

Mediation in der hessischen Sozialgerichtsbarkeit als richterliche Tätigkeit

Zugleich ein Beitrag zum Streit um den rechtlichen Rahmen und die Stellung der gerichtsnahen Mediation in den öffentlich-rechtlichen Fachgerichtsbarkeiten

von Peter Brändle und Frank Schreiber

I. Die Konzeption in Hessen im Überblick

Seit dem 1. April 2008 ist die Mediation auch in der hessischen Sozialgerichtsbarkeit angekommen: In einer einjährigen Pilotphase sollen Erfahrungen mit dieser Form der Konfliktbearbeitung als „gerichtsnahe Mediation“ an den Sozialgerichten Darmstadt, Frankfurt am Main und Wiesbaden sowie am Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt gesammelt werden. Das Sozialgericht Frankfurt am Main ist auch zuständig für die Mediation von Verfahren der Sozialgerichte Fulda und Kassel, das Sozialgericht Wiesbaden für solche der Sozialgerichte Gießen und Marburg. Damit haben alle Beteiligten eines anhängigen Rechtsstreits an hessischen Sozialgerichten die Möglichkeit, das Streitverfahren ruhen zu lassen und den Versuch zu unternehmen, ihren Konflikt mit Hilfe eines dafür ausgebildeten Mediators selbst zu lösen, der als beauftragter oder ersuchter Richter tätig wird. Schaffen sie es nicht, setzen sie ihren Rechtsstreit fort und lassen ihn durch den gesetzlichen Richter in alt bewährter Weise zu Ende führen.¹ Selbstverständlich können die Beteiligten ihren Streit auch jederzeit – vor und während des Gerichtsverfahrens – selbst beilegen, so dass die gerichtsnahe Mediation weder zum gerichtlichen Streitverfahren noch zu außergerichtlicher Mediation in Konkurrenz steht (dazu unten IV.), sondern ein zusätzliches justizspezifisches Angebot für die Beteiligten darstellt.

Zu einem Mediationsverfahren finden die Beteiligten aufgrund eigener Initiative oder indem sie vom gesetzlichen Richter darauf hingewiesen werden. Dazu wurde den hessischen Sozialrichtern ein „Informationsblatt Mediation“ zum Versand an die Beteiligten zur Verfügung gestellt und das Mediationsprojekt auf dem Zweiten Hessischen Sozialrichtertag am 7. Februar 2008 ausführlich vorgestellt. Wenn sich die Beteiligten übereinstimmend für die Mediation entscheiden, beschließt der gesetzliche Richter das Ruhen entsprechend § 251 ZPO und schickt die Akten an die Eingangsstelle des zuständigen Projektgerichts. Dort erhalten sie ein „M“-Aktenzeichen und werden dem nach dem Geschäftsverteilungsplan² zuständigen Mediator übergeben. Dessen Aufgabe ist es dann, die Streitsache erneut³ auf ihre Geeignetheit zu prüfen und mit den Beteiligten zwecks Terminvereinbarung und Abschluss einer Mediationsvereinbarung Kontakt aufzunehmen.

Der Abschluss der Verfahren wird von den Mediatoren besonders statistisch erfasst, um Datenmaterial für eine aussagekräftige Auswertung nach Abschluss der Pilotphase zusammenzutragen.

II. Vom Richter zum Mediator – die Ausbildung

Kernstück der Ausbildung der elf hessischen Richtermediatoren waren – neben der Auswertung der niedersächsischen

und bayerischen Projektberichte sowie der Erarbeitung der (verfahrens-)rechtlichen Konzeption der gerichtsnahen Mediation – zwei Blockseminare unter Leitung der Dipl. Sozialpädagogin Angela Maier und des Diplompädagogen Jan Haschl.⁴ Die praktische Einübung der Mediatorentätigkeit stand im Zentrum dieses Teils der Ausbildung, Theorie und Hintergrundwissen, etwa zum Kommunikationsmodell von Schulz von Thun, dem Harvard-Konzept, Techniken der Gesprächsanalyse und Gesprächsführung (z. B. Transaktionsanalyse, systemisches Fragen) und zum Konfliktmanagement (Glasl) bildeten nur den Rahmen und das Gerüst für die Rollenspiele. Dieser eher komprimierte Umfang der theoretischen Ausbildung war einerseits den engen finanziellen Rahmenbedingungen⁵ geschuldet, trug andererseits jedoch der besonderen Situation der Teilnehmer Rechnung: Ihre selbst empfundene Herausforderung bestand nicht darin, sich eine völlig unbekannte Form der Konfliktlösung von Grund auf zu erschließen, sondern aufbauend auf den eigenen Fähigkeiten und Erfahrungen den Schritt von der verinnerlichten Richterrolle in die des Mediators zu gehen. Einige der Teilnehmer konnten zudem auf eine vorhandene Mediationsausbildung zurückgreifen, die meisten hatten theoretische Vorkenntnisse.

