

Damit verbunden ist die Gefahr einer konfliktbeendenden Entscheidung zu Lasten einer Konfliktpartei. Die Schaffung der Möglichkeit, in jedem Rechtsstreit zu einer Entscheidung und damit zu einer Konfliktbeendigung zu gelangen, erzeugt durch die »Alles-oder-Nichts-Struktur« dieser Entscheidung häufig einen Verlierer.<sup>176</sup> Spieltheoretisch betrachtet sind gerichtliche Verfahren Nullsummenspiele. In dem Maße, in dem der Kläger obsiegt, verliert die Gegenpartei. Jede Veränderung des status quo, die positiv für eine Konfliktpartei ist, bedeutet zugleich eine negative Verschiebung zu Lasten der anderen. Das Ergebnis ist immer null, weil es immer nur um die Frage geht, wie ein vorhandener und begrenzter ‚Kuchen‘ verteilt wird.<sup>177</sup> Kreative Lösungen jenseits der »reinen Rechtslage«, die beiden Konfliktparteien gerecht wird, können in einem Urteil nicht (und in einem gerichtlichen Vergleich nur schwer) gefunden werden.<sup>178</sup>

Diese Konsequenzen der Verrechtlichung von Konflikten betreffen auch Konflikte, die von vornherein stark normbezogen sind.<sup>179</sup> Dies gilt nicht nur, wenn die anfängliche Definition des Konflikts als Rechtsproblem den Konflikt nicht adäquat erfasst. Auch Konflikte mit rechtlicher Vorprägung können nicht-rechtliche Aspekte wie zum Beispiel Beziehungsaspekte haben, die in der rechtlichen Problemdefinition unberücksichtigt bleiben. Je nachdem, welche Bedeutung diese nicht-rechtlichen Aspekte haben oder im Laufe einer Konfliktgeschichte erhalten, gibt eine rechtliche Definition des Konflikts diese nicht mehr angemessen wieder. In der Konsequenz führt das dazu, dass das sich eines rechtlichen Bewertungsmaßstabs bedienende juristische Regulierungsverfahren zwar eine Lösung des Metakonflikts, nicht aber des Ausgangskonflikts herbeiführen kann.

#### *IV. Alternative Konfliktbehandlung durch Mediation*

Die Nachteile einer rechtlichen Behandlung von Konflikten sind der Ausgangspunkt für die Diskussion über »Alternativen im Recht« und »Alternativen in der

176 Vgl. *Haft*, in: *ders./von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 2, Rdnr. 29 und *Gottwald*, *Streitbeilegung ohne Urteil*, S. 18 ff. Dass ein gerichtlich entschiedener Rechtsstreit nicht zwangsläufig einen Verlierer hervorbringt, ergibt sich beispielsweise aus der Tatsache, dass Klagen auch zum als Teil begründet angesehen werden können und daher nur zum anderen Teil abgewiesen werden (vgl. *Raiser*, *Grundlagen der Rechtssoziologie*, S. 299 f., Fn. 87).

177 Vgl. *Röhl*, *Rechtssoziologie*, S. 456.

178 Vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, S. 71 und *Haft*, in: *ders./von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 2, Rdnr. 29.

179 A. A. *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz*, S. 289, 294.

Justiz«.<sup>180</sup> Sie wird von der Annahme getragen, dass Verrechtlichung nicht das einzige Medium der Konfliktregelung und das gerichtliche Verfahren nur ein Konfliktregulierungsverfahren neben anderen ist, mit denen die Beendigung eines Konflikts herbeigeführt werden kann.

Es lassen sich drei Grundtypen von Verfahrensformen zur Konfliktbehandlung unter Einbeziehung eines Dritten unterscheiden.<sup>181</sup> Neben dem Gerichtsverfahren und der Mediation als die jeweiligen Endpunkte der Konfliktbehandlungsverfahren gibt es das Schlichtungs- und das Schiedsverfahren. Diese Verfahrensformen unterscheiden sich nicht nur im Einfluss, der der eingeschalteten dritten Person auf das Ergebnis zukommt, sondern auch im Hinblick auf die Formalisierung des Verfahrens und der Bedeutung des Rechts als Konfliktaustragungsmaßstab.<sup>182</sup>

Um die Rolle des Dritten zu beschreiben, kann also danach unterschieden werden, ob er vermittelnd, schlichtend oder richtend tätig wird.<sup>183</sup> In der Mediation fungiert der Mediator als Vermittler. Bei der Vermittlung katalysiert, lenkt und fördert der Dritte die Verhandlungen zwischen den Konfliktparteien.<sup>184</sup> Der Vermittler trifft im Gegensatz zum Richter selbst keine Entscheidung in der Sache. Die Mediation ist daher ein Verfahren, in dem die am Konflikt beteiligten Personen selbst und einvernehmlich eine Lösung erarbeiten.<sup>185</sup> Dabei spielt das Recht als Maßstab für die Einigung nur eine untergeordnete Rolle.

In der Schlichtung ist es ähnlich wie in der Mediation die Aufgabe des Schlichters, zwischen den Konfliktparteien einen Konsens herzustellen. Er

180 Vgl. hierzu *Röhl*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 15, 15 ff. und *Stempel*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 4, Rdnr. 39 ff.

