

tige außergerichtliche und vorgerichtliche Vorgehensweise bei Erstattungsstreitigkeiten zwischen ihnen auch auf weitere Berufsgenossenschaften auszudehnen.⁷⁸⁸ Die wissenschaftliche Begleitforschung ergab, dass nicht-rechtliche Interessen auch in der sozialgerichtlichen Mediation ihre Relevanz haben.⁷⁸⁹

Selbst wenn rechtliche Aspekte den Schwerpunkt bilden, kann die Verhandlung zwischen den Konfliktparteien dadurch gefördert werden, dass die rechtlichen Positionen aufbereitet werden und die Kommunikation von Recht ermöglicht wird.⁷⁹⁰

Abhängig von der Interessenkonstellation der Konfliktparteien kann mit Hilfe der interessenorientierten Mediation eine Gewinner-Gewinner-Lösung erzielt werden.⁷⁹¹ Im günstigsten Fall sind die Interessen der Konfliktparteien so unterschiedlich, dass die Anliegen beider Seiten vollständig erfüllt werden können. Die Begleitforschung des niedersächsischen Modellprojekts ergab, dass vorrangig Kompromisslösungen gefunden wurden,⁷⁹² d. h. die Konfliktparteien bekamen jeweils einen Teil des Streitgegenstandes und verzichteten auf den anderen Teil. Gerade Fälle, in denen es ausschließlich um Geldangelegenheiten ging, führten zu einem Kompromiss.⁷⁹³ Zu einem solchen Ergebnis kommt es immer dann, wenn die Konfliktparteien über zu wenige Lösungsoptionen verfügen oder sie ihre Interessen nicht kennen. »Es handelt sich hier durchaus um eine gerechte Lösungsmöglichkeit, bei der es keine Verlierer gibt. Allerdings steht bei dieser Variante eher der Streitgegenstand des Konflikts im Vordergrund als die wirklichen Interessen der Parteien.«⁷⁹⁴ Durch die Untersuchung konnte auch gezeigt werden, dass die Gewinner-Verlierer-Lösung, wonach nur eine Konfliktpartei etwas gewinnt, nicht vorkam.⁷⁹⁵

4. Besonderheiten im Ablauf der gerichtlichen Mediation

Gerade im Vorfeld zum Mediationsverfahren unterscheidet sich die gerichtliche von der herkömmlichen Mediation, da sie ihren Anfang im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens nimmt. Die gerichtliche Mediation kommt meist da-

788 Vgl. ebd. S. 87.

789 S. a. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 268 ff.

790 Vgl. hierzu *Breidenbach*, in: FS Schlosser, S. 83.

791 Vgl. o. B. IV. 2. a).

792 Vgl. *Zenk/Strobl/Hupfeld u. a.*, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 129.

793 Ebd. S. 128.

794 Ebd. S. 129.

795 Ebd. S. 128 f.

durch zustande, dass das Gericht bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung prüft, ob sich das Verfahren für die Mediation eignet und sie bejahendenfalls den Beteiligten schriftlich vorschlägt oder es ergibt sich im Rahmen des Erörterungstermins oder der mündlichen Verhandlung die Mediationseignung. Regelmäßig wird es kein Vorgespräch mit dem Richtermediator geben, dieser lädt vielmehr die Konfliktparteien zur Mediationssitzung, sobald er von dem Einverständnis der Parteien, eine Mediation durchzuführen, erfährt.⁷⁹⁶

Die erste Phase des Mediationsverfahrens, in der es darum geht, die Konfliktparteien für ein konstruktives Gespräch zu gewinnen und ihre Motivation dazu zu klären, kann in der gerichtlichen Mediation dann eine besondere Rolle spielen, wenn sich die Konfliktparteien beispielsweise durch das Gericht zur Mediation gedrängt fühlen oder wenn einem Vertreter die Haltung der von ihm vertretenen Organisation gegenüber einem gerichtlichen Mediationsverfahren die Verhandlung erschwert.⁷⁹⁷ Diese Situation ähnelt dem Problem der Vergleichsbereitschaft in der richterlichen Vergleichsverhandlung.⁷⁹⁸

