

MAX GEORG HÜGEL

Verhandelte Gesundheit

*Studien zum
Medizin- und Gesundheitsrecht*

3

Mohr Siebeck

Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von

Steffen Augsberg, Karsten Gaede, Jens Prütting

3



Max Georg Hügel

Verhandelte Gesundheit

Zur effektiven Förderung der Mediation
im Sozialleistungsrecht

Mohr Siebeck

Max Georg Hügel, geboren 1993; Studium der Rechtswissenschaften an der Universität Greifswald; 2016 Erste juristische Prüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Sozial- und Gesundheitsrecht an der Universität Greifswald; 2018 Master of Science Health Care Management; Rechtsreferendariat beim Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht; 2021 Zweite juristische Staatsprüfung und Promotion; 2021–2022 Rechtsanwalt in Lübeck und Lehrbeauftragter der Hochschule Wismar; seit 2022 Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Medizinrecht der Bucerius Law School in Hamburg.

ISBN 978-3-16-161447-7 / eISBN 978-3-16-161470-5

DOI 10.1628/978-3-16-161470-5

ISSN 2699-6855 / eISSN 2699-6863 (Studien zum Medizin- und Gesundheitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt. Es wurde von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Ταράττει τοὺς ἀνθρώπους οὐ τὰ πράγματα,
ἀλλὰ τὰ περὶ τῶν πραγμάτων δόγματα.
(Nicht Tatsachen beunruhigen die Menschen,
sondern ihre Meinungen über die Tatsachen.)
– Epiktet

Das Sozial- und Gesundheitswesen, die ökonomische Theorie von Recht und Verhalten und die einvernehmliche Streitbeilegung sind zeitlos faszinierende Forschungsgebiete. Jedes dieser Gebiete hat zunächst ganz für sich mein Interesse geweckt. Später habe ich es unternommen, sie zusammenzuführen und aus ihrer Synthese etwas Neues zu erschaffen. So ist dieses Buch entstanden.

Die diesem Buch zugrundeliegende Untersuchung ist im letzten Jahr von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Greifswald als Dissertation angenommen worden. Die Disputation fand am 15. Oktober 2021 statt. Auf diesem Stand befinden sich auch die verwendeten Quellen.

Ein besonderer Dank gebührt zuallererst Herrn Professor (em.) Dr. jur. Heinrich Lang, Dipl.-Sozialpäd. für die jahrelange herzliche Zusammenarbeit, unzählige inspirierende Diskussionen, den außergewöhnlichen Freiraum in Forschung und Lehre, seinen kritischen und zugleich offenen Geist sowie für sein Grundvertrauen in seine Mitmenschen und in die freie Wissenschaft.

Herrn Professor Dr. rer. pol. Steffen Fleßa danke ich für seine Leidenschaft an der Überschreitung der Grenzen akademischer Disziplinen und für die (höchst untertrieben ausgedrückt) sehr zügige Zweitbegutachtung. Herrn Professor Dr. jur. Christoph Sowada danke ich für seine Mitwirkung in der Disputation und für vielerlei interessante medizin(straf)rechtliche Erkenntnisse.

Herrn Professor Dr. jur. Steffen Augsberg, Herrn Professor Dr. jur. Karsten Gaede und Herrn Professor Dr. jur. Jens Prütting, LL.M. oec. danke ich für die Aufnahme in die von ihnen herausgegebene Schriftenreihe. Schließlich sei der Dr.-Carl-Böse-Stiftung zu Lübeck für die finanzielle Unterstützung der Buchveröffentlichung und für ihre Förderung der Juristenausbildung gedankt.

Darüber hinaus bin ich vielen Menschen zu Dank verpflichtet, von deren Aufzählung ich hier gleichwohl absehen möchte. *Never thank your parents or your*

*cat unless they really helped you with research.*¹ Wem ich ganz besonders dankbar bin, der wird beim Blättern eine persönliche Widmung finden.

Eine Untersuchung, die sich mit kognitiven Verzerrungen befasst, ist leider nicht davor gefeit, ihnen selbst anheimzufallen. Weil ich meine Überlegungen auf dem Fundament verschiedenster Informationen aufgebaut habe, kann ich den einen oder anderen *bias* meinerseits nicht ausschließen. Aber liegt darin nicht auch Schicksal und Reiz jedes menschlichen Strebens nach Erkenntnis?

Hamburg, im Frühling 2022

Max Georg Hügel

¹ *J. Zobel*, zitiert nach *T. Hoeren*, Mein Dank gilt meinem Hund, *duzMagazin* 4/2011, 60 (61).

Inhaltsverzeichnis

Einleitung

<i>A. Anlass und Ziel der Untersuchung</i>	1
<i>B. Blickwinkel und Gang der Untersuchung</i>	3

Erster Teil:

Rechtliche und tatsächliche Bestandsaufnahmen

<i>A. Zu einigen ausgewählten Aspekten der Mediation</i>	5
I. Stellung im Spektrum einvernehmlicher Streitbeilegung	5
II. Der Begriff der Mediation	7
1. Der Begriff im Mediationsgesetz	7
2. Die Abgrenzung zur Schlichtung	8
3. Begriffliche Nachschärfung	11
III. Die Phasen eines Mediationsverfahrens	11
IV. Das Prinzip der Freiwilligkeit der Mediation	12
V. Bisherige flächendeckende Förderungsversuche	15
1. Die zivilrechtliche Zwangsschlichtung (§ 15a EGZPO)	16
2. Das Mediationsgesetz (MediationsG)	18
3. Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG)	20
VI. Zwischenergebnis	20
<i>B. Zur Reallage der Mediation im Sozialleistungsrecht</i>	21
I. Die Entwicklung an den Sozialgerichten	21
1. Modellprojekt des Sozialgerichts Hannover	22
2. Modellprojekt der bayerischen Sozialgerichtsbarkeit	23
3. Weitere Entwicklung an den Sozialgerichten	24
II. Die Entwicklung im Sozialverwaltungsverfahren	25
1. Modellprojekt der Techniker Krankenkasse	25
2. Modellprojekt der Deutschen Betriebskrankenkasse	26
3. Weitere Entwicklung im Sozialverwaltungsverfahren	29
III. Zwischenergebnis	29

