

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 342

# Mediation im Sozialrecht

Das Potential der Inhalte des deutschen Mediationsbegriffs  
für die Konfliktbehandlung zwischen Bürger und  
Sozialbehörde im Sozialverwaltungsverfahren unter  
den Prämissen des sozialen Verfassungsstaats

Von

Torsten Soffner



Duncker & Humblot · Berlin

TORSTEN SOFFNER

Mediation im Sozialrecht

# Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Prof. Dr. Matthias Jacobs, Hamburg

Prof. Dr. Rüdiger Krause, Göttingen

Prof. Dr. Sebastian Krebber, Freiburg

Prof. Dr. Thomas Lobinger, Heidelberg

Prof. Dr. Markus Stoffels, Heidelberg

Prof. Dr. Raimund Waltermann, Bonn

Band 342

# Mediation im Sozialrecht

Das Potential der Inhalte des deutschen Mediationsbegriffs  
für die Konfliktbehandlung zwischen Bürger und  
Sozialbehörde im Sozialverwaltungsverfahren unter  
den Prämissen des sozialen Verfassungsstaats

Von

Torsten Soffner



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover  
hat diese Arbeit im Jahre 2015 als Dissertation angenommen.

Gedruckt mit Unterstützung des Förderungsfonds Wissenschaft der VG WORT.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2017 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Druck: buchbücher.de gmbh, Birkach

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-15112-7 (Print)

ISBN 978-3-428-55112-5 (E-Book)

ISBN 978-3-428-85112-6 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ⊗

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

*Für Mia*



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2015 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Literatur und Rechtsprechung konnten bis Oktober 2016 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. Hermann Butzer, der sich stets Zeit für unsere Diskussionen nahm und mir dabei wertvolle Anregungen gab. Schon während meines Studiums der Rechtswissenschaften weckte er mein Interesse für das Sozialrecht, welches sich nach dem Studium in einer lehrreichen und prägenden Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter an seinem Lehrstuhl fortsetzte. Als sich mein Blick dann zusätzlich der Mediation zuwandte, unterstützte er mich auch hier stets wohlwollend, sowohl während meines Mediationsstudiums als auch beim Erlangen der nötigen Mediationspraxiserfahrung. Ich genoss zudem sein vollstes Vertrauen sowie wissenschaftlichen Freiraum.

Mein Dank gilt sodann Frau Prof. Dr. Frauke Brosius-Gersdorf, L.L.M., die das Zweitgutachten erstellte und mir mittels einiger gezielter Anmerkungen bei der Abrundung der Arbeit vor Drucklegung half.

Der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität sowie der Stifterin, Rechtsanwaltskanzlei Brüggehagen und Kramer in Hannover, danke ich für die Verleihung des Brüggehagen und Kramer Promotionspreises 2015.

Für die Auszeichnung dieser Arbeit mit dem Mediations-Wissenschaftspreis 2016 danke ich der Centrale für Mediation zu Köln.

Ferner danke ich dem Förderungs- und Beihilfefonds Wissenschaft der VG Wort für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses.

Herrn Dipl.-Psych. und Mediator Heiner Krabbe danke ich für die exzellente und prägende Ausbildung im Rahmen des Praxisteils meines Mediationsstudiums und für die weitere Unterstützung im Anschluss daran.

Weiterhin danke ich herzlich meinen ehemaligen Kollegen Aaron Bogan, Christoph Lontzek und Julia Haas für die spannende gemeinsame Zeit am Lehrstuhl, in der wir viel diskutiert und uns gegenseitig unterstützt haben. Es sind Freundschaften entstanden, für die ich sehr dankbar bin.

Schließlich gilt mein ganz herzlicher Dank meinen Eltern und meiner Schwester sowie all den Verwandten, Freundinnen und Freunden, die mich während des Entstehungsprozesses dieser Arbeit unterstützt und begleitet haben.

Hannover, im Juni 2017

*Torsten Soffner*



# Inhaltsverzeichnis

	<i>Teil 1</i>	
	<b>Einleitung</b>	
	19	
§ 1	Positiv evaluiert, dennoch keine Erfolgsgeschichte: Spärliche Erfahrungswerte mit „Mediation“ im Sozialverwaltungsverfahren .....	22
A.	Pilotprojekt des BKK-Landesverbandes Niedersachsen-Bremen .....	22
B.	„Mediation“ in Widerspruchsverfahren der Techniker Krankenkasse .....	24
C.	Pilotprojekt der Berufsgenossenschaft Gesundheitsdienst und Wohlfahrts- pflege .....	25
D.	Weitere Beispiele für „Mediationen“ im Bürger-Sozialbehörde-Verhältnis ..	26
§ 2	Mögliche Gründe für den spärlichen Einsatz von „Mediation“ im Sozialverwaltungs- verfahren .....	27
A.	Begriffliche Ungewissheit schürt Fragen zu Nutzen und Eignung von „Mediation“ im Sozialverwaltungsverfahren .....	28
B.	Rechtliche Ungewissheit schürt Fragen zur rechtlichen Zulässigkeit von „Mediation“ im Sozialverwaltungsverfahren .....	32
I.	Kritische Analyse des Meinungsstands zur Zulässigkeit von „Mediation“ im Verwaltungsverfahren .....	32
1.	Bisher bekannte Zulässigkeits- und Unzulässigkeitsthesen .....	34
2.	Argumentationsmuster .....	37
a)	Argumentation mit dem eingriffsinduzierten Gesetzesvorbehalt	37
b)	Argumentation mit staatsstrukturell induzierten Gesetzesvor- behalten .....	41
c)	Weitere Argumentationsmuster .....	46
3.	Zwischenfazit .....	49
II.	Komplizierung des Meinungsstandes durch die begriffliche Ungewissheit	49
C.	Rechtliche Ungewissheit schürt Fragen zur rechtlichen Gebotenheit von „Mediation“ im Sozialverwaltungsverfahren .....	53
§ 3	Ziele und Gang der Untersuchung .....	56
	<i>Teil 2</i>	
	<b>Der deutsche Begriff „Mediation“ und sein Potential für die Konfliktbehandlung im Sozialverwaltungsverfahren</b>	
	59	
§ 1	Das Begriffswirrwarr um das deutsche Wort „Mediation“ in Literatur, Praxis und Gesetzgebung .....	59
A.	Entstehung eines Begriffswirrwarrs in Literatur und Praxis .....	59

