

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).

BVerfG hingegen nicht weiter. Dieses zieht hierfür ganze Zuständigkeitsbereiche heran wie zum Beispiel den Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG.<sup>868</sup> Damit ist aber noch nichts darüber ausgesagt, ob eine konkrete Tätigkeit eines Richters im Rahmen eines solchen Verfahrens – beispielsweise die Inaugenscheinnahme einer Urkunde, die Belehrung eines Zeugen oder die Protokollierung eines Vergleichsvorschlags – eine rechtsprechende Tätigkeit ist.

Entscheidend ist somit, ob die Wahrnehmung der Vermittlungsaufgabe als Rechtsprechung gewertet werden kann. Die gütliche Streitbeilegung im Rahmen einer richterlichen Vergleichsverhandlung wird man als traditionelle Rechtsprechungsaufgabe werten können. »Die gütliche Beilegung von Rechtsstreiten spielt erfahrungsgemäß in der gerichtlichen Praxis eine erhebliche Rolle. Sie gehört neben der Entscheidung durch Urteil zu den bedeutungsvollsten Aufgaben des Richters und ist daher ebenso wie der Rechtsprechung dem Kernbereich richterlicher Tätigkeit zuzuordnen.«<sup>869</sup>

Vergleicht man die Tätigkeit des Richtermediators mit der richterlichen Vergleichstätigkeit, lässt sich kein Wesensmerkmal ermitteln, aus dem die Einstufung als Nicht-Rechtsprechungstätigkeit folgt. Insbesondere kann der Hinweis darauf, dass die Vergleichsverhandlung im Gegensatz zum gerichtlichen Mediationsverfahren zugleich der Erörterung der Sach- und Rechtslage diene und ggf. mangels Einigung dem Urteil zugrunde gelegt werden könne, nicht überzeugen.<sup>870</sup> Zwar ist es in der Tat richtig, dass ein Richter Informationen, die er im Rahmen seiner gütlichen Vergleichsbemühungen erhält, auch anschließend verwerten kann und seine erfolglose Vermittlungstätigkeit somit »nicht umsonst« war. Diese sich aus der Personenidentität von Vermittler und Richter ergebende Folge ist aber nicht der eigentliche Zweck der Vermittlungstätigkeit eines Richters.<sup>871</sup> Vielmehr stehen die richterlichen Bemühungen um eine gütliche Einigung zwischen Kläger und Beklagtem im Vordergrund.

868 Die Bundesregierung macht die Qualifizierung der gerichtlichen Mediation als Rechtsprechung unter Hinweis auf die Rechtsprechung des BVerfG von der konkreten Ausgestaltung der gerichtlichen Mediation abhängig (vgl. Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage zur Mediation in Deutschland (BT-Drs. 16/9676) auf die Frage 10, S. 5). In der Begründung zum Entwurf für ein Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung wird ausgeführt, dass die richterliche Mediation nicht der Justizverwaltung zuzurechnen, sondern als richterliche Tätigkeit eigener Art anzusehen sei, die nicht die Streitentscheidung als Kernelement der Rechtsprechung enthält« (BT-Drs. 17/5335, S. 30). Zum Rechtsprechungsbegriff des BVerfGE s. o. C. II. 1. a).

869 BGHZ 47, 275, 287; vgl. auch *Wolf*, ZZZ 1976, S. 260, 270.

870 So *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, 3244.

871 Vgl. *Greger*, ZKM 2003, S. 240, 244. *Orloff*, in: FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, S. 541, 546; *Walther*, ZKM 2005, S. 53, 55 und *Klose*, ZKM 2005, S. 146, 148 lehnen

