

interne Mediation immer in einer Sitzung abgehalten, die durchschnittlich drei Stunden dauerte.<sup>808</sup>

## 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.<sup>809</sup> Er hat keine verbindliche Wirkung. Die einzelnen Mediatoren können sich ihm aber freiwillig und in eigener Verantwortung unterwerfen.<sup>810</sup> Auch der Entwurf des Mediationsgesetzes sieht einige Regelungen zu den Aufgaben und Pflichten des Mediators vor.<sup>811</sup> 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.<sup>812</sup> 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,<sup>813</sup> 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.<sup>814</sup> 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.

gestellte Zwang auf die Initiierung des Verfahrens beschränkt und der Abbruch einer Mediation durch eine der Konfliktparteien jederzeit möglich bleiben, ohne dass sie Nachteile befürchten muss. Die Konfliktparteien sehen sich zwar dadurch dem Zwang ausgesetzt, »an den Tisch zu kommen«, müssten jedoch nicht »am Tisch bleiben«. Auf die Freiwilligkeit der Verhandlungen hat dies grundsätzlich keinen Einfluss.<sup>815</sup> Die Anordnung der Mediation kann jedoch der Bereitschaft der Konfliktparteien, an der Mediation aktiv teilzunehmen, entgegenstehen. Die Bereitschaft der Konfliktparteien zur Verhandlung, d. h. die Bereitschaft zu einem gemeinsamen Treffen und das »Interesse, sich konstruktiv auf den zielgerichteten Problemlösungsprozeß einzulassen«,<sup>816</sup> muss dann allerdings von den Richtermediatoren in der Mediation selbst herbeigeführt werden.<sup>817</sup> Grundlegend dafür ist die Einsicht, dass ein kooperatives Verhalten für alle Beteiligten vorteilhafter ist, als die Fortführung des gerichtlichen Verfahrens.

#### b) Neutralität und Allparteilichkeit des Richtermediators

Der Mediator hat nach Art. 2.2 des europäischen Verhaltenskodexes »in seinem Handeln und Auftreten den Parteien gegenüber stets unparteiisch zu sein und ist gehalten, im Mediationsprozess allen Parteien gleichermaßen zu dienen.« Wie im Gerichtsverfahren kommen im Mediationsverfahren als Dritte nur Personen in Betracht, die nicht selbst in den Konflikt involviert sind. Sie dürfen keine eigenen persönlichen Interessen verfolgen oder selbst von dem Konflikt betroffen sein.<sup>818</sup> Wie beim Richter ist auch beim Mediator, und damit beim Richtermediator neben der tatsächlichen Neutralität entscheidend, dass er den Konfliktparteien neutral erscheint.<sup>819</sup> Empfinden die Konfliktparteien einen Mediator als parteiisch und voreingenommen, führt dies zu Abbruchgedanken und einer starken Unzufriedenheit. Mediationsverfahren, in denen eine Konfliktpartei so empfindet, scheitern mehr als doppelt so oft.<sup>820</sup> D. h., wird die Neutralität der Person des Mediators in der gerichtlichen Mediation nicht durch das Auswahlverfah-

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

816 Vgl. *Bastine/Link/Lörch*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), Mediation: Die andere Scheidung, S. 186, 199.

817 Vgl. o. C. V. 4.

818 S. *Montada/Kals*, Mediation, S. 45. Weitere Einschränkungen aufgrund der Person des Mediators vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 40 ff.

819 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 170.

820 Vgl. *Zenk/Strobl/Hupfeld u. a.*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 141 f.

ren sichergestellt, indem die Konfliktparteien wie bei der außergerichtlichen Mediation selbst den Mediator wählen, müssen sie den ihnen zugeteilten Richtermediator ablehnen dürfen oder der Richtermediator muss sich selbst für parteiisch erklären können.<sup>821</sup>

