

**LOEWE-SCHWERPUNKT
„Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“**

**LOEWE Research Focus
"Extrajudicial and Judicial Conflict Resolution"**

Arbeitspapier/Working Paper

19 (2015)

**Steuerungs- und
governancetheoretisch
inspirierte
Prozessrechtswissenschaft**

urn:nbn:de:hebis:30:3-334163

Frank Schreiber

Dr. Frank Schreiber
Hessisches Landessozialgericht
Steubenplatz 14
64293 Darmstadt
Frank.Schreiber@lsg-darmstadt.justiz.hessen.de

Steuerungs- und governancetheoretisch inspirierte Prozessrechtswissenschaft

Frank Schreiber

I. Einführung	2
II. Die Essentialia im Überblick	4
1. Die wirkungsorientierte Perspektive	4
2. Erkenntnisinteresse	6
3. Erkenntnisbündelung und -transfer	7
III. Traditionslinien der Steuerungsperspektive	8
1. Der Zweck im Prozessrecht oder: Komplexe Steuerungsziele	8
a) Das Prozessrecht als nur „technisches Recht“?	8
b) Grund und Grenzen der Konfliktlösung als Funktion von Rechtsprechung, als Prozesszweck oder Prozessmaxime	9
2. Die rechtswissenschaftliche Streitbehandlungslehre oder: “The Law Of The Instrument“	12
3. Die Verfahrensrechtsnorm als Handlungsnorm oder: Steuerung „von Rechtslage zu Rechtslage“ .	14
4. Legitimation durch Verfahren oder: Welche sozialwissenschaftliche Verfahrensforschung ist anschlussfähig?	16
IV. Wer „steuert“ wen womit?	18
1. Steuerungsmodi auf der Makro- und der Mikroebene	18
2. Besonderheiten im Bereich der Dritten Gewalt	19
3. Steuerungsmängel und Geltungsanspruch des positiven Verfahrensrechts	22
V. Die richterliche Verfahrensermessensausübung als Optionenwahl	23
VI. Fazit und Ausblick	25

Steuerungs- und governancetheoretisch inspirierte Prozessrechtswissenschaft¹

I. Einführung

Viele Fragen, die von der Praxis an die Prozessrechtswissenschaft herangetragen werden, sind allenfalls mittelbar an die Rechtsdogmatik gerichtet. Vielmehr ist ihre Brisanz im Faktischen zu finden. Die Probleme sind bereits auf den ersten Blick mit Vollzugsdefiziten und Dysfunktionalitäten der Prozessrealität in Verbindung zu bringen: So ruft die Überlastung einzelner Gerichtsbarkeiten jeweils spezifische Anpassungsstrategien der Richterinnen und Richter hervor, die dem gelehrten Verfahrensgang wenig entsprechen, ohne aus einer revisionsrechtlichen Kontrollperspektive rechtswidrig zu sein. Mit der Modernisierung der Justizverwaltung werden die zur Verfügung gestellten, knapper werdenden Rechtsprechungsressourcen „gesteuert“, was zu mittelbaren Einflüssen auf das Richterhandeln führt. Aufgrund einer veränderten Wahrnehmung des Verhältnisses von Bürger und Staat sind zudem die Erwartungen der Beteiligten an die Justiz einem Wandel unterworfen, was wiederum die Nutzerperspektive auf das Gerichtsverfahren verändert und tendenziell zu enttäuschten „Verbrauchern“ führen kann, die wiederum in ihren Verfahrenshandlungen nicht so reagieren, wie es vom idealen, rational handelnden Beteiligten zu erwarten wäre. Neuerdings können sie für ihre enttäuschten Erwartungen unter Umständen immaterielle Entschädigung nach §§ 198 ff. GVG beanspruchen. Auch dies „bewirkt Wirkungen“ in der Justiz.

„Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?“ lautet – dem Reformdruck entsprechend – in der Abteilung Prozessrecht die Frage des 70. Deutschen Juristentages 2014 in Hannover.² Es könnten konstruktivere Fragen formuliert werden: Welche Fehlsteuerungen oder -anreize führen zu bestimmten Problemen, welche Funktionsbedingungen eines „guten“ Prozessrechts können identifiziert werden? Welche Instrumente erweisen sich als leistungsfähig, welche nicht?

Im folgenden Beitrag geht es allein um die damit aufgeworfene Methodenfrage: Wie muss eine Prozessrechtswissenschaft beschaffen sein, die hier Antworten zu geben weiß? Die reine Prozessrechtsdogmatik, die allein der normwissenschaftlichen juristischen Methode verpflichtet ist, ist auf dem faktischen Auge blind; selbst hinsichtlich der Öffnung der Methodenlehre im engeren Sinne in Richtung Folgenorientierung und des „effet utile“ besteht jedenfalls in der Bundesrepublik Deutschland im nationalen wissenschaftlichen Rahmen noch kein Konsens. Auf der anderen Seite könnte eine empirische Sozialwissenschaft der Prozessakteure, so man sie denn als umfassende Disziplin konstruieren wollte, aus den gewonnenen Befunden wohl regelmäßig keine Schlussfolgerungen normativer oder rechtssystematischer Art anbieten. Die Überführung sozialwissenschaftlicher Erkenntnisse in normative Aussagen, eine Übersetzung in die Codes des Prozessrechtssystems bleibt einer nachbarwissenschaftlich informierten und entsprechend anschlussfähigen Rechtswissenschaft vorbehalten. Diese steht nicht in Konkurrenz, sondern in Ergänzung zur Rechtsdogmatik bzw. juristischen Methode. Konkurrenz durch andere Konfliktbeilegungsformen von der Mediation bis zur transnationalen Schiedsgerichtsbarkeit

¹ Der Verfasser, Dr. jur., ist Richter am Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt und war Fellow am LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“.

² Zur Kurzfassung des Gutachtens von Graf-Peter Callies mit dem Titel „Der Richter im Zivilprozess. Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß?“ siehe NJW, Beilage 2/2014, S. 27 ff.

erfährt gegenwärtig vielmehr der klassische Rechtsstreit als wesentlicher Realbereich des Prozessrechts. Die Frage, für welchen Konflikt welches Konfliktlösungsinstrument angemessen ist, kann nur dann durch die Rechtswissenschaft beantwortet werden, wenn sich die Prozessrechtswissenschaft auch als Streitbehandlungslehre begreift.

Das Recht des gerichtlichen Verfahrens ist Öffentliches Recht.³ In der Wissenschaft vom Öffentlichen Recht – namentlich der Verwaltungsrechtswissenschaft – wird bereits seit mehr als zwanzig Jahren u.a. unter dem Etikett der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ eine realwissenschaftliche Wende oder Perspektivenerweiterung propagiert, inzwischen ausdifferenziert in eine am handlungsorientierten Steuerungs begriff ausgerichtete steuerungstheoretische Richtung und einen eher regelungsorientierten Governance-Ansatz. Gemeinsam ist ihnen, dass sie sich den Wirksamkeitsbedingungen des Öffentlichen Rechts einschließlich der Regelungswirkungen jenseits der Gesetzesbindung im Sinne der etablierten Kontroll- bzw. Rechtsschutzperspektive widmen.⁴ Die steuerungswissenschaftliche Perspektive als Binokular von dogmatisch-systematischer Erkenntnis und nachbarwissenschaftlicher Informiertheit hat sich insbesondere dort mit Gewinn entwickelt, wo in den entsprechenden Referenzgebieten gerade wegen streitiger Einschätzungen zur Wirksamkeit rechtlicher Instrumente neue Fragen an die Rechtswissenschaft gestellt wurden, die die klassisch dogmatisch ausgerichtete Disziplin nicht beantworten konnte (z.B. Umweltrecht, Regulierungsrecht für Netzstrukturen). Das Prozessrecht, insbesondere in seinem gegenwärtigen Entwicklungsstand nach dem Mediationsförderungsgesetz samt der damit keinesfalls erledigten Kontroversen zum Verhältnis von gesellschaftlicher Selbststeuerung zu staatlichen Angeboten der Streitbehandlung, drängt sich in entsprechender Weise als Referenzgebiet auf. Heterogene politische Zwecksetzungen oder Zielvorgaben geraten auch hier zunehmend miteinander in Konflikt oder werden im Gesetz nicht immer hinreichend in praktische Konkordanz gebracht. Auch Wirksamkeitsfragen stellen sich: Bei neuen Instrumenten (z.B. dem Güterichtermodell oder dem Vorlageverfahren nach dem KapMuG) zeigen sich gravierende Akzeptanz- oder Implementierungsprobleme.

Auf das Verfahrensrecht der Dritten Gewalt sind Steuerungs- und Governanceansätze bislang gleichwohl nur punktuell oder elementhaft übertragen worden.⁵ Die Diskussion blieb

³ So die heute auch für das Zivilprozessrecht vorherrschende Ansicht; vgl. statt vieler Leo Rosenberg/ Karl-Heinz Schwab/ Peter Gottwald, Zivilprozessrecht, 17. Aufl., München 2010, § 1 Rn. 25; Thomas Rauscher, in: ders./ Peter Wax/ Joachim Wenzel (Hg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1: §§ 1 – 354, 4. Aufl. München 2013, Einl., Rn. 23 f.; a. A. noch Hans-Jürgen Puttfarcken: Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozessrechtswissenschaft; in: JuS 1977, S. 493 (499) m.w.N. zum damaligen Streitstand; krit. in jüngster Zeit auch Calliess, Der Richter im Zivilprozess. Sind ZPO und GVG noch zeitgemäß? In: NJW, Beilage 2/2014, S. 27 (27).

⁴ Vgl. die zusammenfassenden Darstellungen bei Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft; in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ ders. (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I: Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 1; Wolfgang Hoffmann-Riem, Zwischenschritte zur Modernisierung der Rechtswissenschaft, in: JZ 2007, S. 645; Claudio Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft; in: Verw 39 (2006), S. 335. Zur Entwicklungsgeschichte aus sozialwissenschaftlicher Sicht: Renate Mayntz, Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: PVS-Sonderheft Band 41: Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 43.

⁵ Ausnahmen sind: Wolfgang Hoffmann-Riem, Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, in: Verhandlungen des 66. DJT, Bd. II/1 (2006), R9 (R9, R13); Ivo Appel, Diskussionsbeitrag in: VVDStRL (67) 2008, S. 362 f.; teilw. auch Uwe Berlit, Justizmodernisierung zwischen Demokratie und Ökonomie, in: Betrifft JUSTIZ 70 (2002), S. 319; Friedrich Schoch, Gerichtliche Verwaltungskontrollen; in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Band III: Personal, Finanzen, Kontrolle, Sanktionen,

weitgehend auf der justizpolitischen Ebene um richterliches Qualitätsmanagement oder die Verfassungswidrigkeit des Neuen Steuerungsmodells stecken.⁶ Dies hat zu einer verhängnisvollen Beschränkung der Diskussion im Sinne des Palmström-Prinzips geführt, ohne dass damit Erkenntnisse über die Faktizität der Steuerung im Bereich der Dritten Gewalt gewonnen wären. Im Folgenden soll daher der Versuch unternommen werden, ein entsprechendes Forschungsdesign für die Prozessrechtswissenschaft zu skizzieren: Die Darstellung als „work in progress“ gibt zuerst einen Überblick über die Essentialia einer solchen Übertragung des Ansatzes auf das Prozessrecht (II.). Bei der Beschreibung der maßgeblichen Parameter widmet sie sich sowohl den Traditionslinien⁷ in der jüngeren Wissenschaftsgeschichte bis zur Gegenwart (III.1. bis II.4) als auch den Chancen und Gefahren einer solchen „Theorietransplantation“ von der Zweiten auf die Dritte Gewalt einschließlich der dortigen Spezifika von „Steuerung“ (dazu IV.). Projektionsfläche ist dabei stets die voranschreitende Ausdifferenzierung von Verfahrensvarianten. Im Rahmen einer exemplarischen Vertiefung soll darauf aufbauend eine neue Sichtweise auf das richterliche Verfahrensermessen vorgestellt werden (V.). Bei alledem ist darauf hinzuweisen, dass die dargestellten Überlegungen ihren Ausgangspunkt im Zivil- und Verwaltungsprozess nebst fachgerichtlicher Ausprägungen genommen haben; inwieweit der Ansatz für den Strafprozess und die freiwillige Gerichtsbarkeit fruchtbar ist, bleibt noch zu untersuchen.

II. Die Essentialia im Überblick

1. Die wirkungsorientierte Perspektive

Das Prozessrecht kann als Arsenal von Instrumenten zur Bewirkung von erwünschten und zur Vermeidung von unerwünschten Folgen in Bezug auf die Verwirklichung der Prozesszwecke und Optimierung der Prozessmaximen, als Mittel zur Bewirkung von entsprechenden Ereignisabläufen angesehen werden. Im Mittelpunkt der steuerungstheoretischen Betrachtung stehen nicht Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit einer richterlichen Verfahrenshandlung, sondern die mit ihr intendierte Wirkung. Neben die Kategorien des rechtmäßigen oder rechtswidrigen Handelns treten damit solche des aus der Perspektive eines Steuerungsakteurs erwünschten oder unerwünschten Handelns. Eine aufgaben- und funktionsorientierte Betrachtungsweise insbesondere des richterlichen Verfahrenshandelns ermöglicht zudem, neben der direkten normativen Steuerung auch andere Steuerungsmodi und -medien – wie Maßstäbe der internen Steuerung über Leitbilder (z.B. richterliche Selbststeuerung über die Diskussion in Qualitätszirkeln) und die gerade in der Bundesrepublik Deutschland nicht zu leugnende Kontextsteuerung über

Staatliche Einstandspflichten, 2. Aufl. München 2013, § 50; im Gegensatz dazu ist die Rezeption des Steuerungsparadigmas im Recht der Justizverwaltung schon seit mehr als einem Jahrzehnt angekommen, vgl. nur Wolfgang Hoffmann-Riem, *Modernisierung von Recht und Justiz*, Frankfurt am Main 2001, S. 211 ff.; zuletzt aus rechtvergleichender Perspektive: Gar Yein Ng, *A discipline of judicial governance?* In: 7 *Utrecht Law Review* (2011), S. 102.

