

Herausgeber: Claus Böhmer, Präsident des Oberverwaltungsgerichts des Saarlandes | Dr. Jürgen Fluck, Rechtsanwalt, BASF Aktiengesellschaft, Zentralabteilung Recht | Prof. Dr. Christoph Gröpl, Universität des Saarlandes | Dr. Herbert Günther, Ministerialdirigent, Staatskanzlei des Landes Hessen | Klaus-Ludwig Haus, Direktor des Landesverwaltungsamtes des Saarlandes | Prof. Dr. Reinhard Hendler, Universität Trier | Prof. Dr. Georg Hermes, Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main | Prof. Dr. Hans-Detlef Horn, Philipps-Universität Marburg, Richter am Hessischen Verwaltungsgerichtshof | Prof. Dr. Friedhelm Hufen, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, Mitglied des Verfassungsgerichtshofs Rheinland-Pfalz | Prof. Dr. Siegfried Jutzi, Ministerialdirigent, Ministerium der Justiz des Landes Rheinland-Pfalz, Vertreter des öffentlichen Interesses des Landes Rheinland-Pfalz, Honorarprofessor der Johannes Gutenberg-Universität, Mainz | Dr. Holger Kröniger, Fachanwalt für Verwaltungsrecht, Saarbrücken | Prof. Dr. Klaus Lange, Justus-Liebig-Universität Gießen, Präsident a.D. und Mitglied des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen | Prof. Dr. Karl-Friedrich Meyer, Präsident des Verfassungsgerichtshofs und des Oberverwaltungsgerichts Rheinland-Pfalz | Wolfgang Reimers, Präsident des Hessischen Verwaltungsgerichtshofs | Prof. Dr. Gunnar Schwarting, Geschäftsführer des Städtetages Rheinland-Pfalz | Jürgen Wohlfarth, Verwaltungsdezernent der Landeshauptstadt Saarbrücken, Dozent an der Fachhochschule für Verwaltung | Prof. Dr. Jan Ziekow, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften, Speyer

Hauptschriftleitung: Prof. Dr. Siegfried Jutzi, Ministerialdirigent | Schriftleiter Hessen: Rainer Lambeck, Richter am Verwaltungsgericht | Schriftleiter Rheinland-Pfalz: Ralf Geis, Richter am Oberverwaltungsgericht, Manfred Stamm, Richter am Oberverwaltungsgericht | Schriftleiter Saarland: Joachim Schwarz, Richter am Verwaltungsgericht

AUFSÄTZE

Mediationsvereinbarung und »mediativer Vergleich« – Zwillinge oder ungleiche Brüder?

Überlegungen zur Verwendung mediativer Elemente in einem Erörterungstermin oder einer Güteverhandlung

Prof. Dr. Roland Fritz, M.A., Frankfurt am Main*

Die gerichtsinterne Mediation wird in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit seit dem Jahre 2004 gerichtsbarkeitsumfassend, instanzübergreifend und mit gutem Erfolg praktiziert.¹ Andere Bundesländer haben seitdem nachgezogen, jüngst auch Rheinland-Pfalz, das nunmehr gerichtsinterne Mediation in allen Gerichtsbarkeiten und an allen Gerichten anbieten will.² Damit präsentiert sich Mediation in immer mehr Bereichen des Rechts als Alternative zu herkömmlichen prozessualen Konfliktbewältigungen. Mit dem vorliegenden Beitrag wird der Versuch unternommen, die zahlreichen Berührungspunkte zwischen einer Mediation und dem klassischen Prozess aufzuzeigen und herauszuarbeiten, dass es insbesondere in einem Erörterungstermin³ wie auch in einer Güteverhandlung⁴ hinreichend Freiräume gibt, in denen mediative Elemente nutzbringend eingesetzt werden können.⁵

I. Vorbemerkung

Die Unterschiede zwischen einer Mediation und einem gerichtlichen Verfahren zeigen sich sowohl im Verfahrensab-

lauf wie auch in der Person des Mediators und dürfen in Betracht der Vielzahl von Darstellungen im Schrifttum als be-