Die große Aufgabe – und schwierige Herausforderung – für den „gelernten“ Richter besteht darin, sich als Mediator in Zurückhaltung zu üben, den Beteiligten die Arbeit an der Konfliktlösung zu

überlassen und sie nicht durch rechtliche Hinweise und Vergleichsvorschlägen, sondern nur in ihrer Kommunikation anzuleiten. Hinzu kommt als weitere Schwierigkeit der Mediation im Sozialrecht, dass regelmäßig zumindest eine der Konfliktparteien eine an das Gesetz gebundene Behörde ist, die über gesetzliche Ansprüche entscheidet und dabei höchstens einen Ermessensspielraum hat, nicht aber disponibles Recht anwendet. Man streitet im Sozialrecht leider nicht – wie in dem gern zitierten Beispiel von Roger Fisher⁶ – um eine Orange, die dank Mediation als Schale und Saft zur allgemeinen Zufriedenheit an die Streitparteien verteilt werden kann. Aus diesem Grund wurden für die Rollenspiele Fallkonstellationen herangezogen, die die Teilnehmer zuvor aus bei ihnen anhängigen Rechtsstreiten gebildet hatten. Damit konnte der erwünschte doppelte Lerneffekt erzielt werden, spielerisch die Rolle und die Techniken des Mediators einzuüben, dabei wegen des authentischen Falls den Unterschied zur Richterrolle wahrlich zu spüren und zugleich Erfahrungen in solchen Fallkonstellationen zu sammeln, denen man später in der Praxis begegnen wird. Die Erfahrungen in der neuen Rolle des Mediators, der allparteilich und ohne Entscheidungskompetenz die Konfliktparteien bei ihrer Lösungssuche unterstützt, machten den Teilnehmenden den Unterschied deutlich zu dem, „was man im Erörterungstermin sowie schon immer gemacht hat“ (so ein verbreitetes Missverständnis in der Richterschaft).

Zusätzlich zu diesen Ausbildungseinheiten finden weiterhin regelmäßig Treffen der Mediatoren statt, auf denen Erfahrungen ausgetauscht werden. Geplant ist zudem eine professionelle Supervision, die die Tätigkeit der Mediatoren begleiten und weiter verbessern soll.

III. Mediation und das Recht: Geeignete Fälle und rechtliche Grenzen in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten

Mediation verspricht für die Beteiligten nur dann Erfolg, wenn sie motiviert und fähig sind, selbst eine befriedigende Lösung ihres Konflikts zu erarbeiten. Motiviert sind sie nur dann, wenn sie sich freiwillig auf die Mediation einlassen

Prüfungsraster: Ist ein Konflikt, der bereits die Eskalationsstufe eines Rechtsstreits erreicht hat, mediationsgeeignet?

Welches Ziel der Mediation (welches gemeinsame Ziel) kann bereits formuliert oder zumindest prognostiziert werden?		
von/für Kläger von/für Beklagten von Mediator vom gesetzlichen Richter von den Anwälten	<i>Ein Fall ist mediationsgeeignet, wenn eine Kongruenz bei Beteiligten festgestellt werden kann, die über das den Wunsch der Konfliktbeendigung durch delegierte, hier: richterliche Entscheidung hinausgeht. Z.B. Wunsch zu aktivem, selbstverantwortlichem Handeln, Vorstellungen von einem künftigen „Miteinander“, wenn Beteiligte dauerhaft miteinander zu tun haben (müssen).</i>	
Welcher Spielraum, welche Optionen sind denkbar?		
– Verhaltensänderung eines Beteiligten – Beziehungsklärung – rechtliche Spielräume – weitere Kontexte	<i>Diese Frage ist insbesondere in öffentlich-rechtlich geprägten Lebensbereichen von Bedeutung; besteht für den beteiligten Hoheitsträger kein Ermessensspielraum oder wegen einer eindeutigen rechtlich relevanten Sachlage kein Vergleichsspielraum, so kann gleichwohl ein Fall mediationsgeeignet sein, wenn ein Konflikt seinen Schwerpunkt nicht auf der Sachebene, sondern z. B. auf der Beziehungsebene hat. Dortige Optionen „neben dem Recht“ sind insbesondere dann denkbar, wenn es den Beteiligten gar nicht um die im gerichtlichen Verfahren streitentscheidende Rechtsfrage geht.</i>	
Welche Auswirkungen hat eine		
a) gelungene Mediation b) mißlungene Mediation	auf	den Kläger? den Beklagten? deren Vertreter? den gesetzlichen Richter?
<i>Hier ist eine „Risiko-Nutzen-Abwägung“ anzustellen.</i>		
<i>Z. B. pro Mediation: Mit der erfolgreichen Mediation wird eine Vielzahl von Rechtsstreiten gleichzeitig erledigt; durch eine Beziehungsklärung und Verhaltensänderung, Verabredung einer künftigen Verfahrensweise werden in einer Dauerbeziehung künftige Rechtsstreite verhindert. Es kann bereits „in der ersten Instanz“ schnell Planungssicherheit geschaffen werden.</i>		
<i>Z. B. contra Mediation: Zeitverzögerung durch gescheiterte Mediation könnte Interessenverwirklichung unmöglich machen (Mediation im Eilverfahren).</i>		

