



Dr. Jakob Nolte, Berlin

Das neue Mediationsgesetz und die Verweisungssystematik der VwGO

In seinem Aufsatz kritisiert der Autor die im Zuge des neuen Mediationsgesetzes beschlossene Novellierung der Verweisungsregelung in § 173 VwGO.

Nach der neuen Gesetzeslage soll es keine gerichtsinterne Mediation mehr geben. Bei dem neu einzuführenden Mediationsgesetz handelt es sich nunmehr weitgehend um ein Berufsgesetz für Mediatoren. Dieses wird von Regelungen in den verschiedenen Gerichtsverfahrensordnungen flankiert, um eine (außergerichtliche) Mediation auch noch während des Gerichtsverfahrens zu ermöglichen (sog. gerichtsnahe Mediation). Demgegenüber wurde die richterliche Streitschlichtung um ein Güterichterkonzept erweitert, in das auch die bisherigen Modelle der gerichtsinternen Mediation überführt werden sollen.

Nach Meinung des Verfassers würde, statt einer Änderung des § 173 VwGO, die Einführung eines Spezialverweises, der §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO ohne Voraussetzungen in Bezug nimmt, dem Anliegen des Gesetzgebers und der Verweisungssystematik der VwGO besser gerecht werden (etwa als § 106a VwGO).

S. 23

- HFR 3/2012 S. 1 -

¹ Der Beitrag legt dar, wieso die im Zuge des neuen Mediationsgesetzes beschlossene Novellierung der Verweisungsregelung in § 173 VwGO misslungen ist.

2 1. Das neue Mediations- und Güterichterkonzept

Am 15.12.2011 hat der Bundestag einstimmig einen Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung verabschiedet. Ziel des Gesetzes ist es, die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern, indem unter anderem die Vertraulichkeit des Mediationsverfahrens durch eine Verschwiegenheitspflicht von Mediatoren geschützt und die Vollstreckbarkeit von Vereinbarungen, die in Mediationen getroffen wurden, erleichtert wird. Die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung und insbesondere der Mediation sollen im Bewusstsein der Bevölkerung stärker verankert und damit die Streitkultur verbessert werden. Darüber hinaus waren schon bis zum 20. Mai 2011 europäische Vorgaben zu bestimmten Aspekten der Mediation in Zivil- und Handelsachen umzusetzen (Richtlinie 2008/52/EG).¹

³ Nach der neuen Gesetzeslage wird es keine gerichtsinterne Mediation mehr geben. Die im Regierungsentwurf noch vorgesehenen Bestimmungen zur gerichtsinternen Mediation wurden im Rechtsausschuss des Bundestages gestrichen.² Das neu einzuführende Mediationsgesetz ist nunmehr weitgehend ein Berufsgesetz für Mediatoren, das von Regelungen in den verschiedenen Gerichtsverfahrensordnungen flankiert wird, um eine (außergerichtliche) Mediation auch noch während des Gerichtsverfahrens zu ermöglichen (sog. gerichtsnahe Mediation). Demgegenüber

¹Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Dr 17/5335, S. 1, 11; Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Dr 17/8058, S. 1.

²BT-Dr 17/8058, S. 1 ff., 17.

wurde die richterliche Streitschlichtung um ein Güterichterkonzept erweitert, in das auch die bisherigen Modelle der gerichtlichen Mediation überführt werden sollen.³

S. 24

- HFR 3/2012 S. 2 -

- 4 Bislang wurde § 278 Abs. 5 ZPO a. F. auch als gesetzliche Grundlage zur Durchführung einer gerichtlichen Mediation verstanden.⁴ Nach § 278 Abs. 5 ZPO n. F. können zwar die Güteverhandlung und weitere Güteversuche vor einem beauftragten oder ersuchten Güterichter stattfinden. Die Rolle des Güterichters soll aber eine andere sein, als die eines Mediators. „Während ein Richter in seiner Eigenschaft als gerichtlicher Mediator sich jeder rechtlichen Bewertung zu enthalten hat und keinen Lösungsvorschlag machen sollte, kann der Güterichter u. a. rechtliche Bewertungen vornehmen und den Parteien Lösungen für den Konflikt vorschlagen. Im Unterschied zu den gerichtlichen Mediatoren kann der Güterichter auch ohne Zustimmung der Parteien in Gerichtsakten Einsicht nehmen und auf Wunsch der Parteien einen Vergleich protokollieren.“⁵ Dabei ist durchaus auch möglich, dass Richter im Rahmen einer güterichterlichen Streitschlichtung auf mediative Konfliktlösungstechniken zurückgreifen.⁶ Der Güterichter bleibt aber nach rechtlichen Maßstäben urteilender Richter. Er ist denselben rechtlichen Bindungen unterworfen, wie jeder Richter bei seinen Entscheidungen. Die Durchführung einer echten Mediation unter gezielter Ausblendung rechtlicher Maßstäbe und Loslösung verfahrensrechtlicher Bindungen bleibt nach § 278a ZPO ausschließlich der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorbehalten. Vereinbarungen im Rahmen solcher (außergerichtlicher) Mediationen können daher keine Vollstreckungstitel sein.⁷ Vor dem Güterichter gelten Vertraulichkeit und der Vertrauensschutz nur nach Maßgabe der Prozessrechte (wobei die Sitzungen nicht öffentlich zu sein haben, da § 169 GVG nur für das erkennende Gericht gilt), während er bei einem Mediationsverfahren darüber hinausgeht.⁸ Es erfolgt also eine klare Trennung zwischen gerichtlich-juristischer Schlichtung und Mediation als außergerichtlichem Schlichtungsinstrument.