- * Der Verfasser ist Präsident des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main, Mediator (M.A.) und Honorarprofessor an der Justus-Liebig-Universität Gießen.
- 1 Reimers/Apell, LKRZ 2007, S. 7 ff; Fritz, in: ders./Gerster/Karber/Lambeck, Festschrift 20 Jahre VG Gießen, 2007, S. 315 ff.; Reitz, ZKM 2008, 45 ff.
 - 2 <http://www.justiz.rlp.de>; zu ersten Ansätzen im Saarland vgl. <http://www.saarbruecker-zeitung.de/sz-berichte/saarland/Saarland-Richter-Robe-Landgericht>.
 - 3 In der Verwaltungsgerichtsbarkeit kann gem. § 87 VwGO, in der Sozialgerichtsbarkeit gem. § 106 Abs. 3 Nr. 7 SGG ein Erörterungstermin anberaumt werden. Vgl. in diesem Zusammenhang auch Ortloff, in: Haft/v. Schlieffen, Hdb. der Mediation, 2. Aufl. 2009, S. 1007 ff., Rn. 79; ferner Dürschke, SGB 2001, 532 ff.
 - 4 Wegen der großen Fallzahlen und der knappen Zeitvorgaben werden arbeitsgerichtlichen Güteverfahren bei Kündigungsschutzklagen wohl nur in Ausnahmefällen hierfür in Betracht kommen, während sich dies im klassischen Zivilprozess und in familienrechtlichen Verfahren eher anbieten wird.
 - 5 Selbstverständlich können mediative Kenntnisse auch in einer mündlichen Verhandlung nutzbringend verwertet werden; eine Übertragung des Stufenmodells der Mediation kommt nicht in Betracht. Allerdings ist es keinem Richter untersagt, die Parteien nach ihren Motiven, Interessen und Visionen zu befragen und diese als Basis für Vergleichsgespräche zu nehmen, so zutreffend zum schweizer Zivilprozess auch Bäsch, Schweizer Richterzeitung 2006, Heft 2, Rz 53 m.w.N. (www.richterzeitung.ch).

kannt vorausgesetzt werden.⁶ Zur Erinnerung hier nur so viel: Während im klassischen Prozess um Rechtsposition gerungen wird und am Ende ein »Entweder – Oder« steht, ein »Gewinner« oder ein »Verlierer«, wobei das Maß des Gewinns dem Maß des Unterliegens entspricht, will die Mediation nicht an den (Rechts-)Positionen, sondern an den dahinter stehenden Interessen anknüpfen und zukunftsorientierte Lösungen suchen. Es wird eine kreative, von beiden Konfliktbeteiligten akzeptierte Lösung angestrebt, die daher auch nicht den prozessualen Kategorien von richtig oder falsch, rechtmäßig oder rechtswidrig zugeordnet werden kann (sog. win-win-Lösung). In diesem Findungsprozess unterscheiden sich auch die Aufgaben, die einem Mediator zufallen, grundsätzlich von denen, die von einem Richter zu erbringen sind. Der Mediator ist nicht die streitentscheidende Person, er hat keine Entscheidungsmacht. Den Beteiligten bleibt es von Beginn an freigestellt, ob sie an dem Mediationsprozess teilnehmen, sich konstruktiv beteiligen und das Ergebnis akzeptieren wollen. Dies macht es erforderlich, dass ein Mediator über andere Techniken als ein Richter verfügen muss, um den Beteiligten bei der Suche nach einer zukunftsorientierten Lösung behilflich zu sein, die in ihrem speziellen Konflikt verborgen liegt.

Aus der Sicht der Justiz rechtfertigt sich das Angebot der gerichtlichen Mediation zum einen aus der Überlegung, dass – wie es das Bundesverfassungsgericht⁷ ausgedrückt hat – es auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung ist, eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung der Beteiligten zu bewältigen, zum anderen deshalb, weil ein erfolgreiches Mediationsverfahren regelmäßig zu einer Beendigung des gerichtlichen Verfahrens führt und somit zur Entlastung der Justiz beiträgt.⁸

Nicht jedes Gerichtsverfahren kann jedoch in ein Mediationsverfahren einmünden: Hierfür lassen sich ganz unterschiedliche Gründe ausmachen, angefangen von der fehlender Zustimmung zu einer Mediation über die Ungeeignetheit eines Verfahrens bis hin dazu, dass auch die einzelnen Gerichtsbarkeiten selbst beachtliche Ergebnisse im Hinblick auf nichtstreitige Erledigungen aufzuweisen haben. Liegt es da nicht auf der Hand, diese – im klassischen bzw. traditionellen Rechtspflegebereich erzielten – zweifellos sehr guten Erfolge⁹ mit den Vorteilen der gerichtlichen Mediation im Hinblick auf (langfristigen) Interessensausgleich zu kombinieren? Ist dies nicht auch deshalb angezeigt, da noch immer Führungskräfte in den einzelnen Gerichtsbarkeiten der Einführung gerichtlicher Mediation aus den unterschiedlichsten Gründen¹⁰ zumindest skeptisch, wenn nicht ablehnend gegenüberstehen?¹¹

