

Clemens Bushart

§ 278a ZPO als Schnittstelle zwischen Gerichtsverfahren und außergerichtlicher Mediation

Eine Untersuchung richterlichen
Verweisungsverhaltens



Nomos

Die Reihe Interdisziplinäre Studien zu
Mediation und Konfliktmanagement
wird herausgegeben von

Prof. Dr. Ulla Gläßer, Berlin
Prof. Dr. Lars Kirchhoff, Berlin
Kirsten Schroeter, Hamburg

Band 4

Clemens Bushart

§ 278a ZPO als Schnittstelle zwischen Gerichtsverfahren und außergerichtlicher Mediation

Eine Untersuchung richterlichen
Verweisungsverhaltens



Nomos

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

Zugl.: Frankfurt (Oder), Univ., Diss., 2018

ISBN 978-3-8487-5667-4 (Print)

ISBN 978-3-8452-9812-2 (ePDF)

1. Auflage 2019

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2019. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde von der juristischen Fakultät der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) im Wintersemester 2018/2019 als Dissertation angenommen.

An erster Stelle gebührt mein besonderer Dank Prof. Dr. Ulla Gläßer für die persönlich wertvolle Begleitung und fachlich exzellente Betreuung des Promotionsvorhabens. Mit ihren Ratschlägen, die mich immer wieder inspiriert und motiviert haben, hat sie entscheidend zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Danken möchte ich auch Prof. Dr. Stefan Breidenbach für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Mein Dank gilt zudem Kirsten Schroeter für die Beratung zur empirischen Forschungsmethodik.

Zu großem Dank verpflichtet bin ich ferner allen Interviewpartnerinnen und Interviewpartnern, die mit ihrer Bereitschaft, Einblicke in ihre Praxisperspektive auf die Verfahrensschnittstelle des § 278a ZPO zu geben, die Grundlage für die empirische Untersuchung geschaffen haben.

Für die großzügige finanzielle Förderung der Drucklegung danke ich der Johanna und Fritz Buch Gedächtnis-Stiftung, Hamburg.

Danken möchte ich außerdem Alexandra Fridrich, Till Bannasch und Dr. Tobias Lieber, dass sie – nicht zuletzt mit promotionskompatiblen Arbeitsbedingungen – wesentlich dazu beigetragen haben, dass ich diese Doktorarbeit neben meiner Tätigkeit als Rechtsanwalt verfassen konnte.

Für wertvollen Gedankenaustausch und zahllose motivierende Gespräche danke ich insbesondere Dr. Katharina Bornkamm, Dr. Jacob Lahr und Dr. Christopher Murphy.

In ganz besonderem Maße möchte ich schließlich Anna und meinen Eltern danken, die mich großartig unterstützt haben. Ihnen dreien widme ich diese Arbeit.

Freiburg i. Br., im Dezember 2018

Clemens Bushart

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung	21
A. Untersuchungsgegenstand und Stand der Forschung	21
B. Zielsetzung	29
C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	30
D. Fragestellung, Gang der Untersuchung und Forschungsmethodik	33
Kapitel 1: Die Verfahrensschnittstelle des § 278a ZPO – eine Bestandsaufnahme	36
A. Entstehungsgeschichte	36
B. Funktion und Potenzial der Verweisungsvorschrift	38
C. Einzelfragen zum Regelungsgehalt der Verweisungsvorschrift	54
D. Normanwendung – Verweisungshürden aus Sicht der Wissenschaft	71
Kapitel 2: Methodischer Ansatz der empirischen Untersuchung	81
A. Entscheidung für qualitative Forschungsmethoden	81
B. Konzeption und Umsetzung des Forschungsdesigns	83
Kapitel 3: Ergebnisse der empirischen Untersuchung	96
A. Auswertung und Diskussion der Interviews	96
B. Resümee	223
Kapitel 4: Empfehlungen zur Optimierung der Verfahrensschnittstelle	226
A. Gesetzlicher Reformbedarf	227
B. Praxisleitfaden	246
C. Entwicklung lokaler Verweisungskonzepte	251

Inhaltsübersicht

D. Spezifische Aus- und Fortbildungsangebote	262
E. Qualitätssicherung und Forschung	264
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	267
Literaturverzeichnis	273

Inhaltsverzeichnis

Tabellenverzeichnis	15
Abkürzungsverzeichnis	17
Einführung	21
A. Untersuchungsgegenstand und Stand der Forschung	21
B. Zielsetzung	29
C. Begrenzung des Untersuchungsgegenstands	30
D. Fragestellung, Gang der Untersuchung und Forschungsmethodik	33
Kapitel 1: Die Verfahrensschnittstelle des § 278a ZPO – eine Bestandsaufnahme	36
A. Entstehungsgeschichte	36
B. Funktion und Potenzial der Verweisungsvorschrift	38
I. Verfahrensvielfalt und Verfahrenswahl	38
II. Reevaluation der Verfahrenswahl	43
III. Impulsgeber für eine Neubewertung des Verfahrens	47
1. Eigeninitiative der Konfliktparteien	47
2. Initiative der Rechtsanwälte	50
3. Intervention durch Gerichte	51
4. Gerichtliche Verfahrensberatung	53
C. Einzelfragen zum Regelungsgehalt der Verweisungsvorschrift	54
I. Prüfungs- und Verweisungspflicht	55
II. Richterliche Konfliktanalyse	58
1. Bewertungsmaßstab und Verweiskriterien	58
2. Nicht sachgemäße Verweiskriterien	60
3. Informationsgrundlage und Informationsgewinnung	62
4. Hilfsmittel für die Verweisungsprüfung	63
III. Ausgestaltung des Verweisungsvorschlags	63
1. Form und Inhalt	63
2. Zeitpunkt	65
3. Benennung Mediator	66