<i>C. Zur Rechtslage der Mediation im Sozialleistungsrecht</i>	30
I. Allgemeine ergebnisbezogene Bedenken	30
II. Spezifische verfahrensbezogene Bedenken	33
1. Die rechtlichen Einsatzsperren	33
a) Das Recht auf rechtliche Vertretung	33
b) Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung	35
c) Der Wesentlichkeitsvorbehalt	36
d) § 31 SGB I	37
e) Zwischenergebnis	38
2. Der jüngste Lösungsvorschlag	38
III. Zwischenergebnis	39
<i>D. Zusammenfassung</i>	40

Zweiter Teil: Ökonomische Perspektiven

<i>A. Positive und normative Ökonomik</i>	42
I. Grundlegende Differenzierung	42
II. Notwendige Beschränkung auf die positive Ökonomik	43
III. Das ökonomische Modell menschlichen Verhaltens	44
1. Der homo oeconomicus (econ)	45
2. Der beschränkt rationale Mensch (human)	45
IV. Zwischenergebnis	48
<i>B. Rechtliche Instrumente der Verhaltenssteuerung</i>	48
I. Gebote und Verbote	49
II. Anreize	49
III. Edukatorisches Staatshandeln	50
1. Informationsmaßnahmen	50
2. Entscheidungsarchitekturen	50
IV. Zwischenergebnis	52
<i>C. Spieltheorie und Mediation</i>	52
I. Spieltheoretische Dilemmata	53
1. Das Verhandlungsdilemma	53
2. Das Wartedilemma	55
II. Die Auflösung des Verhandlungsdilemmas durch tit for tat	56
III. Zwischenergebnis	58
<i>D. Zusammenfassung</i>	58

Dritter Teil: Rechtsökonomische Synthesen

<i>A. Unsicherheit als Quelle des Wahrnehmungsdefizits</i>	59
I. Begriffliche Unsicherheit	59
II. Rechtliche Unsicherheit	60
III. Wirtschaftliche Unsicherheit	61
IV. Die Reaktion auf die Unsicherheit: Verhandlungsbarrieren	64
V. Zwischenergebnis	68
<i>B. Untauglichkeit der bisherigen Lösungsvorschläge</i>	68
I. § 15a EGZPO: Verpflichtende Nachfrage	69
II. MediationsG: Freiwillige Nachfrage unter Unsicherheit	70
III. § 9a SGB X-E: Freiwillige Nachfrage unter Partialunsicherheit	70
IV. Zwischenergebnis	73

Vierter Teil: Ein Experiment

<i>A. Der Ort des Experiments</i>	78
I. Die Konkretisierung auf einen Sozialleistungsbereich	80
1. Das System der gesetzlichen Krankenversicherung	80
2. Das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung	81
a) Überblick über das materielle Leistungsrecht	82
aa) Sachleistungsprinzip	82
bb) Rahmenrecht und Rechtskonkretisierung	82
cc) Wirtschaftlichkeitsgebot	84
b) Überblick über das Bewilligungsverfahren	87
aa) Antragstellung	87
bb) Auswirkungen des § 13 Abs. 3a Satz 6 SGB V	89
c) Verfahren bei der Ablehnung eines Leistungsantrags	92
aa) Ausgangsverfahren	93
bb) Widerspruchsverfahren	95
cc) Klage vor dem Sozialgericht	97
d) Zwischenergebnis	98
3. Zur besonderen Eignung der GKV für das Experiment	98
a) Zur Projektempirie über Mediationen in der GKV	99
b) Das wettbewerbliche System der GKV	101
aa) Bedingungen des Mitgliederwettbewerbs	102
bb) Folgen für das Verhalten der Krankenkassen	104

cc) Vergleich mit anderen Leistungsbereichen	107
c) Vertraulichkeit mit einvernehmlicher Streitbeilegung	108
4. Zwischenergebnis	111
II. Die Konkretisierung auf spezifische Leistungsarten	112
1. Widerspruchsquoten	114
2. Widerspruchserfolgsquoten	115
3. Klageerfolgsquoten	116
4. Schlussfolgerung	117
III. Zwischenergebnis	118
<i>B. Das Verfahren des Experiments</i>	<i>119</i>
I. Die Überwindung des Wartedilemmas	120
II. Der Zeitpunkt des Einstiegs in das Mediationsverfahren	122
1. Antragsbearbeitung	123
2. Erlass des Ablehnungsbescheides	124
3. Eingang des Widerspruchs	125
4. Erfolglose Abhilfeprüfung	125
5. Erlass des Widerspruchsbescheides	128
6. Zwischenergebnis	129
III. Die Absicherung der Teilnahme am Mediationsverfahren	129
1. Die Absicherung der Teilnahme der Krankenkassen	130
2. Die Absicherung der Teilnahme der Versicherten	130
a) Pflicht zur Teilnahme	131
b) Anreiz zur Teilnahme	133
c) Informationsmaßnahmen	134
d) Entscheidungsarchitektur	134
e) Entwurf eines Anschreibens	138
3. Zwischenergebnis	140
IV. Begleitende Regelungen	141
1. Person des Mediators	141
2. Verfahrenslogistik	142
3. Umsetzung der Ergebnisse	144
4. Experimentalf flankierungen	145
V. Zwischenergebnis: Gesetzentwurf	146
<i>C. Der verfassungsrechtliche Rahmen des Experiments</i>	<i>147</i>
I. Verfassungsrechtliche Zulässigkeit	147
1. Vereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG	148
2. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG	149
III. Verfassungsrechtliche Gebotenheit	150
<i>D. Zusammenfassung</i>	<i>153</i>