Im Gegensatz zu der emotionalen Unbefangenheit eines Richters zeichnet sich der (Richter-)Mediator durch eine besondere, positive Form der Neutralität – der Allparteilichkeit – aus, indem er das Verfahren so führt, dass jede Konfliktpartei ihre Belange in gleichem Maße einbringen kann. Dies kann es im Einzelfall notwendig machen, dass eine schwächere Partei Unterstützung erhält.<sup>822</sup> Aus dem Gebot der Allparteilichkeit ergibt sich eine besondere Aufgabe bei einer asymmetrischen Ressourcenverteilung zwischen den Konfliktparteien, wobei der Begriff Ressourcen nicht nur im Sinne von materiellen Mitteln gebraucht wird, sondern als Oberbegriff für eine Vielzahl von Ressourcen steht, wie beispielsweise Status, Machtposition, Unabhängigkeit, rhetorisches Geschick, Manipulationsfähigkeit, Popularität und sozialer Rückhalt. Der Mediator muss verhindern, dass solche Ungleichheiten zu einem unfairen Verfahren und damit zu einer unfairen Vereinbarung führen. Er muss daher die Risiken der Ungleichheit ansprechen und mit den Konfliktparteien, vor allem im Hinblick auf ihre Auswirkungen auf das Verfahren, besprechen.<sup>823</sup>

Die Unterstützung einer schwächeren Konfliktpartei kann zugleich eine Gefahr für die Neutralität darstellen.<sup>824</sup> Ein Aspekt, der beispielsweise in der sozialgerichtlichen Mediation eine Rolle spielen kann, wenn ein (vermeintlich) schwächerer Leistungsberechtigter einem Behördenvertreter gegenüber steht. Hier kann eine von der Behörde zu stark empfundene Unterstützung für den Kläger

821 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 12, Rdnr. 32 ff. Der Verhaltenskodex bestimmt, dass ein Mediator seine Tätigkeit nicht wahrnehmen und, wenn er sie bereits aufgenommen hat, nicht fortsetzen darf, bevor er nicht alle Umstände, die seine Unabhängigkeit beeinträchtigen oder zu Interessenkonflikten führen oder den Anschein eines Interessenkonflikts erwecken könnten, offen gelegt hat. Der Verhaltenskodex nennt als Umstände eine persönliche oder geschäftliche Verbindung zu einer Partei, ein finanzielles oder sonstiges direktes oder indirektes Interesse am Ergebnis der Mediation oder eine anderweitige Tätigkeit des Mediators oder eines Mitarbeiters seiner Firma für eine der Parteien. In diesen Fällen darf der Mediator die Mediationstätigkeit nur wahrnehmen bzw. fortsetzen, wenn er sicher ist, dass er seine Aufgaben unabhängig und objektiv durchführen kann und die Parteien ausdrücklich zustimmen (vgl. Art. 2.1.).

822 Vgl. *Montada/Kals*, *Mediation*, S. 46.

823 Vgl. ebd. S. 47. Ein Machtungleichgewicht hat auch im gerichtlichen Verfahren Einfluss, vor allem im Hinblick auf die verfügbaren Ressourcen. Dieses kann bereits die Tatsache, ob Recht überhaupt mobilisiert wird, entscheiden (vgl. *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, S. 302 und *Rehbinder*, *Rechtssoziologie*, S. 176 ff.). Zu den Ursachen eines Machtungleichgewichts zwischen den Konfliktparteien s. u. C. V. 5. d).

824 Vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, S. 231.

als Parteilichkeit des Mediators erlebt werden. Sie kann dann auch dazu führen, dass das Angebot gerichtlicher Mediation in Zukunft nicht mehr wahrgenommen wird,<sup>825</sup> denn eine ‚stärkere‘ Konfliktpartei wird sich nicht dauerhaft auf eine Konfliktbehandlungsform einlassen, bei der auf ihre Kosten ein strategischer Raum für ‚Schwächere‘ geschaffen wird.<sup>826</sup>

### c) Grundsatz der Informiertheit

Der in Art. 103 Abs. 1 GG gewährte Anspruch auf rechtliches Gehör stellt die Einflussnahme auf das gerichtliche Verfahren und auf das verfahrensbeendende Urteil sicher. Die Beeinflussung des Verfahrens erfolgt insbesondere durch Anhörungsrechte und die sie ermöglichenden Informationsrechte. Der Anspruch auf rechtliches Gehör schlägt sich insofern auf die richterliche Entscheidung nieder, als der Richter eine Pflicht zur Berücksichtigung des Vorgetragenen hat.<sup>827</sup> Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist mit der Tatsache verbunden, dass ein Dritter, der Richter, entscheidungsbefugt in einer fremden Sache ist und das Verfahren, innerhalb dessen die Entscheidung ergeht, leitet.

