

ADR

Eine Übersicht über die außergerichtliche Streitbeilegung in Europa mit Schwerpunkten der Schiedsgerichtsbarkeit, der Schlichtung und der Mediation



Ein Bericht anlässlich des Projektes Promotion of Rule of Law in the Kyrgyz Republic
Als Vorlage für Gesetzesinitiativen, zur Implementierung und für Anwendungen der
ADR-Verfahren.

Arthur Trossen

Richter a.D. Mediator***,

Dozent, int. Experte, Autor und Trainer

Schon das Akronym ADR steht für die Vielfalt einerseits und die Ungenauigkeit andererseits im Umgang mit den Möglichkeiten und Verfahren der Streitbeilegung. Die ursprüngliche Bedeutung des Kürzels stand für Alternative Dispute Resolution, also die alternative Streitbeilegung. Dem Kürzel werden aber auch andere Bedeutungen zugeschrieben. Und zwar:

- Appropriate Dispute Resolution (ADR),
- Amicable Dispute Resolution (ADR),
- Effective Dispute Resolution (EDR),
- Better dispute resolution (BDR),
- Improved dispute resolution (IDR),
- Flexible dispute resolution (FDR),
- Complementary dispute re-solution (CDR)
- Peaceful dispute resolution (PDR) und neuerdings in Anlehnung an die Sprache im deutschen Gesetz
- Alternative Konfliktlösungsverfahren (AKL).

Die folgende Übersicht soll dazu beitragen, eine eindeutige und klare Sicht auf die ADR und ihren wichtigsten Verfahren der Schiedsgerichtsbarkeit, der Schlichtung und vor allem der Mediation zu finden. Ein klares Verständnis dieser Verfahren und ihrer Anwendungsmöglichkeiten hilft nicht nur den Experten bei der korrekten Durchführung der ADR-Verfahren, sondern auch den Parteien bei der Nachfrage.

Um dieses klare Verständnis herbeizuführen, wird einer deduktiven Logik gefolgt, die den Blick von außen nach innen richtet, Bezüge untereinander herstellt und dabei stets zwischen den verschiedenen Verfahren differenziert.

Einführung.....	4
Verfahrensmerkmale	7
Kategorisierung	7
Terminologie.....	9
Kommunikationsstrukturen	10
Systemik.....	13
Verantwortlichkeit	14
Zielsetzungen.....	16
Streitkontinuum	19
Konfliktkongruenz.....	20
Reichweite.....	23
Verfahrensschwerpunkt	25
Verfahrensorientierung	25
Lösungsweg.....	26
Qualität.....	27
Zusammenfassung.....	28
Rechtsgrundlagen.....	30
Verfahrensrecht.....	31
Anwendungsrecht.....	37

Mischformen	37
Einflüsse.....	40
Justiz	40
Korruption	42
Ausbildung.....	43
Praxis.....	43
Kultur	44
Nachfrage.....	44
Ausblick.....	48
Anhang.....	49
Index.....	49
Verweise und Quellen	50

Einführung

Als ADR Verfahren werden genannt:

Mediation, MedArb, was eine Kombination aus Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit ist, binding und non-binding Arbitration, Adjudication, Schlichtung, Verbraucherschlichtung, Konfliktmoderation, Fact-finding, Ombudsmannverfahren. Sogar der Mock-trial wird als ein ADR Verfahren angeführt.

Nicht nur die Zuordnung, sondern auch die Abgrenzung der Verfahren fällt schwer. Auf einer Arbitration-Konferenz beschrieb ein Sprecher die Schiedsgerichtsbarkeit wie folgt:

„Businessmen are allowed to resolve conflicts in an independent way finding amicable solutions“.

Diese Beschreibung passt eher zur Mediation als zur Schiedsgerichtsbarkeit. Warum, das sollen die nachfolgenden Darstellungen belegen. Andere Experten grenzen die Mediation von der Schlichtung ab, indem sie darauf abstellen, ob die neutrale dritte Person im Verfahren Vorschläge unterbreitet oder nicht. Auch dieses Kriterium erlaubt keine eindeutige Abgrenzung, weil der Mediator durchaus auch Vorschläge unterbreiten kann, wenn er weiß, wann und wie sie möglich sind. Unstreitig sind sie möglich, solange sie sich auf das Verfahren beziehen.

