

dung beenden. Er kann ihn aber auch durch Vermittlung einer gütlichen Einigung zwischen den Parteien beilegen.«<sup>699</sup>

Die konflikttheoretisch getroffene Feststellung, dass Ziel eines gerichtlichen Verfahrens immer die Konfliktlösung sein muss, spiegelt sich in den prozessrechtlichen und rechtstatsächlichen Untersuchungsergebnissen wieder. Auch die gerichtliche Mediation – die im Folgenden näher untersucht wird – dient diesem allgemeinsten Zweck, auf den jedes gerichtliche Verfahren ausgerichtet ist.

Die Verfassung lässt im Verhältnis zur Rechtsprechung grundsätzlich alternative Streitbeilegungsformen zu. Die gerichtliche Mediation wäre nur dann unzulässig, wenn sie vollständig an die Stelle des gerichtlichen Rechtsschutzes träte, d. h. substituierend wäre, da für eine substituierende Mediation angesichts des lückenlosen Rechtsschutzes kein Raum ist. Bei der ergänzenden Mediation hingegen bleibt das gerichtliche Verfahren bestehen.<sup>700</sup>

## V. Gerichtliche Mediation

Am 23. April 2008 hat das Europäische Parlament die vom Europäischen Rat beschlossene Richtlinie (Mediationsrichtlinie) über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen angenommen.<sup>701</sup> Nach der Legaldefinition in

699 Wolf, *Gerichtliches Verfahrensrecht*, S. 17 f.

700 Vgl. *Ronellenfitsch*, DÖV 2010, S. 373, 377 f.

701 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 21.5.2008, ABl. EU Nr. L 136 vom 24.5.2008, S. 3. Die Richtlinie wurde in zweiter Lesung angenommen und entspricht dem Gemeinsamen Standpunkt, auf den sich der Europäische Rat geeinigt hatte (Gemeinsamer Standpunkt des Rates im Hinblick auf die Annahme einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 28.2.2008, ABl. EU Nr. C 122E vom 20.5.2008, S. 1). Der Richtlinie ging ein Grünbuch der Europäischen Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung (Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vom 19.4.2002, KOM(2002) 196 endgültig), ein Richtlinienentwurf durch die Kommission (Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 22.10.2004, KOM(2004) 718 endgültig), eine Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vom 9.6.2005 (Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU Nr. C 286 vom 17.11.2005, S. 1) und deren erste Lesung im Europäischen Parlament (Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29.3.2007, P6 TA(2007) 0088) voraus. Zur Mediationsrichtlinie s. *Pitkowitz*, ZKM 2005, S. 68, 68 ff.; *Pitkowitz*, *SchiedsVZ* 2005, S. 81, 81 ff.; *Bundesministerium der Justiz*, ZKM 2008, S. 132, 132 ff.; *Eidenmüller/Prause*, NJW 2008, S. 2737, 2737 ff.; *Mayr/Weber*, ZfRV 2007, S. 163, 163 ff. und *Wagner/Thole*, ZKM 2008, S. 36, 36 ff. Auch der Europarat

Art. 3a der Richtlinie ist Mediation – unabhängig von ihrer Bezeichnung – ein strukturiertes Verfahren, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen.<sup>702</sup> Unter diese Definition kann unter bestimmten Umständen auch die richterliche Vergleichsverhandlung fallen.<sup>703</sup> Entsprechend nimmt die Richtlinie daher Bemühungen zur Streitbeilegung des angerufenen Gerichts oder Richters während des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache ausdrücklich aus und stellt dadurch sicher, dass die Mediation nicht von einer Person durchgeführt wird, die im Fall ihres Scheiterns in derselben Sache entscheidungsbefugt wäre. Die Mediation durch einen Richter, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der betreffenden Streitsache zuständig ist, d. h. durch einen Richtermediator, bezieht die Richtlinie dagegen explizit mit ein.<sup>704</sup>

Inzwischen hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgelegt, das die Mediationsrichtlinie umsetzen wird. Nach der Begriffsbestimmung des geplanten Mediationsgesetzes ist Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines Mediators freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Sofern sie während eines Gerichtsverfahrens von einem nicht entscheidungsbefugten Richter durchgeführt wird, handelt es sich um eine gerichtssinterne Mediation.<sup>705</sup>

