

Eine individuelle Verweisung wie in § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO hat gegenüber der allgemeinen Verweisung nicht nur den Vorteil, dass sie die Interessen der Konfliktparteien an der Art und Weise der Konfliktbearbeitung und -lösung berücksichtigen. Ein weiterer Vorzug ist die Möglichkeit, den Konflikt in seiner Vielschichtigkeit zu betrachten. Berücksichtigt werden können die bisherige Konfliktgeschichte, bereits erfolgte Bemühungen um eine einvernehmliche Beilegung, die rechtliche, wirtschaftliche, tatsächliche und emotionale Bedeutung der Sachthemen, weitere Beteiligte und Betroffene des Konflikts und die emotionale und wirtschaftliche Belastung der Konfliktparteien durch den Konflikt. Zudem ermöglicht es die individuelle Verweisung, den Konfliktparteien beratend zur Seite zu stehen. Häufig wissen diese nicht, ob ein anderes Konfliktbehandlungsverfahren die gewinnbringende Alternative darstellt und mit welchen Implikationen sie einhergeht. Nimmt man den Auftrag des gesetzlichen Richters ernst, dass seine Hauptaufgabe darin besteht, als neutraler Dritter ihm überantwortete Konflikte zwischen Konfliktparteien zu lösen und dabei grundsätzlich eine gütliche Beilegung zu versuchen, beinhaltet dies auch solche Aspekte des Konfliktmanagements.

Für eine Regelung im SGG kann § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO Pate stehen. Je nachdem, inwieweit bei der individuellen Verweisung eines anhängigen Verfahrens an die gerichtsinterne Mediation durch den gesetzlichen Richter der Wille der Konfliktparteien ausschlaggebend sein soll, kann die Durchführung des Mediationsverfahrens von ihrer Zustimmung abhängig gemacht oder allein in das richterliche Ermessen gestellt werden, selbst wenn im Rahmen einer richterlichen Ermessensausübung der Wille der Konfliktparteien regelmäßig Beachtung finden wird. Die Zustimmung der Konfliktparteien kann sich beispielsweise in ihrem Antrag auf Durchführung einer Mediation oder in ihrer Erklärung des Einverständnisses zum richterlichen Vorschlag äußern.

## 2. Verweisungskriterien

Wann ist ein anhängiges Verfahren für die Mediation geeignet? Welche Kriterien müssen in einem konkreten Fall vorliegen, damit das gerichtliche Verfahren als mediationsgeeignet gelten kann? Im Folgenden wird der Frage nach der richterlichen Verweisung eines an einem Sozialgericht anhängigen Konflikts an die Mediation nachgegangen. Ziel ist die Herausarbeitung der Kriterien, anhand derer

Rule 44.5 (3) (ii); s. a. Greger/Engelhardt, ZKM 2003, S. 4, 4 ff.; Hess, in: *Ständige Deputation des Deutschen Juristentages* (Hrsg.), Gutachten F, F 73 f.; Althammer, JZ 2006, S. 69 und Newmark, SchiedsVZ 2003, S. 23).

die jeweils beste gerichtliche Behandlungsmethode eines konkreten Konfliktes bestimmt<sup>1016</sup> bzw. eine einmal gewählte Behandlungsmethode überprüft werden kann. Verweiskriterien sind erforderlich, um einerseits eine individuelle Konfliktbehandlung zu gewährleisten und andererseits zugleich den Geschäftsanfall bewältigen zu können.<sup>1017</sup>

#### a) Kriterienarten

Zur Ermittlung geeigneter Kriterien sollen in der Fachliteratur genannte Kriterien kritisch beleuchtet werden. Dabei wird auf die konflikt- und rechtstheoretischen Ausführungen in den Teilen B und C zurückgegriffen. Zudem werden die Erkenntnisse aus den empirischen Untersuchungen zu den Modellprojekten der gerichtlichen Mediation – insbesondere dem Modellprojekt »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« in Bayern – herangezogen. Die theoretischen Grundlagen und die empirischen Erkenntnisse dienen nicht nur der Hinterfragung einzelner Kriterien, sondern auch der Erstellung einer Systematik.

Im Hinblick auf die Erarbeitung von Kriterien sind vier Dinge zu beachten: Zunächst haben die in der Literatur genannten Kriterien in der Regel nicht die gerichtliche Mediation, sondern die vorgerichtliche Mediation im Blick. Sie dienen in diesem Fall der Beratung potentieller Medianden und beziehen sich auf einen Moment, in dem die Mediation als Alternative zu einem noch nicht anhängig gemachten gerichtlichen Verfahren steht. Die vorgerichtliche Mediation soll vor allem das Gerichtsverfahren vermeiden, auch wenn es als Option für die Zukunft bestehen bleibt und in die Überlegungen einbezogen wird. Im Unterschied dazu ist die gerichtliche Mediation eine Alternative zur Fortführung des streitigen Verfahrens und ist als Alternative zur Urteilsfindung bzw. richterliche Vergleichsverhandlung im bereits angestregten Gerichtsverfahren zu sehen.

Im Gegensatz zum Multi-Door Courthouse geht es zweitens in dieser Untersuchung nur um die Wahl zwischen der gerichtlichen Mediation und dem herkömmlichen Gerichtsverfahren mit seinen Ausprägungen wie dem Erörterungstermin, der gerichtlichen Vergleichsverhandlung und dem Erkenntnisverfahren. Andere Streitbehandlungsverfahren wie zum Beispiel die Schlichtung oder das Schiedsverfahren, bleiben außer Acht.<sup>1018</sup> Die Verweiskriterien

1016 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 1; s. a. *Breidenbach*, Mediation, S. 2 f.

1017 Vgl. *Gottwald*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 39, Rdnr. 56.

1018 S. o. B. IV. Einleitung sowie Fn. 1011.

werden nur darauf hin geprüft, ob sie für die Bestimmung der Eignung für die gerichtsinterne Mediation als Alternative zum Gerichtsverfahren brauchbar sind.

Drittens gehen die Kriterien meist von Konflikten aus, die gerichtlich vor den Zivil- oder Familiengerichten ausgetragen würden.<sup>1019</sup> Insoweit bedarf es einer kritischen Überprüfung, ob Voraussetzungen und Schlussfolgerungen auch für sozialrechtliche Streitigkeiten gelten.

Bei der Darstellung von Verweiskriterien werden viertens Kriterien genannt, die entweder für (Eignungskriterien) oder gegen (Ausschlusskriterien) die Eignung des Konflikts für die Mediation sprechen. Vielfach handelt es sich bei den negativen Kriterien jeweils um die bloße Umkehrung eines positiven Kriteriums. So wird unter anderem eine bestehende Verhandlungsbereitschaft für die Durchführung einer Mediation als Eignungsgrund genannt, hingegen die fehlende Verhandlungsbereitschaft gegen ihre Durchführung vorgebracht. In anderen Fällen sind das positive Kriterium und sein negatives Pendant – abgesehen von seinem negativen Vorzeichen – nur oberflächlich deckungsgleich. Als Beispiel kann der Wunsch nach Ausschluss der Öffentlichkeit als für die Mediation sprechendes Kriterium und der Wunsch nach Öffentlichkeit als negatives Kriterium gelten. Das Anliegen, die Öffentlichkeit aus dem Verfahren auszuschließen, hat ihren Grund in der die Öffentlichkeit ausschließenden Vertraulichkeit. Es kann sein, dass einer Konfliktpartei im besonderen Maße daran gelegen ist, dass vertrauliche Informationen nicht öffentlich zugänglich gemacht werden. Zudem ist die Sicherung der Vertraulichkeit ein Grundprinzip des Mediationsverfahrens. Demgegenüber beharrt eine Konfliktpartei auf einem öffentlichen Verfahren, weil sie darin beispielsweise die Möglichkeit sieht, die andere Konfliktpartei unter Druck zu setzen. Im ersten Fall geht es um die Vertraulichkeit und im zweiten um eine Vorteilsnutzung, d. h. es geht inhaltlich um unterschiedliche Aspekte der Öffentlichkeit und damit um ein Eignungs- und ein Ausschlusskriterium.

Verweiskriterien können nicht dahingehend verstanden werden, dass es sich um eindeutige Kriterien handelt. Vielmehr spielen oft mehrere Kriterien eine Rolle, die dynamisch sind und sich gegenseitig beeinflussen.<sup>1020</sup> Sie drücken somit eher Wahrscheinlichkeiten aus. Möglich sind lediglich Aussagen über bestimmte Kriterien, die einen Konflikt als besonders mediationsgeeignet darstellen.<sup>1021</sup> Zudem können einzelne Kriterien wiederum hinterfragt werden. So spricht beispielsweise ein Machtungleichgewicht zwischen den Konfliktparteien

1019 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 2 f. und *Mack*, Court Referral to ADR: Criteria and Research, S. 1.

1020 Vgl. *Mack*, Court Referral to ADR: Criteria and Research, S. 2.

1021 Vgl. *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 285.

gegen ein Mediationsverfahren, dies gilt jedoch nur dann, wenn es für dieses Ungleichgewicht keinen Ausgleich gibt.

Daraus ergibt sich, dass die Kriterien lediglich eine Orientierungshilfe sein können. Dies bedeutet dreierlei: Zunächst folgt daraus, dass auch Konflikte, die keines der Eignungskriterien erfüllen, durch die Mediation beigelegt werden können. Weiterhin resultiert daraus, dass bei der Anwendung der Eignungskriterien immer die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. »Es mag in einer konkreten Situation nur ein einzelner Grund für ein Mediationsverfahren sprechen. Wenn dieser Grund aber besonders schwer wiegt, kann ein solches Verfahren selbst dann geeignet sein, wenn sämtliche andere Eignungskriterien nicht erfüllt sind.«<sup>1022</sup> Schließlich gilt umgekehrt: Ein Konflikt, der viele Eignungskriterien erfüllt, kann für die Mediation ungeeignet sein, wenn ein gewichtiger Grund dagegen spricht.

