

Münster, Oktober / November 2003

Jochen Notholt
Südstr. 81
48153 Münster
jnotholt@gmx.de

Matr.-Nr.: 2500451

Einführung in die Mediation

Teil 1: Einführung und Allgemeines Verfahren

Als Beitrag zum

Seminar zur Außergerichtlichen Streitbeilegung

an der

Universität des Saarlandes

im

Wintersemester 2003/2004

veranstaltet von

Prof. Dr. Stephan Weth / Staatssekretär Wolfgang Schild

Gliederung

A. Einleitung	1
I. Was ist Mediation?	2
1. Definition.....	2
2. Historische Entwicklung.....	3
a) Konfliktbeilegung durch Vermittlung.....	3
b) Heutiges Verständnis der Mediation.....	3
c) Entwicklung der Mediation in Deutschland.....	4
II. Was ist Mediation nicht?	5
1. Moderation.....	5
2. Schlichtung.....	5
3. Schiedsverfahren.....	6
4. Mischformen.....	6
5. Obligatorische Streitbeilegung, §§ 15a EGZPO, 278 ZPO.....	7
B. Verhandlung als Grundlage der Mediation	8
I. Interessen statt Positionen	11
II. Sachliches und strukturiertes Verhandeln	13
1. Trennung von Menschen und Problemen.....	14
2. Heranziehung neutraler Beurteilungskriterien.....	15
3. Strukturierung des Verfahrens.....	16
III. „Den Kuchen vergrößern“	18
IV. Die „Beste Ausstiegs-Alternative“	19
V. Die Rolle des Mediators	21
C. Prinzipien und typischer Ablauf des Mediationsverfahrens	22
I. Verfahrensgrundsätze	22
1. Neutralität des Mediators.....	22
2. Selbstverantwortlichkeit der Parteien.....	23
3. Freiwilligkeit.....	23
4. Informiertheit der Beteiligten.....	24
5. Vertraulichkeit.....	24
II. Typischer Verfahrensablauf	25
1. Vorbereitung des Verfahrens.....	25
2. Entwicklung einer Verhandlungsordnung.....	27
3. Das eigentliche Verfahren.....	28
4. Entscheidung und Abschluss des Verfahrens.....	31

D.Rechtliche Grundlagen der Mediation.....	32
I.Mediation und Rechtsberatung.....	32
II.Rechtsfragen des Mediationsverfahrens	34
1.Mediationsverfahrensvertrag.....	34
a)Sicherung der Vertraulichkeit.....	34
b)Weitere Vereinbarungen zwischen den Konfliktparteien.....	36
c)Die Vereinbarungen der Konfliktparteien mit dem Mediator.....	36
(1)Die Haftung des Mediators.....	36
(2)Die Kosten des Mediationsverfahrens.....	37
2.Mediationsvereinbarung (oder: Mediationsvergleich).....	38

Literaturverzeichnis

- Breidenbach, Stephan / Henssler, Martin (Hrsg.): Mediation für Juristen, Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997 (zit.: Bearbeiter, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen).
- Bühning-Uhle, Christian: Arbitration and Mediation in International Business, Den Haag/London/Boston 1996.
- Cormick, Gerald W.: The „theory“ and practice of environmental mediation, in: The Environmental Professional 2 (S. 24-33), Iowa 1980.
- Duss-von Werth, Josef / Mähler, Hans-Georg / Mähler, Gisela (Hrsg.): Mediation: die andere Scheidung, Stuttgart 1995 (zit.: Bearbeiter, in: Duss-von Werth/Mähler/Mähler, Mediation: die andere Scheidung).
- Duve, Christian: Rechtsberatung durch Mediatoren im Spiegel der Rechtsprechung, BB 2001, 692.
- Eisele, Jörg: Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation, Jura 2003, 656.
- Fisher, Roger / Ury, William / Patton, Bruce: Das Harvard-Konzept, Limit. Jubiläumsausgabe, Frankfurt/New York 2000.
- Goldberg, Stephen B. / Sander, Frank E.A. / Rogers, Nancy H.: Dispute Resolution – negotiation, mediation, and other processes, 3. Aufl., Gaithersburg, NY 1999.
- Gottwald, Walther (Hrsg.): Streitschlichtung, rechtsvergleichende Beiträge zur außergerichtlichen Streitbeilegung, Köln 1995 (zit.: Bearbeiter, in: Gottwald, Streitschlichtung).
- Haft, Fritjof: Verhandlung und Mediation, Die Alternative zum Rechtsstreit, 2. Aufl., München 2000.
- ders.: Intuitives und rationales Verhandeln, BB-Beilage 10/1998, 15.
- ders.: Strafrecht, Besonderer Teil, 7. Aufl., München 1998.
- ders./Schlieffen, Katharina Gräfin von: Handbuch Mediation, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation).
- Henssler, Martin: Mediation und Rechtsberatung, NJW 2003, 241.
- Hoyningen-Huene, Dagmar v.: Mediation – eine Alternative zum gerichtlichen Verfahren, JuS 1997, 352.

- Kleine-Cosack, Michael: Vom Rechtsberatungsmonopol zum freien Wettbewerb -Erosion des Rechtsberatungsgesetzes-, NJW 2000, 1593.
- Kracht, Stefan / Rüssel, Ulrike: Schlüsselqualifikation Mediation, JA 2003, 725.
- Mankowski, Peter: Anmerkung zu OLG Rostock, Urt. v. 20.6.2001 – 2 U 58/00, MDR 2001, 1198.
- Palandt, Otto (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar), 62. Aufl., München 2003 (zit.: Palandt/Bearbeiter, BGB, § ... Rn. ...).
- Ripke, Lis: Charakteristika eines guten Abschlussvertrags, Perspektiven und Prinzipien der Mediation, KON:SENS 1999, 341.
- Rüssel, Ulrike: Schlichtungs-, Schieds- und andere Verfahren außergerichtlicher Streitbeilegung – Versuch einer begrifflichen Klarstellung, JuS 2003, 380.
- Schäfer, Mathias/Reh, Ottfried: Mediation und integrierter Schiedsentscheid im Familienkonflikt, ZKM 2003, 223.
- Stubbe, Christian: Wirtschaftsmediation und Claim Management, BB 2001, 685.
- Thomas, Heinz / Putzo, Hans (Hrsg.): Zivilprozessordnung (Kommentar), 25. Aufl., München 2003 (zit.: Bearbeiter, in: Thomas/Putzo, ZPO, § ... Rn. ...).
- Wesel, Uwe: Streitschlichtung im Schatten des Leviathan, NJW 2002, 415.
- Wolfram-Korn, Margit / Schmarsli, Peter: Außergerichtliche Streitschlichtung in Deutschland, München 2001.

A. Einleitung

Im Zentrum der juristischen Arbeit steht der Konflikt; die Aufgabe des Juristen ist, die an ihn herangetragenen Konflikte zu lösen. Hieraus ergibt sich zwangsläufig ein Dilemma: Gäbe es die Konflikte nicht, wäre die Welt zwar möglicherweise ein angenehmerer Ort, aber man bräuchte wohl auch keine Juristen mehr.¹

Im nächsten Schritt ist zu bedenken, dass sich Konflikte grundsätzlich durch Streit oder durch Zusammenarbeit lösen lassen.² Intuitiv neigen wir dazu, uns zu streiten. Hierzu überlegen wir uns, wie der Konflikt aus unserer Sicht gelöst werden müsste (wobei die Wünsche der Gegenseite außer Acht gelassen werden) und versuchen, diese Lösung durchzusetzen. Da die Gegenseite voraussichtlich das Gleiche versuchen wird, ist der Streit die logische Konsequenz. So verwundert es – auch in Anbetracht des oben erwähnten Dilemmas – wenig, dass in unserem Kulturkreis der Bereich der juristischen Konfliktbewältigung nach wie vor durch das Gerichtsverfahren dominiert wird. Dieses ist der klassische Weg, einen Konflikt um Rechtsfragen durch Streit zu einer Lösung zu führen. Diese Lösung, das Urteil, hat zwar den Vorteil, dass die Parteien sie nicht selbst entwickeln müssen. Ihr Nachteil ist jedoch, dass es mindestens einen Verlierer gibt – „mindestens“ deshalb, weil auch für die obsiegende Partei der Konflikt häufig nicht optimal gelöst wird. Denn das Urteil kann auch auf sie negativ auswirken: durch das Ende einer längeren Geschäftsbeziehung zur Gegenpartei beispielsweise, oder durch einen Reputationsverlust bei anderen Geschäftspartnern.

Zur Abfederung des Zeit- und Kostenaufwands, den ein Gerichtsverfahren zwangsläufig verursacht, wird zwar immer häufiger³ versucht, Konflikte außergerichtlich beizulegen. Doch auch die hier etablierten Maßnahmen⁴ sind in der Praxis zumeist wiederum auf Streit ausgelegt und nicht darauf, durch Zusammenarbeit der Parteien eine Lösung herbeizuführen, mit der beide Seiten zufrieden sein können.

¹ In diesem Fall verbliebe die konfliktvorbeugende juristische Tätigkeit, die sog. Kautelarjurisprudenz (Vertragsgestaltung etc.) als Tätigkeitsbereich. Doch wozu müsste man Konflikte vermeiden, wenn es sie ohnehin nicht mehr gäbe?

² Haft, Verhandlung und Mediation, S. 1.

³ Nach Stempel, in: Gottwald, Streitschlichtung, S. 188, lag im Erscheinungsjahr 1995 der Anteil der außergerichtlichen Streitbeilegung an der anwaltlichen Tätigkeit bei über 70%. Bis heute dürfte diese Quote noch gestiegen sein.

⁴ S.u. unter A.II. Auch die Verhandlung als wohl am weitesten verbreitetes Verfahren gehört in diese Kategorie, s. dazu Teil B.

Ein Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbewältigung auf dem Wege der Zusammenarbeit ist die Mediation. Diese Seminararbeit⁵ bietet eine kurze Einführung in dieses Verfahren, das zunächst kurz vorgestellt und von ähnlichen Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbewältigung abgegrenzt wird. Der erste Teil der Arbeit betont die Verhandlung als Grundlage der Mediation sowie den Ablauf des Mediationsverfahrens mit seinen typischen Problemen und ihren möglichen Lösungen. Da sich die Mediation nicht im rechtsfreien Raum abspielt, lohnt auch ein kurzer Blick auf ihre rechtlichen Grundlagen. Der zweite Teil der Arbeit widmet sich dann den speziellen Anwendungsbereichen der Mediation, einschließlich des neuen Zweiges der Online-Mediation. Den Abschluss der Arbeit bilden die Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten im Bereich der Mediation sowie ein Ausblick.

I. Was ist Mediation?

Wenn wir uns als Juristen einem Begriff nähern, sind wir es gewohnt, diesen zunächst möglichst genau zu definieren und ihn von ähnlichen Begriffen (hier also von anderen Konzepten der außergerichtlichen Streitbeilegung) abzugrenzen. Eine kurze Betrachtung der historischen Entwicklung der Mediation im Aus- und Inland schließt diese Einleitung ab.

1. Definition

Mediation ist die Eindeutschung des gleichlautenden englischen Begriffs, den man auch mit „Vermittlung“ übersetzen könnte.⁶ Er bezeichnet ein Verfahren, in dem ein neutraler Dritter (der Mediator) zu eben dieser Vermittlung in Zwei- oder Mehrparteienkonflikten⁷ eingeschaltet wird, ohne dass diesem eine eigene Entscheidungsbefugnis zusteht.⁸ Die Einschaltung des Mediators erfolgt mit dem Ziel, eine Verhandlung (engl. negotiation) zwischen den Parteien zu ermöglichen, die den Modellen der modernen Verhandlungsforschung entspricht.⁹ Die

⁵ Die Arbeit ist in zwei Teile unterteilt. Der zweite Teil – die speziellen Anwendungsbereiche der Mediation sowie die Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten – werden im zweiten Teil der Arbeit von Ralf Zosel behandelt.

⁶ Zur genauen Wortherkunft vgl. Hehn, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 6 Rn. 6.

⁷ In dieser Arbeit wird zur Vereinfachung der Mehrparteienkonflikt (mit drei oder mehr beteiligten Parteien) auch in sprachlicher Hinsicht ausgeklammert. Es wird also immer von *einer* „Gegenseite“ die Rede sein. Vgl. zu den besonderen Problemen der Mehrparteien-Verhandlung Haft, Verhandlung und Mediation, S. 158 ff.

⁸ Breidenbach, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 1.

⁹ Was das genau bedeutet, wird unten unter A.I.3. sowie unter B. erläutert.

klassische US-amerikanische Definition lautet daher auch: „Mediation is negotiation carried out with the assistance of a third party.“⁴⁰

2. Historische Entwicklung

a) Konfliktbeilegung durch Vermittlung

Der Grundgedanke, einen Konflikt durch Einschaltung eines neutralen Dritten einvernehmlich beizulegen, dürfte annähernd so alt sein wie die menschliche Zivilisation selbst. Schon in der Antike¹¹ und auch in der Bibel¹² finden sich Hinweise darauf. In anderen Kulturkreisen, vor allem in China und Japan, aber auch in afrikanischen und lateinamerikanischen Stammesgesellschaften haben Techniken zur Konfliktlösung durch Vermittlung eine mindestens ebenso lange Tradition.¹³ Gerade bei den Stammesvölkern wurde hierdurch dem Bedürfnis entsprochen, Lösungen zu Konflikten zu finden, die den Parteien ein weiterhin friedliches Zusammenleben in ihrer vergleichsweise kleinen Gemeinschaft ermöglichten.¹⁴ Auch in Europa konnte die Konfliktlösung durch Vermittlung schon früh beachtliche Erfolge feiern. So geht der Westfälische Friede 1648 auch auf den Einsatz päpstlich entsandter Mittelsmänner zurück, die damals sogar schon ausdrücklich Mediatoren genannt wurden.¹⁵ Vermittlungstechniken dieser Art wurden aber durch die zunehmende Verrechtlichung in den letzten Jahrhunderten in den Hintergrund gedrängt.¹⁶

b) Heutiges Verständnis der Mediation

Mediation in dem Sinne, wie sie heute verstanden wird¹⁷, wurde zu Beginn der siebziger Jahre in den USA entwickelt. Eine wachsende Unzufriedenheit mit den gerichtlichen und behördlichen Verfahren zur Konfliktbeilegung führte dort zur Entwicklung und Erforschung alternativer Verfahren unter dem Sammelbegriff „Alternative Dispute Resolution“ (ADR). Die ADR-Verfahren sind von der Ziel-

¹⁰ Goldberg/Sander/Rogers, Dispute Resolution, S. 103.