Es gibt eine Menge Faustformeln, die zwar einen Anhaltspunkt für die Charakteristik der Verfahren geben. Bei genauem Hinsehen sind sie jedoch nicht mehr als falsche Mythen¹. Zu diesen Mathen zählen Aussagen wie:

- Eine Einigung ist besser als eine Entscheidung
- Die Mediation ist besser, billiger und nachhaltiger
- Die Mediation ist eine Alternative zum Gerichtsverfahren
- Die Subsumtion ist eine Methode der Streiteskalation
- Die Mediation wird am besten von Juristen ausgeübt
- ADR ist fair, das Gerichtsverfahren ist es nicht

Die Liste kann erweitert werden. Alle Formeln sind richtig und falsch zugleich. Es kommt immer auf die Vorgehensweise und den Standpunkt an. Die Formeln bedürfen der Relativierung, damit sie korrekt verstanden werden können.

- Eine schlechter Kompromiss, nicht wirklich besser als eine gute, allseits akzeptierte und nachvollziehbare Entscheidung.

¹ Siehe <https://www.in-mediation.eu/falsche-mythen>

- Die Mediation ist nur dann besser, wenn sie den Konflikt insgesamt und in seiner Tiefe löst. Dafür steht meist die transformative Mediation². Sie ist besser und nachhaltiger aber nicht notwendigerweise billiger als das Gerichtsverfahren.
- Die Mediation ist keine wirkliche Alternative zum Gerichtsverfahren. Sie hat eine eigenständige Bedeutung, weshalb der Vergleich mit dem Gericht ein Vergleich von Äpfeln mit Birnen ist.
- Die Subsumtion führt nur dann in eine Streiteskalation, wenn sie falsch angewendet wird.
- Die Mediation ist interdisziplinär. In ihr findet sich juristisches Denken ebenso wie psychologisches Denken wieder. Bei einer guten Ausbildung kommt es nicht (mehr) darauf an, welchem Ursprungsberuf der Mediator angehört.
- ADR und Gerichtsverfahren sind so fair wie der neutrale Dritte und in welchem Umfang er Fairness erlaubt.

Versuche, interdisziplinäre Verfahren, die sich, wie im Beispiel der Mediation, ganz wesentlich aus der Psychologie herleiten lassen und mit einer Kognitionstheorie³ hinterlegt sind, in juristische Formeln zu fassen, sind ungenau und wenig hilfreich, wenn es darum geht, das eine Verfahren vom anderen abzugrenzen, oder die Sinnhaftigkeit und die Funktionalität des Verfahrens zu erkennen. Die EU-Direktive zur Mediation⁴ liefert dafür ein Beispiel. Artikel 3 der Direktive definiert die Mediation wie folgt:

Mediation (ist) ein strukturiertes Verfahren unabhängig von seiner Bezeichnung, in dem zwei oder mehr Streitparteien mit Hilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. ... Mediator (ist) eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation ... durchzuführen,

Die Essenz der Definition führt zu der nicht sehr aussagekräftigen Erkenntnis, dass die Mediation ein parteiseitiges Verfahren zur Streitbeilegung ist, in dem ein Mediator eine Mediation durchführt. Die Ausführungen verdeutlichen, wie ungenau nicht nur die Definition, sondern auch die Vorstellungen und Regelungen sind, an denen die ADR in der Praxis zu messen ist.

Zugegebenermaßen ist es auch sehr schwierig ein Verfahren wie die Mediation, die als ein informelles, ergebnisoffenes, flexibles und parteiseitig auszugestaltendes Verfahren auftritt so zu definieren, dass sie sich eindeutig von anderen Verfahren abgrenzt, die ähnlich zu sein scheinen aber bei genauem Hinsehen nicht ähnlich sind.

