

# NOMOSPRAXIS

Prof. Dr. iur. Thomas Trenczek, M.A.  
Dr. iur. Detlev Berning  
Prof. Dr. iur. Cristina Lenz  
Prof. Dr. rer. pol. Hans-Dieter Will [Hrsg.]

## Mediation und Konfliktmanagement

Handbuch

2. Auflage

Prof. Dr. Nadja Alexander | Rudi Ballreich, M.A. | Prof. Walter Samuel Bartussek | Prof. em. Dr. Reiner Bastine | Dr. Detlev Berning | Eberhard Carl | Dörthe Dehe | Ilse Erzigkeit | Kurt Faller | Prof. Dr. Peter Fischer | Assoz. Prof. Dr. Sascha Ferz | Dr. Nikola Friedrich, M.A. | Franziska Geier | Dr. Kirsten Gieseler | Prof. Dr. Dr. h.c. Friedrich Glasl | Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL.M. | Prof. Dr. Reinhard Greger | Dr. Ulrich Hagel | Ingrid Holler | Mag. Elisabeth Hubner, MSc | Prof. Dr. Gerald Hüther | Dr. Wilfried Kerntke | Stefan Kessen, M.A. | Dr. Sybille Kiewewetter | Prof. Dr. Lars Kirchhoff | Andreas Kleine-Tebbe | Peter Knapp, M.A. | Heiner Krabbe | Dr. Anne Isabel Kraus | Prof. Dr. Cristina Lenz | Walter H. Letzel | PD Dr. habil. Claude-Hélène Mayer, PhD (Psychology), PhD (Management) | Prof. em. Dr. Leo Montada | Antje Niewisch-Lennartz | Dr. Andreas Novak | Christian Prior | Dr. Harald Pühl | Prof. Dr. Anusheh Rafi | Angelika Ribler | Lis Ripke | Thomas Robrecht | Peter Röthemeyer | Jupp Schluttenhofer | Prof. Dr. Hansjörg Schwartz | Matthias Tann | Prof. Dr. Thomas Trenczek, M.A. | Dr. Markus Troja | Beate Voskamp | Dr. Felix Wendenburg, MBA | Prof. Dr. Hans-Dieter Will



Nomos



Bundesverband  
MEDIATION  
www.bmev.de



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

ISBN 978-3-8487-2948-7

In Kooperation mit BAFM, BM und BMWA.

2. Auflage 2017

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2017. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten.

---

## Vorwort zur 2. Auflage

Das Handbuch Mediation und Konfliktmanagement traf auf eine über Erwarten positive Resonanz. Nun erscheint nach vier Jahren die zweite Auflage. Die Beiträge sind von den Autoren auf den neuesten Stand gebracht worden. Die Online-Quellen wurden zuletzt am 1.3.2017 abgerufen. Darüber hinaus haben wir sieben neue Beiträge eingeworben:

- Menschliches Entscheidungsverhalten in Konflikten – Sozialpsychologische Erkenntnisse (Dehe/Fischer)
- Umgang mit Machtungleichgewichten (Wendenburg)
- Umgang mit Emotionen (Krabbe)
- Gelingen und Scheitern von Mediationen (Letzel/Trenczek)
- Familienmediation – Übersicht (Rafi)
- ADR in Verbraucherangelegenheiten (Röthemeyer)
- Mediationsrecht in Österreich (Ferz)

An der Ausrichtung und dem Ziel des Handbuchs hat sich nichts verändert (vgl. insoweit das Vorwort zur 1. Auflage). Die nun 72 Beiträge sind wieder in die bewährten Kategorien – Einführung, Grundlagen, Methoden/Verfahren, Recht, Arbeitsfelder und Ausblick – aufgeteilt worden. Darüber hinaus haben wir im Anhang auch die Arbeitsblätter und Handouts für die Ausbildung ergänzt. Neu ist das gemeinsame Literaturverzeichnis aller von den Autor\*innen zitierten Quellen am Ende des Handbuches, womit wir gleichsam eine aktuelle Auswahlbibliographie relevanter Veröffentlichungen zum Thema ADR und Mediation erstellen konnten.

Schon für die erste Auflage war geplant, jeweils einen Repräsentanten der drei Fachverbände BM, BAFM und BMWA in die Arbeiten mit einzubeziehen. Leider konnte dies damals wegen des Wechsels im Vorstand der BAFM nicht realisiert werden. Ich freue mich deshalb darüber, dass es nun gelungen ist, neben Detlev Berning (BM) und Cristina Lenz (BMWA) mit Hans-Dieter Will einen Repräsentanten der BAFM in das Team der Co-Herausgeber einzubinden. Er verantwortet auch die Redaktion des Literatur- und Stichwortverzeichnisses.

Bedanken möchte ich mich bei allen Autoren für die sachkundige Bearbeitung ihrer Beiträge und für ihre Geduld und Unterstützung im Hinblick auf die redaktionellen Arbeiten bei der Herstellung. Die Sorgfalt und Güte der Bearbeitung im Lektorat des Nomos-Verlags ist Herrn Dr. Marco Ganzhorn geschuldet, ohne den ich die Herausgeberarbeiten insbesondere auch während meiner längeren Auslandsabwesenheit so nicht hätte bewältigen können.

Hannover im März 2017

*Thomas Trenczek*

---

## Inhaltsübersicht

Vorwort zur 2. Auflage .....	5
Vorwort zur 1. Auflage .....	6
Grußwort der Verbände (2. Aufl.) .....	8
Grußwort der Verbände (1. Aufl.) .....	9
Autorenverzeichnis .....	17
Abkürzungsverzeichnis .....	27
<b>1 Einführung</b> .....	33
1.1 Außergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation – Verfahren, Prinzipien und Modelle .....	35
<i>(Trenczek)</i>	
1.2 Mediation in Deutschland, Österreich und der Schweiz – Entwicklung, Stand und Standards .....	64
<i>(Trenczek/Berning/Lenz/Will)</i>	
<b>2 Grundlagen</b> .....	79
2.1 Eskalationsdynamik sozialer Konflikte .....	81
<i>(Glasl)</i>	
2.2 Neurobiologische Aspekte der Entstehung und Bearbeitung von Konflikten .....	92
<i>(Hüther)</i>	
2.3 Konstruktivistische und systemtheoretische Grundlagen systemischer Mediation .....	99
<i>(Troja)</i>	
2.4 Menschliches Entscheidungsverhalten in Konflikten – Sozialpsychologische Grundlagen für Konfliktmanagement und Mediation .....	118
<i>(Dehe/Fischer)</i>	
2.5 Transkulturelle Mediation aus interdisziplinären Perspektiven .....	128
<i>(Mayer)</i>	
2.6 Diversität und Intersektionen als vielfältige Herausforderungen in Konflikt und Mediation: Gender – Kultur – Differenz .....	134
<i>(Mayer)</i>	
2.7 Was ist fair, was ist gerecht? Das Gerechtigkeitssthema in der Mediation ..	139
<i>(Montada)</i>	
2.8 Verhandeln .....	149
<i>(Schwartz)</i>	
2.9 Konfliktdiagnose .....	157
<i>(Glasl)</i>	
2.10 Konfliktprophylaxe und Konfliktbearbeitungsmechanismen .....	167
<i>(Berning)</i>	

## Inhaltsübersicht

---

2.11	Grundlagen der Kommunikation ..... <i>(Geier)</i>	175
2.12	Aufgaben, Funktion und Kompetenzen von Mediatoren ..... <i>(Trenczek)</i>	182
2.13	Haltung des Mediators – Ein persönlicher Beitrag ..... <i>(Ripke)</i>	193
2.14	Gruppendynamik und Teamkonflikte ..... <i>(Ballreich)</i>	200
2.15	Mediation und Organisationsentwicklung ..... <i>(Kerntke)</i>	212
2.16	Systemdesign – Die Entwicklung von Konfliktmanagementsystemen ..... <i>(Faller)</i>	223
2.17	Kosten nicht bearbeiteter Konflikte ..... <i>(Berning)</i>	234
2.18	Kosten und Nutzen der Mediation bei Konflikten zwischen Unternehmen – im Vergleich zur traditionellen Konfliktbearbeitung ..... <i>(Hagel)</i>	245
2.19	Berater, Experten und Anwälte in der Mediation ..... <i>(Berning)</i>	259
2.20	Evaluative Konfliktregelungsverfahren ..... <i>(Greger)</i>	270
3	<b>Methoden: Verfahren, Techniken, Interventionen, Werkzeuge</b> .....	281
3.1	Vor der ersten Mediationssitzung – Vorbereitung und Auftragsklärung .... <i>(Trenczek/Berning)</i>	283
3.2	Ablauf und Phasen einer Mediation – Mediationsleitfaden ..... <i>(Trenczek)</i>	291
3.3	Methoden der Mediation ..... <i>(Glasl)</i>	303
3.4	Kommunikation in der Mediation ..... <i>(Geier)</i>	316
3.5	Die Kunst des Fragens ..... <i>(Kessen)</i>	324
3.6	Gewaltfreie Kommunikation in der Mediation..... <i>(Holler)</i>	335
3.7	Körpersprache ..... <i>(Bartussek)</i>	340
3.8	Zum Umgang mit Machtungleichgewichten in der Mediation ..... <i>(Wendenburg)</i>	349
3.9	Umgang mit Emotionen in Konflikten und in der Mediation ..... <i>(Krabbe)</i>	354
3.10	Einzelgespräche, Shuttle-Verfahren und Mediation mit elektronischen Medien ..... <i>(Trenczek/Lenz)</i>	359
3.11	Co-Mediation ..... <i>(Troja)</i>	366

3.12	Visualisierung .....	373
	<i>(Lenz)</i>	
3.13	Kreativität in der Lösungsphase .....	385
	<i>(Novak)</i>	
3.14	Die Phase der Lösungsfindung im Mediationsverfahren – Von der Optionensammlung zum Einigungsentwurf.....	394
	<i>(Gläßer)</i>	
3.15	Mediation und Klärungshilfe .....	403
	<i>(Prior)</i>	
3.16	Coaching & Mediation .....	415
	<i>(Lenz)</i>	
3.17	Supervision in der Mediation .....	420
	<i>(Pühl)</i>	
3.18	E-Mediation und Online-Mediation .....	423
	<i>(Lenz/Schluttenhofer)</i>	
3.19	Marketing für Mediatoren – Der Mediator als Unternehmer .....	425
	<i>(Knapp)</i>	
3.20	Gelingen und Scheitern von Mediationen .....	433
	<i>(Letzel/Trenczek)</i>	
<b>4</b>	<b>Recht</b> .....	439
4.1	Recht und Mediation .....	441
	<i>(Trenczek)</i>	
4.2	Berufsrecht für Mediatoren .....	452
	<i>(Berning)</i>	
4.3	Schutz des Vertrauens – Vertraulichkeit .....	462
	<i>(Greger)</i>	
4.4	Mediation und Vertragsrecht .....	468
	<i>(Lenz/Berning/Trenczek)</i>	
4.5	Mediation und gerichtliches Verfahren .....	474
	<i>(Greger)</i>	
4.6	Mediationsgesetz – Standards für das Mediationsverfahren .....	484
	<i>(Carl)</i>	
4.7	Das Österreichische Mediationsrecht .....	496
	<i>(Ferz)</i>	
<b>5</b>	<b>Arbeitsfelder</b> .....	507
5.1	Familienmediation .....	509
	<i>(Rafi)</i>	
5.2	Mediation in Paarkonflikten, einschließlich Trennungs- und Scheidungskonflikten .....	519
	<i>(Ripke/Bastine)</i>	
5.3	Mediation bei internationalen Familienkonflikten.....	529
	<i>(Kiesewetter)</i>	
5.4	Mediation in hocheskalierten Partnerkonflikten/häusliche Gewalt.....	533
	<i>(Krabbe)</i>	

## Inhaltsübersicht

---

5.5	Mediation beim Generationenwechsel in Familienunternehmen ..... <i>(Hubner)</i>	538
5.6	Gesellschafterkonflikte – Mediation im Spannungsfeld von Individual- und Kollektivinteressen ..... <i>(Schwartz/Wendenburg)</i>	543
5.7	Konflikte am Arbeitsplatz ..... <i>(Ballreich)</i>	548
5.8	Die Praxis der Konfliktbearbeitung in (Groß-)Unternehmen ..... <i>(Gläßer/Kirchhoff)</i>	554
5.9	Mediation in der Unternehmensberatung/Externe MediatorInnen im Unternehmen ..... <i>(Lenz)</i>	562
5.10	Mediative Kompetenzen für Führungskräfte in Organisationen ..... <i>(Robrecht)</i>	566
5.11	Mediation in Planen und Bauen ..... <i>(Erzigkeit)</i>	571
5.12	Mediation in Miet-, Wohnungseigentums- und Nachbarschaftsbereich .... <i>(Gieseler)</i>	576
5.13	Gemeinwesenmediation ..... <i>(Trenczek)</i>	582
5.14	Verbraucherangelegenheiten ..... <i>(Röthemeyer)</i>	588
5.15	Mediation in Schulen/Peermediation ..... <i>(Will)</i>	596
5.16	Mediation im Gesundheits- und Pflegebereich ..... <i>(Pübl)</i>	602
5.17	Mediation in der Landwirtschaft ..... <i>(Tann)</i>	606
5.18	Mediation im (Fußball-)Sport ..... <i>(Ribler)</i>	610
5.19	Vermittlung in strafrechtlich relevanten Konflikten ..... <i>(Trenczek)</i>	617
5.20	Mediation in sozialrechtlichen Konflikten ..... <i>(Friedrich)</i>	624
5.21	Mediation im öffentlichen Recht ..... <i>(Niewisch-Lennartz/Kleine-Tebbe)</i>	629
5.22	Mediation im öffentlichen Raum ..... <i>(Kessen/Voskamp)</i>	635
5.23	Mediation in internationalen Konflikten und Friedensprozessen ..... <i>(Kirchhoff/Kraus)</i>	640
<b>6</b>	<b>Ausblick</b> .....	<b>647</b>
6.1	Mediation in Europa ..... <i>(Lenz/Berning/Will/Trenczek)</i>	649
6.2	Global Trends in Mediation ..... <i>(Alexander )</i>	663