I.	Unstreitiger Kern: Drittmittlung bei interpersonalen Konflikten .....	59
II.	Streitigkeit aller weiteren Begriffsmerkmale .....	61
1.	Streitige Begriffsmerkmale betreffend den Verfahrensrahmen .....	62
a)	„Sackgassen“-Situation als begriffsnotwendiges Kriterium? .....	62
b)	Freiwillige Mitwirkung aller Beteiligten zu jedem Zeitpunkt? .....	62
c)	Umfassende Vertraulichkeit des Verfahrens? .....	63
d)	Möglichkeit einer rechtsverbindlichen Abschlussvereinbarung? .....	64
e)	Jederzeitige Informiertheit der Parteien? .....	65
2.	Streitige Begriffsmerkmale betreffend die Rolle des Dritten .....	66
a)	Neutralität/Allparteilichkeit des Dritten? .....	66
b)	Fehlen der Befugnis des Dritten zur Streitentscheidung? .....	68
c)	Uneingeschränkte Prozessführungsbefugnis des Dritten? .....	69
d)	Rein facilitative oder (auch) evaluative Rolle des Dritten? .....	69
e)	Erlaubtheit eigener Lösungsvorschläge des Dritten? .....	72
f)	Das Harvard-Konzept als begriffsnotwendige Methode des Dritten? .....	74
g)	Begriffsnotwendige innere Zielrichtung des Dritten? .....	77
III.	Vertiefung des Begriffswirrwarrs durch ungünstige Bewältigungsstrategien .....	79
1.	Behauptung einer Vielzahl vermeintlich einzig richtiger Inhalte von „Mediation“ .....	80
2.	Weit gefasste Definitionen von „Mediation“ .....	82
3.	Individuelle Arbeitsdefinitionen von „Mediation“ .....	87
IV.	Zwischenfazit: Der deutsche Begriff „Mediation“ in der Glaubwürdigkeitskrise .....	88
B.	Fortschreibung des Begriffswirrwarrs in der Gesetzgebung .....	90
I.	Begriffliche Indifferenz der EG-Richtlinie 2008/52/EG .....	91
II.	Begriffliche Offenheit des deutschen Mediationsgesetzes .....	101
1.	Möglichkeit der Begriffsverklärung: Die Anwendbarkeit des Mediationsgesetzes auf „Mediation“ im Sozialverwaltungsverfahren .....	102
2.	Kaum begriffliche Festlegungen durch das Mediationsgesetz .....	109
a)	Das gesetzliche Merkmal der Vertraulichkeit .....	109
b)	Das gesetzliche Merkmal der Verfahrensstrukturiertheit .....	113
c)	Das gesetzliche Merkmal der Eigenverantwortlichkeit .....	121
d)	Das gesetzliche Merkmal der Freiwilligkeit .....	126
e)	Die gesetzlichen Merkmale der Unabhängigkeit, Neutralität und der fehlenden Entscheidungsbefugnis des Dritten .....	129
3.	Zwischenfazit: Fortdauer der Glaubwürdigkeitskrise und des rechtstatisch-begrifflichen Klärungsbedarfs .....	130
§ 2	Begriffsschärfung durch eine wortgeschichtlich begründete Definition von „Mediation“ .....	133
A.	Kriterien für eine sinnvolle Definition von „Mediation“ .....	135

I.	Gewährleistung der Abgrenzbarkeit von „Mediation“ .....	135
II.	Gewährleistung einer Begründung für die Inhalte von „Mediation“ .....	136
III.	Gewährleistung der sozio-semantischen Individualität von „Mediation“ .....	136
IV.	Gewährleistung eines maximalen Geltungsbereichs der nachfolgenden rechtsdogmatischen Untersuchung? .....	139
B.	Entwicklung einer wortgeschichtlich begründeten Definition .....	139
I.	Die Geschichte des deutschen Wortes „Mediation“ .....	141
1.	„Mediation“ als Synonym für freihändige Drittmittlungen im staatlich-politischen Bereich (ca. 1640–1900) .....	141
2.	„Mediation“ als Übersetzung des englischen Wortes „mediation“ zur Bezeichnung von Drittmittlungen in privaten Konflikten (seit ca. 1989) .....	150
a)	Hintergrund: Die Entwicklung des amerikanisch-englischen Wortes „mediation“ im 20. Jahrhundert .....	151
aa)	Nichtabgrenzbarkeit trotz Gebrauchssteigerung (ca. 1900–1970) .....	151
bb)	Formung einer innovativen Begriffsinhaltskontur (1970er Jahre) .....	154
cc)	Weitere Formung durch das Harvard-Konzept (seit 1981) ...	158
(1)	Hintergrund und Inhalt des Harvard-Konzepts .....	158
(2)	Verschmelzung von Harvard-Konzept und „mediation“ .....	161
dd)	Rückentwicklung zur Konturlosigkeit: „Riskin’s Grid“ (1996) .....	162
b)	Übersetzungen von „mediation“ ins Deutsche (seit 1989) .....	164
aa)	Übersetzungen von „mediation“ mit innovativer Inhaltskontur .....	165
bb)	Übersetzungen von „mediation“ ohne innovative Inhaltskontur .....	171
II.	Die wortgeschichtlich begründeten Begriffsinhalte von „Mediation“ ...	173
C.	Die Folge: Nachschärfungsbedarf für den deutschen Gesetzgeber .....	177
I.	Nachschärfung des Mediationsgesetzes im Sinne der wortgeschichtlich begründeten Begriffsinhalte von „Mediation“ .....	177
1.	Nachschärfung des gesetzlichen Merkmals der Vertraulichkeit .....	177
2.	Nachschärfung der gesetzlichen Merkmale der Verfahrensstrukturiertheit und Eigenverantwortlichkeit .....	180
3.	Keine Nachschärfung der weiteren gesetzlichen Merkmale .....	183
II.	Inkurs: Nachschärfung von § 1 MediationsG wegen Verstoßes gegen die EG-Richtlinie 2008/52/EG .....	184
§ 3	Das rechtstatsächliche Potential der wortgeschichtlich definierten Mediation für die Konfliktbehandlung zwischen Bürger und Sozialbehörde im Sozialverwaltungsverfahren .....	187
A.	Konfliktmerkmale für ein großes Mediationspotential im Allgemeinen .....	187
B.	Konfliktmerkmale im Sozialverwaltungsverfahren: Mediationspotential? ..	190
I.	Grundsatz: Großes Mediationspotential im Sozialverwaltungsverfahren .....	190
II.	Sozialrechtsspezifische Potentialsteigerungen oder -einschränkungen? ..	196
1.	Steigerung durch sozialrechtsspezifische Dauerbeziehungen .....	196