Grundsätzlich ist die Mediation ein vorgerichtliches und von einem Gerichtsverfahren unabhängiges Verfahren. Im Falle einer vorgerichtlichen Mediation ist

beschäftigt sich mit alternativen Formen der Streitbeilegung und hat eine Reihe von Empfehlungen darunter auch zur Streitbeilegung zwischen Verwaltungsbehörden und Privatpersonen hierzu vorgelegt: Empfehlung Nr. R (98) 1 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Familienmediation, Empfehlung Nr. R (99) 19 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Mediation in Strafsachen, Empfehlung Rec (2001) 9 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über alternative Formen der Streitbeilegung zwischen Verwaltungsbehörden und Privatpersonen und die Empfehlung Rec (2002) 10 des Ministerkomitees an die Mitgliedstaaten über die Mediation in Zivilsachen.

702 Der 67. Deutsche Juristentag hat sich dieser Legaldefinition angeschlossen (vgl. *Deutscher Juristentag e. V.*, Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, S. 22).

703 S. u. C. V. 1.

704 Die Einbeziehung der gerichtssinternen Mediation erfolgte durch die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 29. März 2007.

705 Vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 3 zu Art. 1 des Entwurfs zum Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drs. 17/5335). Allgemein zur Entwicklung des Mediationsgesetzes s. *Greger*, ZKM 2010, S. 120, 120 ff.

noch kein Verfahren bei einem Gericht anhängig. Sie wird eingesetzt, um ein gerichtliches Verfahren überhaupt zu vermeiden. Der Begriff »außergerichtliche Streitbeilegung« umfasst als Oberbegriff alle Verfahren und Tätigkeiten, die zu einer außergerichtlichen Beilegung eines Konfliktes führen.<sup>706</sup> Besteht eine gewisse Nähe zum gerichtlichen Verfahren, handelt es sich um eine gerichtsverbundene Mediation. Im Falle der gerichtsverbundenen Mediation ist somit bereits Klage erhoben worden.<sup>707</sup> Das bedeutet zugleich, dass die Mediation in Konflikten durchgeführt wird, für die grundsätzlich die Zuständigkeit des betreffenden Gerichts gegeben ist.<sup>708</sup> Je nachdem wie in diesem Fall die Mediation in den Ablauf des gerichtlichen Verfahrens eingebettet ist und wer als Mediator eingesetzt wird, kann die gerichtsverbundene Mediation weiter unterteilt werden in die gerichtsintegrierte, die gerichtsnahe und die gerichtsinterne Mediation, die im folgenden dargestellt werden (unten III. 2.). Vorweg soll noch ein Blick auf das herkömmliche Verfahren, vor Gericht zu einer gütlichen Beilegung zu kommen – die richterliche Vergleichsverhandlung – geworfen werden (unten III. 1.), um Differenzen und Gemeinsamkeiten zur gerichtsinternen Mediation aufzuzeigen. Größter Unterschied zur richterlichen Vergleichsverhandlung und besondere Herausforderung der gerichtsinternen Mediation ist eine interessenorientierte Verhandlung. Sie wird unter III. 3. ausführlich erläutert. Das Kapitel endet mit Ausführungen zum Ablauf (unten III 4.) und den Verfahrensprinzipien (unten 5.) der gerichtsinternen Mediation. Aspekte, die für die sozialgerichtliche Mediation besonders relevant sind, werden bei der folgenden Darstellung hervorgehoben.

## 1. Richterliche Vergleichsverhandlung

Eine bekannte Alternative zum streitigen Gerichtsverfahren ist die richterliche Vergleichsverhandlung. Ziel der Vergleichsverhandlung ist die gütliche Beilegung des Rechtsstreits. Am Ende der richterlichen Bemühungen steht regelmäßig

706 Vgl. *Rüssel*, JuS 2003, S. 380, 382.

707 Vgl. aber den Hinweis *Trossen*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 18, Rdnr. 95, wonach im so genannten »Altenkirchener Modell« – ein Projekt der gerichtsverbundenen Mediation am Familiengericht in Altenkirchen (s. ebd. Rdnr. 67) – der gemäß § 73a Abs. 1 Satz 1 SGG auch im sozialgerichtlichen Verfahren geltende § 118 ZPO als Hilfskonstruktion für einen (noch) keine Prozesskosten auslösenden Erörterungstermin vor Gericht herangezogen wird. Nach § 118 Abs. 1 Satz 3 Halbs. 1 ZPO, der das Bewilligungsverfahren der Prozesskostenhilfe regelt, kann das Gericht die Parteien zur mündlichen Erörterung laden, wenn eine Einigung zu erwarten ist. Allerdings ist Voraussetzung die finanzielle Bedürftigkeit des Antragstellers.