Um bei der Erarbeitung der Kriterien diesen Tatsachen Rechnung zu tragen, werden diese in Form von Fragenkatalogen erstellt, die ihrerseits leitende und weitergehende Fragen einbeziehen.<sup>1023</sup> Dabei liegt die Konzentration in dieser Untersuchung in der Formulierung positiver Eignungskriterien. Dies liegt darin begründet, dass der Ausgangspunkt bei der Auswahl von Konflikten für die gerichtliche Mediation das gerichtliche Verfahren als der Normalfall gerichtlicher Konfliktbehandlung ist, von dem es gilt, geeignete Verfahren für die Mediation herauszufiltern und nicht umgekehrt. Das Gelingen eines Mediationsverfahrens hängt aber nicht nur von dem Vorliegen von Eignungskriterien und dem Fehlen von Ausschlusskriterien ab. Vielmehr müssen bestimmte Grundvoraussetzungen gegeben sein, die ihren Ursprung in den Verfahrensprinzipien der Mediation haben.

## b) Grundvoraussetzungen der Mediation

Damit im Rahmen eines Mediationsverfahrens eine konsensuale Konfliktbeilegung erreicht werden kann, müssen die Konfliktparteien grundsätzlich kooperationsbereit sein. Zugleich müssen sie bei der Bearbeitung und Lösung des Konflikts in der Lage sein, ihre Interessen selbstbestimmt vertreten zu können.

<sup>1022</sup> Vgl. ebd.

<sup>1023</sup> S. u. D. IV. 3.

## aa) Kooperationsbereitschaft

Das Gelingen einer Mediation setzt voraus, dass die Konfliktparteien kooperations- bzw. verhandlungsbereit sind und entsprechend spricht ihr Fehlen oft gegen die Durchführung eines Mediationsverfahrens.<sup>1024</sup> Die Feststellung fehlender Kooperation kann aber schwierig sein. Auf eine mangelnde Kooperationsbereitschaft wird beispielsweise aus dem Vorliegen gescheiterter Vergleichsverhandlungen oder dem Nicht-Einhalten einer Vereinbarung geschlossen.<sup>1025</sup> Beides ist zunächst ein Indiz dafür, dass es den Konfliktparteien im Rahmen außergerichtlicher Vergleichsverhandlungen nicht gelungen ist, eine Einigung zu erzielen bzw. eine Vereinbarung zu treffen, die auch den Interessen der Verhandlungspartner entspricht und damit im Nachhinein akzeptiert wird. Es zeigt aber zugleich die grundsätzliche Bereitschaft und vielleicht auch Notwendigkeit der Kooperation. Daher kann ein Scheitern von Verhandlungen genauso für die Wiederaufnahme von Verhandlungen mit Unterstützung eines neutralen Dritten sprechen.<sup>1026</sup>

1024 Vgl. *Ponschab/Kleinherz*, DRiZ 2002, S. 430, 433; *Niemic/Stienstra/Ravitz*, Guide to Judicial Management of Cases in ADR, S. 23 f. und *Monßen*, AnwBl 2004, S. 7, 8 f.; s. a. o. C. V. 5. d).

1025 Vgl. *Niemic/Stienstra/Ravitz*, Guide to Judicial Management of Cases in ADR, S. 30; a. A. *Ortloff*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 41, Rdnr. 88.

1026 Vgl. *Ortloff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 727, 732; *Ortloff*, in: FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, S. 541, 542 f.; ähnl. *Ortloff*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 41, Rdnr. 88; s. a. *Breidenbach*, in: *ders./Henssler* (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 1, 6. Dass direktes Verhandeln im Vergleich zum Verhandeln mit Hilfe eines neutralen Dritten mit besonderen Schwierigkeiten verbunden ist, zeigen die in der Kognitionspsychologie bekannten Kooperationshindernisse in Form von spezifischen Erkenntnisbarrieren. So werden beispielsweise drohende Verluste anders gewertet als erwartete Gewinne. Die Aussicht auf einen Verlust führt anders als eine Gewinnerwartung zu einer größeren Risikobereitschaft und zu höheren Anstrengungen ihn abzuwenden. Erfordern Vergleichsverhandlungen eine Entscheidung, werden mögliche Verluste stärker gewichtet als Gewinnmöglichkeiten gleichen Ausmaßes. Entscheidend ist, wie die Konfliktparteien die Gewinn- und Verlustchancen einschätzen. Sind die Einschätzungen zu hoch, stellt sich ein Angebot der Gegenseite als Verlust dar. Dies hat zur Konsequenz, dass der Versuch unternommen wird, das als Verlust bewertete Angebot abzuschlagen. Verhalten sich beide Konfliktparteien auf diese Weise, ist eine Einigung immer unwahrscheinlicher (vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 90 ff. und *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, S. 142 ff.; s. a. *Ross/Stillinger*, Neg.J. 1991, S. 389, 392 ff. und *Wagner*, ZZP 2008, S. 5, 16 ff.). Daneben können auch strategische Gründe kooperatives Verhalten erschweren (vgl. hierzu *Breidenbach*, Mediation, S. 95 ff. sowie *Ross/Stillinger*, Neg.J. 1991, S. 389, 391).

Die Kooperationsbereitschaft wird regelmäßig ausgeschlossen, wenn die Kommunikation und das Vertrauensverhältnis zwischen den Konfliktparteien gestört sind oder es sogar zu gewaltsamen Vorfällen kam.<sup>1027</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass die (Wieder-)Herstellung einer vertrauensvollen Verständigung zwischen den Konfliktparteien zu weiten Teilen im Mediationsverfahren erfolgt. Wie die Darstellung der Eskalationsdynamik von Konflikten gezeigt hat, sind Konflikte von zunehmendem Misstrauen geprägt.<sup>1028</sup> Der Konfliktgegner wird zunehmend als unzuverlässig und uneinsichtig gesehen. Die sich auf diese Weise offenbarende Beziehungsstörung ist Teil des Konfliktes und entsprechend muss sich die Konfliktbeilegung ihrer annehmen. Hier muss im Rahmen der Mediation die Kommunikation zwischen den Konfliktparteien wieder ermöglicht, die Einstellungen gegenüber dem Kontrahenten verändert und bei einem gestörten Vertrauensverhältnis – beispielsweise wegen eines Betrugsverdachts – das gegenseitige Vertrauen wieder aufgebaut werden.<sup>1029</sup>

Selbst bei einem von Gewalt gekennzeichneten oder hoch eskalierten Konflikt ist die Durchführung eines Mediationsverfahrens nicht ausgeschlossen.<sup>1030</sup> Eine gewaltsame Auseinandersetzung äußert sich beispielsweise darin, dass zwischen den Konfliktparteien Drohungen und Beleidigungen ausgesprochen wurden. Steht hier weniger der Abschluss einer Vereinbarung, sondern die Versöhnung zwischen den Konfliktparteien im Sinne der therapeutischen Mediation im Vordergrund,<sup>1031</sup> ist Mediation das angemessenere Konfliktbehandlungsverfahren. Entscheidend ist dann, ob den Konfliktparteien an einer Versöhnung gelegen ist. Unabhängig von der Frage, ob Gewalt und Drohungen bei Streitigkeiten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts und speziell in sozialrechtlichen Angelegenheiten überhaupt eine Rolle spielen, ist – angesichts der begrenzten Zeit, die im Falle der gerichtsinternen Mediation zur Verfügung steht – in diesen Fällen eher die Frage, ob ein Versöhnungserfolg in so kurzer Zeit zu erwarten ist.

Die fehlende Kooperationsbereitschaft einer Konfliktpartei sollte daher nicht oder nur in Ausnahmefällen herangezogen werden, um die Eignung der Mediation zu verneinen. Gerade bei Beziehungskonflikten sollten nicht zu große Anforderungen an dieses Kriterium gestellt, vielmehr der Nutzen der Mediation für

1027 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 42 und 59 ff. und *Gottwald*, ZKM 2003b, S. 109, 110.

1028 Vgl. o. B. II. 3. a).

1029 Vgl. o. B. IV. 1. a).

1030 Vgl. aber Bericht der Arbeitsgruppe Mediation bei den Berliner Gerichten, S. 84 f.; *Hückstädt*, NJ 2005, S. 289, 291 und *Falkenstein/Gerbracht*, in: *Pitschas/Walther* (Hrsg.), *Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 315, 325.

1031 Vgl. C. V. 3. c).

diese Konstellationen ins Auge gefasst werden. Insgesamt bietet es sich an, nur eine grundsätzliche Verhandlungsbereitschaft zu verlangen.

Eine Verhandlungsbereitschaft fehlt demgegenüber, wenn das Mediationsverfahren im Rahmen einer Verhandlungstaktik nur missbraucht wird.<sup>1032</sup> Missbräuchlich wird das Mediationsverfahren eingesetzt, wenn es nur dazu dient, von der anderen Konfliktpartei vertrauliche Informationen zu erhalten oder die gerichtliche Auseinandersetzung weiter hinaus zu zögern. In diesen Fällen ist die Chance, zu einer einvernehmlichen Lösung zu kommen, minimal, das Mediationsverfahren ungeeignet oder sogar missbräuchlich. Hier kann eine Unterbindung zum Schutz der anderen Konfliktpartei notwendig sein. Sollte ein Richtermediator im Laufe des Mediationsverfahrens diesen Eindruck gewinnen, so ist es seine Aufgabe, dies offen anzusprechen und ggf. das Verfahren von sich aus zu beenden. Denn in seiner Verantwortung liegt es, darauf zu achten, dass die Grundvoraussetzungen der Mediation erfüllt sind und erfüllt bleiben.

