

teilen nach Satz 2 des Abs. 2 eine angemessene Frist, damit diese Hindernisse behoben werden können. Zudem sorgt das Gericht nach Satz 3 mit Zustimmung der Parteien dafür, dass die für die Zwangsvollstreckung nötige Bestimmtheit herbeigeführt wird. Damit wird den Parteien die Gelegenheit gegeben, »auf ihren gemeinsamen Willen zur Beilegung des Konflikts aufzubauen und die getroffene Vereinbarung vollstreckungsfähig zu machen.«<sup>1152</sup> Für die gerichtsinterne Mediation stellt sich bei dieser letzten Regelung die Frage, inwieweit bereits der Richtermediator für einen vollstreckungsfähigen Inhalt der Mediationsvereinbarung sorgen sollte, eine Forderung, die unter dem Aspekt, dass der Mediator grundsätzlich keine Verantwortung für den Inhalt der Konfliktbearbeitung und -lösung trägt, kritisch zu sehen ist. Wie beim Anwaltsvergleich steht es aber der Vollstreckbarerklärung nicht entgegen, wenn eine Mediationsvereinbarung Teile enthält, die keinen vollstreckungsfähigen Inhalt haben wie zum Beispiel Erklärungen ohne Rechtsbindungswillen und die gerade in der Mediation bedeutsam sein können.<sup>1153</sup>

Das Problem der Einflussnahme auf die Mediationsvereinbarung durch den Richtermediator stellt sich noch stärker im Hinblick auf die geplante Regelung in Abs. 2 Satz 4, wonach die Vollstreckbarerklärung ausgeschlossen sein soll, wenn die zugrunde liegende Vereinbarung unwirksam ist, also beispielsweise gegen die §§ 134, 138 BGB verstößt.

#### 4. Verfahrenskosten

Da mit einer erfolgreichen gerichtlichen Mediation auch das ursprüngliche gerichtliche Verfahren erledigt wird, stellt sich die Frage, welche Konsequenzen dies für die Kosten des Verfahrens hat. Zu unterscheiden sind hierbei die Gerichtskosten, die durch ein gerichtliches Verfahren entstehen, und die außergerichtlichen Kosten, die aus der Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung durch die Parteien folgen. Eng mit dieser Thematik verbunden ist auch das Recht auf Prozesskostenhilfe.

##### a) Gerichtskosten

Bei den Kosten des sozialgerichtlichen Verfahrens muss unterschieden werden zwischen Verfahren, in denen Kläger oder Beklagter zu den in § 183 SGG ge-

<sup>1152</sup> Vgl. ebd.

<sup>1153</sup> Vgl. ebd. S. 32.

nannten Personenkreis gehören, und Verfahren, in denen weder der Kläger noch der Beklagte diesem Personenkreis angehören. Gemäß § 183 Satz 1 SGG ist das Verfahren vor den Sozialgerichten für Versicherte, Leistungsempfänger einschließlich Hinterbliebenenleistungsempfänger und Menschen mit Behinderung kostenfrei, soweit sie in dieser jeweiligen Eigenschaft als Kläger oder Beklagte beteiligt sind. Die Kostenfreiheit erstreckt sich auch auf die Hinterbliebenen und nach Satz 2 auf sonstige Rechtsnachfolger, die das Verfahren aufnehmen. Diese Norm sichert dem als schutzbedürftig angesehenen Personenkreis Kostenfreiheit zu.<sup>1154</sup> Die Kostenfreiheit nach § 183 SGG betrifft die Gerichtshaltungskosten, d. h. es werden weder Gerichtsgebühren erhoben, noch die Erstattung von Auslagen verlangt, die durch die Beweisaufnahme entstehen.<sup>1155</sup> Da gerade die Kosten der Beweisaufnahme beispielsweise durch Einholung eines medizinischen Gutachtens hoch sein können, ermöglicht die Kostenfreiheit den Leistungsberechtigten den Rechtsschutz durch die Sozialgerichte ohne finanzielle Nachteile, indem sie ihre Ansprüche unabhängig vom individuellen Kostenrisiko klären lassen können.<sup>1156</sup> Ist das persönliche Erscheinen eines Beteiligten angeordnet worden oder ist sein Erscheinen aus Sicht des Gerichts geboten, so werden ihm nach § 191 SGG auf Antrag bare Auslagen und Zeitverlust wie einem Zeugen vergütet. Durch diese Vorschrift wird die Gerichtskostenfreiheit ergänzt.

