

Karl Ehler

# Vom nachlassgerichtlichen Vermittlungsverfahren zum Konsiliarverfahren bei der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften



Schriftenreihe zum deutschen und  
internationalen Erbrecht

Herausgegeben von Christina Eberl-Borges  
und Rudolf Meyer-Pritzl

Band 5

# Einführung

## A. Vorbemerkungen

Nicht erst seit der Pound-Konferenz aus dem Jahr 1976 besteht in den USA eine intensive Auseinandersetzung mit der außergerichtlichen Streitschlichtung und Konfliktlösung. Seit Ende der 70er Jahre haben sich aber unter Einbeziehung von verhandlungsorientierten, methodischen Konzepten, insbesondere des sog. Harvard-Konzepts<sup>1</sup> (Program on Negotiation at Harvard Law School) methodisch-strukturierte Verfahren der ADR, der Alternative, (Appropriate, Advanced oder Assisted) Dispute Resolution, herausgebildet, mit deren Hilfe Streitigkeiten und Konflikte schneller, kostengünstiger, ressourcensparender, beziehungsweise wertschöpfend für die Zukunft gelöst werden können.

Während man in den USA und zeitlich verzögert auch in Australien<sup>2</sup> und in England in angloamerikanischer Rechtstradition auf eine jahrzehntelange Entwicklungsgeschichte und Anwendungspraxis zurückblicken kann, kommt die Mediation in Deutschland wesentlich langsamer voran. Blühende Landschaften finden sich eher in der (kostenintensiven) Ausbildung zum Mediator<sup>3</sup>, als in der

---

1 *Fisher/Ury/Patton*, Das Harvard-Konzept, 24. Auflage 2013.

2 *Trenczek*, Entwicklungen und Situation der Mediation in Australien - Qualität oder Quantität, ZKM 2012, 165 ff.; *Schlachter*, Außergerichtliche Konfliktlösung im Arbeitsverhältnis - Verwirklichung von Chancengleichheit auf dem Verhandlungswege in Australien und Deutschland, 2002; *Sourdin*, Alternative Dispute Resolution, 4th edition, 2012.

3 Vgl. *Frau Sonja Steffen*, Bundestagsabgeordnete (SPD), im Rahmen ihrer Wortmeldung in der ersten Lesung zum Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung am 14.04.2011, Plenarprotokoll 17/105, S. 124. In der Diskussion über die teilweise lobbyistisch geführten Ausbildungsanforderungen zum Mediator im Rahmen der Umsetzung des Mediationsgesetzes wird erkennbar, dass diese Situation bestehen bleiben wird. Beispielhaft sei auf die Äußerung der Mediatorin Anita von Hertel und ihrer Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung am 25. Mai 2001 hingewiesen, die die dpa am 27.05.2011 wie folgt fasst: „Auch die Mediatorin Anita von Hertel betonte die Bedeutung der Ausbildung für die Mediation. Nach Angaben der Berufsverbände seien dafür mindestens 200 Stunden nötig“. Dagegen hält u. a. Prof. Dr. *Eidenmüller*, DB 2012, Heft 2, M1 „Zertifizierung ist der Mediationslobby geschuldet“. Interessanterweise hat sich gerade der Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft, zu denen namhafte Unternehmen gehören, dafür ausgesprochen, von Anerkennungs-, Zulassungs- oder Gütesiegelmodellen Abstand zu nehmen, ZKM, 2009, 147.

## A. Vorbemerkungen

Nutzung alternativer Verfahren. Unzählige Zusammenschlüsse von Mediatoren in Verbänden, Arbeitsgemeinschaften, Arbeitsgruppen und Organisationen haben sich gebildet, die die Verbreitung der Mediation fördern wollen und dabei die Dienstleistung als Mediator, als Vermittler im Mediationsverfahren, anbieten. Wirkliche inhaltliche Impulse mit Breitenwirkung für die außergerichtliche Streitschlichtung und Konfliktlösung lassen sich dabei nicht erkennen.<sup>4</sup>

Von einzelnen strukturierten Befassungs- und Anwendungsbeispielen wie dem „Round Table Mediation und Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft“<sup>5</sup> abgesehen wird die Mediation im Sinne des Mediationsverfahrens gegenüber dem Gerichtsverfahren selten genutzt (geringe Anwendungshäufigkeit), obwohl die Vorteile im Vergleich zum Gerichtsverfahren durchaus gesehen werden (hohe Ergebnisqualität);<sup>6</sup> diesen Widerspruch gilt es für die Zukunft aufzulösen.

