



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 13

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Susanne Lehmann

Hinwirken im Einvernehmen – Die interessenbasierte Güteverhandlung im Zivilprozess

Chancen – Risiken – Möglichkeiten der
Implementierung – Ein Beitrag zur systematischen
Einordnung einer neueren Praxis



Wolfgang Metzner Verlag

Band 13

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von

Dipl.-Psych. Nicole Becker, M. A.

Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.

Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter

Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Susanne Lehmann

**Hinwirken im Einvernehmen –
Die interessenbasierte
Güteverhandlung im Zivilprozess**

Chancen – Risiken – Möglichkeiten der
Implementierung – Ein Beitrag zur systematischen
Einordnung einer neueren Praxis



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2015/2017



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2017

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-016-6 (Print)

ISBN 978-3-96117-017-3 (Online)

ISSN 2365-4155

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Inhalt 1

1. Einleitung **5**
 - 1.1. Ausgangssituation: Die Praxis der interessenbasierten Gerichtsverhandlung **7**
 - 1.1.1. Interessen und Bedürfnisse **8**
 - 1.1.2. Vorschläge aus der Praxis **10**
 - 1.2. Ziel der Masterarbeit **12**
 - 1.3. Herleitung der Forschungsfrage **14**
 - 1.4. Begriffsklärungen und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes **15**
 - 1.4.1. Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO **16**
 - 1.4.2. Mediationsbegriff und Einsatz mediativer Interventionen **16**
 - 1.5. Methodik und Aufbau der Masterarbeit **17**
2. Untersuchungskontext: Die zivilprozessuale Verhandlung, das Hinwirken auf Einvernehmen **20**
 - 2.1. Juristischer Bezugsrahmen der justiziellen Rechtsanwendung **20**
 - 2.1.1. Juristische Sicht auf Streit und die Komplexitätsreduktion durch Verrechtlichung des Konflikts **20**
 - 2.1.2. Funktion des Rechts und der Rechtsprechung **21**
 - 2.1.3. ZPO-Maximen **22**
 - 2.1.4. Richterliche Pflichten **22**
 - 2.1.5. Vergleich: Vom Diskussionsobjekt zum Leitbild **22**
 - 2.1.6. Hinwirken auf Einvernehmen **23**
 - 2.2. Psychologischer und soziologischer Bezugsrahmen der justiziellen Rechtsanwendung **24**
 - 2.2.1. (Un-) Zufriedenheit der Rechtssuchenden **24**
 - 2.2.2. ZPO-Verhandlung als soziales System **25**
 - 2.2.3. Macht und Machtungleichgewichte **26**
 - 2.2.4. Juristisches Denken kennt keine Relevanz von Bedürfnissen und Interessen **27**
 - 2.2.5. Gesetzmäßigkeit der Relevanz von Interessen und Bedürfnissen **28**
 - 2.2.6. Vorverständnis und Rollenbilder **28**

2.3. Zwischenergebnis **29**

- 3. Für und Wider mediativer Interventionen in der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO: Ist die Zeit reif für die Weiterentwicklung des Zivilprozesses durch Implementierung der Praxis interessenbasierter Gerichtsverhandlung? **30**
- 3.1. Spannungsverhältnisse zwischen den Rechtsprinzipien richterlicher Tätigkeit und mediativer Gestaltung des Verfahrens **30**
- 3.1.1. Rechtsgewährungsanspruch vs. Interessen- und Bedürfnisorientierung **30**
- 3.1.2. Entmonopolisierung des Gerichtsverfahrens? Privatautonomie vs. Anspruch der Gesellschaft auf Rechtsentwicklung durch Rechtsprechung **32**
- 3.1.3. Einführung in den Sach- und Streitstand durch den potentiellen Entscheider vs. Grundsatz der informierten Entscheidung **33**
- 3.1.4. Richterliche Entscheidung/Hinwirken auf Einvernehmen vs. selbstbestimmte Lösungsfindung **34**
- 3.1.5. Gesetzlicher Richter vs. Freiwilligkeit **35**
- 3.1.6. Öffentlichkeit vs. Vertraulichkeit **37**
- 3.1.7. Neutralität/Unbefangenheit vs. Allparteilichkeit **38**
- 3.2. Weitere Spannungsverhältnisse **40**
- 3.2.1. Juristische Perspektive und Bedürfnis nach psychologischer Kontrolle (Ausblenden psychologischer Erkenntnisse) **40**
- 3.2.2. Machtphänomene in Gerichtsverhandlung und Mediation **41**
- 3.2.3. Richter mit dem Doppelhut? Rollenkonflikte **42**
- 3.2.4. Ressource Zeit und Komplexität **43**
- 3.2.5. Gefahr der Manipulation durch Prozessparteien, Rechtsanwalt oder Richter **45**
- 3.2.6. Akzeptanz einer interessenbasierten Gerichtsverhandlung in der Richterschaft? **45**
- 3.3. Diskussion der Forschungsfrage **47**
- 3.3.1. Risiken **47**
- 3.3.2. Chancen **52**
- 3.3.3. Notwendigkeiten **54**
- 3.4. Ergebnis der Forschungsfrage **56**
- 4. Vorschlag für ein Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung **61**

5. Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO zur interessenbasierten Gerichtsverhandlung: Wie kann das Modell abgesichert werden?	63
5.1. Ausdifferenzierung des Modells	63
5.2. Implementierung in das Gesetz	64
5.2.1. Wozu gesetzliche Definitionen?	64
5.2.2. Gesetzliche Definition der Berücksichtigung von Interessen und Bedürfnissen in der Güteverhandlung (§ 278 II ZPO)	66
5.2.3. § 278 ZPO bis § 278 b ZPO de lege ferenda	67
5.3. Setting	68
5.4. Qualifizierung der Richterschaft	69
5.4.1. Von Anfang an und danach regelmäßig	69
5.4.2. Vermittlung passender mediativer Interventionen	69
5.5. Supervision/Intervision/kollegiale Beratung	70
5.6. Weitere Ideen zur Motivationsförderung	71
6. Resümee	72
Literaturverzeichnis	74
Abkürzungsverzeichnis	82

Diese Masterarbeit entstand im Rahmen des Masterstudiengangs Mediation und Konfliktmanagement an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in Kooperation mit dem Institut für Anwaltsrecht an der Humboldt-Universität zu Berlin. Ich möchte mich sehr herzlich bei allen Dozenten des Masterstudiengangs sowie meinen Kommilitonen des 8. Studienjahrganges für die wertvolle und intensive Zusammenarbeit während des gesamten Studiums bedanken.

Ich widme diese Arbeit meinem Mann und unseren Töchtern, verbunden mit meinem Dank, mir geduldig den nötigen Freiraum und ihre Unterstützung gewährt zu haben.

Susanne Lehmann,
Minden, Juli 2017

1. Einleitung

Der moderne Zivilprozess basiert auf der 1877 in Kraft getretenen ZPO, in der die Regeln zur Lösung zivilrechtlicher Probleme in einem gerichtlichen Verfahren normiert sind. Das Verfahren ist darauf angelegt, Gewinner und Verlierer hervorzubringen.¹ Dieses gesetzliche Primat des „Entweder-Oder“ findet nur eine Ausnahme in § 278 ZPO, indem dort die Pflicht des Richters², auf Einvernehmen der Parteien hinzuwirken, in verschiedenen Konstellationen geregelt wird.³ Ziel ist jeweils die nichtstreitige⁴ Erledigung des Verfahrens durch Vergleich,⁵ übereinstimmende Erledigungserklärung (§ 91 a ZPO), Klagrücknahme (§ 269 ZPO), Verzicht (§ 306 ZPO) und Anerkenntnis (§ 307 ZPO).⁶ Obwohl in der Praxis diese Erledigungsarten einen großen Anteil der Verfahrensabschlüsse ausmachen,⁷ widmen Gesetz und Literatur, unabhängig vom gesetzgeberischen Bestreben aufgrund verschiedener Gesetzesnovellen, ihnen wenig Aufmerksamkeit. Es finden sich sogar Stimmen, die das Eintreten für nichtstreitige Verfahrenserledigung als „rufschädigend“ und deshalb „eine Portion Mut“ voraussetzend be-

¹ Stellvertretend für diese Struktur des Zivilprozesses sei beispielhaft auf die Grundregel der Kostenverteilung nach Obsiegen und Unterliegen in §§ 91, 92 ZPO verwiesen.

Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, 118 geht sogar so weit, den Rechtsstreit als „Nullsummenspiel“ zu bezeichnen, weil ausschließlich kompetitiv gestritten werde.

² Zur besseren Lesbarkeit wird die männliche Bezeichnung gewählt. Gemeint sind selbstverständlich auch alle Richterinnen.

³ *Greger*, in: Gläßer, *Gerichtliche Mediation*, 357.

⁴ Von nicht streitiger Erledigung spricht man, wenn das Gericht über den Streitgegenstand keine Entscheidung getroffen hat.

⁵ Die ZPO enthält keine Legaldefinition des gerichtlichen Vergleichs. §§ 98, 278 VI ZPO und 794 I Nr. 1 ZPO setzen ihn voraus.

⁶ Diese weiteren Erledigungsarten sind nur gemeint, wenn sie auf der Basis hergestellten Einvernehmens erklärt wurden. Oft werden prozessuale Erklärungen mit Blick allein auf Prozessaussichten oder aus Kostengründen abgegeben.

⁷ 2015 wurden deutschlandweit 60,3 % der Zivilverfahren beim Amtsgericht (ohne Familiengericht) und 51,3 % der Zivilverfahren beim Landgericht durch nichtstreitige Erledigung beendet. Die Motivation ist aus der Statistik nicht abzulesen.

Statistisches Bundesamt, *Rechtspflege*,

https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/GerichtePersonal/Zivilgerichte2100210157004.pdf?__blob=publicationFile, S. 22 und 52, aufgerufen am 15.07.2017.

zeichnen.⁸ In der Ausbildung spielt Verhandlungsführung eine unbedeutende Rolle.⁹

Im Schatten dessen entwickelte sich ab den 1980er Jahren in Deutschland, ausgehend von den USA, die moderne Form der alternativen Konfliktbeilegung. Jenseits des Atlantiks entstand, beeinflusst von einer weltweiten „Access-to-Justice“-Bewegung, über die letzten 50 Jahre die sog. ADR.¹⁰ Damit steht ein Konfliktbehandlungsangebot zur Verfügung, das sich nicht auf ein einziges alternatives Verfahren beschränkt, wenn auch die Mediation das prominenteste darstellt. Durch die Abgrenzung zum Gerichtsverfahren erfuhr die Mediation in der Folge als Konfliktbearbeitungsverfahren ihre Kontur.

Während die Rechtspolitik, etwa mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 2008/52/EG, vor allem die Förderung der außergerichtlichen Mediation im Blick hatte,¹¹ tat sich ab dem Jahre 2000 eine weitere, aus der Praxis geborene Entwicklung auf. Modellprojekte der gerichtlichen Mediation wurden, ausgehend von Niedersachsen, in etlichen Bundesländern initiiert.¹² In der Folgezeit wurden mitunter polarisierende Diskussionen geführt, die sich thematisch von der geschäftsschädigenden Konkurrenz von Richtermediatoren für die Vertreter der freien Mediation bis hin zur Frage erstreckten, ob ein mediiender Richter eine Aufgabe der Rechtsprechung wahrnimmt.¹³ Richtern wurde nicht zugetraut, qualitativ ausreichend hochwertig zu mediiieren.¹⁴ Daneben wurde aber auch eine an die amerikanische Idee des „Multi-Door-Courthouses“¹⁵ angelehnte Diskussion geführt, ob nämlich weitere Verfahren der alternativen Konfliktbeilegung in

⁸ *Haft*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 100.

⁹ *Ortloff*, in: *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, 114.

¹⁰ Alternative Dispute Resolution, zu Deutsch: Alternative Konfliktbeilegungsverfahren Vgl. dazu *Breidenbach*, in: *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, 1 und *Greger*, ZKM 2014, 140 ff.

¹¹ *Röthemeyer*, Mediation, 54 ff.

¹² *Gottwald/Greger*, ZKM 2016, 85. *Bamberger*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 242 weist darauf hin, dass 2012 an 250 deutschen Zivilgerichten gerichtliche Mediatoren bzw. ab 2012 Güterichter tätig waren.

¹³ *Röthemeyer*, Mediation, 98, zur Historie: 4 ff., 54 f.

¹⁴ In diese Richtung schon *Stürner*, JR 1979, 136, bezogen auf psychologische Schulungen von Richtern.

¹⁵ Dazu *Nelle*, in: *Eidenmüller*, Alternative Streitbeilegung, 123; *Trossen* (Hrsg.), Mediation (un)gerecht, 732. Leitidee war danach schon 1976, das Verfahren der Art des Streits anzupassen.

das Gerichtsverfahren integriert werden sollten.¹⁶ Manche Frage wurde 2012 im Zusammenhang mit der Schaffung des Mediationsgesetzes und durch die gesetzliche Neuregelung der Mediation im Güterichterkonzept gemäß § 278 V ZPO beantwortet.¹⁷

1.1. Ausgangssituation: Die Praxis der interessenbasierten Gerichtsverhandlung

Im Zuge der Modellprojekte wurden inzwischen rund 10 % der in Deutschland tätigen Richter¹⁸ mediativ ausgebildet.¹⁹ Diese Richter verhandeln nicht mehr wie bisher, da neben ihren Kommunikationsfähigkeiten auch ihr Blick für Interessen und Bedürfnisse geschärft ist.²⁰ Die Mediationsausbildung prägt aufgrund ihres hohen Selbsterfahrungsanteils die Person und wirkt sich dadurch bewusst oder unbewusst auf die richterliche Verhandlungsführung aus. Bestätigt wird dies durch Beobachtungen von Anwälten, die Veränderungen wahrnehmen. Es finden sich hierzu auch Belege in der Literatur.²¹ Selbstverständlich gilt auch hier die berühmte Erkenntnis von Watzlawick: „Man kann sich nicht *nicht* verhalten.“²² Und mehr noch, das Bewusstsein dieser Richter hat sich geändert. Hierzu stellt Greger fest, dass „die Initiativen der Gerichtsinternen Mediation ... sich bleibenden Wert dadurch erworben (haben), dass sie das Bewusstsein von der Notwendigkeit und Möglichkeit einer grundlegenden Veränderung der justiziellen Streitkultur geweckt haben.“²³ Inzwischen haben Richterfortbildungen mit mediativen

¹⁶ Dazu *Gottwald/Greger*, ZKM 2016, 86; vgl. auch die Dissertation von *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, aus dem Jahr 1981.

¹⁷ Dazu ausführlich *Röthemeyer*, Mediation, 97 ff.

¹⁸ Am 31.12.2014 gab es in der Bundesrepublik Deutschland 20.300,96 Richterstellen (nach Arbeitskraftanteilen);

https://www.bundesjustizamt.de/DE/SharedDocs/Publikationen/Justizstatistik/Gesamtstatistik.pdf?__blob=publicationFile&v=6, aufgerufen am 15.07.2017

¹⁹ Die aktuellste Statistik weist für 2013 2097 ausgebildete Güterichter aus: <http://www.gueterichterforum.de/wp-content/uploads/2013/01/Bund-2013.pdf>, aufgerufen am 15.07.2017. Diese Zahl dürfte angesichts der von den Landesjustizverwaltungen weiterhin angebotenen Ausbildungen seither, auch unter Berücksichtigung der üblichen Fluktuation durch Dezernatswechsel, noch gestiegen sein. Ein Überblick zur Ausbildung findet sich bei *Koch/Vitens*, in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 97 ff.

²⁰ Vgl. *Böttger/Hupfeld*, ZKM 2004, 159.

²¹ *Böttger/Hupfeld*, ZKM 2004, 158 f.

²² *Watzlawick/Beavin/Jackson*, Menschliche Kommunikation, 58.

²³ *Greger*, in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 357.

Inhalten einen festen Platz in den Programmen der Richterakademien, nicht nur für Güterichter.²⁴ Trossen weist zurecht darauf hin, dass die Mediation im Gericht angekommen und diese Entwicklung nicht mehr rückgängig zu machen sei.²⁵

Es gibt sie also praktisch schon, die interessenbasierte Gerichtsverhandlung. Eine systematische Einordnung, insbesondere die Berücksichtigung in der Verfahrensordnung für den Zivilprozess, der ZPO, fehlt aber bislang.

Bevor die bisher in der Literatur beschriebenen Konzepte vorgestellt werden, ist zunächst zu erläutern, was „interessenbasiert“ bedeutet.

1.1.1. Interessen und Bedürfnisse

Interessenbasiert ist eine Güteverhandlung nach hiesigem Verständnis, im Gegensatz zum Verharren auf den Positionen, wenn die Interessen jedes Beteiligten in die Verhandlung einbezogen werden.

Das Verständnis für Interessen und Bedürfnisse ist, ähnlich der Diskussion um den Begriff der Mediation,²⁶ sehr unterschiedlich. Interessen werden als die „Bedürfnisse, Wünsche und Befürchtungen der Parteien in Bezug auf den Prozessgegenstand“ bezeichnet.²⁷ Eine etwas andere Annäherung erfolgt bei Abgrenzung zu den Positionen: „Also Positionen sind das, was man, im Gegensatz zu einem anderen, möchte oder behalten will, was man fordert oder einklagt – wie zum Beispiel einen juristischen Anspruch – während Interessen das sind, was „dahintersteht.“²⁸ Ähnlich ist die Definition, die sich an der Motivation orientiert, nach dem „Warum?“ fragt und Interessen als das definiert, worum es den Beteiligten

²⁴ Bspw. bietet die Deutsche Richterakademie im Februar 2017 eine mehrtägige Fortbildung zum Thema „Mediative Elemente im Bauprozess“ an: <http://www.deutsche-richterakademie.de/icc/drade/nav/a65/broker.jsp?uMen=a6514b8a-cef3-751c-383c-d036350fd4c2&uCon=fca57205-93f5-751c-383c-d036350fd4c2&press=true&pagesize=1&page=1&mode=detail>, aufgerufen 15.07.2017.

²⁵ So Trossen, ZRP 2012, 23.

²⁶ Röthemeyer, ZKM 2016, 152 spricht von dem Weihnachtseffekt, indem jeder irgendwie wisse, wie dieses Fest begangen werde und wie jedenfalls nicht. Sobald man aber Einblick in die Art bekäme, wie andere feiern, drohe Enttäuschung, weil das individuelle Vorverständnis die Auslegung präge. Nichts anderes sei hinsichtlich des Verständnisses von Mediation und § 1 MediationsG zu erwarten.

²⁷ Fleindl/Haumer, Der Prozessvergleich, 55.

²⁸ von Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 34; so auch schon Gottwald, in: Gottwald, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 76.

jenseits der Jurisprudenz geht mit der Schlussfolgerung, Interessen begründeten Positionen.²⁹

Was aber bedeutet das? Bei genauer Betrachtung stehen die Interessen im Zusammenhang mit dem Konzept der „emotionalen Grundbedürfnisse“. Gemeint ist damit, dass die Entstehung und Wirkweise starker Emotionen in Verhandlungen beschrieben und berücksichtigt werden können.³⁰

Deshalb wird für die weitere Untersuchung Bezug genommen auf die Definition von Gläßer/Kirchhoff,³¹ die sich an den Funktionen der Interessenermittlung orientiert und auf die Kriterien emotionaler Resonanz, Lösungsoffenheit, Greifbarkeit und positive Formulierung zurückgreift. Wenn schon für den Kontext der Mediation eine saubere Definition als Navigationshilfe zwischen Präzision und Emotion verlangt wird,³² muss das für den Richter, der Interessen in einer Verhandlung thematisiert, erst recht gelten. Interessen sind danach „die im Einzelfall relevanten Kriterien, die in einer Konfliktlösung berücksichtigt werden müssen, damit diese im Ergebnis für die Parteien umfassend befriedigend ist.“³³ Darunter lassen sich übrigens auch die Verfahrensinteressen³⁴ aller Beteiligten subsumieren.

Um die Begriffsbestimmung abzurunden, ist die Abgrenzung von den Bedürfnissen vorzunehmen. Bedürfnisse sind universell gültig und allgemeiner gehalten, spiegeln aber ebenso das für eine Person wirklich Wichtige wieder. Beispielsweise ist „Sicherheit“ ein Bedürfnis. Das Interesse im hier verstandenen Sinne ergibt sich bei der Antwort auf die Frage, welcher Aspekt von Sicherheit im konkreten Kontext relevant ist. Dies könnte bspw. die Sicherheit der wirtschaftlichen Existenz oder die Sicherheit im Sinne körperlicher Unversehrtheit sein.

²⁹ von Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 34.

³⁰ Vgl. Berger/Bernhardt/Bernhardt, ZKM 2011, 68; Fisher/Shapiro, Beyond Reason, 11: „Emotions affect your body [...] your thinking [...] your behaviour.“

³¹ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131 f.

³² Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

³³ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

³⁴ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

1.1.2. Vorschläge aus der Praxis

In der Literatur finden sich in unterschiedlichen Ausprägungen Vorschläge zur interessenbasierten Gerichtsverhandlung.

Schon ab den 1970ern fand eine rege Diskussion rund um den gerichtlichen Vergleich statt, initiiert durch die Rechtssoziologie, die ein differenziertes Verständnis von Konflikt und seinen Regelungsmechanismen in den Fokus der Rechtswissenschaften rückte.³⁵ So enthält beispielsweise das Sammelwerk aus der Reihe zur Rechtstatsachenforschung „Der Prozessvergleich“ aus dem Jahr 1983 eine Fülle von Abhandlungen zu den verschiedenen Perspektiven auf den Prozessvergleich, dessen Rechtsschutzqualität, die Befriedungswirkung und weiterführende Forschungsfragen.³⁶ Hervorzuheben ist der Aufsatz zum Güteverfahren.³⁷ Schuster sucht darin bereits nach besonders geeigneten Konfliktbearbeitungsverfahren, wehrt sich dabei aber gegen die „soziologische Brille“, Mängel in der Justiz ausgleichen zu wollen.

Aus dieser Zeit stammt etwa der Vorschlag, Strukturen zu bilden.³⁸ Ortloff schlägt schon 1997 auf der Grundlage der Erkenntnisse der Verhandlungslehre³⁹ ein Drei-Phasen-Modell vor, in dessen erster Phase der Richter nach Anhörung der Parteien den Streit „objektiviert“, indem er den unstreitigen Sachvortrag und die insoweit gesicherte Rechtslage darstellt und Ungeklärtes hervorhebt. Die weitere Diskussion schließt mit der vorläufigen Einschätzung des Richters. In der zweiten Phase lässt der Richter den Parteien die Wahl zwischen Streitentscheidung oder -beilegung, wobei er einen Vergleichsvorschlag unterbreitet. Je nach Entscheidung der Parteien klärt er entweder weiter auf, gibt nochmals Gelegenheit zur Äußerung und entscheidet oder führt die Vergleichsverhandlung weiter. Dazu nutzt er Techniken wie Pausen, Gespräche der Beteiligten untereinander oder Zwischenberatungen des Gerichts.⁴⁰

³⁵ Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

³⁶ Gottwald, Der Prozeßvergleich.

³⁷ Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

³⁸ Vgl. Haft, in: Gottwald, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 14; Gottwald/Treuer, Vergleichspraxis, 16 ff. und 35 ff.

³⁹ Gemeint ist das kooperative Verhandeln, als deren prominenteste Vertreter stellvertretend Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept genannt seien.

⁴⁰ Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 116 f.

Alle jüngeren Quellen stimmen darin überein, dass es um die Einbeziehung von Mediation geht. Meist beziehen sich die Ausführungen auf die gerichtsinterne Mediation bzw. Güterichtertätigkeit, von wo der Bogen zur Einbeziehung mediativer Elemente seitens des Streitrichters gezogen wird.⁴¹

Man findet auch explizite Ausführungen zu Grundlagen der Kommunikation und mediativen Interventionen in praxisbezogenen Anleitungen zur richterlichen Vergleichspraxis.⁴²

Weitere Quellen schlagen spezifische Modelle des interessenbasierten Verhandeln vor. Diese Autoren sind oder waren meist selbst Richter. So spricht sich Fritz⁴³ für einen speziellen Erörterungstermin mit mediativen Elementen aus, der möglichst auch getrennt von der eigentlichen mündlichen Verhandlung in einem anderen Setting stattfinden sollte.

Trossen war ebenfalls Richter und hat aus dem sog. „Altenkirchner Modell“ 2004 das Justizprojekt „Integrierte Mediation in Familiensachen“ im Bereich des Oberlandesgerichts Koblenz entwickelt. Das Projekt zielte darauf ab, durch Einsatz mediativer und kommunikativer Elemente in Gerichtsverfahren auf Konsens ausgerichtete Verhaltensweisen mit einem vertretbaren Aufwand zu realisieren.⁴⁴ Daraus wurde die Integrierte Mediation entwickelt.⁴⁵

Stephan Schmitt war Richter in Dresden und hat nicht nur seine Dissertation⁴⁶ zum Thema verfasst, sondern sich 2014 auch explizit mit der Güteverhandlung vor dem streitentscheidenden Richter beschäftigt.⁴⁷ Er votiert für eine Sondierungsverhandlung zur weiteren Verfahrenswahl, wobei er sich für die personelle Entkopplung zwischen Streit-/Güterichter und Gerichtsmediator ausspricht.