2.	Steigerung durch sozialrechtsspezifisches Trägernetz .....	198
3.	Einschränkung wegen geringer Handlungsfreiheit von Sozialbehörden? 200	
4.	Einschränkung wegen des Gedankens der Sozialverwaltungseffizienz? 209	
III.	Mögliche Fallauswahlkriterien für die Sozialverwaltungspraxis .....	214
C.	Ergebnis zum rechtstatsächlichen Potential der Mediation für die Konfliktbehandlung zwischen Bürger und Sozialbehörde im Sozialverwaltungsverfahren .....	217

### *Teil 3*

#### **De lege lata:**

#### **Die rechtliche Zulässigkeit von Bürger-Sozialbehörde-Mediation durch einen privaten Dritten im Sozialverwaltungsverfahren – Grenzen des sozialen Verfassungsstaats**

219

§ 1	Einsatzperren kraft der Gesetzesvorbehalte zum Schutz des Bürgers vor staatlichen Belastungen .....	222
A.	Einsatzperre kraft des verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalts für Grundrechtseingriffe .....	222
I.	Grundrechtsverpflichtete in der Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	223
1.	Die zuständige Sozialbehörde als Grundrechtsverpflichtete .....	225
a)	Grundrechtsentpflichtung durch mediative Gleichordnungsebene? 225	
b)	Grundrechtsentpflichtung durch Informalität der Mediation? .. 226	
c)	Grundrechtsentpflichtung durch Freiwilligkeit der Teilnahme des Bürgers? .....	226
2.	Der private Mediator als Grundrechtsverpflichteter .....	229
II.	Grundrechtseingriffe in der Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	231
1.	Der vorbehaltsrelevante Eingriffsbegriff im Allgemeinen .....	231
2.	Grundrechtseingriffe wurzelnd in den verhandelten materiellen Inhalten	234
a)	Die Eingriffsrelevanz sozialrechtlicher Sachverhalte .....	234
b)	Materielle Eingriffsvorwirkungen in der Mediation .....	239
aa)	Eingriffsvorwirkungen zulasten des Antragstellers .....	239
bb)	Keine Eingriffsvorwirkungen zulasten Dritter .....	244
cc)	Eingriffsvorwirkungen durch Grundrechtsverzicht entschärft? 245	
c)	Existenz einer Ermächtigungsgrundlage für die materiellen Eingriffsvorwirkungen in der Mediation .....	249
d)	Inkurs: Existenz einer Ermächtigungsgrundlage für die materiellen Eingriffsvorwirkungen in evaluativen Drittmitteilungen? .. 252	
3.	Grundrechtseingriffe wurzelnd in Verfahrensspezifika der Mediation	254
a)	Eingriffe zur Drängung des Bürgers in den Verfahrenseinstieg? 257	
b)	Eingriffe zur Einschränkung des Rechts auf rechtliche Vertretung	260
aa)	Grundrechtliche Verortung des Rechts auf rechtliche Vertretung	260
(1)	Keine Verortung in Art. 19 Abs. 4 GG .....	260
(2)	Keine Verortung in Art. 103 Abs. 1 GG .....	262