IV. Ruhen des Verfahrens gem. § 278a Abs. 2 ZPO	69
D. Normanwendung – Verweisungshürden aus Sicht der Wissenschaft	71
I. Richtersphäre	72
1. Fehlende Verweisungsbereitschaft	72
2. Unzureichende Kenntnisse	75
3. Gründe für (vereinzelte) Verweisungsvorschläge	76
II. Parteiensphäre – Keine Offenheit für Verfahrenswechsel	77
III. Zwischenresümee	80
Kapitel 2: Methodischer Ansatz der empirischen Untersuchung	81
A. Entscheidung für qualitative Forschungsmethoden	81
B. Konzeption und Umsetzung des Forschungsdesigns	83
I. Leitfadeninterview	83
II. Sampling	84
III. Entwicklung Leitfaden	87
IV. Durchführung der Interviews und Transkription	88
V. Auswertung und Darstellung	90
VI. Hintergrundgespräch und Feldnotizen	94
Kapitel 3: Ergebnisse der empirischen Untersuchung	96
A. Auswertung und Diskussion der Interviews	96
I. Aufgabenbereich der Richter	98
1. Befragungsergebnisse	98
2. Zusammenfassung und Diskussion	102
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	104
II. Erledigungsinteresse der Richter	105
1. Befragungsergebnisse	105
a) Zeit- und Arbeitsaufwand	106
b) Ruhen des Gerichtsverfahrens	112
c) Gerichtsstatistik	114
2. Zusammenfassung und Diskussion	116
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	117
III. Bewertung der Verweisungsmöglichkeit	118
1. Befragungsergebnisse	119
a) Bedeutung richterlicher Überzeugung	119

b) Überzeugungen der Gesprächspartner	121
aa) Verfahrensvielfalt und Wahl eines passenden Verfahrens	121
bb) Überprüfung der Verfahrenswahl	122
cc) Anwendungsbereiche außergerichtlicher Mediation	124
dd) Verfahrensmehrwert außergerichtlicher Mediation	125
2. Zusammenfassung und Diskussion	128
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	131
IV. Verweisungskennnisse	132
1. Befragungsergebnisse	132
a) Bedeutung, Art und Umfang von Verweisungskennnissen	132
b) Verweisungskennnisse der Interviewpartner	135
aa) Grundkenntnisse	135
bb) Praktische Verweisungskennnisse	138
cc) Sachverhaltsinformationen	140
2. Zusammenfassung und Diskussion	142
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	144
V. Güterichterverfahren	145
1. Befragungsergebnisse	145
a) Mehrwert außergerichtlicher Mediation	145
b) Vorteile des Güterichterverfahrens	148
c) Verfahrenshierarchie	152
d) Verfahrensabgrenzung	154
2. Zusammenfassung und Diskussion	155
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	160
VI. Güteversuche der Richter	161
1. Befragungsergebnisse	162
a) Richterliche Schlichtungskompetenz	162
b) Verfahrensabgrenzung	165
c) Einschränkung des richterlichen Tätigkeitsbereichs	166
d) Verweisungsvorschlag nach eigenen Güteversuchen	166
2. Zusammenfassung und Diskussion	167
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	171
VII. Verweisungserfahrung und Einfluss von Richterkollegen	171
1. Befragungsergebnisse	172
2. Zusammenfassung und Diskussion	175
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	176

VIII. Mediationsbereitschaft der Parteien	176
1. Befragungsergebnisse	177
a) Keine Mediationsbereitschaft nach Rechtshängigkeit	177
b) Gründe für fehlende Mediationsbereitschaft	178
c) Herleitung fehlender Bereitschaft	184
d) Einfluss des Richters auf Mediationsbereitschaft	185
e) Maßnahmen zur Überzeugung der Parteien	189
2. Zusammenfassung und Diskussion	193
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	197
IX. Rolle der Rechtsanwälte	198
1. Befragungsergebnisse	198
a) Bedeutung anwaltlicher Mitwirkung	198
b) Überzeugung und Vorbehalte der Rechtsanwälte	199
c) Einflussmöglichkeiten des Richters	202
2. Zusammenfassung und Diskussion	203
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	205
X. Ansätze zur Optimierung der Verfahrensschnittstelle	205
1. Befragungsergebnisse	206
a) Verweisungsvorschlag durch Formblatt	206
b) Informationsbroschüre	207
c) Interprofessioneller Austausch und Fortbildungsangebote	208
d) Benennung von Mediatoren	210
e) Zeitliche Abstimmung mit Gerichtsverfahren	215
f) Finanzielle Förderung	216
2. Zusammenfassung und Diskussion	217
3. Optimierungsbedarf und Gestaltungskriterien	222
B. Resümee	223
Kapitel 4: Empfehlungen zur Optimierung der Verfahrensschnittstelle	226
A. Gesetzlicher Reformbedarf	227
I. Klarstellung der Prüfungs- und Verweisungspflicht	227
II. Prüfungszeitpunkt: Verankerung in der Güteverhandlung	229
III. Absicherung der Verweisungsprüfung	232
IV. Informationspflichten als Regelungsalternative	233
V. Konkretisierung des Prüfungsmaßstabs	233
VI. Gesetzliche Verfahrensabgrenzung	234
VII. Bindungswirkung von Verweisungsvorschlägen	236