⁴¹ Vgl. *Götz von Olenhusen*, ZKM 2004, 107; *Greger*, ZKM 2003, 245; ders. in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 363; *Walther*, Spektrum der Mediation 2012, 63; *Breidenbach*, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 11; *Henkel*, NZA 2000, 932; *Kaminski*, Spektrum der Mediation 2010, 43.

⁴² *Fleindl/Haumer*, Der Prozessvergleich, insbesondere Kapitel 6 f.

⁴³ *Fritz*, LKRZ 2009, 281 und *Fritz/Fritz*, FPR 2011, 328.

⁴⁴ *Trossen* (Hrsg.), Mediation (un)geregelt, 713 f.

⁴⁵ *Trossen* (Hrsg.), Mediation (un)geregelt, 104 ff.; dazu auch *Leyendecker*, Spektrum der Mediation 2010, 34.

⁴⁶ *Schmitt*, Recht jenseits des Rechts, 363 ff.

⁴⁷ *Schmitt*, Stufen einer Güteverhandlung.

Spangenberg et al.⁴⁸ beschreiben sehr konkret an einem Beispiel die Dramaturgie einer Gerichtsverhandlung, die mit dem Handwerkszeug aus Mediation und NLP vorbereitet und durchgeführt wird. Dazu gehören die Hypothesenbildung, der Ansatz, Gesichtswahrung zu ermöglichen, die Verbindung aus Darlegung der Rechtslage und einem bewusst gesetzten Anker in Form einer Metapher wie auch die zukunftsorientierte Frage, wie es den Betroffenen mit dem geplanten Vergleich in Zukunft gehen werde. Gerichtsverfahren und Mediation werden als sehr verwandte Prozesse beschrieben, weshalb es nahe liege, vom Anderen zu lernen, wobei hierfür die Bezeichnung „modellieren“ gewählt wird.⁴⁹

1.2. Ziel der Masterarbeit

Vergleicht man diese Vorschläge mit den klassischen Zivilverhandlungen, die sich als Durchlauftermine auf die Antragstellung beschränkten, oder auch mit den durchschnittlich weniger als eine Stunde dauernden Verhandlungsterminen vor dem Zivilgericht,⁵⁰ so kann man jetzt schon feststellen, dass die Spannbreite richterlicher Verhandlungsstile heute erheblich größer ist als noch vor 15 Jahren. Bestehen die Voraussetzungen für ein faires Verfahren⁵¹ noch? Und mehr noch: Welche Auswirkungen haben die Änderungen der Praxis auf die deutsche Prozessrechtskultur?

Diese Frage ist auch im europäischen Kontext von Bedeutung. Stürner⁵² weist in jüngerer Zeit darauf hin, dass sich die Europäische Union nicht selten an den Vorstellungen der angloamerikanischen, von richterlicher Zurückhaltung geprägten, Rechtskultur orientiert.

Vor diesem Hintergrund ist es Ziel der Masterarbeit, zunächst die Sinnhaftigkeit der praktischen Entwicklung zur interessenbasierten Zivilprozessverhandlung beim streitentscheidenden Richter zu untersuchen, um alsdann einen Beitrag zur

⁴⁸ Janowitz/Spangenberg/Spangenberg u.a., ZKM 2011, 82 ff.

⁴⁹ Janowitz/Spangenberg/Spangenberg u.a., ZKM 2011, 84.

⁵⁰ Gemeint sind Verhandlungen ohne Beweisaufnahme. Die Verhandlungsdauer differiert deutlich je nach Verhandlungsstil und je nachdem, vor welchem Spruchkörper die Verhandlung stattfindet.

⁵¹ Art 6 I 1 EMRK.

⁵² Dazu Stürner, ZJP 2010, 148 in einer rechtsvergleichenden Abhandlung zur materiellen Prozessleitung.

Systematisierung eben dieser Veränderungen zu liefern, indem ein Modell entwickelt wird und die Bedingungen für dessen Implementierung untersucht werden.

In engem Zusammenhang damit findet sich ein weiteres Ziel dieser Arbeit: Es besteht Einigkeit darüber, dass die justizielle Konfliktbearbeitung eine Alternative zur ADR bleiben wird,⁵³ auch wenn die Eingangszahlen an den Zivilgerichten zurückgehen.⁵⁴ Mediation in Deutschland befindet sich aktuell in der Phase der Etablierung,⁵⁵ in der Erkenntnisse gebündelt und evaluiert werden. Zunehmend findet eine Qualitätsdiskussion statt und Mediation bildet sich immer mehr als Wissenschaft heraus.⁵⁶ Es drängt sich daher die Frage auf, ob und inwieweit das Zivilprozessverfahren von den Erkenntnissen der Mediationswissenschaft konkret profitieren kann. Die Aktualität dieses Themas zeigt sich in Diskussionsrunden wie der Veranstaltung am 12. Februar 2016 in Karlsruhe, an der die Präsidentin des BGH und mehrere Justizminister teilnahmen. In der Berichterstattung findet sich die Quintessenz, die Justiz müsse daran arbeiten, besser zu werden, und dabei auch Ideen der ADR in die Justiz integrieren.⁵⁷

Ein weiteres, übergeordnetes Ziel soll nicht unterschlagen werden: Der Rahmen einer Masterarbeit im Studiengang Mediation und Konfliktmanagement lässt experimentelles Denken zu, durch das die Diskussion um die Zukunft des modernen Zivilprozesses aus einem unerwarteten Blickwinkel⁵⁸ angekurbelt werden könnte. Überraschungen sind nicht ausgeschlossen, denn es geht ausdrücklich nicht um die Abgrenzung der Mediation von der justiziellen Rechtsanwendung, sondern umgekehrt um mögliche Bereicherung der Letzteren durch Anleihen aus

⁵³ Laut *Risse*, ZKM 2012, 74 ff. ist das Gerichtsverfahren die Benchmark, die Mutter aller Verfahren.

⁵⁴ <https://verfahrensrecht.uni-halle.de/2015/11/17/klagen-vor-den-zivilgerichten-gehen-zurueck-warum/>; aufgerufen am 29.01.2017.

⁵⁵ Nelle spricht unter Bezugnahme auf ein Interview von Frank Sander im März 2010 von einem sich über drei Jahrzehnte erstreckenden Entwicklungsprozess der Mediation, der in aufeinanderfolgenden Dekaden eine Experimentier- bzw. Pilotphase, gefolgt von einer Etablierungs- und alsdann fortschreitenden Institutionalisierungsphase durchläuft. *Nelle*, in: Eidenmüller, *Alternative Streitbeilegung*, 124.

⁵⁶ Vgl. dazu *Busch/Mayer* (Hrsg.), *Mediation erforschen* und *Kriegel-Schmidt* (Hrsg.), *Mediation als Wissenschaftszweig*.

⁵⁷ *unbekannter Autor*, ZKM 2016, 72.

⁵⁸ Das gilt auch für die Autorin, die hauptberuflich als Richterin und Güterichterin, nebenberuflich als Mediatorin und Supervisorin tätig ist.

der Mediation.⁵⁹ Den Einstieg bietet ein näherer Blick auf Einstellung der Rechtssuchenden zum Gerichtsverfahren.

1.3. Herleitung der Forschungsfrage

Es besteht in der zivilgerichtlichen Verhandlung häufig eine Diskrepanz zwischen Erwartung und Erleben der Parteien, die regelmäßig zur klassischen mündlichen Verhandlung persönlich geladen werden.⁶⁰ Anwälte berichten, ihr Mandant wolle „wirklich“ gehört werden.⁶¹ So steht es auch im Gesetz (§ 278 II 3 ZPO). Aus Sicht des Richters erfolgt die Ladung allerdings i.d.R. mit dem Ziel, in der Erörterung des Sach- und Streitstandes offene Fragen direkt klären zu können (§ 278 II und III ZPO). Weiter wird häufig erwartet,⁶² dass die anwesende Partei – und sei es nach kurzer Beratung während einer Verhandlungsunterbrechung – Verhandlungen zum gerichtlichen Vergleichsvorschlag gleich und mit rechtlicher Bindungswirkung zu Ende führt. Soweit sich eine Partei persönlich äußert, wird der Richter bei fehlender rechtlicher Relevanz alsbald die Partei unterbrechen und mit Verweis hierauf die Verhandlung fortführen. Das Ungesagte bleibt wahrscheinlich wichtig, während sich die Erörterung allein auf Entscheidungserhebliches aus juristischer Sicht bezieht. Es gibt also, wenn auch nicht zwingend, so doch aber regelmäßig, einen Unterschied zwischen dem, was für die Partei wirklich wichtig ist,⁶³ und dem, was Recht und Prozessrecht als wichtig einstufen.

Hier zeigt sich bereits sehr deutlich, dass die klassische Güteverhandlung an den Interessen und Bedürfnissen der Beteiligten regelmäßig vorbeigehen dürfte. Denn für sie gilt: Soweit das Gericht die Aufgabe hat, in der Verhandlung auf Einvernehmen der Parteien hinzuwirken,⁶⁴ hängt derzeit die Zufriedenheit aller Parteien im Gerichtsverfahren vor allem davon ab, inwieweit die unter den rechtlichen

⁵⁹ Zum Mediationsverständnis vgl. sogleich Teil 1.4.2.

⁶⁰ § 278 III ZPO.

⁶¹ Gross, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1035.

⁶² Es sei denn, es wird ein Widerrufsvergleich geschlossen, bei dem die Wirksamkeit des Vergleichs von der aufschiebenden Bedingung des fehlenden Widerrufs innerhalb einer Frist abhängt.

⁶³ So schon 1981 *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 14. Das von der Partei als wirklich wichtig eingestufte deutet auf die Interessen, vgl. dazu Teil 1.1.1.

⁶⁴ § 278 I ZPO.

Positionen liegenden Interessen durch das Gerichtsverfahren zufällig miterfüllt werden.⁶⁵

Die Mediationswissenschaft geht davon aus, dass die Zufriedenheit mit dem Streitbeilegungsverfahren ansteigt, je höher der eigene Anteil an der Lösungsfindung ist, und umgekehrt das Ignorieren der Interessen in der Mediation symptomatisch für eine unstrukturierte Konfliktaustragung ist, verbunden mit dem Risiko, vor allem Klärungs- und Wertschöpfungspotential zu verschenken.⁶⁶ Gilt das auch für den Zivilprozess, der durch die Ankündigung eines Klagantrages eingeleitet wird?⁶⁷ Ziel des Zivilverfahrens ist nicht die Lösung des Konflikts i.S. einer Streitbeilegung,⁶⁸ denn selbst ein Einvernehmen zur Beendigung des Rechtsstreits sagt noch nichts über das Schicksal des zugrundeliegenden Konflikts aus. Daher lautet die zu untersuchende Forschungsfrage:

Sollte der moderne Zivilprozess durch Implementierung der Praxis interessenbasierter Gerichtsverhandlung im Gesetz weiterentwickelt werden?

Dahinter steht die Hypothese, dass der Zivilprozess qualitativ profitieren würde, wenn die mittels mediativer Interventionen durchgeführte, interessenbasierte Verhandlung durch Normierung im Gesetz systematisiert würde, und dabei, normativ festgeschrieben, sichergestellt wäre, dass die Eigenverantwortung und Privatautonomie der Partei gewahrt werden.

1.4. Begriffsklärungen und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Bevor das weitere Vorgehen beschrieben wird, ist der Untersuchungsgegenstand abzugrenzen, um Begriffsverwirrungen zu vermeiden.

⁶⁵ *Wendenburg*, ZKM 2013, 19.

⁶⁶ *Gläßer/Kirchhoff*, ZKM 2005, 130.

⁶⁷ § 253 II Nr. 2 ZPO.

⁶⁸ Vgl. *Probst*, JR 2011, 509.

1.4.1. Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist nicht die 2012 vom Gesetzgeber normierte Tätigkeit des Güterichters gemäß § 278 V ZPO,⁶⁹ der ohne Entscheidungsbezug mit den Parteien unter Einsatz aller Methoden der Konfliktbeilegung, einschließlich der Mediation, eine Güteverhandlung sowie weitere Güteversuche unternehmen kann.

Vielmehr geht es um die Untersuchung der Güteverhandlung, die der mündlichen Verhandlung 1. Instanz zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits vorausgeht und in § 278 II ZPO normiert ist. Sie ist grundsätzlich in jedem beim Zivilgericht rechtshängigen Verfahren durchzuführen und wurde 2001 durch die ZPO-Reform⁷⁰ (wieder)⁷¹ eingeführt. Die Parteien können bestimmen, ob sie verhandeln.⁷²

Das Gesetz sieht in § 278 II und III ZPO vor, dass der Richter⁷³ in der Güteverhandlung den Sach- und Streitstand mit den Parteien unter freier Würdigung aller Umstände zu erörtern und, soweit erforderlich, Fragen zu stellen hat. Die erschienenen Parteien sollen hierzu persönlich gehört werden.

1.4.2. Mediationsbegriff und Einsatz mediativer Interventionen

Der vorliegenden Arbeit liegt ein Mediationsverständnis zugrunde, das der Definition von Bastine folgt: „Mediation lässt sich definieren als ein selbstbestimmter und kooperativer Ansatz, in dem zwei (oder mehrere) Konfliktpartner aktiv und in unmittelbarem Kontakt miteinander konkrete Lösungen für ihre gegensätzlichen Interessen und Bedürfnisse entwickeln. [...] Ziele des Verfahrens sind einmal eine konkrete, selbstbestimmte und nachhaltige Übereinkunft zu erreichen,

⁶⁹ Art 2 Nr. 5 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.07.2012 (BGBl. I S. 1579). Dazu ausführlich: *Greger/Weber*, MDR 2012, S003 ff. und *Moltmann-Willisch*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 1199.

⁷⁰ Gesetz zur Reform des Zivilprozesses vom 27.07.2001 (BGBl. I S. 1887).

⁷¹ Zur Historie ausführlich *Greger*, NJW 2014, 2554 f.

⁷² *Seybold*, Mediation und gerichtliches Verfahren, 126. Eine Gegenüberstellung der Güteverhandlungen findet sich bei *Carl*, ZKM 2012, 19 f.

⁷³ Im Folgenden wird mit „Richter“ der streitentscheidende Richter und mit „Güterichter“ der gemäß § 278 V ZPO tätige bezeichnet.

die auf den unterschiedlichen persönlichen Anliegen und konkreten Bedürfnissen der Konfliktpartner basiert und von ihnen einvernehmlich geschlossen wird. Zum anderen wird dieser Prozess begleitet und gefördert durch ein besseres wechselseitiges Verständnis der Positionen im Konflikt, und er soll drittens zu einem kooperativeren Verhalten der Konfliktpartner zueinander führen.⁷⁴

Es kann nicht die Frage sein – und diese Feststellung hat ihren Platz schon hier –, ob der Richter in der Güteverhandlung gemäß § 278 II ZPO eine derartige Mediation durchführt.⁷⁵ Dafür stehen die außergerichtliche Mediation oder die Mediation beim Güterichter (§ 278 V ZPO) zur Verfügung. Mehrere Aspekte sind jedoch hervorzuheben: Es geht um den kooperativen Ansatz, um die Orientierung der Lösung an den Interessen und um die gegenseitige Verständnisförderung. Wichtig ist außerdem die Lösungsoffenheit des Mediators, der sein Handeln daran orientiert, was die Parteien darin unterstützt, ihre selbstverantwortete Lösung zu finden. Wenn also im Folgenden die Diskussion eröffnet wird, geht es um Mediation als Haltung, als Kommunikationstool und als Maßstab für einen interessenbasierten Ausgang des Gerichtsverfahrens.

Dementsprechend ist weiter Grundlage die Definition mediativer Interventionen von Gläßer:⁷⁶ „Als ‚mediativ‘ wird ein solcher Eingriff⁷⁷ [...] dann bezeichnet, wenn er, innerhalb oder außerhalb des klassischen Mediationssettings, mit dem Ziel der Verwirklichung der zentralen Mediationsprinzipien – Unterstützung der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung der Konfliktparteien, Achtung der Freiwilligkeit der Mitwirkung am Verfahren und Förderung einer konsensualen, interessenbasierten Entscheidungsfindung – erfolgt.“

1.5. Methodik und Aufbau der Masterarbeit

Bernhard Pörksen,⁷⁸ fasst die Motive für die Entscheidung, eine literaturbasierte Masterarbeit zu verfassen, besonders treffend zusammen: „Theorie braucht man

⁷⁴ Bastine, in: Haynes/Winterfeldt/Henzel-Winterfeldt u.a., Mediation – vom Konflikt zur Lösung, 14; Vgl. auch Breidenbach/Gläßer, Kon:Sens – Zeitschrift für Mediation 1999, 207 ff.

⁷⁵ Zur Abgrenzung Rosner/Winheller, Mediation und Verhandlungsführung. 32 ff.

⁷⁶ Gläßer, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 359.

⁷⁷ Gemeint sind „Interventionen“.

⁷⁸ Bernhard Pörksen, Klappentext zum Band *Lakoff/Johnson*, Leben in Metaphern.

dann, wenn sie überflüssig geworden zu sein scheint – als Anlass zum Neu- und Andersdenken, als Horizonterweiterung und inspirierende Irritation, die dabei hilft, eigene Gewissheiten und letzte Wahrheiten, große und kleine Ideologien solange zu drehen und zu wenden, bis sie unscharfe Ränder bekommen – und man mehr sieht als zuvor.“

Aufgrund der Interdisziplinarität der Forschungsfrage werden neben rechtswissenschaftlichen auch kommunikations- und mediationswissenschaftliche sowie soziologische und psychologische Texte zitiert werden. Literatur zur Tätigkeit von Richtern als gerichtsinterne Mediatoren bzw. Güterichter i.S. des § 278 V ZPO⁷⁹ wird unter dem Blickwinkel der Übertragbarkeit auf die Tätigkeit des Richters herangezogen.

Eine empirische Untersuchung der wissenschaftlichen Fragestellung bot sich im Rahmen der Masterarbeit noch nicht an, da es weder eine systematische Verankerung der interessenbasierten Verhandlung im Gesetz noch konkrete Projekte hierzu in der Praxis gibt.⁸⁰

Dementsprechend wird in Teil 2. als Grundlage für die anschließende Diskussion zunächst der Bezugsrahmen für die justizielle Rechtsanwendung aufgezeigt. Dazu gehört der juristische Rahmen des heutigen Zivilprozesses. Gleichmaßen relevant ist der psychologische Bezugsrahmen, in dem soziale Systeme wie auch insbesondere die Rolle der Interessen im Recht näher beleuchtet und dem heutigen Rollenverständnis des streitentscheidenden Richters gegenüber gestellt werden.

Der folgende Teil 3. ist der Frage gewidmet, ob es Sinn macht, interessenbasiert zu verhandeln. Der Kontext eröffnet damit sehr unterschiedliche Diskursräume. Hierher gehört die Untersuchung der Spannungsverhältnisse zwischen den ZPO- und Mediationsprinzipien und der sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung. In einem ausführlichen Zwischenergebnis werden die Ergebnisse gesichert. Daraus ergibt sich der Vor-

⁷⁹ Je nachdem, ob die Literatur zur Zeit der Modellprojekte oder ab 2012 veröffentlicht wurde.

⁸⁰ *Trossen*, Effizienz der integrierten Mediation bewiesen!, <http://www.in-mediation.eu/evaluation-integrierte-mediation>, 09.11.2011, aufgerufen am 15.07.2017, bezieht sich auf familiengerichtliche Verfahren.

schlag für ein Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung, der in Teil 4. vorgestellt wird.

Im Teil 5. folgt die Untersuchung der Bedingungen für eine Implementierung des vorgestellten Modells. Hieraus werden konkrete Vorschläge für die Verankerung in Gesetz, Praxis und Juristenausbildung hergeleitet.

Abschließend wird im Fazit (Teil 6.) neben der Zusammenfassung der Ergebnisse ein Ausblick auf weitere Forschungsfragen gegeben.

2. Untersuchungskontext: Die zivilprozessuale Verhandlung, das Hinwirken auf Einvernehmen

Als Grundlage für die weitere Untersuchung bieten sich zwei Ausgangsperspektiven an: Die juristische und die psychologische/soziologische.

2.1. Juristischer Bezugsrahmen der justiziellen Rechtsanwendung

2.1.1. Juristische Sicht auf Streit und die Komplexitätsreduktion durch Verrechtlichung des Konflikts

Breidenbach⁸¹ beschreibt die juristische Sicht als die instrumentelle oder sachziel-bezogene Perspektive auf das Konfliktverhalten. Grundlage ist der abstrakt generelle Interessenausgleich auf der Basis allgemeiner Gerechtigkeitsvorstellungen durch die Anwendung von Gesetzen und Verordnungen.⁸²

Die justizielle Konfliktbearbeitung führt zu einer Verrechtlichung des Konflikts, durch die er objektiviert wird, damit der Richter als Dritter unter Berücksichtigung der Rechtsregeln den Konflikt entscheiden kann.⁸³ Hierfür steht die Subsumtionstechnik als Filter zur Verfügung. Der Richter hat zu entscheiden, ob die Rechtsfolge angeordnet werden kann, weil er von der Erfüllung des abstrakt normativen Tatbestandes ausreichend überzeugt ist.⁸⁴ Dabei ist der Zivilrichter gesetzlich an den Streitgegenstand gebunden (§ 308 ZPO). Diese von den Parteien aufgrund der Anträge getroffene Vorauswahl ist Ausfluss der Dispositionsmaxime. Bereits der Klägervertreter prüft in der Vorbereitung die von seinem Mandanten geschilderte Wirklichkeit auf juristische Relevanz. Lediglich subjektiv Relevantes wird aussortiert. Es bleibt ein Konfliktausschnitt übrig, der in der Literatur unter dem Stichwort der Komplexitätsreduktion behandelt wird.⁸⁵ Ge-

⁸¹ Vgl. Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, *Mediation für Juristen*, 4.

⁸² Vgl. hierzu ausführlich: Wunsch, *Das Spannungsverhältnis zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Mediation*, 14 ff.

⁸³ Gottwald, *Streitbeilegung ohne Urteil*, 11 ff.

⁸⁴ Haft, in: Haft/Schlieffen, *Handbuch Mediation*, 3. Aufl., 99.

⁸⁵ Gottwald, *Streitbeilegung ohne Urteil*, 12.

richtliche Verfahren ermöglichen als strukturiertes Verfahren den Umgang mit erhöhter Komplexität und die Institutionalisierung von Konflikten.⁸⁶ Die zwangsläufig einhergehende Verkürzung wird auch als Eindimensionalität bezeichnet.⁸⁷

2.1.2. Funktion des Rechts und der Rechtsprechung

Rechtsanwendung durch Rechtsprechung im Zivilprozess ist nicht auf Konfliktlösung ausgerichtet.⁸⁸ Vielmehr geht es um die institutionelle Streitbehandlung.⁸⁹ Der Justizgewährungsanspruch garantiert die Feststellung und Durchsetzung eines materiellen Anspruchs im justizförmigen Verfahren und ist notwendige Ergänzung des staatlichen Gewaltmonopols, das Selbstjustiz versagt.⁹⁰ Ziel ist die Schaffung von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit. Dies wird erreicht durch ein Verfahren, das mittels Vorhersehbarkeit und Rationalität eine Befriedigungs- und Integrationsleistung aufweist.⁹¹

Heute wird nicht mehr nur der „Kampf um Recht“⁹² geführt, denn der Prozess ist auf Gewährung rechtlichen Gehörs, den gleichen Zugang aller zu Gericht sowie Offenheit und Transparenz ausgerichtet und damit in das Geltungsgefüge des sozialen Rechtsstaats eingebettet.⁹³ Außerdem hat die Rechtsprechung die Aufgabe, die Gesetze anzuwenden, durch Auslegung auszufüllen und dadurch das Recht weiterzuentwickeln. Hieraus entsteht das sog. Richterrecht, das wiederum die Vorhersehbarkeit der Rechtsanwendung erhöht und damit die Entstehung von Rechtsstreitigkeiten vermeidet. Dann und auch, wenn Recht für seine Durchsetzung keiner Gewalt bedarf, kommt der produktive Machtanspruch des Rechts zur Geltung.⁹⁴ Schmitt weist unter Bezugnahme auf Hannah Arendt darauf hin, dass die Macht des Rechts nicht nur in ihrer negativen, ausschließenden und repressiven Bedeutung besteht, sondern ihr auch eine produktive, letztlich dienende

⁸⁶ Vgl. *Luhmann*, Legitimation durch Verfahren, 100 ff.

⁸⁷ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 65.

⁸⁸ S.o. Teil 1.3.

⁸⁹ Vgl. *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 13.

⁹⁰ *Seybold*, Mediation und gerichtliches Verfahren, 75; *Breidenbach*, in: *Breidenbach/Henssler*, Mediation für Juristen, 4.

⁹¹ *Probst*, JR 2011, 509.

⁹² *Jhering*, Der Kampf ums Recht, zitiert nach: *Probst*, JR 2011, 507.

⁹³ *Probst*, JR 2011, 509.

⁹⁴ *Schmitt*, Stufen einer Güteverhandlung, 36.