Im Unterschied dazu trägt der Mediator keine Verantwortung für den Inhalt der Konfliktbearbeitung und -lösung. Daraus ergibt sich, dass in gerichtlichen Verfahren, die der gerichtlichen Mediation zugeführt werden, und in denen der Amtsermittlungsgrundsatz gilt, dieser im Mediationsverfahren selbst keine Anwendung findet.<sup>828</sup> Diese Verantwortung ist den Konfliktparteien auferlegt. Einen wichtigen Grundsatz der Mediation stellt daher der Grundsatz der Informiertheit dar. Dieser besagt, dass die Konfliktparteien über die entscheidungserheblichen Tatsachen und die Rechtslage umfassend informiert sein müssen.<sup>829</sup> Die Kenntnis der entscheidungserheblichen Informationen ist die Basis für die Erarbeitung einer interessenorientierten Lösung durch die Konfliktparteien.<sup>830</sup> Jede Konfliktpartei sollte zudem wissen, welche Vor- und Nachteile – auch im

825 Die Evaluation des bayerischen Modellprojekts ergab, dass die Richtermediatoren der Auffassung waren, die Vereinbarungen fielen eher zugunsten der Kläger aus. Demgegenüber sahen die Behördenvertreter stärker ihre Interessen in den Vereinbarungen geregelt als andere Personen. Dies kann als Indiz dafür gewertet werden, dass die Konfliktparteien einen eigenen Bewertungsmaßstab anlegen (vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 73 f. und 77).

826 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 231.

827 Vgl. o. zum Anspruch auf rechtliches Gehör im sozialgerichtlichen Verfahren C. III. 5. a).

828 A. A. *Dürschke*, SGB 2001, S. 532, 533.

829 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 114.

830 Vgl. *Hartmann*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 44, Rdnr. 1.

Vergleich mit dem auf gerichtlichen Weg erzielbare Urteil – mit der Vereinbarung einhergehen.<sup>831</sup> Die umfassende Informiertheit stellt auch sicher, dass die konfliktbeilegende Vereinbarung nachhaltig Akzeptanz findet. Die Aufgabe des Mediators besteht daher darin, den Informationsfluss zwischen den Konfliktparteien zu unterstützen. Dazu gehört es auch, Informationsdefizite aufzudecken und abzubauen.<sup>832</sup> Voraussetzung hierfür ist es, dass sich die Konfliktparteien in der Lage sehen, die regelungsbedürftigen Interessen und die damit zusammenhängenden Informationen offen mitzuteilen. Es ist daher auch Aufgabe des Mediators, alle die Offenheit störenden Faktoren auszuschalten oder zumindest abzumildern.<sup>833</sup>

Der Grundsatz der Informiertheit steht in einem Spannungsverhältnis zur Neutralität des Mediators, wenn die Konfliktparteien am Fachwissen des Mediators partizipieren wollen.<sup>834</sup> Bezogen auf sein juristisches Fachwissen trifft diese Situation Richtermediatoren gleichermaßen wie Anwaltmediatoren, d. h. Rechtsanwälte, die als Mediatoren tätig sind. Stellt der Mediator (auf Nachfrage der Konfliktparteien) fachliche Informationen zur Verfügung, müssen diese unverbindlich sein.<sup>835</sup>

#### d) Selbstbestimmung der Konfliktparteien

Der Grundsatz der Selbstbestimmung bezieht sich sowohl auf das Verfahren als auch auf den Inhalt der Vereinbarung, mit der die Mediation abgeschlossen wird. Damit die Konfliktparteien ihren Konflikt selbstbestimmt bearbeiten und lösen können, müssen die Parteien aktiv am Prozess beteiligt sein. Sie müssen in rechtlicher, tatsächlicher und intellektueller Hinsicht in der Lage sein, verbindliche Entscheidungen zu treffen und eine Vereinbarung einzugehen. Wichtig ist auch die Verhandlungsfähigkeit der Konfliktparteien. Voraussetzung für die Verhandlungsfähigkeit ist es, in der Verhandlung »firm and fair« zu sein, d. h. die notwendige Festigkeit zu haben, ihre »zentralen Interessen wahrzunehmen und zu

831 Vgl. *Bastine/Link/Lörch*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), *Mediation: Die andere Scheidung*, S. 186, 199.

832 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 12, Rdnr. 116.

833 Vgl. *Hartmann*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 44, Rdnr. 2. Wenn eine Konfliktpartei bestimmte Informationen auch im Rahmen des Mediationsverfahrens nicht preisgeben möchte oder kann, gibt es zumindest im Einzelgespräch die Möglichkeit eine Klärung herbeizuführen (vgl. *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, S. 247).

834 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 12, Rdnr. 117.