708 Zur Zuständigkeit der Sozialgerichte vgl. o. C. III. 2.

ein Prozessvergleich, wobei auch andere Beendigungsformen Ergebnis einer richterlichen Vergleichsverhandlung sein können. Die Vergleichsverhandlung kann zu allen prozessbeendenden Prozesshandlungen der Konfliktparteien führen, wie sie bereits dargestellt wurden.<sup>709</sup> Mit ihnen können mündliche oder schriftliche Vereinbarungen einhergehen.

Dem gerichtlichen Vergleich werden viele Vorteile zugesprochen wie die schnelle und kostengünstige Lösung.<sup>710</sup> Betrachtet man die genannten Vorzüge genauer, zeigt sich, dass mit der richterlichen Vergleichsverhandlung die Hoffnung einhergeht, die sich aus der Verrechtlichung und Vergerichtlichung ergebenden Nachteile zu vermeiden und im Gegenzug die Vorteile konsensualer Streitbeilegung zu nutzen.<sup>711</sup> Es drängt sich somit die Frage auf, inwieweit es einem Richter gelingt, das Rechtsverfahren zu entrechtlichen.<sup>712</sup> Eine Entrechtlichung lässt sich vor allem durch die Einbeziehung von Interessen erreichen. Der Richter kann den Versuch unternehmen, die Konfliktparteien bei einer kooperativen Konfliktbehandlung zu unterstützen und dabei neben der rechtlichen Perspektive eine Interessenlösung zu erarbeiten. »Hat dies Erfolg, so ist die Interessen-basierte Einigung insofern ein parteiautonomer und insofern natürlich auch selbstbestimmter Vergleich, der seine Qualität gerade nicht aus der Verarbeitung der Rechtslage bezieht.«<sup>713</sup>

Eine andere Möglichkeit zur Entrechtlichung ist die Themenverlagerung auf rechtlich meist unrelevante Interessen, namentlich den Verfahrensinteressen wie beispielsweise die zu erwartende Prozessdauer oder die durch das gerichtliche Verfahren verursachten Kosten, aber auch die Berücksichtigung der Folgen der Rechtsentscheidung selbst.<sup>714</sup> Hier erfolgt jedoch keine Entrechtlichung in Richtung auf den dem Rechtsstreit zugrunde liegenden (sozialen) Konflikt, vielmehr kommt es zu einer Folgenerörterung.<sup>715</sup> Häufig geben auch spezifische Unsi-

709 Der Begriff der »richterlichen Vergleichsverhandlung« ist irreführend, weil nicht jede gütliche Beilegung vor Gericht in einem Vergleich münden muss. Zu den Beendigungsformen s. o. C. IV. 2.

710 Zu den Vorteilen vgl. *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, S. 10 ff. und 42 ff.; *Stürner*, DRiZ 1976, S. 202, 203; *Stürner*, in: FS Walder, S. 273, 278 f.; *Prütting*, JZ 1985, S. 261, 262 f.; *Wolf*, ZJP 1976, S. 260, 262 ff. und *Eisenlohr*, Der Prozeßvergleich in der Praxis der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 60 ff.

711 Vgl. hierzu *Freund*, DRiZ 1979, S. 72, 73 f. S. a. B III. 3.

712 Vgl. *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, S. 62. S. a. *Bierbrauer/Falke/Koch*, in: *Bierbrauer/Falke/Giese/Koch u. a.* (Hrsg.), Zugang zum Recht, S. 141, 187 f.

713 *Breidenbach*, Mediation, S. 312.

714 Vgl. *Blankenburg/Schönholz*, Zur Soziologie des Arbeitsgerichtsverfahrens, S. 172 ff., die die Elemente der Entrechtlichung während der richterlichen Vergleichsverhandlung vor den Arbeitsgerichten untersuchen.