II. Zur Übertragbarkeit von Elementen der Mediation in die richterliche Praxis

Soweit ersichtlich haben sich im Schrifttum bislang erst wenige Autoren ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, ob und wie sich richterliche Arbeit an den Erkenntnissen zu orientieren vermag, die aus den konsensualen Streitbeilegungsmethoden folgen. Dazu zählt beispielsweise Henkel,¹² der sich schon vor über zehn Jahren damit beschäftigt hat, wie sich mediative Elemente in den Gerichtsprozess integrieren lassen. Aus jüngerer Zeit wäre insbesondere Walther¹³ zu nennen. Er hat diese Möglichkeiten im Verwaltungsprozess zutreffend in den Erörterungstermin nach § 87 VwGO verlagert

wissen wollen, den er zudem frühzeitig anberaumen will.¹⁴ In dem von ihm geschilderten Beispielsfall des Streits um eine Abiturnote gelangt er, insbesondere was die Berücksichtigung zeitlicher und personeller Ressourcen wie auch der Interessenlage der Beteiligten anbelangt, zu einem positiven Fazit. Seinem Beitrag lässt sich allerdings nicht entnehmen, welche mediativen Elemente er anwenden will, welche Phase des Verfahrens er dafür als geeignet erachtet und wie die konkrete Umsetzung im Einzelnen aussehen soll. Spangenberg/Spangenberg¹⁵ hingegen haben unlängst dargelegt, welche aus der Mediation bekannten Techniken und Methoden nutzbringend eingesetzt werden können, um erfolgreiche und die Prozessparteien zufriedenstellende Vergleichsverhandlungen zu führen.

III. Planung und Design eines mediativen Erörterungstermins bzw. einer mediativen Güteverhandlung

Die Prozessordnungen aller Gerichtsbarkeiten sehen – z.T. obligatorisch, z. T. fakultativ – die Möglichkeit vor, nichtstreitige Erledigungen in einem eigens hierfür anzusetzenden Termin zu fördern,¹⁶ ohne im Einzelnen vorzuschreiben, wie diese Termine durchzuführen sind. Es bietet sich deshalb an, die Verwendung mediativer Erkenntnisse in diesen Terminen zu entwickeln. Eine methodische Vorgehensweise wird zunächst von den Elementen eines Mediationsverfahrens auszugehen haben. Hierzu zählen zum einen

- die Stufen, also die Vorlaufphase, das Erstgespräch, die Themensammlung, die Interessen/Bedürfnisse, die Optionen, (ggf.) Fairness/Gerechtigkeit, die Verhandlungen sowie die Vereinbarung/der Abschluss,¹⁷

6 Vgl. beispielsweise Ziekow, NVwZ 2004, 390 ff., 395, der zutreffend darauf hinweist, dass die Beteiligten eines Erörterungstermins sich ggf. genötigt sehen, in der Verhandlung zur gütlichen Beilegung vor dem streitentscheidenden Richter zu taktieren.

7 ZKM 2007, 128 ff.

8 Gottwald, ZKM 2003, 6 ff., 8 f., spricht beispielsweise in diesem Zusammenhang vom »technokratischen Gesicht« der gerichtlichen Mediation. Vgl. aus dem aktuellen Schrifttum beispielsweise Seibert, NVwZ 2008, 365, 370.

9 So haben beispielsweise die Gerichtsbarkeiten in Hessen zwar unterschiedliche, insgesamt jedoch beachtliche Erfolge im Hinblick auf nichtstreitige Verfahrenserledigungen (Vergleich, Hauptsacheerledigung, Klagerücknahme etc.) aufzuweisen; entsprechend niedrig ist die Zahl von streitigen Entscheidungen in Hauptsacheverfahren, wie die Statistik des Hess. Ministeriums der Justiz (Moderne, leistungsfähige Justiz – Zahlen und Fakten 2006) ausweist: Sie betrug in der Verwaltungsgerichtsbarkeit 36 v.H., in der Sozialgerichtsbarkeit 17 v.H., in der Arbeitsgerichtsbarkeit 7,2 v.H. und in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bei den Amtsgerichten 27,5 v.H. und bei den Landgerichten 28 v.H.

10 So der Präsident des OLG Frankfurt Aumüller, in: Nachgefragt – Gerichtsnahe Mediation, info-rechtspolitik, Januar 2009, S. 10 ff.; auch die Präsidentin des BAG Schmitt äußerte sich anlässlich des Deutschen Mediationstages 2009 ablehnend zur gerichtlichen Mediation in der Arbeitsgerichtsbarkeit, vgl. <http://mediationsolutions.wordpress.com>.

