

## 2. Anwendbarkeit auf das sozialgerichtliche Verfahren

Der Versuch, eine gütliche Einigung zwischen dem Kläger und dem Beklagten herbeizuführen, ist ein allgemeiner Rechtsgedanke des gerichtlichen Verfahrens. So soll im sozialgerichtlichen Verfahren ebenfalls das Gericht in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht sein.<sup>977</sup> Anders als in den anderen Prozessordnungen schweigt das SGG aber über den Gütegedanken im Rahmen gerichtlicher Verfahren und dementsprechend finden sich keine Teilregelungen. Denn Regelungen wie in § 278 Abs. 2 bis 5 ZPO fehlen im SGG. Der Versuch einer gütlichen Beilegung eines Rechtsstreits durch (gerichtsinterne) Mediation kann nur über die Verweisungsnorm des § 202 SGG und entsprechend der analogen Anwendung des § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO vor einem Richtermediator stattfinden, wenn nicht grundsätzliche Unterschiede des sozialgerichtlichen Verfahrens im Vergleich zum Zivilprozess die Durchführung einer gerichtlichen Mediation an einem Sozialgericht ausschließen. Da es dem Sozialrichter auch ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage nicht verwehrt ist, eine außergerichtliche Mediation vorzuschlagen,<sup>978</sup> kann die Frage auch lauten: Unterstellt, die gerichtliche Mediation wäre in der ZPO ausdrücklich geregelt, wäre die Regelung dann über die Verweisungsnorm im sozialgerichtlichen Verfahren anwendbar?<sup>979</sup>

Gemäß § 202 SGG ist, soweit das SGG keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, – neben dem GVG – die ZPO entsprechend unter der Voraussetzung anzuwenden, dass die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen. Die Norm stellt klar, dass für die Verneinung dieser Frage nicht jeder Unterschied zwischen den Verfahrensarten ausreichend ist, vielmehr grundsätzlicher Natur sein muss. Sie beschränkt sich dabei nicht auf die unterschiedlichen Prozessgrundsätze wie beispielsweise den Amtsermittlungs- bzw. Beibringungsgrundsatz. »Diese bilden zwar grundsätzliche Unterschiede der beiden Verfahrensarten, ebenso wie gemeinsame Prozeßmaximen in ihren Wirkungsbereichen derartige Unterschiede verhindern. Es sind aber grundsätzliche Unterschiede zwischen zwei Verfahrensarten denkbar und zwischen dem Zivilprozeß und dem Sozialgerichtsverfahren auch tatsächlich vorhanden, die nicht auf unterschiedliche Verfahrensgrundsätze zurückzuführen sind.«<sup>980</sup> Zur Beantwortung der Frage kann daher auf die bereits gemachten Ausführungen über die

977 S. o. C. IV. 3.

978 Vgl. Ziekow, NVwZ 2004, S. 390, 396.

979 Für eine Anwendung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren über die Verweisungsnorm des § 173 VwGO s. von Barga, DVBl 2004, S. 468, 475.

980 Krasney, Die Anwendbarkeit zivilprozessualer Vorschriften im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 51; s. a. C. III. 5.

Besonderheiten des sozialgerichtlichen Verfahrens und seine Verfahrensgrundsätze zurückgegriffen werden:

Die gerichtsinterne Mediation steht im Zusammenhang mit dem Gütegedanken gerichtlicher Verfahren und wird von dem Dispositionsgrundsatz gestützt.<sup>981</sup> Insoweit besteht kein grundsätzlicher Unterschied zum Zivilprozess. Der im sozialgerichtlichen Verfahren geltende Amtsermittlungsgrundsatz – auf den typischerweise als grundsätzlicher Unterschied zum Zivilprozess hingewiesen wird – steht der gerichtsinternen Mediation nicht entgegen, denn er bezieht sich nur auf die das Urteil vorbereitende Sachverhaltsermittlung. Er bleibt erhalten, sollte die Mediation erfolglos enden und das gerichtliche Verfahren wieder aufgenommen werden.<sup>982</sup> Erst Recht schließt der Amtsbetrieb die Mediation nicht aus, da er sich lediglich auf die Urheberschaft von Prozesshandlungen bezieht.<sup>983</sup>

