

in der gerichtlichen Mediation aus Gründen der Vertraulichkeit die Öffentlichkeit auszuschließen.⁸⁸⁴

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.⁸⁸⁵ 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).

knüpft.⁸⁸⁶ Ein Verfahren wird von dem Betroffenen als gerecht oder ungerecht bezeichnet, wenn es als gerecht oder ungerecht wahrgenommen wird. Wichtig dabei ist die Unterscheidung von objektiver und subjektiver Gerechtigkeit, d. h. die Trennung des normativen Gehalts und des psychologischen Inhalts von Gerechtigkeit. Gegenstand der sozialpsychologischen Verfahrensforschung sind die subjektiven Gerechtigkeitsvorstellungen von Betroffenen im Hinblick auf die Modalitäten des Verfahrens und von in diesen Verfahren generierten Entscheidungen. Diese Verfahren können rechtliche Verfahren der Entscheidungsfindung wie beispielsweise das Gerichts- und das Verwaltungsverfahren sein, aber auch das Mediationsverfahren. Denn an dessen Ende steht ebenfalls eine Entscheidung über die Zuteilung von Gütern, wenn auch eine, die von den Konfliktparteien selbst ausgehandelt wurde.⁸⁸⁷

Begrifflich wird im Zusammenhang mit der subjektiven Gerechtigkeit meist von Fairness gesprochen und konkrete Urteile Einzelner über eine Situation werden entsprechend als Fairnessurteile bezeichnet. Dabei handelt es sich um »eine spezielle Klasse moralischer Urteile, die sich ergeben, wenn eine Person an einem Austausch oder an einer Aufteilung von Belohnungen und Ressourcen (oder Kosten und Strafen) zwischen zwei oder mehreren Parteien entweder teilnimmt oder diese beobachtet. Urteile zur Fairness bewerten die Rechtmäßigkeit der Aufteilung sowie des Verteilungsprozesses, der sie hervorbrachte.«⁸⁸⁸ Ausgangspunkt dieser Urteile ist die Überzeugung einer Person, dass die Aufteilung und das Verteilungsverfahren nur dann fair sind, wenn sie bestimmte Kriterien erfüllen. Wobei zu berücksichtigen ist, dass sich Individuen sehr selektiv und situationsabhängig der Gerechtigkeitsregeln bedienen. Die Bewertungen sind damit immer relativ und werden auf andere Individuen oder Gruppen oder auf einen absoluten Maßstab bezogen.⁸⁸⁹

1. Aspekte der Verfahrensgerechtigkeit

Relevanz hat das Urteil über die Fairness zunächst für die Aufteilung bei Verteilungsfragen. Angesprochen ist damit die distributive oder verteilende Gerechtigkeit, d. h. die gerechte Zuteilung von Gütern, Rechten, Pflichten, Chancen, Risi-

886 Vgl. Bierbrauer, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 317, 317.

887 Vgl. Klinger/Bierbrauer, ZKM 2006a, S. 36, 36 f.

888 Vgl. Leventhal/Karuz/Fry, in: Mikula (Hrsg.), Gerechtigkeit und soziale Interaktion, S. 185, 220.

889 Vgl. Bierbrauer, in: Blankenburg/Gottwald/Strempel (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 317, 318 f.

ken u. Ä.⁸⁹⁰ Ihr wird die prozedurale Gerechtigkeit gegenüber gestellt. Gemeint ist damit nicht lediglich das Verfahren, mit dessen Hilfe die gerechte Zuteilung, d. h. die distributive Gerechtigkeit, erfolgen soll. Die Verfahrensgerechtigkeit steht vielmehr – unabhängig vom Ausgang – für die wahrgenommene Fairness des Verfahrens, das zur Entscheidungsbildung benutzt wird.⁸⁹¹

Ausgangspunkt der sozialwissenschaftlichen Analyse von Verfahrensgerechtigkeit ist die »grundlegende Befangenheit, die uns alle in Konfrontation mit der durch das Gesetz manifestierten Staatsmacht ergreift.«⁸⁹² Sieht sich ein Individuum mit einer gesetzlichen Autorität konfrontiert, befindet es sich in einem »fundamentalen sozialen Dilemma«: Einerseits hat es durch seine Sozialisation gelernt, dass »Recht und gesetzliche Autorität notwendige und wünschenswerte Aspekte des gesellschaftlichen Lebens sind, um dem unkontrollierten und möglicherweise destruktiven Zusammenprall individueller Wünsche und Praktiken Einhalt zu gebieten.«⁸⁹³ Andererseits argwöhnt es einen Machtmissbrauch, da nur einigen wenigen Menschen diese Macht und Autorität zukommt.⁸⁹⁴ Die psychologische Antwort auf das Dilemma liegt in der Verfahrensgerechtigkeit.⁸⁹⁵