#### bb) Selbstbestimmtheit

Eine weitere Grundvoraussetzung für die Verweisung, deren Vorliegen für die Durchführung einer Mediation unabdingbar ist, ist die Selbstbestimmtheit der Konfliktparteien. Sie müssen verhandlungsfähig sein, d. h. sie müssen ihre Interessen wahrnehmen und vertreten können. Dies setzt voraus, dass sie in rechtlicher, tatsächlicher und intellektueller Hinsicht in der Lage sind, Interessen zu formulieren, verbindliche Entscheidungen zu treffen und eine Vereinbarung einzugehen.<sup>1033</sup> Die Notwendigkeit einer umfangreichen rechtlichen Befugnis betrifft vor allem Personen, die als Vertreter eines Unternehmens oder einer Behörde am Mediationsverfahren teilnehmen. Sie müssen mit ausreichenden Vollmachten ausgestattet sein.<sup>1034</sup> Dies kann insbesondere dann bedeutsam sein, wenn der Konfliktgegenstand des Mediationsverfahrens von dem ursprünglichen Streitgegenstand des Klageverfahrens abweicht.

1032 Vgl. *Hückstädt*, NJ 2005, S. 289, 291; *Wegener*, ZKM 2006, S. 140, 140 und *Löer*, ZKM 2006, S. 4, 5.

1033 Vgl. o. C. V. 5. d). Als Kriterium von *Niemic/Stienstra/Ravitz*, Guide to Judicial Management of Cases in ADR, S. 24 und *Schneeweiß*, DRiZ 2002, S. 107, 109 f. genannt.

1034 In Australien können Gerichte im Rahmen ihrer Verweisungskompetenz Personen, die die Befugnis besitzen, über eine Einigung verbindlich zu entscheiden, zwingen, an der Mediation persönlich teilzunehmen (vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 206).

Ausgeschlossen wird eine selbstbestimmte Konfliktbearbeitung und -lösung, wenn zwischen den Konfliktparteien ein Ungleichgewicht besteht.<sup>1035</sup> Fehlendes Verhandlungsgeschick oder die Unkenntnis der rechtlichen Lage beispielsweise führen dazu, dass eine Konfliktpartei ihre Interessen nicht angemessen vertreten kann. Gerade bei dem Kriterium des Machtungleichgewichts ist jedoch eine kritische Betrachtung auch unter Beachtung der unterschiedlichen Quellen von Macht notwendig.<sup>1036</sup> Insbesondere ist das sich aus dem Verwaltungsrecht häufig ergebende Über- und Unterordnungsverhältnis per se nicht geeignet, um auf ein Machtungleichgewicht zu schließen.<sup>1037</sup> Ungleiche Machtverhältnisse, worauf immer sie beruhen, sind keine statische Größe und lassen sich vielfach beispielsweise durch eine anwaltliche Begleitung ausgleichen.

### c) Eignungskriterien

Eignungskriterien sind Kriterien, bei deren Vorliegen ein Konflikt als besonders mediationsgeeignet gilt. Unzweckmäßig sind in diesem Zusammenhang Eignungskriterien oder Typen von Kriterien, die auf bestimmte Streitgegenstände<sup>1038</sup> oder damit verbundene Tatbestände wie zum Beispiel der Streitwert<sup>1039</sup> abstellen. Denn es stellt sich die Frage, inwieweit aufgrund solcher allgemeinen Eigenschaften auf die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Mediation geschlossen werden kann.<sup>1040</sup> Betrachtet man beispielsweise § 15a EGZPO, so zeigt sich, dass eine solche grobe Differenzierung nach bestimmten Streitgegenständen wie »Ansprüche aus dem Nachbarrecht« zur Verweisung ungeeignet ist. Gleich um ganze Rechtsgebiete handelt es sich, wenn beispielsweise vertreten wird, dass sich baurechtliche Streitigkeiten besonders gut für die Mediation eignen wür-

1035 Vgl. o. B. IV. 1. c). und C IV. 5. d). Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 205; *Ewig*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 31, Rdnr. 60; *Breidenbach*, Mediation, S. 252 ff.; *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 257, 268 ff.; *Rüssel*, Mediation in komplexen Verwaltungsverfahren, S. 94; *Ponschab/Kleinherz*, DRiZ 2002, S. 430, 433 und *Rapp*, Mediation im Verwaltungsrecht, S. 19.

1036 S. o. C. V. 5. d). Gegen eine zu pauschale Betrachtung auch *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 41.

1037 So *Perschel*, in: FS Stein, S. 245, 264.

1038 Vgl. Bericht der Arbeitsgruppe Mediation bei den Berliner Gerichten, S. 84.

1039 Vgl. ebd.

1040 Vgl. kritisch *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 207.



den.<sup>1041</sup> Entsprechend grobmaschig wäre auch eine Verweisung im sozialgerichtlichen Verfahren nach dem Sachgebiet, dem die Klagen zuzuordnen sind. Die Evaluation des bayerischen Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« ergab, dass in Angelegenheiten der Krankenversicherung, der Unfallversicherung und der Bundesagentur für Arbeit die Erfolgsquoten überdurchschnittlich hoch waren.<sup>1042</sup> Entsprechend wäre eine Verweisung von Rechtsstreitigkeiten dieser Sachgebiete denkbar. Allerdings wäre dies angesichts der Vielfalt der möglichen Rechtsstreitigkeiten, die unter diese Sachgebiete fallen, zu undifferenziert.<sup>1043</sup>

Auch die Heranziehung des Streitwerts ist kein geeignetes Kriterium.<sup>1044</sup> Weder besonders hohe noch besonders niedrige Streitwerte sagen etwas über die Mediationseignung aus. Sie haben zudem für jeden Beteiligten eine andere Bedeutung. Dies gilt insbesondere bei sozialrechtlichen Streitigkeiten und bei der Beteiligung von Behördenvertretern oder anderen Vertretern. Während die Erhöhung oder Verringerung der Leistungen für Kosten der Unterkunft und Heizung nach dem SGB II um zehn Euro monatlich für einen Empfänger von Leistung der Grundsicherung für Arbeitsuchende von großer und persönlicher Bedeutung ist, streitet ein Behördenvertreter letztendlich nur über die Verwendung von Steuergeldern. Der Streitwert spielt höchstens dann eine Rolle, wenn er mit dem Aufwand in Bezug gesetzt wird, der durch das gerichtliche Verfahren, in dem er geltend gemacht wird, aufgebracht wird. Die Einführung des obligatorischen Schlichtungsverfahrens bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten vor dem Amtsgericht mit einem Streitwert bis 750 Euro wurde entsprechend auch mit dem Missverhältnis von Aufwand und Bedeutung der Sache begründet, indem ausgeführt wurde, die Kosten würden leicht allein durch Gerichts- und Anwaltsgebühren zuzüglich etwaiger Auslagen für Zeugen und/oder Sachverständige die Höhe

1041 Vgl. statt vieler *Falkenstein/Gerbracht*, in: *Pitschas/Walther* (Hrsg.), *Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit*, S. 315, 325.

1042 Vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 68 sowie S. 100. In Angelegenheiten der Krankenversicherung lag die Erfolgsquote bei 91,7 %. Auch in Angelegenheiten der Unfallversicherung und der Bundesagentur für Arbeit lagen die Quoten mit 85,3 % und (83,3 %) über dem Durchschnitt von 80,2 %. Insgesamt schwankt die Quote je nach Sachgebiet zwischen 91,7 % und 57,1 %.

1043 So wurden beispielsweise auf dem Gebiet der Krankenversicherung Leistungen wie das Krankengeld und Leistungen bei Krankheit und der Rehabilitation, die Erstattung von geleisteten Sozialleistungen sowie die Erbringung von Leistungen geregelt (vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 69 ff.).

1044 Bayern hat zwischenzeitlich das obligatorische Schlichtungsverfahren bei vermögensrechtlichen Streitigkeiten, die die Summe von 750 Euro nicht überschreiten, entsprechend der Empfehlung von *Greger*, Abschlussbericht zum Forschungsprojekt »Außergerichtliche Streitbeilegung in Bayern«, S. 98 abgeschafft. Nach Art. 21 Abs. 1 Satz 1 BaySchlG trat Art. 1 Nr. 1 BaySchlG mit Ablauf des 31. Dezember außer Kraft.

der im Streit stehenden Forderung übersteigen.<sup>1045</sup> Das rechtspolitische Ziel, in Streitigkeiten über eine geringe Geldforderung Gerichtskosten zu vermeiden, ist in sozialgerichtlichen Verfahren nicht geeignet und es stellt sich ganz allgemein die Frage, ob bei einer individuellen Verweisung eines bestimmten Rechtsstreits überhaupt solche rechtspolitische Aspekte eine Rolle spielen sollten. Das Ziel des Gerichts, eine Entlastung beim Geschäftsanfall herbeizuführen oder eine aufwendige Beweisaufnahme zu vermeiden, darf allein kein Grund für die Verweisung sein, auch wenn sich diese Ziele und die Interessen, die die Konfliktparteien mit dem Mediationsverfahren verfolgen, ergänzen können.

