfalls in verbandspolitischen Äußerungen, von den in Sachen Mediation eigentlich Gleichgesinnten ab und sieht Richtermediatoren als Fischer in fremden Hoheitsgewässern; sie reklamiert die Mediation für sich allein.

Die oben genannten Elemente, die einerseits so viele für die Mediation einnehmen, sind nun andererseits der Stein des Anstoßes und geeignet, Ursache von Akzeptanzproblemen zu sein. Es geht um die Vorgabe, der Mediator – gleich ob Richter oder Anwalt – möge sich der rechtlichen Bewertung des von ihm zu vermittelnden Konflikts enthalten. Keine rechtliche Bewertung des Konflikts? Diese Botschaft ist für viele Juristen äußerst befremdlich und widerspricht unserer in etlichen Semestern Jurastudium, Referendarszeit und womöglich Jahrzehnten juristischer Praxis als Richter oder Rechtsanwalt erhaltenen Konditionierung. Offenbar, so muss der Eindruck sein, soll die jahrelange fundierte rechtliche Arbeit nichts mehr gelten, offenbar kommen dort welche, die meinen, es besser zu können. In der Anwaltschaft herrscht zudem die verbreitete Auffassung, Mediation sei nichts anderes als das, was man seit jeher sowieso schon mache. Schließlich erledige die Anwaltschaft 80% der Konflikte bereits im Vorfeld ohne jede gerichtliche Auseinandersetzung. So führt letztlich der Eindruck mangelnder Wertschätzung gegenüber hergebrachter juristischer Praxis und Methodik zur Skepsis gegenüber Mediation oder sogar zu deren Ablehnung.

Dabei muss immer wieder betont werden, dass die gerichtsnaher Mediation nur ein kleiner Zweig am großen Baum Justiz sein kann. Die Mediation kann lediglich als ein zusätzliches Angebot zur Streitschlichtung angesehen werden. Misstrauen gegenüber Mediation wird neben Überzeugungsarbeit im Einzelfall am besten durch eigene Erfahrung entgegen gewirkt.

Den Stellenwert der rechtlichen Aufarbeitung eines Konflikts, sei es als Entscheider, sei es als Berater, wird niemand ernstlich in Frage stellen. Selbstverständlich wird die hohe fachliche Kompetenz von Richtern und Anwälten weiterhin in der überwiegenden Zahl der Fälle zwingend benötigt. Aber was spricht dagegen, dass Menschen sich in einem rechtlichen Konflikt ohne richterliche Wertung und ohne Rechtsentscheidung einigen? Das geschieht tagtäglich in ungezählten Wirtschafts-, Alltags- und Familienkonflikten. Für die Juristen bleibt immer noch genug übrig, was vor Gericht ausgetragen werden muss.

#### 4. Für den Bürger sind wir da

Der positive Kompetenzkonflikt um die Befugnis, wer auf welche Weise Rechtskonflikte lösen soll, lenkt von dem eigentlichen Thema ab. Die zentrale Frage lautet, ob Mediation eine Konfliktlösungsmethode ist, die für die Bürger ein nützliches Angebot darstellt und das herkömmliche Konfliktlösungsmodell in der Gesellschaft nicht nur sinnvoll ergänzt, sondern auch teilweise ersetzen soll.

Wenn dem so ist, müssen Wege gefunden werden, das Mediationsangebot effektiv auszubauen, und zwar unter Einbeziehung aller beteiligten Berufsgruppen. Die Frage, ob Anwälte oder Richter oder beide oder noch andere Berufsgruppen als Mediatoren eingesetzt werden, ist zwar praktisch wichtig. Sie muss unter Berücksichtigung der Effektivität und der Kosten sowie unter Ausgleich der Berufsgruppeninteressen beantwortet werden. Der

Wirbel um Zuständigkeiten, um Erlaubtes und angeblich Nichterlaubtes, sollte jedoch nicht zum Selbstzweck werden und nicht das gemeinsame Ziel in den erzeugten Staubwolken verschwinden lassen.

Die Projekte zur gerichtsnahen Mediation und die daraus gewonnenen Ergebnisse der Begleitforschung haben mehrere Gründe verdeutlicht, warum Mediation für den Bürger und sowohl in der Wirtschaft als auch in der Gesellschaft ein sinnvolles und würdiges Angebot darstellt. Im Kern geht es um zwei Aspekte: erstens die erhöhte Zufriedenheit der Konfliktparteien mit selbst verhandelten und gefundenen Lösungen, zweitens den schonenden Verbrauch von Ressourcen. Zu beiden Aspekten hier nur einige Anmerkungen:

Mediation kann das Potential von Einigungen durch Verhandlung wesentlich weiter ausschöpfen, als es das bestehende Justizgewährleistungssystem zulässt. Es trifft zu, dass Rechtsanwälte schon viele Konflikte im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung erledigen und dass nur die Spitze des Eisbergs zu Gericht kommt. Dennoch müssen wir feststellen, dass enorme Ressourcen durch gerichtliche Auseinandersetzungen verschlungen werden. Prozesse kosten Zeit und Geld, sie verbrauchen allenthalben Ressourcen, auf Seiten der Prozessparteien, auf Seiten der Anwälte und auf Seiten der Justiz. Am Ende eines langen Verfahrens hat sich schon mancher gefragt, ob der Aufwand im Verhältnis zum Ergebnis stand – und die Frage verneint. Hier könnte systematisch durch professionelle Vermittlung zu einem früheren Zeitpunkt Abhilfe geschaffen werden. Mediation ist hierfür ein sinnvolles Angebot, weil sie die Interessen der Parteien stärker zur Geltung kommen lässt, als es in dem von Rechtsaspekten dominierten Verfahrenskonzept, an dem sich die Juristen orientieren müssen, vorgesehen ist. Das führt zu einer nachhaltigen Lösung und erhöhten Zufriedenheit der Parteien.

Der geringere Verbrauch von Ressourcen richterlichen Arbeitsensatzes, der sich in der gerichtsnahen Mediation im Göttinger Modell gezeigt hat, konnte dort anderen Bereichen zugute kommen, wie z.B. der erheblich belasteten Strafjustiz. Die Begleitforschung des niedersächsischen Modellversuchs<sup>12</sup> hat bestätigt, dass der Personalaufwand für Mediationen deutlich geringer ausfällt als für herkömmliche richterliche Verhandlungen und Verfahrensabschlüsse. Nach dem anerkannten Prinzip des schonenden Einsatzes von Ressourcen sollte die Ressource richterlicher Beurteilung und Entscheidung nur in den Fällen zum Einsatz kommen, die sich im Verhandlungswege nicht lösen lassen.

Auch bei rechtshängigen Verfahren besteht insoweit noch Spielraum. Die Einreichung einer Zivilklage ist eine Aktion, die von vielen Faktoren bestimmt wird. Klageschriften werden nach gescheiterten Verhandlungen, während laufender Verhandlungen oder ohne ausreichenden Verhandlungsversuch eingereicht. Die Rechtshängigkeit eines Streits ist jedenfalls, das zeigen viele richterliche Vergleichsverhandlungen und haben viele Mediationen bestätigt, keineswegs ein verlässliches Kriterium und nicht die allgemeingültige zureichende Zäsur für die Beurteilung, ob die Parteien nicht doch noch zu einer eigenen Lösung gelangen können.

Anwaltschaft, Justiz und Gesetzgeber sollten aus den genannten Gründen an mehreren neuralgischen Punkten ansetzen, um das Potential an ressourcenschonender Konfliktvermittlung zu aktivieren.

#### 5. Gerichtsmediation und Anwaltsmediation – Kooperieren statt konkurrieren

Kaum hatten die Richter erfolgreich Mediation angeboten, erhob die anwaltliche Berufspolitik die Forderung, die Justiz dürfe ein solches Angebot nicht, jedenfalls nicht „kostenfrei“ in ihre Leistungen aufnehmen. Mediation sei das Berufsfeld der Anwälte. Jenseits der Berufspolitik haben sich Anwälte allerdings im Mandanteninteresse pragmatisch und rasch auf das neue Feld der Mediationsbegleitung ihrer Mandanten eingestellt.<sup>13</sup>

Will man die Mediation wirksam fördern, ist ein gezieltes Zusammenwirken der mit Rechtskonflikten befassten Berufsgruppen, vornehmlich der Gerichte und der Anwälte, ferner der Rechtsschutzversicherungen und der freiberuflichen Mediatoren

<sup>9</sup> Beiträge von Spellbrink, DRiZ 2006, 88; Aring, NRB Mitteilungen 2006, 59; Hartmann, NJW Editorial 5/2005.

<sup>10</sup> Koch, Neue Justiz 2005, 144.

<sup>11</sup> Z.B. Monßen, ZKM 2006, 83.

<sup>12</sup> Siehe oben Fn. 6 und 7.

<sup>13</sup> Dazu Neuenhahn/Neuenhahn, NJW 2005, 144.



anderer beruflicher Herkunft vonnöten. Hier liegt die stärkste Herausforderung, um der Mediation eine nachhaltige Funktion zu sichern. Wie könnte das Zusammenwirken aussehen?

Wichtig ist zunächst der Blick aus der Perspektive des anderen, so wie ihn Mediatoren ihren Klienten nahe bringen. Da die Gerichtsmediation den Gedanken der Mediation insgesamt erheblich gefördert hat, wäre es wünschenswert, dass die Anwaltschaft die Mediation an den Gerichten auch berufspolitisch akzeptiert und unterstützt. Eine juristische Diskussion darüber, ob *entweder* Gerichte *oder* Anwälte Mediation anbieten sollen, führt nicht weiter. Man sollte realistisch einigen Faktoren ins Auge sehen und dann die richtigen Konsequenzen ziehen:

Zum einen befindet sich die gerichtliche Mediation noch in der Anfangsphase. Zahlreiche Richterinnen und Richtern beginnen gerade erst, Mediation zu erlernen, erste Erfahrungen zu sammeln und sich in Gesprächskreisen auszutauschen. Das reicht von Flensburg über Göttingen bis München, von Paderborn bis Berlin, das ist in den Niederlanden ebenso anzutreffen wie in Finnland. Ohne die Gerichte geht es nicht, weil dort eine Vielzahl von Konflikten anhängig gemacht wird. Wie die Göttinger Erfahrungen gezeigt haben, sind nahezu alle am Landgericht vertretenen Rechtsgebiete mediationsgeeignet.

Sodann ist es der Sache nach unerheblich, ob der Mediator ein Richter oder ein Anwalt ist. Berufspolitische Befindlichkeiten von Anwälten und Richtern sollten im Interesse der Förderung konsensualer Streitbeilegung zurückgestellt werden. Eine konsequente Förderung der Mediation ist vielmehr nur über eine enge Kooperation zwischen Anwaltschaft und Justiz möglich. Es könnte so aussehen, dass Gerichte Mediation gezielt empfehlen und rechtshängige Verfahren zum Zwecke der Mediation auch durch eine/n Anwaltsmediator/in aussetzen.

Von der in § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO vorgesehenen Möglichkeit wird derzeit so gut wie kein Gebrauch gemacht, nicht zuletzt mangels anwaltlicher Zustimmung. Das zu ändern, haben sich diverse Projekte vorgenommen. In diesen Projekten ist vorgesehen, dass Anwaltskammern und –vereine für einen Projektzeitraum die gerichtsnahe Mediation durch Anwälte in rechtshängigen Verfahren finanzieren. Die Gerichte empfehlen den Prozessparteien und Anwälten die Mediation und geben mit deren Zustimmung das Verfahren an den Anwaltsmediator ab. Nach ähnlichen Vorhaben in Stuttgart und Nürnberg vor einigen Jahren haben nunmehr Projekte der Rechtsanwaltskammer Köln, des Kölner Anwaltvereins und des Landgerichts Köln sowie der Rechtsanwaltskammer Braunschweig und des Amtsgerichts Göttingen einen Neuanfang gemacht. Oberlandesgericht und Rechtsanwaltskammer Celle sind dabei, ein vergleichbares Projekt auf den Weg zu bringen. Es ist zu hoffen, dass diesen Projekten der in den vergangenen Jahren gewachsene Bekanntheit von Mediation zugute kommt.

Mediation muss mit Hilfe solcher Projekte zum Angebot für den Bürger werden, das dieser als selbstverständliche und prioritäre Konfliktlösungsmethode in Anspruch nimmt.

## 6. Wie geht es weiter?

Mit zunehmender Verstärkung und Ausweitung des Angebots gerichtsnaher und gerichtlicher, anwaltlicher und sonstiger außergerichtlicher Mediation zeichnet sich die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ab.<sup>14</sup> Mediation soll schließlich eines Tages das Stadium des Projekts verlassen. Dafür muss es den passenden gesetzlichen Rahmen geben. Wie dieser gesetzliche Rahmen aussehen soll, ist noch offen.

Die Integration der Mediation in die Verfahrensordnungen wird ebenso zu diskutieren sein wie Fragen der Ausbildung, Zertifizierung oder Zulassung von Mediatoren. Der Deutsche Juristentag Erfurt 2008 wird sich in einer eigenen Abteilung mit dem Thema Mediation befassen. Dadurch ist ein erheblicher Schub für die Bekanntheit von Mediation und Anregung für gesetzgeberische Gestaltung zu erwarten.

Eine sehr zentrale und zugleich strittige Frage wird sein, ob es in Rechtsstreitigkeiten einen obligatorischen Mediationsversuch geben soll. Denkbar wäre zum Beispiel, dem Gericht die Befugnis einzuräumen, den Rechtsstreit vorübergehend auszusetzen und einen Mediationsversuch anzuordnen, sofern dieser solcher nicht bereits vor Rechtshängigkeit stattgefunden hat. Den Prinzipien der Mediation stünde eine solche Verpflichtung zum Mediationsversuch nur scheinbar entgegen. Die Erfahrungen aus der Gerichtsmediation haben gezeigt, dass Ablehnung, Bedenken und Skepsis vor einer Mediationsverhandlung in der Verhandlung selbst rasch abgebaut und beseitigt werden können.

Die Parteien werden so in die Lage versetzt, in Eigenverantwortung und Selbstbestimmung eine Lösung zu suchen. Können sie eine solche nicht erreichen, steht ihnen die unverzügliche Fortsetzung des Gerichtsverfahrens zur Verfügung. Die Justiz muss ihre kostenintensive rechtliche Bewertungs- und Entscheidungsleistung erst einsetzen, wenn alle möglichen Versuche konsensualer Streitbeilegung nicht zum Erfolg geführt haben. Selbstverständlich muss auch die Kostenfrage, vor allem in Prozesskostenhilfefällen noch beantwortet werden. Für die systematische und strategische Entwicklung und Förderung von Mediation wäre die Möglichkeit des Gerichts, einen Mediationsversuch anzuordnen, eine überaus wirksame Maßnahme.

Belässt man es hingegen bei Appellen und dem zufällig vorhandenen Angebot von Mediation, wird man auf den Wandel der Streitkultur noch lange warten müssen.

<sup>14</sup> Hirsch, Festvortrag auf dem Konfliktmanagement-Kongress 2006 der Niedersächsischen Justizministerin [www.KM-Kongress.de](http://www.KM-Kongress.de).

# Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung in Zivilsachen im Ostseeraum – ein Überblick

Prof. Dr. Alexander Trunk, Universität Kiel\*

Alternative Formen der Streitbeilegung haben im Ostseeraum eine lange, wenngleich regional variierte Tradition.

Das Schiedsgericht der Handelskammer Stockholm<sup>1</sup> ist eine der international führenden Schiedsinstitutionen, mit spezieller Expertise in Verfahren mit Parteien aus Osteuropa, aber auch die institutionellen und ad hoc-Schiedsgerichte anderer Ostseestaaten haben in den letzten Jahren stark an Bedeutung gewonnen. Schlichtungsverfahren (Mediation) sind in den Staaten Nordeuropas seit langem etabliert,<sup>2</sup> und viele Staaten des südlichen Ostseeraums sind bestrebt, die skandinavischen Erfahrungen

auch für den Aufbau eigener Mediationsstrukturen zu nutzen. Der Ostseeraum ist damit auch für den Bereich von Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung ein Laboratorium mit weiterwirkender Ausstrahlung, nicht zuletzt auf die Europäische Gemeinschaft im Ganzen.

Der folgende Beitrag gibt einen kurzen Überblick über den aktuellen Stand und Entwicklungstendenzen auf den Gebieten der Schiedsgerichtsbarkeit und der Mediation in den Staaten des Ostseeraums.

## I. Grundlagen

### 1. Vor- und Nachteile von Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung

Die Vorteile von Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung im Vergleich zur staatlichen Gerichtsbarkeit sind allgemein bekannt:

\* Der Autor ist Direktor des Instituts für Osteuropäisches Recht der Universität Kiel. Der Beitrag ist eine überarbeitete Fassung eines bei *Trunk/Nuutila/Nekrošius* (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit und andere Formen alternativer Streitbeilegung – Erfahrungen und Tendenzen im Ostseeraum* (2006), S. 11–20 erschienenen Aufsatzes.

<sup>1</sup> S. die Webseite des Schiedsgerichts bei <http://www.sccinstitute.com/uk/Home/>.  
<sup>2</sup> S. hierzu etwa jüngst *Rüssel*, *The Fourth Nordic Conference in Mediation and Conflict Management*, Helsinki, 26.–28.5.2006, *SchiedsVZ* 2006, 276 ff.

Flexibilität des Verfahrensablaufs, Sachkunde der von den Parteien bestellten Schiedsrichter oder Mediatoren, geringere Konfrontationsneigung des Verfahrens und damit verbunden die höhere Aussicht, das „Gesicht zu wahren“ und geschäftliche oder persönliche Beziehungen auch in Zukunft fortsetzen zu können, Vertraulichkeit des Verfahrens im Unterschied zur Öffentlichkeit des Verfahrens vor staatlichen Gerichten und, insbesondere bei Schiedsverfahren, die erleichterte grenzüberschreitende Vollstreckung von Schiedssprüchen.<sup>3</sup> Als mögliche Nachteile stehen dem vor allem die geringeren rechtsstaatlichen Garantien nichtstaatlicher Verfahren gegenüber. Ob alternative Streitbeilegung rascher und kostengünstiger ist als ein staatliches Verfahren, hängt von den konkreten Gegebenheiten ab.

Anders als die Schlichtung führen Schiedsverfahren zu einer urteilsähnlichen Entscheidung des Schiedsgerichts. Dies kann sich als Vorteil wie auch als Nachteil erweisen: Der Schiedsspruch schafft in höherem Maße Rechtssicherheit; er ist für die Parteien verbindlich und kann gegebenenfalls durch die staatlichen Vollstreckungsbehörden vollzogen werden. Der Erfolg der Schlichtung ist dagegen grundsätzlich an die freiwillige Einigung der Parteien gebunden, und die Schlichtung führt im Regelfall nicht zu einem Vollstreckungstitel. Dementsprechend sind Schiedsverfahren stärker an Gerichtsverfahren angenähert als Mediation oder andere Formen der Schlichtung. Daraus folgt, dass Schiedsverfahren mitunter kaum weniger konfrontativ sind als staatliche Gerichtsverfahren.

Zwischen Schieds- und Schlichtungsverfahren gibt es verschiedene Annäherungen: Schiedsverfahren können z.B. auch mit einem Vergleich der Parteien enden, und bestimmte Schlichtungsverfahren führen in manchen Rechtsordnungen zu einem Vollstreckungstitel. Dementsprechend können schiedsverfahrensrechtliche Regelungen u.U. auch auf Schlichtungsverfahren übertragen werden, und viele Schiedsinstitutionen sehen heute Schlichtungsverfahren als Alternative oder Ergänzung zu einem Schiedsverfahren vor.<sup>4</sup>

## 2. Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung im Ostseeraum

Im Ostseeraum herrscht keine Rechtseinheit. Der Ostseeraum ist vielmehr von drei Rechtsgruppen<sup>5</sup> geprägt: dem deutschen Recht, den nordeuropäischen Rechtsordnungen und den transformationsgeprägten Rechten der osteuropäischen Ostseestaaten.<sup>6</sup>

Gemeinsamkeiten zwischen den nordeuropäischen Rechtsordnungen ergeben sich zum einen aus ihrer historischen und sozialen Verbundenheit, zum anderen aus dem Fehlen geschlossener Kodifikationen. Die osteuropäischen Staaten andererseits sind (jedenfalls noch) von der Hinterlassenschaft des früheren politischen und wirtschaftlichen Systems geprägt. Sie stehen aber auch in besonders enger Austauschbeziehung zum deutschen Recht und zunehmend auch zum Recht der Europäischen Gemeinschaft.<sup>7</sup> Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Ostseeraum ist aber nicht allbeherrschend: Dänemark hat sich Sonderrechte innerhalb der EG vorbehalten,<sup>8</sup> und weder Norwegen noch Russland werden auf absehbare Zeit der EG beitreten.

Die Unterscheidung der drei Rechtsfamilien lässt sich auch im Bereich von Schiedsgerichtsbarkeit und Schlichtung feststellen:

- In den nordeuropäischen Staaten herrscht traditionsgemäß ein schiedsverfahrensfreundliches Klima.<sup>9</sup> Das Schiedsgerichtsinstitut (Arbitration Institute) bei der Handelskammer Stockholm<sup>10</sup> ist wohl die führende Schiedsinstitution im Ostseeraum. Zugleich besteht in Skandinavien in vielen Teilbereichen bereits eine lebhaftige Schlichtungspraxis.<sup>11</sup>

- Die osteuropäischen Rechtsordnungen standen zur Zeit des früheren Wirtschaftssystems Schiedsvereinbarungen und insbesondere der ad hoc-Schiedsgerichtsbarkeit sehr zurückhaltend gegenüber.<sup>12</sup> Etwas anderes galt nur für die Zwangsschiedsgerichtsbarkeit zwischen Unternehmen des vergesellschafteten Wirtschaftssektors auf der Grundlage der sog. Moskauer Schiedskonvention von 1972, die zwischen den Mitgliedstaaten des Rats für Gegenseitige Wirtschaftshilfe (RGW, Comecon) geschlossen worden war.<sup>13</sup> Seit 1990 hat sich die Tendenz allerdings umgekehrt: Russland und Litauen sowie jüngst auch Polen und Estland haben das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985 in ihr nationales Recht übernommen.<sup>14</sup> Die etablierten Schiedsinstitutionen, etwa das Internationale Handelsschiedsgericht bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation in Moskau,<sup>15</sup> haben ihre Schiedsordnungen liberalisiert.<sup>16</sup> Schlichtungsverfahren sind in den osteuropäischen Staaten, soweit ersichtlich, noch wenig üblich. Ausnahmen bestehen aber in Spezialbereichen, etwa im Arbeitsrecht, oder ansatzweise in den Verfahrensordnungen osteuropäischer Schiedsinstitutionen.<sup>17</sup>

- Der deutsche Gesetzgeber hat im Jahr 1998 das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 21.6.1985 in das deutsche Recht umgesetzt (10. Buch ZPO, §§ 1025–1066). Zudem ist Deutschland, wie alle anderen Ostseestaaten, Vertragsstaat des New Yorker Übereinkommens über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche von 1958. Auf Landesebene verfolgen mehrere Bundesländer seit mehreren Jahren eine Politik der Förderung außegerichtlicher Streitbeilegung. Durch eine Gesetzesnovelle im Jahr 1999 hat auch der Bundesgesetzgeber die Anreize zu außegerichtlicher Streitbeilegung verstärkt. § 15 a EGZPO eröffnet den Ländern die Möglichkeit, obligatorische Schlichtungsverfahren einzuführen.<sup>18</sup> In der Rechtslehre wird zur Zeit die Zweckmäßigkeit eines besonderen Mediationsgesetzes diskutiert.<sup>19</sup>

<sup>3</sup> S. etwa Prütting, in: ders. (Hrsg.), *Außengerichtliche Streitschlichtung* (2003), S. 2 ff.; umfassend Haft/Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), *Handbuch Mediation* (2002); für die Schiedsgerichtsbarkeit Lachmann, *Handbuch für die Schiedsgerichtsbarkeit*, 2. Aufl. (2002), S. 34 ff.

<sup>4</sup> S. etwa die ADR-Regeln 2001 der ICC ([http://www.iccwbo.org/index\\_adr.asp](http://www.iccwbo.org/index_adr.asp)), die Schlichtungsordnung 2002 der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (zugänglich über <http://www.dis-arb.de>) und die Mediation Rules 1999 der Handelskammer Stockholm ([http://www.sccinstitute.com/uk/SCC\\_Mediation\\_Institute/Rules/](http://www.sccinstitute.com/uk/SCC_Mediation_Institute/Rules/)).

<sup>5</sup> Genauer: Untergruppen innerhalb des kontinentaleuropäischen Rechtskreises.

<sup>6</sup> S. hierzu näher Trunk, *Zivilrecht im Ostseeraum – eine Übersicht*, in: ders./Nekrošius/Nuutila (Hrsg.), *Recht im Ostseeraum – Einführung und aktuelle Entwicklungen* (2005), S. 101 ff.

<sup>7</sup> Für Polen und die drei baltischen Staaten ergibt sich dies schon aus ihrer Mitgliedschaft in der EU seit dem 1.5.2004, für Russland aus seiner „strategischen Partnerschaft“ mit der EU (Partnerschafts- und Kooperationsabkommen von 1994 und die auf dieser Grundlage entwickelten weiteren Beziehungen).

<sup>8</sup> Protokoll Nr. 5 zum EGV-Vertrag (iF des Vertrags von Amsterdam 1997).

<sup>9</sup> Vgl. Ring/Olsen-Ring, *Einführung in das skandinavische Recht* (1999), S. 249 f.

<sup>10</sup> Webseite mit zahlreichen näheren Informationen auf Englisch: <http://www.sccinstitute.com/uk/Home/>. Kommentierung der Stockholmer Schiedsordnung von 1999 durch Franke, in: Schütze (Hrsg.), *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit* (2006), S.799 ff. Zum 1.1.2007 ist eine neue Schiedsordnung in Kraft getreten, die aber gegenüber der Schiedsordnung von 1999 im wesentlichen nur redaktionelle Änderungen aufweist.

<sup>11</sup> S. etwa Anker, *Mediation in Scandinavia*, <http://www.mediation.nl/md-anker.htm>, sowie die Webseite des Nordic Forum for Mediation, <http://www.n-f-m.org/> (teilweise auf Englisch).

<sup>12</sup> S. etwa Märkl, *Schiedsgerichtsbarkeit in Russland* (1998), S. 33 ff.

<sup>13</sup> Zum Fortbestand dieser Konvention und zur einschränkenden Auslegung ihres Anwendungsbereichs s. Butler, *The Fate of the 1972 Moscow Convention*, in: Trunk/Knieper/Svetlanov (Hrsg.), *Russland im Kontext der Internationalen Entwicklung: IPR, Kulturgüterschutz, geistiges Eigentum, Rechtsvereinheitlichung*, FS Boguslavskij (2004), S. 213 ff.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu etwa Trunk, *East-West Arbitration – A View from Germany*, *Deutscher Landesbericht für den XVII. Weltkongress für Rechtsvergleichung 2006 in Utrecht*, im Internet zugänglich unter <http://www2.law.uu.nl/priv/AIDC/index1.asp>. Länderberichte über den Stand des Schiedsverfahrensrechts in zahlreichen Staaten Osteuropas (aus dem Ostseeraum: Lettland, Polen und Russland) geben Rivkin/Platto (ed.), *Litigation and Arbitration in Central and Eastern Europe* (1998) passim (allerdings teilweise veraltet).

<sup>15</sup> Webseite: <http://www.tpprf.ru/ru/main/court/mkas/> (auf Russisch; teilweise auch auf Englisch).

<sup>16</sup> Die Kernbestimmungen der Schiedsordnung von 1994 des Internationalen Handelsschiedsgerichts in Moskau werden kommentiert von Trunk/Boguslavskij, in: Schütze (Hrsg.), *Institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit* (2006), S.431 ff. Am 1.3.2006 ist eine neue Schiedsordnung in Kraft getreten, die zwar grundsätzlich an den Strukturen der Vorgängerregelung festhält, aber einige wesentliche Änderungen einführt (z.B. Liberalisierung bezüglich des möglichen Verhandlungsortes; an Moskau als Schiedsort und Russisch als Verfahrenssprache wird jedoch festgehalten), s. hierzu Komarov, *Das neue Reglement des Internationalen Handelsschiedsgerichts bei der Handels- und Industriekammer der Russischen Föderation (MKAS)*, *Kieler Ostrechts-Notizen* 1/2006, S.11 ff.

<sup>17</sup> S. etwa die Schlichtungsordnung (Soglasitel'nyj Reglament) des MKAS, <http://www.tpprf.ru/docs/Reglament.doc>, oder die Schlichtungsordnung des Vilnius Court of Commercial Arbitration, <http://www.arbitrazas.lt/>.

<sup>18</sup> S. hierzu etwa die Kommentierung bei Zöller-Gummer, *ZPO*, 26. Aufl. (2007), § 15 a EGZPO m.w.N. Die Mehrzahl der Länder hat inzwischen von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, s. Zöller-Gummer aaO § 15 a EGZPO Rdz. 27.

<sup>19</sup> S. etwa Becker/Horn, *Notwendige Regelungen eines deutschen Mediationsgesetzes*, *SchiedsVZ* 2006, 270 ff.

## II. Schiedsgerichtsbarkeit

### 1. Staatsverträge

Alle Ostseeanrainerstaaten haben das New Yorker Übereinkommen vom 10.6.1958 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche ratifiziert.<sup>20</sup> Damit ist innerhalb des Ostseeraums die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung von Schiedssprüchen weitgehend gesichert.<sup>21</sup> Einschränkungen ergeben sich allerdings durch die teilweise extensive Auslegung der Anerkennungsverweigerungsgründe des Abkommens<sup>22</sup> und durch die von einzelnen Vertragsstaaten (zulässigermaßen) erklärten Vorbehalte. So hat etwa Russland die Anwendung des New Yorker Übereinkommens auf Handelssachen beschränkt; ein Schiedsspruch etwa aus einem Verbraucherstreit dürfte in Russland mangels Staatsvertrages nicht anzuerkennen sein.<sup>23</sup>

Neben dem New Yorker Übereinkommen gelten für einige Staaten des Ostseeraums (Dänemark, Deutschland, Polen und Russland) auch die Bestimmungen des Europäischen Übereinkommens vom 21.4.1961 über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit<sup>24</sup> sowie Spezialabkommen, die im Streitfall die Anrufung eines Schiedsgerichts ermöglichen, z.B. bilaterale Investitionsschutzabkommen<sup>25</sup> oder die ICSID-Konvention vom 18.3.1965.<sup>26</sup>

Die Europäische Gemeinschaft hat das Schiedsverfahrensrecht bisher aus dem Regelungsbereich der EG-Vorschriften zum Internationalen Verfahrensrecht weitgehend ausgeklammert, was mit dem Erfolg des internationalen Regelungswerks (New Yorker Übereinkommen 1958) begründet wird.<sup>27</sup>

### 2. Nationale Gesetzgebung

Auf nationaler Ebene sind Staaten, die ihr Schiedsverfahrensrecht autonom gestalten, von jenen zu unterscheiden, die das UNCITRAL-Modellgesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1985 umgesetzt haben. Diese Unterscheidung verläuft quer durch Nord- und Osteuropa.

1. Deutschland (1998), Litauen (1996<sup>28</sup>) und Russland (bereits 1993<sup>29</sup>) haben das UNCITRAL-Modellgesetz weitgehend wortgetreu umgesetzt. Das gleiche gilt seit kurzem auch für Estland (2005)<sup>30</sup> und Polen (2005)<sup>31</sup>. Dennoch bestehen im Detail nicht

unerhebliche Unterschiede. So ist das russische Gesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1993, wie das UNCITRAL-Modellgesetz 1985, auf die internationale (private) Schiedsgerichtsbarkeit beschränkt, während das deutsche und das litauische Gesetz auch die nationale Schiedsgerichtsbarkeit einbeziehen.<sup>32</sup> Zudem beschränkt sich das russische Gesetz von 1993 auf „bürgerlichrechtliche Streitigkeiten“.<sup>33</sup> Nun sind im russischen Recht verschiedene Sondergebiete, auch soweit sie zivilrechtliche Fragen betreffen, in Spezialgesetzbüchern ausgegliedert. Ein besonders wichtiges Beispiel ist das Bodengesetzbuch von 2001. Überträgt man diese Begrifflichkeit auf das Schiedsverfahrensrecht, so besteht das Risiko, dass russische Gerichte z.B. eine Schiedsvereinbarung über ein Grundstücksgeschäft nicht als schiedsfähig nach dem Gesetz von 1993 anerkennen würden. Als weitere Besonderheit kommt für das russische Recht hinzu, dass das Gesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit von 1993 jüngst durch ein allgemeines Schiedsverfahrensgesetz von 2002<sup>34</sup> ergänzt wurde. Beide Schiedsgesetze werden zudem durch schiedsrechtliche Bestimmungen in der neuen russischen ZPO 2002 und der Arbitrageprozessordnung (Wirtschaftsprozessordnung) von 2002 flankiert.<sup>35</sup>

2. Schweden hat in seinem neuen Schiedsverfahrensgesetz vom 1.4.1999<sup>36</sup> einen eigenen Weg beschritten. Das schwedische Gesetz übernimmt zwar in vieler Hinsicht Regelungen des UNCITRAL-Modellgesetzes, behält aber auch eine Reihe abweichender Lösungen bei. So schreibt das schwedische Recht für die Schiedsvereinbarung keine Schriftform vor, und die Schiedsfähigkeit wird nicht, wie nach dem Modellgesetz, auf alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten erstreckt, sondern beschränkt sich wie bisher grundsätzlich auf Streitigkeiten, über die die Parteien einen Vergleich schließen können.

3. Das finnische Schiedsverfahrensgesetz aus dem Jahr 1992<sup>37</sup> und das norwegische Schiedsverfahrensrecht (Kap. 32 der norwegischen ZPO, §§ 452–473) stehen dem UNCITRAL-Modellgesetz in verschiedenen Einzelheiten näher als das schwedische Gesetz (z.B. Schriftform der Schiedsvereinbarung), weisen aber viele Gemeinsamkeiten mit dem schwedischen Recht auf.

4. In Dänemark galt bis vor kurzem ein sehr knappes Schiedsverfahrensgesetz aus dem Jahr 1972.<sup>38</sup> Am 1.7.2005 wurde es durch eine am UNCITRAL-Modellgesetz orientierte Neukodifikation ersetzt.<sup>39</sup>

5. Die lettische ZPO von 1998 regelt das Schiedsverfahrensrecht in Abschnitt D (Art. 486–537 ZPO) sowie – bezüglich der Anerkennung ausländischer Schiedssprüche – in Abschnitt F Kap.78 (Art. 645–651 ZPO).<sup>40</sup> In Riga bestehen mehrere miteinander konkurrierende institutionelle Schiedsgerichte, deren Schiedsordnungen zum Teil Regelungen des UNCITRAL-Modellgesetzes übernehmen.<sup>41</sup>

<sup>20</sup> Übersicht über den aktuellen Ratifikationsstand auf der Webseite von UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

<sup>21</sup> Das eigentliche Vollstreckungsverfahren richtet sich dagegen nach nationalem Recht. Die Vollstreckungspraxis in den Staaten Osteuropas ist uneinheitlich und wird häufig als ineffektiv kritisiert.

<sup>22</sup> S. etwa die Beispiele einiger russischer Gerichtsentscheidungen (weite Auslegung des ordres public) bei *Karabel'nikov*, *Isponenie reshenij mezhdunarodnykh kommercheskiy arbitrazhej* [Vollstreckung von Entscheidungen internationaler Handelsschiedsgerichte], 2. Aufl. (2003), S. 217 ff.; s. a. *ders.*, *Enforcement of foreign arbitral awards in Russia*, in: *Trunk/Nuutila/Nekrošius* (Hrsg.), *Schiedsgerichtsbarkeit und andere Formen alternativer Streitbeilegung – Erfahrungen und Tendenzen im Ostseeraum* (2006), S. 63 f.

<sup>23</sup> Vgl. *Trunk/Jarkov*, *Länderbericht Russland*, in: *Bülöw/Böckstiegel/Geimer/Schütze*, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen* (LbI.) (Stand Februar 2004), O 1118, S. 1–14.

<sup>24</sup> Mitgliedstaaten des Übereinkommens aus dem Ostseeraum: Dänemark, Deutschland, Lettland, Polen, Russland, s. *Bundesgesetzblatt Teil II, Fundstellen nachweis B* (2007), S. 500.

<sup>25</sup> S. hierzu z.B. den Beitrag von *Grinberga*, *Arbitration of public law disputes, in particular investment disputes*, in: *Trunk/Nuutila/Nekrošius* (Fn.22), S. 125 ff.

<sup>26</sup> Nicht ratifiziert ist die ICSID-Konvention bisher insbesondere von Russland.

<sup>27</sup> Vgl. *Schlösser*, *EU-Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. 2003, Einl. Rdz. 2 f. In Randbereichen kann das EG-Zivilprozessrecht aber auch auf Schiedsverfahren Anwendung finden, vgl. *ders.* aaO Art. 1 EuGGVO Rdz. 23 ff.

<sup>28</sup> Gesetz über die Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 2.4.1996, englische Fassung zugänglich über die Gesetzgebungsdatenbank des litauischen Parlaments, <http://www3.lrs.lt>. Daneben enthält auch die litauische ZPO von 2002 Vorschriften zum Schiedsverfahrensrecht, s. hierzu demnächst auch *Trunk/Nekrošius*, *Länderbericht Litauen*, in: *Bülöw/Böckstiegel/Geimer/Schütze*, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen* (LbI.) (im Erscheinen).

<sup>29</sup> Gesetz über die internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit vom 7.7.1993, deutsche Übersetzung (*Mindach*) in: *Brunner/Schmid/Westen*, *Wirtschaftsrecht der osteuropäischen Staaten* (LbI.), Bd. II 1, Nr. VI 3 d.

<sup>30</sup> Neue ZPO vom 20.4.2005, Text zugänglich unter <http://riigiteataja.ee/ert/ert.jsp> (auf Estnisch), s. hierzu demnächst *Trunk/Kivisild/Köre*, *Länderbericht Estland*, in: *Bülöw/Böckstiegel/Geimer/Schütze*, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen* (LbI.) (im Erscheinen). Die frühere ZPO 1998 enthielt keine Vorschriften zum Schiedsverfahrensrecht. Neben der ZPO besteht noch ein besonderes Gesetz über das Schiedsgericht der Estnischen Handels- und Industriekammer aus dem Jahr 1991, Text in englischer Fassung zugänglich auf der Webseite der Handels- und Industriekammer, <http://www.koda.ee>.

<sup>31</sup> Teil 5 der polnischen ZPO 1964 (Art. 1154–1217 n.F.) in der Fassung des Änderungsgesetzes vom 28.7.2005, Dz.U. 2005 Nr. 178 Pos. 1478. Die frühere Regelung des polnischen Schiedsverfahrensrechts (Art. 695–715 a.F. ZPO 1964) war in verschiedener Hinsicht veraltet, z.B. fehlten Regeln zur Parteiautonomie hinsichtlich der Schiedsvereinbarung und des Schiedsverfahrens.

<sup>32</sup> Das litauische Gesetz von 1996 spricht nach seiner Überschrift nur von „Handelschiedsgerichtsbarkeit, dürfte aber alle Streitigkeiten erfassen, die nicht gemäß Art.11 von seinem Anwendungsbereich ausgenommen sind (Familienrecht, Arbeitsrecht, geistiges Eigentum, Verbraucherstreitigkeiten u.a.).

<sup>33</sup> Art. 1 Pkt. 2 des Gesetzes.

<sup>34</sup> Gesetz vom 24.7.2002, SZ RF 2002 Nr. 30 Pos. 3019.

<sup>35</sup> S. dazu *Trunk/Jarkov* (Fn. 23), O 1118, S. 14.

<sup>36</sup> Text (deutsche Fassung) zugänglich auf der Webseite des Arbitration Institute der Handelskammer Stockholm, [http://www.sccinstitute.com/uk/Laws\\_and\\_Conventions/Gesetz\\_ber\\_Schiedsverfahren\\_SFS\\_1999\\_116/](http://www.sccinstitute.com/uk/Laws_and_Conventions/Gesetz_ber_Schiedsverfahren_SFS_1999_116/). Eine umfassende Darstellung des schwedischen Schiedsverfahrensrechts gibt *Heuman*, *Arbitration Law of Sweden: Practice and Procedure* (2003).

<sup>37</sup> Text (englische Fassung) zugänglich bei <http://www.finlex.fi/pdf/saadkaan/E9920967.PDF> (inoffizielle Übersetzung des finnischen Justizministeriums).

<sup>38</sup> Lov om voldgift; Text (auf Dänisch) zugänglich bei [<sup>39</sup> LOV nr 553 vom 24/06/2005; zugänglich unter <http://www.retsinfo.dk>. Zum Entwurf dieses Gesetzes s. ausführlich \*Lindencrone Petersen\*, \*Danish Legislation on Arbitration\*, in: \*Trunk/Nuutila/Nekrošius\* \(Fn.22\), S.71 ff. Die führende dänische Schiedsinstitution ist das Danish Institute of Arbitration in Kopenhagen, s. <http://www.denarbitration.dk/facts.html>.](http://www.retsinfo.dk/_GET-DOCL/ACCN/A19720018130-REGL; s. dazu Lindencrone Petersen, in: Iversen/Norgaard/Lindencrone Petersen/Wegener, Danish Business Law (2000), S. 514 ff.</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>40</sup> Text (auf Lettisch und Englisch) zugänglich auf der Webseite des lettischen Translation and Terminology Centre, <http://www.ttc.lv/>; s. dazu den Übersichtsbericht auf der Webseite der Rechtsanwaltskanzlei Klavins & Slaidins, *Arbitration in Latvia*, <http://www.klavinsslaidins.lv/html/en/legislation/guidelines/arbitration.php>; vgl. auch *Blukis*, in: *Rivkin/Platto* (Fn.14), S.78 sowie demnächst *Trunk/Balodis*, *Länderbericht Lettland*, in: *Bülöw/Böckstiegel/Geimer/Schütze*, *Internationaler Rechtsverkehr in Zivil- und Handelssachen* (LbI.) (im Erscheinen).

<sup>41</sup> S. etwa die Schiedsordnung des Riga International Arbitration Court, [http://www.rsst.lv/html\\_en/reglaments/rules/first.htm](http://www.rsst.lv/html_en/reglaments/rules/first.htm). Das wohl führende Schiedsgericht ist bei der Lettischen Handels- und Industriekammer eingerichtet, s. <http://www.jurisint.org/pub/03/en/doc/21.htm>.



### III. Schlichtung

Da auch Schiedsverfahren für manche Streitkonstellationen zu prozessbetont oder auch zu kostenintensiv sein mögen, entwickeln sich daneben zunehmend Schlichtungsverfahren, d.h. außergerichtliche oder gerichtsbasierte Verfahren, die unter Einschaltung eines neutralen Dritten eine gütliche Einigung der Parteien erwirken sollen.

#### 1. EG-Recht

Die wohl interessanteste neue Entwicklung im Bereich von Schlichtungsverfahren kommt aus der Europäischen Union.

Die EG-Kommission hat im Jahr 2002 ein „Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht“ veröffentlicht, das 21 Fragen über mögliche künftige Regelungen der EG zur alternativen Streitbeilegung stellt.<sup>42</sup> Gefragt wird z.B., ob eine übergreifende Regelung sinnvoll erscheint oder auf einzelne Schlichtungskonstellationen bezogene Regelungen vorzugswürdig erscheinen, und wie solche Regelungen inhaltlich zu gestalten wären. Das Grünbuch steht in einer Folge anderer Rechtsakte, z.B. der E-Commerce-Richtlinie,<sup>43</sup> in denen ebenfalls zur Einführung von Schlichtungsmechanismen aufgefordert wird.<sup>44</sup> Die auf das Grünbuch eingegangenen Antworten wurden von der Kommission zusammengestellt und in einer Zusammenfassung im Internet zugänglich gemacht.<sup>45</sup> Die Stellungnahmen zu einer Förderung alternativer Streitbeilegung durch die Kommission sind zwar positiv, aber im einzelnen divergierend. Dies gilt sowohl für die Frage eines übergreifenden oder sektoralen Ansatzes als auch für Einzelfragen wie z.B. nach der Verjährungsunterbrechung bei Einleitung eines Schlichtungsverfahrens, Schutz der Vertraulichkeit des Schlichtungsverfahrens oder der Vollstreckbarkeit von Schlichtungsergebnissen.<sup>46</sup>

Am 22.10.2004 hat die Europäische Kommission den Vorschlag für eine Richtlinie „über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“ vorgelegt.<sup>47</sup> Der Richtlinienentwurf lässt die Ausgestaltung des Mediationsverfahrens weitgehend offen, regelt aber einige Wirkungen der Mediation im materiellen Recht (Verjährung) und für den Fall eines nachfolgenden staatlichen Gerichtsverfahrens (Vertraulichkeit der Mediation, Vollstreckung der in der Mediation erzielten Vereinbarungen). Ergänzt wird der Richtlinienentwurf durch einen von der Kommission gleichfalls im Jahr 2004 vorgelegten „Code of Conduct“ für Mediation,<sup>48</sup> durch den Minimalanforderungen an die Mediatoren und das Mediationsverfahren aufgestellt werden (Qualifikation des Mediators, Neutralitätspflicht, Vertraulichkeit etc.).

#### 2. Nationales Recht

Die Rechtslage zur Schlichtung auf nationaler Ebene ist zur Zeit sehr divergent.

Soweit ersichtlich besteht derzeit in keinem Ostseestaat eine umfassende gesetzliche Regelung über Schlichtungsverfahren. Dies könnte sich allerdings ändern, wenn das neue UNCITRAL-Modellgesetz über Schlichtungen [Model Law on International Commercial Conciliation] vom 24.6.2002<sup>49</sup> in die nationale Gesetzgebung übernommen würde. Das Modellgesetz ist zwar auf Schlichtungen in internationalen Handelssachen beschränkt; das würde aber – ähnlich wie beim Modellgesetz von 1985 über die

internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit – eine Erstreckung auf andere Schlichtungsverfahren nicht ausschließen.

In jüngerer Zeit verstärken sich aber Tendenzen, Schlichtungsverfahren jedenfalls in Teilaspekten gesetzlich auszugestalten.

- So enthält die russische Wirtschaftsprozessordnung (APO) von 2002<sup>50</sup> ein Kapitel 15, das mit „Schlichtungsverfahren, Vergleich“ überschrieben ist (Art. 138–142). Das Kapitel befasst sich allerdings nur am Rande mit Schlichtung im eigentlichen Sinn: Art. 138 Pkt. 2 APO lässt eine Schlichtung zu, enthält sich aber weiterer Aussagen.<sup>51</sup>

- Weiter geht insoweit das litauische Recht, das in Kapitel 9 des Schiedsverfahrensgesetzes von 1996<sup>52</sup> einige wenn auch knappe Regeln zu Schlichtungsverfahren enthält. Auch danach wird eine Schlichtung als generell zulässig bezeichnet, und das Gesetz gibt den Parteien einen Hinweis auf mögliche Verfahrensregeln, etwa die UNCITRAL-Schlichtungsregeln vom 4.12.1980.<sup>53</sup> Zudem statuiert das Gesetz ausdrücklich, dass Schlichtungssprüche (mediation awards) von den Parteien nur auf freiwilliger Grundlage zu erfüllen seien.

- In Deutschland besteht zwar eine langjährige Tradition des Schlichtungswesens (etwa vor kommunalen Schiedsämtern), praktische Bedeutung haben Schlichtungsverfahren aber meist in eher speziellem Kontext (Bausachen, Kfz-Reparaturen, Bankenbereich etc.).<sup>54</sup> In jüngerer Zeit wird zunehmend mit Verfahren gerichtshilflicher Schlichtung experimentiert (z.B. mit ehemaligen Richtern als Schlichtern).<sup>55</sup> Durch Gesetzesänderung im Jahr 1999 hat der deutsche Gesetzgeber den Bundesländern bekanntlich die Befugnis eröffnet, in Kleinverfahren bis zu einem Streitwert von 750 Euro eine vorgängige Schlichtung verpflichtend vorzuschreiben (§ 15 a EGZPO). Mehrere Bundesländer, darunter Schleswig-Holstein, haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.<sup>56</sup> Darüber hinaus sind Vergleiche, die vor einer landesrechtlich eingerichteten oder anerkannten Gütestelle geschlossen wurden, nach dem neu gestalteten § 794 I Nr.1 ZPO Vollstreckungstitel. Dies gilt nicht nur im Rahmen der obligatorischen Schlichtung nach § 15 a ZPO, sondern auch bei nicht-obligatorischen Schlichtungen. Schließlich ist noch auf § 204 Abs.1 Nr.4 BGB hinzuweisen, der eine Hemmung der Verjährung bei Einleitung eines Schlichtungsverfahrens vor einer landesrechtlich anerkannten Gütestelle vorsieht. Ein Zeugnisverweigerungsrecht oder gar eine Pflicht zur Zeugnisverweigerung für den Schlichter im Fall eines späteren gerichtlichen Rechtsstreits ist dagegen im deutschen Recht derzeit nicht vorgesehen. Sollte das UNCITRAL-Modellgesetz über Schlichtung von Deutschland übernommen werden, müsste die deutsche ZPO entsprechend ergänzt werden.<sup>57</sup> Vergleichbare Probleme können sich stellen, wenn auf der Grundlage des durch das ZPO-Reformgesetz vom 27. Juli 2001<sup>58</sup> konzipierten § 278 Abs. 5 Satz 2 und 3 ZPO im Einverständnis mit den Parteien ein Rechtsstreit zugunsten einer außergerichtlichen Streitschlichtung einschließlich Mediation zum Ruhen gebracht oder in erweiternder oder analoger Anwendung des § 279 Abs. 5 Satz 1 ZPO zum Zwecke einer Güteverhandlung oder Mediation vor einen anderen als den streitentscheidenden Richter (Güterichter, Richtermediator) verwiesen wird.<sup>59</sup> Einen deutlichen Akzent hat die ZPO-Reform mit § 278 Abs. 2 und 5 ZPO allerdings schon dadurch gesetzt, dass ein Güteverfahren vor streitiger Verhandlung nunmehr einerseits grundsätzlich obligatorisch ist und andererseits die Art seiner Durchführung grundsätzlich entwicklungs offen ausgestaltet ist.

<sup>42</sup> Zugänglich im Internet unter <http://europa.eu.int/eur-lex/en/com/gpr/2002/com>.

<sup>43</sup> ABl. EG 2000 L Nr. 178, S. 1 ff.: Art. 17 der Richtlinie.

<sup>44</sup> S.a. die Empfehlungen der Kommission über die Ausgestaltung von Schlichtungen in Verbrauchersachen vom 30.3.1998 (ABl. EG 1998 L Nr. 115, S. 31 ff.) und 4.4.2001 (ABl. EG 2001 L Nr.109, S. 56 ff.). Diese Empfehlungen differenzieren danach, ob der Schlichter als Mediator (ohne eigenen Einigungsvorschlag) oder als Konziliator (mit eigenem, u.U. grds. bindendem Einigungsvorschlag) tätig wird: im letzteren Fall gelten strengere Voraussetzungen.

<sup>45</sup> Die Politik der Kommission im Bereich ADR und entsprechende Regelungsvorhaben sind bei [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/civil/dispute/fsj\\_civil\\_dispute\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/dispute/fsj_civil_dispute_en.htm) zusammengestellt.

<sup>46</sup> Zur aktuellen Diskussion s. etwa die Webseite der Centrale für Mediation, <http://www.centrale-fuer-mediation.de/mediation.htm>.

<sup>47</sup> KOM(2004) 718 endg., zugänglich in der Datenbank EUR-lex der Webseite der EU, <http://europa.eu.int/eur-lex/de/index.htm>. Aus der Literatur s. hierzu etwa Pitkowicz, Die neuen Mediationsregeln der EU – Ist Österreich noch Wegbereiter?, SchiedsVZ 2005, 81 ff., Eidenmüller, Establishing a Legal Framework for Mediation in Europe: The Proposal for an EC Mediation Directive, SchiedsVZ 2005, 124 ff.

<sup>48</sup> Ebenfalls zugänglich in der Datenbank EUR-lex.

<sup>49</sup> Veröffentlicht auf der Webseite von UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

<sup>50</sup> SZ RF 2002 Nr. 30 Pos. 3012.

<sup>51</sup> Siehe hierzu ausführlich (mit Beispielen zur Mediationspraxis) Jarkov, Mediation in Russland, in: Trunk/Nuutila/Nekrošius (Fn.22), S.93 ff.

<sup>52</sup> Oben Fn. 28.

<sup>53</sup> Veröffentlicht auf der Webseite von UNCITRAL, <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

<sup>54</sup> S. etwa die Zusammenstellung von Verbänden und Vereinen im Bereich Mediation bei <http://www.uncitral.org/en-index.htm>.

<sup>55</sup> S. hierzu auch Wilke, Mediation im Verwaltungsprozess, in: Trunk/Nuutila/Nekrošius (Fn.22), S.133 ff.; vgl. etwa auch den Modellversuch „Außergerichtliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten“ am Oberlandesgericht Nürnberg in Verbindung mit der Anwaltschaft, <http://www.jura.uni-erlangen.de/aber/aber.htm>.

<sup>56</sup> S. näher Weinberg, Stand der Mediation in Schleswig-Holstein, in: Trunk/Nuutila/Nekrošius (Fn.22), S.85 ff.

<sup>57</sup> Vgl. hierzu auch Becker/Horn, Notwendige Regelungen eines deutschen Mediationsgesetzes, SchiedsVZ 2006, 270 ff.

<sup>58</sup> BGBl. I. S. 1887.

<sup>59</sup> Näher und mit weiteren Nachweisen Zöller-Greger, 26. Aufl. (2007), Rn. 5, 26 a zu § 278 ZPO.

#### IV. Zusammenfassung

Im Ganzen lässt sich feststellen, dass sich sowohl die Schiedsgerichtsbarkeit als auch Schlichtungsverfahren im Ostseeraum im Aufwind befinden. In einigen Staaten bedürfen die gesetzlichen Grundlagen der Schiedsgerichtsbarkeit aber noch einer Modernisierung. Schlichtungsverfahren sind bisher weitgehend dem guten Willen der Parteien überlassen. Die Schlichtungsinitiativen

der Europäischen Union – vom Grünbuch Alternative Streitbeilegung bis zum kürzlich eingerichteten „Europäischen Netzwerk außergerichtlicher Streitbeilegung“<sup>60</sup> – werden die Anreize zur Schlichtung aber deutlich verstärken.

<sup>60</sup> S. näher [http://europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/civil/network/fsj\\_civil\\_network-en.htm](http://europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/civil/network/fsj_civil_network-en.htm).

## Was leistet Mediation für ein demokratisches Gemeinwesen? – Vom liberalen Rechtsstaat zur Zivilgesellschaft

Prof. Dr. Horst Zillesen, Oldenburg\*

### 1. Die Bedeutung der Kommunikation im Zeitalter des Individualismus

Wenn das Thema Mediation hier in demokratietheoretischer Perspektive betrachtet werden soll, also nach der Leistung der Mediation für ein demokratisch verfasstes Gemeinwesen gefragt wird, dann muss es einerseits um das *Zusammenleben von Menschen in Gesellschaft* gehen und andererseits um die *Rolle des Staates* als der Organisation, die die Strukturen und Regeln bereitstellt, durch welche Entscheidungen getroffen werden können, die für alle Mitglieder einer Gesellschaft verbindlich sind.

Was zunächst das Zusammenleben in Gesellschaft angeht, so spielt dabei die *Kommunikation* eine zentrale Rolle: wie können wir verstehen, was andere Menschen sagen und wollen, wie können wir uns mit ihnen darüber verständigen, was wir gemeinsam wollen können. Sich verständigen setzt verstehen voraus – wobei verstehen nicht nur mit unserem Hörvermögen zu tun hat, sondern vor allem mit der richtigen Wahr-Nehmung des/der anderen, verstehen im Sinne von „auf der Seite des anderen stehen“. *To put yourself in the other one's shoes* – wie meine amerikanischen Mediationslehrer und Freunde sagen. Man muss sich in die Schuhe, d.h. in die Lebenssituation des anderen zu stellen versuchen, um ihn verstehen, um sich mit ihm verständigen zu können.

Das ist schon im engen zwischenmenschlichen Bereich häufig eine nur schwer erfüllbare Anforderung, wie wir alle aus unseren Ehe- und Partnerbeziehungen wissen. Sie ist noch ungleich schwieriger zwischen Menschen mit einander ausschließenden oder schwer zu vereinbarenden Interessen und sicher besonders schwierig für Politiker, Behördenleiter oder Unternehmer, d.h. „Entscheidungsträger“, die zu entscheiden gewöhnt und auch verpflichtet sind.

Im sozialen und politischen Leben gibt es viele Konflikte, die darauf zurückzuführen sind, dass Menschen auf ihrer Position beharren, Recht haben oder das, was sie für ihr Recht halten, durchsetzen wollen, die sich nicht verstehen, weil sie nicht miteinander reden oder erst gar nicht gefragt werden, ob sie etwas zu einer Planung, Maßnahme oder Entscheidung zu sagen haben. Die fehlende Kommunikation, der Mangel an Aufeinander-Hören, an Verständnis für den anderen und seine Interessen kann nicht nur zu Fehlplanungen und falschen Entscheidungen führen, sondern auch zu Entscheidungsblockaden und zu fruchtlosen, weil nicht verständigungsorientierten Auseinandersetzungen.

Für unser Zusammenleben in Gesellschaft ist es daher von zentraler Bedeutung, die Bedingungen und Voraussetzungen dafür zu erkunden und zu schaffen, dass Kommunikation gelingen kann, dass ein Ausgleich unterschiedlicher Interessen erreichbar wird, dass die produktive Kraft von Konflikten zur Weiterentwicklung der Gesellschaft und des Gemeinwesens genutzt werden kann.

Wir leben im *Zeitalter des Individualismus* oder – wie der Soziologe *Ulrich Beck* es genannt hat – im Zeitalter des „eigenen Lebens“. Daher müssen wir uns der von Beck aufgeworfenen Frage stellen: „... was hält im Individualisierungsprozess das Bewusstsein dafür wach, dass die Grundlagen des ‚eigenen Lebens‘ nur

im öffentlichen und politischen Austausch mit anderen gewonnen und vertieft werden können?“ (Beck: 2001, S. 6). Mit anderen Worten: Wie kann strukturell, also zuverlässig und auf Dauer sichergestellt werden, dass sich im sozialen und politischen Leben nicht die individuellen und Gruppenegoismen auf Kosten des Gemeinwesens immer mehr durchsetzen?

Eine Antwort auf diese Frage kann nach Überzeugung vieler Mediatoren im öffentlichen Bereich in *neuen Formen demokratischer Konsensstiftung* gefunden werden, Formen, die die Bereitschaft der Bürger zu politischer Zustimmung nicht durch die Beschränkung auf einen im wesentlichen inhaltsleeren Wahlakt überfordern. Zustimmung zur Politik einer Regierung wie zu einzelnen politischen Entscheidungen ist auch in der Demokratie ein knappes Gut, und es wird umso knapper, je öfter es in Anspruch genommen wird, ohne sich zeitnah regenerieren zu können. Daraus folgt: Wer als betroffener Bürger nicht in der Lage ist, eine konkrete politische Entscheidung, die sein alltägliches Leben zu beeinträchtigen droht, mit zu gestalten, verliert das Interesse an den Dingen, die das Gemeinwesen betreffen. In Abwandlung eines Satzes des Sozialpsychologen *Klaus Horn* (Horn 1973, S. 214) kann man hier festhalten: Wer über nichts zu entscheiden hat als über die Verwendung seines Monatseinkommens, dem schrumpft das politische Bewusstsein auf die Dimension seiner Geldbörse.

### 2. Veränderungen des Staates und des Staatsverständnisses

Eine inzwischen erprobte neue Form demokratischer Konsensstiftung ist die Mediation.

Eines ihrer grundlegenden Prinzipien ist „*Eigenverantwortlichkeit*“ – Eigenverantwortlichkeit der Menschen für die Regelung oder Lösung von Auseinandersetzungen und Konflikten, die ihr Zusammenleben betreffen. Insofern liegt die Frage nahe, wie es denn um die eigene Verantwortung für die Fragen und Konflikte bestellt ist, die das Gemeinwesen, also das durch den Staat geordnete Zusammenleben in Gesellschaft betreffen. Man kann gegen diese Frage einwenden, dass die Regelung solcher Konflikte durch das staatliche Institutionengefüge des Rechtswesens und der Politik erfolgt, welche letztere die Ausgestaltung des Rechts bestimmt. Für die eigenverantwortliche Regelung gesellschaftlich relevanter Konflikte durch Mediation scheint dabei allenfalls am Rande ein Platz zu sein. Es ist freilich nicht zu übersehen, dass die aktuellen Herausforderungen der Politik z. B. durch das Entstehen einer „Wissensgesellschaft“ (so *Willke* 1997) eine „fortgesetzte Demokratisierung der Herrschaft über die eigenen Lebensverhältnisse“ (*Gohl* 2001: S. 5) nicht nur erzwingen, sondern auch ermöglichen, so dass in der Tat eine neue Balance zwischen repräsentativer Machtausübung und partizipativer Problemlösung gefunden werden muss.

Der Begriff *Partizipation* (Teilhabe an einem Gemeinwesen, Teilnahme an dem, was das Gemeinwesen konstituiert und erhält) „...deutet das Verhältnis von Bürger und Gemeinwesen. Sein Inhalt wandelt sich mit dem Wandel dieses Verhältnisses“ (*Schmitz* 1983: S. 33), d.h. Partizipation ist heute nicht mehr nur Information, Anhörung, Beratung, sondern auch Kooperation bei der Entscheidung, zumindest bei der Vorbereitung derselben. Das Verhältnis hat sich in den letzten Jahrzehnten gewandelt, weil es auf beiden Seiten signifikante Veränderungen gegeben hat. Auf der Seite der Bürger hat sich ein neues Selbstverständnis als Sub-

\* Der Autor ist Politikwissenschaftler (Universität Oldenburg, Professor für Umweltpolitik und Umweltplanung), Mediator und Mediationstrainer (MEDIATOR-Zentrum für Konfliktmanagement- und forschung GmbH, Oldenburg) und seit 1992 in der Mediation von Großverfahren im öffentlichen Raum tätig (u.a. Mediation des Konflikts um den Ausbau des Flughafen Wiens).

jekt entwickelt. Er versteht sich nicht mehr als Untertan oder als Objekt obrigkeitlicher Fürsorge, sondern eher als selbständiges und für sich selbst verantwortliches Individuum (vgl. dazu schon Klages 1988). Auf der Seite des Gemeinwesens hat sich die Handlungsfähigkeit des Staates erheblich verändert: Globalisierung einerseits, Krisen der Steuerungs- und Handlungsfähigkeit, der Komplexität, der Leistungsanforderungen und die Ausweitung der Folgen staatlichen Handelns auf die Lebensgestaltung der Bürger andererseits. Der Hinweis auf die Krisen in Bezug auf die Aufgabenbewältigung des Staates legt zunächst die Schlussfolgerung nahe, die auch schon häufig gezogen und durch die Praxis der Kooperation des Staates mit gesellschaftlichen Organisationen und Gruppen bestätigt wurde, dass der moderne Staat nicht ohne Partizipation funktionieren kann. Partizipation erhält damit einen neuen Stellenwert für die Funktionsfähigkeit und weitere Ertüchtigung des Staates.

Die Rede von den Krisen droht aber zum anderen zu verschleiern, welche wesentliche Rolle der Staat im Sinne von Staatsapparat für die Aufrechterhaltung des Lebens in Gesellschaft nach wie vor besitzt und dass diese Rolle die demokratische Verantwortlichkeit staatlichen Handelns zumindest ins Zwielflicht rückt. Schon Max Weber hat darauf hingewiesen, dass die Demokratie die Tendenz zur bürokratischen Herrschaft verstärken würde, und in der Tat bleibt ja die Bürokratie bei wechselnden politischen Mehrheiten die Konstante politischer Machtausübung – und wird damit zu Herrschaft.

Dagegen hilft auch nicht der Hinweis, dass die Bürokratie nur Entscheidungen vorbereite, die dann im politischen Feld getroffen würden. Bei vielen Entscheidungen können die gewählten Politiker aufgrund der Komplexität des Gegenstandes und der Dauer der Vorbereitung nur „abnicken“, was aus der Ministerialbürokratie zur Entscheidung vorgelegt wird. Insofern kann man sich nicht auf den Standpunkt zurückziehen, dass die Demokratie alle Befugnis, verbindliche Entscheidungen zu treffen, „... in Ämtern institutionalisiert und diese Ämter der Kontrolle durch alle Bürger unterwirft“ (Kielmannsegg 2001, S. 14). Für viele den Alltag der Bürger (be)treffende Entscheidungen versagt diese Kontrolle oder sie greift zu spät, weil der Vollzug der Entscheidungen nicht mehr revidiert werden kann.

In diesem Zusammenhang ist es daher notwendig, sich der Veränderung des Staates vom liberalen Rechtsstaat zum Sozialstaat bewusst zu werden. Ein Staatsverständnis, das die Partizipation des Bürgers an politischen Entscheidungen mit Hinweis auf die ausschließliche Legitimation der gewählten Volksvertreter eher duldet und Beteiligungsverfahren wie z. B. Mediation nur als Ausnahme verstehen kann, hat die letzte Stufe der Entwicklung des Staates noch nicht nachvollzogen.

Der liberale Rechtsstaat war der Staat der bürgerlichen Gesellschaft, die den Schutz der Gesetze für Personen und Eigentum vom Staat ebenso einforderte wie die Freiheit vor staatlichen Eingriffen in die persönliche und insbesondere ökonomische Freiheit. Der Bürger ist hier Teilhaber an der Staatsgewalt, aber Teilnahme findet außer bei Wahlen nicht statt, da sie durch die Trennung von gesellschaftlicher und staatlicher Ordnung nicht als erforderlich erscheint. Der moderne Sozialstaat betont dagegen nicht mehr die Freiheit vor staatlichen Eingriffen, er „findet (vielmehr) in ihnen seinen Ausdruck, ist Maßnahmestaat“ (Schmitz 1983: S. 42)

Gegenüber dem Anspruch der Bürger auf Beteiligung an „staatlichen“ Entscheidungen kann daher de facto nicht mehr die Legitimation der gewählten Volksvertreter geltend gemacht werden, denn sie bezieht sich auf die Politik im allgemeinen und nicht auf besondere Maßnahmen. In solchen Fällen ist vielmehr die Kooperation mit den Entscheidungsbetroffenen der einzige Weg, das Defizit an demokratischer Legitimation zumindest zu verringern und die Zustimmungsfähigkeit zu erhöhen.

Partizipation als Kooperation der Entscheidungsträger mit den Entscheidungsbetroffenen optimiert nicht nur die Entscheidung, legitimiert sie und sichert ihr Akzeptanz, sondern legt auch die Grundlage für das, worauf gerade der demokratische Staat besonders angewiesen ist: Bürgersinn, Gemeinsinn (vgl. Hennis 1962: S. 215). Konkret gesprochen: wer in einem Mediationsverfahren die Entscheidungsträger von Politik und Verwaltung als sensibel für die Interessen von betroffenen Bürgern erlebt und deren Entscheidungssituation nachzuvollziehen gelernt hat, wird aufgeklärter und vorurteilsfreier über sie urteilen und wird sich selbst als Teil des Gemeinwesens und also als mitverantwortlich für dasselbe ansehen können.

### 3. Die Entwicklung des Staatsgedankens

Wenn hier also eine neue Rolle des Diskurses in der Politik gefordert wird, dann wird häufig die Frage gestellt: „Wie legitim ist eine solche Beteiligungsforderung in einer repräsentativen Demokratie, in der das Mehrheitsprinzip sowohl die Verantwortlichkeit als auch die „Vernünftigkeit“ staatlicher Machtausübung gewährleistet und deren Konzept „... eine Absage an alle selbsternannten Besserwissenden (beinhaltet)?“ (Zippelius 1987, S. 9).

Das Zitat des Staatsrechtslehrers Zippelius zeigt das Problem an, vor dem wir – zumindest wir Deutschen – hier stehen. Der Staat erscheint bei uns immer noch und allzu oft als die Verkörperung der sittlichen Idee (Georg Wilhelm Friedrich Hegel) oder des von der Gesellschaft unabhängigen Gemeinwohls, des Konkret-Allgemeinen (Ernst Forsthoff), demgegenüber Einzelne oder Gruppen rasch in den Geruch der selbsternannten Besserwissenden geraten. Im Licht dieses Denkens erscheint die Partizipationsforderung dann als Auflehnung von Unzufriedenen oder Unmündigen gegenüber „Vater Staat“ – übrigens eine Denkfikur, die es bezeichnenderweise nur in der deutschen Sprache gibt.