181 Die konsensorientierte Konfliktaustragung des direkten Verhandels, in der die Konfliktparteien ohne Beteiligung eines Dritten ihren Konflikt zu lösen versuchen, bleibt hierbei unbeachtet (vgl. hierzu *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 289, 291 und *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 473 f.).

182 Vgl. *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 289, 290; s. a. *Koch*, in: *Bierbrauer/Falke/Giese/ders. u. a.* (Hrsg.), Zugang zum Recht, S. 85, 89.

183 Vgl. *Eckhoff*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 243, 254 ff. und *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 512 ff.; s. a. *Maiwald*, ZRS 2004, S. 175, 182 ff.

184 Vgl. *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 289, 291; *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 287; *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 475 und *Eckhoff*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 243, 254 ff.

185 Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitbeilegung in Zivilsachen (BaySchlG vom 25. April 2000, GVBl. S. 268). Vgl. a. *Eckhoff*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 243, 254 f. S. ausf. u. B. IV. 2.

nimmt aber, im Unterschied zum Mediator, stärker inhaltlich Einfluss, indem er Lösungsvorschläge unterbreitet, wie dies beispielsweise das Bayerische Schlichtungsgesetz in Art. 10 Abs. 1 Satz 4 vorsieht.<sup>186</sup> Diese müssen jedoch von den Konfliktparteien nicht angenommen werden. Der Schlichter wird in der Regel aufgrund seiner Fachkunde ausgewählt. Das Schlichtungsverfahren bietet daher den Konfliktparteien die Chance, mit Hilfe von Fachleuten »auf der Grundlage von deren neutraler und unabhängiger Einschätzung des Sachverhalts und der Rechtslage«<sup>187</sup> zu einer Einigung zu gelangen. Bei der Schlichtung haben Normen und Verfahrensregeln entsprechend mehr Bedeutung als bei der Vermittlung.

Zum Teil werden unter dem Begriff der Schlichtung auch Verfahren verstanden, in denen sich die Konfliktparteien der Entscheidung des Schlichters freiwillig unterwerfen, weshalb auch das Schiedsverfahren unter die Schlichtung fallen kann.<sup>188</sup> Das Schiedsgerichtsverfahren ist ein privates Gerichtsverfahren, das allein durch Abrede der jeweiligen Konfliktparteien und ohne staatliche Einwirkung zusammentritt. Mit der Wahl des Verfahrens unterwerfen sich die Konfliktparteien dem Schiedsspruch. D. h. das Schiedsgerichtsverfahren tritt durch die Unterwerfung der Parteien an die Stelle eines Gerichtsprozesses. Die Regelung des Verfahrens obliegt der Vereinbarung der Konfliktparteien. Treffen sie keine Vereinbarungen, gelten die Vorschriften des zehnten Buches der ZPO.<sup>189</sup>

186 Vgl. auch *Rüssel*, JuS 2003, S. 380, 382 f. und *Duve/Ponschab*, Konsens 1999, S. 263, 265.

187 *Duve/Ponschab*, Konsens 1999, S. 263, 265.

188 Vgl. *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Alternativen in der Ziviljustiz, S. 289, 292; *Haft*, Verhandlung und Mediation, S. 245 und *Koch*, in: *Bierbrauer/Falke/Giese/ders. u. a.* (Hrsg.), Zugang zum Recht, S. 85, 93 f.; s. a. *Raiser*, Grundlagen der Rechtssoziologie, S. 289 ff.; *Röhl*, Rechtssoziologie, S. 478 ff.

189 Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 173, Rdnr. 1 ff. und *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, Kap. 1, Rdnr. 1 f. Über die Grundformen hinaus gibt es noch weitere Verfahrensarten, die Variationen oder Mischformen der drei Grundtypen darstellen. Sie haben in Deutschland bislang wenig Beachtung gefunden. In der Final Offer Arbitration – eine Modifikation des Schiedsgerichtsverfahrens – gibt beispielsweise jede Konfliktpartei ein unwiderrufliches Angebot zur Konfliktlösung ab, zwischen denen der Schiedsrichter das adäquateste Angebot auswählt. Eine andere Variation des Schiedsgerichtsverfahrens ist die High-Low Arbitration, in der die Konfliktparteien einen Entscheidungskorridor bestimmen, innerhalb dessen der Schiedsrichter seinen Schiedsspruch fällt. Eine Hybridform zwischen dem Mediations- und dem Schiedsverfahren ist die so genannte Med-Arb als Abkürzung für Mediation-Arbitration. Bei dieser Verfahrensform wird zunächst ein Mediationsverfahren durchgeführt. Können sich die Konfliktparteien nicht oder nur teilweise einigen, trifft der Dritte eine bindende Entscheidung (vgl. hierzu *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 9 f.; *Risse/Wagner*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 38, Rdnr. 98 ff.; *Risse*, ZKM 2004, S. 244, 245 f. und *Heussen*, in: *Haft/von*