Die Untersuchungen von *Gerald S. Leventhal* ergaben insgesamt sechs Einflussgrößen auf die prozedurale Fairness: Auch er betont zunächst das Erfordernis der Unvoreingenommenheit, d. h. der Neutralität. Damit ein Verfahren fair ist, darf die entscheidende Person kein persönliches Eigeninteresse haben und sie darf nicht Voreingenommen sein. Ein weiterer Faktor ist die Konsistenz des Verfahrens über Personen und über die Zeit hinweg. D. h. jeder, der Beteiligter eines Verfahrens ist, muss gleich behandelt werden und die gleichen Rechte haben. Bedeutsam ist auch die Genauigkeit, mit der die entscheidungsbefugte Person tätig wird, ob also die relevanten Informationen korrekt und genau gesammelt werden und bei der Entscheidung Berücksichtigung finden und fehlerhafte Vorannahmen vermieden werden. Entsprechend unfair wird ein Verfahren wahrgenommen, wenn die verfahrensbeendende Entscheidung auf eine ungenaue In-

890 Vgl. *Montada*, in: *Dieter/ders./Schulze* (Hrsg.), *Gerechtigkeit im Konfliktmanagement und in der Mediation*, S. 37, 43 ff.; s. a. *Bierbrauer*, in: *Blankenburg/Gottwald/Strempel* (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz*, S. 317, 319 ff.; *Klendauer/Streicher/Jonas/Frey.*, in: *Bierhoff/Frey/Bengel* (Hrsg.), *Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie*, S. 187, 188 f. und *Klinger/Bierbrauer*, ZKM 2006a, S. 36, 38.

891 Vgl. *Bierhoff*, ZfSP, S. 163, 163. S. a. *Thibaut/Walker*, *Procedural justice*.

892 Vgl. *Lind*, in: *Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger* (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 3, 8. Zur Entwicklung der Procedural Justice Forschung s. *Röhl*, ZRS 1993, S. 1, 9 f.

893 *Lind*, in: *Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger* (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 3, 8 f.

894 Vgl. ebd. S. 9.

895 Vgl. ebd.

formationsgrundlage gestellt wird. Notwendig ist auch die Möglichkeit der Korrektur. Korrigierbarkeit meint die Möglichkeit zur Revision einer Entscheidung, die sich nachträglich als fehlerhaft erweist. Beeinflusst wird die Wahrnehmung der Verfahrensgerechtigkeit zudem dadurch, ob die Interessen aller Betroffenen einbezogen werden, das Verfahren also repräsentativ ist. Schließlich muss das Verfahren in Übereinstimmung mit den persönlichen ethischen und moralischen Standards stehen. Gegen solche Standards würde beispielsweise bei Bestechung und Täuschung vorstoßen.⁸⁹⁶

Ein weiterer wichtiger Aspekt der Verfahrensgerechtigkeit ist die Mitsprache («voice») der Konfliktparteien, d. h. die Möglichkeit der Betroffenen, ihren Standpunkt und ihre Argumente zu präsentieren.⁸⁹⁷ Generell gilt, dass die Mitsprache die Zufriedenheit mit dem Verfahren erhöht.⁸⁹⁸ Denn sie garantiert, dass die eigenen Interessen effektiv eingebracht werden können und dass sich der Betroffene als Mitglied der Gesellschaft ernst genommen fühlt.⁸⁹⁹ Umgekehrt führt die Vorenthaltung von Mitspracherechten zu einer starken sozialen Ausgrenzung.⁹⁰⁰

All diese Faktoren, die Einfluss auf die Wahrnehmung der Verfahrensgerechtigkeit nehmen, spiegeln sich mehr oder weniger in den einzelnen gerichtlichen Verfahrensordnungen wider. So sichern beispielsweise die Regelungen über die Befangenheit die Neutralität der entscheidenden Person und es wird durch den Anspruch auf rechtliches Gehör die Möglichkeit der Mitsprache geschaffen. Die Anwendung vorher festgelegter Verfahrensregeln kann ihrerseits mehr oder weniger fair oder unfair ausfallen. D. h. von den Verfahrensregeln ist ihre Anwendung zu unterscheiden.⁹⁰¹ Entsprechend bezieht sich die Frage nach der Fairness genau genommen auf drei Aspekte: auf das Verfahren (prozedurale Gerechtigkeit), seine Umsetzung in der Interaktion, weshalb sie auch als interaktionale Gerechtigkeit bezeichnet wird,⁹⁰² und auf die Konsequenzen, d. h. die Verteilung

896 Leventhal, in: Gergen/Greenberg/Willis (Hrsg.), *Social Exchange*, S. 27, 39 ff. Zur Bedeutung dieser Kriterien zur Wahrnehmung der Verfahrensgerechtigkeit vgl. die Untersuchung Tyler, *Law&Soc.Rev.* 1988, S. 103; s. a. Bierhoff, *ZfSP*, S. 163, 164 f. und Bierhoff, *Sozialpsychologie*, S. 162 f.; kritisch zu den empirischen Untersuchungen zur Verfahrensgerechtigkeit s. Vidmar, *ZRS* 1993, S. 35, 36 ff.