Die Überbetonung oder auch Idolatrie des Staates ist zwar deutlich zurückgegangen, aber es fällt uns immer noch schwer, „... statt des zeitlos abstrakten Staates die jeweilige Staatsgewalt mit ihren historischen und konkreten Personen und Institutionen in den Mittelpunkt zu stellen...“ (Reinhard 2000, S. 16). In diesem Zusammenhang ist es interessant zu sehen, dass der Übergang von Macht zum Recht und dann zu den Interessen, der für die Mediation von zentraler Bedeutung ist und immer wieder als Grundidee hervorgehoben wird, in der Entwicklung des Staates und des Verhältnisses von Gesellschaft und Staat eine geschichtliche Entsprechung findet.

Es ging auch bei der Entwicklung des Staates stets um bestimmte Personen und deren Interessen, und in der gesamten politischen Entwicklung stand stets die Frage im Vordergrund, wessen Interessen durch politische, d.h. durch für eine bestimmbare Zahl von Menschen verbindliche Entscheidungen befriedigt werden sollen. Dies waren zunächst die Interessen der Häuptlinge, Fürsten und Könige auf Erhalt ihrer Macht, ihrer Privilegien, letztlich der Autonomie über ihre „Art zu leben“. In dem Bemühen, ihren Wohlstand und ihre Macht zu mehren, waren sie je länger je mehr auf das Geld und die (Kriegs-)Dienstleistungen ihrer Untertanen angewiesen. Der Anfang des europäischen Staates – „Europa hat den Staat erfunden“ (Reinhard aaO, S. 15) – liegt dort, wo die westeuropäischen Fürsten und Könige begonnen haben, den Rückgriff auf die Ressourcen ihrer Untertanen zu institutionalisieren (aaO, S. 22).

In der politischen Entwicklung hat dieser Zusammenhang von Staat und Ressourcen, einfacher: von Staat und Geld, zugleich und fast gleichzeitig dazu geführt, dass die Macht der Inhaber staatlicher Gewalt begrenzt werden konnte. Die finanziellen Ansprüche der Monarchen stärkten ihre Rivalen, die Ständeversammlungen, und mit der Magna Charta Libertatum wurde im Jahr 1215 in England erstmals vertraglich zwischen Herrscher und Beherrschten festgehalten, dass das Interesse des Königs nicht einseitig zu Lasten der Interessen des Adels und des höheren Klerus durchgesetzt werden kann, dass die Macht des Königs nicht absolut ist.

Die Magna Charta bildete das manifeste Ergebnis einer ganz bestimmten geschichtlichen Situation in England, aber sie erwies sich in historischer Perspektive als der grundsätzliche, entscheidende Schritt zur Anerkennung der Interessen Anderer als der des Herrschers oder der Herrschenden, letztlich als der Schritt zur Anerkennung der Interessen und Rechte jedes Einzelnen.<sup>1</sup>

Die Entwicklung der staatlichen Ordnung, die das Zusammenleben von Menschen in Gesellschaft erst ermöglichte und dann auch gestaltete, kann als ein Prozess gesehen werden, durch den die Anerkennung der Interessen immer umfassender geworden ist. Waren es zunächst die Interessen des Adels und des Klerus, so kamen rasch hinzu die der anderen Stände bis hin zum Arbeiterstand – und schließlich im 20. Jahrhundert auch die der Frauen.

<sup>1</sup> Churchill, Winston, Aufzeichnungen zur europäischen Geschichte, Bern, 2. Aufl., S. 61f.: „Die große Leistung der Magna Charta ist die Festlegung eines obersten Gesetzes und dessen Verkündung in einer allgemein gültigen Urkunde...Nun ist zum ersten Mal der König selbst an das Gesetz gebunden... Und wenn in den folgenden Jahrhunderten der von seiner eigenen Autorität aufgeblasene Staat versucht hat, die Rechte und Freiheiten der Untertanen rücksichtslos zu überrennen, so war es diese Doktrin, auf die man sich immer und immer wieder berufen hat, und bislang niemals ohne Erfolg.“



Nach der Aufklärung und der allgemeinen Anerkennung der Menschenrechte erwies es sich als prinzipiell unmöglich, dass Politik die Interessen nur einer bestimmten Klasse, Schicht oder Gruppe berücksichtigt. In dem Maße aber, in dem der Staat eine immer größere Zahl und Vielfalt von Interessen zu berücksichtigen hatte, entwickelte er sich nicht nur zum „Steuerstaat“, sondern trat in Gestalt der Verwaltung zunehmend als Regulator für Wirtschaft und Gesellschaft in Erscheinung – ökonomisch-soziales Planen und Gestalten wurde zu einer neuen vorrangigen Staatsfunktion (Brandt 1998) mit der Folge einer permanenten Ausdehnung der Staatsgewalt.

„Je kompakter der Staat in Erscheinung trat, desto mehr verlangte er nach zeitgemäßer Rechtfertigung“ (Brandt, aaO, S. 4). Sie lieferte im westlichen Europa bis zur Aufklärung die Religion (in Deutschland teilweise noch bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts), danach die *Idee des Vertrages* – nicht in der empirischen Form, wie sie in den Herrschaftsverträgen zwischen Fürsten und Ständen in der Nachfolge der Magna Charta realisiert worden war, sondern in der gedachten Form eines Vertrages, den die Mitglieder eines Gemeinwesens schließen, um einen Naturzustand unbegrenzter Freiheit, aber auch der Rechtlosigkeit und Unsicherheit zu beenden.

Es war vor allem Christian Wolff (1679–1754), der das im 17. Jahrhundert aufgekommene Vertragsmodell wieder aufnahm und zur Geltungsgrundlage des Staates erhob. Das Modell ruhte auf zwei Säulen: *Befriedung und Partizipation*. Befriedung war das vor dem Hintergrund der religiös motivierten Bürgerkriege ebenso notwendige wie plausible Ziel des Vertrages, Partizipation war der Weg dorthin, „...denn allein der Wille der Beteiligten erschien mächtig genug, das erstrebte Ziel zu erreichen“ (ebd.). Freilich – die Wolffsche Philosophie hat das Kriterium der durch Partizipation sich ausdrückenden Billigung der Herrschaft in ein solches der Maßstäbe verwandelt: Wo eine fürsorgliche Obrigkeit das Wohl der Untertanen förderte, galt auch monarchisches Handeln als „demokratisch“ legitimiert.

Die Grundidee der Demokratie, dass die Ausübung von Herrschaft auf die ausdrückliche Billigung der Herrschaftsunterworfenen gründen muss, ist nicht völlig verloren gegangen. Jedoch ist auch in den westlichen Demokratien fast in gleichem Maße, wie die Funktion staatlich geregelter Daseinsvorsorge in den Vordergrund getreten ist, die ausdrückliche Billigung durch eine vorwiegend formale Zustimmung zur Herrschaftsausübung ersetzt worden. Die Beteiligung des Bürgers bezog und bezieht sich weitgehend nicht auf die Ziele von Politik, sondern auf die Auswahl derer, die diese Ziele „fürsorglich“ für ihn festlegen.

Da es bei den Zielen von Politik stets um konkrete Interessen geht, konnte diese Entwicklung von den durch politische Entscheidungen Betroffenen nur unter zwei Bedingungen hingenommen werden: 1. sie verstanden sich als Teil eines Ganzen, eines Gemeinwesens, in dessen Interessen die eigenen eingeschlossen und eingebettet sind und die die eigenen übergreifen; 2. sie fühlen sich durch politische Entscheidungen nicht in ihrer unmittelbaren Lebensgestaltung beeinträchtigt oder gar bedroht. Die sich ausweitende Diskussion über die Zivil- oder Bürgergesellschaft zeigt nun an, dass diese Bedingungen immer seltener gegeben sind.

#### 4. Partizipation in der Zivilgesellschaft

Die Idee der *Zivilgesellschaft* hat in den letzten 10 Jahren nicht nur in politikwissenschaftlichen Abhandlungen, sondern auch in öffentlichen Reden von Politikern eine wachsende Aufmerksamkeit gefunden und damit die Frage nach der Rolle des Staates neu gestellt. Dabei wurde je länger je mehr sichtbar, dass „Staat“ zwar einerseits das notwendige Organisationsprinzip von Leben in Gesellschaft ist, andererseits aber auch, und nicht zuletzt, das Instrument, mit dessen Hilfe die Gesellschaft die Dinge regelt und vollzieht, die alle oder viele ihrer Mitglieder gemeinsam betreffen. Der Begriff der Zivilgesellschaft kommt aus Amerika, wo stets von ‚government‘ die Rede ist, wenn wir von „Staat“ sprechen, und er markiert bei uns insofern eine Änderung im Verständnis von Gesellschaft und Staat. Die Gesellschaft, ihre Organisationen und ihre einzelnen Mitglieder treten stärker in den Vordergrund, der Staat mit seinen Funktionen und Institutionen verliert an Stellenwert.

Ein „realistisches Konzept“ der Zivilgesellschaft sieht diese in einer vor- oder nichtstaatlichen Handlungssphäre, bestehend „... aus einer Vielzahl privater, auf freiwilliger Basis gegründeter Or-

ganisationen und Assoziationen, die ihre spezifischen materiellen und normativen Interessen artikulieren und autonom organisieren. Sie (die Zivilgesellschaft) ist im Zwischenbereich von Privatsphäre und Staat angesiedelt. In ihr artikulierten Zielsetzungen betreffen immer auch *res publica*“ (Merkel/Lauth, 1998, S. 7). Aus der Perspektive der Mediation ist interessant, dass die zitierten Autoren an dieser Stelle hinzufügen, dass die zivilgesellschaftlichen Akteure einen Minimalkonsens teilen, der im Kern auf der Anerkennung der Anderen und auf dem Prinzip der Fairness beruht.

Wenn man Zivilgesellschaft so definiert, dann stärkt sie die Handlungs- und Verantwortungsfähigkeit der Gesellschaft im Zwischenbereich von Bürger und Staat und stabilisiert zugleich die Funktionsfähigkeit des letzteren, weil sie, problemsensitiv wie sie ist, diesen vor Fehlplanungen und Fehlhandlungen bewahrt.

Die Idee der Bürger- oder Zivilgesellschaft greift aber noch weiter, besitzt zumindest tendenziell „normativ-kritische Konsequenzen“ für den status quo des Staates, indem sie in einem idealistischen Vorgriff „...die Menschen als aktive und autonome, als freie und verantwortliche Bürger setzt“ (so Detting 1998, S. 23). Sie steht eher für die demokratische Selbstorganisation der Gesellschaft als für demokratische Staatlichkeit und damit für eine Teilhabe am Gemeinwesen, die der deutschen Tradition weitgehend fremd geblieben ist. Mit dem Stichwort „Zivilgesellschaft“ ist also angezeigt, dass hier ein Paradigmenwechsel und nicht nur eine vorübergehende Episode von Bürgerengagement stattgefunden hat. „Bürgergesellschaft ist das politische Neuarrangement (einer)...fortgesetzten Demokratisierung, die zu einer neuen Balance zwischen Staat, Wirtschaft, Zivilgesellschaft und Bürger führen kann (Gohl 2001, S. 5).

Im Umfeld von Gesellschaft und Staat haben sich also wesentliche Veränderungen vollzogen. Sie haben das Recht und die Interessen des Einzelnen, des Individuums, gegenüber staatlicher Machtausübung gestärkt, zugleich aber auch die Gefahr mit sich gebracht, dass über die neue Wertschätzung des Individuums, des „eigenen Lebens“, die Bedeutung des Gemeinwesens und des gemeinsamen Lebens zurückgedrängt wird. Damit wird offensichtlich: unsere Zeit braucht *Verfahren der Konsensstiftung und der Integration*, die in Anerkennung der Vielzahl und Vielfalt der „eigenen Leben“ das gemeinsame Leben oder das Leben in Gesellschaft ermöglichen. Der gesellschaftliche Prozess, der solche Verfahren geradezu erzwingt, wird wesentlich gestützt und in seiner Dynamik verstärkt durch das, was Helmut Willke (1997) die „Wissensgesellschaft“ genannt hat: Kommunikations- und Informationstechnologien verschaffen immer mehr Menschen Zugang zu entscheidungsrelevanten Wissensinhalten und stellen damit jedes „Herrschaftswissen“ in Frage. Der Satz: „Wissen ist Macht“ erhält eine neue Bedeutung und Ausrichtung, weil er nun eine neue, wissensbasierte Macht des Bürgers mit einschließt. Diese Macht wird zur Ressource für die politische Problemlösung, wenn letztere nicht mehr in Form kollektiv bindender Entscheidungen „von Staats wegen“ vorgegeben, sondern als Prozess gemeinsamer Problemdefinition und Problemlösung verstanden wird, in den die Entscheidungsbetroffenen eingebunden sind.

Der Parteienstaat wird dadurch nicht abgelöst, sondern ergänzt, es entsteht ein neues Miteinander von repräsentativer und direkter Demokratie mit innovativen und intelligenten Verfahren der partizipativen Entscheidungsvorbereitung. Diese Verfahren reagieren auf die Komplexität der aktuellen Entscheidungsbedingungen mit deliberativen und diskursiven Formen und erweitern die traditionellen Funktionen der Partizipation um die der Kommunikation und der Reflexion (vgl. dazu Ronellenfitch 1989: S. 36f; Zilllessen 1999: S. 33).

Für den Staat, besser für eine zivilgesellschaftlich ausgerichtete Politik, stellt sich somit eine Hauptaufgabe darin, das Nachdenken und den öffentlichen Diskurs über gesellschaftlich notwendige oder wichtige Planungen, Entwicklungen und Maßnahmen zuzulassen und ggf. auch aktiv zu organisieren. „Es gilt, den Wert deliberativer oder diskursiver Demokratie zu erlernen, die Angst vor den Bürgern zu verlieren und viel mehr ihre Perspektiven und Ressourcen zu nutzen“ (Gohl 2001: S. 10). Wie dies im Sinne eines verständigungsorientierten Interessenausgleichs gelingen kann, zeigen viele Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich (vgl. u.a. Zilllessen 2001 und 2005).

Der besondere Wert dieser diskursiven Demokratie liegt darin, dass sie die Praxis des gleichberechtigten, aber kooperativen

Streits ermöglicht und damit eine kontinuierlich von sich selbst lernende Gesellschaft. Auf diese Weise werden nicht nur die intellektuellen und moralischen Ressourcen der Gesellschaft besser genutzt, sondern auch Perspektivenwechsel möglich gemacht: Das Individuum lernt, sich in dem Diskurs mit anderen als Teil eines Ganzen zu verstehen und kann solidarisch leben und handeln.

Gegen die hier unterbreiteten Wertvorstellungen von Partizipation und Diskurs als zentrale Elemente einer Modernisierung der Demokratie werden von eher traditionell orientierten Betrachtern der Politik in der Regel *anthropologische Bedenken* geltend gemacht. Die deliberative Demokratie lebe „...von der Hoffnung (oder der Illusion?), dass die Tugendhaftigkeit des Bürgers vorhanden sein und sich ausbreiten könnte, dass ein ständiger Kommunikationsprozess unter Freien und Gleichen auf Dauer so etwas wie 'Gemeinwohltugend' erzeugen werde“. Die Zivilgesellschaft als gesellschaftliches Substrat der deliberativen Demokratie setze permanenten politischen Aktivismus der Bürger voraus, der ebenso wenig zu erwarten sei, wie deren Gemeinwohltugend (Detjen 2000: S. 15).

Ich will nicht ausschließen, dass es Kollegen gibt, die sich Illusionen über die Tugendhaftigkeit von Bürgern machen. Jemand wie ich, der seit fast 15 Jahren Mediationsverfahren mit vielen Konfliktparteien durchführt, ist jedenfalls *davor* gefeit. Er weiß freilich auch aufgrund eben dieser Erfahrung, dass es notwendig, aber durch Mediationsverfahren z.B. auch möglich ist, Bedingungen herzustellen, unter denen kommunikative Fähigkeiten sich entwickeln können, unter denen Kommunikation wie unter Freien und Gleichen möglich wird. Die Gemeinwohlorientierung des Einzelnen kann in der Tat nicht als anthropologische Konstante vorausgesetzt werden, aber sie kann – wie die Geschichte des Lebens in Gemeinwesen immer wieder gezeigt hat – sich entwickeln, wenn die strukturellen Voraussetzungen gegeben sind.

*Mediation* als Verfahren der offenen, selbstverantwortlichen, gleichberechtigten, fairen, informativen und geregelten Form der Konfliktaustragung stellt in der Zivilgesellschaft eine wichtige Voraussetzung dafür dar, dass die Einsichten, Fähigkeiten und Tugenden entstehen können, die im Zeitalter des „eigenen Lebens“ das Zusammenleben in Gesellschaft gelingen lassen und zugleich erträglich machen. Nach dem transformativen Ansatz der Mediation liegt deren eigentliches Potential darin, dass sich die Menschen im Mediationsverfahren in ihrem Diskursverhalten ändern und Prozesse des sozialen Lernens ausgelöst werden (vgl. dazu Kessen/Troja/Zillesen 1999: 66f, Zillesen 2004, S. 8). Die Öffnung des Bewusstseins für die Interessen der anderen und der Allgemeinheit gelingt auch im Mediationsverfahren nicht immer; aber es bietet dafür doch weitaus mehr Chancen als die meisten anderen Verfahren der Bürgerbeteiligung. Es bietet darüber hinaus den Vorteil, dass es in der Ausrichtung auf einen konkreten Entscheidungsprozess die Beteiligten nicht zeitlich oder sachlich überfordert, also nicht deren permanenten politischen Aktivismus voraussetzt.

In demokratietheoretischer Perspektive kann also *Mediation im öffentlichen Bereich einen methodischen wie strukturellen Ansatz für eine Etablierung der Bürgergesellschaft als „Verantwortungsgesellschaft“* (Gohl 2001: S. 11) darstellen, die den Menschen ein

Zusammenleben ermöglicht, in welchem sie Subjekte ihres eigenen Handelns zu sein vermögen. Mediation ist ein *methodischer* Ansatz insofern, als sie Verfahrensschritte und Verfahrenshilfen bereitstellt, die das Funktionieren deliberativer oder diskursiver Demokratie in der Praxis gesellschaftlicher Entscheidungsprozesse ermöglicht. *Strukturell* kann dieser Ansatz dann sein, wenn Mediation sich z. B. aufgrund einer gesetzlichen Ermöglichung wie nach dem österreichischen Gesetz über die Umweltverträglichkeitsprüfung oder nach dem Verwaltungsgerichtsgesetz der Schweiz zu einem verlässlichen Element in einem offenen Politikprozess weiterentwickelt. Dieser Prozess erscheint dann nicht mehr nur als die von den Betroffenen abgehobene Produktion kollektiv bindender Entscheidungen, sondern darüber hinaus und dieser vorgelagert als Prozess der Lösung gemeinsamer Aufgaben – die das staatlich organisierte Zusammenleben in Gesellschaft uns immer wieder neu stellt.

## Literatur

- Beck, Ulrich (2001), Das Zeitalter des „eigenen Lebens“. Individualisierung als „paradoxe Sozialstruktur“ und andere offene Fragen, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 29/2001, Bonn.
- Brandt, Hartwig (1998), Der lange Weg in die demokratische Moderne, Darmstadt.
- Detjen, Joachim (2000), Die Demokratiekompetenz der Bürger. Herausforderungen für die politische Bildung, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 25/2000, Bonn.
- Gohl, Christopher (2001), Bürgergesellschaft als politische Zielperspektive, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 6-7/2001, Bonn.
- Hennis, Wilhelm (1968), Motive des Bürgersinns, in: ders., Politik als praktische Wissenschaft. Aufsätze zur politischen Theorie und Regierungslehre, München.
- Horn, Klaus (1973), Zur Überwindung politischer Apathie, in: Greiffenhagen, Martin (Hrsg.), Demokratisierung in Staat und Gesellschaft. München.
- Merkel, Wolfgang/Lauth, Hans-Joachim (1998), Systemwechsel und Zivilgesellschaft: Welche Zivilgesellschaft braucht die Demokratie?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 6-7/98, Bonn.
- Kessen, Stefan / Troja, Markus / Zilleßen, Horst (1999), Umweltmediation, Kurseinheit 1, Weiterbildendes Studium Mediation, Fernuniversität Hagen.
- Kielmannsegg, Peter Graf (2001), Soll die Demokratie direkt sein?, in: FAZ, Nr. 96, 25. April 2001.
- Klages, Helmut (1988): Wandlungen im Verhältnis des Bürgers zum Staat, Verlag: Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer.
- Reinhard, Wolfgang (2000), Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart, München, 2. Aufl.
- Ronellenitsch, Michael (1989), Funktionen der Öffentlichkeitsbeteiligung im Verwaltungsverfahren um großtechnische Anlagen, in: Kernforschungszentrum Karlsruhe (Hrsg.), Die Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung umweltrelevanter Großvorhaben, Karlsruhe.
- Schmitz, Matthias (1983), Partizipation. Überlegungen zu einer historischen Rekonstruktion des Begriffs, in: Gabriel, Oskar W. (Hrsg.), Bürgerbeteiligung und kommunale Demokratie, München.
- Willke, Helmut (1997), Supervision des Staates, Frankfurt.
- Zilleßen, Horst (1999), Mediation als neue Form der Partizipation – eine demokratietheoretische Einordnung der Umweltmediation, in: Pelikan, Christa (Hrsg.), Mediationsverfahren: Horizonte, Grenzen, Innensichten, Baden-Baden.
- Zillesen, Horst (2001) Kooperative Konfliktbearbeitung mit 15 Parteien – Herausforderungen der Umweltmediation am Beispiel des Mediationsverfahrens im Gasteiner Tal, in: Gerald Mader/Wolf-Dieter Eberwein/Wolfgang R. Vogt, Die Umwelt. Konfliktbearbeitung und Kooperation, Münster, S. 188–208.
- Zillesen, Horst (2004), Flughafenmediation in Wien-Schwechat – die transformative Wirkung der Mediation im öffentlichen Bereich, in: perspektive mediation, H. 1, 2004, S.4–8.
- Zillesen, Horst (2005), Flughafenmediation in Wien-Schwechat – das Bemühen um ein faires Miteinander von Ökonomie und Ökologie, in: Reinhold Priewasser (Hrsg.), Dimensionen der Umweltwirtschaft, Linz 2005, S.155–172.
- Zippellius, Reinhold (1987), Zur Rechtfertigung des Mehrheitsprinzips in der Demokratie, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 42/87, Bonn.

# Verwaltungsmediation

Prof. Dr. Albert von Mutius, Universität Kiel\*

## I. Einführung: Was ist und wozu dient „Verwaltungsmediation“?

### 1. Wachsender Bedarf an Konfliktbewältigung durch Mediation im Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung

a) Die faszinierende Idee, soziale und damit meist auch rechtlich geprägte Interessenkonflikte unter Einschaltung eines kompetenten, allparteilichen<sup>1</sup> Dritten (Mediators) in einem gestuften Verfahren

durch die Konfliktbeteiligten selbst bewältigen und nachhaltig lösen zu lassen,<sup>2</sup> hat längst auch den Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung erreicht.<sup>3</sup>

Kracht, Rolle und Aufgabe des Mediators, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, München 2002 (nachfolgend nur „Handbuch Mediation“ zit.), § 15 Rn. 9 ff.; Rüssel, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, Baden-Baden 2004, (nachf. „Diss.“ zit.), S. 85 ff., 121 ff.

<sup>2</sup> Zu Inhalt und Organisation von Konfliktbewältigung durch „Mediation“ statt vieler Haft, in: Handbuch Mediation, § 2/S. 75 ff.; ders., Verhandlung und Mediation – Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Aufl., München 2000, S. 243 ff.; Heussen, Die Organisation von Mediationsverhandlungen, in: Handbuch Mediation, § 13/S. 314 ff.; Rüssel, Diss., S. 76 ff.

<sup>3</sup> Statt vieler jeweils mit weit. Nachw. Pünder, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, 13. Aufl. 2006, § 15/S. 504 ff.; Holznagel/Ramsauer, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Handbuch Mediation, § 44/S. 1124 ff.; Hoffmann-Riem, Konfliktvermittlung in Verwaltungsverhandlungen, Heidelberg 1989; Ramsauer, in: Kopp/ Ramsauer, VwVfG,

\* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften an der Christian-Albrechts-Universität Kiel. Nach Erfahrungen im Bereich der Moderation ist er seit längerem als Mediator auf dem Gebiet der Verwaltungsmediation tätig. Im Rahmen eines Forschungsprojekts Mediation (insgesamt fünf Einzelvorhaben) werden interdisziplinär ausgerichtete und auch für Praktiker geöffnete Seminare mit Übungen auch zur Mediation durchgeführt.

<sup>1</sup> Meist werden die Adjektive „neutral“ oder „unparteiisch“ verwendet; vgl. etwa



Dies überrascht nicht, konnte doch einerseits auf theoretische Untersuchungen über Konfliktbewältigung durch *Verhandeln*<sup>4</sup> sowie andererseits auf zahlreiche praktische Erfahrungen mit der Planung und Realisierung umweltrelevanter Vorhaben, des Einsatzes überparteilicher Konfliktmittler in Nachbarstreitigkeiten des öffentlichen Baurechts, in Konkurrenzverhältnissen wirtschafungsverwaltungsrechtlicher Art, im Vorfeld von Demonstrationen in Anwendung des versammlungsrechtlichen Kooperationsprinzips, im Personalmanagement öffentlicher Verwaltungen und Betriebe, bei schulrechtlichen Organisationsentscheidungen, im Gesundheitsrecht bei der Krankenhausbedarfsplanung sowie im Sozialverwaltungsrecht<sup>5</sup> zurückgegriffen werden.

Gerade bei komplexen Verwaltungsverfahren, die durch eine häufig unüberschaubare Vielfalt von organisierten oder nicht organisierten öffentlichen und privaten Belangen und Interessen gekennzeichnet sind,<sup>6</sup> haben sich derartige partizipative Entscheidungsstrukturen mit Unterstützung unabhängiger Moderatoren schon seit Beginn der 80er Jahre bewährt.<sup>7</sup> So nimmt es nicht Wunder, dass auch bei der Lösung überschaubarer bi- oder tripolarer öffentlich-rechtlicher Streitigkeiten Ansätze gerichtsnaher, gerichtsvorbundener oder gerichtlicher Mediation – erstmals in Pilotprojekten in Berlin und Freiburg im Jahre 2000<sup>8</sup> – in der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit und in der Sozialgerichtsbarkeit<sup>9</sup> Eingang gefunden haben.

b) Der Bedarf an derartiger Konfliktbewältigung im öffentlichen Sektor hat zunächst ähnliche Ursachen wie in der Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit: Die enge Orientierung am Streitgegenstand, die Bindung an Klageanträge und damit meist eingegrenzte Rechtsansprüche sowie die Begrenzung der am Verwaltungsverfahren oder verwaltungsgerichtlichen Verfahren Beteiligten (Kläger, Beklagter, einfach oder notwendig Beigeladener nach § 65 VwGO) bewirken häufig, dass zwar Streitigkeiten entschieden, also „erledigt“ werden, der diesen zugrunde liegende, häufig in einem längeren Zeitraum gewachsene Konflikt jedoch nicht nachhaltig gelöst oder gar befriedet werden kann.<sup>10</sup> Insoweit weist das herkömmliche Verfahren streitiger Auseinandersetzungen

schon im Verwaltungsverfahren, erst recht aber in dem aus verfassungsrechtlichen Gründen der Funktionentrennung auf reine Rechtskontrolle und den Schutz subjektiver Rechte i.S.d. Art. 19 Abs. 4 GG begrenzten Verwaltungsprozess (vgl. §§ 113 Abs. 1 S. 1, 114 VwGO) in der subjektiven und öffentlichen Wahrnehmung unverkennbare Schwächen auf.<sup>11</sup>

Hinzu tritt die vor dem Hintergrund verfassungsrechtlicher Justizgewähr<sup>12</sup> zum Teil unvertretbare Verfahrensdauer, und zwar nicht nur in komplexen, multipolaren Rechtsverhältnissen,<sup>13</sup> sondern selbst in einfach überschaubaren bi- oder tripolaren Auseinandersetzungen: So dauerte etwa jüngst ein Verwaltungsrechtsstreit über die Ausübung eines denkmalrechtlichen Vorkaufrechts einer Gemeinde in Mecklenburg-Vorpommern vom Zeitpunkt der außenwirksamen Ausübungserklärung bis zur unanfechtbaren Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts zehn Jahre. Dabei war für die Beteiligten besonders misslich, dass nach so langer Zeit über den eigentlichen denkmalrechtlichen Konflikt zwischen kommunaler Inanspruchnahme und Privatautonomie der Parteien des Kaufvertrages überhaupt nicht entschieden werden konnte, weil die Ausübung des Vorkaufrechts bereits wegen Missachtung kommunalrechtlicher Verfahrensvorgaben rechtswidrig war.<sup>14</sup> Oder: in einem öffentlich-rechtlichen Nachbarstreit, in dem der Betroffene vorläufigen Rechtsschutz gem. §§ 80 ff. VwGO begehrte und den Beteiligten Ortstermin und mündliche Verhandlung geboten erschienen, sah sich das Verwaltungsgericht I. Instanz aus Gründen der Arbeitsüberlastung nur in der Lage, eine (erste) mündliche Verhandlung nach Ablauf von zweieinhalb Jahren in Aussicht zu stellen. Dass dergleichen vor dem Hintergrund kostenträchtiger Investitionsentscheidungen schwer erträglich ist, bedarf keiner Betonung.

c) Vor diesem Hintergrund sind die objektiven Perspektiven und die subjektiven Erwartungen an mediale Konfliktbewältigung vielfältig: Man hofft auf zeitnahe, überschaubare Konfliktlösung, eine bessere Transparenz und damit Akzeptanz des Entscheidungsergebnisses, insbesondere der meist erforderlichen sachgerechten Erfassung und Abwägung aller privaten und öffentlichen Belange<sup>15</sup>, eine Mitwirkung auf „gleicher Augenhöhe“, die über Anhörung zu mehr oder weniger vorentschiedenen Auflösungen von Komplexität<sup>16</sup> hinausgeht und die Beteiligten an der normativen Gewichtung der Belange (Bewertung und etwaige Präferenz von Interessen) teilhaben lässt.<sup>17</sup> Man erwartet sich, dass selbst bei vergleichsweise gefundenen Ergebnissen es nicht signifikante Gewinner und Verlierer gibt, sondern alle Beteiligten einen Kompromiss zumindest teilweise als Erfolg für sich (*win-win-Situation*) verbuchen können.<sup>18</sup> Schließlich haben zumindest diejenigen, die sich auf eine Konfliktbewältigung durch ein geordnetes und gestuftes Mediationsverfahren einlassen, die Vorstellung, dass allein schon im Hinblick auf die Verfahrensdauer, die Vermeidung mehrfacher Instanzen und die Selbstverantwortung bei der Konfliktlösung Kosten gespart werden.<sup>19</sup>

## 2. Vorbehalte gegen „Verwaltungsmediation“

a) Gleichwohl gibt es bei Verwaltungsbehörden, Rechtsanwaltschaften als potenzielle Verfahrens- und Prozessbevollmächtigten beteiligter Bürger, Unternehmen und Verwaltungsträger, aber auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit selbst nach wie vor Vorbehalte und Bedenken, die herkömmliche Entscheidungs- und Konfliktlösungsverfahren durch Mediation zu ersetzen oder wenigstens anzureichern. Aus rechts- und verwaltungswissenschaftlicher Sicht stößt man dabei auf Folgendes:

9. Aufl. 2005, Einführung Rn. 97 ff.; Ortloff, Mediation und Verwaltungsprozess, in: Handbuch Mediation, § 29/S. 762 ff.; Caspar, Schlichten statt Richten – Möglichkeiten und Wege außergerichtlicher Streitbeilegung, DVBl. 1995, S. 992 ff.; Härtel, Mediation im Verwaltungsrecht, JZ 2005, S. 753 ff.; Pitschas, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ 2004, S. 396 ff.; Preussner, Mediation im Öffentlichen Recht, in: Henssler/Koch, Mediation in der Rechtspraxis, Bonn 2000, § 12/S. 405 ff.; Rossen-Stadtfeld, Die verhandelnde Verwaltung – Bedingungen, Funktionen, Perspektiven, VerwArch 2006, S. 23 ff.; Rüssel, JA 2006, S. 470 ff.; Schäfer, Mediation im öffentlichen Bereich braucht gesetzliche Regeln, NVwZ 2006, S. 39 ff.; Ziekow, Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, NVwZ 2004, S. 390 ff.; Böttiger, Mediation im Verwaltungsverfahren – insbesondere im Planfeststellungsverfahren, Verwaltungsrundschau 2006, S. 309 ff.; Pünder, Möglichkeiten und Grenzen der Mediation bei Planfeststellungsverfahren, Die Verwaltung 2005, S. 1 ff.; Simnacher, Mediation im öffentlichen Bereich, BayVBl. 2006, S. 460 ff.; Rapp, Mediation im Verwaltungsrecht – Möglichkeiten der Integration medialer Elemente in das Widerspruchsverfahren, Diss. Tübingen 2004; Clostermann/Kleine-Tebbe/Vogeler, Gerichtsnaher Mediation im Öffentlichen Recht, SGB 2003, S. 266 ff.; Ortloff, Mediation außerhalb und innerhalb des Verwaltungsprozesses, NVwZ 2004, S. 385 ff.; ders., Mediation im Verwaltungsprozess: Bericht aus der Praxis, NVwZ 2006, S. 148 ff.

<sup>4</sup> Rossen, Vollzug und Verhandlung. Die Modernisierung des Verwaltungsvollzuges, 1999; Hoffmann-Riem, Konfliktmittler in Verhandlungsverfahren, 1989; Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, 1990; Spannowsky, Grenzen des Verwaltungshandelns, 1994; Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000.

<sup>5</sup> Hierzu insbes. Kilger, Mediation im Sozialrecht, in: Handbuch Mediation, § 45/S. 1156 ff.; ders., in: Henssler/Koch, Mediation in der Rechtspraxis, 2000, S. 535 ff.; dazu der Erfahrungsbericht von Ortloff, NVwZ 2006, S. 148 ff.; Spellbrink, Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren, SGB 2001, S. 141 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Rüssel, Diss., S. 66 ff.; Passavant, Mittler unterstützte Kooperation in komplexen Verwaltungsprojekten, DÖV 1987, S. 516 ff.; Brohm, Beschleunigung der Verwaltungsverfahren – Straffung oder konsensuales Verwaltungshandeln?, NVwZ 1991, S. 1025/1029 ff.

<sup>7</sup> Zillissen, Mediation – Kooperatives Konfliktmanagement in der Umweltpolitik, Opladen 1998; Pünder, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 15 Rn. 2; Holznagel, Konfliktmittlung im Umweltrecht, IUR 1990, S. 37 ff.; Reidt, Die Einschaltung Dritter in Bauleitplanung, NVwZ 1998, S. 592; Holznagel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 73 ff., 79 ff.; Bernd/Lahl, Mediation: Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung bei Umweltstreitigkeiten, Bonn 1992; Michael, Mediation im öffentlichen Baurecht – Chancen einer neuen Planungskultur, LKV 1999, S. 9 ff.

<sup>8</sup> Vgl. Ortloff, in: Handbuch Mediation, § 29 Rn. 83/Fn. 113.

<sup>9</sup> Kilger, in: Handbuch Mediation, § 45 Rn. 15 ff.; Oelmann, SGB 2005, S. 574 ff.; Spellbrink, SGB 2003, S. 141 ff.

<sup>10</sup> Dies wird verstärkt durch die Konsequenz des Dispositionsgrundsatzes, nach dem zumindest bei teilbaren Rechtsverhältnissen der Kläger auch in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten den Streitgegenstand und damit auch den Streitstoff begrenzen kann; dazu auch die rechtspolitischen Aspekte alternativer Konfliktbewältigung durch Verhandeln im Wege der Mediation und anderer Sühne- und Güteverfahren, Strempel, Handbuch Mediation, § 4/S. 104 ff.

<sup>11</sup> Eingehend Pünder, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 15 Rn. 1 mit Nachw.

<sup>12</sup> Dazu eingehend Dorn, Justizgewähranspruch und Grundgesetz, Diss. Kiel 2005 mit umfangr. Nachw.

<sup>13</sup> Vgl. Rüssel, Diss., S. 66 ff., 108 ff., 112 ff.; auf derartige multipolare Rechtsverhältnisse insbes. in sog. Massenverfahren reagiert das Verwaltungsverfahren zum Teil in §§ 17 – 19, 69 Abs. 2 und 74 Abs. 5 VwVfG, dazu Hufen, Fehler im Verwaltungsverfahren, 4. Aufl. 2002, Rn. 327 ff.

<sup>14</sup> OVG M-V, Urteil vom 21.3.2007, Az.: 3 L 159/03.

<sup>15</sup> Vgl. etwa § 1 Abs. 7 BauGB, dazu mit umfangr. Nachw. Krautzberger, in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. 2005, § 1 Rn. 87 ff.

<sup>16</sup> Zu den Defiziten der Auflösung von Komplexität in Verwaltungsverfahren Rüssel, Diss., S. 66 ff.

<sup>17</sup> Vgl. etwa Holznagel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 86.

<sup>18</sup> Ramsauer, DÖV 1981, S. 37 ff.; Holznagel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 13 und 14; Pünder, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 15 Rn. 4 mit weit. Nachw. Fn. 20.

<sup>19</sup> Dazu eingehend Möllers, Kooperationsgewinne im Verwaltungsprozess, DÖV 2000, S. 667/668 ff.



- Auch bei Konfliktbewältigung durch Mediation ändert sich schon von Verfassungen wegen an der tradierten Rolle und den *Funktionen öffentlicher Verwaltung* im Kern nichts. Entscheidungsfindung bleibt *gemeinwohlorientierte* Erfüllung öffentlicher Aufgaben;<sup>20</sup> diese sei Immanation staatlich („autoritärer“) Machtausübung. Behördenleitung sei zwingend demokratisch legitimiert; diese Legitimation könne nicht zur Disposition gleichberechtigter Kommunikation und Verhandlung gestellt werden.<sup>21</sup> Insoweit sei die öffentliche Verwaltung selbst „Herrin des Verfahrens“, nicht aber Beteiligte einer Konfliktmittlung durch Dritte.
- Gemäß Art. 20 Abs. 3 GG sei die öffentliche Verwaltung an *Gesetz und Recht* in ihren Außenrechtsbeziehungen zu Bürgern, Unternehmen und anderen Verwaltungsträgern gebunden.<sup>22</sup> Dies sei nicht nur eine Frage verbindlicher Vorgaben durch materielles Verfassungs-, Gesetzes-, Verordnungs- und Satzungsrecht, sondern auch durch Verfahrensrecht sowie die Auswahl der vom Gesetzgeber vorgesehenen *Entscheidungsformen* oder -typen (z.B. Verwaltungsakt, unmittelbarer Zwang, Vollstreckungsmaßnahmen, begrenzt öffentlich-rechtliche Verträge, Verbot der Vorabbindung gegenüber verbindlichen Endentscheidungen).<sup>23</sup>
- Selbst dort, wo derartige Außenrechtsbindungen Gestaltungsspielräume belassen, blieben die Verwaltungsbehörden *an die Normen des Innenrechts* gebunden. Dies gelte für die Einhaltung von Zuständigkeitsvorschriften, Leitungsbefugnisse und vor allem die Wahrung von Haushaltsrecht (Haushaltsgesetz/Haushaltssatzung, Haushaltsplan mit anliegendem Stellenplan und Haushaltsgrundsätze).<sup>24</sup> Insoweit seien an dem Prozess der Entscheidungsfindung und Konfliktlösung möglicherweise auch die Institutionen der Haushaltskontrolle und der unabhängigen Finanzkontrolle<sup>25</sup>, der Personalvertretung, der Gleichstellungsbeauftragten usw. zu beteiligen.
- Schließlich sei die *Komplexität der Organisations- und Entscheidungsstrukturen* in der öffentlichen Verwaltung, die kraft Gesetzes der Einhaltung bestimmter Querschnittsfunktionen (z.B. Umweltverträglichkeitsprüfung) und der arbeitsteiligen Wahrnehmung horizontal oder vertikal gestufter Verantwortlichkeiten unterschiedlicher Belange dienen,<sup>26</sup> durch Mediationsverfahren nicht aufzulösen.<sup>27</sup> So seien etwa im Verfahren der kommunalen Bauleitplanung, der Planfeststellung oder Plangenehmigung oder auch bei zahlreichen immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren zahlreiche Träger öffentlicher Belange<sup>28</sup> zu beteiligen, die sich typischerweise z.B. im Rahmen des § 4 BauGB in einem bestimmten Zeitraum schriftlich äußerten und daher gar nicht in der Lage seien, in

einem gemeinsamen „Mediationsgroßverfahren“ durch ihre Amts- oder Funktionsträger selbst verantwortlich mitzuwirken. Dies sei besonders augenfällig in den Fällen, in denen – wie etwa im Bereich der Kommunalverwaltung – haupt- und ehrenamtliche Verwaltungskräfte nach unterschiedlich gewichteter Verantwortung zusammenwirken müssten.<sup>29</sup>

b) Aber auch aus der *Sicht der „reinen“ Mediationslehre* gibt es gegenüber Verwaltungsmediation (übrigens auch gegenüber Gerichts- oder gerichtsnaher Mediation) gewisse *Reserven*: Wie lässt sich etwa das vorgegebene faktische Machtgefälle zwischen Verwaltung und Bürgern im Mediationsverfahren vermeiden oder ausgleichen? Kann der Grundsatz der Freiwilligkeit gewahrt werden, wenn im Bereich rechtlich gebundener Entscheidungen ein Mediant dringend auf die Erfüllung seines (vermeintlichen) Anspruchs angewiesen ist? Wie weit darf die am Mediationsverfahren beteiligte Verwaltungsbehörde über den Gegenstand der Mediation oder Teilaspekte des Konflikts einschließlich „flankierender Maßnahmen“ inhaltlich und verfahrensbezogen disponieren? Was passiert, wenn das Mediationsverfahren insgesamt oder in Teilaspekten scheitert, danach jedoch – anders als in zivil- und arbeitsgerichtlichen Verfahren – die beteiligte Verwaltungsbehörde auf ihr klassisches Eingriffsinstrumentarium zurückgreift? Ist gerade in derartigen Fällen das Prinzip „gerichtsfechter“ Vertraulichkeit bei der Durchführung von Mediationsverfahren überhaupt zu gewährleisten?<sup>30</sup>

### 3. In Betracht kommende Entscheidungs- und Verfahrenskonstellationen

Um diese und andere Vorbehalte gegen „Verwaltungsmediation“ bewerten und möglicherweise ausräumen zu können und zugleich den *diffusen Begriff „Verwaltungsmediation“* zu präzisieren, erscheinen Differenzierungen geboten, die sich an den in Betracht kommenden Entscheidungs- und Verfahrenskonstellationen orientieren.

Denn bei Durchsicht der einschlägigen Literatur fällt auf, dass zur Bestimmung dessen, was „Verwaltungsmediation“ sein soll, höchst unterschiedliche *Bezugspunkte* gewählt werden: So wird einerseits darauf abgestellt, in welchem *materiellen Rechtsgebiet* Mediationsverfahren stattfinden, etwa im Verwaltungsrecht, im Umweltrecht, im Sozialrecht, im Gesundheitsrecht, im Bauplanungsrecht, im Immissionsschutzrecht usw. Andere sehen ausgehend von der Erkenntnis, dass Mediation ein bestimmtes geordnetes und gestuftes Kommunikationsverfahren beschreibt, als maßgeblichen Bezugspunkt das jeweils vorgeschaltete, parallel verlaufende oder nachgeschaltete<sup>31</sup> staatliche oder staatlich organisierte *Verfahren* an. Insoweit sprechen sie dann von Mediation in formlosen oder förmlichen Verwaltungsverfahren, im Planverfahren, im verwaltungsgerichtlichen Verfahren.<sup>32</sup> Eine präzise Abgrenzung von (echten) Mediationsverfahren einerseits und der Verwendung bloßer mediativer Elemente in staatlichen oder staatlich organisierten Verfahren andererseits<sup>33</sup> findet sich kaum. Immerhin wird bei diesem verfahrensbezogenen Differenzierungsansatz auch der Frage nachgegangen, in welcher rechtlich relevanten Beziehung Mediationsverfahren und Verwaltungsverfahren zueinander stehen.<sup>34</sup>

Ausgehend von solchen Entscheidungs- und Verfahrenskonstellationen ergibt sich Folgendes:

a) Zunächst stehen die Konstellationen im Vordergrund, die *nach Maßgabe Öffentlicher Rechts* einer Entscheidung und damit auch einer Konfliktlösung bedürfen.

<sup>29</sup> Zur politischen Dimension des Einsatzes von Mediationselementen namentlich bei raumbedeutsamen Fachplanungen und der kommunalen Bauleitplanung *Preussner*, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rn. 38, 42, 68; *Pünder*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 15 Rn. 5; krit. Unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips *Kunig/Rublack*, Jura 1990, S. 1/8.

<sup>30</sup> Eingehend *Groth/von Bubnoff*, NJW 2001, S. 338 ff.; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/400; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 29; *Wagner*, NJW 2001, S. 1398 ff.; *Härtel*, JZ 2005, S. 753/761 ff.

<sup>31</sup> Eingehend *Rüssel*, Diss., S. 98 ff.; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 20 ff.; *Ramsauer*, VwVfG, 9. Aufl. 2005, Einführung Rn. 102 a.

<sup>32</sup> So etwa *Rüssel*, Diss., S. 21 ff.; *Pünder*, Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 15 Rn. 1 ff.

<sup>33</sup> Ansätze bei *Köster*, DVBl. 2002, S. 229/235; *Preussner*, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 11; *Brohm*, NVwZ 1991, S. 1025/1033; besonders deutlich *Maaß*, VerwArch Bd. 88 (1997), S. 701/708 und *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/400.

<sup>34</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 20 ff.; *Rüssel*, Diss., S. 98 ff.

<sup>20</sup> Dass historisch gesehen die Gemeinwohlorientierung autoritäre Tendenzen im Staatsverständnis mit begründet und verstärkt hat, betont zu Recht *Caspar*, DVBl. 1995, S. 992/994 ff.

<sup>21</sup> *Pitschas*, Mediation als Methode und Instrument der Konfliktmittlung im öffentlichen Sektor, NVwZ 2004, S. 396/399; dazu vor allem *Schmidt-Abmann*, Konfliktmittlung in der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Abmann, Konfliktbewältigung durch Verhandeln, Band 2, 1990, S. 9 ff.; *Brohm*, DVBl. 1990, S. 323 ff.; *Spannowsky*, Grenzen des Verhandelns durch Verträge und Absprachen, 1994; *Caspar*, DVBl. 1995, S. 992/997.

<sup>22</sup> *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; dazu im Kontext zur Verwaltungsmediation statt vieler *Kunig/Rublack*, Aushandeln statt Entscheiden? – Das Verwaltungsverfahrensrecht vor neuen Herausforderungen, Jura 1990, S. 1/7 ff.; *Härtel*, JZ 2005, S. 753/757; *Köster*, DVBl. 2002, S. 229/233 ff.; *Brohm*, NVwZ 1991, S. 1025/1029; *Rüssel*, Diss. S. 173 ff. mit weit. Nachw.

<sup>23</sup> Zum Verbot der Vorabbindung z.B. im Bauplanungsrecht *Brohm*, NVwZ 1991, S. 1025/1030; *Köster*, DVBl. 2002, S. 229/234; *Bielenberg*, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 2 Rn. 78; *Schmidt-Eichstaedt*, Städtebaurecht, 3. Aufl. 1998, S. 130 f.; *Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, 9. Aufl. 2005, § 2 Rn. 10; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; BVerwGE 75, 214/231; es bestehen jedoch Tendenzen, dieses Verbot vertraglicher Vorabbindung zu relativieren, vgl. *Schmidt-Abmann/Krebs*, Rechtsfragen städtebaulicher Verträge, 1. Aufl. 1988, S. 169.

<sup>24</sup> Zur Bindungswirkung des Haushaltsrechts, teilweise auch in Außenrechtsbeziehungen, eingehend von *Mutius*, Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: VVDStRL Band 42 (1984), S. 147 ff.; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 42 ff. mit umfangr. Nachw.

<sup>25</sup> Rechnungsprüfungsämter sowie Landesrechnungshof SH im Rahmen der überörtlichen Finanzkontrolle, vgl. *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, S. 560 ff. mit umfangr. Nachw.

<sup>26</sup> Vgl. *Rüssel*, Diss. S. 112 ff.; *dies.*, Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich, JA 2006, S. 470/472 ff.; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 2; *Preussner*, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 7 ff.

<sup>27</sup> *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; *Brohm*, NVwZ 1991, S. 1025/1033; *Wagner/Engelhardt*, NVwZ 2001, S. 370/372; *Kunig/Rublack*, Jura 1990, S. 1/8 ff., die sämtlich daraus schließen, dass es sich bei Verwaltungsmediation in aller Regel nicht um echte Mediation, sondern allenfalls um den Einsatz „mediativer Grundsätze“ handelt.

<sup>28</sup> *Köster*, DVBl. 2002, S. 229/234; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 79 ff.; Darstellung von Fallstudien bei *Preussner*, in: Henssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rn. 11 ff.

- Insoweit kommen all die Fälle in Betracht, in denen durch Klageerhebung ein Rechtsstreit vor Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichten bereits anhängig ist und zum Zwecke der Durchführung *gerichtlicher oder gerichtsnaher Mediation* an die Prozessbeteiligten die Frage ergeht, ob statt eines streitigen Verfahrens durch den gesetzlichen Richter ein Mediationsverfahren durch den beauftragten Richtermediator gewünscht wird.<sup>35</sup> Hier befindet sich der jeweilige Verwaltungsträger bzw. die Verwaltungsbehörde in der *Rolle eines Prozessbeteiligten* (in der Mehrzahl der Fälle als Beklagter oder Beklagte, im Bereich öffentlich-rechtlicher Erstattung u.ä. und in verwaltungsrechtlichen Organstreitverfahren aber auch als Kläger oder Klägerin). Die oben angedeuteten Bindungen an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG bestehen auch in dieser Rolle unverändert.
- Organisations- und verfahrensrechtlich anders ist die Rolle, soweit Verwaltungsbehörden oder -organe *selbst Verfahrensverantwortliche* sind. Dies gilt im formlosen Verwaltungsverfahren einschließlich Widerspruchsverfahren,<sup>36</sup> aber auch in den unterschiedlich ausgestalteten förmlichen Verwaltungsverfahren.<sup>37</sup> Hier ist die Verwaltung selbst Herrin des Verfahrens, und es stellt sich zumindest theoretisch die Frage, ob sie anstelle der normativ vorgesehenen Verwaltungsverfahren, obwohl selbst beteiligt,<sup>38</sup> befugt ist, selbst Konfliktbewältigung durch Mediation vorzunehmen.
- Zunehmend werden echte Mediationsverfahren, jedenfalls aber der Einsatz mediativer Elemente zur Lösung *interner Verwaltungskonflikte* nachgefragt. Auch insoweit liegt das Problem auf der Hand: Ist es organisationsrechtlich überhaupt zulässig, abgesehen von der Bindung an Gesetz und Recht gem. Art. 20 Abs. 3 GG bei innenrechtlichen Konflikten oder in personalrechtlichen Angelegenheiten mit außenrechtlichen Bezügen (z.B. Umsetzung von Bediensteten) die hierarchischen Entscheidungsstrukturen zum Zwecke echter Mediation zu durchbrechen oder auszusetzen? Oder anders gewendet: Lässt sich in der Verwaltungsorganisation selbst eine allparteiliche Stelle institutionalisieren, die zur Lösung dieser internen Konflikte als Mediator in Betracht kommt?
- Gerade die eben genannte Konstellation, aber auch die Selbstbeteiligung von Amts- und Mandatsträgern in externen Verwaltungsverfahren zeigt den Bedarf, *externe Konfliktmittler* im Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung einzuschalten.<sup>39</sup> Aber auch dessen Allparteilichkeit muss dann rechtlich abgesichert sein. Dies berührt die umstrittene Frage, welche Rechtsstellung dieser Externe einnimmt.<sup>40</sup>
  - b) Bezieht man, was im Hinblick auf die spezifischen öffentlich-rechtlichen Bindungen der Verwaltung erforderlich ist, die maßgeblichen Entscheidungs- und Verfahrenskonstellationen auf *alle* Konflikte im Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung, dann gehören zur „Verwaltungsmediation“ auch solche, die nur *unter Beachtung öffentlich-rechtlicher Grenzen* zu lösen sind. Dies sind z.B. solche Streitigkeiten, die in der Hauptsache zwar in die Zuständigkeit der Zivil- und Arbeitsgerichtsbarkeit fallen, an denen jedoch Verwaltungsträger, und damit Amts- und Mandatsträger der öffentlichen Verwaltung *beteiligt* sind. So unterliegt die Verwaltung etwa im Bereich des Gebäude- und Liegenschaftsmanagements den öffentlich-rechtlichen Bindungen des Gleichheitssatzes, des Haushaltsrechts und der Verantwortungsverteilung

des Organisationsrechts; denn öffentliches Eigentum ist von Verfassungen wegen funktionsgebunden und nicht privatnützig gewährt.<sup>41</sup> Ähnliches ist anzunehmen im Bereich Personalbewirtschaftung und -management etwa im Hinblick auf die Grundsätze in Art. 33 Abs. 2 GG, auch soweit es um die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse zu Arbeitern und Angestellten im Öffentlichen Dienst geht.<sup>42</sup> Auch hier unterscheiden sich die Rechtsverhältnisse deutlich (auch unter Berücksichtigung der Mitwirkungsrechte der Personalräte nach Personalvertretungsrecht) von der Rechtslage in der Privatwirtschaft.

#### 4. „Verwaltungsmediation“ oder nur Einsatz mediativer Elemente im Verwaltungsverfahren?

a) Nach dem vorstehend teils eingegrenzten, teils erweiterten Verständnis von echter „Verwaltungsmediation“ sind damit folgende *Kriterien* maßgeblich: Es muss stets um die Bewältigung und Lösung von Interessenkonflikten gehen, an denen die öffentliche Verwaltung (Verwaltungsträger, Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsorgane) verantwortlich beteiligt sind, weil und soweit ihr Funktionsbereich, also ihre von Verfassungen wegen vorgegebenen oder rechtsnormativ zugewiesenen Aufgaben entscheidungserheblich betroffen sind. Denn insoweit darf sich die öffentliche Verwaltung ihren Bindungen an Gesetz und Recht weder außen- noch innenrechtlich entziehen. Von nachhaltiger Konfliktbewältigung und -lösung kann aber nur dann gesprochen werden, wenn und soweit die Umsetzung der Mediation in der Mediationsvereinbarung auch die Verwaltung *bindet*.<sup>43</sup> Darin liegt das zentrale Problem der „Verwaltungsmediation“.

b) Im Übrigen gibt es zahlreiche *Anwendungsfelder*, in denen eigentlich nicht echte Mediation, sondern nur *mediative Elemente* in formlosen und förmlichen Verwaltungsverfahren seit Jahren praktisch eingesetzt werden und damit Kommunikations- und Verhandlungstechniken zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben erfolgversprechend Anwendung finden.<sup>44</sup> Beispielhaft seien erwähnt:

- „Mediation“ zur bloßen *Sachverhaltsermittlung* z.B. im Umwelt-, Medizin- oder Lebensmittelsektor um durch Hinzuziehung zusätzlicher Sachverständiger z.B. Risikopotenziale transparent und akzeptabel ausloten zu können. Auch die in Planverfahren heute üblichen informellen oder förmlichen *Scoping-Verfahren* z.B. nach § 5 UVPG gehören hierzu.<sup>45</sup>
- „Mediation“ *im Vorfeld immissionsschutzrechtlicher Genehmigungsverfahren* insbesondere nach § 71 c Abs. 2 S. 1 Nr. 3, S. 2 VwVfG, um eine sorgfältige Konfliktanalyse und eine wirtschaftlich vertretbare Lösung im Einvernehmen mit Investoren zu erreichen.<sup>46</sup> Ähnliches kann außerhalb und innerhalb von Erörterungsterminen durch dritunterstützte Aushandlungsprozesse parallel zum Genehmigungsverfahren erfolgen.<sup>47</sup>
- Einsatz von Mediatoren als externe Konfliktmittler bei *sonstigen genehmigungspflichtigen Bauvorhaben*, bei denen die Standortentscheidung eine entsprechend hohe Komplexität aufweist, z.B. wenn mit Nachbarstreitigkeiten zu rechnen ist.<sup>48</sup>
- Bei *planfeststellungsbedürftigen Vorhaben* lassen sich mediative Elemente im Erörterungstermin oder bei Änderung des Planentwurfs einsetzen, soweit dadurch die Implementierung der

<sup>35</sup> Dazu statt vieler *Ortloff*, in: Handbuch Mediation, § 29 Rn. 81 ff.; *Walther*, ZKM 2006, S. 144 ff.; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 73 f.; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/401 ff.; *Härtel*, JZ 2005, S. 753/759 ff.; *Walther*, Der mediative Richter im Verwaltungsprozess, ZKM 2006, S. 144 ff.

<sup>36</sup> Dies wird meist unter dem Stichwort „Mitlaufende Mediation“ diskutiert, wobei offenbar an eine Parallellität der Verfahren gedacht ist. Die Frage lautet jedoch, ob echte Mediation integriert oder nur mediative Elemente eingesetzt werden können, vgl. etwa *Rüssel*, Diss., S. 100 ff.; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rdn. 69.

<sup>37</sup> Zum Einsatz mediativer Elemente im förmlichen Verwaltungsverfahren *Rüssel*, Diss., S. 210 ff., 216 f., 219 ff.

<sup>38</sup> Den Grundsatz der Verfahrensherrschaft betont besonders *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; schon die klassische Definition von Hans-Julius *Wolff*, in: *Wolff/Bachof*, Verwaltungsrecht I, § 2 III, betont die „Selbstbeteiligung“ der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben.

<sup>39</sup> Dazu statt vieler *Brohm*, NVwZ 1991, S. 1025/1030 ff.; *Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungsverhandlungen, 1989, S. 22 ff.; *Holznapel*, Die Verwaltung 1989, S. 421; *Preussner*, in: *Henssler/Koch*, Mediation in der Anwaltspraxis, § 12 Rn. 30 ff./35; *Battis*, in: *ders./Krautzberger/Löhr*, BauGB, § 4 b Rn. 2 f.; *Stürer*, Handbuch des Bau- und Fachplanungsrechts, Rdn. 557 f.; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 83; krit. Zum Einsatz Privater *Kunig/Rublack*, Jura 1990, S. 1/3 ff.; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; differenzierend *Brohm*, NVwZ 1991, S. 1025/1033.

<sup>40</sup> Dazu *Rüssel*, Diss., S. 123 ff.

<sup>41</sup> Deshalb ist eine Berufung von Verwaltungsträgern, auch soweit sie „fiskalisch“ handeln oder Aufgaben auslagern und privatrechtlich organisieren, auf Grundrechte nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ausgeschlossen, vgl. BVerfGE 61, 82/100 f.; 68, 193/206; 75, 192/196.

<sup>42</sup> Vgl. statt vieler *Jarass/Pieroth*, GG-Kommentar, 8. Aufl. 2006, Art. 33 Rn. 7 ff.

<sup>43</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 2 ff.; *Pünder*, in: *Erichsen/Ehlers*, Allg. VerwR, § 15 Rn. 14; *Brandt*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann*, Konfliktbewältigung durch Verhandlung, Band 1 1990, S. 239/247; im Ausgangspunkt ebenso *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399, 400.

<sup>44</sup> Dazu insgesamt *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 44 ff.; *Preussner*, in: *Henssler/Koch*, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rn. 67 ff.; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/400 ff.

<sup>45</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 47 ff.; *Plagemann*, in: *Festgabe 50 Jahre BVerwG*, 2003, S. 59/61 ff.; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/400 ff.

<sup>46</sup> *Härtel*, JZ 2005, S. 753/758; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 58 ff.

<sup>47</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 64 ff.

<sup>48</sup> Diese Konstellation erscheint für den Einsatz mediativer Elemente im Verwaltungsverfahren besonders unproblematisch, weil hier der eigentliche Konflikt zwischen den Nachbarn schwellt und der unteren Bauaufsichtsbehörde ohnehin eine Art Ausgleichsfunktion zukommt; vgl. *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 68.



Mediationsergebnisse mit geltendem Planfeststellungsrecht vereinbart werden kann.<sup>49</sup>

- Vergleichbares gilt im Verfahren der kommunalen Bauleitplanung;<sup>50</sup> hier hat sich die Einschaltung allparteilicher Konfliktmittler als „Dritte“ i.S.d. § 4 b BauGB<sup>51</sup> bewährt. Dabei kommt auch eine mediative Gestaltung des Beteiligungsverfahrens nach §§ 3 ff. BauGB in Betracht.

Heute üblich ist, vor dem gesetzlich eigentlich nicht zwingend vorgeschriebenen Beschluss der Gemeindevertretung, einen Bebauungsplan aufzustellen, ein *informelles* Scoping-Verfahren, an dem sämtliche Träger der öffentlichen Belange nach § 4 BauGB beteiligt werden (einschließlich Umweltverbände oder sonstiger organisierter privater Belange) mit dem Ziel auszulegen, ob die mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele und Vorhaben überhaupt ansatzweise realisiert werden können. Gerade in den neuen Bundesländern hat sich dieses Verfahren bewährt, weil ohne eine solche (rechtlich noch unverbindliche) Vorklärung kaum noch Investoren gefunden werden können, die bereit sind, das Investitionsrisiko und die anschließenden Planungskosten zu tragen.<sup>52</sup>

Diese Beispiele zeigen, dass auch außerhalb echter „Verwaltungsmediation“ der Einsatz mediativer Elemente viel dazu beitragen kann, Komplexität administrativer und auf kommunaler Ebene politischer Entscheidungen transparent und nachvollziehbar werden zu lassen mit der Folge, dass die erforderlichen Abwägungs- und damit Kompromissentscheidungen sowohl für die beteiligten Träger öffentlicher Belange als auch für die betroffenen Bürger, Verbände und Unternehmen akzeptabel werden.

## II. Grundsätzliche Legitimation der Konfliktbewältigung durch Verwaltungsmediation

### 1. Einfachgesetzliche Rechtfertigungsansätze

Soweit die öffentliche Verwaltung in anhängigen Verwaltungsstreitverfahren als förmlich Beteiligte an gerichtlicher bzw. gerichtsnaher Mediation vor einem beauftragten Richter mitwirkt, ergibt sich eine einfachgesetzliche Rechtfertigung weniger aus der Öffnungsklausel des § 15a EGZPO, da diese nur die Länder ermächtigt, die Einführung eines obligatorischen Schlichtungsverfahrens vor Klageerhebung vorzuschreiben,<sup>53</sup> sondern aus der Regelung in § 278 Abs. 5 ZPO. Diese ist durch die Verweisungsnorm des § 173 VwGO auch in der Verwaltungsgerichtsbarkeit anzuwenden. Im Übrigen wäre bei einer landesrechtlichen Umsetzung der Öffnungsklausel des § 15 a EGZPO zu bedenken, dass der Verwaltungsrechtsschutz zumindest im Verhältnis Bürger-Verwaltung durch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG geprägt ist; diese ist jedoch gesetzlich beschränkbar,<sup>54</sup> so dass kraft Landesrecht auch eine obligatorische Streitschlichtung durch Mediation vor Klageerhebung eingeführt werden dürfte.

Für die übrigen oben dargestellten Entscheidungs- und Verfahrenskonstellationen, in denen Verwaltungsmediation in Betracht kommt, finden sich im Verwaltungsverfahrensrecht des Bundes und der Länder zahlreiche Anhaltspunkte, die Raum lassen für eine konsensuale Konfliktbewältigung durch Kom-

munikation und Verhandeln.<sup>55</sup> Nach § 10 VwVfG<sup>56</sup> sind formlose Verwaltungsverfahren die Regel; sie sind einfach, zweckmäßig und zügig durchzuführen und eröffnen daher bei der Ausgestaltung ein Verfahrensermessen. Der Grundsatz der Zügigkeit gilt auch für förmliche Verfahren nach § 71 b VwVfG. § 24 VwVfG gewährleistet bei der Sachverhaltsermittlung im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes die Berücksichtigung der konkreten, Einzelfall bezogenen Verhältnisse und lässt insoweit Spielraum für die selbstverantwortete Mitgestaltung der Beteiligten (§ 26 Abs. 2 VwVfG). Im Übrigen enthalten die Regelungen der §§ 25 ff. VwVfG zahlreiche subjektiv-öffentliche Rechte der Beteiligten, die letztlich Ausdruck sind eines Grundrechtsschutzes durch Organisation und Verfahren.<sup>57</sup> Sie sichern rechtzeitige Anhörung, Information durch Akteneinsicht, verpflichten die Verwaltungsbehörden zur Beratung und Auskunft (auch in förmlichen Verfahren nach § 71 c VwVfG) und einen die Interessen und Rechtspositionen der Beteiligten berücksichtigenden behutsamen Umgang mit Beweismitteln gemäß § 26 VwVfG.<sup>58</sup>

Dass darüber hinaus auch in sonstigen Genehmigungs- und Planverfahren zumindest der Einsatz mediativer Elemente vom Gesetzgeber zugelassen wird, wurde bereits erwähnt. Von besonderem Interesse auf kommunaler Ebene ist die neu eingeführte Regelung des § 4 b BauGB, wonach die Gemeinde insbes. zur Beschleunigung des Bauleitplanverfahrens die Vorbereitung und Durchführung von Verfahrensschritten nach den §§ 2 a bis 4 a BauGB einem Dritten als unabhängigen bzw. allparteilichen *Konfliktmittler* übertragen darf.<sup>59</sup> Diese Regelung stellt eine Praxis klar, die seit langem vor allem bei größeren Investitionsvorhaben angewandt wurde und sich bewährt hat.<sup>60</sup> Bei der derzeitigen Rechtslage befreit allerdings die Beauftragung eines privaten Konfliktmittlers nicht die demokratisch legitimierten Gremien von ihrer gesetzlichen Verpflichtung, die Letztentscheidung insbesondere im Rahmen der Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange gegeneinander und untereinander durch entsprechende Planentscheidungen wahrzunehmen.<sup>61</sup> Deshalb handelt es sich nur um bedeutsame Vorklärungen und nicht um echte Mediation.<sup>62</sup> Will man bei weiterer Bewährung der Verwaltungsmediation mehr, dann bedarf es ausdrücklicher gesetzlicher Modifikationen des Planungsrechts.<sup>63</sup>

### 2. Verfassungsrechtliche Determinanten

Wie bereits bei der Entstehung der Verwaltungsverfahrensgesetze des Bundes und der Länder im Kontext gesetzlicher Regelungen über sog. subordinationsrechtliche Verträge gem. §§ 54 S. 2, 55 und 56 VwVfG breit diskutiert wurde,<sup>64</sup> gilt für das Verhältnis von parlamentarischer Gesetzgebung und öffentlicher Verwaltung *nicht der Totalvorbehalt*; die Einführung konsensualen Verwaltungshandelns durch Vertrag auch im Verhältnis zu Bürgern, Unternehmen und sonstigen juristischen Personen des Privatrechts bedarf also keiner ausdrücklichen gesetzlichen Grundlage. Dies folgt der Erkenntnis, dass bei selbstverantworteter, freiwilliger Mitwirkung von Grundrechtssubjekten an Verträgen

<sup>49</sup> Eingehend *Rüssel*, Diss. S. 201 ff.

<sup>50</sup> Um das Verständnis von Leserinnen und Lesern außerhalb Schleswig-Holsteins zu erleichtern, werden nicht die Bestimmungen des Landesverwaltungsgesetzes, sondern die des VwVfG des Bundes zitiert, weil nahezu alle Bundesländer bei der Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrenrechts auf diese Regelungen verweisen oder sie wortgleich übernehmen.

<sup>51</sup> Dazu statt *Vieler Pieroth/Schlink*, Grundrechte/Staatsrecht II, 22. Aufl. 2006, Rn. 60 f., 88 f., 99 f., 917 f.

<sup>52</sup> *Rüssel*, Diss. S. 217; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/400; *Hertel*, JZ 2005, S. 753/759.

<sup>53</sup> *Preussner*, in: Haenssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rdn. 74 ff.; *Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, § 4 b Rn. 1 ff. mit umfangr. Nachw. <sup>54</sup> Dass § 4 b insoweit nicht konstitutiv für die bisherige Praxis ist, betont zutreffend *Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, § 4 b Rdn. 1, unter Hinweis auf eine Empfehlung der Unabhängigen Expertenkommission zur Vereinfachung und Beschleunigung von Planungs- und Genehmigungsverfahren, Bericht der Kommission 1996, Rdn. 284.