VIII. Flexibilisierung der Ruhensanordnung nach § 278a Abs. 2 ZPO	238
IX. Kostenanreize für die Parteien	240
1. Überblick über die bei den Parteien anfallenden Kosten	241
2. Mediationskostenhilfe	242
3. Gerichtskostenregelung	244
X. Fazit	245
B. Praxisleitfaden	246
I. Funktion und Themenspektrum	246
II. Verweisungskriterien	247
III. Ergänzende Orientierungshilfen	249
IV. Fazit	250
C. Entwicklung lokaler Verweisungskonzepte	251
I. Konkretisierung der Verfahrensabgrenzung	252
II. Vermittlung von Mediatoren	253
1. Mittelbare und unmittelbare Vermittlung von Mediatoren	253
2. Mediatorenlisten	255
III. Vernetzung der Beteiligten	258
IV. Gerichtsinterner Erfahrungsaustausch und kollegiale Beratung	260
V. Informationsmaterial	261
VI. Fazit	262
D. Spezifische Aus- und Fortbildungsangebote	262
I. Richterfortbildung	262
II. Juristenausbildung	264
III. Fazit	264
E. Qualitätssicherung und Forschung	264
I. Evaluation von Optimierungsmaßnahmen	264
II. Empirische Grundlagenforschung	265
III. Verfügbarkeit von Daten	266
IV. Fazit	266
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	267
Literaturverzeichnis	273

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Auswahl der Interviewpartner	86
Tabelle 2:	Transkriptionsregeln	89

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
Abl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
ADR	Alternative Dispute Resolution
AG	Amtsgericht; Aktiengesellschaft
allg.	allgemein/e
AnwBl	Anwaltsblatt
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
ASG	Arbeits- und Sozialgericht (Österreich)
Aufl.	Auflage
Bd.	Band
bearb. v.	bearbeitet von
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BReg	Bundesregierung
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (amtliche Sammlung)
bzw.	beziehungsweise
ca.	circa
d.h.	das heißt
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGZPO	Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozeßordnung
Einf.	Einführung
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
f.	folgende (Einzahl)

Abkürzungsverzeichnis

FamFG	Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
ff.	folgende (Mehrzahl)
FGG	Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (außer Kraft getreten am 1.9.2009)
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
FPR	Familie Partnerschaft Recht
gem.	gemäß
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GKG	Gerichtskostengesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
Hrsg.	Herausgeber
HwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks - Handwerksordnung
i.V.m.	in Verbindung mit
IHK	Industrie- und Handelskammer
InsO	Insolvenzordnung
IP	Interviewpartner/in
JURA	Juristische Ausbildung
JZ	Juristen-Zeitung
Kap.	Kapitel
KV	Kostenverzeichnis (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GKG)
LG	Landgericht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MediationsG	Mediationsgesetz
MüKoZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
no.	number, issue
Nr.	Nummer
o.ä.	oder Ähnliches

OLG	Oberlandesgericht
PKH	Prozesskostenhilfe
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer
RVG	Rechtsanwaltsvergütungsgesetz
RZ	Österreichische Richterzeitung
S.	Seite (bei der Zitierung von Dokumenten und Literatur), Satz (bei der Zitierung von Gesetzen)
SGG	Sozialgerichtsgesetz
sog.	sogenannte/r/s
u.a.	unter anderem; und andere
unv.	unverständliche/s
usw.	und so weiter
v.	von
vgl.	vergleiche
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
wg.	wegen
WM	Wertpapier-Mitteilungen
Z	Zeile
z.B.	zum Beispiel
ZeUP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht
ZKM	Zeitschrift für Konfliktmanagement
ZMediatAusbV	Verordnung über die Aus- und Fortbildung von zertifizierten Mediatoren - Zertifizierte-Mediatoren-Ausbildungsverordnung
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einführung

§ 278a [ZPO] Mediation, außergerichtliche Konfliktbeilegung

(1) Das Gericht kann den Parteien eine Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorschlagen.

(2) Entscheiden sich die Parteien zur Durchführung einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, ordnet das Gericht das Ruhen des Verfahrens an.