Aber auch Unterschiede jenseits der Prozessgrundsätze sprechen nicht gegen die gerichtsinterne Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren. Das sozialgerichtliche Verfahren dient im Vergleich zum Zivilprozess überwiegend der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Ansprüche, die der Leistungsberechtigte gegenüber einem Sozialleistungsträger geltend macht. Ihm ging dabei regelmäßig ein Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren voraus, das dadurch gekennzeichnet ist, dass die Behörde als »Herrin des Verfahrens« den Sachverhalt und die Anspruchsvoraussetzungen einer beantragten Leistung prüft. Die Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens im Vergleich zum Zivilprozess ist vor allem in der Bedeutung zu sehen, die der Streitgegenstand für den Kläger hat. Im sozialgerichtlichen Verfahren steht auf der Klägerseite regelmäßig ein Versicherter oder Leistungsberechtigter, der nach einem Arbeitsunfall oder einem Krankheitsfall Sozialleistungen einklagt und entsprechend groß ist die Bedeutung, die die begehrte Leistung und damit auch der Richterspruch für ihn hat.<sup>984</sup> Die Forderung einer Leistung der gesetzlichen Sozialversicherung oder einer Hilfeleistung ist anderer Art als die Geltendmachung eines vertraglichen oder eines dinglichen Anspruchs. Dem Versicherten oder Leistungsberechtigten steht der Sozialleistungsträger als Beklagter gegenüber. Wegen seiner Bindung an Recht und Gesetz bleibt er auch im gerichtlichen Verfahren, und damit auch während eines gerichtsinternen Mediationsverfahrens, Rechtspflegeorgan. D. h. die Sozialverwaltung trägt gegenüber dem Kläger Fürsorgepflichten und muss, sofern ihr neue

981 Vgl. C. IV. 5. und V. 6. b).

982 S. C. III. 5. e).

983 S. C. III. 5. c).

984 Vgl. o. Fn. 436.

tatsächliche oder rechtliche Gesichtspunkte bekannt werden, entsprechend handeln, was gerade bei den im Sozialbereich häufig vorkommenden Dauerrechtsverhältnissen Relevanz erhalten kann.<sup>985</sup>

Diese grundsätzlichen und tatsächlichen Unterschiede rechtfertigen aber keine Absage an die gerichtsinterne Mediation allgemein. Die gerichtsinterne Mediation ist eine besondere Verfahrensweise, durch die eine gütliche Einigung zwischen den Beteiligten herbeigeführt werden kann. So wie der Gütegedanke dem sozialgerichtlichen Verfahren nicht fremd ist, sprechen diese Unterschiede und Besonderheiten nicht gegen die gerichtsinterne Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren, sondern mahnen vielmehr einen sorgsamem Umgang mit ihr an, vor allem, wenn dem Kläger an einem verbindlichen Urteil gelegen ist. Die Art der Ansprüche ist vielmehr ein Grund – um die Freiwilligkeit als Beispiel vorwegzunehmen – warum eine Anordnung der Mediation gegen den Willen des Klägers oder des Beklagten im sozialgerichtlichen Verfahren rechtspolitisch nicht erstrebenswert ist. Sie schließt die Durchführung der sozialgerichtlichen Mediation aber nicht aus, vielmehr kann beispielsweise die Bedeutung der Streitsache für den Kläger gerade für die gerichtsinterne Mediation sprechen. Denn das Mediationsverfahren ist oftmals das geeignetere Verfahren, um der besonderen sozialen Lage der Versicherten oder Leistungsberechtigten Rechnung zu tragen.<sup>986</sup> Auch die besondere Stellung auf Seiten des Beklagten schließt die Durchführung einer gerichtsinternen Mediation nicht aus, denn die Gesetzesbindung der Sozialverwaltung auf der Seite der Beklagten spricht nicht gegen ein kooperatives Handeln per se. Vielmehr kann gerade die fürsorgerische Stellung für die Durchführung einer gerichtsinternen Mediation sprechen.