(3) Verortung im Recht auf ein faires Verfahren? .....	263
(a) Herrschende Meinung: Teil des Leistungsrechts auf ein faires Verfahren .....	263
(b) Eigene Kritik und Begründung eines separaten freiheitsrechtlichen Abwehrgehalts .....	267
(4) Verortung in der Berufsfreiheit des Rechtsanwalts .....	273
bb) Verkürzungen des Rechts auf rechtliche Vertretung .....	274
(1) Verkürzungen bei Mediation .....	274
(2) Negierung der Verkürzungen durch Grundrechtsverzicht? .....	279
(3) Inkurs: Verkürzungen bei evaluativen Drittmittlungen? .....	281
cc) Existenz einer Ermächtigungsgrundlage für die mediations-spezifischen Verkürzungen des Rechts auf rechtliche Vertretung .....	282
(1) Sozialrechtliche Ermächtigungsgrundlagen? .....	282
(2) § 2 Abs. 4 MediationsG als Ermächtigungsgrundlage? .....	283
dd) Zwischenergebnis .....	286
c) Eingriffe durch die Verfahrensschritte innerhalb der Mediation .....	287
aa) Grundsatz: Eingriffsentschärfung durch wirksame Einwilligung .....	287
bb) Ausnahme: Die mediative Ermittlung der Konflikt hintergründe .....	289
(1) Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht .....	289
(2) Möglichkeit der Einwilligung in die Sozialdatenerhebung? .....	292
(a) Urteil des Bundessozialgerichts vom 10.12.2008 .....	293
(b) These der übergesetzlichen Einwilligungsmöglichkeit .....	297
(c) Entwicklung und Anwendung einer eigenen Lösung .....	298
d) Eingriff durch sozialbehördliches Hinwirken auf einen Rechts-mittelverzicht des Bürgers (Art. 19 Abs. 4 GG)? .....	306
III. Ergebnis zum verfassungsrechtlichen Gesetzesvorbehalt für Grundrechts-eingriffe .....	307
B. Einsatzsperrre kraft des einfachrechtlichen Gesetzesvorbehalts für Belastungen des Bürgers durch Sozialbehörden (§ 31 SGB I) .....	309
I. Rein deklaratorische Funktion oder spezieller Schutz vor Belastungen? .....	309
II. Insbesondere: Die für § 31 SGB I relevanten Belastungen .....	312
1. Grundsatz: Aktivierung von § 31 SGB I durch Grundrechtseingriffe .....	312
2. Keine Aktivierung von § 31 SGB I bei faktischen Einwirkungen? .....	314
III. Rechtsfolgen der Belastungsschutzdimension von § 31 SGB I für Bürger-Sozialbehörde-Mediation im Sozialverwaltungsverfahren .....	317
§ 2 Einsatzsperrre kraft der Gesetzesvorbehalte zur Wahrung der horizontalen Gewaltenteilung .....	318
A. Einsatzsperrre kraft des demokratisch-rechtsstaatlichen Wesentlichkeitsvor-behalts .....	318
I. Der Maßstab der Grundrechtsrelevanz im Allgemeinen .....	319
II. Grundrechtsrelevanz von Mediation im Sozialverwaltungsverfahren .....	320
1. Grundrechtsrelevanz des Sozialverwaltungsverfahrens .....	320

2. Grundrechtsrelevanz von Mediation als neuem Instrument des Sozialverwaltungsverfahrens .....	323
a) Relevanz der Mediation für die materiellen Grundrechte .....	323
b) Relevanz der Mediation für die verfahrensbezogenen Grundrechte	327
aa) Relevanz der Vertraulichkeit der Mediation für Grundrechte mit Datenbezug .....	327
bb) Relevanz der Höchstpersönlichkeit der Mediation für Grundrechte mit Vertretungsbezug .....	333
III. Existenz hinreichender gesetzlicher Regelungen für Mediation im Sozialverwaltungsverfahren? .....	334
IV. Inkurs: Wesentlichkeitsvorbehalt für evaluative Drittmittlungen .....	338
1. Grundrechtsrelevanz von evaluativen Drittmittlungen im Sozialverwaltungsverfahren .....	338
2. Existenz hinreichender gesetzlicher Regelungen für evaluative Drittmittlungen im Sozialverwaltungsverfahren? .....	341
B. Einsatzsperrre kraft des institutionellen Gesetzesvorbehalts .....	342
I. Übertragung von Hoheitskompetenzen auf den Mediator .....	343
1. Grundlagen der rechtlichen Qualifikation des Mediators .....	343
2. Hoheitskompetenzübertragung infolge der Beauftragung des Mediators	347
a) Allparteilichkeit des Mediators als entäußerte Hoheitskompetenz? .....	347
b) Prozessleitung des Mediators als entäußerte Hoheitskompetenz?	348
aa) Sozialbehördliche Sachentscheidungsbefugnisse entäußert? .....	349
bb) Gesprächsleitung und -strukturierung als entäußerte Hoheitskompetenzen? .....	350
cc) Beteiligtenauswahl als entäußerte Hoheitskompetenz? .....	354
dd) Interessensermitlung als entäußerte Hoheitskompetenz? .....	356
3. Inkurs: Hoheitskompetenzübertragung infolge der Beauftragung von evaluativen Drittmittlern? .....	358
II. Abweichende Beurteilung bei Informalität des Mediationsverfahrens? .....	361
1. Die Rechtsnatur der Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	362
a) Stets Informalität oder Einzelfallabhängigkeit? .....	362
b) Kriterien für die Ermittlung der Rechtsnatur der Mediation .....	366
2. Informalität – mehr Befugnisse des Mediators zulässig? .....	368
3. Inkurs: Informalität – mehr Befugnisse evaluativer Drittmittler zulässig? .....	369
III. Ergebnis zum institutionellen Gesetzesvorbehalt .....	370
C. Einsatzsperrre kraft eines Gesetzesvorbehalts zur Sicherung des Kontrollauftrags der Sozialgerichtsbarkeit? .....	372
D. Einsatzsperrre kraft des einfachrechtlichen Gesetzesvorbehalts für Rechtskreiserweiterungen durch Sozialbehörden (§ 31 SGB I) .....	375
I. § 31 SGB I: Rechtskreiserweiterungs- oder Totalvorbehalt? .....	376
II. Die für § 31 SGB I relevanten Rechtskreiserweiterungen .....	380
1. Aktivierung von § 31 SGB I durch förmliche Rechtskreiserweiterungen	380