Kläger und Beklagte, die nicht zu dem privilegierten Personenkreis gehören, haben für jede Streitsache eine Gebühr zu entrichten.<sup>1157</sup> Die Gebühr entsteht, sobald der Rechtsstreit rechtshängig ist.<sup>1158</sup> Dass die Gebühr unabhängig vom

1154 Vgl. die Begr. BT-Drs. 14/5943, 20. Die bisherige Kostenfreiheit soll nach einem Gesetzentwurf des Bundesrates (vgl. BR-Drs. 663/03 und BR-Drs. 46/06) durch Einführung von Gebühren aufgehoben werden. Ziel des Gesetzentwurfes ist die Reduzierung der Anzahl der Klagen. Derzeit wird noch geprüft, ob dieses Ziel mit dem Gesetzentwurf tatsächlich erreichbar ist (vgl. BT-Drs. 16/7716, S. 12). S. hierzu auch *Höland/Welti/Braun u. a.*, Gutachten zu den Auswirkungen der Einführung einer allgemeinen Gebührenpflicht im sozialgerichtlichen Verfahren im Vergleich zur geltenden Rechtslage.

1155 Vgl. *Krasney*, Handbuch des sozialgerichtlichen Verfahrens, Kap. XII, Rdnr. 4. Zur Kostenfreiheit bestehen einige Ausnahmen. Dies betrifft beispielsweise die Einholung eines Gutachtens nach § 109 SGG (vgl. § 109 Abs. 1 Satz 2 SGG; vgl. *Krasney*, ebd. Rdnr. 5). Das Gericht kann einem Beteiligten auch Verschuldungskosten auferlegen, die dadurch entstehen, dass durch Verschulden des Beteiligten die Vertagung einer mündlichen Verhandlung oder die Anberaumung eines neuen Termins zur mündlichen Verhandlung nötig geworden ist (§ 192 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG) oder der Beteiligte den Rechtsstreit fortführt, obwohl ihm vom Vorsitzenden die Missbräuchlichkeit der Rechtsverfolgung oder -verteidigung dargelegt worden und er auf die Möglichkeit der Kostenauferlegung bei Fortführung des Rechtsstreites hingewiesen worden ist (§ 192 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG).

1156 Vgl. die Begr. BT-Drs. 14/5943, 20.

1157 Vgl. § 184 Abs. 1 Satz 1 SGG.

1158 Vgl. § 184 Abs. 1 Satz 2 SGG.

Ausgang des Rechtsstreits zu entrichten ist, ist eine Besonderheit des sozialgerichtlichen Verfahrens. Wird ein Rechtsstreit anders als durch Urteil erledigt, ermäßigt sich die Gebühr auf die Hälfte.<sup>1159</sup> Gehören weder der Kläger noch der Beklagte zu den in § 183 SGG genannten Personen wie beispielsweise bei Erstattungsstreitigkeiten zwischen Sozialleistungsträgern, werden die Gebühren nach dem GKG erhoben.<sup>1160</sup>

Durch die sozialgerichtsinterne Mediation ändert sich an dieser Kostensituation nichts, so dass es keiner gesetzlichen Änderung bedarf.

#### b) Außergerichtliche Kosten und Prozesskostenhilfe

Gemäß § 193 Abs. 1 Satz 1 SGG hat das Gericht zu entscheiden, ob und in welchem Umfang die Beteiligten einander Kosten zu erstatten haben. Die Entscheidung bezieht sich auf die Erstattung außergerichtlicher Kosten beispielsweise Anwaltskosten und gilt auch, wenn das Verfahren anders als durch Urteil beendet wird.<sup>1161</sup> Die Kosten einer beklagten Behörde sind gemäß § 193 Abs. 4 SGG nicht erstattungsfähig, so dass eine natürliche Person auch im Unterliegensfall keine außergerichtlichen Kosten der Behörde trägt. Wird der Rechtsstreit durch einen Prozessvergleich beendet, regelt § 195 SGG, dass jeder Beteiligte seine Kosten selbst trägt, wenn im Vergleich keine Bestimmung über die Kosten getroffen wurde.

