

Andreas Zeitlmann

Alternative Konfliktlösung durch den Güterichter in der Sozialgerichtsbarkeit



Nomos

Band 42

Schriften zum Sozialrecht

hervorgegangen aus den von Prof. Dr. Ulrich Becker begründeten
„Schriften zum deutschen und europäischen Sozialrecht“

Herausgegeben von

Prof. Dr. Peter Axer | Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. | Prof. Dr. Karl-Jürgen
Bieback | Prof. Dr. Winfried Boecken | Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf |
Prof. Dr. Hermann Butzer | Prof. Dr. Ulrike Davy | Prof. Dr. Ingwer Ebsen |
Prof. Dr. Dr. h.c. Eberhard Eichenhofer | Prof. Dr. Maximilian Fuchs |
Prof. Dr. Richard Giesen | Prof. Dr. Alexander Graser | Prof. Dr. Andreas
Hänlein | Prof. Dr. Friedhelm Hase | Prof. Dr. Timo Hebel | Prof. Dr.
Hans Michael Heinig | Prof. Dr. Stefan Huster | Prof. Dr. Gerhard Igl |
Prof. Dr. Jacob Jousen | Prof. Dr. Markus Kaltenborn | Prof. Dr. Thorsten
Kingreen | Prof. Dr. Wolfhard Kohte | Prof. Dr. Heinrich Lang | Prof. Dr.
Elmar Mand | Prof. Dr. Johannes Münder | Prof. Dr. Ulrich Preis | Prof. Dr.
Stephan Rixen | Prof. Dr. Christian Rolfs | Prof. Dr. Reimund Schmidt-De
Caluwe | Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer | Prof. Dr. Astrid
Wallrabenstein | Prof. Dr. Raimund Waltermann | Prof. Dr. Felix Welti

Andreas Zeitlmann

Alternative Konfliktlösung durch den Güterichter in der Sozialgerichtsbarkeit



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Bayreuth, Univ., Diss., 2017

ISBN 978-3-8487-4548-7 (Print)

ISBN 978-3-8452-8801-7 (ePDF)

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2016/2017 von der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth als Dissertation angenommen. Gesetzgebung und Rechtsprechung haben bis Oktober 2016 Berücksichtigung gefunden, Literatur wurde punktuell bis zum Stand März 2017 ergänzt.

Mein besonderer Dank gilt meinem „Doktorvater“ Prof. Dr. Stephan Rixen, der die Arbeit betreut und das Erstgutachten erstellt hat. Zusammen mit ihm verfasste ich einen Beitrag zur Gedächtnisschrift für Prof. Dr. Hannes Unberath. Damit ermöglichte er mir den Wiedereinstieg in die wissenschaftliche Arbeit. Er hat mich ermutigt, ein Promotionsprojekt in Angriff zu nehmen, das mit meiner beruflichen Tätigkeit als Richter am Sozialgericht Bayreuth in engem Zusammenhang steht. Bedanken möchte ich mich auch bei Prof. Dr. Markus Möstl für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Danken möchte ich meinen Eltern für ihre stete Hilfe. Meiner Familie und insbesondere meiner Frau Jutta gilt mein besonderer Dank für die Geduld und liebevolle Unterstützung, ohne die diese Arbeit nicht möglich gewesen wäre, ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Bayreuth, im August 2017

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung, Gang und Gegenstand der Untersuchung	19
I. Einführung: vom justizzentrierten Rechtsstreit zur gerichtlich ermöglichten Konfliktlösung	19
II. Gang und Gegenstand der Untersuchung	24
B. Das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (Mediationsförderungsgesetz)	27
I. Ausgewählte rechtliche Wegbereiter/Vorgängerregelungen	28
1. Vereinfachungsnovelle vom 03.12.1976	28
2. Öffnungsklausel obligatorisches Güteverfahren, § 15a EGZPO	29
3. Obligatorische Güteverhandlung, § 278 ZPO	31
4. Gesetzesantrag des Freistaates Bayern, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der gütlichen Streitbeilegung im Zivilprozess vom 01.10.2004	33
5. Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen	35
II. Zum Gesetzgebungsverfahren des Mediationsförderungsgesetzes	38
1. Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 01.04.2011	40
2. Beschlussempfehlung durch den Rechtsausschuss des Bundestages vom 01.12.2011	44
3. Endgültige Fassung des Mediationsförderungsgesetzes vom 26.07.2012	46
a) Auswirkungen des Vermittlungsausschusses	46
b) Ausgestaltung des Mediationsförderungsgesetzes in seiner heutigen Form	47
c) Auseinandersetzung mit den Vorgaben der Mediations-RL	49