Wirkung dahingehend zukommt, rechtlich gesicherte Freiheiten zu ermöglichen, zu wahren und zu organisieren. Höchste Macht des Rechts bestehe dann, wenn es für seine Durchsetzung keiner Gewalt mehr bedürfe.⁹⁵

2.1.3. ZPO-Maximen

Die tragenden Prinzipien der ZPO sind der Öffentlichkeitsgrundsatz (§169 GVG), der Anspruch auf rechtliches Gehör, der Verhandlungsgrundsatz, der Unmittelbarkeitsgrundsatz, die Konzentrationsmaxime, der Grundsatz des gesetzlichen Richters, die Dispositionsmaxime, das Mündlichkeitsprinzip und Beschränkung auf den Streitgegenstand (§308 ZPO).⁹⁶

2.1.4. Richterliche Pflichten

Der Richter ist gemäß Art 20 III und 97 GG an Recht und Gesetz gebunden. Sein beruflicher Alltag ist von den Gesetzen geprägt. Er hat unparteilich die verschiedenen Aufgaben der Rechtsprechung wahrzunehmen.⁹⁷ Dazu gehört auch die Prozessförderungspflicht, die in zahlreichen Vorschriften näher ausgestaltet ist.

Henkel beschreibt ausführlich die Anforderungen an rechtsstaatliches Verhandeln, dessen konkrete Ausgestaltung in weiten Teilen den Zweckmäßigkeitserwägungen des Richters überlassen bleibt.⁹⁸ Für die Rechtsfindung wird rechtliches Fachwissen, nicht Verhandlungskompetenz als relevant erachtet.⁹⁹

2.1.5. Vergleich: Vom Diskussionsobjekt zum Leitbild

Ab den 1970er Jahren ist ein Trend zur Zunahme richterlicher Vergleichstätigkeit zu beobachten.¹⁰⁰ Ein juristischer Streit um den „gütlichen Ausgleich als Konfliktlösung höherer Ordnung“ entbrannte.¹⁰¹ Die Befürworter setzten sich aufgrund der Befriedungsfunktion zwischen den Parteien dafür ein. Dagegen wurde

⁹⁵ Vgl. *Schmitt*, Stufen einer Güteverhandlung, 36.

⁹⁶ Zöllner-Vollkommer, Einleitung RN 100 spricht von den Verfahrensgrundrechten.

⁹⁷ *Bamberger*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 226 f.

⁹⁸ *Henkel*, ZJP 1997, 91.

⁹⁹ *Probst*, JR 2011, 507.

¹⁰⁰ *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 4 ff.

¹⁰¹ Dazu ausführlich *Stürner*, JR 1979, 133.

argumentiert, die vielbeschworene Entlastung der Justiz sei dogmatisch abzulehnen, weil dies den Prozesszwecken entgegenlaufe. Deshalb sei allein eine an der Rechtslage orientierte, informative Vergleichshilfe erwünscht, allenfalls eine verhalten aktive Rolle des Richters.¹⁰²

In der Praxis nehmen die Vergleichszahlen seit Jahren zu. Teilweise wird dem Vergleich jedoch eine signifikante Befriedungswirkung abgesprochen, weil die Parteien auch diesen als Sieg oder Niederlage erleben.¹⁰³ Egli¹⁰⁴ gelangt zu dem Ergebnis, dass die Befolgungsbereitschaft beim Vergleich nicht signifikant höher sei als beim richterlichen Urteil und stattdessen vor allem unter dem Blickwinkel einer ökonomischen Form der Konfliktregelung zu sehen sei.

Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat sich inzwischen eindeutig positioniert. Die gütliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten wurde vom BGH als eine der bedeutungsvollsten Aufgaben des Richters qualifiziert und dem Kernbereich richterlicher Tätigkeit zugeordnet.¹⁰⁵ Das BVerfG entschied 2007: „Eine zunächst streitige Problemlage durch einvernehmliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber der richterlichen Streitentscheidung.“¹⁰⁶

2.1.6. Hinwirken auf Einvernehmen

Der gesetzliche Auftrag in § 278 I ZPO, auf Einvernehmen hinzuwirken, gilt für jeden Prozessabschnitt¹⁰⁷, also auch in jeder mündlichen Verhandlung. Daher wird die Güteverhandlung gemäß § 278 II ZPO in Frage gestellt, weil sie durch die zeitliche Nähe zur mündlichen Verhandlung zu einem leeren Ritual werde.¹⁰⁸ In der Tat enthalten viele zivilgerichtliche Protokolle in der Praxis nicht einmal mehr einen Hinweis zur Güteverhandlung. Die Grenzen zwischen nichtstreitiger

¹⁰² Röhrl, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 12.

¹⁰³ Röhrl, Der Vergleich im Zivilprozeß, 235.

¹⁰⁴ Egli, Vergleichsdruck im Zivilprozeß., 37 f.

¹⁰⁵ BGHZ 47, 275, 287.

¹⁰⁶ BVerfG NJW-RR 2007, 1073.

¹⁰⁷ Fritz/Krabbe, NVwZ 2013, 29.

¹⁰⁸ Prütting, ZKM 2006, 102.

und streitiger¹⁰⁹ Verhandlung, deren Verhältnis zueinander i.S. der Verhandlungspsychologie ohnehin ungeklärt ist,¹¹⁰ verschwimmen.

Die richterliche Entscheidung ist in der gegebenen Gesetzssystematik weniger erstrebenswert, vor allem aber auch den Verfahrensinteressen vieler Richter gegenläufig. Diese zielen oft auf eine schnelle und knappe Erledigung der Akten hin, getrieben von Arbeitsverdichtung und Orientierung an monatlichen Zählkartenstatistiken.

2.2. Psychologischer und soziologischer Bezugsrahmen der justiziellen Rechtsanwendung

Gegenstand eines Zivilverfahrens, wie übrigens auch der Mediation, sind soziale Konflikte. Darunter versteht man Konflikte zwischen Personen, Gruppierungen oder Organisationen mit verschiedenen Handlungsabsichten.¹¹¹ In diesem Zusammenhang sind psychologische, also intrapsychische, Aspekte ebenso relevant wie soziologische, also interpsychische.¹¹²

2.2.1. (Un-) Zufriedenheit der Rechtssuchenden

Zunächst ist festzustellen, dass sich in der Bundesrepublik Deutschland das Vertrauen der Bevölkerung in das deutsche Rechtssystem und die Justiz seit Jahren auf beachtlichem Niveau bewegt.¹¹³

Dennoch gründen Befürworter von ADR-Verfahren ihre Argumentation auf der Unzufriedenheit mit der herkömmlichen Konfliktbehandlung im Justizsystem.¹¹⁴ Aus dem Roland Berger Rechtsreport 2016 geht hervor, dass annähernd jeder dritte Bundesbürger in den letzten 10 Jahren in ein Gerichtsverfahren involviert war (29 %). 2015 hatten 65 % der Bundesbürger viel/ziemlich viel Vertrauen in

¹⁰⁹ Die streitige Verhandlung erfolgt durch Stellung der Anträge, § 137 I ZPO.

¹¹⁰ *Ortloff*, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 113.

¹¹¹ *Kreuser*, in: Kreuser, Mediationskompetenz, 21.

¹¹² *Kreuser*, in: Kreuser, Mediationskompetenz, 21.

¹¹³ *Institut für Demoskopie Allensbach*, ROLAND Rechtsreport 2016, https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2016_Final.pdf (besucht am 15.07.2017), S. 12.

¹¹⁴ *Breidenbach*, Mediation, 114; *Breidenbach/Gläßer*, Kon:Sens – Zeitschrift für Mediation 1999, 207 ff.

Gerichte, 69 % in die Gesetze.¹¹⁵ Dies bestätigt die Argumentation der ADR-Anhänger. Denn die genannten Zahlen legen den Schluss nahe, dass die Zufriedenheit in die Gesetze im direkten Erleben ihrer Anwendung durch die Gerichte jedenfalls sinkt. Im Übrigen kritisierten die Befragten die Dauer der Gerichtsverfahren, nehmen die Rechtsprechung als uneinheitlich wahr und empfinden die Gesetze als zu kompliziert.¹¹⁶

2.2.2. ZPO-Verhandlung als soziales System

In der Gerichtsverhandlung zeigen sich viele Aspekte von Konflikt. Konflikt wird hier verstanden als ein Kommunikations- oder Denk- und Fühlprozess fortgesetzter Negation der Negation.¹¹⁷ Zunächst geht es um die konflikthafte Situation, die die Parteien vor Gericht bringt: Der Kläger sah keine andere Möglichkeit, zu seinem Ziel zu gelangen, der Beklagte wird mit der Klage überzogen. Weiter ist das kontradiktorische Verhandeln der juristische Ausdruck der obigen Konfliktdefinition, denn „bestreiten“ ist nichts anderes als eine Negation. Die Unterdrückung von Emotionalität durch Verrechtlichung¹¹⁸ bedeutet ebenfalls Negation, da sie zur bereits erwähnten Diskrepanz zwischen subjektiv Relevantem und vom Recht für relevant Erklärten führt. Ohnehin sperrt die ZPO die psychologische Evidenz von Gefühl und Emotion aus. Der Satz: „You cannot stop having emotions any more than you can stop having thoughts“,¹¹⁹ gilt selbstverständlich auch vor Gericht, findet aber im Prozessrecht keine Beachtung.¹²⁰

Die Verhandlung ist – wie jede zwischenmenschliche Interaktion – darüber hinaus ein soziales System. Watzlawick et al.¹²¹ gelangen zu der Erkenntnis, dass

¹¹⁵ *Institut für Demoskopie Allensbach*, ROLAND Rechtsreport 2016, https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2016_Final.pdf, S. 12, aufgerufen am 15.07.2017.

¹¹⁶ *Institut für Demoskopie Allensbach*, ROLAND Rechtsreport 2016, https://www.roland-rechtsschutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2016_Final.pdf, S. 18, aufgerufen am 15.07.2017.

¹¹⁷ *Simon*, Einführung in die Systemtheorie des Konflikts, 11 ff. unter Bezugnahme auf Niklas Luhmann.

¹¹⁸ *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 14 ff.

¹¹⁹ *Fisher/Shapiro*, *Beyond Reason*, 8.

¹²⁰ Die Befindlichkeit der Partei spielt in der ZPO keine Rolle. Anders im FamFG: §§ 34, 157 II 2 FamFG sehen die Möglichkeit vor, die Anhörung im Familienverfahren wegen besonderer Belastung in Abwesenheit des anderen Beteiligten zu führen bzw. besteht gemäß § 12 Satz 3 FamFG das Recht, eine vertraute Person als Beistand in die Sitzung mitzubringen.

¹²¹ *Watzlawick/Beavin/Jackson*, *Menschliche Kommunikation*, 36.

menschliche Systeme Rückkopplungskreise bilden, die sich auch im Verhalten gegenseitig bedingen. Die Gerichtsverhandlung gleicht in mancher Hinsicht einer Arena, in der die Akteure teils sichtbar bzw. bewusst, teils unterschwellig oder unbewusst, um Kontrolle kämpfen. Die Kontrolltheorie¹²² identifiziert in diesem Bedürfnis nach Kontrolle die Sehnsucht nach Erklärbarkeit, Vorhersehbarkeit und Beeinflussbarkeit, und das proportional zur Stressempfindung.

Was im vorangegangenen Abschnitt schon als Verrechtlichung des Konflikts behandelt wurde, beinhaltet eine wichtige psychologische Komponente: Konflikte sind, von ihrer Wahrnehmung als soziale Beziehungsstörung, der Amplifikation zum sozialen Konflikt, der Verrechtlichung durch justizielle Bearbeitung hin zur richterlichen Entscheidung und nicht selten darüber hinaus ein prozesshaftes Geschehen.¹²³ Es verändert sich ständig. Konsequenterweise sieht Breidenbach daher den Gang zu Gericht auch nicht als das Ende der Verhandlungsphase an.¹²⁴ Im Gegenteil zeigt sich in der Praxis, dass durch die Klageerhebung ein Dialog, der vollkommen zum Erliegen gekommen war, wieder aufgenommen wird, wenn auch nicht freiwillig.¹²⁵

2.2.3. Macht und Machtungleichgewichte

„Wo Menschen sind, spielt Macht als eine normale Dimension mit.“¹²⁶ Macht durchdringt alle Sphären des gesellschaftlichen Seins, Machtkonflikte werden permanent erfahren, Machtkonstellationen gebildet und hinterfragt.¹²⁷

Ausgangspunkt der Diskurse zum Faktor Macht ist die Soziologie. Keydel stellt anschaulich unter Bezugnahme auf Popitz dar, dass Macht etwas Gestaltbares und Veränderbares ist.¹²⁸ Denn, so die drei Thesen von Popitz, Macht sei machbar, omnipräsent und freiheitsbegrenzend.¹²⁹ Der Richter übt strukturelle Macht aus, da er durch die Übertragung des Richteramtes befugt ist, staatliche Macht in

¹²² Fischer/Fleckenstein/Fischer, ZKM 2014, 145.

¹²³ Vgl. Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1 ff.

¹²⁴ Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 4.

¹²⁵ Vor Gericht ist der Abschlussatz: „Das hätten wir auch direkt besprechen können!“ nicht selten zu hören.

¹²⁶ Duss-von Werdt, Einführung in Mediation, 106.

¹²⁷ Keydel, Spektrum der Mediation 2016, 13.

¹²⁸ Keydel, Spektrum der Mediation 2016, 13.

¹²⁹ Keydel, Spektrum der Mediation 2016, 13.

Form des Erlasses rechtlich bindender Entscheidungen auszuüben. Regeln ermöglichen außerdem unpersönlichen Machtgebrauch.¹³⁰ Daraus ergibt sich ein Potential, das mit der Institution verknüpft ist.¹³¹

Im justiziellen Bezugsrahmen spielt darüber hinaus die relative Macht, d.h. der Machtabstand zwischen Machtunterworfenen zur richterlichen Autorität, eine Rolle.¹³² Glasl führt hierzu unter Bezugnahme auf Geiger aus: „Wo der Widerstand des einen sich meldet, hört die Macht des anderen auf, und durch die bloße Voraussicht des Widerstandes wird der Machtgebrauch des Mächtigen gesteuert.“¹³³ Das Rechtsstaatsprinzip, die Gewährung rechtlichen Gehörs (Art 103 I GG), der Gesetzesvorbehalt (Art 20 III GG) und die Ausgestaltung des Verfahrens durch die ZPO sind darauf angelegt, die Ausübung staatlicher Macht zu regeln und zu begrenzen. Die Prozessordnung ist dabei auch auf den Ausgleich von Machtungleichgewichten ausgelegt, wie sich bspw. an den Regelungen zum Anwaltszwang (§78 I ZPO) oder der richterlichen Hinweispflicht (§ 139 ZPO) zeigt.

2.2.4. Juristisches Denken kennt keine Relevanz von Bedürfnissen und Interessen

Grundlage aller juristischen Berufe ist das juristische Denken, das auf Positionsdanken beruht.¹³⁴ Die Wahrnehmung des Rechtsbestandes wie des Richters erfolgt herkömmlich rückwärtsgewandt und „durch die Brille des juristischen Prüfungsschemas“, das als WahrnehmungsfILTER für Justitiabilität des geschilderten Sachverhalts wirkt.¹³⁵

Interessen und Bedürfnisse i.S. der Mediationswissenschaft¹³⁶ sind für die juristische Arbeit nicht relevant.¹³⁷ Alle Definitionen stimmen darin überein, dass sich

¹³⁰ Glasl, Perspektive Mediation 2008, 178.

¹³¹ Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 103.

¹³² Ausführlich Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, 103 f.

¹³³ Glasl, Perspektive Mediation 2008, 177.

¹³⁴ Haft, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 99.

¹³⁵ Gelleszun-Koschke, Rechtspraktische Kommunikation, 105.

¹³⁶ Vgl. oben Teil 1.1.1.

¹³⁷ Fritz/Fritz, FPR 2011, 328.

im Klagantrag eine Position findet, nicht dagegen das Interesse der Partei erkennbar wird.¹³⁸

Dennoch wird der Begriff „Interesse“ in der juristischen Literatur in mehrerlei Hinsicht verwendet. Für den Richter ist die sog. „Interessenjurisprudenz“ relevant. Im Unterschied zu den mediativen Interessen geht es dabei um die „abwägende Beurteilung eines komplexen Sachverhalts und einer Bewertung der dabei in Betracht kommenden Interessen nach den der Rechtsordnung eigenen Bewertungsmaßstäben.“¹³⁹

2.2.5. Gesetzmäßigkeit der Relevanz von Interessen und Bedürfnissen

Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass jede menschliche Interaktion von Interessen und Bedürfnissen begleitet ist, die Erwartungen der Parteien in der Zivilprozessverhandlung aber regelmäßig enttäuscht werden.¹⁴⁰

Wichtig in diesem Zusammenhang ist, dass im Übrigen die Menschen im Konflikt sich regelmäßig nicht darüber im Klaren sind, welche Interessen und Bedürfnisse betroffen sind. Zur Veranschaulichung mag die „Gipfelkommunikation“ im Eisberg-Modell dienen: Nur scheinbar spielt sich der Konflikt auf der sichtbaren Ebene der Sachlogik ab. Tatsächlich wirken unter der Oberfläche unerfüllte Interessen und Bedürfnisse, die unterdrückt oder, als Vorwürfe geäußert, emotional sichtbar werden.¹⁴¹

2.2.6. Vorverständnis und Rollenbilder

Fritz/Fritz zitieren den Merksatz „Wer, will was, von wem?“ für Erstsemester als Ausdruck hergebrachter beruflicher Sozialisation und weisen auf die Dominanz normenzentrierter Überlegungen bei Richtern hin.¹⁴² Tatsächlich wird jeder Jurist durch seine langjährige Ausbildung in spezieller Weise beeinflusst. Dazu gehört neben dem bereits erläuterten juristischen Denken auch die Prägung durch die

¹³⁸ *Fleindl/Haumer*, Der Prozessvergleich, 55.

¹³⁹ Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5. Aufl., 1983, 58, zitiert nach: *Haft*, in: *Haft/Schlieffen*, *Handbuch Mediation*, 3. Aufl., 107.

¹⁴⁰ Teil 1.1.1. und 1.3.

¹⁴¹ Vgl. zur Herleitung des Modells ausführlich *Klappenbach*, *Mediative Kommunikation*, 105 ff.

¹⁴² *Fritz/Fritz*, FPR 2011, 328 f.

Orientierung an der ober- und höchstrichterlichen Rechtsprechung und an überlieferten Verfahrensweisen der Kollegen.

Andererseits fördert der Beruf des Richters in ausgeprägtem Maße die Individualität. Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Richters wird sehr ernst genommen. Der Richter ist ausschließlich dem Gesetz und seinem Gewissen verpflichtet¹⁴³ und hat zu allen Beteiligten notwendigerweise professionelle Distanz zu wahren. Hinzukommt die individuelle Sozialisierung und die eigene Wahrnehmung von der Realität. Bei aller Struktur durch Anwendung gesetzlicher Normen bleibt die richterliche Verhandlung das Produkt persönlicher Einstellungen und Wertungen. Auch sind Vorurteile, unreflektierte Normvorstellungen und persönliche Erfahrungen für die richterliche Meinungsbildung relevant.¹⁴⁴

2.3. Zwischenergebnis

Die interessenbasierte Gerichtsverhandlung findet in einem justiziellen Bezugsrahmen statt und behandelt Rechtskonflikte, die durch die Verknüpfung einer konflikthafter Interaktion mit dem Recht in einem gerichtlichen Verfahren entstehen. Subjektives Gerechtigkeitsempfinden wird beeinflusst durch das normierte Recht einerseits und normative Erwartungen und das individuelle Erleben andererseits.¹⁴⁵

Dies geschieht, ohne dass eine Normierung im Gesetz vorhanden wäre. Bislang ist es dem Richter nicht verwehrt, mediativ zu verhandeln. Die konzeptionelle Unterschiedlichkeit der Diskursräume bedingt aber eine systematische Einordnung und Absicherung im Zivilprozessrecht,¹⁴⁶ nicht zuletzt, um den Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit und Rechtssicherheit zu wahren.

In übergeordnetem Sinne geht es um das Verhältnis der richterlichen Rechtsanwendung zu Haltung, Methodik und Techniken der Mediation.

¹⁴³ Art. 97 Abs. 1 GG, § 1 VVG. Gemäß § 26 DRiG besteht insoweit auch keine Dienstaufsicht.

¹⁴⁴ *Gelleszun-Koschke*, Rechtspraktische Kommunikation, 112.

¹⁴⁵ *Kals/Ittner*, in: Dethloff/Hess/Ittner u.a., Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation, 51.

¹⁴⁶ Dahingehend auch *Schmitt*, Recht jenseits des Rechts, 364 f.

3. Für und Wider mediativer Interventionen in der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO: Ist die Zeit reif für die Weiterentwicklung des Zivilprozesses durch Implementierung der Praxis interessenbasierter Gerichtsverhandlung?

Wenn nun mediative Interventionen untrennbar mit den Mediationsprinzipien¹⁴⁷ verbunden sind,¹⁴⁸ ist nunmehr genau zu untersuchen, welches Bild sich ergibt, wenn die Rechtsprinzipien richterlicher Tätigkeit und mediativer Gestaltung des Verfahrens wie zwei Negative übereinander gelegt werden. Welche Spannungsverhältnisse entstehen? Welche Mediationsgrundsätze können bzw. sollen in Einklang mit den Rechtsprinzipien auf die Gerichtsverhandlung übertragen werden? Aus der Antwort ergeben sich Notwendigkeit und Maßstab für die Neugestaltung des künftigen Zivilprozesses.

3.1. Spannungsverhältnisse zwischen den Rechtsprinzipien richterlicher Tätigkeit und mediativer Gestaltung des Verfahrens

3.1.1. Rechtsgewährungsanspruch vs. Interessen- und Bedürfnisorientierung

Der Justizgewährungsanspruch gehört zu den Rechtsstaatsprinzipien, durch die gewährleistet werden soll, dass subjektive Rechte zur Geltung kommen. Der Verfassungsauftrag des Richters verbietet jeden Einsatz richterlicher Autorität, der zu Verweigerung des Rechtsspruchs führt¹⁴⁹ und zeigt damit die Grenzen des Hinwirkens auf Einvernehmen auf. Es steht der Partei frei, keine Vergleichsverhandlung führen zu wollen.

Die erste auffällige Diskrepanz zeigt sich in der binären Entscheidungsstruktur des Rechts¹⁵⁰ einerseits und der Relevanz der Interessen andererseits. Greger weist darauf hin, dass die Verrechtlichung des Konflikts einer raschen und unkomplizierten Konfliktlösung abträglich sei, weil sich Anwälte und Gericht in

¹⁴⁷ Vgl. oben Teil 1.4.2.

¹⁴⁸ Vgl. *Gläßer*, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 359.

¹⁴⁹ *Stürner*, JR 1979, 135.

¹⁵⁰ Gemeint sind Entweder-Oder-Entscheidungen; vgl. *Risse*, in: Eidenmüller, Alternative Streitbeilegung, 142.

Rechtsfragen verbeißen und dadurch die wirklichen Interessen der Parteien in den Hintergrund treten.¹⁵¹ Und das, obwohl die Interessen immer eine Rolle spielen.

Selbst wenn eine Partei nicht verhandeln will, hat sie ein (Verfahrens-)Interesse. Dieses könnte z.B. darin liegen, dass sie die körperliche Anwesenheit der anderen Partei nicht verkraftet und deshalb ein ausgeprägtes Interesse nach Schutz und Entlastung durch Distanz hat. Oder die Partei möchte wirtschaftliche Schwierigkeiten nicht offenbaren und hat daher ein Interesse an Geheimhaltung ihrer wirtschaftlichen Situation. Dieses verdeckte Interesse wird auch in der Verhandlung kaum zur Sprache kommen. Es steuert aber das Verhalten der Partei und ihres Prozessbevollmächtigten, der hieran seine Prozesstaktik ausrichten wird.

Es besteht zudem ein Spannungsverhältnis zwischen dem dynamischen Konfliktgeschehen¹⁵² und der Konzeption der gerichtlichen Entscheidung, die auf der Feststellung eines Sachverhalts als Grundlage des Rechtsfolgenausspruchs beruht.

Die Verhandlung über Positionen, und dazu gehört auch die mit dem Prozessantrag verbundene rechtliche Begehr, berücksichtigt im Übrigen allein den kompetitiven Teil in Verhandlungen, der auf Werteverteilung ausgelegt ist.¹⁵³ Breidenbach¹⁵⁴ zeigt die weitere Funktion von Verhandlungen auf, nämlich den kooperativen und wertschöpfenden Aspekt von Verhandlungen über Interessen. Erst in der Kombination beider Funktionen ließen sich optimierte Lösungen für beide Parteien finden. Die justizielle Rechtsanwendung verhält sich hierzu nicht.

Der Rechtsgewährungsanspruch ist eng verknüpft mit dem Grundsatz der Privatautonomie und der Dispositionsmaxime. Den Verhandlungen von Parteien eines Zivilprozesses sind Grenzen allein durch die Gesetzmäßigkeit ihrer Lösung gesetzt.¹⁵⁵ Diese Grenze gilt in der Mediation so aber nicht. Grundsätzlich werden die Parteien allerdings nur in reinen Beziehungskonflikten Lösungen ohne jede

¹⁵¹ Greger, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 92.