Wegen der weitgehenden Kostenfreiheit des sozialgerichtlichen Verfahrens spielt die Prozesskostenhilfe insbesondere für die Kosten eines Rechtsanwaltes eine Rolle.<sup>1162</sup> Angesichts der Bedeutung, die eine rechtskundige Begleitung natürlicher Personen in der Mediation gerade in sozialrechtlichen Angelegenheiten hat, stellt sich daher die Frage nach einer »Mediationskostenhilfe« für die sozialgerichtsinterne Mediation.<sup>1163</sup>

1159 Vgl. § 186 Satz 1 SGG. Gibt es mehrere Gebührenpflichtige, haben sie die Gebühr zu gleichen Teilen zu entrichten (vgl. § 187 SGG).

1160 Vgl. § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG. In diesem Fall finden die §§ 184 bis 195 SGG keine Anwendung und die §§ 154 bis 162 VwGO sind entsprechend anzuwenden. In § 197a Abs. 2 Satz 2 SGG ist klargestellt, dass den kostenrechtlich privilegierten Personen auch als Beigeladenen grundsätzlich keine Kosten auferlegt werden können.

1161 Vgl. § 193 Abs. 1 Satz 3 SGG.

1162 S. ausf. *Terdenge*, in: *Wenner/ders./Krauß*, Grundzüge der Sozialgerichtsbarkeit, Rdnr. 341 ff.

1163 Dafür spricht sich *Gottwald*, FPR 2004, S. 163, 167 aus. Zur Kostenhilfe für die außergerichtliche Streitbeilegung s. *Koch*, ZKM 2007, S. 71, 71 ff. S. a. den Vorschlag der BAFM zur Einführung einer Kostenhilfe für die außergerichtliche Streitbeilegung vom

Mit dem Gesetz über die Prozesskostenhilfe wurde auch für die Verfahren vor den Sozial- und Landessozialgerichten die Prozesskostenhilfe eingeführt.<sup>1164</sup> Durch die Prozesskostenhilfe soll die »Kostenbarriere« beim Zugang zu den Gerichten abgebaut werden und der Bürger in die Lage versetzt werden, vor Gericht seine Rechte in gleicher Weise zu verfolgen, wie dies Parteien möglich ist, die selbst in Besitz der finanziellen Mittel für die Führung eines Prozesses sind.<sup>1165</sup> Die weitgehende Angleichung der Situation von Bemittelten und Unbemittelten bei der Verwirklichung des Rechtsschutzes ist verfassungsrechtlich geboten. Dies ergibt sich aus dem Gleichheitssatz und dem Sozialstaatsprinzip.<sup>1166</sup>

Nach § 73a Abs. 1 S. 1 SGG gelten die §§ 114 bis 127 ZPO entsprechend.<sup>1167</sup> Im SGG sind nur wenige Sondervorschriften zur Prozesskostenhilfe enthalten.<sup>1168</sup> Prozesskostenhilfe kann jedem Beteiligten bewilligt werden, d. h. dem Kläger, dem Beklagten und den Beigeladenen. Die Gewährung ist auch für juristische Personen möglich.<sup>1169</sup> Grundvoraussetzung für die Gewährung der Prozesskostenhilfe ist die Bedürftigkeit des Beteiligten. Zudem muss die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung hinreichende Aussicht auf Erfolg bieten und darf nicht mutwillig erscheinen.<sup>1170</sup> Seine Grenze findet das verfassungsrechtliche Gebot in der Gleichstellung des Unbemittelten mit einem solchen Bemittelten, der die Prozessaussichten vernünftig abwägt und das Kostenrisiko berücksichtigt, weshalb es verfassungsrechtlich unbedenklich ist, die Gewährung von Prozesskostenhilfe davon abhängig zu machen, dass die beabsichtigte Rechtsverfolgung hinreichende Aussicht auf Erfolg hat und nicht mutwillig