835 Zur inhaltlichen Intervention des Richtermediators s. o. C. V. 3. b).

vertreten« (»firm«) und zugleich »einen gerechten Interessenausgleich zu entwickeln und vorzunehmen (»fair«).<sup>836</sup>

Der Grundsatz der Selbstbestimmung verlangt auch ein gewisses Gleichgewicht zwischen den Konfliktparteien. Entsprechend gibt Art. 3 Satz 4 des europäischen Verhaltenskodexes dem Mediator die Pflicht auf, auch eine ungleiche Machtverteilung zwischen den Konfliktparteien zu berücksichtigen. Formal sind die Konfliktparteien auch in der sozialgerichtsinternen Mediation wie im Gerichtsverfahren gleichgestellt. Ist die Behörde während eines Verwaltungsverfahrens »Herrin des Verfahrens«,<sup>837</sup> so besteht im gerichtlichen Verfahren zwischen Kläger und Beklagtem eine prozessuale Gleichordnung. Diese Situation bleibt grundsätzlich während der gerichtlichen Mediation, als ein während des Gerichtsverfahrens zwischengeschaltetes Verfahren, bestehen.

Ein Machtungleichgewicht kann bei formaler Gleichordnung dennoch gegeben sein. Der Begriff des Machtungleichgewichts ist mehrdeutig und wird in der Mediationsliteratur selten spezifiziert, obgleich es vielfach als ein Grund gegen die Durchführung einer Mediation vorgebracht wird.<sup>838</sup> Nach *Max Weber* bedeutet Macht »jede Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.«<sup>839</sup> In dieser Definition wird von der Quelle der Macht abstrahiert. Daraus ergibt sich, dass Macht aus unterschiedlichen Quellen gespeist wird. Im Falle der gerichtlichen Mediation kann sich Macht beispielsweise aus der Rechtslage ergeben. Hierzu gehört der voraussichtliche Ausgang des gerichtlichen Verfahrens oder, sofern die Mediation bereits in der Berufungsinstanz stattfindet, der tatsächliche Ausgang des erstinstanzlichen Verfahrens in Zusammenschau mit dem vermuteten Ausgang des Berufungsverfahrens. Die Rechtslage ist aber nur dann ein Machtfaktor, wenn der Verhandlungsgegenstand tatsächlich in die Verfügungsmacht des Gerichtes fällt, wenn also einer Konfliktpartei das, was sie erreichen will oder zumindest eine rechtlich fassbare Alternativposition<sup>840</sup> zugesprochen werden kann.<sup>841</sup> Voraussetzung ist außerdem, dass die Konfliktpartei von

836 *Bastine/Link/Lörch*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), *Mediation: Die andere Scheidung*, S. 186, 199.

837 Vgl. *von Wulffen*, in: *ders.*, *SGB X*, § 10, Rdnr. 7.

838 Vgl. bspw. *Alexander/Ade/Olbrisch*, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 205 und *Ewig*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 31, Rdnr. 60. Gegen eine zu pauschale Betrachtung *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 41.

839 *Weber*, *Wirtschaft und Gesellschaft*, Erster Teil, I § 16.

840 Beispielsweise ein Schadensersatz als Alternative zu einer Entschuldigung.

841 Vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, S. 105.

der ihr günstigen Rechtslage weiß. Insofern besteht bei sozialrechtlichen Streitigkeiten für die Verwaltungsbehörden der Vorteil, dass sie jeweils über ihren eigenen Rechtsstab verfügen. Für die beteiligten natürlichen Personen hängt angesichts des komplexen Rechtsgebiets die Kenntnis der eigenen Rechtsposition und damit Verhandlungsposition und teilweise auch ihre Verhandlungsmacht demgegenüber vom Zugang zur Rechtsberatung ab.<sup>842</sup> Eng damit verbunden ist die Fähigkeit, die während der Mediation anfallenden Kosten zu tragen. Diese Transaktionskosten umfassen nicht nur die finanzielle, sondern auch die emotionale Belastung. Kann eine Konfliktpartei Transaktionskosten leicht tragen, verfügt sie über eine größere Verhandlungsmacht.<sup>843</sup> Auch die Einstellung zum Risiko kann zu einem Machtungleichgewicht führen. Gemeint ist damit die Risikotoleranz der Konfliktparteien, wenn beispielsweise wegen Beweisschwierigkeiten die Rechtslage unklar ist. Ist eine Konfliktpartei risikofeindlicher als die Gegenpartei, so ist die unklare Situation über den Ausgang des gerichtlichen Verfahrens ein Verhandlungsnachteil.<sup>844</sup> Die Einstellung zum Verhandlungsgegenstand beeinflusst ebenfalls die Verhandlungsfähigkeit. So geht es beispielsweise bei zahlreichen sozialrechtlichen Streitigkeiten für den Leistungsberechtigten um existentielle Dinge, die persönliche Bedeutung für ihn haben, während die ihnen als Verhandlungspartner gegenüber stehenden Behördenvertreter die Interessen ihrer Behörde wahrnehmen. Zugleich eröffnet diese persönliche Betroffenheit einer Konfliktpartei auch die Möglichkeit, gegenüber der anderen einen emotionalen Druck aufzubauen. Schließlich haben das Verhandlungsgeschehen, ein Informationsvorsprung und die Erfahrung Einfluss auf die Verhandlung.<sup>845</sup>

