

Diese Ergebnisse sprechen für die Stärkung der gütlichen Beilegung durch sozialgerichtsinterne Mediation. Sie ist neben der richterlichen Vergleichsverhandlung und dem ausführlichen Rechtsgespräch eine der Möglichkeiten zur Förderung einvernehmlicher Konfliktlösungen im Sozialprozess. Da die überwiegende Anzahl der Sozialprozesse an zwingende Klagefristen gebunden ist, die kaum Spielraum für vorgerichtliche Verhandlungen lassen,<sup>967</sup> ist ein breiteres Verfahrensangebot an den Sozialgerichten sinnvoll.

### *III. Institutionalisierung der sozialgerichtsinternen Mediation*

Überlegungen nach der Institutionalisierung der gerichtsinternen Mediation an sich betreffen die Frage nach ihrer Rechtsgrundlage.

967 Zur Implementierung der Mediation bereits in das sozialrechtliche Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren s. *Schümann*, SGb 2005, S. 27, 30 f. und *Oehlmann*, SGb 2005, S. 574, 576 ff. S. a. den Bericht über das Pilotprojekt des Landesverbandes der Betriebskrankenkassen Niedersachsen-Bremen zur Mediation im Gesundheitswesen *Schoop/Rüssel*, ZKM 2008, S. 68, 68 ff. Zur Mediation im allgemeinen Verwaltungsverfahren vgl. *Pitschas*, NVwZ 2004, S. 396, 399 ff.; *Cluth*, in: *Wolff/Bachof/Stober/ders.*, Verwaltungsrecht I, § 63; *von Mutius*, SchIHA 2007, S. 122, 122 ff. und *Rapp*, Mediation im Verwaltungsrecht. In der Schweiz besteht auf Bundesebene seit 2007 die Möglichkeit im Rahmen des Verwaltungsverfahrens eine Mediation durchzuführen. Nach Art. 33b des Bundesgesetzes über das Verwaltungsverfahren (SchwBVwVfG, eingefügt durch Anhang Ziff. 10 des SchwBVwVfG vom 17.6.2005, AS 2006 2197, SR 173.32) kann die Behörde das Verfahren, in denen eine Verfügung zur Regelung widerstreitender Interessen mehrerer Parteien ergehen soll, vorübergehend aussetzen (sistieren), damit sich die Parteien über den Inhalt der Verfügung einigen können (s. auf *Kumpan/Bauer*, in: *Hopt/Steffek* (Hrsg.), Mediation, S. 853, 872 ff.). Nach deutschem Recht ist der Einsatz eines Mediators im Verwaltungsverfahren nicht ausdrücklich genannt. Nur in einzelnen Anwendungsbereichen wie z. B. in § 4b BauGB ist die Einbeziehung Dritter vorgesehen. Nach § 4b BauGB kann die Gemeinde vor allem zur Beschleunigung des Bauleitplanverfahrens einem Dritten die Vorbereitung und Durchführung der Verfahrensschritte nach den §§ 2a bis 4a BauGB übertragen. Mit dieser Vorschrift sollte eine Gesetzesgrundlage für die Konfliktvermittlung im Bauplanungsrecht geschaffen werden (vgl. BT-Drs. 13/6392, S. 47). Ein »mediationsspezifischer Regelungsrahmen im Verwaltungsrecht« ist dagegen noch nicht entwickelt worden (*Kaltenborn*, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, S. 118). Zur Mediation auf dem verwaltungsrechtlichen Gebiet in anderen europäischen Staaten vgl. von Bargen, EuR 2008, S. 200, 207 ff. Allgemein zur Mediation im Verwaltungsrecht s. *Holznagel*, in: *Breidenbach/Hessler* (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 147; 147 ff.; *Härtel*, JZ 2005, S. 753, 753 ff.; *Holznagel/Ramsauer*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 28 und *Orloff* in: *Dieter/Montada/Schulze* (Hrsg.), Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation, S. 197, 197 ff.

## 1. Regelung in der ZPO

Eine Vorschrift, die das Zusammenspiel zwischen (außergerichtlicher) Mediation und Gerichtsverfahren zum Regelungsgegenstand hat, findet sich in § 278 Abs. 5 Sätze 2 und 3 ZPO. Danach kann das Gericht in geeigneten Fällen den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen und ordnet – wenn sich die Parteien dazu entscheiden – in entsprechender Anwendung des § 251 Satz 1 ZPO das Ruhen des gerichtlichen Verfahrens an. Die Möglichkeit, eine gerichtsinterne Mediation vorzuschlagen, kann in analoger Anwendung dieser Vorschrift erfolgen.<sup>968</sup>

Projektgerichte greifen zusätzlich auf § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO zurück.<sup>969</sup> Nach § 278 Abs. 2 ZPO geht der mündlichen Verhandlung zum Zwecke der gütlichen Beilegung des Rechtsstreits eine Güteverhandlung voraus, es sei denn, es hat bereits ein Einigungsversuch vor einer außergerichtlichen Gütestelle stattgefunden oder die Güteverhandlung erscheint erkennbar aussichtslos. Nach § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO kann diese Güteverhandlung auch vor einem beauftragten oder ersuchten Richter stattfinden. Der beauftragte Richter ist Mitglied eines Kollegiums. Ihm sind einzelne Amtshandlungen aus dem Geschäftsbereich des Kollegiums übertragen wie die Vornahme der Güteverhandlung oder die Beweisaufnahme. Demgegenüber wird der ersuchte Richter im Rahmen der Rechtshilfe tätig. Er nimmt eine einzelne richterliche Handlung in einem anhängigen Verfahren eines anderen Gerichts wahr.<sup>970</sup> Die Analogie zu § 278 Abs. 5 Satz 1 ZPO ist erforderlich, da der Richtermediator kein kommissarischer Richter im Sinne eines beauftragten oder ersuchten Richters ist. Er ist nicht Mitglied des Kollegiums und wird auch nicht im Rahmen der Rechtshilfe tätig. Die Mediation geht zudem nicht wie die Güteverhandlung der mündlichen Verhandlung unmittelbar voraus, sondern ist ein getrenntes Verfahren.<sup>971</sup>

