

■ Roland Fritz

## Rechtliche Einschätzungen und Lösungsvorschläge des Güterichters – gesetzliches Gebot oder Regelverstoß?

*Güterichter, namentlich diejenigen, die vor Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes bereits als gerichtliche Mediatoren tätig waren, gelten innerhalb der Richterschaft als besonders abgeschlossen, innovativ. Da verwundert es schon, dass sich bei der Frage der Interpretation und Anwendung des § 278 Abs. 5 ZPO so etwas wie eine Zweiteilung feststellen lässt: Einerseits die große Zahl derjenigen, für die der Güterichter nur als Mediator vorstellbar ist, andererseits diejenigen, die die Methodenwahl betonen und die umgesetzt und angewendet wissen wollen, was das Gesetz ermöglicht.*

*Die folgende Abhandlung zeichnet vor allem noch einmal den Weg auf, wie es zur gegenwärtigen Rechtslage gekommen ist; sie versteht sich als Diskussionsbeitrag und zugleich als Erwiderung auf Klamt/Moltmann-Willisch (in diesem Heft).*

### I. Einführung

Als im Juli 2012 das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ mit den Regelungen des § 278 Abs. 5 ZPO und des § 9 MediationsG endlich in Kraft trat, war dem ein intensives parlamentarisches Ringen um die Zukunft der gerichtlichen Mediation vorangegangen: Auf der einen Seite die Befürworter der zu diesem Zeitpunkt in fast allen Bundesländern und Gerichtsbarkeiten praktizierten gerichtlichen Mediation,<sup>1</sup> auf der anderen Seite die Protagonisten der Anwaltschaft, die sich dafür stark

machten, Mediation als ein Verfahren zu begreifen, das aufgrund seiner besonderen Anforderungen nur außerhalb des Gerichts angeboten werden könne.<sup>2</sup>

Die aktuell bestehende Kontroverse um die Methodenwahl des Güterichters lässt sich insbesondere vor dem Hintergrund der Entwicklung der gerichtlichen Mediation in der Bundesrepublik Deutschland wie dem seinerzeitigen Ringen um die o.g. Vorschriften im parlamentarischen Verfahren<sup>3</sup> nachvollziehen und hierauf abstellend einer gesetzeskonformen Lösung zuführen.<sup>4</sup>

### II. Die gerichtlichen Mediationsprojekte, insb. in Niedersachsen

Zu den Pionieren der gerichtlichen Mediation zählt bekanntlich die ordentliche Gerichtsbarkeit in Niedersachsen; das „Göttinger Modell“<sup>5</sup> mit seinem seinerzeitigen Präsidenten Götz von Olenhusen stand für eine innovative Justiz, die neue Wege zu gehen bereit war und dies offensichtlich in der Richterschaft wie in der Öffentlichkeit vertrat.<sup>6</sup> An diesem Modell orientierten sich zahlreiche Folgeprojekte in anderen Gerichtsbarkeiten wie Bundesländern:<sup>7</sup> Göttingen entwickelte sich zu einem Mekka der alternativen gerichtlichen Streitschlichtung und offerierte Unterstützungs- und Ausbildungsangebote in gerichtlicher Mediation.

Was heute allerdings zumeist übersehen wird ist der Umstand, dass das niedersächsische Projekt zu Beginn nicht



Roland Fritz

ausschließlich auf gerichtliche Mediation festgelegt werden sollte, im Gegenteil: In dem seinerzeitigen Konzeptions- und Antragsverfahren gegenüber dem niedersächsischen Justizministerium vertrat Gottwald<sup>8</sup> unter Hin-

weis auf die Erfahrungen in den USA die Auffassung, die Beschränkung allein auf Mediation stelle eine zu große Einengung dar und es sollten auch andere ADR-Verfahren mit in den Blick genommen werden. Diese auf eine größere Reichweite abzielenden Überlegungen für einen Modellversuch wurden in Niedersachsen erst nach dem Regierungswechsel im Jahre

1 Deutscher Richterbund, Pressemitteilungen Nrn. 1/11 und 4/11, Stellungnahme Nr. 6/11, www.drdb.de.

2 Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme Nr. 19/11 v. 1.12.2011, www.brak.de.

3 Vgl. auch Hess in Fischer/Unberath (Hrsg.), Das neue Mediationsgesetz, München 2012, S. 17 ff.

4 Umfassend zur grammatikalischen, systematischen und teleologischen Interpretation der einschlägigen Vorschriften vgl. schon Fritz/Schroeder, NJW 2014, 1910 f.