Schiedsgerichte gibt es auch im Bereich des öffentlichen Rechts. Der Begriff des Schiedsgerichts steht im öffentlichen Recht für eine Reihe unterschiedlicher Institutionen, die der Beilegung von Streitigkeiten außerhalb der herkömmlichen staatlichen Gerichtsbarkeit dienen.<sup>190</sup> Während im Zivilrecht Schiedsgerichte durch Parteivereinbarung errichtet werden, kann das Schiedswesen im öffentlichen Recht auch auf Rechtsvorschriften beruhen, weshalb in diesen Fällen auch von so genannten unechten Schiedsgerichten gesprochen wird.<sup>191</sup> Neben der Art der Errichtung sind grundsätzlich das Verfahren und die Besetzung durch den Normgeber geregelt.<sup>192</sup>

In einigen wenigen verwaltungsrechtlichen Spezialdisziplinen ist die Durchführung eines Schiedsverfahrens gesetzlich ausdrücklich vorgesehen wie beispielsweise im Lebensmittelrecht.<sup>193</sup> Daneben können die Länder den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit gemäß § 187 Abs. 1 VwGO Vermögensauseinandersetzungen bei öffentlich-rechtlichen Verbänden als Schiedsgerichten übertragen.<sup>194</sup> Im Sozialrecht gibt es zum Beispiel das vertrags(zahn)ärztliche Schiedsamt nach § 89 SGB V, das bei Nichteinigung der Vertragsparteien für alle Verträge im Kassenarztrecht zuständig ist.<sup>195</sup> Diese Schiedsämtler sind als »Vertragshilfeorgane« tätig.<sup>196</sup> Ihre Installation ist insoweit »die konsequente Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, dass die Sicherstellung der Versorgung eine Aufgabe der gemeinsamen Selbstverwaltung ist.«<sup>197</sup> Daneben gibt es noch weitere Einrichtungen im Sozialrecht, die Konflikte zwischen öffentlich-rechtlichen Körperschaften und privaten Rechtsträgern regeln.<sup>198</sup>

*Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 10, Rdnr. 8). Zum ADR-Instrument Schiedsgutachten s. *Stubbe*, SchiedsVZ 2006, S. 150.

- 190 Vgl. *Becker*, in: FS Wiegand, S. 271, 271 und *Stumpf*, Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, S. 4.
- 191 Vgl. *Wolterreck*, Die Erledigung verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten durch Schiedsgerichte, S. 30 ff. und *Wolterreck*, DÖV 1966, S. 323, 323 ff.
- 192 Demgegenüber hängt das echte Schiedsgericht auch hier von einer Schiedsabrede der Parteien ab. Über die strittige Frage, ob eine Schiedsabrede auch auf subordinationsrechtlicher Ebene möglich ist, s. *Schmiedl*, Das Recht des vertrags(zahn)ärztlichen Schiedswesens, S. 59 f.
- 193 Vgl. § 45 Lebensmittel- und Futtermittelgesetzbuch (LFGB).
- 194 Von dieser Ermächtigung hat Bayern in Art. 12 Abs. 1 BayAGVwGO (GVBl. 1992, S. 162) Gebrauch gemacht. Ähnliche Regelungen sind auch in den Kommunalgesetzen vorhanden (vgl. beispielsweise Art. 5 Abs. 3 Satz 6 und Art. 13 Abs. 2 BayGO, Art. 9 Abs. 3 Satz 3 BayLKrO sowie Art. 9 Abs. 3 Satz 3 BayBezO).
- 195 Vgl. *Hess*, in: *Leitherer*, KK, § 89 SGB V, Rdnr. 2. S. ausf. *Schnapp*, in: *der.* (Hrsg.), Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, S. 21, 25 ff.
- 196 Vgl. *Becker*, in: FS Wiegand, S. 271, 276 m. w. N.
- 197 Ebd.
- 198 Vgl. §§ 114, 129 Abs. 8 SGB V, § 78g SGB VIII, § 76 SGB XI, § 80 SGB XII, § 18a KHG. S. hierzu ausf. *Becker*, in: FS Wiegand, S. 271, 271 ff.

Im Gegensatz zu den Schiedsgerichten auf dem Gebiet des Zivilrechts und den echten Schiedsgerichten auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts sind die Entscheidungen unechter Schiedsgerichte regelmäßig gerichtlich überprüfbar. Sie haben somit eine andere Funktion. Während das echte Schiedsgerichtsverfahren an die Stelle des gerichtlichen Verfahrens tritt, ist das unechte Schiedsverfahren eine Art »Vorverfahren«.<sup>199</sup>

## 1. Konfliktbehandlung durch Mediation

»Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party.«<sup>200</sup> Diese Definition setzt zunächst an gescheiterten Verhandlungen zwischen den Konfliktparteien an. Die Tätigkeit des Mediators besteht darin, bilaterale Verhandlungen zwischen den Konfliktparteien wieder aufzunehmen und im Anschluss daran zu katalysieren, zu lenken und zu fördern<sup>201</sup>. So betrachtet ist die Vermittlung eine Verhandlungshilfe.<sup>202</sup> Unter Verhandlung wird »ein interessengeleitetes Vorgehen verstanden, das aus wechselseitigen Angeboten und Gegenangeboten besteht und dessen Ziel es ist, zu einer Lösung eines Konfliktes zu gelangen. Im besten Fall handelt es sich um einen Konsens, in den meisten Fällen um einen Kompromiss.«<sup>203</sup> Die Mediation teilt mit der Verhandlung das gemeinsame Ziel, eine Einigung zwischen den Konfliktparteien herzustellen.<sup>204</sup>

