



BUND DEUTSCHER VERWALTUNGSRICHTER UND VERWALTUNGSRICHTERINNEN

Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung

Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz

Der Bund Deutscher Verwaltungsrichter und Verwaltungsrichterrinnen hält eine gesetzliche Regelung der Mediation im Zusammenhang mit Verwaltungsstreitverfahren für sinnvoll. Die Richtlinie 2008/52/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen betrifft zwar nur grenzüberschreitende Streitigkeiten und nimmt auch davon verwaltungsrechtliche Angelegenheiten aus (vgl. deren Artikel 1 Absatz 2), doch ist das mit dem Referentenentwurf verfolgte Ziel zu begrüßen, für Rechtsstreitigkeiten soweit wie möglich eine einheitliche Normierung zu schaffen. Die deutsche Judikative im Allgemeinen und die Verwaltungsgerichtsbarkeit im Besonderen können aufgrund von umfangreichen Modellversuchen und langjährig praktizierter Mediation in der Mehrzahl der Bundesländer auf eine eigenständige Tradition und hinreichende Erfahrungen verweisen. Die Mediation während eines Gerichtsverfahrens hat sich als vorteilhafte Ergänzung der Verwaltungsrechtsprechung herausgestellt. Die ausdrückliche Anerkennung dieser neuen Rechtsprechungsaufgabe im Gesetzentwurf trägt dem Rechnung. Der Gesetzentwurf geht allerdings nicht weit genug. Er macht die richterliche Mediation trotz ihrer unbestreitbaren Erfolge vom Willen der jeweiligen Landesregierung abhängig (A.). Und er berücksichtigt nur unzulänglich die vorhandenen Vorschriften insbesondere über den Prozessvergleich und dessen Vollstreckbarkeit (B.).



BUND DEUTSCHER VERWALTUNGSRICHTER UND VERWALTUNGSRICHTERINNEN

A. 1.) Der Gesetzentwurf unterscheidet die außergerichtliche Mediation (ohne gerichtlichen Rechtsstreit) und (nach Anhängigkeit eines Rechtsstreits) die gerichtsnahen Mediation, die ein externer Mediator vornimmt, sowie die richterliche Mediation, die ein nicht zur Streitentscheidung berufener Richter durchführt. Während die ersten beiden Erscheinungsformen der Mediation ohne weiteres möglich sein sollen, wird die richterliche Mediation nur dann erlaubt, wenn die jeweilige Landesregierung durch Rechtsverordnung ihre Zustimmung zu dieser Mediationsform gegeben hat (vgl. § 15 GVG [z.B. in Verbindung mit § 173 VwGO]). Eine Ausnahme macht der Entwurf offenbar nur für das Patentgericht (des Bundes), an dem die richterliche Mediation ohne weiteres möglich sein soll.

Der Gesetzentwurf ist mit seiner Zustimmungslösung inkonsequent. Er ordnet die richterliche Mediation – insoweit einen Meinungsstreit in der Rechtswissenschaft aufgreifend – nicht der Justizverwaltung zu, sondern versteht sie als neue Aufgabe der Rechtsprechung. Das wird verdeutlicht durch die vorgesehenen Prozessrechtsbestimmungen, aber auch in der amtlichen Begründung des Entwurfes bestätigt („nicht der Justizverwaltung zuzurechnen, sondern als richterliche Tätigkeit anzusehen“). Wünschenswert wäre eine Präzisierung der Begründung („als rechtsprechende Tätigkeit anzusehen“, denn Richter können auch in der Justizverwaltung tätig werden). Jedenfalls macht sich der Gesetzentwurf nicht die fehlgehende Ansicht zu Eigen, es handele sich um eine weder die Rechtsprechung noch die Justizverwaltung betreffende Tätigkeit sui generis. Was zur Rechtsprechung gehört, unterliegt der Ausgestaltung durch den Gesetzgeber. Wenn dieser die Akzente von der autoritativen Streitentscheidung zu modernen Formen konsensualer Lösung von Rechtsfällen verschiebt, steht ihm das frei. Den Gesetzgeber bindet allerdings Art. 92 GG, wonach die rechtsprechende Gewalt den Richtern anvertraut ist. Sollen nach dem Willen des Gesetzgebers die bereits bei Gericht anhängigen Rechtsstreitigkeiten zukünftig in geeigneten Fällen durch eine Mediation gelöst werden können, muss demzufolge eine richterliche Mediation zulässig sein. Die Entscheidung zwischen der richterlichen und der gerichtsnahen Mediation darf nur nach dem Kriterium der Zweckmäßigkeit im Einzelfall getroffen werden. Eine Abhängigkeit von der generellen Zustimmung der



BUND DEUTSCHER VERWALTUNGSRICHTER UND VERWALTUNGSRICHTERINNEN

Landesexekutive verstieße gegen das Grundgesetz. Der Einführungsvorbehalt verstößt zudem bei grenzüberschreitenden Zivil- und Handelssachen gegen die EU-Richtlinie (vgl. deren Artikel 3 Buchstabe a Absatz 2 Satz 1).