¹¹ Haft, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 2 Rn. 10.

¹² Matthäus 5,9; 1. Timotheus 2, 5; 1.Korinther 6, 1-4.

¹³ Vgl. Hehn, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 6 Rn. 7 ff.

¹⁴ Ein Bedürfnis, das in unserer Massengesellschaft nachgelassen haben dürfte, vgl. Wesel, NJW 2002, 415.

¹⁵ Haft, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 2 Rn. 10.

¹⁶ Ausführlich Hehn, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 6 Rn. 8 ff.

¹⁷ S.o. unter A.I.1.

vorstellung geprägt, einen Konflikt zur Zufriedenheit aller Beteiligten beilegen zu wollen. Dies kann erreicht werden, wenn ein Verfahren zu Grunde gelegt wird, das auf der Einbeziehung aller Beteiligten, Freiwilligkeit, Fairness und Offenheit basiert. Diese Erkenntnisse wurden in den folgenden Jahren nicht nur praktisch erprobt,¹⁸ sondern auch in universitären Projekten wie dem „Harvard Negotiation Project“¹⁹ wissenschaftlich ausgearbeitet. Innerhalb der ADR-Verfahren, die sich in den USA mittlerweile zu einem festen Bestandteil der Streitkultur entwickelt haben, bildet die Mediation neben der Verhandlung (negotiation) und dem Schiedsverfahren (arbitration) eine etablierte 'dritte Säule'.

c) Entwicklung der Mediation in Deutschland

In Deutschland nahm man erst in den achtziger Jahren Notiz von der Mediation – ähnlich wie in anderen Staaten zunächst im Bereich der familiären Konflikte, also vor allem bei Scheidungen. Mittlerweile hat sie sich jedoch ein erheblich breiteres Anwendungsfeld erobert, das sich über alle Rechtsgebiete erstreckt. Auch die wissenschaftliche Bearbeitung des Themas ist in Form zahlreicher und umfangreicher Literaturbeiträge vorangeschritten.²⁰ Zudem hat sich, für uns Deutsche wohl typisch, eine Vielzahl von Verbänden und Vereinen der Mediation und hier vor allem dem Bereich der Ausbildung verschrieben.²¹ Diesbezüglich ist vor allem bemerkenswert, dass der Mediation nach dem neu gefassten § 5 a DRiG in der Juristenausbildung die Rolle einer Schlüsselqualifikation zukommt.²² Der Zeitpunkt, an dem in Deutschland die Mediatoren mehr Geld umsetzen als die Mediationsausbilder,²³ dürfte jedenfalls immer näher rücken.

¹⁸ Ein erstes größeres ADR-Projekt fand 1973/1974 im Zusammenhang eines umstrittenen Staudammbaus statt, vgl. Hehn, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 6 Rn. 36, 44 m.w.N. Doch auch im Rahmen des Scheidungsverfahrens verbreitete sich die Mediation schnell.

¹⁹ Vgl. Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 260 f.

²⁰ Die Nachweise in Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation (zu Beginn der einzelnen §§) dürften für sich sprechen.

²¹ Vgl. dazu den Abschnitt „Aus- und Weiterbildung“ im 2. Teil dieser Arbeit.

²² Kritisch hierzu Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (726).

²³ Wesel, NJW 2002, 315: „Und die Anwälte in den USA verdienen schon Millionen damit, während bei uns in erster Linie noch diejenigen verdienen, die junge Anwältinnen und Anwälte ausbilden in dieser Disziplin...“

II. Was ist Mediation nicht?

Zur Abgrenzung anderer Wege der außergerichtlichen Streitbeilegung von der Mediation, orientieren wir uns an den oben erwähnten,²⁴ in den USA entwickelten ADR-Verfahren. Hierzu gehören neben der Mediation hauptsächlich die Verhandlung (negotiation) und das Schiedsverfahren (arbitration). Das Verhältnis zwischen Mediation und Verhandlung bildet unten²⁵ einen Schwerpunkt dieser Arbeit. Daneben ist die Mediation von solchen Verfahren abzugrenzen, in denen Dritte zur Konfliktbewältigung eingeschaltet werden.

1. Moderation

Im Rahmen einer Moderation²⁶ wird wie bei der Mediation eine Verhandlung durch einen neutralen Vermittler, den Moderator, unterstützt. Dieser hat hier ebenfalls keine inhaltliche Entscheidungsbefugnis, hat aber auch keinen direkten Einfluss auf das Verfahren der Verhandlung.²⁷ Anders als der Mediator sorgt der Moderator bloß dafür, dass die Verhandlung in sachlicher Form und ordnungsgemäß abläuft, mithin nicht eskaliert. Einfluss auf die Art und Weise, wie die Parteien ihren Konflikt zu lösen versuchen, ob sie also z.B. auf Zusammenarbeit und nicht, wie üblich, auf eine streitbetonende Konfrontation setzen, hat er dagegen nicht.

2. Schlichtung

Bei einer Schlichtung²⁸ wird der neutrale Dritte eingeschaltet, um sich die Verhandlungspositionen und -vorschläge der Parteien anzuhören und auf der Basis dieser Vorschläge einen eigenen Lösungsvorschlag zu unterbreiten. Diesen können die Parteien akzeptieren, sie müssen es aber nicht. Die Schlichtung wird daher in der amerikanischen Terminologie als „non-binding arbitration“ (also als ein Unterzweig der Schiedsgerichtsbarkeit) bezeichnet. In Deutschland kennt man die Schlichtung vor allem von den jährlichen Tarifverhandlungen im öffentlichen Dienst. Primäres Ziel ist die Aussöhnung der Parteien nach vorausgegangen fruchtlosen Verhandlungen. Der Vorschlag des Schlichters, regelmäßig

²⁴ S.o. unter A.I.3.b).

²⁵ S.u. unter B.

²⁶ Engl. facilitation, vgl. Hehn, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 6 Rn. 43 f.

²⁷ Rüssel, JuS 2003, 380 (381).

²⁸ Zur Wortbedeutung vgl. Rüssel, JuS 2003, 380 (382).

ein Experte auf dem jeweiligen Sachgebiet, soll der Eskalation eines Konfliktes vorbeugen und den guten Ruf der streitenden Parteien in der Öffentlichkeit wahren.²⁹ Wie dem Mediator fehlt auch dem Schlichter die Entscheidungsgewalt, im Unterschied zu ihm ist er jedoch immerhin zu einer selbstbestimmten Sachentscheidung befugt.

3. Schiedsverfahren

Der maßgebliche Unterschied zwischen der Schlichter und dem Schiedsrichter³⁰ liegt darin, dass sich die beteiligten Parteien vor Beginn des Verfahrens dem Schiedsspruch, also der abschließenden Entscheidung des Schiedsrichters, unterwerfen. Das zu Grunde liegende Verfahren heißt im englischsprachigen Raum folgerichtig „binding arbitration“. Wollen die Parteien einen Konflikt durch Einschaltung eines Schiedsrichters lösen, kommt nach deutschem Recht vor allem ein Schiedsverfahren nach den §§ 1025 ff. ZPO in Betracht.³¹ Die Parteien sollten ein Schiedsverfahren der Mediation vorziehen, wenn sie die autoritäre Entscheidung eines Dritten für ein in der Vergangenheit liegendes, juristisch eher leicht zu lösendes Problem benötigen.³²

4. Mischformen

Die genannten Verfahren sind (einschließlich der Mediation) durchweg freiwillig und lassen sich auch in ihrem Ablauf grundsätzlich frei durch die Parteien gestalten. Sollten sie daher den Bedürfnissen der Parteien nicht entsprechen, lassen sie sich ggf. auch miteinander kombinieren. In der wissenschaftlichen Diskussion hat sich vor allem die Kombination aus Mediation und Schiedsverfahren als gangbare Mischung herausgebildet. Hier werden beide denkbaren Wege vorgeschlagen: Legt man den Akzent auf das Schiedsverfahren, ist sowohl die Vorbereitung eines Schiedsverfahrens durch eine Mediation (sog. „pre-arbitral mediation“³³) als auch der „Einbau“ mediativer Phasen in eine Schiedsverhandlung (sog. „mediation

²⁹ Rüssel, JuS 2003, 380 (382); Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (727).

³⁰ Zur Wortbedeutung s. auch hier Rüssel, JuS 2003, 380 (382).

³¹ Eine Alternative stellt das landesgesetzliche Verfahren vor Schiedsleuten dar, in dem dem Schiedsrichter keine gesetzliche, aber eine faktische Entscheidungsgewalt zukommt; vgl. Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (728).

³² Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (728).

³³ Vgl. Bühring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business, S. 369 f.

windows“) ³⁴ denkbar. Betont man dagegen das Mediationsverfahren, könnte man hier einzelne problematische Teilkonflikte, die zum Scheitern des gesamten Verfahrens führen könnten, durch integrierte Schiedsverfahren beilegen ³⁵ und so ein Verfahren, dessen Erfolg insgesamt „auf der Kippe steht“, retten.

5. Obligatorische Streitbeilegung, §§ 15a EGZPO, 278 ZPO

Alle bisher genannten Verfahren einschließlich der Mediation haben gemeinsam, dass sich die Parteien freiwillig zu ihrer Durchführung entschließen können. Einen deutlichen Kontrast hierzu bilden diejenigen Vorschriften des deutschen Zivilverfahrensrechts, die in bestimmten Fällen eine obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung regeln. So können die Bundesländer nach dem zum 15. Dezember 1999 eingeführten § 15a EGZPO Gesetze erlassen, durch die in bestimmten Fällen die Eröffnung eines Gerichtsverfahrens von einem vorherigen erfolglosen Versuch der außergerichtlichen Streitbeilegung abhängig gemacht ³⁶ wird. Einige Länder ³⁷, so auch das Saarland ³⁸, haben mittlerweile entsprechende sog. Schlichtungsgesetze erlassen. Diese regeln die Voraussetzungen und konkreten Rechtsfolgen eines außergerichtlichen Verfahrens, das den Anforderungen des § 15a EGZPO genügt. Ein entsprechendes Verfahren kann der Richter den Parteien nach dem am 01. Januar 2002 in Kraft getretenen § 278 V 2 ZPO ³⁹ auch während des laufenden Prozesses vorschlagen. Diese Vorschrift hat sich bisher jedoch als praktisch nahezu unbedeutend erwiesen. ⁴⁰

So leicht es fällt, die obligatorische Streitbeilegung anhand des Merkmals der Freiwilligkeit ⁴¹ von den obigen Verfahren abzugrenzen, so schwer fällt je nach Landesgesetz die genaue Bestimmung, welches Verfahren die Parteien im konkre-

³⁴ Vgl. Bühring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business, S. 370 ff. Allgemein lässt sich die Mediation phasenweise universell auch in andere Konfliktlösungsverfahren 'einbauen'. Man nennt das „integrierte Mediation“, vgl. Trossen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 18 Rn. 74 ff.

³⁵ Vgl. zum integrierten Schiedsverfahren in der Scheidungsmediation Schäfer/Reh, ZKM 2003, 223.

³⁶ Die Vorschrift stellt dabei eine echte Prozessvoraussetzung dar; Hüßtege, in: Thomas/Putzo, ZPO, § 15a EGZPO Rn. 2.

³⁷ Dies sind die Länder Baden-Württemberg, Bayern, Brandenburg, Hessen, Nordrhein-Westfalen, das Saarland, Sachsen-Anhalt und Schleswig-Holstein. Abgedruckt sind die Gesetze im Schönfelder-Ergänzungsband, Nrn. 104 ff.

³⁸ Sog. Saarländisches Landesschlichtungsgesetz (Saar LSchlG), abgedruckt im Schönfelder-Ergänzungsband, Nr. 104 e.

³⁹ Siehe BT-Drs. 14/4722, S. 62.

⁴⁰ Vgl. Eisele, Jura 2003, 656 (662 f.).

⁴¹ Siehe auch unten unter C.I.3.

ten Fall zu erwarten haben. So ist z.B. im Saarländischen Landesschlichtungsgesetz (Saar LSchlG) von einem „Schlichtungsverfahren“ die Rede (§§ 37a I, 37f II 1), der neutrale Dritte wird jedoch zunächst als „Schiedsperson“ (§§ 37b I, 37c II), kurz darauf aber als „Schlichtungsperson“ (§ 37e III 2) oder nur als „Schlichter“ bezeichnet (§ 37j II). In den anderen Ländern ist die Benennung ähnlich unscharf. Zumal in allen Schlichtungsgesetzen der Ablauf des Verfahrens, wenn überhaupt, dann nur vage angedeutet ist, wird dieser in concreto in der Regel⁴² nicht deutlich. Die Streitschlichtungsgesetze der Länder enthalten insoweit lediglich die wichtigsten Verfahrensgrundsätze.⁴³ In diesen Fällen könnte die zur Streitbeilegung zuständige Person z.B. auch ein strukturiertes Mediationsverfahren vorschlagen.⁴⁴ Spätestens hier ist jedoch eine tatsächliche Kooperationsbereitschaft der Parteien erforderlich, die über das Bestreben hinausgeht, möglichst schnell die für die Anstrengung eines Gerichtsverfahrens erforderliche Erfolglosigkeitbescheinigung⁴⁵ in Händen zu halten. Nicht nur aus diesem Grund kann man dem vorgeschalteten Verfahren nach § 15a EGZPO eher skeptisch gegenüber stehen.⁴⁶

B. Verhandlung als Grundlage der Mediation

Nach der oben⁴⁷ gelieferten Definition ist Mediation die „negotiation carried out with the assistance of a third party“. Doch warum benötigen die Parteien die Hilfe eines neutralen Dritten, um ihre Verhandlung durchzuführen? Warum können sie nicht auch alleine miteinander verhandeln? Der Grund ist – kurz gesagt –, dass die Art von Verhandlung, die der Mediator unterstützt, nur die wenigsten ohne ihn führen könnten. Denn es ist eine andere Art von Verhandlung als die, die wir kennen und aus unserem Alltag zu führen gewohnt sind. Um das Wesen der Mediation und die Rolle des Mediators verstehen zu können, muss man sich also zunächst mit der Verhandlung als solcher – also ohne Unterstützung durch Dritte –

⁴² Eine Ausnahme dürfte das Bayerische Schlichtungsgesetz (BaySchlG, Schönfelder-Erg.band Nr. 104a) bilden, das in Art. 10 einen Verlauf vorsieht, der dem typischen Gang einer Schlichtungsverhandlung mit abschließendem, nicht bindendem Lösungsvorschlag des Schlichters entspricht.