Schluss

<i>A. Zusammenfassende Thesen</i>	155
<i>B. Ausblick</i>	156
Literaturverzeichnis	159
Sachregister	179

Einleitung

A. Anlass und Ziel der Untersuchung

„Hierzulande wird zwar sehr viel über Mediation geredet, aber noch vergleichsweise wenig mediiert.“¹

Mediation liegt in Deutschland seit Jahrzehnten im Trend – allerdings nur in der Theorie. Im vollendeten Gegensatz zur multidisziplinär-wissenschaftlichen Untersuchung und Reflexion der Mediation ist ihre tatsächliche Anwendung in der Praxis der Streitbeilegung – euphemistisch ausgedrückt – gering ausgeprägt. Von dem Interesse der Wissenschaft und der Mediatorenausbildung² zeigt sich die Praxis doch eher unbeeindruckt: „Der Funke, der bei vielen im Rahmen einer Ausbildung zum Mediator entfacht wurde, springt nur spärlich auf Personen über, die in einem Konflikt mit Dritten stehen.“³ Die bisherige Entwicklung mündet in einem seltsamen Paradoxon: dem „Mediationsboom ohne Mediation“⁴. Neben allen anderen Rechtsgebieten findet sich dieses Paradoxon auch im Sozialleistungsrecht, sowohl im sozialgerichtlichen als auch – und insbesondere – im sozialbehördlich-außergerichtlichen Bereich der Konfliktbehandlung.⁵ Die theoretisch vermuteten und in Modellprojekten auch praktisch ergründeten Chancen der Mediation für die einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen (Sozial-)Behörden und Bürgern liegen daher gegenwärtig brach. Anders als man dabei vermuten könnte, liegt der Grund für diese fehlende Nutzung der Mediation nicht etwa in einer allgemeinen negativen Meinung der deutschen Bürgerinnen und Bürger von ihr. Das Gegenteil ist der Fall: Eine deutliche Mehrheit sieht die Mediation in konstant positivem Licht.⁶

¹ T. Trenczek et al., in: Trenczek et al., Mediation und Konfliktmanagement, Kap. 1.2 Rn. 1.

² Selbstverständlich auch die der Mediatorinnenausbildung. Soweit in dieser Untersuchung das generische Maskulinum verwendet wird, schließt dies alle Geschlechter ein.

³ J. Dürschke, NZS 2013, 41.

⁴ D. Kostka, in: Niedostadek, Praxishandbuch Mediation, S. 357.

⁵ J. Dürschke, NZS 2013, 41; T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 20; siehe auch M. Eisenbarth/I. Spiecker gen. Döhmann, DVBl. 2012, 993 (995).

⁶ E. Kals/H. Ittner, DM 2018, 14 (15); ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, ROLAND Rechtsreport 2021, S. 7, 20 f.; ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG, ROLAND Rechts-

Dieser Bruch zwischen der wissenschaftlichen Leidenschaft für die Mediation und ihrer Befürwortung seitens der Bürger einerseits und ihrer kaum verbreiteten Nutzung in der Praxis der Konfliktbehandlung andererseits sucht seinesgleichen – vor allem, da doch gerade der (erhoffte) reale Nutzen der Mediation ihre vielfältigen wissenschaftlichen Untersuchungen befeuert. Es zeigt sich ein „auffälliges Missverhältnis zwischen [ihrer] positiven Einschätzung [...] einerseits und dem zurückhaltenden praktischen Einsatz dieses Verfahrens zur Streitbeilegung andererseits“⁷. Dieser merkwürdige Befund sei im Folgenden als das Umsetzungs- oder *Wahrnehmungsdefizit* der Mediation bezeichnet. Dieses Wahrnehmungsdefizit ist nichts Neues. Seine Bewältigung war schon vor mehreren Jahren das ausdrücklich erklärte Ziel des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung, dessen Artikel 1 das MediationsG⁸ einführte. Mit ihm sollte die Mediation flächendeckend als gerichtliche und außergerichtliche Methode der Streitbeilegung verankert werden, „um die Streitkultur in Deutschland nachhaltig zu verbessern.“⁹ Das hat, so viel sei vorweggenommen, bislang keineswegs funktioniert.¹⁰ Daher ist es an der Zeit – nach langen Jahren, in denen sich die Rechtswissenschaft hauptsächlich mit dem *normativen* Rahmen der Mediation befasst hat –, sich ihrem *realen* Wahrnehmungsdefizit zu widmen.¹¹ Das soll in dieser Untersuchung im Referenzbereich des Sozialleistungsrechts geschehen. Speziell hier sind die rechtlichen Rahmenbedingungen des Einsatzes der Mediation bereits umfassend analysiert und in einen Regelungsvorschlag überführt worden, der ihre praktische Nutzung fördern soll.¹² In rechtsdogmatischer Hinsicht ist dem wenig hinzuzufügen. Wie sich aber zeigen wird, dürfte diese Strategie nicht geeignet sein, das Wahrnehmungsdefizit zu überwinden. Es bedarf einer zur Steuerung des Einsatzes der außergerichtlichen Mediation effektiveren Lösung.