---

Kein geringerer als *Bruce Patton*, Mitautor des Buches „Das Harvard-Konzept“, formulierte bezüglich der Qualifizierung und Qualifikation in einer adaptierten Fassung seines Vortrages anlässlich des 12. Mediations-Kongresses in München am 20.09.2007: „This offers a good example of the complexity of institutionalization. The 30-hour requirement reflected a desire early in the game to set a low bar for the purposes of this confidentiality privilege. However, it then became a de facto standard for what was required to become a mediator, one that now seems far too limited to many concerned with ensuring quality in mediation practice. And of course no fixed number of hours will be a sufficient standard to ensure quality, no matter how high the quality of training. Many bright law students with 30 hours of training and a dozen mediations behind them are quite capable mediators by most any standard. And many professional mediators with much more experience seem seriously deficient by many standards. ...”

4 Bericht des Europäischen Parlaments über die Umsetzung der Richtlinie über Mediation in den Mitgliedstaaten, ihren Einfluss auf die Mediation und ihre Inanspruchnahme durch die Gerichte (2011/2026(INI)) vom 15.07.2011, K 18 der Erwägungen.

5 [www.trmkm.de](http://www.trmkm.de). Zu den Mitgliedern gehören u. a.: SAP AG, E.ON Kernkraft GmbH, ABB AG, AREVA NP GmbH, AUDI AG, Bayer AG, Bombardier Transportation AG, Deutsche Bank AG, Deutsche Lufthansa Technik AG, Deutsche Telekom AG, E-Plus Mobilfunk GmbH & Co KG, EnBW. AG, ERGO AG, Fraunhofer Gesellschaft, GRUNDIG Intermedia GmbH, Hewlett Packard, HSG Zander GmbH, I. K. Hofmann GmbH, Porsche AG, RWE, Siemens AG, ZDF AG.

6 So das Ergebnis einer Studie aus dem Jahr 2005 der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in Zusammenarbeit mit PricewaterhouseCoopers (PWC). S. a. die Nachfolgestudie der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder) in Zusammenarbeit mit PWC aus dem Jahr 2007, welche leider lediglich auf einer Datenbasis von nur 17 Rückläufern von befragten Unternehmen erfolgen konnte, die im Übrigen nicht alle bereits an der Studie von 2005 teilgenommen haben, S. 27 („... Diese Entscheidung führt zu einem Untersuchungsprozess, der insbesondere auf der Entwicklung eines hypothesengestützten Interviewleitfadens und der Durchführung und Auswertung von insgesamt 17 Leitfadeninterviews mit

## Einführung

Die bemühte Dogmatisierung der Mediation in Deutschland hat bislang lediglich dazu geführt, dass „Mediation“ als abgekürzte Form für „Mediationsverfahren“ verstanden, angewendet und außergerichtliche Streitschlichtung und Konfliktbeilegung ausschließlich darauf reduziert wird.<sup>7</sup> Ein äußerst ineffektiver und falscher Ansatz. Nur wenige haben bislang zur Kenntnis genommen, kaum einer in die Praxis umgesetzt, dass das Mediationsverfahren nur eines von mehreren Verfahren der ADR darstellt, mit deren Hilfe Konflikte gelöst werden bzw. Streit außergerichtlich geschlichtet werden kann. Gerade die Nutzung unterschiedlicher Verfahren und Methoden, nicht nur die des Mediationsverfahrens, ist aber der Schlüssel zum Erfolg.<sup>8</sup> Erst die flexible Anpassung von Verfahren und Methoden der ADR schafft bestmögliche Rahmenbedingungen für eine Einigung.<sup>9</sup>

Die Europäische Union hat mit Erlass der sog. Mediationsrichtlinie den europäischen Staaten die Verpflichtung auferlegt, diese bis zum 20.05.2011 umzusetzen. Da sich im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens<sup>10</sup> nach der

---

Unternehmensvertretern aufbaut. Die befragten Unternehmen stammen dabei weitgehend aus der Stichprobe der Ausgangsstudie. ...“).

7 § 5 MediationsG; vgl. Ausbildungsinhalte zum „Mediator“ sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drs. 17/5335 und 17/5496), Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung unter § 5 MediationsG-Entwurf, BT-Drs. 17/8058 vom 01.12.2011. Soweit Abgrenzungen zu anderen außergerichtlichen Verfahren angedeutet werden, so sind damit lediglich die schiedsgerichtlichen Verfahren sowie Schlichtungsverfahren gemeint. Der Gesetzesentwurf zur Umsetzung der Europäischen Mediationsrichtlinie nennt dort in § 1 Abs. 1 S. 2 MediationsG-Entwurf die außergerichtliche, die gerichtsnahe und die gerichtsinterne Mediation (BT-Drs. 17/5335 vom 01.04.2011). Diese Einteilung wurde im Rechtsausschuss zu Gunsten der umstrittenen Güterichterregelung wieder aufgegeben (BT-Drs. 17/8058 vom 01.12.2011), Beschluss des Bundesrates vom 10.02.2012, Plenarprotokoll der 892. Sitzung.