7	<b>Anhang</b> .....	677
7.1	Handouts .....	679
7.1.1	Konflikt .....	680
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.2	Eskalationsstufenkonflikt .....	681
	<i>(Glasl)</i>	
7.1.3	Strategien und Verfahren der Konfliktbearbeitung .....	682
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.4	„Harvard-Modell“ – Modell für erfolgreiches Verhandeln .....	683
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.5	Wahrnehmung – Grundlagen der Kognitionswissenschaft und des Konstruktivismus .....	684
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.6	Grundlagen der Mediation – Kommunikation .....	685
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.7	Mediation – Das Wesentliche in Kürze .....	687
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.8	Funktion und Aufgaben der Mediatoren .....	688
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.9	Zugang zur und Leistungsanbieter der Mediation .....	689
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.10	Ablauf des Mediationsverfahrens (mediation triangles) .....	690
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.11	Eröffnung einer Mediationssitzung – Mediator Opening Statement .....	691
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.12	Einzeltreffen/-gespräche mit den Parteien – Risiken, Chancen, Standards .....	692
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.13	Grundtechniken für Mediatoren – Aktives Zuhören .....	693
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.14	Aktives Zuhören – Förderer und Störer .....	695
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.15	Doppeln – Grundlagen und Erfahrungen .....	696
	<i>(Trenczek)</i>	
7.1.16	Visualisierung .....	698
	<i>(Lenz)</i>	
7.2	Mediationsvertrag .....	699
	<i>(Berning/Lenz/Trenczek)</i>	
	Anlage: Erklärung der die Konfliktparteien begleitenden rechtlichen BeraterInnen .....	704
7.3	Qualitätsstandards für innerbetriebliche Konfliktbearbeitung nach den Prinzipien der Mediation .....	705
	<i>(Lenz)</i>	
	Literaturverzeichnis .....	709
	Stichwortverzeichnis .....	755



## 1.1 Außergerichtliches Konfliktmanagement (ADR) und Mediation – Verfahren, Prinzipien und Modelle

**Literatur:** Boule, *Mediation – Principles, Process, Practice*, 3. Aufl. 2011 (1. Aufl. 1996); Bush/Folger, *The Promise of Mediation*, 1994; Christie, *Conflicts as Property*, *British Journal of Criminology* 1977, 5 ff.; Fisher/Ury, *Getting to Yes*, 1981; Glasl, *Konfliktmanagement*, 11. Aufl. 2013; Goldberg et al., *Dispute Resolution*, 6. Aufl. 2012 (4. Aufl. 2003); Trenczek, *Streitregelung in der Zivilgesellschaft*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 2005, 3 ff.

1.1.1	Konflikte und die Grenzen der gerichtlichen Konfliktregelung	1	1.1.3.2.5	Nicht-Öffentlichkeit und Vertraulichkeit.....	37
1.1.2	Außergerichtliche Konfliktregelung – ADR.....	5	1.1.3.2.6	Konstruktivistische Lösungs- und Zukunftsorientierung.....	38
1.1.3	Mediation .....	13	1.1.3.2.7	Prozesscharakter: Strukturierung der Kommunikation durch Verfahren .....	40
1.1.3.1	Wurzeln und Grundlagen .....	13	1.1.3.2.8	Ergebnisoffenheit und Konsensorientierung: .....	41
1.1.3.2	Definition und Wesensmerkmale der Mediation .....	23	1.1.3.2.9	Mediation als nicht-förmliches, außergerichtliches Verfahren ...	43
1.1.3.2.1	Autonomie – Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien.....	25	1.1.3.2.10	Wesensmerkmale der Mediation und Mediatorenhaltung ...	45
1.1.3.2.2	Vermittlung durch unabhängige, unparteiische, „allparteiliche“ Dritte ohne Entscheidungsgewalt im Hinblick auf den Streitgegenstand .....	29	1.1.3.3	Vermittlungsmodelle – Notwendige Abgrenzungen ....	47
1.1.3.2.3	Interessensorientierung .....	32	1.1.3.4	Vor- und Nachteile, Grundbedingungen sowie Anwendungsfelder der Mediation .....	51
1.1.3.2.4	Partizipation und Dialog: Einbeziehung und direkte Kommunikation aller Konfliktparteien .....	35	1.1.4	Mediation im Rechtsstaat der modernen Zivilgesellschaft.....	57

*„Conflicts have either become other peoples’ property – primarily the property of lawyers – or it has been in other people’s interest to define conflicts away. ... It is the conflict itself that represents the most interesting property taken away, not the goods originally taken away from the victim.“<sup>1</sup>*

### 1.1.1 Konflikte und die Grenzen der gerichtlichen Konfliktregelung

Konflikte zwischen Menschen<sup>2</sup> kommen täglich und überall vor, in der Familie, in Unternehmen, bei Bauvorhaben, in der Nachbarschaft, in der Schule; sie sind normal, sie werden aber sehr häufig nicht konstruktiv bearbeitet. Konflikte resultieren häufig aus unterschiedlichen Wahrnehmungen, Erwartungen und Missverständnissen. In Konflikten ist die Kommunikation mit der anderen Konfliktpartei oft gestört oder abgebrochen. Die Parteien nehmen oft gegensätzliche (Rechts-)Positionen ein, ohne die diesen Standpunkten tatsächlich zugrunde liegenden Interessen in den Blick zu bekommen. Vielfach wissen die Betroffenen nicht, *wie* sie einen Streit lösen können. Es bleibt dann offenbar nur das streitige Verfahren, der Gang zum Gericht, womit die Parteien die Kontrolle über das Verfahren und dessen Ergebnis weitgehend aus der Hand geben.

<sup>1</sup> Christie 1977, 5.

<sup>2</sup> Wenn hier von „Konflikt“ die Rede ist, ist immer der sog. soziale Konflikt zwischen mindestens zwei Akteuren/Personen gemeint, nicht die intra-personelle Spannung als Gegenstandsbereich therapeutischer Ansätze, auch wenn sich diese in der Beziehung zu anderen Menschen widerspiegeln (zur Konflikt-Definition s. Glasl Kap. 2.1).

Konfliktregelung bezeichnet.<sup>40</sup> Freilich mischen sich insoweit anbieter- und nutzerorientierte Perspektiven mitunter, wobei in diesem Zusammenhang auch auf die unterschiedlichen Interessen von Konfliktparteien und ihren Anwälten hinzuweisen ist.<sup>41</sup> Ungeachtet der vielfältigen, zT auch regional höchst unterschiedlichen ADR-Praxis kann man für die USA wie für andere Common Law-Länder feststellen, dass sich dort Mediation sogar als das primäre Konfliktregelungsverfahren etabliert hat.<sup>42</sup> Im deutschsprachigen Raum haben die hybriden Formen der Konfliktregelung keine praktische Relevanz und unterliegen – im Hinblick auf die insoweit klaren Vorgaben des MediationsG – rechtlichen Grenzen, weshalb unter „alternativem“ Konfliktmanagement neben evaluativen Verfahren im Wesentlichen **Mediation** verstanden wird. Nicht immer ist aber Mediation das für die Beteiligten geeignete Verfahren (s. hierzu 1.1.3.4). Entscheidend ist, dass die Selbstbestimmung der Betroffenen in der Wahl des Konfliktbearbeitungsverfahrens gewahrt bleibt. Im Wesentlichen geht es um die Wahl zwischen einem Verfahren mit einem inhaltlichen Votum des Dritten (inkl. der gerichtlichen Entscheidung) oder einem Verfahren, in denen die Parteien die Entscheidungshoheit behalten.

### 1.1.3 Mediation

#### 1.1.3.1 Wurzeln und Grundlagen

- 13 Die **Wurzeln** der informellen, nicht-staatlichen Konfliktregelung reichen historisch weit über den Beginn unserer Zeitrechnung zurück,<sup>43</sup> wobei darauf hinzuweisen ist, dass der Ausgleichs- und Vermittlungsgedanke keine originäre Idee der westlichen Gesellschaften ist (zu ethnologischen Gesichtspunkten s. Kap. 2.5). Etymologisch weisen die Begriffe „Mediation“ (altgriechisch: mesiteía; lat.: mediātiō = Vermittlung), „mediieren“ (lat. medius = dazwischenliegend; aber: vermitteln = conciliare) und „Mediator“ (altgriechisch: mesítās; lat.: medius fratris et sororis = Vermittler [zwischen Bruder und Schwester]; conciliator = Vermittler/Fürsprecher) auf die Position des „Mittlers“ und das Dazwischengehen ebenso wie auf das Verbinden von zwei Parteien hin und wurden sowohl im Bereich der Konfliktregelung wie auch in der Handelssprache benutzt.
- 14 Ignoriert man einmal die historischen Wurzeln, so ist es durchaus richtig festzustellen, dass „mediation“ seit Mitte der 1960er Jahre zunächst in den USA und dann im gesamten Raum des Common Law als Teil der ADR-Bewegung wieder entdeckt wurde (s. Rn 5 ff). „Mediation“ heißt allerdings wörtlich übersetzt zunächst auch nichts anderes als „Vermittlung“, weshalb sich damit unterschiedlichste Philosophien und Ideologien verbunden sowie in der ADR-Praxis höchst unterschiedliche Vermittlungsansätze/Ausrichtungen und infolgedessen aus unserer heutigen (deutschsprachigen) Sicht zT verwirrende Begriffsschöpfungen entwickelt haben, die sich auf unterschiedliche Grundlagen berufen und Ziele verfolgen (hierauf wird noch zurückzukommen sein, s. 1.1.3.4).<sup>44</sup> Im Hinblick auf die **Grundlagen der Mediation** werden – häufig verkürzt – zumeist zwei Ansätze unterschieden. Zum einen ein ökonomisch und spieltheoretisch ausgerichteter Modell, das sich vor allem auf das sog. Harvard Modell für erfolgreiches Verhandeln stützt (hierzu Kap. 2.8).<sup>45</sup> Zum anderen der sog. transformative Ansatz, der zT auf die Vorbilder indigener Systeme sozialer Kontrolle anknüpft und nach dem nicht die Lösung eines konkreten (Sach-)Konflikts, sondern die (Veränderung der) Beziehung

40 ZB Astor/Chinkin 2002, 78.

41 Vgl Goldberg et al. 2003, 332 f.; für Deutschland s. Wasilewski 1990, 36 u. 72.

42 Vgl Bush 2002, 111 mwN; Goldberg et al. 2003, 333; Sourdin, 2006, 37 ff.; Trenczek 2012, 165 ff.

43 Zur Genealogie der konsensorientierten Konfliktregelung und Mediation vgl Duss-von Werdt 2005, 26 ff.; Folberg/Taylor 1984, 1 ff.; Gläser/Sinner 2005, 64; Hager 2001, 3 ff.; Hehn 2016, 77 ff.; Moore 1986, 19 ff.

44 Vgl Boule 1996, 3 ff. bzw 2011, 13 ff.; Goldberg et al. 2003, 3 ff. und 111 ff.; G. Friedman/Himmelstein 2009; Menkel-Meadows 2001; Moore 1986, 12 ff.; Moffitt 2005, 69 ff.; Riskin 1996, 35 sowie 2003, 1 ff.

45 Hierzu Fisher/Ury 1981, 30 ff.; vgl Fisher/Ury/Patton 1997.

der beteiligten Personen primäres Ziel der Mediation sei.<sup>46</sup> Sichtbar werden damit allenfalls „idealtypische“, oft verzerrt dargestellte Extrempositionen.