⁶ Dazu Joachim von Barga, *Gute Rechtsprechung - Ein Plädoyer für eine engagierte Qualitätsdiskussion in den Gerichten*, in: NJW 2006, S. 2531; Udo Hochschild/ Thomas Schulte-Kellinghaus, *Qualitätsmanagement in der Justiz – Wer steuert die Rechtsprechung?* In: DRiZ 2003, S. 413; Carsten Schütz, *Der ökonomisierte Richter*, Berlin 2005, (passim).

⁷ Zum Erkenntnisgewinn eines solchen Vorgehens instruktiv: Thomas Vesting, *Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft – "Verkehrsregeln" und "Verkehrsströme"*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Baden-Baden 2004, S. 253

Haushaltsressourcen⁸ – in den Blick zu nehmen. Gefragt wird damit auch nach den nicht-normativen Einflussfaktoren auf (im Wesentlichen richterliche) Verfahrensentscheidungen. Für die Streitbehandlungsoptionen des gerichtlichen Verfahrens kann diese Sichtweise ertragreich sein, da das richterliche Verfahrensermessen aus der Kontrollperspektive nur selten sinnvoll untersucht werden kann. Ob die richterliche Verfahrenshandlung konfliktangemessen ist, ist selten eine Frage von Ermessensfehlern bzw. des auf die Kontrolle von Verfahrensfehlern abzielenden Rechtsmittelrechts. Die Kontrolldichte insbesondere des Revisionsrechts ist zu gering, um klassisch rechtsdogmatische Maßstäbe für eine optimierende oder gar optimale Zweckverwirklichung der jeweiligen Verfahrensrechtsnorm zu entwickeln. Der handlungsnormative Gehalt des Verfahrensrechts ist stärker als der kontrollnormative.⁹ Anders ausgedrückt: Ein Richter kann rechtmäßig handeln und dabei die mit der Verfahrensnorm intendierten Wirkungen allenfalls recht mäßig verwirklichen.

Erst durch die Analyse der Beziehungen von Steuerungssubjekten und -objekten im Hinblick auf ein Steuerungsziel, der Instrumente, derer sich die Steuerungsakteure bedienen, und der Wirkungen des Einsatzes der Instrumente lassen sich Leistungsfähigkeit bzw. Vollzugsdefizite von prozessrechtlichen Regelungskonzepten analysieren. Vergleichbares ist mit einer rein dogmatischen Herangehensweise regelmäßig nicht oder nur sehr punktuell möglich. Die Binnenlogik verfahrensrechtlicher Steuerungsarrangements, die der einer bestimmten Reformideologie folgende Gesetzgeber geschaffen hat oder schaffen will (Güterichtermodell¹⁰, „Multi-Door Courthouse“¹¹, „Multi-Track Case Management“¹², „Small Claims“¹³), kann so nicht nur soziologisch oder politologisch beschrieben, sondern in seiner aus der Form des Rechts abgeleiteten Wirkungsweise für die Rechtsdogmatik erschlossen werden.¹⁴

Aussagen über das Verhältnis von Zweck und Mittel, über das Bewirken des Intendierten und das Vermeiden des Dysfunktionalen bedürfen erstens der Analyse der Bedingungen des Realbereichs, an dem die Normen ansetzen. Ohne Kenntnisse der sozialen, politischen, ökonomischen, kulturellen u.ä. Bedingungen, auf die eine Norm bezogen ist oder denen der Normanwender ausgesetzt ist, lässt sich die Steuerungsleistung des Rechts nicht

⁸ Vgl. zuletzt Fabian Wittreck, Die Justiz im Spannungsfeld zwischen Rechtsschutzgarantie, Erledigungsdruck und Alimentationsmisere, in: *Betrifft JUSTIZ* 118 (2014), S. 67.

⁹ So zum Verwaltungsverfahrensrecht auch Indra Spiecker genannt Döhmann, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, in: *DVBl.* 2007, S. 1074 (1081).

¹⁰ Reinhard Greger/ Harriet Weber, Das neue Güterichterverfahren, *MDR-Arbeitshilfe* zu Heft 18/2012, S. 3; Frank Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren. Die Leistungsfähigkeit des Güterichtermodells, Berlin 2013, (passim).

¹¹ Frank A. Sander, The Multi-Door Courthouse. Settling disputes in the year 2000; in: *3 Barrister* (1976), S. 19; zuz. zur hiesigen Diskussion: Hannes Unberath, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur – Neue gesetzliche Rahmenbedingungen für die alternative Konfliktlösung, in: *JZ* 2010, S. 975.

¹² Department for Constitutional Affairs, Access to Justice, Final Report, By The Right Honourable the Lord Woolf, Master of the Rolls, London (UK) 1996; dazu John McNaught, Ziviljustiz in England – viele Schienen führen zum Ziel, in: *Betrifft JUSTIZ* 118 (2014), S. 89; vgl. auch Christoph Althammer, Mediation als prozessuale Last, in: *JZ* 2006, S. 69.

¹³ VO (EG) Nr. 861/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 zur Einführung eines europäischen Verfahrens für geringfügige Forderungen; dazu Christoph A. Kern, Das europäische Verfahren für geringfügige Forderungen und die gemeineuropäischen Verfahrensgrundsätze, in: *JZ* 2012, S. 389.

¹⁴ Vgl. den Gedanken in materiell-sozialrechtlichem Kontext von Stephan Rixen, Taking Governance Seriously. Metamorphosen des Allgemeinen Verwaltungsrechts im Spiegel des Sozialrechts der Arbeitsmarktregulierung, in: *Verw* 42 (2009), S. 309 (334).

angemessen reflektieren. Zweitens liegt es in der Konsequenz einer steuerungs- und damit wirkungsorientierten Betrachtungsweise des Rechts, die realen Folgen einer der Schaffung und Implementierung eines rechtlichen Instruments zu berücksichtigen.¹⁵ Dabei darf allerdings die Ebene der rein normativen Zurechnung, an die ein Tatbestand anknüpft und aufgrund deren eine Rechtsfolge gesetzt wird, nicht mit den im Realbereich vorgefundenen Kausalitäten und den Realfolgen einer Rechtsnormanwendung gleichgesetzt oder verwechselt werden.¹⁶ In einer hinreichend scharfen Maßstabsbildung, die gleichwohl eine wechselseitige Rezeption von empirischen und normativen Erkenntnissen ermöglicht, wird daher auch die Achillesferse des steuerungstheoretischen Ansatzes gesehen.¹⁷

Die Regulationsstrukturen, die auf Rechtsdurchsetzung, Rechtsfrieden, Konfliktlösung etc. zielen sollen, sind vielschichtiger und komplexer geworden und kollidieren mit anderen Regulationsstrukturen für andere Zielsetzungen: In der Europäischen Union hat das Prozessrecht das Mehrebenensystem schon seit längerem erreicht; es gibt nicht mehr den einen, Kohärenz versprechenden Prozessrechtsgesetzgeber. ADR und private Schiedsgerichtsbarkeiten konkurrieren mit staatlichen Gerichten. Richterinnen und Richter müssen sich mit einem den prozessrechtlichen Wertungen zuweilen widersprechenden Justizadministrationsbinnenrecht (Aktenordnung, Statistikanordnung, Beurteilungsrichtlinien) auseinandersetzen, an dem die Justizverwaltung eine Prüfung der Effizienz und Effektivität richterlichen Handelns ausrichten will. Die Untersuchung solcher einander überlagernder Regulationsstrukturen ist die Domäne der Governance-Forschung.¹⁸

2. Erkenntnisinteresse

Die hier eingenommene Perspektive ermöglicht insbesondere die Analyse der Leistungsfähigkeit von prozessrechtlichen Instrumenten. Herausgearbeitet werden Funktionsbedingungen bestimmter Institute des Prozessrechts. Umfasst wird damit auch die vorgelagerte Frage, welche Pfade unter gegebenen Bedingungen als verfahrensrechtspolitische Lösungsoptionen überhaupt zu Verfügung stehen. Umgekehrt ist eine Untersuchung des Instrumentariums *de lege lata* in der Lage, Zielkonflikte zwischen dem gesetzten Rahmen und dem konkreten Instrument herauszuarbeiten, um so wiederum *de lege ferenda* auch die Notwendigkeit einer Korrektur des Rahmens begründen zu können.

¹⁵ Allgemein Voßkuhle, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ ders., Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 1 Rn. 29, § 1 Rn. 32 ff.

¹⁶ Vgl. zur entsprechenden Kritik in der Verwaltungsrechtswissenschaft Stephan Meyer, Fordert der Zweck im Recht wirklich eine „Neue Verwaltungsrechtswissenschaft“? Zugleich ein Vorschlag zur Dogmatik des Verwaltungsermessens, in: VerwArch 101 (2010), S. 351 (352 f.) m.w.N.

¹⁷ Vgl. Franzius, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 4 Rn. 1, Fn. 14.

¹⁸ Vgl. aus verwaltungsrechtswissenschaftlicher Perspektive Claudio Franzius, Governance und Regulationsstrukturen, in: VerwArch 97 (2006), S. 186; Wolfgang Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat. Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2005, S. 195 ff.

3. Erkenntnisbündelung und -transfer

Mittels so genannter Schlüsselbegriffe (z.B. „Optionenwahl“ – siehe V. – und „regulierte Selbstregulierung“¹⁹) werden Erkenntnisse gebündelt und strukturiert, um sie sowohl für die Gesetzgebung als auch für die Rechtsdogmatik nutzbar zu machen; die Schlüsselbegriffe sichern zudem interdisziplinäre Anschlussfähigkeit zu den Sozialwissenschaften und erschließen neue Argumentationsebenen.²⁰ Ähnliches leisten Modellbildungen. Beispielsweise wird vom „Güterichtermodell“ gesprochen, was nicht etwa lediglich einen aus der Prozessrechtsdogmatik abgeleiteten Verfahrensablauf nach § 278 Abs. 5 ZPO meint, sondern eine „gute fachliche Praxis“, die ein Ausbildungsmodell der Güterichter und eine interdisziplinäre Rezeption der Konfliktbeilegungslehren mitumfasst.²¹ Für die Prozessrechtspraxis sind vergleichbare Modellbildungen („Stuttgarter Modell“, „Cochemer Modell“) nicht neu. Als Speicher können schließlich Leitbilder dienen. Akteursbezogene Leitbilder sind z.B. bestimmte Richterbilder, die wiederum richtersozioologische Erkenntnisse erschließen können, aber auch die Gefahr der Stereotypisierung in sich bergen.²²

Ob angesichts der unter II.1. im vorletzten Absatz angesprochenen Schwierigkeiten die Konzeption des Schlüsselbegriffs hinreichend ist, ob sich so erzeugte Interdisziplinarität einerseits zu häufig in Trivialem oder Alltagsklugheit erschöpft oder andererseits das Ziel der Kommunikation über Schlüsselbegriffe die Gefahr der Überforderung birgt, dass gleich einem „Stille Post“-Spiel nur kontextlose Versatzstücke oder eine Melange übrigbleiben, bleibt weiter zu diskutieren.²³ Diese Debatte kann eine nachbarwissenschaftlich informierte Rechtswissenschaft aber nur voranbringen.

Mit den vorgenannten Einschränkungen kann eine steuerungswissenschaftlich inspirierte Prozesswissenschaft eine Brücke zur Verarbeitung auch realwissenschaftlicher Beschreibungen durch eine auslegungsmethodisch aufgeschlossene Rechtsdogmatik liefern, etwa über den „effet utile“ der europarechtlichen Methodenlehre oder eine realfolgenorientierten Auslegung. Mit der Unterscheidung zwischen dem handlungsanleitenden, an Richter und Prozesspartei gerichteten Verhaltensauftrag und dem gerichtlichen Kontrollmaßstab der Prozessrechtsnorm könnte es zudem gelingen, die hermetischen Heuristiken von Richter- und Rechtsanwaltspraxis für die öffentliche Reflexion

¹⁹ Vgl. im hiesigen Kontext: Reinhard Greger, Die Reglementierung der Selbstregulierung. Zum Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, in: ZRP 2010, S. 209.

²⁰ Susanne Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik. In: Eberhard Schmidt-Aßmann/ Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 223; Claudio Franzius, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht; in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hg.): Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I: Methoden – Maßstäbe – Aufgaben – Organisation, 2. Aufl., München 2012, § 4 Rn. 31 ff.

²¹ BT-Drs. 17/8058, S. 17; ausf. Roland Fritz/ Hans-Patrick Schroeder, Der Güterichter als Konfliktmanager im staatlichen Gerichtssystem, in: NJW 2014, S. 1910 (insbes. 1911, 1913 ff.).

²² Vgl. die parallel gelagerten Überlegungen bei Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik. In: Schmidt-Aßmann/ Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 223 (233 f.); zum Stand der richtersozioologischen Forschung bezüglich richterlicher Leitbilder siehe Thorsten Berndt, Richterbilder. Dimensionen richterlicher Selbsttypisierungen, Wiesbaden 2010.