715 Vgl. *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, S. 66.

cherheiten in der Beweislage oder Eindeutigkeit der rechtlichen Bewertung des Falles Anlass zu der Erwägung, ob die Beendigung des Rechtsstreits durch einen Vergleich an Stelle eines Urteils nicht günstiger ist.<sup>716</sup> Neben rein prozessökonomischen Interessen wie dem aufzubringenden Zeit- und Arbeitsaufwand steht dann der Verzicht auf eine weitere Auseinandersetzung und die Beendigung der beeinträchtigenden und ungewissen Konfliktsituation und die Verhinderung des Entscheidungsrisikos im Vordergrund. Scheitert der Versuch einer Ausweitung der verrechtlichten Auseinandersetzung, kann der Richter den Parteien einen Vergleichsvorschlag unterbreiten, der den Sach- und Streitstand angemessen berücksichtigt und sich auch darauf beschränkt.<sup>717</sup>

Über den prozessökonomischen Aspekt hinausgehende nicht-rechtliche und zukunftsgerichtete Interessen in die Vergleichsverhandlung einzubeziehen, stößt allerdings regelmäßig auf Schwierigkeiten.<sup>718</sup> Dafür gibt es vor allem zwei Ursachen.

716 Vgl. *Giese*, in: *Bierbrauer/Falke/ders./Koch u. a.* (Hrsg.), *Zugang zum Recht*, S. 117, 118.

717 Vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, S. 313 unter Bezugnahme auf *Stürner*, in: *Gottwald/Hutmacher/Röhl u. a.* (Hrsg.), *Der Prozeßvergleich*, S. 147, 151.

718 Eine häufig vorgebrachte Kritik am Prozessvergleich ist ein eventuell vorausgehender Vergleichsdruck. Betrachtet man die richterliche Vergleichsverhandlung im Zusammenhang mit dem Problem, dass dem Gericht nur eine begrenzte Zeit für die Erledigung aller Fälle zur Verfügung steht und sie dazu dienen kann, ein Verfahren möglichst schnell zu beenden (vgl. *Gottwald*, *Streitbeilegung ohne Urteil*, S. 69 ff.), so folgt der Aufbau eines Vergleichsdrucks daraus, dass die Ersparnisse an Zeit und Arbeitsaufwand für das Gericht desto größer sind, je früher ein Vergleich geschlossen wird. Durch den Vergleichsabschluss kann es zur Vermeidung einer langwierigen Beweisaufnahme kommen, zumindest aber erspart sich das Gericht das zeitraubende Abfassen eines Urteils. Schließlich haben die Beteiligten auch keine Möglichkeit der Rechtsmitteleinlegung (vgl. *Gottwald*, *Streitbeilegung ohne Urteil*, S. 70 und *Grunsky*, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hrsg.), *Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge*, S. 158, 167). Dass die von der Motivation, zu einer schnellen Erledigung zu gelangen, getragene richterliche Vergleichsverhandlung nur selten zu einer interessenorientierten Lösung führt, ist anzunehmen. Druck wird nicht nur von Richtern aufgebaut, auch der Anwalt einer Partei kann ein Interesse daran haben, den Rechtsstreit möglichst schnell zu beenden (vgl. *Grunsky*, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hrsg.), *Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge*, S. 158, 167 f.). Unabhängig von einem Vergleichsdruck kann ein Prozessvergleich auch auf Resignation oder darauf beruhen, »daß die Partei meint, obwohl sie im Recht sei, sei mehr angesichts der Unzulänglichkeiten des Gerichts wohl nicht zu erreichen. Derartige Vergleiche können mehr Verbitterung zurücklassen als ein der Partei ungünstiges Urteil« (*Grunsky*, in: *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht* (Hrsg.), *Deutsche zivil-, kollisions- und wirtschaftsrechtliche Beiträge*, S. 158, 158). *Ausf. zur Interessenlage der Richter, Anwälte*