Ein anderes Kriterium, das gerne herangezogen wird, um die Eignung für das Mediationsverfahren zu bestimmen, ist das Kriterium der Konfliktnähe.<sup>1046</sup> Ihm liegt die Unterscheidung zwischen personen-, rollen- und normenbezogenen Konflikten zugrunde.<sup>1047</sup> Bei großer Konfliktnähe, d. h. bei personenbezogenen Konflikten, wird aufgrund des komplexen Beziehungsgefüges zwischen den Konfliktparteien das Mediationsverfahren für besonders geeignet angesehen und im Gegenzug bei geringer Konfliktnähe, d. h. bei normbezogenen Konflikten, die Durchführbarkeit einer Mediation verneint. Auch hier handelt es sich um ein zu grobes Raster, um das geeignete Streitbeilegungsverfahren eines konkreten Konflikts zu bestimmen. Die Komplexität eines Konflikts spricht zwar grundsätzlich für seine Bearbeitung in einem weniger formalisierten Verfahren. Sie ergibt sich aber nicht allein aus der Interaktion zwischen den Konfliktparteien bzw. ihren gegenseitigen Erwartungshaltungen. Die Typologie lässt zudem die Konfliktodynamik außen vor, indem sie auf die (formale) Interaktionsbeziehung zum Zeitpunkt der Konfliktenstehung rekurriert. Die Konfliktodynamik hat aber entscheidenden Einfluss auf die Interaktionsbeziehung zwischen den Konfliktparteien und die Art der Konfliktaustragung. Sofern die Typologie einen Parameter dafür liefern möchte, wie stark die Beziehungsebene im Konflikt eine Rolle spielt, reicht das Bestimmungsmerkmal des Beziehungskonflikts aus. Auf diese Weise wird weder in so genannten normbezogenen Konflikten von vornherein das Vorliegen eines Beziehungskonflikts ausgeschlossen noch ein solcher in personenbezogenen Konflikte als zwangsläufig unterstellt, vielmehr fallbezogen bestimmt.

1045 Vgl. Begr. BT-Drs. 14/980, S. 5; s. a. *Strempel*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 4, Rdnr. 89 ff.

1046 Vgl. *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Strempel* (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz*, S. 289, 302 ff.; s. a. *Birner*, *Das Multi-Door Courthouse*, S. 137 ff.; *Strempel*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 4, Rdnr. 49 ff. und *Gottwald*, in: *FS Blankenburg*, S. 635, 638 ff.

1047 S. o. B. II. 2. d).

Ähnlich unbestimmt ist auch das gerade im Zusammenhang mit verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten häufig genannte Kriterium des Entscheidungs- oder Handlungsspielraums<sup>1048</sup> oder die Vorgabe, dass der Streitgegenstand überhaupt verhandelbar sein müsse<sup>1049</sup>. Zwar ermöglichen Ermessens- und Beurteilungsspielräume – genauso wie auch ein nicht ganz ausgeforschter Sachverhalt – Raum für eine gemeinsame Interpretation des Sachverhalts und/oder die darauf anzuwendenden Normen und damit Verhandlungsmöglichkeiten. Und entsprechend gering sind diese Möglichkeiten, wenn ein Entscheidungs- oder Handlungsspielraum fehlt. In der Mediation geht es aber nicht nur um die Ausschöpfung von Entscheidungs- oder Handlungsspielräumen sondern auch um die Erweiterung des Verhandlungsspektrums. »Der Hinweis auf die normativ eröffneten Ermessens-, Beurteilungs- und Gestaltungsspielräume könnte zu dem Fehlschluss verleiten, die Möglichkeiten der Mediation seien darauf beschränkt. In Wirklichkeit wird damit lediglich ein Ausschnitt aus den Verhandlungsoptionen im öffentlichen Recht erfasst.«<sup>1050</sup> Dies erklärt, warum sich das Vorliegen eines Ermessens- und Beurteilungsspielraums in der Evaluation des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« als nicht so ausschlaggebend erwiesen hat.<sup>1051</sup>

Eine Ausweitung der Verhandlungsmöglichkeiten ist durch die Interessenorientierung erreichbar.<sup>1052</sup> Entsprechend müssen bei der Frage, ob ein Konflikt mit Hilfe der Mediation beigelegt werden soll, die Interessen der Konfliktparteien zugrunde gelegt werden. Neben ihrer Unbestimmtheit sind die vorgenannten streitgegenstandsbezogenen Kriterien oder das Kriterium der Konfliktnähe des Weiteren ungeeignet, weil sie ihren Ausgangspunkt nicht bei dem Willen der Konfliktparteien nehmen. Zu den Interessen der Konfliktparteien, die für die Durchführung eines Mediationsverfahrens sprechen, zählen Verfahrens- und Verhandlungsinteressen sowie das Bedürfnis nach einer interessenorientierten Konfliktbehandlung. Dabei kann es ausreichend sein, wenn zumindest bei einer Konfliktpartei ein entsprechendes Interesse vorliegt.

1048 Vgl. *Spellbrink*, SGB 2003, S. 141, 143; *Dürschke*, NZS 2004, S. 302, 305 und *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 367.

1049 *Monßen*, AnwBl 2004, S. 7, 8 und *Spellbrink*, DRiZ 2006, S. 88, 89.

1050 *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 368.

1051 Vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 100.

1052 S. o. C. V. 3.

## aa) Verfahrensinteressen

Verfahrensbezogene Interessen sind Interessen, die sich auf die Art und Weise des Umgangs mit dem Konflikt beziehen.<sup>1053</sup> Hierbei geht es meist um rechtlich nicht relevante Aspekte wie die zu erwartende Prozessdauer, die durch das gerichtliche Verfahren verursachten Kosten und die Berücksichtigung der Folgen der Rechtsentscheidung. Zu den Verfahrensinteressen zählt etwa der Wunsch einer Konfliktpartei, die Öffentlichkeit von dem Verfahren auszuschließen, weil ihr im besonderen Maße daran gelegen ist, dass vertrauliche Informationen nicht öffentlich zugänglich gemacht werden.<sup>1054</sup> Entsprechend nehmen diese Interessen vorwiegend das gerichtliche Verfahren zum negativen Vergleichsmaßstab. Ziel ist es, bestimmte Zwänge, die sich aus der Verfahrensordnung für das gerichtliche Verfahren ergeben, zu verhindern und ein flexibleres Verfahren zu erreichen.

Zu den wichtigsten Verfahrensinteressen der Konfliktparteien gehört die schnelle und kostengünstige Konfliktbeilegung.<sup>1055</sup> Das Interesse an einer schnellen Erledigung ist gerade für Teilnehmer, die nicht einem Träger öffentlicher Gewalt zugerechnet werden können, der Hauptgrund für die Teilnahme an der gerichtsinternen Mediation.<sup>1056</sup> Das Interesse an einer schnellen Konfliktbeilegung kann für eine Konfliktpartei bestehen, weil die konflikthafte Situation als belastend empfunden wird und ihre Beseitigung entsprechend bereits einen Gewinn darstellt. Es kann aber auch der Tatsache geschuldet sein, dass sachlich eine baldige Lösung geboten ist, weil mit einem Zeitverlust Kosten oder ein Gewinnverlust verbunden sind.<sup>1057</sup> Das letzte Beispiel zeigt, dass eine schnelle Konfliktbeilegung auch ein Instrument ist, um Kosten zu sparen.

Neben den Verfahrensinteressen nach einer schnellen und kostengünstigen Konfliktbeilegung kann weiterhin das Bedürfnis nach einem weniger formali-

1053 Vgl. Birner, Das Multi-Door Courthouse, S. 143. S. a. o. C. V. 1.

1054 Vgl. Duve, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 96 ff.; Ewig, in: Haft/von Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 31, Rdnr. 59 und Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 286. Im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« war der Wunsch nach Ausschluss der Öffentlichkeit allerdings nur für wenige Grund für die Teilnahme an der Mediation (vgl. Becker/Friedrich, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 43).

1055 Zum Ziel der schnellen Lösung vgl. Duve, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 87 f.; Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 287 und Dürschke, NZS 2004, S. 302, 305.

1056 Vgl. Becker/Friedrich, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 45 f. Zu den Zeit- und Kostenersparnismöglichkeiten der Beteiligten s. ebd. S. 78 ff.

1057 Vgl. Dürschke, SGB 2001, S. 532, 536.

sierten Verfahren ein Eignungsgrund sein, weil eine umfassende Konfliktbeilegung die Beteiligung weiterer Personen oder die Einbeziehung zusätzlicher Streitigkeiten notwendig macht.<sup>1058</sup> Während in einem Gerichtsverfahren manchen Konfliktbeteiligten die Fähigkeit fehlt, am Rechtsstreit aktiv teilzunehmen oder ihre Rolle auf die eines Zeugen beschränkt ist, ist ihre Einbeziehung im Rahmen des Mediationsverfahrens unproblematisch möglich.<sup>1059</sup> Die geringe Formalisierung eines Mediationsverfahrens ermöglicht eine Erweiterung des Konfliktgegenstandes auf weitere Streitigkeiten.<sup>1060</sup> Zwar können im gerichtlichen Verfahren mehrere Verfahren zusammen geführt werden, die Verbindung unterliegt jedoch bestimmten Voraussetzungen. Gemäß § 113 Abs. 1 SGG kann das Gericht mehrere bei ihm anhängige Rechtsstreitigkeiten zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbinden, wenn die Ansprüche, die den Gegenstand dieser Rechtsstreitigkeiten bilden, in Zusammenhang stehen oder von vornherein in einer Klage hätten geltend gemacht werden können. Voraussetzung ist neben einem Zusammenhang zwischen den Streitgegenständen oder der (seltenen) Möglichkeit einer (nachträglichen) objektiven Klagehäufung, dass die Verfahren bei demselben Gericht anhängig sein müssen.<sup>1061</sup> Damit sind alle Klage bei anderen Sozialgerichten oder sogar bei Gerichten anderer Gerichtszweige sowie Verfahren ausgeschlossen, die noch gar nicht bei Gericht anhängig sind, etwa laufende Verwaltungsverfahren oder bei entsprechenden Konstellationen andere Verfahren, so zum Beispiel Verfahren vor der Schiedsstelle. Diese Beschränkungen gelten für das Mediationsverfahren nicht.<sup>1062</sup>

1058 Vgl. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 268.

1059 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 205 und *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 89 f. Im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« wurden in einigen Fällen beispielsweise ein naher Angehöriger oder eine Pflegeperson beteiligt. Diese waren selbst von der Angelegenheit betroffen oder konnten Sachdienliches zum Fall beitragen (vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 38). S. a. *Reitz*, ZKM 2008, S. 45, 48.