Eine solche Lösung zu erarbeiten, ist Ziel dieser Untersuchung.

report 2020, S. 7, 27; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, *ROLAND Rechtsreport* 2019, S. 9 f., 27; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, *ROLAND Rechtsreport* 2018, S. 8, 25; *ROLAND Rechtsschutz-Versicherungs-AG*, *ROLAND Rechtsreport* 2017, S. 7, 20.

⁷ J. Risse, in: Haft/von Schlieffen, *Handbuch Mediation*, § 35 Rn. 2.

⁸ Mediationsgesetz vom 21. Juli 2012 (BGBl. I S. 1577) zur (überschießenden) Umsetzung der Richtlinie 2008/52/EG des europäischen Parlamentes und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EU 2008, L 136/3.

⁹ Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung, BT-Drs. 17/5335, S. 11.

¹⁰ K. Masser et al., *Die Entwicklung der Mediation in Deutschland*, S. 5.

¹¹ Vgl. C. Schüddekopf, *Zur Nachhaltigkeit einvernehmlicher Streitbeilegung*, S. 264.

¹² T. Soffner, *Mediation im Sozialrecht*, S. 524 f. und passim.

B. Blickwinkel und Gang der Untersuchung

Mit dem Begriff der *Steuerung* ist ein grundlegendes Schlagwort der rechtswissenschaftlichen Perspektive gefallen, welche diese Untersuchung einnimmt. Da es um das reale Wahrnehmungsdefizit der Mediation geht, wird ein (auch) realwissenschaftlicher Denkansatz unvermeidbar sein. Es wird zu betrachten sein, inwieweit rechtlich-normative Strategien zur tatsächlich-faktischen Lösung eines Umsetzungsproblems imstande sein können. Damit ist ein Blickwinkel der sog. Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft eingenommen.¹³ Diese versteht das (Verwaltungs-)Recht nicht nur als „textorientierte Interpretationswissenschaft“, sondern als „problemlösungsorientierte Handlungs- und Entscheidungswissenschaft“.¹⁴ Durch einen stärkeren Blick auf die Rechtstatsachen der jeweiligen Lebenswirklichkeit – im Idealfall gestützt durch sozialwissenschaftliche Empirie¹⁵ – strebt die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft eine folgenorientierte, auf effektive Verhaltenssteuerung zielende Optimierung rechtlicher Gestaltungsformen an.¹⁶ Diese Perspektive bietet vielfältige Chancen für Juristen, um sensibler für die Realfolgen rechtlicher Normen zu werden.¹⁷

Die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft sieht sich aber auch berechtigter Kritik ausgesetzt. Diese wendet sich vor allem gegen ihre – angesichts der realwissenschaftlichen Orientierung durchaus kontraintuitive – Theorielastigkeit, gleichzeitigen Lücken in ihrem wissenschaftstheoretischen Fundament und die latente Neigung, diesen Lücken durch einen gewissen Absolutheitsanspruch an die Gültigkeit der eigenen Aussagen zu begegnen.¹⁸ Jedoch werden „Aussagen [...] auf bloßem Plausibilitätsniveau [...] fragwürdig, wo sie sich nicht als solche

¹³ Grundlegend *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 1 Rn. 1, 15–39.

¹⁴ *W. Hoffmann-Riem*, AöR 131 (2006), 255 (263); *J.P. Schaefer*, Die Umgestaltung des Verwaltungsrechts, S. 418–422. Das ist aber keine so umfassende Neuheit, wie manche meinen, vgl. *J. Lüdemann*, Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 4f.

¹⁵ Zur Unterscheidung von Rechtstatsachen und Empirie siehe *S. Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 60f. (Fn. 2), 105.

¹⁶ *W. Hoffmann-Riem*, ZfRSoz 38 (2018), 20 (24–27); *A. Steinbach*, Der Staat 54 (2015), 267 (269); *A. Voßkuhle*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, GVwR I, § 1 Rn. 32–36; siehe auch *H. Eidenmüller*, JZ 1999, 53.

¹⁷ *J. Lüdemann*, Rechtsetzung und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, S. 17; vgl. für eine fruchtbare Zusammenkunft von Recht und Ökonomik zur Bewältigung von Realproblemen exemplarisch *S. Fleßa/H. Lang*, in: Körner/Lege/Grube, Recht trifft Wirtschaft, S. 13.

¹⁸ *S. Schönberger*, JÖR 65 (2017), 511 (520–530); a.A. *C. Franzius*, JÖR 65 (2017), 441 (455).

zu erkennen geben“¹⁹. Ohne diese Kritik im Detail aufzubereiten, wird man festhalten können, dass die perspektivische Erweiterung ein vielversprechender Ansatz zur Betrachtung von Realfolgenproblemen ist. Nur insoweit soll die Neue Verwaltungsrechtswissenschaft Eingang in die Untersuchung finden.

Es handelt sich folglich um eine anwendungsbezogene, interdisziplinäre Untersuchung mit allem erhofften Nutzen,²⁰ aber auch mit allen Problemen, die mit einem derartigen Unterfangen einhergehen. Allem voran steht die Entscheidung, die Erkenntnisse der aktivierten (Teil-)Disziplinen nicht in ihrer vollen Tiefe aufzubereiten. Dadurch wird die Problemlösung stringenter, vielleicht aber auch ein gewisser Unmut der disziplinär besonders Fachkundigen erregt – letzteres wird respektvoll in Kauf genommen. Die Entwicklung einer praktischen Lösung für das Wahrnehmungsdefizit der Mediation im Sozialleistungsrecht ist nicht der Ort, alle verbundenen Grundlagen aufzubereiten. Das haben bereits andere für weite Teile der aktivierten Erkenntnisse in bemerkenswertem Maße getan,²¹ so dass sich die Untersuchung insoweit auf Verweise beschränken kann. Anstatt sich in detaillierten Darstellungen zu verlieren, will sie die unterschiedlichen Erkenntnisse kombinieren, um eine im besten Fall auch rechtspolitisch tragfähige Lösung zu entwickeln.²² Die Untersuchung beschreitet dazu den folgenden Weg:

- Im ersten Teil erfolgt eine knappe Bestandsaufnahme zur rechtlichen und tatsächlichen Lage der Mediation im Sozialleistungsrecht. Soweit es zum Verständnis notwendig ist, werden Regelungen aus anderen Bereichen des deutschen Rechtssystems betrachtet.
- Im zweiten Teil wird die Perspektive der Untersuchung um Teile der ökonomischen Theorie erweitert, soweit diese für die Steuerung des Einsatzes der Mediation von Relevanz ist.
- Im dritten Teil kommt es auf der erarbeiteten Wissensgrundlage zu einer näheren Ergründung des Wahrnehmungsdefizits der Mediation im (Sozialleistungs-)Recht und einer fundierteren Kritik an den bisherigen Lösungsvorschlägen der Rechtswissenschaft für dieses Problem.
- Im vierten Teil wird eine Lösung für das Wahrnehmungsdefizit der Mediation im Sozialleistungsrecht erarbeitet. Dazu wird ein Experimentalgesetz umrissen, das den Abbau der Wahrnehmungshindernisse ermöglichen soll.

¹⁹ S. Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 21.

²⁰ Vgl. nur H. Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, S. 14 f.; C. Engel, Rechtliche Entscheidungen unter Unsicherheit, S. 1.

²¹ Jüngst vor allem P. Hacker (Verhaltensökonomik und Normativität) und T. Soffner (Mediation im Sozialrecht).

²² Vgl. H. Eidenmüller, JZ 1999, 53 (60).

Rechtliche und tatsächliche Bestandsaufnahmen

A. Zu einigen ausgewählten Aspekten der Mediation

I. Stellung im Spektrum einvernehmlicher Streitbeilegung

Die Mediation ist eine¹ Methode der einvernehmlichen² Streitbeilegung. Der einvernehmlichen Streitbeilegung lassen sich alle Daseinsformen der Behandlung und Lösung von Konflikten³ zuordnen, die gerade nicht darin bestehen, dass ein staatliches Gericht im Wege der Anwendung von Rechtsnormen darüber befindet, welche Seite des Konflikts „Recht hat“. Die einvernehmliche Streitbeilegung modifiziert und ergänzt diese traditionell gerichtscentrierte, rechtsbasierte Konfliktlösung. Sie vereint dazu eine Vielzahl unterschiedlicher Methoden. Die Methoden der einvernehmlichen Streitbeilegung zeichnen sich durch einen unterschiedlichen Grad der Externalisierung der Konfliktlösungsbefugnis der Streitparteien aus.⁴ Je mehr Macht zur Lösung ihres Konflikts die Streitparteien an zunächst unbeteiligte Dritte abgeben (also diese Macht externalisieren), desto fremdbestimmter sind sie während der Behandlung ihres Konflikts. Dadurch kann es dazu kommen, dass sich die Methode der Konfliktbehandlung so weit von den Ursprüngen des jeweiligen Konfliktes entfernt, dass sie den eigentlichen

¹ Zum Spektrum einvernehmlicher Streitbeilegung statt aller *R. Greger*, in: Greger/Unbehath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Kap. D Rn. 1–67.

² In dieser Untersuchung wird der Begriff „einvernehmlich“ anstelle von „alternativ“ oder „außergerichtlich“ verwendet. Die Begriffe sind nicht deckungsgleich. Auch vor Gericht können Methoden der einvernehmlichen Streitbeilegung zur Anwendung kommen. Der Begriff „einvernehmlich“ hat aber gegenüber den anderen Begriffen den Vorteil, dass er die Mediation nicht negativ mit Blick auf „herkömmliche“ Gerichtsverfahren, sondern eigenständig positiv definiert.

³ Die Begriffsverwendung folgt hier *F. Glasl*, Konfliktmanagement, S. 17, nach dem ein Konflikt eine „Interaktion zwischen Aktoren, wobei wenigstens ein Akteur eine Differenz im Wahrnehmen und im Denken [...] und im Fühlen und im Wollen mit dem anderen Akteur in der Art erlebt, dass beim Verwirklichen dessen, was der Akteur denkt, fühlt oder will, eine Beeinträchtigung durch den anderen Akteur erfolge“ ist; ausführlich *N. Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 34–51.

⁴ *S.K. Haafß*, in: Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, § 7 Rn. 13–47; *C. Herzog/J. Hennig*, Jura 2011, 929 (932).

Konflikt gar nicht mehr adäquat behandeln kann. Beispielsweise klagen so manche Bürger vor einem Sozialgericht, um ihren Unmut gegenüber einer Sozialbehörde auszudrücken, von der sie sich im Leistungsverfahren nicht wertgeschätzt fühlt und ihr daher zeigen wollen, dass sie „so nicht mit ihnen umgehen könne“.⁵ Die Normen des Sozialrechts aber, die ein Richter am Sozialgericht zur Urteilsfindung anwendet, sind so weit abstrahiert und generalisiert, dass sie ein solches höchst konkret-individuelles Nicht-Wertgeschätzt-Fühlen nicht abbilden können (und das auch gar nicht sollen).⁶ Der Richter behandelt in einem solchen Fall also überhaupt nicht den eigentlichen Konflikt. Derartige Probleme versucht die einvernehmliche Streitbeilegung zu vermeiden, indem eine solche rechtliche Abstrahierung der Konflikthintergründe nicht oder nur in abgeschwächter Form stattfindet.