¹⁵² Vgl. Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 3.

¹⁵³ Vgl. Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 5.

¹⁵⁴ Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 5.

¹⁵⁵ Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 118.

Berücksichtigung des Rechts entwickeln können.¹⁵⁶ Ansonsten spielt das Recht in der Mediation eine wichtige Rolle, zumal § 2 VI MediationsG dem Mediator die Pflicht auferlegt, die Partei auf die externe Beratung hinzuweisen und gemäß § 2 III MediationsG sicherzustellen, dass sie in fairer Weise in die Mediation eingebunden sind.

3.1.2. Entmonopolisierung des Gerichtsverfahrens? Privatautonomie vs. Anspruch der Gesellschaft auf Rechtsentwicklung durch Rechtsprechung

Dieses Dilemma besteht zunächst unabhängig von der Einführung mediativer Interventionen in die Güteverhandlung. Eine rege Diskussion rund um die nichtstreitige Erledigung im Zusammenhang mit dem Prozessvergleich wurde schon lange vor der ersten mediativ geführten Gerichtsverhandlung geführt.¹⁵⁷

Die interessenbasierte Gerichtsverhandlung wird aber sicher das Dilemma verstärken. Denn die Wahrscheinlichkeit, dass Parteien sich für eine nichtstreitige Beendigung des Verfahrens entscheiden, ist höher, wenn dies auf der Grundlage der Informiertheit und Klarheit auch über die eigenen Interessen und die der „Gegenseite“ geschieht. Damit wird mehr Privatautonomie in den Gerichtssaal geholt. Da der Streitgegenstand weiterhin die gerichtliche Entscheidungsgewalt begrenzt, wird die Interessenbasiertheit dazu führen, dass zur Befriedigung der Interessen und Bedürfnisse andere Erledigungsformen bevorzugt werden.

Die Funktion der Rechtsprechung als Maßstab für rechtliche Beratung und gerichtliche Entscheidung wird darunter leiden, wenn weniger gerichtliche Entscheidungen ergehen. So wie in der Propagierung der Mediation als neue Streitkultur eine Gefahr für die Rechtskultur gesehen wird,¹⁵⁸ kann dieses Argument auch gegen die interessenbasierte Gerichtsverhandlung ins Feld geführt werden, vorausgesetzt ein weiterer Rückgang könnte hierauf zurückgeführt werden.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Ausführlich dazu *Röthemeyer*, Mediation, 147 ff.

¹⁵⁷ S.o. Teil 2.1.4.

¹⁵⁸ *Seybold*, Mediation und gerichtliches Verfahren, 95.

¹⁵⁹ S.o. Teil 1.2., FN 54. Eine Begründung für den Rückgang hat die Justiz hierfür bislang nicht. Vgl. dazu *Hönliger*, Debattenbeitrag zu „Alternative Streitbeilegung – wieviel Konkurrenz verträgt die Justiz?“, <https://rechtgruen.wordpress.com/12-02-16/#content> (aufgerufen 15.07.2017) mit den Ergebnissen einer Diskussionsrunde zu diesem Thema.

Gerichtlich ausgetragene Konflikte werden auch als Motor gesellschaftlichen Fortschritts angesehen.¹⁶⁰ Risse folgert hieraus, die Rechtsordnung sei der Entwurf eines idealen und gerechten Zusammenlebens. Aber wer entscheidet, dass Rechtsfortbildung für die Parteien wichtig ist? Es darf bezweifelt werden, dass viele Parteien dies bejahen würden. Denn regelmäßig werden die Entscheidungsgründe mit der juristischen Begründung erst gelesen, wenn das Urteilsergebnis nicht zur Prozesserwartung passt. Außerdem wollen die Konfliktparteien vor allem, dass ihr Konflikt so schnell und so interessengerecht wie möglich beigelegt wird.¹⁶¹

Auch darf nicht verkannt werden, dass der Prozesse auf Rechnung der Parteien geführt werden. Dass in der Praxis in vielen Fallkonstellationen die Rechtsschutzversicherung eintritt bzw. mittels Prozesskostenhilfegewährung ein zinsloses, oft nicht zurückzuzahlendes staatliches Darlehen auf die Verfahrenskosten gewährt wird, ändert an dieser Feststellung nichts. Denn diese Sachverhalte beruhen entweder auf privater Absicherung im Falle der Rechtsschutzversicherung oder auf einem Regel-Ausnahme-Verhältnis wie es für die Subsidiarität der Prozesskostenhilfe gilt.

3.1.3. Einführung in den Sach- und Streitstand durch den potentiellen Entscheider vs. Grundsatz der informierten Entscheidung

In der klassischen Güteverhandlung, oft auch als Vergleichsverhandlung bezeichnet, obliegt es dem Richter, den Parteien auf der Grundlage des unstreitigen und streitigen Vortrages eine Einschätzung von der Sach- und Rechtslage zu geben. Dabei sind die Darlegungs- und Beweislast ebenso zu berücksichtigen wie die möglichen Prozesschancen und -risiken. Damit gibt der Richter seine Bewertung der Nichteinigungsalternativen der Parteien ab.¹⁶²

Die Mediation verlangt ebenfalls, dass die Parteien auf der Grundlage der Informiertheit eine Entscheidung über den Ausgang des Mediationsverfahrens treffen (§ 2 VI MediationsG). Im Unterschied zur Güteverhandlung wird diese Informiertheit aber regelmäßig durch einen außenstehenden Experten herbeigeführt.

¹⁶⁰ Risse, in: Eidenmüller, Alternative Streitbeilegung, 135.

¹⁶¹ Greger, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 92.

¹⁶² Rosner/Winheller, Mediation und Verhandlungsführung, 33.

Und vor allem ist der Mediator niemals Entscheider.¹⁶³ Die Grundsätze unterscheiden sich, bilden aber hinsichtlich der Informiertheit keinen Gegensatz.

3.1.4. Richterliche Entscheidung/Hinwirken auf Einvernehmen vs. selbstbestimmte Lösungsfindung

Der Antrag bei Gericht ist Ausdruck der Delegation von Verantwortung für die Lösung des Konflikts. Dies gilt allerdings nur dort, wo die Parteien auf der Grundlage der Dispositionsmaxime über den Streitgegenstand eine Entscheidung treffen können. Soweit Verfahren von Amts wegen geführt werden¹⁶⁴ oder rechtliche Bindung nur aufgrund gerichtlicher Entscheidung eintreten kann,¹⁶⁵ kommt eine Verantwortungsübernahme durch die Parteien nicht in Betracht.

Im klassischen Zivilprozess ergibt sich aus der Funktion des neutralen Dritten ein weiteres Spannungsfeld zwischen prozessualen und mediativen Grundsätzen. Die Güteverhandlung findet vor dem streitentscheidenden Richter statt, die Mediation wird vom allparteilichen Mediator geführt, der sich i.d.R. sogar jeglicher Lösungsvorschläge enthält. Die Parteien richten sich in der Güteverhandlung strategisch aus, um die Entscheidung in ihre Richtung zu beeinflussen.¹⁶⁶ Auch die Verhandlungsatmosphäre unterscheidet sich stark, nicht nur aufgrund des jeweiligen Settings. Im kontradiktorischen Verfahren kann der Vorschlag einer Partei als Unsicherheit oder Zweifel an der eigenen Rechtsposition interpretiert werden.¹⁶⁷ Trossen¹⁶⁸ spricht von einem Kriegszustand, in dem Kooperation ausgeschlossen ist, solange das Friedensangebot als ein Teil des Krieges betrachtet wird. Deutlicher kann das Spannungsverhältnis nicht formuliert werden, denn im Verlauf der Mediation wird demgegenüber i.d.R. eine Kommunikationsebene erreicht, die nicht mehr vom Gegeneinander und Taktieren dominiert wird.

¹⁶³ Anderenfalls handelt es sich nicht um eine Mediation, sondern um eine Schlichtung, Schiedsverhandlung oder MedArb Verhandlung, vgl. dazu *Greger*, ZKM 2016, 184.

¹⁶⁴ Bspw. im Familienrecht in Verfahren gem. § 1666 BGB aufgrund des Verdachts akuter Kindeswohlgefährdung.

¹⁶⁵ So bspw. im Familienrecht in Abstammungssachen oder bei Entscheidungen über das Sorgerecht gem. § 1671 BGB.

¹⁶⁶ *Trossen*, Mediation (un)geregelt, 85.

¹⁶⁷ *Schuster*, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

¹⁶⁸ *Trossen*, ZRP 2012, 23.

Zusätzlich ist auf den Zusammenhang zwischen Meta-Zielen und dem Interventionsverhalten hinzuweisen.¹⁶⁹ Das Hinwirken auf Einvernehmen im Zivilverfahren zielt strukturell darauf ab, durch richterliche Einwirkung eine einvernehmliche Verfahrenserledigung zu erreichen. Der Konsens darüber, dass es zu keiner einvernehmlichen Lösung kommt, ist nicht vorgesehen. Die Regelung des § 278 I ZPO wirkt dadurch wie eine Legaldefinition für Vergleichsdruck.¹⁷⁰ Daraus entsteht ein unauflösbarer Widerspruch zum Grundsatz der selbstbestimmten Lösungsfindung.

Denn die Mediation verlangt Lösungsoffenheit. Das setzt nach dem hier vertretenen Mediationsverständnis¹⁷¹ notwendigerweise voraus, dass sich der Mediator eigener Lösungsvorschläge enthält. Auch wenn hierzu die Mediationsstile stark differieren, besteht doch Einigkeit, dass die Interventionen des Mediators der Lösungsfindung durch die Parteien dienen sollen. Die Selbstverantwortung ist für die Parteien in der Mediation dadurch gewährleistet, dass der Mediator lediglich die Verfahrensverantwortung tragen soll, nicht die inhaltliche für das Ob und Wie der Lösung.

3.1.5. Gesetzlicher Richter vs. Freiwilligkeit

Die Parteien können sich den Richter nicht auswählen. Das ergibt sich aus dem Grundsatz des gesetzlichen Richters (Art 101 I GG), durch den staatliche Willkür verhindert werden soll. Demgegenüber setzt Mediation voraus, dass die Parteien freiwillig an der Mediation teilnehmen (§ 2 VI MediationsG). Insofern haben die Parteien, sollten sie den Mediator nicht selbst ausgesucht haben, jedenfalls die Wahl, an der Mediation nicht teilzunehmen. In der Güteverhandlung haben die Parteien nur die Wahl, nicht zu verhandeln.

Ein anderer Aspekt von Freiwilligkeit betrifft das Fehlen von Machteinflüssen, die die Freiwilligkeit in Frage stellen. Wie oben schon dargelegt, spielt Macht immer eine Rolle, besonders auch im Kontext richterlicher Intervention als Ausdruck struktureller Macht. Da liegt es nahe, davon auszugehen, dass das Prinzip

¹⁶⁹ Gemeint sind die übergeordneten Zielvorstellungen beim Einsatz eines Konfliktbearbeitungsverfahrens. Ausführlich *Gläßer*, in: *Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation*, 3. Aufl., 360 f.

¹⁷⁰ S.o. Teil 2.1.4.

¹⁷¹ Teil 1.4.2.

der Freiwilligkeit nicht auf die Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO übertragbar ist. Dafür spricht auch, dass der streitentscheidende Richter durch den Geschäftsverteilungsplan bestimmt wird (§ 21 e GVG) und nicht durch eine Wahlentscheidung der Parteien. Im Übrigen wird die Parteirolle im Zivilprozess i.d.R. nicht freiwillig eingenommen. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass das Fehlen von Freiwilligkeit in Vergleichsverhandlungen 1950 zur einstweiligen Abschaffung des obligatorischen Güteverfahrens führte.¹⁷²

Bei näherem Hinsehen stellt sich die Freiwilligkeit in der Mediation aber als gar nicht so eindeutige Bedingung dar, wie es § 1 I MediationsG nahelegt. Anlass zur Diskussion bietet nicht nur die Frage des freiwilligen Einstiegs in die Mediation, die im Zusammenhang mit gesetzlich normierter Mediationsverpflichtung in Deutschland heftig diskutiert wurde und wird,¹⁷³ sondern insbesondere auch der Umgang mit Freiwilligkeit.¹⁷⁴ Exemplarisch sei hier der überraschte Ehemann genannt, dessen Frau ihm die Mediation „nahelegt“, anderenfalls sie sich von ihm zu trennen gedenke. Von Freiwilligkeit kann hier nicht mehr ernsthaft die Rede sein. Entscheidend ist daher auch nach hiesigem Verständnis, ob im Laufe der Mediation die Freiwilligkeit hergestellt werden kann.

An einem weiteren Punkt zeigt sich die Vergleichbarkeit der Situationen für Gerichtsverhandlung und Mediation in Bezug auf die Freiwilligkeit. Dem Mediator wird allgemein die Verantwortung für das Verfahren und die Gesprächsführung zugesprochen. Als solches hat der Mediator eine Machtposition inne. Schon die Anwendung von Fragetechniken bedeutet Ausübung von Macht. Je nachdem wie der Mediator aktiv zuhört, welche Prioritäten er setzt und wie er visualisiert, steuert er nicht nur den Prozess, sondern ganz automatisch auch das Verhandlungsergebnis. Das folgende Zitat: „Verhandlungsmacht ist die Fähigkeit, die Entscheidung anderer zu beeinflussen“,¹⁷⁵ passt hervorragend zur Tätigkeit des Mediators, entstammt aber der juristischen Verhandlungsliteratur. Sowohl der Richter als auch der Mediator haben Verhandlungsmacht inne.

¹⁷² Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

¹⁷³ Vgl. Röthemeyer, Mediation, 12 und 166.

¹⁷⁴ Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 319 f.

¹⁷⁵ Gottwald, in: Gottwald, Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 84.

Ein Spannungsverhältnis besteht, aber nicht nur aufgrund der Andersartigkeit von Gerichtsverfahren und Mediation, sondern gleichermaßen in beiden Konfliktbearbeitungsverfahren.

3.1.6. Öffentlichkeit vs. Vertraulichkeit

Nun ist das Augenmerk auf ein anderes Spannungsverhältnis zu lenken, das sich nicht auflösen lässt. Ein Grundsatz des Zivilprozesses ist der Grundsatz der Öffentlichkeit der Verhandlung vor dem erkennenden Richter (§ 169 GVG), von dem im Familiengerichtsverfahren Ausnahmen gemacht werden (§170 GVG). Im Zusammenhang damit stehen die Grundsätze der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit.¹⁷⁶

Die Mediation dagegen wirbt mit dem Argument der Verhandlung in einem vor der Öffentlichkeit geschützten Raum. Das gilt im Übrigen auch für die Güterichterbehandlung gemäß § 278 V ZPO.¹⁷⁷ Relevant wird dies beispielsweise in Fällen besonderen medialen Interesses. Vertraulichkeit wird auch als ein Entscheidungsgrund für die Teilnahme an einem Mediationsverfahren genannt.¹⁷⁸ Ein weiterer Aspekt von Vertraulichkeit im Vergleich zum Grundsatz der Öffentlichkeit ist auch, dass nur im Einverständnis mit den Mediationsparteien weitere Personen hinzugezogen werden können.

Die Möglichkeit der Überprüfung richterlicher Entscheidungsfindung durch den Grundsatz der Öffentlichkeit ist für die Gewährleistung eines rechtsstaatlichen und fairen Verfahrens unverzichtbar. Der Grundsatz der Öffentlichkeit sichert die Parteien gegen staatliche Willkür ab, indem Prozessbeobachter zugegen sein können. Dies steht in Gegensatz zur Vertraulichkeit in der Mediation.

In diesen Kontext gehört auch die Gefahr des späteren Informationsmissbrauchs von in der Güteverhandlung Erörtertem. Diese Möglichkeit besteht in Gerichts-

¹⁷⁶ Ausprägungen dieser Grundsätze finden sich in §§ 128, 309 und 355 ZPO. Danach ist in der mündlichen Verhandlung Beweis zu erheben und das Urteil darf nur durch Richter gefällt werden, die an der mündlichen Verhandlung mitgewirkt haben.

¹⁷⁷ http://www.mj.niedersachsen.de/themen/zivilrecht_oeffentliches_recht_aussergerichtliche_streitschlichtung_und_mediation/mediation_an_niedersaechsischen_gerichten/mediation-im-gueterichterverfahren-10690.html, Stichwort: Güterichterverfahren, aufgerufen 15.07.2017.

¹⁷⁸ *Röthemeyer*, Mediation, 13.

verfahren und Mediation gleichermaßen. Lässt sich eine Partei in der Güteverhandlung ein und offenbart dabei Tatsachen, die vorher nicht bekannt waren, kann dieses von der anderen Partei zum Parteivortrag erhoben werden. Hinzu kommt, dass der erkennende Richter Informationen erhält, die er nicht erhalte, wenn die Güteverhandlung gemäß § 278 V ZPO von einem anderen Richter geführt wird, der zur Verschwiegenheit verpflichtet ist.¹⁷⁹ In der außergerichtlichen Mediation besteht die gleiche Gefahr, weil die Verschwiegenheitsverpflichtung gemäß § 4 MediationsG und das nicht einseitig veränderbare Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 385 II ZPO nur für den Mediator gelten. Die Konfliktparteien können sich nur im Wege gemeinsam erarbeiteter Verfahrensregeln schützen¹⁸⁰ und deren Effektivität im Ernstfall darf jedenfalls bezweifelt werden.

Im Ergebnis darf, um die Rechtsstaatlichkeit des Zivilprozesses nicht zu unterhöhlen, der Öffentlichkeitsgrundsatz nicht zur Disposition gestellt werden. Deshalb können die Parteien und der Richter keine Vertraulichkeit vereinbaren. Hierüber ist Transparenz herzustellen, indem der Richter darauf deutlich hinweist. Daraus folgt außerdem zwingend, dass die Methode der Einzelgespräche keine zulässige mediative Intervention in der Güteverhandlung sein kann. Denn der Unmittelbarkeitsgrundsatz verlangt, dass der Richter jedenfalls mit beiden Parteien gleichzeitig verhandelt.

3.1.7. Neutralität/Unbefangenheit vs. Allparteilichkeit

Die Neutralität und Unabhängigkeit (Art. 97 I GG) werden mit dem rechtsstaatlichen Prinzip des rechtlichen Gehörs (Art. 103 I GG) in Verbindung gebracht und als konstitutiv bei jeder Einschaltung eines Dritten in den Konflikt bezeichnet.¹⁸¹ Auf die institutionell abgesicherte Neutralität und Objektivität vertraut die Öffentlichkeit.¹⁸²

Unparteilichkeit bedeutet, dass für den Dritten keine eigenen Nachteile oder Vorteile mit dem Konflikt der Parteien verbunden sind. Das betrifft den Richter

¹⁷⁹ Vgl. dazu *Röthemeyer*, Mediation, 133 unter Hinweis auf Einschränkungen aufgrund der Anzeigepflichten, die sich aus der Richterrolle ergeben.

¹⁸⁰ Ausführlich dazu *Röthemeyer*, Mediation, 78 ff.

¹⁸¹ *Prütting*, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 69.

¹⁸² *Koch/Vitens*, in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 97 und 101 unter Bezugnahme auf Voßkuhle.

wie den Mediator gleichermaßen. Sowohl die Rechtsordnung als auch die Mediationsprinzipien verlangen, dass eine persönliche Betroffenheit nicht gegeben ist.

Der Richter hat gemäß § 139 ZPO die materielle Prozessleitung inne und danach die Pflicht, die sich aus dieser Vorschrift ergebenden Hinweise zu erteilen. Hier zeigt sich ein Dilemma, denn die Kriterien der Unparteilichkeit müssen für den Richtenden und den Vermittelnden nicht unbedingt gleich sein.¹⁸³ Beispielsweise darf der Richter nach h.M. im Rahmen des § 139 ZPO nicht von sich aus die Verjährungseinrede ansprechen, während in der Mediation nach der rechtlichen Situation, jedenfalls im Rahmen eines Einzelgesprächs, gefragt werden könnte. Stürner¹⁸⁴ spricht sich dafür aus, jede aufklärende Vermittlungsaktivität des Richters den Grenzen richterlicher Aufklärungsbefugnis zu unterwerfen. Dem ist zuzustimmen, denn die Güteverhandlung gemäß § 278 II ZPO bleibt im Kontext der Streitentscheidung. Die Relevanz dürfte im Falle beiderseitiger anwaltlicher Vertretung geringer sein, da diese für die rechtliche Information zuständig ist und das Übersehen der Verjährungseinrede einen groben Anwaltsfehler darstellen dürfte. Umgekehrt stellt sich das Problem im Falle nur einseitiger anwaltlicher Vertretung vor dem Amtsgericht in besonderem Maße. Der Richter muss sich an die Grenzen der richterlichen Hinweispflicht halten, da sonst nicht nur das geltende Recht verletzt, sondern auch die Dispositionsmaxime¹⁸⁵ faktisch unterhöhlt würde.

Für den Mediator ist darüber hinaus das Prinzip der Allparteilichkeit entwickelt worden. Es wird erwartet, dass er insgesamt auf Seite aller Konfliktparteien steht. Dazu gehöre auch, dass er zeitweise nur eine Partei unterstütze, ihre Anliegen zu formulieren. Relevant werde dieses vor allem in Fällen asymmetrischer Ressourcenverteilung,¹⁸⁶ wie z.B. unterschiedlicher Eloquenz. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass Richter bei einer qualitativen Befragung äußerten, dass Neutralität auf die Distanz zur Partei hindeute, während Allparteilichkeit bedeute, die Interessen der Parteien zu akzeptieren und mit viel Empathie zu arbeiten.¹⁸⁷

¹⁸³ Stürner, DRiZ 1976, 205.

¹⁸⁴ Stürner, DRiZ 1976, 205.

¹⁸⁵ Im Zivilprozess entscheiden allein die Parteien, welche Tatsachen der rechtlichen Würdigung des Richters unterliegen.

¹⁸⁶ Auch zum Vorstehenden: *Montada/Kals*, Mediation, 38 f.

¹⁸⁷ Begleitforschung zum Modellprojekt „Schlichten statt richten“; *Böttger/Hupfeld*, ZKM 2004, 159.

Ein anderer Aspekt ist an dieser Stelle noch hervorzuheben. Es geht um das Problem des Einflusses der Interessenbasiertheit auf die Entscheidungsfindung des Richters, wenn es nicht zu einer eigenverantwortlichen Erledigung des Rechtsstreits kommt, sondern der Richter entscheidet. Es liegt durchaus die Frage nahe, ob damit die Neutralität besonders herausgefordert wird. Ein ähnliches Problem ergibt sich, wenn ein erhobener Beweis nicht verwertet werden kann oder aber die Parteien durch das Unstreitigstellen von Tatsachenvortrag die Entscheidungsgrundlage neu vorgeben. Der Richter verfügt dann über Wissen, das er nicht verwenden kann. Aber gelingt das auch? Der Mediator kann durch das Führen von Einzelgesprächen auch in die Situation kommen, mehr zu wissen als alle anderen. Es bleibt aber dabei, dass er keine Sachentscheidung trifft.

Man kann festhalten, dass die Anforderungen, die an die Allparteilichkeit und Unabhängigkeit des Mediators gestellt werden, mit denen der Neutralität des Richters vergleichbar sind. Insoweit besteht kein unüberbrückbares Spannungsverhältnis zwischen den Prinzipien der Justiz und der Mediation.

3.2. Weitere Spannungsverhältnisse

3.2.1. Juristische Perspektive und Bedürfnis nach psychologischer Kontrolle (Ausblenden psychologischer Erkenntnisse)

Oben wurde dargelegt, dass Parteien vor Gericht sich oft vom Richter nicht wirklich verstanden fühlen.¹⁸⁸ Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen der juristischen Perspektive und dem Bedürfnis nach Kongruenz mit den Interessen. Trossen¹⁸⁹ weist zurecht darauf hin, dass es nicht die Subsumtion sei, die zur Eskalation führe, sondern der Umgang mit der Problemstellung und die dahinter verborgene Art des Denkens. Man versuche, den sich aus den widerstreitenden Positionen ergebenden Widerspruch im logischen Entscheidungsdenken zu lösen, ohne die Mehrdimensionalität von richtig und falsch im Blick zu haben.

Aus psychologischer Sicht wird in der Tat der Wert einer juristischen Entscheidung überbewertet. Da Menschen in Entscheidungsprozessen nicht rationale,

¹⁸⁸ Teil 1.3. sowie 2.2.1. und 2.2.2.

¹⁸⁹ Trossen, Mediation (un)geregelt, 727.

sondern rationalisierende Wesen sind, treten Verzerrungstendenzen auf. Im Rahmen der richterlichen Entscheidungsfindung sind psychologische Phänomene wie Urteilsheuristiken, subjektive Wahrscheinlichkeitsschätzungen oder die Attraktivitätssteigerung der gewählten Alternative relevant. Andererseits besteht das Bedürfnis nach psychologischer Kontrolle, das sich in der Sehnsucht nach Erklärbarkeit, Vorhersehbarkeit und Beeinflussbarkeit äußert.¹⁹⁰

All diese psychologischen Evidenzen spielen für die justizielle Rechtsanwendung eine allenfalls sehr untergeordnete Rolle. Bspw. ist es Aufgabe des Richters in der Beweiswürdigung, das Aussageverhalten des Zeugen zu beurteilen, auch in Bezug auf Wahrnehmungsverzerrungen. Die Reflexion des eigenen richterlichen Entscheidungsverhaltens ist demgegenüber nicht vorgesehen.