S. 25

- HFR 3/2012 S. 3 -

- 5 Dieses neue Mediations- und Güterichterkonzept soll auch für die Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten.⁹ Dazu soll der § 173 S. 1 VwGO nun folgende Fassung erhalten: „Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung **einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a** entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen.“¹⁰ Das neue Mediations- und Güterichterkonzept unterschiedslos in fast allen gerichtlichen Verfahren (es soll außerdem auch für die Arbeits-, Sozial-, Patent-, Marken- und Finanzgerichtsbarkeit gelten¹¹) anzuwenden, mag man für richtig oder falsch halten.¹²

³BT-Dr 17/8058, S. 1, 17.

⁴So bereits die Begründung des Regierungsentwurfs bei Einführung des bisherigen § 278 Abs. 5 ZPO, BT-Dr 14/4722, S. 83 f.; dem folgend: *Assmann*, in: *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 3. Aufl. (2008), § 278 Rn. 81 f.; *Foerste*, in: *Musielak*, ZPO, 8. Aufl. (2011), § 278 Rn. 13 f.; *Greger*, in: *Zöller*, ZPO, 28. Aufl. (2009), § 278 Rn. 4, 29; *Leipold*, in: *Stein/Jonas*, ZPO, 22. Aufl. (2008), § 278 Rn. 68, 71. Zum Teil wird allerdings angenommen, § 278 Abs. 5 ZPO sei für die echte gerichtliche Mediation nur entsprechend anwendbar, da ein Gerichtsmediator desselben Gerichts, aber nicht der zur Entscheidung berufenen Spruchkammer weder „beauftragter“ (§ 361 ZPO) noch „ersuchter“ Richter (§ 362 ZPO) sei. Ein Problem, dass im Übrigen nunmehr weiter für die Güterichter bestehen dürfte, obwohl der Bundesrat in seiner Stellungnahme auf die Schwierigkeiten mit den Begriffen hingewiesen (BT-Dr 17/5335, S. 30 f.) und die Bundesregierung diesem Hinweis beipflichtet hat (BT-Dr 17/5496, S. 2).

⁵BT-Dr 17/8058, S. 17.

⁶BT-Dr 17/8058, S. 17 f., 20 f.

⁷BT-Dr 17/8058, S. 17.

⁸So regelt § 4 des neuen Mediationsgesetzes eine umfassende Verschwiegenheitspflicht aller Beteiligten, vgl. BT-Dr 17/8058, S. 21.

⁹BT-Dr 17/5335, S. 1, 11, 25; BT-Dr 17/8058, S. 1, 17, 23.

¹⁰Art. 6 des nun vom Bundestag beschlossenen Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung; vgl. BT-Dr 17/8058, S. 14, 23.

¹¹BT-Dr 17/5335, S. 1, 11; BT-Dr 17/8058, S. 1, 17.

¹²Vgl. nur kritisch in dieser Hinsicht zum Regierungsentwurf *Guckelberger*, NVwZ 2011, 390 ff.

Die zur Verankerung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gewählte Form der Novellierung des § 173 S. 1 VwGO ist aus den nachfolgenden Gründen jedenfalls gründlich misslungen.