Innerhalb des Methodenspektrums der einvernehmlichen Streitbeilegung nimmt die Mediation hinsichtlich der Externalisierung der Konfliktlösungsbezugnis der Streitparteien einen mittleren Grad ein. Anders als bei *Schiedsverfahren* (vgl. §§ 1025–1066 ZPO) entledigen sich die Streitparteien im Rahmen einer Mediation nicht ihrer Befugnis, ihren Konflikt eigenverantwortlich zu lösen.⁷ In Schiedsverfahren werden sachkundige (private) Dritte dazu berufen, in einem relativ formalen Verfahren über die Lösung des Konflikts einseitig zu entscheiden.⁸ Dergestalt entscheidungsbefugt ist ein Mediator aber nicht. Und anders als bei einer *Schlichtung* delegieren die Medianden auch nicht die Befugnis zur Vornahme eines unverbindlichen Lösungsvorschlags.⁹ Ein Schlichter ist zwar nicht wie ein Schiedsrichter befugt, über die Lösung eines Konflikts einseitig zu entscheiden, aber er gibt einen eigenen Lösungsvorschlag ab, den die Streitparteien annehmen oder ablehnen können.¹⁰ Eigene Lösungsvorschläge gibt ein Mediator aber – vorzugsweise – nicht.¹¹ Schiedsrichter und Schlichter haben folglich weitergehende Befugnisse zur Lösung eines Konflikts, als es Mediatoren haben. Mehr Befugnisse kommen einem Mediator jedoch gegenüber einem Moderator zu: Anders als bei einer *Moderation* bietet ein Mediator den Streitparteien nicht nur ein Kommunikationsforum, sondern unternimmt es durch spezielle Ge-

⁵ F. Welti et al., SozSich 2008, 308 (315); siehe auch I. Härtel, JZ 2005, 753 (756).

⁶ N. Friedrich, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 63 f.

⁷ D. Eckstein, JuS 2014, 698 (699); I. Härtel, JZ 2005, 753 (754).

⁸ R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Kap. D Rn. 26; S. K. Haafß, in: Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, § 7 Rn. 40; C. Herzog/J. Hennig, Jura 2011, 929 (932).

⁹ D. Eckstein, JuS 2014, 698 (699); I. Härtel, JZ 2005, 753 (754).

¹⁰ R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Kap. D Rn. 19; S. K. Haafß, in: Haft/von Schlieffen, Handbuch Mediation, § 7 Rn. 45.

¹¹ R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG Rn. 40; siehe dazu noch sogleich unten Teil I A. II. 2. (S. 8).

sprächs- und Fragetechniken, die Hintergründe des Konflikts offenzulegen und das Gespräch zu leiten.¹² Diese grobe Einordnung kann es selbstverständlich noch nicht leisten, die Eigenheiten der Mediation als Methode der einvernehmlichen Streitbeilegung trennscharf zu erfassen. Dazu ist eine nähere Definition ihres Begriffsinhalts erforderlich.

II. Der Begriff der Mediation

Der Begriffsinhalt der Mediation war und ist umstritten. Das Wort „Mediation“ wurde und wird zur Bezeichnung ganz verschiedener Methoden der Streitbeilegung genutzt. Das ist unter anderem dem multidisziplinär-theoretischen Boom der wissenschaftlichen Untersuchung dieser Methode geschuldet.¹³ Ein unglückliches „Begriffswirrwarr“ war die Folge.¹⁴ Eine klare Begriffsverwendung ist aber unumgänglich für die weitere Untersuchung.

1. Der Begriff im Mediationsgesetz

§ 1 Abs. 1 MediationsG bezeichnet die Mediation als

„ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.“

Dabei ist ein Mediator gemäß § 1 Abs. 2 MediationsG

„eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“

Durch die Nennung der Prinzipien der Vertraulichkeit¹⁵, der Freiwilligkeit¹⁶ und insbesondere der Eigenverantwortlichkeit¹⁷ grenzt § 1 Abs. 1 MediationsG die Methode der Mediation trennscharf von streitigen gerichtlichen Verfahren und Schiedsverfahren ab. Dieser Unterschied wird zusätzlich durch § 1 Abs. 2 MediationsG klargestellt, nach dem der Mediator klar „ohne Entscheidungsbefug-

¹² D. Eckstein, JuS 2014, 698 (699); R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Kap. D Rn. 15 f.

¹³ Vgl. oben Einleitung A. (S. 1).

¹⁴ R. Greger, ZKM 2015, 6; O. Ziegler, Mediation, in: Plagemann, MAHSozR, § 44 Rn. 5 m. w. N.; sehr ausführlich und mit zahlreichen Beispielen und Nachweisen T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 28–31, 58–133.

¹⁵ Vgl. hierzu statt aller R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 4 MediationsG Rn. 1–84.

¹⁶ Vgl. hierzu unten Teil 1 A. IV. (S. 12).

¹⁷ Vgl. hierzu statt aller R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG Rn. 38–42.

nis“ handelt. Da ein Moderator die Parteien nicht aktiv durch die Streitlösung „führt“ (so § 1 Abs. 2 MediationsG), ist dem MediationsG auch die Abgrenzung der Mediation von der Moderation trennscharf gelungen.