⁴³ Eisele, Jura 2003, 656 (662) m.w.N.

⁴⁴ So der Vorschlag von Wolfram-Korn/Schmarsli, Außergerichtliche Streitbeilegung in Deutschland, S. 88 ff.

⁴⁵ Vgl. nur § 37c Saar LSchlG.

⁴⁶ So auch mit weiteren Gründen Eisele, Jura 2003, 656 (662).

⁴⁷ S.o. unter A.I.1.

befassen und ermitteln, was diese „andere Art von Verhandlung“ ausmacht und auszeichnet.

Jedermann, nicht nur wir Juristen, muss tagtäglich Konflikte lösen. Das tun wir, indem wir Verhandlungen führen – in den allermeisten Fällen ist uns das nicht einmal bewusst.⁴⁸ Entsprechend führen wir sie regelmäßig ohne ein festes Konzept, aus dem Bauch heraus, intuitiv (man könnte schon fast sagen: instinktiv). In der Verhandlungsforschung spricht man jedoch auch dann von intuitivem Verhandeln⁴⁹, wenn wir durchaus meinen, die Verhandlung mit einem Konzept zu beginnen und dieses auch durchzuhalten. Dieses Konzept besteht regelmäßig zunächst darin, zu Beginn der Verhandlung eine Position einzunehmen. Sie ist meistens extremer als nötig und unterscheidet sich stark von derjenigen der Gegenseite. In der Verhandlung wird dann versucht, der Gegenseite die eigene Position aufzuzwingen. Dass diese das Gleiche versuchen wird, macht die Angelegenheit nicht einfacher. Das Verhandlungsergebnis besteht dann zumeist in einem Kompromiss, der im Wege gegenseitigen Nachgebens erzielt wird. Es kann natürlich auch passieren, dass die beide Parteien an einer bestimmten Stelle nicht mehr zum Nachgeben bereit sind. Dann scheitert die Verhandlung.

Typisches **Beispiel** für diese Verhandlungsmethode ist das „Feilschen“ auf einem orientalischen Basar. Wenn hier der Händler einen Teppich verkauft, fordert er zunächst einen stark überzogenen Preis. Der potenzielle Kunde wird daraufhin seinerseits einen weitaus geringeren Preis verlangen. Nun werden die beiden (vor allem unterstützt durch mehr oder weniger ausgefeilte Überredungs-, Überzeugungs- und sonstige Manipulationstechniken) so lange mit ihren Forderungen nachgeben, bis sie sich auf einen Preis „in der Mitte“ geeinigt haben. *Haft*⁵⁰ bezeichnet das intuitive Verhandeln daher auch als „Basarverhalten“.

Es fällt auf, dass der Konflikt in diesem Verhandlungsmodell auf dem Wege des Streites beigelegt wird und nicht etwa durch Zusammenarbeit. Auch wenn die „Basarverhandlung“ den Eindruck erweckt, die Parteien bemühen sich gemeinsam um eine faire Einigung, so ist das bei genauerem Hinsehen natürlich keines-

⁴⁸ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 15.

⁴⁹ Der Begriff des „intuitiven Verhandeln“ wird vor allem bei Haft, Verhandlung und Mediation, verwendet. Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, verwenden diesen Begriff nicht, meinen aber wohl das Gleiche, wenn sie das „harte“ und „weiche“ Verhandeln gegenüber stellen, vgl. S. 16.

⁵⁰ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 9 ff.

wegs der Fall. Statt dessen lassen die Parteien keine Möglichkeit ungenutzt, sich auf faire oder unfaire Weise einen Vorteil zu eigenen Gunsten und zu Lasten der Gegenseite zu verschaffen. Das hat häufig zur Folge, dass auch im Falle einer Einigung das Ergebnis der Verhandlung weder in subjektiver noch in objektiver Hinsicht zufriedenstellend ist. Nicht in subjektiver Hinsicht, weil beide Parteien einen Kompromiss erzielt haben, der sich gegenüber ihrer ursprünglichen Forderung als ein Minus darstellt. Sie empfinden das Ergebnis dementsprechend als Niederlage. Und das ist es häufig auch in objektiver Hinsicht, denn in vielen Fällen hätte eine andere Verhandlungsmethode zu einer Lösung führen können, die für beide Parteien günstiger gewesen wäre.

Es handelt sich um das bereits angesprochene⁵¹ Modell, das den Mittelpunkt der Forschungen zur Alternative Dispute Resolution (ADR) bildet und vor allem unter dem Begriff „Harvard-Konzept“⁵² oder auch als „sachbezogenes“ oder „sachgerechtes“ Verhandeln bekannt geworden ist. Als Gegenbegriff zum soeben skizzierten intuitiven Verhandeln kann man es aber auch rationales Verhandlungsmodell nennen.⁵³ Neben der Tatsache, dass es statt auf Streit auf einer fairen Zusammenarbeit der Parteien basiert, wird es durch vier Grundprinzipien geprägt⁵⁴:

- Das Augenmerk ist in der Verhandlung auf die Interessen der Parteien zu richten, nicht auf die eingenommenen Positionen.
- Entsprechend gilt es, sich nicht mit den Menschen, sondern mit ihren Problemen zu befassen. Dabei hilft eine straffe Strukturierung der Verhandlung und eine möglichst umfassende Objektivierung der Entscheidungskriterien. Dies lässt sich unter dem Stichwort „Sachliches Verhandeln“ zusammenfassen.
- Es sind Lösungsvorschläge zu entwickeln, die den Parteien zum beiderseitigen Vorteil gereichen, also ihre Interessen in Einklang bringen. Das nennt man auch „den Kuchen vergrößern“.
- Schon vor der Verhandlung ist die eigene Beste-Ausstiegs-Alternative und die des Gegenübers zu ermitteln, während der Verhandlung ist sie nicht aus den Augen zu verlieren.

⁵¹ S.o. unter A.I.2.b).

⁵² Nach dem gleichnamigen Buch von Fisher/Ury/Patton.

⁵³ So nennt es Haft, Verhandlung und Mediation, ab S. 2.

⁵⁴ Vgl. Sander, in: Haft, Verhandlung und Mediation, Einführung (S. XX f.).

Diese Grundsätze des „rationalen“ oder „sachbezogenen“ Verhandeln, die übrigens für alle Verhandlungen des täglichen Lebens gelten und nicht nur für die Lösung rechtlicher Konflikte, werden im Folgenden näher dargestellt. Spätestens nach diesen Ausführungen wird die Antwort auf die Ausgangsfrage, wozu verhandelnde Parteien den Mediator brauchen, nicht mehr schwer fallen.

I. Interessen statt Positionen

Den Ausgangspunkt des rationalen Verhandlungsmodells bildet die Aufforderung an die Parteien, die Konzentration von den Positionen auf die Interessen zu verlagern – und zwar nicht nur auf die eigenen, sondern auch auf die des Gegenübers. (Schließlich soll der Konflikt nicht durch Streit, sondern durch Zusammenarbeit beigelegt werden.) Wie oben erwähnt, neigen wir dazu, eine Verhandlung mit der Entwicklung einer Position zu beginnen, die mit der der Gegenseite regelmäßig nur schwer in Einklang zu bringen ist. Das führt oft, wie ebenfalls oben erwähnt, zu unbefriedigenden Ergebnissen für beide Seiten. Doch warum ist die Konzentration auf die beiderseitigen Interessen so viel erfolgversprechender als das Beharren auf der eigenen Position? Und was unterscheidet überhaupt die Position vom Interesse?

Zunächst zur letzten Frage: Die Antwort hierauf erfordert eine Definition beider Begriffe. Eine einfache Variante hierzu lautet: Die Position bezeichnet das, was die Parteien haben wollen. Das Interesse bezeichnet das, was sie wirklich brauchen.⁵⁵ Als Jurist ist man geneigt zu sagen, dass die Position einer Partei den Ansprüchen entspricht, die sie in einem Rechtsstreit geltend macht. Das Interesse lässt sich dagegen nur schwer in juristische Kategorien einordnen.⁵⁶ Es mag zwar sein, dass sich ein Interesse durchaus in Form von Rechtsansprüchen formulieren ließe. Häufiger führt die Frage nach dem Interesse einer Partei aber zu Antworten, die über die sachliche oder auch rechtliche Ebene hinausgehen und z.B. eine gefühlsmäßige oder zwischenmenschliche Ebene betreffen.

⁵⁵ Vgl. Haft, Verhandlung und Mediation, S. 168, wobei er die Unterscheidung nicht zur Definition der Begriffe heranzieht. Diese dürfte gleichwohl richtig sein.

⁵⁶ Es dürfte einen auch nicht voranbringen, den Begriff in der hier beigemessenen Bedeutung mit dem schadensrechtlichen Begriff des (positiven bzw. negativen) Interesses zu vergleichen. Auch mit der so genannten „Interessenjurisprudenz“ haben die hier angesprochenen Interessen nichts zu tun, vgl. Haft, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 2 Rn. 33.

Beispiel: Im Rahmen einer Ehescheidung wird die Auseinandersetzung des gemeinsamen Hausrats verhandelt. Einen wertmäßig großen Posten bildet dabei der Familienschmuck, der auch wertvolle Erbstücke umfasst. Nun beanspruchen beide Parteien den gesamten Schmuck für sich: Die eine Seite, weil sie den Schmuck als Kapitalanlage sieht und auf Wertsteigerung hofft, die andere Seite, weil sie damit persönliche Erinnerungen verbindet. - Betrachtet man die Positionen der Parteien, ist man an rechtliche Kategorien gebunden: Die Parteien beanspruchen beide den Schmuck. Lenkt man das Augenmerk auf die Interessen, fällt auf, dass diese zum einen unterschiedlich sind (anders als ihre Positionen!) und sie sich zum anderen nur bedingt juristisch ausdrücken lassen. Eine „emotionale Bindung“ als Wertmaßstab kennt unsere Rechtsordnung nicht.⁵⁷

So lässt sich sagen, dass das Interesse im Vergleich zur Position mehr, weniger oder etwas ganz Anderes sein kann. Da wir in Konflikten jedoch naturgemäß dazu neigen, mehr zu fordern (= Position) als wir wirklich brauchen (= Interesse), dürfte der problematische Fall, dass das Interesse mehr umfasst als die Position, praktisch kaum auftreten.

Nun wird immer deutlicher, warum die Konzentration auf die Interessen mehr Erfolg verspricht als das „Feilschen“ um Positionen. Wenn nämlich das wahre Interesse einer Partei im Vergleich zu ihrer Position ein Minus ist, wenn sie also tatsächlich weniger braucht als sie ursprünglich beansprucht hat, kann man mit ihr leichter ein Ergebnis erzielen, mit dem sie zufrieden ist. Gleiches gilt, wenn sich ihre wahren Interessen von ihrer Position mehr oder weniger stark unterscheiden. Dann gilt es, die Entscheidungsmöglichkeiten kreativ zu erweitern und so zu einer interessengerechten Lösung zu kommen („den Kuchen vergrößern“⁵⁸). Auch das ist zwar oft nicht leicht, aber in der Regel leichter und produktiver, als strikt auf den eigenen Positionen zu beharren.

Im obigen Schmuck-**Beispiel** ist zumindest das Interesse desjenigen Ehegatten, dem es vor allem um den Wert der Schmuckstücke geht, ein Minus gegenüber seiner hervorgebrachten Position, die Herausgabe der Schmuckstücke an sich zu fordern. Es lässt sich erheblich leichter befriedigen, z.B. schon dadurch, dass die „emotional gebundene“ Partei den Schmuck behält und der anderen den Wert in anderer Form ausgleicht. - Natürlich ist es in vielen Fällen

⁵⁷ Das sieht man schon daran, dass die §§ 249 ff. BGB (mit der Ausnahme des § 251 II BGB) immer nur einen objektiv bemessenen (Markt-)Wert ersetzen können.

⁵⁸ S.u. unter B.III.

erheblich schwieriger, die Interessen der Parteien miteinander in Einklang zu bringen.

Wie gesagt, sind in der Verhandlung die *gegenseitigen* Interessen herauszuarbeiten und in den Vordergrund der Verhandlung zu stellen. Aus Sicht der Parteien ist die Ermittlung der Interessen der Gegenseite also mindestens genauso wichtig wie die der eigenen. Das mag denjenigen verwundern, der es gewohnt ist, in der Gegenseite den Widersacher zu sehen, mit dem es sich gefälligst zu streiten gilt. Er wird sich darauf einstellen müssen, dass das rationale Verhandlungsmodell die Konfliktlösung durch Zusammenarbeit ermöglicht, das kooperative Verhalten beider Seiten aber auch als aktiven Beitrag erfordert. So ist es nur folgerichtig, dass das Gegenüber als gleichwertiger Verhandlungspartner anzusehen ist, dessen Interessen für die Lösung des Konflikts in gleichem Maße zu entsprechen ist wie den eigenen. Nur so kann die angestrebte, beiden Seiten Gewinn bringende Lösung erzielt werden.