Für die bundeseinheitliche Einführung der richterlichen Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit sprechen auch die vorhandenen praktischen Erfahrungen und die Besonderheiten dieses Rechtsweges. Im Verwaltungsrechtsstreit stehen sich typischerweise ein Bürger und der Staat gegenüber. Die für den Staat handelnden Behörden sind einerseits auf die Gesetzesbefolgung ausgerichtet, unterliegen andererseits zunehmend Sparzwängen. Das dämpft deren Neigung, sich einer gerichtsnahen Mediation zu öffnen. Die Behörden meinen vielfach, das Gesetz richtig angewendet zu haben, und halten ihr Obsiegen im Rechtsstreit für sehr wahrscheinlich. Nicht selten befürchten sie eine Aufweichung ihrer vermeintlich klaren Rechtsposition in einer Mediation und lehnen diese schon wegen der Auswirkung auf Parallelfälle und des sie dann mutmaßlich fesselnden Gebots der Gleichbehandlung ab. Die meisten Behörden sind aus Gründen der Kostenersparnis grundsätzlich gehalten, vor den Verwaltungsgerichten selbst aufzutreten und sich nicht durch Rechtsanwälte vertreten zu lassen. Sie werden erst recht die Übernahme der Kosten eines freiberuflichen, gerichtsnah agierenden Mediators ablehnen und Ausnahmen wohl nur bei gewissen prestigeträchtigen Einzelfällen machen oder eine vorherige Kostenzusage des Bürgers verlangen. Für die Masse der alltäglichen Verwaltungsstreitfälle besteht somit praktisch nicht die Chance, in einer gerichtsnahen Mediation gelöst zu werden. Eine richterliche Mediation, die für die Beteiligten nicht zu erheblichen Mehrkosten führt, ist in solchen Fällen das Mittel der Wahl.

2.) Sollte die für die Verwaltungsgerichtsbarkeit hier abgelehnte Zustimmungslösung weiterhin angestrebt werden, müsste die technisch ungereimte Gesetzesformulierung verbessert werden. § 15 GVG dient als Ermächtigungsgrundlage für eine Rechtsverordnung der Landesregierung „in Zivilsachen“. Unter diese Vorschrift fallen durch die Verweisungen in §§ 173 VwGO, 155 FGO, 202 SGG auch die Verwaltungs-, Finanz- und Sozialrechtsfälle. Zu bedenken ist insoweit aber, dass § 173 VwGO nur hinsicht-



BUND DEUTSCHER VERWALTUNGSRICHTER UND VERWALTUNGSRICHTERINNEN

lich von fehlenden „Bestimmungen über das Verfahren“ auf das Gerichtsverfassungsgesetz verweist. Die Bezugnahme auf § 15 GVG ist deshalb in dieser Verweisungsvorschrift schlecht platziert; vorzugswürdig erschiene eine eigenständige Ermächtigungsgrundlage in der Verwaltungsgerichtsordnung. Für die Arbeitsgerichtsbarkeit wird die Möglichkeit der Einführung der richterlichen Mediation durch das Landesrecht nur vorausgesetzt (vgl. § 54a Abs. 2 Satz 1 ArbGG), hingegen nicht geregelt (auch § 9 Abs. 2 ArbGG ist keine Ermächtigungsgrundlage). Der Arbeitsrechtsstreit ist heute kein Unterfall des Zivilrechtsstreits mehr; jedenfalls wird er von § 15 GVG nicht erfasst. Dem Landesgesetzgeber fehlt die Kompetenz, für den Arbeitsrechtsstreit die Lücke im Prozessrecht von sich aus zu schließen. Die Geltung der Ermächtigungsgrundlage ist auch im Geltungsbereich des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zweifelhaft. Dort wird ebenfalls die Einführung der richterlichen Mediation dem Landesvorbehalt ausgesetzt (§ 36a Abs. 2 Satz 1 FamFG). Nach der Neufassung von § 23a GVG sind die dortigen Zuständigkeiten im Unterschied zu denen aus § 23 GVG nicht mehr „in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten“ begründet; die Anwendbarkeit des ausdrücklich auf Zivilsachen beschränkten § 15 GVG ist deshalb fraglich.