III. Nachfolgeregelung: Das Gesetz über die alternative Streitbeilegung in Verbrauchersachen – Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG)	52
IV. Die Rechtsstellung des Güterrichters nach § 278 Abs. 5 ZPO im Unterschied zum Mediator nach dem Mediationsgesetz	54
1. Folgerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren	54
2. Güterrichter als Mediator im Sinne des § 1 MediationsG?	55
a. Anwendbarkeit des Mediationsgesetzes auf den Güterrichter als Mediator	55
b. Stellungnahme	56
3. Handlungsmöglichkeiten des Güterrichters bei der Konfliktbeilegungsmethode der Mediation	57
V. Zwischenergebnis	58
C. Würdigung der Rechtsstellung des Güterrichters im Lichte des GG	59
I. Die Tätigkeit des Güterrichters nach § 278 Abs. 5 ZPO als rechtsprechende Gewalt i.S.d. Art. 92 GG	59
1. Begriff der rechtsprechenden Gewalt i.S.d. Art. 92 GG	62
2. Begriff der rechtsprechenden Gewalt i.S.d. Art. 92 GG im formalen/formellen Sinne	64
a) Die Rechtsprechung des BVerfG zur rechtsprechenden Gewalt im formalen/formellen Sinne	64
b) Kritik der Literatur an der Rechtsprechung des BVerfG	66
3. Begriff der rechtsprechenden Gewalt im materiellen Sinne	67
a) Die Rechtsprechung des BVerfG zur rechtsprechenden Gewalt im materiellen Sinne	67
b) Konkretisierungen der Auffassung des BVerfG durch die Literatur	69
4. Begriff der rechtsprechenden Gewalt im funktionellen Sinne	70
a) Rechtsprechung des BVerfG zur rechtsprechenden Gewalt im funktionellen Sinne	70

b) Einordnung des Güterichters als rechtsprechende Gewalt nach einem funktionellen Rechtsprechungsbegriff des BVerfG und der Literatur	72
aa) „Rechtsprechende Gewalt“ durch die Qualifizierung durch den Gesetzgeber	72
bb) „Letztverbindlichkeit des Richterspruchs“ – ein zentrales Element der rechtsprechenden Gewalt und damit des Güterichters?	74
(1) Güterichter als „Hilfsorgan“ des – letztverbindlich entscheidenden – gesetzlichen Richters	75
(2) Güterichter als gesetzlicher Richter nach funktionaler Auffassung	76
(3) Güterichter als „Entscheider“ und damit als rechtsprechende Gewalt i.S.d. Art. 92 GG	80
5. Zwischenergebnis	81
II. Güterichter als gesetzlicher Richter i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	81
1. Problemaufriss	81
2. Zur Entstehungsgeschichte	82
3. Allgemeine Bedeutung des Art. 101 GG	84
a) Materiell-rechtliche Bedeutung des Begriffs des gesetzlichen Richters i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	86
b) Verfahrensrechtliche Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG	89
aa) Verfahrensrechtliche Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für den Gesetzgeber	89
bb) Verfahrensrechtliche Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG für die Judikative	91
(1) Rechtsnatur von Geschäftsverteilungsplänen	91
(2) Rechtsgrundlagen der Geschäftsverteilungspläne	92
(3) Anforderungen an die Verfassungsmäßigkeit von Geschäftsverteilungsplänen/ Mitwirkungsplänen	93

4. Folgerungen aus der Auslegung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf die Rechtsstellung des Güterrichters als gesetzlicher Richter	97
a) Folgerungen der Literatur auf die Anwendbarkeit des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG auf den Güterrichter	97
b) Auseinandersetzung mit der Literatur	99
aa) Folgerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren	99
bb) Folgerungen aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	101
cc) Zwischenergebnis	102
D. Gerichtsverfassungsrechtliche Fragen des neuen Güterichterverfahrens	104
I. Rechtliche Anforderungen bei der Zuteilung der Geschäfte auf die Güterrichter im Geschäftsverteilungsplan	104
1. Grundsätzliche Erwägungen	104
2. Modifikationsalternativen einer stringenter Bestimmtheit der Güterrichter in Geschäftsverteilungsplänen	105
a) Notwendigkeit der namentlichen Benennung der Güterrichter im Geschäftsverteilungsplan	107
b) Darüber hinausgehende Notwendigkeiten der Konkretisierung des zuständigen Güterrichters	107
aa) Meinungsstand in der Literatur	108
bb) Stellungnahme	108
(1) Grundsätzliche Verteilung der Güterichterverfahren nach herkömmlichen Regelungen	111
(2) Ermessensgerechte Abweichungen im Einzelfall	112
(a) Ermessensgerechte Abweichungen aufgrund übereinstimmenden Beteiligtenwillen	112
(b) Abweichung aus anderen Sachgründen	114
3. Zwischenergebnis	116
II. Verteilung der Geschäfte durch einen Güterrichterkoordinator	116
1. Grundlagen	116

2. Stellungnahme	117
3. Zwischenergebnis	119
III. Kriterien für die Bestimmung der Güterichter	119
1. Anforderungen an die fachliche Eignung des Güterichters	120
a) Grundlagen	120
b) Folgerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren	121
c) Konsequenzen hieraus in Literatur und Praxis	122
d) Zwischenergebnis	123
2. Bestellung eines Güterichters gegen seinen Willen	124
a) Grundsätzliches zur Zuteilung der Geschäfte durch den Geschäftsverteilungsplan	125
b) Anwendung dieser Grundsätze auf den Güterichter	126
c) Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Bestellung zum Güterichter	127
d) Zwischenergebnis	130
3. Erzwingbarkeit der Bestellung zum Güterichter durch einen qualifizierten Richter	130
a) Grundsätzliche Erwägungen	131
b) Zwischenergebnis	131
4. Bestellung eines Güterichters einer anderen Gerichtsbarkeit oder einer anderen Instanz im Geschäftsverteilungsplan eines Gerichts	132
a) Meinungsstand in der Literatur	132
b) Stellungnahme	133
c) Zwischenergebnis	135
E. Handlungsmöglichkeiten des Güterichters (auch) im sozialgerichtlichen Verfahren – zur Auslegung von § 278 Abs. 5 ZPO	136
I. Thematische Hinführung	136
II. Darstellung ausgewählter Handlungsmöglichkeiten im güterichterlichen Verfahren	138
1. Mediation	138
a) Allgemeine Vorüberlegungen zur Anwendbarkeit der Mediation im Güterichterverfahren	138
b) Definition und Grundsätze der Mediation	140
aa) Begriff der Mediation	140