<sup>55</sup> Zutreffend *Battis*, in: ders./Krautzberger/Löhr, BauGB, § 4 b Rn. 7.

<sup>56</sup> So vor allem *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399; *Köster*, DVBl. 2002, S. 229/233 ff.; *Stüer/Rude*, DVBl. 1998, S. 630/631; *Stollmann*, NuR 1998, S. 578/581; *Wagner/Baumheier*, Planungsbeschleunigung, in: Kormann, Aktuelle Fragen der Planfeststellung, 1994, S. 39/61.

<sup>57</sup> Vgl. *Schäfer*, Mediation im öffentlichen Bereich braucht gesetzliche Regeln, NVwZ 2006, S. 39 ff.

<sup>58</sup> Zur Entwicklung und Bedeutung des Vertrages zwischen Staat und Bürgern statt *Vieler Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 14 Rn. 21 ff.



mit der Verwaltung ein für den Gesetzesvorbehalt erforderlicher Grundrechtseingriff typischerweise nicht vorliegt.<sup>65</sup>

Gleichwohl entfalten für die inhaltliche Ausgestaltung des Konsenses durch Vertrag (insbes. beim Vergleichs- und Austauschvertrag) die in Art. 1 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 ff. GG garantierten Grundrechtspositionen *Vor- und Ausstrahlungswirkungen*, die auch im Bereich der Verwaltungsmediation zu beachten sind.<sup>66</sup> Eigenverantwortete Mitwirkung an der Konfliktbewältigung stellt sich insoweit weniger als eine Folge des Demokratieprinzips dar,<sup>67</sup> sondern als *Grundrechtseffektivierung durch Organisation und Verfahren*. Sie dient aber darüber hinaus auch objektiven Verfassungszielen, als die öffentliche Verwaltung bei der Erfüllung ihrer verfassungsrechtlich vorgegebenen oder gesetzlich zugewiesenen Aufgaben an den dem Rechtsstaatsprinzip immanenten Grundsatz der *Verwaltungseffizienz*<sup>68</sup> gebunden ist. Dies muss demnach auch dann gelten, wenn eine Konfliktbewältigung durch das geordnete und gestufte Verfahren der Verwaltungsmediation angestrebt wird.

Das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, insbes. die durch Art. 20 Abs. 3 GG betonte Bindung an Gesetz und Recht, belässt – wie eine exakte Normanalyse gesetzlicher Ermächtigungen oder Begrenzungen im Einzelfall zeigt – den Verwaltungsbehörden vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten, die Raum geben für Entgegenkommen und Kompromisse in Verfahren konsensualer Konfliktbewältigung. Auf der Tatbestandsseite von Rechtsnormen werden häufig eigenverantwortliche Beurteilungs- und Einschätzungsprärogativen durch die Verwendung unbestimmter, wertausfüllungsbedürftiger Rechtsbegriffe vorgesehen, auf der Rechtsfolgeseite wird der Verwaltung häufig ein Entschließungs- und/oder Auswahlermessen eingeräumt. Zwar sind Einschätzungen und Ermessen rechtlich begrenzt (vgl. § 114 VwGO, § 73 LVwG SH), die zur gerichtlichen Überprüfbarkeit solcher Grenzen ergangene Rechtsprechung<sup>69</sup> ist jedoch für das Ausmaß an Kompromissfähigkeit der Verwaltung in Mediationsverfahren nicht unbedingt maßgeblich, weil sie sich an der verfassungsrechtlichen Abgrenzung der Funktionen von Rechtsprechung und Verwaltung orientiert. Im Ergebnis ist jedenfalls der Verhandlungsspielraum der Verwaltung im Mediationsverfahren nicht anders als bei gerichtlichen Verfahren unter Beteiligung der Verwaltung, die durch Vergleich erledigt werden sollen.

### 3. Folgen der Bindung der Verwaltung an Gesetz und Recht

Insgesamt ergeben sich aus diesen verfassungsrechtlichen Determinanten bereits vom Grundsatz her für die Ausgestaltung des Verfahrens der Verwaltungsmediation *wesentliche Besonderheiten* gegenüber konsensualer Konfliktbewältigung in den Fällen, an denen die öffentliche Verwaltung nicht beteiligt ist.

Die grundrechtlich oder rechtsstaatlich ableitbaren Schutzpflichten der Bürger, Unternehmen und sonstigen als Grundrechtsträger gem. Art. 19 Abs. 3 GG in Betracht kommenden überindividuellen Organisationseinheiten müssen in das Mediationsverfahren *integriert* werden, was zum Teil zu einer Kompensation der verfassungsrechtlich gewährleisteten Beteiligungsrechte durch *Vorverlagerung* von Verfahrenselementen führt.<sup>70</sup> Hierin besteht die besondere Herausforderung echter Verwaltungsmediation, soll es nicht zu einem Unterlaufen verfassungsrechtlich gewährleisteter und einfachgesetzlich ausgestalteter Schutzgarantien kommen.<sup>71</sup>

<sup>65</sup> Grundrechtseingriffe setzen stets ein dem Staat oder seinen Untergliederungen zurechenbares Verhalten voraus, mit dem final oder faktisch auf Freiheit und Eigentum von Grundrechtsträgern eingewirkt wird; vgl. BVerfGE 66, 39/60; 105, 279/301; *Lübbe-Wolff*, Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988; *Führ*, Eigenverantwortung im Rechtsstaat, 2003, S. 342 ff.

<sup>66</sup> Grundrechtsschutz auf der Zeitachse von Entstehensicherung bis zum Bestandsschutz entwickelt überzeugend *Kloepfer*, Grundrechte als Entstehensicherung und Bestandsschutz, München 1970, insbesondere S. 24 ff.

<sup>67</sup> So aber wohl *Rüssel*, Diss., S. 203 ff.

<sup>68</sup> *Rüssel*, Diss., 225 ff.; zur verfassungsrechtlichen Ableitung von Verwaltungseffizienz bereits von *Arnim*, Wirtschaftlichkeit als Rechtsprinzip, Berlin 1988, S. 19 ff.; von *Mutius*, Grundrechtsschutz kontra Verwaltungseffizienz im Verwaltungsverfahren?, NJW 1982, S. 2150; *Gröpl*, Haushaltsrecht und Reform, 2001, S. 345 ff.

<sup>69</sup> Dazu statt vieler *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl. 2006, § 7 Rn. 17 ff., 31 ff.

<sup>70</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 7; *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/403; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 75 Rn. 12 mit weit. Nachw.

<sup>71</sup> *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399 ff.

Was dies im Einzelnen bedeutet, lässt sich am besten am nachfolgend dargestellten typischen *Ablauf eines Mediationsverfahrens* konkretisieren.

### III. Spezielle (rechtsnormative) Anforderungen an eine Erfolg versprechende Verwaltungsmediation

#### 1. Eröffnungsphase

a) Auch in der Verfahrens- und Entscheidungskonstellation einer gerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation, in der sich die öffentliche Verwaltung als Beteiligte eines anhängigen Verwaltungsrechtsstreits befindet, stellt sich nicht nur für den beauftragten Richter als Mediator, sondern auch für die beteiligte Verwaltungsbehörde oder das Verwaltungsorgan die Frage, ob sich der Konfliktgegenstand für eine Mediation eignet. Dies hängt von folgenden Aspekten ab:

- Zunächst muss der beteiligte Verwaltungsträger, vertreten durch die Verwaltungsbehörde bzw. durch ein Verwaltungsorgan für die angestrebte Lösung des Konflikts sachlich, örtlich und instanziell *zuständig* sein. Nur dann wird dem Prinzip demokratischer Legitimation und Verantwortlichkeit Rechnung getragen. Diese prozessual als Prozessführungsbefugnis und als Passivlegitimation bezeichnete Verantwortlichkeit oder Dispositionsbefugnis ist in Mediationsverfahren bei entsprechender Komplexität des Konfliktgegenstands keineswegs selbstverständlich, weil ein Konsens häufig nur dann zustande kommt, wenn um den eigentlichen „Streitgegenstand“ herum zusätzliche Zugeständnisse gerade auch durch die beteiligte Verwaltung als „flankierende Maßnahmen“ gemacht werden (z.B. Verpflichtung zur laufenden Information, zur späteren Evaluierung unter Mitwirkung betroffener Beteiligter, zu Absprachen über Lösung künftiger Konflikte, zur Verpflichtung, streitige Genehmigungen mit zusätzlichen Nebenbestimmungen zu versehen usw.). Bei komplexen, mehrpoligen Verwaltungsentscheidungen wäre es aber nicht ungewöhnlich, dass für derartige „flankierende Maßnahmen“ andere Verwaltungsbehörden zuständig sind und zumindest konsultiert werden müssen.
- Erfolgreich wird eine Verwaltungsmediation nur dann sein können, wenn der Konflikt *kompromissfähig* ist.<sup>72</sup> Dies hängt im Wesentlichen davon ab, in welchem Ausmaß sich die Beteiligten etwas von der Lösung des Konflikts versprechen. Auf Seiten der öffentlichen Verwaltung wird die Bereitschaft, sich auf eine Mediation einzulassen, in dem Maße zunehmen, in dem positive Erfahrungen mit konsensualer Konfliktbewältigung gemacht worden sind. Bei mehrpoligen Rechtsbeziehungen, z.B. in öffentlich-rechtlichen Nachbarstreitigkeiten oder bei Konkurrenz im Wirtschaftsverwaltungsrecht oder der Nutzung knapper Kapazitäten kommunaler Einrichtungen, ist die Verwaltung ja ohnehin eher in der Rolle einer Institution, die für Ausgleich sorgt oder knappe Güter angemessen verteilt. Hier kann in der Regel an der Kompromissfähigkeit des Konflikts kein Zweifel bestehen.
- Unabdingbare Voraussetzung für ein erfolgreiches Mediationsverfahren ist ferner, inwieweit die Beteiligten *durch* vermutete Vorteile *motiviert* sind, sich auf eine Mediation einzulassen. Aus der Sicht der Verwaltung kommen in Betracht rasche Umsetzung von Investitionen und Schaffung von Arbeitsplätzen, daraus folgend vermehrte Einnahmen aus der Gewerbesteuer, Verbesserung der Infrastruktur, vorteilhafte Auswirkungen für Tourismus, Gewerbe und Industrieansiedlung, entsprechender Einfluss aus dem Bereich der Kommunalpolitik oder von relevanten Organisationen usw. Die Vermeidung streitiger Auseinandersetzungen selbst kann insbesondere bei überschaubaren Verhältnissen Anreiz genug sein, sich um eine konsensuale Lösung zu bemühen.
- Von entscheidender Bedeutung ist vor dem Hintergrund der Gesetzmäßigkeit der öffentlichen Verwaltung die *tatsächliche und rechtliche Möglichkeit der Bindung* an die Verhandlungsergebnisse.<sup>73</sup> Angesichts zumindest tatsächlicher Vorabbin-

<sup>72</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 13 ff.; in Betracht kommendes Konfliktpotential findet sich exemplarisch bei *Preussner*, in: Haenssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rn. 8

<sup>73</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 18 und 19; dies halten viele für die entscheidende Hürde, die bei Verwaltungsmediation meist nicht zu überwinden ist, vgl. *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/399 unter Hinweis auf das Verbot der Vorabbindung, BVerwGE 75, 214/231; *Köster*, DVBl. 2002, S. 229/233 ff.

dungswirkungen müssen, wie erwähnt, verfahrensrechtliche Mindeststandards erfüllt werden. Möglichst alle Betroffenen sind zu beteiligen. In formeller Hinsicht ist nicht der Erlass z.B. einer Ordnungsverfügung, einer Genehmigung oder einer sonstigen Leistungsgewährung Gegenstand der Mediation, sondern die *Verpflichtung* hierzu. Schließlich muss das Ergebnis der Mediation Gesetz und Recht entsprechen, worin sich indessen die Verwaltungsmediation nicht grundsätzlich von der Mediation in zivil- oder arbeitsrechtlichen Angelegenheiten unterscheidet. Lediglich die Grenzen sind enger, weil nach richtigem Verständnis Verwaltungsträgern allenfalls Handlungs- und Gestaltungsspielräume zukommen, nicht aber Privatautonomie.

- Wegen des bereits angedeuteten *Verhältnisses von Mediation zu formlosen und förmlichen Verwaltungsverfahren*<sup>74</sup> kommt auch dem *Zeitpunkt*, zu dem die Mediation stattfinden soll, besondere Bedeutung zu. Bei überschaubaren bi- oder tripolaren Rechtsverhältnissen im formlosen Verwaltungsverfahren lässt sich eine echte Mediation ohne weiteres integrieren, um auf diese Weise mehr als nur vorherige Anhörung der Betroffenen zu erreichen.<sup>75</sup> Bei Konfliktentscheidungen letztlich im förmlichen Verwaltungsverfahren kommt in erster Linie die *vorlaufende*, möglicherweise auch die *mitlaufende* Mediation in Betracht.<sup>76</sup> Was von beiden geeignet erscheint, hängt von den Besonderheiten des Einzelfalls sowie dem Grad der in der Mediationsvereinbarung einzugehenden Bindung ab. Hier neigt die Praxis dazu, eine *rechtliche* Vorabbindung zu vermeiden, um die Rechtmäßigkeit der verbleibenden Letztentscheidung der Verwaltung nicht zu gefährden.<sup>77</sup> Insoweit zeigt die Erfahrung, dass durch Mediation erreichte *tatsächliche* Vorabbindungen aller Beteiligten meist ausreichen, um die Ziele des Mediationsverfahrens zu erreichen. Bei den auch im Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung zunehmend durchgeführten sog. *selbstlaufenden* Mediationen, die keinen unmittelbaren Bezug zu einem anhängigen Verwaltungsverfahren aufweisen,<sup>78</sup> ist hingegen die Wahl des geeigneten Zeitpunkts kaum erheblich.

b) Die Auswahl eines *geeigneten Mediators* spielt auch in der Verwaltungsmediation eine wichtige Rolle. Dabei kommt es wiederum auf die oben typisierten Entscheidungs- und Verfahrenskonstellationen an.

Bei gerichtlicher oder gerichtsnaher Mediation in anhängigen Verwaltungsstreitverfahren wird der Richtermediator durch die Gerichtsorganisation vorgegeben: Es darf nicht der gesetzliche Richter sein, sondern nur ein in der Verwaltungs- oder Sozialgerichtsbarkeit für diese Funktion beauftragter Richter. Bei der Einschaltung/ Beauftragung eines *außerhalb* der Verwaltung stehenden Dritten als *Konfliktmittler* wird man in der Regel eine Erfolg versprechende Verwaltungsmediation nur erwarten können, wenn die in Betracht kommende Person neben einer entsprechenden persönlichen Qualifikation und Interessen bezogener Unabhängigkeit über ausreichende Kenntnisse im Öffentlichen Recht und in der Verwaltungspraxis verfügt.<sup>79</sup> Dies ist nicht nur eine Frage objektiv vorliegender Befähigung, sondern eines möglichst allseitigen Vertrauens. Insoweit hat sich bewährt, im Einvernehmen mit den Konfliktparteien mit der in Betracht kommenden Person *Einzelgespräche vorab* zu führen, die darauf abzielen, die Dimensionen des Konfliktes zu erfassen, sich über Verfahrensregeln zu verständigen und ein Vertrauensverhältnis aufzubauen. Mit dem Konfliktmittler wird dann in der Eröffnungsphase mündlich oder schriftlich ein Dienstvertrag i.S.d. §§ 611 ff. BGB abgeschlossen, der die Vergütung, etwaigen Aufwandsersatz und den Rahmen der Haftung einschließt.<sup>80</sup>

Neuerdings wird in der Verwaltungspraxis zunehmend erwogen, ob nicht auch ein *Verwaltungsbediensteter* der mittleren oder oberen Führungsebene als Mediator eingesetzt werden kann. Dies mag in den Fällen mehrpoliger Rechtsbeziehungen, in denen die Verwaltung ohnehin überwiegend ausgleichend wirkt, nahe liegen; ähnlich gilt bei internen Verwaltungskonflikten z.B. in Personalangelegenheiten. Indessen ist hier von entscheidender Bedeutung die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Allparteilichkeit dieser Person, was angesichts der Selbstbeteiligung der Verwaltung in allen externen und internen Verwaltungsverfahren und ihrer typischerweise hierarchischen Struktur problematisch erscheint. Ähnlich wie die Figur der Einigungsstelle im Personalvertretungsrecht<sup>81</sup> wird man daher solchen Lösungen nur zustimmen können, wenn auch innerhalb der Verwaltungsorganisation rechtliche Vorkehrungen dafür getroffen werden, dass das entsprechende Personal unabhängig und weisungsfrei agieren darf. Insoweit ist die Situation ähnlich wie bei der gerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation, allerdings mit dem Unterschied, dass dort auch der gesetzliche Richter gemäß Art. 97 GG schon von Verfassungs wegen in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit fungiert.

c) Wichtig ist ferner der Konsens über die *Auswahl der Beteiligten* am Mediationsverfahren. Hier gelten nicht die engen Regelungen der einfachen oder notwendigen Beiladung gemäß § 65 VwGO, sondern wesentliches Kriterium für die Auswahl ist, in welchem Ausmaß Personen, Amts- und Mandatsträger, Repräsentanten der ehrenamtlichen Verwaltung und sonstige ein Interesse an der Bewältigung oder Lösung des konkreten Konflikts haben.<sup>82</sup> So kann etwa im Bereich der Unternehmensnachfolge im öffentlichen Sektor, bei der ein neuer Betreiber oder Investoren für die öffentliche Einrichtung oder den Verwaltungsbetrieb verantwortlich geworden ist und sich hieraus im Verhältnis mit den bisherigen Kunden Konflikte ergeben, eine wichtige Hilfe für die Konfliktbewältigung darin bestehen, bisheriges Leitungs- oder Servicepersonal hinzu zu ziehen, weil diese Erfahrungen aus dem Betrieb mitbringen und im Zweifel das Vertrauen der bisherigen Kunden genießen.

d) In der Eröffnungsphase muss auch ein Konsens herbeigeführt werden darüber, wer in welchem Ausmaß die *Kosten des Mediationsverfahrens* (einschließlich der Vergütung des Mediators) trägt. Aus der Sicht der Beteiligten in der öffentlichen Verwaltung ist insoweit an die Haushaltsgrundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu erinnern.<sup>83</sup> Die in städtebaulichen Verträgen meist anzutreffende Regelung, dass sich der Investor oder Vorhabenträger dazu verpflichtet, *sämtliche* Verfahrenskosten einschließlich Gutachten, Planverfahren und etwaiger vorgeschalteter Mediation zu übernehmen, erweist sich in der Praxis häufig als problematisch. Sie kann nämlich dazu führen, dass bei den übrigen Beteiligten Zweifel an der Unabhängigkeit und Allparteilichkeit des Mediators aufkommen. Insoweit bietet sich eine gewisse Kostenverteilung auf alle Beteiligten, möglicherweise graduell unterschiedlich, an. Dies gilt um so mehr, als in komplexen Verfahren der Konfliktbewältigung Fachgutachten eingeholt werden müssen und sich die Medianten der Unterstützung durch Verfahrensbevollmächtigte bedienen.<sup>84</sup>

e) Wie bereits erwähnt, muss über Inhalt, Ablauf und *Verfahrensregelungen* der Mediation Einigkeit erzielt werden.<sup>85</sup> Hier werden wichtige Weichen für die Erfolgsaussichten gestellt. Zugleich sind in Bezug auf den *Zeitrahmen* die Unterschiede zur gerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation besonders deutlich: selbst in überschaubaren bi- oder tripolaren Rechtsverhältnissen sind in aller Regel schon durch die vorgezogenen Einzelgespräche,

<sup>74</sup> Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl. 2005, Einführung Rn. 102 a; Holznapel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 20 ff.

<sup>75</sup> Ähnliches gilt für die Wahrung der „Waffengleichheit“ der Verfahrensbeteiligten sowie den Grundsatz der Verfahrensfairness. Insoweit überzeugt die kritische Distanz gegenüber Verwaltungsmediation von Pitschas, NVwZ 2004, S. 396/400, nicht.

<sup>76</sup> Rüssel, Diss., S. 98 ff.

<sup>77</sup> So etwa Holznapel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 4; bei überschaubaren bi- oder tripolaren Rechtsverhältnissen gilt dies nach meinen Erfahrungen jedoch nicht, weil ähnlich wie bei gerichtlichen Vergleichen durchaus Rechtsverbindlichkeit und Durchsetzbarkeit angestrebt werden.

<sup>78</sup> Rüssel, Diss., S. 100.

<sup>79</sup> Sünderhauf, Mediation bei der außergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland, Berlin 1997, S. 218; Breidenbach, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995, S. 169 ff.; Fietkau, Leitfadens Umweltmediation, 1994, S. 17 ff.

<sup>80</sup> Vgl. Rüssel, Diss., S. 123 ff./127 sowie 134 ff.; Holznapel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 10.

<sup>81</sup> §§ 53 ff. MBG SH; vgl. dazu im Betriebsverfassungsrecht § 76 BetrVG; zur Bedeutung der Einigungsstelle für Mediation im Arbeitsrecht Prütting, in: Handbuch Mediation, § 36 Rn. 18.

<sup>82</sup> Rüssel, Diss., S. 101 ff./107 ff.; Gaßner/Holznapel/Lahl, Mediation: Verhandlungen als Mittel der Konsensfindung in Umweltstreitigkeiten, Bonn 1992, S. 40 ff.; Holznapel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 26; eindrucksvoll die Darstellung in Betracht kommender Verfahrensbeteiligter bei Preussner, in: Haenssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rn. 38 ff.

<sup>83</sup> Vgl. § 75 Abs. 2 GO SH, dazu von Mutius, in: ders./Rentsch, Kommunalverfassungsrecht SH, Band 2, 6. Aufl. 2003, § 75 Rn. 10 ff.

<sup>84</sup> Zur behördlichen Kostenlast im Mediationsverfahren Dietz, ZRP 2004, S. 268 ff.; Pünder, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 15 Rn. 8 und 9; allerdings sind bei der Kostenbewertung auch aus Sicht der öffentlichen Verwaltung die externen finanziellen Effekte zu berücksichtigen; dazu Möllers, Kooperationsgewinne im Verwaltungsprozess, DÖV 2000, S. 667 ff.

<sup>85</sup> Rüssel, Diss., S. 133 ff.; Holznapel/Ramsauer, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 27.



aber auch in den weiteren Phasen der Mediation mehrere mehrstündige Sitzungen erforderlich. Dies erscheint unbedenklich, soweit sich der Mediator mit den Beteiligten hierauf sowie auf den Gesamtzeitrahmen einigt, geht es doch im Ergebnis um eine nachhaltige Befriedung des gesamten Konflikts. Die bei manchen Verwaltungs- und Sozialgerichten übliche Praxis, ein Mediationsverfahren in kürzester Zeit (z.B. zwei Stunden) abzuwickeln,<sup>86</sup> erscheint mir nur in Ausnahmesituationen nachvollziehbar.

## 2. Phasen 2 und 3: Ermittlung der Konfliktursachen, der maßgeblichen Tatsachen und Interessen

Auch im Verfahren der Verwaltungsmediation muss es darum gehen, durch gleichberechtigte Teilhabe aller die *erforderlichen Informationen* für die Konfliktbewältigung *gemeinsam* zu erarbeiten. Dies geht über die im Verwaltungsverfahrensrecht geltenden Grundsätze der Amtsermittlung zum Teil deutlich hinaus, weil eine Orientierung am Gesamtkonflikt bedeutet, die Ursachen, die berührten Interessen und die Konfliktentwicklung zutage zu fördern.<sup>87</sup>

Aus der Sicht des Mediators müssen Informationsungleichgewichte ausbalanciert werden, ist auf möglichst gleichlange Redebeiträge zu achten und muss darauf hingewirkt werden, dass insbesondere die betroffenen Privaten sich in der Lage sehen, ihre Sorgen und Nöte, die empfundenen Beeinträchtigungen und ihre wirklichen Interessen offen zu artikulieren. Gerade hier kann ein begleitender Verfahrensbevollmächtigter hilfreich mitwirken.

Die insoweit erforderliche Kommunikation aller miteinander und untereinander, geordnet und gelenkt durch den Mediator, wird dann erschwert, wenn in diese Phase der Informationssammlung Fachgutachten eingeholt, analysiert und bewertet werden müssen. Bei der Verfahrensleitung und -gestaltung ist der oben erwähnte Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren sowie der Schutz personenbezogener Daten und Betriebsgeheimnisse zu beachten. Nur dann kann der Grundsatz der „gerichtsfesten“ Vertraulichkeit im Verfahren der Mediation<sup>88</sup> gewahrt werden, wenn sich auf der Grundlage der vereinbarten Spielregeln und des gewachsenen Vertrauens die Beteiligten auf einen derartigen Persönlichkeits- und Unternehmensschutz verlassen können.

## 3. Phase 4: gemeinsame Erarbeitung von Lösungsoptionen

Auch in der Verwaltungsmediation beginnen die eigentlichen Verhandlungen mit dem Ziel eines einvernehmlichen Interessenausgleichs mit der *Erarbeitung von Lösungsoptionen*.<sup>89</sup> Zentrale Aufgabe des Mediators ist es, einerseits nicht mit eigenen Vorschlägen vorzupreschen, andererseits darauf hinzuwirken, dass die Beteiligten sich auf ihre wirklichen Interessen konzentrieren und nicht auf (zuvor) eingenommene (Rechts-)positionen. Ziel ist die gemeinsame, selbst verantwortete Konfliktbewältigung, nicht aber, Recht zu bekommen, und schon gar nicht, Recht zu haben.

Wie bereits oben im Zusammenhang mit der Bedeutung „flankierender Maßnahmen“ erwähnt, erfordert die Optimierung einer Konfliktlösung häufig eine intelligente und kreative Vernetzung von verschiedenen Problemkomplexen oder Sachverhalten, also auch von Lösungsoptionen am Rande des eigentlichen Konflikts, weil hier ein Entgegenkommen helfen kann, „das Gesicht zu wahren“, also eine *win-win-Situation* herbeizuführen.

Gerade in diesem Zusammenhang erweist es sich häufig als hilfreich, Dritte einzubeziehen und auf Seiten der öffentlichen Verwaltung Vertreter des Ehrenamtes bzw. der Politik zu beteiligen. Denn das dortige Interesse an nachhaltiger Befriedung des Konflikts ist meist von anderer Qualität (Stichwort „Wiederwahl“) als

bei den hauptamtlichen Amts- und Funktionsträgern.<sup>90</sup> Allerdings sind die Spielräume, die die Bindung an Gesetz und Recht materiell-rechtlich, verfahrensrechtlich und haushaltsrechtlich der öffentlichen Verwaltung belässt, enger als in den Mediationsverfahren ohne Verwaltungsbeteiligung. Deshalb nützt es dem Ziel einer nachhaltigen Konfliktbewältigung nicht, Lösungsoptionen durch die beteiligte Verwaltung zu unterbreiten oder gar Zusagen zu machen, die später nicht umgesetzt bzw. eingehalten werden können.

## 4. Umsetzungsphase: gemeinsame Erarbeitung und Formulierung der Mediationsvereinbarung

a) In der Umsetzungsphase werden die Lösungsoptionen, die übereinstimmend angestrebt werden, geordnet, zusammengefasst und schriftlich in einer *Mediationsvereinbarung* niedergelegt,<sup>91</sup> bei der es ebenfalls wichtig ist, dass sich alle an der Formulierung beteiligen.

Häufig ist es hilfreich, die Entstehungsgeschichte des Konflikts und die Rahmenbedingungen der gefundenen Gesamtlösung in einer *Präambel* zu fixieren. Auch dient es der nachhaltigen Konfliktbewältigung, soweit möglich eine Verpflichtung zur *Evaluierung*, zum Verfahren bei der Nichteinhaltung der Mediationsvereinbarung und zum *Umgang bei künftigen Konflikten* zum Schluss der Vereinbarung vorzusehen.

Da es sich bei Vereinbarungen im Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung auch in Teilfragen in aller Regel um Gegenstände handelt, die ohne Vereinbarung nach Maßgabe öffentlichen Rechts zu entscheiden sind (dies gilt auch für die von der Verwaltung übernommene Verpflichtung etwa zur Beförderung Behinderter, zur Benutzung kommunaler Einrichtungen im Wege des Abschlusses eines Mietvertrages oder zur Beschäftigung bei Personalentscheidungen Übergangener durch Verpflichtung zur Änderung des Arbeitsvertrages), sind Mediationsvereinbarungen zumindest dann, wenn die Beteiligten von einem rechtlichen Bindungswillen ausgehen, subordinationsrechtliche Verträge i.S.d. § 54 S. 2 VwVfG.<sup>92</sup> Es handelt sich entweder der Sache nach um Vergleichsverträge (§ 55 VwVfG) oder um Austauschverträge (§ 56 VwVfG). Infolge dessen gilt gemäß § 57 VwVfG die *Schriftform*, muss unter Umständen die *Zustimmung* Dritter oder von anderen Verwaltungsbehörden, die nicht beteiligt waren, eingeholt werden (§ 58 VwVfG) und sind zur Vermeidung etwaiger Nichtigkeit die *Maßstäbe* des § 59 VwVfG heranzuziehen. Im Übrigen wäre es bei strikter rechtlicher Bindung zulässig, gem. § 61 VwVfG sich der sofortigen Vollstreckung aus der Vereinbarung zu unterwerfen. Auch die Regelung des § 60 VwVfG gilt: Haben sich die z.B. in der Präambel beschriebenen grundsätzlichen Verhältnisse später wesentlich verändert und ist eine Anpassung an diese Veränderungen nicht ohne weiteres möglich oder zumutbar, dann kann die Vereinbarung gekündigt werden. Dabei ist das Kündigungsrecht der beteiligten Verwaltung auf den Fall erweitert, bei dem es darum geht, schwere Nachteile für das Gemeinwohl zu verhüten oder zu beseitigen (§ 60 Abs. 1 S. 2 VwVfG).

b) Bekanntlich ist im Funktionsbereich der öffentlichen Verwaltung die Befugnis, Konfliktlösungen durch *Vertrag* anzustreben, immer dann ausgeschlossen, wenn – wie in älteren Gesetzen etwa des Ordnungsrechts oder auch des Abgabenrechts – das Handeln durch einseitige Regelungen der Verwaltung (z.B. durch Verwaltungsakt gem. § 35 VwVfG) vorgeschrieben ist oder vorausgesetzt wird.

Hier kann man eine vertretbare Umsetzung des Ergebnisses des Mediationsverfahrens nur dadurch erreichen, dass sich die Verwaltung zum Erlass einer derartigen Regelung *verpflichtet* und Modifikationen in Form von *Nebenbestimmungen* (Bedingungen, Auflagen, modifizierende Auflagen/Maßgaben) vornimmt. Gleiches gilt, wenn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben nur durch *Abschluss privatrechtlicher Verträge* erfolgen darf.

<sup>86</sup> Realistische Einschätzung des Zeitaufwands bei gerichtlicher oder gerichtsnaher Mediation im Verwaltungsprozess findet sich bei *Walther*, ZKM 2006, S. 144/146.

<sup>87</sup> *Rüssel*, Diss., S. 138 ff.; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 31.

<sup>88</sup> *Härtel*, JZ 2005, S. 753/761 ff.; *Groth/von Bubnoff*, NJW 2001, S. 338 ff.

<sup>89</sup> Eingehend *Holznapel/Ramsauer*, Handbuch Mediation, § 44 Rn. 32 ff.; *Rüssel*, Diss., S. 139 ff.; *Härtel*, JZ 2005, S. 753/755 ff.

<sup>90</sup> Ausführungen zur politischen Dimension von Verwaltungsmediation bei *Preussner*, in: Haenssler/Koch, Mediation in der Anwaltspraxis, 2000, § 12 Rn. 38 (Politiker als Teilnehmer an Mediationsverfahren) und 42.

<sup>91</sup> *Rüssel*, Diss., S. 140 ff.; *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 35 ff.

<sup>92</sup> Mangels Bereitschaft zur rechtlichen Bindung wird dies von *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rdn. 4, angezweifelt, wobei allerdings die unverbindlich angebotene Gegenleistung in einem öffentlich-rechtlichen Vertrag bestehen kann, vgl. Rn. 38 ff.



Ist zum Ende des Mediationsverfahrens die Konfliktbewältigung noch nicht in allen Einzelheiten ausgehandelt, dann käme auch eine *Rahmenvereinbarung* in Form eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in Betracht mit der Verpflichtung, Näheres in einem weiteren öffentlich-rechtlichen Vertrag auszuhandeln.<sup>92</sup> Sowohl für diese Mediationsvereinbarung selbst als auch für die Verpflichtung zum Abschluss eines weiteren öffentlich-rechtlichen Vertrages gilt das sog. *Kopplungsverbot*<sup>93</sup>; dieses soll verhindern, dass die Verwaltungsbehörde ihre Machtstellung ausnutzt, indem sie sich eine Gegenleistung versprechen lässt, die nach geltendem Recht entweder nicht vorgesehen ist oder in keinem Zusammenhang mit der vereinbarten Leistung der Verwaltung selbst steht.<sup>94</sup> Daneben gilt das *Angemessenheitsgebot*, welches verlangt, dass Leistung und Gegenleistung in einem adäquaten Verhältnis zueinander stehen.<sup>95</sup>

Vollzieht sich Verwaltungsmediation einschließlich der erwähnten Möglichkeiten „flankierender Maßnahmen“ in den materiell-rechtlich und verfahrensrechtlich geordneten Bahnen, so wird im Zweifel ein Verstoß gegen diese rechtlichen Schranken öffentlich-rechtlicher Vertragsgestaltung kaum vorliegen.<sup>96</sup>

#### IV. Ausblick

Insgesamt ist zu erwarten, dass echte *Verwaltungsmediation*, insbesondere aber auch die Verwendung mediativer Elemente in formlosen und förmlichen Verwaltungsverfahren, *erheblich zunehmen* wird. Sie wird dazu beitragen, dass auch Konflikte mit der öffentlichen Verwaltung schneller, transparenter und nachhaltiger und letztlich kostengünstiger bewältigt werden können mit der Nebenfolge, dass sich auf Dauer die streitige Verwaltungs-

<sup>92</sup> Dazu grundsätzlich BGHZ 26, 84/87 f.; 35, 69/75; BVerwGE 42, 331/339; BVerwG, NJW 1980, S. 1294.

<sup>94</sup> *Gurli*, in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 31 Rn. 12.

<sup>95</sup> *Lette*, Die Verwaltung als Vertragspartner, 2000, S. 482 f.; *Spannowsky*, Grenzen des Verwaltungshandelns durch Verträge und Absprachen, 1994, S. 347; *Stüer/König*, ZfBR 2000, S. 528/532 ff.

<sup>96</sup> *Holznapel/Ramsauer*, in: Handbuch Mediation, § 44 Rn. 35 ff.

und Sozialgerichtsbarkeit auf die rechtsverbindliche Klärung von Rechtsfragen mit *grundsätzlicher Bedeutung* konzentrieren kann. Gelingt es dann noch, nach der Öffnungsklausel des § 15 a EGZ-PO derartige konsensuale Schlichtungsverfahren obligatorisch einzuführen, dann wird es auch in diesen Gerichtsbarkeiten zu einer anderen Art von Verantwortungsverteilung im Rechtsschutz kommen.

Wichtig erscheint mir insbesondere, dass nach allen (auch persönlichen) Erfahrungen Mediationsverfahren mit der gemeinsamen und selbstverantworteten Erarbeitung der Konfliktlösungen *die Menschen verändert*, die Akzeptanz im Verhältnis zur Verwaltung erhöht und schließlich das einlöst, was das Bundesverwaltungsgericht zu Beginn seiner Rechtsprechung besonders hervorgehoben hat: die Bürgerinnen und Bürger sind nicht Objekt staatlichen Handelns, sondern *Subjekte*, mit denen *partnerschaftlich* umzugehen ist.<sup>97</sup>

Allerdings zeigt die Beschäftigung mit Details der Verwaltungsmediation, dass vieles noch ungeklärt oder umstritten ist und Unsicherheit darüber herrscht, ob und inwieweit sich die öffentliche Verwaltung auf Mediation einlassen darf. Hier wäre eine *Experimentierklausel*<sup>98</sup>, begrenzt auf eine Übergangszeit<sup>99</sup>, wie sie etwa bei Reformmaßnahmen in der Kommunalverwaltung in nahezu allen Bundesländern in das kommunale Verfassungs- und Haushaltsrecht aufgenommen worden ist, hilfreich. Für weitergehende rechtliche Ausgestaltung oder Detailregelungen des Mediationsverfahrens ist m. E. die Zeit noch nicht reif. Dazu bedarf es insbesondere in den „normalen“ bi- und tripolaren Rechtsverhältnissen weiterer Erfahrungen.

<sup>97</sup> Zur partnerschaftlichen Ausgestaltung des Verwaltungsverfahrens *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396/400.

<sup>98</sup> Grundlegend zur Bedeutung von Experimentierklauseln A. *Groth*, Kommunalrechtliche Experimentierklauseln, Kiel 2005, S. 5 ff.; zur Notwendigkeit von Experimentierklauseln im Zusammenhang mit Verwaltungsmediation *Rüssel*, Diss., S. 234 ff.; Schäfer, NVwZ 2006, S. 39 ff.

<sup>99</sup> Die Erfahrung im kommunalen Organisations- und Haushaltsrecht zeigt allerdings, dass die Verfallsdauer solcher Klauseln schier unbegrenzt ist; dazu kritisch *Groth*, Kommunalrechtliche Experimentierklauseln, S. 185 ff.

## Die Göttinger Mediationslandschaft

Dr. Karl-Heinrich Matthies, Vorsitzender Richter am Landgericht, Göttingen\*

Seit September 2002 wird im Landgerichtsbezirk Göttingen gerichtinterne Mediation praktiziert. Bis dahin war dies hierzulande – sieht man einmal von einigen Rechtsanwältinnen mit Mediatorenausbildung, jedoch ohne nennenswerte Praxis ab – im wahrsten Sinne ein Fremdwort. Dann aber setzte eine fast revolutionäre Entwicklung ein, die in ihrer Dynamik und Reichweite in der traditionell konservativen Justiz ihresgleichen sucht. Sie ist mittlerweile zum jetzt allenthalben so genannten „Göttinger Modell“ für die gesamte Bundesrepublik Deutschland geworden.

### I. Geschichte und Entwicklung

Im Jahre 2002 initiierte der damalige Justizminister Prof. Dr. *Pfeiffer* in Niedersachsen ein wissenschaftlich begleitetes<sup>1</sup> Modellprojekt zur gerichtsnahen Mediation.<sup>2</sup> Daran beteiligten sich neben Amts-, Verwaltungs- und Sozialgerichten auch die Landgerichte Göttingen und Hannover. Die Mediatoren wurden zentral und aufwändig geschult.

Die Phase der Etablierung der neuen Methode und ihre Fortentwicklung im Praxisbetrieb verlief an den einzelnen Gerichten durchaus unterschiedlich. Die Entwicklung war am Landgericht Göttingen besonders glücklich, weil sein damaliger Präsident Dr. *Götz von Olenhusen* sich selber zum Mediator hatte ausbilden

lassen und den Gedanken der gerichtsnahen Mediation mit aller Kraft seiner Person und seines Amtes förderte. Er sorgte dafür, dass die Mediatorenstellen mit hierfür durch ihre kommunikatives und ausgleichendes Wesen ausgezeichnet geeigneten Richterkollegen besetzt wurde, darunter der jetzige Direktor des Amtsgerichts Göttingen *Scheibel*. Zeitgleich wurden im Gerichtsgebäude mit runden Tischen und angenehmem Ambiente versehene Mediatorenzimmer geschaffen. In der heimischen Anwaltschaft wie unter den Richterkollegen wurde der Mediationsgedanke massiv und erfolgreich beworben. So gelang es innerhalb relativ kurzer Zeit, eine beträchtliche Zahl von laufenden Zivilverfahren für die neu geschaffene Mediationsabteilung anzuwerben; diese konnten ebenso rasch in mehr als 85% aller Fälle durch Vergleich erledigt werden. Diese Erfolge gaben Richter- und Anwaltschaft neuen Ansporn; erstere ließen sich vermehrt und nunmehr hausintern zu Mediatoren fortbilden, letztere gaben zunehmend unproblematisch ihre Zustimmung zum Mediationsverfahren. Dazu trug nicht zuletzt auch der Umstand bei, dass die Göttinger Mediatoren alsbald vom klassischen Modell einer Langzeitmediation von zumindest vielen Stunden oder gar Tagen Abstand nahmen und nach Wegen suchten, die Mediationsitzungen tunlichst auf im Durchschnitt zwei bis drei Stunden zu verkürzen.

### II. Aktueller Stand der Mediation am Landgericht Göttingen

Das relativ kleine Landgericht Göttingen verfügt über etwa 15 Richterstellen im Zivilbereich. Es fallen jährlich üblicherweise und ungeachtet des seit einigen Jahren durch eine Sonderentwicklung bedingten größeren Geschäftsanfalls etwa 1200 erstinstanzliche Zivilsachen pro Jahr an. Davon werden etwa 30% mediative Güteverhandlungen zugeführt.

\* Der Autor ist Vorsitzender Richter am Landgericht Göttingen, dort als richterlicher Mediator tätig und in Nachfolge des Vorsitzenden Richters am Landgericht *Scheibel* Leiter der Mediationsabteilung.

<sup>1</sup> Der Abschlussbericht der juristisch-ökonomischen Begleitforschung liegen inzwischen vor: *Spindler*, Abschlussbericht (Fn. 4) zum Forschungsprojekt „Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen“, 2006, veröffentlicht auf der Homepage <http://lehrstuhl-spindler.uni-goettingen.de/forschung/projekte.php?lang=de>

<sup>2</sup> Der Abschlussbericht des Projekts ist auf der Homepage des Niedersächsischen Justizministeriums veröffentlicht: [http://www.mj.niedersachsen.de/master/C694\\_L20\\_D0.html](http://www.mj.niedersachsen.de/master/C694_L20_D0.html)

## 1. Ausstattung

In der mit einer eigenen Geschäftsstelle versehenen *Mediationsabteilung* sind derzeit sieben Richter mit Teilen ihrer Arbeitskraft tätig, die sich auf nicht ganz zwei Pensen summieren. Die Richter sind in ihren Kammern mit entsprechenden Arbeitsanteilen entlastet. Ein Mediatorenpensum wird mit 240 zur Mediation zugewiesenen Sachen gerechnet. Alle Mediatoren der „ersten Stunde“ haben das Gericht bzw. die Abteilung inzwischen verlassen. Diese wird von einem der Richtermediatoren koordiniert, dem die Organisation von Verwaltung und Fortbildung obliegt; er ist auch für die – handgesteuerte – Zuweisung der Sachen an die einzelnen Mediatoren zuständig.

Monatlich werden *Mediatorenbesprechungen* abgehalten, die neben organisatorischen Fragen auch interner Supervision dienen. Vierteljährlich wird eine externe Supervision organisiert. Es wird Wert auf den Besuch von Fortbildungsveranstaltungen aller Art gelegt.

Den Mediatoren stehen fünf hierfür auch mit Flipcharts eingerichtete *Mediationsräume* zur Verfügung – meist ehemalige Beratungszimmer, die im Zeitalter des Einzelrichters ihres früheren Zwecks beraubt sind. Während der Mediationen werden Kaffee, Mineralwasser und Kekse angeboten.

## 2. Verfahrensablauf

Es unterfällt allein der Entscheidung der Parteien, ob ein Mediationsverfahren durchgeführt werden soll oder nicht. Die Zivilkammern legen die aus ihrer Sicht geeigneten – ganz überwiegend erstinstanzlichen – Sachen zunächst der Mediationsabteilung vor, die durch ihren Koordinator schriftlich bei den Verfahrensbeteiligten anfragt, ob Mediation gewünscht wird. Teilweise erfolgt auch bereits in diesem Stadium eine telefonische *Kontaktaufnahme* mit den beteiligten Anwälten, um die Mediationsbereitschaft abzufragen und ggfls. Kautelen zu klären, unter denen eine Mediation stattfinden kann.

Sobald die Zustimmung zur Mediation erteilt ist, wird die Sache vom Koordinator einem Mediator zugewiesen. Dieser holt einen *Ruhensbeschluss* der Kammer gemäß §§ 278 Abs. 5, 251 ZPO ein und lässt sich die Sache zugleich analog §§ 278 Abs. 5 S. 1, 362 ZPO als ersuchter Richter für die durchzuführende Güteverhandlung übertragen. Sodann wird mit den Verfahrensbeteiligten ein Termin für die Mediationsverhandlung vereinbart.

Die *Mediationsverhandlung* ist von den Parteien persönlich und auch von ihren Anwälten wahrzunehmen. Es wird Wert darauf gelegt, dass die im Termin anwesenden Personen sowohl über Sachkenntnis als auch über Entscheidungsbefugnis verfügen. Dies bedingt mitunter die Anwesenheit nicht unmittelbar Verfahrensbeteiligter, die im Streitverfahren ggfls als Zeugen in Betracht kommen. Hierin liegt kein die Mediation hindernder Umstand; im Gegenteil, die Verhandlungen werden dadurch in der Regel deutlich vereinfacht, weil der aus dem streitigen Zivilverfahren gut bekannte „Stille-Post-Effekt“<sup>3</sup> vermieden wird. Weiter muss geklärt werden, ob auch andere Dritte zur Mediationsverhandlung einzuladen sind, um das Streitverhältnis in seiner ganzen Bandbreite und seinen komplexen Auswirkungen insgesamt erörtern und von Konflikten bereinigen zu können. Man denke etwa an Streitverkündete, Sachverständige oder auch Personen, die bislang noch in keiner Weise an dem Gerichtsverfahren beteiligt waren, wie z. B. einen Nachbarn, auf den sich streitbefangene Bauarbeiten auswirken.<sup>4</sup>

Der zeitliche Abstand zwischen der Einladung und dem Termin liegt regelmäßig zwischen zwei und sechs Wochen. Ein rascher Verfahrensgang ist damit gewährleistet, maßgebliche Verzögerungen sind nicht zu befürchten. In seltenen Fällen ist es allerdings vorgekommen, dass von Beklagtenseite von vornherein mit einem Scheitern der Mediation kalkuliert und diese zur Verschleppung missbraucht worden ist. Ahnt der Koordinator bei Eingang einer neuen Sache eine solche Konstellation, wird deren

<sup>3</sup> Der Sachbearbeiter trägt seinem Abteilungsleiter vor, dieser seinem Chef, der wiederum seinem Anwalt und dieser dem Gericht; dass am Ende der Kette nicht ganz selten etwas anderes ankommt, als ursprünglich auf den Weg gegeben ist, kann nicht verwundern.

<sup>4</sup> Unzutreffend insoweit *Spindler*, Abschlussbericht, S. 46, der sowohl die konsensuale Möglichkeit der Drittbeteiligung samt Vergleichsbeitritt als auch die Alternative der Streitverkündung und/oder Nebenintervention vor Mediationsbeginn, welche ebenfalls zur Einbeziehung Dritter in die Mediation führen kann, verkennt.

Annahme zur Mediation besonders sorgfältig geprüft; grundsätzlich allerdings wird keine von den Kammern vorgelegte Akte mit dem Bemerkten zurück gegeben, sie eigne sich nicht für die Mediation; denn die Eignung folgt aus der von den Parteien erteilten Zustimmung.

Die Mediationstermine nehmen *durchschnittlich zwei Stunden* in Anspruch, vielleicht auch etwas mehr. Damit korrespondiert die inzwischen gewonnene Erfahrung, dass ein nicht allzu komplexes Streitverhältnis innerhalb dieser Zeitspanne hinreichend erörtert und einer Lösung zugeführt werden kann. Allerdings wird nicht auf eine Erledigung innerhalb jenes Zeitrahmens gedrängt; die Partei, die mehr Zeit braucht, bekommt diese auch, sei es während des anberaumten Termins, sei es im Rahmen eines oder auch mehrerer Folgetermine – beispielsweise um zwischenzeitlich noch weitere Informationen einholen oder eine Lösung durch begleitende Maßnahmen in die Wege leiten zu können.<sup>5</sup>

Inhaltlich auf die Mediationsgespräche und ihre Methodik einzugehen, ist hier nicht der rechte Ort. Deshalb nur eine kurze Bemerkung zu deren Abschluss, wenn dieser auf einen Prozessvergleich oder andere prozessbeendende Erklärungen hinaus läuft: Der Vergleich wird in aller Regel durch den *Mediator als ersuchten Richter* protokolliert und maßgeblich von den Prozessbevollmächtigten der Parteien mit formuliert.

Diese haben im Rahmen der Mediation eine ganz wesentliche Rolle. Denn der Güterichter wird in aller Regel davon absehen, eine rechtliche Bewertung der Angelegenheit vorzunehmen; allenfalls wird er die Rechtslage mit den Beteiligten erörtern und deren Risiken aufzeigen. Vor diesem Hintergrund ist die *rechtliche Begleitung der Parteien* durch ihre Anwälte während der Gespräche und Verhandlungen von nicht minderer Bedeutung als ihre fachkundige Beratung beim Vergleichsabschluss. Der Mediationsprozess lebt nicht zuletzt von seiner Atmosphäre, der Offenheit und Konstruktivität der Gesprächsbeteiligten, ihrer Lösungsorientierung und Kreativität. Auch insoweit ist der Rechtsanwalt gefordert, wenn er seiner Aufgabe nachkommt, Interessenvertreter seines Mandanten zu sein. Mediationen, in denen in erster Linie die Anwälte mauern oder gar noch Öl ins Feuer gießen – wie es durchaus gelegentlich vorkommt –, sind nicht selten zum Scheitern verurteilt.

Vor diesem Hintergrund freue ich mich, zunehmend beobachten zu können, dass viele unserer Rechtsanwälte ihre Rolle im Mediationsverfahren im konstruktiven Sinne verstehen und aus klassischen zivilprozessualen Verhaltensmustern, die auf die streitige Entscheidung, mitunter den „Kampf ums Recht“ in Reinkultur gepolt sind, ausbrechen. Das gilt auch für viele derjenigen Rechtsanwälte, die in der überkommenden Prozesskultur ihre Gesellen- und Meisterjahre verbracht haben. Auch in dieser Hinsicht hat sich mithin in unserem immer bunter werdenden Göttinger „Justizgarten“ einiges getan.

Die für die Sache zuständigen Zivilrichter profitieren durch eine in der Mediation erwirkte Erledigung. Denn für vier dort erledigte Sachen werden ihnen lediglich drei neue aus dem Turnus des Landgerichts zugewiesen.<sup>6</sup> Die Bereitschaft zur Abgabe in die Mediationsabteilung wird auf diese Weise gefördert ohne zugleich solche Kammern übermäßig zu benachteiligen, deren Spezialzuständigkeiten überdurchschnittlich viele Sachen mit geringem Mediationspotential beinhalten (z. B. Verkehrsunfälle, die zwar grds. als mediierbar erscheinen, von den beteiligten Haftpflichtversicherern aber weitgehend der Mediation vorenthalten werden).

## 3. Ergebnisse

Die numerischen Ergebnisse des jetzt seit mehr als vier Jahren am Landgericht Göttingen installierten Mediationsverfahrens sind recht konstant, obwohl inzwischen ein nahezu kompletter Personalaustausch stattgefunden hat.

Von September 2002 bis Ende des Jahres 2005 sind in 1420 Zivilprozessverfahren Mediationsverhandlungen geführt worden, die in 1257 Fällen zur Verfahrenserledigung geführt haben. Das entspricht einer Quote von 88,5%. Im Jahre 2006 sind weitere

<sup>5</sup> Auch insoweit unzutreffend *Spindler*, aaO, S. 87.

<sup>6</sup> Anders als in der Projektphase, als jede in der Mediation erledigte Sache sich noch ohne Ausgleich durch Zuweisung einer neuen zugunsten des Dezernats des Streitrichters niederschlug.

417 Mediationsverhandlungen hinzu gekommen, wovon in 359 Fällen der Zivilprozess durch die Mediation erledigt werden konnte, also in 86%. Bislang haben somit vor dem Landgericht Göttingen 1837 Mediationen stattgefunden mit einer Erfolgsquote von 88%.

Man sollte nicht den Fehler machen, die Ergebnisse des streitigen Zivilprozesses und seiner Güteverhandlung hiermit vergleichen zu wollen; dies scheitert schon daran, dass die tendenziell eher vergleichsgeeigneten Sachen in der Mediationsabteilung überproportional vertreten sind. Gleichwohl steht schon jetzt fest, dass die Mediation für unser Landgericht einen beträchtlichen Entlastungseffekt bewirkt hat. Man kann diesen daran messen, dass der Anteil der nicht streitigen Erledigungen aus der Summe der streitigen Entscheidungen und der Vergleiche am Göttinger Landgericht nach Einführung der Mediation von ca. 1/3 auf ca. 1/2 angestiegen ist.

#### 4. Resonanz der Betroffenen

Gleichzeitig – und dies erscheint mir als ganz wesentlich – verlassen weit mehr Prozessparteien das Gerichtsgebäude mit einem zufriedenen Gefühl. Denn ihnen wurde nicht von dritter Seite eine Konfliktlösung durch Urteil oktroyiert; vielmehr sind sie mit richterlicher Hilfe in den Stand versetzt worden, selbst eine Lösung gefunden zu haben, die den Interessen aller Streitbeteiligten in der Mehrzahl der Fälle besser gerecht wird als ein streitiges, allein auf den Streitgegenstand fixiertes Urteil.

Sie äußern sich deswegen zumeist auch zufrieden über Verlauf und Ergebnisse der Mediation. Dies scheint auf zwei zentralen Ursachen zu beruhen: Zum einen gewinnen sie selbst weit mehr eigene Einflussmöglichkeiten auf die Streitbeilegung als dies im Gerichtsverfahren der Fall ist, indem sie weitgehend eigenständig die Ergebnisse erarbeiten. Zum anderen bestimmen sie die Reichweite der Diskussion, was Themen und Inhalte angeht. Lösungswege können somit in einem weitaus breiteren Kontext und mit größerer Reichweite angelegt werden.

Natürlich ist auch hier nicht alles Gold, was glänzt. Die in der Mediation geschlossenen Vergleichsvereinbarungen können auch schlechte Kompromisse oder – wenn es ausschließlich um Geld geht – Ergebnisse eines „Kuhhandels“ sein. Es kommt auch vor, dass die getroffenen Vereinbarungen nicht so klar und eindeutig sind, wie man sich das wünschen würde. In seltenen Fällen liegen ihnen auch irrtümliche Vorstellungen zugrunde, obgleich gerade dies durch die Mediation vermieden werden soll. Es ist vor diesem Hintergrund durchaus schon zur Fortsetzung der Zivilprozessverfahren gekommen oder gar zu neuen Prozessen, die sich aus den Vergleichsvereinbarungen heraus entwickelt haben. Allerdings: Dies ist kein spezifisches Problem gerichtsinthener Mediation sondern Folge von suboptimalen Vergleichsvereinbarungen schlechthin, wie sie sowohl in der Mediation als auch bei „normalen“ Prozessvergleichen vorkommen können. Sie rechtfertigen keine Grundsatzkritik an der mediativ geführten Güteverhandlung als solcher.

Viele der Debatten um die Sinnhaftigkeit gerichtsinthener Mediation ranken sich um die fehlgeschlagenen Mediationen, insbesondere um die Frage der Verschwiegenheitspflicht des Güterichters: Darf in den Prozess eingeführt und im Beweisewege verwertet werden, was Gegenstand des Mediationsgesprächs war? Ist der Mediator in solchen Fällen als Zeuge zu vernehmen? Praktisch sind am Landgericht Göttingen nach weit über 1000 Mediationsverfahren solche Fragen kaum einmal relevant geworden und mussten bislang nicht richterlich entschieden werden. Die Göttinger Mediatoren äußern sich im Streitfall zu Fragen von Inhalt und Auslegung der Vergleichsvereinbarung, weil kein schützenswertes Interesse der Parteien ersichtlich ist, weshalb dies nicht geschehen sollte.<sup>7</sup> Im Übrigen wird über den Gang der Mediationen Stillschweigen bewahrt. Teils wird von Anwaltsseite auch Wert auf eine ausdrückliche Vereinbarung des Inhalts gelegt, dass die Inhalte des Mediationsgesprächs für den Fall des Scheiterns der Mediation weder zum Prozessvortrag erhoben noch zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden dürfen. Prozessverträge dieser Art begegnen keinen grundsätzlichen Bedenken.<sup>8</sup> Allerdings kann auch auf diesem Wege keine

vollständige Vertraulichkeit bewirkt werden, denn die Zeugenpflichten der Gesprächsbeteiligten nach den Vorschriften der StPO bleiben bestehen, ebenso die richterliche Anzeigepflicht des Verdachts von Steuerstraftaten nach § 116 AO. Sofern dies zum Tragen kommt, fehlt es freilich ebenfalls an der Schutzbedürftigkeit der hiervon betroffenen Parteien.

#### 5. Perspektiven

##### a. Optimierungspotential

Das Landgericht Göttingen ist bestrebt, die angebotene Mediation durch Aus- und Weiterbildung seiner Mediatoren beständig zu optimieren und weitere Richterkollegen an die Tätigkeit als Richtermediatoren heranzuführen, um Personalveränderungen in ihren Auswirkungen leichter abfedern zu können. Denn die Mediation gehört bislang nicht zu den in der herkömmlichen Juristenausbildung geschulten richterlichen Kernkompetenzen. Durch Supervision und Fortbildung soll der Ablauf der Mediationsverhandlungen beständig optimiert werden.

Darüber hinaus wird die Mediation fortgesetzt auch in Adressatenkreisen beworben, die diesem Mittel der Konfliktbereinigung bislang eher distanziert gegenüber stehen. Dazu gehört nicht zuletzt die Versicherungswirtschaft, insbesondere vielfach die Haftpflichtversicherer. Anders als im anglo-amerikanischen Rechtskreis sehen diese bislang kaum Vorteile für sich in der gerichtsnahen Mediation, so dass für viele Schadensfälle, die sich nicht selbst gut für eine Mediation eignen würden, der Weg dorthin verbaut ist. Vielleicht muss auf diesem Feld noch die Einsicht vermittelt werden, dass Mediation oftmals nichts anderes ist als Verhandlungsassistenz mit besonderen Mitteln, wovon auch professionelle Beteiligte ökonomisch im Gesamtergebnis profitieren können.

##### b. Rechtliche Aspekte

Der Abschlussbericht zum Projekt in Niedersachsen zeigt in mancherlei Hinsicht Handlungsbedarf auf. Hierauf wird sich die Praxis der gerichtsinthener Mediation einzurichten haben, sollte denn jene Kritik zutreffen. Spindler gelangt in dem Bericht u. a. zu dem Ergebnis, die gerichtsinthene Mediation sei nicht dem eigentlichen Angebotsspektrum der Justiz zuzuordnen, insbesondere handle es sich dabei nicht um Rechtsprechung im Sinne der Zivilprozessordnung.<sup>9</sup> Hieraus folge:

- Auf die Konkurrenzsituation zwischen dem Angebot gerichtsnaher und Mediation durch Private finde das Wettbewerbsrecht Anwendung. Da die Justiz ihre Dienstleistung kostenfrei anbiete, handle sie wettbewerbswidrig unter dem Gesichtspunkt der unlauteren Preisunterbietung. Es sei daher unumgänglich, durch Gesetz eine Mediationsgebühr in das GKG zu implantieren.<sup>10</sup>
- Außerdem müsse mit Blick auf jene Konkurrenzsituation eine Hinweispflicht der Justiz auf die Möglichkeit der Inanspruchnahme privater Mediationsanbieter anerkannt werden.<sup>11</sup>
- Die Rechtsbeziehung zwischen dem die Mediation anbietendem Staat und den Medianten sei privatrechtlicher Natur und zwar einschließlich des Haftungsregimes (§§ 280 f, 278, 831 BGB), wobei eine persönliche Haftung des Mediators allerdings nur unter den Voraussetzungen des § 839 BGB in Betracht komme; dieser könne sich zwar auf den Subsidiaritätsgrundsatz des § 839 Abs. 1 Satz 2 BGB, nicht aber auf das Richterprivileg des § 839 II BGB berufen.<sup>12</sup>

Diese Folgerungen *Spindlers* beruhen allesamt auf der unzutreffenden Annahme, Mediation sei eine der Zivilprozessordnung an sich fremde Entwicklung, gleichsam in Sinne eines dritten Weges neben der streitigen Entscheidung und dem Prozessvergleich. Der Wortlaut des Gesetzes gibt dies indessen nicht her. § 278 Abs. 1 ZPO schreibt schlechthin vor, der Richter habe auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits hinzuwirken. Eine bestimmte Methode ist hierfür keineswegs vorgeschrieben. § 278 Abs. 2 ZPO ordnet lediglich an, in der Güteverhandlung sei der

<sup>9</sup> Spindler, aaO, S. 9 ff.

<sup>10</sup> Spindler, aaO, S. 16 ff.

<sup>11</sup> Spindler, aaO, S. 20.

<sup>12</sup> Spindler, aaO, S. 28 ff.

<sup>7</sup> Anders Spindler, aaO, S. 53, der umfassende Vertraulichkeit fordert.

<sup>8</sup> BGHZ 109, 19, 28 f. mwN.



Sach- und Streitstand mit den Parteien, die persönlich erscheinen sollen (§ 278 Abs. 3 ZPO), unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und soweit erforderlich seien Fragen zu stellen. Nichts anderes geschieht in der Mediationsverhandlung, die einem besonderen Güterichter übertragen wird – wie in § 278 Abs. 5 ZPO optional vorgesehen. Der Richtermediator führt daher nicht mehr und nicht weniger als die von der ZPO als solche ausdrücklich erwünschte Güterverhandlung. Er tut dies allerdings mit Hilfe eines erweiterten Methodenspektrums und anderen Schwerpunkten: Die Rechtslage wird oftmals nicht die Hauptrolle spielen, Interessen und Bedürfnissen der Parteien wird ein größeres Gewicht beigemessen, vor allem aber nimmt sich der Güterichter zugunsten der Herrschaft der Parteien bei der Suche nach Lösungswegen zurück, indem er vom Lenker des Gesprächs zu dessen Moderator wird. Doch auch das herkömmliche Vergleichsgespräch ist zumindest von lebenserfahrenen Richtern niemals auf die schiere Tatsachen- und Rechtslage reduziert worden. Der gerechte Interessenausgleich, die ökonomischen Folgen des Streites und seiner Entscheidung, ebenso dessen persönliche Auswirkungen auf die Parteien und ggfls. ihre Familien wie auch das Bestreben nach möglichst umfassendem Rechtsfrieden sind stets bedacht worden. Die Methode der Mediation leistet lediglich und immerhin entscheidend Hilfe dabei, dass diese und noch zahlreiche andere für eine wirklich umfassende Befriedung maßgeblichen Umstände von den Parteien selbst herausgearbeitet, erörtert, bewertet und zur Lösungsfindung befruchtet werden können. Mediation ist nicht mehr und nicht weniger als ein wissenschaftlich begründetes und tausendfach praktisch erprobtes Verfahren des Konflikt- oder Verhandlungsmanagements. Und ist nicht auch der Güterichter der ZPO bei Lichte besehen stets nur Konflikt- oder Verhandlungsmanager gewesen? Welche Methoden er dabei wählt, schreibt ihm das Gesetz nicht vor.

Die Justiz bietet die mediative Güterverhandlung auch keineswegs kostenfrei an. Denn eine Güterverhandlung kann nicht geführt werden, bevor die Klage wirksam zugestellt ist. Dazu wiederum bedarf es – abgesehen vom Sonderfall der Prozesskostenhilfe – der Einzahlung des Gerichtskostenvorschusses. Mit den Gerichtskosten erkaufen sich die künftigen Medianten auch die gerichtsinterne Mediation. Von unlauterer Preisunterbietung kann daher nicht die Rede sein. Und wenn der Weg zu Gericht erst einmal gewählt und der Vorschuss gezahlt ist, wird regelmäßig auch der Hinweis nicht förderlich sein, man könne sich alternativ eines freien Mediators bedienen. Denn wer zahlt schon gerne doppelt?

Ist aber die gerichtsinterne Mediation nichts anderes als eine ZPO-Güterverhandlung mit neuen Methoden, versteht sich von selbst, dass zwischen Justizverwaltung und Parteien neben der prozessrechtlichen keine zusätzliche privatrechtliche Beziehung zustande kommt. Haftungsfragen sind somit allein nach § 839 BGB zu beurteilen.

Die rechtlichen Perspektiven der gerichtsinernen Mediation sind daher nach wie vor allein unter dem Blickwinkel des § 278 ZPO zu beurteilen; insbesondere bestehen keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken.

### III. Mediation an den Amtsgerichten des Bezirks

Seit Mitte des Jahres 2006 wird auch an insgesamt vier Amtsgerichten des Landgerichtsbezirks Göttingen Mediation angeboten und praktiziert.

#### 1. Amtsgericht Göttingen

##### a. Zivilsachen

Seit Anfang Juni bis Mitte November 2006 sind beim Amtsgericht Göttingen 108 Mediationsverfahren abgeschlossen worden, wovon 104 erfolgreich waren, also 96%. Die Zustimmungquote ist ebenfalls hoch, sie liegt bei 50%. Denn die hiesige Anwaltschaft ist mit dem Verfahren vertraut und musste von dessen Vorzügen nicht erneut überzeugt werden. Obwohl dort kein Anwaltszwang gilt, werden Mediationen auch vor den Amtsgerichten *nicht ohne beiderseitige anwaltliche Vertretung* durchgeführt.

Als Mediatoren sind inzwischen vier Richterkollegen tätig mit insgesamt 0,7 Pensen. Sie werden im richterlichen Dezernat an-

teilig entlastet, wobei ein volles Mediatorenpensum mit 600 jährlich durchzuführenden Mediationen kalkuliert wird.

Ein anderer wesentlicher Unterschied zur Landgerichtsmediation besteht denn auch im Zeitaufwand. Dieser wird mit durchschnittlich ca. einer Stunde angegeben. Darauf werden die beteiligten Anwälte von Beginn an hingewiesen und sind selbst auch bestrebt, diesen zeitlichen Rahmen einzuhalten, indem sie nicht zuletzt entsprechend auf ihre Mandanten einwirken. Denn angesichts der Gebühren, die bei den relativ niedrigen amtsgerichtlichen Streitwerten verdient werden können, rechtfertigt sich ein größerer Zeitaufwand regelmäßig nicht. Häufig sind auch die Streitpunkte überschaubarer als beim Landgericht, so dass die vor der Lösungsphase zu durchlaufenden Stationen des Mediationsprozesses verkürzt werden können. Teilweise bedienen sich die Kollegen zu diesem Zweck eines Einstieges unmittelbar in die Lösungsphase, um den Konflikt während dessen durch Rück- und Einblendungen zu erörtern und zu durchdringen, teils belassen sie es auch bei klassischen Abfolge und wenden sich zur Beschleunigung rasch Einzelgesprächen zu.

##### b. Familiensachen

Erst seit November 2006 wird Mediation auch in Familiensachen angeboten, ohne dass diese auf die Familienrichter konzentriert würde. Der Erfahrungsschatz ist noch nicht ausgeprägt. Allerdings ist die Zustimmungquote mit ca. 80% bislang deutlich höher als in Zivilsachen; dies zeigt den Bedarf nach nicht streitiger Regelung in diesem Bereich nur allzu deutlich auf.

Freilich ist auch der Zeitwand deutlich größer; er beträgt derzeit durchschnittlich 4,5 bis 5 Stunden, durchaus auch in mehreren Terminen. Hintergrund dürfte die meist weit kompliziertere Lage der zu bearbeitenden Konflikte sein, sowohl was die Sach- als auch was die emotionale Ebene angeht. Man wird abzuwarten haben, inwieweit sich die gerichtsinterne familienrechtliche Mediation künftig bewährt.

##### c. Anwaltsmediation

Im Zusammenwirken mit der Rechtsanwaltskammer Braunschweig will das Amtsgericht Göttingen künftig auch *Mediation durch Rechtsanwälte im Amtsgericht* anbieten. Dieses Modell wird auf politischer Ebene als Einstieg in die dort an sich gewünschte Privatisierung der Mediation bei gleichzeitiger Konzentration der Justiz auf die Streitentscheidungsfunktion gesehen.

Praktische Erfahrungen sind bislang nicht gesammelt worden, weil die Rechtsanwaltskammer noch mit dem Aufstellen einer Liste der als Mediatoren geeigneten Rechtsanwälte einschließlich des dafür geltenden Anforderungsprofils befasst ist. In England und Polen allerdings wird die richtersnahe Mediation durch Rechtsanwälte bereits praktiziert und gilt gleichsam als Vorbild für den anstehenden Versuch auch hierzulande.