Der eine Grund ist professioneller Art. Eine Barriere, die die gütliche Beilegung durch richterliche Vergleichsverhandlung regelmäßig behindert, ist der Kommunikationsprozess vor Gericht.<sup>719</sup> In der gewöhnlichen Gerichtskommunikation wird den Parteien lediglich auferlegt, zu verstehen, »was für den Prozeß relevant ist, welche Argumente stichhaltig sind, was ‚schlüssig‘ und was ‚substantiiert‘ ist.«<sup>720</sup> Demgegenüber wird in einem Vergleichsgespräch, in dem die Beziehung zwischen den Parteien oder eine tiefer liegende Konfliktursache thematisiert werden soll, zusätzlich vom Gericht verlangt, auf die Parteienwünsche einzugehen. Es besteht ein Zwang zur »Erbringung einer Verstehensleistung«, die mehr bedeutet als nur zuzuhören, sondern auch beispielsweise auf emotionale Untertöne zu achten. Dies erfordert eine »nicht-normative Einstellung, die insbesondere darin besteht, von degradierenden alltagsweltlichen Deutungsmustern von Personen (Nörgler, Lügner, Querulant etc.) auch innerlich Abstand zu nehmen.« Die Entwicklung von geeigneten Lösungsvorschlägen verlangt ein kreatives Verhalten der Parteien beim Aushandeln des gerichtlichen Vergleichs, das einer entsprechenden Gesprächsführung bedarf. Ein fehlender Einsatz auf Seiten der Parteien wird dann häufig durch einen Vergleichsvorschlag des Richters kompensiert, der regelmäßig einem vorweggenommenen Urteil gleicht. Der Richter macht bei seinem Vergleichsvorschlag entweder deutlich, wie er entscheiden würde, oder er malt die Schwierigkeiten der Entscheidungsfindung im Hinblick auf noch offene Tat- und Rechtsfragen aus.<sup>721</sup> Sofern das Hauptanwendungsfeld des Vergleichs »im freiwillig akzeptierten richterlichen Schiedsspruch [liegt], der nur eine Näherungslösung an die volle verfahrensförmige Aufklärung und Rechtsfindung darstellt«, erfüllt der Vergleich dieselbe Funktion wie das Urteil.<sup>722</sup>

Die zweite Schwierigkeit ist struktureller Natur und entsteht durch die Tatsache, dass der Richter als Vermittler später auch die Entscheidung trifft. Dies hat zunächst Einfluss auf das Verhalten der Parteien, denn die »Sicherheit der normativen Entscheidung« prägt ihre Verhaltensweisen.<sup>723</sup> Die Parteien richten häufig, um eine spätere Entscheidung in ihrem Sinne positiv zu beeinflussen, die

und Rechtssuchenden beim Prozessvergleich s. a. *Egli*, Vergleichsdruck im Zivilprozeß, S. 43 ff. sowie zu den Formen und Wirkungen des Vergleichsdrucks S. 70 ff.

719 Zu den »Kommunikationsdefiziten« im Verwaltungsprozess s. *Ortloff*, NVwZ 2002, S. 1310, 1311 f.

720 Auch im Folgenden *Hegenbarth/Scholz*, Informationsbrief für Rechtssoziologie 1979, S. 88, 115 ff.

721 Vgl. *Ortloff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 727, 736.

722 *Stürner*, in: FS Walder, S. 273, 281.

723 *Ortloff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 727, 736.

Aufmerksamkeit auf ihre Positionen.<sup>724</sup> Eine offene Kommunikation ist nicht in dem Maße wie in der Mediation möglich, denn die Konfliktparteien können gegenüber einem Richter nicht vertrauliche Informationen in dem Zutrauen weitergeben, dass diese nicht in die Entscheidung einfließen werden.<sup>725</sup> Somit bleibt es bei den Strategien des Taktierens und der selektiven Informationsweitergabe.<sup>726</sup> Die Tatsache, dass eine Entscheidung sofort folgen kann, erschwert zugleich die Thematisierung von Interessen. Daher kommt es dann auch häufig zu einem Vergleich, in dem sich das im Recht angelegte Nullsummenspiel niederschlägt.<sup>727</sup>

Das strukturelle Problem äußert sich aber nicht nur in dem Verhalten der Konfliktparteien, sondern kann sich im äußersten Fall auch beim Richter selbst in Form eines inneren Rollenkonflikts zeigen. Bei der richterlichen Vergleichsverhandlung kommt es zu einer rollenmäßigen Verbindung richterlicher Vergleichstätigkeit mit einer sich anschließenden richterlichen Entscheidung. Die vergleichsorientierte und entscheidungsorientierte Tätigkeit eines Richters schließen sich zwar per se nicht gegenseitig aus,<sup>728</sup> es kann aber zu Rollenkonflikten kommen.<sup>729</sup> Der Richter nimmt eine Doppelrolle ein: einerseits als Vermittler und andererseits als Entscheider, falls keine Einigung zustande kommt.<sup>730</sup> Da ein Richter gemäß Art. 97 Abs. 1 GG dem Gesetz unterworfen ist und er darüber hinaus Fürsorgepflichten gegenüber den Beteiligten wahrnehmen muss, konfliktieren die Aufgabe des Vermittlers, der keinen Rechtsrat erteilt, und die des Richters, dem die Leitung der Verhandlung in Richtung Entscheidungsfindung obliegt, und der rechtliches Gehör gewährt, rechtliche Hinweise gibt und seine Aufklärungspflicht erfüllt, miteinander.