bb)	Grundsätze der Mediation	141
	(1) Interessengerichtetheit der Mediation	141
	(2) Freiwilligkeit und Vertraulichkeit des Verfahrens	142
	(3) Allparteilichkeit des Mediators	143
	(4) Informiertheit und Selbst-/ Eigenverantwortlichkeit der Medianten für das Finden einer zukunftsbezogenen Lösung	143
cc)	Mediation versus Rechtsberatung	144
c)	Ablauf eines Mediationsverfahrens	147
d)	Möglichkeit der Co-Mediation	148
e)	Grundsätzliche Erwägungen zur Geeignetheit der Mediation im güterrichterlichen Sozialgerichtsverfahren	149
aa)	Beispiele im Bereich des gesetzlichen Rentenversicherungsrechts, § SGB VI	150
bb)	Beispiele im Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung, SGB VII	151
cc)	Beispiele im Bereich der Grundsicherung für Arbeitssuchende, SGB II	151
dd)	Beispiele im Bereich der Sozialhilfe, SGB XII	151
ee)	Beispiele im Bereich der Kranken-/ oder Pflegeversicherung, SGB V, SGB XI	152
f)	Einschränkungen der Eignung der Mediation durch sozialgerichtliche Besonderheiten	152
aa)	Vorliegen eines medizinischen Streitgegenstandes	152
bb)	Vorliegen eines (sehr) geringen Streitwerts	153
cc)	Einschränkungen aufgrund des Auftretens von Behörden als Beteiligte im Prozess	155
	(1) Fehlen von persönlichen Interessen an der Erledigung des Rechtsstreits	155
	(2) Bindung der Behörde an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG)	156
g)	Möglichkeit der Co-Mediation im sozialgerichtlichen Güterichterverfahren	159
2.	Schlichtung	160
a)	Definition und allgemeine Grundsätze	161

b)	Möglichkeit und Geeignetheit der Schlichtung im Güterichterverfahren vor dem Sozialgericht	162
aa)	Grundsätzliche Erwägungen und Meinungsstand in der Literatur	162
bb)	Stellungnahme	164
	(1) Rechtliche Möglichkeit der Schlichtung im sozialgerichtlichen Güterichterverfahren	164
	(2) Geeignetheit der Schlichtung im sozialgerichtlichen Güterichterverfahren	165
3.	Schiedsvereinbarung/Arbitration	166
a)	Vorüberlegungen zur Anwendbarkeit der Arbitration im Güterichterverfahren allgemein	166
b)	Grundsätzliches zur Schiedsgerichtsbarkeit	167
c)	Ausgewählte schiedsrichterliche Handlungsformen	168
aa)	Schiedsvereinbarung und Schiedsgutachtensvertrag	168
bb)	High-low-Arbitration	168
cc)	Last-offer-Arbitration	169
dd)	Mediation-Arbitration (Med-Arb)	170
d)	Zulässigkeit von Schiedsvereinbarungen im güterichterlichen Verfahren	170
aa)	Meinungsäußerungen der Literatur	170
bb)	Stellungnahme	172
	(1) Folgerungen aus dem Gesetzgebungsverfahren	172
	(2) Vergleich mit der außergerichtlichen Konfliktbeilegung nach § 278a ZPO	174
	(3) Schiedsverfahren kraft Privatautonomie	174
e)	Geeignetheit von Arbitration im sozialgerichtlichen Güterichterverfahren	175
aa)	Geeignetheit von Schiedsrichterspruch und Schiedsgutachten	176
bb)	Geeignetheit von hybriden Verfahren	176
cc)	Vorschlag zur Protokollierung der Schiedsentscheidung	177
4.	Zwischenergebnis	179