2. Die Abgrenzung zur Schlichtung

Erheblich weniger trägt die gesetzliche Definition des § 1 Abs. 1 MediationsG jedoch zur Abgrenzung von Mediation und Schlichtung bei. Das ist umso ärgerlicher, als der Begriff der „Schlichtung“ teils als Oberbegriff für Schlichtung und Mediation gleichermaßen und teils als Synonym für die Mediation verwendet wurde und wird.¹⁸ Die begriffliche Trennung dieser Methoden wird zusätzlich erschwert, wenn manche von verschiedenen „Stilen“ der Mediation sprechen, also der Mediation ihrerseits noch erhebliche „intramethodische“ Spielräume zuschreiben.¹⁹ Nach diesem Verständnis verschiedener „Stile“ soll es beispielsweise einen *facilitativen* und einen *evaluativen* Mediationsstil geben. Der *facilitative* Stil soll eher moderationsnäher, der *evaluative* Stil eher schlichtungsnäher sein.²⁰ Die Annahme solcher unterschiedlicher „Stile“ derselben Methode macht die notwendige begriffliche Fixierung unmöglich. Auf diese Weise wird ein Begriff mit so divergierenden Bedeutungsinhalten gefüllt, dass er selbst keine Abgrenzungs- und Aussagekraft mehr gewährleisten kann. Genau das ist aber das Problem des Mediationsbegriffs. Die „Stile“ der Mediation sind daher im Sinne begrifflicher Klarheit und Transparenz vorzugsweise als eigenständige Verfahren zu charakterisieren, soweit sie sich derart wesentlich voneinander unterscheiden.²¹ Daher muss nunmehr geklärt werden, ob und inwieweit ein Mediator sich Methoden eines Schlichters bedienen darf, also seine eigenen Ansichten über den Konflikt in das Verfahren einfließen lassen oder gar konkrete Vorschläge zur Lösung des behandelnden Konflikts geben darf.²²

Wer mit einem *facilitativen* Verständnis an die Mediation herantritt, für den ist der Mediator zu solchen Verhaltensweisen nicht befugt.²³ *Facilitativ* in diesem Sinne handelt der Mediator, wenn er keine Bewertungen, beratende Stellungnah-

¹⁸ Vgl. R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Kap. D Rn. 19; P. Röthemeyer, ZKM 2013, 47 (49); U. Rüssel, JuS 2003, 380 (382).

¹⁹ Vgl. H. Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 5 Rn. 4f.; R. Greger, ZKM 2015, 6.

²⁰ Vgl. T. Trenczek, in: Trenczek et al., Mediation und Konfliktmanagement, Kap. 1.1 Rn. 48f.; zahlreiche Nachweise bei T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 69–74.

²¹ Gleichsinnig T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 175; F. Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation, S. 17–24.

²² Siehe dazu T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 69–74 m. w. N.

²³ Statt vieler D. Eckstein, JuS 2014, 698 (699); O. Ziegler, in: Plagemann, MAHSozR, § 44 Rn. 31; weitere Nachweise bei T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 69f., 73.

men oder Lösungsvorschläge abgibt, sondern sich eines inhaltlichen Einflusses auf die Verhandlung der Streitparteien weitestgehend enthält und nur den rahmgebenden Ablauf der Gesprächsführung verantwortet.²⁴ Andere nehmen dagegen einen auch *evaluativen* Charakter der Mediation an.²⁵ Evaluation in diesem Sinne bedeutet Bewertung.²⁶ Nach diesem Verständnis ist einem Mediator auch die Äußerung von persönlichen Einschätzungen, Stellungnahmen und Lösungsvorschlägen gegenüber den Streitparteien gestattet. Ein evaluativ agierender Mediator nimmt also auch inhaltlich gewichtigen Einfluss auf die Verhandlung und verantwortet nicht nur den kommunikativen Rahmen der Gesprächsführung. Dieses Verhalten wird gelegentlich mit einer dahingehenden, auf eine zügige Lösung ihres Konflikts gerichtete Erwartungshaltung der Streitparteien begründet.²⁷ In diese Richtung tendiert augenscheinlich auch die bisherige Praxis der Durchführung von Mediationsverfahren, soweit dies feststellbar ist.²⁸

Welche dieser beiden Auffassungen entspricht der begrifflichen Eigenart der Mediation als eigenständige Methode der einvernehmlichen Streitbeilegung? Der Wortlaut des MediationsG deckt ohne weiteres beide Lesarten ab.²⁹ Die Antwort auf diese Frage ist – auch jenseits des theoretisch-wissenschaftlichen Interesses an eindeutiger Begriffsklarheit – von immenser praktischer Relevanz. Von ihr hängt die Bedeutung und Notwendigkeit rechtlichen Beistands (zum Beispiel durch Rechtsanwälte) in einem Mediationsverfahren ab. Ein nach *facilitativem* Verständnis handelnder Mediator darf, auch wenn er selbst rechtskundig ist, rechtlich überzogene oder schlicht falsche Behauptungen einer verhandelnden Streitpartei nicht im Wege einer eigenständigen Entgegnung richtigstellen. Er wäre methodisch darauf verwiesen, durch gezielte, nichtsdestoweniger vorsichtige Fragen oder Denkanstöße³⁰ Zweifel an der Richtigkeit dieser Behauptungen in der Gegenseite zu wecken. Die rechtliche Aufklärung und Beratung läge dann in der Verantwortung der Rechtsbeistände. Ein nach *evaluativem* Verständnis handelnder Mediator hingegen wäre ohne weiteres befugt, derartige Situationen

²⁴ T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 69 f.

²⁵ Statt vieler I. Härtel, JZ 2005, 753 (755); M. Kaltenborn, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, S. 106 f.; S. Vetter, Mediation und Vorverfahren, S. 142 f.; weitere Nachweise bei T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 71, 73 f.

²⁶ T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 71 f.

²⁷ Vgl. zur Praxis des Güterrichterverfahrens, in dem wegen § 278 Abs. 5 Satz 2 ZPO keine klare Differenzierung des methodischen Instrumentariums erforderlich ist, F. Schreiber, Konsensuale Streitbehandlung im sozialgerichtlichen Verfahren, S. 89 f.