²³ Vgl. zur rechtswissenschaftlichen Kritik Markus Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik. Von der rationalistischen Rechtsvorstellung zu einer rechtstheoretisch angeleiteten Dogmatik des Öffentlichen Rechts, Tübingen 2007, S. 98 ff.; zur sozialwissenschaftlichen Kritik Hubert Treiber, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft – eine „Revolution auf dem Papier“? In: KJ 2007, S. 328 und KJ 2008, S. 48.

zu erschließen. Derartige Erkenntnisse werden jedenfalls hierzulande bislang nur in „Praktikerkochbüchern“ explizit ohne einen wissenschaftlichen Anspruch verhandelt.²⁴ Intersubjektivität kann über den Steuerungsansatz hergestellt werden, indem bestimmten prozessrechtlichen Regelungen die handlungsnormative Funktion eines Speichers für „best practice“-Verhaltensaufträge an Richterschaft und Beteiligte zugewiesen wird.

III. Traditionslinien der Steuerungsperspektive

1. Der Zweck im Prozessrecht oder: Komplexe Steuerungsziele

a) Das Prozessrecht als nur „technisches Recht“?

Sollen prozessrechtliche Instrumente auf die Zweckverwirklichung hin erforscht werden, so lohnt es zunächst, sich den Wandel und die unterschiedlichen Qualitäten der Prozesszwecke zu vergegenwärtigen. Im Mittelpunkt der überkommenen Prozesslehre stehen auf das materielle Recht bezogene Zwecksetzungen. Hauptzweck des Zivilprozesses und der fachgerichtlichen Verfahren ist hiernach die Feststellung, Gestaltung und Durchsetzung des subjektiven Rechts.²⁵ Anerkannt, aber in Bedeutung und Reichweite umstritten sind die Zwecke der Bewährung des objektiven Rechts, des Rechtsfriedens und der Rechtsfortbildung. Schließlich gibt es sektorale Prozessziele oder –zwecke wie die Verwirklichung von Verwaltungskontrolle am Maßstab des Rechts als Korrektiv zur „Selbstherrlichkeit“²⁶ der Exekutive in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten. Ausgehend von diesem Befund wurde noch bis in die jüngere Zeit der berühmten Behauptung von Friedrich Stein zugestimmt, Prozessrecht sei „technisches Recht in seiner allerschärfsten Ausprägung“, „von Zweckmäßigkeiten beherrscht, der Ewigkeitswerte bar.“²⁷ Er sah das Prozessrecht durch die Zwecksetzungen des materiellen Rechts gleichsam fremdbeherrscht. Prozessrecht erschöpfe sich in seiner Rolle als formelles Recht in Gestalt eines zweitrangigen „Durchsetzungsrechts“.²⁸

Dem kann noch nicht bereits deshalb widersprochen werden, weil allenthalben dem „Verfahren“ ein kompensierender Eigenwert beim Verlust der direkten Steuerung über materielle Vorgaben oder aufgrund des Rückzuges des Staates zugunsten regulierter

²⁴ Die einzige dem Verfasser bekannte Ausnahme ist „Sachverhaltsarbeit als Steuerungsinstrument im Zivilprozeß“ von Oskar Hartweg, eine 1975 abgeschlossene Schrift, die erst 2010 von Stephan Meder veröffentlicht wurde. In die hier interessierende Traditionslinie kann das Werk trotz ihres Titels nur bedingt gestellt werden; Hartweg ging zwar ebenfalls über eine rein dogmatisch normative Betrachtung des Rechts des Erkenntnisverfahrens hinaus und suchte nach einer „deskriptiven Entscheidungstheorie“ und einer „Theorie der Sachverhaltsarbeit“, insbesondere am Beispiel der Relationstechnik. Alles in allem bewegt er sich dabei aber mehr auf dem Hintergrund der juristischen Hermeneutik, statt die seinerzeit noch euphorisch bis affirmativ auftretenden Steuerungsthesen der Soziologie zu rezipieren.

²⁵ Vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 1 Rn. 5 ff.; Rauscher, in: Rauscher/Wax/Wenzel, Münchener Kommentar zur ZPO, Einl., Rn. 8 ff.; ausf. jüngst Joachim Münch, Grundfragen des Zivilprozesses. Sinngehalt der Lehre vom Prozesszweck, in: Alexander Bruns/ Joachim Münch/ Astrid Stadler, Die Zukunft des Zivilprozesses, Tübingen 2014, S. 5 (11 ff.).

²⁶ BVerfG, Beschluss vom 12. Januar 1960 – 1 BvL 17/59 – BVerfGE 10, 264 (267); vgl. auch Veith Mehde, Verwaltungskontrolle als Daueraufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Verw 43 (2010), S. 379.

²⁷ Friedrich Stein, Grundriß des Zivilprozessrechts und Konkursrechts, Tübingen 1921, S. III

²⁸ Vgl. zu dieser Lesart Puttfarcken, Gegenwartsprobleme der deutschen Zivilprozeßrechtswissenschaft, JuS 1977, S. 493 (499) m.w.N.; BGH, Beschluss vom 18. Juli 2002 – IX ZB 26/02 –, BGHZ 151, 384, Rn. 13 zit. nach juris; zur frühen Kritik an dieser Sichtweise vgl. Hans-Martin Pawlowski, Aufgabe des Zivilprozesses, ZJP 80 (1967), S. 345 (347 ff., 388 f.); zur vorherrschenden Interpretation von Steins These für das öffentlich-rechtliche Verfahrensrecht zusf. Pöcker, Stasis und Wandel der Rechtsdogmatik, S. 32 f.

Selbstregulierung zuerkannt wird. Bedient sich ein Regelungskonzept des Fachrechts bestimmter prozessrechtlicher Instrumente (z.B. die Erweiterung von Verbandsklagerechten anstelle der Ausweitung behördlicher Kontrolle), so generiert dies noch keinen neuen Prozesszweck oder ein neues Verfahrensrechtsprinzip, vielmehr dienen auch hier die prozessrechtlichen Instrumente primär der Verwirklichung der Zwecksetzungen des lediglich seine materielle Steuerungskraft einbüßenden Fachrechts.²⁹ Relativiert werden allerdings die früher anzutreffende metaphysische Überbetonung von Rechtserkenntnis (anstelle von Rechtserzeugung) und die Ausrichtung des Prozesses am Ziel einer einzig richtigen Entscheidung. Die über das materielle Recht bewirkte, fachrechtliche „Politisierung“³⁰ des Verfahrensrechts kann zudem eine prozessrechtliche Neudefinition überkommener Institute erforderlich machen.

Heute erscheint uns Friedrich Steins Sichtweise vielmehr deshalb verengt, weil wir zunehmend auch Zwecke kennen, die genuine Schöpfer³¹ des Verfahrensrechts sind. Es handelt sich um Zwecksetzungen im weiteren Sinne, die die Justiz in ihrer sozialen Funktion als Konfliktlösungsinstanz und als Instanz im Wettbewerb mit gesellschaftlichen Streitbehandlungsangeboten fordern. Sie beschreiben Qualitäten der Konfliktlösung, gleichsam materielle Verfahrensanforderungen³², der die justizförmigen Instrumente dienen sollen. Vorschriften des Prozessrechts weisen in ihren Zwecken über die bloße Konflikteinhegung mit den Mitteln des Rechts hinaus. Auch die von der Prozessrechtswissenschaft in den Blick zu nehmenden Verfahrensalternativen werden vom Konfliktmanagement der Akteure nicht allein nach der Eignung zur Herstellung von Rechtsdurchsetzung und Rechtsfrieden bewertet.

b) Grund und Grenzen der Konfliktlösung als Funktion von Rechtsprechung, als Prozesszweck oder Prozessmaxime

Bei der Bestimmung des Verhältnisses des Rechtsstreits zum sozialen Konflikt geht es heute nicht mehr um die Frage, inwieweit insbesondere der Zivilprozess in der Tradition der Lehren von Franz Klein³³ und Otto Kahn-Freund³⁴ „sozial“ aufgeladen wird und sich Richterinnen und Richter als „Sozialingenieure“ oder als Akteure des Wohlfahrtsstaates begreifen. Diskutiert wird gegenwärtig vielmehr zum einen, die Funktion von „Rechtsprechung“ ausgerichtet am Verhältnis von positionsorientierter Streitentscheidung und interessenorientierter Konfliktlösung durch Konsens neu zu bestimmen³⁵, insbesondere durch das Bereithalten von Dialogverfahren eine Lösung oder Entschärfung des sozialen Konflikts zu erreichen. Zum anderen kann gerade die Verhandlung eines Konflikts mit den

²⁹ A.A. offenbar Gerhard Wagner, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, in: ZEuP 2008, S. 6 (13 ff.), der bereits hierin eine Materialisierung des Zivilprozessrechts sieht.

³⁰ Wagner, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, in: ZEuP 2008, S. 6 (13 ff., 31), bezeichnet diese Ausrichtung als „Politik des Gesetzes“; allgemein zum Verhältnis von Konfliktregulierung zum materiellen Recht instruktiv Günter Hager, Konflikt und Konsens, Tübingen 2001, S. 39 f.

³¹ In Anlehnung an Rudolf von Jherings Bonmot, wonach der Zweck Schöpfer des gesamten Rechts sei, in: Der Zweck im Recht, Erster Band, Leipzig 1877, S. VI.

³² So im Ergebnis aus anderer Perspektive auch Wagner, Entwicklungstendenzen und Forschungsperspektiven im Zivilprozess- und Insolvenzrecht, in: ZEuP 2008, S. 6 (13 ff., 31).

³³ Franz Klein, Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse, 2. Aufl., Frankfurt am Main 1958, S. 25

³⁴ Otto Kahn-Freund, Die prozessuale und soziale Funktion des arbeitsgerichtlichen Güteverfahrens, JW 1930, S. 388.

³⁵ Vgl. statt vieler: Hager, Konflikt und Konsens, (passim); zuletzt Frank Schreiber, Mediationsgesetzgebung als Justizreform, in: KritV 2013, S. 102.

Mitteln des justiziellen Verfahrens über die Konkretisierung des Rechts hinaus Mechanismen der umfassenden Konfliktlösung auch auf der sozialen bzw. kollektiven Ebene bereithalten.³⁶

Rechtsprechung muss bis zu einem gewissen Grad die Lösung des sozialen Konflikts zum Ziel haben, will sie nicht jede moralische Legitimität als Monopolist aufgrund des Verbots von Selbstjustiz verlieren. Der Staat in Gestalt der Dritten Gewalt kann aber von den Konfliktparteien verlangen, ihren Konflikt in die Codes des Rechts zu transformieren, um ihn für den Richter entscheidbar zu machen. Gelingt dies nicht, so muss dies aber nicht notwendig ein Versagen der Justiz in ihrer Funktion als Konfliktlösungsinstanz sein; es kann auf Unzulänglichkeiten des materiellen Rechts ebenso beruhen wie auf einer mangelhaften Verankerung des Rechts als Konfliktlösungsmittel in der gesellschaftlichen Sphäre. Umgekehrt droht eine Überforderung dort, wenn sich die Justiz allein aufgrund einer Präferenz in der Gesellschaft hin zur gerichtlichen Auseinandersetzung solcher Konflikte annehmen muss, die sich nur unzureichend „verrechtlichen“, geschweige denn „vergerichtlichen“³⁷ lassen.

Die Verhandlung eines Konflikts im öffentlichen Raum der Justiz, die Reflexionsoffenheit³⁸ und die Präventionswirkung eines Musterprozesses führen auch zu durchaus intendierten Wirkungen über die Rechtskraft des Urteils hinaus, die als Konfliktlösung – und nicht nur als Streitentscheidung – beschrieben werden können. Berühmt ist das Beispiel von *Owen Fiss*, wonach die Kraft des Urteils im Rechtsstreit *Brown vs. Board of Education* habe genutzt werden können, um das System der Rassentrennung zu beseitigen.³⁹ Allzu oft wird aber auch hier die „Verrechtlichung“ des sozialen Konflikts aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive einerseits als unterkomplex, andererseits als „Missbrauch“ der Justiz wahrgenommen, insbesondere bei komplexen, für den verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz transformierten Konfliktlagen um umweltrelevante Großprojekte oder bei Wertekonflikten, vom „Kruzifix“- bis zum „Kopftuch“-Konflikt.

Inwieweit eine über die Streitentscheidung hinausgehende umfassende Konfliktlösung Zweck des Prozesses oder Prozessrechts sein kann, sollte nach einer vorgelagerten Frage beantwortet werden: Steuert das Prozessrecht die Konfliktbehandlung in angemessene Bahnen? Insbesondere die bereits mehrere Jahrzehnte⁴⁰ währende Diskussion, wie aus „Alternativen zur Justiz“ „Alternativen in der Justiz“ werden können, beschäftigt sich mit Qualitäten der Konfliktlösung, bei denen Rechtsverwirklichung und Rechtsfrieden in Konkurrenz mit anderen Zwecken stehen. Unter den Etiketten einer „Angemessenen Konfliktlösung“ (Appropriate Dispute Resolution)⁴¹ und einer „angebotsorientierten

³⁶ Eva Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, Tübingen 2007, S. 91 ff., 133 ff., 489.

³⁷ Plakatativ Bernhard Schlink, Der Preis der Gerechtigkeit, in: Horst Dreier (Hg.), Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität – Repräsentation – Freiheit, Symposium für Hasso Hofmann zum 70. Geburtstag, Berlin 2005, S. 9.

³⁸ Dazu aus anderer Perspektive Peter Collin, Richten und Schlichten: Differenzen und Komplementaritäten; LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, working paper Nr. 2 (2012), S. 13.

³⁹ Owen Fiss, Against Settlement, 93 Yale Law Journal (1983/1984), S. 1073 (1089).

⁴⁰ Zur Entwicklung aus internationaler Perspektive: Nadja Alexander, Global Trends in Mediation: Riding the Third Wave; in: dies., Global Trends in Mediation, Köln 2003; zu den Anfängen in Deutschland: Collin, Richten und Schlichten: Differenzen und Komplementaritäten, LOEWE-Schwerpunkt „Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung“, working paper Nr. 2 (2012), S. 5 ff.