Nach einer weitergehenden Definition wird unter Mediation ein freiwilliges Verfahren verstanden, in dem alle an einem Konflikt beteiligten Konfliktparteien selbst und einvernehmlich eine interessenorientierte Lösung erarbeiten. Dies erfolgt auf der Basis gegenseitigen Verständnisses und mit Hilfe eines neutralen und allparteilichen Dritten, der das Gespräch steuert und strukturiert, selbst aber

199 Loos, Die Schiedsgerichtsbarkeit in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 79.

200 Goldberg/Sander/Rogers (Hrsg.), Dispute Resolution, S. 103. Einige Autoren (vgl. zum Beispiel Breidenbach, Mediation, S. 119 ff.; Haft, Verhandlung und Mediation, S. 245 und Prütting, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 57, 59) betonen, dass Mediation eine Sammelbezeichnung für eine ganze Reihe von Verfahren unterschiedlicher Ausprägungen ist, in denen ein Dritter ohne eigene Entscheidungsgewalt interveniert und daher nur diese Basisdefinition möglich sei. Dieser Arbeit wird durch die Einbeziehung der Rolle des Mediators und seiner Aufgaben sowie der Prinzipien der Mediation eine über diese Basisdefinition hinausgehende Definition zugrunde gelegt und insbesondere ihre Interessenorientierung bei der Konfliktbearbeitung und -beilegung in den Mittelpunkt gestellt.

201 Vgl. Koch, in: Bierbrauer/Falke/Giese/ders. u. a. (Hrsg.), Zugang zum Recht, S. 85, 91.

202 Vgl. Röhl, Rechtssoziologie, S. 512 ff.

203 Wiedemann/Kessen, ZOE 1997, S. 52, 55.

204 Vgl. auch Eidenmüller, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 31, 31.

keine Entscheidung in der Sache trifft.<sup>205</sup> Mit dieser Definition wird zunächst zum Ausdruck gebracht, dass der Mediator keine Verantwortung für den Inhalt der Konfliktbearbeitung und seiner Lösung trägt, sondern ausschließlich für das Verfahren verantwortlich ist. Für seine Rolle und seine Aufgabenerfüllung kommt der Neutralität eine fundamentale Bedeutung zu.<sup>206</sup> Im Gegensatz zum Richter verfügt der Mediator über keine vom Staat zugewiesene Autorität. Die Hauptquelle seiner Autorität ist seine Neutralität.<sup>207</sup> Neutralität bedeutet vor allem, dass der Mediator keine eigenen Interessen aufgrund einer persönlichen Motiv- oder Sachlage am Konflikt oder in Bezug auf die Konfliktparteien verfolgt. Zugleich haben aber Mediatoren die Aufgabe, das Verfahren so zu führen, dass die Parteien ihre Anliegen und relevanten Überzeugungen in gleichem Maße einbringen können. Dies kann bedeuten, dass eine schwächere Partei unterstützt werden muss, wenn Ungleichheiten in der Einflussnahme erkennbar werden und Manipulations- und einseitige Durchsetzungsversuche einer stärkeren Partei unterbunden werden müssen.<sup>208</sup> Dies wird mit dem Begriff der Allparteilichkeit ausgedrückt. Sie »erlaubt den Mediatoren Unterstützung, aber nicht einseitige, wie sie Anwälte leisten, sondern grundsätzlich allseitige mit dem Ziel, eine nachhaltige befriedende, selbstverantwortlich getroffene Vereinbarung zwischen den Parteien zu fördern.«<sup>209</sup>

#### a) Konfliktbearbeitung in der Mediation

In der Mediation sollen zwei Elemente verbunden werden: zum einen die Veränderung der Kommunikations- und Konfliktmuster und zum anderen die Strukturierung der Konfliktkommunikation durch Vorgabe von Phasen und Schritten der Konfliktbehandlung.<sup>210</sup> Die Kommunikation ist nicht nur Ursache von Konflikten. Auch ihre Lösung erfolgt durch Kommunikation. Ein Gespräch hat die Funktion, dass jeder Gesprächspartner dem anderen etwas mitteilen kann und zugleich vom anderen etwas mitgeteilt bekommt. Es gibt jedoch die Neigung, lieber selbst etwas mitzuteilen als dem anderen zuzuhören. »Wenn andere etwas

205 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 73.

206 Vgl. hierzu insb. *Besemer*, Mediation, S. 38 f.; *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 9 ff. und *Montada/Kals*, Mediation, S. 45 ff.

207 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 145 und *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 10.