F. Ausgewählte Verfahrensgrundsätze des Güterichterverfahrens unter Berücksichtigung des sozialgerichtlichen Verfahrens, insbesondere Freiwilligkeit und Vertraulichkeit des Verfahrens	180
I. Freiwilligkeit der Durchführung des Güterichterverfahrens	180
1. Verweisung an den Güterichter gegen den Willen der Beteiligten oder des Güterichters	181
a) Verweisung vor den Güterichter gegen den Willen der Beteiligten	182
aa) Verfahrensrechtliche Vorüberlegungen zur Verweisung	182
bb) Vorüberlegungen zur Freiwilligkeit der Beteiligten	183
cc) Meinungsstand in Literatur und Rechtsprechung	184
dd) Stellungnahme	186
b) Freiwilligkeit des Güterichters bei der Durchführung einer Güteverhandlung	189
2. Anspruch der Beteiligten auf Durchführung eines Güterichterverfahrens	190
a) Verpflichtung zum Angebot des Güterichterverfahrens	191
b) Ermessensreduzierung bei der Entscheidung über die Verweisung?	192
c) Zwischenergebnis	196
II. Vertraulichkeit des Verfahrens vor dem Güterichter	196
1. Ein Rückblick: Vertraulichkeit in Verfahren der (gerichtsinternen) Mediation vor der Einführung des neuen Güterichterverfahrens	197
2. Wahrung der allgemeinen – externen – Vertraulichkeit des Güterichterverfahrens	199
a) Fakultatives Protokoll, §§ 122 SGG, 159 Abs. 2 S. 2 ZPO	200
b) Nichtöffentlichkeit der Güteverhandlung	200

3. Sicherung der internen Vertraulichkeit des Güterichterverfahrens	201
a) Sicherung der Vertraulichkeit des Güterichters	201
aa) Gesetzliche Verschwiegenheitspflichten des Güterichters	201
(1) Zeugnisverweigerungsrecht des Güterichters, § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO	201
(2) Strafrechtliche Verantwortung, § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB	205
bb) Vertragliche Verschwiegenheitsabreden des Güterichters	205
b) Sicherung der Vertraulichkeit zwischen den Beteiligten, hier: allgemeine Überlegungen	206
aa) Gesetzliche Verschwiegenheitsverpflichtungen der Beteiligten	207
bb) Grundsätzliches zu Vertraulichkeitsabreden der Beteiligten durch Beweisverträge, insbesondere im zivilgerichtlichen Verfahren	207
c) Beweisverträge der Beteiligten im Güterichterverfahren vor dem Sozialgericht unter Berücksichtigung des Untersuchungsgrundsatzes (§ 20 SGB X, § 103 SGG)	210
aa) Vorüberlegungen zu Begriff und Umfang des Untersuchungsgrundsatzes, § 20 SGB X, § 103 SGG	212
bb) Rechtliche Zulässigkeit von Beweisverträgen einer Behörde in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz aus der Sicht der Literatur	214
cc) Stellungnahme	216
(1) Beweisverträge der Behörde und Erkenntnisse aus dem nicht justiziablen Bereich der Güterichter Verhandlung	217
(2) Beweisverträge der Behörde und Erlangung rechtserheblicher Erkenntnisse aus der Güterichter Verhandlung	217

d) Rechtsfolgen eines Verstoßes der Behörde gegen eine Verschwiegenheitsabrede im sozialgerichtlichen Güterichterverfahren.	223
aa) Begründung eines Beweiserhebungsverbots	224
bb) Begründung eines Beweisverwertungsverbots	226
(1) Allgemeine Vorüberlegungen zu den Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots	226
(2) Beweiserhebungs- und Beweisverwertungsverbote durch Beweisverträge im güterrichterlichen Verfahren vor dem Sozialgericht	231
cc) Verpflichtung zum Schadensersatz, § 61 SGB X i.V.m. § 280 BGB	233
dd) Zwischenergebnis	233
G. Darstellung der wesentlichen Thesen der Arbeit	235
Literaturliste	239

„Im Begriffe des Rechts finden sich die Gegensätze: Kampf und Frieden zusammen - der Frieden als das Ziel, der Kampf als das Mittel des Rechts, beide durch den Begriff desselben gleichmäßig gesetzt und von ihm unzertrennlich“.¹

„Eine zunächst streitige Problemlage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, ist auch in einem Rechtsstaat grundsätzlich vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung“.²

1 *Von Jhering*, Der Kampf ums Recht, 1872, S. 7 f., <https://ia800203.us.archive.org/23/items/derkampfumsrech00jhergoog/derkampfumsrech00jhergoog.pdf> (zuletzt abgerufen am 13.10.2016).

2 BVerfG, Beschluss vom 14.02.2007 - 1 BvR 1351/01 -, BVerfGK 10, 275 (280) = NJW-RR 2007, 1073 (1074 a.E.).

A. Einführung, Gang und Gegenstand der Untersuchung

I. Einführung: vom justizzentrierten Rechtsstreit zur gerichtlich ermöglichten Konfliktlösung

Das erste Zitat stammt von *Rudolf von Jhering*, nachzulesen in seinem 1872 erschienen Werk „Der Kampf ums Recht“. Als Vertreter einer vom Liberalismus geprägten Rechtswissenschaft³ beeinflusste er maßgeblich die Entstehung der Zivilprozessordnung; in der damaligen Zeit erlebte wohl kaum ein Werk ein derartiges Echo.⁴ Obwohl in der Civilprozessordnung (CPO) von 1877⁵ mit den §§ 268⁶ und 471⁷ CPO zwei Vorschriften enthalten waren, die sich mit einem Sühneversuch und damit einer gütlichen Einigung des Rechtsstreits beschäftigten, war und ist die ZPO geprägt von dem Grundgedanken des Kampfes um die Wahrung einseitiger Interessen der Parteien. Dies zeigen beispielsweise auch die in der heutigen Zivilprozessordnung (ZPO) normierten Vorschriften über die Präklusion (§§ 282, 296 ZPO), die Möglichkeit der Beantragung eines Versäumnisurteils (§ 331 ZPO), die Bereitstellung zweier Tatsacheninstanzen und eines dreizügigen Gerichtsaufbaus. Es werden „Streitgenossen“⁸ ge-

3 In einem „liberalem System ist der gütliche Interessenausgleich ohne den Einsatz staatlicher Zwangsgewalt das Ideal, der Ruf nach konkreter staatlicher Regulierung die Notlösung“, *Stürmer*, JR 1979, 133 (134).