⁴¹ Zum Wandel der Bedeutung der Abkürzung ADR insbes. Walther Gottwald, Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland - Wege, Umwege, Wegzeichen -, in: FPR 2004, S. 163 (163); vgl. auch Thomas Trenczek, Streitregelung in der Zivilgesellschaft; in: ZfRSoz 26 (2005), S. 227 (244) m.w.N.

Rechtsschutzordnung⁴² werden Strategien zur Überwindung der heutigen Probleme der Justiz und der Streitentscheidung durch Urteil (Überlastung der Justiz, begrenzt konfliktlösende Wirkung des Urteils, Individualisierung der Gesellschaft, Überreglementierung, Schwächen rechtlicher Steuerung) gesucht, die insbesondere nicht mehr an einem Dualismus von der Justiz und ihren außergerichtlichen Alternativen ansetzen. Vielmehr werden in der staatlichen wie zivilgesellschaftlichen Sphäre zur Konfliktbehandlung Optionen zur Verfügung gestellt, aus denen sich die Beteiligten die für den jeweiligen Konflikt am besten geeignete Form aussuchen können. Das Rechtsschutzsystem wird auf diese Weise um weitere problemangemessene Formen der Konfliktbewältigung erweitert, ohne dass eine Ersetzung der hergebrachten Rechtsschutzformen der Justiz angestrebt wird.⁴³

So können spätestens seit der Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen in vielen Verfahrensrechtsordnungen der Mitgliedstaaten der EU Elemente gefunden werden, die auf die Konfliktlösung als Prozesszweck zweiter Ordnung oder Meta-Prozessmaxime zurückgeführt werden können. Verfahrensdiversifizierungen und Verfahrensstufen der Konfliktanalyse oder des Konfliktmanagements (Prozessrisikoanalyse) haben den Zweck zu ermitteln, welches Verfahren dem Konflikt entspricht (dazu sogleich mehr unter III.2.). Zur „formellen“ Frage, ob der Richter zuständig ist, ist die „materielle“ Frage hinzugetreten, ob die Streitbehandlung durch richterliches Urteil die konfliktangemessene Variante der Streitbehandlung ist (z.B. §§ 253 Abs. 3 Nr. 1, 278 Abs. 5, 278a ZPO, § 81 Abs. 2 Satz 5 FamFG).

Identifizierbar ist jedenfalls eine Prozessmaxime der angemessenen Streitbehandlung:⁴⁴ Mit der Bereitstellung genuin verfahrensrechtlicher und gerade in ihrer Methodik jeweils spezifischer Streitbehandlungsoptionen (z.B. Mediation) wird das Erkenntnisverfahren um eine „diagnostische“ Funktion erweitert; dem Richter wird die Verantwortung zur Konfliktanalyse zugeschrieben. Er soll nicht sofort zur Entscheidungsvorbereitung schreiten, sondern sich fragen, ob eine Entscheidung der Konfliktbeilegung durch ihn selbst überhaupt dienlich ist und welche anderen Verfahrensoptionen es geben könnte. Idealtypisch tritt damit zeitlich vor die Vorbereitung der Entscheidung die Konfliktanalyse, die angemessene Form der Streitbehandlung zu finden. Die Suche nach dem angemessenen Verfahren vollzieht sich in einer Abfolge von Auswahlentscheidungen der Verfahrensgestaltung. Die Prozessmaxime der angemessenen Streitbehandlung fordert letztlich, dass eine konsensuale Streitbehandlung vom Richter dort anzustreben ist, wo sich die Einigung gegenüber dem Urteil als konfliktangemessener erweist. Diese Konfliktangemessenheit ist in Abwägung von Rechtsfriedenszweck und Rechtsdurchsetzungszweck auf der Grundlage einer über den Streitgegenstand hinausgehenden Konfliktanalyse zu ermitteln. Mithin ist nicht ein allumfassend-paternalistischer Prozesszweck der Konfliktlösung anzuerkennen. Indes

⁴² Konzeptionell grundlegend in Deutschland: Wolfgang Hoffmann-Riem, Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, in: ZRP 1997, S. 190; zur Rezeption siehe insbes. Roland Fritz, Kompetenzzentrum für Mediation, Streitschlichtung und Beratung – zur Entwicklung einer Zukunftsperspektive für die Kooperation von gerichtsinterner und außergerichtlicher Mediation sowie sonstiger Streitschlichtungsverfahren; in: Ulla Gläßer/ Kirsten Schroeter, Gerichtliche Mediation. Grundsatzfragen, Etablierungserfahrungen und Zukunftsperspektiven, Baden-Baden 2011, S. 381 (381).

⁴³ Hoffmann-Riem, Konfliktbewältigung in einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung, in: ZRP 1997, S. 190 (196); vgl. auch Hager, Konflikt und Konsens, S. 51; Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Grünbuch über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM (2002) 196 endg., insbes. Rn. 3, 9, 27.

⁴⁴ Die Ansätze hierzu de lege lata werden ausgeführt bei Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 46 ff.

verwirklicht Verfahrensrecht wie z.B. §§ 278, 278a ZPO den Zweck der Konfliktlösung, wenn Verfahren bereitgestellt werden, die eine von der klassischen Durchsetzung subjektiver Rechtsposition abweichende, auf umfassende Konfliktlösung abzielende Rechtskommunikation im Sinne einer diskursiven Rechtsanwendung zulassen.⁴⁵

2. Die rechtswissenschaftliche Streitbehandlungslehre oder: “The Law Of The Instrument“

Weist das vom Prozessrecht zur Verfügung gestellte Streitbehandlungssystem vor dem Hintergrund der unter III.1.b) beschriebenen Aufgaben eine angemessene Komplexität auf? Woher nehmen wir den Sinn für Angemessenheit, wie die Aufgabenverteilung zwischen Staat und Gesellschaft, zwischen rechtlich determinierter Entscheidung und interessenverwirklichendem Konsens, zwischen gerichtlich-justizieller Streitbehandlung und gesellschaftlicher Selbststeuerung der Konfliktlösung auszugestaltet ist? Ist die angemessene Streitbehandlung diejenige der größtmöglichen ökonomischen Effizienz oder diejenige, die den subjektiven Konfliktlösungsbedürfnissen der Beteiligten entspricht?

Diesen Fragen widmet sich die rechtswissenschaftliche Streitbehandlungslehre⁴⁶, die viele Überschneidungen mit dem hiesigen Ansatz aufweist. Methodologien und Systematisierungsversuche unterschiedlicher Verfahren oder Interventionen zur Behandlung eines Konflikts können bis auf *Christian Wolff* zurückgeführt werden.⁴⁷ Den entscheidenden Schub erfuhr diese Forschung allerdings erst in den letzten Jahrzehnten mit dem gewachsenen Interesse an der Bestimmung des Verhältnisses zwischen Justiz und ADR-Verfahren. Die Streitbehandlungslehre ist ihrerseits eine Brückendisziplin, die insbesondere Ergebnisse der „Procedural Justice“-Forschung⁴⁸, der Rechtsanthropologie⁴⁹, der Verhaltensökonomie⁵⁰, der Rechtssoziologie⁵¹ und der Mediationslehre⁵² bereits verarbeitet hat oder zumindest offen ist für deren Berücksichtigung.

⁴⁵ A.A. wohl Münch, Grundfragen des Zivilprozesses. Sinngehalt der Lehre vom Prozesszweck, in: Bruns/ Münch/ Stadler, Die Zukunft des Zivilprozesses, S. 5 (44), der insbesondere der Mediation die rechtliche Determinierung und den Verfahrenscharakter abspricht. Zur Rechtskommunikation in der Gerichtsmediation vgl. allerdings Schreiber, Mediationsgesetzgebung als Justizreform, in: KritV 2013, S. 102 (107 ff.).

⁴⁶ Unter dieser Bezeichnung insbesondere: Stephan Breidenbach, Außengerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit dem Gerichtsverfahren; in: Peter Gottwald (Hg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, Bielefeld 2002, S. 117; Gottwald, Alternative Streitbeilegung (Alternative Dispute Resolution, ADR) in Deutschland - Wege, Umwege, Wegzeichen - , in: FPR 2004, S. 163 (173); vgl. auch ders., Konfliktbehandlungslehre an Hochschulen, Beispiel für eine notwendige Integration von Theorie und Praxis, in: BB Beilage 1999, Nr. 9, 21; wegweisend ohne Rückgriff auf die Bezeichnung: Hager, Konflikt und Konsens, S. 93 ff.

⁴⁷ „Von der Art die Streitigkeiten im natürlichen Zustande zu endigen“, in: Grundsätze des Natur- und Völkerrechts, worinn alle Verbindlichkeiten und alle Rechte aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange hergeleitet werden, Halle 1754, S. 552 ff.; dazu Alex von Sinner, Über Entstehung und Eigenart des Gegenstandes von Mediationsforschung, in: Dominic Busch/ Claude-Hélène Mayer (Hg.), Mediation erforschen, Wiesbaden 2012, S. 40 (58 ff.).

⁴⁸ Vgl. die Rezeption der Arbeiten von John Thibaut, Laurens Walker und Tom R. Tyler z.B. bei Nikola Friedrich, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2011, S. 208 ff.

⁴⁹ Vgl. die Rezeption von Volkmar Gessner, Recht und Konflikt, Tübingen 1976, und Andrea Holtwick-Mainzer, Der übermächtige Dritte, Berlin 1985, sowie der Schriften von Laura Nader.

⁵⁰ Z.B. bei Felix Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, Tübingen 2013; vgl. auch Anne van Aaken, Das deliberative Element juristischer Verfahren als Instrument zur Überwindung nachteiliger Verhaltensanomalien; in: Christoph Engel, Markus Englerth/ Jörn Lüdemann, Indra Spiecker gen. Döhmman (Hg.), Recht und Verhalten. Beiträge zu Behavioral Law and Economics, Tübingen 2007, S. 189.

Die rechtswissenschaftliche Streitbehandlungslehre erbringt zunächst systematisierende Leistungen, indem sie nach rechtswissenschaftlichen Parametern die Streitbehandlungsinstrumente kategorisiert. Rein verfahrensrechtsdogmatische Systematisierungen z.B. zum Verhältnis der außergerichtlichen zur gerichtlichen Streitbehandlung greifen hier zu kurz: Für die Frage nach der Angemessenheit der Streitbehandlung ist es eine Schlussfolgerung und nicht ein durch das positive Recht vorgegebenes Axiom, ob die Aufgabe sinnvollerweise durch die Justiz, durch die Verwaltung oder in der zivilgesellschaftlichen Sphäre übernommen wird. Eine Orientierung am positiven Verfahrensrecht würde fatal dem „Gesetz des Instruments“ folgen, nämlich in allen Problemen einen Nagel sehen zu müssen, weil man allein einen Hammer zur Hand hat.⁵³ Demgegenüber soll die Streitbehandlungslehre vielmehr vorgelagerte Erkenntnisse liefern, welches Streitbehandlungsmodell für welchen Konflikt bzw. für welche Eskalationsstufe eines Konfliktes angemessen ist.⁵⁴

Sie erschöpft sich aber nicht in der Analyse idealtypischer Funktionsweisen der einzelnen Verfahren. Die Streitbehandlungslehre überschreitet die normativ-idealtypische Ebene und wertet empirische Erkenntnisse z.B. zur Akzeptanz oder zum Nutzungsgrad bestimmter Verfahren aus und evaluiert die in der Rechtspraxis von den maßgeblichen Akteuren des Rechtsstabes vertretenen „Alltagsheuristiken“ zur angemessenen Streitbehandlung.⁵⁵ Eine Streitbehandlungslehre sollte davon ausgehen, dass es möglich ist, für jeden Fall ein Verfahren zu identifizieren, das für die Konfliktbeteiligten unter den gegebenen Bedingungen – d.h. nicht zuletzt unter Einbeziehung der Streitbehandlungsbedürfnisse der Beteiligten – einen Maximalnutzen an Konfliktlösung erbringt.⁵⁶ Neben diesem Optimum an Angemessenheit auf der Mikroebene des Konflikts gibt es ein Optimum auf der Makroebene, nämlich einer systemangemessenen Ausdifferenzierung des Streitbehandlungsangebots.⁵⁷ Entsprechend kann sowohl danach gefragt werden, welches der vorhandenen Verfahren der Streitbehandlung zu einem bestimmten Streittypus „am besten“ passt, als auch, welche Eigenschaften ein Verfahren für einen bestimmten Streittypus aufweisen muss, um eine optimale Streitbehandlung zu gewährleisten: „Fitting the Fuss to the Forum and the Forum to the Fuss“.⁵⁸

⁵¹ Z.B. die Bezugnahme auf systemtheoretische Ansätze bei Breidenbach, Außergerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit dem Gerichtsverfahren, in: Gottwald, Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, S. 117.

⁵² Statt vieler: Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, (passim).

⁵³ Abraham Kaplan, *The Conduct of Inquiry: Methodology for Behavioral Science*, 4. Aufl., New Brunswick (USA) 2004 (1. Aufl. 1964), S. 28.

⁵⁴ Breidenbach Außergerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit dem Gerichtsverfahren, in: Gottwald (Hg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, S. 117 (124 ff.); vgl. auch Christoph Strecker, Richterspruch und Streitbeilegung – Typen von Konflikten und Formen der Intervention, *Betrifft JUSTIZ* 50 (1997), S. 66; Felix Wendenburg, Differenzierte Verfahrensentscheidungen in zivilrechtlichen Konflikten, in: ZKM 2013, S. 19

⁵⁵ Vgl. das Vorgehen von Frank A. Sander/ Lukasz Rozdeiczer, Matching Cases and Dispute Resolution Procedures: Detailed Analysis Leading to a Mediation-Centered Approach, in: 11 *Harv. Negot. L. Rev* (2006), S. 1 (4 f.); dezidiert aus der richterlichen Alltagsperspektive Richterspruch und Streitbeilegung – Typen von Konflikten und Formen der Intervention, in: *Betrifft JUSTIZ* 50 (1997), S. 66.