Die Planung geht dahin, den Parteien freizustellen, ob sie eine richterliche oder eine Anwaltsmediation durchzuführen wünschen. Dem neutralen Anwaltsmediator soll im Gerichtsgebäude ein Mediationsraum zur Verfügung gestellt werden. Er soll von der Rechtsanwaltskammer in einer Anlauf- und Probephase eine Vergütung von 75,- € je Stunde erhalten.

Sofern die Parteien sich einigen, halten sie das Ergebnis als gemeinsamen Vergleichsvorschlag fest, der dann vom Gericht durch Beschluss nach § 278 Abs. 6 ZPO bestätigt wird.

#### 2. Der Ostverbund

Die östlich des Amtsgerichtsbezirks Göttingen gelegenen Amtsgerichte Osterode am Harz, Herzberg am Harz und Duderstadt haben sich zu einem *Mediationsverbund* zusammen geschlossen, weil eine gerichtsinterne Aufgabenverteilung nach streitrichterlichem und Mediatorendezernat an der geringen Größe der Gerichte scheitert.

In allen drei Gerichten wird deswegen jeweils ein Richtermediator vorgehalten, der Mediationen für die beiden anderen Amtsgerichte des Verbundes anbietet. Diese organisatorisch gepoolte Mediation ist bislang noch nicht häufig genug praktiziert worden, als dass bereits jetzt von verlässlichen Ergebnissen berichtet werden könnte.

#### IV. Außergerichtliche Mediation

In Göttingen und Umgebung existieren etwa ein Dutzend Anbieter außergerichtlicher Mediationen, in der Mehrzahl Rechtsanwälte. Nachfragen bei ihnen zum Stand der außergerichtlichen Mediation haben zu folgenden, nicht empirisch unterlegten und daher nur als Trendanzeiger tauglichen Ergebnissen geführt:

Anfragen nach außergerichtlicher Streitbeilegung, darunter Mediation sind in den vergangenen Jahren mit vorsichtig ansteigender Tendenz registriert worden. Flächendeckend allerdings ist der Mediationsansatz in der Bevölkerung bislang kaum als solcher bekannt, mit Ausnahmen vielleicht im bildungsbürgerlichen Bereich. Das Projekt zur gerichtsnahen Mediation soll sich nach fast allgemeiner Meinung in dem vorsichtig zu beobachtenden Trend noch nicht ausgewirkt haben. Ursache hierfür wird wahrscheinlich der Umstand sein, dass bisher nur die Prozessparteien und natürlich die Anwaltschaft mit der gerichtlichen Mediation in Berührung gekommen sind; selbst die örtliche Presse hat über das Modell nur sporadisch berichtet.

Anders hingegen lautet der Tenor der Anwaltsmediatoren, die sich zentral mit baurechtlichen Streitigkeiten befassen. Sie beobachten und unterstützen dort durchaus eine zunehmende *Implementation des Mediationsgedankens in die Streitkultur*, sei es durch frühzeitige Mediationsversuche schon zu Beginn oder auch im späteren Verlauf von baurechtlichen Auseinandersetzungen, sei es durch Regelungen in Subunternehmerverträgen, wonach Mediationsversuche dem Gerichtsverfahren zwingend vorzuschalten sind.

Somit kann tendenziell festgehalten werden: Professionelle, gerichtserfahrene Parteien haben nicht zuletzt bedingt durch das Modell der gerichtlichen Mediation die Vorteile registriert, wel-

che die Mediation für sie generell bietet und machen davon zunehmend auch außergerichtlichen Gebrauch. Im übrigen allerdings ist ein Wandel der Streitkultur hin zu kommunikativ erarbeiteten Lösungen noch nicht zu verzeichnen.

#### V. Universität Göttingen

Die Mediation gehört inzwischen zu den Schlüsselqualifikationen, die im juristischen Studium zu erwerben sind. Deshalb bietet die Göttinger Juristische Fakultät entsprechende Lehrveranstaltungen an, die auch von Richtermediatoren mit praktischer Erfahrung unterstützt und begleitet werden.

#### VI. Fazit

In den verschiedenen Sparten der Göttinger Zivilgerichtsbarkeit hat die gerichtliche Mediation inzwischen ihren festen Platz. Gerade auch die Anwaltschaft weiß dies zu schätzen und unterstützt die Mediation.

Als vor- oder außergerichtliches Werkzeug zur Konfliktbereinigung hat sich die Mediation auch im Landgerichtsbezirk Göttingen bislang noch nicht durchsetzen können. Dafür werden nicht zuletzt auch Kostengründe ursächlich sein.

In der Juristenausbildung hingegen hat die Mediation inzwischen einen festen, wenngleich nicht besonders Raum greifenden Platz. Man kann die Prognose wagen, dass gerade dieser Aspekt auf Dauer auch zu einer gewandelten Streitkultur führen kann, die den Zivilprozess gleichsam als *ultra ratio* fokussiert und vorgeschaltete kommunikative Lösungsansätze präferiert.

## Anwaltsmediation in Schleswig-Holstein – auf dem Weg zu einem Netzwerk

Petra Stolter, Rechtsanwältin und Notarin, Henstedt-Ulzburg\*

Sieben Menschen treffen sich ... und gründen einen Verein?

Am Anfang war eine Idee: die Idee, Mediation in Schleswig-Holstein bekannt zu machen und – natürlich auch – mit Mediation Geld zu verdienen. Nach einer motivierenden Mediationsausbildung hatte ein Kollege die Energie, in Schleswig-Holstein tätige Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte, die in Mediation ausgebildet sind, nach Kiel zu einem Treffen einzuladen.

Wir kamen schnell miteinander ins Gespräch und verharteten nicht in Selbstdarstellung, sondern merkten, dass uns die Mediation verband. Es folgten mehrere Treffen, und wir stellten fest, dass wir eine Struktur benötigten. Nach anfänglichen Bedenken (siehe oben: Sieben Menschen treffen sich ... und gründen einen Verein) gründeten wir im November 2005 den Verein „Mediation mit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in Schleswig-Holstein e.V.“. Zweck dieses Vereins ist u.a. die Förderung des Gedankens der Mediation als Mittel der außergerichtlichen Streitbeilegung in Schleswig-Holstein; gleichzeitig stellt der Verein eine Interessenvertretung der in Schleswig-Holstein als Mediatorinnen und Mediatoren tätigen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte dar. Und eine Interessenwahrnehmung tut not.

Seit über 12 Jahren sind Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen, die eine Mediationsausbildung abgeschlossen haben, als Anwaltsmediatoren in Schleswig-Holstein tätig. Wurde anfänglich nicht nur aus den Reihen der potentiellen Mandatschaft Mediation mit Meditation verwechselt, – nach dem Motto: Warum muss ich denn keine Decke mitbringen? – hat sich die Mediation nunmehr zu einem nachgefragten Bereich in der anwaltlichen Tätigkeit entwickelt. Dabei gibt es in Schleswig-Holstein im Hinblick auf die Nachfrage noch regionale Unterschiede. Unterschiede gibt es auch hinsichtlich der nachgefragten Mediationsbereiche.

So hat sich die von Anwaltsmediatoren angebotene Familienmediation etabliert. Paare, die sich trennen wollen oder getrennt leben, sind zunehmend motiviert, die Trennungs- und Scheidungsfolgen eigenverantwortlich im Rahmen einer Mediation zu regeln. Die Paare haben das Interesse, in einem überschaubaren zeitlichen und finanziellen Rahmen alle Trennungs- und Scheidungsfolgen zu klären und drücken ihre Hoffnung aus – insbesondere wenn sie Eltern sind – zukünftige Konflikte durch die eigenverantwortliche Erarbeitung der Mediationsvereinbarung zu verhindern. Dabei ist zu beobachten, dass viele Medianten ganz bewusst Anwaltsmediatoren aufsuchen, da sie zusätzlich zu den Qualifikationen des Mediators oder der Mediatorin die anwaltlichen Qualifikationen wünschen. Die Medianten sind in der Regel daran interessiert, die rechtlichen Hintergründe zu kennen, um das Recht in ihre individuelle Vereinbarung einfließen lassen zu können. Diesen Vorteil der Anwaltsmediation gilt es zu nutzen.

Die Wirtschaftsmediation, die von Anwaltsmediatoren angeboten wird, befindet sich in Schleswig-Holstein (und nicht nur hier) noch im Aufbau. Mediationen mit großen Wirtschaftsunternehmen haben meines Wissens nach bisher in Schleswig-Holstein noch nicht stattgefunden, dafür jedoch Mediationen in kleineren wirtschaftlichen Bereichen. So haben zum Beispiel ärztliche Praxisgemeinschaften Nutzen von Mediation zur Lösung innerbetrieblicher Konflikte erkannt. Auch Familienunternehmen sind zunehmend daran interessiert, bei Konflikten Mediation in Anspruch zu nehmen, insbesondere zur Klärung der Unternehmensnachfolge.

Anwaltsmediation findet weiter u. a. in den Bereichen Erbrecht, z.B. im Rahmen einer Erbauseinandersetzung, arbeitsrechtlichen Konflikten und in den Bereichen des Wohnungseigentumsrechts statt. Gerade im Wohnungseigentumsrecht bietet sich bei Konflikten die Anwaltsmediation an, da die Wohnungseigentümer, die die Immobilie selbst nutzen, ein Interesse an einer zukünftig lebhaften Wohnsituation haben.

Aller positiven Entwicklung zum Trotz ist es für Anwaltsmediatoren – insbesondere in dem Bereich der Wirtschafts-

\* Die Autorin ist als Mediatorin tätig (BAFM) und Vorsitzende des Vereins „Mediation mit Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten in Schleswig-Holstein e.V.“.

mediation – nach wie vor schwierig, Mediationsmandate zu akquirieren. Eine Vernetzung kann dabei Impulse geben und diese wichtigen Impulse kann der Verein „Mediation mit Rechtsanwälten und Rechtsanwältinnen in Schleswig-Holstein e.V.“ geben. Der Verein bietet den Mitgliedern über seine Homepage ([www.mediation-schleswig-holstein.de](http://www.mediation-schleswig-holstein.de)) die Möglichkeit, die eigenen Mediationsprofile darzustellen. Der Zusammenschluss gibt den Mitgliedern darüber hinaus die Möglichkeit, gemeinsam zu

werben und in den Medien präsent zu sein. Der Mediant kann dabei sicher sein, eine ausgebildete Mediatorin oder einen ausgebildeten Mediator auszusuchen, da neben der anwaltlichen Zulassung auch eine abgeschlossene Mediationsausbildung für die Mitgliedschaft im Verein erforderlich ist.

Aus den „sieben Menschen treffen sich ...“ hat sich zwischenzeitlich ein Verein mit 17 Mitgliedern entwickelt. Wir freuen uns auf weiteren Zuwachs.

## **Familienmediation – ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren bei Trennung und Scheidung**

Susanne Pfulmann-Riggert, Rechtsanwältin und Notarin, Neumünster\*

Mediation ist heute fast in aller Munde – kein Konflikt auf privater, wirtschaftlicher, arbeitsrechtlicher, öffentlich-rechtlicher oder gar politischer Ebene, der nicht geeignet schiene, dass man ihn mit Hilfe eines neutralen Vermittlers eigenverantwortlich einer gütlichen Lösung zuführe, die möglichst auch noch „Win-Win“-Charakter haben, also den Nutzen auf Seiten beider Kontrahenten mehren soll, um auf diese Weise kostspielige, Zeit und Ressourcen raubende Gerichtsverfahren zu vermeiden.

Dennoch: Die Mediation bei Trennungs- und Scheidungskonflikten bleibt der Klassiker, und wir sollten nicht vergessen, dass die Familienmediation es war, mit der dieses Konfliktlösungsverfahren in Deutschland Einzug gehalten und Verbreitung gefunden hat.<sup>1</sup>

I. Dieser Beitrag soll aus der Sicht einer praktizierenden Mediatorin einen Einblick in die Praxis der Familienmediation geben, deshalb wird auf die Abhandlung theoretischer Aspekte und Probleme, über die ohnehin viel geschrieben wurde und wird, weitgehend verzichtet. Familienmediation, von der hier die Rede ist, meint die Mediation durch eine Anwaltsmediatorin,<sup>2</sup> ungeachtet der Tatsache, dass Familienmediation selbstverständlich auch bei Angehörigen der psychosozialen Berufe in Anspruch genommen werden kann.

Jede erfahrene Scheidungsanwältin weiß, dass die weitaus überwiegende Zahl der trennungswilligen Paare zu Beginn der Trennung die Absicht äußert, dass man sich trennen und „alles gütlich regeln“ wolle. Sie alle fürchten den „Rosenkrieg“ und eskalierende Kosten und stehen doch oft vor dem Dilemma, zu Zweit ein vernünftiges Gespräch mit Ergebnissen nicht mehr führen zu können („wir wollen uns einigen, können aber nicht mehr miteinander reden...“). Als besondere Eskalation erleben sie es, wenn *beiderseits* Rechtsanwälte eingeschaltet werden. In den meisten Fällen spielen vorangegangene schwerwiegende seelische Verletzungen und persönliche Kränkungen eine Rolle. In der Regel ist es so, dass es immer den Einen gibt, der sich trennen will, und den Anderen, der „getrennt wird“. Macht- und Ohnmachtsgefühle beeinträchtigen demzufolge die Verhandlungen.

1. So war es auch im Fall der Eheleute *Marianne und Jürgen K.*<sup>3</sup> die nach zwanzig Jahren Ehe in folgender Situation zur Mediation kamen: Frau K. hatte die Beziehung für gescheitert erklärt und war aus dem gemeinsamen Haus ausgezogen. Frau K. ist selbstständig; sie betreibt seit etwa fünf Jahren ein Kurier-Unternehmen mit sieben Mitarbeitern und einem entsprechenden Fuhrpark. Herr K., Oberstudienrat, ist von der Aktion seiner Frau eher überrascht, bleibt im gemeinsamen Haus mit einer schon volljährigen Tochter zurück, die er noch durch ihr letztes Schuljahr zum Abitur zu begleiten hat; ein weiterer Sohn studiert bereits. Frau K. nahm den ersten Kontakt auf, sie wollte die Mediation, denn sie hatte die Befürchtung, sich bei den anstehenden finanziellen Regelungen gegenüber ihrem Mann, der immer der „Finanzminister“ gewesen war, nicht durchsetzen zu können.

Dies alles erfährt die Mediatorin im *Erstgespräch*, das kostenfrei und für die Beteiligten unverbindlich, das heißt mit der freien Entscheidungsmöglichkeit, eine Mediation durchführen zu wollen oder nicht, am Anfang steht. In diesem Gespräch werden die Beteiligten auch mit den Regeln und Grundsätzen einer Mediation vertraut gemacht – Freiwilligkeit, Selbstverantwortung, Vertraulichkeit, Offenlegung aller entscheidungserheblichen Tatsachen, Fairness, Kenntnis des Rechts, Selbstentwickeln der Lösungen, Allparteilichkeit der Mediatorin, Rechtsverbindlichkeit der Abschlussvereinbarung –, die die Grundlage des abzuschließenden schriftlichen Mediationsvertrages bilden. Es wird außerdem die „Indikation“ zur Mediation überprüft und die zu treffende Vergütungsvereinbarung (§ 34 RVG) vorbereitet. Die Mediation mit den Eheleuten K. wird sechs Sitzungen beanspruchen, jede eineinhalb bis zwei Stunden lang<sup>4</sup>. Am Ende wird eine Vereinbarung stehen, in der die gemeinsam zu tragenden Lasten für ein Jahr rückwirkend und für die Zukunft geregelt werden, insbesondere das Aufbringen des Unterhalts für die beiden gemeinsamen volljährigen Kinder, eine Auseinandersetzung des gemeinsamen Eigentums am Haus, das Herr K. unbedingt behalten möchte, bei gleichzeitiger Verrechnung seiner Zugewinnausgleichsforderung gegen Frau K. Mit der notariellen Beurkundung, an der die Mediatorin teilnimmt, erlangt diese Vereinbarung Rechtsverbindlichkeit.

Mit Hilfe der im Erstgespräch ausgegebenen *Checklisten*, die vor der ersten Sitzung ausgefüllt und mit Belegen zurückgeschickt werden, konnte zu Beginn der Mediation, im Rahmen der Bestandsaufnahme, die Einkommens- und Belastungssituation sowie der Vermögensstatus der Eheleute K. genau erfasst werden. Frau K. stand finanziell besser, ihre Gewinne waren in den letzten Jahren stetig gestiegen, ihr Unternehmen expandierte. Die Lage bei Herrn K. war eher angespannt, der Steuerklassenwechsel, die Belastungen des Hauses, der Unterhalt für die Kinder, hohe Fahrtkosten zur Arbeit ließen ihn zweifeln, ob er das Haus zu Alleineigentum würde übernehmen können.

Aber Herr K. war fleißiger Internet-Nutzer und fand heraus, dass im Rahmen eines Zugewinnausgleichs auch ein Betrieb einen Vermögenswert darstellt. Er machte sich mit den herkömmlichen Bewertungsgrundsätzen vertraut und brachte in die erste Mediationssitzung eine eigene Berechnung ein, die ergab, dass das Unternehmen seiner Frau einen Wert von 150.000 Euro habe. Das war Sprengstoff: Zum Einen ergab sich dadurch für ihn – bei ansonsten etwa gleich verteilten Vermögenswerten – eine erhebliche Zugewinnausgleichsforderung. Zum Anderen traf diese Attacke ins Zentrum der Befürchtungen der Frau K., der Argumentation ihres Mannes im Finanziellen nicht gewachsen zu sein. Aber noch schwerer wog die Kränkung, warum sie ihrem Mann überhaupt etwas abzugeben hatte von dem, was sie mit ihrer Hände Arbeit aufgebaut hatte, während er doch auch seiner Arbeit nachgehen konnte und ihr nichts von seinen Erträgen abgeben musste. Die Behandlung dieses Themas wurde für Frau K. so belastend, dass sie mehrfach ankündigte, die Mediation abbrechen zu wollen und einmal auch die Mediatorin angriff, indem sie sich heftig darüber beklagte, dass sie im Wartezimmer zehn Minuten auf den Beginn der Mediationssitzung hatte warten müssen – und das bei gleichzeitiger Anwesenheit ihres Mannes, das sei einfach unerträglich und das werde sie kein zweites Mal hinnehmen! Herr K. spürte

\* Die Autorin – auch Fachanwältin für Sozialrecht und Familienrecht – ist als Mediatorin vorrangig auf dem Gebiet der Familienmediation tätig.

<sup>1</sup> Vgl. *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler*, Mediation: Die andere Scheidung, S. 17ff. und den lesenswerten historischen Abriss von *Marcus Hehn* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 6, Entwicklung und Stand der Mediation.

<sup>2</sup> Wenn im Folgenden als allgemeine Berufsbezeichnung der Begriff Anwältin oder Mediatorin in weiblicher Form verwendet wird, sollen sich auch die männlichen Vertreter dieser Berufe angesprochen fühlen.

<sup>3</sup> Alle Falldaten wurden verfremdet.

<sup>4</sup> Erfahrungsgemäß ist eine Stunde zu kurz, da sich häufig gerade nach ca. einer Dreiviertelstunde Weiterführendes entwickelt, andererseits ist nach zwei Stunden das Limit erreicht, innerhalb dessen der Mediatorin noch eine verantwortliche Gesprächsführung unter Beachtung aller Bedürfnisse der Medianten möglich ist.



die Stärke seiner Position und verschlimmerte den Konflikt noch, indem er in immer neuen Berechnungen und Vereinbarungsentwürfen Entgegenkommen, ja Großzügigkeit signalisierte, was das Gefühl von Ungerechtigkeit und Unterlegenheit bei Frau K. nur verstärkte.

Frau K. benötigte in dieser Phase sehr viel Aufmerksamkeit der Mediatorin. Ihre Ängste wurden explizit aufgenommen und hinterfragt, auch um sie Herrn K. zu verdeutlichen. Dabei kam es darauf an, den sachlichen Hintergrund dieser Ängste heraus zu arbeiten, damit sie sich nicht lediglich als Schwäche der Frau K. darstellten. Jedoch enthielt sich die Mediatorin zu diesem Zeitpunkt jeglicher rechtlichen Bewertung und vor allem einer Kommentierung der Unternehmenswertberechnung, die Herr K. vorgelegt hatte, weil eine derartige schiedsrichterliche Funktion der Mediation fremd ist und ein solches Vorgehen die Allparteilichkeit, die Neutralität der Mediatorin in Frage gestellt hätte, zumindest im subjektiven Erleben der Medianden.

Der entscheidende Durchbruch gelang vielmehr unter Anwendung einer der vier Grundregeln des kooperativen Verhandels im Sinne des Harvard-Konzepts:<sup>5</sup> Der Verhandlungsgegenstand muss auf eine *objektive Grundlage* gestellt werden, denn nur dann verhandelt man auf einer von der beiderseitigen Willensbildung unabhängigen Basis und kann sich auf diese Weise vom Feilschen um Positionen entfernen.

Die Mediatorin empfahl den Eheleuten K., den Steuerberater, der sie bisher beide betreut hatte und dem sie noch beide vertrauten, gemeinsam aufzusuchen und ihn um eine unverbindliche Unternehmensbewertung zu bitten (nicht etwa in gutachterlicher Form), damit man sich – zunächst kostenneutral – orientieren könne. Damit waren beide sofort einverstanden. Die Einholung eines Sachverständigengutachtens wäre dann immer noch möglich gewesen. Zur nächsten Sitzung brachten die Eheleute K. das Ergebnis der Beratung des Steuerberaters – wie von der Mediatorin sicherheitshalber gewünscht in Schriftform – mit. Dieser hatte einen Unternehmenswert von 37 000 Euro ermittelt. Dieses Ergebnis war von Frau K. ebenso wie von Herrn K. für die weiteren Verhandlungen bereits akzeptiert, ehe das Mediationsgespräch begann und musste nicht mehr diskutiert werden. Die Berechnung des Herrn K. wurde nicht mehr thematisiert. Die Grundsatzdiskussion über die aus der Sicht der Frau K. bestehenden Ungerechtigkeit war vom Tisch, weil sich die Größenordnung des Zugewinnausgleichs jetzt völlig anders darstellte, so dass Frau K. nun ohne weiteres „die Kröte schlucken“ konnte. Nunmehr waren die Eheleute K. in der Lage, auf dieser von beiden akzeptierten Basis weitere Details ihrer vermögensrechtlichen Auseinandersetzung eigenständig zu erarbeiten.

2. Von starken Emotionen belastet war auch der Konflikt der *Eheleute Margret und Helmut F.* Herr F. (57 Jahre), Universitätsprofessor, war wegen einer sehr viel jüngeren Frau einem Ruf nach Süddeutschland gefolgt. Frau F. (56 Jahre) und zwei studierende Kinder, davon eines noch im Haushalt der Mutter lebend, blieben in Schleswig-Holstein zurück. Die Trennung lag schon ein paar Jahre zurück, als das Ehepaar zur Mediation kam; Herr F. besuchte seine Familie regelmäßig. Jetzt strebte er eine endgültige Auseinandersetzung an; er wollte sich scheiden lassen, wieder heiraten, mit der neuen Partnerin, die seit ein paar Jahren promovierte ohne Aussicht auf eine berufliche Anstellung, Kinder bekommen. Das löste bei Frau F., die einer Halbtagsbeschäftigung als Verwaltungsangestellte nachging, Existenzängste aus, denn sie sah für sich keine Möglichkeit, ihre Berufstätigkeit auszuweiten, so dass sie auf den Unterhalt ihres Mannes angewiesen war, nun aber eine Beeinträchtigung seiner finanziellen Leistungsfähigkeit befürchten musste, vor allem, wenn minderjährige Kinder und damit gleichrangige Unterhaltsberechtigte hinzukommen würden. Zudem stand die Frage an, ob sie das von ihr bewohnte gemeinsame Haus würde halten können, wenn ihr Mann verlangen würde, dass sie ihn ausbezahlt. Tatsächlich äußerte Herr F. den verständlichen Wunsch, seine Vermögenswerte zu kapitalisieren. Außerdem drückte ihn der Versorgungsausgleich, der – nach langer Ehe – eine Halbierung seiner Alterssicherung herbeiführen würde.

Diese entgegen gesetzten Interessen führten zu einer Zuspitzung in der Mediation, die sich in dem Verlangen des Herrn K. an seine Frau entlud, sie solle dafür sorgen, dass sie Vollzeit arbeiten

könne. Frau K. wehrte sich mit dem Hinweis, dass Herr F. dies bei Fortbestehen der Ehe nicht von ihr verlangt hätte und sie nicht einsähe, mehr arbeiten zu sollen, während die junge Partnerin des Herrn K. mit Rücksicht auf den geplanten Nachwuchs nicht zu arbeiten brauchte und überdies schon jetzt seit Jahren einer „brotlosen Kunst“ nachginge. Es musste Frau F. in dieser Phase der Mediation Gelegenheit gegeben zu werden, deutlich zu machen, wie sehr sie ein solches Verlangen ihres Mannes nach der Kränkung, wegen einer Jüngerer verlassen worden zu sein, nochmals kränkte.

Nachdem Herr F. diese innere Verfassung seiner Frau zunächst in Gestalt ihrer Tränen, dann durch behutsames Verbalisieren der Mediatorin nachvollziehen konnte, nahm er von dieser Forderung Abstand, deren Realisierbarkeit ohnehin angesichts des Alters der Frau F. und des Einstellungsstopps in ihrer Behörde fraglich war, auch weil Frau F. sich im Übrigen durchaus verständnisvoll gegenüber seinem Anliegen zeigte, der Zukunft mit seiner Partnerin jetzt eine konkrete Perspektive geben zu wollen, und konnte sich an der Entwicklung anderer Lösungen beteiligen.

So wurde eine Gesamtvereinbarung möglich, die ein Verbleiben der Frau F. im Haus für weitere Jahre, nämlich bis zum Auslaufen der Zinsbindung der Hausdarlehen vorsah, auf der anderen Seite Herrn F. aber die Möglichkeit einräumte, nach Vorliegen der Auskünfte zum Versorgungsausgleich im Scheidungsverfahren eine vom gesetzlichen Ausgleich abweichende Regelung, zum Beispiel durch Gewährung einer Kapitalabfindung, zu treffen, natürlich verbunden mit dem Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung. Der Weg in ein friedliches und kostengünstiges Scheidungsverfahren war geebnet.

Einen wichtigen Schritt nach vorn in dieser Mediation bewirkte die „*Einführung des Rechts*“<sup>6</sup> in der vierten Sitzung: Den Eheleuten F. wurde sowohl eine mögliche Ehegattenunterhaltsberechnung wie eine Zugewinnausgleichsberechnung dargestellt. Beide konnten diese juristischen Informationen für sich insofern als weiterführend nutzen, als sie daraus konkrete Regelungsvorschläge ableiten konnten, ohne dass ihre Verhandlungsbereitschaft durch die Information „in dieser Höhe habe ich einen Anspruch“ besiegelt gewesen wäre. Das war möglich, weil die Mediatorin vor der Einführung des Rechts die Medianden ausführlich befragt hatte, welche Bedeutung die Kenntnis ihrer Rechte voraussichtlich für sie hätte. Beide erwarteten von den rechtlichen Informationen eine Orientierungshilfe für ihre weiteren Überlegungen, was ein Aufeinanderzugehen weiterhin zuließ.<sup>7</sup>

Besonderen Einfluss hatte in diesem Fall auch die von Frau F. am Ende der Mediation in Anspruch genommene *Beratungsanwältin*. Frau F. brachte das schriftliche Beratungsergebnis in die nächste Sitzung mit. Sie berichtete, wie schwer es gewesen sei, ihre Anwältin überhaupt erst einmal von der Sinnhaftigkeit einer Mediation zu überzeugen, das habe sie zunächst etwas verunsichert. Die Empfehlungen der Beratungsanwältin gingen teilweise in eine andere Richtung, als dies in der Mediationsvereinbarung vorgesehen war; so wurde zum Beispiel davon abgeraten, die Entscheidung, ob das Haus verkauft werden musste oder die Miteigentumshälfte des Mannes von Frau F. übernommen werden konnte, zu verschieben.

Diese gegensätzliche Position brachte Frau und Herrn F. dazu, noch einmal in die Abwägung einzutreten, ob sie eine Auseinandersetzung zum jetzigen Zeitpunkt anstreben sollten oder nicht. Die Sitzung wurde noch einmal vertagt, um Frau F. Gelegenheit zu geben, ihre Kreditaufnahmemöglichkeiten konkret zu erfragen. In der nächsten Sitzung konnten sich Herr und Frau F., die inzwischen auch noch einmal außerhalb der Mediation über diesen Punkt verhandelt hatten, umso klarer dafür entscheiden, die Vereinbarung in diesem Punkt so zu belassen wie ursprünglich gewollt.

II. Wenn in den hier geschilderten Mediationsfällen die Dynamik des Mediationsprozesses nur im groben Überblick dargestellt werden konnte, mag dies der Verfasserin aufgrund der Rahmenbedingungen dieses Beitrages nachgesehen werden. Wesentliches Anliegen war es, Kriterien deutlich zu machen, die eine Mediation im familienrechtlichen Bereich von der Vorbereitung einer Scheidungsfolgenvereinbarung beim Notar bzw. der Erarbeitung einer

<sup>6</sup> Siehe hierzu grundlegend *Mähler/Mähler* in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 34 Rn. 64 ff.

<sup>7</sup> Zum Hinterfragen der Rolle des Rechts für die Medianden siehe auch die praktischen Hinweise bei *Diez*, Werkstattbuch Mediation, S. 130 ff.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, S. 122 ff.

solchen Vereinbarung mit Hilfe nur eines Rechtsanwalts, der die andere Partei dann anwaltlich nicht vertreten an den Gesprächen teilnehmen lässt (sog. Ein-Anwalt-Modell), unterscheidet:

Ein Notar wird in der Regel für die Erarbeitung einer Gesamtlösung im unterhaltsrechtlichen und vermögensrechtlichen Bereich scheidungswilliger Eheleute nicht zehn bis zwölf Zeitstunden für Gespräche mit den Beteiligten aufwenden wollen, um dann die Beurkundung durchführen zu können. Die Erarbeitung von Regelungen, die das Leben zweier Menschen neu ordnen und auf eine tragfähige Grundlage stellen soll, benötigt aber Zeit, die, wenn sie von einem professionellen Helfer aufgewendet wird, auch angemessen bezahlt werden muss.

Der *Familienrechtsanwalt*, der zu Beginn eines Trennungsgeschehens zu Rate gezogen wird mit dem Wunsch, die Einschaltung eines zweiten Anwalts zu vermeiden, wird oft die erforderlichen Lösungen sachgerecht erarbeiten können, denn hier handelt es sich um das klassische anwaltliche Betätigungsfeld. Die Mediation bietet jedoch mehr: In ihr werden die Entwirrung des persönlichen wie des juristischen Konflikts miteinander verbunden, wenn auch ohne therapeutischen Anspruch, und nicht nur das: Die Verantwortung, zu Lösungen und Ergebnissen zu kommen, bleibt bei den Konfliktparteien, sie geben das Heft nicht aus der Hand, auch wenn die Mediatorin einen regelhaften Verfahrensablauf zu gewährleisten hat und die Mediationsinhalte verantwortlich mit gestaltet.

Gerade das fällt Juristen schwer, die aufgrund ihrer Ausbildung doch so darauf trainiert sind, für Fälle Lösungen zu finden. Hier muss sich der Jurist in der Mediation zurücknehmen und sein Augenmerk auf den äußeren und inneren Prozess richten, der es den Konfliktparteien ermöglichen soll, ihre beiderseitigen Interessen zu berücksichtigen und daraus ihre ganz persönliche

Verhandlungsergebnis zu entwickeln.<sup>8</sup> Die Erfahrung zeigt, dass selbstverantwortete Lösungen eine dauerhaftere Tragfähigkeit für die Vertragspartner aufweisen und dass diese bei neuen Konflikten eher bereit sind, wiederum zunächst alternative Konfliktlösungsmodelle anzuwenden.

Diesen Mehrwert erreicht man in der Mediation nur, wenn sie im weitesten Sinne „kunstgerecht“ durchgeführt wird. Über *Regeln und Standards in der Mediation* ist viel geschrieben worden, und sie werden und sollen sich stetig weiter entwickeln. Inzwischen gibt es auf Europaebene einen Verhaltenskodex für Mediatoren<sup>9</sup>, und die Einführung eines Mediationsgesetzes ist in der Diskussion, nachdem Nachbarländer wie Österreich und Frankreich solche Regelungen bereits haben.

Aus dem Kanon der Anforderungen an gute und damit erfolgreiche Mediatoren ist hervorzuheben die Allparteilichkeit der Mediatorin, die mehr ist als bloße Neutralität: Sie setzt voraus, mehr als eine alleingültige Wahrheit zulassen und die verschiedenen Sichtweisen der Parteien als berechtigt in sich aufnehmen zu können<sup>10</sup> und darüber hinaus – um in der Diktion *Josef Duss-von Werdt* zu sprechen – *triologisch* zu sein, als Mediatorin also nicht nur zu den Verhandelnden, sondern auch zu sich selber zu sprechen: „Im Gespräch mit sich zu bleiben ist die Bedingung dafür, das Ziel im Auge zu behalten und sich selber immer wieder darauf hin zu polen. Das verlangt wache Selbstwahrnehmung und Kontrolle über sich, besonders an den heiklen Stellen, wo man aus dem Gleichgewicht der Allparteilichkeit zu kippen Gefahr läuft.“<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Vgl. zur Rolle des Mediators in Abgrenzung zu verwandten Professionen die klare Darstellung bei *Haynes*, *Scheidung ohne Verlierer*, S. 13.

<sup>9</sup> Z.B. abgedruckt in ZKM 2004, S. 148 ff.

<sup>10</sup> Siehe auch *Mähler/Mähler* in *Haft/Schlieffen*, *Handbuch Mediation*, § 34 Rn. 32 ff.

<sup>11</sup> *Duss-von Werdt*, *Nachdenken über Mediation* in *Duss-v. Werdt/Mähler/Mähler*, *Mediation: Die andere Scheidung*, S. 250.

## Wirtschaftsmediation – Beispiel für die Bedeutung des Einzelgesprächs in der Mediation

Hans-Michael Pogoda, Rechtsanwalt und Notar, Wilster\*

Im Zentrum jeder Mediation – also auch der Wirtschaftsmediation – steht die *Mediationsverhandlung*, die den Konflikt bereinigen soll.

Die Verhandlung muss von dem Mediator, den Parteien, ihren Anwälten und etwaigen weiteren Beteiligten *sorgfältig vorbereitet* werden. Hierzu gehört auch die Frage der Organisation der Verhandlung.

Inhalt, Zweck und Stil der Mediation – im hier zu besprechenden Zusammenhang also der Charakter als Wirtschaftsmediation – erfordern gegebenenfalls die Berücksichtigung von Besonderheiten, wenn die Verhandlung erfolgreich enden soll.

I. Im Rahmen der Vorbereitung muss frühzeitig geklärt werden, welche Personen an der Verhandlung teilnehmen sollen und welche Funktionen sie haben.

Grundsätzlich verhandeln die Konfliktparteien selbst oder von ihnen bevollmächtigte Vertreter. Die Hauptaufgabe des Mediators liegt darin, die Kommunikation der Medianten zu fördern bzw. wiederherzustellen. Dies setzt ihre *allseitige Anwesenheit* voraus.

Neben der Verfahrensstruktur bietet die Einhaltung von Grundsätzen die Gewähr dafür, dass am Ende der Mediation die Parteien dauerhaft befriedet sind. Daher ist es Aufgabe des Mediators, diese Prinzipien in jeder Verfahrensweise zu beachten und Sorge dafür zu tragen, dass auch die Medianten ihnen Rechnung tragen.

Zu diesen Verfahrensgrundsätzen gehört gerade die *Informiertheit aller Parteien*. Um den Informationsfluß zwischen den Parteien aufrecht zu erhalten bzw. die Informationsdefizite offenzulegen oder abzubauen, wird daher grundsätzlich die Anwesenheit und Verhandlung aller am Mediationsprozess beteiligten Medianten als geboten angesehen.

\* Der Autor ist als Mediator vorwiegend auf dem Gebiet der Wirtschaftsmediation tätig.

II. Von diesem Grundprinzip weicht das wechselseitige Einzelgespräch – auch „shuttle“ genannt – ab. In der Fachliteratur wird die Auffassung vertreten, der Mediator möge so früh wie möglich klären, ob Einzelgespräche gewünscht werden.<sup>1</sup> Es gibt Mediatoren, die vertrauliche Einzelgespräche mit den Parteien ablehnen oder zumindest als Ausnahme verstehen. Andere Mediatoren halten die Einzelgespräche für unverzichtbar und für ein wesentliches Hilfsmittel.

Gerade in der Wirtschaftsmediation hat sich jedoch das Einzelgespräch als „Werkzeug“ des Mediators als besonders geeignet erwiesen.

Im Einzelgespräch besteht nämlich die anderenfalls nur schwer realisierbare Möglichkeit, „Betriebsgeheimnisse“ in das Verfahren einzuführen. Als Beispiele nenne ich folgende Stichworte:

- genehmigtes Budget für die Problemlösung,
- Finanzierungsmöglichkeiten einer bestimmten Lösung,
- Berücksichtigung von angebotenen, aber noch nicht erteilten Aufträgen, die z. B. als Subunternehmerauftrag in eine Problemlösung mit einbezogen werden können,
- wettbewerbliche Auswirkungen,
- die Auswirkungen eines Lösungsansatzes auf Vorgesetzte / Mitarbeiter.

Allerdings stellen Einzelgespräche hohe Anforderungen an den Mediator und setzen den Gesamtprozess der Mediation Risiken aus, so dass sich der Mediator sehr sorgfältig auf dieses Thema vorbereiten sollte.

Hierbei ist es von wesentlicher Bedeutung, die Medianten in den Entscheidungsprozess über die Durchführung von Einzelgesprächen konkret einzubinden. Denn die fehlende Einbindung hätte – wie noch deutlich werden wird – fatale Folgen für den Mediationsprozess.

<sup>1</sup> Vgl. *Haft/Schlieffen*, *Handbuch der Mediation*, § 13 Anm. 37.

Um es zu wiederholen: die Durchführung von Einzelgesprächen im Mediationsprozess ist in Zusammenarbeit mit den Medianten vorzubereiten, wobei u. a. folgende *Kriterien und Erwägungen* zu beachten sein werden:

- Gleichberechtigung der Konfliktparteien in der Anbahnung des Einzelgespräches,
- Beschränkung und Fokussierung des Einzelgespräches auf die zur Falleignungsklä rung notwendigen Aspekte,
- Darlegung der Gründe für die Wahl des Einzelgespräches,
- Schilderung der Struktur (Ablauf) des Einzelgespräches,
- Prinzipien, Ablauf und Rollen im Einzelgespräch unter Einbeziehung der Kostenklärung,
- Herausarbeiten von Aspekten, die für den Rahmen wichtig sind, wie Vertraulichkeit, Sanktionsfreiheit oder ähnliches,
- Herstellen von Transparenz zum Vorgespräch.

Bevor sich der Mediator entscheidet, Einzelgespräche als Verhandlungsinstrument vorzuschlagen, ist es gleichwohl angebracht, sich das generelle *Für und Wider* von Einzelgesprächen jeweils konkret in Erinnerung zu rufen.

Beispielhaft nenne ich

#### 1. Mögliche Gefahren bei Einzelgesprächen:

- a) Verletzung der Neutralität = Verlust der Allparteilichkeit, emotionale Bindung zu einer Partei und Verlust an Distanz,
- b) Ängste der jeweils anderen Partei (z.B. was passiert im jeweiligen Einzelgespräch?),
- c) Verleitung des Mediators, zu aktiv zur Lösungssuche beizutragen,
- d) Gefahr der Verletzung der Vertraulichkeit,
- e) Ungeeigneter Zeitpunkt für das Einzelgespräch hindert den Gesamtprozess der Mediation,
- f) Hinzutreten von Personen, die bisher am Prozess nicht beteiligt sind,
- g) Es eröffnen sich im Einzelgespräch zusätzliche Themen und/oder Interessen,

- h) Unterschiedliche Dauer der Einzelgespräche, unterschiedliche Häufigkeit sind nicht nur eine Frage der Kostenverteilung, sondern auch eine Frage der Allparteilichkeit,
- i) Verlust der Handlungsfähigkeit durch übermittelte „Geheimnisse“, z. B. durch das Offenbaren strafbarer Handlungen,
- j) Unsicherheit über den Wahrheitsgehalt der anvertrauten Information für Einzelgespräche.

Dem stehen allerdings gegenüber gewichtige

#### 2. Vorteile von Einzelgesprächen:

- a) Aufbau von Vertrauen,
- b) Gewinnung eines besseren Konfliktverständnisses,
- c) Gewinnung von Hintergrundinformationen,
- d) Informationserweiterung über
  - z. B. Vorbehalte,
  - die Möglichkeit, Arbeitshypothesen zu bilden,
  - die Möglichkeit, Blockaden aufzulösen
- e) das Einzelgespräch kann Anhaltspunkte für eine gute Planung des Mediationsprozesses geben, z. B. Anlass geben, zur Interessenklärung zurückzukehren,
- f) Erleichterung des Umgangs mit Beratern,
- g) Erleichterung einer transparenten Darstellung von Lösungsalternativen,
- h) am Ende eines Einzelgespräches kann geklärt werden, welche Informationen offengelegt werden können oder ob der Wunsch besteht, bestimmte Informationen vorerst noch geheim zu halten,
- i) es kann erörtert werden, ob bestimmte Lösungsansätze in die gemeinsame Verhandlung mit eingebracht werden, die Rückschlüsse auf ein hintergründiges Interesse erlauben.

III. Mit diesen Eindrücken ist das Thema „Einzelgespräche“ in der Mediation keineswegs erschöpfend behandelt. Aber es war mir ein Anliegen, dieses in anderen Verhandlungskonzepten so nicht vorhandene – gerade aber für den Bereich Wirtschaftsmediation sehr wirksame – „Werkzeug“ des Mediators vorzustellen, zugleich jedoch deutlich zu machen, welche hohe Anforderungen sich dem Mediator stellen, wenn seine „shuttle-Diplomatie“ die Chancen einer „Win-Win-Lösung“ erhöhen sollen.

## Rolle und Funktion des Rechtsanwalts in der Mediation

Rechtsanwältin Babette Wegener, Kiel/Stralsund\*

### I. Einführung

Im Jahre 2003 hielten 32 % der Bürger die Justiz für modern; 31 % meinten, dass Justiz bürgernah arbeitet und 25% schätzten die Justiz als flexibel ein.<sup>1</sup> Diese Einstellung der Bürger zur Justiz dürfte sich in den letzten vier Jahren nicht verbessert haben.

Eine solche Aussage ist wenig aufbauend für alle, die ihr Berufsleben damit verbringen, dem Bürger zu „seinem Recht“ zu verhelfen. Letzteres ist allerdings schon ein Anzeichen für eine veralterte Einstellung. Eine moderne Justiz sollte nicht nur auf die Durchsetzung von gesetzlich geregelten Ansprüchen abzielen. Vielmehr müssen Instrumente bereitgehalten werden, die es ermöglichen, bei unterschiedlichen Auffassungen von dem, „was rechtens ist“, eine dauerhafte, kostengünstige und zeitnahe Lösung herbeizuführen. Mediation bietet solche Lösungsmöglichkeiten unabhängig davon, ob dieses Verfahren außergerichtlich durch einen Mediator oder als gerichtliche Mediation durch den nicht gesetzlichen Richter (Richtermediator) durchgeführt wird. Die Anwendungsfelder für Mediation erstrecken sich auf alle Bereiche, in denen Konflikte zwischen Menschen entstehen, insbesondere auch auf Konfliktsituationen, die nicht justizgeeignet sind, also mittels der gerichtlichen Durchsetzung gesetzlich geregelter Ansprüche nicht einer sinnvollen Konfliktlösung zugeführt werden können.

\* Die Autorin ist Rechtsanwältin in Stralsund, Mediatorin (Master of Mediation Fern- Uni Hagen) und wirkt beim Forschungsprojekts Mediation des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Verwaltungswissenschaften (Prof. Dr. Albert von Mutius) an der Universität Kiel mit, so. u.a. bei der Durchführung interdisziplinär ausgerichteter und auch für Praktiker geöffneter Seminare zur Mediation.

<sup>1</sup> Arenhövel, DRiZ 2003, S. 389 (391), Plädoyer für eine umfassende Justizreform.

Gleichwohl ist das klassische Verständnis vom Beruf des Rechtsanwalts sowohl in der Bevölkerung als auch bei den Rechtsanwältinnen selbst immer noch darauf gerichtet, polarisierend allein die Position des Mandanten durchzusetzen. Dieses (leider) immer noch vorherrschende Bild anwaltlicher Tätigkeit ist jedoch viel zu eng. Bereits das klassische Berufsbild des Rechtsanwalts kennt Tätigkeiten – wie beispielsweise Insolvenzverwaltung, Testamentsvollstreckung oder das Entwerfen von Verträgen –, die nicht allein im Interesse einer Partei liegen. Viele Rechtsanwälte lösen die an sie herangetragenen Streitigkeiten zudem außergerichtlich.<sup>2</sup>

Festzuhalten bleibt daher, dass Rechtsanwälte aufgrund ihrer Tätigkeit neben der einseitigen Interessenvertretung für ihre Mandantschaft auch und insbesondere dazu geeignet sind, die an sie herangetretenen Streitigkeiten im Wege der Mediation zu lösen. Hiervon geht auch die Bundesrechtsanwaltskammer als Satzungsgeber für die Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) aus. In § 18 BORA wird Mediation ausdrücklich erwähnt und somit Mediation dem anwaltlichen Berufsfeld zugeordnet.<sup>3</sup> Diesem Berufsbild steht jedoch § 43a BRAO – Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen – diametral gegenüber. Die Rolle des Rechtsanwalts als allparteilicher Mediator und damit als „Diener zweier oder mehrerer Herren“ passt auf den ersten Blick nicht zur Rolle des Rechtsanwalts als loyalem Vertreter von Einzelinteressen einer Partei. Mit dieser Überlegung beginnt für viele Kollegen der Spagat im Berufsbild und Berufsverständnis des Rechtsanwalts, ein Spagat, welcher mangels Kenntnisse über Mediation vorschnell abgebrochen anstatt sauber bewältigt wird.

<sup>2</sup> So bereits Wasilewski, Streitverhütung durch Rechtsanwälte, Köln 1995.

<sup>3</sup> Bei der BORA handelt es sich um untergesetzliche Normen – Satzung –, daraus lassen sich jedoch Rückschlüsse ziehen, wie die Anwaltschaft das Berufsbild des Anwalts interpretieren will.



Sind Rechtsanwälte<sup>4</sup> an der Mediation beteiligt – sei es als Mediatoren, als Begleiter des Mandanten oder als Berater der Mediationsvereinbarung –, trägt das Bewusstsein über die jeweilige Funktion und Rolle, die der Rechtsanwalt einnimmt, erheblich zum Gelingen der Mediation bei. Hierbei würde es den Rahmen dieses Beitrags sprengen, wenn auf das Rollenverständnis des Rechtsanwalts als vor allem durchführender Mediator eingegangen würde. Insoweit sei auf die inzwischen umfangreiche allgemeine Literatur zur Mediation verwiesen, denn der Rechtsanwalt als Mediator unterscheidet sich in seiner Rolle nicht wesentlich von der eines Mediators mit anderem Berufshintergrund. Die nachfolgenden Ausführungen sollen vielmehr dazu anregen, vor allem über die Rolle des Rechtsanwalts als Begleiter insbesondere von gerichtlichen Mediationen nachzudenken, und greifen hierzu einige besonders praxisrelevante Aspekte heraus.

## II. Grundsätzliches zur Mediation

Mediation ist ein Verfahren zur Streitbeilegung.<sup>5</sup> Dieses gliedert sich in verschiedene, nacheinander ablaufende Phasen,<sup>6</sup> die dazu dienen, verlorengegangene Kommunikationsbereitschaft und Kooperation der Parteien wieder in Gang zu bekommen und auf einem Niveau zu halten, welches die Parteien in die Lage versetzt, eigene, zukunftsorientierte Lösungen zur Beendigung ihres Konflikts zu finden.<sup>7</sup> Aufgabe des Mediators ist es, durch dieses Verfahren zu leiten und Hilfestellungen zu geben, damit das Ziel einer gemeinsamen Lösungsfindung durch die Parteien verwirklicht werden kann.

Getragen wird diese Art der Konfliktbewältigung neben dem Verfahren von eng umschriebenen *Merkmale der Mediation*,<sup>8</sup> nämlich der *Freiwilligkeit* an der Teilnahme einer Mediation, der *Selbstverantwortlichkeit* der Parteien, ihren Konflikt selbst, nur mit Hilfestellung eines Mediators, lösen zu wollen, der *Informiertheit* der Parteien über Ansichten, Wahrnehmungen, Emotionen der an der Mediation beteiligten Gegenpartei(en), der Gewissheit, dass die gegebenen Informationen und Gefühlslagen *vertraulich* behandelt werden, und der *Allparteilichkeit* (aktive Neutralität) des Mediators gegenüber jeder Partei. Neben dem Verfahren in nacheinander ablaufenden Phasen und der Berücksichtigung der wesentlichen Merkmale einer Mediation ist das so genannte *Setting* von entscheidender Bedeutung für das Gelingen einer Mediation. Das Arbeiten mit Flip-Charts oder Projektoren, um Gesagtes der Parteien zu visualisieren, gehört zur Standardausrüstung des Mediators, ebenso eine durchdachte Sitzordnung, die es ermöglicht (ohne Sichthindernisse wie Aktenberge oder Notebooks), alle Beteiligten wahrzunehmen und zu vermitteln, alle sitzen tatsächlich an einem Tisch, also auf gleicher Ebene.<sup>9</sup>

## III. Der Rechtsanwalt als Interessenvertreter

In § 43a Abs. 4 BORA heißt es: „Der Rechtsanwalt darf keine widerstreitenden Interessen vertreten.“ *Widerstreitend* sind Interessen, wenn sie aus demselben Sachverhalt gegenläufig abzuleiten sind.<sup>10</sup> Schutzrichtung dieser Regelung ist das Vertrauensverhältnis zum Mandanten, die Wahrung der Unabhängigkeit des Rechtsanwalts sowie die im Interesse der Rechtspflege gebotene Geradlinigkeit der anwaltlichen Berufsausübung.<sup>11</sup> Eng mit dem Berufsrecht verknüpft ist der Straftatbestand des § 356 StGB (Parteiverrat). Danach macht sich ein Rechtsanwalt strafbar, wenn

<sup>4</sup> Gleiches gilt selbstverständlich auch für Rechtsanwältinnen. Nur aus Gründen der Übersichtlichkeit wird die männliche Form im Text gewählt.

<sup>5</sup> Eine umfassende Darstellung über Ablauf der Mediation in Phasen, Merkmale der Mediation, Ziele usw. ist nicht Gegenstand dieses Themas und wird für das Verständnis dieses Beitrags vorausgesetzt. Zur Einführung in Mediation wird folgende Literatur empfohlen: Das Harvard-Konzept, *Fisher, Ury, Patton*; *Nina L. Dulabaum, Mediation – Das ABC*.

<sup>6</sup> Siehe dazu *Rüssel*, Studien zu Staat, Recht und Verwaltung, Bd.5, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, 2004, S.84; *Risse*, Wirtschaftsmediation, 2003, S. 89ff.; *Kessen/Troja* in *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, München 2002, § 16 S. 395 Rn. 4 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Kessen/Troja* in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, München 2002, § 16, S. 394 Rn.1f.

<sup>8</sup> *Rüssel*, aaO, S. 85.

<sup>9</sup> Auf eine detaillierte Beschreibung wie ein Mediationsverfahren abläuft, welche Tragweite und Bedeutung die einzelnen Merkmale sowie die Sitzanordnung haben, wird an dieser Stelle bewusst verzichtet, um eng an der Hauptthematik des Beitrags zu bleiben.

<sup>10</sup> *Eylmann* in *Henssler/Prütting*, Kommentar zur Bundesrechtsanwaltsordnung, 2. Aufl. 2004, S. 425, § 43a Rn. 139.

<sup>11</sup> BT-Drucks. 12/4993, S.27.

er „bei den ihm in dieser Eigenschaft anvertrauten Angelegenheiten in derselben Rechtssache beiden Parteien durch Rat oder Beistand pflichtwidrig dient.“ Vereinfacht dargestellt, bedeutet „pflichtwidrig“ in diesem Zusammenhang, *Interessengegensätze* zwischen den Parteien zu verwirklichen. Zweck des § 356 StGB ist es, neben dem Schutz der Rechtspflege – durch Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Anwaltschaft – auch und gerade das Interesse der Mandantschaft zu schützen. Auf die unterschiedlichen Ansichten dazu, ob die Individualinteressen des Mandanten in § 356 StGB neben dem Schutz der Rechtspflege gleichrangig<sup>12</sup>, nachgeordnet<sup>13</sup> oder reflektiv<sup>14</sup> unter Schutz gestellt werden, soll es an dieser Stelle nicht ankommen.

Bleibt man dem klassischen Vorstellungsbild verhaftet, dass Interessen mit gesetzlichen Ansprüchen gleichzusetzen sind, so läge möglicherweise schon dann ein Verstoß gegen die in Rede stehenden Vorschriften vor, wenn der Rechtsanwalt auf gesetzlich geregelte Ansprüche zu Lasten seines Mandanten „verzichtet“, also den jeweiligen normierten Interesse des Mandanten nicht zum Recht und damit zur Durchsetzbarkeit verhilft. Unter dem Blickwinkel der Mediation käme es nicht auf die gesetzlich normierten Ansprüche an, sondern auf die hinter Ansprüchen häufig verdeckten und nicht immer leicht zu ermittelnden Interessen der Mandantschaft.

Dass aber ein Verzicht auf gesetzliche Ansprüche nicht mit einem Verstoß gegen § 43 a BRAO oder gar mit § 356 StGB gleichzusetzen ist, wird schon aus dem Umstand deutlich, dass der Streitstoff der Verfügung der Parteien unterliegt oder dass ein erteiltes Mandat durch Weisungen begrenzt werden kann. Schon das Reichsgericht<sup>15</sup> hat festgestellt, dass der Anwalt nicht tatbestandsmäßig im Sinne von § 356 StGB handelt, wenn das gemeinsame Verlangen der Parteien darauf gerichtet ist, zur Beilegung des Streits einen Rat zu erteilen; gleiches gilt, wenn der Anwalt im Auftrage beider Parteien um einen Vergleich bemüht ist.<sup>16</sup> Selbst wenn der Rechtsanwalt ein derartiges Mandat – nämlich, den Streit zwischen den Parteien auszugleichen – nur von einer Partei erhalten hat und er dann mit der Gegenpartei in Verhandlungen tritt sowie sich bemüht, zum Zwecke der Herbeiführung eines Vergleichs auch die Interessen der Gegenpartei mit zu berücksichtigen, soll der Tatbestand des § 356 StGB nicht erfüllt sein.<sup>17</sup>

Der eingangs beschriebene Spagat im Berufsbild und Berufsverständnis des Rechtsanwalts kann also auch ohne Verletzung berufsrechtlicher Pflichten oder gar strafrechtlicher Verbote sauber bewältigt werden; denn unter dem Blickwinkel der Mediation ist allein entscheidend, dass beide Rechtskreise dem Anwalt nur die Pflicht auferlegen, die Interessen der Mandantschaft derart wahr zu nehmen, dass ein Vertrauen aufgebaut wird, erhalten bleibt und nicht zum Nachteil der Mandantschaft vermeintliche Interessen vertreten werden, die – bei Lichte betrachtet – nicht die Interessen des Mandanten sind.

## IV. Der Rechtsanwalt als Begleiter einer Mediation

### 1. Begleitung zu einer gerichtlichen Mediation

In nahezu allen Bundesländern wurden und werden Projektgerichte eingerichtet, um Mediation an Gerichten durch einen ersuchten oder beauftragten Richter durchzuführen. Ein solches Mediationsverfahren im Rahmen sog. „gerichtsnaher“ oder „gerichtlicher“ Mediation knüpft an bestimmte Voraussetzungen:

- Ein Gerichtsverfahren muss anhängig sein.
- Die Parteien werden regelmäßig von Rechtsanwälten vertreten.
- Die Parteien haben ihre Zustimmung gegeben, den dem gerichtlichen Verfahren zugrunde liegenden Konflikt im Wege der Mediation lösen zu wollen.
- Der gesetzliche Richter gibt das Verfahren an einen nicht mit der Streitentscheidung befassten Kollegen, den Richtermediator, ab.
- Das Klageverfahren ruht während der Mediation.

<sup>12</sup> *Maurach/Schröder/Maiwald*, 9. Aufl. 2005, Strafrecht BT Bd. 2, S. 257.

<sup>13</sup> BGHSt 12, 96.

<sup>14</sup> SK-Rudolphi, 4. Aufl. 1991, § 356 Rn. 3.

<sup>15</sup> RGSt 14, 379.

<sup>16</sup> BGHSt 15, 336.

<sup>17</sup> RGSt 45, 308f; BGHSt 4, 82.

Auf den ersten Blick scheint sich an der Rolle und Funktion des Rechtsanwalts nichts zu ändern, vertritt er doch – wie bisher – seine Partei in einem Verfahren vor Gericht und wird erwartet, dass er sich für die Interessen seiner Partei einsetzt und diese möglichst umfassend durchsetzt. Der Unterschied zur herkömmlichen Rolle beginnt jedoch schon mit der Nachfrage des Richters beim Rechtsanwalt,<sup>18</sup> ob dieser bereit sei, seinem Mandanten vorzuschlagen, den konkreten Rechtsstreit zu Gunsten eines gerichtlichen Mediationsverfahrens ruhen zu lassen. Für den Rechtsanwalt bedeutet diese Nachfrage des Richters, dass er seiner Mandantschaft erklären muss, um was es sich bei Mediation handelt – nämlich, dass die Parteien ihre Lösung des Streits mit Hilfe des Richtermediators als neutralen Dritten eigenverantwortlich lösen –, wie das Mediationsverfahren grundsätzlich abläuft – Erarbeiten und Durchlaufen der Phasen einer Mediation –, dass die Teilnahme an der Mediation freiwillig geschieht und jederzeit abgebrochen werden kann, dass – dies meint die Ergebnisoffenheit der Mediation – der Mandant bereit sein sollte, auch auf rechtliche Ansprüche zu verzichten, um die hinter dem Streit stehenden Interessen besser verwirklichen zu können, dass beim Scheitern der Mediation das anhängige Klageverfahren weitergeführt würde und welche Aufgaben ihm – dem Rechtsanwalt – bei der Durchführung der gerichtlichen Mediation zukommen.

Eine derart orientierte Einführung und Beratung über das anstehende Mediationsverfahren und die damit verbundenen Anforderungen an den Mandanten können selbstverständlich nur dann gelingen, wenn der Rechtsanwalt Kenntnisse über Mediation besitzt. Dies setzt nicht voraus, dass er selbst als Mediator tätig ist, aber doch, dass er sich über den Ablauf der Mediation, insbesondere über die Mitwirkung der Parteien im Hinblick auf die Lösung des Streits bewusst ist und seine anwaltliche Rolle diesem Bewusstsein anpasst. Im Vergleich zu Rolle des „klassischen Parteivertreters“ vor Gericht sollte der Rechtsanwalt daher das Verständnis seiner Rolle und Funktion durch nachfolgend dargestellte Überlegungen anreichern.

#### a) Vorbereitung des Mandanten auf die Mediation

##### aa) Eignung des konkreten Streits für die Mediation

Bei gerichtlicher Mediation prüft zunächst der gesetzliche oder ersuchte Richter, ob die eingereichte Klage zur Mediation geeignet ist.<sup>19</sup> Dabei orientiert sich dieser, weil er die streitenden Parteien in der Regel nicht persönlich kennt, am Streitgegenstand. Im Vergleich zur Vorbereitung von Prozessen, bei denen durch Rechtsanwälte eine Vorauswahl über den Streitgegenstand getroffen wird, um gesetzlich geregelte Ansprüche durch zu setzen, wird in dieser Phase auf die emotionale Aufarbeitung des Streitstoffs noch verzichtet, mangels besserer Kenntnisse der Hintergründe zwangsläufig.

Allerdings stehen auch im Verfahren gerichtlicher Mediation die gesetzlich geregelten Ansprüche im Hintergrund und die Interessen der Parteien im Vordergrund des Verfahrens. Das Herausarbeiten dieser Interessen ist jedoch verbunden mit Aufarbeitung von Geschehnissen, die zum Konflikt und letztendlich zum gerichtlichen Verfahren geführt haben. Eine derartige Aufarbeitung wiederum spielt sich indes notwendigerweise nicht nur auf der sachlichen Ebene, sondern auch auf emotionaler Ebene ab.

Aufgabe des Rechtsanwalts ist es daher, seinen Mandanten darauf vorzubereiten, dass die streitige Angelegenheit durch das Mediationsverfahren auch emotional aufgearbeitet wird und entsprechende emotionale Reaktionen erwünscht sind.

##### bb) Erklärungen zum Ablauf des Mediationsverfahrens

Weiterhin ist für das Finden einer gemeinsamen Lösung durch die streitenden Parteien von Bedeutung, dass diese an einer solchen Lösung eigenverantwortlich mitwirken; andernfalls handelt es sich nicht um Mediation, sondern um eine Vergleichsverhandlung, bei der es häufig genügt, wenn nur die Parteivertreter miteinander verhandeln.

<sup>18</sup> In der Regel werden die beteiligten Rechtsanwälte durch den gesetzlichen Richter oder bereits den Richtermediator gefragt, ob eine Mediation für das rechtshängige Verfahren in Betracht kommt.

<sup>19</sup> Zu den Eignungskriterien wann ein Streit mediabel ist existieren unterschiedliche Meinungen. Grundsätzlich ist jeder Konflikt zur Lösung durch Mediation geeignet.

Um den Mandanten auf ein Mediationsverfahren vorzubereiten, ist es daher für den Rechtsanwalt notwendig, die *Mitwirkungsbereitschaft* und *Mitwirkungsfähigkeit* des Mandanten zu beurteilen. Nicht jeder Mandant ist in der Lage – respektive traut sich zu –, seine Geschicke ein Stück weit selbst in die Hand zu nehmen. Aus diesem Grunde hat er sich möglicherweise an seinen Anwalt gewandt und ein gerichtliches Klageverfahren angestrebt, um letztendlich eine Lösung durch einen Entscheider – den Richter – herbeiführen zu lassen. Um dem Mandanten diese „Mitwirkungspflicht“ vor Augen zu führen, ist es notwendig, dass der Rechtsanwalt den Ablauf des Verfahrens kennt und verdeutlicht, dass, obwohl ursprünglich ein gerichtliches Klageverfahren zwecks Erlangung einer Entscheidung durch den Richter eingeleitet worden ist, der Mandant nunmehr selbst die Lösung seines Konflikts herbeiführen muss, soll das Mediationsverfahren erfolgreich abgeschlossen werden.

##### cc) Rechtliche Konsequenzen des Verfahrens

Dem Mandanten muss seitens des Rechtsanwalts vor Augen geführt werden, dass im Mediationsverfahren Interessen im Vordergrund stehen und gesetzliche Ansprüche dahinter zurück treten (können).

Der *Mehrwert einer Mediation* besteht für den Mandanten gerade darin, auch nicht gesetzlich Geregelter zur Sprache zu bringen und entsprechende Interessen mit in die Lösung einzubeziehen. Ein solches Einbeziehen ist im Klagewege oft nicht möglich, weil häufig keine auf die Interessen selbst zugeschnittenen Ansprüche bestehen.<sup>20</sup> Dennoch sollte deutlich angesprochen werden, auf welche Ansprüche möglicherweise zum Teil oder ganz verzichtet würde und auf welche Ansprüche nicht verzichtet werden kann,<sup>21</sup> weil sonst beispielsweise Sittenwidrigkeit des Vereinbarten eintritt. Ebenso ist zu erläutern, ob die vermeintlichen Ansprüche überhaupt Aussicht auf Erfolg hätten oder mangels Beweisen oder erschwerter oder teurer Beweisführung nur mit Abstrichen durchgesetzt werden könnten.

Ein Vorgespräch über die rechtlichen Aussichten der ursprünglich geltend gemachten Ansprüche erleichtert dem Mandanten die Abwägung zwischen gesetzlich geregelten Ansprüchen und tatsächlichen Interessen. Die wirklichen Interessen zu ermitteln, fällt nämlich wesentlich leichter, wenn im Hintergrund nicht ständig das Gefühl mitschwingt, ohne Not auf Rechte und damit auf Ansprüche verzichten zu haben. Zudem erleichtert die Einschätzung der Erfolgsaussichten von Ansprüchen, sowohl der eigenen als auch der Gegenseite, die Sichtweise für Dauer und Kosten des rechtshängigen Klageverfahrens. Häufig ermöglicht erst diese *Gesamtbetrachtung* die Erkenntnis, welche Spielräume neben dem Klageweg für Verhandlungen bestehen.

Aus Sicht der Mandantschaft ist zudem von Bedeutung, wie das Verfahren endet. Deshalb muss der Rechtsanwalt den Mandanten schon im Vorgespräch, über die Möglichkeiten eines Verfahrensendes – etwa in Form eines gerichtlichen Vergleichs, der ebenso wie ein Urteil Titelfunktion hat – informieren.

##### dd) Kosten des Verfahrens und Vergütung des Rechtsanwalts

Im Hinblick auf die gerichtsnahe oder gerichtliche Mediation sollte dem Mandanten aufgezeigt werden, dass nach derzeitiger Gestaltung die Kosten des Verfahrens sich grundsätzlich nicht von den Kosten für das Gerichtsverfahren unterscheiden. Wie bei Vergleichen vor Gerichten in der Praxis oft üblich, werden die Kosten geteilt oder im Hinblick auf die außergerichtlichen Kosten gegeneinander aufgehoben.

Im Gespräch zwischen Rechtsanwalt und Mandantschaft sollte jedenfalls deutlich werden, dass – selbst wenn das Mediationsverfahren vor Gericht scheitert – keine zusätzlichen Kosten anfallen. Dies gilt auch mit Blick auf die Vergütung des Rechtsanwalts. In Rechnung gestellt werden kann eine Verfahrensgebühr, eine Terminsgebühr – unabhängig davon, wie lange oder wie oft das Mediationsverfahren dauert oder im Fall des Scheiterns wieder in das Klageverfahren übergeht – sowie eine Einigungsgebühr, wenn die Mediation im Wege des gerichtlichen Vergleichs endet.

<sup>20</sup> Z. B. bei Lärm durch Nachbarschaft, Kinderspielplätzen, Bolzplätzen etc., der nicht Grenzwert übersteigt.

<sup>21</sup> Vereinbarter Verzicht des Vaters auf den Unterhalt der Kinder.

## b) Unterstützung bei der Durchführung der Mediation

Bei der Durchführung der Mediation durch den Richtermediator ändert sich die Rolle des Rechtsanwalts kolossal.

Anders als er es von Gerichtsverfahren gewohnt ist, muss der Rechtsanwalt viel weniger agieren, denn die streitenden Parteien (Medianten) haben die Aufgabe, ihren Streit selbst zu lösen. Das setzt Handeln in Form von Sprechen und Zuhören durch die Parteien voraus. Der Rechtsanwalt hat vorwiegend die Aufgabe, „nicht zu sprechen“, selbst wenn seine Partei Informationen weiter gibt oder Lösungen anbietet, bei denen dem Rechtsanwalt im Hinblick auf rechtliche Ansprüche die „Haare zu Berge stehen“. Das Nichtsprechen respektive Nichteingreifen fällt wie – die Praxis zeigt – auch erfahrenen Rechtsanwälten anfänglich sehr schwer; verlangt also eine entsprechende Disziplin, damit im Mediationsverfahren die Parteien tatsächlich ihren Streit selbstständig lösen und nicht nur durch ihren Parteivertreter lösen lassen können.

Andererseits besteht die Aufgabe des Rechtsanwalts auch darin, den Mandanten zu ermuntern, selbst seine Geschicke in die Hand zu nehmen, selbst zu sagen was ihm passt oder nicht passt, und nicht bei jedem fragenden oder hilflosen Blick des Mandanten diesem die Zügel seiner Konfliktbewältigung aus der Hand zu nehmen. Daher muss der Rechtsanwalt in der Mediation den Weg zum Ziel, nämlich das Aufarbeiten des Konflikts auf emotionaler und sachlicher Ebene sowie die eigenverantwortliche Lösung des Streits durch die Parteien ständig präsent haben. Andernfalls droht er nämlich in seine herkömmliche Rolle zurückzufallen, die von ihm verlangt, allein einen rechtlich relevanten Sachverhalt vorzutragen – also einen „reinen“ Sachverhalt frei von Emotionen – und diesen mit rechtlichen Argumenten anzureichern, damit er das Gericht von seiner Rechtsauffassung überzeugen kann.