8 Ehler, Alternative Dispute Resolution (ADR) - Online Dispute Resolution (ODR), 2013, <https://www.mediationaktuell.de/news/alternative-dispute-resolution-adr-online-dispute-resolution-odr>; Ehler, BB 2010, 702 ff.; Ehler, RAK Thüringen, 01/2011, S. 11 f.; Ehler, RAK-Thüringen, 02/2012, S. 21.

9 Ehler, BB 2010, 702 ff.; Ehler, RAK Thüringen, 01/2011, S. 11 f.; Ehler, RAK-Thüringen, 02/2012, S. 21.

10 Art. 77 GG (vorliegend handelt es sich um ein Einspruchsgesetz, also nicht zustimmungspflichtiges Gesetz. Die zunächst unter Art. 2 des Referentenentwurfes zum Mediationsgesetz [BT-Drs. 17/5335 vom 01.04.2011] geplante Änderung des § 15 GVG wurde ersatzlos gestrichen).

## A. Vorbemerkungen

1. Lesung im Bundestag am 14. April 2011<sup>11</sup> der Rechtsausschuss mit dem Mediationsgesetz am 25. Mai 2011 beschäftigt hat, stand bereits zu diesem Zeitpunkt fest, dass das Gesetz nicht mehr fristgemäß umgesetzt werden konnte.<sup>12</sup> Auf das Gesetzgebungsverfahren wird im Zusammenhang noch später einzugehen sein. Leider wird die außergerichtliche Streitschlichtung in dem Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums vom 04.08.2010 nur reduziert auf das Mediationsverfahren gesehen und die Chance für eine ganzheitliche und umfassende Konzeption der Streitschlichtung und Konfliktlösung nicht genutzt.<sup>13</sup> Dies setzt sich im Gesetzesentwurf vom 01.04.2011 bis hin zur Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses<sup>14</sup> fort.<sup>15</sup> Eine interessante Änderung hat allerdings der Rechtsausschuss des Bundestages durch seine Beschlussempfehlung vom 01.12.2011<sup>16</sup> über alle Fraktionen hinweg einvernehmlich erarbeitet, wonach gegenüber dem Referenten-Entwurf nun die Ziffern 1 bis 3 des Entwurfes des § 1 Abs. 1 S. 2 MediationsG<sup>17</sup> gestrichen und statt der gerichtlichen Mediation nun das bislang nur in Thüringen und Bayern praktizierte Güterichtermodell auf alle Länder ausgeweitet werden soll.<sup>18</sup> Diese beabsichtigte methodische Änderung, auf die ebenfalls noch später einzugehen wird, war auch der wesentliche Grund für den Bundesrat, in seiner Sitzung am 10.02.2012 die benannte Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses nicht anzunehmen, sondern den Vermittlungsausschuss anzuru-

---

11 Plenarprotokoll 17/105, S. 12053 ff.

12 Die Europäische Kommission hat gegen neun Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren wegen nicht fristgemäßer Umsetzung eingeleitet (Newsletter der BRAK 17/2011 vom 22.09.2011).

13 *Ehler*, RAK Thüringen 01/2011, S. 11; *Ehler*, Alternative Dispute Resolution (ADR) - Online Dispute Resolution (ODR), 2013, <https://www.mediationaktuell.de/news/alternative-dispute-resolution-adr-online-dispute-resolution-odr>.

14 BT-Drs. 17/8058 vom 01.12.2011.

15 BT-Drs. 17/5335 vom 01.04.2011.

16 BT-Drs. 17/8058 vom 01.12.2011.

17 BT-Drs. 17/5335 vom 01.04.2011.

18 § 278 Abs. 5 ZPO i. d. F. der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 01.12.2011, BT-Drs. 17/8058.

## Einführung

fen.<sup>19</sup> Das Mediationsgesetz scheint hier doch noch zum „Streitfall“ geworden zu sein.

Während man sich nun erst in Europa und damit auch in Deutschland mit dem Mediationsverfahren beschäftigt, wird im Wesentlichen in den anglo-amerikanischen Ländern (insbesondere Australien) nach jahrzehntelangen Erfahrungen in der Streitschlichtung im Sinne der ADR an Stelle der Mediation mehr noch die Conciliation<sup>20</sup> genutzt. Denn auch Mediationsverfahren haben Nachteile, die man durch andere ADR-Verfahren, wie beispielsweise die Conciliation, auffangen kann. Die ADR in ihrer Gesamtheit bedarf daher in Deutschland dringend der Integration in den Streit- und Konfliktalltag, um die Integrationstiefe des hinzugezogenen Dritten verändern und das Verfahren an das Konfliktumfeld anpassen zu können.