⁵⁶ Vgl. Sander/Rozdeiczer, Matching Cases and Dispute Resolution Procedures, in: 11 *Harv. Negot. L. Rev* (2006), S. 1 (4 f.).

⁵⁷ Breidenbach Außergerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit dem Gerichtsverfahren; in: Gottwald (Hg.), Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts, S. 117 (119 ff., 130).

⁵⁸ Sander/Rozdeiczer, Matching Cases and Dispute Resolution Procedures, in: 11 *Harv. Negot. L. Rev* (2006), S.

Mit *Stephan Breidenbach*⁵⁹ kann die Streitbehandlungslehre aber auch den evolutionären Prozess der Herausbildung von Streitbehandlungsmodellen zum Gegenstand haben. Dabei nimmt die Integration von gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktbehandlung in eine umfassende Streitbehandlungslehre ihren Ausgang bei der Autonomie der Konfliktbeteiligten, nicht etwa bei öffentlichen Interessen wie einer möglichst kostengünstigen, staatlich verantworteten Streiterledigung oder der Überlastung der Justiz. Hinsichtlich der normativen Umsetzung gelangt er zum Vorschlag einer Rahmen- oder Kontextsteuerung über die Schaffung von günstigen Rahmenbedingungen für „autokatalytische Entwicklungsprozesse“ und das Anbieten von „Kristallisationskeimen“ für die gewünschten Strukturbildungsprozesse vor. Für die Bestimmung der wissenschaftlichen Disziplin ist die rechtliche Verfasstheit des Verfahrens nach diesem Verständnis nicht dominant; die Streitbehandlungslehre befasst sich mit einem in ein Gesamtsystem „Streitbehandlung“ integrierten Verfahrensrecht.⁶⁰

Begreift man die Streitbehandlungslehre darüber hinaus auch als Wissenschaft von den Entscheidungen über die Art und Weise der Streitbehandlung, so darf sie sich nicht auf Antagonismen zwischen Urteil und Konsens, zwischen Staat und Gesellschaft beschränken. Eine steuerungswissenschaftlich zu untersuchende Optionenwahl der Streitbehandlung findet letztlich bei jeder Form der Streitbehandlung durch alle Akteure eines Konflikts statt.⁶¹ So verstanden kann sich die Streitbehandlungslehre der Kontextsteuerung dieser Streitbehandlungsentscheidungen vom *forum shopping* über das *vanishing trial*-Phänomen und die Etablierung islamischer Friedensgerichte bis zum Marktversagen bei der gerichtsnahen freiberuflichen Mediation nach § 278 a ZPO widmen. Die Streitbehandlungslehre emanzipiert sich so weiter von der überwundenen Gegensätzlichkeit von ADR/AKL und gerichtlicher Streitbehandlung. Darüber hinaus kann sie der Vielfalt normativer Ordnungen, wie sie etwa die Governanceforschung beschreibt, die jeweiligen Entsprechungen der normbasierten Streitbehandlungsverfahren gegenüberstellen⁶², ohne justizzentriert oder „justizpfadabhängig“ (eben: against the law of the instrument) zu denken.

3. Die Verfahrensrechtsnorm als Handlungsnorm oder: Steuerung „von Rechtslage zu Rechtslage“

Das steuerungstheoretische Essential, als rechtswissenschaftliche Kategorien nicht nur das rechtmäßige oder rechtswidrige Handeln anzuerkennen, sondern primär nach dem aus der Perspektive eines Steuerungsakteurs erwünschten oder unerwünschten Handeln zu fragen, ist für das Prozessrecht alles andere als revolutionär, aber in Vergessenheit geraten: „Vom Standpunkte der prozessualen Betrachtungsweise aus sind die Handlungen eines Richters immer nur unrichtig, niemals rechtswidrig (...); und so wenig die richterlichen Handlungen

1 (6 f.) m.w.N.

⁵⁹ Zum Folgenden: Breidenbach *Außergerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit dem Gerichtsverfahren*; in: Gottwald (Hg.), *Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts*, S. 117 (124 ff., 130 f.).

⁶⁰ Vgl. Breidenbach *Außergerichtliche Streiterledigung – Sinn und Zusammenspiel mit dem Gerichtsverfahren*; in: Gottwald (Hg.), *Aktuelle Entwicklungen des Europäischen und internationalen Zivilverfahrensrechts*, S. 117 (131).

⁶¹ Vgl. nur den Überblick über die Entscheidungswahl bei Susanne Baer, *Rechtssoziologie*, Baden-Baden 2011, § 8 A.

⁶² So wohl jüngst auch Gunnar F. Schuppert, *Von der Pluralität normativer Ordnungen zur Pluralität ihrer Durchsetzungsregime* (noch unveröffentlicht), zit. nach Dennis Vogt / Yorick Wirth, *Tagungsbericht Justizielle Selbstregulierung im 19. und 20. Jahrhundert*, H-Soz-u-Kult 04.06.2013.

(Entscheidungen) für die prozessuale Betrachtungsweise rechtmäßige oder rechtswidrige sind, sondern richtige oder unrichtige, so wenig sind es die Parteihandlungen. Auch eine „berechtigte“ Parteihandlung ist nicht notwendig „rechtmäßig“; denn „berechtigt“ ist eine Parteihandlung, wenn sie Wahrnehmung einer Möglichkeit ist, d. h. wenn sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit diejenige Prozeßlage herbeiführen wird, welche sie nach ihrer Zweckbestimmung und nach dem Stande des Verfahrens als nächste Stufe auf dem Wege zu einem günstigen Prozeßausgang erreichen kann“. ⁶³ An diese Sichtweise von *James Goldschmidt* kann angeknüpft werden, wenn die Normen des Prozessrechts nicht primär als Kontrollnormen für die Revision, sondern als Handlungsaufträge zur Verwirklichung der Prozesszwecke zum Gegenstand rechtswissenschaftlicher Untersuchung gemacht werden sollen. Seine Konstruktion des Prozessrechts aus Handlungen und Rechtslagen beruht auf einem von ihm selbst so genannten „empirischen“ Prozessbegriff ⁶⁴, das Verfahren zur Herbeiführung von Rechtskraft. Schlüsselbegriff ist dabei die Rechtslage, die er – was in der Rezeption breit kritisiert wurde ⁶⁵ – gerade als antinomisch und nicht komplementär ⁶⁶ zum Prozessrechtsverhältnis begriff. Eine Rechtslage ist, abhängig von dem jeweiligen Fortschritt des Verfahrens, „der Stand der Angelegenheit einer Person, betrachtet unter dem Gesichtspunkt des nach Maßgabe des Rechts zu erwartenden richterlichen Urteils“. ⁶⁷ Diese Rechtslage besteht in Wechselwirkungen mit den Handlungen der Parteien und des Richters. Beispielsweise ist der Prozessvergleich als Prozesshandlung für *Goldschmidt* daher nicht zu beschreiben als vorzeitige Beendigung des Prozessrechtsverhältnisses, sondern als eine Bewirkungshandlung, die als solche ihren Rechtserfolg erst „vermöge ihrer Zweckbeziehung zu bereits vorgenommenen oder noch vorzunehmenden Erwirkungshandlungen“ ⁶⁸ erzeugt.

Einige von *Goldschmidts* Fragestellungen entsprechen dem hiesigen Erkenntnisinteresse: Die faktischen Verhältnisse der Prozessakteure zueinander, die Aussichten, Möglichkeiten, Lasten und Befreiungen von prozessualen Lasten, sind sachgerechte Beobachtungskriterien, um den Wirkungszusammenhang, den die Normen des Prozessrechts stiften, zu erfassen. ⁶⁹ So sehr sich die Parallelen aufgrund der Handlungsorientierung seiner Lehre, der Rechtslage als faktisch-situatives Konstrukt, dem Hinweis auf den nicht weiterführenden Dualismus „rechtmäßig/rechtswidrig“ unter Verweis auf die „Richtigkeit/Unrichtigkeit“ zur Zweckverwirklichung aufdrängen, so darf *Goldschmidt* nicht ahistorisch umfassend zum Ahnherren der Steuerungsdebatte umgedeutet werden. Die Rechtskraft oder die von ihm so genannte „Gerichtskraft“ als alleiniges Prozessziel und sein liberalistisches Denken im Übrigen weisen ihn als Kind seiner Zeit aus.

⁶³ James Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, Berlin 1925, S. 290-292.

⁶⁴ Vgl. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, S. 146 ff.; zur Frage, ob es sich tatsächlich um einen empirischen Begriff handelt: Joachim Goebel, *Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie*, Berlin 1994, S. 53 f.

⁶⁵ Vgl. die Darstellung der Rezeptionsgeschichte bei Martin Heger, *James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage*, JZ 2010, S. 637 (643); Georg Steinberg, *Richterliche Gewalt und individuelle Freiheit*, Frankfurt am Main 2010, S. 11.

⁶⁶ Dazu Gerhard Lüke, *Betrachtungen zum Prozeßrechtsverhältnis*, ZZZ 108 (1995), S. 427 (432 f.).

⁶⁷ Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, S. 255.

⁶⁸ Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, S. 456; dazu Heger, *James Goldschmidt und der Strafprozess als Rechtslage*, JZ 2010, S. 637 (642).

⁶⁹ Vgl. zu dieser Sichtweise der Rechtslage Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, S. 259. Zum Ertrag im Rahmen der Untersuchung des Verhältnisses von Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie Goebel, *Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie*, S. 49, 51 f.

4. Legitimation durch Verfahren oder: Welche sozialwissenschaftliche Verfahrensforschung ist anschlussfähig?

Eine steuerungs- oder governancetheoretische „Inspiration“ der Prozessrechtswissenschaft sieht sich mit der Feststellung konfrontiert, dass das Verhältnis der sozialwissenschaftlichen Verfahrensforschung zur Prozessrechtswissenschaft traditionell als angespannt beschrieben werden muss.⁷⁰ Die Richtersozio­logie und empirische Justizforschung der 1970er Jahre wurde von Teilen der Justiz als Kampfansage begriffen, die Rechtstatsachenforschung zum Prozessrecht wurde von der soziologischen *scientific community* oft als belanglos angesehen.⁷¹

Eine Ausnahme bildet *Niklas Luhmanns* breit rezipierte Legitimationsthese, die er für das gerichtliche Verfahren am Problem der unrichtigen rechtskräftigen Entscheidung entwickelt hat.⁷² Vermutlich sei es „die heimliche Theorie des Verfahrens“, dass man durch Verstrickung in ein Rollenspiel die Persönlichkeit einfangen, umbilden und zur Hinnahme von Entscheidungen motivieren könne.⁷³ Die Funktion des Verfahrens, die Zersplitterung und Absorption von Protesten des Unterlegenen, werde befördert durch die Darstellung der Ungewissheit des Ausgangs in den der Urteilsverkündung vorgelagerten Verfahrensstadien und durch die Öffentlichkeit und Nachvollziehbarkeit des Verfahrens.⁷⁴ Auch wenn *Luhmann* so die Inkonsequenz des dualistischen Verständnisses von Rechtserkenntnis und Rechtsfrieden überzeugend überwindet, so beantwortet er uns aber nicht die Frage, warum sich die Beteiligten einem *bestimmten* Verfahren unterwerfen. Und: „Legitimation durch Verfahren führt (...) nicht unbedingt zu realem Konsens“⁷⁵. Verfahrensvielfalt und Auswahlmöglichkeiten sowie die Stellung der Justiz im Wettbewerb lassen aber die Frage nach den Faktoren der Attraktivität von Verfahren, nach Parametern der Verfahrenswahl bei den hierzu Berechtigten aufkommen. Damit interessieren die von *Luhmann* – aus seiner Sicht konsequent – vernachlässigten Erwartungen an die Verfahrensgerechtigkeit,⁷⁶ denen sich z.B. die „Procedural Justice“-Forschung widmet.⁷⁷

Die Rezeption der Systemtheorie in der Streitbehandlungslehre und Mediationsforschung leidet zudem bisweilen an dem Kardinalfehler einer Verwechslung normativer und realwissenschaftlicher Aussagen: Das Justizsystem wird auf das alleinige Angebot rechtscodierter Prozesse reduziert, „Urteil“ und „Mediation“ werden mit gerichtlicher und außergerichtlicher Konfliktlösung gleichgesetzt.⁷⁸ Dies entspricht weder der Justizrealität noch den gesetzgeberischen Strategien der Vernetzung unterschiedlichster

⁷⁰ Vgl. das Fazit von Goebel, Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie, S. 441 ff.

⁷¹ Vgl. zusammenfassend Michael Wrase, Rechtssoziologie und Law and Society – Die deutsche Rechtssoziologie zwischen Krise und Neuaufbruch; <http://www.rechtswirklichkeit.de/rsoz-debatte/inhalte/rsoz-debatte/wrase.html> - zuletzt abgerufen am 1. August 2014.

⁷² Niklas Luhmann, Legitimation durch Verfahren, Frankfurt am Main 1983, S. 17 f.

⁷³ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 87.

⁷⁴ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 116 zum erstgenannten und Katzenmeier, Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, in: ZfP 115 (2002), S. 51 (81) zum letztgenannten Aspekt.

⁷⁵ Luhmann, Legitimation durch Verfahren, S. 119.

⁷⁶ Vgl. Katzenmeier, Zivilprozess und außergerichtliche Streitbeilegung, in: ZfP 115 (2002), S. 51 (81).