Wie bereits angesprochen wurde, ist nicht jede Partei gleich gut in der Lage, ihre Interessen dazustellen. Hier darf der Rechtsanwalt auch Hilfestellungen geben. Beispielsweise, indem er den Mandanten ermuntert, vielleicht jenes oder dieses zu erzählen, was die Partei im Vorgespräch angedeutet hat. Oder, indem er darauf hinweist, dass der Mandant keine Angst haben muss, dass die in der Mediation gegebenen Informationen beim Scheitern der Mediation im anschließenden Gerichtsverfahren gegen ihn verwendet werden, oder auch darauf, dass ein wenig Aufregung oder gar Tränen natürlich sind und nicht etwa einen Gesichtverlust bedeuten. Die Grenzen zum Handeln durch den Rechtsanwalt sind fließend und in besonderem Maße davon abhängig, ob der Mandant in der Lage und Willens ist, am Mediationsverfahren aktiv teilzunehmen.

Eingreifen muss der Rechtsanwalt spätestens dann, wenn aufgrund von Machtgefällen, die auch der Richtermediator nicht in den Griff bekommt, seine Partei ins Hintertreffen gerät. *Machtgefälle* sind meist schwierig zu erkennen. So müssen ungleich lange Wortbeiträge der beteiligten Parteien nicht zu einem Machtgefälle führen, nur weil ein Mediant sprachgewandter als der andere ist und seine Interessen besser auf den Punkt bringen kann. Machtgefälle kristallisieren sich in den meisten Fällen erst während des Mediationsverfahrens heraus und sind beispielsweise daran zu erkennen, dass sich eine Partei nicht wohl fühlt. Dies kann sich etwa an der Körperhaltung zeigen, an einem veränderten Sprachverhalten oder an einem veränderten Verhalten in Form von verbalen Entgleisungen gegenüber der anderen Partei. Treten Machtgefälle auf, ist vom Rechtsanwalt gefordert, einzugreifen und beispielsweise vom Richtermediator einzufordern, die Einhaltung von Spielregeln sicher zu stellen.

## c) Prüfung der abschließenden Mediationsvereinbarung in Form eines Vergleichs

Ist die Mediation erfolgreich verlaufen, so steht am Ende einer gerichtlichen Mediation – sofern nicht etwa das anhängige Streitverfahren durch Klagrücknahme oder Rechtsmittelrücknahme enden soll – in aller Regel die Protokollierung eines gerichtlichen Vergleichs.

Hier stellen sich zunächst für den Rechtsanwalt die gleichen Anforderungen wie bei Abschluss anderweitiger gerichtlicher Vergleiche auch. Zu prüfen ist, ob die getroffene Lösung hinreichend konkret ist, so dass jede Partei erkennen kann, was von ihr gefordert wird. Hinreichend konkret muss die Vereinbarung auch

deshalb sein, weil diese Titelfunktion hat, also vollstreckbar sein sollte. Zudem dürfen keine gegen gesetzliche Verbote verstoßenden oder gar sittenwidrigen Vereinbarungen getroffen werden.

Anders als bei auf reguläre und auf rechtliche Ansprüche fokussierten Gerichtsverhandlungen hin abgeschlossenen Vergleichen nimmt der aus einer Mediation hervorgegangene gerichtliche Vergleich aber auch und gerade Inhalte auf, die gesetzlich geregelte Ansprüche in den Hintergrund treten lassen oder ganz auf diese verzichten (sofern nicht ein derartiger Verzicht – wie beispielsweise Verzicht auf Kindesunterhalt – sittenwidrig ist). Hier sollte dem Rechtsanwalt bewusst sein, dass nicht die Ansprüche seines Mandanten im Vordergrund stehen, sondern dessen Interessen und die Interessen der Gegenseite. Entsprechend enthält die Mediationsvereinbarung Inhalte, die möglicherweise rechtlich irrelevant sind und bei Klageverfahren, welche sich allein am Streitgegenstand orientieren, niemals mit in die Vergleichsvereinbarung aufgenommen würden.

Die Aufnahme von allein *interessenorientierten Inhalten* in die Mediationsvereinbarung muss den Rechtsanwalt nicht schrecken, hat er doch im vorangegangenen Mediationsverfahren von seinem Mandanten erfahren, warum dieser jenes oder dieses Interesse in die Vereinbarung mitaufgenommen wissen will. Unter Mediatoren diskutiert wird allerdings, ob und inwieweit der Rechtsanwalt bei der Formulierung der Vereinbarung mitwirken darf oder ob eine solche Mitwirkung dem Mediationsmerkmal Eigenverantwortlichkeit widersprechen würde. Mit Blick auf die oben angesprochene hinreichende Konkretisierung der getroffenen Absprache – und im Anwaltsprozess schon wegen der prozessbeendenden Wirkung des Prozessvergleichs – ist es sicherlich erforderlich, dass der Rechtsanwalt bei der Formulierung der Mediationsvereinbarung mithilft. Allerdings ist darauf zu achten, dass die Parteien sich und ihre gemeinsam erarbeitete Lösung in den Formulierungen wieder finden, andernfalls würde den Medianten eine Lösung – wie von einem Entscheider – „übergestülpt“. Mögliche Folge wäre, dass eine derartige Vereinbarung nicht nachhaltig wäre, also von den Parteien nicht dauerhaft eingehalten würde.

## 2. Begleitung zu einer außergerichtlichen Mediation

Findet die Mediation außerhalb des Kontextes eines anhängigen gerichtlichen Verfahrens statt, handelt es sich also um außergerichtliche Mediation, so muss der begleitende Rechtsanwalt die oben erwähnten Aufgaben gleichermaßen bewältigen.

Anders als bei der gerichtlichen Mediation – bei welcher der Richtermediator das Grundvertrauen in Professionalität und Integrität der Justiz nutzen kann – zeigt sich in der Praxis schnell, dass der außergerichtlich tätige Mediator keine ihm vom Staat verliehene Autorität im Hinblick auf die Entscheidungsgewalt in der Sache inne hat. Vielmehr bezieht der Mediator Autorität allein aus der Anerkennung seiner Person<sup>22</sup>. Diese muss aber erst erarbeitet werden. Bereits mit den ersten Vorgesprächen, sei es mit einer Partei oder gemeinsam mit allen streitenden Parteien und ggf. ihren Rechtsbeiständen, muss begonnen werden, Vertrauen in die Person des Mediators und in das Verfahren aufzubauen. Aufgabe des begleitenden Rechtsanwalts ist es, beim Mandanten bereits im Vorgespräch für das Vertrauen in das Verfahren und in die Person des Mediators zu werben. Dies setzt beim begleitenden Rechtsanwalt wiederum voraus, dass er selbst Kenntnis über das Verfahren und die Person des Mediators hat, seine Rolle bewusst wahrnimmt sowie seine Partei unterstützt und ggf. eingreift, wenn dies, wie oben beschrieben, notwendig ist.

## V. Der Rechtsanwalt als Berater bei Abschluss einer Mediationsvereinbarung

Wird der Rechtsanwalt beauftragt, einen Blick auf die bereits vorformulierte abschließende Mediationsvereinbarung zu werfen, um diese in rechtlicher Hinsicht zu bewerten und ohne selbst am Mediationsverfahren teilgenommen zu haben, so ist im Blick zu behalten, dass es in erster Linie um den Ausgleich von Interessen und nicht um die Durchsetzung von gesetzlich normierten Ansprüchen geht. In rechtlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob die Mediationsvereinbarung gegen die guten Sitten verstößt etc. In tatsächlicher Hinsicht ist ein ausgiebiges Gespräch mit dem Mandanten angezeigt, um die Interessen des Mandanten zu verstehen und

<sup>22</sup> Rüssel, aaO, S. 85f.



zu vergleichen, ob sich diese Interessen in der vorformulierten Mediationsvereinbarung wiederfinden.

## VI. Fazit

Dass Mediation zum modernen Berufsbild des Rechtsanwalts gehört, sollte für jeden Anwalt unabhängig davon, ob er selbst als Mediator arbeitet, selbstverständlich sein. Dies erkennen neben dem bereits erwähnten § 18 BORA zwischenzeitlich auch § 278 Abs. 5 ZPO sowie das RVG an.

# Ein Jahr Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein – zu Stand und Perspektiven eines neuen Projekts

Konstanze Görres-Ohde, Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts, Schleswig

„Für eine Einigung ist es nie zu spät. Nutzen Sie die Möglichkeit der gerichtlichen Mediation in Schleswig-Holstein!“ heißt es werbend im zentralen Info-Flyer „*Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein – die andere Konfliktlösung*“, welcher seit Ende 2005/Anfang 2006 in den Landgerichten Flensburg, Itzehoe, Kiel und Lübeck, dem Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, dem Amtsgericht Pinneberg und seit Frühjahr 2006 auch im Amtsgericht Kiel auf das Angebot gerichtlicher Mediation in diesen Gerichten hinweist. Vor wenigen Tagen sind das Amtsgericht Neumünster und das Amtsgericht Norderstedt hinzu gekommen.

Nach über einjähriger Dauer des Projekts gerichtlicher Mediation in den meisten der teilnehmenden Projektgerichte kann eine erste Zwischenbilanz gezogen werden.

## I. Das Projekt „Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein“ und seine Eckpunkte

Mediation durch Richterinnen und Richter in Verzahnung mit einem anhängigen Gerichtsverfahren ist keine schleswig-holsteinische Erfindung. Kolleginnen und Kollegen in Niedersachsen – allen voran dem damaligen Präsidenten des Landgerichts Göttingen Dr. Peter Götz von Olenhusen und dem dort damals tätigen Vorsitzenden Richter am Landgericht Wolfgang Scheibel – gebührt das Verdienst, die aus den USA kommende Idee der Mediation innerhalb eines Gerichts als Teil eines „Multi Door Court-House“ in die deutsche Realität transformiert zu haben.

Nach niedersächsischem Vorbild wurde daher auch in Schleswig-Holstein ab Herbst 2005 Mediationsangebote aufgebaut, für die drei Elemente kennzeichnend sind, nämlich:

- ein an einem *Phasenmodell* orientiertes freiwilliges, vertrauliches und interessenzentriertes Mediationsgespräch über einen als Rechtsstreit anhängigen Konflikt, in aller Regel in Begleitung der im Verfahren tätigen Anwälte,
- die Moderation des Gesprächs durch einen in mediiender Gesprächsführung ausgebildeten Mediator, der *Richter, aber nicht der streitentscheidende Richter* ist,
- und die Möglichkeit, den für das Mediationsgespräch zum Ruhen gebrachten Rechtsstreit, nach Abschluss des Mediationsgesprächs als *richterliche Güteverhandlung* wieder aufzurufen, um dort die in der Mediation erarbeitete Einigung sogleich als gerichtlichen Vergleich zu protokollieren.

Damit wird zugleich deutlich, dass diese Mediation – wir in Schleswig-Holstein nennen das Projekt „Gerichtliche Mediation“, andere sprechen von „Gerichtsnaher Mediation“ oder „Gerichtsintegrierter Mediation“; nahe steht aber auch das in Bayern praktizierte Güterichtermodell<sup>1</sup> – auf allen dieser drei Ebenen in das Justizsystem integriert ist:

- denn gerichtliche Mediation baut auf dem anhängigen Streitverfahren auf und nutzt den dort schon erarbeiteten und gefüllten Vorrat an Sachinformationen,

<sup>1</sup> Das bayerische Güterichtermodell integriert Mediation vollständig in die nach § 278 Abs. 2 ZPO durchgeführte Güteverhandlung, diese erfolgt aber ebenfalls vor einem anderen als dem streitentscheidenden Richter; hierzu näher z.B. Greger, Güterichter – ein Erfolgsmodell, ZRP 2006, 229 f.

Um diesem modernen Berufsbild zu entsprechen, benötigt der Rechtsanwalt nicht nur bei der Ausübung als Mediator eine entsprechende Ausbildung und Kenntnisse über Gesprächsführung, Kommunikation, Körpersprache, Umgang mit Emotionen etc. Entsprechende Kenntnisse und die Fähigkeit, diese im Interesse des Mandanten einzusetzen, sind vielmehr auch als Begleiter zu einer Mediation, als Prüfer oder Verfasser von Mediationsvereinbarungen – letztlich für die Umsetzung eines modernen Berufsbildes des Rechtsanwalts überhaupt – unerlässlich.

- sie nutzt die justitielle Professionalität in der Person des aus der Justiz stammenden Mediators, bisher eines Richters,
- und sie nutzt die bei Gericht vorhandene Möglichkeit der raschen und professionellen Errichtung von Vollstreckungstiteln.

Im Verhältnis zu Projekten anderer Bundesländer neu war allerdings der nahezu gleichzeitige Start von Mediationsangeboten an allen Landgerichten des OLG-Bezirks und am Oberlandesgericht selbst. Dieser *landesweite Zuschnitt unseres Mediationsprojekts* trägt dem Zuschnitt Schleswig-Holsteins und der starken Verbundenheit seiner einzelnen Regionen Rechnung, die – obgleich Teile eines Flächenlandes – von Rechtssuchenden und Anwaltschaft doch als einheitlicher Lebensraum wahrgenommen werden.

Konsequent war daher auch eine Organisationsstruktur, die inhaltlich und strukturell einen landesweit gültigen gemeinsamen Rahmen vorgibt, ohne zugleich die für die Realisierung eines derart innovativen Streitschlichtungskonzepts dringend benötigte Kreativität der richterlichen Mediatorinnen und Mediatoren vor Ort einzuschränken. Daher wird die Koordinierung des Projekts zwar vom Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht zentral vorgenommen, beschränkt sich aber bisher auf die Wahrnehmung zentraler Aufgaben, wie etwa Fortbildung und Erfahrungsaustausch, landesweite Öffentlichkeitsarbeit, Kontakte zum Justizministerium und zur Rechtsanwaltskammer und die Fixierung der strukturellen Rahmenbedingungen des Projekts. Themen also, über deren Behandlung mit den Präsidenten und den Leitern der örtlichen Mediationsabteilungen ohnehin bisher weitestgehend Konsens erzielt werden konnte.

In den am Mediationsprojekt teilnehmenden Gerichten selbst sind im Schnitt 5–7 besonders geschulte Richterinnen und Richter als Mediatorinnen oder Mediatoren im Einsatz, die überwiegend durch am „Göttinger Modell“ orientierte und vom Oberlandesgericht zentral organisierte Fortbildungskurse vorbereitet worden sind. Die Auswahl der zu Mediatorinnen oder Mediatoren fortzubildenden Richterinnen und Richter erfolgt durch die jeweiligen Präsidenten unter Beteiligung der örtlichen Richterräte. Die Beantwortung der Frage, ob die Wahrnehmung von Mediation als Aufgabe schon der Spruchrichtertätigkeit zugeordnet werden kann oder mangels spezifischer Regelung noch der Justizverwaltung zugerechnet werden muss, ist zwar nicht zweifelsfrei und auch von – verständlichen – justizpolitischen Wünschen getragen.<sup>2</sup> Selbst bei – anfänglich mehrheitlich befürworteter – Einordnung der Mediation als noch einer Justizverwaltungsaufgabe wurden und werden die Präsidenten der Gerichte aber jedenfalls nach Maßgabe des § 21 e Abs. 6 GVG beteiligt. Bis vor kurzer Zeit<sup>3</sup> erfolgte der Einsatz der Mediatorinnen und Mediatoren bei allen Gerichten ohne Entlastung im jeweiligen Richterdezernat, gründete also – was es einmal hervorzuheben gilt – bei allen Gerichten in der Aufbauphase auf dem freiwilligen Engagement interessierter Richterinnen und Richter.

<sup>2</sup> Vgl. zur Problematik der Einordnung und ihren derzeitigen Konsequenzen für Schutz der Vertraulichkeit und Haftungsrisiko Probst, Gerichtliche Mediation – zum Start eines neuen Projekts, SchIHA 2005, 317 ff.

<sup>3</sup> Unterschiedliche Entlastungsmodelle werden derzeit an zwei Landgerichten und an einem Amtsgericht praktiziert.

## II. Das Projekt „Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein“ und sein bisheriger Erfolg

Natürlich wurde mit der landesweit gleichzeitigen Realisierung des Mediationsprojekts Neuland betreten, organisatorisch und inhaltlich.

Manche Zweifelsfragen – etwa nach dem Haftungsrisiko, dem Schutz der Vertraulichkeit und dem Gebührenrisiko<sup>4</sup> – mussten ebenso verantwortbar beantwortet wie generell für Akzeptanz dieser für traditionell ausgebildeten Juristen ungewohnten Aufgabe geworben werden. Und sicherlich ist der Lernprozess für alle an der Mediation Beteiligten – gleich ob Richter, Anwälte oder Konfliktbeteiligte – noch nicht abgeschlossen.

Allerdings konnte schon bisher etwas ganz Wichtiges gezeigt werden: nämlich, dass Mediation im justitiellen Kontext trotz durch die Anhängigkeit des Rechtsstreits bereits eingetretener Verrechtlichung tatsächlich funktioniert.

In Schleswig-Holstein haben wir – Näheres mag den im A

nhang abgedruckten Tabellen entnommen werden – allein im Jahre 2006 an 4 Landgerichten, 2 Amtsgerichten und am Oberlandesgericht über 860 Verfahren in die Mediationsabteilungen der Gerichte übernommen. Von diesen haben die 37 Mediatorinnen und Mediatoren im Jahre 2006 nur in 385 eingegangenen Verfahren keine Zustimmung der Parteien zur Mediation erhalten (44,76%) – dies entspricht einer *Zustimmungsquote von wenigstens 55 %* – und in den bis zum 31. Dezember 2006 nach Mediationssitzung abgeschlossenen Mediationsverfahren 280 Einigungen der Parteien erreichen können. Dies ist eine *Erfolgsquote von insgesamt 80,22 %*; die Quote für den zweiten Rechtszug (OLG) ist mit immerhin noch 72,22 % nur geringfügig schlechter als die Quote in der ersten Instanz.

Überwiegend gelangen die Konfliktbeteiligten in einer im Schnitt knapp unter drei Stunden andauernden Mediationssitzung zu einem Ergebnis. Fortsetzungstermine gibt es, sind aber eher die Ausnahme. Als mediationsgeeignet haben sich fast alle Verfahrensarten erwiesen, in denen ein Mehrwert gegenüber einer gerichtlichen Entscheidung erwartet werden kann, besonders also in durch Beziehungsgeflechten überlagerte Rechtsstreitigkeiten, darunter auch Erbschaftsstreitigkeiten, aber auch in Bauprozessen, Mietsachen, Wohnungseigentumsachen, Streitigkeiten unter Gesellschaftern und Prozesse unter Kaufleuten. Nach anfänglicher Zurückhaltung gibt es auch erste Erfolge bei der Familienmediation, obwohl diese wegen besonders tiefstehender Konflikte sehr aufwändig sein kann.

### III. Gerichtliche Mediation – Chancen, Risiken, Perspektiven

Was zeigt uns das Jahr Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein? Was können wir erhoffen? Was müssen wir befürchten?

1. Die beeindruckend hohe Erfolgsquote – soweit sie im zweiten Rechtszug etwas geringer ausfällt, ist dies das Resultat der dort insgesamt stärker komplexen und stärker verrechtlichten Verfahrenssituation – kann nicht nur mit der Attraktivität eines neuen Projekts erklärt werden. Wer einmal erlebt hat, dass sich streitende Ärzte nach einer über Mediation vorgenommenen Praxisauseinandersetzung in den Armen lagen, weiß um die Wirksamkeit des Mediationskonzepts.

Die rasch erfahrbaren *Vorteile Gerichtlicher Mediation* liegen vielmehr darin, dass auf diese Weise schneller und zumeist auch kostengünstiger als im gerichtlichen Verfahren – besonders dann, wenn eine aufwändige Beweisaufnahme vermieden werden kann – eine Konfliktlösung erarbeitet werden kann. Eine Konfliktlösung zudem – und dies ist genauso bedeutend –, welche die Konfliktbeteiligten in Selbstbestimmung als ihre akzeptieren und deren Horizont oft über das Streitprogramm des gerichtlichen Verfahrens hinaus greifen kann.

Dass dies in der Mediation möglich wird, ist das Ergebnis der im Unterschied zum gerichtlichen Verfahren viel stärkeren Interessierung, die die Parteien viel ausführlicher selbst zu Wort kommen lässt, einer hierauf zugeschnittenen – stärker informellen – Gesprächsatmosphäre und einer ganz anderen Gesprächsführung, die vom „aktiven Zuhören“ über die Anwendung von Risikoanalyse-, Deeskalations- und Kreativitätstechniken bis zum Wechsel von Plenums- und Einzelgesprächen reichen kann. Und vielleicht nimmt der Mediator sich einfach auch ein wenig mehr Zeit.

<sup>4</sup> Zu diesen Fragen Probst aaO.

Nicht unwichtig ist auch die andersartige Rolle des neutralen Dritten in der Mediation. Während nämlich der Richter selbst im Vergleichsgespräch zumeist mit einem Vergleichsvorschlag die Initiative ergreift und zuvor oder zu dessen Begründung seine Einschätzung der Erfolgsaussichten der Klage oder des Rechtsmittels mitteilt – hierzu ist er schon gemäß § 139 ZPO verpflichtet –, obliegt bei der Mediation die Erarbeitung von Lösungsoptionen regelmäßig den Parteien und ihren Anwälten; der Mediator unterstützt sie lediglich dabei. Dieser Funktionsunterschied führt zu einem wichtigen Perspektivwechsel: richten nämlich Anwälte und Parteien in einem gerichtlichen Vergleichsgespräch ihr Verhalten auf den mutmaßlichen Prozessausgang aus, sind weiter vorsichtig und überlassen letztlich allzu oft die Verantwortung für Misslingen oder Gelingen eines Vergleichs – den sie ja nicht vorgeschlagen haben – dem Gericht, müssen sie bei der Mediation selbst initiativ werden und überlegen, was sie ihrer Interessenlage nach erreichen wollen und wo sie der anderen Seite entgegen kommen können. Ein Phänomen, das ganz neuartige Kräfte zur Erarbeitung einer Konfliktlösung freisetzt.

Damit ist zum Teil schon die sich aufdrängende Frage beantwortet, ob die durch ein Mediationsgespräch erarbeiteten Ergebnisse auch Resultat eines herkömmlichen gerichtlichen Vergleichsgesprächs sein könnten. Grundsätzlich ist dies sicher möglich. Aber oft erst zu einem wesentlich späteren Zeitpunkt und nach umfangreichem Wechsel von Schriftsätzen, unter viel mehr Einfluss des mutmaßlichen Verfahrensausgangs und auch noch stärker abhängig vom Geschick des neutralen Dritten, hier des gesetzlichen Richters. Anders gewendet: ist der Weg in die Mediation erst einmal eröffnet – was selbstverständlich bereits eine erste Grundentscheidung der Konfliktbeteiligten darstellt –, wird der Weg zur gütlichen Einigung in der Mediation doch zielgerichteter beschritten und kann durch den Mediator auch ebenso zielgerichtet begleitet werden.

2. Aber natürlich gibt es auch Fehleinschätzungen, Risiken und noch offene Fragen:

Zunächst darf Gerichtliche Mediation nur sehr bedingt als Maßnahme zur generellen Justizentlastung verstanden werden. Denn mag auch auf diese Weise der einzelne Rechtsstreit rascher enden und – wie nicht selten – sogar weitere Streitigkeiten miterledigt oder vermieden werden, so kann doch die einzelne Mediation in Durchführung und Vorbereitung durchaus aufwändiger sein als ein gerichtliches Verfahren. Dies erklärt sich dadurch, dass eine erfolgreiche Mediation den Streithorizont oft erst weiten muss und außerdem von den Konfliktbeteiligten einen oft steinigem Weg abverlangt, wenn nämlich diese sich von liebge gewordenen Illusionen lösen sollen oder auch nur vom nun einmal eingeschlagenen Weg des Streitens. Damit hängt der Erfolg der Gerichtlichen Mediation ohne Zweifel auch von der kommunikativen Kompetenz der Mediatorinnen und Mediatoren ab, so dass die Fragen nach ihrer Auswahl und ihrer Aus- und Fortbildung nicht zu unterschätzen sind. Richtig verstanden, stellt sich somit gerichtliche Mediation vor allem als *Maßnahme der Angebotsverbreiterung* der Justiz dar.

In Schleswig-Holstein haben wir bisher auch noch Akzeptanzprobleme zu bearbeiten. Dies beginnt mit dem Verweis auf einige noch ungelöste, wenn auch lösbare Probleme des verfahrensrechtlichen Rahmens, des Schutzes der Vertraulichkeit, des Haftungsrisikos von Mediatoren und Anwälten und führt über die Befürchtung unliebsamer Konkurrenz zur externen Mediation weiter zum Verdacht der bloßen Modeabhängigkeit, aber eben auch zur grundlegenden Ablehnung des Projekts.

Wird Skepsis von Anwälten geäußert, verbergen sich hinter dieser zumeist Negativerfahrungen mit einzelnen Mediationen oder einzelnen Mediatoren, die Sorge um die – in der Tat oft noch zu findende – eigene Rolle in der Mediation, aber auch immer noch Informationslücken. Insgesamt also Defizite, denen durch entsprechende Informationsarbeit und geduldiges Weiterarbeiten am Projekt begegnet werden kann. Denn nichts wirbt mehr für ein Projekt als sein tatsächlicher Erfolg.

Und auch die gelegentlich zu spürende Konkurrenzfurcht sollte sich entscheidend dadurch relativieren, dass Gerichtliche Mediation erst nach Anhängigkeit eines Rechtsstreits zum Zuge kommen kann, so dass es immer noch Sinn macht, schon vorgehend Mediation zu versuchen. Ganz zu schweigen von den Si-

tuationen hochspezialisierter Mediation – etwa Familienmediation, Wirtschaftsmediation, Verwaltungsmediation –, in denen auch nach Anhängigkeit eines Gerichtsverfahrens noch eine außergerichtliche Mediation lohnt. Ohnehin scheint die Gerichtliche Mediation durchaus eigene Charakteristika zu entwickeln, zwischen klassischer externer Mediation und herkömmlicher Vergleichsverhandlung. Und dass nicht nur die Streitentscheidung, sondern auch die Streitschlichtung eine justitielle Aufgabe ist, sollte spätestens bei der Einführung einer obligatorischen Güteverhandlung durch den ZPO-Reformgesetzgeber Gemeingut darstellen.

Sinnvoll und vernetzt gedacht, sind daher eine – wie in Bayern praktiziert – mediativ ausgerichtete Güteverhandlung oder auch unsere Gerichtliche Mediation einerseits und externe Mediation andererseits niemals Gegensätze, sondern willkommene Ergänzung. Folgerichtig ist es daher, dass der für den 30. Juni 2007 im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht geplante 1. Fachtag „Mediation in Schleswig-Holstein – Richter und Anwälte mit neuen Aufgaben“ von Richtern und Anwälten gemeinschaftlich gestaltet wird. Und selbstverständlich sollten die Formen künftiger Vernetzung und Kooperation von allen Beteiligten als entwicklungssoffen verstanden werden.

Schwieriger zu greifen sind die Vorbehalte innerhalb der Richterschaft selbst. Auch hier sind die Motive zum Teil vielschichtig, aber durchaus auch gekennzeichnet durch die Sorgen um die Schutzfunktion des materiellen Rechts und eines rechtsstaatlichen Gerichtsverfahrens und natürlich auch um den künftigen Stellenwert der herkömmlichen Justiz.

Hierauf ist zunächst zu antworten, dass – ungeachtet aller Detailfragen nach der Rolle des Rechts in der Mediation – bei der Gerichtlichen Mediation neben deren Freiwilligkeit schon die

justitielle Professionalität der eingesetzten Mediatorinnen und Mediatoren sowie die grundsätzlich obligatorische anwaltliche Beratung die Konfliktbeteiligten in hinreichendem Maße davor schützen, sich auf eine Konfliktlösung einzulassen, vor der sie die Rechtsordnung gerade bewahren will.

Weiter ist Gerichtliche Mediation im demokratischen Rechtsstaat keineswegs die Zukunft der Rechtspflege schlechthin. Denn auch künftig wird es zahlreiche Konflikte geben, die vorrangig nach dem Maßstab des Rechts zu entscheiden oder durch eine im Rechtsstreit erzielte gütliche Einigung zu beenden sein werden. Es besteht überhaupt keine Veranlassung, alle denkbar vergleichsgerechten Rechtsstreitigkeiten in die Gerichtliche Mediation zu überführen und die Fortentwicklung des Zivilprozesses stagnieren zu lassen. Vielmehr erscheinen eine viel stärker diskursive Verhandlungskultur und der Einbau mediativer Elemente schon in den regulären Zivilprozess sinnvoll, geboten und möglich. Damit besteht ein wichtiges Verdienst der derzeitigen Diskussion um Gerichtliche Mediation sicher schon darin, innerhalb der Justiz die Diskussion um die notwendige Verhandlungskultur und den zielgerichtet-differenzierten Einsatz justitieller Mittel neu befruchtet zu haben.

Darüber hinaus haben schon die bisherigen Erfahrungen mit unserem Mediationsprojekt in Schleswig-Holstein gezeigt, dass auf diesem Wege selbst nach Einleitung gerichtlicher Verfahren gerade für komplexe Konflikte eine tragfähige Lösung erreichbar ist und dass Richterinnen und Richter von ihrer Ausbildung und Berufserfahrung her gute Mediatorinnen oder Mediatoren sein können.

Gerichtliche Mediation kann so das Angebot justitieller Handlungsmöglichkeiten im Sinne qualitätsbewusster Fortentwicklung

## Anhang

**Tabelle 1: Mediationsverfahren und ihr Verlauf insgesamt**

Gericht	Zahl der Mediatoren (Stand 31.12.06)	In die Mediationsabteilung im Jahr 2006 abgegebene Verfahren (AG Kiel ab 18.04.2006)	Davon keine Zustimmung zur Mediation	Im Jahr 2006 abgeschlossene Mediationsverfahren mit Mediations-sitzung (AG Kiel ab 18.04.2006)	Davon endgültige Einigung in der Mediation	Durchschnittliche Laufzeit eines 2006 (AG Kiel ab 18.04.2006) durchgeführten Mediationsverfahrens in Wochen	Durchschnittliche Anzahl der Mediations-sitzungen je im Jahre 2006 (AG Kiel ab 18.04.2006) durchgeführtem Verfahren	Durchschnittliche Gesamtdauer der Mediations-sitzungen je im Jahre 2006 (AG Kiel ab 18.04.2006) durchgeführtem Verfahren in Stunden
LG Flensburg	7	184	96 (52,17 %)	76	65 (85,52 %)	6	1	3,50
LG Itzehoe	7	155	85 (54,83%)	41	30 (73,17%)	8	1	2,36
LG Kiel	5	288	82 (28,47 %)	149	127 (85,23%)	10	1,10	2,92
LG Lübeck	5	103	61 (59,22%)	31	21 (63,66%)	6,72	1,03	3
AG Kiel	5	74	28 (37,83%)	28	21 (75,00%)	9	1,20	2,70
AG Pinneberg	2	22	12 (54,54 %)	6	3 (50,00 %)	4	1	3
OLG	6	34	21 (61,76%)	18	13 (72,22%)	11	1	3,30
<b>gesamt</b>	<b>37</b>	<b>860</b>	<b>385 (44,76 %)</b>	<b>349</b>	<b>280 (80,22 %)</b>	<b>7,82</b>	<b>1,22</b>	<b>2,96</b>

**Tabelle 2: Sachgebiete und Mediationserfolg**

	Gesamtzahl der im Jahr 2006 abgeschlossenen Mediationsverfahren mit Mediations-sitzung (AG Kiel ab 18.04.2006)	Davon Bau- und Architekten-sachen		Davon Kaufsachen		Davon Kredit-/ Leasing-sachen		Davon Nachbarschafts-sachen		Davon Wohnungs-mietsachen		Davon andere Mietsachen		Davon gesellschafts-rechtliche Streit-sachen	
		a)	b)	a)	b)	a)	b)	a)	b)	a)	b)	a)	b)	a)	b)
a) Zahl der durchgeführten Mediationsverfahren mit Mediations-sitzung b) davon Zahl der endgültigen Einigungen in der Mediation															
LG Flensburg	76	14	11	15	14	3	1	4	4	2	1	5	4	4	4
LG Itzehoe	41	10	7	1	1	0	0	0	0	0	0	5	5	6	4
LG Kiel	149	32	23	4	4	11	9	2	2	4	4	1	1	5	4
LG Lübeck	31	3	3	2	1	2	2	2	1	0	0	1	1	0	0
AG Kiel	28	2	2	0	0	0	0	5	4	7	3	2	2	0	0
AG Pinneberg	6	0	0	0	0	0	0	0	1	1	1	0	1	0	0
OLG	18	2	1	0	0	0	0	2	1	0	0	4	2	2	1
<b>gesamt</b>	<b>349</b>	<b>63</b>	<b>47</b>	<b>22</b>	<b>20</b>	<b>16</b>	<b>12</b>	<b>16</b>	<b>13</b>	<b>14</b>	<b>8</b>	<b>19</b>	<b>15</b>	<b>17</b>	<b>13</b>

Fortsetzung nächste Seite



	Davon Ansprüche aus vorsätzlicher Körperverletzung		Davon Familiensachen bzw. Sachen mit familienrechtl. Bezug		Davon andere Sachen	
	a)	b)	a)	b)	a)	b)
a) Zahl der durchgeführten Mediationsverfahren b) Zahl der gütlichen Einigungen in der Mediation						
LG Flensburg	1	1	5	5	23	19
LG Itzehoe	0	0	0	0	19	13
LG Kiel	6	6	9	9	75	65
LG Lübeck	0	0	0	0	21	14
AG Kiel	0	0	10	8	2	2
AG Pinneberg	0	0	3	2	0	0
OLG	0	0	4	4	4	4
<b>gesamt</b>	<b>7</b>	<b>7</b>	<b>31</b>	<b>28</b>	<b>144</b>	<b>117</b>

## Gerichtliche Mediation beim Landgericht Flensburg

Carsten Bockwoldt, Richter am Landgericht, Flensburg

Anfang des Jahres 2005 trafen sich einige engagierte Richterinnen und Richter des Landgerichts Flensburg, um das bei den Landgerichten in Göttingen und Verden erfolgreiche Projekt „gerichtliche Mediation“ auch beim Landgericht Flensburg einzuführen. Die Idee, gerichtliche Mediation anzubieten, hat von Beginn an die Unterstützung des Präsidenten, des Präsidiums und der Kollegen erfahren. So haben wir bereits nach einer halbjährigen Vorbereitungszeit, in der die ersten vier von inzwischen acht Mediatoren ausgebildet worden waren, am 1. September 2005 die gerichtliche Mediation und die Mediatoren den Anwältinnen und Anwälten im Bezirk vorgestellt und kurz danach mit den ersten Mediationen begonnen.

Die Eröffnungsveranstaltung zeigte, dass unter den Rechtsanwältinnen zum Teil Zweifel bestanden, ob eine gerichtliche Mediation als Instrument der Streitschlichtung sinnvoll ist und von einem Gericht angeboten werden sollte; ebenso viele waren dem neuen Projekt gegenüber aber aufgeschlossen und sahen es als Möglichkeit, an Stelle eines langwierigen streitigen Verfahrens zu einem schnellen und interessengerechten Prozessende zu kommen.

Die Grundausbildung der Mediatoren erfolgte in jeweils zwei zweitägigen Fortbildungen des Oberlandesgerichts Schleswig unter Anleitung von erfahrenen Richtermediatoren und Rechtsanwaltsmediatoren. Darüber hinaus nahmen Mediatoren an verschiedenen Mediationen bei den Landgerichten Göttingen und Verden und an auch für Praktiker offen stehenden Seminaren teil, die Prof. Dr. *Albert von Mutius* von der Universität Kiel zum Thema Mediation anbot. Zudem wurden weitere Fortbildungsangebote des OLG Schleswig und der Richterakademie wahrgenommen. Zur organisatorischen Unterstützung des Projekts richtete das Präsidium eine Mediationsabteilung ein, der die Mediatoren<sup>1</sup> und eine Geschäftsstelle angehören.

Beim Landgericht beginnt das Mediationsverfahren damit, dass die Kolleginnen und Kollegen ihnen geeignet erscheinende Verfahren der Mediationsabteilung vorlegen. Während der Anlaufphase der Mediation nahm sodann die Vizepräsidentin als Leiterin der Mediationsabteilung mit den verfahrensbeteiligten Anwältinnen telefonisch Kontakt auf, um ihnen die gerichtliche Mediation vorzustellen, das Verfahren und seine Vorzüge anhand des konkreten Rechtsstreits zu erläutern. Da die gerichtliche Mediation bei den Anwältinnen und Anwälten im Land inzwischen bekannt ist, haben wir das Verfahren dahin geändert, dass die Mediationsabteilung unter Beifügung von Informationsmaterial schriftlich nachfragt, ob die Parteien einer Mediation zustimmen. Wenn die Anwälte hierauf nicht reagieren, wird die Akte einem von der Vizepräsidentin bestimmten Mediator vorgelegt, der nach Durchsicht der Akte bei den Rechtsanwältinnen nachfragt und in geeigneten Fällen für eine Teilnahme an einer gerichtlichen Mediation wirbt. Die Erfahrung zeigt, dass es sich nicht empfiehlt, die

Parteien für eine Mediation „überreden“ zu wollen, weil ihr Erfolg entscheidend von der Freiwilligkeit und der Einsicht der Parteien abhängt, dass das Gütegespräch für sie Sinn macht und zu einer angemessenen Lösung führen kann. Wir erreichen damit zwar nur eine Zustimmungsquote von etwa 50 %, dafür ist die Quote der erfolgreich beendeten Mediationen deutlich höher.

Gegenwärtig sind sieben Kolleginnen und Kollegen mit jeweils unterschiedlicher Auslastung als Mediatoren tätig. In der Anlaufphase führten sie die Mediationen zusätzlich zu ihrer Dezernatsarbeit ohne Entlastung durch. Inzwischen sieht der Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts jedoch vor, dass für jede Mediation, die zu einer Erledigung des Rechtsstreits führt, die Kammer des Mediators im Turnus für erstinstanzliche Zivilsachen ein Freikreuz erhält, das nach der kammerinternen Regelung dem Mediator zugute kommen soll. Für die das Verfahren abgebende Kammer wird das Verfahren als erledigt ausgetragen, ohne dass im Turnus an dessen Stelle ein neues eingetragen wird.

Die Kolleginnen und Kollegen haben die Erfahrung gemacht, dass Verlauf, Dauer und Inhalt des Mediationsgesprächs ausschließlich von den Parteien und ihrem Streit bestimmt werden und sich hierzu keine allgemeingültigen Aussagen machen lassen. Wir erleben die klassische Mediation, in dem die Parteien durch das – manchmal erste – Gespräch miteinander ihre unterschiedlichen Interessen verstehen lernen und gemeinsam Lösungen erarbeiten. Parteien und Rechtsanwältinnen zeigen sich erleichtert, einen sich abzeichnenden, langen Rechtsstreit noch abgewendet zu haben, freuen sich über eine gütliche Einigung und bedanken sich für das Gespräch und die Geduld des Mediators. Manchmal ist die Mediation aber auch „nur“ ein Vergleichsgespräch und ihr Erfolg von einer rechtlichen Einschätzung, einem Vergleichsvorschlag, dem Verhandlungsgeschick des Mediators oder von der Zahlungsfähigkeit der Parteien abhängig. Es gibt den emotionalen Streit zwischen zerstrittenen Nachbarn, oder aber auch den Konflikt unter Kaufleuten, die sich zu dessen Lösung der Mediation als eines schnellen und kostengünstigen Verfahrens im Interesse wirtschaftlicher Effizienz bedienen möchten.

Die Reaktionen der Anwältinnen und Anwälte zur gerichtlichen Mediation sind nach wie vor unterschiedlich und hängen wesentlich von ihren bisherigen Erfahrungen ab. Einige lehnen sie als zeitaufwändig und im Einzelfall nicht erfolgversprechend ab und ziehen das Vergleichsgespräch vor dem erkennenden Richter vor. Aber es gibt auch eine große Zahl Anwälte, die aufgrund guter Erfahrungen der Durchführung einer Mediation zustimmen. Obwohl durch das landesweite Projekt der Eingliederung der Mediation in ein gerichtliches Verfahren diese längst ihr Nischendasein verlassen hat, bleibt es immer noch die Ausnahme, dass Rechtsanwältinnen oder Parteien initiativ werden und eine Mediation vorschlagen.

Bei den Kolleginnen und Kollegen gab es in der Sache Bedenken, ob eine Streitschlichtung ohne richterliche Beurteilung der Rechtslage noch zu den Aufgaben eines Richters gehöre oder nicht außergerichtlich durch Rechtsanwaltsmediatoren besser ausgeübt werden könne. Gleichwohl haben sie durch ihre Bereitschaft, die Mediatoren in der Geschäftsverteilung zu entlasten und Verfahren in die Mediation abzugeben, das Projekt von Be-

<sup>1</sup> Als Mediatorinnen bzw. Mediatoren tätig sind derzeit Vizepräsidentin des Landgerichts *Jutta Rosenthal*, Präsident des Landgerichts *Dr. Volker Willandsen*, die Richterinnen am Landgericht *Birte Döbeling*, *Gunder Janzen-Ortmann* und *Helga Placzek* sowie die Richter am Landgericht *Carsten Bockwoldt* und *Willem-Mathias Eggers*. Ausgeschieden aus dem Mediationsteam ist Richterin *Hilke Döring* (Elternzeit).

ginn an unterstützt. Geblieben sind Unterschiede bei der Zahl der Verfahren, die von den einzelnen Kolleginnen und Kollegen für eine Mediation vorgeschlagen werden.

Nach 18 Monaten hat sich die gerichtliche Mediation beim Landgericht Flensburg als eine weitere Möglichkeit, einen Rechtsstreit gütlich beenden zu können, durchgesetzt. Zwar kann mit

der Mediation nicht jeder Streit befriedet und nicht alle Parteien und Rechtsanwältinnen können erreicht werden. Sie gibt dem Richter aber ein weiteres konkretes Hilfsmittel an die Hand, den Auftrag nach § 278 Abs. 1 und Abs. 5 ZPO, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, zu verwirklichen. Die Mediation steht damit gleichberechtigt neben der Güteverhandlung, dem mündlichen oder schriftlichen Vergleichsvorschlag.

## Gerichtliche Mediation im Bezirk des Landgerichts Itzehoe

Hartmut Schulz, Vorsitzender Richter am Landgericht, Itzehoe

Seit dem Juli 2005 befassen sich das Landgericht Itzehoe und – wenig später beginnend – auch das Amtsgericht Pinneberg mit dem nahezu zeitgleich landesweit gestarteten Projekt der „gerichtlichen Mediation“. Insgesamt neun Richterinnen und Richter im Bezirk (Direktorin des Amtsgerichts *Morik* und Richter am Amtsgericht *Kastell* beim Amtsgericht Pinneberg; Präsident des Landgerichts *Dr. Flor*, die Richterinnen am Landgericht *Beele-Schwalbach*, *Lensch*, *Müller-Andersen* und *Wudtke*, Richter am Landgericht *Dr. Lindgen* und der Verfasser dieses Berichts beim Landgericht Itzehoe) haben sich in mehreren Seminaren zu Richtermediatoren ausbilden lassen und sind bemüht, ihre hierbei gewonnenen Kenntnisse und Fertigkeiten stetig zu vertiefen und zu verfeinern. Jede bzw. jeder der Mediatorinnen und Mediatoren hat bereits mehrere Mediationen durchgeführt und sich hierüber im Rahmen bezirksinterner Intra-Visitationen ausgetauscht. Die Mediatorinnen und Mediatoren üben diese ihre Tätigkeit nach wie vor „ehrenamtlich“, also ohne Anrechnung auf ihr normales richterliches Pensum, aus.

Das Projekt „gerichtliche Mediation“ begann im hiesigen Bezirk im Sommer 2005 damit, zunächst einmal den rechtlichen und organisatorischen Rahmen einer gerichtlichen Mediation innerhalb der Zivilrechtsprechung der Gerichte auszuleuchten und zu etablieren. Dabei haben wir uns – wie die übrigen Gerichte des Landes – weitgehend die Erkenntnisse und Erfahrungen unserer ersten „Zieheltern“, der Göttinger Kollegen *Wurdack* und *Scheibel*, zunutze gemacht. Es wurden Formulare entwickelt und vielfältig, eine Abteilung mit einer Geschäftsstelle für die gerichtliche Mediation eingerichtet, Mediationsräume ausgestattet und Informationsveranstaltungen für Richter und Rechtsanwälte des Bezirkes angeboten und durchgeführt. Im September 2005 ging es dann richtig los. Wir starteten die ersten mit großer Spannung erwarteten Mediationen. Bis zum Jahresende 2005 sind insgesamt 30 Akten der Mediationsabteilung beim Landgericht Itzehoe zur Anfrage nach einer richterlichen Mediation vorgelegt worden. In 10 Fällen kam es zur Mediation, dabei in 7 Fällen zu einem den Streit beendenden Vergleich.

Bestärkt durch diesen – wenn auch noch bescheidenen – Anfangserfolg haben wir uns im darauf folgenden Jahr 2006 darum bemüht, Sinn, Inhalt und Vorzüge einer gerichtlichen Mediation für alle Verfahrensbeteiligte den anzusprechenden Rechtsanwälten und Streitparteien, aber auch den mittelbar betroffenen Richterkolleginnen und -kollegen noch transparenter zu machen. Das führte immerhin dazu, dass die Zahl der Mediationsanfragen bei dem Landgericht Itzehoe über das gesamte Jahr auf über 150 anstieg, wobei sich diese Anfragen kontinuierlich häuften. Bei dem Amtsgericht Pinneberg erfolgten im Jahr 2006 insgesamt 22 Mediationsanfragen. Leider verharrt die Bereitschaft der angesprochenen Anwälte und Parteien in unserem Bezirk, eine Mediation zu „wagen“ noch immer bei nur gut 40 %, obwohl die Erfolgsquote bei ca. 70 bis 80 % aller durchgeführter Mediationen liegt.

Wie sind diese Zahlen zu deuten?

Zunächst einmal kann festgestellt werden, dass die Richterschaft im Bezirk des Landgerichts Itzehoe der gerichtlichen Mediation ausgesprochen offen und positiv gegenübersteht. Wenngleich die Bereitschaft, Akten in die Mediationsabteilung abzugeben, bei den Richterkolleginnen und -kollegen durchaus unterschiedlich stark ausgeprägt ist, sind kritische Bedenken gegen die gerichtliche Mediation oder gar deren prinzipielle Ablehnung aus rechtlichen oder berufsethischen Gründen in unserem Bezirk bisher nicht artikuliert worden. Über die unterschiedliche Neigung

der Richterinnen und Richter, Streitfälle in die Mediation zu geben, kann deshalb allenfalls spekuliert werden. Vielleicht fehlt es auch hier – wie an anderer sogleich noch anzusprechender Stelle – gelegentlich noch immer an hinreichend konkreten Vorstellungen über den grundlegend anderen Ansatz der Mediation gegenüber beispielsweise einer richterlichen Güteverhandlung und die sich aus dieser Verschiedenartigkeit ergebenden Chancen dieser Form der Streitschlichtung.

Aus der Sicht des engagierten und überzeugten Richtermediators erscheint demgegenüber die gerade in unserem Bezirk noch immer recht hohe Rate der Ablehnung einer Mediation durch die angesprochenen Prozessparteien und Rechtsanwälte etwas frustrierend. Das mag auch an der verhältnismäßig verhaltenen Art liegen, mit der in unserem Bezirk die Mediation akquiriert wird. Wir vertreten die Meinung, dass wir um Mediationen nicht gleichsam „buhlen“ sollten, sondern sie neben unserer richterlichen *Hauptpflicht*, der *rechtsprechenden* Konfliktbewältigung, als alternatives Angebot der Streitschlichtung anzubieten haben, ohne den Parteien und Anwälten den Eindruck zu vermitteln, dass die Mediation in jedem der von uns vorgeschlagenen Fälle die beste Form der Konfliktlösung sei.

Angesichts der recht hohen Erfolgsquote von 70 bis 80 % der durchgeführten Mediationen, die über die beteiligten Rechtsanwälte verbreitet werden dürfte, bleibt gleichwohl zu fragen, weshalb das Thema Mediation – jedenfalls in unserem Bezirk – offenbar immer noch mit gewisser Reserve betrachtet wird. Rücksprachen, die ich in meiner Eigenschaft als Koordinator der gerichtlichen Mediation bei unserem Landgericht mit Rechtsanwälten und Prozessparteien zu führen habe, vermitteln häufig den Eindruck falscher Erwartung über Ablauf und Chancen einer Mediation. So wird immer wieder argumentiert, eine Mediation mache keinen Sinn, weil vorgerichtliche Vergleichsgespräche oder eine richterliche Güteverhandlung bereits gescheitert seien oder die Gegenseite „ohnehin“ nicht gesprächsbereit sei. In einem persönlichen (Telefon-)Gespräch ist es dann recht schwer zu vermitteln, dass die Mediation mit ihrem völlig anderen Konfliktlösungsansatz – weg von einer normorientierten, auch in der Güteverhandlung nach dem objektiven Recht suchenden Betrachtung und Würdigung des Streites hin zu einer an den subjektiven Interessen der Konfliktparteien und deren Kongruenz sich messenden Lösungssuche – Perspektiven bietet, die nicht selten erst in der Mediation selbst erkennbar werden.

Es scheint so zu sein, dass die Mediation derzeit noch überwiegend allein in solchen Streitfällen als geeignet akzeptiert und angenommen wird, in denen über den vordergründigen „juristischen“ Streit hinaus eine zumeist breit gefächerte Gemengelage an persönlichen Animositäten und dauerhaft währenden Friktionen offen zutage tritt. Die Bereitschaft, Streitfälle in die Mediation zu geben und dieses Angebot anzunehmen, ist dann besonders groß – und spiegelt sich in dem Abbild der im hiesigen Bezirk durchgeführten Mediationen auch wieder –, wenn es entweder um Dauerkonflikte oder solche mit einem besonders persönlichen, zumeist emotional befrachteten Konfliktpotential geht, wie etwa naheheliche, -eähnliche oder erbrechtliche Streitigkeiten oder solche aus anderen Gemeinschaften, aus Gesellschaften oder anderen Dauerschuldverhältnissen. In all diesen Fällen ist nämlich auch dem weniger mediationserfahrenen, dafür aber geschulten Juristen gegenwärtig, dass das Recht eben nicht jeden Konflikt „lösen“ kann sondern vielfach nur ein Werkzeug für dessen formale Bewältigung bietet, weshalb die rein „juristische Lösung“ eben nicht immer befriedet und befriedigt. Ziel und Aufgabe für die Zukunft wird es unter anderem sein zu vermitteln,

dass die gerichtliche Mediation über diesen Bereich besonders emotional belasteter Konfliktkonstellationen hinaus für grundsätzlich alle Felder juristischer Auseinandersetzungen alternative Instrumente bereit hält, um Streitigkeiten nachhaltig zu beenden.

Als jetziges Zwischenresümee kann gesagt werden, dass sich die gerichtliche Mediation als alternative Form der Streitschlichtung auch im Bezirk des Landgerichts Itzehoe etabliert hat. Sie

bewährt sich täglich neu mit ihrer guten Erfolgsquote. Dass sie inzwischen schon fast nicht mehr aus dem Gerichtsalltag in unserem Bezirk wegzudenken ist, ergibt sich unter anderem auch daraus, dass gelegentlich von Rechtsanwälten selbst die Initiative zur Einleitung einer Mediation ausgeht. Darin steckt nach meiner Überzeugung ein Stück gewonnenen Vertrauens in diese Art richterlicher Streitbearbeitung. Dieses Vertrauen verdient Beachtung und Dank und lässt auf weiteres erfolgreiches mediatives Wirken in der Zukunft hoffen.

## **Gerichtliche Mediation beim Landgericht Kiel**

Andrej Marc Gabler, Richter am Landgericht, Kiel

Nachdem im Spätsommer 2005 die Entscheidung getroffen worden war, die gerichtliche Mediation auch beim Landgericht einzuführen, begannen die ersten Vorbereitungen.

Eine Mediationsabteilung wurde eingerichtet, die aus der Richterin am Landgericht *Witt*, dem Vorsitzenden Richter am Landgericht *Scheck*, dem Richter am Landgericht *Gabler*, der Richterin am Landgericht *Dr. Meins* und dem Richter *Dr. Lehmann* bestand. Die zentrale Koordination der Mediationsabteilung wurde dem Verfasser übertragen. Die Justizangestellte Frau Bötel und der Justizhauptsekretär Herr Gneuß waren bereit, die Tätigkeit in der neu gebildeten Mediationsgeschäftsstelle zu übernehmen. In arbeitsteiliger Weise entwarf das Mediatorenteam Verfahrensformulare, einen Info-Flyer für Beteiligte und ein Informationsschreiben für Rechtsanwälte und stattete unter unbürokratischer Mithilfe der Verwaltung des Landgerichts zwei Mediationsräume aus. Für die Organisation der Bewirtung konnte die Justizangestellte Frau Oelsner gewonnen werden. Bei all diesen vorbereitenden Maßnahmen, welche von jedem Beteiligten mit Begeisterung für das Projekt Mediation wahrgenommen wurden, unterstützten der Präsident des Landgerichts, Herr Schmalfuß, und die Vizepräsidentin des Landgerichts, Frau Hillmann, das Mediatorenteam tatkräftig zu jeder Zeit, sodass bereits im September 2005 die Kollegenschaft des Landgerichts umfassend über das Projekt Mediation und dessen Beginn unterrichtet und um eine zahlreiche Übersendung von Akten zur Mediation geworben werden konnte. Daran anschließend wurde eine Informationsveranstaltung für Rechtsanwälte aus dem Landgerichtsbezirk Kiel durchgeführt, zu der auch ein Rechtsanwaltskollege und Mediator aus Berlin, Herr *Plassmann*, geladen war, welcher einen Vortrag zur Mediation aus anwaltlicher Sicht beisteuerte. Die Veranstaltung fand großes Interesse und positiven Zuspruch bei der Rechtsanwaltschaft, sodass die Grundlage für die ersten Mediationsverhandlungen geschaffen war.

Die Kolleginnen und Kollegen übersandten noch im Herbst 2005 so zahlreich Akten, dass diese an manchen Tagen gesondert durch einen Wachtmeister mit einer Sackkarre zum Koordinator der Mediationsabteilung gebracht werden mussten. Es handelte sich dabei zu einem nicht unerheblichen Anteil auch um alte und umfangreiche Aktenstücke, wobei gerade für die Übersendung solcher älteren Akten bei der Kollegenschaft geworben worden war. Nachdem die ersten Parteien und Rechtsanwälte schriftlich unter Beifügung von Informationsmaterial gebeten worden waren mitzuteilen, ob die Zustimmung zur Durchführung eines Mediationsverfahrens erteilt werden könne, zeigte sich, dass zwar in nicht wenigen Fällen die Zustimmungen erteilt wurden, in einer nicht unerheblichen Zahl fehlten jedoch eine oder beide Zustimmungen, sodass in diesen Fällen der Koordinator telefonisch nachfragte, warum einer Mediation nicht zugestimmt worden war.

Oftmals zeigte sich in diesen persönlichen Gesprächen, dass nach Aufklärung von Missverständnissen bezüglich des Mediationsverfahrens und Erörterung der Sachdienlichkeit einer Mediation im konkreten Einzelfall die Zustimmungen dann doch erteilt wurden, sodass insgesamt die Zahl der Zustimmungen verdoppelt werden konnte. Es hat sich auch herausgestellt, dass es kein wirklich herausragendes Rechtsgebiet gibt, bei dem die Parteien häufiger oder seltener ihre Zustimmungen zur Mediation erteilen als bei anderen Rechtsgebieten. Gleichzeitig erbrachten die persönlichen Gespräche gute Erkenntnisse hinsichtlich des Meinungsstandes in der Rechtsanwaltschaft zur Mediation. Und

mancher Rechtsanwalt, der der Mediation zunächst kritisch bis ablehnend gegenüberstand, liess sich dennoch von dem Versuch einer Mediation überzeugen und wurde teilweise zu einem engagierten Befürworter des neuen Verfahrens. Sobald Zustimmungen zur Mediation vorliegen, werden die Akten vom Koordinator gesammelt und kurzfristig bei einer gemeinsamen Zusammenkunft innerhalb des Mediatorenteams ohne einen besonderen Zuteilungsschlüssel verteilt, wodurch der Belastung und den Wünschen der einzelnen Mediatoren optimal Rechnung getragen werden kann und ein hohes Mass an Transparenz erreicht wird.

Die Mediationsverhandlungen, welche in den ersten Monaten durchschnittlich über drei Stunden dauerten, haben sich zwischenzeitlich verkürzt, welches neben zunehmender Praxis der Mediatorinnen und Mediatoren seinen Grund auch darin haben mag, dass die von den Kolleginnen und Kollegen übersandten Akten seit Beginn des Jahres 2006 geringeren Umfangs sind, weil sie oftmals übersendet werden, bevor oder nachdem eine erste mündliche Verhandlung vor der zuständigen Kammer stattgefunden hat.

Es hat sich auch bestätigt, dass rechtliche Ausführungen in der Mediation allenfalls eine sehr untergeordnete Rolle spielen und Rechtsfragen als Mittel von Vergleichstaktik in der Regel in den Hintergrund gedrängt werden. Darüber hinaus hat sich häufig bei der Aufarbeitung des Konfliktes gezeigt, dass den Parteien und ihren Anwälten die rechtlichen Schwierigkeiten am besten bekannt sind, sodass Rechtserörterungen auch unter den Rechtsanwälten eher die Ausnahme darstellen. Losgelöst von rechtlichen Erörterungen halten die Parteien weniger Informationen zurück als bei einem Vergleichsgespräch vor dem erkennenden Richter. Gerade die Möglichkeit, ohne Beschränkung und offen über eigene Anliegen und Wünsche in einer vertraulichen Atmosphäre sprechen zu können, scheint die Grundlage für die Aufarbeitung eines Konflikts und die Erarbeitung von Lösungsoptionen zu schaffen.

In diesem Zusammenhang hat sich insbesondere in den vergangenen Monaten gezeigt, dass ein besonderes Maß an Vertraulichkeit, aber auch an Offenheit, dadurch erreicht werden kann, dass den Parteien Einzelgespräche in Abwesenheit der jeweils anderen Partei unter Wahrung strengster Vertraulichkeit angeboten werden. Auch wenn eine solche Form der Mediation den sensibelsten Bereich der Vertraulichkeit berührt, so hat sich dennoch gezeigt, dass oftmals an einem Punkt, an welchem ansonsten die Mediation zu scheitern droht, Parteien dadurch einer Lösungsoption näher treten können, indem sie nur mit dem Mediator und ihrem Anwalt ein offenes Gespräch führen, welches wiederum einen erhöhten Befreiungseffekt nach sich zieht. Grundlage für eine solche Form der Mediation ist jedoch, dass die Regeln der Vertraulichkeit noch einmal eingehend erörtert werden und die Parteien ausdrücklich den Einzelgesprächen zustimmen. Solche Einzelgespräche haben sich auch in denjenigen Fällen bewährt, in denen aufgrund der Komplexität des Streitstoffs oder aufgrund der Anzahl der Beteiligten eine Co-Mediation durchgeführt wird und die Mediatoren dann mit den einzelnen Beteiligten gesonderte Gespräche führen.

Zusammenfassend kann aus Sicht des Landgerichts Kiel gesagt werden, dass die gerichtliche Mediation erfolgreich und dauerhaft eingeführt und fester Bestandteil des gerichtlichen Dienstleistungsangebots geworden ist. Bisher hat es keine negativen Rückmeldungen von Parteien oder Rechtsanwälten gegeben,



welche an einem Mediationsverfahren teilgenommen hatten. Insbesondere der Umstand, dass Rechtsanwältinnen auch von sich aus eine Mediation anregen und weiterhin in vielen Verfahren der Mediation zugestimmt wird, zeigt, dass die Mediation nicht nur

akzeptiert, sondern als Alternative zur Streitentscheidung oder zum gerichtlichem Vergleich gewünscht wird und möglicherweise die Zeit für eine behutsame, aber nachhaltige Änderung unserer Konfliktkultur gekommen ist.

## Gerichtliche Mediation beim Landgericht Lübeck

Thorsten Fürter, Richter am Landgericht, Lübeck

Seit dem 1. Januar 2006 bietet das Landgericht Lübeck gerichtliche Mediation an.

Vorangegangen waren die intensive Befassung mehrerer Richterinnen und Richter mit dem Konzept der Mediation und deren Schulung in den durch die Präsidentin des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts angebotenen Fortbildungsveranstaltungen zur gerichtlichen Mediation. Die dort dargestellte neue Verhandlungskultur ließ unter den Richterinnen und Richtern rasch den Wunsch nach der Einführung der gerichtlichen Mediation auch am Landgericht Lübeck entstehen. Im Gegensatz zum üblichen Vorgehen bei anderen Projekten der Justizmodernisierung bedurfte es hierfür keiner Zielvorgabe der Verwaltung, wenn auch nicht verschwiegen werden soll, dass der Präsident des Landgerichts und mit ihm die Verwaltung des Gerichts jederzeit die Einführung der Mediation in Rat und Tat unterstützt haben.

Diejenigen Richterinnen und Richter, welche sich bereit fanden, die gerichtliche Mediation inhaltlich und organisatorisch umzusetzen, haben sodann Leitlinien für eine gerichtliche Mediation beim Landgericht Lübeck entworfen, wobei im Sinne eines Mindestmaßes an Einheitlichkeit des Projekts „Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein“ eine – an die Bedürfnisse des Hauses angepasste – Anlehnung an die entsprechenden Leitlinien des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts gewählt wurde. Die so entworfenen Leitlinien haben sodann die Zustimmung des Richterrats und des Präsidenten des Landgerichts gefunden. Zudem hat das Präsidium des Landgerichts das Angebot der gerichtlichen Mediation in den Geschäftsverteilungsplan aufgenommen und die für die Mediation vorgesehenen Richterinnen und Richter benannt.

Die Richterinnen Brigitte Kreuder-Sonnen, Silke Faßhauer und Silke Schneider sowie die Richter Thorsten Harder und Thorsten Fürter waren dann die Mediatorinnen und Mediatoren der „Ersten Stunde“. Der Mediationsabteilung können seitdem erst- und zweitinstanzliche Zivilsachen, nicht aber Beschwerdesachen, einstweilige Verfügungen, Arrestverfahren und Streitigkeiten, die sich im Stadium der Prüfung von Prozesskostenhilfe befinden, zugeleitet werden.

Im Geschäftsjahr 2006 haben die Richterinnen und Richter des Landgerichts 103 Verfahren an die Mediationsabteilung abgegeben. Teilweise geschah dies, was allerdings nicht Voraussetzung für eine Abgabe ist, nachdem die Parteivertreter eine diesbezügliche Anregung an das Gericht adressiert hatten. Die Bereitschaft der Kammern, Verfahren für die Mediation vorzuschlagen, war unterschiedlich ausgeprägt. Während einige Dezernentinnen und Dezernenten hiervon rege Gebrauch machten, blieben Akten aus anderen Kammern fast vollständig aus. Das Jahr 2006 lässt zwei vorläufige Trends erkennen:

1. Akten, die nicht in die originäre Zuständigkeit eines Einzelrichters fallen, sei es, da es sich um Verfahren vor der Berufungskammer oder der Kammer für Handelssachen handelt, oder solche, welche der Kammer wegen einer Spezialzuständigkeit gemäß § 348 Abs. 1 ZPO zugewiesen sind, wurden bisher selten zur Mediation vorgeschlagen.
2. Auch das in der Mediation erzielte Resultat zuvor vorgeschlagener Verfahren scheint eine Rolle zu spielen: Kolleginnen und Kollegen, die mehrfach Verfahren der Mediationsabteilung zugeleitet haben haben, denen am Ende der erfolgreiche Abschluss versagt blieb, zögerten häufig, weitere Verfahren vorzuschlagen, während Richterinnen und Richter, in deren vorgeschlagenen Verfahren die Mediation erfolgreich verlief, eher zur Abgabe neuer Sachen bereit waren.

Die für die Mediation vorgeschlagenen Verfahren werden durch die Mediationsgeschäftsstelle, welche von Frau Anke Stüwe geleitet wird, den Mediatorinnen und Mediatoren nach einem von

der Mediationsabteilung festgelegten Turnus verteilt. Dieser Turnus wird allerdings, da dem freiwilligen Mediationsverfahren das Prinzip des gesetzlichen Richters fremd ist,<sup>1</sup> flexibel gehandhabt, etwa um Wünschen der Parteien nach der Verhandlung vor einer bestimmten Mediatorin bzw. einem bestimmten Mediator zu entsprechen.

Der Mediator bzw. die Mediatorin nimmt sodann entweder telefonisch oder schriftlich Kontakt zu den Prozessbevollmächtigten auf, um das Prozedere des Mediationsverfahrens zu erläutern und anzufragen, ob eine Zustimmung zur Durchführung der Mediation erteilt werden kann. Von den 93 im Jahr 2006 abgeschlossenen Verfahren ist in immerhin in 61 Fällen keine Zustimmung erteilt worden. Wenn auch die tendenziell schnellere Beendigung der Verfahren im Falle der verweigerten Zustimmung die Quote etwas ins Negative verfälscht, so bleibt sie doch für die Mediatorinnen und Mediatoren unbefriedigend.

Zu dieser Situation mag zum hohen Anteil auch der Respekt der Mediatorinnen und Mediatoren vor einem wesentlichen Grundelement der Mediation beigetragen haben, nämlich dem der Freiwilligkeit. Auch wenn bekannt ist, dass eine vor der Verhandlung bestehende Skepsis der Beteiligten gegenüber der Mediation als Indikator für ihre spätere Erfolglosigkeit nicht taugt, so wird dennoch der Wille mindestens eines der Beteiligten, die Zustimmung zur Mediation zu versagen, ohne Abstriche respektiert. Es entspricht nicht der Idee des „Multi-Door-Courthouse“,<sup>2</sup> in deren Rahmen die Mediation als alternatives Verfahren zur Streitbeilegung ihren Platz haben soll, den Beteiligten gerade diesen Zugang, der eine Freiwilligkeit des Verfahrens voraussetzt, aufzudrängen. Da die Gründe, weshalb die Zustimmung zur Mediation verweigert wird, vom Schutz der Vertraulichkeit umfasst sind und daher nicht statistisch erfasst werden, können an dieser Stelle auch keine belastbaren Informationen über die Ablehnungsgründe mitgeteilt werden.

Der Weg zu höheren Zustimmungsquoten dürfte sich ohnehin bald über eine positive Resonanz auf durchgeführte Mediationen ergeben. Hier zeigt sich die erfreuliche Tendenz, dass es in zunehmendem Maße Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte gibt, die in Lübeck und anderenorts gute Erfahrungen mit der Verhandlungskultur in der gerichtlichen Mediation gemacht haben und diese ihren Mandanten positiv empfehlen. Auch die Bilanz in Lübeck kann sich, wenn die Parteien sich einmal für den Weg der Mediation entschlossen haben, sehen lassen: Von den 32 im Jahr 2006 abgeschlossenen Verfahren, in denen eine Zustimmung der Parteien zur Durchführung der Mediation erteilt wurde, ist es in 21 Fällen zu einer endgültigen Einigung gekommen. Dies entspricht einer Quote von 66 %.

Nachdem Frau Faßhauer und Herr Harder zurzeit aus dienstlichen Gründen nicht der Mediationsabteilung angehören, ist sie durch die Richter Dr. Stephan Bahlmann und Ingo Socha sowie ab Jahresbeginn 2007 durch den Präsidenten des Landgerichts Hans-Ernst Böttcher verstärkt worden. Die Mediation beim Landgericht Lübeck erfährt hierdurch eine zusätzliche Aufwertung.

Über die seit der Einrichtung gewonnenen Erfahrungen findet unter den Mediatorinnen und Mediatoren ein regelmäßiger Austausch im Rahmen eines festen Gesprächskreises statt. Hinzu tritt die Teilnahme an theoretischen und praktischen Vertiefungsveranstaltungen. Beides wird hilfreich sein, dem hinter dem Projekt stehenden Anliegen auf immer bessere Weise Rechnung zu tragen: Die Parteien darin zu unterstützen, den zwischen ihnen bestehenden Konflikt auf für sie geeignete Weise beizulegen.

<sup>1</sup> Vgl. Zöller/ Greger, ZPO, 26. Aufl., 2007, § 278, Rn. 26 a.