II. Sachliches und strukturiertes Verhandeln

Neben das Problem des positionsfixierten Verhandeln treten in der Praxis weitere Schwierigkeiten, die das rationale Verhandeln erschweren: Zum einen ist dies das häufig anzutreffende Bedürfnis, einen Konflikt zu emotionalisieren, d.h. seine Sachebene in unsachlicher Form mit seiner Beziehungsebene zu vermengen.⁵⁹ Zum anderen sind es die wiederholten Versuche, den Gegner zu manipulieren und damit dessen Verhandlungsposition zu Gunsten der eigenen zu schwächen. Hinzu kommt das allgemeine Problem, Ordnung in eine komplexe Verhandlung zu bringen. Die entsprechend fehlende Strukturierung verhindert ebenfalls eine sachliche Thematisierung der bestehenden Konfliktfelder. Drei Aspekte des rationalen Verhandlungsmodells, die hier unter dem Stichwort „sachliches und strukturiertes Verhandeln“ zusammengefasst werden, sollen helfen, diesen Missständen beizukommen.

⁵⁹ Vgl. dazu Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 36 f.

1. Trennung von Menschen und Problemen

Konflikte spielen sich, wie oben angedeutet, zumeist nicht nur auf einer sachlichen, sondern zugleich auf einer zwischenmenschlichen Ebene ab. Auf dieser Ebene neigen wir Menschen besonders stark dazu, unseren Emotionen nachzugeben und im Rahmen einer Verhandlung intuitiv zu handeln. Ein solcher „Rückfall“ in intuitive Verhaltensweisen kann zwar auch Vorteile haben: Eine Verhandlung lässt sich eben leichter und produktiver führen, wenn sich beide Seiten von vornherein sympathisch sind und einander vertrauen.⁶⁰ Doch trifft man gerade in Konfliktfällen zumeist auf die entgegengesetzte Situation: Inhaltliche Konflikte werden dann zum Anlass für persönliche Angriffe genommen – besonders, wenn das „Feilschen um Positionen“ nur noch wenig Hoffnung auf eine inhaltliche Einigung bietet. Ist der erste persönliche Angriff erst einmal lanciert, lässt der Gegenangriff meist nicht mehr lange auf sich warten, und so fort. Die Aussicht auf eine inhaltliche Einigung rückt schnell in weite Ferne.

Daher ist der Vorschlag der Entwickler des „Harvard-Konzeptes“, in Verhandlungen Menschen und Probleme getrennt voneinander zu beurteilen,⁶¹ nur folgerichtig. Doch wie erreicht man diese Trennung in der Praxis?

Zunächst einmal kann man ihr wenigstens näher kommen, indem man selbst für eine Verhandlungssituation sorgt, in der das eigentliche Sachproblem von beiden Parteien gemeinsam erörtert und möglichst auch gelöst werden kann. Dazu gehört es, der Gegenseite zuzuhören, sich für ihre Probleme (und vor allem ihre Interessen, s.o.) zu interessieren und ihr durch eine entsprechende Kommunikation das Gefühl zu vermitteln, mit ihr gemeinsam in sachlicher Form die anstehenden Probleme lösen zu wollen.⁶²

Schwieriger wird es, wenn ernsthafte zwischenmenschliche Konflikte zwischen den Parteien so schwer wiegen, dass sie im Rahmen der Verhandlung als eigener Problembereich anzusehen sind. Doch gerade dann gilt es, den Sachkonflikt vom Beziehungskonflikt zu trennen, indem man nämlich die zwischenmenschlichen Probleme nicht etwa unter den Teppich kehrt, sondern explizit zum Gegenstand der Verhandlung macht.⁶³ Hierbei hilft insbesondere das Instrument der Strukturierung des Verfahrens, das unten näher dargestellt wird.

⁶⁰ Vgl. Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 41.

⁶¹ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 39 ff.

⁶² Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 46 ff.

⁶³ Vgl. für den Fall der Mediation Kessen/Troja, in: Handbuch Mediation, § 16 Rn. 37; siehe auch das Beispiel bei Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 1 Rn. 229 ff.

Diese Hinweise können praktisch in vielen Fällen nur schwer befolgt werden. Sieht man sich in einer Verhandlung schweren persönlichen Angriffen oder Manipulationsversuchen ausgesetzt, oder ist man selbst in einen zwischenmenschlichen Konflikt mit der Gegenseite involviert, dürfte es auch in der Kunst des rationalen Verhandeln Geschulten bisweilen schwer fallen, den Verlockungen des persönlichen (Gegen-)Angriffs zu widerstehen. Spätestens hier bietet sich dann auch bei „Verhandlungsexperten“ die Einschaltung eines Mediators an.

2. Heranziehung neutraler Beurteilungskriterien

Auch die oben herangezogene Formel „Interessen statt Positionen“ ist kein Patentrezept. Auch die Interessen der Parteien, mögen sie auch noch so objektiv und differenziert herausgearbeitet worden sein, können miteinander kaum oder gar nicht zu vereinbaren sein. Spätestens hier beginnen die Parteien dann gerne aufs Neue im Sinne der „Basarmethode“ zu feilschen und zu manipulieren, also intuitiv zu verhandeln. An dieser Stelle der Verhandlung ist im Sinne des „Harvard-Konzepts“ der Heranziehung objektiver Beurteilungskriterien der Vorzug einzuräumen.⁶⁴ Objektive Beurteilungskriterien sind z.B. der Marktwert einer Sache, frühere Vergleichsfälle oder Gutachten von Sachverständigen.⁶⁵ Objektive Kriterien haben den offensichtlichen Vorteil, dass sie der subjektiven Beurteilung durch die Verhandlungsparteien entzogen sind.

Beispiel:⁶⁶ Ein Versicherungsnehmer verhandelt mit dem Sachbearbeiter einer Versicherung über die Entschädigungssumme für einen zerstörten Gebrauchtwagen. Der Sachbearbeiter bietet einen vergleichsweise niedrigen Betrag und beruft sich bloß auf Gepflogenheiten des Unternehmens („Mehr haben wir noch nie gezahlt.“). Wer sich auf dieses Spiel nicht einlässt und eine Orientierung an objektiven Kriterien verlangt („Es mag ja sein, dass Ihre Forderung berechtigt ist, aber weisen Sie mir das bitte nach. Haben Sie z.B. eine Tabelle mit objektiven Schätzwerten?“), zwingt seinem Gegenüber eine faire Verhandlungsstrategie auf. Dabei kann es in kommunikativer Hinsicht helfen, wenn man die gemeinsame Suche nach objektiven Entscheidungskriterien zum „Zwischenziel“ der Verhandlung erklärt („Lassen Sie uns beide nach objektiven Kriterien suchen und die Verhandlung erst fortsetzen, wenn wir entsprechende Informationen gefunden haben.“).

⁶⁴ Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 121 ff.

⁶⁵ Weitere Beispiele bei Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 126 f.

⁶⁶ Nach Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 137 ff.; ein ähnliches Beispiel liefert Haft, Verhandlung und Mediation, S. 18 f.

Beruft sich eine Partei auf objektive Kriterien, wird es der Gegenseite schwer fallen, ihr zu widersprechen. Sie kann es nur dann wirkungsvoll tun, wenn sie sich ihrerseits auf objektive Informationen stützen kann.

3. Strukturierung des Verfahrens

Auch scheinbar einfache Verhandlungen können sich schnell als eine komplizierte Angelegenheit entpuppen. *Haft* geht sogar so weit, zu behaupten, dass uns Verhandlungen in ihrer Komplexität generell überfordern.⁶⁷ Die Anwendung intuitiver Verhandlungsmuster liefert uns (zumeist unbewusst) einen gangbaren Weg, dieser Überforderung durch Ausweichen zu entsprechen.⁶⁸ Dass dieser Weg aber nur selten richtig ist, dürfte mittlerweile deutlich geworden sein.

Haft sieht nun den Ausweg aus diesem Dilemma im Strukturdenken: Ein komplexer Sachverhalt muss so lange in „gehirngerechte“ Teileinheiten zerlegt werden, bis er als Teilaspekt von der menschlichen Informationsverarbeitung zu bewältigen ist.⁶⁹ Dieses Strukturdenken ist auf die Verhandlungsführung zu übertragen, indem die verschiedenen Aspekte, Problemfelder, Interessen der Parteien und Lösungsmöglichkeiten in Strukturen überführt werden, welche die Parteien intellektuell bewältigen können. Hierdurch wird die Verhandlung geordnet und somit verhindert, dass sich die Parteien in der Komplexität ihres Konfliktes verlieren und ins intuitive Verhandeln „zurückfallen“.

Beispiel:⁷⁰ V hatte einen Autounfall und verhandelt mit dem Sachbearbeiter S der Haftpflichtversicherung seines Unfallgegners über ein angemessenes Schmerzensgeld. Dabei stellt sich heraus, dass nicht sicher ist, ob dem S dieses Schmerzensgeld in rechtlicher Hinsicht zusteht. In diesem Fall fordert er das Schmerzensgeld aus Kulanzgründen. - Diese Verhandlung bietet durchaus eine gewisse Komplexität, es dürfte zu erwarten sein, dass die Parteien ihr Heil in der „Basarmethode“ suchen. Dies lässt sich vermeiden, indem z.B. zunächst der rechtliche Aspekt des Falles verhandelt wird. Schließlich spielt der Kulanzaspekt nur dann eine Rolle, wenn dem V nicht schon aus rechtlichen Gründen ein Schmerzensgeld zusteht.

⁶⁷ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 54 ff. (mit ausführlicher und lesenswerter Begründung ab S. 34 ff., für deren Zusammenfassung hier leider kein Platz ist).

⁶⁸ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 59 ff.

⁶⁹ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 68 ff.

⁷⁰ Frei nach Haft, Verhandlung und Mediation, S. 26 f., 95 ff.

Die Strukturierung komplexer Situationen dürfte vor allem Juristen leicht fallen, sind sie es doch seit Beginn ihrer Ausbildung gewohnt, komplexe Sachverhalte und Rechtsnormen durch Bildung geeigneter Strukturen aufzulösen.⁷¹ So zerlegen wir einen zivilrechtlichen Anspruch in eine Tatbestands- und eine Rechtsfolgende. Begriffsdefinitionen wie den der Wegnahme i.S.v. § 242 StGB merken wir uns, indem wir den Begriff in Einzelmerkmale (Wegnahme = fremder Gewahrsam + Gewahrsamsbruch + Begründung neuen Gewahrsams) und ggf. in Untermerkmale (Gewahrsam = Sachherrschaft + Herrschaftswille⁷²) untergliedern.

In der Verhandlung hilft dieses Verfahren auch, wenn sich die Gegenseite von der eigenen Fairness und Kooperationsbereitschaft nicht beeindrucken lässt und ihr Heil weiterhin in Manipulationsversuchen⁷³ bis hin zu persönlichen Angriffen sucht. Hier gilt das Prinzip der sog. „formalen Führung“.⁷⁴ Nach Ansicht *Hafts* neigen wir von Natur aus dazu, der Einhaltung formaler Ordnungen einen hohen Rang einzuräumen. Sein Lösungsvorschlag liegt folglich darin, die formale Strukturierung einer Verhandlung nicht nur vorzuschlagen, sondern auch mit der Gegenseite verbindlich zu vereinbaren, sog. Verhandlungsverträge abzuschließen.⁷⁵

Im obigen **Beispiel** könnte V also sagen: „Könnten wir uns darauf einigen, dass wir uns zunächst auf die Frage konzentrieren, ob Ihr Anspruch in rechtlicher Hinsicht begründet ist? Dann müssten wir die Kulanzfrage anschließend nur dann besprechen, falls sich Ihr Anspruch als rechtlich unhaltbar erweisen sollte.“ Falls S hiermit wider Erwarten nicht einverstanden sein sollte, sollte man ihn um andere Vorschläge hinsichtlich der Verhandlungsordnung (!) bitten.

Sollte nun eine Partei gegen den Vertrag verstoßen, indem sie z.B. nicht mehr sachlich verhandelt oder die Gegenseite persönlich angreift, kann man sie – selbstverständlich in höflicher und sachlicher Form – an diese Übereinkunft erinnern. Man nimmt dann das Verfahren sprichwörtlich in die Hand, übt mithin „formale Führung“ aus. Aufgrund der angesprochenen „formalen Autoritätshörigkeit“ besteht eine gute Chance, dass der Vorschlag akzeptiert werden wird und

⁷¹ Vgl. Haft, Verhandlung und Mediation, S. 6, 52 ff.

⁷² Haft, Strafrecht, Besonderer Teil, S. 140 f.

⁷³ Hierzu ausführlich Haft, Verhandlung und Mediation, S. 170 ff.

⁷⁴ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 73 ff.

⁷⁵ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 77.

die Verhandlung ordnungsgemäß fortgesetzt werden kann.

III. „Den Kuchen vergrößern“

Ein besonderer Vorzug, den die hier vorgestellten Verhandlungsmodelle für sich beanspruchen, liegt in der kooperativen und kreativen Erweiterung der Entscheidungsmöglichkeiten.⁷⁶ Idealerweise findet sich auf diese Weise ein Lösungsweg, den die Verhandlungsparteien in dieser Form zunächst gar nicht in Betracht gezogen hatten, der aber ihren beiderseitigen Interessen entspricht. Diese Form der kreativen Lösungsfindung nennt man auch „Kuchenvergrößerung“⁷⁷, da die Parteien auf diese Weise insgesamt mehr vom sprichwörtlichen Kuchen bekommen, als sie es nach ihren eigenen Lösungswegen für möglich gehalten hätten.

Der kritische Leser wird sich berechtigterweise fragen, ob man kreative Lösungsmöglichkeiten so einfach „aus dem Ärmel schütteln“ bzw. wie man die Entwicklung solcher Lösungen fördern kann.