1060 Vgl. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 268.

1061 Vgl. *Breitkreuz*, in: *ders./Fichte*, in: SGG, § 113, Rdnr. 2.

1062 Das Bedürfnis nach einer flexibleren Einbeziehung weiterer Verfahren konnte in der Evaluation des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« gezeigt werden. So wurden nach Angaben der Mediatoren in 29,1 % der Fälle weitere Verwaltungsverfahren zwischen dem Kläger und dem Beklagten einbezogen. In 10 % der Verfahren kam es zur Einbeziehung weiterer gerichtlicher Verfahren zwischen dem Kläger und dem Beklagten und genauso oft von Parallelverfahren, d. h. von Gerichtsverfahren, in denen höchstens eine Hauptpartei beteiligt war (vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 79 und 82; s. a. *von Barga*, DVBl 2004, S. 468, 473 und *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 268).

Sofern hinsichtlich des einbezogenen Verfahrens keine Personenidentität bei den Konfliktparteien besteht, geht damit zugleich die Beteiligung eines weiteren Konfliktbeteiligten einher. Die Teilnahme weiterer Personen an einem Mediationsverfahren ist – wie bei den ursprünglichen Konfliktparteien auch – von deren Einverständnis abhängig. In den Fällen, in denen dieses Einverständnis nicht gegeben und eine Teilnahme abgelehnt wird, muss damit nicht zwangsläufig auch die Durchführung des Mediationsverfahren ohne den Dritten unterbleiben. Entscheidend ist vielmehr, ob zwischen den Konfliktparteien dennoch ein Verhandlungsbedarf besteht.

#### bb) Verhandlungsinteressen

Verhandlungsinteressen sind Interessen, die sich auf die Konfliktlösung und damit auf das zu verhandelnde Ergebnis der Mediation beziehen. Sie können – wie die Verfahrensinteressen – mit der Art und Weise der Konfliktbehandlung verknüpft sein, haben aber einen stärkeren Bezug zum Ergebnis der Mediation. Kontrapunkt der Verhandlungsinteressen ist entsprechend das richterliche Urteil.

Ein bedeutsames Verhandlungsinteresse ist das Interesse an einer umfangreichen Lösung. Bezieht sich dieses Interesse auf den Inhalt der Konfliktlösung, geht es meistens darum, losgelöst vom Streitgegenstand oder über diesen hinaus eine Lösung zu finden. Ziel kann es auch sein, eine detailliertere Konfliktlösung als dies mit Hilfe des Gerichts – auch im Rahmen einer gerichtlichen Vergleichsverhandlung – erreichbar wäre, zu erzielen. Beispielsweise können im Rahmen der Mediation Einzelheiten der Umsetzung einer gefundenen Lösung geklärt werden. Neben der Einbeziehung weiterer Sachthemen kann es erforderlich sein, eine flexible Lösung zu erarbeiten, so können Regelungen von Aspekten notwendig sein, die sich in der Zukunft aufgrund geänderter Umstände wandeln können.

Mit dem Verhandlungsinteresse nach einer umfassenden, detaillierten oder flexiblen Vereinbarung eng verbunden ist das Interesse, eine »Alles-oder-Nichts-Entscheidung« durch das Urteil zu vermeiden.<sup>1063</sup> Während in den ersten Fällen das Interesse darauf gerichtet ist, ein Urteil zu vermeiden, das inhaltlich den Konflikt nicht ausreichend regelt, geht es in diesem Fall darum, überhaupt ein Urteil zu vermeiden, weil es möglicherweise sowohl den Kläger als auch den

1063 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 84 ff. Zur Alles-oder-Nichts-Entscheidung s. o. B. III. 3.

Beklagten zu Verlierern macht. Diese Konstellation kann bei Vorliegen eines atypischen Falles gegeben sein, für den das Recht keine geeignete Antwort kennt.<sup>1064</sup> Hier bietet sich ein Konfliktbehandlungsverfahren an, in dem ein anderer Bewertungsmaßstab herangezogen werden kann, der dem Gericht verwehrt ist. Die Konfliktparteien können daran interessiert sein, eine »Alles-oder-Nichts-Entscheidung« des Gerichts zu vermeiden, wenn das Urteil von weiteren schwer einschätzbaren Umständen abhängig ist wie die Glaubwürdigkeit von Zeugen, die Aussagekraft eines Sachverständigengutachtens oder eine vom Richter zu entscheidende Rechtsfrage.<sup>1065</sup> Liegt auf beiden Seiten ein hohes Prozessrisiko vor, spricht dies für die Durchführung einer Mediation, die dieses Prozessrisiko mit zum Verhandlungsgegenstand macht. Dazu gehört auch das Interesse, eine ungünstige Präzedenzentscheidung zu verhindern, also der Wunsch eine unsichere Rechtslage aufrecht zu erhalten und eine grundsätzliche Rechtsklärung, die auf andere, ähnlich gelagerte Fälle Anwendung fände, zu verhindern und nur zu einer Lösung im konkreten Einzelfall zu gelangen.

Um Verhandlungsinteressen kann es sich auch handeln, wenn weniger die inhaltlichen Aspekte der Konfliktlösung im Fokus stehen, als vielmehr die Konfliktbehandlung mit ihren Auswirkungen auf die Konfliktlösung entscheidend ist. Dies kann gerade bei Fällen mit einer hohen Komplexität erforderlich sein.<sup>1066</sup> Diese Komplexität kann sich insbesondere dadurch ergeben, dass mehrere Beteiligte betroffen und damit eine Vielzahl unterschiedlichster Interessen berührt sind. Zu diesen Fällen gehören auch die so genannten polyzentrischen Konflikte, d. h. konfliktbehaftete Situationen, in denen ein Eingriff an einer Stelle zu Auswirkungen an einer anderen Stelle führt, was sich wiederum an dritter Stelle auswirkt.<sup>1067</sup> Eine solche komplexe Situation kann sich beispielsweise aus Rechtsstreitigkeiten aus Betriebsprüfungen ergeben.<sup>1068</sup>

1064 Vgl. *Dürschke*, SGB 2001, S. 532, 535 und *Ponschab/Kleinherz*, DRiZ 2002, S. 430, 433.

1065 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 85.

1066 Vgl. *Ewig*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 31, Rdnr. 59; *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 287 f.; *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 55 und *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 367. Auch im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« wurden auffällig oft Fälle mit einer hohen Gesamtkomplexität an die Mediation verwiesen (vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 40 f.).

1067 Vgl. *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 53 f. und *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 267.

1068 Vgl. *Dürschke*, SGB 2001, S. 532, 534 f.

cc) Bedürfnis nach einer interessenorientierten Konfliktbehandlung

Mit dem Bedürfnis nach einer interessenorientierten Konfliktbehandlung wird die Besonderheit der Mediationsmethode in den Mittelpunkt gerückt. Es ist immer dann gegeben, wenn eine interessenorientierte Klärung, Bearbeitung und Lösung des Konflikts herbeigeführt werden soll. Die interessenorientierte Konfliktbehandlung schließt neben rechtlichen auch etwa wirtschaftliche bzw. geschäftliche Interessen, persönliche Interessen, so zum Beispiel Wertschätzung und Anerkennung, sowie Gruppeninteressen oder Interessen der Allgemeinheit ein.<sup>1069</sup>

Dieses Bedürfnis kann gerade bei Beziehungskonflikten bestehen.<sup>1070</sup> Dabei ist die Unterscheidung zweier Arten von Beziehungskonflikten hilfreich:<sup>1071</sup> Der Beziehungskonflikt kann zunächst die Folge des Sachkonflikts sein, also Ergebnis einer Konflikteskalation. Konflikte führen häufig dazu, dass die Kommunikation eingeschränkt wird oder ganz zum Erliegen kommt. Dies hat zur Folge, dass auftretende Probleme nicht mehr zusammen geklärt werden können und Missverständnisse zunehmen, weshalb das Vorliegen von Kommunikationsstörung für die Durchführung einer Mediation spricht.<sup>1072</sup> Die Mediation kann hier die Kommunikation wieder herstellen und damit eine weitere Eskalation des Konflikts verhindern sowie die Sachbehandlung wieder ermöglichen.

Ein Beziehungskonflikt ist zudem gegeben, wenn die Beziehung selbst Konfliktgegenstand ist. Ist bei Gericht eine Klage anhängig, der (auch) ein solcher Beziehungskonflikt zugrunde liegt, spielen nicht-rechtliche Belange oftmals eine größere Rolle als rechtliche. Dabei geht es beispielsweise um die Gestaltung der gemeinsamen Zukunft.<sup>1073</sup> Entsprechend werden gerade Konflikte in Dauerbeziehungen auch in verwaltungsrechtlichen Angelegenheiten als geeignet angesehen.

1069 S. o. C. V. 3. a). S. a. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 267 und 269; *Deventer/Ferner*, in: *Fritz/Karber/Lambeck* (Hrsg.), *Mediation statt Verwaltungsprozess?*, S. 105, 126 und *Kleine-Tebbe*, in: *Fritz/Karber/Lambeck* (Hrsg.), *Mediation statt Verwaltungsprozess?*, S. 165, 170.

1070 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 206; *Duве*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 68 ff. und *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 52 f.

1071 S. o. B. II. 2. b).

1072 Vgl. *Birner*, *Das Multi-Door Courthouse*, S. 182; *Duве*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 75 ff.; *Sander/Goldberg*, *Neg.J.* 1994, S. 49, 54 ff. und *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 267.