6 2. Mediation und Verwaltungsgerichtsbarkeit bisher

Die Novellierung des § 173 S. 1 VwGO ist eine Reaktion darauf, dass es bislang umstritten war, ob die zivilprozessualen Grundlagen zur Mediation über § 173 VwGO auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren zur Anwendung kommen konnten.¹³ Die Zweifel bezogen sich dabei vor allem auf die Rolle des Verwaltungsrichters als Mediator. Die Rolle des Mediators ist eine gänzlich andere als die des Richters als Entscheider. Die Mediation als Streitschlichtungsmethode ist geprägt von einer anderen Herangehensweise an den Konflikt als die Suche nach der juristisch richtigen Entscheidung. Es erfolgt keine Sachverhaltsaufklärung. Es wird nicht Vergangenes überprüft, sondern eine Lösung für die Zukunft gesucht. Im Mittelpunkt der Mediation stehen nicht Rechtspositionen, sondern die Interessen der Beteiligten. Das Verfahren zeichnet sich durch hohe Flexibilität unter der Hoheit der Parteien aus. Es wurde daher schon immer bezweifelt, ob Mediation überhaupt rechtsprechende Tätigkeit sei.¹⁴ Auch im jetzigen Gesetzgebungsverfahren wurde Mediation deshalb als „kommunikationswissenschaftliches Schlichtungsinstrument“ bezeichnet.¹⁵ Verwaltungsgerichte haben ihre Funktionen aber in erster Linie rechtsprechend zu erfüllen. Der Rechtsschutz, die Kontrolle der Exekutive sowie weitere der Verwaltungsgerichtsbarkeit zugeschriebene Annexfunktionen, wie die Rechtsdurchsetzungs- oder Rechtsfortbildungsfunktion, sind nur durch juristische Entscheidungen zu gewährleisten.¹⁶

S. 26

- HFR 3/2012 S. 4 -

- 7 Auch für Zivilgerichte stellte die Mediation nicht einfach die folgerichtige Fortsetzung ihrer rechtsprechenden Tätigkeit dar.¹⁷ Aber die Zivilgerichtsbarkeit ist mehr auf die Konfliktlösung im Einzelfall ausgerichtet und sie hat insbesondere keine Kontrollfunktion gegenüber einer anderen Staatsgewalt auszuüben. Außerdem besteht angesichts der im Zivilrecht herrschenden Privatautonomie mehr Raum für einen von der Rechtslage losgelösten Interessenausgleich. Im öffentlichen Recht sind Interessen, zumindest für die Träger öffentlicher Gewalt, regelmäßig gesetzlich determiniert anzustrebende Zwecke. Ein von der Rechtslage abstrahierender Interessenausgleich ist angesichts der Gesetzesbindung der Verwaltung nicht möglich. Jedes Ergebnis einer gerichtlichen Schlichtung muss mit der Rechtslage im Einklang stehen. Das gilt insbesondere auch für einen Vergleich. Dafür tragen auch die beteiligten Richter Verantwortung. Eine unter Verantwortung des Gerichts durchgeführte Mediation unter Ausblendung rechtlicher Maßstäbe würde zur Lockerung rechtstaatlicher Bindungen führen.
- 8 Des Weiteren ist der Ausgleich zwischen öffentlichen Zwecken und den einer staatlichen Maßnahme gegebenenfalls entgegenstehenden Interessen Privater schon im materiellen Verwaltungsrecht vorgesehen und regelmäßig bereits Aufgabe der Verwaltung. Gerichte haben diese Abwägungsentscheidung der Verwaltung zu

¹³BT-Dr 17/5335, S. 25.

¹⁴Aus der Fülle von Literatur, die in den letzten Jahren zur Mediation erschienen ist, siehe nur *Bader*, Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht, 2009, S. 28 ff., 129; v. *Bargen*, Gerichtsinterne Mediation, 2008, S. 47 ff., 145 ff.; *Härtel*, JZ 2005, 753 (755 ff.); *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 63 ff.; *Pitschas*, NVwZ 2004, 396 (397 f., 401 f.); *Ortloff*, NVwZ 2004, 385 (388 f.); *ders.*, NVwZ 2006, 148 ff.; *Ortloff/Riese*, in: *Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner*, VwGO, 22. Ergänzungslieferung hat den Stand 1. August 2011, Vorb § 81 Rn. 5 ff., 11 ff. (zur Rolle des Richters); *Seibert*, NVwZ 2008, 365; *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, 3243 f.; *Ziekow*, NVwZ 2004, 390 (391).

¹⁵So Vorsitzender Richter am Landgericht *Michael Krämer* während der Anhörung des Rechtsausschusses am 25. Mai 2011.

¹⁶*Schenke*, Mediation und verwaltungsgerichtliches Verfahren, in: *Aschke/Hase/Schmidt-de Caluwe* (Hrsg.), Selbstbestimmung und Gemeinwohl. FS von Zezschwitz, S. 130 (145 ff.).

¹⁷v. *Bargen* (o. Fußn. 14), S. 47 ff., 145 ff.; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 69. Aufl. (2011), § 278 Rn. 2.