208 Vgl. *Montada/Kals*, Mediation, S. 46.

209 Vgl. ebd. Zur Neutralität und Allparteilichkeit in der sozialgerichtsinternen Mediation s. u. C. V. 5. b).

210 Vgl. *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 13, Rdnr. 1.

berichten, neigen wir gelegentlich dazu, dies lediglich zum Anlaß zu nehmen, ebenfalls etwas mitzuteilen. Diese Mitteilungen haben manchmal lediglich die Funktion, sich selbst ins rechte Licht zu rücken. Nachfragen dienen weniger dem Interesse an der Sache als dem Versuch, den anderen oder die Zuhörer mit der eigenen Kompetenz zu beeindrucken.«<sup>211</sup> Ein solches Kommunikationsverhalten trägt nicht zum Verstehen des Anderen bei und es verhindert, dass man selbst verstanden wird, da solche Kommunikationsrituale in der Regel wechselseitig sind.<sup>212</sup>

In vielen Alltagssituationen ist ein gegenseitiges Verstehen nicht intendiert, da die Verständigung unproblematisch funktioniert, wie das Beispiel von *Fietkau* zeigt:<sup>213</sup>

»Wie geht es Ihnen?«

»Gut, und Ihnen?«

»Na, dann wünsche ich noch einen schönen Tag!«

Etwas anderes gilt in Konfliktsituationen, in denen sich die Konfliktparteien eingehend austauschen. Die Konfliktparteien »missverstehen sich, haben kein Vertrauen in das, was sie hören, sie respektieren sich nicht, sie werten sich ab, sie hören sich nicht mehr an/zu bzw. sie hören nur das, was sie hören wollen.«<sup>214</sup> Die Kommunikationsstörung erhärtet die Beziehungsstörung, wie auch die Beziehungsstörung die Kommunikationsstörung zur Folge hat.<sup>215</sup>

Eine Hauptaufgabe des Mediators ist daher die Gestaltung der Kommunikation zwischen den Konfliktparteien.<sup>216</sup> Er muss die Kommunikationsgewohnheiten zwischen den Konfliktparteien verändern. Diese Aufgabe kann schwer sein, da gerade in Stresssituationen die Menschen in bekannte Muster zurückfallen. Dem Mediator stehen hierfür Interaktionstechniken zur Verfügung wie beispielsweise das aktive Zuhören. Gemeint ist damit einerseits, dass der Mediator sich auf den Medianden konzentriert, d. h. »zuhört« und versucht ihn wirklich zu verstehen, und andererseits den anderen »aktiv« durch eigene Äußerungen ermuntert, weitere Ausführungen zu machen. Durch Paraphrasieren (»Spiegeln«) gibt der Mediator von Zeit zu Zeit das Gehörte sowie direkt oder indirekt genannte Interessen

211 *Fietkau*, *Psychologie der Mediation*, S. 165.

212 Vgl. ebd.

213 Ebd. S. 166.

214 *Proksch*, *ZKM 2008a*, S. 141, 141.

215 Vgl. ebd. S. a. o. B. II. 1. b).

216 Vgl. *Zenk*, *Mediation im Rahmen des Rechts*, S. 23 ff. S. hierzu auch *Duve*, in: *ders./Eidenmüller/Hacke* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 125, 136 ff.

und Bedürfnisse wieder. Dadurch werden die Aussagen allen Konfliktparteien transparenter gemacht.<sup>217</sup> Diese und andere Techniken führen zur Deeskalation des Konflikts und fördern das gegenseitige Verständnis. Denn nur wenn »sich ein Mensch ganz aussprechen darf und verstanden fühlt, ist er auch eher bereit andere anzuhören und Verständnis für sie aufzubringen.«<sup>218</sup>

Insbesondere bei Beziehungsproblemen muss der Mediator auch Versöhnungshilfe leisten, um überhaupt erst eine Kommunikation zwischen den Konfliktparteien in Gang zu setzen und durch die Veränderung ihrer Einstellungen eine Versöhnung zu fördern.<sup>219</sup> Zusätzlich zur Förderung der Kommunikation zwischen den Konfliktparteien kann es so zu einer Redefinition der Konfliktbearbeitungsmuster und der Beziehung der Beteiligten kommen.<sup>220</sup> Hierfür ist der von *Carl Friedrich Graumann* in die Psychologie eingeführte Begriff der »Perspektivität« von Bedeutung. Nach *Graumann* sehen und denken wir von bestimmten Standorten. Wir können diese Standorte zwar wechseln, wir entkommen aber nicht der Tatsache, dass wir immer irgendeinen Standort einnehmen

217 Es gibt eine ganze Reihe weiterer Interaktionstechniken wie Kommunikations-, Frage- und Verhandlungstechniken (vgl. hierzu ausf. *Besemer*, *Mediation*, S. 116 ff.; *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 13, Rdnr. 29 ff.; *Montada/Kals*, *Mediation*, S. 203 ff.; *Warwel*, *Gerichtsnaher Mediation*, S. 7 ff. und *Schweizer*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 14, Rdnr. 15 ff.), die zu den Ausbildungsstandards zum Mediator gehören. In Deutschland werden diese Ausbildungsstandards von einzelnen Verbänden festgelegt (vgl. statt aller die Ausbildungsrichtlinie von 2004 des BM (<http://www.bmev.de/index.php?id=standards>); s. a. den niedersächsischen Entwurf zu einem Gesetz über die Einführung eines Mediations- und Gütestellengesetzes sowie zur Änderung anderer Gesetze vom 17. April 2007 (Drs. 15/3708), der in § 5 Ausbildungsstandards definiert; vgl. hierzu auch *Kirchhoff*, ZKM 2007, S. 138, 140 f.).