5 Von Barga, Gerichtsinterne Mediation, Tübingen 2008, S. 94, 99.

6 Vgl. nur Götz v. Olenhusen, ZKM 2004, 104 ff.; Götz v. Olenhusen in FS für Eberhard Stolz, 2014, S. 171 ff.

7 Von Barga, s. Fn. 5, S. 70 ff.

8 Gottwald, Anwaltsblatt 2000, 265 ff.; vgl. ferner Prütting, Anwaltsblatt 2000, 73 ff.

2003 aufgegeben und es erfolgte sodann im Rahmen des „Projekts gerichtliche Mediation“ eine Festlegung ausschließlich auf Mediation.

In Bayern<sup>9</sup> und Thüringen<sup>10</sup> hingegen wurde Projekte initiiert, die unter dem Begriff „Güterichter“ von vornherein ein Verfahrensdesign vorsahen, das nicht ausschließlich auf Mediation fokussiert war, sondern die Methode der Konfliktlösung an den Gegebenheiten des Falles und der Parteien ausrichtete. Dies reichte von der bloßen Moderation eines Vergleichsgesprächs über ein Schlichtungsverfahren mit Entscheidungsvorschlag bis zur Unterstützung einer parteiautonen Konfliktlösung mit Mitteln der Mediation.<sup>11</sup>

Als ein Zwischenfazit verdient mithin festgehalten zu werden: Zwar favorisierten die meisten Modellprojekte das Verfahren der Mediation,<sup>12</sup> jedoch war historisch betrachtet nicht einmal im Pionierland Niedersachsen eine ausschließliche Festlegung auf gerichtliche Mediation beabsichtigt gewesen. Und vor Inkrafttreten des Mediationsförderungsgesetzes haben bereits zwei Bundesländer, nämlich Bayern und Thüringen, praktische Erfahrungen mit einem breiteren Methodenspektrum gesammelt. Die Regelung des § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO stellt mithin kein Novum dar; ihre Anwendung ist – wie die Abschlussberichte zu den Modellprojekten in Bayern und Thüringen aufzeigen – im gerichtlichen Kontext erfolgreich möglich und widerspricht auch nicht dem In-

teresse der Parteien und der sie begleitenden Anwälte.

### III. Das Gesetzgebungsverfahren

Das deutsche Gesetzgebungsverfahren erfolgte bekanntlich in Umsetzung der Europäischen Mediations-Richtlinie,<sup>13</sup> die bereits in ihrem Art. 3 a) auch eine Mediation durch einen nicht streitentscheidenden Richter für möglich erachtet hatte.

Der Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung“ griff diese Intention auf und sah für die Bundesländer die Möglichkeit vor, durch Rechtsverordnung eine gerichtliche Mediation einzuführen.<sup>14</sup>

Der nach intensiver Debatte sodann vom Kabinett gebilligte Gesetzentwurf der Bundesregierung<sup>15</sup> entsprach zwar strukturell dem Referentenentwurf. Er nahm jedoch die Kritik auf, die dieser erfahren hatte: Die Mediation durch einen nicht entscheidungsbefugten Richter sollte daher zwar eine Option sein, allerdings erst nach gerichtlichem Vorschlag einer außergerichtlichen Mediation oder eines anderen ADR-Verfahrens.<sup>16</sup> Zugleich war die Möglichkeit vorgesehen, die Parteien an einen Güterichter zu verweisen. Hierdurch, so die Absicht des Gesetzentwurfs, sollte den Bundesländern Bayern und Thüringen ermöglicht werden, ihre Güterichtermodelle fortzuführen.<sup>17</sup>

Die Intention des Regierungsentwurfs – Verankerung der richterlichen Mediation und Fortführung des bayerischen und thüringischen Modells – wurde allerdings durch die Beratungen und einstimmige Beschlussfassung im Rechtsausschuss auf den Kopf gestellt.<sup>18</sup> Die gerichtliche Mediation sollte in ein erweitertes Güterichterkonzept übergeführt werden mit dem Ziel einer klaren gesetzlichen Abgrenzung der richterlichen Streitschlichtung von der Mediation. Der Güterichter sollte u.a. rechtliche Bewertungen vornehmen und den Parteien Lösungen für ihren Konflikt vorschlagen dürfen. Er sollte gerade kein Mediator sein, jedoch nach den Vorstellungen des Rechtsausschusses die zahlreichen Methoden und Techniken der Mediation einsetzen können.<sup>19</sup>

Diesem Vorschlag folgte das Parlament: § 278 Abs. 5 ZPO in der vom Bundestag verabschiedeten Fassung lautete – unter gleichzeitigem Wegfall der gerichtlichen Mediation: „Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung ... vor einen Güterichter ... verweisen.“ Damit

wurden die bayerischen und thüringischen Modellprojekte geadelt mit dem Ziel, ausschließlich diese in einem „erheblich erweiterten Institut des Güterichters“ zu verankern.