11 Es bedarf keiner hellseherischen Fähigkeiten um zu prognostizieren, dass sich spätestens mit der Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie (ABl. EU Nr. L 136/3 v. 24.05.2008) im Jahre 2011 diese Sichtweise verschieben wird, geht doch die Richtlinie in ihrer Begriffsbestimmung in Art. 3 davon aus, dass Mediation einschließt »die Mediation durch einen Richter, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist.«

12 ZJP 1997, 91 ff; ders., NZA 2000, 929 ff.

13 ZKM 2006, 144 ff. – zum Verwaltungsprozess; befürwortend jüngst auch Seibert, NVwZ 2008, 365 ff. 370. Für das verwaltungsgerichtliche Vorverfahren vgl. Vetter, Mediation und Vorverfahren, 2004.

14 Vgl. zur erfolgreichen Implementierung eines frühen ersten Termins im Verwaltungsprozess: v. Barga, DVBl. 2004, 468 ff., 472, Fn. 21.

15 ZKM 2008, 26 f.

16 Vgl. §§ 87 VwGO, § 106 Abs. 3 Nr. 7 SGG, § 54, 57 ArbGG, § 278 ZPO.

17 Das Stufenmodell weist, je nach »Schule« und »Einsatzgebiet«, eine unterschiedliche Gliederung auf.

- *die Methoden*, mithin die Allparteilichkeit (Neutralität), die Selbstbehauptung, die Wechselseitigkeit, Hypothesen und Annahmen, die Frageformen¹⁸ und das Zeitmanagement,
- *die Techniken*, im Wesentlichen also die innere Haltung zu den Parteien,¹⁹ die Wertschätzung/Würdigung, das Zusammenfassen, das Fokussieren, das Regeln, das Normalisieren und das Partialisieren, sowie
- *der Zeitfaktor*.

Auch in einem Erörterungstermin oder einer Güteverhandlung steht in aller Regel nur eine begrenzter Zeitrahmen zur Verfügung. Die Überlegungen, die für Kurz-Zeit-Mediationen gelten²⁰ – umfassende Vorbereitung in der Vorlaufphase, gutes Zeitmanagement –, sind daher auch bei einem mediativ durchgeführten Erörterungstermin oder einer Güteverhandlung zu beachten. Anhand des Stufenmodells lässt sich nachvollziehbar darstellen, wie sich ein derartiger Gerichtstermin entsprechend strukturieren lässt und welche (sonstigen) mediativen Elemente nutzbringend eingesetzt werden können:

1. Vorlaufphase

In der Vorlaufphase (auch Vorbereitungsphase genannt) geht es – wie in jedem guten Fallmanagement – in erster Linie um die Planung des Erörterungstermins bzw. der Güteverhandlung. Der Vorlaufphase kommt besondere Bedeutung deshalb zu, weil die nur begrenzt zur Verfügung stehende Zeit während des gerichtlichen Termins optimal genutzt und daher der Sachverhalt soweit als möglich vorab aufgeklärt werden soll. Nach dem Aktenstudium – im Verwaltungsprozess zählt hierzu neben der Gerichtsakte regelmäßig auch die beigezogene Behördenakte – wird es sich ggf. anbieten, mit den Beteiligten schriftlich, per Mail oder per Telefon Kontakt aufzunehmen, um strittige Fragen zu erörtern. Der Gefahr, hierbei von einem Prozessbeteiligten instrumentalisiert zu werden, sollte sich der Richter ebenso bewusst sein wie dem Umstand, dass u. U. der Eindruck von Parteilichkeit bzw. Befangenheit entstehen kann; um dem vorzubeugen bietet es sich an, neben der Information der Beteiligten hierüber auch stets Aktenvermerke zu fertigen, die wechselseitig zur Kenntnis gebracht werden.

In der Vorlaufphase wird sich zudem häufig die Frage stellen, ob – über Kläger und Beklagte hinaus – dritte Personen an dem Termin teilnehmen sollen: Gibt es weitere Prozess- bzw. Konfliktbeteiligte? Unproblematisch dürfte es sein, solche Personen zum Erörterungstermin/zur Güteverhandlung hinzuziehen, die als Beigeladene im Sinne des Prozessrechts in Betracht kommen.²¹

Schließlich wird es sich anbieten, eine Situationsanalyse und Fallzusammenstellung zu fertigen, in der sich die gewonnenen Informationen wieder finden und die ggf. durch juristische, soziologische oder sonstige Übersichten sowie eine oder mehrere Arbeitshypothesen zu ergänzen sind.

Auch das »setting« sollte nicht dem Zufall überlassen bleiben. Erörterungstermine wie auch Güteverhandlungen sind gerade keine durch die Prozessordnungen in ihrer Ausgestaltung festgelegten mündlichen Verhandlungen; dies gilt es kreativ zu nutzen. Das beginnt mit der Auswahl des Raumes über die Anordnung der Tische bis hin zur Sitzordnung und umfasst auch die Kleiderordnung: Da Erörterungstermine nicht öffentlich sind, kann auf das Tragen von Roben verzichtet werden. Technische Hilfsmittel wie Flipchart und ggf. Medienkoffer mit einschlägigen Visualisierungsentensilien sollten zur

Verfügung stehen. Bei einem hinreichendes Budget wäre zudem an Getränke (Kaffee, Wasser) zu denken.