So wird insb. das Harvard Modell mitunter verkürzt als rein ökonomisches Modell kritisiert, in dem für Emotionen kein Raum sei und nach dem der Konflikt durch möglichst sachliche Verhandlungen sowie rationale und objektive Bewertungen gelöst werden solle.<sup>47</sup> Es bedarf insoweit freilich keines „entweder-oder“ – ebenso wenig wie in einer Mediation. Fisher und Ury haben zB selbst auf die Bedeutung der Beziehungsebene im Konflikt und auf den Einfluss der Gefühle hingewiesen: Emotionen – die eigenen und die des Verhandlungspartners – müssen erkannt und zugelassen werden; manchmal muss man erst Dampf ablassen, um sich dann der Sache zuwenden zu können.<sup>48</sup> Das deckt sich mit dem im Rahmen wohl jeder Mediationsausbildung anhand des „Eisbergmodells“ visualisierten, auf dem systemtheoretischen Kommunikationsmodell von Paul Watzlawick basierenden Axiom, nachdem jeder Konflikt mindestens eine Sach- und Beziehungsebene aufweist und ohne Berücksichtigung der personellen Ebene, der sog. Beziehung, die Lösung des Sachkonflikts nicht möglich erscheint (s. Kap. 2.1, 2.11, 7.1.4).<sup>49</sup> Erfolgreiches Verhandeln setzt nach Fisher und Ury aber voraus, dass man Sach- und Beziehungsebenen analytisch trennt, weil deren Vermischung die Eskalation fördert. Nur dann ist es möglich, bestimmt in der Sache zu sein, ohne „persönlich zu werden“: „*be hard on the problem, soft on the people.*“<sup>50</sup> Andererseits ist es für nachhaltig tragfähige Lösungen nicht sinnvoll, Beziehungs-Probleme durch Zugeständnisse in der Sache lösen zu wollen.

Auf der anderen Seite wird bei der mitunter überschwänglichen Preisung indigener Vorbilder übersehen, dass diese eben gerade auf traditionellen kulturell-spezifischen (Werte-)Systemen beruhen, deren Kennzeichen ein hoher Grad an sozialer Kohärenz sowie ein hoher Grad von sozialer Kontrolle ist. Es ist zu bezweifeln, ob sich diese in die heutige Moderne übertragen lassen bzw ob eine solche Form sozialer Kontrolle in der heutigen Zeit überhaupt gewünscht ist. Indigene „*conceptions of mediation conform partly to the transformative model... and partly to the wise elder model... However, modernist mediation forms do not share the assumptions of traditional practices on issues such as confidentiality, mediator neutrality, power and communication. The latter emphasize, rather than the settlement of issues, the healing or transformation of persons and communities where social norms have been broken and the maintenance of traditional customary patterns.*“<sup>51</sup> Kurz zusammengefasst: Während traditionelle (insb. indigene) Vermittlungskonzepte von Natur aus transformativ waren, ist die Mediation in den westlichen Rechtsordnungen (ganz überwiegend) als *facilitative mediation* bewusst „nur“ unterstützend, nicht aber evaluativ konzipiert/normiert. Dieses „Hauptmodell“ der Mediation ist aber sowohl von der einen (*transformative*) wie auch anderen Seite (*settlement; evaluation*) herausgefordert und beeinflusst.

Neben den beiden oben genannten gibt es zahlreiche weitere „Mediations-Theorien“ bzw Zuschreibungen, was Mediation alles sein oder bewirken soll. Mediation scheint sich für alle möglichen Ziele nutzen zu lassen. Das unterstreicht einerseits den pluralistischen Charakter der Mediation, wenn aber Mediation – wie der Vermittlungsbegriff in der englischen Sprache – zum inhaltsleeren Container(begriff) bzw Zylinder verkommt, in den jeder das hineinpacken bzw herauszaubern kann, was er will, dann sind Missverständnisse und Irritationen bei den Nutzern vorprogrammiert. Ebenso wenig förderlich

46 Vgl Bush/Folger 1994, 102 ff.

47 Vgl zB Birgmeier 2009, 516 ff.; Montada 2009, 501 ff.

48 Fisher/Ury 1981, 30 ff.

49 Watzlawick et al. 2011.

50 Fisher/Ury 1981, 55.

51 Boule 2011, 352.

## 1 1 Einführung

ist, wenn Mediation als Allheilmittel für alle Probleme der Welt („Weltfrieden“) und damit selbst als Ideologie präsentiert wird. Alle diese Konzepte haben eine begrenzte Reichweite. Wenn es aber ein **Axiom der Mediation** gibt, dann das folgende: Konflikte sind das Eigentum der Betroffenen, sie sind grundsätzlich selbst in der Lage, ihre offenen (Streit-)Fragen zu klären.<sup>52</sup> Diese kategorische Formulierung mag vor dem Hintergrund der begrenzten Reichweite von Definitionen als Widerspruch erscheinen. Allerdings liegt die vorbehaltlose Anerkennung der **Selbstbestimmung** (Autonomie), die Achtung des Menschen als mündigen Bürger, jenseits aller anbieterorientierten Ziele. Ausgangspunkt der Mediation sind die Konflikte bzw offenen (nicht zwingend konfliktbelasteten) Fragen und Entscheidungssituationen der Betroffenen, also ihre Lebenswirklichkeit und ihre Interessen und Bedürfnisse. Die Parteien bestimmen Anfang und Ende des Mediationsverfahrens sowie Inhalt und Ziel der Mediation. Mediation knüpft an die Selbstbestimmung an, fördert diese und die Fähigkeiten der Betroffenen gerade auch in der Konfliktbearbeitung (empowerment). Alle weiteren Wesensmerkmale der Mediation lassen sich hieraus begründen (s. 1.1.3.2).

- 18 Das Autonomie-Konzept der Mediation geht von einem aufgeklärten, freiheitlichen, positiven **Menschenbild** („westlicher“ Prägung) wie **Konfliktverständnis** aus,<sup>53</sup> dessen Grundannahmen im Wesentlichen wie folgt zusammengefasst werden können:<sup>54</sup>
- Konflikte sind normal, sie werden zwar zunächst als Störung erlebt (s. Kap. 2.1), mitunter führen sie zu Krieg und Verderben, nicht immer sind sie aber nur negativ, sondern können Chancen für eine Entwicklung eröffnen. Ein Fehlen von Konflikten mag mitunter auf Gleichgültigkeit schließen. Nicht bearbeitete Konflikte führen aber sehr häufig zu destruktiven bis zu aggressiven Verhaltensweisen. Konflikte eskalieren mitunter, weil die Parteien nicht wissen, wie sie ein Problem (konstruktiv) angehen können.
  - Häufig resultiert ein Konflikt aus einer unterschiedlichen, selektiven Wahrnehmung (hierzu Kap. 2.2), einer gestörten Kommunikation (hierzu Kap. 2.11), unterschiedlichen Erwartungen.
  - Die an einem Streit beteiligten Personen können grundsätzlich bessere Entscheidungen für ihr Leben treffen als eine Autorität von außen. Die Betroffenen sind die Experten ihrer Lebenswelt und -wirklichkeit. Die Tragfähigkeit und Akzeptanz einer Regelung/Vereinbarung ist größer, wenn die Parteien selbst für das Ergebnis verantwortlich sind.
  - Konflikte und deren Bearbeitung dürfen nicht als Nullsummenspiele (in denen der Verlust der einen den Gewinn der anderen Partei ausmacht)<sup>55</sup> begriffen werden; Wertschöpfung (Win-win) ist nur durch kooperatives Verhandeln (hierzu Kap. 2.8

52 Vgl Christie 1977, 5 ff.; Hanak et al. 1989; Breidenbach 1995, 123 ff. spricht zwar auch von einem „Individual-Autonomy-Projekt“, schreibt diesem aber in Abgrenzung zum „Service-Delivery-Ansatz“ auch einen pädagogisch-therapeutischen Impetus zu und kritisiert zB die allparteiliche, beide Parteien unterstützende Haltung der Mediatoren, die sich „gestatten, zur Sicherung der Fairness des Verfahrens die neutrale Rolle zumindest graduell zu verlassen.“

53 Hierzu Berger 2016, 35 ff. u. 41 ff.; Boule 2011, 82 ff.; Duss-von Werdt 2005; Glasl 2011, 29 ff.; Montada/Kals 2013, 216 ff. Menschenbild und die „Philosophie“ der Mediation lassen sich auf eine ganze Reihe von Denkschulen und -strömungen seit der Antike, über die Aufklärung bis zur Moderne, zurückführen, zB Sokrates (Dialog), John Locke (Pursuit of Happiness), John Rawls (Justice as Fairness), Jürgen Habermas (Theorie des kommunikativen Handelns), Carl Rogers (Nondirektive Kommunikation), Paul Watzlawick (Kommunikation und Konstruktivismus), Nils Christie (Conflicts as Property) u.v.a.m. Freilich reflektiert dies eine ethno-zentristische Perspektive; zum transkulturellen Ansatz s. Kap. 2.5; zu den erkenntnistheoretischen Grundlagen s. Kap. 2.3.

54 Besemer 1993, 37; Boule 1996, 31 ff.; Folberg/Taylor 1984, 14; Glasl 2013, 13 ff.; Haynes/Haynes 1989, 2 ff.; Moore 1986; Spencer/Brogan 2006, 83 ff. sowie die Beiträge in Menkel-Meadow 2001.

55 Watzlawick 1983, 121 ff.

und 7.1.8) möglich. Der konstruktive Umgang mit Konflikten schließt die zukunftsorientierte Veränderung zumeist notwendig mit ein.

Es mag Nichtjuristen vielleicht anfangs etwas irritieren, dass ein ADR-Ansatz und die Idee des Rechts einen identischen Ausgangspunkt teilen. Die vorrangige Berücksichtigung der Selbstbestimmung stellt als sog. **Privatautonomie** gerade auch einen Grundpfeiler des Privatrechts dar (zum Verhältnis von Mediation und Recht, s. Kap. 4.1). Wesentlich ist aber, dass die Mediationsidee diese Autonomie nicht nur auf der Ebene der (materiellen) Rechtsposition, sondern vor allem im Hinblick auf das Verfahren der Konfliktbearbeitung realisiert. *„Der Privatautonomie wird damit der Vorrang vor jeder Form von obrigkeitlicher Bevormundung – sei es durch einen staatlichen („königlichen“) Richter, sei es durch einen privaten Schiedsrichter, sei es durch einen weisen Schiedsmann oder Schlichter – zugebilligt.“*<sup>56</sup> Damit unterscheidet sich Mediation auch von anderen Formen der außergerichtlichen Streitregelung. Der Dritte ist „nur“ Unterstützer und Klärungshelfer der Konfliktparteien, nicht Anwalt, Ratgeber oder Entscheider (zur Rolle und Funktion der Mediatoren s. Kap. 2.12 und 7.1.8).

Zwar basiert die „Mediationsphilosophie“ auch auf ökonomisch-spieltheoretischen Überlegungen, sie stößt aber – wie das Harvard-Konzept<sup>57</sup> – vor allem deshalb auf einen positiven Widerhall, weil sie ein – im positiven Sinn (!) – **pragmatisch-eklektizistisches Konzept** ist, das sich aus verschiedenen Fachgebieten und Wissenschaftsdisziplinen bedient und das zusammenfügt, was Sinn macht. Mediation ist aber nicht theorie-los. Unter setzt wurden das Mediationskonzept unter anderem von konflikttheoretischen Überlegungen (hierzu Kap. 2.1), von Erkenntnissen der Neurobiologie und Kognitionswissenschaft (s. Kap. 2.2 und 7.1.5) und der Sozialpsychologie (Kap. 2.4), von erkenntnis- und verhaltenstheoretischen Ansätzen, die am Konstruktivismus bzw symbolischen Interaktionismus<sup>58</sup> ausgerichtet sind und eine systemische Betrachtungsweise konflikthafter Beziehungen einnehmen (s. Kap. 2.3), von ethnologisch-interkulturellen Perspektiven (s. Kap. 2.5), von der kommunikationswissenschaftlichen Forschung (s. Kap. 2.11 und 7.1.6) ebenso wie von rechtsphilosophischen Fragen nach Fairness und Gerechtigkeit (s. Kap. 2.7) – um nur einen Teil der (hier im Handbuch behandelten) Grundlagen anzusprechen. Mediation ist ein interdisziplinäres, ja **transdisziplinäres Konzept**, in dem sich die verschiedenen Fachrichtungen und Professionen nicht nur ergänzen, sondern ineinander verschränken.

Die Orientierung mehr zu der einen oder zur anderen Seite/Disziplin/Ausrichtung prägt freilich die Sichtweisen und Interventionsstile der Vermittler, wobei es ignorant wäre, zu glauben, ökonomisch-spieltheoretisch und rechtliche Aspekte wären nur etwas für die Wirtschaftsmediation, während sich nur die Familienmediation an den „weichen“ Themen orientieren müsste.<sup>59</sup> Wenn einmal der Begriff „ganzheitlich“ eine Berechtigung hat, dann ist es in der Konfliktvermittlung, wohl wissend, dass die menschliche Wahrnehmung notwendig selektiv und subjektiv ist und deshalb nie ganzheitlich sein kann (s. Kap. 2.2 und 7.1.5). Wird dies berücksichtigt, dann ist es unproblematisch, im deutschsprachigen Raum von einem transdisziplinären **Grundmodell einer Mediation** zu sprechen. Grundmodelle lassen sich ausdifferenzieren, sie lassen sich in einem bestimmten

<sup>56</sup> Haft 2009, 73 (§ 2 Rn 11).