27. September 2006 (<http://www.bafm-mediation.de/wichtige-texte/> (Stand: 09.06.2010)).

1164 Eingeführt durch Art. 4 Nr. 12 Buchst. b Gesetz vom 13. Juni 1980 m. W. zum 1. Januar 1981 (BGBl. 1980 I S. 677).

1165 Vgl. BT-Drs. 8/3068, S. 1.

1166 BVerfGE 9, 124, 130 f.; 10, 264, 270 f.; 22, 83, 86; 51, 295, 302; 56, 139, 143; 63, 380, 394 f.

1167 Vor Einführung des § 73a SGG lehnte das BVerfG einen Rückgriff auf die zivilprozessualen Armenrechtsvorschriften über die Norm des § 202 SGG ab. Dieses hielt in der häufig kritisierten Entscheidung vom 22. Januar 1959 die Verwirklichung des Rechtsschutzes der unbemittelten Partei im Sozialgerichtsverfahren auch ohne Beiordnung eines Armenanwalts für gegeben, weil die Bevollmächtigten der Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, die formal als Prozessgegner der unbemittelten Partei auftreten, an Gesetz und Satzung gebunden und kraft der ihnen obliegenden Amtspflicht gehalten seien, zur Wahrheitserforschung zur Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken (vgl. BVerfGE 9, 124, 131 f.; zur Kritik vgl. von Maydell, SGB 1981, S. 1, 4).

1168 Vgl. § 73a Abs. 2 und 3 SGG.

1169 Vgl. § 116 Satz 1 Nr. 1 ZPO.

1170 Vgl. § 114 Satz 1 ZPO. Zu den formellen Voraussetzungen s. § 117 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 ZPO sowie § 117 Abs. 3 ZPO in Verbindung mit der PKH-VordruckVO vom 17. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3001).

erscheint.<sup>1171</sup> Bedürftigkeit ist gegeben, wenn der Antragsteller nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen die Kosten der Prozessführung nicht aufbringen kann.<sup>1172</sup> Hinreichende Erfolgsaussicht ist anzunehmen, wenn ein Obsiegen des Antragstellers wahrscheinlich ist. Eine konkrete Aussage über die Erfolgsaussicht ist nicht möglich, wenn ein Richter aufgrund seines Amtsermittlungsgrundsatzes verpflichtet wäre, eine Beweisaufnahme durchzuführen, um den Rechtsstreit entscheiden zu können. Es entspricht jedoch nicht dem Sinn und Zweck der Vorschriften der Prozesskostenhilfe, den Antrag deshalb abzulehnen. Es müssen sich dann Anhaltspunkte ergeben, die ein für den Antragsteller günstiges Ergebnis der Beweisaufnahme unwahrscheinlich machen.<sup>1173</sup>

Da für Versicherte bzw. Leistungsempfänger wie auch für alle anderen natürlichen Personen vor den Sozial- und Landessozialgerichten kein Vertretungszwang besteht, besteht ein Anspruch auf Beordnung eines Anwalts, wenn die Vertretung durch einen Rechtsanwalt erforderlich oder der Gegner durch einen Rechtsanwalt vertreten ist.<sup>1174</sup> Im letzteren Fall dient die Beordnung der Herstellung der Waffengleichheit.<sup>1175</sup> Demgegenüber hat die Rechtsprechung es nicht für ausreichend angesehen, wenn auf der Gegenseite ein Versicherungsträger oder eine Behörde und damit eine juristisch versierte Person auftritt.<sup>1176</sup> In Verfahren, die komplizierte Materien zum Gegenstand haben, oder die von einschneidender Bedeutung für den Betroffenen sind, kann die Beordnung eines Rechtsanwalts sowohl im Interesse der Partei als auch im Interesse einer geord-

1171 BVerfG, NJW 1997, S. 2102, 2103; vgl. auch BVerfGE 2, 336, 341; 9, 124, 131; 81, 347, 357 f.

1172 Vgl. § 114 Satz 1 ZPO. Gemäß § 115 Abs. 1 Satz 1 ZPO muss das Einkommen eingesetzt werden. Dazu gehören alle Einkünfte in Geld oder Geldeswert (§ 115 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Davon sind verschiedene Beträge wie z.B. die Kosten der Unterkunft abzusetzen (§ 115 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 4). Auch das Vermögen muss, soweit zumutbar, eingesetzt werden (§ 115 Abs. 3 Satz 1 ZPO).