A. Untersuchungsgegenstand und Stand der Forschung

Der Schlüssel zu einer sachgerechten und effektiven Konfliktbearbeitung liegt in der Wahl eines adäquaten Konfliktbeilegungsverfahrens.¹ Gesellschafts- und rechtspolitisch erstrebenswert ist daher ein breites Spektrum sich ergänzender Konfliktbewältigungsangebote,² das den Konfliktparteien die Möglichkeit bietet, zwischen unterschiedlichen Verfahren³ mit ihren jeweiligen Vorzügen auszuwählen.⁴ Ziel ist ein Gesamtsystem, das Konfliktparteien neben dem Gerichtsverfahren stets auch außergerichtliche Konfliktbeilegungsalternativen zur Verfügung stellt.⁵

1 Vgl. zur Wahl eines passenden Verfahrens Kap. 1 B. I.

2 Zur Komplementarität von Streitbehandlungsalternativen *Breidenbach*, FPR 1996, 3 (3 ff.); *Breidenbach*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), *Mediation für Juristen*, 1997, 1 (10); siehe hierzu ebenfalls Kap. 1 B. I.

3 Unter „Verfahren“ werden in dieser Arbeit unterschiedliche Methoden der Konfliktbearbeitung, einschließlich des Gerichtsprozesses, verstanden. Es handelt sich also nicht um einen zivilprozessualen Verfahrensbegriff. Daher wird in dieser Arbeit z.B. das Güterichterverfahren gem. § 278 Abs. 5 ZPO als eigenständiger Ansatz der Konfliktbearbeitung betrachtet und als „Verfahren“ bezeichnet, auch wenn es prozessrechtlich Teil des Gerichtsverfahrens ist. Denn der Güterichter führt einen ihm übertragenen Abschnitt des Zivilprozesses in Form einer Güteverhandlung oder eines weiteren Güteversuchs durch; vgl. *Löer*, in: *Klowait/Gläßer* (Hrsg.), *Mediationsgesetz*, 2. Aufl. (2018), § 278 ZPO Rn. 1.

4 Vgl. *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190 (196); *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51 (86); mit dem Ziel einer vorgerichtlichen Filterwirkung auch *Stock*, in: *Gottwald/Strempele* (Hrsg.), *Streitschlichtung*, 1995, 113 (135).

5 Vgl. zum Nebeneinander von Gerichtsverfahren und außergerichtlichen Konfliktbearbeitungsmethoden *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen*

Um sicherzustellen, dass im konkreten Einzelfall eine Konfliktbearbeitung tatsächlich in dem Verfahren erfolgt, das sich hierfür insbesondere mit Blick auf die Art des Konfliktes⁶ sowie die Verfahrensinteressen der Parteien⁷ bestmöglich eignet,⁸ ist nicht nur wichtig, die Weichen bei Auftreten eines Konfliktes richtig zu stellen. Es kann vielmehr auch erforderlich sein, eine bereits getroffene Verfahrensentscheidung zu einem späteren Zeitpunkt zu überprüfen und gegebenenfalls eine besser geeignete Form der Konfliktbearbeitung zu wählen.⁹ Dies gilt insbesondere auch nach der Wahl eines Gerichtsverfahrens, wenn eine andere, besser geeignete Verfahrensalternative zur Verfügung steht. An diesem Punkt setzt die in § 278a Abs. 1 ZPO normierte Möglichkeit des Richters¹⁰ an, ein außergerichtliches Streitbeilegungsverfahren – wie z.B. eine Mediation – vorzuschlagen. Diese Schnittstelle zwischen Gerichtsverfahren und außergerichtlichen Alternativen der Konfliktbearbeitung, die die Möglichkeit eines Verfahrenswechsels nach Klageerhebung verfahrensrechtlich absichert und normativ ausgestaltet, steht im Fokus der vorliegenden Arbeit. Sie wurde bereits im Jahr 2002 in § 278 Abs. 5 S. 2 und 3 ZPO a.F. gesetzlich verankert und im Jahr 2012 weitgehend inhaltsgleich¹¹ in § 278a ZPO überführt.¹²

Eine funktionierende Verfahrensschnittstelle sollte die mit Blick auf einen Verfahrenswechsel – z.B. in Form von Informationsdefiziten – bestehenden Hürden überwinden und so die Wahl des bestmöglichen Verfahrens durch die Konfliktparteien fördern. Dies bietet den Beteiligten erhebliche Vorteile, von denen einige hier exemplarisch benannt werden sollen:

Konfliktlösung, 2. Aufl. (2016), A. Rn. 2 ff.; *Hoffmann-Riem*, ZRP 1997, 190 (196); *Katzenmeier*, ZZP 115 (2002), 51 (86).

6 *Ulrici*, in: MüKoZPO, 5. Aufl. (2016), § 278a Rn. 6.

7 Zu den Verfahrensinteressen, d.h. den Erwartungen und Anforderungen der Konfliktbeteiligten an das Verfahren, siehe *Gläser/Kirchhoff*, ZKM 2005, 130 (131, 133).

8 Zur Verfahrenseignung vgl. *Klowait/Gläser*, in: *Klowait/Gläser* (Hrsg.), Mediationsgesetz, 2. Aufl. (2018), Einl. Rn. 51; siehe hierzu auch Kap. 1 B. I. m.w.N.