Der Grund, weshalb bei Bestehen eines Machtungleichgewichts die Mediation für ungeeignet gehalten wird, liegt in der Tatsache begründet, dass aus einem bestehenden Machtungleichgewicht eine ungleiche Verhandlungsmacht gefolgt wird. »Einer der wesentlichsten Einwände gegen die Behandlung von Konflikten durch Mediation ist die befürchtete Konsequenz, daß die ‚stärkere‘ Partei sich nicht auf kooperatives Verhandeln einläßt, ihre Strategie dagegen kompetitiv ausrichtet und dadurch (noch mehr) die Gelegenheit erhält, ihre Vorteile auszu-

842 Vgl. ebd. S. 105 f.

843 Vgl. ebd. S. 107 f.

844 Vgl. ebd. S. 106 f.

845 Vgl. ebd. S. 110 f. *Breidenbach* erwähnt auch die Öffentlichkeit als Machtfaktor. Ist der Konflikt öffentlichkeitswirksam so ist die Drohung, die Öffentlichkeit zu informieren, strategisch einsetzbar (s. ebd. S. 109 f.). Vgl. aber auch *Hegenbarth*, in: *Blankenburg/Klaus/Rottleuthner* (Hrsg.), *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht*, S. 48, 64, der darauf hinweist, dass der Einsatz der ‚Waffe‘ der Öffentlichkeit den strategischen Vorteil auch ins Gegenteil verwandeln kann: Gegen eine kritische Öffentlichkeit kann nur die verbindliche gerichtliche Klärung helfen.

spielen.«<sup>846</sup> Dass Verhandlungsmacht unterschiedlich ausgeprägt ist und daher auch ungleich verteilt sein kann, ist zunächst nicht mehr als eine Feststellung. Dahinter steckt aber eine andere Vermutung: Es wird angenommen, dass derjenige, der über Macht verfügt, seine Position auch durchsetzen wird. Zugleich wird gesagt, dass derjenige, der sich durchsetzt, eben auch Macht hat.<sup>847</sup> Sinnvoller ist es, ungleiche Machtverhältnisse, worauf immer sie beruhen, als etwas wahrzunehmen, das in jeder Verhandlung und Mediation wirken kann, aber sich nicht notwendig auch im Ergebnis niederschlagen muss.<sup>848</sup> Das Machtungleichgewicht und das daraus geschlossenen Verhandlungsungleichgewicht ist keine statische Größe, sie wandelt sich vielmehr durch Einsicht in die Positionen der anderen Konfliktpartei sowie durch eine neue gewonnene Sicht auf die eigenen Interessen.<sup>849</sup>

Nichtsdestotrotz kann ein großes Machtgefälle zwischen den Konfliktparteien ein selbstbestimmtes und freiwilliges Mediationsverfahren unterminieren. Dies gilt nicht nur für die Mediation, sondern für jede Form der Verhandlung, d. h. auch eine richterliche Vergleichsverhandlung. Sofern an der Verhandlung der Staat beteiligt ist, schützt das Recht den Bürger vor einer Übermacht des Staates, indem es ihm subjektive Rechte einräumt, über die die handelnde Behörde nicht einfach hinweg sehen darf. Ein Mediationsverfahren ist keine Einladung zu einem rechtswidrigen Handeln.<sup>850</sup>