968 Vgl. ausf. Löer, ZKM 2005, S. 182, 185 f. S. a Koch, NJ 2005, S. 97, 99, der § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO teleologisch so auslegt, dass »außergerichtlich« im Sinne von »außerprozessual« zu verstehen ist und somit jede Verständigungsmöglichkeit ohne gerichtliche Entscheidung des Rechtsstreit darunter fällt. Danach gehört die Verständigung mit Hilfe eines Richters, der selbst dem Gericht angehört, aber nicht zur Streitentscheidung berufen ist, d. h. eines Richtermediators, zum Anwendungsbereich dieser Norm. Auf eine Analogie kommt es danach nicht an.

969 Vgl. *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen* (Hrsg.), Sozialgerichtliche Mediation in Bayern, S. 23.

970 Vgl. §§ 361 f. ZPO sowie Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, § 20 Rdnr. 38 und § 22 Rdnr. 1.

971 Um diese Gesetzeslücke zu schließen hat Bayern über den Bundesrat einen Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der gütlichen Streitbeilegung im Zivilprozess vom 2. November 2004 eingebracht, über den allerdings bis heute nicht beraten wurde (BR-Drs. 747/04). Dieser sieht u. a. eine Neufassung des § 278 Abs. 5 ZPO vor. Dieser lautet:

Eine Analogie ist »ein Vergleich mit sehr komplexer Struktur«, in dem »das weniger Bekannte mit dem Bekannteren verglichen [wird], um dann dem ersten auch das zweifelhafte Merkmal, das zweifelsfrei nur der bekanntere Fall 1 aufweist, zuzuordnen.«<sup>972</sup> Sie wird auch als der Schluss »vom Besonderen auf das Besondere« bezeichnet,<sup>973</sup> weshalb der Nachweis erforderlich ist, dass das Besondere, für das eine Regelung fehlt (hier die gerichtsinterne Mediation durch einen Richtermediator), mit dem Besonderen, für das eine Regelung existiert (hier die Güteverhandlung durch einen beauftragten oder ersuchten Richter), »diejenigen Momente gemeinsam hat, auf denen die rechtliche Regelung [...] beruht.«<sup>974</sup> Die gemeinsamen Momente sind hier das Tätigwerden eines Richters, der selbst nicht der gesetzliche Richter ist, mit dem Ziel, zwischen den Konfliktparteien eine gütliche Einigung herbeizuführen. Die für eine Analogie geforderte »Ähnlichkeit« beider Sachverhalte besteht darin, dass hier wie dort, statt streitig zu verhandeln, eine gütliche Beilegung gefördert werden soll. Sie verfolgen das-selbe teleologische Ziel: »der juristische Analogieschluß nährt sich nicht nur von seiner logischen Zuverlässigkeit und seiner juristisch-praktischen Verwendbarkeit kraft ‚Rechtsähnlichkeit‘, sondern er treibt seine Wurzeln noch weiter in das Erdreich des Rechtes, indem er zutiefst voraussetzt, daß für die Rechtspflege gesetzliche und gewohnheitsrechtliche Vorschriften nicht nur unmittelbar, sondern auch mittelbar fruchtbare werden können und sollen. Die allgemeinen Werturteile des Gesetzes und des Gewohnheitsrechtes sollen nicht nur die unmittelbar betroffenen Fälle, sondern auch ähnlich gelagerte Fälle regeln und beherrschen.«<sup>975</sup>

Solange die gerichtsinterne Mediation gesetzlich noch nicht ausdrücklich geregelt ist, erlaubt die entsprechende Anwendung dieser Normen einen Verweis der Parteien vor einen Richtermediator.<sup>976</sup>

»Für die Güteverhandlung oder für einen sonstigen Güteversuch kann das Gericht die Parteien vor einen beauftragten oder ersuchten Richter oder mit ihrer Zustimmung vor einen Güterichter verweisen. Hält der Güterichter einen Güteversuch für aussichtslos oder kommt eine Einigung der Parteien in den Fällen des Satzes 1 nicht zu Stande, so wird das Verfahren vor dem Prozessgericht fortgesetzt.« Ziel dieser Änderung ist insbesondere eine Vermeidung der strukturellen Probleme, die sich typischerweise durch eine Schlichtung vor dem Streitrichter ergeben (vgl. Begr. zu BR-Drs. 747/04, S. 6; s. a. C. V. 1.).

972 *Kaufmann*, Das Verfahren der Rechtsgewinnung – eine rationale Analyse, S. 59.

973 *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 146.

974 Ebd. S. 147.

975 Ebd. S. 149.

976 Diese Auffassung vertritt auch die Bundesregierung (vgl. BT-Drs. 16/13541, S. 2, Antwort 2 auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Wolfgang Neskovic u. a. Drs. 16/13317). *Ortloff*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 41, Rdnr. 96 und *von Olenhusen*, ZKM 2004, S. 104, 106 verneinen entsprechend einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.

## 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 gerichtsinternen 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 gerichtsinterne 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 Bargen, DVBl 2004, S. 468, 475.

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