und ihr positiv gegenüberstehen; schon deshalb scheidet eine aufgezwungene oder gar gesetzlich vorgeschriebene Mediation aus.⁷ Zweifel an der Fähigkeit zur Mediation sind sicher berechtigt bei Querulanten, bei denen die Empathie des Mediators den Impuls zum Streit verstärkt, und wohl auch bei nicht rechtskundig vertretenen Naturalparteien. Zwar gilt innerhalb der einjährigen Pilotphase zwecks Erfahrungssammlung nicht die Regel „keine Mediation ohne Klägeranwalt“, es steht jedoch zu befürchten, dass der nicht vertretene Kläger – anders als die fachkundige Sozialverwaltung auf der Gegenseite – die komplexen sozialrechtlichen Aus-

wirkungen seiner Entscheidungen nicht überblickt und sich deshalb auch zugleich unterlegen fühlt. Da der Mediator im Gegensatz zum gesetzlichen Richter nicht mit rechtlichen Hinweisen ausgleichend eingreifen kann, besteht die Gefahr einer Lösung, die zwar in den Grenzen des Rechts, nicht aber zum rechtlichen Vorteil des Klägers und wegen einer kommunikativen Asymmetrie auch nicht interessengerecht ausfällt. Das Ziel der Mediation, eine für beide Parteien faire und dauerhafte Konfliktlösung, wäre verfehlt.

Neben den in der Person der Beteiligten liegenden Voraussetzungen für

geeignete Mediationsfälle lassen sich auch solche im Hinblick auf den Inhalt des Rechtsstreits formulieren: Es scheiden wegen der besonderen Situation der gerichtsnahen Mediation jedenfalls solche Fälle aus, die erkennbar und ausschließlich die Klärung einer strittigen Rechtsfrage zum Gegenstand haben. Als staatliches Angebot der Dritten Gewalt ist die Mediation nur dann gerechtfertigt, wenn alle Akteure einschließlich des zuständigen Richters die Hoffnung haben können, dass die Mediation gegenüber dem streitigen Verfahren die angemessenere Form der Streitbehandlung ist.

In der Ausbildungsphase wurde unter Berücksichtigung der Besonderheiten öffentlich-rechtlicher Fachgerichtsbarkeiten ein Prüfungsraster⁸ entwickelt, das wir für den vorliegenden Beitrag noch etwas weiter ausdifferenziert haben (Kasten S. 352).

Mediation und Vorbehalt des Gesetzes

Wie bereits erwähnt, unterliegt die Mediation in sozialrechtlich geprägten Lebensbereichen weiteren Restriktionen durch das Recht, die sowohl den Verhandlungsspielraum der Beteiligten begrenzen und als auch die Interessenlage der Beteiligten, insbesondere des regelmäßig beklagten Hoheitsträgers, vorprägen: Das Menschenbild der Mediation geht von der Fähigkeit selbstbestimmten Handelns, von Autonomie aus, das Sozialrecht hingegen von Befugnisnormen, die das rechtsstaatliche Handeln der Verwaltung determinieren. Dieser Unterschied hat Folgen für den rechtlichen Rahmen der Mediation: Die Behörde darf keine Leistungen gewähren, auf die kein Anspruch besteht. Eine Einigung in der Mediation ist – sollte sie nicht mit der Rechtslage erkennbar deckungsgleich sein – nur dann rechtmäßig, wenn sie eine tatsächliche oder rechtliche Unklarheit beseitigt (§ 58 SGB X). Einigungen, die sich als Verzicht auf Sozialleistungen darstellen, können vom Anspruchsberechtigten mit Wirkung für die Zukunft widerrufen werden (§ 46 SGB I).

Bei der Mediation in sozialrechtlich geprägten Lebensbereichen darf das Recht daher nicht als Elefant im Laden der Interessen betrachtet werden⁹. Die beteiligte Behörde hat vielmehr ein legitimes Interesse daran, rechtmäßig zu handeln. Oder personalisiert: Der Behördenleiter hat ein gewichtiges Interesse, seinerseits nicht mit den Akteuren der Fach- und Rechtsaufsicht in Konflikt zu geraten.