<sup>2</sup> Grundlegend: Sander, Varieties of Dispute Processing in: The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future (A. Levin & R. Wheeler eds., West 1979); vgl. auch Birner, Das Multi-Door Courthouse, 2003, S. 44ff. (ISBN 3935098103).

# Gerichtliche Mediation beim Amtsgericht – am Beispiel des Amtsgerichts Kiel

Insa Paul und Susanne Veit, Richterinnen am Amtsgericht, Kiel

Das Amtsgericht Kiel begann sein Projekt einer gerichtsnahen bzw. gerichtlichen Mediation zusammen mit den anderen Gerichten in Schleswig-Holstein ab Ende 2004. Anlässlich der ersten Fortbildungsveranstaltungen Ende 2004/ Anfang 2005 wurden alle interessierten Richterinnen und Richter aufgerufen, sich für eine Grund- und Aufbaufortbildung in Sachen Mediation zu bewerben.

Das landesweite Interesse und die Begeisterung waren größer als das Fortbildungsangebot, so dass längst nicht alle Anmeldungen von Richterkollegen unseres Gerichtes berücksichtigt werden konnten. Trotzdem ist es uns gelungen, zusammen mit zwei Richterkollegen, die bereits eine anderweitige Mediationsausbildung (in Trier bei dem Psychologen und Mediator Heiner Krabbe und an der Fernuniversität Hagen) absolviert hatten, einen Stamm von fünf Mediatorinnen und Mediatoren aufzustellen, wobei sich zusätzlich zwei Interessierte „in der Reserve“ befinden.<sup>1</sup>

Unsere Ausbilder waren zunächst der jetzige Direktor des Amtsgerichtes Göttingen und damalige Vorsitzende Richter am Landgericht Göttingen *Scheibel*, begleitet von seiner Kollegin Richter am Landgericht *Wurdack* und dem Familientherapeuten *Möhlecke*, welche uns in zwei Wochenendveranstaltungen am Oberlandesgericht Schleswig die Abläufe einer Mediation nahe brachten. Später kamen Rechtsanwältin *Gläser* und Rechtsanwältin *Kirchhof* aus dem Mediations-Ausbildungsprogramm der Viadrina-Universität in Frankfurt an der Oder hinzu.

Alle Ausbilder hatten zum damaligen Zeitpunkt gerichtliche Mediation nur an Landgerichten und am Oberlandesgericht erprobt – Mediation am Amtsgericht war zwar gewünscht, aber in der realen Umsetzung weitgehend unbekannt.

Hohe Fallzahlen einerseits und geringe Streitwerte andererseits lassen Mediationssitzungen, die nach dem klassischen Schema kaum unter zwei Stunden durchzuführen sind, am Amtsgericht als unrentabel für Richter und Anwälte erscheinen. Wie soll das Präsidium eines Amtsgerichtes die Entlastung eines Mediators berechnen, der ein bis drei Mediationen in der Woche durchführt, für die er jeweils insgesamt drei Stunden aufwendet? Das entspricht zwar der Arbeitszeit eines richterlichen Pensums von 10 bis 30 Prozent, angesichts von 50 bis 60 monatlichen Eingängen in einem ganzen Zivildezernat ist die Erledigungsrate jedoch selbst bei einer unterstellten 100-prozentigen Erfolgsquote nicht der Rede wert. Und was ist einem Rechtsanwalt ein solcher Zeiteinsatz für einen Streitwert von vielleicht nur 1500 € wert? Dazu kam die Frage, was mit den Verfahren geschehen sollte, in denen mindestens eine Partei anwaltlich nicht vertreten ist. Viele Fragen und keine Antworten.

Als das Landgericht Kiel im Oktober 2005 mit zwei groß angelegten Informationsveranstaltungen für Richterkollegen einerseits und Anwälte andererseits in die aktive Phase seines Mediationsprojektes einstieg, ließen uns die Kollegen freundlicherweise hinter die Kulissen schauen und die Entwicklung dort mitverfolgen. Im April 2006 hatten wir auf die oben skizzierten Fragen zwar immer noch keine Antworten, waren aber bereit, ins kalte Wasser der Praxis zu springen in der Hoffnung, die vermuteten Probleme „learning by doing“ besser lösen zu können. Wieder halfen uns die Kollegen vom Landgericht. Denn wir konnten nicht nur auf der Welle vieler, dort erfolgreicher Mediationsverfahren mitschwimmen, sondern auch den damaligen Koordinator Richter am Amtsgericht *Gabler* für einen mitreißenden Vortrag auf unseren Informationsveranstaltungen für Richterkollegen und Rechtsanwälte gewinnen.

Die Veranstaltung für unsere Richterkollegen diente vor allem der allgemeinen Information über Mediation und dem Ziel eine hohe Abgabebereitschaft der für die Mediation geeigneten Akten zu gewinnen. Auf der Veranstaltung für die Anwaltschaft – mit

Kaffee und Kuchen gesponsert vom Anwaltsverein im Landgerichtsbezirk Kiel e.V. – fanden wir wortgewandte Unterstützung nicht nur erneut im Kollegen *Gabler*, sondern auch in Rechtsanwältin *Uthmöller* aus Kiel, der, wie er selber sagt, durch Erfahrung zur Mediation „bekehrt“ worden war.

Die Zwischenzeit hatten wir genutzt, um uns organisatorisch vorzubereiten. Wir entwickelten die notwendigen Formulare für das Anschreiben an die Parteien, den Ruhensbeschluss, die Einladung zur Mediationsverhandlung, das Protokoll für die Verhandlung als ersuchter Richter, wobei wir auf vorhandene Vorlagen anderer Gerichte zurückgriffen. Außerdem installierten wir eine Mediationsgeschäftsstelle und suchten – nicht zu vergessen – einen „guten Geist“, der für die Mediationsgespräche regelmäßig einkauft, den Tisch deckt, Kaffee und Tee kocht und auch nach der Mediation das Geschirr abdeckt und abwäscht. Viel Sorgfalt verwendeten wir darauf, einen hellen und freundlichen Raum zu finden, dem wir mit einem neuen Wandanstrich in warmem Gelb, einer neuen Möbelausstattung mit einem runden Tisch, einem Sideboard und Bildern an den Wänden einen einladenden Anstrich gaben. – Ist das nicht etwas übertrieben, mag sich manch einer fragen; aber die Erfahrung zeigt, dass die ersten Worte über den Kaffee oder die Kekse das Eis zwischen den Parteien manchmal leichter schmelzen lassen als die fremd und vielleicht etwas einschüchternd wirkende Atmosphäre eines Gerichtssaals, und dass auch während der Verhandlungen gerne einmal zur Ablenkung auf eine Tasse Kaffee zurückgegriffen wird.

Die Leitung des Projektes wurde auf eine Koordinatorenstelle, das heißt in unserem Fall auf Richter am Amtsgericht *Insa Paul* übertragen. Als Koordinatorin ist sie die Schnittstelle in dem Netz, dass sich zwischen Mediatoren, Richterkollegen, Anwälten, Parteien, der Geschäftsstelle, dem Bewirtungspersonal und der Verwaltung spannt. Zu ihren Aufgaben gehört nicht nur die Organisation der Aktenverteilung, der Intervention und Weiterbildung, sondern vor allem auch der Kontakt zu den mediationswilligen oder unentschlossenen Parteien und Anwälten. Ein spannendes Arbeitsfeld, das immer wieder Gelegenheit zur Erprobung von mediativen Fähigkeiten auch außerhalb der gerichtlichen Mediation gibt.

Seit Mitte April 2006 ist die Mediationsabteilung nun eingerichtet, um Verfahren zu bearbeiten. Die Mediatoren treffen sich regelmäßig zum Austausch untereinander. Um Zeit zu sparen, erfolgt die Aktenverteilung der „mediationsreifen“ Akten (Koordinatorin hat die Mediationseignung überprüft, Parteien und Anwälte informiert, Zustimmung eingeholt) an die Mediatoren über e-mail.

Bis Mitte Januar 2007 wurden 82 Akten an die Mediationsabteilung abgegeben, vorwiegend aus der Zivil- und Familienabteilung, vereinzelt aber auch WEG- und Landwirtschaftssachen. Zustimmung zur Mediation wurde in ca. 70% der Fälle erteilt; von den durchgeführten Mediationen waren 75% erfolgreich. Die „heimliche“ Erledigungsquote liegt allerdings um einiges höher, weil sich gezeigt hat, dass gescheiterte Mediationen im streitigen Verfahren oft Nachwirkungen zeigen und die in der Mediation diskutierten Lösungen dann doch zu Vergleichen führen. Außerdem können immer wieder – gerade in Familiensachen – Probleme gelöst werden, wegen derer es andernfalls noch zu weiteren Verfahren gekommen wäre.

Mediation ohne Anwälte hat sich nicht bewährt, allenfalls die Variante, einen Fortsetzungstermin ohne Anwälte vor Ort, aber in telefonischer Bereitschaft durchzuführen. Das erspart den Anwälten ein Übermaß an zeitlicher Belastung, ermöglicht aber dennoch eine anwaltliche Beratung vor der Einigung.

Um eine wirklich aussagekräftige Bilanz zu ziehen, scheint es noch zu früh; das junge Projekt ist immer noch in einer „Probierphase“. Nicht hinreichend gelöst ist derzeit das Problem der Entlastung der Mediatoren. Während die Koordinatorenstelle ab dem 1. Januar 2007 mit 1/10 eines richterlichen Pensum entlastet ist, bekommen die Mediatoren lediglich ein „Freikreuz“, das heißt eine Auslassung im Zuteilungsturnus ihrer Abteilung; dies allerdings im Hinblick auf den Aufwand sowie die Spät- und Nebenfolgen der Mediationsverhandlungen unabhängig vom

<sup>1</sup> Zum Mediationsteam gehören derzeit: *Insa Paul, Susanne Veit, Christine Riese-ner, Tim Otto, Dr. Petra Zobel, Anja Stöver* und *Torsten Block* (Vizepräsident des AG).

Erfolg. Es bleibt das Dilemma, einerseits durch viele angeworbene Akten und viele Erledigungen die Effektivität der Mediation am Amtsgericht unter Beweis zu stellen, aber andererseits wegen der dünnen Personaldecke für eine Probephase keine entsprechende pensenmäßige Entlastung bereitstellen zu können. Ohne angemessene Entlastung sind neben der Belastung durch ein amtsrichterliches Deznat mehr als zwei Mediationen pro Monat nicht zu schaffen – trotz erheblichen Aufwands an Freizeit. Auf die Dauer wird dieser überobligatorische Einsatz der Mediatorinnen und Mediatoren kaum durchgehalten werden können.

Klar ist aber geworden, dass Mediation auch im Amtsgericht eine Alternative zur juristischen Streitkultur bietet, die nicht nur

zeitgemäß ist, sondern in vielen Verfahren die einzige Möglichkeit darstellt, wirklich Rechtsfrieden zu schaffen.

Amtsgerichtliche Mediation muss vielleicht eigene Wege gehen, auch abseits des klassischen, bisher gelehrtens 5-bis-7-Stufen-Modells. Wie das funktionieren kann, erprobt derzeit der Direktor des Amtsgerichts Göttingen, *Scheibel*. Nach den großen Erfolgen der Mediation am Landgericht Göttingen betreibt er seit Sommer 2006 Mediation mit hohen Zahlen an seinem Amtsgericht. Wir haben ihn nach Kiel eingeladen, um weiter und Neues von ihm zu lernen und so die Mediation am Amtsgericht endgültig zu einem Erfolgsmodell zu machen.

## Gerichtliche Mediation beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

Rolf Alpes, Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht, Schleswig

Gestartet haben das Projekt im Herbst 2005 vier richterliche Mediatoren, die in der ordentlichen Gerichtsbarkeit in Schleswig-Holstein typische Ausbildung haben (Kurse bei den Mediatoren *Scheibel/Wurdack, Gläßer/Kirchhoff*, Hospitationen in Göttingen bzw. Rostock, z.T. Fortbildung an der Deutschen Richterakademie). Seit Dezember 2006 gehören dem Team zwei weitere Kollegen an. Eine pensenmäßige Entlastung erfolgt auch im Jahr 2007 nicht.

Zur Organisation wurde unter der Leitung eines Kollegen eine – nicht im Geschäftsverteilungsplan des Gerichts gesondert ausgewiesene<sup>1</sup> – Mediationsabteilung gebildet, die Teil einer Serviceeinheit ist. Die Senate geben ihnen geeignet erscheinende Verfahren an den Leiter der Mediationsabteilung ab. Er nimmt zunächst telefonisch Kontakt zu den beteiligten Rechtsanwälten auf und prüft, ob der Konflikt mediationsgeeignet erscheint. Hier wie auch im Übrigen dürfte die Organisation im Verhältnis zu anderen Gerichten Schleswig-Holsteins keine Spezifika aufweisen. Die Verteilung der Akten erfolgt nach Rücksprache; einen „gesetzlichen Mediator“ gibt es nicht. Das Team der richterlichen Mediatoren<sup>2</sup> trifft sich einmal monatlich zum Erfahrungsaustausch. Es ist beabsichtigt, in diesen Treffen in der Mediation aufgetretene Probleme methodisch mit Mitteln der Intervention zu bearbeiten.

Das Spektrum der zur gerichtlichen Mediation gelangenden Verfahren umfasst alle Fachgebiete des Zivilrechts. Nach anfänglicher Zurückhaltung nehmen die Mediatoren sich jetzt auch mit Erfolg einiger Familiensachen an. Die Zurückhaltung hatte ihren Grund darin, dass die Konfliktbeteiligten gerade in Familiensachen aufgrund persönlicher Verletzungen häufig so zerstritten sind, dass eine Mediation – obwohl dringend erforderlich – mit angemessenem Zeitaufwand nicht erfolgreich durchzuführen ist. Da die Auswahl der Akten dem gesetzlichen Richter obliegt, hängt es zunächst von seiner Einschätzung der Sache, insbesondere aber auch von seiner Einstellung zur gerichtlichen Mediation ab, ob und welche Verfahren zur Mediation gelangen.

Die Richterschaft des Oberlandesgerichts kann bei grober Betrachtung in etwa drei gleich große Gruppen eingeteilt werden. Die eine stand dem Projekt von Anbeginn an positiv gegenüber, die zweite konnte durch Argumente und erfolgreiche Mediationen in besonders schwierigen Verfahren überzeugt werden, die dritte ist noch skeptisch bis ablehnend. Letzteres ist bedauerlich, soweit die Kolleginnen und Kollegen Verfahren zu entscheiden haben, in denen häufig persönliche Interessen besonders deutlich hinter dem Rechtsstreit stehen wie beispielhaft bei bestehenden verwandtschaftlichen Beziehungen oder bei Nachbarschaftsstreitigkeiten.

Die grundsätzliche Akzeptanz der Rechtsanwälte ist groß, auch der früheren Singular-OLG-Anwälte, von denen einige jetzt schon bei den Landgerichten, aber wohl auch beim OLG mit Mediationen gute Erfahrungen gesammelt haben. Das Projekt ist bei fast

allen Rechtsanwälten in Schleswig-Holstein und Hamburg bekannt; längere Erörterungen und Erklärungen bei den ersten Kontaktaufnahmen des Leiters der Mediationsabteilung sind oft nicht mehr erforderlich. In der überwiegenden Zahl der Fälle wirken die Rechtsanwälte während des Mediationsgesprächs konstruktiv auf dessen Verlauf ein und halten sich mit konfliktverschärfenden Ausführungen und Angriffen zurück.

Ein besonderes Charakteristikum der gerichtlichen Mediation beim Oberlandesgericht ist die große Bedeutung des Rechts. Schon bei der Auswahl der geeigneten Verfahren steht der gesetzliche Richter im zweiten Rechtszug vor der Hürde des § 522 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, wonach das Berufungsgericht die Berufung durch einstimmigen Beschluss „unverzüglich“ zurückzuweisen hat, wenn es davon überzeugt ist, dass das Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg hat. Der Senat ist also – auch für die Frage der Prozesskostenhilfebewilligung für die Berufung – stets verpflichtet, die Erfolgsaussichten zu prüfen, bevor er das Verfahren abgibt. Gibt er es ohne eine solche Prüfung gleichwohl – etwa im Hinblick auf verwandtschaftliche Beziehungen der Konfliktbeteiligten – an die Mediationsabteilung ab, scheidet aber die Mediation, dürfte dem Senat die Möglichkeit der Zurückweisung der Berufung durch „unverzüglich“ ergehenden Beschluss oft nicht mehr zur Verfügung stehen. Auch entsteht ein Rechtfertigungsdruck, wenn der Senat sodann die Berufung in der mündlichen Verhandlung als aussichtslos einschätzt.

Der zweitinstanzliche Anwalt hat ebenso schon bei der Frage, ob seine Partei einer gerichtlichen Mediation zustimmt, nicht nur die hinter dem Rechtsstreit stehenden Interessen, sondern auch die Erfolgsaussichten des Rechtsmittels einzuschätzen. Wiederholt haben Rechtsanwälte, die ihre Chancen als positiv erachteten, aus diesem Grund einer gerichtlichen Mediation nicht zugestimmt.

Im Rahmen der Mediationsgespräche ist ein Machtgefälle der Konfliktparteien dadurch vorbestimmt, dass in der Regel eine Partei ein obsiegendes Urteil bereits in Händen hält. Soweit nicht tatsächliche oder rechtliche Probleme augenfällig und unsicher zu beurteilen sind, so dass der Verfahrensausgang auch für spezialisierte Rechtsanwälte nicht vorhersehbar ist, wird sich der Berufungsbeklagte stets überlegen fühlen. Für ihn wird es weniger leicht sein, die Interessen des Konfliktpartners zu erkennen und zu akzeptieren. Alle richterlichen Mediatoren am Oberlandesgericht haben die Erfahrung gemacht, dass es außerordentlich schwierig sein kann, rechtliche Argumente der Parteien oder ihrer Rechtsanwälte zunächst beiseite zu schieben und die Interessen der Parteien ungefiltert zu erschließen.

Wir sind daher zu der Erkenntnis gelangt, dass jedenfalls beim Berufungsgericht der von *Friedmann* und *Himmelstein* so benannte „Elefant Recht“ nicht ignoriert werden kann. Haben die Parteien das Bedürfnis, über rechtliche Belange und Erfolgsaussichten des Rechtsmittels zu sprechen, so muss dem im Mediationsgespräch Platz eingeräumt werden. Die mediative Gesprächsführung kann dies z.B. so steuern, dass der Mediator vorgeschlägt, dass nach den zunächst angesprochenen rechtlichen Fragen weitere – auf die Interessen der Parteien zielende – Komplexe behandelt werden sollten oder auch umgekehrt.

<sup>1</sup> Allerdings hatte das Präsidium von der beabsichtigten Tätigkeit der Mediatoren zustimmend Kenntnis genommen.

<sup>2</sup> Ihm gehören derzeit an: Präsidentin des Oberlandesgerichts *Görres-Ohde*, die Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht *Alpes, Dr. Probst* sowie die Richter am Oberlandesgericht *Fechner, Hecht* und *Röttger*.



Die bereits ergangene erstinstanzliche Entscheidung und der häufig umfangreiche Akteninhalt fordern den gerichtlichen Mediator auch noch in anderer Weise. Eine nur kursorische Vorbereitung, die jegliche rechtliche Würdigungen außer Acht lässt, verbietet sich. Zwar ist der Mediator nicht dazu berufen, seine rechtliche Einschätzung der Sache preiszugeben. Was nützte es den Parteien auch? Er kann das Verhalten der Parteien in der Regel aber nur dann richtig verstehen und gegebenenfalls steuern, wenn er auch die Rechtslage zumindest grob einschätzen kann. Ferner darf ein Gericht auch unterhalb der Sittenwidrigkeits- oder Unwirksamkeitsschwelle nicht unbedenken den Abschluss eines Vergleichs fördern, der den durch die Rechtsordnung bezweckten Schutz des Schwächeren in sein Gegenteil verkehren würde. Daneben ist eine gründliche Aktenkenntnis unerlässlich. Fehlt sie, wird dies auch im Mediationsgespräch bald erkennbar und die Akzeptanz der Parteien sinkt.

Beim Oberlandesgericht besteht aufgrund der zuvor geschilderten Besonderheiten immer das Risiko, dass das Mediationsgespräch über ein qualifiziertes Vergleichsgespräch nicht hinausgelangt, zumal es – sei es aufgrund mangelnder Erfahrung

der Mediatoren oder aus anderen Gründen – häufig außerordentlich mühsam ist, die Konfliktbeteiligten zu einem Erarbeiten der Konfliktfelder zu bewegen. Gelingt dies nicht und wird gleichwohl ein Vergleich geschlossen, besteht die Gefahr, dass dieser das eigentliche Ziel der Mediation verfehlt, dass also zwar der Rechtsstreit erledigt, die Lösung aber nicht nachhaltig ist.

Weitere Besonderheiten der gerichtlichen Mediation im 2. Rechtszug sind die Dauer und die Kosten des bisherigen Verfahrens, das vereinzelt auch schon die Revisionsinstanz beim Bundesgerichtshof umfasst hat. Besonders dies schon vorhandene Kostenlast kann eine Mediation erschweren. Allerdings kann es sich nach unserer Einschätzung aber auch positiv auswirken, wenn die Parteien erkennen, dass weiteres Prozessieren weiteren und wenig fruchtbringenden Kosten- und Kraftaufwand bedeutet.

Zusammenfassend: Die gerichtliche Mediation beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht zeichnet sich zwar aus durch die bislang noch geringe Zahl von Verfahren und die Größe des „Elefanten Recht“, der sich häufig trompetend in den Mediationsraum schiebt. Sie ist aber durchaus akzeptiert und erfolgreich auf einem guten und sicheren Weg.

## **Gerichtliche Mediation aus der Sicht eines begleitenden Anwalts**

Stefan Koch, Rechtsanwalt und Notar, Flensburg

Ein Erfahrungsbericht über die gerichtliche Mediation etwa 1 1/4 Jahr nach deren Einführung lässt naturgemäß noch keine abschließende Beurteilung zu, wenngleich die Auswertung der bisher gewonnenen Erfahrungen eine deutliche Richtungsbestimmung erlauben.

Im Folgenden soll zunächst auf die Erwartungen von Parteien und Anwälten an die gerichtliche Mediation, die bislang gewonnenen Erfahrungen und die von dem begleitenden Anwalt zu beachtenden Besonderheiten eingegangen werden, um dann ein Fazit zu ziehen.

### **1. Erwartungen**

Vor Einführung der gerichtlichen Mediation im Herbst 2005 waren die Erwartungen in der Anwaltschaft geteilt.

Die Mehrzahl der Kollegen stand der Einführung der gerichtlichen Mediation aufgeschlossen, wenngleich abwartend gegenüber. Die zunächst abwartende Haltung vieler Kollegen mochte – und mag – darin begründet sein, dass sich die gerichtliche Mediation systembedingt an den Prozessanwalt wendet, dem das relativ starre System der Konfliktlösung nach den Regeln der ZPO vertraut ist. Insbesondere die Rolle des mit der Durchführung der Mediation beauftragten Richters ist für den begleitenden Anwalt ungewohnt, da eine rechtliche Bewertung des Sachverhaltes durch den Richtermediator grundsätzlich ausbleibt.

In der Diskussion über die bevorstehende Einführung der Mediation gab es neben den befürwortenden auch ablehnende Äußerungen, wie z.B. mit der Begründung: „Das haben wir Anwälte doch schon immer gemacht“. Diese Sicht der Dinge verkannte jedoch den entscheidenden Unterschied zwischen anwaltlicher Streitschlichtung und gerichtlicher Mediation: Bei der klassischen Streitschlichtung unter Beteiligung der jeweiligen Parteivertreter ist eine weitere – neutrale – Schlichterperson nicht beteiligt.

Die Kenntnis von der Ausgestaltung des gerichtlichen Mediationsverfahrens begründete für den informierten Anwalt damit die Erwartung, dass es sich um ein weiteres taugliches Werkzeug zur Konfliktlösung handelte, das die bislang vertrauten Möglichkeiten nicht ersetzen, aber ergänzen würde. Diese Erwartung scheint sich zu erfüllen, wenn auch zu berücksichtigen ist, dass nicht jedes Verfahren für eine Mediation geeignet ist und manche Parteien sich jeglicher Bereitschaft zu Verhandlungen verschließen.

Letztere Personengruppe ausgenommen, stehen die Parteien dem Angebot einer gerichtlichen Mediation in den Fällen, die für eine Mediation geeignet sind, meist aufgeschlossen gegenüber. Dafür sind mehrere Gründe zu nennen:

Für die gerichtliche Mediation wird den Parteien ein kurzfristiger Verhandlungstermin in Aussicht gestellt, sodass die Erwartung auf eine schnellere Erledigung des Verfahrens besteht. Dies wird auch von der beklagten Partei häufig als Vorteil gesehen, da ein schwebendes gerichtliches Verfahren zeitliche Ressourcen bindet und von vielen Parteien als emotionale Belastung empfunden wird.

Ein weiterer Grund liegt darin, dass die Parteien – besonders dann, wenn schon prozessuale Erfahrungen vorliegen – die Erwartung haben, dass Ihrem persönlichen Anliegen in der bevorstehenden Mediationsverhandlung mehr Zeit und damit Aufmerksamkeit eingeräumt werden wird, als in einem Güte- oder Verhandlungstermin vor dem Prozessgericht.

Als Beweggrund nicht zu vernachlässigen ist schließlich, dass die Inanspruchnahme des gerichtlichen Mediationsangebotes mit keinem zusätzlichen Kostenrisiko für die Parteien verbunden ist, so dass sich die Belastung für die Parteien auf ihren Zeiteinsatz für Vorbereitung und Teilnahme am Mediationstermin beschränkt.

### **2. Erfahrungen**

Die bisherigen Erfahrungen in der gerichtlichen Mediation sind positiv.

Es hat sich gezeigt, dass in nur einem Mediationstermin auch äußerst komplexe und umfangreiche Streitigkeiten erledigt werden können, wobei der Zeitaufwand für die Teilnehmer – bezogen auf die eigentliche Mediationsverhandlung – etwa 2 bis 3 Stunden betragen hat. Dies ist besonders im Vergleich zu dem vielfach höheren Zeitaufwand, der von allen Prozessbeteiligten bei der prozessualen Erledigung umfangreicher Sachverhalte geleistet werden muss, ein erheblicher Vorteil.

Die gute Erfolgsquote der gerichtlichen Mediation erklärt sich nach meiner Auffassung nicht zuletzt daraus, dass die Parteien ihr Anliegen in jeder Richtung vorbringen können – insbesondere auch solche Umstände, die in einem Gerichtsverfahren als nicht erheblich angesehen werden würden. Einlassungen der Parteien zu Hintergründen des Streits werden mit Rücksicht auf die zivilprozessualen Regeln in einem Rechtsstreit auch von Anwaltsseite häufig zurückgedrängt, da aus der Sicht der Anwälte und des Prozessrichters der Parteivortrag auf das Prozessergebnis zu beschränken ist. Verbale Ausflüge auf prozessuale „Nebenkriegschauplätze“ sind daher eher unbeliebt, da sie Zeit kosten, Emotionen wecken und die relationstechnische Abarbeitung des Prozesses nicht befördern. Im Prozess ist daher häufig eine Frustration der Parteien zu beobachten, wenn sie schon in der Vorbereitung von Schriftsätzen ihrem Anwalt oder später im Güte-/Verhandlungstermin dem Gericht aus ihrer Sicht wichtige Umstände

schildern wollen und erfahren müssen, dass es für die Entscheidung des Prozesses darauf nicht ankommen wird.

Demgegenüber wird den Parteien in der gerichtlichen Mediation ausreichend Zeit eingeräumt, ihre subjektiven Befindlichkeiten zu formulieren. Dies fördert erlebbar die Mitarbeit der Parteien an der Konfliktlösung, da sie sich in höherem Maße „ernst genommen“ fühlen und die aus ihrer Sicht wichtigen Streitpunkte, die häufig die Kernursache des Streites bilden, berücksichtigt werden.

Ein weiterer Grund für die Erfolge gerichtlicher Mediation liegt darin, dass die Parteien sich in einer deutlich entspannteren Atmosphäre begegnen und bei Beachtung der Spielregeln des Mediationsverfahrens häufig ein sachlicheres Gespräch als in einer Verhandlung vor dem Prozessgericht möglich ist. Der Umstand, dass die Parteien nicht jede Äußerung mit Rücksicht auf das Prozessergebnis bedenken müssen, lässt diese freier über ihre wahren und häufig in einer Prozesssituation nicht offenbaren Gründe für das Ausbrechen des Konfliktes sprechen.

Allerdings ist einzuräumen, dass noch keine Erfahrungen darüber vorliegen, ob nach einer gescheiterten Mediation Äußerungen aus dem Mediationstermin in den Prozess einführt werden und in welchem Umfang sich diese ggf. für die „gesprächige“ Partei ungünstig auswirken können.

Letztlich ist die Rolle des mit der Durchführung der Mediation beauftragten Richters für deren Erfolg von großer Bedeutung. Als unabhängiger Moderator trägt der Richtermediator maßgeblich zur Akzeptanz einer Einigung für beide Parteien bei, da diese unter neutraler und rechtskundiger Leitung zustande kommt. Dabei ist der Umstand, dass eine rechtliche Bewertung durch den Mediator nicht stattfindet, in diesem Zusammenhang vernachlässigbar. Denn die Parteien setzen die juristische Kompetenz des Richtermediators kraft Amtes unabhängig davon voraus, ob sich dieser zu Rechtsfragen tatsächlich äußert.

### 3. Besonderheiten

Der Anwalt als Begleiter seines Mandanten in der gerichtlichen Mediation hat bei der Erarbeitung des Mediationsergebnisses zu berücksichtigen, dass der Erfolg der Mediation und die Angemessenheit der so gefundenen Vergleichslösung nicht mit dem rechtlich zutreffenden Prozessergebnis übereinstimmen muss.

Dies ist Chance und zugleich Risiko der gerichtlichen Mediation aus Anwaltsicht. Denn dem Mandanten muss in jeder Lage des Verfahrens von Anwaltsseite deutlich gemacht werden, wie seine rechtliche Position im streitigen Verfahren ist, welches Ergebnis dort mit welchen Risiken zu erwarten ist. Diese Aufklärung und Beratung des Mandanten muss schon vor der Mediationsverhandlung beginnen und sollte vom Anwalt zur Vermeidung von Haftungsrisiken auch dokumentiert werden. Erst die Kenntnis des Mandanten über die im Prozess zu erwartenden Ergebnisse, Risiken und Kosten erlauben diesem in der gerichtlichen Mediation, eigene Einigungsangebote und diejenigen des Prozessgegners abzuwägen.

Die Situation ist zwar beim Abschluss eines Vergleiches im Prozess keine andere, allerdings wird ein Vergleich dort in der Regel erst dann zustande kommen, wenn das Gericht die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten erörtert hat. Fast immer ist dann diese rechtliche Bewertung durch das Gericht ausschlaggebend für die Entscheidung zum Vergleich, da die Erörterung der Prozessaussichten durch den Spruchrichter den Parteien zumindest Aufschluss über einen möglichen Ausgang des Prozesses in dieser Instanz und die von ihnen zu beachtenden Prozessrisiken gibt.

In der Mediation fehlt hingegen das Korrektiv der rechtlichen Bewertung durch das Gericht. Umso mehr haben daher die beteiligten Anwälte während der Mediation darauf zu achten und durch weitere Information und Beratung sicher zu stellen, dass den Parteien jederzeit deutlich ist, wie sehr das avisierte Mediationsergebnis dem zu erwartenden Prozessergebnis wirtschaftlich äquivalent ist – oder wie sehr es ggf. abweicht. Dabei soll nicht verkannt werden, dass ein zufrieden stellender Vergleich nach erfolgreicher Mediation durchaus nicht dem Ergebnis entsprechen muss oder soll, das nach der aktuellen Sach- und Rechtslage für den Mandanten im Prozess zu erwarten gewesen wäre.

Die besondere Stärke der Mediation liegt darin, dass sie auch ungewöhnliche Lösungswege aufzeigen kann, die im Prozess wegen der Beschränkung auf den zivilprozessual erheblichen Streitstoff in der Regel keine Rolle spielen dürfen, die Parteien aber ggf. in höherem Maße zufrieden stellen. Es ist also auch von Seiten der begleitenden Anwälte Kreativität gefragt, die über das gelernte Denken in prozessualen Schablonen hinausgehen sollte.

Dabei muss dem Mandanten von Anwaltsseite stets deutlich gemacht werden, worauf dieser sich mit seiner Zustimmung zum Mediationsergebnis einlässt. Da diese Aufklärung ausschließlich von anwaltlicher Seite geleistet werden kann und muss, ist die Begleitung durch den Anwalt in der gerichtlichen Mediation unverzichtbar.

### 4. Fazit

Die bisherigen Erfahrungen erlauben die Feststellung, dass die gerichtliche Mediation sich als ein begrüßenswertes und wichtiges ergänzendes Angebot zur Konfliktlösung herausgestellt hat.

Sie ermöglicht insbesondere in solchen Fällen, deren Konfliktpotential über den eigentlichen Streitstoff hinausgeht, den Beteiligten eine „Mehrwertlösung“, die nicht nur den anhängigen Prozess erledigt, sondern auch andere außerprozessuale Streitpunkte und Interessen klären und ausgleichen kann. Der mit Einführung der gerichtlichen Mediation eingeschlagene Weg sollte daher weiter verfolgt werden.

Für den mit der Prozessführung beauftragten Anwalt, die Parteien und das Gericht bietet sich in der gerichtlichen Mediation eine weitere Chance zur schnellen Befriedung der Parteien und zeitsparenden Erledigung des anhängigen Gerichtsverfahrens. Sie sollte verstärkt wahrgenommen werden.

## II. Amtliche Veröffentlichung

### Schleswig-Holsteinisches Anwaltsgericht

Vfg. der Präsidentin d. SchIHOLG vom 22. Februar 2007  
– 3172 – 43 SH –  
(SchIHA 2007 S. 152)

Ernannt mit Wirkung vom 10. Juli 2007 unter Berufung in das Richterverhältnis als ehrenamtliche Richterin auf die Dauer von fünf Jahren zum Mitglied des Schleswig-Holsteinischen Anwaltsgerichts ist Rechtsanwältin *Annelie Schmidt* in Harrislee.

## III. Personalnachrichten

### Oberlandesgericht

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht: Richter am Oberlandesgericht *Felix Merth*; Richter am Oberlandesgericht *Dr. Martin Probst*; Richter am Oberlandesgericht *Kurt-Christian Zieper*.

Zur Richterin am Oberlandesgericht: Richterin am Landgericht, *Dr. Martina Schall*, z.Zt. abgeordnet an das MJAE; Richterin am Amtsgericht *Dr. Christine von Milczewski*; Richterin am Amtsgericht *Jutta Dagmar Wendt*; zum Richter am Oberlandesgericht: Richter am Amtsgericht *Dr. Markus Hillenbrand*; Richter am Amtsgericht Johannes Karcher.

## Gerichte

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Landgericht: Richter am Landgericht *Jörg Beer*, Landgericht Lübeck.

Zur Richterin am Landgericht: Richterin *Kerstin Arp*, Landgericht Kiel; Richterin *Tamara Blasel*, Landgericht Kiel; Richterin *Hilke Döring*, Landgericht Flensburg; zum Richter am Landgericht: Richter *Dr. Robert Pape*, Landgericht Flensburg; Richter *Stefan Theising*, Landgericht Flensburg; zum Richter am Amtsgericht – als weiterer Aufsichtführender Richter –: Richter am Oberlandesgericht *Andreas Martins*, Amtsgericht Neumünster; Richter am Amtsgericht *Jens Woywod*, Amtsgericht Pinneberg; zur Richterin am Amtsgericht: Richterin *Catharina Heistermann*, Amtsgericht Flensburg; Richterin *Silke Lindberg*, Amtsgericht Reinbek; Richterin *Sabine Melis*, Amtsgericht Lübeck; Richterin *Annett Rudolph*, Amtsgericht Itzehoe; Richterin *Miriam Schirmer*, Amtsgericht Pinneberg.

Zum Richter am Amtsgericht: Richter *Jörg Diestelmeier*, Amtsgericht Elmshorn; Richter *Dirk Meisterjahn*, Amtsgericht Itzehoe; Richter *Dr. Jens Stühmer*, Amtsgericht Pinneberg, z. Zt. abgeordnet an das Bundesministerium der Justiz.

Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z. A. *Iris Meggers*, Landgericht Lübeck; Justizinspektorin z. A. *Simone Schultz*, Amtsgericht Lübeck.

Zur Justizoberinspektorin: Justizinspektorin *Christine Schubert*, Amtsgericht Pinneberg.

Zum Justizoberinspektor: Justizinspektor *Thomas Beuchling*, Landgericht Lübeck; Justizinspektor *Michael Boldt*, Amtsgericht Neumünster.

Zum Justizoberwachtmeister: Justizoberwachtmeister z. A. *Tim Boysen*, Landgericht Flensburg.

Zur Justizobersekretärin: Justizobersekretärin *Birte Kühl*, Amtsgericht Bad Segeberg.

Versetzt: Justizobersekretärin *Ilka Hamer* vom Amtsgericht Bad Oldesloe an das Amtsgericht Bad Segeberg.

Eintritt in den Ruhestand: Justizamtsrat *Günther Baier*, Landgericht Lübeck; Obergerichtsvollzieher *Harald Wolter*, Amtsgericht Rendsburg; Justizamtsinspektorin *Renate Kureck*, Amtsgericht Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Vorsitzender Richter am Landgericht *Dr. Jochen Strebos*, Landgericht Kiel; Justizamtfrau *Brigitte Haake*, Landgericht Kiel.

## Sozialgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Direktor des Sozialgerichts: Richter am Landessozialgericht *Dietrich Hengelhaupt*, Sozialgericht Kiel; Direktor des Sozialgerichts *Heinz-Dieter Kingauf*, Sozialgericht Lübeck, bisher Sozialgericht Itzehoe; zum Richter am Sozialgericht: Richter *Heiko Siebel-Huffmann*, Sozialgericht Schleswig.

Zur Justizinspektorin: Justizinspektorin z. A. *Sabine Winkelbach*, Sozialgericht Kiel;

Versetzt: RichterIn am Sozialgericht *Maren Sonnhoff* vom Sozialgericht Hamburg an das Sozialgericht Lübeck; Richter am Sozialgericht *Rainer Kruse* vom Sozialgericht Bremen an das Sozialgericht Lübeck.

## Finanzgerichtsbarkeit

Ernannt: Zum Vorsitzenden Richter am Finanzgericht: Richter am Finanzgericht *Dr. Birger Brandt*, Schleswig-Holsteinisches Finanzgericht in Kiel.

## Schl. Holst. Oberverwaltungsgericht

Ernannt: Zur Vizepräsidentin des Verwaltungsgerichts: Vorsitzende RichterIn am Verwaltungsgericht *Maren Thomsen*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht in Schleswig.

Zur RichterIn am Verwaltungsgericht: RichterIn *Kerstin Braun*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht in Schleswig.

Versetzung in den Ruhestand: Richter am Verwaltungsgericht *Werner Schlenzka*, Schleswig-Holsteinisches Verwaltungsgericht in Schleswig.

## Staatsanwaltschaften

Ernannt: Zur Staatsanwältin: RichterIn *Sabine Schuchard*, Staatsanwaltschaft Flensburg.

Zum Staatsanwalt: Richter *Andy Mitterer*, Staatsanwaltschaft Flensburg.

Versetzt: Staatsanwältin *Sabine Schuchard* von der Staatsanwaltschaft Flensburg an die Staatsanwaltschaft Lübeck; Staatsanwalt *Axel Schuchard* von der Staatsanwaltschaft Flensburg an die Staatsanwaltschaft Lübeck.

Versetzung in den Ruhestand: Staatsanwalt *Armin Bauchrowitz*, Staatsanwaltschaft Kiel; Staatsanwalt *Jörn Kruse*, Staatsanwaltschaft Kiel; Staatsanwalt *Hartwig Negendank*, Staatsanwaltschaft Lübeck.

## Vollzugsanstalten

Ernannt: Zum 1.3.2007 zur Regierungsrätin: Regierungsrätin z. A. *Yvonne Radetzki*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum 1.2.2007 zur Justizobersekretärin: Justizobersekretärin z. A. *Daniela Bolte*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretärin z. A. *Rebecca Diesing*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretärin z. A. *Sabrina Marschinkowski*, Justizvollzugsanstalt Lübeck.

Zum 1.2.2007 zum Justizobersekretär: Justizobersekretär z. A. *René Boysen*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär z. A. *Stefan Schülke*, Jugendanstalt Schleswig; Justizobersekretär z. A. *Martin Wittig*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Valerij Geis*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Heiko Müller*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Stefan Dose*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Helge Gründel*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Heiko Meinert*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Jens Krause*, Justizvollzugsanstalt Neumünster; Justizobersekretär z. A. *Torben Dahmke*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Michael Schäfer*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Christian Pleik*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Jan Volstorf*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizobersekretär z. A. *Marc Oliver Glüsing*, Jugendanstalt Moltsfelde; Justizobersekretär z. A. *Walter Kolberg*, Jugendanstalt Moltsfelde.

Versetzt: Zum 1.2.2007 an die JVA Neumünster: Justizobersekretär *Bülent Kiroglu*, Justizvollzugsanstalt Kiel; Justizobersekretär *Torben Klopsch*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zum 1.2.2007 an das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein: Justizamtsmann *Ulrich Roth*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zum 1.2.2007 an die JVA Tegel: Justizobersekretär *Olaf Madsen*, Justizvollzugsanstalt Neumünster.

Zum 1.2.2007 an das Landesamt für Ausländerangelegenheiten: Justizamtsinspektor *Jens-Albert Kobs*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Zum 15.2.2007 an die Justizvollzugsanstalt Neumünster: Justizhauptsekretär *Stefan Petersen*, Jugendanstalt Schleswig – Teilanstalt Neumünster –.

Versetzung in den Ruhestand: Mit Ablauf des Monats Januar 2007: Justizobersekretärin *Nicole Seifert*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; Justizhauptsekretär *Horst Häusler*, Justizvollzugsanstalt Lübeck; mit Ablauf des Monats Februar 2007: Justizamtsinspektor *Helmut Sommer*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

Eintritt in den Ruhestand: Mit Ablauf des Monats Januar 2007: Justizamtsinspektor *Jürgen Enk*, Jugendanstalt Schleswig – Teilanstalt Neumünster –.

Mit Ablauf des Monats Februar 2007: Justizamtsinspektor *Erhardt Selchow*, Justizvollzugsanstalt Kiel.

## Notare

Zum Notar bestellt: *Markus Becker*, Ahrensburg; *Kirsten Ellerbrock-Roß*, Ahrensburg; *Dr. Frank-Hartmut Vogelsang*, Ahrensburg.

## Die Große Juristische Staatsprüfung bestanden

im Monat Februar 2007: *Jan-Andre Otto*, Hamburg; *Henning Koßmann*, Kiel; *Jürgen Hanke*, Lüneburg; *Jens Schauffert*, Kiel; *Owe Otzen*, Preetz; *Antje Pehn*, Rostock; *Andrea Freitag*, Pinneberg; *Wolfram Sauer*, Staufenberg; *Nils Timm*, Hamburg; *Marie-Yvonne Otisi-Schaarschmidt*, Fleckeby; *Christian Hinrichsen*, Hamburg; *Alexander Woitasky*, Oelixerdorf.



## IV. Ausschreibungen

I. Bek. d. MJAE vom 30. März 2007 – II 162 / 5112 Ea – 1725 – (SchIHA 2007 S. 154)

### 1. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. R 3 für eine Vorsitzende Richterin oder einen Vorsitzenden Richter am Finanzgericht bei dem Schleswig-Holsteinischen Finanzgericht in Kiel,

1 Stelle der BesGr. R 2 mit einer Amtszulage nach Anlage IX BBesO für eine Vizepräsidentin oder einen Vizepräsidenten des Amtsgerichts bei dem Amtsgericht Kiel.

Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung in besonderer Weise bewährt hat. Erfahrungen darüber hinaus, insbesondere in der Gerichtsverwaltung, sind erwünscht, aber nicht Bedingung.

Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und anstehenden Strukturveränderungen in der Justiz aufgeschlossen gegenübersteht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voranzutreiben.

Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der insbesondere die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.

1 Stelle der BesGr. R 2 mit einer Amtszulage nach Anlage IX BBesO für eine Direktorin oder einen Direktor des Amtsgerichts bei dem Amtsgericht Rendsburg.

Die Stelle ist mit einer Richterin oder einem Richter zu besetzen, die oder der sich in der Rechtsprechung, insbesondere in den Aufgabenbereichen eines Amtsgerichts, in besonderer Weise bewährt hat und über Erfahrungen in der Gerichtsverwaltung verfügt.

Gesucht wird eine engagierte und verantwortungsbewusste Persönlichkeit, die den durchgeführten und anstehenden Strukturveränderungen der Justiz aufgeschlossen gegenübersteht und in der Lage ist, diese aktiv gestaltend voran zu treiben.

Unverzichtbar sind ein ausgeprägtes Organisationsvermögen sowie die besondere Befähigung zur Personalführung; gefordert ist ein kooperativer Führungsstil, der insbesondere die für neue Techniken und Organisationsformen notwendige Akzeptanz aller in der Justiz Tätigen schafft und sie zur verantwortlichen Mitgestaltung im Interesse des Ansehens der Justiz in der Öffentlichkeit motiviert.

1 Stelle der BesGr. R 2 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht – als die ständige Vertreterin oder der ständige Vertreter der Direktorin oder des Direktors – bei dem Amtsgericht Elmshorn.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Mai 2007.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

### 2. Bekanntmachung:

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Husum,

1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Norderstedt,  
1 Stelle der BesGr. R 1 für eine Richterin oder einen Richter am Amtsgericht bei dem Amtsgericht Ahrensburg.

Die Ausschreibung richtet sich ausschließlich an schleswig-holsteinische Richterinnen und Richter auf Probe in der ordentlichen Gerichtsbarkeit.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen werden erbeten bis zum 31. Mai 2007.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

II. Bek. d. Präs. d. LAG vom 16. März 2007 – Gen. 200 – (SchIHA 2007 S. 154)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle der BesGr. A 12 für eine Amtsärztin oder einen Amtsarzt (als Bezirksrevisorin oder als Bezirksrevisor/Haushalts- und Kostenreferentin oder Haushalts- und Kostenreferent) bei dem Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein.

Anforderungsprofil und Aufgaben einer Bezirksrevisorin/eines Bezirksrevisors im Bereich der Schleswig-Holsteinischen Arbeitsgerichtsbarkeit entsprechen im Wesentlichen denen der AV des MJF vom 20. August 2002 – II 421/2332 – 6 – (SchIHA 2002 S. 205).

Als Beauftragte/Beauftragter für den Haushalt sind Kenntnisse und Erfahrungen auf den Gebieten des Haushaltsrechtes und der Haushaltsabwicklung sowie im SAP-Programm erforderlich.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Wegen der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S. 22 –.

Bewerbungen an den Präsidenten des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein werden erbeten bis zum 15. Mai 2007.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

III. Bekanntmachung d. Präs. d. SchIHLSG vom 26. März 2007 – 5112 E – (SchIHA 2007 S.154)

Ich sehe Bewerbungen entgegen für die planmäßige Besetzung von

1 Stelle – fliegend – der BesGr. A 9 für eine Justizamtsinspektorin bzw. einen Justizamtsinspektor bei den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit,

1 Stelle – fliegend – der BesGr. A 8 für eine Justizhauptsekretärin bzw. einen Justizhauptsekretär bei den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit.

Die Landesregierung setzt sich für die Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen ein. Sie werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.

Die Landesregierung ist bestrebt, ein Gleichgewicht zwischen weiblichen und männlichen Beschäftigten in der Landesverwaltung und im Justizdienst zu erreichen. Frauen werden bei gleichwertiger Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorrangig berücksichtigt.

Es besteht die Möglichkeit zur Teilzeitbeschäftigung.

Hinsichtlich der Einzelheiten verweise ich auf die Allgemeine Verfügung vom 9. September 1970 – SchIHA 1970 S. 206 – in Verbindung mit der Allgemeinen Verfügung vom 30. Dezember 1971 – SchIHA 1972 S.22 -.

Bewerbungen werden bis zum 31. Mai 2007 erbeten.

Gleichzeitig bitte ich um Mitteilung der aktuellen Privatschrift.

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

#### BGB §§ 203 f

**Der Begriff der Verhandlungen iSd § 203 BGB ist zwar weit auszulegen. Eine Verjährungshemmung beginnt aber nicht bereits dann, wenn der Anwalt einen gerichtlichen Vergleichsvorschlag in der mündlichen Verhandlung lediglich kommentarlos zur Weiterreichung an seinen Mandanten entgegennimmt, andererseits jedoch streitig zur Sache verhandelt.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Urteil vom 18. Juli 2006 – 3 U 162/05 –, Te.

Die Kl.in nimmt die Bekl. wegen entstandener Schäden bei der Befüllung eines Heizungstankes in Anspruch. Mit rechtskräftigem Urteil des Landgerichts Lübeck ist ihr ein dort nur geltend gemachter Teilschaden zugesprochen worden. Die vorliegende Klage betrifft einen weiteren Teil des Schadens. Das Landgericht hat die Klage wegen der von der Bekl. erhobenen Verjährungseinrede abgewiesen. Die Parteien streiten im Berufungsverfahren darüber, ob der Lauf der Verjährung durch Verhandlungen gehemmt gewesen ist, nachdem das Gericht in der mündlichen Verhandlung des Vorprozesses einen Vergleichsvorschlag gemacht hat, der dort von den Anwälten nicht sofort abgelehnt worden ist. Die Berufung hatte keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg, denn das Landgericht hat die Klage zu Recht wegen eingetretener Verjährung abgewiesen.

Es steht nicht im Streit, dass die im Vorprozess erhobene Teilklage nicht zur Unterbrechung bzw. Hemmung der Verjährung für den von der Kl.in im vorliegenden Rechtsstreit geltend gemachten Anspruch auf Ersatz eines weiteren Teilschadens geführt hat. Eine Teilklage unterbrach nach altem Recht (§ 209 Abs. 1 BGB a.F.) die Verjährung nur in Höhe des eingeklagten Betrages, selbst wenn der Kl. den Anspruch insgesamt begründet hatte und sich die Geltendmachung des Restes vorbehielt. Dasselbe gilt nach neuem Recht für die durch eine Teilklage ausgelöste Verjährungshemmung gemäß § 204 Abs. 1 Ziff. 1 BGB

(BGH VersR 1984,391; KG VersR 2004, 482; Palandt/Heinrichs, 61. A. 2002, § 209 Rn. 14 mwN und 65. A. 2006, § 204 Rn. 16).

Das Landgericht hat zutreffend und von der Berufung nicht angegriffen ausgeführt, dass ein etwaiger deliktischer Anspruch verjährt wäre. Soweit im Verhältnis der Parteien auch ein Anspruch aus positiver Vertragsverletzung (Schadensereignis Februar 2001) in Betracht kommen würde, der nach früherem Verjährungsrecht der 30-jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. unterlag, greift die Verjährungseinrede der Bekl. aber ebenfalls durch.

Nach der Übergangsregelung in Art. 229 § 6 Abs. 4 S. 1 EGBGB gilt für den Fall, dass die Verjährungsfrist gemäß der Neufassung des BGB kürzer ist als diejenige nach der bis zum 1. Januar 2002 geltenden Fassung, die kürzere Frist, die aber erst von dem 1. Januar 2002 an gerechnet wird. Das neue Recht sieht in § 195 BGB eine kurze regelmäßige Verjährungsfrist von 3 Jahren vor. Die Verjährung aus positiver Forderungsverletzung lief mithin am 31. Dezember 2004 ab. Im Übrigen ergibt sich aus Art. 229 § 6 Abs. 1 S. 1 und 2 EGBGB, dass für Umstände nach dem 1. Januar 2002, die unter Berücksichtigung der Neufassung des Gesetzes eine Hemmung hervorrufen, eben diese Neufassung anzuwenden ist. Mithin ist hier für die zwischen den Parteien diskutierte Hemmung im Zusammenhang mit der mündlichen Verhandlung vom 24. Oktober 2003 in dem Vorprozess § 203 BGB n. F. heranzuziehen, der § 852 Abs. 2 BGB a. F. inhaltlich entspricht, diese frühere Norm aus dem Deliktsrecht allerdings zu einem allgemeinen Hemmungsstatbestand erweitert. Schweben danach zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder über die den Anspruch begründenden Umstände,

so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert.

Es entspricht ständiger Rechtsprechung des BGH und allgemeiner Meinung in der Literatur bereits zu § 852 Abs. 2 BGB a. F., dass der Begriff der Verhandlungen weit auszulegen ist. Es genügt jeder Meinungs austausch über den Anspruch oder seine tatsächlichen Grundlagen, wenn nicht sofort erkennbar die Verhandlungen abgelehnt werden. Ausreichend sind Erklärungen, die den Gläubiger zu der Annahme berechtigen, der Schuldner lasse sich auf Erörterungen über die Berechtigung des Anspruchs ein. In Abgrenzung dazu genügt allerdings nicht, wenn der Schuldner nur formularmäßig den Empfang der Anmeldung einer Forderung oder eines Regresses bestätigt

(zu Letzterem OLG Stuttgart VersR 1971, 1178; MüKo zum BGB/Stein, 3. Aufl. 1997, § 852 Rn. 68; Palandt/ Heinrichs, BGB, 65. Aufl. 2006, § 203 Rn. 2).

Die Bekl. hat erstinstanzlich in der Klagerwiderung Verjährung eingewandt. Die Kl.in ist dem in der Replik mit ausführlicher Darstellung der Vorgänge seit der mündlichen Verhandlung im Vorprozess vom 24. Oktober 2003 entgegengetreten. Sie hat zunächst den Inhalt des Sitzungsprotokolls dieser mündlichen Verhandlung wiedergegeben. Sie hat dann vorgebracht, mit außergerichtlichem Schreiben vom 31. Oktober 2003 dem Bevollmächtigten der Bekl. mitgeteilt zu haben, dass die Kl.in sich auf Basis auf 50 % der Klagforderung vergleichen würde. Einen Tag vor Ablauf der gerichtlich gesetzten Frist zur Rückäußerung zum Vergleichsvorschlag am 20. November 2003 habe um 15.30 Uhr der Prozessbevollmächtigte der Bekl. angerufen, um über Vergleichsmöglichkeiten weiter zu verhandeln. Ausweislich eines Aktenvermerks der Mitarbeiterin des Bevollmächtigten der Kl.in sei dies dort schriftlich mit der Bitte um Rückruf festgehalten worden. Dieser Rückruf sei wegen eines Wochenendes erst am 25. November 2003 erfolgt. Dort habe der Bevollmächtigte der Kl.in dem Bevollmächtigten der Bekl. eine Erledigung auf der Basis von 25000 € Zahlung angeboten. Es sei in diesem Telefonat über Vergleichsmöglichkeiten gesprochen worden und der Bevollmächtigte der Bekl. habe ausweislich des Aktenvermerks zurückrufen wollen. Nach einem weiteren Telefonat zwischen den Bevollmächtigten habe der Bevollmächtigte der Kl.in dann dem Gericht am 12. Dezember 2003 im Einverständnis mit dem Gegner mitgeteilt, dass über den Vergleich noch verhandelt werde.

In diesem Schreiben heißt es aber:

„In dem Rechtsstreit ... verhandeln die Parteien seit Zugang des Vergleichsvorschlags des Gerichts am 31. Oktober 2003 miteinander über die konkrete Höhe des zu leistenden Schadensersatzes.“

Der Beklagtenvertreter habe sich dann seinerseits mit Schriftsatz vom 15. Dezember 2003 an das Landgericht gewandt.

In diesem Schreiben heißt es:

„In Sachen ... wird Bezug genommen auf die bisherigen Erörterungen zur Frage der Haftung. Die Parteien haben zwischenzeitlich außergerichtlich Vergleichsgespräche aufgenommen, die jedoch noch nicht zu einem Abschluss gekommen sind. ...“

Unter Berücksichtigung dieses erstinstanzlichen Vortrags der Kl.in zur Frage des Vergleichs und den zitierten Anlagen aus dem Vorprozess (Protokoll vom 24. Oktober 2003 und Schriftsätze der Parteien vom 12. Dezember und 15. Dezember 2003) ist das Landgericht zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass Verjährung eingetreten ist, weil die Verhandlungen erst Ende November 2003 begonnen worden sind.

Weder aus dem Protokoll, noch aus den zitierten Schriftsätzen nach dem fraglichen Verhandlungstermin vor dem Landgericht

Lübeck, noch aus dem Schreiben vom 11. März 2005 an den Haftpflichtversicherer, mit dem der Bevollmächtigte der Kl.in dem Verjährungseinwand des Versicherers entgegentritt (Bl. 13 f d.A.) und auch nicht aus dem erstinstanzlichen Vortrag der Kl.in im vorliegenden Verfahren lässt sich nämlich entnehmen, dass die Parteivertreter tatsächlich bereits in der Sitzung vom 24. Oktober 2003 über die Vergleichsanregung des Landgerichts in dem o. g. Sinn verhandelt haben. Insoweit muss die Abgrenzung des Begriffs „Verhandlungen“ von der bloßen Eingangsbestätigung bedacht werden, wie sie etwa eine Haftpflichtversicherung auf die Schadensanmeldung des Geschädigten abgibt, aber auch gelegentlich Rechtsanwälte, wenn von der Gegenseite erstmals ein Vorschlag zur vergleichswisen Einigung gemacht und darauf in der Weise reagiert wird, dass der Eingang dieses Schreibens bestätigt und auf die Notwendigkeit der Rücksprache mit dem Mandanten verwiesen wird.

Liegt nur eine solche Eingangsbestätigung vor, dann kann aber noch nicht von einem Verhandeln zwischen den Parteien ausgegangen werden. Insoweit sind die Besonderheiten bei Einschaltung eines Rechtsanwalts zu beachten. Ist dem Rechtsanwalt eine Prozessvollmacht erteilt worden, hat er nach außen hin zwar das Recht, für die Partei auch über einen Vergleich zu verhandeln und einen solchen ggf. abzuschließen, § 78 ZPO. Andererseits ist er im Innenverhältnis stets gehalten, sich bei seinem Mandanten über die Frage, ob ein Vergleich abgeschlossen werden soll, aber auch ob Vergleichsgespräche geführt werden sollen, rückzuversichern. Schlägt das Gericht – das in jeder Lage des Verfahrens gehalten ist, auf eine gütliche Einigung hinzuwirken, § 278 Abs.1 ZPO – einen Vergleich vor, so hat dies der Anwalt pflichtgemäß in seine Überlegungen einzubeziehen, muss aber bei etwaigen Vergleichsgesprächen stets in Absprache und mit Zustimmung des Mandanten handeln

(Vollkommer/Heinemann, Anwaltshaftungsrecht, 2. Aufl. 2003, Rn. 278 f. insbesondere 281; Borgmann u. a., Anwaltshaftung, 4. Aufl. 2005, Rn. 116).

Vor diesem Hintergrund kann sich in einem Verhandlungstermin auch nach der Güteverhandlung durchaus die Situation ergeben, dass das Gericht von sich aus einen Vergleichsvorschlag oder wie hier eine noch nicht vollständig ausformulierte und noch nicht abschließend ziffernmäßig festgelegte Vergleichsanregung macht, der Anwalt diese aber nicht sofort umgehend ablehnt, sondern lediglich kommentarlos entgegennimmt, weil er bisher keine Gelegenheit gehabt hat, mit seinem Mandanten eine solche Vergleichsmöglichkeit vor dem Hintergrund der sonstigen Rechtsausführungen des Gerichts zu erörtern. Schweigt er also auf einen solchen Hinweis des Gerichts und verhandelt – wie hier – vielmehr streitig, liegt lediglich ein Fall vor, der der Situation vergleichbar ist, dass der Rechtsanwalt oder der Haftpflichtversicherer den Eingang einer Forderung oder eines Vergleichsvorschlags der Gegenseite formell bestätigt.

Im vorliegenden Fall war die Güteverhandlung im Termin vor dem 24. Oktober 2003 ausdrücklich gescheitert. Zwischenzeitlich war zwar ein Sachverständigengutachten eingeholt worden. Die dortigen Bekl. hatten dieses Gutachten aber in ihrer Stellungnahme dahin interpretiert, dass es an jedwedem Verschulden ihrerseits für den eingetretenen Schaden fehle, weil dort festgestellt werde, dass die vorhandene Verschraubung bereits unzulänglich montiert gewesen sei. Die Bekl. hatten zuvor darüber hinaus auch stets vorgetragen, dass ein Haftungsausschluss durch die AGB greife. Das Protokoll vom 24. Oktober 2003 lässt nicht erkennen, dass der Beklagtenvertreter von dieser Position dort abgewichen ist. Er hat vielmehr streitig verhandelt. Dazu bestand von seiner Seite auch deshalb Anlass, weil der Klägervertreter nach dem Protokollinhalt trotz der Vergleichsanregung des Gerichts darauf hingewiesen worden war, dass die Beklagtenseite Grund und Höhe des Anspruchs bestreite und insoweit noch nicht genügend Beweis angeboten sei. Das Protokoll lässt mithin in keiner Weise erkennen, dass seitens des Beklagtenvertreters mehr gemacht worden wäre, als die Vergleichsanregung kommentarlos entgegenzunehmen.

Insoweit ist auch zu bedenken, dass der Inhaber der Bekl. zu 1. (Bekl. auch des vorliegenden Verfahrens) und der dortige Bekl. zu 2. zwar persönlich in dem Termin anwesend waren, es jedoch in ihrem Innenverhältnis zu dem Haftpflichtversicherer maßgeblich auf dessen Einstellung zu einem Vergleich ankam, worauf gerade auch der Prozessbevollmächtigte der Bekl. Rücksicht zu nehmen hatte, um die Mandanten nicht einer Obliegenheitsverletzung in ihrem Versicherungsverhältnis auszusetzen und den Versicherungsschutz in Frage zu stellen. Das Protokoll lässt

aber auch nicht erkennen, dass sich der Vertreter der Kl.in zu der Vergleichsanregung in irgendeiner Weise geäußert hätte. Dieser hatte zu bedenken, dass zwar der Geschäftsführer der Klägerin anwesend war, diese sich aber in Liquidation befand und es deshalb maßgeblich für einen Vergleich auf den nicht anwesenden Liquidator ankam.

Gegenüber dem erstinstanzlichen Vortrag (und auch den vorprozessualen Ausführungen des Klägervertreters in seinem Schreiben an die A. vom 11. März 2005, Bl. 13 f d.A.) sind die Behauptungen der Berufungsbegründung zum Ablauf der mündlichen Verhandlung am 24. Oktober 2003 gänzlich neu ... (wird ausgeführt).

Der Anspruch der Kl.in scheidet dann an der Verjährungseinrede ...

## BGB §§ 339, 345; ZPO § 50

1. Zu den Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft.
2. Auslegung einer Abtretungsvereinbarung bei Falschbezeichnung des Drittschuldners.
3. Beweislast des Gläubigers eines vertragsstrafebewehrten Unterlassungsanspruchs für die Zuwiderhandlung des Schuldners, den allerdings die sekundäre Darlegungslast treffen kann für Umstände, die sich allein in seinem Bereich abgespielt haben (hier: Unerlaubte Abwerbung von Arbeitnehmern).

SchlHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 10. November 2005 – 7 U 172/03 –, Sa.

Der Kl. macht gegen die Bekl. einen Anspruch auf Restkaufpreiszahlung in Höhe von 75000 € aus einem Unternehmenskaufvertrag, den er am 30.7./7.8.2001 mit der A GmbH abgeschlossen hatte, geltend. Die Bekl. ist durch Vertragsübernahme vom 31.5.2002 in sämtliche Rechte und Pflichten aus dieser Vereinbarung anstelle der ursprünglichen Vertragspartnerin eingetreten. Gegenüber der unstrittigen Klagerforderung rechnet sie mit einer vermeintlich verwirkten Vertragsstrafe wegen eines Verstoßes gegen ein strafbewehrtes Abwerbungsverbot aus dem Unternehmenskaufvertrag – Abwerbung der Zeugen B, C und D – in Höhe von 3 x 25000 € auf.

Das Landgericht hat der Klage nach Vernehmung der Zeugen stattgegeben. Nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils hat die X-Bank mit Schreiben vom 9. Januar 2004 gegenüber der Bekl. eine Abtretungsvereinbarung vom 7./14.2.2003 offen gelegt. Darin hatte der Kl. an die X-Bank eine Forderung in Höhe von 93107,04 € gegen die A GmbH aus der Vereinbarung vom 30.7.2001/7.8.2001 sowie Endabrechnung vom 7.9.2002 bezüglich der Übernahme der Firma E – seiner ehemaligen Firma – abgetreten. Ebenfalls nach Erlass des angefochtenen Urteils hat das Finanzamt F mit Pfändungs- und Einziehungsvorfügung vom 30.3.2004 alle Forderungen aus dem Verkauf der Firma E unter Hinweis auf das angefochtene Urteil gepfändet und zur Einziehung an sich überwiesen.

Die Bekl. ist der Auffassung, der Kl. sei wegen der Abtretung bzw. der Pfändung nicht (mehr) aktivlegitimiert. Sie behauptet weiterhin, der Kl. habe die Zeugen B, C und D unter Verstoß gegen die vertraglichen Vereinbarungen für seinen neuen Betrieb abgeworben, daher seien die Vertragsstrafen verwirkt. Sie rügt eine vermeintlich fehlerhafte Beweiswürdigung durch das Landgericht, das zudem hinsichtlich der Frage der Abwerbung der Zeugen durch den Kl. die Darlegungs- und Beweislast verkannt habe.

### Aus den Gründen

Die zulässige Berufung der Bekl. erweist sich mit der Maßgabe, dass aufgrund der Abtretung vom 7./14.2.2003 Zahlung an die X-Bank zu erfolgen hat, als unbegründet.

Entgegen der Auffassung der Bekl. war und ist der Kl. – jedenfalls in gewillkürter Prozessstandschaft – berechtigt, die Restkaufpreisforderung im eigenen Namen geltend zu machen. Dies ergibt sich jedenfalls aus dem Schreiben der X-Bank vom 18. März 2004 (Bl. 156 d.A.), in dem es heißt: „... Dass Herr I trotz dieser Abtretung ... berechtigt war und ist, die in dem Rechtsstreit zwischen Ihnen und Herrn I ... verfolgten und zu unseren Gunsten abgetretene Forderung im eigenen Namen zu verfolgen und die Forderung einzuziehen ...“. Denn der Kl. hat die Restkaufpreisforderung gegen die Bekl. wirksam an die X-Bank abgetreten. Der einzige Mangel der Abtretung war die Falschbezeichnung des Drittschuldners; dies war zum Zeitpunkt der Abtretung nicht mehr die A GmbH, sondern infolge der Vereinbarung vom 31.5.2002 die Bekl. Diese Falschbezeichnung des Drittschuldners ist unschädlich und steht der wirksamen Abtretung der Forderung gegen die Bekl. entgegen. Denn wie alle anderen Verträge auch sind Abtretungsverträge auslegungsbedürftig und auslegungsfähig. Die Parteien der Abtretungsvereinbarung vom 7., 14.2.2003 wollten, wie sich aus der genauen Bezeichnung der Forderung mit „Vereinbarung vom 30.7.2001/7.8.2001 sowie Endabrechnung vom 27.9.2002 bezüglich der Übernahme der Firma E“ ergibt, die Forderung des Kl. gegen die Bekl. zur Abtretung bringen. Dass statt der durch Vertragsübernahme vom 31.5.2002 anstelle der



ursprünglichen Schuldnerin eingetretenen Bekl. die ursprüngliche Schuldnerin als Drittschuldnerin aufgeführt ist, ist unschädlich. Gemeint ist zweifelsfrei die Bekl., so dass die Abtretung an die X-Bank wirksam ist, hingegen die Pfändung durch das Finanzamt F ins Leere gegangen ist.

Die geltend gemachte Restkaufpreisforderung ist der Höhe nach unstrittig. Die Bekl. hat auch zweitinstanzlich nicht den ihr obliegenden Beweis führen können, dass der Kl. – unter Verstoß gegen das strafbewehrte Abwerbverbot, wonach er sich verpflichtet hatte, es zu unterlassen, die aufgrund der Vereinbarung vom 30.7./7.8.2001 von der A GmbH übernommenen Mitarbeiter abzuwerben –, die Zeugen B, C und D abgeworben hätte. Mithin fehlt es an einer aufrechenbaren Forderung der Bekl.