Werden die Konfliktparteien von Anwälten oder anderen Personen begleitet, ist es in der zweiten Phase, der Phase der Konfliktklärung, besonders wichtig, dass die Konfliktparteien selbst zu Wort kommen. Die aktive Beteiligung der betroffenen Konfliktparteien legt in dieser Phase das Fundament für eine adäquate Problemdefinition.⁷⁹⁹ »Ihre stärkere Einbeziehung in der Mediation soll sicherstellen, daß die rechtlichen wie die wirtschaftlichen und last not least auch die emotionalen Aspekte hinreichende Berücksichtigung finden.«⁸⁰⁰

Konnte in dieser Phase geklärt werden, worum es den Konfliktparteien geht und was sie in der Mediation behandelt haben möchten, kann es vor der eigentlichen Interessenarbeit in der dritten Phase noch darum gehen, den Sachverhalt des Konflikts zu klären. Wie diese im Rahmen der Mediation erfolgt, ist dabei Sache der Konfliktparteien. Sie können im Falle der gerichtlichen Mediation beispielsweise die Gerichtsakten hinzuziehen oder sich auf die Einholung eines Gutachtens einigen, indem sie einen bestimmten Gutachter und die Fragen, die an diesen gestellt werden sollen, festlegen. Darauf aufbauend können bei der

796 Zur Prämediation s. Fn. 228.

797 Vgl. *Wegener*, ZKM 2006, S. 140, 140.

798 S. o. Fn. 654.

799 Die Herausarbeitung der adäquaten Problemdefinition der Konfliktparteien kann Teil der Prämediation sein. Bei der gerichtlichen Mediation kann diese – mangels eines Vorgesprächs mit dem Richtermediator – auch schriftlich erfolgen. Die Konfliktparteien können aufgefordert werden sich schriftlich beispielsweise dazu zu äußern, was sie hoffen, in der Mediation zu erreichen; was sie zufrieden stellen würde; oder woran sie messen würden, ob die Vereinbarung fair oder unfair ist (vgl. hierzu *Welsh*, Ohio St. J. on Disp. Resol. 2004, S. 573, 673 f. und *Riskin/Welsh*, GMLR 2008, S. 863, 906).

800 *Haft*, Verhandlung und Mediation, S. 246.

Konfliktlösung bereits bestimmte Konsequenzen vereinbart werden, falls der Gutachter zu einem entsprechenden Ergebnis kommt.

Die sich daran anschließende Phase der Interessenarbeit kontrastiert am stärksten mit dem streitigen Verfahren.⁸⁰¹ In dieser dritten Phase liegt die Stärke der gerichtlichen Mediation im Vergleich zur richterlichen Vergleichsverhandlung. »Im streitigen Verfahren scheuen die Parteien regelmäßig davor zurück, ihre Interessen offenzulegen und Informationen preiszugeben. Sie sagen nicht, worum es ihnen geht, sondern sie sagen, was sie erreichen wollen, weil sie fürchten, daß die Aufdeckung ihrer Interessen zu ihrem Nachteil verwendet werden könnten.«⁸⁰² Ein solcher Nachteil kann in der Mediation durch die Trennung von Richter und Schlichter nicht entstehen.⁸⁰³ Sofern es dem Richtermediator gelingt, zwischen den Konfliktparteien ein offenes Gespräch herzustellen, und eine breite Problemdefinition gewählt wurde, geht es um die Klärung und Bearbeitung der Interessen und Bedürfnisse, die Raum für Lösungsmöglichkeiten schaffen.

Aufbauend auf einer guten Interessenarbeit können in der vierten Phase viele Lösungsoptionen entwickelt und daraus kann in der fünften Phase eine Problemlösung gefunden werden, die weit über das hinausgeht, was gewöhnlich in einem streitigen Verfahren entschieden oder durch Vergleichsverhandlung ausgehandelt wird.⁸⁰⁴ Im Gegensatz zu den vorangegangenen Phasen der Konfliktklärung und der Interessenarbeit spielen die Rechtsanwälte bei diesen Phasen der Erarbeitung einer Konfliktlösung eine größere Rolle.⁸⁰⁵ Diese Vereinbarung hat durch die Personenverschiedenheit des Richtermediators zum gesetzlichen Richter nicht die gleiche Wirkung wie beispielsweise ein gerichtlicher Vergleich. Es bedarf daher einer Anbindung an das gerichtliche Verfahren, damit prozessbeendende Erklärungen ihre Wirkung entfalten können oder um den Vorteil eines gerichtlichen Vergleichs herzustellen.⁸⁰⁶