Diese Besonderheiten dürfen aber auch nicht überbewertet werden. Sie sind allen Sozialrichtern bei ihren Vergleichsbemühungen bekannt, denn auch der gerichtliche Vergleich unterliegt diesen Regeln. Bei der Evaluation in Niedersachsen wurde festgestellt, dass durch eine modifizierte Rolle des Rechts in der Mediation den besonderen Rahmenbedingungen in öffentlich-rechtlich geprägten Lebensbereichen Rechnung getragen werden kann und Richtermediatoren auf diesem Gebiet gegenüber anderen Mediatoren über besonderes Geschick verfügen: „Sowohl auf den Informationsveranstaltungen als auch auf Tagungen oder in der Literatur werden dahingehend Bedenken geäußert, der Vorbehalt des Gesetzes stehe einem Mediationsverfahren im öffentlichen Recht entgegen. Bei einer eigenständigen, eigenverantwortlichen Konfliktlösung der Parteien im Rahmen des Mediationsverfahrens werde möglicherweise ein rechtswidriger Zustand geschaffen. (...) Im Rahmen der durchgeführten Mediationen [in der Sozial- und Verwaltungsgerichtsbarkeit] ist es ein ureigenes Interesse der Behörden, rechtmäßig zu handeln. Durch die besondere Kommunikationsstruktur des Mediationsverfahrens zeigen die Beteiligten für diese Verpflichtung der Behörden in der Regel großes Verständnis. (...) Aus Kontakten mit anderen Mediatoren auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts wurde bekannt, dass die Bearbeitung der rechtlichen Situation in der Mediation häufig schwer fällt, während die Richtermediatoren unseres Projektes über gute Erfolge (Vereinbarungen in Übereinstimmung mit dem Recht) nach der Erörterung des Rechts berichten. Die Berücksichtigung des Rechts in der öffentlichrechtlichen Mediation spielt also eine grundsätzlich andere Rolle als im zivilrechtlichen Rahmen.“¹⁰

IV. Die Vorzüge der Konzeption als richterliche Tätigkeit

Mediation in der hessischen Sozialgerichtsbarkeit ist richterliche Tätigkeit. Während zuweilen der Eindruck erweckt wird, gerichtsnaher Mediation sei entweder zwingend als richterliche Tätigkeit oder zwingend als Verwaltungstätigkeit anzusehen¹¹, also eine abstrakt-normative Zuordnung verfolgt wird, wird hier die Auffassung vertreten, dass die Zuordnung von der konkreten Ausgestaltung der Mediationstätigkeit abhängt. Die am Gericht wahrzunehmenden Aufgaben eines Richters sind entweder richterliche Aufgaben oder solche der Justizverwaltung (§ 21e VG) bzw. Aufgaben der rechtsprechenden Gewalt oder der Gerichtsverwaltung (§ 4 DRiG, vgl. auch Art. 92 GG); dabei müssen die Aufgaben eines Richters nicht notwendigerweise solche der Rechtsprechung sein (z. B. § 4 Abs. 2 Nr. 2 DRiG), die Aufgabenübertragung bedarf aber einer gesetzlichen Ermächtigung.

Der beauftragte oder ersuchte Richter mediiert

Unstreitig handelt es sich in diesem Sinne um richterliche Tätigkeit, wenn das Verfahren an den beauftragten oder ersuchten Richter nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO abgegeben wird. Verfahrensrechtlich ist also als richterliche Tätigkeit abgesichert, ein Ersuchen an einen nicht zur Entscheidung berufenen Richter zur nicht-streitigen Erledigung eines Konfliktes zu richten. Hierzu kann der beauftragte/ersuchte Richter sich im Rahmen des Verfahrensrechts auch mediativer Elemente der Verfahrensgestaltung bedienen. In Bayern hat sich diese modifizierte Form der gerichtsnahen Mediation als richterliche Tätigkeit in der Ziviljustiz unter dem Namen „Güterichter“ etabliert. § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO schreibt keine Vorgehensweise bei der Güteverhandlung vor, daher kann diese auch in Gestalt einer „echten“ gerichtsnahen Mediation erfolgen.

Da das SGG keine von der ZPO abweichenden Vorgaben über die Tätigkeit des beauftragten/ersuchten Richters macht und keine grundsätzlichen Un-

terschiede über die Rolle des beauftragten/ersuchten Richters zwischen ZPO und SGG bestehen, findet trotz des Fehlens einer förmlichen Güteverhandlung auch in der Sozialgerichtsbarkeit § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO über § 202 ZPO Anwendung.¹² Es kommt bei der Frage der Analogiefähigkeit des § 278 ZPO nicht darauf an, ob die in § 278 ZPO zur Beschleunigung des Verfahrens vorgesehenen Instrumente insgesamt dem sozialgerichtlichen Verfahren entsprechen oder ob das SGG eine Güteverhandlung nicht kennt¹³, sondern ob der Regelungsgehalt der einzelnen Rechtssätze des § 278 ZPO – hier: die Regelung über die Tätigkeit des beauftragten/ersuchten Richters zum Zwecke der „gütlichen“ Erledigung des Rechtsstreits – in das System des SGG zu integrieren sind.

Mediation durch die Gerichtsverwaltung?