9 Zur Reevaluation der Verfahrenswahl vgl. auch Kap. 1 B. II.

10 Bei personenbezogenen Bezeichnungen meint die gewählte Formulierung stets beide Geschlechter, auch wenn aus Gründen der besseren Lesbarkeit auf die gleichzeitige Verwendung männlicher und weiblicher Sprachformen verzichtet wird.

11 Zur Normierung des Prinzips differenzierter Konfliktzuweisung in § 278a Abs. 1 ZPO trotz eines gegenüber § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO a.F. geänderten Wortlautes vgl. Kap. 1 B. I.

12 Zur Entstehungsgeschichte der Verfahrensschnittstelle vgl. Kap. 1 A.

Zunächst ermöglicht eine passgenaue Verfahrenswahl den Parteien eine effiziente Konfliktbearbeitung und stellt sicher, dass ihren Verfahrensinteressen bestmöglich entsprochen wird.¹³ So kann den Parteien eines Rechtsstreits beispielsweise daran gelegen sein, durch einen Wechsel in ein Mediationsverfahren schnell und – verglichen mit einem aufwändigen Gerichtsverfahren – kostengünstig auf eine einvernehmliche Lösung hinzuarbeiten.

Mit einem Wechsel der Konfliktparteien in ein besser geeignetes außergerichtliches Verfahren geht auch eine Entlastung der Gerichte einher, denen hierdurch mehr Kapazitäten für die Bearbeitung streitiger Verfahren zur Verfügung stehen.¹⁴

Darüber hinaus kann durch eine funktionierende Verfahrensschnittstelle dem gesetzgeberischen Ziel entsprochen werden, außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren besser im Bewusstsein der Bevölkerung zu verankern und insbesondere durch die Förderung der außergerichtlichen Mediation einen Beitrag zur Verbesserung der Streitkultur zu leisten.¹⁵ Denn rechtsvergleichend ist zu beobachten, dass die Mediation sich besonders gut etabliert, wo sie mit dem System der Rechtspflege eng verknüpft ist.¹⁶

Indem eine Verfahrensschnittstelle die Durchlässigkeit zwischen Gerichtsprozess und außergerichtlichen Verfahren erhöht, kann sie schließlich dazu beitragen, die Chancen einer vielfältigen „Verfahrenslandschaft“¹⁷ nutzbar zu machen. Nicht zuletzt kann sie auch die Funktionsfähigkeit eines Gesamtsystems gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktbearbeitungsverfahren stärken und die Entwicklung eines ausdifferenzierten Verfahrensspektrums begünstigen.

Die genannten Potenziale der Verfahrensschnittstelle werden in der Praxis bislang bei weitem nicht ausgeschöpft. Die verfügbaren Daten und Einschätzungen im Schrifttum zeigen, dass die Gerichte nur sehr zurückhal-

13 Vgl. *Klowait/Gläßer*, in: *Klowait/Gläßer* (Hrsg.), *Mediationsgesetz*, 2. Aufl. (2018), Einl. Rn. 51.

14 *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, 2. Aufl. (2016), A. Rn. 16; *Hoffmann-Riem*, *ZRP* 1997, 190 (197 f.).

15 Vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (im Folgenden: Begründung RegE), BT-Drucks. 17/5335, S. 11.

16 Vgl. *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, *Recht der alternativen Konfliktlösung*, 2. Aufl. (2016), A. Rn. 19 m.w.N., der einen Regelungsbedarf für die Schnittstelle von Justiz und außergerichtlichen Verfahren konstatiert.

17 *Gläßer/Becker/Ittner*, *Begleitforschung zur Pilotierungsphase der Gerichtlichen Mediation in Brandenburg*, 2011, S. 86.

tend von der Verweisungsmöglichkeit Gebrauch machen.¹⁸ So stellt die Evaluationsstudie zum Mediationsgesetz fest, dass die Anzahl der Fälle gerichtsnaher Mediation, d.h. die Anzahl der von den Gerichten in die außergerichtliche Mediation verwiesenen Fälle, hinter den Erwartungen zurückbleibe.¹⁹ Auch soweit empirische Untersuchungen vorliegen, die sich zu der Anwendungshäufigkeit der weitgehend inhaltsgleichen Vorgängervorschrift – § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO a.F. – äußern, belegen sie, dass Richter den Parteien kaum Verweisungsvorschläge unterbreitet haben.²⁰ Eine Umfrage unter Güterichtern legt zudem nahe, dass die geringe Zahl von Verweisungen in die außergerichtliche Mediation durch die Einführung des § 278a Abs. 1 ZPO nicht gestiegen ist.²¹

18 Die Anwendungshäufigkeit des § 278a Abs. 1 ZPO wird jedoch – anders als die Verweisung vor den Güterichter nach § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO – nicht in der offiziellen Gerichtsstatistik des Statistischen Bundesamtes ausgewiesen, weshalb eine Überprüfung anhand amtlicher Daten bislang nicht möglich ist. Zur amtlichen Statistik vgl. *Statistisches Bundesamt*, Fachserie 10, Reihe 2.1, 2018.