⁷⁷ Siehe dazu bereits oben III.2.; zur (auch) systemtheoretischen Kritik an der „Procedural Justice“-Forschung instruktiv Alfons Bora/ Astrid Epp, Die imaginäre Einheit der Diskurse. Zur Funktion von „Verfahrensgerechtigkeit“, in: KZfSS 2000, 1.

⁷⁸ So z.B. Christian Nierhauve, Juristische Mediation oder mediative Jurisprudenz? In: Edward Schramm/ Wibke Fry/ Lorenz Kähler/ Sabine Müller-Mall/ Friederike Wapler (Hg.), Konflikte im Recht – Recht der Konflikte. Tagungen des Jungen Forums Rechtsphilosophie in der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie in Tübingen und Göttingen, Stuttgart 2010, S. 261 (266 ff.).

Streitbehandlungsangebote innerhalb und außerhalb des gerichtlichen Verfahrens.⁷⁹ Verfahren können daher auch völlig unabhängig von der institutionellen Verfassung Schnittstellen z.B. für den Übergang von rechtsbasierten zu interessenbasierten Verfahren vorsehen. Natürlich bleibt die aus der Systemtheorie ableitbare Erkenntnis richtig wie banal, dass dabei die Vermischung der jeweils spezifischen Verfahrensziele und das Leugnen von Unterschieden in der Codierung der hierauf gerichteten Kommunikation kontraproduktiv sind.

Eine handlungsorientierte Untersuchung des Verfahrensrechts steht allerdings auch nicht in einem Ausschlussverhältnis zu systemtheoretischen Ansätzen in weiterem Sinne, wie bereits *Hubert Rottleuthners* Beschreibung des Justizsystems im Jahre 1973 gezeigt hat.⁸⁰ Es interessieren nur andere Fragen und die Rezeption der akteurszentrierten Steuerungstheorie teilt nicht den in der Rezeption der *Luhmann'schen* Systemtheorie verbreiteten Steuerungspessimismus.⁸¹ „Steuerung“ im hier verwendeten Sinne ist nicht in erster Linie als systemische Funktion oder ein vom Handeln konkreter Akteure abgelöster Prozess im Sinne der Systemtheorie zu verstehen. Angeknüpft wird vielmehr an die auch in der Politikwissenschaft verbreitete Begriffsbildung als staatliche Intervention in Gestalt zielgerichteten Handelns, das von der Wirkung des Handelns analytisch zu unterscheiden ist.⁸² Da es auch um die Untersuchung der unterschiedlichen Wirkungsweise der Vielfalt von Regelungsformen geht, sind zudem – wie bereits eingangs (II.1.) in anderem Zusammenhang hervorgehoben – die Codes Recht/Unrecht weniger bedeutsam als vielmehr die Codes rechtlich wirksam/rechtlich unwirksam.⁸³

Gefragt wären aus einer Steuerungs- oder Governanceperspektive mithin die Erkenntnisse einer zwischen output und outcome differenzierenden⁸⁴ Verfahrenssoziologie, der sozialwissenschaftlichen Implementations- und Effektivitätsforschung⁸⁵. Entsprechende Arbeiten zum gerichtlichen Verfahren, die den von der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ rezipierten Studien zu Problemen des Verwaltungsverfahrens vergleichbar wären, sind zumindest aktuell wohl nicht vorhanden.

⁷⁹ Dazu z.B. Schreiber, Mediationsgesetzgebung als Justizreform, in: *KritV* 2013, S. 102; Stephan Schmitt, Stufen einer Güteverhandlung. Lehre einer imperfekten Gerechtigkeit, Baden-Baden 2014, S. 13-28, 33-38.

⁸⁰ Hubert Rottleuthner, Richterliches Handeln. Zur Kritik der juristischen Dogmatik, Frankfurt 1973, S. 146-161.

⁸¹ Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, S. 31 ff., insbes. 33.

⁸² Vgl. Renate Mayntz, Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie? MPIfG Working Paper 04/1 (2004), S. 1.

⁸³ Hubert Rottleuthner/Margret Rottleuthner-Lutter, Effektivität von Recht. Der Beitrag der Rechtssoziologie, in: Gerhard Wagner, Kraft Gesetz. Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, Heidelberg 2010, S. 13 (20).

⁸⁴ Vgl. zur Analyse von Regulierungsprozessen aus der output-Perspektive allgemein Baer, Rechtssoziologie, S. 204 m.w.N.

⁸⁵ Zu diesem Forschungsfeld vgl. den Sammelband Gerhard Wagner, Kraft Gesetz. Beiträge zur rechtssoziologischen Effektivitätsforschung, Heidelberg 2010.

IV. Wer „steuert“ wen womit?

1. Steuerungsmodi auf der Makro- und der Mikroebene

Beim steuerungstheoretischen Ansatz im engeren Sinne geht es um den staatlichen Akteur, der auf den Bürger verhaltenslenkend einwirkt. Parameter sind Steuerungssubjekt, -objekt, -instrument, -ziel, -bedürftigkeit, Steuerbarkeit und Steuerungsfähigkeit.⁸⁶ Das Verhalten der die Konfliktparteien „steuernden“ Richter wiederum wird durch die Legislative direkt mittels verfahrensrechtlicher Normen gesteuert. Eine indirekte Steuerung erfolgt in Deutschland z.B. durch die Bereitstellung von Rechtsprechungsressourcen in Zusammenwirken von Legislative (Haushaltsgesetz) und Exekutive (Mittelzuweisung). Beide Steuerungsebenen sind von Interesse. Wird die Perspektive über die Akteure hinaus auf die Regelungsstrukturen (Governance) erweitert, so erweitert sich zugleich auch das analytische Programm auf Ausgangs-, Rahmen- und Wirkungsbedingungen von Normen und Normierungstypen, Aufgabenbewältigungsmodi und -qualität, Handlungs- und Verkehrsformen.

Unterschieden werden können Makro- und Mikroebene. Die Reformsteuerung des staatlichen Konfliktlösungsangebots ist vor diesem Hintergrund die Makroebene der Steuerung. Sie verwirklicht sich u.a. durch Verfahrensgesetzgebung und die Rahmensteuerung durch Schaffung und Strukturierung der betreffenden Organisationsformen. Hier ist z.B. im Schwerpunkt die Debatte um die Entwicklung und die Wirksamkeit von Streitbehandlungsinstrumenten zu führen. Demgegenüber interessiert auf der Mikroebene das Arsenal an Optionen, mit denen Richter oder andere Akteure die Streitbehandlung steuern, samt der Kontextsteuerung über die wiederum von diesen Akteuren gesetzten Rahmenbedingungen. Hier setzt z.B. die Analyse richterlichen Fallmanagements an.

Als Steuerungsmodi können bekanntlich die direkte, unmittelbare Steuerung sowie indirekte, oder mittelbare, u.a. kontextorientierte, informationelle, prozedurale Steuerungsmodi unterschieden werden. Direkte Steuerung in Gestalt von Rechtsanwendung durch richterliche Verfahrensentscheidungen, z.B. die Steuerung des Informationsvorgangs durch einen Beweisbeschluss, durch eine Zurückverweisung aus der Revisionsinstanz etc. ist der Steuerungsmodus, ist die Domäne der klassischen Prozessrechtsdogmatik. Demgegenüber steht die bislang von der Wissenschaft vernachlässigte Vielfalt der Steuerungsmodi im Prozessrecht kaum der Vielfalt nach, die die Verwaltungsrechtswissenschaft in ihren innovativen Referenzgebieten gefunden hat. Zwei Beispiele:

Erstens werden verstärkt informations- oder wissensbezogene Instrumente geschaffen. Solche sollen aufgrund des Mediationsförderungsgesetzes im konkreten Verfahren für Richter und Verfahrensbeteiligte allein durch die Bereitstellung von Informationsangeboten indirekt verfahrenssteuernd bzw. verhaltenslenkend wirken, wenn etwa nach § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO die Klageschrift Angaben darüber enthalten soll, ob der Klageerhebung der Versuch einer Mediation oder eines anderen Verfahrens der außergerichtlichen

⁸⁶ Zum Folgenden hinsichtlich der verwaltungsrechtlichen Parallelen: Spiecker genannt Döhmann, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, DVBl. 2007, S. 1074 (1075) unter Bezugnahme auf Gunnar F. Schuppert, Verwaltungsrechtswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht; in: Hoffmann-Riem, Wolfgang/ Schmidt-Aßmann, Eberhard/ ders., Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, Baden-Baden 1993, S. 65 (69).

Konfliktbeilegung vorausgegangen ist, sowie eine Äußerung dazu, ob einem solchen Verfahren Gründe entgegenstehen. Weiterhin kann nach § 156 Abs. 1 Satz 3 FamFG das Gericht in Kindschaftssachen anordnen, dass die Eltern an einem Informationsgespräch über Mediation o.ä. bei einer vom Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen.

Wissenserzeugung und –verarbeitung im Sinne einer Qualitätssicherung auf institutioneller Ebene, adressiert an das Präsidium und den vom Präsidium bestimmten Richter haben Normen zum Gegenstand, aus denen Ausbildungsvorgaben für die Geschäftsverteilung und mittelbar formulierte Fortbildungsgebote gelesen werden können, die über die formale Befähigung zum Richteramt hinausgehen. Nach § 22 Abs. 6 GVG sollen Richter in Insolvenzsachen über belegbare Kenntnisse auf den Gebieten des Insolvenzrechts, des Handels- und Gesellschaftsrechts sowie über Grundkenntnisse der für das Insolvenzverfahren notwendigen Teile des Arbeits-, Sozial- und Steuerrechts und des Rechnungswesens verfügen. Einem Richter, dessen Kenntnisse auf diesen Gebieten nicht belegt sind, dürfen die Aufgaben eines Insolvenzrichters nur zugewiesen werden, wenn der Erwerb der Kenntnisse alsbald zu erwarten ist. Entsprechende, weniger streng formulierte Vorgaben enthalten § 39 JGG für die jugendgerichtliche Geschäftsverteilung und die von § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO zwingend vorausgesetzten Methodenkenntnisse für den Güterichter.

Ein zweites Referenzgebiet könnte die Normierung von Kostenanreizen für die Beteiligten, gegebenenfalls in Kombination mit arbeitsökonomischen Anreizen für die Richterschaft darstellen. Die gesetzgeberische Kreativität hierzulande beschränkt sich allerdings bislang auf die Kostenreduzierungen im Gerichtskostenrecht im Bereich Anerkenntnis, Rücknahme und Vergleich – latent kontraproduktiv überlagert durch Institute des Rechtsanwaltsvergütungsrechts wie z.B. der fiktiven Terminsgebühr. Experimentierklauseln wie § 69b GKG finden oft beim Haushaltsgesetzgeber der Länder wenig Resonanz.

2. Besonderheiten im Bereich der Dritten Gewalt

Das Begriffspaar Steuerung und Dritte Gewalt löst Abwehrreflexe aus, vor allem, wenn es um die Steuerung *der* Dritten Gewalt gehen soll. Der auch realwissenschaftlichen Herangehensweise an die „Steuerung“ darf allerdings keine affirmative Bedeutung im Sinne rechtmäßiger Steuerung beigemessen werden. Das positive Verfassungsrecht verbietet u.a. durch Art. 92, 97 GG bestimmte Steuerungsstrategien bei der Streitbehandlung.

Das Entstehen der „Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft“ ist zwar durch die Koinzidenz der Karriere des „Neuen Steuerungsmodells“ sicherlich befördert worden. Ob und wie bestimmte Steuerungsziele mit bestimmten Instrumenten erreicht werden können, sagt indes noch nichts über die Legitimität oder Legalität der Mittel-Zweck-Beziehungen im Detail aus. Zu Recht wird die Übertragbarkeit des „Neuen Steuerungsmodells“ auf den Bereich der Rechtsprechung daher auch abgelehnt und wirft im Bereich der Bereitstellung von Rechtsprechungsressourcen durch die Gerichtsverwaltung viele Zweifelsfragen verfassungswidriger Kontextsteuerung auf.⁸⁷ Diese Problematik liegt prima facie neben der hier gesetzten Fokussierung auf das richterliche Verfahrenshandeln am Maßstab des Prozessrechts – und eben nicht auf der justizverwaltungsförmigen Steuerung der Rechtsprechungsressourcen oder dem richterlichen Dienstrecht. Ohne Zweifel kann aber

⁸⁷ Grundlegend Schütz, Der ökonomisierte Richter, S. 329 ff., insbes. 427 f.; vgl. auch Klaus F. Röhl, Justiz als Wirtschaftsunternehmen, DRiZ 2000, S. 220 ff.

das Zusammenwirken von administrativ-normativen Vorgaben (z.B. Aktenordnung und Statistikanordnung) mit einer verstärkt statistikorientierten dienstrechtlichen Beurteilung der Richterinnen und Richter die Verfahrensermessensausübung der Richterinnen und Richter sachwidrig, aber „erledigungsorientiert“ steuern. Eine steuerungswissenschaftliche Betrachtung legitimiert derartige Phänomene nicht, sie liefert vielmehr das Instrumentarium, auch rechtswidrige Steuerungsmechanismen zu entdecken und zu beschreiben. So dürfte sie in der Lage sein, Phänomenologien bereitzustellen, um in der Diskussion über die Qualität richterlicher Arbeit zulässige handlungsorientierte Selbststeuerungsinstrumente von verfassungswidriger Qualitätskontrolle durch die Justizverwaltung auf der rechtsdogmatischen Ebene abzugrenzen zu können. Die bisherige Diskussion⁸⁸ auch auf europäischer Ebene (judicial governance⁸⁹) litt unter der Schieflage, den Problemen der Justiz als Lösung „quality management“ oder „management by objectives“ überzustülpen, aber nicht Roß und Reiter – d.h. Steuerungsobjekt und -subjekt – zu benennen, um hieran anknüpfend überhaupt die Steuerungsbegrenzungen des positiven (Verfassungs-)Rechts herausarbeiten zu können und – vor allem – Selbststeuerungsalternativen zu entwickeln. Der Begriff der Steuerungsselbstbeschränkung gehört zum festen Inventar der Steuerungssystematik.⁹⁰