Die Mediation wird z.B. in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit von der Justizverwaltung angeboten¹⁴. Problematisch ist dies zunächst im Hinblick auf die hieraus folgende Weisungsgebundenheit in der Justizverwaltungsstruktur. Auch wenn Weisungen in Bezug auf das einzelne Mediationsgespräch wohl nicht zu erwarten sind, könnte das Selbstverständnis des Mediators berührt werden: Der justizverwaltende Mediator wird nicht unbedingt geneigt sein, sich als allparteilicher Partner der Beteiligten zu begreifen. Verfahrensrechtlich kann der Übergang zur **justizverwaltungsförmigen** Mediation nur über § 278 Abs. 5 Satz 2 und 3 ZPO (Ruhe des Verfahrens zur außergerichtlichen Streitbeilegung) geregelt werden; die gerichtsnahe Mediation der Justizverwaltung wäre dann „außergerichtliche Mediation“, was u. U. kostenrechtliche Folgeprobleme verursacht¹⁵ und die richterliche Mediationstätigkeit in Konkurrenz zur Tätigkeit des freiberuflichen Mediators setzen könnte. Demgegenüber hat die richterlich-mediative Tätigkeit mit § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO (i. V. m. § 202 SGG) im Vergleich zur Justizverwaltungs-Mediation gerade im Verhältnis zu Dritten eine belastbare Rechtsgrundlage.

Die Konzeption als richterliche Tätigkeit macht die gerichtsnahe Mediation auch weitgehend immun gegen die derzeit geführten Angriffe aus wettbewerbsrechtlicher Sicht, namentlich von *Spindler* im Rahmen der Begleitforschung zum niedersächsischen Projekt¹⁶. Maßgeblich ist insoweit, dass es sich um einen rechtlich determinierten Übergang vom streitigen gerichtlichen Verfahren in ein beim beauftragten/ersuchten Richter gemäß § 278 Abs. 5 **Satz 1** ZPO geführtes Gerichtsverfahren sui generis handelt. Insoweit besteht keine von *Spindler* konstruierte Konkurrenzsituation, wenn die Mediation als richterliche Tätigkeit angeboten wird. Allein außergerichtliche staatliche Mediationsangebote i. S. d. § 278 Abs. 5 **Satz 2** ZPO stünden in unmittelbarer Konkurrenz. Auch wegen des Zugangs zum Richtermediator handelt es sich bei der nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO durchgeführten Mediation um ein aliud: Der Richtermediator erreicht erst in Zusammenarbeit mit dem gesetzlichen Richter die im Prozess befindlichen Kontrahenten. Auch wollen die Gerichte nicht zusätzliche „Kunden“ gewinnen, sondern das Streitbehandlungsangebot für bereits vorhandene Verfahrensbeteiligte optimieren. Kurz: Niemand soll **wegen** des Mediationsangebots klagen. Erst wenn sich die gerichtsnahe Mediation auch an Nicht-Verfahrensbeteiligte wenden würde, bestünde die Absicht, den Absatz der eigenen Dienstleistung i. S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG zu fördern.

Auch *Greger* wendet sich im Abschlussbericht zum bayerischen „Güterichter“-Modell¹⁷ unter Bezugnahme auf die richterbezogene Ausgestaltung gegen den Vorwurf der Wettbewerbswidrigkeit: Diese Bewertung erschiene nur dann berechtigt, wenn die Justiz tatsächlich mit einem eigenständigen Angebot auf dem Mediationsdienstleistungsmarkt in Erscheinung träte. Es könne ihr aber nicht verwehrt sein, im Rahmen der gerichtlichen Güteverhandlung auch Methoden der Mediation zur Anwendung zu bringen. Die aufgezeigten Bedenken beruhen nach *Greger* sämtlich auf der Einschätzung, ein mit den Methoden der Mediation verhandelnder Richter verlasse seine Richterrolle und fungiere fortan als Mediator. Mediation ist aber kein Beruf, sondern ein Verfahren der Streit-

behandlung, welches in verschiedensten Ausprägungen praktiziert wird. Dies kommt – wenngleich nicht deckungsgleich mit der Konzeption des § 278 Abs. 5 ZPO – auch in Erwägungsgrund Nr. 12 der am 13. Juni 2008 in Kraft getretenen europäischen „Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen“ vom 21. Mai 2008 (ABl. L 136/3) zum Ausdruck:

„Diese Richtlinie sollte für Fälle gelten, in denen ein Gericht die Parteien auf die Mediation verweist oder in denen nach nationalem Recht die Mediation vorgeschrieben ist. Ferner sollte diese Richtlinie dort, wo nach nationalem Recht ein Richter als Mediator tätig werden kann, auch für die Mediation durch einen Richter gelten, der nicht für ein Gerichtsverfahren in der oder den Streitsachen zuständig ist. Diese Richtlinie sollte sich jedoch nicht auf Bemühungen zur Streitbeilegung durch das angerufene Gericht oder den angerufenen Richter im Rahmen des Gerichtsverfahrens über die betreffende Streitsache oder auf Fälle erstrecken, in denen das befassende Gericht oder der befassende Richter eine sachkundige Person zur Unterstützung oder Beratung heranzieht.“