2. Aktivierung von § 31 SGB I durch faktische Rechtskreiserweiterungen	381
III. Rechtskreiserweiterungen in der Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	383
1. Förmliche Rechtskreiserweiterungen in jeder Mediation? .....	383
2. Faktische Rechtskreiserweiterungen im Prozess einer jeden Mediation	384
a) Aufklärung der Interessen des Bürgers als Coachingleistung ...	384
b) Steigerung der allgemeinen Konfliktlösungskompetenz des Bürgers .....	388
IV. Existenz einer Rechtsgrundlage für die faktischen Rechtskreiserweiterungen im Prozess der Mediation? .....	390
V. Inkurs: Rechtskreiserweiterungsvorbehalt für evaluative Drittmittlungen	394
1. Faktische Rechtskreiserweiterungen im Prozess evaluativer Drittmittlungen .....	394
2. Existenz einer Rechtsgrundlage für die faktischen Rechtskreiserweiterungen im Prozess evaluativer Drittmittlungen? .....	396
§ 3 Zusammenfassende Betrachtung von Teil 3 .....	397
A. Unzulässigkeit von Mediation im Sozialverwaltungsverfahren aufgrund noch nicht wahrgenommener Gesetzesvorbehalte .....	397
B. Unzulässigkeit von evaluativen Drittmittlungen im Sozialverwaltungsverfahren aufgrund noch nicht wahrgenommener Gesetzesvorbehalte .....	399
C. Inkurs: Zulässigkeit des Einsatzes von einzelnen mediativen Bausteinen im Sozialverwaltungsverfahren? .....	400
I. Mediative Interessensermittlung durch die Sozialbehörde ohne Mediator	400
II. Erhöhte Mündlichkeit: Das sog. Pirmasenser Modell .....	403
<i>Teil 4</i>	
<b>De lege ferenda:</b>	
<b>Die gesetzliche Bereitstellung von Bürger-Sozialbehörde-Mediation durch einen privaten Dritten im Sozialverwaltungsverfahren – Prämisse des sozialen Verfassungsstaats</b>	405
§ 1 Verfassungsrechtlicher Regelungsauftrag oder fakultative Regelungsberechtigung für Bürger-Sozialbehörde-Mediation? .....	406
A. Abwesenheit eines expliziten verfassungsrechtlichen Regelungsauftrags für Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	408
B. Regelungsauftrag für Bürger-Sozialbehörde-Mediation kraft allgemeiner Verfassungsprinzipien und -grundsätze? .....	411
I. Regelungsauftrag kraft des Demokratieprinzips? .....	411
II. Regelungsauftrag kraft des Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausprägung als Recht auf ein faires Sozialverwaltungsverfahren? .....	416
III. Regelungsauftrag kraft des Grundsatzes der Sozialverwaltungseffizienz? .....	422
IV. Regelungsauftrag kraft des Grundsatzes der Folgerichtigkeit? .....	426
C. Regelungsauftrag für Bürger-Sozialbehörde-Mediation kraft bekannter sozialrechtsspezifischer Verfassungsprinzipien und -grundsätze? .....	427

I.	Regelungsauftrag kraft des Sozialstaatsprinzips? .....	428
II.	Regelungsauftrag kraft des Sozialstaatsprinzips i.V.m. den Grundrechten? .....	430
1.	Bekannte Maßstäbe sozialstaatlich-grundrechtlicher Regelungsaufträge .....	430
2.	Anwendung der bekannten Maßstäbe sozialstaatlich-grundrechtlicher Regelungsaufträge auf Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	433
D.	Regelungsauftrag für Bürger-Sozialbehörde-Mediation kraft eines sozialverfassungsrechtlichen Kooperationsgebots .....	434
I.	Herleitung des sozialverfassungsrechtlichen Kooperationsgebots .....	434
1.	Fortentwicklung der Vorgaben des Sozialstaatsprinzips für das Sozialverwaltungsverfahren .....	435
a)	Sozialstaatliche Kooperationspflichten der Sozialbehörden .....	435
b)	Sozialstaatliche Kooperationspflichten des Sozialgesetzgebers .....	441
2.	Fortentwicklung der Vorgaben der Grundrechte für das Sozialverwaltungsverfahren .....	442
3.	Das sozialverfassungsrechtliche Kooperationsgebot als Resultat der Verzahnung aller fortentwickelten Vorgaben .....	447
II.	Regelungsauftrag für Bürger-Sozialbehörde-Mediation aufgrund eines Kooperationsdefizits im Sozialverwaltungsverfahren .....	450
1.	Bestandsaufnahme: Kooperation im Sozialverwaltungsverfahren .....	450
a)	Sozialberatung und Aufklärung mit rechtsbasierter Wahrnehmung des Bürgers (§§ 13 ff. SGB I) .....	451
b)	Pflichtenstatuierung mit punktuell interessensbasierter Wahrnehmung des Bürgers (§ 65 Abs. 1 SGB I) .....	453
c)	Individualisierte Ausgestaltung von Rechten und Pflichten mit rechtsbasierter Wahrnehmung des Bürgers (§ 33 SGB I) .....	453
d)	Möglichkeiten zur Herstellung einvernehmlicher Konfliktlösungen mit rechtsbasierter Wahrnehmung des Bürgers .....	459
e)	Zwischenfazit: Bedeutende kooperative Elemente schon installiert .....	461
2.	Bewertung: Abwesenheit interessensbasierter Instrumente – Kooperationsdefizit im Sozialverwaltungsverfahren? .....	463
a)	Neue Thesen im Schrifttum: Verfassungsrechtliche Verpflichtung des Staates zu Mediation und Interessensermittlung .....	464
b)	Eigener Ansatz: Konkretisierung der Untergrenzen des sozialverfassungsrechtlichen Kooperationsgebots .....	466
aa)	Begründung für das Fehlen weitläufiger Mediations- und Interessensermittlungspflichten des Staates .....	466
bb)	Begründung einer punktuellen sozialverfassungsrechtlichen Pflicht zum sozialbehördlichen Mediationsangebot .....	474
3.	Ergebnis: Kooperationsdefizit führt zu Regelungsauftrag für Bürger-Sozialbehörde-Mediation im Sozialverwaltungsverfahren .....	477
§ 2	Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Verwirklichung des Regelungsauftrags für Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	478
A.	Formell: Die Gesetzgebungskompetenz für Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	478