1073 Vgl. *Hacke*, in: *Duве/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 286 und *Monßen*, *AnwBl* 2004, S. 7, 8.



hen.<sup>1074</sup> Beispielsweise kann bei Erstattungsstreitigkeiten zwischen zwei Sozialleistungsträgern dieser Aspekt relevant sein.<sup>1075</sup> Das zukünftige Miteinander spielt nicht nur eine Rolle, wenn die Konfliktparteien für eine gewisse Dauer freiwillig miteinander verbunden sind. Ebenso relevant ist es bei einer unfreiwilligen Verbundenheit wie zum Beispiel in der gesetzlichen Sozialversicherung.<sup>1076</sup> Neben der Gestaltung der gemeinsamen Zukunft kann es genauso um die Auflösung der gemeinsamen Verbundenheit als ein in die Zukunft gerichtetes Interesse gehen, wenngleich in diesem Fall keine gemeinsame Zukunft gewollt ist. »Wenn die Parteien nach einer praktikablen, gemeinsam erarbeiteten und interessengeleiteten Auflösung ihrer Verbindung streben, sich zugleich aber über einzelne Abwicklungsfragen nicht verständigen können, wird eine Mediation häufig eine sinnvolle Alternative zu einem langwierigen Gerichtsverfahren darstellen.«<sup>1077</sup>

Nicht nur Beziehungskonflikte gehen mit Emotionen bei den Konfliktparteien einher. Auch bei anderen Konfliktarten kann das Bedürfnis nach einer interessenorientierten Konfliktbehandlung aufgrund der hohen Emotionalität des Konfliktgeschehens oder der emotionalen Betroffenheit eines Konfliktbeteiligten bestehen.<sup>1078</sup> Im Rahmen des Mediationsverfahrens können die Emotionen neben den Sachthemen als Teil des Konfliktes ihren angemessenen Raum erhalten.<sup>1079</sup> Bei der Mediation in sozialrechtlichen Streitigkeiten dürfte die Tendenz bestehen, das Vorhandensein von Emotionen zu negieren. Aber auch hier kann der tiefere

1074 Vgl. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 267; *Ortloff*, in: FG 50 Jahre BVerwG, S. 727, 732; *Ortloff*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 41, Rdnr. 88; *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 367 und *Reimers*, in: *Pitschas/Walther* (Hrsg.), Mediation in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 45, 52. Die bestehende Dauerbeziehung zwischen den Beteiligten des Verfahrens war für die gesetzlichen Richter auch der Hauptgrund für eine Verweisung an die Mediation im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« (vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 29).

1075 Knapp 16 % der Streitigkeiten, die während des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« der Mediation zugewiesen wurden, waren Erstattungsstreitigkeiten (vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 38).

1076 Vgl. *Ewig*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 31, Rdnr. 59.

1077 *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 286.

1078 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 78; *Goldberg/Sander/Rogers* (Hrsg.), Dispute Resolution, S. 159 ff.; *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 288 f. und *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 367. Nichts anderes dürfte mit dem Kriterium der Intensität bzw. Eskalation des Konflikts gemeint sein (vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 206; *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 267 sowie *Sander/Goldberg*, Neg.J. 1994, S. 49, 54).

1079 Vgl. *Duve*, in: *ders./Eidenmüller/Hacke* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 125, 127.

Grund für einen Konflikt oder zumindest seine Eskalation in den Emotionen der beteiligten Entscheidungsträger und der Betroffenen liegen, wie beispielsweise verletzte Eitelkeiten, der Wunsch nach Anerkennung oder das Verlangen, keine Niederlage erleiden zu wollen.<sup>1080</sup> Besteht somit die Notwendigkeit, Emotionen in geordneter Art und Weise zuzulassen, spricht dies für die Mediation.<sup>1081</sup>

Der Aspekt, im vorherigen Verfahren durch den Konfliktgegner nicht angemessen behandelt worden zu sein, offenbart ein weiteres Eignungskriterium: Die Herbeiführung einer höheren Verfahrensgerechtigkeit hängt dabei mit der Tatsache zusammen, dass einem sozialgerichtlichen Verfahren regelmäßig ein Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren voraus geht, dessen Verlauf und Entscheidung in der Verantwortung der damit betrauten Behörde liegt und der Rechtsstreit mit Klageerhebung einer neuen Instanz zur Entscheidung anvertraut wird. Dabei geht es um die Schaffung von mehr Verfahrensgerechtigkeit in doppelter Hinsicht. Im Rahmen der sozialgerichtsinternen Mediation sieht sich der Kläger als natürliche Person zwei staatlichen Autoritäten gegenüber. Zum einen dem als Mediator tätigen Richter und zum anderen der Sozialverwaltungsbehörde, die als Konfliktpartei an der Mediation teilnimmt.

Das Mediationsverfahren ist ein Verfahren, in dem die Verfahrensgerechtigkeit vor allem durch die Allparteilichkeit des Mediators und die umfassenden Mitsprachemöglichkeiten besonders zur Entfaltung kommt und eine interessenorientierte Konfliktbearbeitung und -beilegung gewährleisten.<sup>1082</sup> Im Rahmen der sozialgerichtsinternen Mediation ist die Behandlung des Sozialleistungsberechtigten oder Leistungserbringers durch die als Konfliktbeteiligte teilnehmende Sozialverwaltung und seiner Mitsprache ihr gegenüber ebenfalls für die Verfahrensgerechtigkeit des Mediationsverfahrens relevant, indem die mit staatlicher Autorität ausgestattete Sozialverwaltungsbehörde als kooperationsbereit und fair wahrgenommen wird. Entsprechend kann das Vorliegen eines »Verfahrensgerechtigkeitsdefizits«, wo immer dieses Defizit herrührt, im vorausgegangenen Verwaltungsverfahren für die Durchführung eines Mediationsverfahrens sprechen.<sup>1083</sup> Gründe für ein Defizit können beispielsweise in einer fehlerhaft durchgeführten Beratung oder im unzureichend ermittelten Sachverhalt auf Seiten der

1080 Vgl. Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 288. Im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« spielte beispielsweise das Gefühl von Leistungsberechtigten, im Verwaltungsverfahren ungerecht oder vom Gutachter des MDK nicht respektvoll behandelt worden zu sein, eine Rolle (vgl. Becker/Friedrich, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 83 f.).

1081 Vgl. Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 289.

1082 S. o. C. VI. 3.

1083 S. a. Schümann, *SGb* 2005, S. 27, 30.

Behörde liegen.<sup>1084</sup> Sie können auch im Verwaltungsverfahren selbst begründet liegen. Das Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren wird angesichts seines massenhaften Auftretens größtenteils schriftlich durchgeführt.<sup>1085</sup> Nicht selten fällt die Begründung eines Ausgangs- und eines Widerspruchsbeseids gleich aus,<sup>1086</sup> und selbst wenn im Einzelfall ein Widerspruchsausschuss mit Sorgfalt prüft, ist es für den Widerspruchsführer nicht erkennbar, »wer wann wo aufgrund wie langer Sitzung und welcher Vorberatung und Vorlage entschieden hat.«<sup>1087</sup> Intransparenz und das Gefühl, keine Mitsprachemöglichkeit zu haben oder nicht gehört zu werden, führen dazu, ein Entscheidungsverfahren als unfair zu bewerten. In diesen Fällen kann das Mediationsverfahren zu einer höheren Befriedung führen.

#### d) Ausschlusskriterien

Ausgangspunkt der gerichtsinternen Mediation sind die bei Gericht anhängigen Verfahren. Die Selektion der für die Mediation geeigneten Verfahren geschieht

1084 Vgl. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 32 und 84. Auch das im Auftrag des Bundesministerium für Arbeit und Soziales erstellte Gutachten zu den Auswirkungen der Einführung einer allgemeinen Gebührenpflicht im sozialgerichtlichen Verfahren im Vergleich zur geltenden Rechtslage, in deren Rahmen auch das sozialrechtliche Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren untersucht wurde, wurde die Art und der Umfang der behördlichen Kommunikation als Problem benannt. 42 % der befragten Richter betrachteten wenig sorgfältige behördliche Bescheide als relevante Ursache des Klageanstiegs an den Sozialgerichten. 54,7 % nahmen wahr, dass sich Betroffene nicht ernst genommen fühlen und 62,3 % meinen, dass die Kläger kein Vertrauen in die Entscheidungspraxis der Behörden haben. Es wurde berichtet, dass viele Kläger erst im gerichtlichen Verfahren die Möglichkeit erhalten, tatsächliche und rechtliche Probleme zu besprechen oder erst dort den Eindruck haben, mit ihrem Anliegen ernst genommen zu werden. Die den Sozialbehörden obliegenden Auskunft- und Beratungsansprüche können nicht im erforderlichen Maße realisiert werden und auch das Widerspruchsverfahren erfüllt in vielen Fällen nicht seine Funktion, zumal nur bei den wenigsten Sozialleistungsträgern eine Anhörung des Widerspruchsführers vorgesehen ist und die meisten Widerspruchsausschüsse nach Aktenlage bzw. Vortrag durch die Verwaltung entscheiden (vgl. *Höland/Welti/Braun u. a.*, Gutachten zu den Auswirkungen der Einführung einer allgemeinen Gebührenpflicht im sozialgerichtlichen Verfahren im Vergleich zur geltenden Rechtslage, S. 183 ff.).

1085 Vgl. *Oehlmann*, SGB 2005, S. 574, 576; *Kilger*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 20, Rdnr. 18 und *Voß*, in: *Johlen/Oeder* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, § 3, Rdnr. 40; s. a. *Kilger*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 29, Rdnr. 11.

1086 Vgl. *Oehlmann*, SGB 2005, S. 574, 577 und *Kilger*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 20, Rdnr. 22.