Der Spagat zwischen Richteramt und Mediatorendasein

Kritisierbar bleibt das Konzept der Mediation als richterliche Tätigkeit freilich aus Sicht der „reinen Lehre“ der außergerichtlichen Mediation. Konzepte der gerichtsnahe Mediation begegnen einer besonderen Erwartungshaltung dadurch, dass ein Richter – mit sämtlichen Konnotationen des Richterbildes der Beteiligten – tätig wird. Dies ist inzwischen auch anhand einer Untersuchung in der bayerischen ordentlichen Gerichtsbarkeit bestätigt, wonach dem richterlichen Mediator gerade wegen seines Richteramtes besonderes Vertrauen entgegengebracht wird.¹⁸ Der als Richter wahrgenommene Mediator kann aber auch das Selbstvertrauen und den Willen der Beteiligten zu einer selbstverantwortlich erarbeiteten Konfliktlösung erheblich schwächen.¹⁹ Letztlich handelt es sich hierbei um einen nicht aufzulösenden Widerspruch: Je mehr sich die

gerichtsnahe Mediation aus den o.g. Gründen von der „reinen Lehre“ der Mediation hin zu einem Modell adäquater **richterlicher** Streitbehandlung entwickelt, um so mehr büßt das Angebot an Funktionalität im Sinne idealer Rahmenbedingungen für eine Mediation ein.

Diese „Zwickmühle“ ist aber kein K.O.-Kriterium gegen die Mediation als richterliche Tätigkeit. Korrektive können sein:

- Eine ausführliche Belehrung über die Unterschiede von Rechtsprechung und Mediation zu Beginn des Verfahrens,
- Ausweichen auf Räumlichkeiten außerhalb des Gerichts,
- stressfreie und zeitlich komfortable Gestaltung der ersten Phase(n) der Mediation (Themensammlung/Konfliktdarstellung/Klärung der Sichtweisen) mit entsprechender Mobilisierung der Eigenverantwortung der Beteiligten.

V. Ein neues Bild von den Aufgaben der Justiz

Im sog. kooperativen Staat ist auch das Selbstverständnis der Dritten Gewalt einem Wandel unterworfen: „Angebotsorientierte Rechtsschutzordnung“ – d. h. diverse Optionen der Konfliktverarbeitung werden den Konfliktbeteiligten angeboten –, „regulierte Selbstregulierung“ und die Verantwortungsgemeinschaft von staatlicher Sphäre und Zivilgesellschaft sind die Stichworte, die seit mehr als einem Jahrzehnt die Reformdiskussion dominieren und die Erweiterung staatlicher Konfliktbehandlung um Mediationsmodelle auch in den öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten nahelegen.²⁰

Die bisherigen Erfahrungen in Bayern und Niedersachsen haben gezeigt, dass die Beteiligten mit konkreten Erwartungen in die gerichtsnahe Mediation gehen, die sich deutlich von denen an ein Streitiges Gerichtsverfahren unterscheiden: 80 % der Parteien äußerten die Hoffnung auf eine **dauerhafte Konfliktlösung** bzw. die Vermeidung von Folgekonflikten. Jeweils neun von zehn Beteiligten formulierten die Hoffnung auf eine **einvernehmliche** Konfliktregelung und auch auf eine **kürzere Verfahrensdauer**. Mehr als zwei Drittel

der Beteiligten versprachen sich von ihrer Mediation vor allem größere Mitsprachemöglichkeiten, aber auch einen **(emotional) weniger belastenden Weg** zu einer Konfliktlösung.²¹

Schadet gerichtsnahe Mediation dem Richterbild?

Liegt es da nicht auf der Hand, mittels Mediation die Zufriedenheit der Beteiligten eines Rechtsstreits zu erhöhen? Die Antwort ist ein deutliches „Ja“ mit einem nur leisen, gleichwohl nicht nur für den Tonfall wichtigen „aber ...“:²² Gerichte bleiben jenseits aller staats-theoretischen Paradigmenwechsel Organe der Rechtsprechung. Und Rechtsprechung zielt nun einmal – rein normativ – auf Rechtsfindung im Einzelfall, auf die Herstellung von Rechtsfrieden, aber weder – rein faktisch – auf dauerhafte Konfliktbewältigung noch auf Interessenverwirklichung. Auch garantiert „Rechtsprechung“ keinesfalls die Einsicht des Unterlegenen, dass der vom Gericht gefundene Interessenausgleich richtig oder gar gerecht ist. Mediation und Streitiges Gerichtsverfahren betrachten den Konflikt also konstruktiv erst einmal in unterschiedlichen Dimensionen. Das vom „Kerngeschäft“ her geprägte Bild von den Aufgaben der Justiz wird durch die gerichtsnahe Mediation daher erheblich irritiert:²³ Mediation schaffe nicht Frieden durch Recht und Gerechtigkeit, sondern „nur“ eigenverantwortlichen Ausgleich im „Schatten“ des Rechts. Deshalb solle sie von Rechtsprechungsorganen nicht als Alternative zum herkömmlichen sozialgerichtlichen Verfahren angeboten werden. Mediation schade dem Richterbild und wirke mit der Fixierung auf den individuellen Interessenausgleich langfristig auf die Beseitigung des formalen Rechts hin.