Gottwald¹⁹¹ weist schließlich darauf hin, dass Parteien vor Gericht im Zuge der immer weiter fortschreitenden Ausdifferenzierung der institutionalisierten Konfliktregelung Entfremdungserlebnisse haben, obwohl die soziale Realität danach strebe, elementare emotionelle Bedürfnisse nach Mitmenschlichkeit zu befriedigen.¹⁹²

3.2.2. Machtphänomene in Gerichtsverhandlung und Mediation

Die Wirkung von Macht wurde oben beschrieben.¹⁹³ Für den Kontext der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO ist entscheidend, dass Machtverhältnisse durch Institutionalisierung stabilisiert werden.¹⁹⁴

Auch Mediatoren müssen mit der ihnen gegebenen Macht umgehen. Der Faktor Macht spielt auch hier eine Rolle, wenn auch nicht so augenscheinlich wie im gerichtlichen Verfahren. Der Mediator führt das Gespräch und steuert den Prozess.¹⁹⁵ Die Reflexion über Macht führt zu einer Bewusstheit und damit letztlich auch zu einer Sicherheit.¹⁹⁶

¹⁹⁰ Zum gesamten Absatz vgl. *Fischer/Fleckenstein/Fischer*, ZKM 2014, 144 f.

¹⁹¹ *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 27 ff.

¹⁹² Vgl. *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, 30 unter Bezugnahme auf Röhl.

¹⁹³ S.o. Teil 2.2.3.

¹⁹⁴ *Popitz*, Phänomene der Macht, 234.

¹⁹⁵ *Keydel*, Spektrum der Mediation 2016, 13.

¹⁹⁶ *Keydel*, Spektrum der Mediation 2016, 13.

Das von struktureller Machtausübung geprägte Richterbild wandelt sich inzwischen. Stürner¹⁹⁷ stellt hierzu fest, die materielle Prozessleitung des Richters sei im Verständnis der modernen europäischen Gesellschaft in erster Linie eine Form der Verfahrensmoderation und weniger eine Form richterlicher Machtausübung.

Um aufzuzeigen, in welchem Kontext sich das Gerichtsverfahren außerdem bewegt, sind noch einige Aspekte relevant. Zum einen tangiert das Machtgefälle die Enthüllungsbereitschaft wie auch das Beziehungsgefüge der am Gespräch Beteiligten.¹⁹⁸ Je größer aus Sicht der Partei die relative Macht des Richters ist, desto unwahrscheinlicher ist es, dass in der Verhandlung eine Beziehungsebene erreicht werden kann, die Zugang zu den Interessen der Parteien ermöglicht.

Hinzukommt, dass das Hinwirken auf Einvernehmen strukturelle Machtausübung in sich trägt, da das Ziel von Vergleichsbemühungen Einvernehmen ist.

Bezogen auf die Ausgangsthese zeigt sich auch hier ein Veränderungsbedarf in der Verhandlungsführung, jedenfalls bezüglich eines bewussten Umgangs mit dem Faktor Macht.

3.2.3. Richter mit dem Doppelhut? Rollenkonflikte

Ein Rollenbild bezieht sich auf die Erwartungen, die an einen Berufsstand herangetragen werden. Dass der Bürger den Anspruch hat, Gehör zu finden, wurde bereits erläutert. Das Bild der Justiz wird insbesondere durch die mündliche Verhandlung geprägt.¹⁹⁹ Fritz geht denn auch davon aus, dass mit der Einbeziehung von Mediation in das Gerichtsverfahren aus der Perspektive der anderen Prozessbeteiligten ein „Richter mit Doppelhut“ entstehe.²⁰⁰ Dabei hat der Richter im Zivilprozess schon jetzt eine Doppelrolle inne. In der ersten Rolle hat er die Entscheidungsmacht, soweit er bei Spruchreife ein Urteil zu fällen hat, in der

¹⁹⁷ Stürner, ZZP 2010, 147.

¹⁹⁸ Vgl. Fuchtmann, ZKM 2003, 254.

¹⁹⁹ Gross, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1035.

²⁰⁰ Fritz/Fritz, FPR 2011, 328.

zweiten, als Vergleichsverhandler, fehlt sie, allerdings mit dem jederzeit möglichen Wechsel zur Streitentscheidung.²⁰¹

Zu der Frage, ob bei Erweiterung der bestehenden Rolle um die mediativen Interventionen noch ein weiterer Hut auf den Richterkopf passen muss, können nur Hypothesen gebildet werden. Zu einer Verwirrung kann es kommen, wenn ein Rollenwechsel nicht transparent gemacht wird. Wenn aber das Rollenbild insgesamt geändert wird, wie etwa bei der Änderung des Leitbilds in § 278 I ZPO, würde sich nach und nach die Erwartungshaltung ändern.

Aus Sicht des Richters mag das herausfordernd sein. Tatsächlich bezeichnen Richter den Wechsel zwischen Güterichter- und Streitrichtertätigkeit teilweise als ungewohnt und schwierig.²⁰² Dies verwundert nicht. Denn Mediation einzubeziehen bedeutet, auch damit umzugehen, dass Mediation eine Grundhaltung verlangt.²⁰³ Umso relevanter wird die Beziehungsgestaltung.²⁰⁴

Trenczek bringt das Spannungsfeld hinsichtlich des Rollenkonflikts für den mediative Interventionen anwendenden Richter auf den Punkt: Ermitteln, nachforschen und ausfragen verträgt sich nicht mit dem mediativen Widerspiegeln und Hinweisen auf Unterschiede in den Perspektiven. Gleiches gilt für das Interpretieren, Ausgehen von eigenen Werten einerseits und der Beschreibung eigener Wahrnehmung und dem Zulassen von Spannung andererseits.²⁰⁵

3.2.4. Ressource Zeit und Komplexität

Ein Spannungsfeld von hoher praktischer Relevanz tut sich hinsichtlich der interessenbasierten Verhandlung im Hinblick auf die Ressource Zeit auf. Die Arbeitsbelastung des Richters orientiert sich am Arbeitskraftanteil, der wiederum anhand von repräsentativ erhobenen Zeiteinheiten in sog. PEBB§Y-Projekten

²⁰¹ Ortloff, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 116; Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

²⁰² Ergänzend sei angemerkt, dass die Arbeitstätigkeit des Güterichters immer auch die Streitrichtertätigkeit umfasst, denn die Güterichtertätigkeit macht in der Regel nur einen untergeordneten Teil des Richterpensums aus. Zum Ergebnis der Richterbefragung, vgl. Böttger/Hupfeld, ZKM 2004, 155 ff.

²⁰³ Vgl. Trossen, Mediation (un)gerichtet, 75.

²⁰⁴ Schmidt/Kiszkenow-Bäker/Gerndorf, ZKM 2014, 87.

²⁰⁵ Vgl. Trenczek, ZKM 2008, 19.

ermittelt wird.²⁰⁶ In den Zivilsachen werden pro Verfahren Gesamtarbeitszeiten von 152-322 Minuten am Amtsgericht und 443-1193 Minuten am Landgericht zugrunde gelegt.²⁰⁷ Richter dürften grundsätzlich ein Verfahrensinteresse an effektiver Verfahrensgestaltung haben. Viel spricht dafür, dass die interessenbasierte Verhandlung mehr Zeit in Anspruch nehmen wird.

In der Mediation ist der Zeitbedarf abhängig vom Kontext. Es hängt vor allem davon ab, wieviel Zeit und Honorar der Auftraggeber zu investieren bereit ist. Wird die Zeit begrenzt, wirkt sich dies auf die Bearbeitungstiefe und die Struktur des Verfahrens aus. Das Tempo in der Mediation zu erhöhen, dürfte nicht förderlich für die Lösung sein.

Ein weiterer Kritikpunkt an der interessenbasierten Gerichtsverhandlung könnte sein, dass in der gegebenen Zeit der Richter nur zufällig Zugang zu ausreichend Informationen bekommen wird, um mit den Beteiligten ihre Interessen und Bedürfnisse zu bearbeiten, andererseits aber auch in den Sach- und Streitstand einzuführen und eine juristische Erörterung zu führen hat. Gigerenzer zeigt allerdings auf, dass es beim Einsatz von „Bauchgefühlen“ ein nützliches Maß an Unwissenheit geben kann, durch die „Weniger-ist-mehr-Effekte“ erzielt werden können.²⁰⁸ Er weist darauf hin, dass Experimente gezeigt hätten, dass weniger Zeit und weniger Information zu besseren Entscheidungen führen können.

Lediglich angedeutet werden kann hier, dass die zunehmende Digitalisierung, etwa durch die Einführung der elektronischen Akte und digitalisierte Entscheidungsformen, auch für die Justiz noch erhebliche Veränderungen mit sich bringen dürfte, sodass die vorhandenen personellen Ressourcen einer anderen Verteilung zugeführt werden können. Außerdem werden neue Formen der Visualisierung in der Verhandlung verfügbar. Hierin liegt eine Chance für die mündliche Verhandlung.

²⁰⁶http://www.mj.niedersachsen.de/themen/personal_haushalt_organisation_iteinsatz/pebby/pebby-10316.html, aufgerufen am 15.07.2017; *Fritz/Krabbe*, NVwZ 2011, 396.

²⁰⁷ <http://www.gueterichter-forum.de/wp-content/uploads/2016/12/Gegen%C3%BCberstellung-der-Basiszahlen.pdf>, aufgerufen am 15.07.2017.

²⁰⁸ Vgl. *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen, 46 ff.

3.2.5. Gefahr der Manipulation durch Prozessparteien, Rechtsanwalt oder Richter

Jede Form der Konfliktbehandlung beeinflusst das Konfliktgeschehen.²⁰⁹ Dieser zunächst neutrale Satz deutet auf ein weiteres Spannungsverhältnis hin, das in beiden Verfahren, dem gerichtlichen und der Mediation, entsteht, wenn Manipulation im negativen Sinne stattfindet. Stürner identifiziert sublimere Formen der Manipulation, gerade wenn Richter in den Genuss psychologischer Weiterbildungen gekommen sind.²¹⁰ Sicher sind hier die Verfahrensinteressen des Richters an schneller Erledigung und der Vergleichsdruck²¹¹ zu berücksichtigen. Knauss spricht in diesem Zusammenhang sogar von einem Zwang zur gütlichen Einigung und setzt sich dafür ein, die Ausübung von Druck als Befangenheit gesetzlich zu regeln.²¹² Dem gegenüber steht das Verbot richterlicher Autorität, die zur Verweigerung des Rechtsanspruchs führt.²¹³

Im Bereich der Mediation kann Manipulation ebenfalls eine Rolle spielen. Rosner/Winheller benennen im Unterschied zu unbewusst wirkenden Verstrickungssituationen verschiedene Formen unfairer Verhandlungstaktiken: Persönliche Angriffe, Einschüchterung, Druck und Ausspielen von Macht.²¹⁴ Es kann festgehalten werden, dass die Verhandlungsführer, ob Richter oder Mediator, jeweils mit Manipulationsgefahren konfrontiert sind. Hieraus ergeben sich sicher Notwendigkeiten hinsichtlich der Transparenz und Überprüfbarkeit richterlichen Handelns, vor allem aber für die Haltung des Richters als Drittintervenient.

3.2.6. Akzeptanz einer interessenbasierten Gerichtsverhandlung in der Richterschaft?

Zuletzt, und nicht zufällig im Anschluss an das soeben Erörterte, wird auf das Anforderungsprofil für Richter in der interessenbasierten Verhandlung einzugehen sein. Hiermit wird ein weiteres Spannungsfeld angesprochen, das sich einerseits auf die Realisierbarkeit flächendeckender Umgestaltung der zivilrichterli-

²⁰⁹ Breidenbach, Mediation, 38.

²¹⁰ Stürner, JR 1979, 136.

²¹¹ Vgl. Teil 3.1.4.

²¹² Knauss, ZRP 2009, 208.

²¹³ Stürner, JR 1979, 135.

²¹⁴ Rosner/Winheller, Mediation und Verhandlungsführung, 279 ff.

chen Tätigkeit bezieht und andererseits auf das „Rollen-Vorbild“ der Richterschaft. Wie entwicklungsfähig sind Richter? Aus der Praxis der Pilotprojekte ergibt sich, dass es den befragten Richtern nicht schwer fiel, eine allparteiliche Haltung anzunehmen.²¹⁵

Sollte sich das Anforderungsprofil an den Erwartungen, die an Richter und an Mediatoren gerichtet werden, orientieren, vervielfacht sich der Anspruch. Dazu gehören überdurchschnittliche Mediations- und Kommunikationskompetenzen, die spezifische mediative Grundhaltung, erfahrungsgetestetes Wissen und die Kunstfertigkeit in der sozialen Kommunikation und im Umgang mit Konflikten. Hinzu käme die Beherrschung juristischer Kenntnisse und Fähigkeiten und, bezogen auf die Schnittmenge aus beidem, die Bedeutung des Rechts im Hinblick auf die Regelung von Konflikten angemessen ein- und nicht zu überschätzen.²¹⁶

Die von Bielecke²¹⁷ für die gerichtliche Mediation erarbeitete Gegenüberstellung von Anspruch und Wirklichkeit zeigt ein weiteres Dilemma: In Supervisionen stellte sich heraus, dass die Motivation und Arbeitszufriedenheit durch den Widerspruch zwischen den Vorstellungen von einer zufriedenstellenden Tätigkeit einerseits und externen Zielvorgaben und Erwartungen andererseits bedroht werden. Dieser Aspekt lässt sich auf den Kontext der interessenbasierten Verhandlung übertragen. Dort ist Effizienz ebenfalls relevant.

Eine weitere, spannende Frage ist: Kann die Haltung, mit der eine Verhandlung geführt wird, verordnet werden? Der Verhandlungsstil wird sicher nicht vorge-schrieben werden können. Aber die Definition der Meta-Ziele wird Einfluss auf den Interventionsstil haben.²¹⁸ Die Meta-Ziele der herkömmlichen Güteverhandlung ergeben sich aus den Funktionen des Rechts und der mündlichen Verhandlung.²¹⁹ Die Meta-Ziele der Mediation unterscheiden sich sehr voneinander und können in die Kategorien der Mediation als effiziente Dienstleistung, als Zugang zu einem fairen Verfahren, als institutionalisierte Selbstverantwortung, als Chance auf Versöhnung bzw. als Transformationsriemen für gesellschaftliche Verän-

²¹⁵ Vgl. *Böttger/Hupfeld*, ZKM 2004, 159.

²¹⁶ Zum gesamten Absatz und bezogen auf die Mediation vgl. *Trenczek*, ZKM 2008, 19.

²¹⁷ *Bielecke*, in: Gläßer, Gerichtliche Mediation, 320.

²¹⁸ Dazu schon oben Teil 3.1.4.

²¹⁹ Dazu Teil 1.4.1. und 2.1.2. bis 2.1.5.

derung unterteilt werden, wobei in der Praxis Mischformen die Regeln sind.²²⁰ Bei dem von Friedman und Himmelstein geprägten „Understanding-Based“ Mediationsstil, der die Mediationslandschaft ab 1989 in Deutschland stark beeinflusst hat, geht es um Verständnis für sich und andere.²²¹ Die Klärung der einem Konflikt zugrunde liegenden Interessen und Bedürfnisse sei deshalb für viele in Deutschland geradezu wesensstypisch für die Mediation geworden. Dieser Mainstream wird auch in vielen Güterichterausbildungen für Richter gelehrt.²²²

3.3. Diskussion der Forschungsfrage

Um herauszufinden, wie letztendlich mit der Praxis der interessenbasierten Verhandlung zu verfahren ist, sind die Spannungsverhältnisse hinsichtlich der Risiken und Chancen abzuwägen, um daraus eine Liste von Notwendigkeiten herauszukristallisieren. Dabei wird die eigene Motivationslage im Auge zu behalten sein. Schließlich gilt es zu verhindern, der Versuchung zu erliegen, lediglich künstlich ein weiteres Einsatzfeld für Mediation zu eröffnen.²²³

3.3.1. Risiken

Luhmann geht von engen Grenzen der Lernfähigkeit innerhalb des zuvörderst auf Rechtsanwendung i.S. von Programmausführung spezialisierten Gerichtsverfahrens aus.²²⁴ Grund hierfür sei neben der Asymmetrie des unterschiedlichen Einflusses und sich hieraus ergebenden unstabilen Sozialstrukturen die Rollenzuweisung des routinemäßig agierenden Richters und der Partei, die sich gar nicht gesehen fühlt.²²⁵

²²⁰ Vgl. Gläßer, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 361 f.

²²¹ Berlin, ZKM 2016, 187 ff.

²²² Jedenfalls in Niedersachsen. In den Fortbildungsveranstaltungen intervenierten Friedman und Himmelstein teilweise selbst, etwa im Bereich des OLG Celle.

²²³ Hierauf weist Gläßer im Zusammenhang mit dem Erschließen neuer Mediationsangebote in ihrem Impulsvortrag „Zum Stand der Mediation in Deutschland“ am 16.09.2016 beim KM-Kongress in Hannover hin: <http://www.km-kongress.de/nano.cms/2016-kongress-foren>; Audiodatei Minute 16:06 bis 17:15, aufgerufen am 15.07.2017.

²²⁴ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 113.

²²⁵ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, 108 ff.

Risse knüpft in seiner Kritik an Mediation im gerichtlichen Kontext genau hier an. Er äußert den Verdacht, Evaluationsberichte redeten sich jeweils die Ergebnisse schön.²²⁶ Die überzogene Forderung einer Vergleichskultur führe kurzfristig zwar vielleicht zu mehr Rechtsfrieden, mittelfristig aber zu Frustration gegenüber dem Rechtsstaat und damit zum Phänomen des „Vanishing Trial“.²²⁷

Bedingt die Implementierung der interessenbasierten Gerichtsverhandlung, dass nachhaltige Befriedigungsergebnisse erwartet werden, die nicht zu erzielen sind? Dies wird sicher vom Einzelfall abhängen und es ist in der Tat fraglich, ob es möglich ist, den Anwendungsbereich positiv zu definieren. Oft ergibt sich erst während der Verhandlung, ob die Basis für eine ausreichend vertrauensvolle Verhandlungsumgebung entsteht.²²⁸ Das ist jedoch kein Ausschlussgrund für die Einbeziehung von Interessen, sondern zeigt, dass Anforderungen an die Gewährleistung von Parteienrechten zu stellen sind.

Trossen bezweifelt die Effizienz der Einbeziehung mediativer Techniken außerhalb der Mediation.²²⁹ Er stellt es als positiv heraus, dass sich die Rechtsprechung den Bedürfnissen der Menschen öffne. Dies könne aber nicht auf Kosten von Klarheit und Selbstverständnis der Justiz erfolgen.²³⁰ Diese Kritik ist ernst zu nehmen und reiht sich ein in die Reihe derer, die Mediation im Grunde in der Justiz falsch verortet sehen.²³¹

Die Erhöhung der Komplexität durch die Einbeziehung von Interessen und mediativen Interventionen birgt das Risiko, die pragmatischen Vorteile einer Problemreduktion ungenutzt zu lassen.²³² Wie bereits aufgezeigt, gilt dies jedoch umgekehrt hinsichtlich des Wertschöpfungspotentials genauso, wenn Interessen unberücksichtigt bleiben.²³³ Da die Zufriedenheit der Parteien insbesondere von ihrem

²²⁶ Risse, in: Eidenmüller, *Alternative Streitbeilegung*, 149; Risse, ZKM 2012, 74; ähnlich Stürner, ZJP 2010, 147.

²²⁷ Risse, in: Eidenmüller, *Alternative Streitbeilegung*, 150.

²²⁸ Schmitt, *Stufen einer Güteverhandlung*, 22.

²²⁹ Trossen, *Mediation (un)gerecht*, 70.

²³⁰ Trossen, *Mediation (un)gerecht*, 725.

²³¹ Risse, in: Eidenmüller, *Alternative Streitbeilegung*, 133 ff; Risse, ZKM 2012, 74; Engelfried, *Betrifft Justiz* 2013, 166 f.; Stürner, ZJP 2010, 147.

²³² Hoffmann-Riem, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 68.

²³³ S.o. Teil 1.3.; Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 130.

Eindruck, den sie aus der mündlichen Verhandlung mitnehmen,²³⁴ geprägt wird, lohnt es sich, hier die Verbesserungsbemühungen anzusetzen.

Engelfried²³⁵ sieht in der Erweiterung des klassischen Richterbildes einen Zielkonflikt: „Und seid ihr nicht einig, so brauch’ ich (ein wenig mehr Dritte) Gewalt.“ Der kernig vorgebrachte Vorwurf einer „mit Lebenslügen garnierten Moggelpackung“ ist ebenfalls ernst zu nehmen. Dahinter könnte das Bedürfnis nach klarer Abgrenzung zwischen den verschiedenen Konfliktbearbeitungsverfahren stehen. Hier ist erneut der Hinweis angebracht, dass der Richter in der interessenbasierten Gerichtsverhandlung keine Mediation außerhalb des Rechts durchführen, sondern mediative Interventionen nebst mediativer Haltung nutzen soll, um die justizielle Rechtsanwendung um eine weitere Ebene des Verstehens zu erweitern. Im Übrigen zeigt die interdisziplinäre Perspektive erneut, dass das Ausblenden psychologischer Erkenntnisse das Gerichtsverfahren zu einem sozialen Raum werden lässt, in dem konsequent missachtet wird, was laut moderner Entscheidungspsychologie²³⁶ relevant ist.

Ein weiteres Risiko ergibt sich aus den hohen Anforderungen, die an den Richter gestellt werden und betrifft die Umsetzbarkeit des Modells. Für Richter, die heute am Anfang ihrer Laufbahn stehen, mag das erforderliche Niveau²³⁷ erreichbar sein. Weit weniger wahrscheinlich ist dies für Richter, die schon lange in der herkömmlichen Weise Zivilsachen verhandeln. Es darf also geschlussfolgert werden, dass es einer Evolution zum interessenbasiert verhandelnden Richter bedarf, die sich über mehr als eine Richtergeneration entwickeln können muss.

Soweit in der Anwendung von Mediation die Gefahr der Erosion der Rechtsordnung gesehen wird,²³⁸ bestehen diese Bedenken im Rahmen der interessenbasierten Gerichtsverhandlung nicht, da der Richter an das Gesetz gebunden bleibt.

Oben wurde ein unauflösbares Spannungsverhältnis zwischen den Grundsätzen der Öffentlichkeit und der Vertraulichkeit festgestellt. Daraus folgt aber kein

²³⁴ Gross, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1035 ff.

²³⁵ Engelfried, *Betrifft Justiz* 2013, 166, bezogen auf § 278 V ZPO und das Richterbild des FamFG.

²³⁶ Dazu Fischer/Fleckenstein/Fischer, ZKM 2014, 142.

²³⁷ Teil 3.2.6.

²³⁸ So Hirtz, NJW 2012, 1688 bezogen auf die außergerichtliche Mediation.

Ausschlusskriterium für die Anwendung mediativer Interventionen in der Gerichtsverhandlung. Der Öffentlichkeitsgrundsatz gilt nicht ohne Ausnahmen. So kann das Gericht etwa gemäß § 172 Nr.3 GVG die Öffentlichkeit ausschließen, wenn Gegenstand der Verhandlung ein besonderes Geschäftsgeheimnis ist. Soweit argumentiert würde, dass nur in einem geschützten Gesprächsrahmen persönliche Interessen erarbeitet werden können, also bspw. nicht in Anwesenheit weiterer Personen, ist das Argument nicht von der Hand zu weisen. Prozessbevollmächtigte zählen nicht zu den „weiteren Personen“ und sind selbstverständlich anwesend. Die Anwesenheit bspw. des gegnerischen Anwalts kann also nicht verhindert werden. Die Praxis zeigt aber, dass die Möglichkeit der Teilnahme an einem Zivilprozess vom allgemeinen Publikum sehr selten genutzt wird. Nahestehende Personen, die als Öffentlichkeit teilnehmen könnten, verlassen meist den Sitzungssaal wieder, wenn sie als Zeugen in Betracht kommen. Faktisch ist in den meisten Fällen keine Öffentlichkeit anwesend. Schließlich steht es den Parteien frei, ob sie in der Güteverhandlung verhandeln, sodass sie sich im Falle der Anwesenheit störender Dritter gegen die Güteverhandlung entscheiden können. In der Güteverhandlung nach § 278 II ZPO ist dagegen nicht vorgesehen, dass der Richter sich die Frage stellt, ob alle am Konflikt Beteiligten anwesend sein werden. Das wird hingegen in der Mediation erwartet. In der Verhandlung ist es durchaus üblich, dass den Parteien mittels einer Unterbrechung die Gelegenheit gegeben wird, sich mit ihrem Anwalt, eventuell auch mit Dritten, zu besprechen. Wird für den Richter erkennbar, dass interessenbasiert die Einbeziehung von Dritten erforderlich werden wird, spricht dies für den Verweis an die außergerichtliche Mediation oder an den Güterichter und sollte in der Verhandlung angesprochen werden.