1173 Vgl. *Leitherer*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/ders.*, SGG, § 73a, Rdnr. 7a; s. a. *Kummer*, in: *von Maydell/Ruland/Becker* (Hrsg.), SRH, § 12, Rdnr. 168.

1174 Vgl. § 121 Abs. 2 ZPO.

1175 Vgl. *Leitherer*, in: *Meyer-Ladewig/Keller/ders.*, SGG, § 73a, Rdnr. 9a. Zur Waffengleichheit s. o. C. II. 2. a). Die Prozesskostenhilfe wird auch nicht bewilligt, wenn der Beteiligte durch einen Bevollmächtigten im Sinne des § 73 Abs. 6 Satz 3 vertreten ist, beispielsweise ein dazu befugtes Mitglied der Gewerkschaft (vgl. § 73a Abs. 2 SGG). Ein Antragsteller, der zugleich Gewerkschafts- oder Verbandsmitglied ist, ist aufgrund des für Sozialhilfe und Prozesskostenhilfe geltenden Subsidiaritätsprinzips verpflichtet, zunächst seine satzungsmäßigen Rechte auf kostenlose Prozessvertretung auszuschöpfen. Der Anspruch auf Prozesskostenhilfe besteht erst, wenn die Gewerkschaft oder der Verband keinen Rechtsschutz gewährt (vgl. BSG SozR 3-1500 § 73a Nr. 4).

1176 Vgl. *Scherer/Wiesner*, NZA 1985, S. 47, 51.

neten Rechtspflege sein.<sup>1177</sup> Dies gilt auch oder trotz der Pflicht des Gerichts den Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären.<sup>1178</sup> Denn ein Rechtsanwalt kann als Sachwalter der Parteien maßgeblich dazu beitragen, »daß die erheblichen Tatsachen sachgemäß ermittelt und dargestellt werden und daß das Wesentliche in rechtlicher Hinsicht gründlich beleuchtet wird.«<sup>1179</sup> Daher kann die Beordnung unter dem Hinweis auf den Amtsermittlungsgrundsatz allein nicht verweigert werden, weil die Aufklärungs- und Beratungspflichten des Anwalts über die Reichweite der Amtsermittlungspflicht des Richters hinausgehen.<sup>1180</sup>

Die Erforderlichkeit beurteilt sich aber nicht nur nach Umfang und Schwierigkeit der Sache in sachlicher oder rechtlicher Hinsicht, sondern auch nach der Fähigkeit des Beteiligten, sich mündlich und schriftlich auszudrücken.<sup>1181</sup> Entscheidendes Kriterium hierfür ist, ob ein Bemittelter in der Lage des Unbemittelten vernünftigerweise einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen beauftragt hätte, wovon regelmäßig auszugehen ist, wenn im Kenntnisstand und in den Fähigkeiten der Prozessparteien ein deutliches Ungleichgewicht besteht.<sup>1182</sup> Das BVerfG hat im Zusammenhang mit einer Kürzung von Leistungen nach dem SGB II die Bedeutung anwaltlicher Beratung für sozialrechtliche Belange für die Gewährleistung der Rechtswahrnehmungsgleichheit angesichts der existenziellen Bedeutung für die Betroffene und der Schwierigkeit der Rechtsmaterie betont.<sup>1183</sup> In dem Fall ging es um die Gewährung von Beratungshilfe für das Widerspruchsverfahren nach dem BerHG.<sup>1184</sup> Die Beschwerdeführerin hatte erfolglos beim Amtsgericht Beratungshilfe beantragt, da es gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 BerHG zumutbar sei, mit Hilfe der Beratung der ARGE als zuständige Ausgangs- und Widerspruchsbehörde gemäß § 14 SGB I Widerspruch einzulegen.