4 *Peters*, Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozessrecht, S. 73.

5 Civilprozessordnung (CPO) vom 30.01.1877, RGBl. 1877, S. 83, In Kraft getreten am 01.10.1879.

6 § 268 CPO: Das Gericht kann in jeder Lage des Rechtsstreits die gütliche Beilegung desselben oder einzelner Streitpunkte versuchen oder die Parteien zum Zwecke des Sühneversuchs vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen.

7 § 471 CPO: Wer eine Klage zu erheben beabsichtigt, kann unter Angabe des Gegenstandes seines Anspruchs zum Zwecke eines Sühneversuchs den Gegner vor das Amtsgericht laden, vor welchem dieser seinen allgemeinen Gerichtsstand hat.

Erscheinen beide Parteien und wird ein Vergleich geschlossen, so ist derselbe zu Protokoll festzustellen. Kommt ein Vergleich nicht zu Stande, so wird auf Antrag beider Parteien der Rechtsstreit sofort verhandelt; die Erhebung der Klage erfolgt in diesem Falle durch den mündlichen Vortrag derselben.

Ist der Gegner nicht erschienen, oder der Sühneversuch erfolglos geblieben, so werden die erwachsenen Kosten als Teil der Kosten des Rechtsstreits behandelt.

8 Vgl. § 59 ZPO.

sucht, einem Dritten wird „der Streit verkündet“.⁹ Augenscheinlich fühlte sich das Zivilprozessrecht lange Zeit nicht in erster Linie der Suche nach einer gütlichen Lösung verpflichtet, sondern es stellte den Parteien primär Kampfmittel zur Verfügung, um im Klageverfahren unabhängig von den Belangen der anderen Partei zu obsiegen. Dies scheint auch dem in weiten Teilen der Bevölkerung verbreiteten Bild eines Rechtsstreits zu entsprechen. In den im Fernsehen gezeigten fiktionalen Gerichtssendungen sind Beleidigungen und Aggressionen an der Tagesordnung. Sie vermitteln dem Zuschauer das Bild einer gerichtlichen Verhandlung als Kampfstätte, auf der zügellos eigene Interessen verfolgt werden. Wer den Rechtsstreit vermeidet, so hat es *Hannes Unberath* formuliert,¹⁰ galt lange und vielen vielleicht immer noch als ein „vom Schlachtfeld fliehender Feigling“.

Andererseits ist der Gedanke, Konflikte nicht durch Streit oder Krieg, sondern durch Verhandlungen und Konfliktlösungsstrategien zu lösen, hunderte, ja tausende Jahre alt. In China gibt es „Vermittler“ seit schätzungsweise sechs Jahrtausenden.¹¹ Unbekannt ist, seit wann es, was heute als Mediation bekannt ist, in Europa gibt.¹² Bereits im antiken Griechenland aber hat *Solon* (ca. 640-560 v. Chr.) als Vermittler einen ernsten Klassenkonflikt in Athen beigelegt.¹³ Insbesondere auf die Vermittlung von *Alvise Contarini* (23.04.1597 bis 11.03.1651) ist es zurückzuführen, dass der 30jährige Krieg mit dem Westfälischen Frieden 1648 sein Ende fand.¹⁴ Er

9 Vgl. § 72 ZPO.

10 Süddeutsche Zeitung vom 12.01.2011.

11 *Duss-von Werdt*, homo mediator, S. 20; *Hehn*, in: *Haft/Schlieffen*, Handbuch Mediation, § 8 Rn. 3 ff.

12 *Duss-von Werdt*, homo mediator, S. 19.

13 *Niedostadek*, ZESAR 2012, 319 (319). „Als im Staate eine solche Ordnung herrscht und die Masse des Volkes einer bevorzugten Minderheit untertan war, erhob sich das Volk gegen die Vornehmen. Der Streit war heftig und lange Zeit hadernten sie miteinander. Endlich wählten Sie gemeinsam Solon zum Vermittler und Archont und übertrugen ihm den Staat“, vgl. *Duss-von Werdt*, homo mediator, S. 20 unter Verweis auf Aristoteles (384 – 322) „Vom Staat der Athener“.