724 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 308; *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, S. 69 und *Ortloff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 727, 736.

725 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 308 f.; *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, S. 69; *Hegenbarth/Scholz*, Informationsbrief für Rechtssoziologie 1979, S. 88, 116 f. und *Röhl*, SchlHA 1979, S. 134, 140 f.

726 Vgl. *Mähler/Mähler*, in: *Büchting/Heussen* (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwaltsbandbuch, B 5, Rdnr. 49.

727 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 307 f. Zum Nullsummenspiel im Recht s. B. III. 3.

728 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 306.

729 Vgl. *Eckhoff*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 243, 263; *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 289, 305; *Gottwald*, Streitbeilegung ohne Urteil, S. 67 ff.; *Freund*, DRiZ 1979, S. 72, 74; *Stürner*, DRiZ 1976, S. 202, 205 und *Röhl*, SchlHA 1979, S. 134, 140. *Freund* und *Röhl* schätzen die Gefahr eines Rollenkonflikts gering ein.

730 Vgl. *Mähler/Mähler*, in: *Büchting/Heussen* (Hrsg.), Beck'sches Rechtsanwaltsbandbuch, B 5, Rdnr. 49 und *Zenk/Strobl/Hupfeld u. a.*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen, S. 19.

## 2. Gerichtsverbundene Mediation

Anders als bei der richterlichen Vergleichsverhandlung wird bei der gerichtsverbundenen Mediation ein besonders geschulter Dritter als Vermittler tätig.<sup>731</sup>

### a) Gerichtsintegrierte Mediation

In der gerichtsintegrierten Mediation bedient sich der Richter bei seiner Vergleichsverhandlung mediativer Methoden. Der Einsatz mediativer Elemente ist einerseits durch eine mediative Haltung des Mediators und andererseits durch die Anwendung von Kommunikationstechniken gekennzeichnet.<sup>732</sup> Inhaltlich zeigt sich dies beispielsweise daran, dass zwischen den Konfliktparteien interessen- und nicht positionenorientiert verhandelt wird oder nicht-rechtliche Belange wie die geschäftlichen Beziehungen in der Zukunft berücksichtigt werden.<sup>733</sup> Auf das Verfahren bezogen geht es darum, das gegenseitige Verständnis und die Kommunikation zwischen den Konfliktparteien zu stärken und ihre Kooperationsfähigkeit zu fördern.<sup>734</sup>

Verfügt ein Richter aufgrund von Schulungen über diese Fähigkeiten, ist hierdurch das oben beschriebene Problem professioneller Art beseitigt. Was bleibt, ist die strukturelle Schwierigkeit, da auch im Falle einer integrierten Mediation kein eigenständiges Verfahren gegeben ist.<sup>735</sup> Die Mediation ist in das gerichtliche Verfahren eingebettet, indem das erkennende Gericht innerhalb der gerichtlichen Güte- und Erkenntnisverfahren mediative Methoden anwendet. Die integrierte Mediation hat damit dieselben strukturellen Grenzen wie die richterliche Vergleichshandlung. Sie besteht darin, dass der Richter seine richterlichen Aufgaben erfüllen muss. Er muss rechtliche Hinweise geben und schließlich, im Falle einer erfolglosen Vergleichsverhandlung, entscheiden.

731 Zur Ausbildung zum Mediator s. a. Fn. 217.

732 Vgl. *Trossen*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 40, Rdnr. 40 ff. Kritisch *Sick*, ZRP 2007, S. 203. Zum mediativen Verwaltungsrichter im Erörterungstermin s. *Walther*, ZKM 2006, S. 144.

733 Vgl. *Mähler/Mähler*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), Mediation: Die andere Scheidung, S. 35, 45.

734 Vgl. *Mähler/Mähler*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), Mediation: Die andere Scheidung, S. 35, 45. Wie wichtig die Herbeiführung des gegenseitigen Verständnisses zwischen den Konfliktparteien für die Erzielung einer schriftlichen Mediationsvereinbarung ist, zeigt die Untersuchung von *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 85 f.

735 Vgl. *Trossen*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 18, Rdnr. 78 ff. und *Trossen*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 40, Rdnr. 44.