Die §§ 114 ff. ZPO ermöglichen keine Einbeziehung der Frage, ob der Erfolg eines gerichtlichen Mediationsverfahrens hinreichend wahrscheinlich ist, so dass hier ein Regelungsbedarf besteht. Angesichts der Notwendigkeit einer rechtlichen Vertretung im sozialgerichtlichen Mediationsverfahren ist eine Einbezie-

1177 Vgl. BT-Drs. 8/3068, S. 22 f. S. a. *Kummer*, in: von *Maydell/Ruland/Becker* (Hrsg.), SRH, § 1, Rdnr. 38.

1178 Zum Amtsermittlungsgrundsatz s. o. C. III. 5. e).

1179 BT-Drs. 8/3068, S. 23.

1180 Vgl. BVerfG NZS 2008, S. 88 f., das darin einen Verstoß gegen die aus Art. 3 Abs. 1, 19 Abs. 4 und 20 Abs. 1 GG abgeleitete Garantie des effektiven Rechtsschutzes sah; s. a. BVerfG NJW 1997, S. 2103, 2104.

1181 Vgl. BVerfGE 63, 380, 394; BVerfG NZS 2008, S. 88, 89.

1182 BVerfG NJW 1997, S. 2103, 2103 f.; BVerfG NZS 2008, S. 88, 89.

1183 BVerfG, stattgebender Kammerbeschluss vom 11. Mai 2009 – Az. 1 BvR 1517/08 (AnwBl. 2009, 645 ff.).

1184 Vom 18. Juni 1980 (BGBl. I S. 689).

hung der gerichtlichen Mediation in die Prozesskostenhilfe dringend erforderlich. Einem Rechtssuchendem muss es unbenommen sein, sein Recht auch im Wege einer einvernehmlichen Lösung zu erreichen. Um einem Beteiligten die aktive Beteiligung am Verfahren zu ermöglichen, kann daher die Hinzuziehung eines Anwalts notwendig sein. Dieser unterrichtet seinen Mandanten über die Rechtslage, gibt Empfehlungen zum Verhalten und Hinweise über deren Risiken ab und steht beratend zur Seite. Die Frage ist, ob ein kostenbewusster Rechtssuchender fremde Hilfe zur effektiven Vertragsverhandlung braucht. Also ob er wegen seiner persönlichen Verhältnisse, wegen der Schwierigkeit der sozialrechtlichen Angelegenheit oder wegen der großen Bedeutung von Sozialleistungen der Unterstützung bedarf. Dies wird im Hinblick auf die vertraglichen Vereinbarungen, die am Ende der gütlichen Einigung stehen, regelmäßig zu bejahen sein.

Der Entwurf für ein Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung sieht keine Mediationskostenhilfe vor. Geplant ist derzeit nur eine Förderung der außergerichtlichen oder gerichtsnahen Mediation bei Familiensachen und nur im Rahmen von wissenschaftlich begleiteten Modellprojekten, um die Folgen der finanziellen Förderung zu ermitteln.<sup>1185</sup> Mit Hilfe der wissenschaftlich ermittelten Erkenntnisse soll später entschieden werden, ob und gegebenenfalls wie eine finanzielle Förderung der Mediation in Deutschland eingeführt wird.<sup>1186</sup>

Selbst wenn der Bundesgesetzgeber für die zivilgerichtliche Mediation eine anwaltliche Begleitung und damit eine Prozesskostenhilfe für nicht notwendig erachten sollte, stellt sich diese Situation im sozialgerichtlichen Verfahren anders dar. Der Gesetzgeber kann eine Rechtswahrnehmungsgleichheit auf unterschiedliche Weise gewährleisten. Da eine Ungleichbehandlung mit dem rechtfertigenden Grund in einem angemessenen Verhältnis stehen muss, sind dem gesetzgeberischen Gestaltungsspielraum jedoch Grenzen gesetzt.<sup>1187</sup> Diese sind umso enger, je stärker die Ungleichbehandlung die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten behindert.<sup>1188</sup> Im Falle der Mediation in sozialrechtlichen Angelegenheiten besteht angesichts der in Frage stehenden Sozialrechte, die das verfassungsrechtliche Sozialstaatsprinzip konkretisieren, nur ein sehr kleiner gesetzgeberischer Gestaltungsspielraum.