1087 *Kilger*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 20, Rdnr. 22.

mit Hilfe von Eignungskriterien. Liegt bei einer oder bei jeder Konfliktpartei eines oder mehrere der dargestellten Interessen oder Bedürfnisse vor, ist das gerichtliche Verfahren grundsätzlich für die Mediation geeignet. Es gibt aber auch Gründe – so genannte Ausschlusskriterien –, die gegen die Durchführung einer Mediation sprechen. Wie bereits bei den Eignungskriterien lassen sich einige in der Fachliteratur genannte Ausschlusskriterien von vornherein ausschließen, da sie durch die Bejahung eines positiven Kriteriums keine Relevanz mehr haben: Dazu zählt das bereits angesprochene Kriterium des – hier fehlenden – Entscheidungs- oder Handlungsspielraums. Hierzu wurde bereits ausgeführt, dass entscheidender die Möglichkeiten einer Wertschöpfung sind.<sup>1088</sup> Gleiches gilt für den Streit um begrenzte Ressourcen,<sup>1089</sup> d. h. Verteilungskonflikten, in denen es um die Verteilung eines Schadens, eines Risikos oder finanzieller Mittel geht.<sup>1090</sup> Das Vorliegen eines Verteilungskonfliktes ist als Ausschlusskriterium nicht geeignet. Denn neben dem zu verteilenden Gegenstand kann es weitere berücksichtigungsfähige Interessen geben. Ähnlich verhält es sich mit dem Ausschlusskriterium einer hohen Verrechtlichung des Konfliktgegenstandes.<sup>1091</sup> Abgesehen davon, dass mit jeder Klageerhebung eine Verrechtlichung des Konfliktgegenstandes einhergeht – und damit auf jedes Verfahren, das potentiell an die gerichtsinterne Mediation verwiesen wird, zuträfe – ist auch in diesem Fall die entscheidende Frage, ob ein Bedürfnis nach Entrechtlichung besteht und nicht, ob der Konflikt stark verrechtlicht ist.

Ungeeignet als Ausschlusskriterium ist das Vorliegen eines Wertekonflikts.<sup>1092</sup> Dieses Ausschlusskriterium hat für verwaltungsrechtliche Angelegenheiten keine Relevanz. Wertekonflikte werden als grundsätzlich nicht geeignet angesehen, da es für unwahrscheinlich erachtet wird, dass Konfliktparteien, zwischen denen sich erhebliche Unterschiede in den Wertvorstellungen feststellen lassen, eine Einigung erzielen können.<sup>1093</sup> Gemeint sind damit Grundüberzeugungen, nicht hingegen unterschiedliche Rechtsauffassungen. Soweit im Verwaltungsrecht grundsätzliche Wertvorstellungen eine Rolle spielen, sind Sachverhalte betroffen, in denen es um die Wertvorstellung einer natürlichen Konfliktpartei, nicht hingegen einer staatlichen Stelle geht. Als Beispiel eines solchen Konflik-

1088 S. o. D. IV. 2. c) Einleitung.

1089 Vgl. *Ewig*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 31, Rdnr. 60.

1090 S. o. B. II. 2. a).

1091 Vgl. *Ewig* in der Voraufgabe (*Ewig*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 47, Rdnr. 67).

1092 Vgl. *Hager*, Konflikt und Konsens, S. 61. Zum Wertekonflikt s. o. B. II. 2. a).

1093 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 206.

tes kann die Anerkennung als Wehrdienstverweigerer nach dem Kriegsdienstverweigerungsgesetz dienen.<sup>1094</sup> Nach § 1 Abs. 1 des Gesetzes kann ein wehrpflichtiger Bürger aus Gewissensgründen und unter Berufung auf Art. 4 Abs. 3 Satz 1 GG den Kriegsdienst mit der Waffe verweigern. In Kriegsdienstverweigerungsverfahren geht es fast ausschließlich um die Rekonstruktion von »Vorgängen seelischer Art« des Kriegsdienstverweigerers.<sup>1095</sup> Solche inneren Sachverhalte lassen sich überwiegend nur durch die Kommunikation mit dem Betroffenen ermitteln.<sup>1096</sup> Anders als im Falle eines beidseitigen Wertekonfliktes geht es hier um die Feststellung der Wertvorstellung des Betroffenen und zwar mit Hilfe eines Dialoges und nicht um die Entscheidung, ob dessen Wertvorstellung richtig ist oder nicht. Solche Konflikte lassen sich durchaus durch die gerichtsinterne Mediation lösen.

Auch bei den Ausschlussgründen kommt es zunächst vorwiegend auf die Interessen der Konfliktparteien selbst an. Das Vorliegen von Gründen, die gegen die Durchführung eines Mediationsverfahrens sprechen, wird regelmäßig dadurch »mitgeteilt«, dass das Einverständnis dazu verweigert wird. Häufig wird jedoch das Einverständnis auch deshalb nicht erteilt, weil Vorbehalte bestehen oder den Konfliktparteien nicht ganz klar ist, auf was sie sich einlassen. Daher kann eine Klärung im Rahmen eines Vorgesprächs durch den gesetzlichen Richter oder den Richtermediator, ob das verweigerte Einverständnis von einem berechtigten Interesse an der Fortführung des gerichtlichen Verfahrens getragen wird oder nicht, erforderlich sein.

#### aa) Interessen der Konfliktparteien

Die Interessen der Konfliktparteien, die gegen die Durchführung einer Mediation sprechen, haben ihren Ursprung im gerichtlichen Verfahren, d. h. es handelt sich um Interessen, die sich nur mit Hilfe eines Gerichtsverfahrens erreichen lassen.

Ein solches Interesse liegt vor, wenn eine Konfliktpartei an der Öffentlichkeitswirkung des Falles interessiert ist.<sup>1097</sup> Dies gilt vor allem, wenn eine Kon-

1094 Vom 9. August 2003 (BGBl. I S. 1593), geändert durch Gesetzes vom 31. Juli 2008 (BGBl. I S. 1629).

1095 BVerwGE 41, 56, 56 f.

1096 BVerwGE 41, 56, 58.

1097 Vgl. Duve, in: Henssler/Koch (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 56 ff. und Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 291 f.

fliktpartei die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit durch eine öffentlichkeitswirksame Auseinandersetzung vor Gericht erreichen will. Geht es hingegen nur darum, dass das Ergebnis der Öffentlichkeit bekannt gemacht werden soll, stellt sich die Situation anders dar. Denn auch die Durchführung einer Mediation schließt die Einbeziehung der Öffentlichkeit nicht aus. Das Interesse an Öffentlichkeit einer Konfliktpartei kann selbst in der Mediation berücksichtigt werden, indem beispielsweise die Publizierung der Vereinbarung beschlossen wird.

Die Mediation ist allerdings dann ungeeignet, wenn die verbindliche Entscheidung eines Dritten gewollt ist, weil die tatsächliche Aufklärung des Sachverhalts für eine Konfliktpartei einen wichtigen Stellenwert hat oder zum Beispiel für einen Folgeprozess bedeutsam ist.<sup>1098</sup> Gleiches gilt, wenn eine Konfliktpartei einen Präzedenzfall bzw. eine Rechtsklärung herbeiführen möchte.<sup>1099</sup> »In Grundsatzkonflikten, in denen eine Partei nicht nur für diesen, sondern auch für eine Vielzahl von gleichartigen Folgefällen eine Klärung herbeizuführen wünscht, wird sie in aller Regel versuchen, die entscheidenden Rechtsfragen gerichtlich und damit verbindlich klären zu lassen.«<sup>1100</sup> Allerdings kann gerade die Vielzahl gleichgelagerter Fälle für die Durchführung eines Mediationsverfahrens sprechen, wenn zu befürchten ist, dass es in diesen Fällen zu weiteren, anderslautenden Urteilen kommt, die zu einer Vergrößerung der Rechtsunsicherheit führen, und diese Verfahren in die Mediation mit einbezogen werden können.<sup>1101</sup>

Eng damit verbunden ist das Anliegen, einen Vollstreckungstitel zu erhalten. Im Gegensatz zu einem Mediationsverfahren erhält der Kläger bei Obsiegen mit dem Urteil regelmäßig einen Vollstreckungstitel. Im Falle einer gerichtsweginternen Mediation ist die Erlangung eines Vollstreckungstitels unproblematisch. Die Konfliktparteien können die Weiterleitung ihrer Vereinbarung an den gesetzlichen Richter beschließen, der ihren Inhalt zu Protokoll nimmt. Dadurch erledigt

1098 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 86.

1099 Vgl. *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 291 f. und *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 46 ff.; s. a. *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365, 367.

1100 *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 291.