Allerdings kann festgestellt werden, dass der deutsche Gesetzgeber bereits vor der Entstehung des Harvard-Konzepts und der Schaffung der Grundlagen für die Mediation in amerikanischer Tradition, also völlig unabhängig von dieser Entwicklung heraus ein Verfahren gekannt hat, mit dem außerhalb streitiger Urteilsfindung ein Konflikt unter den Miterben über die Aufstellung eines Teilungsplanes gelöst werden kann. In diesem speziellen Fall der Auflösung von Miterbengemeinschaften<sup>21</sup> war die Gesetzgebung schon weiter als die anglo-amerikanischen Diskussionen.

Denn das Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 17. Mai 1898 kannte jedenfalls das sog. nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren, welches dort in den §§ 86 ff. FGG geregelt war. Nachdem der Gesetzgeber durch die Reform des Verfahrens in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG) insgesamt

---

19 BR-Drs. 10/1/12; Plenarprotokoll 892, S. II und S. 32 (Beschluss), S. 30 ff. und S. 57 ff., *Prütting*, Anwaltsblatt, 2012, 204, 206 ff.; *Francken*, NZA 2012, 249 ff.

20 Vgl. *Schlachter*, Außergerichtliche Konfliktlösung im Arbeitsverhältnis - Verwirklichung von Chancengleichheit auf dem Verhandlungswege in Australien und Deutschland, 2002, S. 41 f.

21 Gemäß § 373 FamFG ist das der Auflösung von Erbengemeinschaften zugrundeliegende Vermittlungsverfahren der §§ 363 bis 372 FamFG auch auf die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft entsprechend anwendbar!

## A. Vorbemerkungen

verfahrenstechnisch transparente Neuregelungen schaffen wollte<sup>22</sup>, wurde auch das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren in das ab dem 01.09.2010 geltende FamFG unter den §§ 363 ff. FamFG übernommen.

Wie die synoptische Gegenüberstellung der gesetzlichen Regelungen des neuen FamFG (§§ 363 ff. FamFG) und der nicht mehr in Kraft befindlichen §§ 86 ff. FFG zeigt, wurden dabei keine wesentlichen Änderungen vorgenommen; die notwendigen kleineren Änderungen beziehen sich lediglich auf Anpassungen an geänderte rechtliche Rahmenbedingungen.<sup>23</sup>

Schon zu Zeiten des FGG, welches aus dem Jahr 1898 stammt, kam das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren von Anfang an nicht über den Status eines jahrzehntelangen „Dornröschenschlafs“ hinaus und hat im Grunde als außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren keine praktische Relevanz entfaltet. Wie die bloße Übernahme in das FamFG zeigt, war dem Gesetzgeber entweder der Nutzen dieses Verfahrens für die Streitpraxis nicht bewusst oder wurde nicht als relevant bewertet; dies auch gerade im Hinblick auf das Problem überlanger Gerichtsverfahren<sup>24</sup> und des Auftrages an den Gesetzgeber, die europäische Mediationsrichtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen<sup>25</sup> umzusetzen.

Insbesondere auch beim Gesetzesentwurf zum Rechtsschutz gegen überlange Gerichtsverfahren ist erkennbar, dass ein gesetzgeberisch abgestimmtes Konzept

---

22 BT-Drs. 16/6308 vom 07.09.2007, S. 1.

23 BT-Drs. 16/6308 vom 07.09.2007 S. 283.

24 BT-Drs. 17/3802 vom 17.11.2010. Im Rahmen der Anhörung der Sachverständigen, die am 23. März 2011 stattgefunden hat, hat lediglich einer von neun Sachverständigen darauf hingewiesen, dass die Nutzung vom Mediationsverfahren vorzugswürdiger wäre (Stellungnahme von Dr. Scholz für den Deutschen Richterbund). Die zweite und dritte Beratung erfolgte im Bundestag am 29.09.2011; dort wurden die Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses und nach Schlussberatung der Gesetzesentwurf nach zweiter Beratung angenommen (s. Plenarprotokoll 17/130 der Sitzung am 29.09.2011, S. 15348).

25 s. zur Entstehungsgeschichte der RL *van Amelrode*, in: Greger/Unberath, *Die Zukunft der Mediation in Deutschland*, 2008, S. 39 ff.; vgl. Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktlösung, BT-Drs. 17/5335 vom 01.04.2011, insbesondere die angedachten Änderungen im FamFG, S. 8 ff.; auf die Änderungen wird noch später im Zusammenhang einzugehen sein.

## Einführung

zur effektiven Integration außergerichtlicher Streitschlichtung nicht existiert.<sup>26</sup>

Eine effektive Entlastung der Justiz wird nicht durch das Gesetz selbst entstehen, indem man einen Nachteil infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens entschädigen möchte<sup>27</sup>, sondern durch die Integration mediativer Elemente und außergerichtlicher Verfahren in den Streit- und Konfliktalltag, sprich in dem sich das Gericht eben gerade nicht damit beschäftigt (vorauselender Einsatz mediativer Elemente).