<sup>57</sup> Fisher/Ury (1991, 91, 118, 121) weisen an verschiedenen Stellen darauf hin, dass die Einschaltung eines Dritten als Mediator für eine erfolgreiche Verhandlung förderlich ist.

<sup>58</sup> Konstruktivismus und der symbolische Interaktionismus weisen eine große Nähe auf. Während der symbolische Interaktionismus eine Theorie des sozialen Handelns des Menschen darstellt, basiert die (neuere) konstruktivistische Erkenntnistheorie vor allem auf dem Kenntnisstand der (neuro-)biologischen Forschung.

<sup>59</sup> Vgl. einerseits zur transformativen Mediation in einem „reinen Dollarkonflikt“ zwischen zwei Unternehmen (Troja 2004, 22 ff.), andererseits zur Bedeutung rechtlicher Regelungen in der Trennungs- und Scheidungsmediation (Trenczek 2007, 138 ff.). Gerade in eskalierten Konflikten bedarf es ggf. der Ausweitung des facilitativen Grundkonzepts (vgl. Glasl 2013, 475 ff.).

Kontext den Ressourcen und Bedürfnissen der Nutzer und Anwender (zB im Hinblick auf ihren professionellen Hintergrund und ihre interdisziplinäre Kompetenz) sowie des Arbeitsfeldes und seinen kontextuellen Rahmenbedingungen anpassen. Mediation ist ein flexibles Verfahrensmodell und zeichnet sich durch eine große Vielfalt aus. Mediation darf aber **nicht beliebig** oder gar willkürlich sein, sondern muss auf ethischen, wissenschaftlichen und methodischen Grundlagen basieren, um Akzeptanz und Legitimation gewinnen zu können. Es geht darum, Mediation in seiner „Kernprägnanz“ zu verstehen und ihre Unterschiede zu anderen Formen der Konfliktbearbeitung deutlich zu machen, wobei die Übergänge durchaus fließend sind. Mediation ist ein nicht-öffentliches Verfahren, welches – anders als das gerichtliche – nicht in ein durch verschiedene Instanzen verschränktes Kontrollsystem eingebunden ist. **Legitimation** kann Mediation deshalb nur dann erhalten, wenn essentielle Charakteristika die Mediation als unverwechselbar und in **Standards** verbindlich beschrieben werden, auf deren Einhaltung sich die Nutzer verlassen können.

- 22 Es geht mithin nicht um die Festlegung einer starren Einheitsform oder eines unerreichbaren Ideals, sondern um eine fachliche Grundlage ähnlich einem Kompass, es geht um Erdung und Orientierung. Diese ist notwendig, ist doch die Mediation ein „*äquibrilistischer Tanz zwischen den Welten*“,<sup>60</sup> bei dem man schnell die Balance verlieren kann. Letztlich sind es die konkreten Menschen, die in (wirtschaftlichen, sozialen usw) Beziehungen stehen und miteinander Konflikte haben. Von entscheidender Bedeutung ist deshalb, ob die Parteien – aus welchen Gründen auch immer – an einer (familiären, partnerschaftlichen, wirtschaftlichen usw) Beziehung interessiert sind oder nicht. Jeder Konflikt ist anders und subjektive Elemente gewinnen in der Konfliktodynamik an Bedeutung. Hierauf müssen die Mediatoren bereits im Rahmen der Auftragsklärung (s. Kap. 3.1) achten und sich im weiteren Verfahren darauf einstellen. Das heißt nicht, dass „in der Praxis immer alles ganz anders“ ist. Ein solch künstlicher wie banalisierender Gegensatz von Theorie und Praxis ist Ausdruck von Bequemlichkeit und wird den Herausforderungen und der Komplexität des Lebens nicht gerecht. Mediatoren sind keine nur handelnden Praktiker, sondern orientieren sich (mehr oder weniger bewusst) an den wissenschaftlichen Grundlagen und theoretischen Konzepten. *Es gibt deshalb nichts Praktischeres als eine gute Theorie.*<sup>61</sup> Pragmatisch zu sein heißt deshalb auch nicht theorielos, sondern mit Sinn für das Sinnvolle zu handeln und damit fachkundig zu sein. Ein interdisziplinär-eklektizistisches Mediationsmodell ist geeignet, die notwendige Orientierung zu geben, ohne die Mediatoren in ein Korsett zu zwingen. Mediation ist nicht nur ein Verfahrensmodell, sondern eine spezifische **Haltungsfrage** (s. 1.1.3.2.10 und Kap. 2.13).

### 1.1.3.2 Definition und Wesensmerkmale der Mediation

- 23 Definitionen haben immer nur eine begrenzte Reichweite und erheben keinen Absolutheitsanspruch. Sie können einerseits deskriptiv, andererseits normativ sein; deshalb sind sie häufig nicht kongruent und führen mitunter zu Verwirrung, nicht zuletzt weil im Hinblick auf Mediation der interdisziplinäre Fachdiskurs über nationale Grenzen hinaus geführt (ohne dass der unterschiedliche Sprachgebrauch immer hinreichend beachtet) wird und gleichzeitig auf nationale (gesetzliche) Regelungen trifft. In der deutschen Sprache wie im europäischen Rechtsraum hat sich der Begriff Mediation zum mittlerweile normativ unteretzten Fachterminus gewandelt und – ungeachtet vielfältiger Anwendungsformen, Interventionsstile und Kontexte – ein **Leitbild** durchgesetzt, welches

<sup>60</sup> Watzke 1997.

<sup>61</sup> „[...] *there is nothing so practical as a good theory.*“, Lewin 1951, 169; vgl Kant: „Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis“ (1797/1793).



auch zur Grundlage von normativen Regelungen (Legaldefinitionen) wurde: So bezeichnet Art. 3 a der EU-Mediations-Richtlinie (15003/5/07 REV 5 – 23.4.2008) Mediation als „*strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mithilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen.*“ Nach § 1 Abs. 1 des (deutschen) Mediationsgesetzes ist Mediation normativ verbindlich definiert als „*ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.*“ Nach Abs. 2 ist ein Mediator „*eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.*“ Auch das österreichische ZivMediatG betont in § 1 Abs. 1 die Autonomie der Konfliktparteien, andererseits aber auch die systematische und nach fachlichen Standards gestaltete, anerkannte Kommunikationsmethoden einsetzende Tätigkeit der Mediatoren.<sup>62</sup> Etwas ausführlicher kann man die **Grunddefinition der Mediation** wie folgt fassen: Mediation ist ein nicht öffentliches Verfahren<sup>63</sup> konstruktiver Regelung offener Fragen und Konflikte,<sup>64</sup> bei dem die Parteien mit Unterstützung unabhängiger und unparteiischer Dritter, den Mediatoren, selbst nach einvernehmlichen Regelungen bzw. Lösungen suchen, die ihren Bedürfnissen und Interessen dienen. Die Mediatoren unterstützen die Parteien dabei, die strittigen Themen zu identifizieren, die Kommunikation neu zu gestalten sowie Lösungsoptionen zu erarbeiten, sie enthalten sich aber jeglicher inhaltlichen Bewertung des Streitgegenstands (zur Funktion und Aufgaben der Mediatoren s. Kap. 2.12 und 7.1.8). Mediation ist ein spezifisches, strukturiertes Verfahren der im angelsächsischen Bereich „Alternative Dispute Resolution“ (ADR) genannten, ursprünglich außergerichtlichen Konfliktregelung, bei der die eingeschalteten Vermittler (Mediatoren) im Hinblick auf den Streitgegenstand weder inhaltliche Entscheidungen treffen noch Lösungsvorschläge unterbreiten (zu den evaluativen Konfliktregelungsverfahren s. Kap. 2.20).

Die (zT unterschiedlichen) gesetzlichen Regelungen in den einzelnen Staaten definieren für den jeweiligen Geltungsbereich verbindlich Inhalt und Wesensmerkmale des Mediationsbegriffs (s. Kap. 4.6 u. 4.7).<sup>65</sup> Ungeachtet dessen lassen sich in Abgrenzung zur streitigen Konfliktregelung vor Gericht und anderen außergerichtlichen Konfliktregelungsverfahren (s. Rn 5) einige universelle **Grundsätze und Wesensmerkmale der Mediation** beschreiben. Um das oben (s. Rn 17) erwähnte Bild vom Container aufzugreifen: Nicht überall, wo Mediation drauf steht, ist Mediation drin.<sup>66</sup> Die nachfolgenden, sich teilweise überschneidenden Aspekte gehen über die in nationalen Regelungen verbind-

62 Mediation ist eine auf Freiwilligkeit der Parteien beruhende Tätigkeit, bei der ein fachlich ausgebildeter, neutraler Vermittler (Mediator) mit anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel fördert, eine von den Parteien selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen.

63 In Abgrenzung zum inflationär verwendeten Methodenbegriff wird Mediation hier (und im MediationsG) als **Verfahren** begriffen, nicht als eigenständige Methode. Die Mediatoren handeln freilich „methodisch“, indem sie mit verschiedenen (Kommunikations-)Techniken intervenieren. Zum Unterschied zwischen Methode – Verfahren – Technik vgl. Kreft/Müller 2008, 134 ff.; Spiegel 2008.

64 Nicht jede offene Frage wird von allen Beteiligten als Konflikt erlebt. Der Begriff Konflikt ist dadurch definiert, dass es ausreicht, dass eine Partei eine Störung erlebt (Kap. 2.1). Mediative Verfahren können deshalb auch im Rahmen eines ergebnisoffenen, auf Konsens ausgerichteten Entscheidungsprozesses und insb. auch präventiv zur Vermeidung einer möglichen Konflikteskalation genutzt werden (zB Mediation zur Aushandlung von Regelwerken; Mediation vor dem Erbfall zusammen mit den Erblassern). Das Mediationsverfahren nach § 1 Abs. 1 MediationsG ist aber nach hM enger auf eine Konfliktbeilegung begrenzt (Greger et al. 2016, § 1 Rn 27; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2014, § 1 Rn 18; weiter dagegen Horstmeier 2013, Rn 250).

65 Zumeist definiert das Gesetz – wie in Deutschland oder Österreich – nur einige Begriffe und wesentliche Grundsätze, womit Mediatoren und (potenzielle) Nutzer (Medianden) einen weiten Gestaltungsspielraum bei der Durchführung einer Mediation haben.

66 Hierzu Greger 2015 a, 172 ff.; Trenczek 2016 a, 4.

lich definierten Merkmale hinaus<sup>67</sup> und sollen als verbindender Orientierungsrahmen dienen, um im Rahmen dieses Praxishandbuchs sinnvoll Ausführungen zu den Grundlagen sowie den fachlichen Standards der Mediation und ihrer Anwendungsfelder (hierzu Kap. 5) machen zu können (zu den unterschiedlichen Ausprägungen und Handlungsstilen mit einer mehr oder weniger großen Bandbreite s. nachfolgend den Mediations-Abakus, Rn 46).

### 1.1.3.2.1 Autonomie – Selbstbestimmung und Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien

- 25 Hauptmerkmal der Mediation ist die Anerkennung der **Selbstbestimmung** der Konfliktparteien (vgl § 1 Abs. 1 MediationsG; § 1 Abs. 1 ZivMediatG).<sup>68</sup> Die Parteien bestimmen Anfang und Ende des Mediationsverfahrens sowie Inhalt und Ziel der Mediation. Sie bestimmen, welchen Konfliktstoff sie thematisieren, wie viel Emotionen sie in die Konfliktklärung hineinlegen und welche inhaltlichen Optionen und Lösungen ihren Interessen entsprechen. Aus der Gewährleistung der Selbstbestimmung der Parteien im Verfahren zur Regelung und ggf Lösung von Konflikten zieht die Mediation ihre Legitimation und ihren emanzipatorischen Charakter. Mediation ist eine nutzerorientierte Dienstleistung, es geht stets um die **Interessen der Parteien**. Mediatoren strukturieren zwar das Verfahren, machen Angebote, die Kommunikation neu zu gestalten, letztlich entscheiden aber die Konfliktparteien/Medianden,<sup>69</sup> wie viel Vertrauen sie diesem Verfahren schenken und wie weit sie mit den Mediatoren mitgehen. Das Wesentliche zum Mediationsverfahren (insb. Rolle und Funktion der Mediatoren) muss bei der Auftragsklärung transparent gemacht werden (s. Kap. 3.1).
- 26 Wenn von den Grundprinzipien der Mediation die Rede ist, findet sich zumeist auch der Begriff **Freiwilligkeit**,<sup>70</sup> um den allerdings heftig gerungen wird, weil er sehr diffus ist und auch in den Debatten nicht immer hinreichend operationalisiert wird.<sup>71</sup> Bei dem Begriff Freiwilligkeit geht es um die vom Rechtssystem geschützte **Entscheidungsfreiheit**. Der Autonomiegedanke erfordert unabdingbar die Freiheit, sich nicht einigen zu müssen. Diese im Hinblick auf einen möglichen Konsens geschützte (auf den Streitgegenstand bezogene) inhaltliche Freiheit ist für die Mediation konstitutiv. Ein Zwang zur Einigung (Kontrahierungszwang) ist der Mediation wesensfremd. Umstritten ist, inwieweit der Zugang zu Mediation freiwillig sein muss („äußere Freiheit“) oder reglemen-

67 Insoweit wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die mitunter zitierten Regelungen nur Beispielcharakter haben. Zum deutschen Mediationsgesetz s. ausführlich Carl in Kap. 4.6 sowie Greger et al. 2016; Kloweit/Gläßer 2014; Horstmeier 2012; Fritz/Pielsticker 2012. Zum österreichischen ZivMediatG s. Ferz/Filler 2003 sowie Kap. 4.7.