Schlieffen vermutet, dass die Einbeziehung von Mediation „ein nichtjudizierbares Flexibilisierungselement des Rechts, wie der behördliche Beurteilungsspielraum oder die Zweckmäßigkeitprüfung im Widerspruchsverfahren“²³⁹ schaffen würde. Auch das spricht nicht grundsätzlich gegen die interessenbasierte Gerichtsverhandlung. Das materielle Recht enthält eine Fülle von Ermessensvorschriften, die in ähnlicher Weise Beurteilungsspielräume schaffen. Besonderes Augenmerk müsste aber dennoch auf den Schutz der Freiwilligkeit gelegt werden.

²³⁹ Schlieffen, in: Haft/Schlieffen/Bamberger, Handbuch Mediation, 2. Aufl., 211.

Zurecht stellt Steinberg²⁴⁰ schon jetzt die Frage, ob nämlich die Partei in einem gerichtsanhängigen Verfahren überhaupt in einem legitimierenden Sinne frei für die Entscheidung zum Vergleich sein kann. Dies spielt auf den psychologischen Effekt von Gesetzen an. Wie dargelegt, stellt sich der gesetzliche Auftrag, auf Einvernehmen hinzuwirken, als Legaldefinition für Vergleichsdruck heraus.²⁴¹ Die Einbeziehung der Interessen und mediativer Interventionen wirkt auf die Herstellung von Einvernehmen hin. Wenn also die bestehende Regelung in § 278 I ZPO unverändert bliebe, müsste sich der Richter notwendigerweise für deren Einsatz stark machen müssen. Eine freie Entscheidung wäre nicht möglich, weshalb eine Gesetzesänderung nötig ist, um gerade diese Freiwilligkeit herzustellen. Dadurch würde auch das Argument von Risse, der Staat und eine ganze Konfliktlösungsindustrie instrumentalisieren den Konflikt der Parteien, um gesellschaftliche Veränderungen zu beschleunigen,²⁴² entkräftet.

Einen weiteren Kritikpunkt zeigt Nelle auf.²⁴³ Er weist – wenn auch bezogen auf die Güterichterbehandlung gemäß § 278 V ZPO – zurecht auf die Gefahr hin, dass durch den einmal eingeschlagenen Gerichtsweg die eigentlich erforderliche Konfliktbearbeitung außerhalb des Gerichts nicht mehr durchführbar sei. Wer einmal durch die falsche Tür gegangen sei, nutze die andere nicht mehr. Die Praxis bestätigt diese Annahme, da der Verweis in die außergerichtliche Mediation gemäß § 278 a ZPO oder § 135 FamFG, nur allzu selten tatsächlich in eine Mediation mündet. Allerdings ist die interessenbasierte Verhandlung als eine Ausformung der Güteverhandlung gemeint, die die mündliche Verhandlung nicht ersetzt. Das von Nelle angesprochene Dilemma betrifft letztendlich ein früheres Stadium der Konfliktbehandlung und betrifft eher die anwaltliche Beratungstätigkeit. Wird vor Gericht konsequent transparent und in Einvernehmen mit den Parteien interessenbasiert verhandelt, dürfte die eben beschriebene Gefahr zu verringern sein. Das setzt aber ein hohes Maß an Reflexionsfähigkeit bei der Verhandlungsführung voraus. Gelungene konkrete Beispiele²⁴⁴ sollten dazu ermutigen, in strukturierten Pilotprojekten Erfahrungen zu sammeln.

²⁴⁰ Steinberg, DRiZ 2012, 19.

²⁴¹ S.o. Teil 2.1.3.

²⁴² Sehr deutlich Risse, in: Eidenmüller, Alternative Streitbeilegung, 148 f.

²⁴³ Nelle, in: Eidenmüller, Alternative Streitbeilegung, 123 ff.

²⁴⁴ Bspw. die Falldarstellung bei Janowitz/Spangenberg/Spangenberg u.a., ZKM 2011, 82.

Der Zeitaufwand für eine interessenbasierte Gerichtsverhandlung könnte ein Risiko für die Funktionsfähigkeit der Ziviljustiz darstellen, auch wenn Anteile aus der Kurz-Zeit-Mediation²⁴⁵ zur Effizienz beitragen könnten. Andererseits sind die Möglichkeiten, die sich bei der Erweiterung des Verhandlungsspektrums im Vergleich zu langwierigen Prozessen mit mehreren Terminen und Beweisaufnahmen ergeben, abzuwägen. Hier könnte eine valide Aussage erst im Rahmen einer vertieften empirischen Untersuchung zum jeweiligen Zeitbedarf erarbeitet werden.

Letztlich weisen die von der Rechtssoziologie herausgearbeiteten Kritikpunkte am Gerichtsverfahren auf Veränderungsbedarf hin. Angesprochen sind die selektive Realitätsverarbeitung durch das gerichtliche Verfahren, die Verrechtlichung der Konfliktaustragung, die schon erwähnte Unterdrückung der Emotionalität und der Partizipationschancen der Streitparteien, die Retrospektivität des Urteils, die autoritative Form der gerichtlichen Konfliktregelung und der binäre Schematismus des Rechts, der dazu führt, dass regelmäßig Alles-oder-Nichts-Entscheidungen getroffen werden müssen.²⁴⁶

3.3.2. Chancen

Die größte Chance für den Zivilprozess dürfte sich daraus ergeben, dass die Weiterentwicklung der mündlichen Verhandlung am Herzstück der Rechtsanwendung ansetzt. Die Justiz wird nach außen größtenteils über die Verhandlung wahrgenommen.²⁴⁷

Breidenbach sprach sich schon 1997 dafür aus, den Wert von Mediation als Verständnisbrücke für die eigene Tätigkeit im Konfliktgeschehen zu erkennen: „Sie erweitert den Blick des Juristenalltags von Anwalt oder Richter von der Streitentscheidung auf die der Streit*behandlung*.“²⁴⁸ Hierin liegt eine weitere Chance, denn es ist anzunehmen, dass der interessenbasiert verhandelnde Richter mehr Kompetenz für die Fragen der Verweisung in das passende Verfahren, ob in außergerichtliche Mediation oder zum Güterichter (§278 V ZPO), hat.

²⁴⁵ Dazu *Fritz/Krabbe*, NVwZ 2011, 396 ff. und *Fritz/Krabbe*, NVwZ 2011, 595 ff.

²⁴⁶ So insbesondere *Schuster*, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109.

²⁴⁷ *Gross*, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1035.

²⁴⁸ *Breidenbach*, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1.

Die Anwendung von Mediation, als Haltung sowie als Methodenkoffer zur Verständnissicherung, bewirkt beim Gegenüber ein Empowerment, eine Bestärkung. Bezogen auf die Anwendung mediativer Interventionen ist dieser Effekt, der ein Machtgefälle jedenfalls reduzieren kann,²⁴⁹ nicht zu unterschätzen. Es wird die Möglichkeit eingeführt, sozial relevante Faktoren, die Anlass für künftige Konflikte sein könnten, i.S. einer angemessenen Problembewältigung zu berücksichtigen.²⁵⁰

Der Idee von Duss-von Werdt, dass ein egalitäres Beziehungsmuster tendenziell gewaltemindernd wirkt, kann für die interessenbasierte Gerichtsverhandlung eine Menge abgewonnen werden. Dabei geht es nicht um eine Kooperation zwischen dem Richter und den Parteien im Sinne einer Verbrüderung, sondern, in Anerkennung der strukturellen Gewaltverhältnisse, um das Angebot der Herstellung einer positiven Zirkularität.²⁵¹ Die interessenbasierte Verhandlung stärkt die Autonomie und wirkt damit ausgleichend auf Machtungleichgewichte, weil autonomes Verhalten seinerseits im systemischen Sinn Macht ausübt.²⁵²

Bislang wird dem Richter, nicht den Parteien, in der Güteverhandlung eine aktive Rolle in der Güteverhandlung zugeordnet. Schuster²⁵³ weist hierzu darauf hin, der Gesetzgeber gehe davon aus, dass die Parteien sich unversöhnlich gegenüberstehen. Dies habe den psychologisch verständlichen Effekt, dass eine Partei zögere, in einem kontradiktorischen Verfahren von sich aus den Vorschlag für eine andere, den Interessen beider Parteien eher gerecht werdende Lösung zu machen. Wird nun mit der interessenbasierten Güteverhandlung den Parteien die Rolle zugeordnet, sich zu entscheiden, ob ihre Interessen ebenfalls Gegenstand der Verhandlung sein sollen, würde dieser Effekt aufgehoben.

Nicht zuletzt spricht für die interessenbasierte Verhandlung, dass eine andere Sprache verwendet würde. Bislang führen die verwendete Sprache und Rituale

²⁴⁹ Bezogen auf den Kontext der Mediation vgl. *Schreiber*, *Betrifft Justiz* 2015, 51 f.

²⁵⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Modernisierung von Recht und Justiz*, 65.

²⁵¹ *Duss-von Werdt*, *ZKM* 2000, 5.

²⁵² So *Duss-von Werdt*, *Einführung in Mediation*, 106.

²⁵³ *Schuster*, in: *Gottwald*, *Der Prozeßvergleich*, 111.

eher dazu, dass die Parteien Misstrauen empfinden.²⁵⁴ Daraus könnte mehr Bürgernähe entstehen.

In Verfahren mit problematischer Vollstreckung ist die Zufriedenheit der Parteien mit dem Ergebnis besonders wichtig.²⁵⁵ Das Verhandlungsergebnis, das den subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien entspricht, wird mit größerer Wahrscheinlichkeit umgesetzt als eine über die Interessen der Parteien hinweg gefundene richterliche Entscheidung. Insofern trägt ein interessenbasiert verhandelter Vergleich zum Rechtsfrieden mehr bei als manches Urteil.

3.3.3. Notwendigkeiten

Unabdingbare Prinzipien des Zivilprozesses sind neben der Rechtsstaatlichkeit, die Entscheidungszuständigkeit des gesetzlichen Richters, die Öffentlichkeit der Verhandlung und die Vollstreckbarkeit des Vergleichs.

Aus der Kontrolltheorie²⁵⁶ lassen sich die Bedingungen für die gelungene Einbeziehung der psychologischen Aspekte aus Sicht der modernen Entscheidungspsychologie ableiten: Sinnhaftigkeit, Transparenz und Autonomie. Daran muss sich die interessenbasierte Gerichtsverhandlung aus psychologischer Sicht messen lassen.

Deshalb wird das Gesetz Lösungsoffenheit in Bezug auf die Durchführung der interessenbasierten Gerichtsverhandlung widerspiegeln müssen. Dazu wird eine Regelung gefunden werden müssen, die den Konsens über den Dissens akzeptiert und damit sicherstellt, dass eine gerichtliche Entscheidung besser ist als ein fauler Vergleich. Erst wenn die Entscheidung durch Urteil und die nichtstreitige Erledigung als Ergebnis eines Einigungsprozesses als gleichwertige Konfliktbearbeitungsergebnisse anerkannt werden, kann der Vergleich „wirklich (zur) freien Disposition der Parteien stehen“.²⁵⁷

²⁵⁴ Schuster, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109; Gross, in: Büscher, Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, 1035 ff.

²⁵⁵ Dazu Spangenberg/Spangenberg, ZKM 2008, 26 ff.

²⁵⁶ Fischer/Fleckenstein/Fischer, ZKM 2014, 142.

²⁵⁷ So schon Stürner, JR 1979, 138.

Alles läuft darauf hinaus, dass das Einverständnis der Parteien Voraussetzung dafür ist, dass die Parteien von der Weiterentwicklung des Zivilprozesses profitieren.²⁵⁸ Unabdingbare Voraussetzung ist, dass die interessenbasierte Verhandlung im Einvernehmen mit den Parteien geführt wird. Der Richter bewegt sich somit auf dem schmalen Grat zwischen unzulässiger Einflussnahme und erwünschter Verfahrensleitung.

In der interessenbasierten Gerichtsverhandlung wird es darum gehen, dass der Richter eine hohe Präsenz²⁵⁹ zeigt und die Metakommunikation beherrscht. Eine deeskalierende Gesprächsführung i.S. emotional intelligenter Verhandlungsführung²⁶⁰ sollte zur richterlichen Aufgabe erhoben werden.²⁶¹ Hieraus wird ein neues Rollenbild zu entwickeln sein, aus dem sich ein verändertes Rollenverständnis entwickeln kann.

Duss-von Werdt²⁶² weist darauf hin, dass Macht, wie auch Neutralität und Freiwilligkeit, solange inhaltsleer und abgehoben bleiben, bis man diesen Begriffen durch einen bestimmten Bezug einen Raum gibt. Erst dadurch werde klar, in welcher Hinsicht man frei, in Bezug auf wen oder was man gleich sei. Gleiches gilt für die Überprüfbarkeit und Transparenz hoheitlichen Handelns.²⁶³ Auch sie müssen so in Bezug gesetzt werden. Aus Sicht der Mediation bietet sich an, die Meta-Ziele der interessenbasierten Gerichtsverhandlung zu bestimmen, denn daran werden sich die Interventionen ausrichten.

Betrachtet man die bei Gläßer²⁶⁴ beschriebenen Meta-Ziele,²⁶⁵ so umfasst der hier vertretene Ansatz für die zielführende Anwendung mediativer Interventionen eine Mischung aus verschiedenen Elementen. Im Vordergrund stehen Anteile aus dem „Individual-Autonomy-Ansatz“. Hier wird die Mediation als institutionalisierte Selbstverantwortung begriffen, wobei es nicht letztlich darauf ankomme, ob die

²⁵⁸ So auch *Schmitt*, Stufen einer Güteverhandlung, 166 ff.

²⁵⁹ *Fritz/Krabbe*, NVwZ 2011, 396.

²⁶⁰ *Berger/Bernhardt/Bernhardt*, ZKM 2011, 40.

²⁶¹ Siehe dazu *Schmidt/Kiszenow-Bäker/Gerndorf*, ZKM 2014, 87.

²⁶² *Duss-von Werdt*, ZKM 2000, 4.

²⁶³ *Trossen*, Mediation (un)geregelt, 717.

²⁶⁴ *Gläßer*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 360 ff.

²⁶⁵ Vgl. oben Teil 3.2.6.

Parteien eine Einigung erreichen, sondern dass die Parteien selbst zu einem Ergebnis gelangen, und durch die Mediation die künftige Konfliktlösungskompetenz gestärkt wird.²⁶⁶ Der zuletzt genannte Aspekt ist aber nur ein Nebenprodukt. Die institutionalisierte Selbstverantwortung von Vergleichsverhandlungen beruht auf dem Gedanken eines gleichwertigen Äquivalents von Vergleich und gerichtlicher Entscheidung, solange die Parteien diese Wahl haben und auch treffen. Dabei wird das Dilemma, dass möglicherweise eine der Parteien sich für einen Vergleich entscheiden möchte, die andere aber auf der gerichtlichen Entscheidung besteht, nicht aufgelöst werden können. Letztlich ergibt sich ein ähnliches in der Mediation, wenn eine Partei die Mediation will, die andere nicht. Letztlich kann die Triade der Mediation nur mit drei Parteien aufgebaut werden.

3.4. Ergebnis der Forschungsfrage

In der Literatur fällt auf, dass manche Argumentation von dem Wunsch getragen ist, andere, insbesondere Parteien eines Zivilprozesses, von den Segnungen der Mediation profitieren zu lassen.²⁶⁷ Soll das hier zu extrahierende Modell in der Realität eine Etablierungschance haben, müssen die unterschiedlichen Kooperationsweisen²⁶⁸ berücksichtigt werden. Der Richter befindet sich in einer Doppelrolle: Verhandelt er, wie herkömmlich vorgesehen, die Positionen und damit einen Kompromiss, ist der Rahmen ein anderer als wenn er einen Konsens verhandelt. Die Schwierigkeit bezogen auf die Grundhypothese der vorliegenden Arbeit liegt darin, dass sich oft erst spät herausstellt, welcher Rahmen der richtige ist. Das Dilemma kann allenfalls aufgelöst werden, indem dem Richter eine Flexibilität abverlangt wird, die durch Hypothesenarbeit und Begleitung der Verhandlung auf der Metaebene erleichtert werden könnte. Ganz konkret ist damit gemeint, dass der Richter, gleichsam auf einer Parallelspur die Qualität der Verhandlung aufmerksam beobachtet und regelmäßig überprüft, ob ein Wechsel erforderlich ist. Dieser kann aus der Interessenbasiertheit in die juristische Entscheidungsfindung

²⁶⁶Vgl. Gläßer, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 362.

²⁶⁷Bspw. ist das Standardwerk *Fisher/Shapiro*, *Beyond Reason* so strukturiert, dass in *Part II. Take the Initiative* Handlungsanweisungen vermittelt werden, mit dem Ziel, hilfreiche Emotionen zu stimulieren. So heißt es in der Einleitung: „The challenge is learning to stimulate helpful emotions in those with whom we negotiate – and in ourselves.“

²⁶⁸Dazu *Trossen*, ZRP 2012, 24 f.

herausführen oder auf der anderen Seite den Verweis zum Güterrichter gem. § 278 V ZPO²⁶⁹ bedingen.

Die in Teil 3. beschriebenen Spannungsverhältnisse sind bei der Konzeption der interessenbasierten Gerichtsverhandlung zu beachten, unabdingbaren Grundsätzen des Zivilprozesses ist der Vortritt vor mediativen Prinzipien zu geben, um die Rechtsstaatlichkeit des Zivilprozesses sicherzustellen. Dazu gehören der Grundsatz der Neutralität und Unabhängigkeit (Art 97 I GG) des gesetzlichen Richters (Art 101 I GG) und des rechtlichen Gehörs (Art 103 I GG). Das gilt aber auch für die Grundsätze der Entscheidungszuständigkeit des Richters und der Öffentlichkeit, die dem Zivilprozess in Abgrenzung zu den ADR-Verfahren ihre Kontur geben.

Es gibt aber auch unabdingbare Elemente der Mediation i.S. einer Streitbehandlung,²⁷⁰ deren Berücksichtigung zu einer Weiterentwicklung des Zivilprozesses führen sollte. Dazu gehört neben dem Verständnis von Mediation als Haltung, der Gebrauch mediativer Interventionen, die Interessenbasiertheit der Verhandlung und vor allem neben der Ergebnisoffenheit des Richters im Stadium der interessenbasierten Verhandlung die Entscheidungskompetenz²⁷¹ der Parteien über das „Ob“ der Güterverhandlung. Erst dann kann das Wertschöpfungspotential, das in der Mediation liegt, genutzt werden. Noch weitergehend kann angenommen werden, dass die interessenbasierte Gerichtsverhandlung den Konfliktverlauf prägen wird, in dem die Verständnissicherung und Deeskalation zur Einordnung des Konflikts weit abseits von derjenigen des Streits um Recht führen wird.²⁷² Dies wird durch die Untersuchung von Böttger/Hupfeld²⁷³ bestätigt. Sie beschreiben, dass die Aussagen der Interviewpartner darauf hindeuten, dass der Aspekt der Freiwilligkeit eine psychologische Wirkung habe, da diese mit einer Art „Grundbereitschaft“ der Parteien zur Konfliktlösung einhergehe und somit die Aussicht auf Erfolg schon „vorprogrammiert“ sei.

²⁶⁹ Hier muss lediglich rechtliches Gehör gewährt werden. Das Einverständnis der Parteien ist nicht vorausgesetzt, wird aber hier als unabdingbar erachtet, will der Richter in der interessenbasierten Verhandlung nicht seine Kompetenz in Frage stellen lassen, weil etwa die Parteien sich hintergangen fühlen.

²⁷⁰ Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1.

²⁷¹ Fritz/Krabbe, NVwZ 2011, 396.

²⁷² Vgl. dazu Breidenbach, Mediation, 38 f., der auf die Weichenstellung für den Konfliktverlauf hinweist.

²⁷³ Böttger/Hupfeld, ZKM 2004, 155.

Unerwünschte Auswirkungen auf die Richterrolle und die strukturellen Machtposition sind abzufedern durch einen bewussten Umgang des Richters mit den Dimensionen von Macht, Konflikt- und Beziehungsdynamik.

Würde die mit der Interessensforschung verbundene Aufgabe, die Parteien wirklich verstehen zu wollen, zu einem Ordnungsprinzip der Gerichtsverhandlung erhoben, würde dies wesentliche Auswirkungen auf den Zivilprozess haben. Laut Greger²⁷⁴ entspricht der Vorrang der Einigung modernem Rechtsdenken, das vom BVerfG²⁷⁵ als vorrangig bezeichnet und als „Magna Carta“ der konsensualen Konfliktlösung gesehen werden kann: „Der Rechtsstaat ist kein Rechtswegestaat. Im Zivilrecht garantiert der Rechtsstaat die Privatautonomie. Oberste Rechtsquelle ist [...] die Willensübereinkunft der Parteien.“

Letztlich stellt die interessenbasierte Verhandlung in diesem Sinne einen Beitrag zur Rücknahme staatlicher Verantwortungsübernahme hin zu einem größeren Maß an gesellschaftlicher Selbstregulierung, wie von HoffmannRiem²⁷⁶ gefordert, dar. So kann mit Hoffmann-Riem gefolgert werden: „Durch Zulassen einer Problemlösung in (relativer) Autonomie der Beteiligten und durch Anerkennung der je eigenen Rationalitäten und Normativitäten unterschiedlicher sozialer Felder und Konfliktlagen sollen Möglichkeiten einer komplexeren Konfliktverarbeitung eröffnet werden, als sie etwa im überkommenen Rechtsschutzsystem gegeben sind.“²⁷⁷

Nicht zuletzt wird der mediativ geschulte Richter Sicherheit in der Beurteilung der Frage, welches Konfliktbearbeitungsverfahren gewählt werden sollte, gewinnen.²⁷⁸ Erst wenn der Richter die Möglichkeiten und Grenzen der anderen Verfahren wirklich beurteilen kann, können die Chancen, die in der adäquaten Verfahrenswahl liegen, ausgeschöpft werden. Da reichen eine schriftliche Information oder auch eine halbtägige Fortbildungsveranstaltung sicher nicht aus.

²⁷⁴ Greger, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 93.

²⁷⁵ BVerfG NJW-RR 2007, 1073.

²⁷⁶ Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 66.

²⁷⁷ Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 67.

²⁷⁸ Der Vorschlag, in den Gerichten Konfliktkoordinatoren Vorschläge für das Konfliktlösungsverfahren unterbreiten zu lassen (so Greger, ZKM 2011, 88 und Carl, ZKM 2012, 20), würde dann an Bedeutung verlieren.

Der Wirkungsgrad der Interessenbasiertheit auf die Güteverhandlung kann im Einzelfall beträchtlich sein. Jedoch dürfen die Hoffnungen nicht überspannt werden. Wie auch die Mediation selbst kein Allheilmittel ist, kann die Weiterentwicklung des modernen Zivilprozesses durch die vorgeschlagenen Ergänzungen nicht in jedem Fall erreichen, dass eine offene Kommunikation ohne jede Sorge vor der Festlegung zu einem nachhaltig befriedenden Verfahrensabschluss führt. Dies zu erwarten, wäre angesichts der Komplexität, der vielen Wirkfaktoren und des möglichen Eskalationsgrades nicht nur nicht angemessen, sondern naiv. Insbesondere darf die Mediationsbegeisterung des Richters nicht dazu verleiten, das notwendige Einverständnis der Parteien zu substituieren.

Auch bezogen auf die nötige Veränderung des Rollenbildes müssen die Erwartungen gedämpft werden. Eine mediative Haltung kann ohne innere Überzeugung nicht authentisch hergestellt werden. Spangenberg et al.²⁷⁹ führen hierzu den Begriff der Kongruenz ein. Es erfordere in erster Linie einen Klärungs- und Entscheidungsprozess, der in einer eindeutigen inneren Haltung münde. Sei der innere Konflikt entschieden, entstehe ein der gewonnenen Einstellung entsprechendes kongruentes Verhalten weitgehend von selbst. In der Praxis schlummert hier eine große Herausforderung für die Vermittlung der interessenbasierten Gerichtsverhandlung.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die auf Rechtsanwendung ausgelegte Gerichtsverhandlung wichtige soziale Aufgaben erfüllt. Ihre Relevanz soll auch gar nicht in Frage gestellt werden. „Der in der Rechtsordnung vorhandene reiche Schatz an praktischer Lebensklugheit soll nicht ungehoben bleiben. Aber es soll mehr geschehen.“²⁸⁰ Deshalb sollte die interessenbasierte Verhandlung einen festen Platz im System der justiziellen Rechtsanwendung bekommen. Die Ausgangsfrage ist zu bejahen.

Das Bild, das durch das Übereinanderlegen der ZPO- und Mediationsprinzipien entstanden ist, überrascht durchaus: Die Interessenbasiertheit führt sogar zu einer Stärkung der ZPO-Prinzipien, insbesondere der Dispositionsmaxime, der Neutralität des Richters und des rechtlichen Gehörs. Hinzukommt als weiterer Kernge-

²⁷⁹ Spangenberg/Spangenberg, ZKM 2014, 50.