Weiter bereitet die Einführung der richterlichen Mediation an länderübergreifenden Obergerichten Schwierigkeiten, die es in der Arbeits-, Verwaltungs-, Finanz- und Sozialgerichtsbarkeit gibt.

Schließlich ist die richterliche Mediation an den obersten Bundesgerichten überhaupt nicht geregelt und nach dem gegenwärtigen Stand des Gesetzentwurfs ausgeschlossen. Das lässt den hier ebenfalls bestehenden, wenn auch geringeren Bedarf nach richterlicher Mediation unberücksichtigt. Zu bedenken ist, dass etwa das Bundesverwaltungsgericht nicht nur über Revisionen entscheidet, sondern zum Teil als Tatsacheninstanz erstinstanzlich tätig wird.



BUND DEUTSCHER VERWALTUNGSRICHTER UND VERWALTUNGSRICHTERINNEN

B. Der Gesetzentwurf verkennt ausweislich seiner amtlichen Begründung (siehe dort: zu Art. 7), dass gerichtliche Vergleiche beispielsweise nach der Zivilprozessordnung (§ 794 Abs. 1 Nr. 1) und der Verwaltungsgerichtsordnung (§168 Abs. 1 Nr. 3) ohne weiteres vollstreckbar sind. Der Prozessvergleich wirkt nach herrschender Meinung sowohl materiellrechtlich wie auch prozessrechtlich (sogenannte Doppelnatur des Prozessvergleichs). Zulässig ist aber auch die richterliche Protokollierung eines lediglich materiellrechtlichen Vergleichs, der den Prozess nicht unmittelbar beendet. Der Verfahrensabschluss durch einen vom richterlichen Mediator aufgenommenen Prozessvergleich sollte unbedingt gesetzlich geregelt werden. Bislang behilft sich die Verwaltungsgerichtspraxis entweder mit der Annahme, der richterliche Mediator entspreche einem ersuchten Richter (vgl. § 106 Satz 1 VwGO), oder mit der Hinzuziehung des für den Streitfall zuständigen Richters (Berichterstatters) zur Protokollierung eines Vergleichs in einem am Ende der Mediation anschließenden Erörterungstermin (vgl. § 87 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 VwGO), ein umständliches Verfahren.

Der Gesetzentwurf sieht immerhin die Protokollierung eines Vergleiches durch den richterlichen Mediator vor (§ 278a Abs. 2 Satz 5 ZPO [in Verbindung mit § 173 VwGO]). Es ist auch anzunehmen, dass damit nicht nur ein materiellrechtlicher Vergleich gemeint ist, sondern der richterliche Mediator sogar einen Prozessvergleich aufnehmen darf; andernfalls brächte die ebenfalls vorgesehene Zuständigkeit des richterlichen Mediators für die Streitwertfestsetzung keine Verfahrenserleichterung mit sich. Der Gesetzentwurf macht allerdings nicht deutlich, ob der vom richterlichen Mediator aufgenommene Vergleich, sei es ein Prozessvergleich oder ein nur materiellrechtlicher Vergleich, gleichbedeutend ist mit der sogenannten Mediationsvereinbarung, für die spezielle Vollstreckungsregelungen gelten sollen (vgl. § 796d ZPO). Eine solche Gleichsetzung sollte vom Gesetzgeber klar ausgeschlossen werden. Es empfiehlt sich, die Mediationsvereinbarung ausdrücklich nur als Mittel der außergerichtlichen und gerichtsnahen Mediation vorzusehen und den vom richterlichen Mediator aufgenommenen Vergleich als Abschluss der richterlichen Mediation anzubieten. § 796d Absatz 1 Satz 1 ZPO sollte deshalb lauten: „Eine in einer außergerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation geschlossene Vereinbarung ...“ Das Prozessrecht bie-



**BUND DEUTSCHER VERWALTUNGSRICHTER
UND VERWALTUNGSRICHTERINNEN**

tet mit den Regeln über den Vergleich das notwendige Instrumentarium auch für die Vollstreckung. Einer umständlichen Vollstreckbarkeitserklärung durch das Amtsgericht samt Inhaltsprüfung bedarf es nicht, wenn bereits ein Richter als Mediator den Vergleich aufgenommen hat.

Abschließend wird auf die Stellungnahme des BDVR zur gerichtswinternen Mediation vom April 2006 Bezug genommen (www.bdvr.de).

Berlin, im September 2010

gez. Dr. Christoph Heydemann
Vorsitzender des BDVR