Das formale Recht – auch im Öffentlichen Recht – wird seit den grundlegenden Analysen *Max Webers*²⁴ stetig durch den Gesetzgeber z. B. über Abwägungsklauseln in Richtung eines einzelfallbezogenen Interessenausgleichs aufgeweicht. Das kann jedoch nicht der Mediation angelastet werden, sondern ist der Einsicht in die begrenzte Steuer-

rungsfähigkeit des Rechts in der heterogenen Gesellschaft geschuldet. Auch im Übrigen schießt die Kritik weit über das Ziel hinaus. Die Gegner der Mediation wollen wohl kaum den Richter, der die soziale Wirklichkeit aus dem Rechtsstreit ausblendet und den Beteiligten Steine statt Brot gibt. Einen solchen Richter soll es auch nach rechtlichen Maßstäben nicht geben, z. B. nach den in den Juristenausbildungsgesetzen der Länder normierten Leitbildern und curricula für die Befähigung zum Richteramt.²⁵ Es geht also nicht um das Entweder-Oder bei der Frage nach den richtigen richterlichen Dimensionen der Streitbehandlung. Jede Richterin und jeder Richter kennt die Stärken und die Schwächen des gerichtlichen Verfahrens im Hinblick auf seine nicht in Abrede zu stellende Funktion als Instrument der Konfliktbeilegung; es ist ja nicht der Spaß am Kampf ums Recht, der die Beteiligten zu uns treibt.

Die Kritik weist aber auf ein weit verbreitetes Vorurteil hin, das mit dem Angebot der gerichtsnahe Mediation keinesfalls bedient werden soll: Es geht bei der gerichtsnahe Mediation **nicht** um eine gefundene „bessere Alternative“ zum vermeintlich formalistischen Gerichtsverfahren. Diese Debatte wurde allenfalls in den Anfängen der Mediation in den USA vor dem Hintergrund der dortigen, sehr spezifischen Justizkrise geführt. Inzwischen sucht man aber auch in Mediatorenkreisen bei der Konfliktbeilegung nicht mehr nach alternativen Lösungen zur Justiz (Alternative Dispute Resolution), sondern nach der angemessenen Lösung gemeinsam mit der Justiz (Appropriate Dispute Resolution).²⁶ In sozialrechtlich geprägten Lebensbereichen wird in sehr vielen Fällen das Streitige gerichtliche Verfahren für den Konflikt die richtige Lösung sein, in einigen die Mediation. Richtermediatoren kennen als Richter die Funktion des Streitigen Gerichtsverfahrens und sind in der Regel mit Überzeugung Richter; deshalb werden sie weder ungeeignete Fälle medieren noch die besondere Eignung dieses Verfahrens zur Lösung insbesondere stark rechtlich strukturierter Konflikte in Abrede stellen. Es geht in einem möglichst frühen Verfahrensstadium darum, die Beteiligten auf das optimale Verfahren der Streitbehand-

lung hinzuweisen und damit auch die Ressourcen der Beteiligten wie die des Staates optimal zu nutzen. Eine so verstandene gerichtsnahe Mediation verschafft Akzeptanz für die Tätigkeit der Justiz und erhöht im günstigsten Fall die Reputation der Justiz, wenn eine „Feinsteuerung“ angeboten werden kann, die den Bedürfnissen der Beteiligten und der Natur ihres Konflikts besser entspricht als das streitige gerichtliche Verfahren.

Die Autoren:



Peter Brändle und Dr. Frank Schreiber sind Richter am Sozialgericht in Wiesbaden und dort auch als Mediatoren tätig.