Aus demselben Grund stellt sich auch das sich aus dem Sozialrecht als besonderes Verwaltungsrecht ergebende vorherrschende Über- und Unterordnungsverhältnis für sich allein betrachtet keinen grundsätzlichen Unterschied dar, denn die in einem Sozialprozess beteiligten Personen stehen sich nicht nur im gerichtlichen Verfahren, sondern auch in der sozialgerichtlichen Mediation als Gleichgeordnete gegenüber. Schließlich ist das häufig vorangegangene Vorverfahren zwar eine Prozessvoraussetzung die das Zivilprozessrecht nicht kennt, daraus ergibt sich aber kein grundsätzlicher Unterschied zwischen den Verfahrensarten, der der Durchführung einer gerichtsinternen Mediation entgegenstünde. Das Vorverfahren ist vielmehr ein bereits abgeschlossenes und vom Gerichtsprozess getrenntes Verfahren.

985 S. C. III. 3.

986 Vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 31 f.

Die Analogie zu § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO erlaubt im sozialgerichtlichen Verfahren den Einsatz der gerichtlichen Mediation, wonach das Gericht in geeigneten Fällen den Parteien ein Mediationsverfahren vorschlagen kann. Es stellt sich dabei jedoch die Frage, anhand welcher Kriterien die Eignung eines Verfahrens festgestellt werden kann. Dem geht die Frage voraus, wie überhaupt im Rahmen der Sozialgerichtsbarkeit eine Verweisung erfolgen soll, denn die Verweisungsart des § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO durch den gesetzlichen Richter stellt nur eine unter anderen dar.

### 3. Geplante Regelung

Inzwischen hat die Bundesregierung den Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vorgelegt, das die Mediationsrichtlinie umsetzen wird.<sup>987</sup> Es enthält ein Mediationsgesetz sowie Änderungen der Prozessordnungen und des GVG. Ziel des Entwurfs ist dabei auch die Schaffung einer Rechtsgrundlage für die gerichtliche Mediation.<sup>988</sup> Vorgeschlagen wird ein neuer § 278a in der ZPO zur Mediation und außergerichtlichen Konfliktbeilegung. Der neue § 278a ZPO fasst die bislang in § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO geregelte gerichtliche Mediation und die derzeit noch nicht ausdrücklich geregelte richterliche Mediation in einer Vorschrift zusammen. Danach kann das Gericht den Parteien eine gerichtliche Mediation oder ein anderes Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung und – soweit dies landesrechtlich geregelt ist – in geeigneten Fällen eine gerichtliche Mediation vorschlagen.<sup>989</sup> Nach dem Wortlaut kann das Gericht den Parteien in allen Fällen eine gerichtliche Mediation vorschlagen, während der Vorschlag für ein gerichtliches Mediationsverfahren nur in geeigneten Fällen erfolgen darf.

Der Gesetzesentwurf verzichtet auf die bundesweite Einführung der gerichtlichen Mediation und überlässt es vielmehr den Ländern darüber zu entscheiden, ob und an welchen Gerichten die gerichtliche Mediation angeboten werden soll. Begründet wird dies mit der unterschiedlichen Ausprägung und Ausge-

987 Vgl. Begr. BT-Drs. 17/5335, S. 1. Zum Entwurf vgl. a. *Kraft/Schwerdtfeger*, ZKM 2011, S. 55, 55 ff., *Wagner*, ZKM 2011, S. 172, 172 ff. u. *Bastine*, ZKM 2011, S. 59, 59 ff.

988 Kritisch hierzu *Monßen*, ZKM 2011, S. 10, 10 ff. u. *Seltmann*, NJW-Spezial 2011, S. 126, 126 f. S. a. *Guckelberger*, NVwZ 2011, S. 390, 390 ff.

989 Vgl. Art. 3 des Entwurfs. Der bisherige Abs. 5 Satz 1 des § 278 ZPO soll dahingehend neugefasst werden, dass das Gericht die Parteien für die Güteverhandlung vor einen Güterichter als beauftragten oder ersuchten Richter verweisen kann. Die Sätze 2 und 3 werden gestrichen.