Der Gesetzgeber ist trotz des angesehenen, hochwertigen und funktionsfähigen Justizsystems in die Diskussion vertieft, wie dieses gehalten und verbessert werden kann.<sup>28</sup> Eine „hohe Arbeitsbelastung, steigende Fallzahlen und knappe personelle und finanzielle Ressourcen“<sup>29</sup> lassen es notwendig erscheinen, zukünftig danach zu unterscheiden, „welche Aufgaben zum Kernbereich der Rechtsprechung und damit unabdingbar zur Justiz gehören und welche Aufgaben ohne Qualitätsverlust auf andere geeignete Stellen übertragen werden können.“<sup>30</sup> Obwohl parallel dazu im Hinblick auf die Umsetzungspflicht der Mediationsrichtlinie bereits gesetzgeberische Aktionen über die Formulierung des Entwurfes zum Mediationsgesetz erfolgt sind, hielt man die Mediation -

---

26 Dies gilt nicht nur für die Gesetzgebungsorgane, sondern auch bezüglich der Fachanwaltsordnung, jedenfalls wenn man sich die Satzungsänderung der Beschlüsse der 6. Sitzung der 4. Satzungsversammlung der BRAK vom 06.12.2010 in Berlin betrachtet. Dort wurde beschlossen, § 5 Abs. 1 lit p) der FAO neu zu fassen. Die Neufassung betrifft die Voraussetzungen zur Verleihung des Titels „Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht“ und ergänzt bei den erforderlichen Fallzahlen, dass diese auch den Bereich der „Schieds- oder Mediationsverfahren“ betreffen können. Unabhängig davon, dass der Erwerb des Fachanwaltstitels auch weiterhin ohne Mediationsverfahren möglich sein wird („... müssen 10 Fälle gerichtliche Streitverfahren *oder* Schieds- oder Mediationsverfahren ... zum Gegenstand haben), so wurde gerade der Bereich Handels- und Gesellschaftsrecht ausgewählt, um jedenfalls die Möglichkeiten der Mediation zu ergänzen, nicht aber insbesondere auch die Fachanwaltschaften zum Familienrecht und/oder zum Erbrecht. Dass beim Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht das Mediationsverfahren genannt wird, ist richtig, aber nicht ausreichend konsequent; auch für andere Fachanwaltschaften wäre dies zu ergänzen, insbesondere auch unter der „Sogwirkung“ des Mediationsgesetzes.

27 So der neue § 198 GVG gemäß Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren vom 24.11.2011, s. a. Gesetzesentwurf vom 17.11.2010, BT-Drs. 17/3802, dort neu einzufügende §§ 198 ff. GVG.

28 BT-Drs. 17/1469 vom 21.04.2010.

29 BT-Drs. 17/1469 vom 21.04.2010, S. 1.

30 BT-Drs. 17/1469 vom 21.04.2010, S. 1.

## A. Vorbemerkungen

„auch“<sup>31</sup> - im Gericht wohl als zum Kernbereich der Justiz gehörend und sieht keine Möglichkeit, diese ohne Qualitätsverlust auf „geeignete Stellen“ zu übertragen. Nachdem neben Richtern *unter anderem* auch Rechtsanwälte, Psychologen, Hochschulabsolventen aus sozialen Studiengängen Mediation auf dem Markt anbieten und in dem Mediationsgesetz auch Regelungen für eine Aus- und Fortbildungspflicht für Mediatoren (sowie die Möglichkeit der Zertifizierung<sup>32</sup>) geschaffen wurden, nicht aber für Güterichter<sup>33</sup>, ist diese Einschätzung des Kernbereiches richterlicher Tätigkeit nicht zwingend nachvollziehbar.

Wenn man die Mediation befördern, den Geist der Europäischen Union<sup>34</sup> verwirklichen und die Entscheidung des BVerfG vom 14.02.2007<sup>35</sup> zur Zulässigkeit und den Vorteilen der außergerichtlichen Streitschlichtung Rechnung tragen möchte, so besteht der Ansatz zur wirklich effektiven Beförderung und Umsetzung der konsensualen Streitschlichtung doch nicht darin abzuwarten, bis der Rechtsstreit bei Gericht angekommen ist; eine Entlastung der Gerichte kann effektiv und spürbar nur dadurch erreicht werden, dass der Gang zu Gericht - so weit möglich und sinnvoll - erst überhaupt nicht erfolgt.<sup>36</sup>

---

31 *Henssler/Deckenbrock*, Das neue Mediationsgesetz: Mediation ist und bleibt Anwaltsache, DB 2012, 159 ff.; *Plassmann*, Keine Bevorzugung der Gerichtsmediation, AnwBl. 2011, 123 ff.