Ist eine Konfliktpartei nicht in der Lage, ihre Interessen wegen eines extremen und zu seinen Ungunsten bestehenden Machtungleichgewichts angemessen zu vertreten, kann dies durch die Begleitung insbesondere durch einen Rechtsanwalt oder einen anderen Bevollmächtigten gewährleistet werden.<sup>851</sup> So liefert die anwaltliche Beratung und Begleitung in der gerichtlichen Mediation einen Beitrag zur Ausbalancierung eines Kräfteungleichgewichts beispielsweise durch fehlende Kenntnis der Rechtslage und damit der eigenen Rechte oder ein mangelndes Verhandlungsgeschick für natürliche Personen gegenüber einer Behörde oder einem Unternehmen. Diese anwaltliche Tätigkeit unterscheidet sich von der herkömmlichen Vorgehensweise: Statt einer Einschätzung der Erfolgsaussichten des Rechtsstreits und der Vertretung vor Gericht und gegenüber Personen verlangt die Begleitung in der Mediation einen Beitrag zur zukunftsorientierten Regelung

846 Breidenbach, Mediation, S. 102.

847 Vgl. ebd.

848 Vgl. ebd. S. 103.

849 Vgl. ebd. S. 232.

850 S. u. C. IV. 4.

851 Vgl. Mähler/Mähler, in: Duss-von Werdt/Mähler/Mähler (Hrsg.), Mediation: Die andere Scheidung, S. 53, 57.

des konkreten Konflikts durch einen Konsens zwischen den Konfliktparteien. Exemplarisch muss der Anwalt seinem Mandanten für folgende Fragen beratend zur Seite stehen:<sup>852</sup>

- Welche Vor- und Nachteile hat die im Mediationsprozess gewonnene Lösung in Relation zum Auslegungsspektrum des materiellen Rechtes und des weiter zu führenden Gerichtsverfahrens?
- Inwieweit weicht die Regelung von gesetzestypischen Regelungen ab und gibt es hierfür legitimierende Begründungen?
- Lässt sich ein expliziter oder impliziter Rechtsverzicht im Hinblick auf anderweitige Vorteile rechtfertigen?
- Welche rechtlichen Konsequenzen wurden bisher nicht bedacht? Sind rechtswahrende Formen eingehalten worden?
- Inwieweit können das Gesetz und die dem Gesetz zugrunde liegenden Rechtsprinzipien genutzt werden, um Interessen des Mandanten besser zu verdeutlichen?
- Sind alle Zukunftsperspektiven bedacht? Gibt es Alternativen zwischen einer »sicheren« und »gerechteren« Regelung? Welches sind die jeweiligen rechtlichen Konsequenzen?
- Welche weiteren (besseren?) Möglichkeiten bietet das Recht, um den Interessen des Mandanten rechtliche Gestalt zu geben? Sind alle vertragstypischen Gestaltungsalternativen bedacht?
- Sind alle rechtlichen Grenzen beachtet?

Ein ausschließlich kompetitiv denkender Rechtsanwalt – wie auch ein Vertreter – kann hingegen das Mediationsverfahren torpedieren,<sup>853</sup> denn zur »Fairness gehören Kooperationsbereitschaft, die Bereitschaft zur Offenheit und das Anerkennen der berechtigten Interessen des Anderen.«<sup>854</sup> An Fairness fehlt es nicht nur, wenn eine Konfliktpartei seine Position nicht aufgeben und seine Interessen ausschließlich auf Kosten der anderen durchsetzen will, sondern auch wenn sein Rechtsanwalt so handelt. An der Kooperationsbereitschaft kann es bei Vertretern

852 Die Aufzählung ist *Mähler/Mähler*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), *Mediation: Die andere Scheidung*, S. 53, 57 entnommen und unter Berücksichtigung der Besonderheiten der sozialgerichtlichen Mediation abgewandelt. Zur Beteiligung von Rechtsanwälten in der gerichtlichen Mediation s. a. *Hückstädt*, NJW 2005, S. 289, 294 f.; *Neuenhahn/Neuenhahn*, NJW 2005, S. 1244, 1246 f.; *Wegener*, SchIHA 2007, S. 138, 139 ff. und *Wegener*, ZKM 2006, S. 140, 141 f.