Der Bundesrat hingegen stimmte dem Votum des Bundestages nicht zu und rief gem. Art. 77 Abs. 2 GG den Vermittlungsausschuss an.<sup>20</sup> Das vom Bundestag beschlossene Güterichterkonzept werde, so beispielsweise auch die Argumentation des Bundeslandes Hessen, dem Bedürfnis für eine Fortführung der Angebote der gerichtlichen Mediation nicht gerecht; gerichtliche Mediation führe gerade in umfangreichen und komplizierten Verfahren zu raschen und nachhaltigen Lösungen. Zwar sei in der Plenardebatte des Bundestages die These vertreten worden, das Güterichtermodell bedeute nicht das Ende der gerichtlichen Mediation; diese Einschätzung komme jedoch im Gesetzesbeschluss nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck.

Der Vermittlungsausschuss hat diese Überlegungen ersichtlich aufgegriffen. Zwar stehen Protokolle über seine Beratungen nicht zur Verfügung, die jetzige Fassung des § 278 Abs. 5 ZPO spiegelt dies allerdings wider.<sup>21</sup> Die bisherige Regelung, die ausschließlich eine Verweisung an den Güterichter vorgesehen hatte ohne Ausführungen über dessen Kompetenzen zu machen, wurde nunmehr um einen Satz 2 ergänzt, demzufolge der „Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen kann.“

### IV. Konsequenzen

Ebenso wie Wortlaut und systematische Interpretation<sup>22</sup> führt auch die historische Betrachtung des Zustandekommens der Vorschrift des § 278 Abs. 5 ZPO mithin zu einem eindeutigen Ergebnis: Der Gesetzgeber hatte zunächst in Anlehnung an die erprobten Mediationsprojekte eine gerichtliche Mediation favorisiert, die dann zugunsten eines rechtliche Bewertungen und Vorschläge umfassenden Güterichterkonzepts wieder eliminiert worden war, um schließlich durch die Intervention des Bundesrates erneut Einzug in das Gesetz zu finden. Über den Vermittlungsausschuss ist nunmehr klargestellt, dass dem Güterichter eine breite Palette von Konfliktbeilegungsverfahren zur Verfügung stehen soll, darunter selbstverständlich auch die der Mediation. Der Gesetzgeber hat weder geregelt, dass der Güterichter keine Mediation einsetzen darf noch dass die Mediation das ausschließliche einzusetzende Standardverfahren ist.<sup>23</sup> Vielmehr trägt die jetzige Regelung

9 Greger, Evaluation des Modellversuchs Güterichter, Abschlussbericht, <http://www.reinhard-greger.de/dateien/gueterichter-abschlussbericht.pdf>; Gemächlich, Spektrum der Mediation 2010, 37 ff.

10 Greger/Unberath, Thüringer Projekt: Güterichter, Teil II, <http://www.reinhard-greger.de/ikv-thueringen2.pdf>; Tautphäus, Spektrum der Mediation 2010, 26 ff.

11 Zur Praxis: Tautphäus/Fritz/Krabbe, NJW 2012, 364 ff.

12 Zutreffend zur Differenzierung zwischen Methode und Verfahren: Klamt/Moltmann-Willisch, ZKM 2015, 7 ff.

13 Richtlinie 2008/52/EG v. 21.5.2008 (ABl. Nr. L 136 vom 24.5.2008, S. 3).

14 Vgl. Art. 1 § 1 Abs. 1 Nr. 3 Referentenentwurf, der die Terminologie „gerichtliche Mediation“ verwendete.

15 BT-Drucks. 17/5335.

16 Vgl. § 278a ZPO des Regierungsentwurfs, ferner die Begründung hierzu: BT-Drucks. 17/5335, 20.

17 BT-Drucks. 17/5335, 20.

18 BT-Drucks. 17/8058.

19 BT-Drucks. 17/8058, 17.

20 BT-Drucks. 17/8680.

21 Zur Einfügung der Mediation im Rahmen des Verfahrens vor dem Vermittlungsausschuss vgl. Fritz/Pielsticker, MediationsC, 2012, Einl. Rz. 73 f., § 278 ZPO Rz. 17.