Der erste Schritt hierzu liegt im bereits angesprochenen⁷⁸ Grundsatz, das Augenmerk in der Verhandlung auf die beiderseitigen Interessen der Parteien zu richten. Dadurch, dass Interessen regelmäßig leichter miteinander zu vereinbaren sind als Positionen⁷⁹, wird die Suche nach sachgerechten Lösungen bereits entsprechend vereinfacht. Ergibt sich aus dieser Vorgehensweise allein noch nicht die optimale Lösung, müssen andere Wege der kreativen Entscheidungssuche beschritten werden.

Eine Möglichkeit hierzu, die auch außerhalb von Verhandlungen als Mittel der Entscheidungsfindung weit verbreitet ist, ist das Brainstorming. Darunter versteht man die „wahllose“ Sammlung von Lösungsmöglichkeiten, zumeist in einer größeren Gruppe und in begrenzter Zeit, wahlweise auch unter gezieltem Zeitdruck.⁸⁰ Das Grundprinzip des Brainstorming liegt darin, zunächst möglichst viele

⁷⁶ Vgl. Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 89 ff.; Haft, Verhandlung und Mediation, S: 100 ff.

⁷⁷ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 100.

⁷⁸ S.o. unter B.I.

⁷⁹ S.o. unter B.I.

⁸⁰ Im Beispiel von Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 1, wird in den Rn. 169 ff. das Prinzip „AKUT“ vorgestellt. Dabei stehen die Anfangsbuchstaben für:

- „Alles“: Alle auch noch so abwegigen Vorschläge dürfen und sollen genannt werden.
- „Kein Kommentar“: Die Vorschläge dürfen zunächst nicht kommentiert, also bewertet werden.
- „Umnutzen“: Die Ideen des anderen dürfen für eigene Vorschläge verwendet werden, indem man sie aufgreift und weiter entwickelt.

Vorschläge zu sammeln, ohne sie zu bewerten. Die Bewertung findet erst statt, nachdem die Vorschläge gesammelt und sortiert bzw. strukturiert wurden. Der Vorzug dieses Vorgehens liegt zum einen darin, dass es häufig gerade die auf den ersten Blick abwegigen Vorschläge sind, die sich nach abschließender Bewertung als gar nicht so abwegig entpuppen oder zumindest den gedanklichen Weg zu einer hierauf basierenden, variierten Lösung ebnen. Zum anderen liegt es nahe, dass eine sofortige Bewertung, also Kritik der geäußerten Ideen den „Erfindergeist“ der Teilnehmer eher hemmen als fördern würde. Bei der abschließenden Bewertung der unterbreiteten Vorschläge sind wiederum die bereits erwähnten Grundsätze der Versachlichung, der Objektivierung und auch der Strukturierung⁸¹ zu beachten.

Allgemein wird in der Literatur zur Verhandlung der landläufigen Meinung, die kreative Entscheidungsfindung sei eine Gabe, die sich nicht erlernen ließe, widersprochen.⁸² Neben den genannten Werkzeugen zur Unterstützung der kreativen Entscheidungsfindung sind zahlreiche andere Ansätze denkbar, durch die Kreativität wenigstens in Maßen erlernt werden kann.⁸³

IV. Die „Beste Ausstiegs-Alternative“

Bei allen Hinweisen, wie eine sachgerechte und erfolgreiche Verhandlung zu gestalten ist, können diese leider keine Patentrezepte liefern. Gerade im Falle sogenannter Machtungleichgewichte, wenn sich also die Gegenseite in einer stärkeren bzw. mächtigeren Position befindet, führen die genannten Rezepte des rationalen Verhandeln häufig nicht zum Erfolg. Dann kann es, je nach Verhandlungsgegner und -gegenstand, vernünftig sein, einen Ausstieg aus der Verhandlung ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Dieser Abwägungsvorgang ist ein genauso ernst zu nehmender Teil der Verhandlungsstrategie wie das Verhalten in der eigentlichen Verhandlung. Schließlich soll die Verhandlung beiden Seiten Gewinn

-
- „Tempo“: Das Ganze muss schnell gehen, damit man nicht zu lange über womöglich negative Folgen eines Vorschlags nachdenkt.

⁸¹ So stehen nach Ansicht Hafts die Parteien gerade bei der Sortierung und Bewertung der möglichen Lösungen wiederum vor einem Komplexitätsproblem, dem nur durch Strukturdenken – s.o. unter B.II.3. – beizukommen ist. Entsprechend ist dieses letztlich auch ein Mittel zur Förderung der Kreativität. Vgl. Haft, Verhandlung und Mediation, S.100 ff.

⁸² Vgl. Haft, Verhandlung und Mediation, S. 100 f.; Greiter, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 12 Rn. 6 ff.

⁸³ Greiter, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 12, gibt z.B. 77 allgemeine Denkanstöße (Rn. 10 ff.) und 33 Beispiele zur Anwendung dieser Grundsätze (Rn. 12 ff.), die die Suche nach kreativen Problemlösungen erleichtern können.

bringen, und das kann nur dann geschehen, wenn sich beide Seiten darüber im Klaren sind, in welcher Situation sie sich nach einem Abbruch der Verhandlung befänden.

In den meisten Fällen haben die Parteien in diesem Fall mehrere Alternativen, wie sie nach erfolgloser Beendigung der laufenden Verhandlung weiter verfahren könnten. Die günstigste dieser Möglichkeiten wird hier „Beste Ausstiegs-Alternative“ genannt.⁸⁴ Die eigene „Beste Ausstiegs-Alternative“ sollte bereits vor Beginn der Verhandlung ermittelt werden. Dies ist häufig ein sehr komplexer Vorgang, schließlich müssen alle Alternativen herausgearbeitet und sorgfältig gegeneinander abgewogen werden. Während der laufenden Verhandlung ist man damit schnell überfordert.⁸⁵ Hat man die „Beste Ausstiegs-Alternative“ jedoch schon vor der Verhandlung festgelegt, fällt es vergleichsweise leicht, die eigene Verhandlungsposition einzuschätzen und zu beurteilen, ob, und wenn ja, wie viel Gewinn einem die Verhandlung bringt.

Beispiel: Ein Angestellter verhandelt mit seinem Arbeitgeber über eine Gehaltserhöhung. In der „Hinterhand“ hat er verschiedene konkrete Angebote, zu anderen Unternehmen zu wechseln. Die Angebote unterscheiden sich in vielerlei Hinsicht: Das eine Unternehmen bietet ein sehr hohes Gehalt, ein anderes relativ geringe Arbeitszeiten, ein drittes Angebot spezielle Sonderprämien und ein vierter potenzieller Arbeitgeber zeichnet sich schließlich durch ein besonders gutes Betriebsklima aus. Hier ergibt sich eine „Ausstiegs-Alternative“ für die Gehaltsverhandlung nicht daraus, sich aus den vier Angeboten die „Rosinen herauszupicken“. Statt dessen sollte sich der Angestellte vor der Verhandlung überlegen, welche der vier Alternativen er für die attraktivste, also die „Beste Ausstiegs-Alternative“ hält. Anderenfalls läuft er Gefahr, die eigene Verhandlungsposition überzubewerten und nach einem Ausstieg aus der Verhandlung ernüchtert festzustellen, dass das Angebot seines Vorgesetzten doch nicht so schlecht war, wie es ihm zunächst erschien.

Neben der eigenen „Besten Ausstiegs-Alternative“ kann auch die der Gegenseite eine bedeutende Rolle spielen. Wenngleich sie häufig sehr viel schwieriger zu ermitteln sein dürfte als die eigene, sollte man sich wenigstens bemühen, nach ihr zu suchen. Die Verhandlung wird entsprechend vereinfacht, wenn das Gegen-

⁸⁴ In der englischsprachigen Literatur ist die Abkürzung „BATNA“ (= Best Alternative To Negotiated Agreement) geläufig, siehe Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept, S. 143. Die Bezeichnung ist freilich ungenau, da es um die Alternative zum Verhandlungsabbruch, nicht zu dem der erfolgreichen Übereinkunft geht; Haft, Verhandlung und Mediation, S. 206.

⁸⁵ Vgl. mit Beispielen Haft, Verhandlung und Mediation, S. 205 f.

über bereit ist, auf Nachfrage die eigene „Beste Ausstiegs-Alternative“ zu nennen.⁸⁶ Man kann das ohne weiteres auch selbst tun, falls man die Verhandlung entsprechen offen und transparent führen möchte. Verhandelt man mit Unterstützung eines Mediators, bietet sich das vielleicht schon deshalb an, um dem Grundsatz der Informiertheit der Beteiligten⁸⁷ gerecht zu werden.

V. Die Rolle des Mediators

Das rationale bzw. sachgerechte Verhandeln wurde uns offensichtlich nicht in die Wiege gelegt: Wir können ihre Bestandteile, Besonderheiten und insbesondere ihre Vorteile zwar logisch nachvollziehen, müssen aber einsehen, dass sie nicht unserer Intuition entsprechen und daher mehr oder weniger mühsam erlernt werden müssen.

Möchten beide Parteien rational und sachbezogen miteinander verhandeln, ohne dass beide diese Kunst erlernt haben, benötigen sie die Unterstützung eines „Verhandlungstrainers“. Genau das ist letzten Endes die Rolle des Mediators. Er hilft den Parteien zum Beispiel dabei, die „Interessen hinter den Positionen“ zu ermitteln und Lösungsmöglichkeiten zu ermitteln, durch die „der Kuchen vergrößert“ werden kann.

Beherrscht dagegen eine der Parteien das sachgerechte Verhandeln und die andere nicht, steht dies einer erfolgreichen Verhandlung auch ohne Mediator grundsätzlich nicht im Wege. Schließlich bedeutet rationales bzw. sachgerechtes Verhandeln immer gleichzeitig faires und vor allem kooperatives Verhandeln. Wer dieses Prinzip beherrscht und verinnerlicht hat, wird das Gegenüber nicht als Gegner oder gar potenzielles Opfer betrachten, sondern als Partner, mit dem es ein Ergebnis zu erarbeiten gilt, das beide Seiten gleichermaßen zufrieden stellt. Nicht der „Verhandlungsexperte“ wird also von den mangelnden Kenntnissen der Gegenseite profitieren, sondern eher wird das Gegenteil der Fall sein. Erst recht wird die Einschaltung des Mediators grundsätzlich unnötig sein, wenn es bei *beiden* Seiten um solche „Experten“ handelt.

Trotzdem bleiben Situationen denkbar, in denen auch im Verhandeln geschulte Personen überfordert sein können. Dann bietet sich auch für sie die Beteiligung eines Mediators an. Das wird am ehesten dann der Fall sein, wenn die

⁸⁶ Haft, Verhandlung und Mediation, S. 206 f.

⁸⁷ S. u. unter C.I.4.

Parteien emotional so stark in den Konflikt involviert sind, dass es ihnen unmöglich wird, rational zu verhandeln, wie z.B. in Scheidungsverhandlungen.

C. Prinzipien und typischer Ablauf des Mediationsverfahrens

Nachdem die Rolle des Mediators als „Verhandlungstrainer“ der Parteien geklärt wurde, können nun die Merkmale betrachtet werden, die das Mediationsverfahren von der „nicht vermittelten“ Verhandlung unterscheiden. Dies sind zunächst die Grundsätze des Verfahrens, darauf folgend sein typischer Ablauf.

I. Verfahrensgrundsätze

Das Mediationsverfahren ist durch fünf Grundprinzipien geprägt. Einige ergeben sich unmittelbar aus der Definition des Begriffs, andere ergeben sich mittelbar hieraus, oder sie haben sich im Laufe der Jahre aufgrund praktischer Erfahrungen als unverzichtbar erwiesen.

1. Neutralität des Mediators⁸⁸

Der Mediator hat, wie bereits angedeutet⁸⁹, keine eigene Entscheidungsgewalt. Hieraus kann er seine Autorität im Mediationsverfahren also nicht beziehen: Sie muss sich ausschließlich daraus ergeben, dass seine Position von den Konfliktparteien gleichermaßen anerkannt wird. Dies setzt aber zwingend voraus, dass er sich neutral verhält.

Hieraus ergibt sich die Frage, wann sich der Mediator überhaupt neutral verhält, d.h. wo im Mediationsverfahren der Bezugspunkt seiner Neutralität liegt. Er liegt, das mag bei erstem Hinsehen überraschen, nicht etwa im allgemeinen Gerechtigkeitsempfinden oder dem des Mediators, sondern ausschließlich im Verfahren selbst. Äußert also beispielsweise eine Partei während des Verfahrens einen Standpunkt, der jeder rechtlichen Grundlage entbehrt, aber sachlich dem Verlauf des Verfahrens entspricht, darf der Mediator keine rechtliche Bewertung

⁸⁸ Ausführlich hierzu: Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 9 ff; kürzer: Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (729).

⁸⁹ S.o. unter A.I.1.

dieses Standpunktes vornehmen. Dies wäre eine *Handlung*, durch die er das Neutralitätsgebot verletzen würde. Doch auch in seiner *Person* liegende Umstände können seine Neutralität ausschließen, z.B. verwandtschaftliche Beziehungen zu einer Partei oder ein Eigeninteresse am Ausgang des Verfahrens.

2. Selbstverantwortlichkeit der Parteien

Die Parteien sind für sämtliche in der Verhandlung angesprochenen und diskutierten Inhalte selbst verantwortlich.⁹⁰ Sie entscheiden, welche Inhalte sie ansprechen und welche Probleme sie lösen möchten, und sie verantworten das Ergebnis letzten Endes alleine. Die Mediation bzw. der Mediator bieten ihnen nur den Rahmen, in dem diese autonome Verhandlung stattfinden kann.