14 *Duss-von Werdt*, homo mediator, S. 33 unter Verweis auf *Konrad Müller* (Bearb.) *Instrumenta Pacis Westphalicae*. Die Westphälischen Friedensverträge. Quellen zur neueren Geschichte 12/13, Bern 1949 dort die Präambel zum Friedensvertrag, „wonach der Friede möglich geworden sei durch die Intervention und das Werk des berühmten und ausgezeichneten Legaten und Senators aus Venedig, des Herren und Ritters Aloisius Contarini, der den Auftrag eines Mediators unabhängig von den Begehrlichkeiten der Parteien während beinahe fünf Jahren unverdrossen erfüllt hat“.

gilt als einer der Vorreiter einer gütlichen, mediativen Konfliktlösung auch nach heutiger Prägung.¹⁵ Dennoch wurde lange Zeit in Deutschland die Mediation bzw. die alternative Konfliktbeilegung weitestgehend stiefmütterlich behandelt. Erst in den letzten Jahrzehnten rückte die gütliche Streitbeilegung in den Blickpunkt von Gesetzgeber und Justiz und die Formulierung „Schlichten ist besser als Richten“¹⁶ wurde in einer breiteren Schicht der Literatur und Rechtsprechung als taugliches Mittel der Beendigung von Konflikten erkannt.

Ein erster Schritt wurde mit der Vereinfachungsnovelle vom 01.07.1977¹⁷ getan. Die bisherige Kannbestimmung des § 268 ZPO a.F. wurde zu einer grundlegenden Verpflichtung des Gerichts („[...] soll in jeder Lage auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits [...] bedacht sein.“). Mit dem Zivilprozessreformgesetz¹⁸ zum 01.01.2002 wurden die zivilprozessualen Formen einer gütlichen Einigung in § 278 ZPO zusammengefasst.¹⁹

Erst seit den 1980er Jahren entstand für die Mediation als neue Methode der konsensualen Streitbeilegung²⁰ in Deutschland ein ausgeprägteres Interesse, wobei diese anfänglich als Instrument nicht der gerichtlichen, sondern der außergerichtlichen Streitbeilegung²¹ angesehen wurde. Wichtige Impulse gingen insoweit von den positiven Erfahrungen in den USA aus.²² Dort wurden Alternativen zur staatlichen Streitbeilegung bereits in

15 Vgl. *Schwartz*, Ein Beitrag zur Geschichte der Mediation in Europa, <https://www.yumpu.com/de/document/view/21361648/ein-beitrag-zur-geschichte-der-mediation-in-europa-hamburger> (zuletzt abgerufen am 13.10.2016).

16 *Stürmer*; JR 1979, 133 (133): „Urteil und Streitschlichtung sind in ihrer Wertigkeit gleichrangige Formen der Konfliktlösung, die zur wirklich freien Disposition der Parteien stehen müssen“.

17 Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren vom 03.12.1976, BGBl. I 1976, S. 3281.

18 BGBl. I 2001, S. 1887.

19 Vgl. § 278 Abs. 5 ZPO a.F.: Das Gericht kann die Parteien für die Güteverhandlung vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verweisen. In geeigneten Fällen kann das Gericht den Parteien eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen.

20 *Wenzel*, „Justitia ohne Schwert“, S. 30.

21 *Prütting*, AnwBl. 2012, 204 (204).

22 *Prütting*, AnwBl. 2012, 204 (204).

den 1960er und 1970er Jahren reflektiert und erprobt, wobei für die Mediation das sog. Harvard-Konzept²³ wegweisend war.²⁴

Der zum 01.01.2000 geschaffene²⁵ § 15a EGZPO war nach Auffassung der Literatur der „Einstieg in die obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland“.²⁶ Manche sahen damit den ersten Schritt in Richtung der gerichtsnahen Mediation getan.²⁷ Auf Ebene der Bundesländer kam es zu Modellprojekten, in denen die Durchführung von Güteverfahren oder Mediationen erprobt wurde.²⁸ Zu den prominenten Projekten gehört das Modell der gerichtlichen Mediation²⁹ in Niedersachsen und das Güterichtermodell in Bayern³⁰, wobei schon erwähnt sein soll, dass in der bayerischen Sozialgerichtsbarkeit nicht das Güterichtermodell, sondern die Mediation bevorzugt wurde.³¹

Schlussendlich wurde der Bundesgesetzgeber durch die Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handels-sachen (sog. Mediations-RL)³² gezwungen, erstmals umfangreiche Regeln für die Mediation zu schaffen.³³ Dies geschah durch das am 26.07.2012 in Kraft getretene³⁴ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.07.2012 (sog. Mediationsförderungsgesetz³⁵).

23 Zu dessen Kernaussagen, vgl. *Unberath*, in: Greger/Unberath, Mediationsgesetz, Teil 1 Rn. 26.

24 *Prütting*, AnwBl. 2012, 204 (204) mwN.

25 Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15.12.1999, BGBl. I 1999, S. 2400.

26 *Peters*, Der Gütegedanke im deutschen Zivilprozessrecht, S. 73.

27 *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Einleitung Rn. 38 mwN.

28 Vgl. die umfangreiche Darstellung: *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Einleitung Rn. 38 ff; *Weitz*, Gerichtsnaher Mediation in der Verwaltungs-, Sozial-, und Finanzgerichtsbarkeit, S. 116 ff.

29 *Spindler*, Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen.

30 Vgl. *Greger*, ZRP 2006, 229 ff.

31 Vgl. Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit – Ergebnisse eines Modellprojekts unter http://www.lsg.bayern.de/imperia/md/content/baylsg/mediationindersozialgerichtsbarkeit_ergebnisseeinesmodellergebnis.pdf (zuletzt abgerufen am 13.10.2016).