218 *Besemer*, *Mediation*, S. 19.

219 Vgl. *Falke/Gessner*, in: *Blankenburg/Gottwald/Stempel* (Hrsg.), *Alternativen in der Ziviljustiz*, S. 289, 292; s. a. *Röhl*, *Rechtssoziologie*, S. 514 f. Liegt das Hauptgewicht der Mediation weniger auf der Erzielung eines Ergebnisses und mehr auf einer Einstellungsänderung der Konfliktparteien, wird mit ihr ein therapeutischer Ansatz verfolgt (vgl. zu dieser Unterscheidung *Breidenbach*, *Mediation*, S. 139 ff. und *Röhl*, *Rechtssoziologie*, S. 475 ff.). Dieser Ansatz findet zum Beispiel beim so genannten Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) Anwendung (vgl. hierzu *Kerner*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 33, Rdnr. 8 f.). In der Regel lassen sich in einer Mediation immer beide Ansätze finden. Steht das Erreichen der Einigung und die Förderung eines Konsenses im Fokus der Mediation, wird eine Verhandlungshilfe gegeben. Um dies zu erreichen kann es aber erforderlich sein, dass sich der Mediator zunächst auf die Vorgeschichte und Beziehung konzentriert und den Gefühlen der Konfliktparteien Raum gibt (vgl. *Breidenbach*, *Mediation*, S. 140 f.).

220 Vgl. *Fietkau*, *Psychologie der Mediation*, S. 17.

müssen.<sup>221</sup> Was allerdings möglich ist, ist, dass wir diese Tatsache erkennen. Ähnliches gilt nach *Fietkau* für die kognitive Strukturierung eines Problemfeldes. »Konfliktbeteiligte sind, insbesondere bei persönlich emotionaler Betroffenheit, nur bedingt bereit und in der Lage zu erkennen, daß andere Sichtweisen und Interessen gleichermaßen berechtigt sind oder zumindest sein können. Vielleicht gelingt ihnen noch, eine perspektivische Problemsicht, die die eigene relativiert, kognitiv nachzuvollziehen. Das Handeln im Konflikt spätestens zwingt sie in ein Schwarz-Weiß-Denken. Derartiges Denken wird im Kontext konventioneller förmlicher, vor allem juristischer Problembehandlungen gefördert. Diese Prozesse sind darauf angelegt, richtige Sichtweisen – so es sie überhaupt gibt – festzustellen.«<sup>222</sup> Gerade Letzteres offenbart, dass es aber nicht nur persönlich emotional Betroffenen schwer fällt, einen Perspektivenwechsel vorzunehmen, sondern beispielsweise auch Behördenvertretern, die davon ausgehen, im Rahmen des Verwaltungsverfahrens die richtige Sichtweise erlangt zu haben. Perspektivenwechsel bedeutet, die Dinge einmal mit den Augen der anderen Konfliktpartei zu sehen,<sup>223</sup> und er ist »der Moment, in dem es den Konfliktparteien gelingt, das Erleben des Anderen kognitiv und/oder emotional nachzuvollziehen.«<sup>224</sup> Der Perspektivenwechsel hat je nach Konfliktart<sup>225</sup>, Eskalationsstufe<sup>226</sup> und Mediationsstil eine andere Bedeutung. Sofern es um sachgerechtes Verhandeln geht, ist es hinreichend, dass die Konfliktparteien die Interessen des jeweiligen anderen erkennen, um ihnen bei einer Lösungssuche Rechnung zu tragen. Bei Beziehungs- und/oder stärker eskalierten Konflikten blockieren Kränkungen, fehlende Wertschätzung, Vorurteile und Stereotypen kooperatives Verhandeln. Bevor in diesen Fällen überhaupt mit der Lösungsfindung begonnen werden kann, müssen zuerst die Blockaden bearbeitet werden. Hierfür ist das kognitive Verständnis nicht ausreichend. Der Perspektivenwechsel muss emotionales Nachempfinden, Empathie und Mitgefühl beinhalten.<sup>227</sup>

221 Vgl. *Graumann*, Grundlagen einer Phänomenologie und Psychologie der Perspektivität, S. 68.

222 *Fietkau*, Psychologie der Mediation, S. 18.

223 Vgl. *Kessen/Zilleßen*, in: *Förderverein Umweltmediation* (Hrsg.), Studienbrief Umweltmediation, S. 43, 49.

224 *Splinter/Wüsthube*, perspektive mediation 2005, S. 66, 66.