²⁸⁰ Haft, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 106, RN 31.

danke die Anerkennung der Privatautonomie durch Sicherstellung, dass der Richter nicht „auf Einvernehmen“, sondern „im Einvernehmen“ wirkt.

4. Vorschlag für ein Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung

Unter Berücksichtigung des Vorgenannten ergeben sich Kriterien für ein Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung, durch die die Gegensätzlichkeit von justizieller und mediativer Konfliktbearbeitung entschärft wird.²⁸¹ Das Modell der interessenbasierten Gerichtsverhandlung beinhaltet folgende Aspekte: Haltung, Technik, Lösungsoffenheit und Akzeptanz des Parteiwillens. Ziel ist, den Konsens über den Dissens als gleichwertige Alternative zum Konsens über den Konsens zu akzeptieren. Der Richter unterbreitet für die Güteverhandlung das Angebot eines befriedeten Verhandlungszustandes.²⁸² Die Gesprächsführung zielt auf Deeskalation und Ressourcenorientierung.

Der konkrete Verfahrensablauf beinhaltet, nachdem die Verfahrensentscheidung getroffen worden ist, das Verfahren nicht in eine andere Konfliktbearbeitung zu verweisen, die Vorbereitung der mündlichen Verhandlung anhand der Gerichtsakte mittels Erarbeitung der Rechtslage im Wege der Relationstechnik. Zusätzlich werden Hypothesen²⁸³ zur Konfliktodynamik, den möglichen Interessen der Beteiligten, insbesondere auch den Verfahrensinteressen,²⁸⁴ und dem Zeitmanagement gebildet. Hierzu dient auch die Lektüre des vorgerichtlichen Schriftverkehrs, dessen Vorlage den Parteien aufgegeben wird. Die Ergebnisse werden bei der Aufteilung der Terminrolle berücksichtigt.

In der Verhandlung selbst, deren klassisches Setting um die Einbeziehung von Visualisierungstechniken erweitert wird, wird mit den Parteien zunächst über die Möglichkeit der interessenbasierten Verhandlung verhandelt. Der Richter stellt Transparenz her, indem in dieser Phase Chancen und Grenzen der interessenbasierten Gerichtsverhandlung aufgezeigt werden. Hierzu wird in allgemein ver-

²⁸¹ *Schlieffen*, in: Haft/Schlieffen/Bamberger, Handbuch Mediation, 2. Aufl., 213 spricht von sich auflösenden Antinomien.

²⁸² Für die Mediation: *Schlieffen*, in: Haft/Schlieffen/Bamberger, Handbuch Mediation, 2. Aufl., 212.

²⁸³ Vgl. dazu *Rosner/Winheller*, Mediation und Verhandlungsführung, 430.

²⁸⁴ Zur Relation von Verfahrensinteressen und Verfahrenszufriedenheit: *Greger*, in: Greger/Unberath, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 92.

ständlicher Art und Weise erläutert, was unter Interessen zu verstehen ist und welche Ziele die interessenbasierte Verhandlung verfolgt. Die Parteien sind darüber aufgeklärt, dass die Grundsätze der Öffentlichkeit und Entscheidungszuständigkeit des Richters nicht zur Disposition stehen. Hier wird bei Bedarf auf die Möglichkeit des Verweises nach § 278 V bzw. § 278 a ZPO hingewiesen.

Bevor die Interessen im Wege mediativer Interventionen erarbeitet werden, hat der Richter sich zu vergewissern, dass die Parteien und ihre Prozessbevollmächtigten damit einverstanden sind, dass auf Einvernehmen hingewirkt wird und wieviel Zeit hierfür investiert werden kann. Indem der Richter vorab mit den Parteien klärt, ob interessenbasiert verhandelt werden soll, ermöglicht er – ähnlich der Mediationsvereinbarung -, dass die Parteien eine Selbstverpflichtung bezüglich des weiteren Verhandlungsprozesses eingehen.²⁸⁵

Die Haltung des Richters ist ergebnisoffen, die Parteien können jederzeit die Güteverhandlung abbrechen. Die mündliche Verhandlung schließt sich dann an. Ansonsten werden die Interessen visualisiert und mit geeigneten mediativen Techniken²⁸⁶ an einer Lösung gearbeitet.

Eine Unterscheidung hinsichtlich der geeigneten Anwendungsfälle ist nach hiesiger Auffassung von untergeordneter Relevanz. Da die Entscheidung über das „Ob“ der Güteverhandlung in die Hände der Parteien gelegt wird, bedarf es einer Festlegung des Anwendungsbereichs²⁸⁷ nicht. Die Parteien können ihre Dispositionsfreiheit nutzen und ohnehin kennen nur sie ihre wahren Gründe für oder gegen die Güteverhandlung.

²⁸⁵ Wiederum für die Mediation: *Schlieffen*, in: Haft/Schlieffen/Bamberger, Handbuch Mediation, 2. Aufl., 212.

²⁸⁶ Dazu unten Teil 6.

²⁸⁷ *Montada/Kals*, Mediation, 32 f. unterscheiden zwischen justiziablen und nicht-justiziablen Konflikten.

5. Rahmenbedingungen für die Weiterentwicklung der Güteverhandlung gem. § 278 II ZPO zur interessenbasierten Gerichtsverhandlung: Wie kann das Modell abgesichert werden?

Folgt man der Änderung des richterlichen Rollenbildes, die mit der Einführung einer interessenbasierten Gerichtsverhandlung einhergeht, werden mehrere Maßnahmen erforderlich sein. Diese beziehen sich zum einen auf die Implementierung des Modells in die Prozessordnung, da diese Maßstab für richterliches Verhandeln ist. Duss-von Werdt geht mit Dürr davon aus, dass die Entscheidung für die Einbindung gewaltloser Konfliktbearbeitung eine zentrale Aufgabe des Gemeinwesens ist und daher der Einbindung des Staates bedarf.²⁸⁸ Schließlich übt die Judikative durch Rechtsprechung als dritte Gewalt im Staat strukturelle Macht aus. Der Diskurs hierzu ist nicht abschließend geführt, aber dringend notwendig. Im Folgenden werden hierzu einige Aspekte angesprochen werden können.

Zum anderen wird es vonnöten sein, Richter entsprechend aus- und fortzubilden. Schließlich werden motivationsfördernde Maßnahmen aufgezeigt werden.

5.1. Ausdifferenzierung des Modells

Voraussetzung für die langfristige Etablierung der interessenbasierten Gerichtsverhandlung wird sicher die weitere Ausdifferenzierung des Modells durch – wohlgermerkt interdisziplinär zu führende – Diskussion in Wissenschaft und Praxis sein. Soweit die Einbindung durch Rechtsetzung erfolgt, findet übrigens mit dem weiteren Diskurs die Weiterentwicklung von Recht statt.

²⁸⁸ *Duss-von Werdt*, Einführung in Mediation, 113.

5.2. Implementierung in das Gesetz

5.2.1. Wozu gesetzliche Definitionen?

Bislang gibt es im Prozessrecht lediglich Einbruchstellen für mediatives Verhandeln.²⁸⁹ Die Rechtsordnung bildet zwar die Basis für die richterliche Entscheidungsfindung, enthält aber keine Vorgaben für die Art und Weise der Verhandlungsführung.²⁹⁰ Daraus folgt einerseits, dass derzeit nichts dem Richter ein mediatives Verhandeln in der gerichtlichen Verhandlung verbietet. Andererseits fehlt aber bislang die Grundlage für die bewusste Einbeziehung von Interessen, damit sie mittels mediativer Interventionen einbezogen werden können. Trossen spricht sich sogar für eine grundlegende Neufassung der Prozessordnungen aus, weil mit den 2012 erfolgten Änderungen infolge von Art 2 ff. MediationsförderungsG Fragen über die Grundprinzipien richterlicher Tätigkeit aufgeworfen worden seien, ohne dass hierzu eine parlamentarische Diskussion stattgefunden habe.²⁹¹

Weniger evident, aber nicht weniger relevant, ist das psychologische Phänomen der Wirksamkeit sozialer Normen und Konventionen.²⁹² Der Mensch lässt sich von der Regel leiten, denn sie hat evolutionsgeschichtlich das Überleben begünstigt. Entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Normsetzung, setzt er die Regel, deren Ausnahme der Mensch bei voller Entscheidungsfreiheit tendenziell meiden wird.²⁹³ Soll das Modell abgesichert werden, wird es Absicherung durch sorgfältige Normierung in der ZPO benötigen. Interessenbasiertes Verhandeln erhalte dadurch seinen Platz im Kanon richterlicher Pflichten. Dass damit viele neue Fragen, insbesondere nach der Überprüfbarkeit richterlichen Handelns im Be-

²⁸⁹ ZB. §§ 32, 34, 113, 207, 221 FamFG; Vgl. *Fritz/Fritz*, FPR 2011, 331.

²⁹⁰ Die Notwendigkeit in der ZPO mehr Regelungen zur Frage der Ausgestaltung des mündlichen Verfahrens zu geben, wird schon lange diskutiert. Vgl. *Schmitt*, Stufen einer Güteverhandlung, 13.

²⁹¹ *Trossen*, Mediation (un)geregelt, 723 f.

²⁹² Vgl. *Röthemeyer*, Mediation, 146. *Schuster*, in: Gottwald, Der Prozeßvergleich, 109 beschreibt diesen Effekt hinsichtlich der Zurückhaltung der Parteien bei der Initiative zum Vergleichsvorschlag in einem kontradiktorisch ausgestalteten Verfahren.

²⁹³ Vgl. *Röthemeyer*, Mediation, 146 unter Bezugnahme auf *Gigerenzer*, Bauchentscheidungen.

reich der Verhandlungsführung, auftreten, kann an dieser Stelle nur angesprochen werden.²⁹⁴

Die gesetzliche Verankerung wird Basis für die Veränderung des richterlichen Berufsbildes und eine langfristige Akzeptanz in der Richterschaft bilden. Die Veränderungen werden sich sicher nicht plötzlich einstellen. Als Vorbild kann das geänderte Verhandlungsleitbild und damit Rollenverständnis des Familienrichters infolge der Neuregelungen bei Einführung des FamFG ab 2009 gelten. Ziel der Reform war u.a. die Stärkung der konfliktvermeidenden und konfliktlösenden Elemente im familiengerichtlichen Verfahren.²⁹⁵ Inzwischen wird gefordert, besondere Anforderungen an den Familienrichter zu stellen.²⁹⁶ Wieso könnte dies nicht auch für den Richter gelten, der im Bereich der Privatautonomie unterliegender Gerichtsverfahren Verhandlungen führt?

Dem mag entgegengehalten werden, dass die Überprüfung der Interessenbasiertheit richterlichen Handelns kaum möglich sein dürfte. Entscheidender als die Qualität der Interessenerforschung wird sein, dass die Freiwilligkeit der Vergleichsverhandlung gewährleistet wird. Insoweit wird die bereits ergangene Rechtsprechung zur widerrechtlichen Einflussnahme des Richters als Anhaltspunkt genommen werden können.

Schließlich bedarf es der gesetzlichen Normierung der Interessen, um die erforderliche Verankerung in der Juristenausbildung zu ermöglichen. Da der Güterichter gemäß § 278 V ZPO Rechtsprechungsaufgaben wahrnimmt und von jedem Gericht geschäftsplanmäßig ein Güterichter zu bestimmen ist, müssen die Fertigkeiten mediativer Interventionen, wie das materielle und prozessuale Recht, schon jetzt auch in der Ausbildung vermittelt werden. Dies wird umso mehr gelten, wenn die interessenbasierte Gerichtsverhandlung gesetzlich vorgesehen ist.

²⁹⁴ Vgl. zur Anfechtbarkeit von Vergleichen aufgrund von Vergleichsdruck den Überblick bei *Brugger/Ziegler*, NJW-Spezial 2011, 114.

²⁹⁵ So die Gesetzesbegründung; BT-Drs. 16/6308, 164.

²⁹⁶ Vgl. https://www.bundesrat.de/SharedDocs/drucksachen/2016/0401-0500/zu465-16.pdf?jsessionid=2358ECF872506035D915E782C61D1485.2_cid339?__blob=publicationFile&v=1, aufgerufen am 15.07.2017, S. 2, den Auftrag des Deutschen Bundestages an die Bundesregierung, einen entsprechenden Gesetzesentwurf vorzulegen.

5.2.2. Gesetzliche Definition der Berücksichtigung von Interessen und Bedürfnissen in der Güteverhandlung (§ 278 II ZPO)

Die Interessenbasiertheit der Verhandlung geht von den Interessen und Bedürfnissen der Prozessparteien aus. Oben wurde bereits die Interessendefinition von Gläßer/Kirchhoff zugrunde gelegt²⁹⁷ und vom umgangssprachlichen und juristischen Verständnis abgegrenzt. Zur Erinnerung: Interessen sind danach „die im Einzelfall relevanten Kriterien, die in einer Konfliktlösung berücksichtigt werden müssen, damit diese im Ergebnis für die Parteien umfassend befriedigend ist.“²⁹⁸

Diese Arbeitsdefinition orientiert sich an den Kriterien, die für die verhandlungsfördernde Formulierung von Interessen relevant sind²⁹⁹ und ist damit eine gute Ausgangsbasis für die Legaldefinition, die eine generell abstrakte Normierung enthalten muss. Hier liegt das Kernproblem: Wie kann der Gesetzgeber die Anforderungen an richterliche Verhandlungstätigkeit formulieren und dabei die Subjektivität der Interessen als konstituierendes Wesensmerkmal erhalten?

Was ist mit den Verfahrensinteressen der Parteien bzw. der anderen Prozessbeteiligten? Dass die übrigen Beteiligten ebenfalls Interessen, jedenfalls Verfahrensinteressen haben, wird für die Verhandlungsführung eine Rolle spielen, da die Verhandlungsdynamik hiervon beeinflusst wird. So wird der Prozessbevollmächtigte, der unter besonderem Zeitdruck steht, ein Interesse an einer kurzen Verhandlungsdauer haben und die Verhandlungsführung vermutlich stören, wenn dies vom Vorsitzenden nicht berücksichtigt wird. Unter die obige Interessendefinition lassen sich auch die Verfahrensinteressen subsumieren, da sie ebenfalls „relevante Kriterien“ darstellen.

Noch eine andere Schwierigkeit gilt es zu meistern: Welche Rolle spielt für die Legaldefinition, dass das Verständnis von Interessen wesentlich vom Mediationsstil abhängt? Es gibt keine allgemeingültige Definition von Interessen. Muss sich der Gesetzgeber erst für einen Mediationsstil entscheiden? Welche Auswirkungen hätte dies auf den Mediationsmarkt insgesamt, in dem mit dem MediationsG der

²⁹⁷ Siehe Teil 1.1.1.

²⁹⁸ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 131.

²⁹⁹ Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, 130 ff.

Gesetzgeber eine Tendenz zur Selbstregulierung des Marktes vorgegeben hat. All diese Fragen können hier als Beitrag zur Diskussion nur angedeutet werden.

Hier zeigt sich der experimentelle Charakter der vorliegenden Arbeit, denn der folgende Vorschlag muss ohne den noch nötigen Diskurs auskommen, mag also als Diskussionsbeitrag gewertet werden. Danach bleibt es bei der Arbeitsdefinition von Gläßer/Kirchhoff, die angereichert wird um eine subjektive Komponente, um zu verdeutlichen, dass hier der Überprüfbarkeit richterlicher Verhandlungstätigkeit Grenzen gesetzt sind. Dies gilt insbesondere für Interessen, die nicht Preis gegeben werden oder gar nicht bewusst sind. Die Anleihe wird bei Trossen genommen, der das Interesse mit dem subjektiv erwartbaren Nutzen verknüpft.³⁰⁰

5.2.3. § 278 ZPO bis § 278 b ZPO de lege ferenda

Es ergeben sich folgende Vorschläge, in die die bisherigen Ergebnisse eingearbeitet werden:

§ 278 I ZPO:

Soweit die Parteien sich darüber verständigen, dass eine nichtstreitige Erledigung des Rechtsstreits erreicht werden soll, soll das Gericht in jeder Lage des Verfahrens die Parteien darin unterstützen. Das Gericht hat in geeigneten Fällen mit den Parteien zu erörtern, ob die Parteien mit einem Vorgehen gemäß § 278 a ZPO oder gemäß § 278 V ZPO einverstanden sind. Das Gericht kann im Einvernehmen mit den Parteien ihre Interessen zum Gegenstand der Erörterung der nichtstreitigen Erledigung machen.

§ 278 II ZPO:

Der mündlichen Verhandlung geht eine Güteverhandlung voraus, in der der Richter mit den Parteien zunächst erörtern soll, ob diese interessenbasiert geführt wird, es sei denn es besteht erkennbare Aussichtslosigkeit. Die Parteien sollen persönlich angehört werden. Erklären die Par-

³⁰⁰ Vgl. Trossen, Mediation (un)geregelt, 56.

teien ihr Einverständnis, berücksichtigt der Richter bei der Erörterung des Sach- und Streitstandes die Interessen der Parteien (interessenbasierte Güteverhandlung). Anderenfalls erfolgt ausschließlich die Erörterung des Sach- und Streitstandes.

§ 278 III - V ZPO bleiben unverändert.

§ 278 b ZPO:

Die Interessen sind die im Einzelfall subjektiv relevanten Kriterien, die in einer Konfliktlösung berücksichtigt werden müssen, damit diese im Ergebnis von den Parteien als umfassend befriedigend empfunden werden kann.

5.3. Setting

Soweit das räumliche Setting die Öffnung der Parteien durch Schaffen einer vertrauensvollen Atmosphäre begünstigt,³⁰¹ spricht dies geradezu gegen eine Verlegung in einen anderen Raum. Das Gespräch im Gerichtssaal mit dem streitentscheidenden Richter in Robe bewahrt die Parteien eher davor, unbewusst eine andere Gesprächsebene einzunehmen, ohne es zu wollen. Daher ist der Verbleib im Gerichtssaal eine wichtige Komponente der Transparenz, die der Richter bzgl. seiner Verhandlungsführung herstellen muss. Es muss sichtbar bleiben, dass die Parteien sich beim streitentscheidenden Richter befinden.

Der Vorschlag Gregers, die konsensorientierte Güteverhandlung sowohl äußerlich als auch methodisch und inhaltlich deutlich abzugrenzen, etwa durch eine Verhandlung auf gesonderte Ladung,³⁰² kann schon allein mangels ausreichender Ressourcen nicht näher getreten werden. Im Übrigen würde die Trennschärfe zur Güteverhandlung gemäß § 278 V ZPO völlig verloren gehen.

³⁰¹ So aber *Fritz*, LKRZ 2009, 283.

³⁰² *Greger*, in: *Greger/Unberath*, Die Zukunft der Mediation in Deutschland, 89, 95 mit Verweis auf *Hommerich/Prütting et al.*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, Köln 2006, S. 68 f.

Das Setting gehört zur Verhandlungsleitung des Richters. Es wird vorgeschlagen, diese in der üblichen Form, unmittelbar vor der prozessual vorbereiteten mündlichen Verhandlung durchzuführen, allerdings mit den oben beschriebenen Elementen.

5.4. Qualifizierung der Richterschaft

5.4.1. Von Anfang an und danach regelmäßig

Wichtig wird sein, die interessenbasierte Gerichtsverhandlung mit den verschiedenen Komponenten aus Haltung,³⁰³ Kommunikationstechniken und Einsatz passender mediativer Interventionen ab Studienbeginn zu lehren. Dadurch wird nicht nur die Wahrnehmung stärker geschult,³⁰⁴ sondern sichergestellt, dass auch alle Juristen, ob künftige Richter oder Rechtsanwälte, erreicht werden.³⁰⁵

Die Fortbildungspflicht der Richter ist seit jeher sehr umstritten³⁰⁶ und 2016 in den Fokus des Gesetzgebers gerückt.³⁰⁷ Für die Implementierung der interessenbasierten Gerichtsverhandlung wird sie unabdingbar sein.

5.4.2. Vermittlung passender mediativer Interventionen

Von großer Relevanz wird sein, dass passende Methoden vermittelt werden. Soweit die Haltung³⁰⁸ als Methode beschrieben wurde, wird dies in Weiterbildungen mittels praktischer Übung und der Zurverfügungstellung von Reflexionsräumen geschehen können, die die Individualität der Verhandlungsführung respektieren und helfen, Einigungsdruck entgegen zu wirken.

³⁰³ Vgl. dazu *Friedman/Himmelstein*, Konflikte fördern uns heraus, 31, 148, 163, 244 und 247.

³⁰⁴ Vgl. *Berger/Bernhardt/Bernhardt*, ZKM 2011, 71 unter Hinweis auf „Moot Courts“, die als Planspiele verschiedene Perspektivwechsel ermöglichen.

³⁰⁵ *Walther*, Spektrum der Mediation 2012, 60, der in diesem Zusammenhang auf den Wandel der Persönlichkeit mit fortschreitender Weiterbildung hinweist.

³⁰⁶ *Henning/Sandherr*, DRiZ 2013, 396 f.

³⁰⁷ *Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag: Richterfortbildung in Deutschland*, <https://www.bundestag.de/blob/415580/df4c51a09ac344d9ae7cbfa4bf8f4880/wd-7-022-16-pdf-data.pdf>, aufgerufen 15.07.2017.

³⁰⁸ Teil 1.4.2. und FN 303.

Mediative Interventionen im engeren Sinne werden durch die Erarbeitung eines Methodenkoffers vermittelt, der es dem Richter ermöglicht, von Fall zu Fall das geeignetste Tool herauszusuchen. Ein ausführlicher Überblick zu mediativen Interventionen findet sich als Ausgangspunkt weiterer Untersuchung bei Gläßer³⁰⁹ und, speziell für die Gerichtsverhandlung, bei Fritz.³¹⁰ Die Untersuchung der einzelnen Methoden muss an anderer Stelle geführt werden.

Hier können geeignete Methoden nur stichwortartig aufgeführt werden: Professionelle Empathie und Distanz,³¹¹ „Mediative Kommunikation“,³¹² einschließlich des aktiven Zuhörens, Herausarbeiten von Interessen und Bedürfnissen, Fragetechniken,³¹³ Körpersprache, Anleihen aus der Kurz-Zeit-Mediation³¹⁴ und der Lösungsfokussierten Mediation,³¹⁵ Visualisierungstechniken (Arbeit mit Flipchart und Bildschirm in Zeiten der elektronischen Akte, aber auch mit Metaphern), Prozessrisikoanalyse, Deeskalationstechniken (bspw. Pausen, Normalisieren) etc.

5.5. Supervision/Intervision/kollegiale Beratung

Es wurde schon darauf hingewiesen, dass zur Förderung der erforderlichen Haltung Reflexionsmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen sein werden. Dazu gehören Supervision, Intervision und kollegiale Beratung.³¹⁶ Diese Instrumente sind deshalb so fruchtbar, weil in der Arbeit an einem konkreten Fall weniger Reibungsverluste entstehen als in manch fachlicher Diskussion, in der jeder Teilnehmer andere Konstellationen vor Augen hat, ohne dass das klargestellt wird.

Indes werden hier noch weitere Frage zu klären sein. Soweit bspw. Fälle mit anstehender Verhandlung behandelt werden, wird man zu diskutieren haben, wie die Unabhängigkeit der richterlichen Entscheidungsfindung gewährleistet ist,

³⁰⁹ Gläßer, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 3. Aufl., 357 ff.

³¹⁰ Fritz, LKRZ 2009, 283.

³¹¹ Kreuser, Spektrum der Mediation 2016, 45 ff.

³¹² Klappenbach, Mediative Kommunikation.

³¹³ Krabbe, ZKM 2014, 185 ff.

³¹⁴ Fritz/Krabbe, NVwZ 2011, 396 ff. und Fritz/Krabbe, NVwZ 2011, 595 ff.

³¹⁵ Bannink, Praxis der Lösungs-fokussierten Mediation.

³¹⁶ Krabbe/Thomsen, SchlHA 2012, 82 ff.

denn der Supervisionsrunde steht nicht wie dem Kollegialgericht das Beratungsgeheimnis zu.

5.6. Weitere Ideen zur Motivationsförderung

Für Veränderung braucht es Anreize. Die Motivation zum interessenbasierten Verhandeln würde steigen, wenn diese Form der Verhandlungsführung explizit als Beurteilungskriterium für Richter eingeführt würde. Schließlich müsste der Zeitaufwand für das interessenbasierte Verhandeln bei der Erfassung der Kennzahlen für die Personalbedarfsplanung berücksichtigt werden.