68 Ebenso Greger et al. 2016, § 1 Rn 38; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2014, § 1 Rn 15.

69 Zur **Bezeichnung der Mediationsparteien** finden sich in der Literatur und Praxis beide Varianten: Mediand und Mediant (hierzu vgl das Glossar auf <http://simk.net>). Es handelt sich nicht lediglich um bloße Rechtschreibvarianten, sondern um einen inhaltlichen Unterschied. Mediand drückt semantisch eher eine etwas passive bzw. eine Objektstellung aus, während Mediant eine aktive Rolle impliziert. Die Sprachwissenschaft hält sich im Hinblick auf die Lösung (wie die Mediatoren) zurück, stellt aber eine entscheidende Frage: „Wenn tatsächlich die aktive Rolle des Medianten/der Mediantin so gesehen wird, dass er oder sie selbst die Vermittlung leistet und sich des Mediators oder der Mediatorin nur als einer Hilfe bedient, dann spricht auch aus sprachwissenschaftlicher Sicht nichts dagegen, die t-Variante zu verwenden“ (Universität Vechnal/Arbeitsstelle für Sprachauskunft, 2013). Genau das ist aber nicht der Fall: Zwar sind die Konfliktparteien keinesfalls Objekte des Mediationsverfahrens, sondern die Eigentümer des zu medierenden Konflikts; allerdings sind sie anders als die Mediatoren nicht in einer das Verfahren leitenden (aktiven) Rolle, sondern werden durch das Mediationsverfahren geführt und dabei von den Mediatoren unterstützt. Die Medianden verhandeln zwar aktiv miteinander, leisten aber nicht selbst die Vermittlung, sondern werden mediiert, weshalb (nach aller Abwägung) die d-Variante letztlich die wohl passende Schreibweise für die Konfliktparteien ist und gleichzeitig deren aktive Rolle bei der Lösung des Konflikts (nicht aber für das Mediationsverfahren) berücksichtigt.

70 Vgl Art. 3 a EU-Mediationsrichtlinie 2008; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2 MediationsG (s Kap 4.6.4.); § 1 Abs. 1 ZivMediatG.

71 Vgl zB die Kontroverse zwischen Marx 2010, 132 ff. und Keydel 2011, 61 ff.



tiert werden darf. Deutlich wird dies zunächst in Abgrenzung zum gerichtlichen Streitverfahren; hier kann man sich als Beklagter oder Angeklagter ohne Rechtsverlust nicht aussuchen, ob man sich dem Konflikt stellt. Demgegenüber muss die Teilnahme an einem Mediationsverfahren freiwillig sein, d.h. die Konfliktparteien sollen selbst und ohne Zwang darüber entscheiden, ob sie an einem Mediationsverfahren teilnehmen (vgl. § 2 Abs. 2 MediationsG). Das bedeutet allerdings nicht, dass jemand von sich aus, aus eigenem Antrieb „gerne“ an einer Mediation teilnimmt. Der Zugang zur Mediation ist in der Wahrnehmung und im Empfinden der Beteiligten in aller Regel kein ersehntes, freudiges Ereignis wie zB ein Treffen mit Freunden (wer begibt sich schon gerne freiwillig in Konflikte?), sondern einem Mangel an weniger schmerzhaften (Nichteinigungs-)Alternativen (sog. BATNA<sup>72</sup>) bzw einer Abwägung der sozialen, ökonomischen oder rechtlichen Folgen einer Nichtbearbeitung bzw Drittentcheidung geschuldet. Insofern reduziert sich die Freiwilligkeit in eine (Teilnahme-)Bereitschaft, die Option Mediation zu wählen und den Konflikt eigenverantwortlich zu lösen bzw zu regeln. Die Selbstbestimmung liegt in der Freiheit zur Selbstregulierung, und durch das Mediationsverfahren werden die Verfahrens- und Entscheidungsoptionen erweitert. Die äußere Freiheit wird deshalb keinesfalls dadurch eingeschränkt, wenn das Verfahren von einem Dritten (sei es vom Gericht, dem Arbeitgeber etc.) initiiert wird, solange der Nichteinstieg in die Mediation nicht mit einem Rechtsverlust verbunden ist. Ebenso wenig ist es schädlich dass sich die (potenziellen) Konfliktparteien im Vorfeld – zB durch sog. ADR-Klauseln in (Arbeits-, Lieferungs-, ...)Verträgen oder eine Betriebsvereinbarung – zur Durchführung einer Mediation verpflichten.<sup>73</sup> Wichtig ist, dass die Parteien ein Mediationsverfahren „jederzeit“ sanktionslos – wiederum im Hinblick auf ihre Alternativen mehr oder weniger freiwillig – abbrechen können.<sup>74</sup> Die „Freiheit“ besteht in der bewussten Entscheidung, also Selbstverpflichtung, am Mediationsverfahren teilzunehmen, ein ausgehandeltes Ergebnis einvernehmlich mitzutragen bzw in der Möglichkeit zum „Nein“, sowohl im Hinblick auf ein Ergebnis bzw auf den Fortgang des Verfahrens. Nicht immer ist eine Einigung möglich, es gibt Konflikte, die lassen sich nicht lösen (sondern ggf. nur durch Dritte regeln), es gibt Beziehungen, die lassen sich nicht harmonisieren. Mediationsverfahren müssen daran „scheitern“ dürfen.<sup>75</sup> Mediation ist stets nur eine zusätzliche Option, im Rechtsstaat ist der Rechtsweg nicht ausgeschlossen.

Das Freiwilligkeitspostulat wird im Hinblick auf den Zugang zur Mediation („äußere Freiwilligkeit“) in verschiedenen Rechtsordnungen zum Teil eingeschränkt. So findet man insb. in manchen angelsächsischen Staaten die gesetzliche Verpflichtung eines obligatorischen bzw die Möglichkeit eines vom Gericht verbindlich angeordneten Mediationsverfahrens (*mandatory mediation*).<sup>76</sup> Auch nach der Europäischen Mediationsrichtlinie steht es dem Freiwilligkeitsprinzip nicht entgegen, wenn eine Mediation von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats sogar vorgeschrieben ist.<sup>77</sup> In vielen Staaten, so auch in Deutschland, wird die Zulässigkeit eines streitigen Gerichtsverfahrens in bestimmten Kontexten von der obligatorischen

72 „Best alternative to a negotiated agreement“ (Fisher/Ury 1981, 101 ff.).

73 Zu den Einzelheiten s. Greger et al. 2016, § 1 Rn 34; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2014, § 1 Rn 14; im Hinblick auf Arbeitsplatzkonflikte Niedostadek 2014, 55 ff.

74 Greger et al. 2016 § 1 Rn 32; Horstmeier 2012 Rn 136; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2014, § 1 Rn 14; Niedostadek 2014, 57.

75 Zum Scheitern in der Mediation s. Kap. 3.20.

76 Dies ist insb. in Sorge- und Umgangsverfahren der Fall, vgl. Alexander 2006, 451 ff.; für Australien: Sourdin 2006, 37 ff.; Spencer/Brogan 2006, 265 ff.; für die USA Kovach 2006, 389 (407); Marx 2010, 132 ff.

77 Art. 3 a EU-RL über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen bei grenzüberschreitenden Streitigkeiten (15003/5/07 REV 5 – 28.2.2008). Zu den weitreichenden Regelungen in Italien s. Massari/Rizzuto 2013, 185 ff.

Durchführung eines außergerichtlichen Einigungsversuchs abhängig gemacht.<sup>78</sup> Darüber hinaus kann in Deutschland zwar Mediation von den Gerichten noch nicht angeordnet werden, aber die Verweigerung einer Mediation in Familienverfahren durchaus zu negativen Kostenentscheidungen führen.<sup>79</sup> Nach Ansicht des Verfassers widerspricht auch eine gesetzliche Verpflichtung zu einem Mediationsversuch aufgrund einer sorgfältigen Abwägung bei höherrangigen Interessen (zB Kindeswohl vs Selbstbestimmung sich trennender Eltern) letztlich nicht der Mediationsidee, solange die Freiheit, sich nicht einigen zu müssen, gewahrt bleibt. Problematisch ist eine obligatorische Mediation, wenn Konfliktparteien mit Blick auf einen hohen Geschäftsanfall der Gerichte davon abgehalten werden sollen, den Rechtsweg zu bestreiten. Im Hinblick auf den Autonomiegedanken der Mediation wie auch im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip ist entscheidend, dass Konfliktparteien letztlich nicht daran gehindert werden, den Rechtsweg vor ein staatliches Gericht zu beschreiten.

- 28 Mag die „äußere“ Freiwilligkeit zur Mediation – sei es durch gesetzliche Regelungen, dem ökonomischen Druck oder mangels anderer Alternativen – mitunter begrenzt sein, im Mediationsverfahren darf kein Zwang herrschen („innere Freiwilligkeit“), vielmehr müssen die Mediatoren einen möglichst „herrschaftsfreien Diskurs“<sup>80</sup> und selbstbestimmte Entscheidungen sicherstellen (s. nachfolgend). Selbstbestimmte Entscheidungen kann nur treffen, wer über die Alternativen informiert ist. Das betrifft das Konfliktregelungsverfahren ebenso wie ein Ergebnis im Hinblick auf den Konfliktgegenstand. Konfliktparteien sollten deshalb über ihre Nichteinigungsalternativen gut informiert und (ggf rechtlich) beraten sein.<sup>81</sup>

### 1.1.3.2.2 Vermittlung durch unabhängige, unparteiische, „allparteiliche“ Dritte ohne Entscheidungsgewalt im Hinblick auf den Streitgegenstand

- 29 Die vermittelnde Unterstützung der Konfliktparteien durch **unabhängige, unparteiische, „allparteiliche“ Dritte** ohne Entscheidungsgewalt im Hinblick auf den Streitgegenstand ist **Wesensmerkmal** der europäischen Version von Mediation.<sup>82</sup> Dieses „klassische“ Modell der den Konfliktdialog unterstützenden Vermittlung<sup>83</sup> (*facilitative mediation*) basiert auf einer klaren Verantwortungsteilung. Die Parteien sind für Inhalt des Konflikts (bzw der zu klärenden Fragen) und das Ergebnis seiner Bearbeitung verantwortlich (Konflikt- und Ergebnisverantwortung), die Mediatoren für die Verfahrensgestaltung, die Strukturierung der Kommunikation und die Unterstützung der Medianden (Prozessverantwortung). Die **fehlende Entscheidungsbefugnis** des Dritten in der Streitsache ist für die Mediation konstitutiv, im Hinblick auf das Mediationsgesetz betrifft das

78 Solche Regelungen finden sich in einigen deutschen Bundesländern aufgrund der in § 15 EGZPO eingeräumten Öffnungsklausel, nach der in zivilrechtlichen Streitigkeiten der Rechtsweg zu den Zivilgerichten erst nach einem zuvor durchzuführenden Güteverfahren bzw „Schlichtungsversuch“ eröffnet ist.

79 So können die Familiengerichte in Scheidungs- und Folgesachen nach § 135 FamFG anordnen, dass die Ehegatten einzeln oder gemeinsam an einem kostenfreien Informationsgespräch über Mediation (nicht die Mediation selbst) bei einer von dem Gericht benannten Person oder Stelle teilnehmen und eine Bestätigung hierüber vorlegen. Nach § 81 Abs. 2 Nr. 5 FamFG können einer Partei selbst im Obsiegen in der Streitsache die Kosten des Verfahrens auferlegt werden, wenn sie sich ohne vernünftigen Grund einer außergerichtlichen, einvernehmlichen Regelung entzogen hat (Trenczek 2009, 337 f.).

80 Habermas 1981.

81 Die (rechtliche) Beratung ist nicht die Aufgabe der Mediatoren, wohl aber die reflexive Thematisierung der Nichteinigungsalternativen (sog. BATNA) mit den beteiligten Konfliktparteien (hierzu Kap. 2.12 und 4.1).

82 Art. 3 a EU-Mediationsrichtlinie 2008; § 1 Abs. 1 MediationsG; § 1 Abs. 1 ZivMediatG.

83 Mediation wird zT auch minimalistisch definiert als Verhandlung zweier (oder mehrerer) Parteien unter Begleitung eines Dritten, zB Goldberg et al. 2003, 111: „*Mediation is negotiation carried out with assistance of a third party.*“ Menkel-Meadow 2001, xiii: „*In its simplest and purest form, mediation is a process of facilitated negotiation among two or more parties, assisted by a third-party neutral, to resolve disputes, manage conflict, plan future transactions or reconcile interpersonal relations and improve communication.*“

auch „unverbindliche“ Entscheidungsvorschläge.<sup>84</sup> Mediatoren sind weder Richter noch Schlichter noch Berater oder Erzieher, sondern Vermittler und als solche im Hinblick auf die Wahl ihrer Interventionen begrenzt (zur Rolle und Aufgaben der Vermittler ausführlich Kap. 2.12). Ohne eine die Selbstbestimmung der Parteien respektierende Grundhaltung ist die Vermittlung fehlgeleitet.