Der einzige Aspekt, der gegen die Wertung als rechtsprechende Tätigkeit spricht, ist die Tatsache, dass im Unterschied zur richterlichen Vergleichsverhandlung die potentielle Entscheidung nicht durch den Richtermediator erfolgen kann, da er nicht zugleich gesetzlicher Richter ist. Dies ist – wie gezeigt werden konnte – der wesentliche Unterschied zum schlichtenden Richter und zugleich die besondere Stärke der gerichtlichen Mediation. Aber auch dieser Gesichtspunkt ist als Gegenargument nicht überzeugend, da das Prozessrecht für das Tätigwerden eines Richters, der nicht in der Sache entscheidungsbefugt ist, in begründeten Fällen offen ist, wie das Beispiel des ersuchten Richters zeigt.<sup>872</sup> So wie beim ersuchten Richter, der im Rahmen der Rechtshilfe tätig wird, erfolgt auch der Einsatz eines Richtermediators nicht willkürlich, sondern aus bestimmten Gründen. Sein Tätigwerden liegt in der Tatsache begründet, dass die Herbeiführung einer einvernehmlichen Lösung zwischen zwei Konfliktparteien mit der Befugnis des unbeteiligten Dritten, in der Sache zu entscheiden, unvereinbar ist.<sup>873</sup> Ist der richterliche Schlichtungsversuch eine Kernaufgabe der rechtsprechenden Gewalt, so kann es nicht darauf ankommen, ob der Richter beim Scheitern eines Güteversuchs in der Sache auch zur Entscheidung befugt ist.<sup>874</sup>

hingegen eine Bewertung als Rechtsprechung aufgrund der fehlenden Entscheidungsmacht ab. *Pitschas* betrachtet die Tätigkeit der gerichtlichen Mediation weder als Rechtsprechungstätigkeit noch als Tätigkeit der Gerichtsverwaltung (vgl. *Pitschas*, in: *ders./Walther* (Hrsg.), *Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 33, 35 f.). *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, 3244 werten die gerichtliche Mediation als ein alid. Auch die ZPO-Kommission des Deutschen Richterbundes sieht die Mediation durch einen Richter weder als eine Rechtsprechungs- noch eine Verwaltungsaufgabe, sondern als eine gerichtliche Betätigung eigener Art an (vgl. Eckpunkt 5 der ZPO-Kommission des Deutschen Richterbundes in seinem Eckpunktepapier von November 2009; s. hierzu auch *Reichling*, DRiZ 2010, S. 44, 44 f.). *Bader*, *Gerichtliche Mediation am Verwaltungsgericht*, S. 135 ff. bewertet die Tätigkeit des Richtermediators im Wege der Negativbestimmung als privatrechtliches Handeln.

872 Vgl. hierzu u. D. III. 1.

873 Als Rechtsprechung wird die gerichtliche Mediation auch von *Bargen*, DVBl 2004, S. 468, 474; *Löer*, ZKM 2005, S. 182, 185; *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 366 und *Hess*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Gutachten F, F 135 f., These 3 gewertet. *Brändle/Schreiber*, BJ 2008, S. 351, 353 machen die Zuordnung als richterliche Tätigkeit oder als Verwaltungstätigkeit von der konkreten Ausgestaltung der Mediationstätigkeit abhängig. Richterliche Tätigkeit liege dann vor, wenn das Verfahren nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO abgegeben würde.

874 Vgl. von *Bargen*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 38, Rdnr. 18. Die Wertung der Mediationstätigkeit als Rechtsprechungstätigkeit führt nicht dazu, dass sich Richtermediatoren auf das Spruchrichterprivileg des § 839 Abs. 2 Satz 1 BGB berufen können, denn das Haftungsprivileg umfasst nur die Spruchrichterprivileg, die der Rechtskraft fähig ist (vgl. *Kramarz*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, § 839, Rdnr. 46 f.). Privilegiert wird somit nur ein kleiner Ausschnitt richterlicher Tätigkeit. Da der Richtermediator keine Entscheidung trifft, die Rechtskraft entwickeln kann, zählt seine Tätigkeit nicht zu der privilegierten Tätigkeit. Auch eine Mediationsvereinbarung, die im