19 Vgl. den am 19.7.2017 vom Bundeskabinett beschlossenen Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen des Mediationsgesetzes auf die Entwicklung der Mediation in Deutschland und über die Situation der Aus- und Fortbildung der Mediatoren (im Folgenden: Evaluationsbericht BReg), BT-Drucks. 18/13178, S. 93 = *Masser/Engewald/Scharpf u.a.*, Die Entwicklung der Mediation in Deutschland, 2018, S. 130. Den befragten außergerichtlichen Mediatoren zufolge gingen ca. 5 % der Mediationen in den letzten zwölf Monaten auf eine gerichtliche Verweisung zurück. Aus diesen Daten kann jedoch nicht unmittelbar abgeleitet werden, in wie vielen Fällen bezogen auf die Gesamtzahl rechtshängiger Verfahren eine außergerichtliche Mediation angeregt und wie oft infolge einer solchen Anregung eine außergerichtliche Mediation tatsächlich durchgeführt wurde.

20 *Hommerich/Prütting/Ebers u.a.*, Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis, 2006, S. 84 f.; *Assmann/Betz/Hufschmidt u.a.*, „Gerichtsexterne Mediation“ an Brandenburgischen Amts- und Landgerichten sowie dem Brandenburgischen Oberlandesgericht, 2009, S. 19, 65; *Greger*, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern“, 2004, S. 91 f.; *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, 2007, S. 85, 89 f., 126 f.; *Greger*, Evaluation der Gerichtsmediation im Land Berlin, 2012, S. 114; differenzierend *Et-scheit*, in: *Gläser/Schroeter* (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, 2011, 143 (148), bei deren Befragung 2008 gerichtliche Mediatoren angaben, die Verweisungsmöglichkeit zu nutzen, während andere Richter, die nicht als Richtermediatoren tätig waren, dies verneinten.

21 Vgl. *Löer*, ZKM 2014, 41 (44).

Schließlich wird auch im Schrifttum einhellig die Auffassung vertreten, dass Gerichte in der Praxis nur sehr selten auf die Verweisungsmöglichkeit zurückgreifen.²²

Für die äußerst zurückhaltende Anwendung der Verweisungsvorschrift werden unterschiedliche Erklärungsansätze diskutiert.²³ Gleichwohl liegen, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen, hinsichtlich der Frage, welche Faktoren bei Verweisungsentscheidungen von Richtern in der Zivilgerichtsbarkeit handlungsleitend sind, keine ausreichenden, auf empirischen Daten basierenden Erkenntnisse vor.

Eine unzureichende empirische Datenbasis ist bereits zu verzeichnen, weil zahlreiche empirische Untersuchungen, in denen die Verweisung in die außergerichtliche Mediation thematisiert wird, vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung²⁴ am 26.7.2012 durchgeführt worden sind.²⁵

22 Zu § 278a Abs. 1 ZPO:

Schlehe, ZKM 2017, 61 (61) anhand der Erfahrungen eines Pilotprojekts am LG München; *Wendland*, Mediation und Zivilprozess, 2017, S. 623; *Greger*, in: *Greger/Unberath/Steffek*, Recht der alternativen Konfliktlösung, 2. Aufl. (2016), E. Rn. 65; auch *Gottwald/Greger*, ZKM 2016, 84 (87) sowie *Greger*, ZKM 2017, 213 (213).

Zu § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO a.F.:

Feix, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, 2004, S. 236; *Gläßer/Schroeter*, in: *Gläßer/Schroeter* (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, 2011, 415 (419) unter Verweis auf die Ausführungen von *Etscheid*, in: *Gläßer/Schroeter* (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, 2011, 143 (144); *Greger*, ZKM 2007, 142 (142 f.); *Morawe*, FPR 2004, 193 (196); *Volkmann*, Mediation im Zivilprozess, 2006, S. 15; *Hess*, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, 2008, F 50.

23 Siehe hierzu ausführlich die systematisierende Zusammenfassung der in der Wissenschaft diskutierten Verweishindernisse in Kap. 1 D.

24 BGBl. I 2012, S. 1577 ff.

25 Vgl. die Begleitforschung zu folgenden Modellprojekten: *Greger*, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern“, 2004, S. 72 ff. zum Modellversuch „Außergerichtliche Beilegung von Rechtsstreitigkeiten – a.be.r“ in Nürnberg (in den Jahren 2002–2004 durchgeführt); *Justizministerium Baden-Württemberg*, Modellversuch „Außergerichtliche Konfliktbeilegung“ am Landgericht Stuttgart und Amtsgericht Stuttgart, 2002 (durchgeführt in den Jahren 2000–2001); *Assmann/Betz/Hufschmidt u.a.*, „Gerichtsexterne Mediation“ an Brandenburgischen Amts- und Landgerichten sowie dem Brandenburgischen Oberlandesgericht, 2009, wo die Datenerhebung im Jahr 2008 erfolgte. Bei *Etscheid*, in: *Gläßer/Schroeter* (Hrsg.), Gerichtliche Mediation, 2011, 143 (143 ff.), ebenfalls mit Datenerhebung im Jahr 2008, schränkt zudem die Fokussierung auf die Verweisung in die außergerichtliche Mediation an Berliner Familiengerichten die Übertragbarkeit der Ergebnisse auf andere zivilgerichtliche Verfahren ein.