**Unabhängigkeit** setzt voraus, dass die Mediatoren in keinem Abhängigkeitsverhältnis zu den Parteien stehen und auch keinerlei Weisungen von Dritten unterworfen sind.<sup>85</sup> Mediatoren dürfen zudem kein eigenes (persönliches wie institutionelles) Interesse an einem bestimmten Konfliktausgang haben (zB Quote der Einigungen).

**Neutralität und Allparteilichkeit** werden zwar weithin als fundamental und „selbstverständlich“ für die Mediation angesehen, die Begriffe sind allerdings selten genau definiert (und empirisch schon gar nicht erforscht).<sup>86</sup> Im Wesentlichen geht es um Offenheit und Vorurteilslosigkeit, Äquidistanz zu und Unparteilichkeit gegenüber den Parteien. Im Unterschied zu Neutralität meint Allparteilichkeit nicht passive Zurückhaltung, sondern das aktive Gewährleisten dieser mediativen Grundhaltung, mit der die Balance und Symmetrie zwischen den Parteien sicher- bzw mitunter erst einmal hergestellt werden soll. § 1 Abs. 2 MediationsG geht von einer solchen aktiven und gleichzeitig unparteilichen Verfahrensleitung und Unterstützung (der Autonomie und Selbstregulierungskräfte) der Konfliktparteien aus (s. Kap. 2.12).<sup>87</sup>

### 1.1.3.2.3 Interessensorientierung

Bei einer Mediation werden Konflikte nicht auf unterschiedliche Rechtspositionen (Forderungen, Ansprüche und Einwendungen) der Parteien reduziert, vielmehr können von den Parteien alle wirtschaftlichen und sozialen, persönlichen und emotionalen Aspekte und Anliegen eines Konflikts in die Diskussion eingebracht werden.<sup>88</sup> Diese **Interessen** (Wünsche, Erwartungen, Sorgen, Ziele, Motivationen, Überzeugungen usw) reichen mitunter weit in den Bedürfnisbereich hinein, also den Bereich der elementaren Wünsche und Notwendigkeiten für das Wohlbefinden, die nahezu alle Menschen teilen (Zuwendung und Anerkennung, Sicherheit, Identität, Selbstverwirklichung, Zugehörigkeit). Gläßer und Kirchhoff definieren Interessen als „operationalisierte Bedürfnisse“ und „Leitmotive für die Entscheidungsfindung rational agierender Menschen“, als die „im Einzelfall relevanten Kriterien, die in einer Konfliktlösung berücksichtigt werden müssen.“<sup>89</sup> Damit können selbstverständlich auch normative Aspekte eine Rolle spielen, aber weniger im Sinne eines „objektiven“ Rechts, sondern individueller Erwartungen und Gerechtigkeitsvorstellungen der beteiligten Konfliktparteien: Was ist fair? Was ist gerecht? Das Thema von Fairness und Gerechtigkeit ist aus einem prozessorientierten Mediationskonzept nicht wegzudenken (s. Kap. 2.7). Die gesetzlichen Regelungen sind in aller Regel nur ein Maßstab, einen Konflikt zu lösen (s. Kap. 4.1). In der Mediation werden die Parteien darin unterstützt, die (normative) Positionsebene zu verlassen, um auf der Interessensebene Möglichkeiten der Verständigung und ggf Übereinstimmung auszuloten. Dabei stellt sich häufig heraus, dass die Parteien ihr distributives Denken und „entweder – oder“ überwinden und nicht nur einen Kompromiss (zB Verteilung „50/50“) schließen, sondern beide – mitunter sogar über den ursprünglichen Streitge-

84 Ausführlich Kap. 2.12, ebenso Greger et al. 2016, § 1 Rn 50; unklar Hagel in: Kloweit/Gläßer 2014, § 1 Rn 105.

85 Hierzu Greger et al. 2016, § 1 Rn 55; Hagel in: Kloweit/Gläßer 2014, Rn 22.

86 Astor 2000, 73 ff. und 145 ff.; Cobb/Rifkin 1991, 35 ff.; Trenczek 2016, 230 ff.

87 Greger et al. 2016, § 1 Rn 43 ff. u. 54 ff.

88 Die Unterscheidung zwischen „positional“ und „interest-based“ Verhandlungsstilen wurde bereits im sog. Harvard-Modell von Fisher/Ury (1981, 41 ff.) hervorgehoben.

89 Gläßer/Kirchhoff 2005, 130 ff. (131).

genstand hinaus – „gewinnen“, dh eine **wertschöpfende Lösung** finden können, die ihren Interessen (und damit auch Gerechtigkeitsvorstellungen) gleichermaßen dient (sog. **Win-win-Situation**).<sup>90</sup> Auch wenn dies in „reinen“ Verteilungskonflikten (sollte es so etwas geben) nicht immer möglich erscheint, ermöglicht das Mediationsverfahren einen Konsens im Hinblick auf ein faires Verfahren zur Entscheidungsfindung.

- 33 Auch die sog. **Beziehungsfrage** betrifft die Interessensebene. Nicht jedem Konflikt liegt eine vorausgehende Beziehung zugrunde; in den sog. situativen Konflikten treffen die Beteiligten zum ersten Mal aufeinander, der Konflikt hat sie zusammen gebracht, sie befinden sich in einer konflikthafter Beziehung, aus der sie in aller Regel möglichst schnell wieder heraus wollen. Mediation ist zwar ein geeignetes Verfahren, wenn die Parteien ein Interesse an einer zukünftigen Beziehung haben. Zwingend ist dies aber nicht. Die (*facilitative*) Mediation hat eine einvernehmliche, interessensgerechte Regelung von Sachfragen zum Ziel. Eine Harmonisierung, Versöhnung (*reconciliation*) oder „Transformation“ der Beziehungen (*transformative mediation*) ist freilich nicht ausgeschlossen, die Veränderung des Konfliktverhaltens sogar in aller Regel erforderlich, um interessensgerechte Lösungen zu finden. Die Mediation besitzt insoweit ein erhebliches (transformatives) Potential. Die Transformation der Beziehung sollte aber kein von den Mediatoren vorgegebenes Ziel sein.
- 34 Die **Interessensklärung** in beide Richtungen, dh die Klärung der eigenen (Selbstbehauptung) wie auch die Interessen des Konfliktpartners (Wechselseitigkeit), insb. im Rahmen der sog. Exploration (hierzu Kap. 3.2.3), ist für das zentrale Merkmal wertschöpfender Verhandlungsmodelle und gleichzeitig das „Kernelement“, „Fundament“ und „Herzstück“ der Mediation.<sup>91</sup> Nur wenn die hinter den Positionen stehenden Interessen sorgfältig erfasst und transparent gemacht werden, können Wertschöpfungspotentiale und Einigungsspielräume erarbeitet werden. Gleichzeitig fungieren die Interessen als Maßstab für die Qualität der Lösung.<sup>92</sup> Kein Konflikt ist wie ein anderer und subjektive Elemente gewinnen im Verlauf der Konflikteskalation zunehmend an Bedeutung (hierzu Kap. 2.1). Es ist Aufgabe der Mediatoren, die Parteien bei der Interessensklärung zu unterstützen (Klärungshelfer, s. Kap. 2.12).<sup>93</sup> Nicht immer decken sich die Interessen der Parteien (und ihrer Anwälte) bzw lassen sich in der Sache interessensgerechte Lösungen erzielen; manchmal reduziert sich das gemeinsame Interesse auf die Durchführung eines fairen Verfahrens als solches.

### 1.1.3.2.4 Partizipation und Dialog: Einbeziehung und direkte Kommunikation aller Konfliktparteien

- 35 Mediation ist ein **partizipatives und kommunikatives Konfliktlösungsverfahren**<sup>94</sup>, womit im Unterschied zu (gerichtlichen) Drittentscheidungsverfahren – und ganz im Sinne von Nils Christie<sup>95</sup> – eine Rückaneignung der Konflikte stattfinden kann. Wesentlich hierfür ist die **Neugestaltung der Kommunikation**. Die Konfliktparteien nehmen die Unterstützung der Mediatoren insb. dann in Anspruch, wenn ihre bisherigen Kommunikationsmuster einer einvernehmlichen Regelung der Streitfragen im Wege standen. Ziel ist

90 Fisher/Ury 1981, 41 ff.

91 Kessen/Troja 2016, 339; Gläßer/Kirchhoff 2005, 130. Zum Ablauf der Mediation s. Kap. 3.2.

92 Gläßer/Kirchhoff 2005, 131.

93 Nicht unberücksichtigt dürfen hier die eigenen (Verfahrens-)Interessen der Mediatoren bleiben, zB im Hinblick auf die „Erfolgsquote“, die Erledigungszahlen oder andere Erwartungen von Auftraggebern und Finanziers, denn sie prägen nicht nur den Vermittlungsstil, sondern haben „*das Potential, nicht nur den Prozess selbst, sondern auch die Art und Inhalt der Lösung zu prägen*“ (Gläßer/Kirchhoff, 2005, 133). Eigene inhaltliche Interessen am Verfahrensausgang disqualifizieren die „Vermittler“.

94 Nach § 1 Abs. 1 ZivMediatG sollen die Parteien durch die Mediatoren mit anerkannten Methoden der Kommunikation unterstützt werden, um eine selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu finden.

95 Christie 1977, 5 ff.

die Gestaltung eines kooperativen Diskurses, welcher die „Abkoppelung von System und Lebenswelt“ überwindet und sich an einer „idealen Sprechsituation“ (Habermas) orientiert.<sup>96</sup> Freilich sind Mediatoren nicht so naiv, an die reale Existenz eines „herrschaftsfreien Diskurs“ bzw daran zu glauben, es gebe zwischen den Parteien keine Machtungleichgewichte (hierzu Kap. 3.8). Das Mediationsverfahren erfüllt die Habermas’schen Diskursnormen (prinzipielle Gleichheit der Teilnehmer, prinzipielle Problematisierbarkeit aller Themen und Meinungen) schon deshalb nur zum Teil, weil es ja gerade ein nicht-öffentliches Verfahren ist (s. 1.1.3.2.5). Mediatoren arbeiten aber – ganz im Sinne des herrschaftsfreien Diskurses – mit den authentischen Gefühlen der Parteien und es ist ihre Aufgabe (hierzu Kap. 2.12), vorhandene Ungleichgewichte durch ihre Interventionen und Gesprächsführung, die allparteiliche Wertschätzung und Stärkung der Parteien (**Empowerment**) zumindest in der Mediation soweit auszubalancieren, damit eine Verständigung möglich erscheint.<sup>97</sup> Jedem Diskurs liegen zwar bestimmte Machtstrukturen und Interessen zugrunde, gleichzeitig erzeugt er aber auch eine neue Realität.<sup>98</sup> Die Bedeutung der Dinge, der Konflikt, kann durch den interaktiven Prozess verändert werden.

Deshalb sind in einer Mediation in aller Regel die Konfliktparteien anwesend (**direkte Kommunikation**), damit die unterschiedlichen Wahrnehmungen, Gefühle, Interessen etc. authentisch transparent werden und gleichzeitig ein Perspektivwechsel möglich ist. Wie wichtig dies ist, zeigt sich in der Praxis daran, dass gelegentlich ausgehandelte Lösungen scheitern, weil nicht anwesende, aber mit entscheidungsbefugte Personen (zB Lebenspartner, Versicherungen usw) oder einflussreiche Berater (zB Rechtsanwälte) die Dynamik der Verständigung nicht nachvollziehen können und deshalb im Positionendenken verhaftet bleiben. In der Mediation gibt es keine die Parteien ersetzende Vertretung durch Rechtsanwälte oder andere Dritte; allerdings wird in manchen Anwendungskontexten auf die persönliche Begegnung der Parteien verzichtet (zB im strafrechtlichen Bereich, wenn eine Geschädigte den Beschuldigten nicht treffen will, aber an einer außergerichtlichen Regelung eines Schadenausgleiches interessiert ist) und die Vermittlung indirekt durchgeführt. Auch im Bereich der Vermittlung zwischen Unternehmen (B2B) wird die Vermittlung nach der anfänglichen Darstellung der unterschiedlichen Standpunkte mitunter als shuttle diplomacy durchgeführt.