Mit der Ladung können schriftliche Hinweise an die Beteiligten ergehen, und zwar bzgl. des Konflikts, ggf. der Rechtslage, wer zum Termin geladen ist, zum Inhalt/Verlauf des Termins, wie viel Zeit zu veranschlagen sein wird, dass die Beteiligten selbst die Sachlage schildern können, bevor die Rechtslage erörtert wird, dass ggf. mediative Elemente in die Verhandlungsführung einfließen werden.

2. Erstgespräch

Im Mediationsverfahren soll das Erstgespräch u. a. dazu genutzt werden, eine Atmosphäre zu schaffen, in der eine konstruktive Kommunikation und Zusammenarbeit möglich ist. In einer herkömmlichen »Langzeitmediation« wird hierfür ein eigener Termin angesetzt, in der Kurz-Zeit-Mediation hingegen ein Großteil dieser Arbeit in die Vorlaufphase verlagert, weil für die eigentliche Mediation nur ein begrenzter Zeitrahmen zur Verfügung steht.

Ähnlich stellt sich die Situation im Erörterungstermin bzw. in der Güteverhandlung dar und sollte deshalb auch vergleichbar durchgeführt werden: Auch zu Beginn eines gerichtlichen Termins sollte die Möglichkeit genutzt werden, Transparenz zu schaffen und die Beteiligten über ihre Rollen aufzuklären, zur Verringerung bzw. zum Abbau von Unsicherheiten beizutragen und Klarheit über den mediativ zu gestaltenden Prozessverlauf zu schaffen.

Dazu bietet sich in diesen Terminen, für die die Prozessordnungen keine Formalien vorsehen, an, zunächst die Beteiligten jeweils persönlich (auch durch Handschlag) zu begrüßen²² und sodann über die Rolle des Richters speziell in diesem Termin zu informieren. Anschließend sollte über Verlauf, Inhalt, Ziel und Zeitmanagement gesprochen werden. Zwar obliegen dem Richter »Sitzungsgewalt und Verhandlungsführung«; gleichwohl vorab konkrete Regeln für den Termin gemeinsam zu erörtern und von den Beteiligten anerkennen zu lassen, führt in der Mehrzahl der Fälle zu einem positiven, das Verfahren entspannenden Effekt. Dabei empfiehlt es sich, die Rolle der Anwälte – wertschätzend – in die Regelabsprache mit aufzunehmen (wobei je nach Fallgestaltung ein aktiver oder ein auf die Kontrolle der Sach- und Rechtslage beschränkter Part in Betracht kommt).

3. Themensammlung

Die Themensammlung dient in der Mediation dazu, eine umfassende Konfliktdarstellung zu gewinnen, wobei die Medianten jeweils ihre Sicht der Dinge darstellen und gemeinsam die Reihenfolge der Bearbeitung festlegen.

18 Dazu zählen offene und geschlossene, lineare und zirkuläre Fragen, Informations-, Klärungs- und Spezifikationsfragen, Zukunftsfragen, Perspektivwechsel-Fragen etc.

19 Gemeint ist eine emphatische Einstellung zu den Beteiligten in dem Sinne, für eine wohlwollende, akzeptierende Atmosphäre zu sorgen, die Verständnis und Einfühlung deutlich macht.

20 *Krabbe*, ZKM 2004, S. 72; *Fritz* (Fn. 1); *Krabbe/Fritz*, ZKM 2009, Heft 5 (i. Erscheinung).

21 Ähnlich wie in einer Mediation auch sonstige Dritte zu laden, dürfte jedenfalls dann keine Probleme aufwerfen, wenn die Prozessbeteiligten sich im Vorfeld damit einverstanden erklären; im Übrigen stellt im Verwaltungsprozess der Untersuchungsgrundsatz des § 86 VwGO ein hinreichendes Instrumentarium hierfür zur Verfügung.

22 Vgl. *Molcho*, Alles über Körpersprache, 2001, S. 40 ff.; *Watzke*, Äquilibristischer Tanz zwischen den Welten: Neue Methoden professioneller Konfliktmediation, 1997, S. 33, zum Begrüßungsritual: »You never get a second chance to make a first impression«.