32 § 5 MediationsG; vgl. die Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (Drs. 17/5335, Drs. 17/5495) Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung; § 5 MediationsG.

33 Mit der beabsichtigten Streichung der gerichtlichen Mediation des § 1 Abs. 1 S. 2 Ziffer 3 MediationsG i. d. F. des Gesetzesentwurfes der Bundesregierung vom 01.04.2011 (BT-Drs. 17/5335) und des Systemwechsels hin zum Güterichter des § 278 Abs. 5 ZPO i. d. F. gemäß Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zu dem Gesetzesentwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung der Bundesregierung (Drs. 17/8058 vom 01.12.2011) gilt die Regelung der Aus- und Fortbildungspflicht nur für den Mediator, § 5 MediationsG.

34 siehe EU-RL vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen (sog. Mediationsrichtlinie).

35 Az. 1 BvR 1351/01, ZKM 2007, 128 ff.

36 So wohl auch Prof. Dr. *Greger*, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter im Auftrag des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, S. 1 f., S. 6 f.; *Francken*, NZA 2011, 1001, 1005.

## Einführung

Die nordrhein-westfälische Justizministerin, Roswitha Müller-Piepenkötter, hat anlässlich einer Podiumsdiskussion der RAK Köln und des OLG Köln zur „Gerichtsnahen Mediation durch Rechtsanwälte“ am 09.06.2009 an die Rechtsanwälte appelliert, sich stärker um Mediation im außer- bzw. vorgerichtlichen Bereich zu bemühen und davon Gebrauch zu machen.<sup>37</sup>

Der Abschlussbericht des baden-württembergischen Modellversuchs „Außergerichtliche Konfliktbeilegung“ vom 13.12.2002 fasst zusammen: „Die Erfahrungen des Stuttgarter Modellversuchs sprechen dafür, künftig Projekte eher im vorgerichtlichen Bereich anzusiedeln und auf einen kürzeren Zeitraum anzulegen“.<sup>38</sup>

Für das Erbrecht bzw. das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren als außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren gilt nichts anderes. Aus der Bezeichnung als „reformresistent“<sup>39</sup> zeigt sich, dass das Erbrecht wohl nicht umfassend den Anforderungen an die moderne Lebens- und Konfliktwelt angepasst ist. So folgte der „kleinen“ Erbrechtsreform 2009 bereits im Jahr 2010 beim 68. Dt. Juristentag die weitere thematische Auseinandersetzung mit der Frage „Ist unser Erbrecht noch zeitgemäß?“<sup>40</sup>

Bereits das hierzu in Vorbereitung der Verhandlungen erstellte Gutachten Teil A zum 68. Deutschen Juristentag<sup>41</sup> klammert das Thema des nachlassgerichtlichen Vermittlungsverfahrens aus und setzt es nicht auf die Themenliste ihrer Schwerpunkte.<sup>42</sup>

Auch die Doktorarbeit von *Siegel*<sup>43</sup> beschreibt den Einsatz der Mediation, der konsensualen und eigenverantwortlichen Streitschlichtung, ohne auf das Vermittlungsverfahren der §§ 363 ff. FamFG einzugehen. Frau *Prof. Dr. Eberl-Borges* hat angesichts der Entwicklungen hinsichtlich der Integration mediativer

---

37 [http://www.justiz.nrw.de/WebPortal/Presse/reden/archiv/200901Archiv/09\\_0609/index.php](http://www.justiz.nrw.de/WebPortal/Presse/reden/archiv/200901Archiv/09_0609/index.php).

38 [http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/justiz/kammergericht/mediation/abschlussbericht\\_stuttgart.pdf?start&ts=1280848358&file=abschlussbericht\\_stuttgart.pdf](http://www.berlin.de/imperia/md/content/senatsverwaltungen/justiz/kammergericht/mediation/abschlussbericht_stuttgart.pdf?start&ts=1280848358&file=abschlussbericht_stuttgart.pdf)

39 *Eberl-Borges*, ZErB, 2010, 255.

40 *Eberl-Borges*, ZErB, 2010, 255.

41 Erstellt von Frau Prof. Dr. Anne Röthel.

42 Frau Prof. Dr. Anne Röthel erwähnt allerdings, dass auch „die Begutachtung der Erbengemeinschaft“ (A 12) sowie „verfahrensrechtliche Seiten des Erbrechts“ (A 11) durchaus zukünftig von Interesse sein können.

43 *Siegel*, Mediation in Erbstreitigkeiten, 2009.