225 S. o. B. II. 2.

226 S. o. B. II. 3. a).

227 Vgl. ausf. *Splinter/Wüsthube*, perspektive mediation 2005, S. 66, 66 f., ausf. S. 67 ff.

## b) Ablauf des Mediationsverfahrens

Neben der Veränderung der Kommunikations- und Konfliktmuster strukturiert und steuert der Mediator die Konfliktkommunikation. Hierfür steht ihm das Phasenmodell zur Verfügung.<sup>228</sup> Die Mediation beginnt mit der so genannten Vorbereitungsphase. Der Sinn dieser ersten Phase ist es, die Konfliktparteien für ein konstruktives Gespräch zu gewinnen und ihre Motivation dazu zu klären. Denn die Mediation kann nur stattfinden, »wenn sich alle Beteiligten darauf einlassen wollen und die jeweiligen Erwartungen an das Verfahren geklärt sind.«<sup>229</sup> In dieser Phase wird regelmäßig der Mediationsvertrag mit den Mediatoren geschlossen.<sup>230</sup> In der zweiten Phase geht es darum, einen ersten Einblick in den Konflikt zu bekommen und den Gesamtkonflikt in kleinere, besser bearbeitbare Unterthemen aufzugliedern. Sie dient der Informations- und Themensammlung, indem jede Konfliktpartei formuliert, worum es ihr eigentlich geht und was sie behandeln haben möchte.<sup>231</sup> Hieran schließt sich die wichtigste und dritte Phase der Mediation an, in der die Interessen und Bedürfnisse der Konfliktparteien geklärt werden.<sup>232</sup> Diese Phase ist bedeutsam, wenn es unvereinbare, einander ausschließende Positionen und Forderungen gibt. Durch die Herausarbeitung der Interessen hinter den Positionen wird der Raum für neue Lösungsmöglichkeiten eröffnet<sup>233</sup> und sie liefert die Grundlage für das gegenseitige Verstehen<sup>234</sup>. In der vier-

228 In der Literatur wird die Mediation in unterschiedliche Phasen unterteilt, der Ablauf ist jedoch bei allen Modellen ähnlich (vgl. *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 13, Rdnr. 4 und *Kessen*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 9, Rdnr. 1 ff.). Regelmäßig findet vor der Mediation eine – häufig nicht in das Phasenmodell integrierte – so genannte Prämediation statt. Bei der Prämediation werden den einzelnen Konfliktparteien getrennt voneinander die Grundzüge sowie die Möglichkeiten und Grenzen eines Mediationsverfahrens vorgestellt. Die Prämediation dient daneben der Klärung, ob der gegenständliche Konflikt überhaupt für ein Mediationsverfahren geeignet ist und welche Erwartungen die Konfliktparteien in Bezug auf die Mediation haben. Zum Vergleich der Phasen unterschiedlicher Modelle der Konfliktbehandlung s. *Aschenbrenner*, *ZKM* 2008, S. 73, 73 ff. Zum Phasenmodell s. ausf. *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, S. 246 ff.; *Hösl*, *Mediation – die erfolgreiche Konfliktlösung*, S. 75 ff.; *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 13, Rdnr. 11 ff. und *Montada/Kals*, *Mediation*, S. 220 ff.

229 *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 13, Rdnr. 5.

230 Zum Mediationsvertrag s. ausf. *Hess*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 43, Rdnr. 12 ff. und *Schwarz*, *ZKM* 2008, S. 111.

231 Vgl. *Besemer*, *Mediation*, S. 16 f. und *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, S. 246.

232 Vgl. *Besemer*, *Mediation*, S. 17 und *Haft*, *Verhandlung und Mediation*, S. 246 f.; ausf. *Kessen*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), *Mediation in der Anwaltspraxis*, § 9, Rdnr. 13 ff.

233 Vgl. *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 13, Rdnr. 7.

234 Vgl. *Besemer*, *Mediation*, S. 17.

ten Phase werden Lösungsoptionen entwickelt<sup>235</sup> und gesammelt,<sup>236</sup> die in der fünften Phase bewertet und schließlich zu einer (Einzel-)Lösung verarbeitet werden. An ihrem Endpunkt steht ein realisierbarer Vorschlag, der von allen getragen wird und möglichst allen Interessen gerecht wird.<sup>237</sup> In der letzten Phase wird schließlich eine Gesamtlösung in einem Vertrag zusammengefasst. Diese muss nicht selten noch in ein juristisches Vertragswerk übersetzt werden.

### c) Prinzipien der Mediation

Die Bedeutung, die der Kommunikation in der Mediation zukommt, ist nicht der einzige Kontrast zum gerichtlichen Verfahren. Der wohl wichtigste Unterschied zum Gerichtsverfahren liegt darin, dass die am Konflikt beteiligten Personen selbst die Lösung des Konflikts erarbeiten. Selbst bedeutet, dass die Parteien selbstbestimmt und selbstverantwortlich ihren Konflikt klären, bearbeiten und lösen.<sup>238</sup> Der Konflikt wird nicht an einen Dritten zur Entscheidung delegiert, vielmehr behalten die Konfliktparteien die Kontrolle über die inhaltlichen Entscheidungen bei der Konfliktlösung.<sup>239</sup>