32 Vgl. ABl. L 136 v. 24.05.2008.

33 Gemäß Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie war diese nicht auf verwaltungsrechtliche Angelegenheiten anzuwenden.

34 Vgl. BGBl. I 2012, S. 1577.

35 Vgl. *Dürschke*, NZS 2013, 41 (41).

In dem Artikelgesetz finden sich nunmehr in Art. 1 spezifische Regelungen für die Mediation (also das eigentliche Mediationsgesetz), in den folgenden Artikeln Änderungen bestehender Gesetze wie der Zivilprozessordnung (Art. 2); des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Art. 3); des Arbeitsgerichtsgesetzes (Art. 4); des Sozialgerichtsgesetzes (Art. 5), der Verwaltungsgerichtsordnung (Art. 6) und des Gerichtskostengesetzes (Art. 7). Der deutsche Gesetzgeber betrat mit der Schaffung des Mediationsförderungsgesetzes „rechtliches Neuland“.³⁶ Er hatte keine Möglichkeit auf vorhandene Strukturen zurückzugreifen, sondern das Mediationsförderungsgesetz musste grundsätzlich neu entwickelt werden, wobei gerade auch die im gerichtslastigen Deutschland³⁷ bestehende Unkenntnis von der Existenz eines gütlichen Erledigungsverfahrens, einer Mediation, besonders zu berücksichtigen war.³⁸

Das Mediationsförderungsgesetz stellte damit einen „vorläufigen Schluss- und Höhepunkt“³⁹ jedenfalls aber einen „Wendepunkt“⁴⁰ dar. Erstmals in der deutschen Prozessrechtsgeschichte wurde „ein methodengeleitetes Verfahren zur konsensualen Streitbehandlung vor einem nicht entscheidungsbefugten Richter als Bestandteil des Erkenntnisverfahrens normiert“.⁴¹ Erstmals erfolgte durch das eigentliche Mediationsgesetz eine Kodifikation der vorher unregulierten Mediation durch außergerichtliche Mediatoren und die Möglichkeit der Mediation innerhalb eines gerichtlichen Verfahrens durch § 278 Abs. 5 ZPO.

36 Vgl. Rede der Bundesministerin der Justiz *Leutheusser-Schnarrenberger* im Bundestag am 14.04.2011, BT-PIPr 17/105 S. 12053 B.

37 Vgl. *Eisenbarth/Spieker genannt Döhmman*, DVBl. 2012, 993 (994) mit Verweis auf die jährlich steigenden Neueingangszahlen an den Amtsgerichten. Die Zahl der Rechtsschutzversicherten stieg von 2007 von 20,47 Millionen Verbraucher auf 21,23 Millionen Verbraucher 2012, vgl. <http://www.gdv.de/2013/01/die-rechtsschutzversicherung/#Rechtsschutzversicherung%20in%20Zahlen> (zuletzt abgerufen am 13.10.2016).

38 Vgl. Rede der Abgeordneten *Sonja Steffen* (SPD) im Bundestag am 14.04.2011, BT-PIPr 17/105 S. 12054 C: „Beim Stichwort „Mediation“ dachten und denken viele Menschen bis heute an einen Schreibfehler des Begriffs „Meditation“. Es geht hierbei jedoch nicht darum, bei Räucherstäbchen und Keksen Probleme zu diskutieren.“

39 *Pielsticker*, in: Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, Einleitung Rn. 1.

40 Vgl. *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZKM 2012, 72 (73).

41 *Schreiber*, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 14.

A. Einführung, Gang und Gegenstand der Untersuchung

Bei der einstimmigen Verabschiedung des Mediationsförderungsgesetzes im Bundestag⁴² waren die Vertreter aller Parteien einmütig davon überzeugt, dass das Gesetz erfolgreich in der Praxis angewandt werde; es wurde als „Meilenstein in der Geschichte der Rechtspolitik des Deutschen Bundestags“⁴³ angesehen. Dennoch mehrten und mehren sich durchaus auch kritische Stimmen. Danach stellt sich das Gesetz als eine „mühsam zustande gekommene Rechtsfigur“, als „Kompromiss zwischen Befürwortern und Gegnern einer gerichtlichen Mediation“ dar,⁴⁴ geprägt durch das Bestreben von „Verbänden, Kammern, Wissenschaftsvertretern und de[r] Länder, eigene Interessen durchzusetzen“⁴⁵. Nach „zähem justizpolitischem Ringen“⁴⁶ und einem zwischenzeitlichen „Aus“ der gerichtlichen Mediation habe sich die Kompromisslösung des § 278 Abs. 5 ZPO in seiner heutigen Form ergeben, wonach nunmehr ein nicht entscheidungsbefugter Richter berufen ist, der alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen kann. Ein „bisschen Mediation“⁴⁷ sei damit – auch im sozialgerichtlichen Verfahren – gesichert, der Erhalt der gerichtlichen Mediation stand aber lange Zeit „auf des Messers Schneide“. Worin bestand aber dieser Kompromiss und wieso wird dieser Kompromiss kritisch betrachtet?

II. Gang und Gegenstand der Untersuchung

Im Rahmen dieser Arbeit sollen die Auswirkungen dieses Kompromisses für die alternative Konfliktbeilegung *innerhalb* des gerichtlichen, insbesondere des sozialgerichtlichen, Verfahrens dargestellt werden. Im Fokus stehen daher die besonderen Probleme des neuen Güterichterverfahrens nach § 278 Abs. 5 ZPO.