Umgekehrt kann die richterliche Mediation auch nicht unter Bezugnahme auf das Prinzip der Gewaltenteilung als Verwaltungstätigkeit klassifiziert werden. Die Tatsache, dass sich die Verwaltung unter der Geltung des Sozialstaats- und des Demokratieprinzips als gegenüber dem Bürger kooperativ versteht, macht die Tätigkeit als Richtermediator nicht zu einer Verwaltungstätigkeit.<sup>875</sup> Bei dieser Argumentation werden zwei unterschiedliche Aspekte – die Kooperationsbereitschaft und die Kooperationsförderung – miteinander vermengt: Den Bürger als gleichwertigen Verhandlungspartner anzuerkennen und zwischen zwei Konfliktparteien vermittelnd tätig zu sein, sind zwei unterschiedliche Sachverhalte. Die Vermittlung zwischen Konfliktparteien und damit die Förderung einer kooperativen Konfliktlösung ist dabei grundsätzlich einem unbeteiligten Dritten vorbehalten und von jeher ein richterlicher Auftrag. Ebenso führen die zahlreichen Informations-, Fürsorge- und Betreuungspflichten, die der Verwaltung während eines Verwaltungsverfahrens obliegen, zu keiner anderen Einschätzung,<sup>876</sup> denn sie gelten unabhängig davon, ob eine Verwaltung kooperativ oder hoheitlich handelt.<sup>877</sup>

Anschluss als Prozessvergleich protokolliert wird, ist nicht rechtskraftfähig, weshalb auch ein am Prozessvergleich mitwirkender Richter nicht privilegiert ist; s. a. *Koch*, NJ 2005, S. 97, 100).

875 So *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, § 3244. Dieser Meinung hat sich *Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 34 angeschlossen.

876 So *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, § 3244. Dieser Meinung hat sich *Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 34 angeschlossen.

877 Wird die Tätigkeit eines Richtermediators nicht als Rechtsprechungstätigkeit gewertet, bedarf es einer Zuweisung im Sinne § 4 Abs. 2 DRiG durch ein Gesetz (vgl. *Spindler*, ZKM 2007, S. 79, 80 und *Spindler*, DVBl 2008, S. 1016, 1023; s. a. Eckpunkt 5 der ZPO-Kommission des Deutschen Richterbundes in seinem Eckpunktepapier von November 2009). Dies soll auch »für die der Rechtsprechung inhaltlich nahe stehende außergerichtliche Streitschlichtung oder Mediation« gelten, da sie zur vollziehenden Gewalt gehöre (*Schmidt-Räntsch*, in: DRiG, § 4, Rdnr. 34 unter Bezugnahme auf *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, 3244 f.). Mit Blick auf den Zweck des § 4 DRiG, der mit dem Richteramt unvereinbare Aufgaben im Hinblick auf die Gewaltenteilung regelt, wäre dies zulässig (vgl. *Bader*, Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht, S. 137 ff.). A. A. *Wimmer/Wimmer*, die in ihrer Beurteilung sogar so weit gehen, zu sagen, es sei dem Gesetzgeber aus inhaltlichen Gründen verwehrt, Mediation als Rechtsprechungsaufgabe zu übertragen, da Mediation keine Streitbeilegung durch hoheitliche Fallentscheidung sei (vgl. *Wimmer/Wimmer*, NJW 2007, S. 3243, 3244). Diese Auffassung wird nach den obigen Ausführungen nicht geteilt.

## b) Geltung und Reichweite der sozialgerichtlichen Verfahrensgrundsätze in der gerichtlichen Mediation

Da die gerichtliche Mediation in das gerichtliche Verfahren eingebettet ist, bedarf es einer Betrachtung der Verfahrensprinzipien des sozialgerichtlichen Verfahrens in Reflexion auf die Grundsätze der Mediation. Die Darstellung ihrer Geltung und Reichweite ist nur eine Betrachtungsweise des Zusammenspiels von gerichtlicher Mediation und gerichtlichem Verfahren. Das Zusammenwirken von Gerichts- und Mediationsverfahren wird daher im Teil D. noch einmal aufgegriffen werden, wenn es um die zukünftige Ausgestaltung der sozialgerichtlichen Mediation geht.