Ein weiteres wichtiges Prinzip in der Mediation ist die Freiwilligkeit.<sup>240</sup> Während in Gerichtsverfahren beispielsweise das persönliche Erscheinen der Parteien angeordnet werden kann,<sup>241</sup> ist das Mediationsverfahren grundsätzlich freiwillig. Die Freiwilligkeit und mit ihr die Abwesenheit von äußerem Druck ist wichtige Voraussetzung für das Gelingen der Mediation. Durch sie soll ein konstruktiver Prozess und eine Verhandlung ohne jeglichen Druck von außen ermöglicht werden. Freiwilliges Verfahren bedeutet, dass die Mediation nur mit dem Einverständnis der Konfliktparteien stattfindet und auch jederzeit von einer Konflikt-

235 Vgl. ebd. und *Haft*, Verhandlung und Mediation, S. 247 f.

236 Lösungsoptionen werden insbesondere mit Hilfe der Methode des Brainstorming entwickelt (vgl. hierzu und zu anderen Kreativitätstechniken näher *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 13, Rdnr. 57 ff. und *Warwel*, Gerichtsnahe Mediation, S. 30 f.; s. a. *Greiter*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 16, Rdnr. 12 ff.; *Gläßer/Kirchhoff*, ZKM 2007a, S. 88 und *Gläßer/Kirchhoff*, ZKM 2007b, S. 157). Ziel ist möglichst viele Ideen zur Lösung des Problems zunächst unverbindlich zu sammeln, ohne diese während der Ideensammlung zu bewerten. Die Lösungsoptionen sollen vor den Entscheidungen generiert werden. Die Lösung eines Problems profitiert von der Kreativität. Damit sich diese entfalten kann, ist es wichtig, dass neue Ideen nicht im vornherein und ohne Erläuterung abgewertet werden.

237 Vgl. *Kessen/Troja*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 13, Rdnr. 9.

238 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 102 ff.

239 Zur Selbstbestimmung in der sozialgerichtlichen Mediation s. u. C. V. 5. d).

240 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 99 ff.

241 Vgl. § 106 Abs. 3 Nr. 7 SGG.

partei einseitig abgebrochen werden kann, ohne diesbezüglich Nachteile erwarten zu müssen. Die Freiwilligkeit umfasst neben dem Verfahren selbst auch die die Mediation beendende Einigung.<sup>242</sup>

Während ein Gerichtsprozess grundsätzlich öffentlich ist,<sup>243</sup> herrscht im Mediationsverfahren der Grundsatz der Vertraulichkeit.<sup>244</sup> Sie muss von den Medianten und auch vom Mediator zugesichert werden. Dies geschieht in der Regel im Mediationsvertrag.<sup>245</sup> Ziel dieser Vertraulichkeitsvereinbarung ist die Verhinderung, dass Informationen, die im Laufe des Mediationsverfahrens offenbart werden, in einem späteren Gerichtsverfahren verwendet werden.<sup>246</sup>

In der Mediation gilt zudem der Grundsatz der Informiertheit.<sup>247</sup> Die Konfliktparteien müssen über die entscheidungserheblichen Tatsachen und die Rechtslage umfassend informiert sein. Nur eine auf Grundlage umfassender Informiertheit getroffene Vereinbarung gewährleistet später ihre Akzeptanz. Anders als im gerichtlichen Verfahren, in dem erfahrungsgemäß die Prozessparteien zu ihrem eigenen Vorteil nur ihr Günstiges vorbringen,<sup>248</sup> muss der Mediator für einen umfassenden Informationsfluss zwischen den Konfliktparteien sorgen bzw. Informationsdefizite offen legen.<sup>249</sup>

## 2. Interessenorientierte Konfliktbehandlung

Eine andere Unterscheidung bei den Konfliktbehandlungsverfahren betrifft den Maßstab, der bei der Entscheidung eines Konflikts herangezogen wird. In Betracht kommt neben der rechtsorientierten die von der Mediation verfolgte interessenorientierte Konfliktbehandlung.<sup>250</sup> Die interessenorientierte Behandlung

242 Zur Freiwilligkeit in der sozialgerichtlichen Mediation s. u. C. V. 5. a).

243 Nach § 169 Satz 1 GVG, der gemäß § 61 Abs. 1 SGG auch für das sozialgerichtliche Verfahren gilt, ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich (s. ausf. u. C. III. 5. g)).

244 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 120 ff.

245 Zur vertraglichen Vereinbarung der Vertraulichkeit s. *Hartmann*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 44, Rdnr. 21 ff.

246 S. zur Vertraulichkeit in der sozialgerichtlichen Mediation u. C. V. 5 e).

247 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 114 ff.

248 Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 173, Rdnr. 3. Diese Tatsache ist insbesondere dem im Zivilprozess geltenden Beibringungsgrundsatz geschuldet. Aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 103 SGG stellt sich die Situation im sozialgerichtlichen Verfahren etwas anders dar. S. dazu u. C. III. 5. e).

249 Zum Grundsatz der Informiertheit in der sozialgerichtlichen Mediation s. u. C. V. 5. c).

250 Ein dritter Maßstab ist die machtbasierte Konfliktbehandlung (vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 78 f. und *Mähler*, in: *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg.), Handbuch Mediation und