Die daneben bestehenden unterschiedlichen Interessen an der jeweiligen Förderung der *außergerichtlichen* Streitbeilegung oder der Mediation oder eine Auseinandersetzung mit dem *eigentlichen Mediationsgesetz* sol-

42 Vgl. BT-PIPr 17/187, S. 22359.

43 Vgl. Pressemitteilung der SPD Bundestagsfraktion Dokumentnummer 1470, http://www.spdfraktion.de/presse/pressemitteilungen/Fraktionen%C3%BCbergreifende_Einigung_f%C3%BCr_ein_Mediationsgesetz (zuletzt abgerufen am 13.10.2016).

44 Vgl. *Hartmann*, in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, § 278 Rn. 35.

45 *Dürschke*, NZS 2013, 41 (41).

46 *Ahrens*, NJW 2012, 2465 (2469).

47 *Wenner*, Soziale Sicherheit 2012, 276 (276).

len in diesem Rahmen nur am Rande und soweit für die vorliegende Arbeit unabdingbar erörtert werden.

Ein erster Blick wird auf das Gesetzgebungsverfahren geworfen. Es war geprägt von divergierenden Ansichten darüber, wie die alternative Konfliktbeilegung in das gerichtliche Verfahren eingefügt werden sollte: das Modell der gerichtlichen *Mediation*⁴⁸ konkurrierte mit dem *Güterichtermodell*⁴⁹, für das ja bereits die rechtliche Lösungsmöglichkeit des § 278 Abs. 5 a.F. ZPO bestand.⁵⁰ Nachdem der Vermittlungsausschuss angerufen worden war, endete das Gesetzgebungsverfahren tatsächlich mit einem Kompromiss, nämlich dem Modell des Güterrichters, der auch die Methode der Mediation wählen kann. Dieser Kompromiss wirft indes gravierende Fragen für den prozessualen Alltag auf, denen im Rahmen dieser Arbeit nachgegangen werden soll.

Als grundlegend und damit entscheidend für die folgenden Probleme kann man dabei die Frage der rechtlichen Einordnung ansehen. Was ist ein Güterrichter, der auch die Methode der Mediation anwenden darf: ein Richter als Teil der rechtsprechenden Gewalt nach Art. 92 GG mit den sich hieraus ergebenden verfassungsrechtlichen Konsequenzen des Art. 97 GG oder Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG oder doch – ungeachtet der Nähe zur Justiz – ein der Sache nach außerhalb der rechtsprechenden Gewalt agierender Mediator? Wenn aber der Güterrichter Teil der rechtsprechenden Gewalt ist, hat das nicht zuletzt Auswirkungen in gerichtsverfassungsrechtlicher Hinsicht, etwa wenn es um die Verteilung der Güterrichterverfahren auf den einzelnen Güterrichter, oder das Problem geht, ob ein Richter seine Bestellung zum Güterrichter verhindern oder erzwingen kann. Weitere Fragen stellen sich: Wie steht es um die in der (vor allem außergerichtlichen) Mediationspraxis bedeutsamen Grundsätze der Freiwilligkeit oder Vertraulichkeit: Lassen sie sich auf das Güterrichterverfahren übertragen? Befindet sich der „Güterrichtermediator“ nicht in einem kaum lösba- ren Spannungsfeld zwischen der durch die Möglichkeit der Mediation geforderten Freiwilligkeit (und dem Wunsch einer konsensualen Streitbeilegung) und der Einbettung der gesetzlichen Regelungen in einen zivilprozessualen Kontext, der nicht frei von Zwangselementen ist? Und weiter:

48 Vgl. *Spindler*, Gerichtsnahe Mediation in Niedersachsen.

49 Vgl. *Greger*, ZRP 2006, 229 ff.

50 Die Möglichkeit im gerichtlichen Verfahren auch eine Mediation durchzuführen wurde in § 278 Abs. 5 ZPO „hineingelesen“, vgl. *Dürschke/Josephi*, SGB 2010, 324 (325) unter Verweis auf *Greger*, ZRP 2006, 229 ff.

Welche anderen Methoden der alternativen Konfliktbeilegung kann der nicht entscheidungsbefugte Güterichter neben der Mediation wählen? Ist die Möglichkeit der Mediation durch den Güterichter, wenn auch nunmehr im Gesetz verankert, verfassungsrechtlich zulässig? Gilt dies auch für den in der Literatur oft zitierten „Güterichterkoordinator“?⁵¹

Die Beantwortung dieser Fragen soll mit einem eingehenden Blick auf den rechtszeitgeschichtlichen Problemkontext und, vor allem, auf das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet werden, das zum Erlass des Mediationsförderungsgesetzes geführt hat. Danach sind die Einzelprobleme, die sich bei der Anwendung des neuen § 278 Abs. 5 ZPO im sozialgerichtlichen Verfahren stellen, zu erörtern.

51 U.a. *Röthemeyer*, ZKM 2012, 116 (117); *Wenzel*, „Justitia ohne Schwert“, S. 142; *Friedrich*, SGB 2012, 705 (707).