überprüfen und nicht deren erneute Vornahme in einem strukturierten Verfahren wie der Mediation anzuleiten oder sie gar selbst vorzunehmen. Anderenfalls würde die Verwaltung zunehmend ihrer Verantwortung für die umfassende Interessenabwägung entbunden und das gerichtliche Verfahren würde funktional die Gestaltungsaufgabe der Verwaltung ersetzen.¹⁸

- 9 Angesichts dieser Unterschiede zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit war es bislang also umstritten, ob Regelungen zur ausgleichenden Streitschlichtung des Gerichts vom Zivilprozessrecht in das Verwaltungsprozessrecht übertragen werden konnten. Richtigerweise konnte über § 173 VwGO zumindest für die gerichtsinterne Mediation keine gesetzliche Grundlage im Zivilprozessrecht gefunden werden, weil die Unterschiede der Verfahrensarten dem entgegenstanden.¹⁹ Eine Verweisung an eine andere gerichtliche Stelle als den zur Entscheidung zuständigen Richter nach § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO a. F. war im Verwaltungsprozess daher nicht möglich.²⁰

S. 27

- HFR 3/2012 S. 5 -

- 10 In Anbetracht dieser Zweifel soll der neue § 173 S. 1 VwGO das neue Mediations- und Güterichterkonzept auch im Verwaltungsprozess verankern. Dies über eine Modifikation des § 173 S. 1 VwGO erreichen zu wollen, ist allerdings in mehrfacher Hinsicht verfehlt. Zum einen dürften durch die Entscheidung gegen gerichtsinterne Mediation die meisten Bedenken gegen eine Anwendung über § 173 VwGO a. F. obsolet sein (3.). Zum anderen gerät der neue § 173 S. 1 VwGO mit der bisherigen Verweisungssystematik der VwGO in Widerspruch (4.).

11 3. Einfügung überflüssig

Die Einfügung in § 173 VwGO wäre wohl angesichts der Entscheidung gegen gerichtsinterne Mediation gar nicht nötig gewesen. Das Mediationskonzept, das nunmehr verfolgt wird, fügt sich organisch in die VwGO ein, so dass einer Anwendung über § 173 VwGO auch in der bisherigen Fassung nichts entgegensteht. Die oben dargestellten Zweifel bezogen sich vor allem auf die Rolle des Verwaltungsrichters in einem Verwaltungsrechtsstreits, die mit der Rolle eines Mediators nicht zu vereinbaren ist.

- 12 Vor diesem Hintergrund war es auch schon bisher eine andere Frage, ob die Verwaltungsgerichte gem. § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO eine außergerichtliche Streitschlichtung oder Mediation vorschlagen und, wenn sich die Parteien dazu entschließen sollten, das streitige Verfahren gem. §§ 278 Abs. 5 S. 3, 251 ZPO ruhen lassen konnten. Dass sich die Beteiligten jederzeit außergerichtlich einigen und damit ggf. auch den Prozess überflüssig machen können, steht außer Frage. Prozessual war das dann durch eine Klagerücknahme, Erledigungserklärungen oder die Fixierung des gefundenen Kompromisses durch Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs vor dem Richter (nach Fortführung des Verfahrens) umzusetzen. Es sprach und spricht nichts dagegen, dass das Gericht in geeigneten Fällen ein solches Vorgehen vorschlägt. Das Gericht vermeidet damit zwar unter Umständen eine streitige Entscheidung, aber es nimmt nicht über Gebühr an der Aushandlung einer anderen Lösung teil. Das Gericht

¹⁸Brohm, NVwZ 1991, 1025 (1029 ff.); Schenke (o. Fußn. 16), S. 131, 137 ff., 145 ff.; ders., Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl. (2009), § 1 Rn. 12b; Schmidt-Abmann, VBIBW 2000, 45 (51 f.); Seibert, NVwZ 2008, S. 365 (367 f.); Wimmer/Wimmer, NJW 2007, S. 3243 (3246).

¹⁹Pitschas, NVwZ 2004, 396 (402); wohl auch Ortloff/Riese (o. Fußn. 14), § 87 Rn. 33. Abzulehnen war jedenfalls auch die Auffassung, die als gesetzliche Grundlage der gerichtlichen Mediation § 4 Abs. 2 Nr. 1 DRiG heranzog. Danach handelte es sich bei der Mediation um Aufgaben der Gerichtsverwaltung (so etwa Ortloff, NVwZ 2004, 385 (389)). A. A. Bader (o. Fußn. 14), S. 135 ff.; v. Barga (o. Fußn. 14), S. 269 ff.; Härtel, JZ 2005, 753 (760); Schenke (o. Fußn. 16), S. 147; Seibert, NVwZ 2008, 365 (366); die zwar auch die Lösung über § 4 DRiG ablehnen, die Mediation (mit unterschiedlicher Begründung) aber ohne weitere gesetzliche Grundlage für zulässig hielten.