Ausgehend hiervon wird es auch in einem Erörterungstermin oder einer Güteverhandlung für das Verhandlungsklima förderlich sein, wenn nicht der Richter, sondern zunächst die Beteiligten – jeder für sich – Anlass und Hintergründe des Konflikts aus ihrer jeweiligen Sicht schildern. Ziel sollte es sein, eine Sachebene zu finden und Themen für die Erörterung herauszufinden. Der Richter sollte darauf achten, dass den Prozessbeteiligten jeweils gleich viel Zeit hierfür eingeräumt wird. Nach einer »ersten Runde« können die Beteiligten nach weiteren Themen befragt,²³ diese zusammengefasst und sodann die Rechtsanwältinnen – auch im Hinblick auf die Beurteilung der Rechtslage – eingebunden werden.²⁴

In diese Phase kann – neben der Verwendung technischer Hilfsmittel wie Flipchart etc. für die Visualisierung – vor allem die Technik des aktiven Zuhörens (Zusammenfassung des Gehörten bzw. Verstandenen) eingesetzt werden und der Richter seine eigene Haltung zu den Beteiligten einer (selbst)kritischen Würdigung und Kontrolle im Hinblick auf Wertschätzung, Vertrauensbildung und Allparteilichkeit etc. unterziehen.

4. Interessen und Bedürfnisse

Die Arbeit mit den Interessen und Bedürfnissen der Konfliktbeteiligten stellt einen der zentralen Bausteine in einer Mediation dar: Es geht darum, dass die unterschiedlichen wie auch die gemeinsamen Wahrnehmungen, Bedürfnisse und Wünsche benannt, erkannt und verstanden werden. Dies lässt sich unschwer auf einen Erörterungstermin oder eine Güteverhandlung übertragen.

Auch in einem gerichtlichen Termin sollte daher jedem Beteiligten die Gelegenheit eingeräumt werden, seine Motive, Bedürfnisse, Interessen und Wünsche (im Sinne einer Selbstbehauptung – Windows I –) zu benennen; dies ist deshalb sinnvoll, weil nur über den Schritt des (Selbst-)Erkennens der eigenen Situation ein Kommunikationsprozess der Wechselseitigkeit und der Gemeinsamkeiten in Gang kommen kann. Um dies zu unterstützen, empfiehlt sich für den Richter als Technik das aktive Zuhören, das Formulieren offener Fragen,²⁵ das Fokussieren,²⁶ das Wertschätzen und ggf. das Partialisieren.²⁷

Der Richter, der anders als der Mediator letztlich – wenn auch u. U. nicht in demselben Erörterungs- bzw. Güteverfahren – zur Streitentscheidung berufen ist, muss allerdings damit rechnen, dass sich die Beteiligten nicht umfassend öffnen; er muss andererseits darauf achten, die Beteiligten ggf. vor rechtlichen Nachteilen durch Offenlegung ihrer Bedürfnisse zu schützen.

5. Optionen

Diese Stufe des Mediationsverfahrens stellt darauf ab, die zunächst ersichtlich auf der Hand liegenden Lösungsmöglichkeiten um eine Vielzahl von Wahlmöglichkeiten zu vergrößern.

Lösungsvorschläge sollten vorrangig von den Streitbeteiligten erarbeitet werden, wobei an dieser Stelle allerdings auch die jeweiligen Prozessvertreter zu Wort kommen sollten; auch der Richter ist nicht gehindert, den Beteiligten einen eigenen Lösungsvorschlag zu unterbreiten. Wie in einer Mediation bietet es sich für den Richter an, sich der einschlägigen Technik zu bedienen: Förderung von Ideen durch Brainstorming,²⁸ Ein-

satz von reflektiver und zirkulärer Fragetechnik,²⁹ Wertschätzung der Parteien etc.

6. Fairness und Gerechtigkeit

Den jeweiligen Blick der Beteiligten auf eine für alle faire und tragbare Lösung (Windows II) zu lenken, die Frage aufzuwerfen, was ggf. bei der Verhandlung über eine Lösung des Konflikts beachtet werden müsste, stellt die Weichen auch in einem gerichtlichen Termin Richtung »win-win« und sollte deshalb auch von einem Richter eingesetzt werden.

7. Verhandeln

Ebenso wie im Mediationsverfahren kann hier der Richter den Beteiligten steuernd helfen, mit Hilfe der benannten Optionen in einem Prozess des Gebens und Nehmens zu einer Lösung zu gelangen (sog. optionales Angebotsverhandeln), wobei als Maßstab die Fairnesskriterien heranzuziehen sind. Ob und in welchem Maße sich der Richter in diesen Prozess hier einschaltet, dürfte von der jeweiligen Fallgestaltung abhängen.³⁰

8. Vereinbaren und Abschluss

Das verhandelte Ergebnis wird sodann in eine sich entweder aufdrängende – oder ebenfalls verhandelte – prozessuale Erklärung einmünden, nämlich in einen Vergleich, eine Hauptsacheerledigung oder eine Klagerücknahme. Denkbar wäre auch, namentlich in komplexen Verfahren, sich dafür zu entscheiden, das Verfahren an einen ausgebildeten (ggf. auch ex-