Fraglich ist, ob der Mediator die Selbstverantwortlichkeit der Parteien unterwandert, wenn er eigene inhaltliche Vorschläge in das Verfahren einbringt. Hierin kann zusätzlich ein Verstoß gegen das Neutralitätsgebot gesehen werden.⁹¹ Auf diese Frage wird später zurückzukommen sein.⁹²

3. Freiwilligkeit

Das Prinzip der Freiwilligkeit⁹³ besagt zweierlei: Zunächst müssen die Parteien die Entscheidung, einen Konflikt durch Mediation beizulegen, autonom, also selbstbestimmt treffen. Das ist z.B. nicht der Fall, wenn sie die Verhandlung auf Druck der Gegenseite oder gar des Mediators hin aufnehmen, also sich dem Willen dieser Seiten unterwerfen. (Insofern ist, wie bereits angesprochen⁹⁴, bei einer Mediation im Rahmen einer obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung Misstrauen bezüglich der Erfolgsaussichten durchaus angebracht.) Entsprechend darf im Gegenzug jede Partei – auch der Mediator – jederzeit und ohne Angabe von Gründen aus dem Verfahren aussteigen, ohne besondere Nachteile befürchten zu müssen.

⁹⁰ Ausführlich Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 102 ff.

⁹¹ Vgl. Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 106.

⁹² S.u. unter C.II.3.

⁹³ Vgl. auch Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 99 ff.

⁹⁴ S.u. unter A.II.5.

4. Informiertheit der Beteiligten

Während des Verfahrens sind die Beteiligten jederzeit über alle für sie relevanten rechtlichen und tatsächlichen Tatsachen aufzuklären. Dies mag in der heutigen Zeit ungewöhnlich erscheinen, wird doch in Konflikten häufig angestrebt, die eigene (Verhandlungs-)Position durch ein Übergewicht an Information auszubauen („Wissen ist Macht“). Denkt man jedoch wiederum daran, dass in der Mediation ein Konflikt nicht durch Streit, sondern durch Zusammenarbeit beigelegt werden soll, leuchtet ein, dass dies nur bei ausgeglichener Informiertheit der Parteien gelingen kann.

Ist der Mediator Jurist⁹⁵, kann auch er grundsätzlich sein Rechtswissen ins Verfahren einbringen und den Parteien zur Verfügung stellen, falls diese das wünschen.⁹⁶ Hier können sich jedoch Probleme ergeben, wenn die durch ihn vorgenommene Aufklärung geeignet ist, seine Neutralität (s.o.) zu gefährden.⁹⁷ Berät der Anwaltsmediator z.B. in einer Scheidungsmediation die Ehefrau über ihren Unterhaltsanspruch, und dabei stellt sich heraus, dass dieser höher liegt als bis dato von den Parteien angenommen, kann ihn das die Anerkennung als neutrale Instanz durch den Ehemann kosten.⁹⁸

5. Vertraulichkeit

Im Rahmen des Mediationsverfahrens sind zum einen die Tatsache, dass überhaupt ein Verfahren stattfindet, zum anderen die Inhalte des Verfahrens vertraulich. Der Grund für dieses Prinzip liegt vor allem darin, die Informiertheit der Beteiligten (s.o.) zu sichern, denn eine offene Aussprache kann gerade bei sensibleren Themen regelmäßig nur dann stattfinden, wenn sich die Parteien sicher sein können, dass während oder nach der Mediation keine Informationen nach außen gelangen. Zudem soll verhindert werden, dass die offenbarten Informationen nach einer gescheiterten Mediation in einem Gerichtsverfahren gegen die betroffenen Parteien verwendet werden können.

Die Vertraulichkeit wird üblicherweise zu Beginn der Mediation im Rahmen eines Mediationsverfahrensvertrags vereinbart.⁹⁹ Hierzu gehört auch, dass sich der

⁹⁵ Siehe dazu unten unter D.I.

⁹⁶ V.Hoyningen-Huene, JuS 1997, 352 (353).

⁹⁷ Vgl. dazu Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 116.

⁹⁸ Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (730).

⁹⁹ Zur Frage der praktischen Sicherung der Vertraulichkeit s.u. unter D.III.1.

Mediator verpflichtet, in einem möglichen späteren Gerichtsverfahren weder als Vertreter einer der Parteien, noch als Zeuge oder Gutachter aufzutreten.

II. Typischer Verfahrensablauf

In der Literatur und in der Praxis hat sich mit den Jahren ein recht typischer Ablauf des Mediationsverfahrens herausgebildet. Die im folgenden bevorzugte Einteilung in vier Phasen ist dabei keineswegs als festes Schema zu verstehen. In der Literatur schwankt die Gliederung zwischen drei und zwölf Phasen, wobei sich die Darstellungen der Verfahrensinhalte nicht wesentlich voneinander unterscheiden.¹⁰⁰

1. Vorbereitung des Verfahrens

In der Phase der Vorbereitung bahnen sich die Parteien den Weg zur Durchführung einer erfolgreichen Mediation. Dies setzt zunächst voraus, dass zumindest eine der Parteien die entsprechende Initiative ergreift und den Mediator – in der Regel einen Rechtsanwalt¹⁰¹ mit entsprechender Ausbildung¹⁰² – aufsucht, um ihn um die Durchführung des Verfahrens zu bitten. Dabei muss der Mediator vor allem darauf achten, das Gebot der Neutralität¹⁰³ nicht zu verletzen. Dies kann schon dadurch passieren, dass er sich der Partei, die zuerst auf ihn zukommt, zu intensiv widmet. Dies ist spätestens dann der Fall, wenn er sie z.B. anwaltlich berät. Die Neutralität kann aber auch schon dadurch verletzt werden, dass sich der Mediator durch eine Partei einseitig über den Konfliktfall informieren lässt, ohne dass die Gegenseite hierüber informiert ist. Spätestens, wenn sie von diesem Vorgang erfährt, könnte sie die Neutralität des Mediators (berechtigterweise) in Frage stellen.¹⁰⁴

Geht die Initiative von einer der Konfliktparteien aus, ist zudem ein sensibles Vorgehen des Mediators gegenüber der Gegenseite gefordert. Um das Gebot der Freiwilligkeit¹⁰⁵ nicht zu verletzen, darf der Mediator nicht etwa versuchen, diese zur Durchführung des Verfahrens zu überreden. Sachliche und eher knapp gehal-

¹⁰⁰ Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (729).

¹⁰¹ Zum Problem der Mediation von Nichtjuristen s.u. unter D.I.

¹⁰² Siehe zum Thema „Aus- und Weiterbildung“ den zweiten Teil dieser Arbeit.

¹⁰³ S.o. unter C.I.1.

¹⁰⁴ Vgl. das Beispiel bei Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 1 Rn. 17.

¹⁰⁵ S.o. unter C.I.3.

tene Informationen über die Möglichkeit einer Mediation sowie deren typischen Ablauf sollten hier ausreichen.¹⁰⁶

Haben sich die Konfliktparteien schließlich gleichermaßen entschlossen, ein Mediationsverfahren zu wagen, und suchen sie hierzu den Mediator (typischerweise) zu einer ersten vorbereitenden Sitzung in seinen Räumen auf, geht es häufig zunächst darum, Berührungsängste gegenüber dem Verfahren an sich sowie gegenüber dem Mediator abzubauen. Dieser muss seinerseits eine von einer positiven Grundstimmung geprägte Atmosphäre schaffen, damit die Parteien ihm im weiteren Verlauf ihr Vertrauen schenken; hier sind – wie im gesamten weiteren Verfahren – insbesondere die kommunikativen Fähigkeiten des Mediators gefordert.¹⁰⁷ Der Mediator wird den Parteien zu erläutern haben, was es mit der Mediation auf sich hat und worin der Sinn und Zweck dieses Verfahrens liegt. Hier gilt es auch, den Parteien das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit¹⁰⁸ zu vermitteln, und ihnen zu verdeutlichen, dass der Mediator ihnen letztlich dabei helfen möchte, im Wege der Kooperation eine eigene Lösung ihres Konflikts zu finden. Schließlich muss er mit den Parteien klären, ob diese Art der Konfliktbeilegung überhaupt ihren Vorstellungen entspricht oder ob sie sich nicht vielleicht etwas völlig anderes darunter vorgestellt haben.

Sind die Parteien grundsätzlich an der Durchführung des Verfahrens interessiert, wird der Mediator im nächsten Schritt von ihnen verlangen, ihm einen ersten Einblick in ihren Konflikt zu geben. Das wird in der Regel passieren, indem jede Partei kurz ihre Sicht der Dinge schildert. Anhand dieser Schilderung muss der Mediator dann entscheiden, ob er im vorliegenden Fall eine Mediation aus seiner Perspektive überhaupt für sinnvoll hält. Ein denkbarer Grund, von einer Mediation Abstand zu nehmen, könnte neben einigen anderen¹⁰⁹ ein unausgleichbares Machtungleichgewicht in der Beziehung der Parteien zueinander sein. Dies kann z.B. unter Umständen in der Familienmediation der Fall sein, wenn Gewalt in der Familie zuvor eine Rolle gespielt hat.¹¹⁰

¹⁰⁶ Vgl. Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 1 Rn. 14 ff. (hier lässt eine Partei der Gegenseite ein kurzes Informationsschreiben der Mediatorin zukommen).

¹⁰⁷ Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 14.

¹⁰⁸ S.o. unter C.I.2.

¹⁰⁹ Vgl. Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (731).

¹¹⁰ Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (731), mit dem Hinweis darauf, dass viele Autoren Gewalt zwischen den Parteien nicht als zwingenden Ausschlussgrund für die Mediation ansehen.

2. Entwicklung einer Verhandlungsordnung

Nachdem der Mediator einen ersten Eindruck vom Konflikt der Beteiligten bekommen hat, sollte er in der Lage sein, diesen genauer zu analysieren und ein erstes Konzept auszuarbeiten, wie das Verfahren zu organisieren sein könnte. Dieses Konzept gilt es letztlich in Zusammenarbeit mit den Parteien (ggf. in einer neuen Sitzung) festzulegen, um das Prinzip der Selbstverantwortlichkeit¹¹¹ nicht zu verletzen. Dieses Konzept umfasst das eigentliche Ziel der Mediation sowie Aspekte des Verfahrensablaufs, wie z.B. den Ort, den zeitlichen Rahmen (Dauer des Verfahrens insgesamt sowie der einzelnen Sitzungen) und die Kosten. Da sich die Kosten regelmäßig nach dem zeitlichen Aufwand richten und die Frage der Kostentragung zwischen den Parteien frei verhandelbar ist,¹¹² bietet sich hier gelegentlich ein erstes und gleichzeitig unerwartetes Konfliktfeld, das der Mediator dazu nutzen kann, das Konfliktverhalten der Parteien und ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Kooperation zu beobachten.¹¹³

Sind sich alle Beteiligten über die Modalitäten des Verfahrens einig, werden diese in einer Verfahrensordnung, dem sog. Mediationsverfahrensvertrag¹¹⁴, (regelmäßig schriftlich) fixiert. Dieser Vertrag umfasst zumeist ein Schriftstück, zerfällt aber in rechtlicher Hinsicht in verschiedene Teilvereinbarungen zwischen den beteiligten Personen.¹¹⁵ Er enthält primär die Verpflichtung der Beteiligten, das Mediationsverfahren durchzuführen, bei gleichzeitiger, dem Grundsatz der Freiwilligkeit¹¹⁶ entsprechender Berechtigung, jederzeit aus dem Verfahren aussteigen.

Ein sehr wichtiger Teil, durch den dem Grundsatz der Vertraulichkeit¹¹⁷ entsprochen wird, sind die Vereinbarungen zur Verschwiegenheit. Sie beinhalten in der Regel zum einen die Pflicht der Beteiligten, während und vor allem auch nach dem Verfahren gegenüber Unbeteiligten Stillschweigen über die Inhalte des Verfahrens zu bewahren. Die Verschwiegenheitsverpflichtung gilt auch für den Fall, dass nach dem Scheitern der Mediation oder sogar während des Verfahrens

¹¹¹ S.o. unter C.I.2.

¹¹² Genaueres zu Verfahrenskosten s.u. unter D.II.1.c)(2).

¹¹³ Vgl. das Beispiel von Schlieffen, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 1 Rn 92 ff.

¹¹⁴ So nennen es z.B. Kracht/Rüssel, JA 2003, 725 (729); auch die Bezeichnung als Mediationsvertrag (Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 19), Mediationsklausel oder Mediationsvereinbarung (Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 5) ist geläufig.

¹¹⁵ Diese „Einzelteile“ werden bei der rechtlichen Betrachtung unten unter D. separat behandelt.

¹¹⁶ S.o. unter C.I.3.

¹¹⁷ S.o. unter C.I.5.

ein Gerichts- oder sonstiges Verfahren angestrengt wird. Zum anderen verpflichtet sich der Mediator gegenüber den Beteiligten, in einem solchen Verfahren nicht als Zeuge oder Gutachter auszusagen. Auf das Problem der rechtlichen Absicherung dieser Vereinbarungen wird später zurückzukommen sein.¹¹⁸

3. Das eigentliche Verfahren

Nach Unterzeichnung des Mediationsverfahrensvertrags kann – ggf. in einer neu anberaumten Sitzung – die eigentliche Mediation beginnen. Wie sich bereits aus den obigen Ausführungen zur sachbezogenen Verhandlungsmethode und zur Rolle des Mediators ergibt, setzt eine erfolgreiche Mediation eine relativ strenge Strukturierung des Verfahrens (auch bezüglich der zeitlichen Verteilung auf ggf. mehrere Sitzungen) voraus. Es wäre falsch, „drauflos“ zu verhandeln. Statt dessen muss der Mediator immer wieder dafür sorgen, dass die Fakten im Vordergrund des Konfliktes stehen und von den Gefühlen der Parteien möglichst getrennt werden. Zudem hat er den Konflikt soweit wie möglich zu versachlichen und durchzustrukturieren.¹¹⁹

Entsprechend ist im ersten Schritt zunächst zu ermitteln, wo im Konflikt der Parteien überhaupt deren Probleme liegen. Das geschieht, indem die Parteien den Konflikt aus ihrer Perspektive ausführlich schildern und die Probleme darstellen, die aus ihrer Sicht für den Konflikt entscheidend sind. Gerade in solchen Konflikten, die sich nicht nur auf einer sachlichen, sondern zusätzlich oder besonders auf einer zwischenmenschlichen Ebene abspielen, dürfte diese Phase der Verhandlung für den Mediator besonders schwierig sein. Die Parteien neigen hier in besonderem Maße dazu, ihre Problembeschreibungen, Bedürfnisse und Anliegen in Form von Beschwerden, Angriffen und Schuldzuweisungen zu formulieren.¹²⁰ Hier sind die bereits erwähnten kommunikativen Fähigkeiten in Form spezieller Kommunikationstechniken des Mediators gefordert, um die Stimmung zu „entschärfen“ und gleichzeitig dafür zu sorgen, dass sich die Parteien weiterhin auf die Beilegung ihres Konflikts konzentrieren. Neben der Visualisierung der zu verhandelnden Themenbereiche ist dies vor allem die Technik der Umformulierung.¹²¹

¹¹⁸ S.u. unter D.III.1.a).