853 Vgl. *Voß*, in: *Johlen/Oeder* (Hrsg.), *Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht*, § 3, Rdnr. 67.

854 *Bastine/Link/Lörch*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hrsg.), *Mediation: Die andere Scheidung*, S. 186, 199.

auch fehlen, wenn sie nur einen eingeschränkten Verhandlungsspielraum haben, d. h. – bildlich gesprochen – an der kurzen Leine gehalten werden.<sup>855</sup> Für die Verfahren in der Sozialgerichtsbarkeit bedeutet dies beispielsweise, dass die Vertreter der Behörden mit einer ausreichenden Vollmacht ausgestattet sein müssen bzw. diejenigen Personen teilnehmen müssen, die tatsächlich die Befugnis haben, über eine Vereinbarung verbindlich zu entscheiden.<sup>856</sup>

#### e) Grundsatz der Vertraulichkeit

Die gerichtsinterne Mediation ist im Gegensatz zur mündlichen Verhandlung nicht öffentlich. Der Ausschluss der Öffentlichkeit hat denselben Zweck wie beim Erörterungstermin. »Die Erfahrung zeigt, dass ohne die Gefahr, in den Medien zitiert zu werden, größere Bereitschaft der Beteiligten besteht, über Hintergründe einer Streitsache zu reden, deren Kenntnis für die Herbeiführung einer gütlichen Einigung oftmals hilfreich ist.«<sup>857</sup> Da jede Mediation in sich die Möglichkeit birgt, dass sie ergebnislos endet und im Anschluss der Konflikt bei einem Gericht anhängig gemacht wird bzw. im Falle der gerichtsinternen Mediation das gerichtliche Verfahren wieder aufgenommen wird, reicht der Ausschluss der Öffentlichkeit alleine nicht aus. Die Offenlegung von Informationen und die Einbeziehung der Bedürfnisse und Gefühle bedürfen ihres Schutzes. Es muss verhindert werden, dass Informationen, die im Rahmen des Mediationsverfahrens offenbart wurden, nunmehr gegen die offenbarende Konfliktpartei verwendet werden. Der Grundsatz der Vertraulichkeit beugt einem solchen Missbrauch vor.<sup>858</sup>

Dabei sind zwei Situationen von einander zu unterscheiden. Die eine Situation bezieht sich auf das später drohende bzw. weitergeführte gerichtliche Verfahren. Hier bedarf es eines Schutzes vor der Gefahr, dass vertrauliche Informationen durch die andere Konfliktpartei, insbesondere auch durch eine Zeugenaussage des Mediators,<sup>859</sup> eingebracht werden. Die gegenseitige Verpflichtung zur Ver-

855 Vgl. *Thomas*, ZKM 2005, S. 80, 81.

856 *Alexander/Ade/Olbrisch*, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 206. Zur so genannten »Delegiertenproblematik« s. a. *Thomas*, ZKM 2005a, S. 80, 80 ff. und *Thomas*, ZKM 2005b, S. 112, 112 ff.

857 *Geiger*, BayVB1 2008, S. 858, 586.

858 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 12, Rdnr. 120.

859 Vgl. ebd. Rdnr. 126 ff.

traulichkeit ist zu Beginn der Mediationssitzung regelbar.<sup>860</sup> Die andere Situation besteht in der Nutzungsgefahr der Information selbst, also unabhängig von einem Gerichtsverfahren. Es geht um die Frage, wie verhindert werden kann, dass eine Konfliktpartei eine für sie vorteilhafte Information, von der sie durch das Mediationsverfahren Kenntnis erhalten hat, nutzt. Als Beispiel kann eine Verhandlung über offen stehende Schulden dienen,<sup>861</sup> in deren Rahmen sich die Konfliktparteien auf die Zahlung einer bestimmten Summe und verschiedene Umschuldungsmodalitäten verständigen. Wenn der Schuldner nun in der Mediation offen legt, dass er Eigentümer eines Grundstückes im Ausland ist, das dem Gläubiger bisher unbekannt war, ergibt sich im Hinblick auf die Vertraulichkeit das Problem, dass bei Fehlschlagen der Mediation der Gläubiger in das ihm nun bekannte Grundstück vollstrecken kann, ohne dass die Verschwiegenheitsverpflichtung dem entgegensteht. Für den Abschluss der Vereinbarung bedarf es noch einer Sicherheit des Schuldners. Schutz kann hier beispielsweise die Vereinbarung von Sanktionen bieten. Ist Vertragspartner eine Behörde, stehen solche Abreden unter dem Vorbehalt ihrer Rechtmäßigkeit.<sup>862</sup> Hier spielt insbesondere der Amtsermittlungsgrundsatz im verwaltungsrechtlichen Verfahren eine Rolle.<sup>863</sup> Anders als der Amtsermittlungsgrundsatz beispielsweise des sozialgerichtlichen Verfahrens, der vor allem der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG geschuldet ist, steht der Grundsatz im verwaltungsrechtlichen Verfahren insbesondere im Licht des Rechtsstaatsprinzips sowie des sich daraus ergebenden öffentlichen Interesses an der Gesetzeskonformität und sachlichen Richtigkeit des Verwaltungshandelns.<sup>864</sup> Die Behörde ist verpflichtet, ihr bekannt gewordene Tatsachen ihren Entscheidungen zugrunde zu legen.