#### 1.1.3.2.5 Nicht-Öffentlichkeit und Vertraulichkeit

Im Hinblick auf die Durchführung des Verfahrens werden die **Nicht-Öffentlichkeit** und **Vertraulichkeit** als besondere Vorzüge des Mediationsverfahrens hervorgehoben (vgl auch § 1 Abs. 1 MediationsG). Dem **Schutz der Vertraulichkeit** kommt deshalb auch eine herausgehobene Bedeutung zu (§ 4 MediationsG), die Vertraulichkeit steht aber in der Disposition der Konfliktparteien (hierzu und zu den Grenzen der Vertraulichkeit s. Kap. 4.3). Grundsätzlich gilt aber: Weder die Tatsache, dass eine Mediation stattfindet, noch die in der Mediation offengelegten Informationen und Aspekte dürfen – wenn nicht anders vereinbart – an Dritte weitergegeben werden. Der Verschwiegenheitspflicht entspricht das Zeugnisverweigerungsrecht für Mediatoren; beide finden ihre Grenzen im strafrechtlichen Bereich (hierzu Kap. 4.3).

#### 1.1.3.2.6 Konstruktivistische Lösungs- und Zukunftsorientierung

Wesentlich ist die selbst bestimmte, interessengerechte Regelung/Lösung des Konflikts. In aller Regel geht dies nur über eine Verbesserung der Kommunikation der (Streit-)Par-

96 Nothafft 2009, 549; ausführlich Habermas 1981.

97 Bush/Folger 1994, 84 ff.; Kessen/Troja 2016, 339 (Rn 26); Besemer 1993, 103. Zum Konzept des Empowerment s. Herriger 2014.

98 Hierzu Foucault 1974.

teien, Ziel ist aber eine verbindliche, in die Zukunft weisende Vereinbarung. Freilich bedeutet dies nicht, dass die Themen aus der Vergangenheit, die Konfliktgeschichte, die zurückliegende Beziehung etc. keine Rolle spielen (können). Ganz im Gegenteil, allerdings eben mehr oder weniger, je nach Arbeitsfeld (zB sind die Verletzungen des Opfers in strafrechtlichen Konflikten notwendiger Ausgangspunkt jeder Vermittlung) und professioneller (zB eher psychologisch, therapeutischer) Ausrichtung der Mediatoren. In vielen Fällen können Zukunftslösungen nur dann tragfähig und nachhaltig sein, wenn die zurückliegende Geschichte, die damit verbundenen Verletzungen, Wahrnehmungen etc. thematisiert worden sind. Besonders heilsam ist die Übernahme von Verantwortung und eine authentische Entschuldigung, wie sich insb. in den **Restorative Justice** Programmen (s. Kap. 5.19) zeigt. In der Mediation gibt es also kein Tabu, sich mit der Vergangenheit zu beschäftigen.

- 39 Sofern es aber um die Konfliktgeschichte und deren Entwicklung geht, verzichten Mediatoren aufgrund einer **konstruktivistischen Perspektive**<sup>99</sup> auf eine Ermittlung der „objektiven“ Sachlage (s. Kap. 2.3 u. 2.12). Die sogenannte **Wahrheit ist das Ergebnis menschlicher Kommunikation**. Es geht in einer Mediation nicht darum, welche Version der Geschichte „richtig“ ist, wer Recht hat, wer Schuld hatte, etc., sondern zunächst einmal darum, die Geschichten zu de-konstruieren, um die unterschiedlichen Sichtweisen und Wirklichkeitsentwürfe transparent zu machen (was vielfach alleine schon zu mehr Verständnis führt) und darum, welche Konsequenzen sich aus den unterschiedlichen Perspektiven für die Beteiligten ergeben. Wenn von „Bereinigung der Vergangenheit“<sup>100</sup> die Rede ist, sollte dies also nichts mit Wahrheitsermittlung zu tun oder ein Schuldeingeständnis zum Ziel haben, sondern es geht um das wechselseitige **Verstehen**. Anders als in einem an der Anwendung von Rechtsnormen orientierten Gerichtsverfahren wird dabei die Komplexität des Lebens nicht reduziert, sondern erweitert. Was für die Lösung des Konflikts relevant ist, entscheiden die Parteien, und wenn es aus der Sicht des einen die Schuhgröße der Großmutter und für den Anderen die Wetterlage zu Weihnachten ist. Allerdings, wie stark auch immer die mediative Bearbeitung des Konflikts in die Vergangenheit zurückreicht, irgendwann wird der „Hebel umgelegt“, um Klärungen für die Zukunft zu erarbeiten: *Wenn Sie jetzt einmal nach vorne schauen, was muss/darf in der Zukunft (nicht) passieren? Was ist Ihnen ... wichtig?* Die konstruktivistische Ausrichtung der Mediation zeigt sich auch daran, dass Mediatoren darauf verzichten (sollten), die Parteien bei der Suche nach der „blauen Blume“ und einer idealen, vollkommenen Lösung anzuhalten. Es geht nicht um das romantische oder metaphysische Streben nach Reinheit und Vollkommenheit, sondern um eine tragfähige, möglichst nachhaltige Regelung oder gar Lösung der Streitfrage.

### 1.1.3.2.7 Prozesscharakter: Strukturierung der Kommunikation durch Verfahren

- 40 Die Lösungsorientierung verneint nicht den Prozesscharakter der Mediation. Mediation ist nicht nur ein informelles Zusammentreffen zur Diskussion streitiger Punkte, sondern ein **strukturiertes Verfahren** (zum Ablauf des Mediationsverfahrens s. Kap. 3.1 und 3.2).<sup>101</sup> Die Mediatoren arbeiten prozessorientiert, indem sie den Konfliktstoff strukturieren und die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch durch spezifische Interventionen fördern. Konflikt- und Lösungsebene werden durch die (Neu-)Strukturierung der Kommunikation (Abbau eskalierender Kommunikationsmuster und Aufbau kooperativer Verhandlungen) miteinander verbunden (hierzu ausführlich insb. Kap. 3.3 ff.). Dabei kommt es nicht darauf an, in wie viele Phasen man das

<sup>99</sup> V. Foerster et al. 2010; Kleve 2010; Pörksen 2014; Watzlawick 2010.

<sup>100</sup> Montada 2009, 508.

<sup>101</sup> Art. 3 a EU-Mediationsrichtlinie 2008; § 1 Abs. 1, § 2 Abs. 2 MediationsG (s. Kap. 4.6.4); vgl. § 1 Abs. 1 ZivMediatG („Systematische Tätigkeit“).



Verfahren teilt<sup>102</sup> und wie man diese bezeichnet, wichtig ist viel mehr, dass das Mediationsverfahren in den aufeinander bezogenen Verfahrensschritten einer methodisch begründeten, spezifischen Logik zur Konsensfindung (Themensammlung – Exploration – Lösungssuche; hierzu Kap. 3.2) folgt. Letztlich bleibt Mediation aber immer ein „Management der Ungewissheit“,<sup>103</sup> Mediation ist keine mechanistisch-technische Produktion von Ergebnissen, sondern ermöglicht eine Co-Produktion von selbstbestimmten Lösungen durch die Parteien.

#### 1.1.3.2.8 Ergebnisoffenheit und Konsensorientierung:

Der Autonomiegedanke der Mediation respektiert die Selbstbestimmung der Medianten zuvörderst im Hinblick auf Inhalt und Lösung des Konflikts. Das korrespondiert mit der aus der Systemtheorie (hierzu Kap. 2.3) stammenden Überzeugung, dass die Konfliktparteien in ihrem Konflikt ein selbstreferentielles System bilden, dass durch Entscheidungen von außen durch Dritte nicht verändert, sondern nur ver- und zerstört werden kann. Demgegenüber können in einer Mediation selbstbestimmte **Veränderungsprozesse** initiiert werden. Unabdingbare Voraussetzung hierfür ist, dass das Ergebnis nicht bereits zu Beginn eines Mediationsverfahrens feststeht und dass auf einseitige Machtsentscheidungen zugunsten einer **konsensualen Lösung** verzichtet wird.

Die **Ergebnisoffenheit** findet ihre Grenze im nicht-dispositiven Recht (hierzu Kap. 4.1.4).<sup>104</sup> Die jeweilige Rechtsordnung setzt also einen verbindlichen (Orientierungs-)Rahmen. So ist die Normverletzung bei der Bearbeitung strafrechtlich relevanter Konflikte (s. Kap. 5.19) nicht verhandelbar – was freilich nicht heißt, dass die Beteiligten nicht doch ein gemeinsames Verständnis von den Vorgängen entwickeln könnten. Entsprechendes gilt in anderen Bereichen der Mediation im Hinblick auf das „zwingende Recht“. Innerhalb des vom Recht gesetzten Rahmens verzichten die Parteien aber auf Machtsentscheidungen und einseitige Rechtsdurchsetzung. Sind die Parteien erst einmal zur Mediation bereit, kommt es nahezu immer zu einer Einigung.<sup>105</sup> Das Fehlen einer Vereinbarung ist aber kein Zeichen des Misserfolges, wenn Mediation ergebnisoffen gestaltet ist (Kap. 3.20). Zur Selbstbestimmung gehört auch und gerade das „Nein“ zu einer Einigungsofferte (s. 1.1.3.2.1).

#### 1.1.3.2.9 Mediation als nicht-förmliches, außergerichtliches Verfahren

Historisch und konzeptionell hat sich Mediation als nicht-förmliche Alternative zum gerichtlichen Streitverfahren entwickelt. Mediative Verfahrensweisen werden allerdings mittlerweile auch innerhalb des Gerichtssystems (früher als „gerichtsinterne Mediation“ bezeichnet) angewandt. Die durch Richter angebotene Vermittlung im Güte- oder erweiterten Vergleichsverfahren ist aus fachlich-methodischen (zB zeitlicher Umfang der Interessensklärung), systemischen, dienst- und wettbewerbsrechtlichen Gründen nicht unumstritten.<sup>106</sup> Ungeachtet dessen geht es hier um die Vermeidung eines streitigen Urteils und um eine einvernehmliche Regelung.

Nicht jede auf einen Konsens ausgerichtete Vermittlung ist aber bereits ein (fachgerechtes) Mediationsverfahren. Von Mediation sollte man nur bei einem **strukturierten Ver-**

102 ZB 9 Phasen nach Kovach 1994, 12 Phasen nach Moore 1996 oder das hier im Handbuch vorgestellte (3 x) 5-Phasen-Modell (Kap. 3.1 und 3.2).

103 Nothafft 2009, 549.

104 In manchen Mediationsfeldern (zB im Bereich der Unternehmensmediation, Kap. 5.8 und 5.9) sind aufgrund des Zuweisungskontextes bzw der Vorgaben der Auftraggeber Mediationen nicht immer völlig ergebnisoffen und eingeschränkte Ergebnisrahmen nicht selten.

105 Die Einigungsquoten bei Durchführung eines (fachgerechten) Mediationsverfahrens werden in aller Regel mit 70-80(+) % angegeben; allerdings fehlt es zumeist an einer wissenschaftlichen Ansprüchen genügenden Evaluation; vgl Alexander et al. 2006, 242 f. mwN.

106 Greger 2007 a, 143; Trenczek/Mattioli 2010, 5 ff.; Spindler 2007, 79 ff.; Volkman 2006, 16 ff.

**fahren** sprechen (s.o. 1.1.3.2.7), in dem unter Anwendung der anerkannten Methoden die Kommunikation zwischen den Parteien systematisch mit dem Ziel gefördert wird, eine selbst verantwortete Lösung ihres Konfliktes zu ermöglichen (vgl. § 1 Abs. 1 ZivilmediatG). Zudem unterscheidet sich das Mediations- vom gerichtlichen Verfahren durch seinen **nicht-förmlichen Charakter**, der sich nicht in das Korsett enger Verfahrensordnungen zwängen lässt. Vielmehr müssen Mediatoren im konkreten Einzelfall flexibel (nicht beliebig) nach den Regeln der Kunst auf die Bedürfnisse der Parteien reagieren können (zum sog. Setting s. Kap. 3.1).

### 1.1.3.2.10 Wesensmerkmale der Mediation und Mediatorenhaltung

- 45 Die Auffassungen über die wesentlichen Merkmale und Prinzipien der Mediation sind abhängig von Raum und Zeit, v.a. der Rechtsordnung, aber auch davon, wann und wo, bei welcher „Schule“ die Mediatoren ihre Ausbildung absolviert, welche Prägung, welche methodischen Handlungskompetenzen sie hier vermittelt und welche **Haltung** sie entwickelt haben (hierzu Kap. 2.12 und 2.13).<sup>107</sup> Neben dem Kerngedanken der Autonomie handelt es sich bei allen weiteren, als Merkmale einer Mediation beschriebenen Aspekten einerseits um einen unmittelbaren Ausfluss des Autonomiegedankens und andererseits um Ausprägungen und Handlungsstile mit einer mehr oder weniger großen Bandbreite. Laurence Boulle hat dies an einem **Mediation-Abakus** verdeutlicht, der nachfolgend vor dem Hintergrund der deutschsprachigen Diskussion und Praxis angepasst wurde (s. Übersicht 1). Mediationsanbieter werden sich in den verschiedenen Kategorien mehr oder weniger stark links oder rechts von der Mitte zuordnen. Entscheidend ist dabei die Haltung, die Selbstbestimmung der Medianden vorbehaltlos zu respektieren, ihre Interessen und Bedürfnisse zu klären und keine inhaltliche Verantwortung für die Lösung des Konflikts zu übernehmen.