²⁰Bader (o. Fußn. 14), S. 112 ff.; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (bis 65. Aufl. 2007), § 278 Rn. 56; Pitschas, NVwZ 2004, 396 (402); Schenke (o. Fußn. 16), S. 148 ff.; ders. (o. Fußn. 18), § 1 Rn. 12b (der allerdings schon die Regelungslücke ablehnt); Ziekow, NVwZ 2004, 390 (394); a. A. OVG-Greifswald, NordÖR 2006, 299; Härtel, JZ 2005, 753 (760); Seibert, NVwZ 2008, 365 (366).

wird nicht als alternative Konfliktlösungsinstanz aktiv, sondern stellt seine Tätigkeit nur zugunsten einer alternativen Lösung zurück. Die Stellung und die Funktion des Richters werden dabei nicht beeinträchtigt.²¹ Insofern konnte § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO richtiger Weise auch schon bisher im verwaltungsgerichtlichen Verfahren entsprechend angewandt werden.²² Daran anschließend war auch die Möglichkeit des Ruhens des gerichtlichen Verfahrens während einer Mediation gem. § 251 ZPO möglich.²³ Das entspricht der Dispositionsmaxime, die die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine gerichtliche Klärung über den Streitgegenstand (als Ganzes) erfolgen soll, in die Hände der Beteiligten legt. Die Dispositionsmaxime gilt in beiden Verfahrensarten unterschiedslos. Die Enthaltung des Gerichts angesichts der Möglichkeit einer außergerichtlichen Streitbeilegung mit Zustimmung der Beteiligten entspricht also gleichermaßen der Rolle der Gerichte im Zivil- wie auch im Verwaltungsprozess. Es spräche also auch in der bisherigen Fassung des § 173 VwGO nichts gegen eine Anwendung des neuen § 278a ZPO im Verwaltungsprozess.

S. 28

- HFR 3/2012 S. 6 -

- 13 Auch als Güterichter im Sinne von § 278 Abs. 5 ZPO n. F. wird der Richter nicht zum Mediator, sondern bleibt ausschließlich Richter und kann so auch keine Entscheidungen losgelöst vom Recht treffen, insbesondere Vergleiche müssen sich innerhalb der rechtlichen Bindungen der Verwaltung halten. Es ist oben bereits ausgeführt, dass nach dem neuen Güterichterkonzept der Güterichter gerade nicht die Rolle eines Mediators annehmen soll. Die Anwendung einzelner mediativer Konfliktlösungstechniken war auch bislang im Rahmen richterlicher Güteverhandlungen üblich und ist ohne rechtliche Bedenken.²⁴ Die Verankerung des Güterichters nach § 278 Abs. 5 ZPO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren bringt also nur die Neuerung, dass der Güterichter ein anderer als der zur Entscheidung des Rechtsstreits berufene Richter sein kann. Auch das birgt aber keinerlei Unterschiede zwischen den Verfahrensarten, die einer Anwendung über § 173 VwGO in seiner bisherigen Fassung ausschließen würden.
- 14 All das spricht dafür, dass die neuen Regelungen in §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO auch ohne klarstellenden Einschub über § 173 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anwendbar wären, weil dem keine Unterschiede der Verfahrensarten mehr entgegenstünden. Dies mag aber umstritten sein. Vertretbar ist wohl auch die Ansicht, dass sich im Hinblick auf die fehlende Güteverhandlung und die fehlende richterliche Pflicht, auf eine gütliche Streitbeilegung hinzuwirken, die Regelungen in §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO nicht in das verwaltungsgerichtliche Verfahren einfügen würden. Zweifel könnten sich insbesondere beim Güterichter ergeben, der nicht der streitentscheidende Richter ist. Insofern mag der Gesetzgeber mit dem Einschub jeden Zweifel beseitigt und sicher gestellt haben, dass das neue Güterichter- und Mediationskonzept auch im Verwaltungsprozess Anwendung finden soll.
- 15 **4. Widerspruch zur Verweisungssystematik der VwGO**
- Das Ziel, die Anwendung der §§ 278 Abs. 5 und 278a ZPO im verwaltungsgerichtlichen Verfahren außer Zweifel zu stellen, kann der Gesetzgeber durch die angestrebte Modifikation des § 173 VwGO nicht erreichen, ohne damit die differenzierte Verweisungssystematik der VwGO in Frage zu stellen.
- 16 In der VwGO gab es bisher drei verschiedene Arten von Verweisen in das

²¹Schenke (o. Fußn. 18), § 1 Rn. 12b Fn. 11.

²²Meissner, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (o. Fußn. 14), § 173 Rn. 206; Ortloff, NVwZ 2004, 385 (387); a. A. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (bis 65. Aufl. 2007), § 278 Rn. 56.

²³BVerwG, NJW 1962, 1170 (1171); VGH-Mannheim, Justiz 1998, 578; OVG-Münster, NJW 1962, 1931; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO (bis 65. Aufl. 2007), § 251 Rn. 15; Härtel, JZ 2005, 753 (760); Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 15. Aufl. (2010), § 94 Rn. 14; Rudisile, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (o. Fußn. 14), § 94 Rn. 123 f.; Schenke (o. Fußn. 16), S. 148; Seibert, NVwZ 2008, 365 (366).