Die im sozialgerichtlichen Verfahren geltende Dispositionsmaxime ist Grund und Voraussetzung schlechthin für die gerichtliche Mediation.<sup>878</sup> Die Grundprinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und der freien Überzeugung sind als Prinzipien für gerichtliche Mediation nicht erheblich. Sie beziehen sich unmittelbar auf die richterliche Entscheidung. Besonders deutlich wird dies bei den Grundsätzen der Unmittelbarkeit und der freien Überzeugung, wonach das Gericht, das über den Rechtsstreit entscheidet, auch den dem Urteil zugrunde zu liegenden Sachverhalt und die erhobenen Beweise unmittelbar wahrnehmen und die daraus gewonnene Überzeugung frei bilden soll. Im Hinblick auf den Grundsatz der Mündlichkeit ergibt sich dies nicht ganz so offensichtlich, zumal auch das Mediationsverfahren mit einer wechselseitigen Kommunikation einhergeht, die in der Regel mündlich erfolgt.<sup>879</sup> Die Mediation ist der Grundidee nach auf die von einem Dritten unterstützte Verhandlung zwischen Konfliktparteien aufgebaut. Umso überraschender ist, dass die Mediation selbst keinen Grundsatz der Mündlichkeit besitzt. Der Grund hierfür liegt darin begründet, dass in der Mediation keine Fremdentcheidung erfolgt. Insoweit bedarf es keiner Regelung über die Art und Weise und den Umfang der Kommunikation der Konfliktparteien mit dem Dritten, denn der Dritte ist nie aufgefordert, eine Entscheidung in der Sache zu fällen. Der Prozessgrundsatz der Mündlichkeit ist hingegen darauf gerichtet, die Kommunikation mit dem Dritten sicherzustellen und gewährleistet insoweit

878 Vgl. a. Greger, DRiZ 2008, S. 48, 48.

879 Eine Möglichkeit auch ohne direkte Kommunikation zwischen den Konfliktparteien eine Mediation durchzuführen, ist die so genannte Pendelmediation (Shuttle-Diplomatie). In diesem Fall werden Einzelgespräche mit den Konfliktparteien geführt. Dadurch kann der Mediator Informationen erhalten, die gegenüber der anderen Partei nicht offen gelegt werden. Auf dieser Grundlage vermittelt der Mediator zwischen den Konfliktparteien hin und her und überlegt abwechselnd mit den Einzelparteien Lösungsoptionen und übermittelt diese in geeigneter Form der jeweils anderen Konfliktpartei.

auch den Anspruch auf rechtliches Gehör. Dafür bedarf es bei der Mediation der Sicherstellung, dass die Konfliktparteien in die Lage gesetzt werden, selbst die konfliktbelegenden Entscheidungen zu treffen. Dem dient der Grundsatz der Informiertheit. Dieser hat gegenüber dem Recht auf Information, das aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör folgt, insofern eine andere Ausrichtung.<sup>880</sup> Es dient im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens der Ermöglichung, auf das Verfahren und über die Einflussnahme auf das Verfahren, auf die das Verfahren beendende Entscheidung einzuwirken.

Während die Grundprinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und der freien Überzeugung die richterliche Entscheidung betreffen, bezieht sich der Amtsermittlungsgrundsatz auf das Ob und Wie der Ermittlung des Sachverhaltes, auf den es für die Entscheidung ankommt,<sup>881</sup> und spielt insoweit für die Durchführung eines Mediationsverfahrens ebenfalls keine Rolle.<sup>882</sup> Der Richtermediator ermittelt weder den Sachverhalt noch muss er sich in Bezug auf das ihm gegenüber von den Konfliktparteien Vorgetragene eine Überzeugung bilden. Eine Sachverhaltsermittlung erfolgt im Rahmen einer Mediation nur insoweit, als sie von den Konfliktparteien für ihre Entscheidung als nötig betrachtet wird. Der Mediator sorgt zwar im Hinblick auf den Grundsatz der Informiertheit für den Informationsfluss zwischen den Konfliktparteien, wird aber nicht selbst im Sinne einer Informationsbeschaffung aktiv. Die gegenseitig offenbarten Informationen werden dabei unter der Prämisse der Vertraulichkeit gegeben. Endet ein Mediationsverfahren und wird das Klageverfahren wieder aufgenommen, tritt im Hinblick auf den dann wieder geltenden Amtsermittlungsgrundsatz eine mögliche Schwierigkeit zutage. Im Rahmen der Sachverhaltsermittlung des wieder aufgenommenen Gerichtsverfahrens bedarf es einer Sicherstellung zugesicherter Vertraulichkeit.