22 Fritz/Schroeder, NJW 2014, 1910 f.

23 Fritz/Schroeder, NJW 2014, 1910 f.

der schon früh vertretenen Auffassung Rechnung, den Bürgern in einem integrierten Gesamtsystem die Möglichkeit zu offerieren, die für ihren Konflikt gewünschte Form der Streitbehandlung zu finden.<sup>24</sup> Wenn es angezeigt erscheint, eine Mediation; wenn es erforderlich ist, eine Schlichtung;<sup>25</sup> wenn es ausreicht, eine Moderation; wenn es sinnvoll ist, eine Kombination der verschiedenen Verfahren, beispielsweise aus Mediation und Schlichtung (Med-Con).<sup>26</sup>

Soweit im Schrifttum angeführt wird, eine rechtliche Beurteilung – bspw. im Rahmen einer Schlichtung oder eines Hybridverfahrens – sei nicht zielführend, weil dies den originären richterlichen Bereich tangiere, vermag das nicht zu überzeugen: Allen Parteien, insbesondere wenn sie anwaltlich begleitet sind, ist bewusst, dass die vom Güterichter unter Vorbehalt der Entscheidung durch den Spruchrichter geäußerte Rechtsmeinung eben nicht verbindlich ist und dass dies im Streitfall in allen Instanzen so gesehen werden wird; jedoch gibt sie, ebenso wie das Verfahren des Mini-Trial<sup>27</sup> oder das Verfahren der Early-Neutral-Evaluation,<sup>28</sup> den Konfliktparteien eine gute Einschätzung ihrer Erfolgschancen für den Fall einer streitigen Entscheidung, die für den weiteren Prozess einer konsensualen Lösung genutzt werden kann. Insofern besteht kein grundsätzlicher Unterschied zur geäußerten Rechtsmeinung eines Berichterstatters, wenn später die Entscheidung in einem Spruchkörper, u.U. gar unter Mitwirkung von ehrenamtlichen Richtern, gefällt werden muss.

Auch der Umstand, dass bereits der Spruchrichter nach § 278 Abs. 1 ZPO in jeder Lage auf eine gütliche Beilegung bedacht sein und selbst eine Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO durchführen soll, spricht keinesfalls gegen die hier vertretene Auffassung: Für den Streitrichter wie für die Parteien kann es durchaus Sinn machen, in einem anderen „Setting“ als dem der Güteverhandlung nach § 278 Abs. 2 ZPO die einschlägigen tatsächlichen und rechtlichen Probleme zu erörtern.<sup>29</sup> Dass dies die Akzeptanz der Richterschaft für das Güterichtermodell tangieren könnte, erscheint spekulativ,<sup>30</sup> wird

jedenfalls durch die Erfahrungen der bayerischen und thüringischen Pilotprojekte nicht bestätigt.

Sich mithin als Güterichter der Verfahrensvielfalt zu verschließen hieße, die durch das Mediationsförderungsgesetz neu etablierte und für die gesamte Richterschaft geltende „Prozessmaxime der konfliktangemessenen Streitbehandlung“<sup>31</sup> nicht zur Kenntnis zu nehmen:

- ▶ Sie verlangt vom Streitrichter eine *Konfliktanalyse* um festzustellen, ob er selbst Möglichkeiten einer gütlichen Lösung einsetzen oder ob er den Parteien ein außergerichtliches Verfahren nach § 278a ZPO oder ein Güterichterverfahren nach § 278 Abs. 5 ZPO vorschlagen kann.
- ▶ Sie verlangt vom Güterichter eine *Konfliktanalyse*, um den Parteien das für ihren Konflikt angemessene Verfahren zu offerieren<sup>32</sup> – das sie annehmen, aber auch ablehnen können.