¹¹⁹ Vgl. auch Mähler/Mähler, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, S. 27.

¹²⁰ Vgl. Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 21.

¹²¹ Ausführlich zu Kommunikationstechniken in der Mediation Kessen/Troja, in: Handbuch Mediation, § 16 Rn. 29 ff.

Beispiel:¹²² In einer arbeitsrechtlichen Mediation bringt der Arbeitnehmer hervor:

„Ich bin nicht bereit, dass ich ständig Überstunden machen muss, wenn mir XY kurz vor Feierabend plötzlich wieder irgendwelche Aufgaben auf den Tisch knallt. Das können doch auch andere machen!“

Der Mediator könnte antworten:

„Verstehe ich Sie richtig, dass Sie mit dem Umgang mit kurzfristig anfallenden Arbeiten in Ihrer Abteilung unzufrieden sind? Und dass Sie mit der Aufteilung der Arbeiten zwischen den Mitarbeitern nicht einverstanden sind?“

Anschließend können diese beiden Punkte z.B. in Form einer Themenliste als Flipchart protokolliert werden.

Nach der Problemdarstellung durch die Parteien müssen sich die Beteiligten dem Verhandlungsgrundsatz „Interessen statt Positionen“¹²³ widmen. Die Parteien von ihren Positionen wegzubewegen und ihre tiefer liegenden Interessen zu ermitteln, gilt als Herzstück der Mediation und dürfte in den meisten Fällen die größten Herausforderungen an den Mediator stellen.¹²⁴ Die angesprochenen Kommunikationstechniken können ihm hierbei eine Hilfe sein, liefern ihm aber auch kein Patentrezept. Daher sind schon in dieser Phase viele Mediationsversuche gescheitert.

Haben es die Parteien gleichwohl mit Unterstützung des Mediators geschafft, ihre Ausgangspositionen wenigstens teilweise in differenzierter formulierte Interessen fortzuentwickeln, folgt die Sammlung von Entscheidungsmöglichkeiten zur Lösung der herausgearbeiteten Probleme. Wie und mit Hilfe welcher Techniken diese kreative Form der Ideensuche verlaufen kann, wurde bereits oben im Rahmen der Verhandlungsmethodik beschrieben.¹²⁵

Auch wenn die oben vorgestellten Techniken zur kreativen Erweiterung der Entscheidungsmöglichkeiten in vielen Fällen von den Parteien genutzt werden, um selbstständig den Weg zu geeigneten Lösungen ihres Konflikts und zur „Kuchenvergrößerung“ zu finden, kann es immer wieder passieren, dass die Ideensuche nicht so erfolgreich verläuft wie erhofft. Der Mediator dürfte von

¹²² Nach Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 23.

¹²³ S.o. unter B.I.

¹²⁴ Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 26.

¹²⁵ S.o. unter B.III.

allen Beteiligten häufig diejenige Partei mit der größten Erfahrung in Fragen der kreativen Entscheidungsfindung sein. Folglich werden ihm gelegentlich (z.B. während einer Brainstorming-Sitzung) Lösungsvorschläge einfallen, auf die die Parteien selbst nicht von sich aus gekommen wären. Darf er nun diese Vorschläge in die Diskussion einbringen?

Diese Frage wird in der Literatur als Problem gesehen¹²⁶ und entsprechend unterschiedlich beurteilt. Die Vertreter der „passiven Mediation“ sehen den Mediator als bloßen Vermittler zwischen den Parteien, der sich selbst dann nicht inhaltlich äußern darf, wenn hierdurch der erfolgreiche Verlauf des Verfahrens auf dem Spiel steht.¹²⁷ Anderenfalls seien die Parteien nicht mehr Herren ihres Verfahrens, der Grundsatz der Selbstverantwortlichkeit mithin verletzt.

Dies sehen die Vertreter der „aktiven Mediation“¹²⁸ jedenfalls unter der Prämisse anders, dass der Mediator den Parteien bei der Vermittlung seiner Ideen die Möglichkeit bietet, diese ohne Druck und aus freien Stücken zu überdenken, um ihn sich schließlich nach gründlicher Prüfung zu eigen zu machen.¹²⁹ Auch der Einwand, das Einbringen eigener Vorschläge verletze den Grundsatz der Neutralität, dürfte jedenfalls dann nicht haltbar sein, wenn der Mediator den Konfliktparteien die beiderseitigen Vor- und Nachteile seines Vorschlags sowie die Einsicht vermitteln kann, dass seine Ideen zu einer Lösung des Konflikts im beiderseitigen Interesse der Parteien geeignet sind.¹³⁰

Jedenfalls liegt es letzten Endes in der Hand des Mediators, wie er bezüglich dieser „hilfsweisen Vorschlagsbefugnis“ seine genaue Rolle im Verfahren definieren möchte. Wie er sich in der Mediation verhält, ist schließlich weder gesetzlich noch rechtsdogmatisch vorbestimmt und kann daher frei mit den Parteien vereinbart werden. Er sollte sein Rollenverständnis jedoch möglichst schon vor Beginn des Verfahrens mit den Parteien abstimmen, um diesbezüglich spätere Missverständnisse und Differenzen zu vermeiden.

¹²⁶ Vgl. die ausführliche Darstellung bei Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 102 ff.; Stubbe, BB 2001, 685 (688). Das gleiche Problem stellt sich in den Fällen, in denen die Parteien eine Lösung wählen, die rechtlich unhaltbar (z.B. nach § 138 I BGB) oder für eine Partei unangemessen nachteilig wäre. Darf (oder: muss?) der Mediator hier einschreiten?

¹²⁷ Cormick, The „Theory“ and Practice of Environmental Mediation, S. 24 ff; differenzierend Stubbe, BB 2001, 685 (689).

¹²⁸ Vgl. Mähler/Mähler, in: Duss-v. Werdt/Mähler/Mähler, Mediation: Die andere Scheidung, S. 133; Haft, BB-Beil. 10/1998, 15 (16), der jedoch empfiehlt, eigene Vorschläge nur „hilfsweise“ hervorzubringen.

¹²⁹ Vgl. Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 107.

¹³⁰ Vgl. Kracht, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 15 Rn. 106.

4. Entscheidung und Abschluss des Verfahrens

An die kreative Entwicklung der Entscheidungsmöglichkeiten im Gesamt- oder jeweiligen Teilkonflikt schließt sich die Sammlung und Bewertung der gefundenen Optionen an. Hier gilt es, aus den (hoffentlich) vielfältigen Vorschlägen diejenige Lösung zu finden, die den Parteiinteressen und ihren Bedürfnissen möglichst optimal gerecht wird. Im Detail setzt dies voraus, dass die Beteiligten ausreichend Zeit haben, die verschiedenen Vorschläge zu prüfen.¹³¹ Gerade, wenn es sich um einen komplexeren Konflikt auf vielen verschiedenen Ebenen handelt, und wenn es viele Lösungsmöglichkeiten zu diskutieren gibt, bieten sich dem Mediator wiederum besondere Herausforderungen. Wie in allen vorherigen Phasen droht hier eine Überforderung der Parteien durch Komplexität, die er durch Aufrechterhaltung einer formellen und strukturellen Ordnung auflösen muss. Auf diese Weise gelingt es möglicherweise sogar, während der Bewertung der bisherigen Vorschläge zu neuen Lösungen zu kommen, die zur angesprochenen „Kuchenvergrößerung“¹³² beitragen können.

Idealerweise gelingt es den Parteien auf diese Weise, einvernehmlich zu einer sachgerechten Lösung ihres Konflikts zu kommen. Diese ist schließlich – jedenfalls dann, wenn der Konflikt wenigstens zum Teil rechtlich geprägt ist¹³³ – in einer rechtlich verbindlichen Mediationsvereinbarung¹³⁴ festzuhalten. Diese Vereinbarung wird in der Regel vom Mediator zunächst entworfen und anschließend gemeinsam mit den Konfliktparteien besprochen. Typischerweise enthält die Vereinbarung zunächst die grundlegenden Informationen zum Verfahren, also zu den Beteiligten, den besprochenen Themen und der entwickelten Lösung.¹³⁵ Da die Parteien in der Gestaltung des Vertrags – im Gegensatz zu einem Urteils- oder Schiedsspruch – völlig frei sind, kann dieser auch Regelungen enthalten, die über eine bloße Beschreibung der Rechte und Pflichten der Parteien aus dem Verhandlungsergebnis hinausgehen. So lassen sich z.B. vorsorgliche Regelungen für den Fall treffen, dass sich aufgrund geänderter Rahmenbedingungen ein er-

¹³¹ Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 70.

¹³² S.o. unter B.III.

¹³³ In nicht justiziablen Konflikten, die sich ausschließlich auf zwischenmenschlicher Ebene abspielen, kann eine sog. „gemeinsame Erklärung“ der Parteien ausreichen, vgl. Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 80.

¹³⁴ Auch hier differiert, wie beim Mediationsverfahrensvertrag, die Namensgebung. Wie hier Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 87 ff.; die Bezeichnung als „Mediationsvergleich“ bevorzugen in Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 7.

¹³⁵ Vgl. Ripke, KON:SENS 1999, 341ff.

neuer Konflikt in der gleichen Sachfrage ergibt.¹³⁶ Häufig einigen sich die Parteien in solchen Fällen darauf, wieder eine Mediation durchzuführen. Allgemein sollte in der Mediationsvereinbarung die Sprache der Konfliktparteien benutzt, wissenschaftlich-technischer und juristischer Fachjargon also möglichst vermieden werden.¹³⁷

D. Rechtliche Grundlagen der Mediation

Auch wenn die Vermittlung in Konfliktfällen kein per se juristisches Gebiet ist, wird es doch zum einen durch Juristen, zum anderen durch die Rechtsordnung geprägt und beeinflusst. An dieser Stelle sollen die Aspekte der Mediation in ihren Grundzügen besprochen werden, die den rechtlichen Rahmen der Mediation bilden. Dies ist einerseits die Frage, ob und, falls ja, in welchen Fällen die Mediationstätigkeit einem Juristen vorbehalten bleiben muss. Andererseits sind es die Rechtsfragen, die das Mediationsverfahren in seinem Verlauf aufwirft.

I. Mediation und Rechtsberatung

Da der Mediator wie beschrieben im Prinzip nichts anderes tut, als die Parteien bei der Suche nach einer selbstbestimmten Lösung ihres Konflikts zu unterstützen, könnte man annehmen, dass diese Tätigkeit nicht unbedingt von einem Juristen ausgeübt werden muss. Und tatsächlich werden in Deutschland auch Angehörige anderer Berufsgruppen, vor allem Psychologen¹³⁸, als Mediatoren tätig.

Problematisch wird die Mediationstätigkeit eines Nichtjuristen in den Fällen, in denen sich ein Konflikt nicht auf die zwischenmenschliche oder psychologische Ebene beschränkt, sondern – was sehr häufig der Fall ist – zumindest auch rechtliche Fragen in der Diskussion eine Rolle spielen. In diesen Fällen ist ein Verstoß gegen Art. 1 § 1 des Rechtsberatungsgesetzes (RBerG¹³⁹) denkbar, der die Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten durch Nichtjuristen grundsätzlich verbietet. Das Wesen dieser Vorschrift als Verbotsgesetz gem. § 134 BGB¹⁴⁰ würde im Falle

¹³⁶ Vgl. Ripke, KON:SENS 1999, 341ff.

¹³⁷ Kessen/Troja, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 16 Rn. 94.

¹³⁸ Vgl. nur Kempf, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 22.

¹³⁹ Abgedruckt im Schönfelder-Ergänzungsband Nr. 99.

¹⁴⁰ Vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, § 134 Rn. 21.

der nichtanwaltlichen Mediation zur Unwirksamkeit aller im Rahmen des Verfahrens abgeschlossenen Verträge führen – es sei denn, man nähme die Mediation grundsätzlich von der Anwendung des RBerG aus.

In dieser Frage konnten die Entscheidungen des LG Hamburg¹⁴¹ sowie des LG¹⁴² und des OLG Rostock¹⁴³ keine endgültige Klarheit bringen. Hier war zu entscheiden, ob Nichtjuristen, die ihre Tätigkeit jeweils als Mediation bezeichneten, gegen Art. 1 § 1 RBerG verstießen. Dies wurde durchweg bejaht, nachdem jedoch bloß einzelfallbezogen geprüft wurde, ob eine konkrete „Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten“ i.S.v. § 1 RBerG stattgefunden hatte. Seit diesen Urteilen herrscht bei nichtanwaltlichen Mediatoren berechtigterweise eine große Verunsicherung, ob sie ihren Beruf weiter ausüben dürfen.¹⁴⁴

Über das grundsätzliche Problem, ob im Rahmen einer Mediation eine Rechtsbesorgung i.S.d. Art. 1 § 1 RBerG stattfindet, besteht in der Literatur Uneinigkeit. Wenn man den Schwerpunkt der Mediation in der Vermittlungstätigkeit des Mediators in Verhandlungsfragen sieht (und hierin auch tatsächlich der konkrete Schwerpunkt seiner Tätigkeit liegt), lässt sich eine grundsätzliche Erlaubnisfreiheit der Mediation in bezug auf Art. 1 § 1 RBerG vertreten.¹⁴⁵ Selbst die Hilfe des Mediators beim Verfassen der rechtsverbindlichen Mediationsvereinbarung wäre dann eine erlaubnisfreie Annexstätigkeit gem. Art. 1 § 5 RBerG.¹⁴⁶

Dem entgegen ist nach anderer Ansicht eine Mediation immer dann gem. Art. 1 § 1 RBerG erlaubnispflichtig, wenn der Konflikt in irgendeiner Weise rechtlich geprägt ist.¹⁴⁷ In diesen Fällen käme für den nichtanwaltlichen Mediator als „Ausweg“ nur die Kooperation mit einem Rechtsanwalt in Form der sog. Co-Mediation in Betracht.¹⁴⁸ Eine andere Lösung, der jedoch die Mehrzahl der Juristen mit (zumindest aus ihrer eigenen Perspektive) überzeugenden Gründen¹⁴⁹ kritisch gegenüber steht, wäre die Abschaffung des wiederholt als verfassungswidrig kritisierten RBerG.¹⁵⁰

¹⁴¹ LG Hamburg, NJW-RR 2000, 1514.