I.	Ausgangspunkt: Allkompetenz der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG) .....	478
II.	Bundeskompetenztitel für Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	479
1.	Bundeskompetenz für Bürger-Sozialbehörde-Mediation kraft der Titel für Sozialleistungen (Art. 73 f. GG)? .....	479
a)	Bürger-Sozialbehörde-Mediation als Bundessozialleistung? .....	480
b)	Inkurs: Bedürfnisermittlung ohne Mediator als Bundessozialleistung .....	482
2.	Bundeskompetenz für Bürger-Sozialbehörde-Mediation kraft der Titel für das Sozialverwaltungsverfahren .....	484
a)	Bundestitel für das erstinstanzliche Sozialverwaltungsverfahren .....	484
aa)	Bundestitel kraft einer Annexkompetenz zu Art. 73 f. GG? .....	484
bb)	Bundestitel kraft Art. 83 ff. GG .....	489
(1)	Bundestitel für das erstinstanzliche sozialverwaltungsverfahren bei landeseigenem Sozialleistungsvollzug .....	490
(2)	Bundestitel für das erstinstanzliche sozialverwaltungsverfahren bei Sozialleistungsvollzug in Bundesauftrags- und Bundeseigenverwaltung .....	492
b)	Bundestitel für das sozialbehördliche Widerspruchsverfahren .....	493
aa)	Bundestitel kraft Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG oder Art. 83 ff. GG? .....	494
bb)	Umfang des Bundestitels für das sozialbehördliche Widerspruchsverfahren im Einzelnen .....	499
3.	Zwischenfazit zu den Gestaltungsmöglichkeiten des Bundes betreffend Bürger-Sozialbehörde-Mediation im Sozialverwaltungsverfahren .....	500
III.	Verbleibende Länderkompetenzen für Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	501
1.	Genuin verbleibende Länderkompetenzen kraft Art. 70 Abs. 1 GG .....	501
2.	Abweichungskompetenz der Länder kraft Art. 125b Abs. 2 GG .....	504
a)	Was bedeutet „auf Grund des Artikels 84 Abs. 1 GG“? .....	505
b)	Konkretes Ausmaß der Abweichungskompetenz der Länder .....	507
aa)	Abweichungskompetenz der Länder betreffend das erstinstanzliche Sozialverwaltungsverfahren .....	507
bb)	Abweichungsmöglichkeit der Länder betreffend das sozialbehördliche Widerspruchsverfahren .....	508
c)	Illustration der Abweichungskompetenz: Bürger-Sozialbehörde-Mediation in Sozialverwaltungsverfahren von BKK/AOK .....	509
IV.	Regelungsberechtigung gleich Verpflichtetenstellung .....	511
V.	Ergebnis zur Gesetzgebungskompetenz für Bürger-Sozialbehörde-Mediation im Sozialverwaltungsverfahren .....	511
B.	Materiell: Die verfassungsrechtlich notwendigen Regelungsinhalte und ihre zweckmäßige Verwirklichung .....	513
I.	Zweckmäßige Verwirklichung der Anforderungen des Eingriffs- vorbehalts .....	513
1.	Rechtsgrundlagen zur Begrenzung der Tätigkeit rechtlicher Vertreter .....	513
2.	Rechtsgrundlagen zur Erhebung der Interessen des Bürgers .....	516

II. Zweckmäßige Verwirklichung der Anforderungen des Wesentlichkeitsvorbehalts .....	518
III. Zweckmäßige Verwirklichung der Anforderungen der rechtskreiserweiternden Dimension von § 31 SGB I .....	522
§ 3 Formulierungsempfehlungen für die konkrete Umsetzung des Regelungsauftrags betreffend Bürger-Sozialbehörde-Mediation .....	523
A. Formulierungsempfehlungen für die Ermöglichung von Bürger-Sozialbehörde-Mediation im Sozialverwaltungsverfahren durch den Bund .....	523
B. Formulierungsempfehlungen für die Ermöglichung von Bürger-Sozialbehörde-Mediation im Sozialverwaltungsverfahren durch die Länder .....	526
<i>Teil 5</i>	
<b>Zusammenfassender Ausblick</b> .....	527
§ 1 Der deutsche Begriff „Mediation“: Wege aus der Glaubwürdigkeitskrise zwecks Erschließung seines großen rechtstatsächlichen Potentials für das Sozialverwaltungsverfahren .....	527
§ 2 Mediation im Sozialverwaltungsverfahren – kraft der Grenzen des sozialen Verfassungsstaats nur mit weiteren gesetzlichen Regeln .....	531
§ 3 Pflicht von Bund und Ländern zur Bereitstellung von Mediation im Sozialverwaltungsverfahren kraft eines sozialverfassungsrechtlichen Kooperationsgebots .....	536
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	540
<b>Personen- und Stichwortverzeichnis</b> .....	581

## Teil I

# Einleitung

Der deutsche Begriff „Mediation“ hat seine Bekanntheit spätestens<sup>1</sup> mit dem Inkrafttreten des Bundesmediationsgesetzes<sup>2</sup> am 26. 7. 2012 auf eine deutschlandweite Öffentlichkeit ausgedehnt. In den Köpfen der meisten Bürger hat sich das Wort „Mediation“ damit endlich von seinem vermeintlichen Zwilling („Meditation“<sup>3</sup>) vollständig abgegrenzt und sich in Deutschland zumindest begrifflich als eine Form der Streitbeilegung unter Hinzuziehung eines Dritten etabliert<sup>4</sup>. Jedenfalls in dieser Hinsicht hat sich das Ziel<sup>5</sup> des Gesetzgebers, alternative Streitbeilegungsformen – wie insbesondere „Mediation“ – zu fördern, erfüllt.

Zur gleichen Zeit sehen sich Teile der deutschen Sozialverwaltung nach wie vor mit einer beispiellosen Widerspruchs- und Klageflut konfrontiert<sup>6</sup>. Dies zeigt sich besonders bei Streitigkeiten betreffend das Arbeitslosengeld II (vgl. § 1 ff. SGB

---

<sup>1</sup> Vgl. zuvor bereits die bundesweiten Schlagzeilen in der Tagespresse des Jahres 2010 zur Selbstbezeichnung des damaligen Bundespräsidenten Christian Wulff als „Mediator“ zwischen der Deutschen Bundesbank und dem damaligen Vorstandsmitglied Thilo Sarrazin (vgl. nur F. A. Z. v. 16. 9. 2010, Nr. 215, S. 3, vgl. dazu unten Teil 2. Fn. 45, 57, 60, 79, 89, 131, 188 sowie kritisch Fn. 479 a. E.) sowie zur Schaffung eines „Kreditmediators“ durch das Bundeswirtschaftsministerium (vgl. F. A. Z. v. 30. 6. 2010, Nr. 148, S. 11, s. auch unten Teil 2. Fn. 45, 60, 89, 104, 188) und zur teilweise als „Mediation“ bezeichneten Vermittlung von Heiner Geißler im Bauprojekt „Stuttgart 21“ (vgl. nur den Artikel „Führende MediatorInnen: Geißler soll sich erklären“ im Online-Angebot der F. A. Z. v. 4. 11. 2010, abrufbar unter <http://www.faz.net> [Stand: 30. 9. 2016]; kritisch hierzu etwa auch *A. Niewisch-Lennartz*, in: *Trenck/Berning/Lenz, Mediation und Konfliktmanagement*, Kap. 5.18 Rn. 1).