Da durch dieses Gesetz auch flächendeckend das Güterichterverfahren einschließlich der Möglichkeit, die Parteien in diese gerichtlich angebotene Konfliktbearbeitungsalternative zu verweisen, eingeführt wurde,²⁶ haben sich die Rahmenbedingungen für Verweisungen in außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren seither maßgeblich verändert. Zwar hat die Einführung des Güterichtermodells die Verweisung in die außergerichtliche Mediation nicht funktionslos werden lassen, da beide Verfahrensalternativen aufgrund ihrer Unterschiedlichkeit jeweils eigenständige Bestandteile des bereits angesprochenen Gesamtsystems von Konfliktlösungsverfahren darstellen.²⁷ Jedoch reduzieren die geänderten Rahmenbedingungen die Aussagekraft älterer Studien in Bezug auf die aktuelle Anwendung der Verweisungsnorm durch die Gerichte.

Soweit einige empirische Untersuchungen Aussagen zu Verweisungsfaktoren treffen, ist ferner festzustellen, dass teilweise aufgrund anderweitiger Forschungsschwerpunkte die Verweisungsproblematik nur am Rande thematisiert wird²⁸ oder Beschreibungen von Verweisungshürden nicht hinreichend in den erhobenen Daten verankert sind.²⁹ Auch die bereits zitierte Evaluationsstudie zum Mediationsgesetz lässt eine fundierte empirische

26 In das Güterichterverfahren wurden zudem auch die bereits zuvor an vielen Gerichten bestehenden Angebote gerichtlicher Mediation überführt, vgl. *Fritz*, in: *Fritz/Pielsticker* (Hrsg.), *Mediationsgesetz*, 2013, § 278 ZPO Rn. 16.

27 Vgl. ergänzend hierzu Einf. C. Der Vorteil einer Wahlmöglichkeit zwischen einem Güterichterverfahren und außergerichtlicher Mediation wurde auch in der Begleitforschung zum Güterichtermodell in Bayern betont. *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, 2007, S. 127: „Die Evaluation hat Anhaltspunkte dafür geliefert, dass mancher Fall, der vom Güterichter aus zeitlichen oder fachlichen Gründen nicht zu einer Einigung geführt werden konnte, im Rahmen einer externen Mediation mit Erfolgsaussicht hätte gelöst werden können.“ Zum Nebeneinander von Verfahrensalternativen siehe schließlich auch Kap. 1 B. I. Speziell zum Verhältnis des Güterichterverfahrens und der außergerichtlichen Mediation aus Sicht der befragten Richter vgl. Kap. 3 A. V.

28 Vgl. *Greger*, Evaluation der Gerichtsmediation im Land Berlin, 2012, S. 99, der sich entsprechend der Studienkonzeption schwerpunktmäßig auf eine Bewertung gerichtlicher Mediationsangebote in Berlin konzentriert.

29 Vgl. *Hommerich/Prütting/Ebers u.a.*, *Rechtstatsächliche Untersuchung zu den Auswirkungen der Reform des Zivilprozessrechts auf die gerichtliche Praxis*, 2006, S. 86, die offenbar mangels aussagekräftiger Daten lediglich mutmaßen können, dass Richtern fundierte Informationen fehlen oder sie Vorbehalte haben, eine rechtshängige Angelegenheit abzugeben. Siehe auch *Justizministerium Baden-Württemberg*, Modellversuch „Außergerichtliche Konfliktbeilegung“ am Landgericht Stuttgart und Amtsgericht Stuttgart, 2002, S. 11 ff., wo ausdrücklich über die Gründe für das Scheitern einer Mediationsanregung aufgrund fehlender Daten „nur spekuliert werden“ konnte.

Ausleuchtung von Verweisungshürden vermissen. Sie kommt zu dem Schluss, dass Verweisungen in die außergerichtliche Mediation selten seien,³⁰ ohne jedoch die Ursachen für diesen Befund zu erforschen.³¹

Die bestehende empirische Datenlage ist schließlich auch deshalb lückenhaft, weil die Pilotprojekte zur sogenannten gerichtsnahen Mediation, welche – anders als die zahlreichen Modellprojekte zur gerichtlichen Mediation vor Einführung des Güterichtermodells – die Förderung von Verweisungsvorschlägen in die außergerichtliche Mediation zum Ziel hatten bzw. haben, nicht durch empirische Forschungsvorhaben begleitet wurden.³² Dabei böte es sich gerade bei derartigen Projekten an, zu untersuchen, welche Faktoren sich positiv auf das Zustandekommen von außergerichtlichen Mediationsverfahren nach Klageerhebung auswirken können. Es existiert jedoch weder eine wissenschaftliche Evaluation oder Begleitforschung zu dem Projekt im Landgerichtsbezirk Köln, das im Jahr 2007 durch die Rechtsanwaltskammer Köln und den Kölner Anwaltverein e.V. zur Stärkung gerichtsnaher Mediation ins Leben gerufen wurde,³³ noch zu ähnlichen Modellprojekten der Anwaltsmediation bei anhängigen Gerichtsverfahren, die unter anderem am Amtsgericht Göttingen³⁴ sowie

30 Vgl. Evaluationsbericht BReg, BT-Drucks. 18/13178, S. 93 = *Masser/Engewald/Scharpf u.a.*, Die Entwicklung der Mediation in Deutschland, 2018, S. 130.