1101 Im Rahmen des niedersächsischen Modellprojekts konnte in einem Mediationsverfahren durch die Beteiligung von Vertretern von Leistungserbringern und deren Verbänden sowie von Vertretern der Leistungsträger und deren Verbände die Grundlage für die Erledigung von über 1.000 in unterschiedlichen Kammern anhängigen Klagen erzielt werden (vgl. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 268). Im Rahmen des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« in Bayern wurde ein Mediationsverfahren in einem Musterverfahren zum Beitragsmaßstab in der Unfallversicherung durchgeführt. In derselben Sache waren nach Auskunft eines Beteiligten ca. 600 Widersprüche bei der beklagten Berufsgenossenschaft offen. Das Mediationsergebnis sollte Leitfaden für diese anderen Verfahren sein (vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 36).

sich auch der gerichtlich geltend gemachte Anspruch. Insoweit ist zu klären, ob der Konfliktpartei wirklich nur an einem Vollstreckungstitel gelegen ist, oder ob sie in Wirklichkeit eine verbindliche Entscheidung im gerade dargelegten Sinne will.<sup>1102</sup>

Eine besondere Verfahrensart vor Gericht ist der einstweilige Rechtsschutz. Er wird verfolgt, wenn die Anrufung des Gerichts im Hauptsacheverfahren für einen wirksamen Rechtsschutz nicht ausreicht, weil wegen der Dauer des Verfahrens befürchtet werden muss, dass bis zur Entscheidung in der Hauptsache das streitige Recht endgültig verkürzt werde oder die Rechtsverletzung fortgesetzt wird. In der Literatur wird mit Hinweis auf den Zeitaufwand die Auffassung vertreten, dass die Mediation nicht geeignet ist, wenn für eine Konfliktpartei die Durchführung eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens geboten ist.<sup>1103</sup> Etwas anders gelagert ist die Frage, ob in einem bereits anhängigen Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Durchführung einer gerichtlichen Mediation zweckmäßig ist. Da das Mediationsverfahren in der Regel schneller zu einer Lösung des Konflikts führt, spricht dies grundsätzlich für die Durchführung einer Mediation. Sie kann dazu führen, dass auch das Hauptsacheverfahren überflüssig wird.<sup>1104</sup> Das Mediationsverfahren darf aber nicht zu Rechtsverlusten einer Konfliktpartei führen, wobei dies nicht nur für den einstweiligen Rechtsschutz, sondern für jedes zum Ruhen gebrachtes Verfahren gilt. Ein Rechtsverlust insbesondere durch Verjährung kann beispielsweise drohen, wenn die Mediation auf unbestimmte Zeit vertagt wurde, beispielsweise um das Ergebnis eines Gutachtens oder eines anderen Verfahrens abzuwarten. Drohender Rechtsverlust führt in diesem Fall dazu, dass das gerichtliche Verfahren wieder aufgenommen werden muss, sollte das Mediationsverfahren nicht beschleunigt werden können. Da der gerichtlichen Mediation die Erhebung einer Klage vorausgeht und diese durch die Anordnung des Ruhens nicht ihre verjährungshemmende Wirkung verliert, spielt die Verjährung höchstens für Ansprüche eine Rolle, die nicht Gegenstand der Klage sind wie zum Beispiel drohende Verjährung von Regressansprüchen einer Konfliktpartei.<sup>1105</sup>

1102 S. a. u. D. V. 3.

1103 Vgl. Duve, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 54; Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 292 und Hager, Konflikt und Konsens, S. 58.

1104 Vgl. von Bargen, DVBl 2004, S. 468, 473.

1105 Vgl. Beschluss vom LSG Niedersachsen vom 15. Juli 1998 – Az. L 4 B 97/98 KR.

## bb) Öffentliche Interessen

Da im Mittelpunkt der Konfliktbehandlung die Konfliktparteien stehen, kommt gesellschaftlichen Interessen nur eine eingeschränkte Bedeutung zu.<sup>1106</sup> Entsprechend ist das öffentliche Interesse an einer formellen und bindenden Entscheidung kein geeignetes Ausschlusskriterium.<sup>1107</sup> Denn das gesellschaftliche Bedürfnis nach Beantwortung von Rechtsfragen von grundlegender Bedeutung, nach Herbeiführung eines Präzedenzfalles oder der Fortführung einer Rechtsentwicklung rechtfertigt es nicht, Konfliktparteien den Versuch, eine einvernehmliche Lösung ihres Konflikts herbeizuführen, zu verweigern. Wenn es den Konfliktparteien »gelingt, durch eine Erweiterung der in die Verhandlung einbezogenen Positionen eine vorteilhafte Einigung zu erreichen und eine schwierige rechtliche Auseinandersetzung zu vermeiden, so kann auch das Makro-Interesse an der Klärung dieser Rechtsfrage für die Rechtsentwicklung i. S. der Allgemeinheit nicht dazu führen, die Interessen der Parteien zurückzustellen.«<sup>1108</sup> Daran ändert auch eine bereits bestehende Rechtshängigkeit nichts. Denn neben der Vermeidung von gerichtlichen Verfahren liegt auch ihre vorzeitige, einvernehmliche und nachhaltige Beendigung im Interesse der Allgemeinheit.

Im Falle zwingenden Rechts und unabdingbarer Rechte wird die Durchführbarkeit eines Mediationsverfahrens vielfach verneint,<sup>1109</sup> wobei sich dieses Kriterium auf die Vereinbarung als das mögliche Ergebnis am Ende des Mediationsverfahrens bezieht. Dies betrifft die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit,<sup>1110</sup> und ist von der Frage nach der Rechtmäßigkeit des Verfahrens strikt zu trennen. Nur wenn das Recht zwingend ein besonderes Verfahren der Konfliktlösung vor-

1106 Vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, S. 80; a. A. *Bader*, *Gerichtsinterne Mediation am Verwaltungsgericht*, S. 83 ff., der entsprechend primäre und sekundäre Verweisungskriterien vorstellt: Nach den primären Kriterien wird entschieden, ob in einem Verwaltungsprozess überhaupt Mediation angeboten werden soll. Nur wenn ein Verfahren unter diese Kategorie fällt, wird in einem zweiten Schritt anhand der sekundären Kriterien geprüft, ob dieses auch für die Mediation geeignet ist. Hat ein Rechtsstreit grundsätzliche Bedeutung, wird die Mediation von vornherein ausgeschlossen (vgl. auch den entsprechenden Vorschlag für einen § 83a VwGO ebd. S. 282 f.).

1107 Vgl. aber *Alexander/Ade/Olbrisch*, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 206; *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 291 und *Hager*, *Konflikt und Konsens*, S. 56 f.

1108 *Breidenbach*, *Mediation*, S. 82; kritisch *Fiss*, *Yale L.J.* 1984, S. 1073, 1085.

1109 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 5, Rdnr. 27 f. und *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 290 f.

1110 Zur Rechtmäßigkeit der Vereinbarungen s. o. C. IV. 4.



schreibt, liegt daher ein Ausschlussgrund vor.<sup>1111</sup> Ähnlich ist auch der Fall, in dem die Rechtsordnung bestimmte Konfliktbehandlungsmethoden ausschließt.<sup>1112</sup> Beides ist bei der gerichtsinternen Mediation sozialrechtlicher Angelegenheiten nicht gegeben. Zwingendes Recht spielt als Ausschlussgrund bei der gerichtsinternen Mediation keine Rolle, da bei einer zulässigen Klage besonders vorgeschriebene Verfahren bereits durchgeführt worden sein müssen und die Durchführung eines Mediationsverfahrens nicht per se ausgeschlossen ist.

Als Ausschlussgrund kommt in Betracht, wenn die Zustimmung eines Dritten unterbleibt, dessen Zustimmung aber für die Beilegung des Konflikts erforderlich ist<sup>1113</sup> oder nicht alle Konfliktbeteiligte an dem Konfliktbehandlungsverfahren beteiligt werden können.<sup>1114</sup> Im Zusammenhang mit der sozialgerichtsinternen Mediation stellt sich dieses Problem insbesondere dann, wenn ein Beigeladener sein Einverständnis nicht erklärt. Ein Ausschlussgrund liegt dann aber nur vor, wenn die Beteiligung des Beigeladenen nicht entbehrlich ist.<sup>1115</sup> Erst in dem Fall, in dem die Umstände ergeben, dass die Teilnahme des Beigeladenen erforderlich ist, dieser sich aber weigert, stellt sich die Frage, ob die Hauptbeteiligten des Verfahrens dennoch eine Vereinbarung herbeiführen wollen, die zumindest Teilbereiche des Konfliktes löst und für die es keiner Beteiligung bzw. Zustimmung des Beigeladenen bedarf. Eine Vereinbarung, die zwischen den Hauptbeteiligten eines Klageverfahrens im Rahmen der gerichtsinternen Mediation getroffen wird, kann auch die Beendigung des gerichtlichen Verfahrens beinhalten, denn die Hauptbeteiligten können – wie beim Abschluss eines gerichtlichen Vergleichs – auch gegen den Willen eines Beigeladenen über ihren Streitgegenstand verfügen.<sup>1116</sup>

1111 Vgl. Hacke, in: Duve/Eidenmüller/ders. (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 283, 290 f., der sich dabei vor allem auf öffentlich-rechtliche Streitigkeiten bezieht.

1112 So schließen beispielsweise die §§ 4, 2 Abs. 1 und 3 ArbGG eine individuell vereinbarte Schiedsgerichtsbarkeit aus (Germelmann, in: ders./Matthes/Müller-Glöße/Prütting/Schlewing, ArbGG, § 4, Rdnr. 5 ff.).

1113 Vgl. Duve, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 26 und 40.

1114 Vgl. Pünder, Verw 2005, S. 1, 6 ff.

1115 Im Rahmen des Modellprojekts nahmen in einer Reihe von Verfahren Beigeladene nicht teil. Dies war beispielsweise dann der Fall, wenn in Erstattungsstreitigkeiten mit dem Sozialleistungsträger die versicherte Person, die die streitgegenständliche Leistung erhalten hatte, beigeladen war.

1116 S. o. C. III. 5. d).

### 3. Zusammenfassende Fragenkataloge

Die Grundvoraussetzungen, Eignungs- und Ausschlusskriterien sind in Form von Fragen in den folgenden zwei Tabellen zusammenfassend dargestellt. Ihnen geht die Eingangsfrage voraus, ob das Einverständnis der Beteiligten vorliegt. Denn nimmt man die Interessen der Konfliktparteien bei der Beurteilung eines Verfahrens für die Mediation zum Ausgangspunkt, dann kann die Durchführung eines gerichtlichen Mediationsverfahrens nicht verweigert werden, wenn beide Parteien dies beantragen oder eine Partei zum Antrag der Gegenpartei ihr Einverständnis erklärt.