<sup>2</sup> Mediationsgesetz des Bundes v. 21. 7. 2012, BGBl. I, S. 1577.

<sup>3</sup> Zu dieser begrifflichen Verwechslung, die selbst in deutschen Fachkreisen lange anzurennen war, statt vieler nur *S. Kessen*, in: *Vögele, Chancen der Mediation für Schiedsstellenverfahren im Sozialbereich*, S. 59 (71); *J. Meins*, NJW 1998, S. 125 (126); auf die begriffliche Nähe von „Mediation“ und „Meditation“ aufbauend indes *J. Duss-von Werdt*, *Einführung in Mediation*, S. 13.

<sup>4</sup> Vgl. *M. Engel/L. Hornuf*, SchiedsVZ 2012, S. 26 (29); vgl. schon *A. Guckelberger*, in: *Seok/Ziekow, Mediation im öffentlichen Sektor*, S. 235 (268), zur Steigerung von Bekanntheitsgrad und Legitimität von „Mediation“ durch ihre gesetzliche Regelung.

<sup>5</sup> Vgl. nur den Titel des Gesetzes, deren Bestandteil das Bundesmediationsgesetz ist („Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“, s. etwa BT-Drucks. 17/8058, S. 1); s. zu dieser Zielsetzung ferner nur *J. Klowait/U. Gläßer*, in: *Klowait/Gläßer, Mediationsgesetz, Handkommentar, Einführung* Rn. 22 (S. 43); kritisch zu den dahinter wiederum stehenden Zielen *J. Risse*, SchiedsVZ 2012, S. 244 (245).

<sup>6</sup> Vgl. nur *F. Wittreck*, VVDStRL 74 (2015), S. 115 (126, dort Fn. 44), zum Anstieg der Stellenzahl für Richter in der Sozialgerichtsbarkeit um 33 Prozent allein in den Jahren 2000

II)<sup>7</sup>. Berichtet wird überdies von einem Anstieg von Gewalt<sup>8</sup> gegenüber Behördenmitarbeitern im Verlauf des (Sozial-)Verwaltungsverfahrens. Diese Gewalt ist in zunehmenden Einzelfällen von einer Intensität geprägt gewesen, die die Grenzen des maximal Denkbaren erreicht und allseitiges Bestürzen hervorgerufen hat<sup>9</sup>. Der Gedanke, alternative Formen der Streitbeilegung, wie insbesondere als „Mediation“ bezeichnete Prozesse, schon im Verwaltungsverfahren einzusetzen, scheint also für das Sozialrecht in ganz besonderem Maße relevant zu sein.

Doch überraschenderweise zeigt sich keine entsprechende Resonanz, weder bei Sozialbehörden noch in der Jurisprudenz im Allgemeinen: Zum einen sind die sozialbehördlichen Erfahrungswerte<sup>10</sup> hinsichtlich von Verfahren, die als „Mediation“ bezeichnet und schon im Sozialverwaltungsverfahren eingesetzt wurden, spärlich und – trotz herausragend positiver Evaluation – häufig auf Versuchsniveau stehen geblieben. Zum anderen hat sich die rechtswissenschaftliche Debatte zur rechtstatsächlichen und rechtlichen Durchführbarkeit von „Mediation“ im Öffentlichen Recht auf andere Einsatzfelder konzentriert: So stand – auch hinsichtlich des Sozialrechts – lange Zeit die (sozial-)gerichtsnahe „Mediation“<sup>11</sup> im Fokus. Mit Blick auf den frühzeitigen Einsatz von „Mediation“ bereits im Verwaltungsverfahren bezog man sich zudem meist auf Streitigkeiten mit einer Vielzahl von Betroffenen, insbesondere auf solche, die materiell-rechtlich im Bauplanungs- und Umweltrecht<sup>12</sup> zu verorten waren<sup>13</sup>.

---

bis 2008; zum rasanten Anstieg der absoluten Neuzugangszahlen und ihrer leichten Rückläufigkeit in der jüngeren Vergangenheit s. jüngst *M. Banafsche*, DÖV 2016, S. 200 (211).

<sup>7</sup> Vgl. SG Berlin Pressemitteilung v. 18.6.2010, abrufbar unter <http://www.berlin.de> (Stand: 30.9.2016); s. auch F. A. Z. v. 12.1.2012, Nr. 10, S. 13.

<sup>8</sup> Laut einer Umfrage der Deutschen Unfallversicherung fühlen sich rund 70 Prozent der befragten Mitarbeiter öffentlicher Verwaltungseinrichtungen gelegentlich oder oft unsicher oder bedroht, s. den Artikel der Kölnischen Rundschau „Spannungsfeld Jobcenter“ v. 26.9.2012 (ohne Autorenangabe) unter <http://www.rundschau-online.de> (Stand: 30.9.2016); vgl. zum Anstieg verbaler und körperlicher Gewalt in verschiedenen Bereichen öffentlicher Verwaltung ausweislich der Statistiken der Unfallversicherungsträger auch *Unfallkasse NRW*, Gewaltprävention – ein Thema für öffentliche Verwaltungen?!, 2009, S. 6.