Besteht – wie hier – die vertragsstrafenbewehrte geschuldete Leistung in einem Unterlassen, so tritt die Verwirkung mit der Zuwiderhandlung ein (§ 339 Satz 2 BGB); die Beweislast bei Unterlassungsverpflichtungen liegt hingegen gemäß § 345 BGB beim Gläubiger – hier also der Bekl. –, der die Zuwiderhandlung zu beweisen hat

(vgl. Palandt-Heinrichs BGB 64. Aufl. § 345 Rn. 1).

Dieser Grundsatz der Beweislastverteilung bedarf allerdings der Ergänzung, wenn es um interne Vorgänge im Bereich des Schuldners – hier des Kl. – geht, in die der Gläubiger keinerlei Einblick hat. Die Bekl. kann und muss nicht wissen, wie es zur Einstellung ihrer ehemaligen Mitarbeiter B, C und D beim Bekl. gekommen ist; die äußeren Umstände lassen dabei zumindest den nachvollziehbaren Verdacht zu, dass der Kl. diese drei ehemaligen Mitarbeiter der Bekl. „abgeworben“, d.h. in unlauterer Form dazu veranlasst hat, bei der Bekl. zu kündigen und in seinen neuen Betrieb zu wechseln. Da die Bekl. insoweit keinen Einblick über die Umstände hat, ist es nach den Grundsätzen der sogenannten sekundären Darlegungslast Aufgabe des Kl., plausibel darzulegen, wie es zur Einstellung der drei Zeugen bei ihm gekommen ist.

Dieser ihn treffenden Darlegungslast hat der Kl. genügt. Er hat im einzelnen dargelegt, dass sich die drei Zeugen neben einer ganzen Reihe weiterer Interessenten auf die von ihm in den F-Nachrichten geschaltete Chiffre-Anzeige vom 7.8.2002 beworben hätten. Der Kl. hat schriftsätzlich des Weiteren dargelegt, dass sich 20 Interessenten – darunter die drei Zeugen – gemeldet haben und er die Zeugen in der üblichen Weise nach entsprechenden Bewerbungsgesprächen eingestellt hat, dies nachvollziehbarerweise natürlich auch vor dem Hintergrund, dass er sie als Mitarbeiter aus seiner früheren Firma kannte. Mehr konnte und musste der Kl. nicht tun, um seiner sekundären Darlegungslast zu genügen. Es ist dann Sache der Bekl. darzulegen und zu beweisen, dass gleichwohl die Zeugen durch den Kl. unter Verstoß gegen das Abwerbverbot abgeworben worden sind, denn eine Einstellung auf „normalem“ Wege stellt keinen solchen Verstoß dar. Dieser Beweis ist der Bekl. auch in zweiter Instanz nicht gelungen.

Auch in ihrer erneuten Vernehmung vor dem Senat haben die Zeugen B, C und D glaubhaft bekundet, sie seien nicht vom Kl. abgeworben worden, vielmehr hätten sie sich letztlich alle im Hinblick auf die Chiffre-Anzeige beworben und seien dann aufgrund entsprechender Gespräche mit dem Kl. eingestellt worden. Sie hätten nicht gewusst, dass hinter der Chiffre-Anzeige der Kl. steckte; auch sei es nicht etwa so gewesen, dass der Zeuge B quasi im Auftrag des Kl. auf die Zeugen C und D zugegangen sei, um diese gezielt zugunsten des Kl. abzuwerben. Dabei spricht es nicht gegen die Glaubhaftigkeit der Zeugen, dass sie sich nach mehr als drei Jahren nicht mehr konkret an jede Einzelheit – beispielsweise ob sie die F-Nachrichten mit der Chiffre-Anzeige zu Hause oder im Betrieb gelesen haben – erinnern konnten.

Der Bekl. ist es auch nicht gelungen, die Glaubhaftigkeit der Angaben der Zeugen bzw. die Glaubwürdigkeit der Zeugen selbst dadurch zu erschüttern, dass sie bewiesen hätte, dass zumindest Teile der Angaben der Zeugen – bezogen auf ihre Aussagen vor dem Landgericht – falsch waren. Die Beweisaufnahme zu der Frage, ob der Zeuge C sowohl seine Bewerbung als auch seine Kündigung, der Zeuge D seine Kündigung auf einem Computer im Hause der Bekl. geschrieben hat, ist gänzlich unergiebig geblieben. Dies allein schon deshalb, weil die Festplatten teilweise nicht mehr zur Verfügung standen; zum anderen heißt es in dem Gutachten zusammenfassend: „Auch nach intensiver Analyse der beiden vorgelegten Festplatten mit einer aktuellen forensischen Analysesoftware konnte kein Hinweis auf etwaige Kündigungsschreiben entdeckt werden. Aufgrund der seit August/September 2002 vergangenen Zeit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass

diese Schreiben auf einem der Rechner erstellt wurden.“ Damit hat die Bekl. jedenfalls nicht beweisen können, dass die Angaben der Zeugen C und D insoweit falsch gewesen wären.

Ebensowenig vermag die Tatsache, dass die Zeugen am Voraabend ihrer Vernehmung vor dem Landgericht von dem erstinstanzlichen Prozessbevollmächtigten des Kl. „einvernommen“ worden sind, wobei dieser Umstand erst im Zuge der erstinstanzlichen Beweisaufnahme zu Tage getreten ist, dazu zu führen, die Aussagen der Zeugen insgesamt als abgesprochen und damit falsch zu würdigen. Der Senat hat unter anderem wegen dieses Umstandes die Zeugen nochmals vernommen, sich selbst ein Bild gemacht und hält die Aussagen für glaubhaft.

Zwar ist der Bekl. zuzugeben, dass es auf den ersten Blick verdächtig anmutet, wenn drei Mitarbeiter aus dem vom Kl. verkauften Unternehmen nur kurze Zeit nach Ausscheiden des Kl. in dessen neuem Betrieb tätig sind; den von der Bekl. angezogenen Anscheinsbeweis für einen Verstoß gegen das Abwerbverbot begründet ein solch rein tatsächliches Geschehen nicht. Es fehlt schon an dem für die Anwendung der Grundsätze des Anscheinsbeweises maßgeblichen „typischen Geschehensablauf“, der quasi standardisiert den Rückschluss auf eine Ursache – hier einen Verstoß gegen das Unterlassungsgebot – zuließe.

Letztlich gibt auch der Inhalt des Protokolls vom 18. November 2002 (Anlage B 2) über ein Gespräch vom 11. November 2002 nichts dafür her, dass der Kl. gegen das Abwerbverbot verstoßen hätte. Unabhängig davon, dass der Kl. bestritten hat, dieses Gesprächsprotokoll überhaupt erhalten zu haben – im Verteiler ist er auch nicht aufgeführt –, besteht kein Widerspruch zwischen seinen Angaben im Rechtsstreit und seinen vermeintlichen Angaben gegenüber dem ausgeschiedenen Geschäftsführer, wonach die Einstellung von Herrn B aufgrund einer Werbeanzeige der Firma J erfolgt sei, die Mitarbeiter C und D sich aufgrund eines Gesprächs mit Herrn B bei der Firma beworben hätten und daraufhin eingestellt worden seien. Letzteres betrifft offensichtlich keine eigenen Erkenntnisse des Kl., maßgeblich war augenscheinlich die Anzeige; genauso hat es der Kl. auch vorgetragen.

## **BGB §§ 823, 847 a.F.; StVG § 7 a.F.; ZPO §§ 286 f**

- 1. Es gibt keine sog. „Harmlosigkeitsgrenze“, unterhalb derer Beschleunigungsverletzungen der HWS nach einem Auffahrunfall ausgeschlossen werden können.**
- 2. Zum Beweismaßstab und den Beweismitteln für das Vorliegen eines „HWS-Syndroms“.**
- 3. Bemessung des Schadensersatzes bei unfallbedingter, auf Prädisposition beruhender endgültiger Fehlverarbeitung eines Unfallgeschehens.**

SchIHOLG, 7. Zivilsenat, Urteil vom 6. Juli 2006 – 7 U 148/01 –, Sa.

Der Kl. nimmt die Bekl. gesamtschuldnerisch auf materiellen und immateriellen Schadensersatz sowie umfassende Feststellung aufgrund eines Verkehrsunfalls vom 13. Februar 1997 in Anspruch. Er hielt zum Unfallzeitpunkt mit seinem Pkw vor einer Ampelanlage an, die auf Rot umgesprungen war. Der Bekl. zu 1. fuhr mit seinem seinerzeit bei der Bekl. zu 2. gegen Haftpflichtschäden versicherten Pkw auf das Fahrzeug des Kl. auf.

Der Kl. behauptet, er habe durch den Aufprall ein „HWS-Beschleunigungstrauma“ erlitten. Infolge des Unfalles sei er frühzeitig verrentet worden. Unter den Unfallfolgen, namentlich ständigem Kopfschmerz, der teilweise in die Arme ausstrahle, Schwindel insbesondere bei Drehungen des Kopfes und permanenten Schlafstörungen, leide er nach wie vor. Hilfsweise behauptet der Kl. zweitinstanzlich, dass er – sollte eine Verletzung der Halswirbelsäule durch den Unfall nicht bewiesen sein – bei dem Unfall einen psychischen Schaden erlitten habe, der die von ihm geklagten Beschwerden verursache.

Das Landgericht hat die auf Zahlung von 16537,08 € Verdienstausfall, mindestens 12782,30 € Schmerzensgeld und umfassende Feststellung gerichtete Klage nach Beweisaufnahme abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, nach dem unfallanalytischen Gutachten des Sachverständigen B sei von einer Geschwindigkeitsänderung von allenfalls 5,2 km/h des klägerischen Fahrzeuges durch den Auffahrunfall auszugehen. Eine solche Geschwindigkeitsänderung sei im sogenannten „Harmlosigkeitsbereich“ angesiedelt, zu Verletzungen der Halswirbelsäule könne sie nicht führen.

Hiergegen richtet sich die Berufung des Kl.

### *Aus den Gründen*

Die Berufung des Kl. ist teilweise begründet. Die Bekl. haften dem Kl. gesamtschuldnerisch gemäß §§ 823, 847 BGB a.F., 7 StVG a.F. (Art. 229 § 8 EGBGB), 3 PflVG auf materiellen und immateriellen Schadensersatz aufgrund des Auffahrunfalls vom 13.2.1997, auch das Feststellungsbegehren erweist sich als begründet. Allerdings rechtfertigt eine feststehende Schadensveranlagung des Kl. im Sinne einer (unfallunabhän-

gigen) Prädisposition einen prozentualen Abschlag in Höhe von 50 von Hundert auf die von den Bekl. zu erbringenden Schadensersatzleistungen

(vgl. BGH NJW 1998, S. 810 [813]).

Im Einzelnen:

Zur Überzeugung des Senats (§ 286 ZPO) steht fest, dass der Kl. infolge des Unfalles eine sogenannte Beschleunigungsverletzung der Halswirbelsäule erlitten hat. Zwar ist in dem vom Senat eingeholten interdisziplinären Sachverständigengutachten ausgeführt, dass die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung des Fahrzeuges des Kl. durch den Aufprall „lediglich“ zwischen 6 und 10 km/h gelegen habe, womit eine Geschwindigkeitsänderung von 6 km/h bewiesen ist. Auf dieser Grundlage ist im medizinischen Teil des Gutachtens vom Sachverständigen D ausgeführt, dass bei einer geringst möglichen einwirkenden biomechanischen Belastung von gerundet 6 km/h eine Halswirbelsäulen-Beschleunigungsverletzung eher auszuschließen sei, bei der höchstmöglichen biomechanischen Belastung von gerundet 10 km/h sei sie nachvollziehbar. Die vom Kl. behauptete sogenannte „Out-Off-Position“ – der Kl. gibt an, im Zeitpunkt des Aufpralles sich nach rechts zum Beifahrersitz hin gebeugt zu haben, um dort die Löschsicherung einer Videokassette herauszunehmen – sei als verletzungsfördernder Faktor nur bei einer Geschwindigkeitsänderung von 10 km/h anzusehen. Auf dieser Grundlage verneint der Sachverständige D schon eine Verletzungsmöglichkeit der Halswirbelsäule.

Dem folgt der Senat aber nicht. Denn den Ausführungen des orthopädischen Sachverständigen D liegt die im Gutachten nicht explizit erwähnte Annahme einer sogenannten „Harmlosigkeitsgrenze“ bei einer kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung (Delta V) von bis zu 10 km/h zugrunde, auf deren Existenz ausdrücklich das angefochtene Urteil beruht; eine derartige Schematisierung ist aber spätestens seit der Entscheidung BGH NJW 2003, S. 1116 ff. überholt. Der Bundesgerichtshof hat in jener Entscheidung ausdrücklich ausgeführt

(aaO, S. 117),

dass gegen die schematische Annahme einer solchen „Harmlosigkeitsgrenze“ (auch) spreche, dass die Beantwortung der Kausalitätsfrage nicht allein von der kollisionsbedingten Geschwindigkeitsänderung, sondern daneben von einer Reihe anderer Faktoren abhängt. Bei der Prüfung, ob ein Unfall eine Halswirbelsäulenverletzung verursacht habe, seien stets die Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Daher bedürfe es noch nicht einmal der Einholung eines Gutachtens über die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung, wenn das Gericht in tatrichterlicher Würdigung die Überzeugung davon gewonnen habe, dass durch den Unfall eine Körperverletzung verursacht worden sei.

Diese Ausführungen des Bundesgerichtshofs entsprechen der mittlerweile ständigen Rechtsprechung des Senats, der als Senat für Verkehrsunfallsachen ständig mit vergleichbaren Sachverhalten befasst ist und dabei – unterstützt von medizinischen Sachverständigen der unterschiedlichsten Fachrichtungen – ebenfalls die Erkenntnis gewonnen hat, dass die kollisionsbedingte Geschwindigkeitsänderung nur einer von vielen Faktoren zur Beurteilung der Frage, ob ein Unfallbeteiligter bei einer Kollision eine Verletzung im Bereich der Halswirbelsäule erlitten hat, sein kann.

Hier verhält es sich nun so, dass der Kl. vor dem Unfall zwar nicht gesund war, er litt unter internistischen Problemen wie Bluthochdruck, auch psychisch war er – worauf noch einzugehen sein wird – vorbelastet. Beschwerden im Bereich der Halswirbelsäule hingegen hatte der Kl. bis zum Unfallzeitpunkt nicht. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Schreiben der Hausärztin des Kl. F vom 25.1.2001 (Bl. 229 d.A.), einer Bestätigung der Krankenversicherung des Kl., der G vom 1.2.2001 (Bl. 166 d.A.), wonach vor dem 13.2.1997 dort keine Zeiten der Arbeitsunfähigkeit gespeichert sind, die in ursächlichem Zusammenhang stehen, und weiteren zur Akte gereichten Berichten der den Kl. vor dem Unfall behandelnden Ärzte. Vielmehr hat auch die Ehefrau des Kl.s (Berichterstattervermerk vom 8.6.2006) glaubhaft bekundet, dass der Kl. vor dem Unfall nie Beschwerden im Hals-Nacken-Bereich gehabt habe, er auch nie derartiges geäußert habe. Dies sei erst seit dem Unfall so. Letztlich hat auch der Kl. in seiner persönlichen Anhörung vor dem Senat glaubhaft dargelegt, vor dem Unfall Beschwerden, wie sie seit dem Unfall bei ihm vorlägen, niemals gehabt zu haben. Lediglich in Jugendjahren habe er beim Gewichtheben einmal einen Muskelriss im Schulterbereich gehabt. Dass der Kl. tatsächlich die von ihm geltend gemachten Beschwerden hat, haben im Übrigen weder der Sachverständige

D noch der nervenärztliche Sachverständige E in Abrede genommen. Hinzu kommt, dass der Kl. unstreitig am Tag nach dem Unfall – nachdem er in der Nacht vom 13. auf den 14.2.1997 nach seinen glaubhaften Angaben unter Schwindel und Schmerzen litt – sich in die H-Klinik begeben hat und dort ein HWS-Syndrom diagnostiziert worden ist.

Da es auch im Rahmen des Strengbeweises gemäß § 286 ZPO, der für den haftungsbegründenden Primärschaden maßgeblich ist, nicht auf eine mathematisch lückenlose Gewissheit, sondern „nur“ auf einen für das praktische Leben brauchbaren Grad an Überzeugung ankommt, der Zweifeln Schweigen gebietet, ist der Senat in diesem Sinne davon überzeugt, dass der Kl. durch den Unfall eine Halswirbelsäulen-Beschleunigungsverletzung erlitten hat.

Steht damit der Haftungsgrund fest, ist für die haftungsausfüllende Kausalität, also die Folgen der Primärverletzung, der weniger strenge Beweismaßstab des § 287 ZPO anzulegen.

In diesem Sinne steht fest, dass der Kl. nicht nur seit dem Unfall unter andauernden Kopfschmerzen, Schlafstörungen und Schwindel leidet, sondern er letztlich infolge des Unfalles vorzeitig verrentet worden ist.

Denn Ursache der Verrentung waren nicht etwa die Beschwerden, die der zum Unfallzeitpunkt bestehenden Krankschreibung des Kl. zugrunde lagen, nämlich Handgelenksbeschwerden infolge eines Sturzes mit dem Verdacht auf ein Carpaltunnelsyndrom, sondern die aus der unfallbedingten Halswirbelsäulenverletzung resultierenden Beschwerden.

Dem Grunde nach haften die Bekl. daher vollen Umfanges für die unfallbedingten materiellen und immateriellen Schäden des Kl. Der Höhe nach hält der Senat jedoch einen 50%igen Abschlag auf die zu erbringenden Schadensersatzleistungen für gerechtfertigt. Denn aufgrund des schriftlichen Gutachtens des Sachverständigen E und der dazu abgegebenen mündlichen Erläuterungen steht fest, dass beim Kl. eine unfallunabhängige, auf Prädisposition beruhende (endgültige) Fehlverarbeitung des Unfallgeschehens eingetreten ist, die einen derartigen prozentualen Abschlag rechtfertigt. Nach den Ausführungen des Sachverständigen E handelt es sich bei dem Kl. um eine schadensveranlagte Persönlichkeit, er war schon vor dem Unfall psychosomatisch krank. Der Kl. hatte sich aufgrund innerseelischer Gebote und Schranken in hohem Maße erschöpft, was schon zuvor bei ihm zu einem psychischen Erschöpfungszustand geführt hatte. Der Kl. war in Kindheit und Jugend starken seelischen Belastungsfaktoren ausgesetzt, sein seelisches Gleichgewicht hat er stets durch überdurchschnittliche Leistungen im beruflichen Bereich aufrecht zu erhalten versucht (S. 42/43 des schriftlichen Gutachtens).

Ausgehend davon, dass der Kl. – wie feststeht – tatsächlich eine Halswirbelsäulen-Beschleunigungsverletzung erlitten hat, hat der Sachverständige vor dem Senat erläutert, dass dann auch eine entsprechende Fehlverarbeitung in Form einer Anpassungsstörung denkbar sei. Diese sieht der Senat hier als gegeben an und zwar in Form einer sogenannten somatoformen Störung. Grundsätzlich haftet ein Schädiger zwar auch für seelisch bedingte Folgeschäden

(BGH NJW 1996, S. 2425 ff.; BGH NJW 2000, S. 862 ff.),

es sei denn, die Primärverletzung, die der Geschädigte bei dem Unfall erlitten hat, wäre eine schlichte Bagatelle. Die Halswirbelsäulen-Beschleunigungsverletzung des Kl.s war zwar nur leichter Umfanges, hatte aber keinesfalls Bagatelldarakter in dem Sinne, dass es sich um eine Beeinträchtigung gehandelt hätte, die jedermann täglich und regelmäßig folgenlos erleiden kann. Diese Verletzung traf auf die dargestellte entsprechende Prädisposition des Geschädigten, wobei der durch den Unfall ausgelöste Schaden aufgrund der psychischen Vorschäden des Kl.s auch ohne den Unfall früher oder später eingetreten wäre. Dies ergibt sich sowohl aus den schriftlichen Ausführungen des Sachverständigen E als auch aus seinen mündlichen Erläuterungen und rechtfertigt den prozentualen Abschlag der Höhe nach.

Entgegen der Auffassung der Bekl. ist das Schadensersatzbegehren des Kl.s aber nicht zeitlich zu beschränken. Zwar mag – wie vom Sachverständigen E ausgeführt – nach den Vorgaben der Diagnosemanuale eine Anpassungsstörung maximal ein Jahr andauern; eine derartige zeitliche Beschränkung mag im medizinischen Sinne angezeigt sein, tatsächlich dauern die durch den Unfall ausgelösten, wenn auch durch eine entsprechende Prädisposition des Kl.s begünstigten, Unfallfolgen an, sind – wie etwa die Verrentung – auch unfallbedingt eingetreten, so dass eine

zeitliche Beschränkung anhand schematischer Vorgaben medizinischer Diagnoseanale nicht in Betracht kommt, vielmehr ein prozentualer Abschlag im Sinne der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

(vgl. auch Senat, Urteil vom 2.6.2005, 7 U 124/01/ SchlAnz 2006, 163 f.)

zu machen ist.

Der Höhe nach ist dem Kl. bis zum 31. Januar 2000 (jedenfalls ein Verdienstausfallschaden in Höhe von 32343,71 DM (16537,08 €) entstanden. Diesen Schaden hat der Kl. im einzelnen in der Klagschrift substantiiert dargelegt und mit entsprechenden Unterlagen (Verdienstbescheinigungen, Krankengeldbescheinigungen und Rentenbescheiden) belegt; die Bekl. sind dem nicht näher entgegen getreten.

Bei einem 50%igen Abschlag ergibt sich damit ein zu ersetzender Verdienstausfallschaden bis zum 31. Januar 2000 in Höhe von 16171,86 DM (8268,54 €).

Der Kl. hat ein Schmerzensgeld in Höhe von (mindestens) 25000 DM (12782,30 €) geltend gemacht. Unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der andauernden Unfallfolgen, ist ein derartiges Schmerzensgeld (an sich) zum Ausgleich der immateriellen Beeinträchtigungen angemessen, aber auch ausreichend. Unter anspruchskürzender Berücksichtigung der Prädisposition des Kl.s ergibt sich der ausgeteilte Betrag von 6391,15 € (12500,00 DM) an Schmerzensgeld.

Mit der prozentualen Beschränkung ist auch das Feststellungsbegehren des Kl. begründet. ...

## **BGB §§ 2311, 2314**

- 1. Bei der Berechnung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs gelten Rechtsverhältnisse, die in Folge des Erbgangs durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit erloschen sind, entsprechend den §§ 1976, 2143, 2377 BGB als nicht erloschen.**
- 2. Macht der Pflichtteilsberechtigte einen Pflichtteilergänzungsanspruch geltend, muss er zunächst die (ggf. gemischte) Schenkung als solche beweisen, bevor er einen Wertermittlungsanspruch auf Kosten des Nachlasses hat. Die Bestimmung des § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB dient nicht zur Erleichterung einer Beweisführung der Zugehörigkeit eines einem Dritten überlassenen Gegenstandes zum fiktiven Nachlass.**

SchlHOLG, 3. Zivilsenat, Urteil vom 15. August 2006 – 3 U 63/05 – Schü.

Der Kl. macht als Pflichtteilsberechtigter gegen den Erben u.a. einen Wertermittlungsanspruch nach § 2314 I 2 BGB geltend. Der Anspruch bezieht sich auf ein Grundstück, dass die Erblasserin dem Erben vertraglich überlassen und hinsichtlich dessen sie die Auflassung erklärt hatte, wobei allerdings vor ihrem Tod die Umschreibung im Grundbuch noch nicht erfolgt war. Der Kl. ist der Ansicht, bei der Überlassung handele es sich jedenfalls um eine gemischte Schenkung. Vor dem Landgericht hatte die Klage auch hinsichtlich des Wertermittlungsanspruchs Erfolg. Auf die Berufung des Bekl. ist das Urteil insoweit geändert worden.

### *Aus den Gründen:*

1. Dem Kl. steht ein Wertermittlungsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich des Flurstücks 49/1 der Flur 2 der Gemarkung B. durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens auf Kosten des Nachlasses nicht zu.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der Wert des Grundstücks für die Berechnung des ordentlichen Pflichtteils gemäß § 2303 Abs. 1 BGB ohne Belang. Zwar war dieses Flurstück im Erbfall noch im Nachlass vorhanden, weil zu Lebzeiten der Erblasserin lediglich die Auflassung erklärt worden war, nicht aber die für den Eigentumsübergang auch erforderliche Umschreibung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB) vorgenommen war. Es war deshalb Bestandteil des Nachlasses. Weil das Grundstück zu den Nachlassgegenständen gehört, sind deshalb dem Wortlaut nach auch die Voraussetzungen eines Wertermittlungsanspruchs gemäß § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB gegeben.

Gleichwohl kann ein Wertermittlungsgutachten nicht auf Kosten des Nachlasses verlangt werden. Ein solches Verlangen wäre rechtsmissbräuchlich (§ 242 BGB), weil der Sinn und Zweck des Wertermittlungsanspruchs lediglich darin besteht, dem Pflichtteilsberechtigten auf Kosten des Nachlasses die Informationen zukommen zu lassen, die ihn in die Lage versetzen, seinen Pflichtteilsanspruch berechnen und beziffern zu können. Dafür ist vorliegend der Wert des Grundstücks ohne Bedeutung.

Zwar gehörte das Grundstück, weil eine Umschreibung im Grundbuch im Zeitpunkt des Erbfalls auf den Bekl. noch nicht

erfolgt war, zum Aktivnachlass und wäre daher an sich mit dem vollen Verkehrswert bei der Pflichtteilsberechnung in Ansatz zu bringen (§ 2311 Abs. 1 BGB). Daran ändert sich, wie der Bekl. in dem ihm nachgelassenen Schriftsatz vom 17. Juli 2006 mit Recht geltend gemacht hat, auch nicht deshalb etwas, weil in Folge des Erbgangs der Eigentumsverschaffungsanspruch des Bekl. durch Konfusion erloschen ist, weil bei der Berechnung der Höhe eines Pflichtteilsanspruchs Rechtsverhältnisse, die in Folge des Erbgangs durch Vereinigung von Forderung und Verbindlichkeit erloschen sind, entsprechend den §§ 1976, 2143, 2377 BGB als nicht erloschen gelten

(BGH DNotZ 1978, 487; Staudinger/Haas, 13. Aufl., § 2311 Rn. 15).

Entscheidend ist, dass bei der Bewertung des Nachlasses als Nachlassverbindlichkeit aber außerdem der Eigentumsverschaffungsanspruch des Bekl. aus §§ 1, 5 des notariellen Vertrages vom 24. März 1992 als Passivposten des Nachlasses nach § 2311 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen wäre. Dessen Wert ist gleichwertig mit dem im Erbfall noch nicht umgeschriebenen Grundstück, sodass sich im Ergebnis der Aktivposten (Grundstück) und der Passivposten (Verbindlichkeit zur Übertragung des Grundstücks auf den Bekl.) ausgleichen und im Rahmen der Pflichtteilsberechnung somit nicht zu Buche schlagen

(BGHZ 85, 274, 278/279).

2. Der Kl. kann die Wertermittlung des Grundstücks auch nicht gemäß § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB in analoger Anwendung zur Berechnung seines Pflichtteilergänzungsanspruchs gemäß § 2325 Abs. 1 S. 2 BGB verlangen.

a) Zwar scheidet entgegen der Auffassung des Landgerichts ein Pflichtteilergänzungsanspruch nicht von vornherein aus, weil eine etwaig im Vertrag vom 24. März 1992 enthaltene gemischte Schenkung hinsichtlich des Flurstücks 49 im Zeitpunkt des Todes der Erblasserin noch nicht vollzogen gewesen ist. War das Schenkungsversprechen im Erbfall noch nicht vollzogen, ändert dies nichts am Vorliegen einer Schenkung im Sinne von §§ 2325, 2329 BGB. Gegenstand der Schenkung ist in diesen Fällen nicht der versprochene Gegenstand, sondern der schenkweise zugewendete Anspruch auf ihn

(BGHZ 85, 274, 283 = NJW 1983, 1485, 1486; MüKo/Lange, 4. Aufl., § 2325 Rn. 32).

Würde der notarielle Vertrag vom 24. März 1992 bezüglich des Flurstücks 49/1 eine gemischte Schenkung beinhalten, stände dem Kläger auch ein Anspruch auf Ermittlung des Wertes des Grundstücks gemäß § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB in analoger Anwendung zu, weil bei der Berechnung des Pflichtteilergänzungsanspruchs nach § 2325 BGB der Wert des weggeschenkten Gegenstandes fiktiv dem Nachlass hinzugerechnet wird und der Pflichtteilsberechtigte zur Berechnung und Bezifferung seines Pflichtteilergänzungsanspruchs auf die Kenntnis des Verkehrswerts des weggeschenkten Gegenstandes deshalb angewiesen ist. Die Intention des § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB, dem Pflichtteilsberechtigten mit der Wertermittlung die Berechnung des ordentlichen Pflichtteilsanspruchs zu ermöglichen, rechtfertigt die Anwendung dieser Bestimmung wegen der vergleichbaren Interessenlage deshalb auch auf den Pflichtteilergänzungsanspruch

(BGH NJW 1984, 487 m. w. Rechtsprechungsnachweisen).

Das Begehren des Kl. geht aber weiter. Er verlangt Wertermittlung auf Kosten des Nachlasses zur Vorbereitung eines etwaigen Pflichtteilergänzungsanspruchs für ein Grundstück, von dem nicht feststeht, ob es dem Bekl. jedenfalls teilweise ohne Gegenleistung versprochen worden ist. Der Bekl. bestreitet dies unter Hinweis auf den notariellen Vertrag vom 24. März 1992, der ausdrücklich als Kaufvertrag bezeichnet worden ist, und macht geltend, dass das Flurstück 49, das ihm von der Erblasserin überlassen worden ist, keinen höheren Wert hatte, als die von ihm übernommene Gegenleistung in Höhe von 87000 DM (Kaufpreis in Höhe von 75000 DM gemäß § 1 des Vertrages und übernommene Zahlungsverpflichtung in Höhe von 12000 DM gemäß § 3 des Vertrages).

Ist zwischen dem Pflichtteilsberechtigten und dem Erben streitig, ob der Erblasser innerhalb der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB einen Gegenstand verschenkt hat, muss der Pflichtteilsberechtigte grundsätzlich darlegen und beweisen, dass der betreffende Gegenstand (hier bei noch nicht erfolgter Umschreibung im Grundbuch der auf den Erbfall aufgeschobene Anspruch auf Eigentumsverschaffung) zum fiktiven Nachlass gehört

(BGHZ 89, 24 ff. = NJW 1984, 487 ff.).

Erst wenn die Zugehörigkeit zum fiktiven Nachlass feststeht, besteht ein Wertermittlungsanspruch auf Kosten des Nachlasses.



Nur auf den begründeten Verdacht hin, der Erblasser habe einen bestimmten Gegenstand innerhalb der Frist des § 2325 BGB weggeschenkt, kann dem Pflichtteilsberechtigten außer dem Auskunftsanspruch gegen den Erben und gegen den Beschenkten nicht auch noch ein Wertermittlungsanspruch zugebilligt werden (BGH NJW 1984, 487).

Hier ist von Bedeutung, dass der Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 S. 1 BGB und der Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB selbständige Ansprüche sind. Bei der Auskunft gemäß S. 1 geht es um die Weitergabe von Wissen, das der Verpflichtete hat oder sich verschaffen muss, an den Pflichtteilsberechtigten. Demgegenüber ist die Wertermittlung gemäß S. 2 nicht etwa auf eine Äußerung des Verpflichteten über den Wert gerichtet; sie ist von dem Wissen und den Vorstellungen, die der Verpflichtete von diesem Wert hat, gänzlich unabhängig. Dieser Unterschied wird in der Praxis vielfach nicht klar erkannt. Das zeigt sich auch am Antragsprogramm des Klägers und dem verunglückten Urteilstenor des Landgerichts, der dem Wortlaut (aber nicht dem Sinne) nach auf „Auskunft über den Bestand des Nachlasses, und zwar hinsichtlich des Werts des Grundstücks ... durch Vorlage eines Sachverständigengutachtens“ gerichtet ist. Hinsichtlich des Auskunftsanspruchs besteht über den unmittelbaren Anwendungsbereich des § 2314 BGB hinaus, der nur den realen Nachlass erfasst, ein schützenswertes Interesse des Pflichtteilsberechtigten für eine Ausweitung auf Schenkungen, um den Pflichtteilsberechtigten in die Lage zu versetzen, seine – möglichen – Pflichtteilsergänzungsansprüche aufzudecken und durchzusetzen. Steht fest, dass ein Gegenstand weggeschenkt worden ist, ist der Pflichtteilsberechtigte in gleicher Weise schützenswert, wenn er mangels Kenntnis des Wertes des Gegenstandes seinen ergänzten Pflichtteilsanspruch nicht berechnen kann. Ist dagegen – wie hier – offen, ob eine gemischte Schenkung vorliegt, hat der Pflichtteilsberechtigte kein schützwürdiges Interesse an einer Wertermittlung auf Kosten des Nachlasses. In diesem Zusammenhang muss nämlich beachtet werden, dass auch beim ordentlichen Pflichtteil für den Fall, dass streitig ist, ob ein bestimmter Gegenstand zum tatsächlichen Nachlass gehört oder nicht, der Pflichtteilsberechtigte, der seinen Pflichtteil fordert und den betreffenden Gegenstand bei der Berechnung seines Pflichtteils dem Nachlasswert hinzurechnen will, nach allgemeinen Grundsätzen die Umstände darlegen und beweisen muss, aus denen sich die Zugehörigkeit zum Nachlass ergibt und dementsprechend auch Wertermittlung gemäß § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB nur dann verlangen kann, wenn er die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum Nachlass darlegt und beweist

(BGHZ 7, 134, 136; BGH Urteil vom 9. November 1983 – IV a ZR 151/82, juris, Rn. 11 NJW 1984, 487 m. w. Rechtsprechungsnachweisen).

Anderes kann deshalb auch nicht bei der Vorbereitung der Berechnung eines etwaigen Pflichtteilsergänzungsanspruchs gelten. Auch hier muss der Pflichtteilsberechtigte zunächst die Schenkung als solche beweisen, bevor er einen Wertermittlungsanspruch auf Kosten des Nachlasses hat. Denn die Bestimmung des § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB dient nicht einer Erleichterung einer Beweisführung der Zugehörigkeit eines Teilwertes des veräußerten Gegenstandes zum fiktiven Nachlass. Die vom Kl. begehrte Wertermittlung könnte zwar, je nachdem, welches Ergebnis sie hat, zum Nachweis einer gemischten Schenkung beitragen und ihm die Beweisführung der Zugehörigkeit eines Teilwertes des veräußerten Gegenstandes zum fiktiven Nachlass teilweise abnehmen. Dies ist indes nicht die dem § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB zugeordnete Funktion. Die Anwendung der Vorschrift auch auf Sachverhalte, bei denen die Schenkung noch gar nicht feststeht, würde ohne rechtfertigenden Grund die Beweislastverteilung zwischen Pflichtteilsberechtigtem und Erben zu Gunsten des Ersten verschieben und zudem im Hinblick auf die Kostenbestimmung des § 2314 Abs. 2 BGB zu einer unter diesem Gesichtspunkt nicht vertretbaren Schmälerung des Nachlasses führen. Aus diesem Grunde hat der Bundesgerichtshof eine Ausdehnung der Bestimmung auf Fälle, in denen offen ist, ob ein bestimmter Gegenstand verschenkt worden ist, ausdrücklich abgelehnt

(BGH NJW 1984, 487 = Juris Rn. 12).

b) Der Kl. hat im Rahmen der Auskunftsstufe nicht ausreichend dargelegt, geschweige denn bewiesen, dass eine ergänzungspflichtige gemischte Schenkung vorliegt. Der Pflichtteilsberechtigte trägt die Beweislast dafür, dass die Überlassung des Grundstücks (teilweise) unentgeltlich erfolgt ist und damit auch die Beweislast für die Werte von Leistung und Gegenleistung

(BGH NJW 1981, 2458; NJW 1984, 487)

sowie die Beweislast für den subjektiven Tatbestand einer Schenkung gemäß § 516 BGB, nämlich die Einigkeit der Vertragspartner über die Unentgeltlichkeit. Diese Voraussetzungen stehen indes nicht fest.

Der notariellen Vertrag vom 24. März 1992 ist als Kaufvertrag bezeichnet. Gemäß §§ 1, 2 hat die Erblasserin dem Bkl. die Flurstücke 49 und 50 jeweils gegen Zahlung eines Kaufpreises verkauft. Die Urkunde enthält keinerlei Hinweise, dass die Vertragsparteien sich über eine teilweise Unentgeltlichkeit der Übertragung einig waren. Den Wert der auszutauschenden Leistung können die Vertragspartner im Rahmen der Vertragsfreiheit selbst bestimmen. Allerdings können die Vertragspartner den Rechtsfolgen des § 2325 BGB nicht durch eine willkürliche Bemessung von Leistung und Gegenleistung entgehen. Davon, dass die Vertragsparteien die Werte von Leistung und Gegenleistung unangemessen festgesetzt („frisirt“) haben, kann gegenwärtig nicht ausgegangen werden. Allerdings ist bei einem auffallenden, groben Missverhältnis zwischen den wirklichen Werten von Leistung und Gegenleistung mit der Lebenserfahrung zunächst davon auszugehen, dass dies auch die Vertragsparteien erkannt haben und sich in Wahrheit über die unentgeltliche Zuwendung derjenigen Bereicherung einig waren, die sich bei einer verständigen und nach den Umständen vertretbaren Bewertung der beiderseitigen Leistungen ergeben hätte

(BGH NJW 1979, 1709, 1710).

Dafür reicht der Klagvortrag aber nicht aus ... (wird ausgeführt)

Bei dieser Sachlage hat der Kl. bislang nicht ausreichend dargelegt, geschweige denn bewiesen, dass der vereinbarte Kaufpreis nach den Vorstellungen der Vertragsparteien deutlich unter dem Verkehrswert lag und sie eine teilweise Schenkung wollten.

Die Einholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens wäre in dieser Situation Ausforschung. Eine solche Ausforschung kann der Pflichtteilsberechtigte aber nicht auf Kosten des Erben verlangen.

3. Dem Kl. steht ein Wertermittlungsanspruch auch nicht gemäß § 242 BGB zu. Es kann dahinstehen, wie konkret die Verdachtsmomente des Pflichtteilsberechtigten, dass ein bestimmter Gegenstand zu einem grob unangemessenen Kaufpreis weggegeben worden und in Wahrheit eine teilweise gemischte Schenkung vorliegt, substantiiert werden müssen, um gegen den Erben zur Vorbereitung eines etwaigen Pflichtteilsergänzungsanspruchs die Einholung eines Wertermittlungsgutachtens durchsetzen zu können. Voraussetzung für einen solchen „allgemeinen“ Wertermittlungsanspruch ist jedenfalls – anders als im Falle des § 2314 BGB –, dass der Pflichtteilsberechtigte die Kosten für ein solches Wertermittlungsgutachten selbst trägt

(BGH NJW 1984, 487 = Juris Rn. 14; BGH, Urteil vom 4. Oktober 1989 – V a ZR 198/88 –).

Das begehrt der Kl. indes nicht. Sein Prozessbevollmächtigter hat dazu auf Nachfrage in der Berufungsverhandlung klargestellt, dass es dem Kl. mit der Klage gerade um eine Wertermittlung auf Kosten des Erben geht...

## ZPO § 494 a

**Erhebt von zwei Antragstellern und Mitgläubigern des selbständigen Beweisverfahrens nach Fristsetzung zur Klagerhebung gemäß § 494 a Abs. 1 ZPO nur einer die angeordnete Klage – wenn auch zugleich aus abgetretenem Recht des anderen –, ist eine Teilkostenentscheidung zu Lasten des untätigen Antragstellers gemäß § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO grundsätzlich unzulässig.**

SchlHOLG, 16. Zivilsenat, Beschluss vom 17. Juli 2006 – 16 W 57/06 –, Dr. Chl.

Die Ast. haben im November 2002 gegen die Ag.in Antrag auf Durchführung des selbständigen Beweisverfahrens wegen behaupteter Mängel des von ihr im Auftrag beider Ast. errichteten Wohnhauses in B.gestellt. Die Subunternehmerin der Ag.in ist nach Streitverkündung durch die Ag.in dem Verfahren auf deren Seite beigetreten.

Nach Vorlage des Sachverständigengutachtens, in welchem gravierende Mängel, insbesondere ein Schiefstand des Hauses, festgestellt worden waren, hat das Landgericht den Ast. auf Antrag der Streitthelferin der Ag.in am 29. November 2004 aufgegeben, binnen drei Monaten Klage zu erheben.

Daraufhin reichte die Ast.in zu 1. unter dem 3. März 2005 beim Landgericht ein Prozesskostenhilfesuch für eine Hauptsacheklage im Umfang von 200000 € ein. Das Prozesskostenhilfesuch wurde zurückgewiesen. Die Prozesskostenhilfebeschwerde zum Oberlandesgericht blieb erfolglos.

In der Folgezeit haben sowohl die Streitthelferin als auch die Ag.in beantragt, den Ast. die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen.

Die Ast. haben hiergegen eingewandt, sie hätten die mit Beschluss vom 29. November 2004 gesetzte Klagefrist wegen des angestrebten Prozesskostenhilfverfahrens schuldlos nicht eingehalten. Nach Abschluss des Prozesskostenhilfverfahrens

rens hätte ihnen eine neue Frist für die Hauptsacheklage gesetzt werden müssen. Inzwischen, so haben die Ast. mit Schriftsatz vom 13. Januar 2006 unter Angabe des landgerichtlichen Aktenzeichens mitgeteilt, hätten sie Klage zur Hauptsache erhoben. Deshalb habe eine Kostenentscheidung zugunsten der Ag.in zu unterbleiben.

Das Landgericht hat den Ast. durch den angefochtenen Beschluss vom 22. März 2006 die der Ag.in und der Streithelferin entstandenen Kosten auferlegt. In dem Beschluss ist ausgeführt, die Ast. hätten die wirksam auf Antrag der Streithelferin gesetzte Klagefrist nicht eingehalten. Die am 30. Dezember 2005 von der Ast.in zu 1. eingereichte Klage beim Landgericht gegen die Ag.in sei verfristet.

Auf die sofortige Beschwerde beider Ast. hat das Landgericht die Akte des Hauptverfahrens mit dem von den Ast. angegebenen Aktenzeichen beigezogen. Es hat festgestellt, dass die Ast.in am 30. Dezember 2005 gegen die Ag.in Klage auf Zahlung von 200000 € eingereicht hat und dass die Klage am 6. Januar 2006 der Ag.in zugestellt worden ist. Ferner hat es festgestellt, dass auch in dem Hauptverfahren dieselbe Streitverkündung wie in diesem selbständigen Beweisverfahren erfolgt ist.

Das Landgericht hat der Beschwerde der Ast.in zu 1. durch Beschluss vom 9. Mai 2006 abgeholfen und die Kostenanträge gegen sie mit Rücksicht auf § 231 ZPO zurückgewiesen. Hingegen hat es der Beschwerde des Ast. zu 2. nicht abgeholfen und ausgesprochen, der Ast. zu 2. habe die der Ag.in und der Streithelferin entstandenen Kosten zu tragen.

Die sofortige Beschwerde des Ast. zu 2. hatte Erfolg.

### Aus den Gründen

Die gemäß § 494 a Abs. 2 Satz 2 ZPO statthafte und auch form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde des Ast. zu 2. gegen den angefochtenen Beschluss des Landgerichts vom 22. März 2006 in der Fassung des Teilabhilfebeschlusses vom 9. Mai 2006 ist begründet. Das Landgericht hat den Kostenbeschluss gemäß § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO zu Unrecht zu Lasten des Ast. zu 2. aufrecht erhalten, nachdem die Ast.in zu 1. gemäß § 231 Abs. 2 ZPO noch rechtzeitig Hauptsacheklage gegen die Ag.in erhoben hat.

1. Zwar ist der Ast. zu 2. der Anordnung im Beschluss vom 29. November 2004 nicht nachgekommen, gegen die Ag.in Klage zu erheben. Er hat dies der Mitgläubigerin, der Ast.in zu 1., überlassen. Da schon am Prozesskostenhilfverfahren vom Frühjahr 2005 allein die Ast.in zu 1. beteiligt war, kann an der Fristversäumnis des Ast. zu 2. kein Zweifel bestehen. Er kann sich weder auf mangelndes Verschulden an der Versäumung der Klagefrist noch auf § 231 ZPO berufen, da er weder Klage erhoben noch auf ein Prozesskostenhilfverfahren betrieben hat. Zutreffend ist zudem im angefochtenen Beschluss ausgeführt, dass die Frist zur Klageerhebung in der Hauptsache auch auf Antrag einer Streithelferin gesetzt werden kann.

Dies alles rechtfertigt indes nicht nach Sinn und Zweck des § 494 a ZPO, dem Ast. zu 2. die der Ag.in und deren Streithelferin entstandenen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens aufzuerlegen. Damit hat das Landgericht nämlich eine im selbständigen Beweisverfahren unzulässige Teilkostenentscheidung getroffen, für die es auch bei Berücksichtigung der Interessen der Ag.in keine innere Rechtfertigung gibt.

2. Im selbständigen Beweisverfahren ist grundsätzlich kein Raum für eine Kostenentscheidung. Über die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ist im Hauptsacheprozess grundsätzlich mitzuentcheiden. § 494 a ZPO soll lediglich die Lücke schließen, die entsteht, wenn ein Ast. nach der Beweisaufnahme auf eine Hauptsacheklage verzichtet. Der Ast. soll dadurch nicht der Kostenpflicht entgehen, die sich bei Abweisung einer solchen Klage ergeben würde. Dabei ist § 494 a ZPO als Ausnahmevorschrift eng auszulegen. Teilkostenentscheidungen widersprechen im selbständigen Beweisverfahren sowohl dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung als auch dem Sinn und Zweck des § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO

(BGH NJW 2004, 3121; Senat MDR 2001, 836).

Diese Grundsätze sind auch dann anzuwenden, wenn von zwei Mitgläubigern und Ast. eines selbständigen Beweisverfahrens nach Fristsetzung gemäß § 494 a Abs. 1 ZPO nur einer die angeordnete Klage, aber zugleich aus abgetretenem Recht des anderen Mitgläubigers, erhebt. Auch in diesem Falle kann keine Rede davon sein, „der Ast.“ habe auf Hauptsacheklage verzichtet. Für eine Teilkostenentscheidung zu Lasten des nicht klagenden Antragstellers ist auch in einem solchen Falle kein Raum. Entscheidend ist vielmehr, dass es überhaupt zur Klage in der Hauptsache kommt, in der über die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens entschieden werden kann. Eine am Wortlaut des § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO orientierte schematische Übertragung der Kostenentscheidungsregeln des Prozessrechts widerspricht dem Sinn und Zweck des § 494 a ZPO und dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Kostenentscheidung in ein und derselben Sache.

Es besteht in einem solchen Falle dieselbe Gefahr widersprüchlicher gerichtlicher Entscheidungen wie in den bereits

entschiedenen Fällen, in denen die erhobene Klage hinter dem Verfahrensgegenstand des selbständigen Beweisverfahrens zurückbleibt. Auch in der hier zu beurteilenden Fallkonstellation gibt es keine berechtigten Interessen der Ag.in, die eine Teilkostenentscheidung zu Lasten des Antragstellers zu 2. geboten.

a) Obsiegt die Ast.in zu 1. voll mit ihrer im Umfang des Verfahrensgegenstandes des selbständigen Beweisverfahrens erhobenen Hauptsacheklage, hat die Ag.in auch die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu tragen

(BGH NJW-RR 2004, 1651).

Mit dieser Kostenfolge wäre es unvereinbar, wenn sie aufgrund der angefochtenen Teilkostenentscheidung des Landgerichts vom Ast. zu 2. ihre eigenen außergerichtlichen Kosten des selbständigen Beweisverfahrens erstattet bekäme. Das ließe sich auch nicht damit rechtfertigen, der Ast. zu 2. habe dem Wortlaut des § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht genügt und hafte allein deshalb aus prozessualen Gründen für die Kosten der Ag.in im selbständigen Beweisverfahren. Eine solche formale Betrachtungsweise wird von dem dargelegten Sinn und Zweck des § 494 a ZPO nicht gedeckt. Es soll im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich gerade nicht zu Kostenentscheidungen kommen, wenn in der Hauptsache Klage erhoben wird. Bei der gebotenen wertenden Betrachtungsweise kann es nicht darauf ankommen, ob beide Mitgläubiger und Ast. die Klage erheben oder ob dies nur einer von ihnen im Einverständnis mit dem anderen tut. In jedem Falle kann im Hauptsacheprozess über die gesamten Kosten des selbständigen Beweisverfahrens mitentschieden werden.

b) Verliert die Ast.in zu 1. den Hauptsacheprozess ganz oder zum Teil, sind ihr in entsprechender Anwendung des § 96 ZPO die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens ganz oder zum Teil aufzuerlegen.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass sie mit der alleinigen Klageerhebung auch das alleinige Kostenrisiko für die Teile des Verfahrensgegenstandes des selbständigen Beweisverfahrens übernommen hat, mit denen sie im Hauptsacheverfahren erfolglos bleibt. Zwischen ihr und der Ag.in besteht nämlich die erforderliche Parteiidentität zwischen selbständigen Beweisverfahren und Hauptsacheprozess. Die Kosten des selbständigen Beweisverfahrens wären nicht geringer, wenn der Ast. zu 2.) hinweggedacht würde

(BGH aaO).

Hingegen hätte sie bei Unterlassung der Klage nach der Grundregel des § 100 Abs. 1 ZPO nur für die Hälfte der Kosten des selbständigen Beweisverfahrens zu haften gehabt.

Die Ag.in verliert folglich durch die Unterlassung der Klage durch den Ast. zu 2. einen potentiellen Kostenschuldner, erlangt aber durch die alleinige Klage der Ast.in zu 2. dafür einen vollständigen Ausgleich. Mehr kann die Ag.in mit Rücksicht auf ihr Kosteninteresse nicht verlangen.

c) Folglich könnte es ein berechtigtes Interesse der Ag.in an einer Teilkostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren allenfalls dann geben, wenn die Ast.in zu 1. lediglich vorgeschoben worden wäre, allein Klage zu erheben, weil sie selbst mittellos ist und deshalb kein Kostenrisiko trifft. Dafür gibt es indes keine Anhaltspunkte. Wie in einem solche Ausnahmefall zu entscheiden wäre, kann deshalb dahingestellt bleiben.

4. Selbst wenn man der Auffassung des Senats nicht folgte, wäre die Teilabhilfeentscheidung des Landgerichts wegen Verstoßes gegen § 100 Abs. 1 ZPO fehlerhaft. Dadurch, dass das Landgericht die gesamten Kosten der Ag.in und der Streithelferin dem Ag. zu 2. auferlegt hat, hat es gegen das Verböserungsverbot zu dessen Lasten verstoßen. Nach dem angefochtenen Beschluss vom 22. März 2006 hatten beide Ast. die Kosten der Ag.in und der Streithelferin zu tragen. Das bedeutete nach § 100 Abs. 1 ZPO eine Haftung für die Kostenerstattung nach Kopfteilen, also je zur Hälfte. Das hätte im Teilabhilfebeschluss vom 9. Mai 2006 berücksichtigt werden müssen. Statt dessen ist es auf die eigene sofortige Beschwerde des Ast. zu 2. zu einer Verdoppelung seiner Kostenhaftung gekommen.

5. Die Interessen der Streithelferin der Ag.in sind für die zu treffende Entscheidung unmaßgeblich. Nach § 101 ZPO könnte sie Erstattung der Kosten der Nebenintervention im selbständigen Beweisverfahren nur in dem Umfange verlangen, wie der Ast. zu 2. Kosten der Ag.in zu tragen hätte. Da eine solche Entscheidung zu Lasten des Ast. zu 2. im selbständigen Beweisverfahren auch bei der hier gegebenen Fallkonstellation zu unterbleiben hat, gibt es keinen Anwendungsbereich für § 101 ZPO.



6. Der Senat hat die Rechtsbeschwerde gemäß § 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO zugelassen, weil die Frage grundsätzliche Bedeutung hat, ob gegen einen von zwei Mitgläubigern und Ast. eines selbständigen Beweisverfahrens eine Kostenentscheidung nach § 494 a Abs. 2 Satz 1 ZPO zulässig ist, wenn nur der andere, auch aus abgetretenem Recht des einen, Klage nach Fristsetzung gemäß § 494 a Abs. 1 ZPO erhoben hat.

Eine Kostenentscheidung war nicht zu treffen, weil die Beschwerde des Ast. zu 2. Erfolg hat. Auch insoweit greift der Grundsatz ein, dass im selbständigen Beweisverfahren grundsätzlich keine Kostenentscheidungen ergehen.

## ZPO § 890

**Auch wenn wegen derselben Handlung bereits eine Kriminalstrafe verhängt wurde, ist die Festsetzung von Ordnungsmitteln als Maßnahme der Zwangsvollstreckung zivilgerichtlicher oder familiengerichtlicher Entscheidungen nach § 890 ZPO zulässig.**

**Bei der Höhe des Ordnungsgeldes ist die strafgerichtliche Verurteilung zu berücksichtigen.**

SchlHOLG, 4. Familiensenat, Beschluss vom 17. Juli 2006 – 13 WF 118/06 –, Ha.

Dem Ag. war vom Familiengericht im Wege der einstweiligen Anordnung verboten worden, die Ast.in in irgendeiner Weise zu belästigen, zu beleidigen, zu bedrohen oder körperlich zu verletzen, eine Begegnung mit ihr herbeizuführen und sich ihr auf weniger als 100 Meter Entfernung zu nähern. Für den Fall der Zuwiderhandlung waren dem Ag. Ordnungsmittel angedroht worden. Der Ag. verstieß gegen die Verbote, indem er die Ast.in vor ihrer Wohnung überfiel, sie mit einem Elektroschockgerät misshandelte und mit einem Messer in der Hand mit dem Tode bedrohte. Dafür wurde er rechtskräftig zu einer Bewährungsstrafe verurteilt.

Die Ast.in beantragte in Vollstreckung der einstweiligen Anordnung die Festsetzung eines Ordnungsgeldes. Das Familiengericht setzte 2500 €, ersatzweise 25 Tage Ordnungshaft fest. Die sofortige Beschwerde des Ag. führte zu einer Herabsetzung des Ordnungsgeldes und hatte im Übrigen keinen Erfolg.

### Aus den Gründen

Obwohl der Ag. wegen der Handlungen, die er am 31. Juli 2005 gegen die Ast.in beging, vom Strafrichter verurteilt worden ist, ist daneben die Festsetzung von Ordnungsmitteln nach § 890 ZPO zulässig, denn diese Ordnungsmittel sind keine Kriminalstrafe, sondern Maßnahmen der Zwangsvollstreckung zivilgerichtlicher oder familiengerichtlicher Entscheidungen. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass § 4 Gewaltschutzgesetz Verstöße gegen Anordnungen oder Verbote, die vom Familiengericht getroffen worden sind, über die Möglichkeiten der zivilprozessualen Zwangsvollstreckung hinaus mit Kriminalstrafe bedroht. Die Frage, ob und ggf. in welchem Umfang Maßnahmen der zivilpro-

zessualen Zwangsvollstreckung noch geboten sind, nach dem Verstöße gegen die Anordnung des Familiengerichts strafgerichtlich geahndet worden sind, muss danach entschieden werden, welchen Sinn und Zweck die strafgerichtliche Sanktion oder aber die zivilprozessuale Vollstreckungsmaßnahme hat.

Der Ag. hat gegen das Verbot verstoßen, das durch den Beschluss des Familiengerichts in Ziffer IV ausgesprochen wurde. Durch die festgestellte Tat hat der Ag. die Voraussetzungen der Festsetzung eines Ordnungsgeldes gemäß § 890 Abs. 1 ZPO erfüllt, ohne dass es auf die Strafbarkeit seines Tuns ankommt.

Bei der Bemessung des Ordnungsgeldes ist dem Unwertgehalt der Verletzungshandlung und dem Grad des Verschuldens des Zuwiderhandelnden Rechnung zu tragen. Dabei sind Schwere und Ausmaß der Zuwiderhandlung und die Folgen für die zu schützende Person zu berücksichtigen

(Zöller-Stöber, ZPO, 25. Aufl., § 890 Rn. 18).

Vorliegend war zugunsten des Ag. zu berücksichtigen, dass seine Handlung eine Verurteilung durch den Strafrichter nach sich gezogen hat. Andererseits sind durch die strafgerichtliche Verurteilung auch Elemente der Handlungen des Ag. geahndet worden, die über das vom Familiengericht durch Beschluss vom 3. Juni 2005 angeordnete Verbot erheblich hinausgingen.

Die Vollstreckung der vom Strafrichter verhängten Freiheitsstrafe ist zur Bewährung ausgesetzt worden. Als Bewährungsaufgabe hat der Ag. 200 Stunden gemeinnützige Arbeit zu verrichten. Damit ist dem Strafzweck genüge getan, wenn der Ag. die Bewährungsaufgaben erfüllt und die Bewährungszeit ohne Rückfall durchsteht.

Der zivilrechtliche Sinn und Zweck des vom Familiengericht im Beschluss vom 3. Juni 2005 ausgesprochenen Verbotes ist damit jedoch nicht vollen Umfangs erfüllt. Nach der Anordnung des Familiengerichts war dem Ag. untersagt, sich der Ast.in auf eine Distanz von weniger als 100 m Entfernung zu nähern oder eine Begegnung mit ihr herbeizuführen. Bereits diesem zur Sicherung der Unversehrtheit der Ast.in erlassenen Verbot hat der Ag. in erheblicher Weise zuwider gehandelt. Darüber hinaus ist seine Handlung für die Ast.in nicht ohne Folgen geblieben. Er hat sie der Freiheit beraubt und mit dem Tode bedroht. Das Gewicht des Verstoßes gegen das gerichtliche Verbot gebietet hier die Festsetzung eines Ordnungsgeldes.

Bei der Höhe des Ordnungsgeldes war zum einen die strafgerichtliche Verurteilung zu berücksichtigen und der Umstand, dass die Tat nunmehr bald ein Jahr zurückliegt. Darüber hinaus waren die wirtschaftlichen Verhältnisse des Ag. zu bedenken. Er muss seinen Lebensunterhalt mit sehr geringen finanziellen Mitteln bestreiten.

## Freiwillige Gerichtsbarkeit

### § 4 RSG; § 2 GrdstVG

**Die unterschiedlichen Grundstücksbegriffe im Grundstücksverkehrsgesetz – dort ist das Grundstück im Rechtssinne gemeint – und im Reichssiedlungsgesetz – dort ist das Grundstück im wirtschaftlichen Sinne gemeint – führen bei der Frage nach der Notwendigkeit der Genehmigung eines Kaufgeschäftes und der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts nicht zu unterschiedlichen Ergebnissen, weil das Vorkaufsrecht nur ausgeübt werden kann, wenn die Veräußerung auch der Genehmigung nach dem GrdstVG bedarf, was innerhalb der Freigrenzen nach § 2 Abs. 3 GrdstVG nicht der Fall ist.**

SchlHOLG, Senat für Landwirtschaftssachen, Beschluss vom 12. September 2006 – 3 WLW 39/06 –, Schü.

Die Ast. kauften mit notariellem Vertrag vom 24. August 2005 von Frau A. aus deren im Grundbuch von B. eingetragenem Grundbesitz von rund 13 ha landwirtschaftliche Flächen die im Bestandsverzeichnis unter den laufenden Nummern 4, 5 und 6 eingetragenen Flurstücke mit einer Größe von 1,2003 ha, 1,0120 ha und 1,0042 ha. Den Antrag des Notars auf Genehmigung des Vertrages nach § 2 Grundstücksverkehrsgesetz (GrdstVG) lehnte das Amt für ländliche Räume als Genehmigungsbehörde fristgerecht unter gleichzeitiger Bekanntgabe ab, dass die Beteiligte zu 3) ihr Vorkaufsrecht gemäß §§ 4 Abs. 1, 6 Reichssiedlungsgesetz (RSG) ausgeübt habe. Zur Begründung führte die Genehmigungsbehörde aus, dass die Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 GrdstVG bedeute, weil sie Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspreche. Die Ast. seien keine Landwirte. Demgegenüber sei ein hauptberuflicher Landwirt vorhanden, der die landwirtschaftlichen Flächen für die Aufstockung seines entwicklungsfähigen Betriebes zu dem im Vertrag vereinbarten Kaufpreis erwerben wolle und könne. Für diesen wolle die Beteiligte zu 3) die Flächen erwerben. Gegen diesen Bescheid haben die Ast. fristgerecht einen Antrag auf ge-

richtliche Entscheidung eingereicht. Sie vertreten die Auffassung, die Veräußerung habe gemäß § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdstVG keiner Genehmigung bedurft, weil jedes der veräußerten Flurstücke unterhalb der Freigrenze von 2 ha gemäß Art. 1 des Gesetzes zur Durchführung des Grundstücksverkehrsgesetzes des Landes Schleswig-Holstein liege. Jedes der Flurstücke sei ein eigenständiges Grundstück im Sinne des Grundstücksverkehrsgesetzes. Denn das Grundstücksverkehrsgesetz verstehe unter einem Grundstück ein Grundstück im Rechtssinne, also einen räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblatts ohne Rücksicht auf die Art der Nutzung unter einer besonderen Nummer eingetragen sei. Die Veräußerung mehrerer Grundstück im Rechtssinne sei auch dann nicht genehmigungspflichtig, wenn sie in ihrer Summe die Genehmigungsfreigrenze überschritten.

Die Beteiligte zu 3) und das angehörte Amt für ländliche Räume machen demgegenüber geltend, das Reichssiedlungsgesetz verstehe unter Grundstück nicht das Grundstück im Rechtssinne, sondern stelle auf die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit ab. Die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die Beteiligte zu 3) gemäß § 4 RSG seien hier erfüllt. Entscheidend sei, dass landwirtschaftliche Grundstücke von mehr als 2 ha veräußert worden seien, die zusammenhängen und eine wirtschaftliche Einheit bildeten.

Das Landwirtschaftsgericht hat den Antrag der Ast., festzustellen, dass der Kaufvertrag nach der Genehmigung des Amtes für ländliche Räume bedürfe, zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete sofortige Beschwerde war erfolgreich.

### Aus den Gründen

Die sofortige Beschwerde der Ast. ist gemäß §§ 22 LwVG, 22 Abs. 1 FGG statthaft, insbesondere auch form- und fristgerecht eingelegt worden. Sie hat in der Sache auch Erfolg.

Der Feststellungsantrag ist zulässig, weil die Ast. damit der Sache nach ein Negativzeugnis gemäß § 5 GrdstVG begehren. Er ist auch begründet.

Das Veräußerungsgeschäft ist gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 GrdstVG i.V.m. dem Gesetz des Landes Schleswig-Holstein zur Änderung



des Gesetzes zur Durchführung des Grundstücksverkehrsgesetzes vom 21. Februar 1996

(GVOBl. Schl.-H, Seite 231)

genehmigungsfrei. Danach bedarf die Veräußerung von Grundstücken, die nicht größer als 2 ha sind, keiner Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz.

Die Frage, was unter Grundstück im Sinne des Grundstücksverkehrsgesetzes zu verstehen ist, hat der Bundesgerichtshof in seiner Grundsatzentscheidung vom 19. Dezember 1967

(BGHZ 49, 145, 146)

entschieden. Er hat dort ausgesprochen, das Grundstücksverkehrsgesetz verstehe unter einem Grundstück das Grundstück im Rechtssinne (und nicht im wirtschaftlichen Sinne), also einen räumlich abgegrenzten Teil der Erdoberfläche, der im Bestandsverzeichnis eines Grundbuchblattes ohne Rücksicht auf die Art der Nutzung unter einer besonderen Nummer eingetragen ist, und vertritt dies in ständiger Rechtsprechung

(z. B. BGH AgrarR 1971/72, 121, 122; BGH AgrarR 1985, 300; BGH AgrarR 1986, 211).

Dies entspricht auch der heutigen Auffassung in der Literatur

(Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, Praxiskommentar, 2. Aufl. 2004, § 1 GrdStVG Anm. 4.1.3, Seite 203; Hötzel, Freigrenzen im Grundstücksverkehrsrecht, AgrarR 1983, 176; Haegele, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, 3. Aufl. 1970, Rn. 71 i. V. m. Rn. 26).

Da die veräußerten Flurstücke unter eigenständigen Nummern im Bestandsverzeichnis geführt werden, handelt es sich grundstücksverkehrsrechtlich um drei Grundstücke im Rechtssinne. Ist aber vom Grundstück im Rechtssinne auszugehen, so ist die Übertragung mehrerer Grundstücke, die jeweils unter der Freigrenze liegen, nicht genehmigungsbedürftig. Dabei ist es unerheblich, ob die Übertragung verschiedener Grundstücke in einem Vertrag oder in mehreren selbständigen Vereinbarungen vorgesehen ist. Ein nach § 134 BGB unzulässiges Umgegungsgeschäft würde auch bei getrennten Veräußerungen nicht vorliegen

(BGH AgrarR 1986, 211).

Das wäre nur dann der Fall, wenn aus einem einzelnen Grundstück im Rechtssinne nach einem einheitlichen Plan mehrere Trennstücke, die jeweils unterhalb der Freigrenze, zusammen aber über der Freigrenze liegen, gebildet und dann gleichzeitig oder nacheinander veräußert werden. In einem solchen Fall bestände ein innerer Zusammenhang zwischen den Rechtsgeschäften und handelte es sich nach einem einheitlichen Plan um ein Zerstückelungsgeschäft zur Umgehung der Freigrenzen, das deshalb als eine Einheit behandelt werden und genehmigungsbedürftig wäre BGH NJW 1993, 648;

(Netz, aaO, § 2 GrdStVG, Anm. 4.2.13.3.2).

Ein solches Zerstückelungsgeschäft ist hier indes nicht gegeben. Ausweislich des beigezogenen Grundbuchs von B. Blatt ... sind die im Bestandsverzeichnis zur laufenden Nr. 4, 5 und 6 am 6. August 1988 vom Grundbuch B. Blatt ... übertragen worden, mithin seit Jahrzehnten drei selbständige Grundstücke im Rechtssinne.

Wenn auch das Grundstücksverkehrsgesetz unter Grundstück nur das Grundstück im Rechtssinn versteht, können die Länder im Rahmen der ihnen in § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdStVG eingeräumten Ermächtigung nicht nur festlegen, dass die Veräußerung von Grundstücken bis zu einer bestimmten Größe genehmigungsfrei ist, sondern auch normieren, dass zusätzlich gewissen wirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung getragen sein muss

(BGHZ 49, 145, 148)

oder für die Freigrenzen auch auf einen Grundstücksbegriff im wirtschaftlichen Sinne abstellen

(Netz, aaO, § 1 GrdStVG, Anm. 4.1., Seite 203 ff.).

So hat Baden-Württemberg beispielsweise in § 1 des Gesetzes über die Freigrenze im land- und forstwirtschaftlichen Grundstücksverkehr in der Fassung vom 14. März 1994

(GBl. Seite 181)

u. a. bestimmt, dass von der Genehmigungspflicht nach § 2 Abs. 1 GrdStVG die Veräußerung eines Grundstücks, das weder selbst noch zusammen mit anderen Grundstücken des Veräußerers, mit denen es eine zusammenhängende Fläche bildet, ausgenommen ist, wenn bestimmte Größen nicht überschritten werden. § 46 Abs. 1 S.1 des Ausführungsgesetz des Landes Sachsen vom 12. Dezember 1997

(GVBl. 1997, S. 638)

bestimmt, dass – abgesehen von Veräußerungen an Gemeinden, Verwaltungsverbänden oder Landkreise – alle Veräußerungen von Grundstücken, die eine bestimmte Größe nicht überschreiten,

keiner Genehmigung bedürfen. Gleichzeitig ist in § 46 Abs. 1 S.2 des Ausführungsgesetzes aber geregelt, dass dann, wenn das Grundstück mit anderen Grundstücken des Veräußerers eine zusammenhängende Fläche bildet, als Grundstück im Sinne von S. 1 die jeweils einheitlich bewirtschaftete Fläche gilt. In Bayern bedarf nach dem Zweiten Verwaltungsreformgesetz vom 28.3.2000

(Bayr. GVBl. 2000, S. 136; bei Netz, S. 98)

die Veräußerung bis zu einer Größe von 2 ha keiner Genehmigung. Anderes gilt nach Art. 2 Abs. Nr. 2 des Ausführungsgesetzes aber, wenn innerhalb von drei Jahren vor der Veräußerung aus dem gleichen Grundbesitz im Rahmen der Freigrenze land- oder forstwirtschaftliche Grundstücke veräußert worden sind und bei Einrechnung dieser Veräußerung die Fläche von 2 ha erreicht wird.