²⁸ Vgl. K. Masser et al., Die Entwicklung der Mediation in Deutschland, S. 172, 179.

²⁹ H. Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, Kap. 5 Rn. 5; T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 122–126.

³⁰ Vgl. R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, § 1 MediationsG Rn. 41.

durch eigenständige rechtliche Einschätzungen zu klären. So könnte er Machtungleichgewichte, die namentlich zuungunsten rechtsunkundiger Medianden bestehen, ausgleichen, ohne auf die Mitwirkung der Rechtsbeistände der Medianden angewiesen zu sein.³¹ Die Annahme eines evaluativen Charakters der Mediation scheint angesichts dessen zunächst schlichtweg praktischer zu sein. Durch die straffere Gesprächsführung und die Einflussnahme des Mediators auf den Inhalt der Verhandlung werden zügige Lösungen ermöglicht, was in der Regel dem Interesse der Medianden entsprechen wird. Der Mediator kann so flexibel auf die Umstände des Einzelfalls reagieren und mehr oder weniger inhaltsbezogen in der Führung des Mediationsgesprächs vorgehen.

Doch geht ein evaluatives Verständnis der Mediation mit gravierenden Brüchen in der Systematik des Spektrums einvernehmlicher Streitbeilegungsmethoden einher. Gewährt man der Methode der Mediation einen so ausgeprägt evaluativen Charakter, verschwimmen tatsächlich die Grenzen zwischen Schlichtung und Mediation in unauflöslicher Weise.³² Ein „Mediator“, der eine rechtliche Beratung vornimmt und dabei (implizit oder explizit) Lösungsvorschläge äußert, übt erhebliche inhaltliche Gestaltungsmacht auf die Konfliktlösung aus. Wer dies noch dem gesetzlichen Begriff der Mediation als „Verfahren, bei dem die Parteien [...] *eigenverantwortlich* eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“ (§ 1 Abs. 1 MediationsG) subsumieren möchte, muss diese Eigenverantwortlichkeit konsequenterweise bis zu einem Punkt reduzieren, an dem die Streitparteien nur noch eine vom Mediator vorgeschlagene Abschlussvereinbarung unterzeichnen.³³ Auch die Etymologie des Wortes „Mediation“, das in seiner heutigen Verwendung maßgeblich infolge der Übersetzung des US-amerikanischen Wortes *mediation* um das Jahr 1989 – also in einer Phase eines bewusst zurückhaltenden, auf die Aktivierung (*empowerment*) der Streitparteien gerichteten Verständnisses dieser Streitbeilegungsmethode – Eingang in die deutsche Sprache gefunden hat, spricht erheblich mehr für einen facilitativen Charakter der Mediation als für einen evaluativen.³⁴ Schließlich steht denjenigen Streitparteien, die eine Art „Mediation plus Lösungsvorschlag“ wünschen, die Wahl von Hybridverfahren offen, welche bewusst und von vornherein transparent Elemente einer Schlichtung enthalten.³⁵ Es besteht damit kein Anlass, die begriffliche Kontur der Mediation durch die Einbeziehung von Methoden und Techniken der

³¹ T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 278.

³² P. Röthemeyer, ZKM 2013, 47 (49); T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 72, 181; O. Ziegler, in: Plagemann, MAHSozR, § 44 Rn. 31.

³³ T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 71.

³⁴ Vgl. die Analyse von T. Soffner, Mediation im Sozialrecht, S. 133–176 (174f.).

³⁵ Siehe hierzu R. Greger, in: Greger/Unberath/Steffek, Recht der alternativen Konfliktlösung, Kap. D Rn. 37.

Sachregister

- Akzeptanz 28, 76, 132
Anhörung 96
Anreiz 49, 104, 137
Antrag 87, 92
Arzt 90, 106
availability bias 47, 65
- Begründung 94
Begutachtung 88, 96
- Effizienz 43, 85, 123
Entscheidungsarchitektur 50, 134
Evaluation 19, 76, 145
Experimentalgesetz 75, 78, 145
- Framing 137
Freiwilligkeit 12
- Gebühren 97, 133
Genehmigungsfiktion 89
Gesundheit 80, 106
Grundrechte 33, 80, 148
Güterichter 15, 19, 24
- Heuristiken 46, 65
Hilfsmittel 28, 114, 118
homo oeconomicus 45
- Information 13, 50, 134
Interessen 12, 27, 151
- Konflikt 5, 71, 113
Kosten 61, 103
Krankenpflege 114, 118
Krankenversicherung 83, 99, 101
- Mediation 5, 18, 28
Medizinischer Dienst 88, 96
- Nachfrage 69, 79
Nullsummenannahme 67
Nutzen 24, 45, 61
- optimism bias 47, 66, 137
overconfidence bias 47, 66, 137
- Pflegeversicherung 99, 107
Prozesskostenhilfe 133
- Rationalität 45
Rechtskonkretisierung 83
Rechtsschutz 95, 144, 148
Rehabilitation 115, 118
Rentenversicherung 99, 108
Risikostrukturausgleich 102
- Sachleistungsprinzip 82, 106
Schiedswesen 108
Schlichtung 6, 8, 16
Servicequalität 104
Sozialgericht 21, 97, 116
- tit for tat 56
- Unfallversicherung 99, 108
Unsicherheit 59, 70, 92
- Verhandlungsbarrieren 64, 75
Verhandlungsdilemma 53
Verhandlungsmacht 112, 120
Verzerrungen, kognitive 46, 65
- Wartedilemma 55, 120
Wettbewerb 102, 104
Widerspruchsausschuss 95, 126, 143
Wirtschaftlichkeit 61, 84
- Zusatzbeitrag 102, 105