¹⁴² LG Rostock, NJW-RR 2001, 1290.

¹⁴³ OLG Rostock, BB 2001, 1869.

¹⁴⁴ Ausführlich Duve, BB 2001, 692 ff.

¹⁴⁵ So Kretschmer, NJW 2003, 1500 (1502).

¹⁴⁶ Kretschmer, NJW 2003, 1500 (1502).

¹⁴⁷ Henssler, NJW 2003, 241 (245) (mit ausführlicher Begründung, weshalb die Ausnahmetatbestände des RBerG abzulehnen sind); Mankowski, MDR 2001, 1198; Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 36.

¹⁴⁸ Vgl. Henssler, NJW 2003, 241 (246).

¹⁴⁹ Vgl. nur Henssler, NJW 2003, 241 (247) m.w.N.

¹⁵⁰ Zur Diskussion vgl. Kleine-Cosack, NJW 2000, 1593.

II. Rechtsfragen des Mediationsverfahrens

Oben¹⁵¹ wurde bereits erwähnt, dass der Mediationsverfahrensvertrag zwar auf dem Papier eine Einheit bildet, in rechtlicher Hinsicht jedoch in verschiedene Teilverträge zerfällt. Jede dieser einzelnen Vereinbarungen bringt spezifische Probleme mit sich.

1. Mediationsverfahrensvertrag

Unter dem Mediationsverfahrensvertrag wurde bereits oben¹⁵² das gesamte Vertragswerk bezeichnet, das die Konfliktparteien zu Beginn des eigentlichen Verfahrens mit dem Mediator schließen. Hierdurch wird zum einen ein rechtliches Verhältnis zwischen den Konfliktparteien begründet, dessen Rechtsnatur sich nicht eindeutig in seiner Gesamtheit definieren lässt.¹⁵³ Zum anderen schließt jede Partei einen eigenen Vertrag in Gestalt eines Dienstvertrags mit Geschäftsbesorgungscharakter (§§ 611, 675 BGB)¹⁵⁴ mit dem Mediator ab. Eine Schlüsselstellung zwischen allen Beteiligten nehmen jedoch die Vereinbarungen zur Vertraulichkeit ein, die zunächst gesondert zu besprechen sind.

a) Sicherung der Vertraulichkeit

Wie bereits erwähnt,¹⁵⁵ ist das Grundprinzip der Vertraulichkeit im Mediationsverfahren dadurch zu sichern, dass im Mediationsverfahrensvertrag zwischen allen Konfliktparteien Verschwiegenheit bezüglich sämtlicher Verfahrensinhalte vereinbart wird.

Zwischen den Konfliktparteien steht neben der allgemeinen Verpflichtung, sensible Informationen während des Verfahrens nicht an unbeteiligte Dritte weiterzugeben, die Frage im Vordergrund, wie mit den vertraulichen Informationen im Falle eines der gescheiterten Mediation folgenden Gerichtsverfahrens umzugehen ist. Dieses Problem kann gelöst werden, indem die Parteien ihre beiderseitigen Möglichkeiten zum gerichtlichen Sachvortrag entsprechend beschränken. Das bedeutet, die jeweiligen Tatsachen dürfen nicht vorgetragen oder als Beweis

¹⁵¹ S.o. unter C.II.4.

¹⁵² S.o. unter C.II.2.

¹⁵³ Vgl. Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 16 ff.

¹⁵⁴ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 25.

¹⁵⁵ S.o. unter C.I.5. sowie unter C.II.2.

mittel eingebracht werden.¹⁵⁶ Verstöße gegen diesen sog. Prozessvertrag können im laufenden Verfahren als Einrede geltend gemacht werden.¹⁵⁷ Wenigstens im Zivilprozess ist eine solche prozessuale Einrede aufgrund des Dispositionsgrundsatzes zulässig, wobei umstritten ist, ob der Richter die Vereinbarung der Parteien umgehen kann, indem er gem. §§ 142-144, 273 II Nr. 1, 4 ZPO von Amts wegen Beweis erhebt.¹⁵⁸ Im Verwaltungs- und Strafprozess sind Absprachen dieser Art wegen des dort bestehenden Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 86 I 1 VwGO bzw. § 244 II StPO) hingegen wirkungslos.¹⁵⁹

Wie bereits erwähnt, sichert auch der Mediator den Parteien zu Beginn des Verfahrens seine Vertraulichkeit zu. Auch hier bezieht sich seine Verschwiegenheit sowohl auf den Verfahrenszeitraum als auch darüber hinaus; insbesondere im Fall eines späteren gerichtlichen Verfahrens verpflichtet er sich, für keine der beiden Parteien als Zeuge oder Sachverständiger zur Verfügung zu stehen. Ein solches Zeugnisverweigerungsrecht ergibt sich im Zivilprozess zumindest für Rechtsanwälte aus § 383 I Nr. 6 ZPO, da sich ihre Pflicht zur Verschwiegenheit anders anders als bei der Vereinbarung zwischen den Streitparteien schon aus dem Berufsrecht (bei Rechtsanwälten aus § 43a II BRAO, der gem. § 18 der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA) auch in der Mediation Anwendung findet) ergibt.¹⁶⁰ § 383 ZPO gilt gem. § 98 VwGO auch im Verwaltungsprozess, daher steht dem Mediator auch hier ein Zeugnisverweigerungsrecht zu.¹⁶¹ Im Strafprozess dürfte sich ein Zeugnisverweigerungsrecht aus § 53 I Nr. 3 StPO auf wenige Berufsgruppen beschränken; nichtanwaltliche Mediatoren gehören gleichwohl dazu.¹⁶²

b) Weitere Vereinbarungen zwischen den Konfliktparteien

Neben der Verpflichtung zur Verschwiegenheit verpflichten sich die Konfliktparteien zur beiderseitigen ernsthaften Mitwirkung an der Mediation. Hierzu gehört notwendigerweise die Vereinbarung, etwaige laufende Gerichtsverfahren

¹⁵⁶ Vgl. Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 27.

¹⁵⁷ Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 27.

¹⁵⁸ Zum Streitstand vgl. (mit ablehnender Haltung) Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 34.

¹⁵⁹ Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 36 ff.

¹⁶⁰ Auch für entsprechende Rechtsgrundlagen anderer Berufsgruppen vgl. Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 10 ff.

¹⁶¹ Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 48 ff.

¹⁶² Ausführlich Hartmann, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 27 Rn. 49 ff.

während der Mediation auszusetzen bzw. vor Abbruch des Verfahrens keine gerichtliche Klage zu erheben. Dabei richtet sich die Aussetzung des laufenden Verfahrens nach § 251 ZPO,¹⁶³ während gegen die „mediationswidrige“ Klage eine prozessuale Einrede erhoben werden kann, die dann die Klageabweisung zur Folge hätte.¹⁶⁴

Aufgrund der prinzipiellen Freiwilligkeit der Mediation hat jedoch jede Partei das Recht zur jederzeitigen Kündigung der einzelnen Mediationsverträge – auch ohne das Einverständnis der anderen Beteiligten. Nach der Kündigung kann der Weg zu den Schieds- oder ordentlichen Gerichten uneingeschränkt beschritten werden.¹⁶⁵

c) Die Vereinbarungen der Konfliktparteien mit dem Mediator

Die Verträge der Konfliktparteien mit dem Mediator regeln neben den bereits oben angesprochenen Fragen der Vertraulichkeit und denen zur Durchführung des Verfahrens (ggf. hat auch hier der Mediator ein ständiges fristloses Kündigungsrecht) auch die Haftungs- und Kostenfrage.

(1) Die Haftung des Mediators

Die Haftung des Mediators richtet sich grundsätzlich zunächst nach den für den Mediatorenvertrag (gem. §§ 611, 675 BGB) geltenden allgemeinen Vorschriften der §§ 276, 280 ff. BGB. Ist der Mediator Rechtsanwalt, ist darüber hinaus zu beachten, dass gem. § 18 BORA die Mediation Teil des anwaltlichen Berufsbildes ist und daher die Haftungsvorschriften der BRAO auch hier uneingeschränkt gelten.¹⁶⁶ So gilt für den vorvertraglichen Zeitraum die spezielle Haftungsvorschrift des § 44 BRAO.¹⁶⁷ Ersatzansprüche gegen den Mediator sind gem. § 51 BRAO von seiner Berufshaftpflichtversicherung mit abgedeckt. Nach § 51a II BRAO müssen Sozietätsmitglieder des Anwaltsmediators ggf. als Gesamtschuldner mithaften, falls die Haftung nicht auf den Einzelanwalt beschränkt wurde.¹⁶⁸ In bezug auf die Verjährung ist problematisch, ob § 51b BRAO, falls nicht direkt,

¹⁶³ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 57.

¹⁶⁴ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 55 f.

¹⁶⁵ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 23 f.

¹⁶⁶ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 33 (mit Hinweisen für die Notare, für die in dieser Bearbeitung der Platz fehlt).

¹⁶⁷ Prütting, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 22

¹⁶⁸ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 33.

dann wenigstens analog anwendbar ist und damit die §§ 195 ff. BGB als *lex specialis* verdrängt.¹⁶⁹

(2) Die Kosten des Mediationsverfahrens

Die Kosten für das Mediationsverfahren richten sich in der Praxis grundsätzlich nach seinem zeitlichen Aufwand. Der Mediator wird also in frei vereinbarten Stunden- oder Tagessätzen bezahlt, wobei Stundensätze zwischen 100 und 500 € als in Deutschland üblich gelten.¹⁷⁰ Ob darüber hinaus für anwaltliche Mediatoren wg. § 18 BORA die Vorschriften der BRAGO Anwendung finden, wird zwar allgemein bejaht,¹⁷¹ kann aber aufgrund der Tatsache, dass der Anwaltsmediator keine einzelne Partei vertritt,¹⁷² im einzelnen problematisch sein. So wird z.B. die Frage der Anwendbarkeit des § 20 BRAGO in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beurteilt.¹⁷³ Auch die Frage, ob Mediationshonorare als Geschäftsgebühren gem. § 118 I BRAGO abgerechnet werden können, lässt sich nicht eindeutig beantworten¹⁷⁴ - ebenso wenig, ob er für die Ausarbeitung der abschließenden Mediationsvereinbarung eine Vergleichsgebühr nach § 23 BRAGO berechnen darf.¹⁷⁵

Erfolgshonorare für den Fall eines erfolgreichen Mediationsverlaufs darf der anwaltliche Mediator jedenfalls nach § 49 II BRAO nicht vereinbaren. Bei Mediatoren anderer Berufsgruppen besteht dieses rechtliche Verbot zwar nicht, eine solche Vereinbarung dürfte gleichwohl in tatsächlicher Hinsicht dem Wesen der Mediation widersprechen.¹⁷⁶

2. Mediationsvereinbarung (oder: Mediationsvergleich)

Der erfolgreiche Abschluss einer Mediation wird zwischen den Parteien – regelmäßig in schriftlicher Form – als sog. Mediationsvereinbarung (oder auch: Mediationsvergleich) festgehalten. In materiellrechtlicher Hinsicht stellt diese Vereinba-

¹⁶⁹ Ausführlich und letztlich bejahend Prütting, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 31 Rn. 49 ff.

¹⁷⁰ Vgl. Horst, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 32 Rn. 16.

¹⁷¹ So Horst, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 32 Rn. 19.

¹⁷² Vgl. Horst, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 32 Rn. 22.

¹⁷³ Bejahend: OLG Hamm, Urt. v. 20.10.98, AZ 28 U 79/97 (n.v.); ablehnend: Horst, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 32 Rn. 25.

¹⁷⁴ Vgl. ausführlich Horst, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 32 Rn. 26 ff.

¹⁷⁵ Zum Streitstand vgl. Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 4.

¹⁷⁶ Vgl. Horst, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 32 Rn. 75 ff.

D. Rechtliche Grundlagen der Mediation

rung einen Vergleich i.S.v. § 779 BGB dar.¹⁷⁷ Darüber hinaus können die Parteien verschiedene Maßnahmen in Betracht ziehen, um die Durchsetzbarkeit der Mediationsergebnisse in effektiver Form zu sichern. Hier haben übliche vertragliche Absicherungen wie z.B. Vertragsstrafen (§§ 339 ff. BGB) den Nachteil, dass sie ggf. gesondert eingeklagt werden müssen. Um dies von vornherein zu verhindern, können die Parteien die Mediationsvereinbarung in Form der Vollstreckbarerklärung gem. §§ 794 I Nr. 1, 5; 796 a-c ZPO titulieren.¹⁷⁸ Falls es den Parteien insbesondere auch um eine Vollstreckbarkeit der Vereinbarung im Ausland geht, bietet sich für sie als Besonderheit eine Titulierung als Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut gem. § 1053 I 2 ZPO an.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Lörcher, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 28 Rn. 1; Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 4.

¹⁷⁸ Heß/Sharma, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 26 Rn. 4; ausführlich: Lörcher, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 28 Rn. 19 ff.

¹⁷⁹ Ausführlich hierzu Lörcher, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, § 28 Rn. 26 ff.