Bei der Verfahrensrechtsanwendung durch die Richterschaft können sich ähnlich Problemlagen durch nicht hinreichend vom reformierten Prozessrecht aufgelöste Zielkonflikte (z.B. Beschleunigung versus Qualität) zeigen, die durch den Handlungskontext (z.B. Überlastung) noch verstärkt werden. Zur Verdeutlichung ein vereinfachtes Muster:⁹¹ Einerseits werden bestimmte neue Normen, die der Effizienz richterlichen Handelns und der Beschleunigungsmaxime dienen sollen, von der Richterschaft nur zurückhaltend angenommen, andererseits werden etablierte Prozessrechtsnormen in der konkreten Anwendung durch die Richterschaft extensiv ausgelegt oder überdehnt, um an dieser Stelle gesetzlich gar nicht intendierte Beschleunigungs- oder Entlastungseffekte zu erreichen. Die Einbeziehung von Handlungskontexten in die rechtswissenschaftliche Betrachtung und eine präzise Analyse der widerstreitenden Zweck-Mittel-Beziehungen kann hier Klarheit für einen „effet utile“ einer Prozessrechtsreform bringen, ohne die Ursachen für Dysfunktionalitäten zu legitimieren. Instruktiv ist oft schon der Vergleich zwischen dem Reformziel und dem Zweck der geänderten Norm, die häufig nicht identisch sind.⁹²

Das Recht des gerichtlichen Verfahrens bleibt allerdings auch nicht von klar identifizierbaren Entgrenzungen⁹³ verschont, die traditionelle Modelle der Systematisierung der

⁸⁸ Statt vieler: von Barga, Gute Rechtsprechung - Ein Plädoyer für eine engagierte Qualitätsdiskussion in den Gerichten, in: NJW 2006, S. 2531; Hochschild/ Schulte-Kellinghaus, Qualitätsmanagement in der Justiz – Wer steuert die Rechtsprechung? In: DRiZ 2003, S. 413

⁸⁹ Ng, 7 Utrecht Law Review (2011), S. 102 m.w.N. Anders als hier wird unter „judicial governance“ aber auch die politische Steuerung durch richterliches Handeln verstanden, dazu z.B. Sabine Frerichs, Judicial Governance in der europäischen Rechtsgemeinschaft, Baden-Baden 2008.

⁹⁰ Schuppert, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders., Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts. Grundfragen, S. 67 (86 ff.) zur verwaltungsrechtlichen Parallele der Selbstverwaltung.

⁹¹ Vgl. auch Christian Balzer, Rechtsprechungsqualität und Richterüberlastung, in: DRiZ 2007, S. 88, mit allerdings nicht immer überzeugenden Beispielen.

⁹² Axel Görlitz, Politische Dimensionen der Justizreform, JuS 1970, S. 267, hat bereits auf Folgendes hingewiesen: „Modernisierung will gemeinhin eine Erhöhung des Outputs.“ (S. 267) Und: „Modernisierung, Demokratisierung und Politisierung [der Justiz] sind nicht per se, sondern nur im Hinblick auf ein bestimmtes Reformziel Erneuerungsstrategien. Dazu wird es erforderlich sein, das Verhältnis jeder Gerichtsbarkeit zu den sozialen und staatlichen Subsystemen neu zu fundieren (...)“ (S. 271).

⁹³ Nach Wolfgang Hoffmann-Riem, Governance im Gewährleistungsstaat – Vom Nutzen der Governance-

Rechtswissenschaft und die Möglichkeit klarer normativer Zuordnungen in Frage stellen. Diese Entgrenzungen betreffen nicht etwa nur die Peripherie, sondern auch das Zentrum, wie etwa den Begriff der Rechtsprechung, den Rechtsdurchsetzungszweck des Prozessrechts bis hin zur Ausgestaltung der Gewaltenteilung. So gibt es einerseits die der Erweiterung der Prozesszwecke entsprechende Tendenz, auf Konsens zielendes richterliches Handeln vom verfassungsrechtlichen Begriff der Rechtsprechung erfasst zu sehen.⁹⁴ Andererseits werden Verfahren der Rechtsdurchsetzung zunehmend aus den rechtsprechenden Institutionen ausgelagert. So soll die Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (...) ausweislich der Erwägungsgründe Nr. 8 und 10 ausdrücklich Instrumente des Rechtsschutzes bereitstellen. Gerade im Bereich des durch eine Strenge des materiellen Rechts geprägten Verbraucherschutzrechts könnte es als Fehlsteuerung angesehen werden, „Rechtsschutz“ über die Selbststeuerung auf dem privaten ADR-Markt und damit auf einem weitgehend entformalisiertem Weg anzustreben.⁹⁵ Entsprechendes gilt für das sog. SOLVIT-Netzwerk für Konflikte von Unionsbürgern mit Behörden.⁹⁶ Das SOLVIT-Mandat wird in der jüngsten Kommissionsempfehlung wie folgt beschrieben:⁹⁷ „Das SOLVIT-Netz behandelt alle grenzübergreifenden Probleme, die durch eine mögliche Zuwiderhandlung gegen das Unionsrecht auf dem Gebiet des Binnenmarkts durch eine Behörde verursacht werden, falls und insofern derartige Probleme nicht Gegenstand eines Gerichtsverfahrens auf einzelstaatlicher oder auf europäischer Ebene sind.“ Die SOLVIT-Stellen sollen „über angemessenen juristischen Sachverstand oder einschlägige Erfahrungen mit der Anwendung des Unionsrechts verfügen, so dass eine unabhängige rechtliche Bewertung der Fälle erfolgen kann.“

Zu beobachten ist nicht weniger als eine Komplementärentwicklung zur unter III.1.b) dargestellten Entwicklung: Während einerseits die Justiz über die Rechtsdurchsetzung hinaus Konfliktlösungsangebote bereit hält, erwächst ihr auf der anderen Seite Konkurrenz dergestalt, dass Private und Verwaltung mit Angeboten außergerichtlicher Institutionen Rechtsverwirklichung betreiben, zuweilen auch ohne auf Konfliktlösung zu zielen. Dabei geht es oft allerdings weniger um die Verwirklichung der o.g. Prozessrechtszwecke. Vielmehr wird ein Verfahren der Streitbehandlung von einem Akteur des Konflikts benutzt, um fachrechtliche Steuerungsziele zu verwirklichen.⁹⁸

Diese und weitere prognostizierbaren Folgen des Gestaltwandels von Staat und Recht für eine unabhängige und leistungsfähige Justiz nebst gesetzlicher Aufgabenverschiebungen verdeutlichen, was bereits die Streitbehandlungslehre zu Tage gefördert hat: Notwendig ist die Überwindung der Pfadabhängigkeit⁹⁹ prozessrechtlichen Denkens. In die Überlegungen,

Perspektive für die Rechtswissenschaft; in: Gunnar F. Schuppert (Hg.), Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien, Baden-Baden 2006, S. 195 (201 f.).

⁹⁴ Zum Streitstand: Jan Malte von Bergen, Gerichtsinterne Mediation. Eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, Tübingen 2008, S. 227 f.; Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 22 ff..

⁹⁵ Horst Eidenmüller/ Martin Engel, Against False Settlement: Designing Efficient Consumer Rights Enforcement Systems in Europe, S. 3; <http://ssrn.com/abstract=2290654>, zuletzt abgerufen am 4. Juli 2014.

⁹⁶ Vgl. dazu Wolfgang Weiß, Alternative Streitbeilegung und die Verwaltung des Europäischen Binnenmarktes, DVBl. 2014, S. 553 (559 f.) m.w.N.

⁹⁷ Empfehlung der Kommission vom 17. September 2013 zu den Grundsätzen für SOLVIT, C (2013) 5869 final, die folgenden Zitate finden sich auf S. 6 f.

⁹⁸ So sieht Rainer Pitschas die Mediation als Strategie fachspezifischer Governance: Mediation als kollaborative Governance. Institutionalisierte Konfliktmittlung durch Verwaltungsverfahren, DÖV 2011, S. 333; kritisch dazu Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 133.

⁹⁹ Zum Nutzen der Governanceperspektive zur Überwindung der Pfadabhängigkeit bei der Suche nach einer

ob und wie ein prozessrechtliches Instrument „funktioniert“ und welche Schlussfolgerungen hieraus für die Auslegung und Systembildung des Prozessrechts zu ziehen sind, müssen alternative Wege der Erfüllung der dem Prozess (traditionell) zugewiesenen Aufgaben, der Verwirklichung der vorgelagerten Regelungszwecke, samt der Gewährleistung der Voraussetzungen der Aufgabenerfüllung (z.B. Handlungskontext des Richters, Ressourcen) im jeweiligen Bereich miteinbezogen werden. In der Vergleichsperspektive ist allerdings darauf zu achten, dass (1.) der Prozess(-rechts-)zweck nicht mit einem fachrechtlichen Steuerungsziel verwechselt wird und (2.) bei Reformprozessen mögliche Divergenzen zwischen Reformziel und Gesetzeszweck identifiziert werden.

3. Steuerungsmängel und Geltungsanspruch des positiven Verfahrensrechts

Einen Brückenschlag zwischen steuerungstheoretischer Analyse des Prozessrechts und der verfassungsrechtlichen Bewertung einer Verfahrensrechtsnorm lieferte das Bundesverfassungsgericht mit seinem Urteil zur Verständigung nach § 257c StPO: „Eine gesetzliche Regelung, gegen die in der Rechtsanwendungspraxis in verfassungswidriger Weise verstoßen wird, verletzt nur dann auch selbst das Grundgesetz, wenn die verfassungswidrige Praxis auf die Vorschrift selbst zurückzuführen, mithin Ausdruck eines strukturbedingt zu dieser Praxis führenden normativen Regelungsdefizits ist. Ein solches Defizit kann im vorliegenden Zusammenhang nicht schon darin gesehen werden, dass der Gesetzgeber urteilsbezogene Verständigungen, welche sich durch ihre Grundstruktur für die Verwirklichung des Schuldprinzips als gefährlich erweisen, überhaupt gestattet hat. Dies ließe unberücksichtigt, dass er ihre Zulassung an umfangreiche flankierende Schutzmechanismen gekoppelt hat, die die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess sicherstellen sollen (...). Verfassungswidrig wäre das gesetzliche Regelungskonzept nur, wenn die vorgesehenen Schutzmechanismen in einer Weise lückenhaft oder sonst unzureichend wären, die eine gegen das Grundgesetz verstoßende "informelle" Absprachepraxis fördert, das Vollzugsdefizit also durch die Struktur der Norm determiniert wäre.“¹⁰⁰

Diese Entscheidung wird sowohl als verfassungsrechtliche Rezeption der Steuerungstheorie bei der Überprüfung verfahrensrechtlicher Normen als auch als verfassungsgerichtlicher Versuch der Disziplinierung der Strafrichter gedeutet.¹⁰¹ Für den hiesigen Kontext ist jedenfalls festzuhalten, dass nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts für die verfassungsrechtswissenschaftliche Steuerungsanalyse allein normwissenschaftlich fassbare Funktionsmängel interessieren.

Steuerungsstrategie vgl. Nicolai Dose, Governance als problemorientierte Steuerung. In: PVS-Sonderheft Band 41: Governance in einer sich wandelnden Welt, S. 77 (84) m.w.N.

¹⁰⁰ BVerfG, Urteil vom 19. März 2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 –, juris Rn. 118.

¹⁰¹ Andreas W. Hoffmann, Die Wirksamkeit einer Norm als verfassungsrechtlicher Geltungsgrund? In: NJW 2014, S. 442.

V. Die richterliche Verfahrensermessensausübung als Optionenwahl

In Adaption eines steuerungswissenschaftlichen Schlüsselbegriffes stellt sich die Ausübung des richterlichen Verfahrensermessens als Optionenwahl¹⁰² dar. Ausgangspunkt ist die Einsicht, dass die Verfahrensentscheidungen der richterlichen Streitbehandlung sich jeweils als Wahl aus mehreren Optionen darstellen. Ob im Zivilprozess ein früher erster Termin anberaumt oder das schriftliche Vorverfahren angeordnet wird, ob in den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten ein Erörterungstermin durchgeführt wird, ob vor oder nach mündlicher Verhandlung mit der Beweisaufnahme begonnen wird, ob das Ruhen des Verfahrens angeordnet wird, ob der Vorschlag der Verweisung an den Güterichter unterbreitet wird, ob – insbesondere in der zweiten Instanz – aufgrund mündlicher Verhandlung oder nach Aktenlage durch Beschluss entschieden wird, wenn das Prozessrecht diese Wahl eröffnet: Diese Verfahrensentscheidungen sind regelmäßig – von Ausreißern abgesehen – gleichermaßen rechtmäßig, unterscheiden sich indes grundlegend in ihrer Orientierung an den verschiedenen Prozesszwecken und unter Einbeziehung einer Folgenbetrachtung. Optionenwahl heißt: Rechtsanwendung als Entscheidung zur Lösung eines Problems zielt auf die normdirigierte Auswahl aus verschiedenen Problemlösungsoptionen.¹⁰³ Insbesondere einer Ermessensentscheidung über die Streitbehandlung fehlt es vielfach an adäquaten Regeln für die Nutzung vorhandener Spielräume, die hinter den negativ formulierten Grenzen der Kontrollfunktion des Rechts weithin unsichtbar bleiben. Der Optionalisierung geht es deshalb nicht um das bloße Nachzeichnen vorgefundener Entscheidungsspielräume, sondern um die positive Ausfüllung derselben.¹⁰⁴ Das richterliche Entscheiden im Rahmen der Verfahrensführung erfährt dadurch eine Veränderung, da spezifische Voraussetzungen oder Erfordernisse der Optionenwahl beschrieben werden können, die traditionell nicht als Kernbestandteile des pflichtgemäßen Verfahrensermessens identifiziert wurden.