1185 Vgl. Art. 1 § 6 Abs. 1 des Entwurfs (BT-Drs. 17/5335).

1186 Vgl. Begr. BT-Drs. 17/5335, S. 27.

1187 BVerfGE 55, 72, 88; 88, 87, 96 f.; 100, 195, 205.

1188 BVerfGE 82, 126, 146; 88, 87, 96; 106, 166, 176; 111, 160, 169.

## 5. Sicherung der Vertraulichkeit

Der Ausschluss der Öffentlichkeit ist ein wesentliches Element zur Herstellung der Vertraulichkeit. Auf dieser Grundlage bedarf es aber zusätzlich Parteivereinbarungen und rechtliche Regelungen, um die Vertraulichkeit zu schützen.<sup>1189</sup> Die Vertraulichkeit ist regelmäßiger Inhalt des Mediationsvertrages, in dem sich die Konfliktparteien gegenseitig Vertraulichkeit zusichern.<sup>1190</sup>

Die Sicherung der Vertraulichkeit muss den Mediator einbeziehen. Entsprechend schreibt Art. 7 der Mediationsrichtlinie vor, dass weder Mediatoren noch in die Durchführung des Mediationsverfahrens eingebundene Personen gezwungen werden dürfen, in Gerichts- oder Schiedsverfahren Aussagen zu Informationen zu machen, die sich aus einem Mediationsverfahren oder im Zusammenhang mit einem solchen ergeben. Ausnahmen bestehen nur beim Vorliegen von Gründen der öffentlichen Ordnung beispielsweise zum Schutze des Kindeswohls oder in den Fällen, in denen die Offenlegung des Inhalts der Mediationsvereinbarung zur Umsetzung oder Vollstreckung der Vereinbarung erforderlich ist.<sup>1191</sup> Um dieser Anforderung gerecht zu werden, besteht die Möglichkeit, eine Vertrauenspflicht des Mediators gesetzlich niederzulegen, die prozessrechtlich mit einem Zeugnisverweigerungsrecht verstärkt wird.<sup>1192</sup> Diese Regelung würde den Richtermediator einschließen und so für die Sicherung der Vertraulichkeit auch der gerichtlichen Mediation sorgen.

Nach derzeitiger Rechtslage kann sich der Richtermediator in einem späteren Prozess bereits auf das Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO berufen, der gemäß § 118 Abs. 1 Satz 1 SGG entsprechend für das sozialgerichtliche Verfahren gilt. Danach sind Personen zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt, denen kraft ihres Amtes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht. § 61 BBG, der entsprechend für Richter gilt, normiert diese Verschwiegenheitspflicht.<sup>1193</sup> Wird ein Richtermediator als Zeuge benannt, kann der Vertrauens-

1189 Vgl. *Hopt/Steffek*, in: *dies.* (Hrsg.), *Mediation*, S. 3, 40.

1190 S. o. C. V. 5. e). Zur Vortrags- und Beweismittelbeschränkung in Mediationsabreden s. *Wagner*, NJW 2001, S. 1398, 1398 ff.

1191 Vgl. a. Erwägungsgrund 23 der Mediationsrichtlinie.

1192 Vgl. *Hopt/Steffek*, in: *dies.* (Hrsg.), *Mediation*, S. 3, 39 ff.

1193 Vgl. *Bundesministerium der Justiz*, ZKM 2008, S. 132, 132 f. s. a. *Koch*, NJ 2005, S. 97, 101 und *Hess*, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), *Gutachten F*, F 130 f. Zu diesen und anderen berufsrechtlichen Regelungen s. *Hartmann*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 44, Rdnr. 9 ff. Die Verschwiegenheitspflicht ergibt sich nicht schon aus dem in § 43 DRiG niedergelegten Beratungsgeheimnis. Dieses umfasst den gesamten Beratungs- und Entscheidungsvorgang zwischen