897 Vgl. Bierhoff, *ZfSP*, S. 163, 168 ff.

898 Vgl. Bierhoff, *Sozialpsychologie*, S. 163.

899 Vgl. Lind, in: Bierbrauer/Gottwald/Birnbreier-Stahlberger (Hrsg.), *Verfahrensgerechtigkeit*, S. 3, 6 f.

900 Vgl. Zenk/Strobl/Hupfeld u. a., *Gerichtsnähe Mediation in Niedersachsen*, S. 132.

901 Vgl. Bierhoff, *ZfSP*, S. 163, 164.

902 Vgl. ebd. und Bies/Moag, in: Lewicki/Sheppard/Bazerman (Hrsg.), *Research on Negotiation in Organizations*, S. 43.

(distributive Gerechtigkeit).⁹⁰³ Die interaktionale Gerechtigkeit hängt dabei stark mit der prozeduralen Fairness zusammen, weil sie sich auch auf den Prozess der Konfliktlösung bezieht.⁹⁰⁴

2. Bedeutung der Verfahrensgerechtigkeit

Die wichtigste Entdeckung der sozialwissenschaftlichen Gerechtigkeitsforschung ist die Erkenntnis, dass die Zufriedenheit und die wahrgenommene Gerechtigkeit der einzelnen Beteiligten nicht nur vom Ausgang des Verfahrens; sondern auch von anderen Faktoren abhängen. Nach dem so genannten »procedural-justice-effect« akzeptieren Personen sie betreffende Entscheidungen auch dann als gerecht, wenn sie nicht bekommen, was sie erwartet haben, sofern sie das Entscheidungsfindungsverfahren als fair wahrgenommen haben.⁹⁰⁵ »Der Eindruck, fair behandelt worden zu sein, erhöht nicht nur die Wahrscheinlichkeit, dass auch unvorteilhafte Entscheidungen von den Betroffenen akzeptiert werden, er erzeugt auch ein Gefühl der Eingebundenheit in die Gesellschaft sowie eine größere Bereitschaft, für deren Ziele einzustehen. Der Grad der Eingebundenheit bestimmt auch das Ausmaß der Loyalität gegenüber der Gesellschaft und der Bereitschaft, den Anordnungen und Entscheidungen staatlicher Autoritäten Folge zu leisten.«⁹⁰⁶

Erklärt wird diese Tatsache mit der so genannten »Fairness heuristic theory«.⁹⁰⁷ Der Beurteilungsprozess unterteilt sich danach in zwei Phasen. In der Beurteilungsphase (»judgemental phase«) wird erstmals eine generelle Gerechtigkeitsbeurteilung vorgenommen. Die Bildung einer generellen Gerechtigkeitsbeurteilung geschieht zu Beginn einer sozialen Beziehung. Sie wird nur modifiziert, wenn gravierende Änderungen in der Beziehung eintreten. In der zweiten, der Anwendungsphase (»use phase«), wird die bestehende generelle Gerechtig-

903 Vgl. Bierhoff, ZfSP, S. 163, 164.

904 Vgl. ebd. Die interaktionale Gerechtigkeit kann ihrerseits weiter ausdifferenziert werden in die interpersonale und informationale Gerechtigkeit (vgl. Klendauer/Streicher/Jonas/Frey, in: Bierhoff/Frey/Bengel (Hrsg.), Handbuch der Sozialpsychologie und Kommunikationspsychologie, S. 187, 190). Während die interpersonale Gerechtigkeit beispielsweise die höfliche und respektvolle Behandlung der Konfliktparteien umfasst, geht es bei der informationalen Gerechtigkeit unter anderem um die gründliche und nachvollziehbare Abgabe von Erklärungen zu Entscheidungen durch die entscheidende Person (vgl. Colquitt, J. Appl. Psychol. 2001, S. 386, 389 f.).

905 Vgl. Lind/Tyler, The Social Psychology of Procedural Justice, S. 207.

906 Klinger/Bierbrauer, ZKM 2006b, S. 71, 73.

907 Vgl. Lind, in: Greenberg/Cropanzano (Hrsg.), Advances in Organizational Justice, S. 56.