²⁴v. Barga (o. Fußn. 14), S. 267 f.; Ortloff, NVwZ 2004, 385 (388); Ortloff/Riese (o. Fußn. 14), § 87 Rn. 16; Ziekow, NVwZ 2004, 390 (392 f.).

Zivilprozessrecht: Spezialverweise ohne Voraussetzungen, Spezialverweise mit Abweichungsvorbehalt und der Generalverweis in § 173 VwGO.

S. 29

- HFR 3/2012 S. 7 -

- 17 Spezialverweise ohne Voraussetzungen sind mannigfaltig. Sie verweisen auf bestimmte Regelungen des Zivilprozessrechts und erklären diese ohne weitere Voraussetzungen für anwendbar. Dabei gibt es verschiedene Formulierungsvarianten. Zumeist lautet die Formulierung, dass die in Bezug genommenen zivilprozessualen Vorschriften im Verwaltungsprozess „entsprechend gelten“. So gelten etwa nach § 54 Abs. 1 VwGO die §§ 41 bis 49 ZPO über die Ablehnung der Gerichtspersonen entsprechend (ebenso §§ 4, 62 Abs. 4, 83, 105, 123 Abs. 3, 159, 165a, 166, 183 VwGO). Alternativ findet sich etwa in § 55 VwGO die Formulierung, dass die Ordnungsvorschriften der §§ 169, 171a bis 198 des GVG „entsprechend Anwendung finden“. Nach § 64 VwGO sind die Vorschriften über die Streitgenossenschaft „entsprechend anzuwenden“. Inhaltliche Unterschiede bergen diese Formulierungsvarianten nicht.
- 18 Spezialverweise mit Abweichungsvorbehalt zeichnen sich demgegenüber dadurch aus, dass zwar auch bestimmte Regelungen der ZPO in Bezug genommen und für entsprechend anwendbar erklärt werden, allerdings nur „soweit dieses Gesetz [die VwGO] nicht abweichende Vorschriften enthält“ (so § 98 VwGO) oder „soweit sich aus diesem Gesetz nichts anderes ergibt“ (so § 167 Abs. 1 VwGO). Diese beiden Verweise stellen also die Anwendung der in Bezug genommenen zivilprozessualen Regelungen unter einen Abweichungsvorbehalt und normieren damit eine Anwendungsvoraussetzung. Sie tragen damit dem besonders großen Umfang der in Bezug genommenen Regelungen Rechnung.
- 19 Die dritte und umfassendste Art der Verweisung ist der Generalverweis in § 173 VwGO. Er bezieht sich bisher nicht auf bestimmte Regelungen des Zivilprozessrechts, sondern verweist allgemein auf das gesamte GVG und die ZPO. Er macht die entsprechende Anwendung des Zivilprozessrechts allerdings von zwei Voraussetzungen abhängig. Zum einen darf die VwGO keine Bestimmungen enthalten und es dürfen keine grundsätzlichen Unterschiede der Verfahrensarten die Anwendung ausschließen. Diese Voraussetzungen entsprechen denen der Analogie (Regelungslücke und Vergleichbarkeit). § 173 VwGO wird deshalb auch als Verweisungsanalogie bezeichnet.²⁵
- 20 Die unterschiedlichen Regelungen tragen unterschiedlichen Intentionen des Gesetzgebers Rechnung. Bei den Spezialverweisen in die ZPO und das GVG hat sich der Gesetzgeber im Einzelnen Gedanken über die Anwendbarkeit des Zivilprozessrechts gemacht und ist zu dem Schluss gekommen, dass die zivilprozessualen Regelungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren anzuwenden sind.

S. 30

- HFR 3/2012 S. 8 -

- 21 Das war in einigen Fällen Ergebnis der Erkenntnis, dass sich die zivilprozessualen Regeln nahtlos in das verwaltungsgerichtliche Verfahren einfügen würden. „Regeln, die für jedes Verfahren erforderlich sind, □sollten□ in altbewährter und gewohnter Form für den Verwaltungsprozess dienstbar gemacht werden.“²⁶ So ist etwa die Verweisung in das Zivilprozessrecht wegen Ausschließung und Ablehnung von Gerichtspersonen in § 54 Abs. 1 VwGO von der Vorstellung getragen, dass die in Bezug genommenen Vorschriften der ZPO wegen der Identität des zu regelnden Gegenstandes genauso gut in das verwaltungsgerichtliche Verfahren passen.²⁷ Erkannte Lücken sollten also durch

²⁵Siehe nur *Auer*, Inhalt, Grenzen und Reichweite der Verweisung in § 173 VwGO, 1993, S. 5 ff., 10, 11 ff.; *Kopp/Schenke*, VwGO, 17. Aufl. (2011), § 173 Rn. 2; *Meissner* (o. Fußn. 22), § 173 Rn. 21 ff., 54 ff.; v. *Nicolei*, in: *Redeker/von Oertzen* (o. Fußn. 23), § 173 Rn. 2; *Schmidt*, in: *Eyermann*, VwGO, 13. Aufl. (2010), § 173 Rn. 3 f. (jeweils mit weiteren Nachweisen).