Um ein besseres Verständnis von den Verfahren und seinen jeweiligen Möglichkeiten zu vermitteln und um ihre Besonderheiten herauszustellen, ist auf die Wesenhaftigkeit der Verfahren abzustellen. Das Wesen ist Ausdruck des Verfahrenscharakters. Jedes Verfahren hat einen typischen Charakter, der sich in Merkmalen und Eigenschaften wieder-

² siehe unten

³ Neben dem Harvard-Konzept beschreibt die Kognitionstheorie die Zusammenhänge und Wirkungsweise der Mediation. Siehe <https://www.wiki-to-yes.org/Erkenntnis>

⁴ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

spiegelt, nicht in den Bedingungen. Die Logik verlangt, dass die Bedingungen an den Eigenschaften orientiert werden und nicht umgekehrt. Dazu ein Beispiel:

Die Mediation wird als ein vertrauliches Verfahren definiert. Eine im Fernsehen übertragene Mediation ist öffentlich. Mithin erfüllt sie nicht das Definitionsmerkmal vertraulich. Es wäre keine Mediation. Was aber ist es dann, wenn eine Mediation abgesehen davon nach den Regeln der Kunst durchgeführt wurde? Ist es jetzt eine Schlichtung? Stellt man darauf ab, dass die Vertraulichkeit eine Bedingung ist, die ein offenes, risikofreies Gespräch, also die Eigenschaft Offenheit, sichern soll, Wäre die Vertraulichkeit disponibel, wenn die Eigenschaften, also das Wesen der Mediation sich dennoch verwirklichen lässt.

Das Beispiel belegt, wie wichtig es ist die charakteristischen Eigenschaften der Verfahren zu kennen, um sie korrekt gegeneinander abgrenzen zu können. Die Eigenschaften müssen klar und verständlich herausgearbeitet sein, wenn sie in eine Nachfrage, eine korrekte Anwendung und sogar in eine korrekte Rechtsprechung über die Anwendung führen sollen. Die Kenntnis der Verfahrenseigenschaften ist somit nicht nur ein Thema der Ausbildung zu Mediatoren, sondern ein allgemein vorzuhaltendes Wissen. Dazu ein weiteres Beispiel:

Eine Entscheidung des BGH in Deutschland vom 21.9.2017⁵ leitet die Haftung einer Anwaltsmediatorin aus Mangel an Kenntnissen über die Pflichten des Mediators in einem Fall, in dem die Anwältin im Grunde eine verdeckte Rechtsvertretung durchgeführt hat, aus dem Anwaltsrecht her. Die Entscheidung hinterlässt deshalb den falschen Eindruck, als müsse ein Mediator, der Anwalt ist, eine am Recht ausgerichtete Lösung herbeiführen. Richtig wäre es gewesen, die Mediatorin wegen Verletzung der Kunstregeln der Mediation haften zu lassen und klar herauszustellen, wo Beratungsleistungen in der Mediation nichts zu suchen haben.

Der Zugang zu einem korrekten Verfahrensverständnis ergibt sich ganz sicher nicht aus einer isolierten, formalen Sicht auf das einzelne Verfahren, sondern aus der systemischen Herleitung der Verfahren insgesamt. Sie erfordert ein Verständnis der jeweiligen Funktionalität und ihrer charakteristischen Besonderheiten.

Um diese Herleitung zu ermöglichen, ist eine Auseinandersetzung mit den Verfahrensmerkmalen erforderlich.

⁵ Aktenzeichen IX ZR 34-17: www.wiki-to-yes.org/article163-BGH-21-9-2017-IX-ZR-34-17

Verfahrensmerkmale

Um einen Zugang zu den einzelnen Verfahren und den Möglichkeiten der alternativen Streitbeilegung zu finden und um die Verfahren korrekt gegeneinander abgrenzen zu können, hilft zunächst eine Systematisierung der Verfahren. Sie soll die grundlegenden Verfahrenskategorien herausarbeiten und die jeweiligen Prototypen darstellen.

Kategorisierung

Alle Möglichkeiten und Verfahren der Konfliktbeilegung im Blick habend, ist zunächst zwischen den sogenannten monadischen, den dyadischen und den triadischen Verfahren zu unterscheiden.