Insgesamt ist die gerichtliche Mediation gegenüber der außergerichtlichen Mediation zeitlich stark begrenzt.⁸⁰⁷ So wurde beispielsweise im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« in Bayern die gericht-

801 Vgl. ebd. S. 246.

802 Ebd. S. 246 f.

803 S. o. C. V. 1.

804 Vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 70 f. und *Zenk/Strobl/Hupfeld u. a.*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen, S. 150 ff.

805 Zur Rolle des Rechtsbeistanden s. a. u. C. V. 5. d).

806 Vgl. hierzu u. D. V. 3.

807 Vgl. zur so genannten Kurz-Zeit-Mediation, wie sie gerade in der gerichtlichen Mediation zur Anwendung kommt, *Krabbe/Fritz*, ZKM 2009, 136, 136 ff. und 176, 176 ff.

interne Mediation immer in einer Sitzung abgehalten, die durchschnittlich drei Stunden dauerte.⁸⁰⁸

5. Verfahrensprinzipien der gerichtlichen Mediation

Im europäischen Verhaltenskodex für Mediatoren (European Code of Conduct for Mediators), der von der Europäischen Kommission beschlossen und am 2. Juli 2004 öffentlich gemacht wurde, sind die wichtigsten Prinzipien der Mediation wiedergegeben.⁸⁰⁹ Er hat keine verbindliche Wirkung. Die einzelnen Mediatoren können sich ihm aber freiwillig und in eigener Verantwortung unterwerfen.⁸¹⁰ Auch der Entwurf des Mediationsgesetzes sieht einige Regelungen zu den Aufgaben und Pflichten des Mediators vor.⁸¹¹ Für die in der Mediation geltenden Verfahrensprinzipien ergeben sich im Falle der gerichtlichen Mediation besondere Gesichtspunkte und Modifikationen.

a) Grundsatz der Freiwilligkeit

Die Freiwilligkeit der Konfliktparteien ist ein wichtiger Grundsatz der Mediation.⁸¹² Dabei ist die Unterscheidung zwischen der Einleitung des Verfahrens, dem Mediationsverfahren selbst und der das Verfahren abschließenden Einigung notwendig. Eine Freiwilligkeit bezogen auf die Einigung ist unerlässlich,⁸¹³ insofern gilt nichts Abweichendes, was nicht auch für den Prozessvergleich, mit dem eine richterliche Vergleichsverhandlung beendet wird, Gültigkeit hat. Etwas anders stellt sich die Situation für die Einleitung des Verfahrens dar. Diese kann grundsätzlich auch unfreiwillig sein.⁸¹⁴ Allerdings muss der auf diese Weise her-

808 Vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 26. S. a. die Beschreibung des Verhaltens der Beteiligten im Rahmen einer dreistündigen Mediationssitzung am Verwaltungsgericht *Ortloff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 727, 733 f.

809 Zu den Prinzipien der Mediation s. B. IV. 1. c).

810 Vgl. Präambel des Europäischen Verhaltenskodizes für Mediatoren. Zum Verhaltenskodex s. ausf. *Mähler/Kernike*, ZKM 2004, S. 151. Auf den Europäischen Verhaltenskodex verweist auch die Mediationsrichtlinie in Erwägungsgrund 17 (vgl. RL 2008/52/EG).

811 Vgl. §§ 2 ff. zu Art. 1 des Entwurfs zum Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BT-Drs. 17/5335).

812 Zur Freiwilligkeit in der gerichtlichen Mediation s. *Wegener*, ZKM 2006, S. 140, 141 und *Löer*, ZKM 2005, S. 182, 184; S. a. Erwägungsgrund 13 der RL 2008/52/EG.

813 Vgl. *Haft*, Verhandlung und Mediation, S. 244.

814 S. a. *Gottwald*, ZKM 2003a, S. 6, 10 f. zur Erfahrung in Australien mit der Anordnung eines Mediationsversuchs.