²⁶Begründung des Regierungsentwurfs zur VwGO, BT-Dr 3/55, S. 26.

²⁷*Meissner* (o. Fußn. 22), § 54 Rn. 1.

vergleichbare Regelungen geschlossen werden. Das dient vor allem der Vereinfachung der Gesetzgebung und der Rechtsanwendung durch Inbezugnahme bereits anderweitig formulierter Vorschriften.

- 22 In anderen Fällen erklären Spezialverweise Regelungen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für anwendbar, die Bereiche betreffen, die in beiden Verfahrensarten unterschiedlich gestaltet sind. Die Regelungen haben angesichts dieser Unterschiede im Kontext der VwGO dann andere Auswirkungen als im zivilprozessualen Verfahren. Durch solche Spezialverweise wird im Hinblick auf andere Zwecke gezielt eine Angleichung zwischen den Verfahrensarten bewirkt. So gilt etwa durch den Spezialverweis in § 56 Abs. 2 VwGO auf §§ 174 f., 182 f. und 195 ZPO die sich in bestimmten Urkunden dokumentierte Zustellung auch im Verwaltungsprozess als bewiesen. Das dient in beiden Prozessen gleichermaßen der Sicherstellung des Verfahrensablaufs. Im Verwaltungsprozess wird durch diese Beweiskraftregeln anders als im Zivilprozess auch der Untersuchungsgrundsatz modifiziert, weil die Ermittlungspflicht und Ermittlungskompetenz des Gerichts beschränkt wird. Ebenso wird durch eine Reihe von Spezialverweisen auch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren für bestimmte Verfahrenshandlungen die Glaubhaftmachung vorgesehen (etwa im Rahmen der Ablehnung von Gerichtspersonen bei dem über § 54 Abs. 1 VwGO anwendbaren § 44 Abs. 2 ZPO). Im Verwaltungsprozess wird durch das reduzierte Beweismaß der Glaubhaftmachung anders als im Zivilprozess auch der vom Gericht anzustellende Ermittlungsaufwand und damit der Untersuchungsgrundsatz beeinflusst.
- 23 Zum Dritten wird die Technik der Spezialverweisung eingesetzt, um ungeachtet möglicher Unterschiede zwischen den Verfahrensarten vorhandene oder befürchtete „Zweifel an der Anwendbarkeit auszuschließen.“²⁸ So sollte etwa bei der Reform der Gerichtsverfassung 1972 in beiden Verfahrensordnungen das Präsidialsystem eingeführt werden. Um die angestrebte Vereinheitlichung außer Frage zu stellen, wurde der Spezialverweis in § 4 VwGO geschaffen und die Anwendbarkeit dieses Teils des GVG nicht § 173 VwGO überlassen.²⁹ Auch hier zielt die Verweisung letztlich auf eine einheitliche Regelung in beiden Verfahrensarten. Der Gesetzgeber lässt allerdings ungeklärt, ob dabei durch Modifikationen an anderen verwaltungsprozessualen Regelungen eine Angleichung bewirkt wird oder die Regelungen unterschiedslos in beide Prozessarten passen. Das Ziel der einheitlichen Regelung ist jedenfalls außer Frage gestellt.

S. 31

- HFR 3/2012 S. 9 -

- 24 Der Gesetzgeber hat sich in all diesen Fällen derselben Regelungstechnik bedient. Jeweils wurden Verweisungsnormen geschaffen, die die Anwendbarkeit der zivilprozessualen Regelung ohne weitere Voraussetzungen anordnen und damit außer Zweifel stellen. Im Gegensatz dazu hatte der Gesetzgeber für den Generalverweis nicht vor Augen, für einen bestimmten Regelungsbereich die zivilprozessualen Regelungen bedingungslos in das verwaltungsgerichtliche Verfahren zu übertragen. Vielmehr sollte in Fällen, die der Gesetzgeber gerade nicht einer bestimmten Regelung zugeführt hat, die Rechtssicherheit besser gewährleistet sein, wenn die Gestaltung des Verfahrens der freien gerichtlichen Rechtsschöpfung erst überlassen bleibe, „wenn auch durch entsprechende Anwendung der ZPO oder des GVG die erforderliche Regelung nicht gefunden werden kann.“³⁰ Dies sollte allerdings nur unter den oben bereits dargestellten Voraussetzungen geschehen.
- 25 Diese Systematik stellt der neue § 173 VwGO in Frage. Laut der eindeutigen Intention des Gesetzgebers soll der Einschub „einschließlich §§ 278 Absatz 5 und 278a“

²⁸BT-Dr 3/55, S. 26.