## A. Vorbemerkungen

Mittel in den Streit- und Konfliktalltag das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren der §§ 363 ff. FamFG aufgegriffen und tritt für eine Reform des nachlassgerichtlichen Erbaueinandersetzungsverfahrens ein.<sup>44</sup>

Gerade im Anwendungsbereich von Erbaueinandersetzungsverfahren kann der Konflikt- und Streitsituation der Miterben bei der Auflösung der Erbengemeinschaften durch ein verändertes Verfahren wesentlich effektiver, ressourcensparender, schneller und kostengünstiger Rechnung getragen werden, als durch einen langwierigen Gerichtsprozess. Dazu bedarf es allerdings verschiedener Änderungen der §§ 363 ff. FamFG hin zu einem Konsiliarverfahren (*best offer conciliation*), um das „Schattendasein“<sup>45</sup> zu beenden.

Im Übrigen können die erarbeiteten Änderungsvorschläge auch außerhalb des FamFG als Best Offer Conciliation von hinzugezogenen Dritten wie z. B. Konsiliatoren, Konfliktmittlern und Schlichtern bei der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften oder anderen Verfahren (s. z. B. die Auseinandersetzung einer Gütergemeinschaft, § 373 FamFG) verfahrensmethodisch im übertragenen Sinne genutzt werden. Um eine solche gelingende Verfahrensgestaltung erkennbar werden zu lassen, müssen auch die Verfahren der ADR ergänzt werden.

## B. Zielsetzung

Das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren der §§ 363 ff FamFG (vormals §§ 86 ff. FGG) ist in den Jahrzehnten seiner Existenz weder wirklich bekannt noch relevant geworden. Während in Europa durch die europäische Mediationsrichtlinie vom 21. Mai 2008<sup>46</sup> sowie das die Richtlinie umsetzende deutsche Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012<sup>47</sup> die außergerichtliche Streitschlichtung gefördert werden soll, lässt sich weder ein abgestimmtes Konzept zur außerge-

---

44 *Eberl-Borges*, ZErB, 2010, 255 ff.; zitiert von *Mayer*, Rpfleger 2010, 245, 257; *Eberl-Borges*, NJW-Editorial, Heft 36/2010; *Eberl-Borges*, in Muscheler (Hrsg.), Hereditare, Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht, Bd. 2, 2012, S. 1, 18 ff.

45 *Eberl-Borges*, ZErB, 2010, 255, 260.

46 Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen.

47 Das Mediationsgesetz ist nach verzögerter Umsetzung am 26.07.2012 in Kraft getreten.

## *Einführung*

richtlichen Streitschlichtung finden, noch wird gerade im Bereich des Erbrechts und dort gerade bei der Auseinandersetzung und Auflösung von Erbengemeinschaften ein methodisch effektives Verfahren zur außergerichtlichen Konfliktlösung bereit gestellt. Zwar existiert das benannte nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren, was bereits die Notwendigkeit für ein gegenüber dem gerichtlichen Verfahren alternatives außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren verdeutlicht; doch hat die erwähnte fehlende praktische Relevanz dieses nachlassgerichtlichen Verfahrens Gründe, die sich nicht nur auf eine Unkenntnis des Verfahrens reduzieren lassen.

Aufgabe dieser Arbeit ist es zunächst, Verfahren der Streitschlichtung und Konfliktlösung im Verständnis der ADR in ihrer Gesamtheit systematisiert darzustellen. Während bislang lediglich das Mediationsverfahren als Alternative zum Gerichtsverfahren bzw. Schiedsgericht gesehen wird, sollen insbesondere weitere ADR-Verfahren ergänzt und methodisch beschrieben werden, so dass die Verfahren außergerichtlicher Streitschlichtung in ihrer Vielfalt dargestellt und wahrgenommen werden können. Ein solcher systematischer Rahmen in Verbindung mit dem Zusammenwirken der einzelnen Verfahrensaspekte ist bislang so noch nicht erkennbar erfasst worden.<sup>48</sup>

Dabei erfolgt die Systematisierung bzw. die Strukturierung ihrer Anwendungsbereiche und Abgrenzungen der einzelnen Verfahren nicht um ihrer selbst Willen. Vielmehr ist es Ziel, durch die Ergänzung unterschiedlicher Verfahren und Verfahrensstrukturen auf Streitigkeiten und Konflikte zugeschnittene proaktive Rahmen und Alternativen zu schaffen, die bei der Schlichtung und Lösung bei Konflikt und Streit unterstützen, diese vielleicht überhaupt erst effektiv möglich machen.<sup>49</sup>

Aufgrund der flexiblen Nutzung von Verfahren oder Verfahrensmethoden muss der Begriff „ADR in ihrer Gesamtheit“ allerdings relativiert werden. Will man eine optimierte Verfahrensgestaltung auf einzelne Konfliktsituationen erreichen,

---

48 Vgl. *Duve*, Alternative Dispute Resolution (ADR) - die außergerichtliche Streiteilegung in den USA, Mediation & Recht, Betriebs-Berater für Konfliktmanagement, 1998, Beilage 10 zu BB Heft 40/1998, S. 9.