23 »Welche Themen (Punkte, Komplexe) sollen geregelt werden? Gibt es weitere Themen, die für Sie wichtig sind? Sind Ihnen andere Personen in ähnlicher Situation bekannt und wissen Sie, was diese geregelt haben? Wenn Herr X, Frau Y hier wären, was würden diese wohl benennen? Wie sind Ihrer Meinung nach die Themen zu gewichten, in welcher Reihenfolge sollen sie behandelt werden?«

24 Geht man von der Streitbehandlungs- oder Parteienbedarfslehre von *Breidenbach* (in: *Gottwald* (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts*, 2002, S. 117 ff.) aus, dann ist in diesem Verfahrensabschnitt auf das Element der Information – wozu auch die Informiertheit über die Rechtslage gehört – abzustellen. Anders als im Mediationstermin, in dem der Mediator wegen seiner Allparteilichkeit in erster Linie durch entsprechende Einbindung von Prozessvertretern oder sonstiger Dritter dafür sorgen sollte, dass die Beteiligten alle für ihren Konflikt relevanten Informationen besitzen, kann im Erörterungstermin eine derartige Einschätzung ggf. auch durch den Richter erfolgen.

25 Fragen, die nicht mit »ja« oder »nein« beantwortet werden können, sondern weitere Erklärungen erfordern: »Was steckt hinter Ihrem Wunsch, der Nachbar möchte sein geplantes Gebäude verkleinern? Gibt es für Sie einen oder mehrere Gründe, weshalb Sie die Beurteilung nicht ändern wollen? Können Sie mitteilen, worum es Ihnen geht, wenn Sie gegen Veranstaltungen im Bürgerhaus sind?« etc.

26 Damit ist das Zusammenfassen unter einem bestimmten Blickpunkt gemeint, um die Unterschiedlichkeit als Ressource besser darstellen zu können.

27 Partialisieren ist gemeint als Unterteilen von Themen, um die Verhandlungen zu erleichtern; dazu zählen inhaltliches und zeitliches Unterteilen, ferner Unterteilen nach Personen und Gruppen sowie das Trennen von Gefühls- und Sachebene.

28 Im Deutschen am Besten mit »Gedankensturm« zu übersetzen; dient der – zunächst unbewerteten – Sammlung von Ideen und Möglichkeiten.

29 Reflektive Fragen sollen zum Nachdenken anregen; zirkuläre Fragen sind reflektive Fragen, die auf andere Personen oder Gruppen und deren Einstellung abstellen: »Welche Ideen haben Sie, wie der Lärm auf dem Nachbargrundstück reduziert werden könnte? Wenn Sie an andere Lehrer denken, die in einer vergleichbaren Situation sind, wie würden die wohl handeln bzw. gäbe es da für Sie Anregungen?«

30 Mit Einverständnis der Beteiligten dürfte es dem Richter auch nicht verwehrt sein, Einzelgespräche zu führen und zu versuchen, im Wege der »Pendeldiplomatie« zwischen ihnen zu vermitteln. Jedoch wird er in einem sich möglicherweise anschließenden Prozess den Inhalt der Gespräche öffentlich machen müssen, um dem Vorwurf der Befangenheit zu entgehen und dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu genügen.

ternen) Mediator abzugeben; hierüber sollte seitens des Richters jedenfalls informiert werden. Kommt es zu keiner umfassenden Vereinbarung, so wird der Richter das Verfahren in einem neuen Termin dann streitig fortsetzen, wobei es angezeigt wäre, dass an dieser Stelle seitens des Richters ein Hinweis auf die Rechtslage erfolgt.

IV. Fazit

Die Durchführung eines Erörterungs- oder Gütetermins, wie oben vorgeschlagen, macht deutlich, dass es hierfür bereits dezidiertes Kenntnis und Erfahrung mit den in § 5a Abs. 3 DRiG benannten Schlüsselqualifikationen wie Kommunikationsfähigkeit, Rhetorik und Mediation bedarf.³¹ Die Justizministerien sind daher gut beraten, diese Bereiche verstärkt und verpflichtend in die richterliche Fortbildung zu integrieren. Bereits die Verwendung einiger weniger der oben beschriebenen Elemente in einem »ganz normalen Prozess« – so die Erfahrung und Prognose des Autors – führt zu einem insgesamt verbesserten Verhandlungsklima sowie dazu, dass sich die Streitbeteiligten zu öffnen bereit sind.³²

Ein in einem frühzeitig angesetzten mediativen Erörterungstermin oder einer mediativen Güteverhandlung erzielter Kompromiss, beispielsweise in der Form eines gerichtlichen Vergleichs, stellt daher – ebenso wie eine Mediationsvereinbarung