<sup>9</sup> Vgl. den Artikel „Gewalt gegen Jobcenter-Mitarbeiter“ im Online-Angebot der Rheinischen Post (ohne Autorenangabe) unter <http://www.rp-online.de> (Stand: 30.9.2016), der eine Chronik von 16 Einzelfällen massivster Gewalttaten von Bürgern gegen Jobcenter-Mitarbeiter enthält; bundesweite Aufmerksamkeit erregte insbesondere der tödliche Messerangriff eines (im späteren Strafprozess für voll schuldfähig befundenen) Mannes, der ein Formularblatt zur sozialbehördlichen Datenerhebung missverstanden hatte, auf eine Mitarbeiterin des Jobcenters in Neuss (NRW), s. hierzu etwa F. A. S. v. 17.3.2013, Nr. 11, S. 49.

<sup>10</sup> Dazu eingehend sogleich unten Teil 1. § 1.

<sup>11</sup> Für Nachweise sogleich unten Teil 1. § 1. D.

<sup>12</sup> Vgl. statt vieler nur die Bestandsaufnahme bei *E. Schmidt-Aßmann*, in: Schmidt-Aßmann, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, S. 222 (245): „In verwaltungsrechtlichen Zusammenhängen ist das Umweltrecht das wichtigste Anwendungsfeld für Mediationsverfahren“.

Die Anwendung von „Mediation“ bereits im Sozialverwaltungsverfahren, wo demgegenüber lediglich Sozialbehörde und Bürger am Konflikt beteiligt sind, ist dagegen nur vereinzelt – und dann meist nur rudimentär und rechtstatsächlich orientiert<sup>14</sup> – betrachtet worden. Die eingehende Analyse und Applikation der Besonderheiten, die für das Sozialrecht auf der Ebene des Verfassungsrechts (vgl. Art. 20 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) und des einfachen (Verfahrens-)Rechts (vgl. nur §§ 13 ff., 31, 33 SGB I) gelten, liegen dagegen – soweit ersichtlich<sup>15</sup> – als bislang unerfüllte Aufgaben der Rechtswissenschaften brach.

Als Resultat laufen zwei für eine Symbiose prädestiniert erscheinende Entwicklungen – Steigerung der begrifflichen Relevanz von „Mediation“ und ansteigende Konfliktanfälligkeit des Sozialverwaltungsverfahrens – auf getrennten Bahnen aneinander vorbei. Nicht zuletzt die rudimentäre Aufmerksamkeit der Rechtswissenschaften für dieses Einsatzfeld von „Mediation“ lässt vermuten, dass besagte Trennung auf einen besonderen rechtstatsächlichen und rechtlichen Klärungsbedarf zurückzuführen ist, der auf Seiten von Sozialbehörden, Sozialleistungen beantragenden Bürgern, professionellen „Mediatoren“ sowie auf Seiten des Sozialgesetzgebers besteht.

Diese Untersuchung ist der Ermittlung (s. dazu sogleich Teil 1. §§ 1–3) und ergebnisoffenen Aufklärung (s. dazu Teile 2–4) dieses rechtstatsächlichen und rechtlichen Klärungsbedarfs rund um Prozesse, die als „Mediation“ bezeichnet und schon im Sozialverwaltungsverfahren eingesetzt werden, gewidmet. Dabei soll sich zeigen, ob „Mediation“ und das Sozialverwaltungsverfahren auf dieselbe Bahn gesetzt werden können, sollten oder gar müssen – oder ob „Mediation“ vom Sozialverwaltungsverfahren fernzuhalten ist, weil ihr rechtstatsächliche Gründe oder rechtliche Prämissen des sozialen Verfassungsstaats entgegenstehen.

---

<sup>13</sup> Für weitere Nachweise die Ausführungen zur Grundrechtsbetroffenheit Dritter in der Analyse des Meinungsstands zur rechtlichen Zulässigkeit von „Mediation“ im Verwaltungsverfahren unten unter Teil 1. § 2. B. I. 2. a).

<sup>14</sup> Vgl. *H. Kilger*, in: Haft/v. Schlieffen, Handbuch Mediation, § 41; *H. Kilger*, in: Plagemann, Anwalts Handbuch Sozialrecht, 3. Auflage 2009, § 2; *J. H. Oehlmann*, SGb 2005, S. 574 ff.; *H. Plagemann*, NZS 2006, S. 169 (172); *E. Schmidt-Aßmann*, in: Schmidt-Aßmann, Aufgaben und Perspektiven verwaltungsrechtlicher Forschung, S. 222 (247); *I. Schümann*, SGb 2005, S. 27 ff.; auch Beiträge der jüngeren Vergangenheit sind überwiegend rechtstatsächlich geprägt, vgl. den Tagungsbericht von *A. Lübbe/C. Karstens*, NZS 2012, S. 656 ff.; vgl. ferner jüngst *N. Friedrich*, in: Trenczek/Berning/Lenz, Mediation und Konfliktmanagement, Kap. 5.17, S. 591–593; *A. Niedostadek*, ZESAR 2012, S. 319 (321); *O. Ziegler*, in: Plagemann, Anwalts Handbuch Sozialrecht, 4. Auflage 2013, § 44; vgl. (ganz überwiegend) zu bipolaren konsensualen Handlungsformen auch den Tagungsband *M. Schuler-Harms* (Hrsg.), Konsensuale Handlungsformen im Sozialleistungsrecht, Berlin 2012.

<sup>15</sup> Vgl. allenfalls die Ansätze bei *I. Schümann*, SGb 2005, S. 27 ff.; *O. Ziegler*, in: Plagemann, Anwalts Handbuch Sozialrecht, 4. Auflage 2013, § 44; ohne spezifischen Bezug zum Sozialrecht verbleiben auch die knapp gehaltenen rechtsdogmatischen Ausführungen bei *S. Weigel*, Konfliktmanagement in der öffentlichen Verwaltung, S. 402–432.