31 Aussagekräftigen Erkenntnissen der Evaluationsstudie zu Verweisungshürden steht nicht zuletzt entgegen, dass sich diese Untersuchung in erster Linie auf die Perspektive verbandlich organisierter Mediatoren konzentriert und folglich die Sichtweise der an einer Verweisung beteiligten Richter und Prozessparteien nicht erhellen kann. Zur Fokussierung auf die Mediationsanbieterperspektive vgl. auch *Gläßer*, ZKM 2018, 4 (6).

32 *Feix*, Die Verankerung einvernehmlicher Streitbeilegung im deutschen Zivilprozessrecht, 2004, S. 236 hat bereits früh auf einen Forschungsbedarf bei Modellprojekten zur gerichtsnahen Mediation hingewiesen.

33 Vgl. zu diesem Projekt, bei dem Anwaltsmediatoren während eines ruhenden Gerichtsverfahrens zwischen den Parteien vermitteln, *Fischer*, ZKM 2011, 103 (103 ff.); weitere Informationen abrufbar unter <http://mediation.rak-koeln.de/> und <http://www.mediation-am-gericht.de/de/> (letzter Aufruf jeweils am 9.7.2018).

34 Vgl. *Perspektive Anwaltsmediation e.V.*, Bericht des Göttinger Arbeitskreises über das Projekt „Gerichtsnaher Anwaltsmediation“, 2009.

den Landgerichten Stade³⁵, Hildesheim³⁶, München³⁷ und Heidelberg³⁸ durchgeführt wurden bzw. werden.³⁹

Bei der Begleitforschung zum aktuellen Pilotprojekt „Berliner Initiative geförderte Familienmediation“ (BIGFAM), das insbesondere den Einfluss eines kostenfreien Mediationsangebots in Kindschaftssachen untersucht, ist wegen der spezifischen Fragestellung⁴⁰ ebenfalls nicht zu erwarten, dass hinreichend Klarheit über verweisungsrelevante Faktoren in der Zivilgerichtsbarkeit geschaffen wird.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass keine empirische Untersuchung existiert, welche die Normanwendung des § 278a ZPO unter Berücksichtigung der aktuellen Rahmenbedingungen umfassend und systematisch erfasst, darstellt und einordnet. Um das schlummernde Potenzial einer funktionierenden Verfahrensschnittstelle zwischen Gerichtsprozess und außergerichtlichen Konfliktbearbeitungsalternativen aktivieren zu können, erscheint angesichts dieser Forschungslücke eine aktuelle empirische Bestandsaufnahme der Ursachen für die zurückhaltende Anwendung der Verweisungsvorschrift dringend geboten. Denn solange unklar ist, ob empirisch nicht hinreichend abgesicherte Problembeschreibungen⁴¹ zutreffen oder wesentliche Gesichtspunkte außer Acht lassen, ist weder eine Bewertung möglich, ob kursierende Lösungsvorschläge am richtigen Punkt ansetzen, noch kann eine fundierte Diskussion über die Optimierung der Verfahrensschnittstelle geführt werden.

35 Seit 2011 kooperieren die IHK Stade für den Elbe-Weser-Raum und das LG Stade bei der Anwaltsmediation in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten, vgl. http://www.landgericht-stade.niedersachsen.de/startseite/mediation_beim_gueterichter/allgemeine_informationen/infobrief---anwaltsliche-meditation-112738.html (letzter Aufruf am 11.7.2018).

36 Siehe eine knappe Beschreibung des inzwischen nicht mehr fortgeführten Projekts bei *Fischer*, ZKM 2011, 103 (105) und *Löer*, in: *Klowait/Gläßer* (Hrsg.), *Mediationsgesetz*, 2. Aufl. (2018), § 278a ZPO (dort in Fn. 5).

37 Siehe den Projektbericht von *Schlebe*, ZKM 2017, 61 (61 ff.).

38 Zum Heidelberger Mediationsprojekt siehe <http://www.landgericht-heidelberg.de/pb/,Lde/Startseite/Service/Heidelberger+Mediationsprojekt> (letzter Aufruf am 9.7.2018).

39 Für einen Überblick zu den Modellprojekten vgl. *Löer*, in: *Klowait/Gläßer* (Hrsg.), *Mediationsgesetz*, 2. Aufl. (2018), § 278a ZPO (dort in Fn. 5).

40 Siehe *Hamkens*, ZKM 2016, 145 (146).

41 Vgl. die bislang in der Forschung diskutierten Verweisungsfaktoren in Kap. 1 D.