---

<sup>107</sup> Vgl. Duss-von Werdt/Schramm-Grüber 2003, 428 ff.; Wandrey 2004, 62 ff.



**1.1.3.4 Vor- und Nachteile, Grundbedingungen sowie Anwendungsfelder der Mediation**

Mit den Wesensmerkmalen hängen gleichzeitig die – im Vergleich zur streitigen Konfliktregelung – zu nennenden **Vorteile der Mediation** zusammen, also 51

- Selbstbestimmung und Planungssicherheit: informelle/außergerichtliche Konfliktbearbeitung, unbürokratisches, flexibles Verfahren (u.a. abgestimmte Terminplanung),
- Interessensfokussierung: angemessene Berücksichtigung der Standpunkte, Interessen und Ziele der Parteien;
- zukunftsorientierte und interessengerechte Lösung, bei der alle Seiten gewinnen können (Win-win-Situation); Erzielung wirtschaftlich sinnvoller und nachhaltiger Ergebnisse;
- Erhaltung, Wiederherstellung oder Neugestaltung und Verbesserung der geschäftlichen bzw persönlichen Beziehungen;
- Vertraulichkeit (Bewahrung von Privat- und Geschäftsgeheimnissen, keine Gefahr der Rufschädigung und Imageverlusten, keine Presse).<sup>113</sup>
- die Zeitersparnis gegenüber Gerichtsverfahren,<sup>114</sup> insb. bei mehreren Instanzen,<sup>115</sup> die Reduzierung der (Rechtsverfolgungs-)Kosten,
- die Schonung personeller und betrieblicher Ressourcen, die Vermeidung von Reibungsverlusten (zB Abstellen von Mitarbeitern, interne und externe Besprechungen zur Vorbereitung von Gerichtsverfahren),
- die Verringerung emotionaler Kosten in Streitverfahren, die nachhaltige Zufriedenheit mit Verlauf und Ergebnis des Mediationsverfahrens sowie ggf auch
- Steigerung der persönlichen und betrieblichen Produktivität durch die Erfahrung konstruktiver Konfliktlösungsverfahren hervorgehoben.

Ob und inwieweit diese Versprechen zu realisieren sind, ist nur schwer messbar und die empirische Forschung nicht ausreichend. Sind die Parteien zu einer Mediation bereit, finden die Parteien zumeist eine einvernehmliche Regelung und sind mit Ergebnis und Verfahren in hohem Maße zufrieden.<sup>116</sup>

Mediation ist als Verfahren der kommunikativen Konfliktbearbeitung **universell einsetzbar** (vgl hierzu die Beschreibung einiger wesentlicher Arbeitsfelder in Teil 5). Die Grundbedingungen ergeben sich aus den Wesensmerkmalen (s.o. zB Ergebnisoffenheit). Die **Eignung** der Mediation ist nicht von einem bestimmten Konfliktgegenstand abhängig. Insoweit lässt sich keine Positiv-Liste aufstellen. Grds. lassen sich alle Konflikte medieren, wenn die Parteien hierzu bereit und in der Lage sind; insoweit gibt es keine „ungeeigneten Fälle“ (wohl aber ungeeignete Parteien, s. Rn 55), selbst in Konflikten, in denen die Atmosphäre aufgrund von erheblichen Enttäuschungen und Verletzungen vergiftet ist und eine gütliche Einigung unmöglich erscheint. Man kann vielmehr anders herum feststellen: Mediation ist vor allem in komplexen Konflikten geeignet, wenn die „Sach- und Rechtslage“ umstritten ist, und gerade dann angebracht, wenn der Konflikt so weit eskaliert ist, dass die Beteiligten außerstande sind, alleine in direkten Verhand-

52

113 Insb. aus Sicht der Wirtschaft (zB Sessler 2012, 13 ff.): Parteiautonomie, Nicht-Öffentlichkeit, Vermeidung von Kosten und langer Verfahrensdauer, Chance für Wertschöpfungen und interessengerechte, wirtschaftliche Gesamtlösung. Die Schwäche der Mediation läge insb. darin, dass sie – anders als ein Schiedsverfahren – keine abschließende Regelung garantieren könne.

114 Dieser Aspekt führt mitunter zu dem Missverständnis, dass das Mediationsverfahren stets schnell in kurzer Zeit erledigt sei.

115 Vgl Hopt/Steffek 2008, 77 ff. Zeitersparnis bei einer erfolgreichen Mediation von ca. 1/3, umgekehrt führe eine gescheiterte Mediation zu einer Verlängerung von einem Drittel.

116 Vgl zB Proksch 1998; Bastine et al. in: Duss-von Werth 1995, 186 ff.; Meierding 1993, 157 ff.; Spencer/Brogan 2006, 134 f.; Weinmann-Lutz 2001.

## 1 1 Einführung

---

lungen die Probleme kooperativ zu lösen.<sup>117</sup> Die Eignung stellt sich also oft erst im Laufe des Verfahrens heraus. Entscheidend sind letztlich die Ressourcen und die Bedürfnis- und Interessenlage der Parteien, die Bereitschaft, „trotz allem“ einvernehmliche Lösungen zu erarbeiten. Mediation ist stets eine zusätzliche Option, der Rechtsweg ist durch Mediation grds. nicht ausgeschlossen.

- 53 Eine Mediation kommt in jeder Art von Streitigkeiten (und Veränderungsprozessen), insb. in den folgenden Konfliktfeldern, in Betracht (im Einzelnen hierzu Kap. 5):
- im **Privatbereich**
    - zwischen (sich trennenden) Ehepartnern sowie
    - in anderen Familien- und Generationenkonflikten (zB Erbstreitigkeiten),
    - im Mieter-/Vermieter-Verhältnis,
    - in Wohnungseigentümergeinschaften,
    - im Nachbarschaftsverhältnis;
  - in **Organisationen und im Wirtschaftsbereich**
    - in Gesellschaften und zwischen Gesellschaftern,
    - in Teamkonflikten in Betrieben und sonstigen (sozialen) Organisationen,
    - bei Konflikten in der Gesundheits- und Altenpflege,
    - bei Konflikten zwischen Arbeitnehmern, Vorgesetzten und Mitarbeitern,
    - im Bereich der sog. commercial mediation, zB im Handel und Handwerk bei Mängelgewährleistung (zB bei Verbraucherbeschwerden),
    - in Baustreitigkeiten (mit privaten und Firmenkunden);
  - im **öffentlichen Bereich/Gemeinwesen**
    - Mediation in interkulturellen Konflikten,
    - in politisch-administrativen Entscheidungsprozessen zur Gestaltung und Nutzung des öffentlichen Raums,
    - zwischen öffentlichen Sozialleistungsträgern und Leistungserbringern.
- 54 Mediation ist aber **kein Allheilmittel** und hat ihre Grenzen. Mediation ist aufgrund ihrer Charakteristika nach ausgeschlossen, wenn der Konfliktgegenstand gesetzlich der Disposition der Parteien entzogen ist. Schwierig und – wie sich dann herausstellt nicht erfolgreich – ist Mediation, wenn auf einer Seite keine Verhandlungsbereitschaft oder -möglichkeit besteht. Eine Mediation ist ungeeignet, wenn eine der Parteien oder die Gesellschaft ein Interesse an einer öffentlichen Diskussion (zB lässt sich die Zulässigkeit der Verklappung von Umweltgiften nicht im bilateralen Verhältnis mediiieren) oder höchstrichterlichen Grundsatzentscheidung (Präzedenzfall) haben.
- 55 Mediation scheidet auch dann aus, wenn eine Partei aus gesundheitlichen oder anderen Gründen (zB Sucht)<sup>118</sup> ihre Interessen nicht verantwortlich wahrnehmen kann. Mediative Verfahren können aber in „Streitschlichterprojekten“ für Kinder und Menschen mit (geistigen) Behinderungen so angepasst werden, dass sie in ihrem Verantwortungsbereich einvernehmliche Regelungen treffen können.<sup>119</sup>

---

117 Im Eskalationsstufenmodell von Glasl (Kap. 2.1 u. 7.1.2) findet Mediation seinen Anwendungsbereich auf der Stufe 5–7, also in einer hoch eskalierten Phase, in der die Selbstheilungskräfte nicht mehr ausreichen und das gemeinsame Interesse der Parteien sich mitunter darauf beschränke, weiteren Schaden abzuwenden; Glasl 2013, 396 ff.

118 Das schließt suchtkranke Menschen nicht generell aus, sondern nur, wenn sie während des Verfahrens aufgrund ihrer Alkoholisierung oder Sucht keine selbstverantwortlichen Entscheidungen treffen können.

119 ZB K. Faller/S. Faller 2002 sowie Spektrum der Mediation 26/2007 zum Schwerpunkt „Mediation von und mit Menschen mit geistiger Behinderung“.

Die darüber hinaus in der Literatur diskutierten Ausschlussgründe sind mitunter sehr theoretisch und berücksichtigen die Autonomie der Parteien selten in einem ausreichenden Maße. Ein typisches Beispiel hierfür sind die in empirischen Studien festgestellten Unterschiede in der Einschätzung der Bereitschaft von Kriminalitätsopfern, an einer Konfliktvermittlung im Hinblick auf einen außergerichtlichen Tausch teilzunehmen. Juristen sind deutlich seltener der Ansicht, dass Opfer von Straftaten hierzu bereit sind als die Bevölkerung und diese wiederum deutlich weniger als Personen, die bereits konkrete Opfer von Straftaten waren.<sup>120</sup> 56

#### 1.1.4 Mediation im Rechtsstaat der modernen Zivilgesellschaft

Konflikte sind normal. Es gibt unterschiedliche Möglichkeiten, sie zu bearbeiten. Streitfragen lassen sich entweder durch Macht erzwingen, durch Recht regeln oder durch eine einvernehmliche Berücksichtigung beidseitiger Interessen lösen. Gerichtliche Streitverfahren sind oft teuer, kosten Zeit und Nerven und führen nicht immer zum gewünschten Erfolg. Von nachhaltiger (Prozess-, Ergebnis- und Struktur-)Qualität einer Konfliktregelung kann man nur sprechen, wenn das Verfahren den **Geboten der Fairness**, das Ergebnis den Gerechtigkeitsvorstellungen und den **Interessen der Parteien** entspricht. Die gerichtliche Auseinandersetzung garantiert nicht immer eine gerechte, schon gar keine interessengerechte Lösung des Konflikts, ja, vielfach steht eine (Rechts)Positionen bezogene Verhandlungsführung einer interessengerechten Lösung im Wege. Den Konsens – ein Grundelement der Privatautonomie – anzustreben, zu versuchen, ihn ggf. mithilfe der Mediation zu entwickeln, lohnt sich dagegen immer. Freilich, nicht immer gelingt eine Konfliktlösung, nicht immer kann eine Einigung erzielt werden. Der Rechtsweg ist im Rechtsstaat nicht ausgeschlossen und soll (darf) auch durch die Mediation nicht ersetzt werden. Vielmehr finden Mediation und andere ADR-Verfahren stets innerhalb der von der Rechtsordnung garantierten Grenzen und damit „im Lichte des Rechts“<sup>121</sup> statt (zum Verhältnis von Mediation und Recht s. Kap. 4.1). Beide zusammen, die konsensuale Konfliktklärung durch Mediation und die gerichtliche Streitentscheidung in einem rechtsstaatlichen Verfahren, ergänzen sich. 57

Aufgrund ihrer Wesensmerkmale gewinnt die ADR-Philosophie unabhängig von den Spezifika des Common Law bzw. von den Ressourcenproblemen der angelsächsischen Rechtspflege weltweit an Akzeptanz – es ist mittlerweile ein „globales Konzept“. Die Informalisierung der Streitregelung bei unmittelbarer Beteiligung der Konfliktparteien trifft auf den Nerv einer sich bewusster werdenden Zivilgesellschaft (*civil society*), die Wert legt nicht nur auf ein durch formale Korrektheit abgesichertes Rechtssystem (sog. Justizförmigkeit), sondern auf einen beteiligungsorientierten Zugang zum Recht (Partizipation).<sup>122</sup> Die Mediation gibt den Beteiligten ihre Konflikte zurück – so wie dies Nils Christie 1977 gefordert hatte (s.o. vor Rn 1).<sup>123</sup> In einem freiheitlichen Rechtsstaat werden unter Beachtung der Privatautonomie der Staat und seine Justiz außerhalb der öffentlichen Sozialkontrolle (Polizei- und Strafrecht) nur aktiv, wenn die Parteien es wollen.<sup>124</sup> Mediation, eine Verständigung im individuellen Konflikt zu fördern, leistet mithin einen wichtigen Beitrag für den sozialen Rechtsfrieden in einer (zivilen) Gesellschaft. 58

120 Dölling/Henninger in: Dölling et al. 1998, 360 ff.

121 Trenzcek 2005 a, 3 ff.

122 Hierzu ausführlich Trenzcek 2005 a, 3 ff.

123 Christie 1977, 5 ff.

124 BVerfGE 81, 242 ff. (s. Kap. 4.1.3.2).