Die erste Veränderung betrifft das Informationsmanagement.¹⁰⁵ Für den Richter ist nicht mehr allein ermessensleitend die Frage, wie der Rechtsstreit möglichst reibungslos einer Erledigung, ggf. in Form eines „richtigen“¹⁰⁶ Urteils, zugeführt werden kann. Vorgeschaltet ist die Konfliktdiagnose als Lernvorgang, um beurteilen zu können, ob das eigene Verfahrensmanagement des klassischen Erkenntnisverfahrens überhaupt die angemessene Option ist. „Leitbilder“ und „best practice“-Erkenntnisse können einen solchen Lernvorgang strukturieren helfen, sofern sie – wie bereits ausgeführt – durch richterliche Selbststeuerung gewonnen und nicht von der Gerichtsverwaltung oktroyiert werden. Im erstgenannten Sinne ist etwa der Dialog zwischen Wissenschaft und Richtermediatorenenschaft um die Identifizierung mediationsgeeigneter Gerichtsverfahren zu verstehen.¹⁰⁷ In der Phase der

¹⁰² Vgl. zur verwaltungsrechtlichen Parallele Wolfgang Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Eberhard Schmidt-Aßmann/ ders., Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden 2004, S. 9 (39 f.); Franzius, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 4 Rn. 31 ff., 81 ff., beide m.w.N.

¹⁰³ Hoffmann-Riem, in: Schmidt-Aßmann/ders., Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 9 (39).

¹⁰⁴ Franzius, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 4 Rn. 33 zur verwaltungsrechtlichen Parallele.

¹⁰⁵ Vgl. dazu auch Appel, Diskussionsbeitrag in: VVDStRL (67) 2008, S. 362 f.

¹⁰⁶ Das sich bei Lichte besehen selbst als „Ergebnisoptionenwahl“ darstellt, da das Ergebnis maßgeblich von der Abfolge einer Vielzahl von Verfahrensoptionenwahlen abhängt.

¹⁰⁷ Vgl. dazu Machteld Pel, Referral to Mediation: A Practical Guide for an Effective Mediation Proposal, Den Haag (NL) 2008; Peter Brändle/Frank Schreiber, Der Güterichter im sozialgerichtlichen Verfahren. Zielgenaue

Konflikt diagnose im konkreten Verfahren erfolgt diese Informationsermittlung ebenfalls nicht in eine Richtung, sondern dialogisch mit den Beteiligten. Gerade über die Verbreiterung der Wissensgrundlagen und die „Vernetzung“ der Informationsflüsse werden die Voraussetzungen geschaffen, passgenaue Optionen zu entwickeln und Entscheidungen zu optimieren.¹⁰⁸ Optionen sind unter Umständen erst durch den Richter bewertbar, wenn die Konfliktbeteiligten hinreichend über denkbare Optionen der Streitbehandlung informiert sind, um dann dem Richter die notwendigen Angaben zu machen. Auf dieser Grundlage kann der Richter ihren spezifischen Streitbehandlungsinteressen entsprechende Optionen zur Auswahl unterbreiten bzw. eine entsprechend optimierte Ermessensentscheidung zur Streitbehandlung fällen. Dies macht deutlich, dass nur ein kommunikativ-dialogisches Vorgehen der Beteiligten mit dem Richter eine kompetente Optionenwahl ermöglicht. Auch kann das Denken in Optionen Blockaden auf der Grundlage eingenommener prozessrechtlicher Positionen durch Interessenorientierung überwinden helfen.¹⁰⁹ Das dialogische Erarbeiten von Optionen ist letztlich das prägende Kennzeichen dieses Modus richterlicher Ermessensausübung.

Dieses Leitbild der Informationsbeschaffung betrifft aber nicht nur die Ermessensausübung bei der Wahl von Verfahrensoptionen im engeren Sinne, etwa nach §§ 278 Abs. 5, 278a ZPO. Blockaden oder Eskalationen in der Beweisaufnahme beruhen oft nur auf einem Mangel an Kommunikation, z.B. bei der Bestimmung des Sachverständigen, der Strukturierung der Beweisaufnahme oder auf einem Mangel an Transparenz bei der richterlichen Ermessensausübung. Ungeachtet gegenwärtig fortbestehender Fehlanreize im Recht der Rechtsanwaltsvergütung dürften derartige Blockaden und Eskalationen durch ein offensives richterliches Informationsmanagement zu vermeiden sein – wenn die Ressourcensteuerung hiermit einhergeht und ein derartiges Informationsmanagement als richterliche Aufgabe im Rahmen der Personalbedarfsberechnung respektiert und eine Richterassistenz durch den nicht-richterlichen Dienst gewährleistet wird.

Die zweite Veränderung des Entscheidens bei der Verfahrensgestaltung betrifft die Folgenorientierung.¹¹⁰ Wird im Sinne einer richterlichen Konflikt diagnose nach dem passenden Forum gesucht oder wird die Verfahrensermessensentscheidung am Prinzip angemessener Streitbehandlung ausgerichtet, so sind auch die Folgen einer Optionenwahl in den Blick zu nehmen. Die in das Verfahrensermessen einzustellenden Belange sind nicht auf die Zielsetzung des Verfahrensabschlusses beschränkt, sondern umfassen qualitative Aspekte angemessener Streitbehandlung, die auch zeitlich weit über die Verfahrensbeendigung hinausreichen (z.B. Umstände, die die Nachhaltigkeit der Konfliktlösung beeinflussen). Da derartige Folgenbetrachtungen die Gefahr der Überforderung des Entscheiders in sich tragen und prognostische Entscheidungen unter Ungewissheitsbedingungen darstellen, muss durch die Verfahrensgesetzgebung sichergestellt werden, dass im Falle einer fehlsamen Optionenwahl diese möglichst folgenlos („fehlerfreundlich“) korrigiert werden kann.

Verweisung unter Berücksichtigung der Perspektive von Sozialleistungsträgern und fachanwaltlicher Beratungspraxis, in: WzS 2014, S. 35, alle m.w.N.

¹⁰⁸ Franzius, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 4 Rn. 33 zum Verwaltungsverfahren.

¹⁰⁹ So grundlegend für das Verwaltungsverfahren Wolfgang Hoffmann-Riem, Von der Antragsbindung zum konsentierten Optionenermessen, in: DVBl. 1994, S. 605 (609).

¹¹⁰ Vgl. zu verwaltungsrechtlichen Parallelen Franzius, in: Hoffmann-Riem/ Schmidt-Aßmann/ Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts Band I, § 4, Rn. 81 ff.

Beide vorgenannten Veränderungen setzen entsprechende „Schnittstellen“ oder „Kompatibilitäten“ verschiedener Verfahren oder Verfahrensstadien voraus, weiteren denkbaren Schlüsselbegriffen:¹¹¹ Erforderlich sind Kommunikations-, Koordinations- und Verknüpfungsmöglichkeiten, um dort, wo notwendig beschränkte Erkenntnis- und Prüfungshorizonte, aber auch Zuständigkeiten der Akteure enden, Kohärenz zu ermöglichen.

Richterliches Verfahrensermessen ist etwas anderes als Verwaltungsermessen – so viel steht fest, auch wenn man aus verfahrensrechtsdogmatischer Perspektive nicht viel mehr weiß.¹¹² Dieser wissenschaftliche Stillstand steht in starkem Kontrast zur Verfahrensrechtsentwicklung, die durch immer weitgehendere und tiefgreifendere Verfahrensermessensermächtigungen gekennzeichnet ist, von der Einführung des Verfahrens nach § 495a ZPO über die Verknüpfungen von Mediation und Streitentscheidung seit 2002 bis zur Kodifikation der strafprozessualen Verständigung. Sollte es gelingen, u.a. die Parameter „Informationsmanagement“ und „Folgenorientierung“ unter dem Oberbegriff der Optionenwahl als Schlüsselbegriffe einer richterlichen Ermessenslehre sowohl in der Rechtswissenschaft als auch in der gerichtlichen Praxis zu etablieren, so könnte eine Diskussion über ein „best practice“ der Verfahrensgestaltung entstehen, aus der Rückschlüsse für die Dogmatik des richterlichen Ermessens zu erhoffen sind.

VI. Fazit und Ausblick

Die exemplarische Vertiefung unter V. hat sich auf die Steuerung des Verfahrens, also gleichsam auf Vorentscheidungen zur Vorbereitung der Entscheidung des Rechtsstreits beschränkt. Ausgangssituation und beispielhafter Ertrag lassen sich de lege lata wie folgt zusammenfassen:

In den Verfahrensrechtsordnungen ist eine Entwicklung kontinuierlicher Ausdifferenzierung zu beobachten, sei es im Verhältnis von konsensualer Streitbehandlung zur Streitentscheidung (Instrumente des Mediationsförderungsgesetzes, Verständigung im Strafverfahren) oder zur Ausbalancierung von Rechtsverwirklichung und Prozessökonomie (§ 495a ZPO, Reform des § 522 ZPO, KapMuG) oder beidem – wie z.B. bei der Reform der Civil Procedure Rules in England und Wales um die Jahrtausendwende. Die Ausdifferenzierung stärkt die richterliche Verantwortung für eine einzelfallgerechte Verfahrensausgestaltung, die als Steuerungsstrategie zwar klar in Gesetzesmaterialien formuliert wird, aber einhergeht mit einem Verlust an direkter normativer Steuerung zugunsten der Eröffnung einer Vielzahl von Optionenwahlen über Ermessensregelungen. Eine steuerungstheoretisch inspirierte Prozessrechtswissenschaft kann hier erstens die rechtspolitische Diskussion um die funktionsgerechte Ausgestaltung der verfahrensrechtlichen Instrumente einer angebotsorientierten Rechtsschutzordnung befruchten. Zweitens kann sie die Dogmatik dabei unterstützen, entsprechende Maximen und Prinzipien zu formulieren, die dieser Ausdifferenzierung und gerade der gesetzlich intendierten Steuerungsstrategie entsprechen, wie etwa die Prozessmaxime angemessener Streitbehandlung. Drittens kann sie helfen, die entsprechenden Ermessensermächtigungen zur Verfahrenssteuerung als Speicher von „best practice“-Erkenntnissen und „Stationen“ der

¹¹¹ Siehe zum Referenzgebiet der Verknüpfung von Mediation und streitigem Verfahren: Schreiber, Mediationsgesetzgebung als Justizreform, in: KritV 2013, S. 102 (113); vgl. zum Parallelproblem der Zuständigkeitsordnung im Verwaltungsorganisationsrecht Cornelius Boehme-Neßler, Auf dem Weg zum unscharfen Verwaltungsrecht? Portal-Denken und Netz-Logik im Verwaltungsrecht, in: NVwZ 2007, S. 650.

¹¹² Vgl. Barbara Stichelbrock, Inhalt und Grenzen richterlichen Ermessens im Zivilprozeß, Tübingen 2002, S. 218, 574 ff., 669 f.

Informationsgewinnung und Folgenorientierung auszugestalten und so die Verfahrensoptimierung auch als genuin richterliche Ermessensfunktion zu erschließen.

Beschrieben ist damit nur ein kleiner Ausschnitt des Potentials einer steuerungs- und governancetheoretisch inspirierten Prozessrechtswissenschaft. Auch in seiner Funktion für die Herstellung des Urteils ist das Erkenntnisverfahren als Strukturierungsinstrument der Informationsgewinnung¹¹³ hin zur Entscheidungsreife zu beschreiben, wobei „Entscheidungsreife“ eine wiederum nur gering gesetzlich determinierte richterliche „Stopregel“ darstellt. Im gerichtlichen Verfahren als „Herstellungsprozess“, geprägt durch eine Vielzahl von Verfahrensoptionenwahlen, ist zu entscheiden, welche Tatsachen in die Wirklichkeitskonstruktion des Gerichts einbezogen werden, auf welche Weise die den Konflikt prägenden Interessen berücksichtigt werden, welche Folgen der Entscheidung in den Blick genommen werden.¹¹⁴ Am Ende könnte eine neue herstellungsprozessorientierte Theorie richterlicher Rechtserzeugung stehen. Eine solche würde die Rechtsräume auch jenseits der (hier: materiell-rechtlichen) Gesetzesbindung nicht aus einer Kritik der richterlichen Methodenpraxis heraus¹¹⁵, sondern in Überwindung des formalistisch-reduktionistischen Bildes vom Verfahren beschreiben. Dass darin kein Gegensatz besteht, zeigte uns bereits *Josef Esser*: „Es gibt keine Entscheidungstheorie, die ‚Entscheidungsgerüste‘ aufbauen könnte, welche dem Richter fertige Lösungsmöglichkeiten anbietet und ihm gleichzeitig erspart, über ihre *Auswahl* nachzudenken.“¹¹⁶

¹¹³ So tendenziell auch Appel, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL (67) 2008, S. 362 f.

¹¹⁴ Hoffmann-Riem, Unabhängigkeit der Dritten Gewalt, in: Verhandlungen des 66. DJT, Bd. II/1 (2006), R9 (R9).

¹¹⁵ Wie z.B. Josef Esser, Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung. Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis, Frankfurt am Main 1970.

¹¹⁶ Esser, Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung, S. 204, Hervorhebung d. Verf.