Im Falle der sozialgerichtsinternen Mediation ergeben sich im Hinblick auf die Vertraulichkeit somit zweierlei Probleme. Das eine bezieht sich auf das wiederaufgenommene gerichtliche Verfahren. Hier muss sichergestellt werden, dass der Richtermediator oder ein Rechtsbeistand von den Konfliktparteien nicht als Zeuge genannt wird. Da das Gericht aber nicht an die Beweisanträge der Beteiligten gebunden ist und aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes selbst über den Umfang der zu erhebenden Beweise bestimmt,<sup>865</sup> muss auch sichergestellt werden, dass der Untersuchungsgrundsatz die zugesicherte Vertraulichkeit

860 Vgl. das Muster der Vereinbarung zur Durchführung einer Mediation *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen* (Hrsg.), *Sozialgerichtliche Mediation in Bayern*, S. 62, Ziff. 2.

861 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 12, Rdnr. 131.

862 S. o. C. IV. 4.

863 Vgl. *Härtel*, *JZ* 2005, S. 753, 761 f.

864 Vgl. *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, § 24, Rdnr. 10.

865 S. o. C. III. 5. e).

wahrt. In diesem Zusammenhang steht beispielsweise die Forderung, Mediatoren gesetzlich ein Zeugnisverweigerungsrecht einzuräumen.<sup>866</sup> Das zweite Problem besteht, wenn ein Träger öffentlicher Gewalt im Rahmen einer Mediationsvereinbarung aufgrund verfassungsrechtlicher Vorgaben keine Zusicherungen zum Beispiel in Form von Sanktionsvereinbarungen machen kann. Hier bedarf derjenige, der seine Informationen preisgeben soll, vor allem einer rechtlichen Beratung. Dies zeigt erneut, wie wichtig in der gerichtlichen Mediation die rechtsanwaltliche Begleitung natürlicher Personen ist.

## 6. Zwischenergebnis

Im Fokus des Teil C. steht die Darstellung des sozialgerichtlichen Verfahrens und der gerichtlichen Mediation. Betrachtet wurden in den vorausgegangenen Kapiteln insbesondere die Verfahrensgrundsätze beider Verfahren und die unterschiedlichen Wesensgehalte der Tätigkeit eines Sozialrichters und eines Richtermediators. An dieser Stelle sollen nun die eingangs aufgeworfenen Fragen nach der Geltung und Reichweite der sozialgerichtlichen Verfahrensgrundsätze im Mediationsverfahren und danach, ob die Tätigkeit als Richtermediator als Teil der Rechtsprechung zu bewerten ist, wieder aufgegriffen werden.

### a) Tätigkeit des Richtermediators als Rechtsprechungsaufgabe

Ist die Durchführung einer Mediation in einer Angelegenheit, für die der Richtermediator selbst nicht als gesetzlicher Richter berufen ist, rechtsprechende Tätigkeit? Die Untersuchung der Begriffsmerkmale konnte zeigen, dass ein wesentliches Merkmal der Rechtsprechung die Einbeziehung eines unbeteiligten Dritten ist. Dieses Kriterium ist zugleich ein wesentliches Merkmal der Mediation wie auch für andere triadische Konfliktbeilegungsverfahren. Die gerichtliche Mediation erfüllt aber auch die anderen oben herausgearbeiteten wesentlichen Kriterien der Rechtsprechung.<sup>867</sup> Der Richtermediator wird in einem Konflikt tätig, der sich in rechtliche Kategorien einkleiden lässt und potentiell zu einer richterlichen Entscheidung führen kann, da die Konfliktparteien jederzeit das Mediationsverfahren beenden und das Klageverfahren wieder aufnehmen können.

Zur Beantwortung der Frage, ob die gerichtliche Mediation Rechtsprechungstätigkeit ist, hilft die Begriffsbestimmung der Rechtsprechung durch das

866 S. hierzu u. D. V. 5.

867 S. o. C. II. 1. b).