Kann es erstrebenswert sein, so müssen sich die ausschließlichen auf Mediation setzenden Protagonisten fragen lassen, um einer reinen (Mediations-)Lehre willen die nach einer Lösung suchenden Parteien möglicherweise ergebnislos in das streitige Verfahren zu entlassen? Oder ist es nicht vielmehr geboten, ggf. dem Wunsch der Parteien zu entsprechen und ihnen eine Einschätzung der Rechtslage zu geben oder ihnen – in einem sich an eine Mediation anschließenden Verfahren<sup>33</sup> – z.B. einen Schlichtungsvorschlag zu unterbreiten?<sup>34</sup>

## V. Fazit

Von Gesetzes wegen sind grundsätzlich alle Konfliktlösungsmechanismen in die Kompetenz des Güterichters gestellt; es gibt weder einen expliziten noch einen impliziten Vorrang der Mediation. Güterichterliche Tätigkeit ist unstreitig stets richterliche Tätigkeit; die nachvollziehbare Begeisterung für das frühere Erfolgsmodell der gerichtlichen Mediation darf daher kein Grund sein, sich dem breit angelegten, umfassenden Ansatz des Mediationsförderungsgesetzes mit seinem § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO zu verschließen.

## Prof. Dr. Roland Fritz, M.A.

Rechtsanwalt und Mediator  
Präsident des VG a.D., Honorarprofessor  
an der Justus-Liebig-Universität Gießen  
www.mediator-fritz-frankfurt.de  
www.adribo.de/fritz

24 Hoffmann-Riem in Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 52 ff. (58).

25 Zu den Anforderungen an Schlichtungen im Lichte des Mediationsförderungsgesetzes vgl. Rothermeyer, ZKM 2014, 47 ff.

26 In diesem umfassenden Sinne z.B. auch Greger, MDR 2014, 993; Brändle, BJ 2014, 130 ff.; Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 88 ff.; Roth in Dethloff u.a., Freiwilligkeit, Zwang und Gerechtigkeit in der Mediation, 2013, S. 109 ff. (114 f.); Löer, ZKM 2014, 41 ff. Zurückhaltend bis ablehnend hingegen Zimmerer, BayVBl. 2014, 129 ff.; Götz v. Olenhusen, s. Fn. 6, S. 171 ff. (173); Klamt/Moltmann-Willisch, ZKM 2013, 112 ff. (114).

27 Fritz/Pielsticker, s. Fn. 21, I. Andere Verfahren, Rz. 19 ff.

28 Fritz/Pielsticker, s. Fn. 21, I. Andere Verfahren, Rz. 23 f.

29 In diesem Sinne auch Zimmerer, BayVBl. 2014, 129 ff. (32), die die Bedeutung des Ausschlusses der Öffentlichkeit und der Vertraulichkeitsvereinbarung betont.

30 Siehe aber auch die Untersuchung von Löer, ZKM 2014, 41 ff. Er verweist darauf, dass es an einigen Gerichten gerichtsinterne (!), nicht öffentlich gemachte Absprachen zwischen Streitrichter und Güterichter gibt, sich jeglicher oder auf den Fall bezogener rechtlicher Bewertungen zu enthalten.

31 Umfassend hierzu Schreiber, s. Fn. 26, 41 ff.

32 Wie dies geschieht – ob fernmündlich, schriftlich oder zu Beginn des terminierten Güterichterverfahrens – muss ebenso wie das Ergebnis dem Einzelfall vorbehalten bleiben; Zimmerer, BayVBl. 2014, 129 ff. (132); Greger, AnwBl. 2013, 504 ff. Dass dies u.U. in einem gesonderten Termin geschehen wird dürfte eher die Ausnahme sein und spricht keinesfalls gegen die hier favorisierte Vorgehensweise. Zudem kann es sich auch erst in einem bestimmten Verfahren erweisen, dass dessen Design nicht zielführend ist und daher – mit Zustimmung der Parteien – auf ein anderes Verfahren umgestellt werden muss.

33 Vgl. in diesem Zusammenhang zum „Grundsatz der Methodenklarheit bei Methodenvielfalt“ Fritz/Schroeder, NJW 2014, 1910 ff. (1914); danach muss der Güterichter deutlich machen, in welchem Verfahren und in welcher Rolle er sich befindet: ob er also den Hut eines Mediators, den eines Schlichters, den eines Moderators etc. trägt.

34 Vgl. im Übrigen die Prognose und Erwartung des Gesetzgebers, der in der Gesetzesbegründung darauf abstellt, dass es keinen *numerus clausus* der alternativen Methoden der Konfliktbeilegung gibt, dass sich vielmehr neue Formen der Konfliktbeilegung entwickeln werden: BT-Drucks. 17/8058, 17 (unter III zu Art. 1, § 1 I).