6. Resümee

Die Notwendigkeit, die Kultur der Streitschlichtung in den Gerichten³¹⁷ weiter aufzubauen, konnte aufgezeigt werden. Die Praxis hat sich bereits auf den Weg gemacht, sodass es teilweise zu einem Auseinanderdriften von herkömmlichen Rollenbild und Rolle des Richters kommt. Die Abkehr von der althergebrachten Vergleichsverhandlungslogik, sich in Abhängigkeit der Prozessaussichten auf halbem Wege zu treffen, hat seinen eigenen Wert, auch wenn Lösungspotential verloren geht. Die Einbeziehung des mediativen Verhandlungsgedankens UND die Entscheidung darüber, hat den Vorteil, dass der Verbleib an der Oberfläche im Falle klassischer Vergleichsverhandlungen auf der Grundlage einer bewussten Verfahrensentscheidung geschieht. Denn: „Die ganze Wirklichkeit auch eines Streitfalles ist nur interdisziplinär zu erfassen.“³¹⁸ Im Übrigen fördert die Einbeziehung von Mediation als Haltung und Technik für den Richter die Kongruenz und damit Transparenz und Neutralität.³¹⁹

Es bedarf nun dringend eines weiteren Diskurses, nicht nur, um das Kompetenzvertrauen in die Justiz zu festigen,³²⁰ sondern auch zur klaren Umgrenzung und Implementierung des gesellschaftlich gewollten Richterbildes im Gesetz. Nur mit klaren Verfahrensregeln kann die Justiz ihre Aufgabe erfüllen und insbesondere das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in Deutschland zur Geltung bringen.³²¹ Vor allem aber würde der berechtigten Kritik begegnet, wonach der Konsensgedanke nicht unreflektiert mit richterlicher Autorität³²² ausgestattet werden sollte. Die Praxis der interessenbasierten Güteverhandlung braucht eine systematische Einordnung.

In der Herleitung des hier vertretenen Modells der interessenbasierten Gerichtsverhandlung konnte aufgezeigt werden, dass die Änderung des Rollenbildes zur

³¹⁷ Bamberger, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 247.

³¹⁸ Bamberger, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 246.

³¹⁹ Steinberg, DRiZ 2012, 20 spricht vom „fäiren Richter“.

³²⁰ Schmidt/Kiszkenow-Bäker/Gerndorf, ZKM 2014, 88.

³²¹ Zur Notwendigkeit fester Verfahrensregeln bereits Stürner, DRiZ 1976, 203.

³²² Vgl. Steinberg, DRiZ 2012, 23.

Veränderung der relativen Macht führt. Ziel ist, unter der Voraussetzung, dass die Parteien sich hierfür entscheiden, die Herstellung eines „befriedeten Verhandlungszustandes“.³²³ Damit macht sich das Modell zu Nutzen, dass die Psychologie sich zunehmend um einen an der Wirksamkeit ausgerichteten Einsatz von Methoden kümmert.³²⁴

Weiterführend wird durch empirische Forschung eine Annäherung von Theorie und Realität erforderlich sein, um die Konsequenzen und Machbarkeit zu überprüfen. Da für die interessenbasierte Gerichtsverhandlung die adäquate Haltung des Richters von entscheidender Bedeutung ist, werden besondere Anforderungen an die Formulierung der wissenschaftlichen Fragestellungen zu stellen sein. Im Ergebnis mag die vorliegende Arbeit als ein Plädoyer für Weiterentwicklung der mündlichen Verhandlung im Zivilprozess verstanden werden.

³²³ Rosner/Winheller, *Mediation und Verhandlungsführung*, 48.

³²⁴ Vgl. dazu Schmidt/Kiszkenow-Bäker/Gerndorf, *ZKM* 2014, 88.

Literaturverzeichnis

- Bamberger, Heinz Georg*, Mediation und Justiz, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von (Hrsg.), Handbuch Mediation. 3. Aufl., München 2016, S. 225-247.
- Bannink, Fredrike*, Praxis der Lösungs-fokussierten Mediation, Konzepte, Methoden und Übungen für MediatorInnen und Führungskräfte, Stuttgart 2009.
- Bastine, Reiner*, Konflikte klären, Probleme lösen – die Psychologie der Mediation, in: *Haynes, John M./Mecke, Axel/Bastine, Reiner/Fong, Larry S.*, Mediation – vom Konflikt zur Lösung. 4. Aufl., Stuttgart 2014, S. 11-45.
- Berger, Klaus Peter/Bernhardt, Madeleine/Bernhardt, Andreas*, Umgang mit Emotionen in Verhandlungen, Teil I, ZKM 2011, 40-44.
- Berger, Klaus Peter/Bernhardt, Madeleine/Bernhardt, Andreas*, Umgang mit Emotionen in Verhandlungen, Teil 2, ZKM 2011, 68-71.
- Berlin, Christof*, Medi(t)ation – Fokus auf dem Inneren, Fragen an Gary Friedman, ZKM 2016, 187-189.
- Bielecke, Alexandra*, Gerichtliche Mediation – zwischen innerem Anspruch und äußerer Wirklichkeit, in: Gläßer, Ulla (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, Grundsatzzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Baden-Baden 2011, S. 305-321.
- Böttger, Andreas/Hupfeld, Jörg*, Mediatoren im Dienste der Justiz – Begleitforschung zum Modellprojekt „Schlichten statt richten“, ZKM 2004, 155-160.
- Breidenbach, Stephan*, Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995.
- Breidenbach, Stephan*, Grundlagen der Mediation, Mediation – Komplementäre Konfliktbehandlung durch Vermittlung, in: Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin (Hrsg.), Mediation für Juristen: Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997, S. 1-11.
- Breidenbach, Stephan/Gläßer, Ulla*, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung im Spektrum der Mediationsziele, Kon:Sens – Zeitschrift für Mediation 1999, 207-212.
- Brugger, Helen/Ziegler, Katharina*, Die Grenze von Vergleichsbemühungen bei einem Prozessvergleich, NJW-Spezial 2011, 114-115.
- Busch, Dominic/Mayer, Claude-Hélène* (Hrsg.), Mediation erforschen. Fragen – Forschungsmethoden – Ziele, Wiesbaden 2012.
- Carl, Eberhard*, Vom richterlichen Mediator zum Güterichter, ZKM 2012, 17-20.

- Duss-von Werdt, Josef*, Einführung in Mediation, 2., überarb. Aufl., Heidelberg 2011.
- Duss-von Werdt, Josef*, Mediation und Macht, ZKM 2000, 4-7.
- Egli, Urs*, Vergleichsdruck im Zivilprozeß: eine rechtstatsächliche Untersuchung, Berlin 1996. (Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd 78.)
- Engelfried, Ulrich*, Geänderte Richterbilder – notwendige Veränderung oder Missbrauch der dritten Gewalt? Überlegungen am Beispiel der Familiengerichte – zugleich eine erste inhaltliche Vorschau auf den Richterratschlag 2014, *Betrifft Justiz* 2013, 166-169.
- Fischer, Julia/Fleckenstein, Benedikt/Fischer, Peter*, Psychologie der Mediation: Wissenschaftlich-psychologische Techniken der Mediatoren, ZKM 2014, 142-146.
- Fisher, Roger/Shapiro, Daniel*, *Beyond Reason: Using Emotions as You Negotiate*, New York 2006.
- Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce*, Das Harvard-Konzept. Die unschlagbare Methode für beste Verhandlungsergebnisse, 25., überarb. Aufl., Frankfurt am Main 2015.
- Fleindl, Hubert/Haumer, Christine*, Der Prozessvergleich: Ein Handbuch für Rechtsanwälte und Richter, München 2016.
- Friedman, Gary/Himmelstein, Jack*, Konflikte fordern uns heraus: Mediation als Brücke zur Verständigung, Frankfurt am Main 2013.
- Fritz, Roland*, Mediationsvereinbarung und „mediativer Vergleich“ – Zwillinge oder ungleiche Brüder? Überlegungen zur Verwendung mediativer Elemente in einem Erörterungstermin oder einer Güteverhandlung, *LKRZ* 2009, 281-285.
- Fritz, Roland/Fritz, Elisabeth*, Richter als gerichtssinterne Mediatoren, *FPR* 2011, 328-333.
- Fritz, Roland/Krabbe, Heiner*, Gerichtssinterne Mediation – Der Faktor „Zeit“ Verfahrensoptimierung durch Kurz-Zeit-Mediation, Teil 1, *NVwZ* 2011, 396-400.
- Fritz, Roland/Krabbe, Heiner*, Gerichtssinterne Mediation – Der Faktor „Zeit“ Verfahrensoptimierung durch Kurz-Zeit-Mediation, Teil 2, *NVwZ* 2011, 595-598.
- Fritz, Roland/Krabbe, Heiner*, Plädoyer für Qualität und Nachhaltigkeit der Güterichterausbildung, *NVwZ* 2013, 29-32.
- Fuchtmann, Engelbert*, Aktives Zuhören – wesentlicher Erfolgsfaktor einer Mediation, ZKM 2003, 254-256.

- Gelleszun-Koschke, Denise*, Rechtspraktische Kommunikation: juristischer Sprachgebrauch in der Rechtsberatung – mehr als ein rhetorisches Versteckspiel, Marburg 2011.
- Gigerenzer, Gerd*, Bauchentscheidungen: die Intelligenz des Unbewussten und die Macht der Intuition, 10. Aufl., München 2009.
- Glasl, Friedrich*, Wie geht Mediation mit Macht um?, Perspektive Mediation 2008, 177-182.
- Gläßer, Ulla*, Mediative Interventionen, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl., München 2016, S. 357-388.
- Gläßer, Ulla/Kirchhoff, Lars*, Lehrmodul 2: Interessenermittlung, ZKM 2005, 130-133.
- Gottwald, Walther*, Streitbeilegung ohne Urteil: vermittelnde Konfliktregelung alltäglicher Streitigkeiten in den Vereinigten Staaten aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 1981.
- Gottwald, Walther* (Hrsg.), Der Prozeßvergleich: Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven, Köln 1983.
- Gottwald, Walther*, Stadien, Strategien und Maximen in Verhandlungen, in: Gottwald, Walther (Hrsg.), Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 2. Aufl., Tübingen 1993, S. 65-89.
- Gottwald, Walther/Greger, Reinhard*, Alternative Konfliktbehandlung im Zivilprozess, Ausgangsidee, Umsetzung, Ergebnis und Ausblick, ZKM 2016, 84-88.
- Gottwald, Walther/Treuer, Wolf-Dieter*, Vergleichspraxis: Tips für Anwälte und Richter, Stuttgart 1991.
- Götz von Olenhusen, Peter*, Gerichtsmediation – Richterliche Konfliktvermittlung im Wandel, ZKM 2004, 104-107.
- Greger, Reinhard*, Die Verzahnung von Mediation und Gerichtsverfahren in Deutschland, ZKM 2003, 240-245.
- Greger, Reinhard*, Mediation und Justiz, in: Greger, Reinhard/Unberath, Hannes (Hrsg.), Die Zukunft der Mediation in Deutschland, Tagung vom 15./16. Februar 2008 in Jena, Tagungsband, München 2008, S. 89-97.
- Greger, Reinhard*, Veränderungen im Prozessverständnis, in: Gläßer, Ulla (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, Grundsatzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Baden-Baden 2011, S. 357-367.
- Greger, Reinhard*, Erörterungstermin im Zivilprozess – warum nicht?, NJW 2014, 2554-2557.
- Greger, Reinhard*, Für jeden Konflikt das passende Verfahren, ZKM 2014, 140-142.

- Greger, Reinhard*, Mediation zwischen Begriffsvermischung und Blickverengung, ZKM 2016, 184-185.
- Greger, Reinhard/Weber, Harriet*, Das neue Güteverfahren Arbeitshilfe für Richter, Rechtsanwälte und Gerichtsverhandlung, MDR 2012, S003-S032.
- Gross, Norbert*, Visitenkarten der Justiz, in: Büscher, Wolfgang (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 1035-1044.
- Haft, Fritjof*, Was kann Verhandlungen schwierig machen – und wie überwindet man diese Schwierigkeiten?, in: Gottwald, Walther (Hrsg.), Verhandeln und Vergleichen als juristische Fertigkeiten, 2. Aufl., Tübingen 1993, S. 14-33.
- Haft, Fritjof*, Verhandlung und Mediation, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl., München 2016, S. 99-108.
- Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von* (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Auflage, München 2016.
- Henkel, Wolfram*, Die mündliche Verhandlung im Zivilprozeß aus kommunikationspsychologischer Sicht, ZZP 1997, 91-108.
- Henkel, Wolfram*, Elemente der Mediation im arbeitsgerichtlichen Verfahren, dargestellt am Modell des Kündigungsschutzprozesses, NZA 2000, 929-932.
- Henning, Klaus/Sandherr, Urban*, Fortbildungspflicht ins Gesetz? Pro und Contra, DRiZ 2013, 396-397.
- Hirtz, Bernd*, Plädoyer für den Prozess, NJW 2012, 1686-1689.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Modernisierung von Recht und Justiz: eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, Frankfurt am Main 2001.
- Hönlinger, Ingrid*, Debattenbeitrag zu „Alternative Streitbeilegung – wieviel Konkurrenz verträgt die Justiz?“, <https://rechtgruen.wordpress.com/12-02-16/#content> (aufgerufen am 15.07.2017).
- Institut für Demoskopie Allensbach*, ROLAND Rechtsreport 2016, https://www.roland-rechts-schutz.de/media/rechtsschutz/pdf/unternehmen_1/ROLAND_Rechtsreport_2016_Final.pdf (aufgerufen am 15.07.2017).
- Janowitz, Heide/Spangenberg, Brigitte/Spangenberg, Ernst u.a.*, Wie die Räder ineinandergreifen, ZKM 2011, 82-85.
- Kals, Elisabeth/Ittner, Heidi*, Erlebte Gerechtigkeit in Konflikten und in der Mediation, in: Dethloff, Nina/Hess, Burkhard/Kals, Elisabeth u.a. (Hrsg.), Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit im Kontext der Mediation: europäische und deutsche Perspektiven, Frankfurt am Main 2013, S. 45-66.

- Kaminski, Andrea*, Contra Gerichtsinterne Mediation, Spektrum der Mediation 2010, 42-43.
- Keydel, Birgit*, Phänomene der Macht in der Mediation, Was die Soziologie dazu zu sagen hat, Spektrum der Mediation 2016, 12-15.
- Klappenbach, Doris*, Mediative Kommunikation. Mit Rogers, Rosenberg & Co. konfliktfähig für den Alltag werden, 2. Aufl., Paderborn 2011.
- Knauss, Alexander*, Der „Zwang“ zur gütlichen Einigung – Für eine Reform des § 278 ZPO, ZRP 2009, 206-209.
- Koch, Stefan/Vitens, Gesche*, Die Ausbildung von Richtermediatoren in Deutschland, in: Gläßer, Ulla (Hrsg.), Gerichtliche Mediation: Grundsatzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Baden-Baden 2011, S. 97-122.
- Krabbe, Heiner*, Werkstattbericht: Die Kunst des Fragens, ZKM 2014, 185-188.
- Krabbe, Heiner/Thomsen, Cornelia Sabine*, Die Mediationsanaloge Supervision – ein Überblick, SchlHA 2012, 82-84.
- Kracht, Stefan*, Die Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl., München 2016, S. 301-327.
- Kreuser, Karl*, Mediationskompetenz, in: Kreuser, Karl (Hrsg.), Mediationskompetenz: Mediation als Profession etablieren; theoretischer Ansatz und zahlreiche Praxisbeispiele, Münster 2012, S. 21-64.
- Kreuser, Karl*, Professionelle Empathie, Qualität einer sozialen Beziehung, Spektrum der Mediation 2016, 45-47.
- Kriegel-Schmidt, Katharina* (Hrsg.), Mediation als Wissenschaftszweig: Im Spannungsfeld von Fachexpertise und Interdisziplinarität, Wiesbaden 2017.
- Lakoff, George/Johnson, Mark*, Leben in Metaphern, Konstruktion und Gebrauch von Sprachbildern, 8. Aufl., Heidelberg 2014.
- Leyendecker, Alois*, Wege der Kooperation: Die Mediationsentwicklung in Rheinland-Pfalz, Spektrum der Mediation 2010, 33-36.
- Luhmann, Niklas*, Legitimation durch Verfahren, 9. Aufl., Frankfurt am Main 2013.
- Moltmann-Willisch, Anne-Ruth*, Der Richter als Mediator – das erweiterte Güterichtermodell in der Zivilgerichtsbarkeit, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von (Hrsg.), Handbuch Mediation. 3. Aufl., München 2016, 1199-1212.
- Montada, Leo/Kals, Elisabeth*, Mediation, Lehrbuch für Psychologen und Juristen, Weinheim 2001.
- Nelle, Andreas*, „Multi-Door Courthouse Revisited“ – Wie steht es mit gerichtsnahen Alternativen?, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), Alternative Streitbeile-

- gung: Neue Entwicklungen und Strategien zur frühzeitigen Konfliktbewältigung; Beiträge der Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Centrums für Verhandlungen und Mediation (CVM) an der Ludwig-Maximilians-Universität München, München 2011, S. 123-131.
- Ortloff, Karsten-Michael*, Richterauftrag und Mediation, in: Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin (Hrsg.), Mediation für Juristen: Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997, S. 111-119.
- Popitz, Heinrich*, Phänomene der Macht, 2. Aufl., Tübingen 2009.
- Probst, Martin*, Zivilprozess und Verhandlungskultur – Mut zur Zukunft!, JR 2011, 507-512.
- Prütting, Hanns*, Verfahrensrecht und Mediation, in: Breidenbach, Stephan/Henssler, Martin (Hrsg.), Mediation für Juristen: Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997, S. 57-73.
- Prütting, Hanns*, Mediation und Gerichtsbarkeit, Änderungen gesetzlicher Rahmenbedingungen, ZKM 2006, 100-103.
- Risse, Jörg*, Against Settlement, in: Eidenmüller, Horst (Hrsg.), Alternative Streitbeilegung, Neue Entwicklungen und Strategien zur frühzeitigen Konfliktbewältigung; Beiträge der Konferenz zum zehnjährigen Bestehen des Centrums für Verhandlungen und Mediation (CVM) an der Ludwig-Maximilians-Universität München, München 2011, S. 133-151.
- Risse, Jörg*, Konfliktlösung durch Gerichtsprozesse: Benchmark für alle ADR-Verfahren – ADR-Verfahren im Vergleich: Teil 1, ZKM 2012, 74-79.
- Röhl, Klaus F.*, Der gerichtliche Vergleich – Strukturierung eines Themenbereichs, in: Gottwald, Walther (Hrsg.), Der Prozeßvergleich: Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven, Köln 1983, S. 11-34.
- Röhl, Klaus F.*, Der Vergleich im Zivilprozeß, Untersuchungen an einem großstädtischen Amtsgericht, Wiesbaden 1983.
- Rosner, Siegfried/Winheller, Andreas*, Mediation und Verhandlungsführung, München 2012.
- Röthemeyer, Peter*, Mediation: Grundlagen-Recht-Markt, Stuttgart 2015.
- Röthemeyer, Peter*, Die Mediation im „Kampf um’s Recht“, ZKM 2016, 151-153.
- Schlieffen, Katharina von*, Perspektiven der Mediation, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von/Bamberger, Heinz Georg (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl., München 2009, S. 197-216.
- Schlieffen, Katharina von*, Einführung in die Mediation, in: Haft, Fritjof/Schlieffen, Katharina von (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl., München 2016, S. 3-76.

- Schmidt, André/Kiszkenow-Bäker, Stefanie/Gerndorf, Markus*, Klärungsorientierte Mediation, ZKM 2014, 87-92.
- Schmitt, Stephan*, Recht jenseits des Rechts, Gerichtsmediation im Lichte von Emmanuel Lévinas, Baden-Baden 2012.
- Schmitt, Stephan*, Stufen einer Güteverhandlung, Lehre einer imperfekten Gerechtigkeit, Baden-Baden 2014.
- Schreiber, Frank*, Machtungleichgewichte als Problem in der güterrichterlichen Mediation, Betrifft Justiz 2015, 50-52.
- Schuster, Paul*, Das Güteverfahren: Eine Alternative zur Ziviljustiz? in: Gottwald, Walther (Hrsg.), Der Prozeßvergleich: Möglichkeiten, Grenzen, Forschungsperspektiven, Köln 1983, S. 109-123.
- Seybold, Jan*, Mediation und gerichtliches Verfahren: Leistungspotenziale von Mediation und zivilgerichtlichem Verfahren im Vergleich; unter Berücksichtigung aktueller Verrechtlichungs- und Vergerichtlichungstendenzen der Mediation, Hamburg 2009.
- Simon, Fritz B.*, Einführung in die Systemtheorie des Konflikts, 3. Aufl., Heidelberg 2015.
- Spangenberg, Brigitte/Spangenberg, Ernst*, Vergleichen in Zeiten der Mediation. „Recht scheidet wohl, aber es freundet nicht“ (Rechtsspruchwort), ZKM 2008, 26-27.
- Spangenberg, Brigitte/Spangenberg, Ernst*, Kongruenz und Inkongruenz, ZKM 2014, 48-50.
- Statistisches Bundesamt*, Rechtspflege, Zivilgerichte, Fachserie 10 Reihe 2.1, https://www.destatis.de/DE/Publikationen/Thematisch/Rechtspflege/Gerichte/Personal/Zivilgerichte2100210157004.pdf?__blob=publicationFile (aufgerufen am 15.07.2017).
- Steinberg, Georg*, Richterliche Gewalt und Mediation, DRiZ 2012, 19-23.
- Stürner, Rolf*, Grundfragen richterlicher Streitschlichtung, DRiZ 1976, 202-205.
- Stürner, Rolf*, Die Aufgabe des Richters, Schiedsrichters und Rechtsanwalts bei der gütlichen Streiterledigung, JR 1979, 133-138.
- Stürner, Rolf*, Parteiherrschaft versus Richtermacht. Materielle Prozessleitung und Sachverhaltsaufklärung im Spannungsfeld zwischen Verhandlungsmaxime und Effizienz, ZJP 2010, 147-161.
- Trenczek, Thomas*, Gute Mediatoren – Zur Fachlichkeit von Konfliktvermittlern, ZKM 2008, 16-19.
- Trossen, Arthur*, Effizienz der integrierten Mediation bewiesen!, <http://www.in-mediation.eu/evaluation-integrierte-mediation1> (aufgerufen am 15.07.2017).
- Trossen, Arthur*, Mediation ist DIE – oder KEINE Alternative, ZRP 2012, 23-25.

- Trossen, Arthur* (Hrsg.), *Mediation (un)geregelt, Die Konsolidierung von Mediation, Psychologie und Recht: Der universelle Praxis- und Lehrbuchkommentar zur alternativen Konfliktbeilegung*, Altenkirchen 2014.
- unbekannter Autor*, *Alternative Streitbeilegung – Konkurrenz zur Justiz?*, ZKM 2016, 72-73.
- Walther, Harald*, *Der Güterichter nach dem Mediationsgesetz, Spektrum der Mediation* 2012, 60-63.
- Watzlawick, Paul/Beavin, Janet H./Jackson, Don D.*, *Menschliche Kommunikation, Formen, Störungen, Paradoxien*, 12. Aufl., Bern 2011.
- Wendenburg, Felix*, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, Tübingen 2013.
- Wendenburg, Felix*, *Differenzierte Verfahrensentscheidungen in zivilrechtlichen Konflikten*, ZKM 2013, 19-23.
- Wissenschaftliche Dienste, Deutscher Bundestag: Richterfortbildung in Deutschland*, WD 7 - 3000 - 022/16 09. Februar 2016.
<https://www.bundestag.de/blob/415580/df4c51a09ac344d9ae7cbfa4bf8f4880/wd-7-022-16-pdf-data.pdf>, aufgerufen am 15.07.2017.
- Wunsch, Ute*, *Das Spannungsverhältnis zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Mediation. Auf dem Weg zu einer systematischen Neuordnung der Konfliktlösung in unserer Gesellschaft*, Frankfurt am Main 2014.
- Zöller, Richard/Geimer, Reinhold (Begr.)*, *Zivilprozessordnung, mit FamFG (§§ 1-185, 200-270, 433-484) und Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen, mit internationalem Zivilprozessrecht, EU-Verordnungen, Kostenanmerkungen; Kommentar*, 31. Auflage, Köln 2016.

Abkürzungsverzeichnis

A

a.A.	anderer Ansicht
ADR	Alternative Dispute Resolution
AnwBl	Anwaltsblatt

B

BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise

D

ders.	derselbe/dieselbe
DS	Der Sachverständige
DRiZ	Deutsche Richterzeitung

E

et al.	et alii, et aliae oder et alia (und andere)
--------	---

F

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FPR	Familie Partnerschaft Recht

G

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
----	--

Abkürzungsverzeichnis

H

h.M. herrschende Meinung

I

i.d.R. in der Regel

i.S. im Sinne

J

JR Juristische Rundschau

JuS Juristische Schulung

JZ JuristenZeitung

L

LKRZ Zeitschrift für Landes- und Kommunalrecht Hessen/Rheinland-Pfalz/Saarland

M

MediationsG Art 1 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577)

MediationsförderungG Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577), geändert durch Artikel 135 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474)

MittBayNot Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

MDR Monatszeitschrift für Deutsches Recht

m.w.N. mit weiteren Nachweisen

N

NJW Neue Juristische Wochenschrift

NLP Neurolinguistisches Programmieren

NVwZ Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht

NZA Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NzFam Neue Zeitschrift für Familienrecht
NZV Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht

O

OLG Oberlandesgericht

S

SchiedsVZ Zeitschrift für Schiedsverfahren
s.o. siehe oben

V

vs. versus

Z

z.B. zum Beispiel
ZKM Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZPO Zivilprozessordnung
ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP Zeitschrift für Zivilprozess