Derartige wirtschaftliche Bezüge hat der Gesetzgeber in Schleswig-Holstein indes nicht normiert. Er hat, dem Wortlaut der Ermächtigunggrundlage in § 2 Abs. 3 Nr. 2 GrdStVG entsprechend, lediglich bestimmt, dass „die Veräußerung von Grundstücken, die nicht größer als 2 ha sind“, keiner Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bedarf und hat damit den Grundstücksbegriff im Rechtssinne, wie er dem Grundstücksverkehrsgesetz zugrunde liegt, uneingeschränkt übernommen.

Zwar mag die vom Schleswig-Holsteinischen Gesetzgeber gewählte Freigrenze von 2 ha, die mit der Grundstücksgröße für das siedlungsrechtliche Vorkaufsrecht gemäß § 4 Abs. 1 RSG korrespondiert, dafür sprechen, dass der Gesetzgeber möglicherweise eine Harmonisierung zwischen dem Grundstücksverkehrsgesetz und dem Reichssiedlungsgesetz hat herbeiführen wollen. Anders als in § 2 Abs. 1 GrdStVG ist im Bereich des Reichssiedlungsgesetzes bei der Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts weiterhin der wirtschaftliche Grundstücksbegriff maßgebend

(BGH NJW 1997, 1073, 1074).

Grundstück ist danach jeder einheitlich bewirtschaftete Grundbesitz. Es kommt nicht entscheidend darauf an, wie das Grundstück im Grundbuch eingetragen ist, insbesondere, ob es auf einem oder mehreren Grundbuchblättern verzeichnet ist oder im Bestandsverzeichnis eigenständige Grundstücksnummern hat, sondern allein auf die wirtschaftliche Zusammengehörigkeit

(Senat SchlHA 1997, 159, 160; 2001, 287, 288, Senatsbeschluss vom 9. November 2004 – 3 WLw 21/04 –).

Es entspricht feststehender Rechtsprechung und Literaturmeinung, dass bei Veräußerung mehrerer landwirtschaftlicher Grundstücke, die jeweils unter der Größe von 2 ha liegen, zusammen aber die Größe von 2 ha überschreiten, für die Größe von 2 ha aufwärts gemäß § 4 Abs. 1 RSG die Summe der Grundstücke maßgeblich ist, wenn der veräußerte Grundbesitz ein Grundstück im wirtschaftlichen Sinne ist

(BGH AgrarR 1985, 300; AgrarR 2001, 382; Senatsbeschluss vom 9. November 2004 – 3 WLw 21/04 – Seite 9/10; Netz, aaO, § 4 RSG Anm. 4.35.3.1.6, Seite 988; Pikalo-Bendel, Grundstücksverkehrsgesetz, § 27 II.1. zu § 4 Abs. 1 RSG a) ee), Seite 1110; Hörsting, Agrarrecht 1998, 180, 185).

Dies rechtfertigt es aber nicht, trotz Fehlens einer gesetzlichen Regelung im Ausführungsgesetz zum Grundstücksverkehrsgesetz, durch die wirtschaftliche Erwägungen in das Grundstücksverkehrsgesetz hineingetragen werden, wie es etwa in Baden-Württemberg, Bayern und Sachsen geschehen ist, ohne irgendeine Andeutung im Gesetzestext des Ausführungsgesetzes in Schleswig-Holstein wirtschaftliche Erwägungen in den Gesetzestext hineinzuinterpretieren. Das Ausführungsgesetz in Schleswig-Holstein entspricht wörtlich dem Gesetzestext in § 2 Abs. 3 Nr. 3 GrdStVG., dem der Grundstücksbegriff im Rechtssinne zugrunde liegt. Dann aber gilt dieser Grundstücksbegriff uneingeschränkt auch für das Ausführungsgesetz. Denn bei verständiger Würdigung muss davon ausgegangen werden, dass mit ein und demselben Begriff in einem Ausführungsgesetz, das wörtlich der Ermächtigunggrundlage entspricht, aufgrund der es ergangen ist, auch dasselbe gemeint ist wie mit dem entsprechenden Begriff in der Ermächtigunggrundlage, wenn wie hier nichts abweichendes bestimmt ist.

Dementsprechend hat der Bundesgerichtshof für den Anwendungsbereich der Freigrenzenregelung in Nordrhein-Westfalen gemäß dem Ausführungsgesetz zum Grundstücksverkehrsgesetz vom 14. Juli 1981

(GVOBl. S. 403, abgedruckt auch bei Netz, aaO S. 135),

die der Regelung in Schleswig-Holstein wörtlich entspricht, lediglich eine andere Größe für die Freigrenze vorsieht, bereits entschieden, dass bei Veräußerung mehrerer Flurstücke mit eigenen Nummern im Bestandsverzeichnis, von denen jedes inner-

halb der Freigrenze liegt, die in ihrer Summe die Freigrenze aber überschreiten, die Veräußerung auch dann genehmigungsfrei ist, wenn die Grundstücke aufgrund eines einheitlichen Vertrags übertragen werden sollen

(BGH AgrarR 1986, 211; ebenso Netz, aaO, § 2 GrdstVG, Anm. 4.2.13.3.3, S. 299).

Die unterschiedlichen Grundstücksbegriffe im Grundstücksverkehrsgesetz und Reichssiedlungsgesetz führen im Ergebnis bei richtiger Rechtsanwendung nicht zu widersprüchlichen Entscheidungen. Denn die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts ist nach der ausdrücklichen Regelung in § 4 RSG nur dann unter bestimmten Voraussetzungen möglich, „wenn die Veräußerung einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz vom 28. Juli 1961 (Bundesgesetzblatt I S. 1091) bedarf“, was innerhalb der Freigrenze nach § 2 Abs. 3 GrdstVG aber gerade nicht der Fall ist

(Haegele, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, 3. Aufl. Rn. 72; Netz, aaO, § 4 RSG, Anm. 4.35.3.1.6.3, Beispiel 8, S. 996; Hötzel, AgrarR 1983, 176, 178, 179).

Soweit der Senat in der Entscheidung 3 W 21/04 – der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs entsprechend – ausgeführt hat, das § 4 Abs. 1 RSG das Grundstück im wirtschaftlichen Sinne meint, ändert dies nichts daran, das für die Ausübung des Vorkaufsrechts weitere Voraussetzung ist, dass die Veräußerung überhaupt einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bedarf, auch wenn das in der genannten Entscheidung nicht ausdrücklich erörtert worden ist. Das aber ist vorliegend nicht der Fall. ...

## WEG §§ 23 II und III, 26

- 1. Ist in der Einberufung einer Wohnungseigentümerversammlung der Beschlussgegenstand mit „Neuwahl eines Verwalters“ bezeichnet, so ist für jeden Wohnungseigentümer erkennbar, dass nicht nur die Bestellung eines Verwalters beschlossen werden soll, sondern auch die wesentlichen Bedingungen des Verwaltervertrages.**
- 2. Wird in einer Wohnungseigentümerversammlung „die Fortsetzung des Verwaltervertrages“ beschlossen, so ist der Beschluss dahin auszulegen, dass er auch die Neubestellung des Verwalters umfasst.**
- 3. Bei der Wiederwahl des Verwalters bedarf es grundsätzlich nicht der Unterbreitung von Alternativangeboten.**
- 4. Ein Verwalter ist in Ausübung gebundener Vollmachten nicht anwesender Wohnungseigentümer nicht gehindert, an der eigenen Wahl mitzuwirken.**
- 5. Sieht die Teilungserklärung bei mehreren Wohnblöcken vor, dass für die Verwaltungseinheit, die das gemeinschaftliche Eigentum umfasst, soweit nicht das Sonder- und Teileigentum der übrigen Verwaltungseinheiten betroffen ist, die Beschlussfassung im Wege des schriftlichen Verfahrens durch schriftliche Stimmabgabe innerhalb der für die übrigen Verwaltungseinheiten einberufenen Versammlungen erfolgt, und zur Gültigkeit des Beschlusses ausreicht, dass die zustimmenden Wohnungseigentümer mehr als die Hälfte sämtlicher Miteigentumsanteile der Verwaltungseinheiten vertreten, so verletzt dieses Verfahren nicht das Gebot des Minderheitenschutzes.**

SchlHOLG, 2. Zivilsenat, Beschluss vom 20. Januar 2006 – 2 W 24/05 –, Sch.

Die Beteiligten zu 1. bis 3. haben die Ungültigerklärung einiger Beschlüsse der Wohnungseigentümerversammlung vom 27.4.2002 beantragt. Mit Schreiben vom 10.4.2002 lud die Beteiligte zu 5. die Wohnungseigentümer zu dieser Versammlung ein. In der Tagesordnung war unter anderem unter TOP 9 die „Verwalterneuwahl“ angekündigt. Zur Erläuterung wies die Beteiligte zu 5. darauf hin, dass ihr Verwaltervertrag per 31.12.2002 ende und sie sich zu den im einzelnen angegebenen Vergütungssätzen erneut zur Wahl stelle. Unter TOP 11a war die Beschlussfassung über die Beton-Sanierung und Abdichtung des großen Parkdecks mit einheitlichem Oberflächenbelag in Form einer Pflasterung vorgesehen. In der Versammlung beschlossen die Wohnungseigentümer unter anderem gemäß TOP 9 des Protokolls mehrheitlich, „den Verwaltervertrag mit der Beteiligte zu 5. ab dem 1.1.2003 bis zum 31.12.2007 fortzusetzen“. Die künftige Verwaltervergütung ergebe sich aus der Einladung/Tagesordnung zur Eigentümerversammlung. Da zu TOP 11a das Ergebnis der schriftlichen Abstimmungen in der Versammlung nicht ausreichte, nahmen die Wohnungseigentümer die Beschlussvorschläge erst auf Grund der schriftlichen Stimmabgabe der nicht anwesenden/vertretenen Wohnungseigentümer auf entsprechende Aufforderung zur Stimmabgabe durch die Beteiligte zu 5. mit der erforderlichen Mehrheit an.

Die Beteiligten zu 1. bis 3. haben beantragt, die Wohnungseigentümerbeschlüsse u.a. zu TOP 9 und 11a der Versammlung für ungültig zu erklären. Das Amtsgericht hat die insoweit Anträge zurückgewiesen. Auf die hiergegen gerichtete sofortige Beschwerde der Beteiligten zu 1. bis 3. hat das Landgericht u.a. die Beschlüsse zu TOP 9 und 11a für ungültig erklärt. Dagegen richtete sich die sofortige weitere Beschwerde der Beteiligten zu 4.

## Aus den Gründen

Die nach §§ 45 Abs. 1 WEG; 27, 29, 22 FGG zulässige sofortige weitere Beschwerde ist mit der Folge der Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung begründet. Die angefochtene Entscheidung beruht auf Rechtsverletzungen (§§ 27 FGG; 546 ZPO). –

1. ...

Das Landgericht hat die Anforderungen, die nach § 23 Abs. 2 WEG an die Bezeichnung des Beschlussgegenstandes bei der Einberufung zu stellen sind, überspannt. Ferner ist es von einem unzutreffenden Sachverhalt ausgegangen.

a) Nach allgemeiner Auffassung dürfen an die Bezeichnung des Beschlussgegenstandes keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Es soll gesichert werden, dass die Wohnungseigentümer vor Überraschungen geschützt sind und sich auf die Versammlung vorbereiten können. In aller Regel genügt eine schlagwortartige Bezeichnung. Enthält – wie vorliegend – die Tagesordnung die Ankündigung einer Beschlussfassung über die „Neuwahl eines Verwalters“, so ist für jeden Wohnungseigentümer erkennbar, dass nicht nur die (konstitutive) Bestellung eines Verwalters beschlossen werden soll, sondern auch die wesentlichen Bedingungen eines Verwaltervertrages beraten und beschlossen werden können

(vgl. OLG Celle OLG R 2002, 75, 76; BayObLG NJW-RR 1992, 403; WE 1997, 239, 240; MDR 1985, 412; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl., § 23 Rn. 19 mwN).

Unabhängig hiervon waren die „Eckdaten“ einer Verwalterbestellung – Höhe der Vergütung und Dauer

(vgl. Weitnauer/Lüke aaO § 26 Rn. 10) –

im Wesentlichen bekannt. Soweit in der Einberufung keine konkrete Dauer der Bestellung angegeben war, mussten die Wohnungseigentümer mit der gesetzlichen Höchstdauer von 5 Jahren rechnen (§§ 26 Abs. 1 Satz 2 WEG). Im Übrigen ging aus der Einberufung klar hervor, dass sich die Beteiligte zu 5. zu denselben Bedingungen wie bisher mit Ausnahme der im einzelnen aufgeschlüsselten Vergütung zur gemäß § 26 Abs. 2 WEG zulässigen Wiederwahl stellte. Dabei kann offen bleiben, ob der vom Landgericht genannte Umstand, einen Verwaltervertrag habe es nur in „einem faktischen Verhältnis mit ungesichertem Umfang“ gegeben, schon deshalb unerheblich ist, weil in einem solchen Zweifelsfall ohne weiteres ein Verwaltervertrag mit dem Inhalt von Teil III § 20 Abs. 4 und 5 TE in Verbindung mit § 27 WEG zustande käme

(HansOLG Hamburg ZMR 2001, 997, 998).

b) Jedenfalls geht das Landgericht im Ergebnis von einem falschen Sachverhalt aus. ...

2. Auch im Übrigen ist der Wohnungseigentümerbeschluss zu TOP 9... nicht zu beanstanden. Da die Sache hinreichend aufgeklärt ist, kann das Rechtsbeschwerdegericht darüber ohne Zurückverweisung an das Landgericht selbst entscheiden. Der Wohnungseigentümerbeschluss entspricht ordnungsgemäßer Verwaltung (§ 21 Abs. 4 WEG). Das Beschwerdevorbringen der Beteiligten zu 1. bis 3. lässt keine neuen erheblichen Gesichtspunkte erkennen.

Insbesondere bedarf es bei einer Wiederwahl des Verwalters grundsätzlich nicht der Unterbreitung von Alternativangeboten

(HansOLG Hamburg ZMR 2001, 997, 998; Weitnauer/Lüke aaO § 26 Rn. 9).

Offenbar hatte sich die Beteiligte zu 5. nach Meinung der Mehrheit der Wohnungseigentümer als Verwalterin der über 800 Einheiten umfassenden Anlage jahrzehntelang bewährt. Diesen stand es frei, weitere Kandidaten vorzuschlagen und zur Wahl zu stellen, was nicht geschehen ist. Es ist auch kein Grund ersichtlich, der gegen die Wiederwahl der Beteiligten zu 5. spricht

(vgl. OLG Celle OLG R 2002, 75, 77; HansOLG Hamburg ZMR 2001, 997, 999; Weitnauer/Lüke aaO § 26 Rn. 18).

Zwar mögen einige der von ihr erstellten Jahresabrechnungen keinen Bestand gehabt haben. Das lag indessen – wie sich schon aus dem Vorbringen der Beteiligten zu 1. und 2. ergibt – stets daran, dass sie über die Beteiligung des sog. Bootclubs an den Lasten und Kosten unter Hinweis auf Teil III § 17 Abs. 9 TE eine von diesen bestrittene Auffassung vertrat. Es spricht nichts dafür, dass sie nach entsprechender gerichtlicher Belehrung diese Auffassung in Zukunft aufrechterhalten wird, so dass deshalb ihre Wiederwahl nicht mehr vertretbar ist, weil nach Treu und Glauben eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr zuzumuten sein wird und insbesondere das erforderliche Vertrauensverhältnis zerstört ist

(BGH NJW 2002, 3240, 3243).

Ferner ist die beschlossene „Fortsetzung des Verwaltervertrages



mit der Beteiligten zu 5.“ nach Wortlaut und Sinn für den unbefangenen Betrachter als nächstliegend dahin auszulegen, dass davon nicht nur die Verlängerung des Vertrages, sondern als konstitutiver Bestandteil auch die Neubestellung des Verwalters  
(vgl. BGH NJW 2002, 3240, 3242; Weitnauer/Lüke aaO § 26 Rn. 10)

umfasst ist

(vgl. BayObLG WuM 1997, 396).

Es ist nämlich davon auszugehen, dass die Wohnungseigentümer alle Voraussetzungen erfüllen wollten, um eine wirksame Neuwahl sicherzustellen. Soweit die Beteiligten zu 1. bis 3. die Unwirksamkeit einiger Klauseln im Verwaltervertrag beanstanden, berührt dies nicht die Wirksamkeit der Bestellung und des Vertrages insgesamt, weil – sollte ihr Vorbringen zutreffen – nur diese Klauseln entfallen würden. Der Senat folgt auch dem Amtsgericht dahin, dass die Beteiligte zu 5. nicht gehindert war, bei der Abstimmung jedenfalls in Ausübung sogenannter gebundener Vollmachten von nicht anwesenden Wohnungseigentümern an der eigenen Wahl mitzuwirken

(vgl. BayObLG WE 1991, 261, 262; HansOLG Hamburg WuM 2002, 997, 998 mwN).

Insoweit nahm die Beteiligte zu 5. nicht eigene Interessen, sondern weisungsgebunden die Interessen der vertretenen Wohnungseigentümer wahr.

3. Das Landgericht hat zum Wohnungseigentümerbeschluss zu TOP 11a ausgeführt:

Der Beschluss sei in allen Teilen für ungültig zu erklären, weil die Abstimmung in der durchgeführten Form rechtswidrig sei. Entgegen § 23 Abs. 3 WEG hätten nicht alle Wohnungseigentümer schriftlich ihre Zustimmung zu diesem Beschluss erklärt. Diesen Mangel habe die Regelung in § 18 Abs. 1 TE nicht überwinden könne. § 23 Abs. 3 WEG sei zum Minderheitenschutz zwingend und nicht abdingbar. Ein im schriftlichen Verfahren gefasster Beschluss sei ohnehin nur als einstimmiger Beschluss denkbar, weil sich die Zustimmung auf das Verfahren und den Inhalt beziehen müsse.

Auch diese Ausführungen sind rechtsfehlerhaft. Das Landgericht hat bei seiner rechtlichen Würdigung die Besonderheiten des Abstimmungsverfahrens nach Teil III § 18 Abs. 9 TE nicht berücksichtigt.

Allerdings trifft es zu, dass die wohl herrschende veröffentlichte Meinung § 23 Abs. 3 WEG für unabdingbar hält. Danach ist im schriftlichen Verfahren ein Beschluss nur dann gültig, wenn alle Wohnungseigentümer ihre Zustimmung zu diesem Beschluss erklären. Begründet wird diese Auffassung damit, dass den Wohnungseigentümern nach dem Zweck der Vorschrift und der Natur des Wohnungseigentums gegen ihren Willen nicht die Möglichkeit genommen werden dürfe, in einer Versammlung ihre Meinung darzulegen und auf die anderen Wohnungseigentümer

einzuwirken

(Minderheitenschutz: OLG Köln WEM 1977, 52; OLG Hamm MDR 1978, 759; BayObLG MDR 1981, 320, 321; umstr., vgl. zum weiteren Meinungsstand: Bärman/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 23 Rn. 112 Fn. 5).

Diese Meinung erscheint schon deshalb bedenklich, weil entgegen § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG dem Gesetz keine ausdrückliche Regelung zu entnehmen ist, die einer Abbedingung des § 23 Abs. 3 WEG entgegensteht

(vgl. im einzelnen Merle aaO).

Diesen Bedenken braucht indessen nicht weiter nachgegangen zu werden. Wie bereits das Amtsgericht im einzelnen zutreffend ausgeführt hat, ohne dass das Landgericht näher darauf eingegangen ist, wird das Gebot des Minderheitenschutzes durch das vorliegende Verfahren nach Teil III § 18 Abs. 9 TE nicht verletzt. Danach erfolgt die schriftliche Stimmabgabe innerhalb der für die Verwaltungseinheiten I bis IV einberufenen Versammlungen. Das bedeutet, dass die Wohnungseigentümer, die erschienen sind oder sich vertreten lassen, ihre Meinung in der Versammlung äußern und auf die anderen Wohnungseigentümer Einfluss nehmen können, bei den nicht erschienenen und nicht vertretenen Wohnungseigentümern aber davon auszugehen ist, dass sie an einer Mitwirkung an der Beschlussfassung kein Interesse haben. Lediglich, soweit wegen Nichterreichens der erforderlichen Mehrheit von mehr als der Hälfte sämtlicher Miteigentumsanteile das (rein) schriftliche „Nachverfahren“ erforderlich wird, findet eine über die Stimmabgabe hinausgehende Meinungsäußerung und Einwirkung auf andere Wohnungseigentümer nicht statt. Dies ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Wirksamkeit des Verfahrens, weil hier zunächst – entgegen § 23 Abs. 3 WEG, der keinerlei Versammlung vorsieht – eine Versammlung stattgefunden hat, an der jeder, der seine Meinung äußern und andere Wohnungseigentümer beeinflussen wollte, hätte teilnehmen und zumindest einen wesentlichen Teil der anderen Wohnungseigentümer hätte erreichen können. Dementsprechend hat die 7. Zivilkammer des Landgerichts Lübeck in ihrem Beschluss vom 17.9.1991 – 7 T 209/91 – das Verfahren nach Teil III § 18 Abs. 9 TE nicht nur nicht beanstandet, sondern die Wohnungseigentümer sogar darauf verwiesen

(aaO Seite 10 unten).

Ob der angefochtene Wohnungseigentümerbeschluss jedenfalls im Ergebnis schon deshalb wirksam ist, weil im Fall der Annahme der Nichtigkeit des Teil III § 18 Abs. 9 TE die gesetzliche Regelung eingreift, nach der in Betracht kommt, dass für einen in der Versammlung gefassten Wohnungseigentümerbeschluss die einfache (hier gegebene) Mehrheit ausreicht

(§§ 23 Abs. 1, 25 WEG; vgl. auch Teil III § 18 Abs. 2 TE),

kann offenbleiben. ...

## Öffentliches Recht

VwGO § 47 II Satz 1, LAbfWG § 3 a, KrW-/AbfG § 13 I, KrW-/AbfG § 13, KrW-/AbfG § 16 I

1. Zum Umfang von Antragsbefugnis und Prüfungspflicht im Normenkontrollverfahren gegen eine kommunale Satzung (Anschluss an BVerwG, Urt. v. 17.2.2005, – 7 CN 6.04 –, NVwZ 2005, 695).
2. Die Wirksamkeit der Beauftragung Dritter mit der Durchführung der Abfallentsorgung gemäß § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG hängt nicht von einer Ausschreibung ab.
3. Bei der Abfallentsorgung ist der Anschluss- und Benutzungszwang an die vom Entsorgungsträger betriebene Einrichtung bundesrechtlich vorgegeben; es bedarf keines Rückgriffs auf das Kommunalrecht.
4. Die Regelung des § 5 Abs. 1 LAbfWG begründet keine Befugnis des Satzungsgebers, weitere Personen in den Kreis der Überlassungspflichtigen einzubeziehen oder anderen Personen zur Erleichterung der Durchführung der Abfallentsorgung Handlungspflichten aufzuerlegen.
5. Bei privatrechtlicher Gestaltung des Benutzungsverhältnisses können Auskunftspflichten (auch) nicht aus der Abgabenordnung hergeleitet werden.
6. Die Festlegung eines Restabfallbehältervolumens von mindestens 10 l/Woche/Person ist rechtlich nicht zu beanstanden.
7. Bei privatrechtlicher Gestaltung des Benutzungsverhältnisses darf der Entsorgungsträger privatrechtliche Ver-

**träge mit den Überlassungspflichtigen schließen. Er kann aber nicht hoheitlich durch Satzung regeln, wie die Verträge zustande kommen und die Verbindlichkeit von AGB bestimmen.**

SchlHOVG, 2. Senat, Urteil vom 14. Juni 2006 – 2 KN 5/05 –, Har.

Die Ast. begehren in einem Normenkontrollverfahren die Feststellung der Unwirksamkeit mehrerer Bestimmungen der Satzung über die Abfallentsorgung des Kreises ... Die satzungsrechtlichen Anordnungen führten zu einem unverhältnismäßigen und drastischen Eingriff in ihre allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Die Ast. erheben u. a. Einwendungen gegen eine – wie sie meinen – faktische Anordnung eines Anschluss- und Benutzungszwangs bei privatrechtlicher Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses der Einrichtung, die Entgelterhebung, ihnen auferlegte Auskunftspflichten und die Festlegung der Mindestgröße der Restabfallbehälter. Die Anträge hatten teilweise Erfolg.

### Aus den Gründen

Die Normenkontrollanträge sind – in der eingeschränkten Fassung – zulässig.

Die sachliche Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts für die Überprüfung der Gültigkeit einer kommunalen Satzung ist gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO i.V.m. § 5 AG VwGO gegeben und die Antragsfrist des § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO eingehalten. Die Ast. sind als Eigentümer von Wohngrundstücken, die zu den Kosten der Abfallentsorgung herangezogen werden, auch antragsbefugt. Nach § 47 Abs. 2 Satz 1 VwGO kann den Antrag jede natürliche oder juristische Person stellen, die geltend macht,



durch die Rechtsvorschrift oder deren Anwendung in ihren Rechten verletzt zu sein oder in absehbarer Zeit verletzt zu werden. An der Auffassung, dass die Antragsbefugnis sich von vornherein auf die Satzungsbestimmungen beschränke, mit denen sich der Vortrag der Ast. auseinandersetze

(so z.B. sinngemäß Senatsurt. v. 22.10.2003 – 2 KN 5/02 –, Die Gemeinde 2004, 16 = NordÖR 2004, 152),

wird angesichts der Auslegung dieser Vorschrift durch das Bundesverwaltungsgericht nicht festgehalten. Danach bedarf es keiner schlüssigen Geltendmachung einer (jedenfalls in absehbarer Zeit) erfolgenden Rechtsverletzung, sondern es genügt die Darlegung, durch die angegriffene Rechtsvorschrift – das ist hier die Abfallsatzung des Ag. – in einem bestimmten Aspekt rechtlich betroffen zu sein. Ist das Verfahren in dieser Weise zulässig angestrengt worden, muss das Gericht die Norm umfassend prüfen. Bei Normen, die unter Heranziehung des Rechtsgedankens aus § 139 BGB teilbar sind, ist die verwaltungsgerichtliche Kontrolle allerdings auf den Teil des Normgefüges beschränkt, auf den sich die geltend gemachte Rechtsverletzung bezieht. Das hat zur Folge, dass ein dennoch auf den gesamten Normenbestand zielender Normenkontrollantrag jedenfalls insoweit unzulässig ist, als er die Ast. nicht berührende Normteile erfasst, die schon auf Grund vorläufiger Prüfung offensichtlich und damit auch für die Antragsteller erkennbar unter Berücksichtigung der Ziele des Normgebers eigenständig lebensfähig und damit abtrennbar sind

(BVerwG, Urt. v. 17.2.2005 – 7 CN 6.04 –, NVwZ 2005, 695).

Diesen Grundsätzen haben die Ast. durch die in der mündlichen Verhandlung vorgenommene Präzisierung ihrer Anträge und die darin liegende Anpassung an ihren Vortrag Rechnung getragen.

Die Anträge sind aber nur teilweise begründet.

Die Regelung des § 1 Abs. 2 Satz 2 AS, wonach der Ast. sich zur Durchführung der Aufgaben der Abfallentsorgung der Abfallwirtschaftsgesellschaft ... mbH (AWS) als beauftragte Dritte bedient, ist wirksam. Diese Bestimmung steht in Übereinstimmung mit § 3 a LAbfWG und § 16 Abs. 1 KrW-/AbfG. Danach können die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger mit der Erfüllung ihrer Aufgaben zuverlässig Dritte beauftragen. Ihre Verantwortlichkeit für die Erfüllung der Pflichten bleibt gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 KrW-/AbfG hiervon unberührt. Durch die Erfüllungssubstitution erfolgt keine Aufgabenprivatisierung, sondern lediglich eine Erfüllungsprivatisierung

(Frenz, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, 3. Aufl., § 16 Rn. 6).

Voraussetzung für die Beauftragung Dritter ist gemäß § 16 Abs. 1 Satz 3 KrW-/AbfG, dass diese über die erforderliche Zuverlässigkeit verfügen. Da der Ag. den Dritten kraft Satzung bestimmt hat, erfordert die Wirksamkeit der Regelung auch das Vorliegen dieser Voraussetzung. Dass es daran fehlen könnte, wird von den Antragstellern nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Ihr Einwand, die Beauftragung der AWS habe die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens erfordert, vermag die Unwirksamkeit der Bestimmung nicht zu begründen. Das Unterbleiben einer an sich erforderlichen Ausschreibung kann die Entstehung nicht erforderlicher Kosten und damit die Unwirksamkeit einer Gebührenregelung zur Folge haben

(vgl. Urt. d. Senats v. 24.6.1998 – 2 L 113/97 –, Die Gemeinde 1998, 304 = NordÖR 1998, 314),

führt aber nicht zur Nichtigkeit der Beauftragung.

Das Vorbringen der Ast. bezüglich des Fehlens einer ausdrücklichen, klaren Regelung zum Anschluss- und Benutzungszwang betrifft u.a. § 4 AS. In Abs. 1 dieser Vorschrift wird darauf verwiesen, dass Erzeugerinnen/Erzeuger oder Besitzerinnen/Besitzer von Abfällen aus privaten Haushalten gemäß § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG verpflichtet sind, diese dem nach Landesrecht zur Entsorgung verpflichteten öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger Kreis zu überlassen, soweit sie zu einer Verwertung nicht in der Lage sind oder diese nicht beabsichtigen. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Überlassungspflicht, also das „Ob“ der Überlassung von Abfällen, im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz abschließend geregelt ist und die kommunale Satzungsbefugnis, für die § 5 Abs. 1 LAbfWG den Rahmen absteckt, nur das „Wie“ der Abfallüberlassung erfasst und demnach ein kommunalrechtlich normierter Anschluss- und Benutzungszwang nur an die bundesrechtlich begründete Überlassungspflicht anknüpfen kann

(vgl. BVerwG, Urt. v. 17.2.2005, aaO, S. 697).

In der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Satzung war das in der Weise geschehen, dass Grundstückseigentümer und

sonstige zur Nutzung eines Grundstücks dinglich Berechtigte berechtigt und im Rahmen der Überlassungspflicht des § 13 Abs. 1 bis 3 KrW-/AbfG verpflichtet waren, ihre Grundstücke an die öffentliche Einrichtung Abfallentsorgung anzuschließen und diese zu benutzen und die auf ihren Grundstücken anfallenden Abfälle dem Landkreis zu überlassen. Die Vorinstanz hatte dazu ausgeführt, dass durch den Wortlaut der Satzung unmissverständlich zum Ausdruck gebracht werde, dass der „Rahmen der Überlassungspflicht“ ausschließlich bundesgesetzlich durch § 13 Abs. 1 bis 3 KrW-/AbfG bestimmt sei und der kommunalrechtlich normierte Anschluss- und Benutzungszwang erst begründet werde, wenn und soweit Abfälle nach § 13 Abs. 1 bis 3 KrW-/AbfG zu überlassen seien. Da die Satzungsbestimmungen keine selbständigen Überlassungspflichten begründeten, könne ein Verstoß gegen § 13 Abs. 1 bis 3 KrW-/AbfG nicht festgestellt werden

(VGH BW, Urt. v. 2.3.2004 – 10 S 15/03 –, ZUR 2004, 358).

Diese Auffassung ist vom Bundesverwaltungsgericht bestätigt worden

(BVerwG, Urt. v. 17.2.2005, aaO, S. 697).

Entgegen der Ansicht der Antragsteller bedarf es neben der in § 4 Abs. 1 AS getroffenen Regelung keines Rückgriffs auf die Regelung des § 17 Abs. 2 KrO unter Verwendung der Begriffe des Anschluss- und Benutzungszwangs. Auch ohne Hinzuziehung der Ordnungswidrigkeitenbestimmung des § 14 Abs. 1 Nr. 1 AS wird die sich unmittelbar aus § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG ergebende Überlassungspflicht deutlich. Insoweit ist weder ein Verstoß gegen das Zitiergebot des § 66 Abs. 1 Nr. 2 LVwG noch gegen das Bestimmtheitserfordernis des § 67 Abs. 2 LVwG festzustellen.

Die Einwendungen der Ast. gegen die in § 5 AS geregelten Auskunfts-, Anzeige und Duldungspflichten sind teilweise berechtigt. Der Senat hat hierzu im Urteil vom 14. Juni 2006 zum Verfahren – 2 KN 6/05 –, in dem der Antrag umfangreich gestellt war, Folgendes ausgeführt:

„Demgegenüber fehlt es für mehrere, in der Satzung vorgesehene Anzeige- und Meldepflichten an einer gesetzlichen Grundlage. Eigentümern und Besitzern von Grundstücken, auf denen überlassungspflichtige Abfälle anfallen, werden durch § 14 KrW-/AbfG Duldungspflichten auferlegt. Darauf stützt sich die Regelung des § 5 Abs. 6 AS und weist § 7 Satz 7 AS hin. Weitergehende Pflichten haben Grundstückseigentümer – sofern sie nicht zugleich Erzeuger oder Besitzer von Abfällen sind – nach dem Regelungsgefüge des Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetzes nicht. Sie können ihnen auch nicht dadurch auferlegt werden, dass sie – wie in § 4 Abs. 2 AS vorgesehen – zu Überlassungspflichtigen erklärt werden.

Das gilt zum einen für die inhaltlich weitgehend gleichen Bestimmungen des § 4 Abs. 5 AS und des § 5 Abs. 3 AS, wonach im Falle des Eigentümerwechsels alte und neue Eigentümer dies der AWS mitzuteilen haben und zum anderen für § 5 Abs. 2 AS, wonach die nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Verpflichteten – also die Grundstückseigentümer – Veränderungen der nach § 5 Abs. 1 AS anzuzeigenden Daten dem Kreis/der AWS unverzüglich mitzuteilen haben. Da die Abfallentsorgung unabhängig vom Eigentum durchgeführt wird, ist die Eigentumslage eines Grundstücks unerheblich. Jedenfalls fehlt es an einer gesetzlichen Ermächtigung, Grundstückseigentümern derartige Verpflichtungen aufzuerlegen. Eine dahingehende Ermächtigung ist nicht § 5 Abs. 1 LAbfWG zu entnehmen. Danach regeln die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger durch Satzung, in welcher Weise, an welchem Ort und zu welcher Zeit ihnen die zu entsorgenden Abfälle zu überlassen sind. Diese konkretisierende landesrechtliche Regelung über die Art und Weise der Überlassung ist zulässig und nicht durch Bundesrecht ausgeschlossen

(vgl. BVerwG, Urt. v. 25.8.1999 – 7 C 27.98 –, NVwZ 2000, 71, 72).

Angesichts einer fehlenden abschließenden Definition des Begriffs „Überlassen“ im Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (BVerwG, ebenda) darf durch kommunale Satzung geregelt werden, in welcher Weise Abfallerzeuger oder -besitzer ihrer – dem Grund und Inhalt nach bundesrechtlich vorgegebenen – Überlassungspflicht nachzukommen haben

(vgl. VG Mannheim, Urt. v. 5.2.2002 – 10 S 1379/00 –, NuR 2004, 171, 173; BVerwG, Urt. v. 17.2.2005, aaO, S. 697).

Die Regelung des § 5 Abs. 1 LAbfWG begründet aber keine Befugnis des Satzungsgebers, – wie ausgeführt – weitere Personen in den Kreis der Überlassungspflichtigen einzubeziehen oder aber anderen Personen zur Erleichterung der Durchführung der Abfallentsorgung Handlungspflichten aufzuerlegen. Vielmehr bestimmt § 22 Abs. 1 Satz 2 LAbfWG, dass die Abfallerzeuger und

-besitzer aus privaten Haushaltungen die erforderlichen Auskünfte zu einschlägigen personen- und betriebsbezogenen Daten zu erteilen haben.

Eine gesetzliche Ermächtigung dafür ist auch nicht aus § 18 KrO zu entnehmen. Diese Bestimmung, die als eine der Grundlagen der Abfallsatzung bezeichnet ist, statuiert vorrangig ein Recht der Einwohnerinnen und Einwohner des Kreises zur Nutzung der öffentlichen Einrichtungen des Kreises. Die Einrichtungsträger sind berechtigt, Regelungen des Benutzungsverhältnisses zu treffen. Diese Regelungen können sich jedoch nur auf die Benutzer der Einrichtung beziehen und müssen die bundesrechtlichen Vorgaben einhalten. Nutzer der vom Ag. gemäß § 1 Abs. 2 AS betriebenen Abfallentsorgungseinrichtung sind diejenigen Personen, die die Einrichtung in Anspruch nehmen, also Erzeuger oder Besitzer von Abfällen. Grundstückseigentümer, die nicht zugleich diese Voraussetzungen erfüllen, sind am Benutzungsverhältnis nur im Hinblick auf die ihnen durch § 14 KrW-/AbfG auferlegten Duldungspflichten beteiligt. Zwar wird die Auffassung vertreten, dass neben dem Abfallbesitzer auch der Grundstückseigentümer durch einen Anschlusszwang kommunal- und landesrechtlich in die Pflicht genommen werden könne

(Weidemann in Jarass/Ruchay/Weidemann, Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, Komm., § 13 Rn. 56),

doch kann offen bleiben, ob daraus auch Anzeige- und Meldepflichten für die Grundstückseigentümer hergeleitet werden sollten, denn einen Anschluss- und Benutzungszwang nach Maßgabe von § 17 Abs. 2 KrO enthält die angefochtene Satzung gerade nicht. Etwas anderes folgt auch nicht aus der Auffassung, dass § 14 KrW-/AbfG einen gesetzlichen Anschlusszwang für alle Eigentümer und Besitzer von Grundstücken, auf denen überlassungsbedürftige Abfälle nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG anfallen, enthalte

(Schink in Jarass u.a., aaO, § 14 Rn. 14),

denn auch danach ist Anknüpfungspunkt für die Pflichten der Anfall von Abfällen i.S.v. § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG, d.h. der Abfallbesitz, der auch beim Grundstückseigentümer gegeben sein kann.

Danach ist bei der Beurteilung der in § 5 AS statuierten Auskunfts- und Anzeigepflichten nach den Adressaten dieser Pflichten zu differenzieren. Da der Ag. durch Satzung Art und Weise der Entsorgung und die dafür erforderlichen Voraussetzungen regeln darf, kann er von den nach § 4 Abs. 1 AS Verpflichteten (Abfallerzeugern und -besitzern) Informationen verschiedener Art verlangen. Das gilt namentlich für die Regelung des § 5 Abs. 4 AS, wonach auf Verlangen des Kreises oder der AWS über Herkunft, Menge, Zusammensetzung und Beschaffenheit der Abfälle Auskunft zu geben ist und die zur Beurteilung einer vorschriftsmäßigen Entsorgung erforderlichen Nachweise und Analysen vorzulegen sind. Diese Bestimmung kollidiert nicht mit § 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG, wonach Erzeuger oder Besitzer von Abfällen den Beauftragten der Überwachungsbehörde bestimmte Auskünfte zu erteilen haben. Die Überwachung der Abfallentsorgung durch die zuständigen Behörden und die damit verbundenen Rechte und Pflichten sind von der Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses der öffentlichen Einrichtung Abfallentsorgung zu trennen. Hier geht es allein um die Rechtsbeziehungen zwischen Überlassungspflichtigen und Entsorgungsträger.

In diesem Zusammenhang ist es auch zulässig, den nach § 4 Abs. 1 AS Verpflichteten durch § 5 Abs. 1 Satz 1 AS die Anzeigepflicht aufzuerlegen, dass auf einem Grundstück überlassungspflichtige Abfälle anfallen. Zwar bestehen die in § 40 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 KrW-/AbfG geregelten Auskunftspflichten gegenüber der Überwachungsbehörde latent kraft Gesetzes und aktualisieren sich erst nach entsprechender Aufforderung durch die Überwachungsbehörde

(Paetow, aaO, § 40 Rn. 17; Frenz aaO, § 40 Rn. 5),

doch erscheint es gerechtfertigt, dass die nach § 13 KrW-/AbfG Verpflichteten, auf die in § 4 Abs. 1 AS u.a. verwiesen wird, dem Entsorgungsträger das Vorliegen der Voraussetzungen des Benutzungsverhältnisses anzuzeigen haben. Dadurch wird nicht eine allgemeine Informationspflicht begründet, die einer besonderen gesetzlichen Ermächtigung bedürfte, sondern es besteht ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem Benutzungsverhältnis

(vgl. zur Abgrenzung VGH Mannheim, Urt. v. 2.3.2004 – 10 S 15/03 –, ZUR 2004, 358).

Das trifft ebenso für § 7 Satz 5 AS zu, wonach Beschädigungen oder Verlust von Abfallbehältern unverzüglich anzuzeigen sind.

Das gilt aber nicht für Grundstückseigentümer oder sonst dingslich Berechtigte. Ob dies bei öffentlich-rechtlicher Ausgestaltung

des Benutzungsverhältnisses und der Erhebung von Gebühren anders zu beurteilen wäre und die Pflicht zur Anzeige abgabenrelevanter Umstände auch für die Grundstückseigentümer aus dem Kommunalabgabengesetz oder der Abgabenordnung hergeleitet werden könnte

(so für das Landesrecht Baden-Württemberg VGH Mannheim, Urt. v. 2.3.2004, aaO),

kann hier offen bleiben, weil der Ag. die Abfallentsorgung gemäß § 9 Abs. 2 AS privatrechtlich durchführt und nach § 12 AS für die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung Abfallentsorgung privatrechtliche Entgelte erhebt. Daher kann die in § 5 Abs. 5 Satz 1 AS festgelegte Auskunftspflicht der „Beteiligten und/oder anderen Personen“ „zur Ermittlung der Berechnungsgrundlagen“ – von ihrer mangelnden Bestimmtheit abgesehen – auch nicht gemäß § 5 Abs. 5 Satz 2 AS auf die Abgabenordnung gestützt werden. Diese ist zwar nach § 11 Satz 2 KAG sinngemäß auf die Festsetzung und Erhebung kommunaler Abgaben anzuwenden, nicht aber auf die Forderung privatrechtlicher Entgelte.

Dagegen ist das den Eigentümern durch § 5 Abs. 1 Satz 3 AS eingeräumte Recht, Wünsche zur Behältergröße und zum Abfuhrhythmus zu äußern, nicht zu beanstanden. Zweifelhaft ist lediglich, ob nicht Wünsche der nach § 13 Abs. 1 KrW-/AbfG Überlassungspflichtigen Vorrang haben sollten. Das gilt auch für § 8 Abs. 1 Satz 2 AS, wonach die Grundstückseigentümerin/der Grundstückseigentümer die Anzahl, Größe und Leerungshäufigkeit der auf ihrem/seinem Grundstück für die Abfallentsorgung vorgehaltenen Behälter unter Berücksichtigung des zu erwartenden Abfallanfalls und des einzuhaltenden Mindestbehältervolumens bestimmt. Diese Regelung mag geeignet sein für die Fälle, in denen Grundstückseigentümer zu Besitzern der von den Mietern erzeugten Abfälle werden, wenn diese Abfälle außerhalb der Mieträume in Sammelbehältern zwischengelagert werden. Sofern jedoch die Mieter bis zur Abholung Besitzer der Abfälle bleiben, liegt die Bestimmung von Anzahl, Größe und Leerungshäufigkeit der vorgehaltenen Behälter vorrangig in ihrem Interesse. Dem trägt § 7 Satz 1 AS Rechnung, wonach der Kreis der/dem Überlassungspflichtigen die zur Aufnahme des Abfalls vorgeschriebenen Abfallbehälter in ausreichender Zahl zur Verfügung stellt. Überlassungspflichtig sollen zwar nach § 4 Abs. 2 AS auch die Grundstückseigentümer sein, doch ist diese Regelung – wie ausgeführt – unwirksam und soll sich nach dem Vorbringen des Ag. in der mündlichen Verhandlung ohnehin nur auf jene Eigentümer erstrecken, die zugleich Besitzer von Abfällen sind. Eine Unwirksamkeit der Satzungsbestimmung des § 8 Abs. 1 Satz 2 AS ergibt sich daraus jedoch nicht, weil den Grundstückseigentümern insoweit nur Rechte eingeräumt werden.

Wie schon erwähnt beruht die Regelung des § 5 Abs. 6 AS über das Betretungsrecht für die Beauftragten des Kreises auf § 14 KrW-/AbfG. Berechtigt aus § 14 KrW-/AbfG sind die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger, aber auch – wie in § 5 Abs. 6 AS geregelt – ihre Beauftragten

(Schink, aaO, § 14 Rn. 22 f.).

Entgegen der Auffassung des Ag. wird dadurch Art. 13 GG tangiert, obwohl das Zutrittsrecht nicht ausdrücklich für Wohnungen, sondern (nur) für Grundstücke gelten soll. Der Begriff „Wohnung“ in Art. 13 Abs. 1 GG ist weit auszulegen; er umfasst auch Arbeits-, Betriebs- und Geschäftsräume

(BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971 – 1 BvR 280/66 –, E 32, 54)

und angrenzende befriedete Räume wie z.B. Hof und Garten

(vgl. Senatsbeschl. v. 5.10.1998 – 2 K 21/97 –, mwN).

Der Regelungsgehalt der angegriffenen Satzungsbestimmung geht jedoch inhaltlich nicht über die Bestimmung des § 14 Abs. 1 KrW-/AbfG hinaus und ist somit deklaratorischer Natur

(vgl. Schink, aaO, § 14 Rn. 52).

Die Formulierung, dass den Beauftragten des Kreises „... ungehindert Zutritt zu allen Grundstücken zu gewähren“ ist, kann zwar zu Missverständnissen führen, doch ist sie geltungserhaltend dahingehend auszulegen, dass es nur um Grundstücke i.S.v. § 14 Abs. 1 KrW-/AbfG geht, d.h. um Grundstücke, auf denen überlassungspflichtige Abfälle – hier aus privaten Haushaltungen – anfallen.

Die Verfassungsmäßigkeit des § 14 KrW-/AbfG wird zwar im Hinblick auf das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG in Zweifel gezogen

(vgl. Fritsch, Das neue Kreislaufwirtschafts- und Abfallrecht, Rn. 358 mwN),

doch ist dem nicht zu folgen. Wie ein Vergleich mit § 40 Abs. 2 KrW-/AbfG zeigt, hat der Gesetzgeber sich an der Rechtspre-

chung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 13 GG orientiert. Danach ist bei der Auslegung der Begriffe „Eingriffe und Beschränkungen“ in Art. 13 Abs. 3 GG nach dem verschiedenen Schutzbedürfnis der als „Wohnung“ zu bezeichnenden Räumlichkeiten zu unterscheiden, mit der Folge, dass das Betreten von Arbeits-, Betriebs und Geschäftsräumen anders als bei privaten Wohnräumen nicht am Maßstab des Art. 13 Abs. 3 GG zu beurteilen ist

(BVerfG, Beschl. v. 13.10.1971, aaO).

Diese Grundsätze sind auf den von § 14 KrW-/AbfG erfassten privaten Außenwohnbereich zu übertragen

(Paetow, aaO, § 14 Rn. 15; s.a. Frenz, aaO, § 14 Rn. 2 und OVG Schleswig – 4 M 48/93 –, Beschl. v. 5.7.1993).“

Die Regelungen über die Mindestausstattung der Grundstücke mit Abfallbehältern (10 l/Person/Woche für Restabfall gemäß § 5 Abs. 1 und § 8 Abs. 1 AS sowie 30 l mit zwei-wöchentlichem Abfuhrhythmus/Grundstück gemäß § 8 Abs. 2 AS) sind entgegen der Auffassung der Antragsteller rechtlich unbedenklich. Bei der rechtlichen Würdigung dieser Vorgaben hat außer Betracht zu bleiben, dass die Benutzungsentgelte für die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushaltungen gemäß § 12 AS i.V.m. § 11 AGB Abfallentsorgung Kreis und den dazu erstellten Tarifen sich nach Anzahl und dem Nutzungsinhalt der auf einem Grundstück bereit gestellten und zugelassenen Behälter sowie deren Entleerungsintervall richten. Die Rechtmäßigkeit der Entgeltbemessung ist in diesem Verfahren nicht zu prüfen.

Nach § 3 Abs. 1 LABfWG i.V.m. § 15 Abs. 1 KrW-/AbfG haben die öffentlich-rechtlichen Entsorgungsträger die Aufgabe, die Abfallentsorgung in eigener Verantwortung zu erfüllen. Die Entsorgungspflicht umfasst gemäß § 3 Abs. 3 LABfWG auch die Pflicht, die zur Entsorgung der Abfälle notwendigen Anlagen und Einrichtungen vorzuhalten. Sie haben daher den Überlassungspflichtigen die zur Erfassung notwendigen Behälter zur Verfügung zu stellen. Dem wird durch die Regelung des § 7 Satz 1 und 2 AS Rechnung getragen. Dabei ist unter Berücksichtigung der Interessen der Überlassungspflichtigen sicherzustellen, dass die bereitgestellten Abfallbehälter für die Entsorgung des anfallenden Abfalls ausreichen. Es liegt auf der Hand, dass die Menge des anfallenden Abfalls erhebliche Schwankungen, die u.a. vom Verhalten der Überlassungspflichtigen abhängen, aufweist. Der Antragsgegner darf daher bei der Bemessung des Behältervolumens, wie sie in § 8 Abs. 1 und Abs. 2 AS vorgenommen worden ist, im Rahmen seines Organisationsermessens allgemeine Durchschnittswerte sowohl für den Ansatz eines durchschnittlichen Abfallaufkommens als auch für die Bereithaltung von Behältergrößen zugrunde legen. Er kann bei der Veranschlagung der Behältergrößen auch Reserven für unvorhergesehene Situationen berücksichtigen, in denen mehr Abfall als gewöhnlich anfällt

(vgl. OVG NW, Urt. v. 28.11.1994 – 22 A 3336/93 –, Gemeindehaushalt 1996, 118).

Bei einem Restabfallbehältervolumen von mindestens 10 l/Woche, wie in § 8 Abs. 1 Satz 4 AS vorgesehen, handelt es sich entgegen dem Vorbringen der Ast. nicht um eine „Mindestmüllmenge“. Bei dieser Größenordnung kann auch nicht die Rede davon sein, dass Anreize zur Müllmengensteigerung geschaffen würden. Die angegriffenen Regelungen verstoßen nicht gegen das Abfallvermeidungs- und -minderungsgebot. Bei der in Rede stehenden Größenordnung liegt auch im Hinblick darauf, dass die Eigentümer und Besitzer von Grundstücken nach § 14 KrW-/AbfG das Aufstellen zur Erfassung notwendiger Behälter zu dulden haben, keine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vor. Die Frage, ob unter Entgeltgesichtspunkten eine weitere Reduzierung der mindestens vorzuhaltenden Behältergröße verlangt werden kann, ist – wie ausgeführt – in diesem Zusammenhang nicht zu prüfen.

Soweit es um die in § 9 AS geregelte Art und Durchführung der Abfallentsorgung geht, haben die Anträge nur teilweise Erfolg. Unberechtigt sind die Einwendungen gegen die privatrechtliche Gestaltung des Benutzungsverhältnisses, wie sie durch § 9 Abs. 2 AS zum Ausdruck gebracht wird. Nach Satz 1 dieser Bestimmung führt der Kreis die Abfallentsorgung auf der Grundlage vertraglicher Vereinbarungen privatrechtlich durch, soweit in

dieser Satzung Regelungen nicht enthalten sind. Diese Satzungsbestimmung ist zwar vergleichbar mit einer Regelung, die der Senat im Urteil vom 22. Oktober 2003 zum Verfahren 2 KN 5/02

(Die Gemeinde 2004, 16 – NordÖR 2004, 152)

für unwirksam angesehen hatte, doch hatte diese Entscheidung insoweit vor dem Bundesverwaltungsgericht keinen Bestand. Nach Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts wird die den Kommunen zustehende Formenwahlfreiheit hinsichtlich der Regelung der Benutzungsverhältnisse ihrer öffentlichen Einrichtungen nicht dadurch eingeschränkt, dass öffentlich-rechtlich ein Anschluss- und Benutzungszwang angeordnet wird. Diese Formenwahlfreiheit ermöglichte eine privatrechtliche Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses immer dann, wenn diese nicht durch kommunalrechtliche Vorschriften ausdrücklich ausgeschlossen sei. Der generelle Ausschluss eines privatrechtlichen Benutzungsverhältnisses lasse sich auch nicht aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herleiten

(BVerwG, Urt. v. 6.4.2005 – 8 CN 1.04 –, NVwZ 2005, 1072, 1073).

Die in dieser Entscheidung aufgestellten Grundsätze sind auf das vorliegende Verfahren zu übertragen. Auch wenn kein Anschluss- und Benutzungszwang nach Maßgabe kommunalrechtlicher Vorschriften angeordnet wird, sondern eine Benutzungspflicht der öffentlichen Einrichtung aus sonstigen Rechtsvorschriften herzuleiten ist, ist die Formenwahlfreiheit nach Maßgabe der höchstrichterlichen Rechtsprechung anzuerkennen.

Der Ag. ist daher berechtigt, über die Nutzung seiner öffentlichen Einrichtung Abfallentsorgung mit den Überlassungspflichtigen – wie in § 9 Abs. 2 Satz 2 AS vorgesehen – privatrechtliche Verträge zu schließen. Unwirksam ist hingegen die Bestimmung des § 9 Abs. 2 Satz 3 AS, wonach der Vertrag durch die Annahme des Angebotes zustande kommt, ohne dass die Annahme dem Kreis gegenüber erklärt zu werden braucht (§ 151 BGB). Unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag im privatrechtlichen Benutzungsverhältnis zustande kommt, unterliegt den Vorschriften des privaten Rechts und ist einer öffentlich-rechtlichen Regelung durch kommunale Satzung nicht zugänglich.

Unwirksam ist ebenfalls § 9 Abs. 1 AS. Danach ist die Durchführung der Abfallentsorgung nach den Maßgaben des KrW-/AbfG sowie dieser Satzung verbindlich geregelt in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kreises ... für die Entsorgung von Abfällen aus privaten Haushaltungen (AGB Abfallentsorgung Kreis) in ihrer jeweils geltenden Fassung. Entgegen der Auffassung des Ag. ist dies nicht als bloßer Hinweis ohne Regelungsgehalt zu verstehen. Einen solchen Hinweis enthält § 9 Abs. 2 Satz 4 AS, wonach für das Vertragsverhältnis die AGB-Abfallentsorgung-Kreis in ihrer jeweils geltenden Fassung gelten sollen. Dies dient der näheren Ausgestaltung des Benutzungsverhältnisses. Dadurch wird deklaratorisch eine Formulierung aus der Präambel der AGB wiedergegeben. Das dient der Verständlichkeit der Gestaltung des Benutzungsverhältnisses und ist rechtlich unbedenklich. Demgegenüber wird durch § 9 Abs. 1 AS die Verbindlichkeit dieser AGB bestimmt, obwohl es um das privatrechtlich gestaltete Nutzungsverhältnis geht, das der Ag. nicht abstrakt-generell öffentlich-rechtlich regeln kann. Die Frage der Verbindlichkeit der AGB, die auch deren Wirksamkeit umfasst, ist vielmehr jeweils innerhalb des Nutzungsverhältnisses zu klären.

Schließlich bedarf es keiner eingehenden Ausführungen zu § 12 AS; wonach für die Inanspruchnahme der öffentlichen Einrichtung Abfallentsorgung sowie für die Inanspruchnahme von Sonderleistungen im Rahmen der Abfallwirtschaft vom Ag. zur Deckung der Kosten privatrechtliche Entgelte nach Maßgabe eines näher bezeichneten Tarifs erhoben werden. Zwar könnte der Begriff „erhebt“ zu Missverständnissen Anlass geben, doch ist die Satzung in der Weise auszulegen, dass keine hoheitliche Festsetzung der Entgelte erfolgt, sondern eine privatrechtliche Forderung erhoben wird. Das folgt schon aus § 9 Abs. 2 Satz 2 AS, wonach der Ag. mit den überlassungspflichtigen Abfallerzeugern bzw. -besitzern einen privatrechtlichen Abfallentsorgungsvertrag schließt. In diesem Zusammenhang führt der Ag. zutreffend aus, dass die Höhe der privatrechtlich zu fordernden Entgelte in diesem Verfahren nicht zu prüfen ist.

Herausgeber: Das Ministerium für Justiz, Arbeit und Europa des Landes Schleswig-Holstein, Lorentzendamms 35, 24103 Kiel.

Verantwortlich i.S.d. § 8 Abs.2 des Landespressegesetzes Schleswig-Holstein:

Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Dr. Martin Probst, Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig.

Die „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ erscheinen in zwei Ausgaben, Teil A (Justizministerialblatt und Rechtszeitschrift) und Teil B (Justizministerialblatt, nur Anzeigen bzw. gerichtl. Bekanntmachungen enthaltend), Teil A erscheint monatlich einmal, Teil B monatlich zweimal. Der Bezugspreis beträgt jährlich für Teil A 34 €, für Teil B 23 €. Der Preis für dieses Einzelheft beträgt 12,00 € und Porto. Privatbezieher können beide Teile nur beim Verlag J.J. Augustin, Postfach 1106, 25342 Glückstadt, Telefon 04124/2044, Fax 4709, E-Mail: augustinverlag@t-online.de, bestellen.

Beiträge sind an die Redaktion der „Schleswig-Holsteinischen Anzeigen“ Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Gottorfstraße 2, 24837 Schleswig, zu senden; Tel. 04621/86-1279 bzw. -1273, Fax. 04621/86-1284, E-Mail: redaktion-schlha@olg.landsh.de.

– Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Redaktion wieder. –

Druck J.J. Augustin, Glückstadt – ISSN 1860-9643.



Babette Wegener	Rolle und Funktion des Rechtsanwalts in der Mediation	138
Konstanze Görres-Ohde	Ein Jahr Gerichtliche Mediation in Schleswig-Holstein – zu Stand und Perspektiven eines neuen Projekts	142
Carsten Bockwoldt	Gerichtliche Mediation beim Landgericht Flensburg	145
Hartmut Schulz	Gerichtliche Mediation im Bezirk des Landgerichts Itzehoe	146
Andrej Marc Gabler	Gerichtliche Mediation beim Landgericht Kiel	147
Thorsten Fürter	Gerichtliche Mediation beim Landgericht Lübeck	148
Insa Paul und Susanne Veit	Gerichtliche Mediation beim Amtsgericht – am Beispiel des Amtsgerichts Kiel	149
Rolf Alpes	Gerichtliche Mediation beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht	150
Stefan Koch	Gerichtliche Mediation aus der Sicht eines begleitenden Anwalts	151

## II. Amtliche Veröffentlichungen

Vfg. der Präs. d. SchIHOLG v. 22. Februar 2007–3172–43 SH–	Schleswig-Holsteinisches Anwaltsgericht	152
--	---	-----

## III. Personalnachrichten 152

## IV. Ausschreibungen 154

## V. Entscheidungen

### Zivilrecht und Zivilverfahren

SchIHOLG	18. 7.2006	3 U 162/05	Kein Verhandeln i.S.d § 203 BGB bei schlichter Entgegennahme eines gerichtlichen Vergleichsvorschlags ohne Äußerung	155
SchIHOLG	10.11.2005	7 U 172/03	Darlegungs- und Beweislast bei Zuwiderhandlung gegen vertragsstrafenbewehrtes Abwerbeverbot	156
SchIHOLG	6. 7.2006	7 U 148/01	Keine Harmlosigkeitsgrenze beim HWS-Syndrom	157
SchIHOLG	15. 8.2006	3 U 63/05	Kein Wertermittlungsanspruch des Pflichtteilsberechtigten, solange Schenkung nicht bewiesen ist	159
SchIHOLG	17. 7.2006	16 W 57/06	Keine Teilkostenentscheidung im selbständigen Beweisverfahren wegen Klagerhebung in der Hauptsache nur durch einen von mehreren Antragstellern	160
SchIHOLG	17. 7.2006	13 WF 118/06	Ordnungsmittelfestsetzung nach bereits verhängter Kriminalstrafe	162
<b>Freiwillige Gerichtsbarkeit</b>				
SchIHOLG	12. 9.2006	3 WLw 39/06	Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts	162
SchIHOLG	20. 1.2006	2 W 24/05	Verwalterbestellung durch die Wohnungseigentümersammlung	164

### Öffentliches Recht

SchIHOLG	14. 6.2006	2 KN 5/05	Satzungskompetenz im Abfallentsorgungsrecht	165
----------	------------	-----------	---	-----

## Justiz und Kultur im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

*Terminankündigung*

### John von Düffel

liest aus seinen Werken  
Mittwoch, den 9. Mai 2007, 19.00 Uhr

im Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht, Schleswig, Gottorfstraße 2 – Foyer vor dem Plenarsaal –

Theatermann, Schriftsteller, Langstreckenschwimmer: all dies ist John von Düffel, der sich als Dramaturg – zur Zeit am Hamburger Thalia Theater – ebenso einen Namen machte wie als Autor der Single-Generation. Mit Erzählungen, die mit dem modernen Menschen, vorzugsweise aber auch mit Wasser und dem Schwimmen zu tun haben.

1966 in Göttingen geboren, kam John von Düffel früh in die Welt, da sein Vater Peter von Düffel – Verfasser der Kommentare für die Reclam-Ausgabe von Lessings „Nathan der Weise“ – Lehraufträge an ausländischen Universitäten erhielt. Nach Abitur in Oldenburg und Studium u.a. der Germanistik und Philosophie arbeitete er als Filmjournalist, Theaterkritiker und Dramaturg. Für das Thalia-Theater Hamburg schuf er eine viel beachtete Bühnenfassung der „Buddenbrooks“ von Thomas Mann. Wichtige Bücher: „Vom Wasser“ (1998), „Schwimmen“ (2000), „Ego“ (2001), „Houwelandt“ (2004), „Hotel Angst“ (2006). John von Düffel wurde u.a. ausgezeichnet mit dem Ernst-Willner-Preis beim Ingeborg-Bachmann-Wettbewerb (1998), dem Preis „Das neue Buch“ (2005) und dem Nicolas-Born-Preis (2006).

**Kostenbeitrag:** 10 Euro (Schüler und Studenten: 5 Euro) nur an der Abendkasse, ab 18.00 Uhr.

**Kartenreservierung:** telefonisch ab 30. April 2007 unter Tel.: 04621/86-1425 (montags bis donnerstags, 14.00-16.00 Uhr). Reservierte Karten müssen bis 15 Minuten vor Veranstaltungsbeginn an der Abendkasse abgeholt werden.

**Bereits feststehende weitere Veranstaltungen:**

3. Juli 2007: Lesung und Kabarett mit Sybille Schrödter  
9. Oktober 2007: Lesung Sabine Rückert

– Schleswiger Gesellschaft Justiz und Kultur e.V –

Buchanzeige

## **HANDEL MIT CO<sub>2</sub>-ZERTIFIKATEN**

Dr. Ines Zenke/Dr. Thomas Fuhr, Handel mit CO<sub>2</sub>-Zertifikaten, Verlag C. H. Beck, 2006, XXVI, 283 Seiten, kartoniert € 52,00, ISBN 3-406-55245-5

Der Handel mit Emissionsberechtigungen – der am 1.1.2005 in der gesamten Europäischen Gemeinschaft begonnen hat – ist derzeit in aller Munde. Nicht zuletzt die angeheizte Preisdiskussion im deutschen Strommarkt, hat ihn ins Zentrum des Interesses von Marktteilnehmern und Verbrauchern gerückt. Die vom Emissionshandel betroffenen Unternehmen stehen vor neuen Herausforderungen: Sie müssen möglichst optimale Zuteilungsanträge stellen, die notwendigen (Handels-) Vertragswerke abschließen und ggf. darüber nachdenken, Emissionsprojekte allein oder mit anderen (z.B. über Fonds) durchzuführen, um entsprechende Emissionszertifikate zu generieren.

Mit vorliegendem Werk werden die Erfahrungen mit der ersten Zuteilungsperiode abgebildet und Handlungsempfehlungen zu den weiteren Zuteilungsperioden gegeben. Der neue NAP II, die Grundlage des Zuteilungsgesetzes in 2008-2012, findet bereits Berücksichtigung. Die Autoren sind Praktiker. Bewertet werden „echte“ Fälle und damit tatsächlich relevante Sachverhalte.

Dr. Ines Zenke ist Rechtsanwältin und Partner der auf Infrastrukturrecht spezialisierten Sozietät Becker Büttner Held mit dem Beratungsschwerpunkt Recht des Waren- und Zertifikatehandels. Ferner berät sie im Kartellrecht. Dr. Thomas Fuhr – u.a. Emissionshandelsspezialist während seiner anwaltlichen Tätigkeit bei Becker Büttner Held – ist Unternehmensjurist bei der DB Energie, Frankfurt und dort Leiter der Rechtsabteilung.

Buchanzeige

## **LEESMEISTER**

### **Materielles Liegenschaftsrecht im Grundbuchverfahren**

Studienbuch von Oberregierungsrat Dieter Leesmeister, Dozent an der FH für Rechtspflege NRW, Bad Münstereifel 3., neu bearbeitete Auflage, (September) 2006; brosch. XXI und 378 Seiten, € 39,00/sFr 63,00, ISBN-10: 3-7694-0989-2, ISBN-13: 978-3-7694-0989-5

Giesecking Verlag, Postfach 130120, 33544 Bielefeld, Fax: 0521-14 37 15, kontakt@giesecking-verlag.de, www.giesecking-verlag.de

Im Grundbuchverfahren ist im Rahmen verfahrensrechtlicher Normen in großem Umfang auch das materielle Liegenschaftsrecht zu prüfen. Das Studienbuch ist genau darauf angelegt: übersichtliche und einprägsame Darstellung wesentlicher materiellrechtlicher Themen und Besonderheiten insbesondere aus Sicht des Grundbuchamtes. Dazu gibt es – optisch neu hervorgehoben – zahlreiche Beispielfälle, Grafiken, Prüfungsschemata, Merksätze, Wiederholungsfragen und Zusammenfassungen. Behandelt werden Eigentum, Wohnungseigentum, Grunddienstbarkeit, Wohnungsrecht, Nießbrauch, Vorkaufsrecht, Reallast, Erbbaurecht, Hypothek, Zwangsversicherungshypothek, Grundschuld, Eigentums- und Löschungsvormerkung, gesetzlicher Lösungsanspruch. Rangänderung/-vorbehalt und Verfügungsbeschränkungen. Neben der umfangreichen Aktualisierung umfasst es ganz neu Hinweise und Überlegungen zu: Rechtsfähigkeit und Grundbuchfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Erbanteilsübertragung und Abschtung, Sondernutzungsrechte, Wirksamkeitsvermerk, Verfügungsbeschränkungen bei Erbteilskauf und -übertragung (§ 161 BGB).

Zielgruppe: Studenten (Fachhochschulreife/Universitäten), Rechtspfleger, Richter, Rechtsanwälte, Notare, Mitarbeiter der Bau- und Liegenschaftsämter, Kreditinstitute, Architekten als Wertermittler.

Buchanzeige

## **OTTO**

### **Schleswig-Holsteinisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen**

Kommentar, 3. Auflage 2006, kartoniert, 190 Seiten, Format 16,50 x 23,5 cm, 19,80 €, ISBN 3-8293-0715-2

Kommunal- und Schul-Verlag GmbH & Co. KG, Postfach 3629, 65026 Wiesbaden

Kaum eine andere gesetzliche Neuregelung hat in den letzten Jahren die kommunalpolitischen Diskussionen in Schleswig-Holstein so intensiv geprägt wie das Kindertagesstättengesetz (KiTaG), das nunmehr in seiner zuletzt am 15.12.2005 geänderten Fassung vorliegt.

Der nunmehr in 3. Auflage erscheinende Praxis-Kommentar Schleswig-Holsteinisches Gesetz zur Förderung von Kindern in Tageseinrichtungen und Tagespflegestellen erläutert die Regelungen des Gesetzes ebenso kompetent und zuverlässig wie anschaulich und leicht verständlich. Er nimmt zu allen wesentlichen Zweifelsfragen und Problemstellungen – insbesondere zur Bedarfsplanung, zur Betriebskostenfinanzierung, zum Kostenausgleich und zur Sozialstaffelung – eindeutig Stellung, liefert greifbare Lösungen und bietet somit eine eminent wichtige Orientierungs- und Arbeitshilfe. Dabei wird sowohl der neueste Erfahrungsstand der Praxis als auch die aktuelle Rechtsprechung zum KiTaG berücksichtigt.

Der Autor, Helmer Otto, zuständiger Referent beim Schleswig-Holsteinischen Gemeindetag, war unmittelbar in das Novellierungsverfahren zum KiTaG eingebunden. Seine profunde Sachkenntnis und weit reichende Praxiserfahrung finden sich in den Erläuterungen umfassend wieder.