Die Vertraulichkeit ist ein wesentliches Merkmal der Mediation.<sup>883</sup> Sofern die Förderung einer konsensualen Streitbeilegung die Vertraulichkeit voraussetzt, ist der Ausschluss der Öffentlichkeit daher unabdingbare Voraussetzung. Der Grundsatz der Öffentlichkeit besagt, dass die mündliche Verhandlung und die Urteilsverkündung öffentlich sein müssen. Da auch der Erörterungstermin ohne die Öffentlichkeit stattfindet, bestehen insoweit keine rechtsstaatlichen Bedenken

880 Zum Informationsrecht s. o. C. III. 5. a) und zum Grundsatz der Informiertheit im gerichtlichen Mediationsverfahren s. o. C. V. 5. c).

881 Zu den Grundprinzipien der Mündlichkeit, Unmittelbarkeit und der freien Überzeugung der richterlichen Entscheidung s. o. C. III. 5. f) und zum Amtsermittlungsgrundsatz s. o. C. III. 5. e).

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

883 Vgl. o. B. IV. 1. c) und C. V. 5. e).

in der gerichtlichen Mediation aus Gründen der Vertraulichkeit die Öffentlichkeit auszuschließen.<sup>884</sup>

Die Ansprüche auf einen effektiven Rechtsschutz nach Art. 19 Abs. 4 GG und auf rechtliches Gehör dienen dem Schutz des Einzelnen und zwar im Hinblick darauf, dass er zur Durchsetzung seiner subjektiven Rechte auf die Gerichte angewiesen ist und diese eine verbindliche Entscheidung über sein (vermeintliches) Recht treffen können. Insoweit gebieten diese verfassungsrechtlich gewährten Ansprüche eine behutsame Ausgestaltung der als Alternative zum streitigen Verfahren angebotenen sozialgerichtlichen Mediation. Sie spielen in Bezug auf die gerichtliche Mediation vor allem eine Rolle, wenn es um die Frage geht, ob sie auch gegen den Willen des Einzelnen angeordnet werden soll.

Ähnliches gilt für die Konzentrationsmaxime. Gerichtliche Mediation hat das Potenzial, gerichtliche Verfahren zu beschleunigen. Ein Ziel, das mit jeder gütlichen Beilegung verfolgt wird. Da im sozialgerichtlichen Verfahren im Hinblick auf den Grundsatz der Beschleunigung die besondere Rücksichtnahme auf den Kläger häufig eine Rolle spielt, ist insoweit die Richtermediation eine gute Möglichkeit, schnell den Rechtsfrieden herbeizuführen.<sup>885</sup> Zugleich ist die gerichtliche Mediation im gerichtlichen Verfahren ein Zwischenverfahren, das – im Falle seines Misserfolges – zu einer (weiteren) Verzögerung des Prozesses führt oder hierfür sogar missbraucht werden kann. Unter diesem Aspekt ist die Beachtung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer unfreiwilligen Anordnung einer Mediation umso dringlicher.

## VI. Subjektive Verfahrensgerechtigkeit

Soll mit einem Verfahren eine persönliche oder soziale Befriedung erreicht werden, ist mit dieser Aufgabe unmittelbar der Begriff der Gerechtigkeit ver-

884 Auch das nichtförmliche Verwaltungsverfahren kennt keinen Öffentlichkeitsgrundsatz, weshalb auch bei einem außergerichtlichen Vergleich, den die Beteiligten anschließend zur Niederschrift des Gerichts oder des Vorsitzenden oder des beauftragten oder ersuchten Richters geben können, die Öffentlichkeit ausgeschlossen bleibt. Dies ist auch Ausdruck des Dispositionsgrundsatzes, der auch im sozialgerichtlichen Verfahren gilt. Die Hauptbeteiligten behalten die Verfügungsgewalt über den Streitgegenstand, indem sie jederzeit ohne Mitwirkung des Gerichts den Rechtsstreit beenden können (vgl. o. C. IV. 2.).

885 S. o. C. III. 5. b). Die Evaluation des bayerischen Modellprojekts ergab, dass mit der Mediation die Verfahren im Schnitt nach drei Monaten beendet werden konnten (vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 26).