²⁹Geiger, in: Eyermann (o. Fußn. 25), § 4 Rn. 1; Kopp/Schenke (o. Fußn. 25), § 4 Rn. 1; Meissner (o. Fußn. 22), § 173 Rn. 30, 58; Stelkens/Clausing, in: Schoch/Schmidt-Abmann/Pietzner (o. Fußn. 14), § 4 Rn. 1 f., 5 f., 9, 11.

³⁰BT-Dr 3/55, S. 26.

angesichts der bisher bestehenden Streitigkeiten hinsichtlich der Anwendbarkeit der Mediation im Verwaltungsprozess sicherstellen, dass diese Regelungen nun angewandt werden.³¹ Eine solche gesetzgeberische Absicht hat früher zur Einführung eines Spezialverweises geführt, der die Anwendbarkeit bestimmter ZPO-Regelungen ohne Voraussetzungen anordnet. Leider soll heuer aber kein solcher Spezialverweis geschaffen, sondern §§ 278 Abs. 5 und 278a ZPO sollen in § 173 VwGO genannt werden. Das ist nicht nachvollziehbar.

- 26 Der neue Wortlaut und auch die Systematik legen eigentlich nahe, dass im Übrigen an den Voraussetzungen, die § 173 VwGO für die Anwendung des Zivilprozessrechts normiert, festgehalten wird. Dann kann der neue Einschub die gesetzgeberische Intention aber nicht erfüllen. Denn es steht ja außer Frage, dass sich § 173 VwGO auch auf §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO beziehen kann. Umstritten ist vielmehr, ob nicht die Unterschiede zwischen den Verfahrensarten einer Anwendung entgegenstehen. Das dürfte dann aber auch weiterhin umstritten sein (auch wenn – wie oben dargelegt – wegen der Abschaffung der gerichtlichen Mediation gute Gründe für die Anwendung von §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO n. F. über einen unveränderten § 173 VwGO sprechen). Verzichtet man dagegen auf die Voraussetzung der Vergleichbarkeit entspricht das erstens nicht dem Wortlaut der entstehenden Regelung und ebnet zweitens den Unterschied zwischen den Spezialverweisen und dem Generalverweis ein. Dadurch entstünden innerhalb des Generalverweises verschiedene Fallgruppen. Es gäbe dann Fälle, in denen vom Rechtsanwender zu prüfen ist, ob Unterschiede der Verfahrensarten einer Anwendung entgegenstehen, und andere, in denen das vom Gesetzgeber außer Frage gestellt wurde. Genau diese Differenzierung wird im bisherigen Regelungskonzept der VwGO aber durch die verschiedenen Verweisungsarten getroffen.

S. 32

- HFR 3/2012 S. 10 -

27 5. Fazit

All das zeigt, dass die Neufassung des § 173 VwGO verfehlt ist. Statt der Änderung des § 173 VwGO würde die Einführung eines Spezialverweises, der §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO ohne Voraussetzungen in Bezug nimmt, dem Anliegen des Gesetzgebers und der Verweisungssystematik der VwGO besser gerecht werden (etwa als § 106a VwGO). Da der Bundesrat mittlerweile den Vermittlungsausschuss angerufen hat, bleibt noch Hoffnung, dass der Gesetzgeber auch in dieser späten Phase des Gesetzgebungsverfahrens seinen Fehler noch beheben wird. Anderenfalls muss zukünftig darüber nachgedacht werden, wie sich der neue § 173 VwGO auf das Verweisungssystem der VwGO auswirkt. Bei der jetzt geplanten Regelung kann man es mit der oben vertretenen Auffassung bei den Voraussetzungen des § 173 VwGO belassen, ohne dass gesetzgeberische Ziel zu vereiteln. Danach ist der Einschub in § 173 VwGO zwar überflüssig und verwirrend, er bringt aber immerhin nicht das ganze Verweisungssystem der VwGO durcheinander. Wenn sich allerdings das eigentliche Anliegen des Bundesrates im Vermittlungsausschuss durchsetzt, auch die gerichtliche Mediation im Gesetz zu verankern, und auf eine Korrektur des geplanten § 173 VwGO verzichtet wird, wäre das ausgesprochen problematisch. Dann müssten nämlich, um der gesetzgeberischen Intention gerecht zu werden, über § 173 VwGO Regelungen des Zivilprozessrechts im Verwaltungsprozess angewendet werden, die offensichtlich nicht die Voraussetzungen des § 173 VwGO erfüllen. Oder man wird, um dem Wortlaut und der Verweisungssystematik der VwGO gerecht zu werden, die gesetzgeberische Intention ignorieren und insofern die Regelung als untauglichen Regelungsversuch ansehen müssen.

Zitierempfehlung: Jakob Nolte, HFR 2012, S. 23 ff.

³¹BT-Dr 17/5335, S. 25.