– eine effiziente, die Interessen der Beteiligten aufnehmende Form der Streitbeilegung dar.³³ Es ist zwar kein Mediationsverfahren durchgeführt worden, weil der erörternde Richter letztlich den Streit entscheiden und daher den Verfahrensbeteiligten keine Vertraulichkeit zusichern kann. Jedoch wird auch das Erörterungs- bzw. Güteverfahren nicht öffentlich durchgeführt, es ist in dem Sinne freiwillig, als die Beteiligten zwar zur Teilnahme, nicht aber zum Mitwirken verpflichtet werden können, die Informiertheit wird gewahrt, die gesetzlich vorgegebene Neutralität des Richters kommt im Gewand der Allparteilichkeit daher und die Selbstverantwortung während eines Erörterungstermins kann weitgehend in die Hand der Prozessbeteiligten gelegt werden.

Um auf die Eingangsfrage zurückzukommen: Mediationsvereinbarung und »mediativer Vergleich« – Zwillinge? Nein! Brüder? Gewiss, und zwar mit weitgehend gleichem Genom!

31 In diesem Sinne auch die Begründung des bay. GE zur Stärkung der gütlichen Streitbeilegung im Zivilprozess, BR-Drucks. 747/04, S. 5. Vgl. zu entsprechenden Forderungen im neueren Schrifttum beispielsweise Katzenmeier, NJW 2008, 1116 ff. 1120; Reitz, ZKM 2008, 45 ff.

32 So auch die Erkenntnisse aus der Begleitforschung zum Modellprojekt »Schlichten statt richten«: Böttger/Hupfeld, ZKM 2004, 155 ff. 158 f.

33 Auch Spangenberg/Spangenberg, ZKM 2008, 27, weisen in ihren Thesen darauf hin, dass es angezeigt sei, zeitnah zu verhandeln, die Gerechtigkeitsvorstellungen der Parteien einzubeziehen und einen personenbezogenen Verhandlungsstil zu pflegen, d. h. insb. die Denkstrukturen der Parteien zu erkennen und nutzen und deren subjektiven Vorstellungen mit zu berücksichtigen.

Gerichtliche Ermittlungspflicht und Mitwirkung der Beteiligten bei der Aufklärung naturwissenschaftlicher und technischer Fragen im Verwaltungsprozess

Vors. Richter am OVG Michael Zimmer, Koblenz*

Die Aufgabenverteilung zwischen Gericht und Beteiligten bei der Aufklärung naturwissenschaftlicher und technischer Fragen im Verwaltungsprozess ist mit einem Hinweis auf die Amtsermittlung nur unzureichend zu beschreiben. Mit dem Beitrag werden die prozessrechtliche Ausgangslage und das Zusammenwirken von Beteiligten und Gericht in der Prozesswirklichkeit beleuchtet.

I. Bestimmung des Gegenstandes der Tatsachenermittlung

1. Rechtlicher Rahmen

§ 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 VwGO enthält die für den Verwaltungsprozess grundlegende Regel, dass das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen erforscht. Der Begriff »Sachverhalt« wird im Gesetz nicht näher definiert. Da die richterliche Entscheidung am Ende des Prozesses die Subsumtion eines Lebenssachverhaltes unter eine Norm beinhaltet, versteht es sich

aber von selbst, dass der Richter nur die Tatsachen zu ermitteln hat, die er für diese Subsumtion benötigt. Zum Sachverhalt i.S.v. § 86 Abs. 1 Satz 1 Halbs. 1 VwGO zählen daher diejenigen Tatsachen, für die im Hinblick auf den durch den Klageantrag bestimmten Streitgegenstand und den rechtlichen Rahmen von Bedeutung sein können.¹ Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Gericht den zu ermittelnden Sachverhalt nicht als feststehend vorfindet, sondern erst anhand des rechtlichen Maßstabes bilden muss und dass der rechtliche Maßstab mit Blick auf den zu beurteilenden Sachverhalt ausgewählt wird. Die Bildung des Sachverhaltes darf daher nicht als eine zu Beginn des Prozesses zu fällende erste Entscheidung verstanden werden. Es handelt sich vielmehr um einen das gesamte gerichtliche Verfahren begleitenden Vorgang, bei dem der Blick zwischen dem anzuwendenden Recht und dem bis zum Ende der mündlichen Verhandlung nur

* Der Verfasser ist Vorsitzender des 1. Senats des OVG Rheinland-Pfalz, der sich u. a. mit Bau-, Umwelt- und Straßenrecht befasst.
1 Kutscheidt, NWVBl. 1995, 121, 123; Geiger, BayVBl. 1999, 321, 322.