49 *Eberl-Borges*, ZErB, 2010, S. 255 ff., 261.

## B. Zielsetzung

so kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine *Gesamtdarstellung* möglich wäre. Will man ein flexibles Verfahrensmanagement schaffen, das auf die einzelnen Konfliktsituationen und Konfliktbeteiligten zugeschnitten ist, so kann es auch keine abschließende Auflistung oder Beschreibung einzelner Verfahren geben. So unterschiedlich die Konfliktsituationen und -beteiligte gerade auch in ihrer jeweiligen Konstellation sind, so unterschiedlich sollten auch die Verfahrenselemente zusammengesetzt werden können. Die Nutzung einzelner Verfahren wie auch die Kombinationen von einzelnen Verfahrenselementen und Phasen schafft eine Vielzahl von flexiblen Methoden, die sich dadurch nur begrenzt „dogmatisieren“ lassen.

Es soll aber eine bislang fehlende methodisch-strukturierte Darstellung entstehen, die die Wirkungsweisen und Vernetzungen einzelner Verfahren und Verfahrensaspekte verständlich machen. Dadurch lassen sich im Ergebnis die Verfahren gezielt auf die jeweiligen Streit-, Konflikt- und Verhandlungssituationen anpassen; die Auswahlentscheidung wird dadurch erleichtert oder erst ermöglicht (*Verfahrensmanagement*).

Darauf aufbauend werden die Schwachstellen des nachlassgerichtlichen Vermittlungsverfahrens der §§ 363 ff FamFG analysiert, sowie mögliche Gründe für die fehlende Effektivität und praktische Relevanz dargestellt, die dann im Weiteren zu den reformpolitischen Änderungsvorschlägen führen. Endziel dieser Arbeit ist es, den Reformgedanken von *Frau Prof. Dr. Eberl-Borges* aufzugreifen, weiterzuführen und auf Basis der dargestellten Überlegungen ein Konzept für eine effektive außergerichtliche Konfliktlösung unter auflösungswilligen Erbgemeinschaften, welches sich in ein Gesamtgefüge aus gerichtlicher und außergerichtlicher Streitschlichtung einfügt, strukturiert zu erarbeiten, vorzulegen und zur Diskussion zu stellen.

Die konfliktorientierte Auswahl einzelner methodischer Elemente zu einem Gesamtverfahren schafft dabei bezogen auf das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren eine neue Verfahrensstruktur, das Konsiliarverfahren oder *Best Offer Conciliation*.

Die Darstellung teilt sich deshalb in 5 Teile: Nach einer Einführung werden die Grundlagen außergerichtlicher Streitschlichtung auch bezüglich geschichtlicher Entwicklung und Entstehung zusammengestellt (Teil 1).

## *Einführung*

Daran schließen sich Ausführungen über Mediation und das Mediationsverfahren an. Diese werden durch das Harvard-Konzept als deren methodische Grundlage ergänzt (Teil 2).

Es folgt eine systematische Konzeption der ADR. Ihre Charakteristika, Strukturmerkmale und Anwendungsbereiche schaffen die Voraussetzung für ein differenziertes, konfliktadäquates Verfahrensmanagement, um für den konkreten Konflikt oder Streit auch eine passgenaue Verfahrensgestaltung zu finden (Teil 3).

Mit der so geschaffenen Einarbeitung in die Verfahren der außergerichtlichen Streitschlichtung und deren flexiblen Anpassungsmöglichkeiten kann sodann das nachlassgerichtliche Verfahren zunächst de lege lata erörtert werden, wobei bereits im Hinblick auf die ersten drei Teile auf entsprechende Schwachstellen eingegangen werden kann (Teil 4).

Im letzten Teil sollen Änderungsvorschläge bezüglich des nachlassgerichtlichen Vermittlungsverfahrens (de lege ferenda) erarbeitet werden, der mit einem Gesetzesvorschlag abschließt (Teil 5). Dieser bildet die erarbeiteten Ergebnisse ab.

*Wer darüber hinaus die Verfahrensmethode weiterdenkt, wird auch über das nachlassgerichtliche Vermittlungsverfahren hinaus übertragbare Strukturen im Sinne eines Verfahrensmanagements auch außerhalb von § 373 FamFG<sup>50</sup> erkennen können.*

---

50 entsprechende Anwendung auf die Auseinandersetzung des Gesamtguts nach Beendigung der ehelichen, lebenspartnerschaftlichen oder der fortgesetzten Gütergemeinschaft