Anmerkungen

- 1 Die Erfahrungen z. B. im bayerischen „Güterichter“-Modellprojekt der ordentlichen Gerichtsbarkeit haben gezeigt, dass der Rechtsstreit nach erfolgloser Mediation keineswegs zwangsläufig durch Urteil beendet werden muss: 31,9 % dieser fortgesetzten Verfahren enden mit einem Vergleich – siehe Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, S. 31, 96f., 121.
- 2 Die entsprechende Formulierung im Geschäftsverteilungsplan des Sozialgerichts Wiesbaden lautet: „Für Ersuchen und die Tätigkeit als beauftragter Richter sind abweichend von Teil I des Geschäftsverteilungsplanes die 15. und 16. Kammer bzw. deren Vorsitzende zuständig, soweit es sich um Angelegenheiten der gerichtsnahe Mediation handelt. Die Angelegenheiten der gerichtsnahe Mediation werden den beiden Kammern abwechselnd zugewiesen. Besteht ein Sachzusammenhang mit einer früheren Mediation, so wird die Angelegenheit der diesbezüglich zuständigen Kammer zugewiesen, die nächste gerichtsnahe Mediation erhält die andere Kammer. Fällt der zugrundeliegende Rechtsstreit bereits in die Zuständigkeit der Kammer nach Teil I., so wird die Angelegenheit der anderen Kammer zugewiesen, die nächste gerichtsnahe Mediation jener Kammer.“
- 3 In der Regel wird der gesetzliche Richter bereits den telefonischen Kontakt zum potenziellen Mediator gesucht haben, um vorab dessen Einschätzung einzuholen.
- 4 KOMED, Steubenstraße 17, 72746 Reutlingen.
- 5 Anders als in Bayern und Niedersachsen wird das Projekt nicht vom Ministerium finanziell unterstützt – es verdankt seine Existenz der Unterstützung des Präsidenten des LSG, dem engagierten Einsatz einer Präsidialrichterin und der beteiligten Richterinnen und Richter.
- 6 Fisher/Ury/Patton, Das Harvard Konzept, 22. Aufl. (2004), S. 92.
- 7 Gegen eine gesetzliche Verpflichtung zur Mediation auch Sarhan, JZ 2008, 280 (284).
- 8 Weitere „Checklisten“ finden sich bei Seibert, NVwZ 2008, 365 (367) und in Bayer. Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen (Hrsg.), Sozialgerichtliche Mediation in Bayern, S. 27.
- 9 In Abwandlung des Bonmots von Ripke, vgl. Nds. Ministerium der Justiz/Konsens e. V., Projekt-Abschlussbericht zur Praxis der gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 19.
- 10 Nds. Ministerium der Justiz/Konsens e. V., Projekt-Abschlussbericht zur Praxis der gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 36.
- 11 So Ortloff, NVwZ 2004, 385 (389) einerseits und Seibert, NVwZ 2008, 365 (366) andererseits; vgl. auch Schümann, SGB 2005, 27.
- 12 Bayer. Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung. Familie und Frauen (Hrsg.), Sozialgerichtliche Mediation in Bayern, S. 23; zur Konzeption über § 278 Abs. 5 ZPO in Bayern vgl. auch: Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs Güterichter, S. 109ff.; wie hier zu § 173 VwGO: Seibert, NVwZ 2008, 365 (366); vgl. auch von Barga, DVBl. 2004, 468 [475] m. w. N. auch zur Gegenauffassung.
- 13 So offenbar die Gegenauffassung von Dürschke, SGB 2001, 532 (533); Leitherer in: Meyer-Ladewig u. a., SGG, 8. Aufl. § 202 Rn. 3.
- 14 Ausführlich dazu Walther, ZKM 2005, 53.
- 15 Vgl. von Glasenapp, NordÖR 2007, 281 einerseits, Spindler, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen“, September 2006, zitiert nach dem im Internet veröffentlichten Manuskript, S. 60 andererseits.
- 16 Spindler, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt „Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen“, September 2006, S. 16ff.; zur wettbewerbsrechtlichen Kritik: Spalckhaver, IDR 2004, 80; Klose, ZKM 2005, 146; Volkmann, Mediation im Zivilprozess. Rechtliche Rahmenbedingungen für ein gerichtsinternes Mediationsange-
- bot, (passim); zuletzt krit.: Creutz, DRiZ 2007, 11; Sick ZRP 2007, 203; vgl. auch Monßen ZKM 2006, 83 (86).
- 17 Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs „Güterichter“, Manuskript, Stand: Juli 2007, S. 110f.
- 18 Greger, Abschlussbericht zur Evaluation des Modellversuchs „Güterichter“, Manuskript, Stand: Juli 2007, S. 112.
- 19 Vgl. Schreiber, Betrifft JUSTIZ 2004, 216; Sick ZRP 2007, 203.
- 20 Zum staatstheoretischen und verwaltungswissenschaftlichen Hintergrund: Hoffmann-Riem, Modernisierung von Recht und Justiz, 2001, S. 58, 66f.; Pitschas, NVwZ 2004, 396 (398f., 401f.)
- 21 Nds. Ministerium der Justiz/Konsens e. V., Projekt-Abschlussbericht zur Praxis der gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen, S. 16.
- 22 Vgl. zum Folgenden auch Sarhan, JZ 2008, 280 (285f.).
- 23 Vehement gegen die gerichtsnahe Mediation daher Spellbrink, SGB 2003, 141; ders. DRiZ 2006, 88; vgl. auch Kilger, Thesenpapier des Vortrages BSG-Richterwoche 2006.
- 24 Z. B. Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 2. Halbband, Kapitel VII § 8 (S. 503ff., 507 – zitiert nach der 5. Aufl. 1976).
- 25 So z. B. die Präambel des HessJAG: „Ziel der juristischen Ausbildungsreform ist der kritische, aufgeklärt rational handelnde Jurist, der sich seiner Verpflichtung als Wahrer des freiheitlich demokratischen und sozialen Rechtsstaats bewusst ist und der in der Lage ist, die Aufgaben der Rechtsfortbildung zu erkennen.“ Inhalt des Studiums sind nach § 6 Abs. 1 Hess-JAG auch „Schlüsselqualifikationen, wie Verhandlungsmanagement, Gesprächsführung, Rhetorik, Streitschlichtung, Mediation, Vernehmungslehre und Kommunikationsfähigkeit.“
- 26 Vgl. Alexander/Ade/Olbrisch, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, 2005, S. 1f.