Monadische Verfahren

Monadische Verfahren beschreiben Konfliktlösungsmechanismen, welche die Partei mit sich selbst ausmacht. Es gibt keine weitere beteiligte Person im Helfersystem.

Die Partei muss sich mit der Frage auseinandersetzen, ob sie überhaupt einen Konflikt hat. Sie wird versuchen, sich aus allgemeinen Quellen zu informieren. Plattformen wie Wiki to Yes⁶ können hier eine wichtige Rolle spielen. In dieser Phase werden – für die Partei oft unbemerkt - die ersten Weichen in die Konfliktlösung gestellt. Bei der Besprechung des Clearing-Verfahrens⁷ und des Multi-door-courthouses weiter unten wird auf die Bedeutung einer Clearinginstanz noch näher eingegangen werden.

Dyadische Verfahren

Dyadische Verfahren beziehen eine zweite Person ein. Das können Freunde sein oder professionelle Berater.

Geht die Partei davon aus, dass die Konfliktursache in ihr selbst zu finden ist, dann wird sie sich an einen Coach oder Therapeuten wenden. Geht sie davon aus, dass die Ursache beim Gegner zu finden ist, ist der Rechtsanwalt ihre erste Wahl. Jetzt ist zu beobachten, dass sich jeder Berater im Helfersystem als zuständig ansieht. Das heisst sowohl der Therapeut wie der Rechtsanwalt werden die Partei als Klienten sehen und annehmen. Die Maslow'sche Faustregel „Wer gelernt hat mit dem Hammer umzugehen, für den ist jedes Problem ein Nagel“ kommt zur Anwendung. Eigene Interessen können die Dienstleistung beeinflussen. Ein Rechtsanwalt beispielsweise wird eher eine anwaltliche Vertretung im Gerichtsverfahren empfehlen, wenn er dabei mehr verdient.

⁶ Siehe www.wiki-to-yes.org

⁷ Siehe Kapitel Clearing

Triadische Verfahren

Triadische Verfahren sind Verfahren bei denen eine neutrale Dritte Person eingeschaltet wird. Die juristische Sicht definiert diese Verfahren, ohne auf die Systematik einzugehen. Es kommt zu Abgrenzungsproblemen. Sie lassen sich anhand einer, an internationalen Kriterien angelehnten, grundsätzlichen Unterscheidung der Verfahrenstypen vermeiden. Danach sind die Verfahren der triadischen Instanz in folgende Kategorien und Verfahren einzuteilen:

(Triadische Streit-)Konfliktbeilegungsverfahren			
Streitvermittlung		Streitentscheidung	
Mediation	Schlichtung	Schiedsgericht	Gericht

Die Darstellung erfasst lediglich Prototypen. Im Einzelfall gibt es Abweichungen und Mischformen. Die erste wesentliche Unterscheidung betrifft die Verfahren der Streitentscheidung, die sich von denen der Streitvermittlung abgrenzen lassen.

Streitentscheidung

Verfahren der Streitentscheidung sind das Gerichtsverfahren und das Schiedsgerichtsverfahren. In beiden Fällen ist eine unabhängige Person berufen, eine Entscheidung in Bezug auf den Fall zu treffen. Bei dem staatlichen Gericht ist der Richter gesetzlich bestimmt und kann nicht gewählt werden. Bei der Schiedsgerichtsbarkeit handelt es sich um eine von den Parteien gewählte Person oder ein gewähltes Gremium.

Streitvermittlung

Der Hauptunterschied zu den Verfahren der Streitentscheidung besteht darin, dass die Parteien eine unabhängige Person wählen, die versuchen soll, die Parteien zu einer Übereinkunft über das Problem zu bringen.

Verfahren der Streitvermittlung sind die Schlichtung und die Mediation. Auch die Konfliktmoderation könnte dieser Kategorie zugeordnet werden.

Eine erste grobe Unterscheidung zwischen der Schlichtung und der Mediation ergibt sich aus dem Verfahrensschwerpunkt. Bei der Schlichtung geht es um eine **Lösungsvermittlung**, während die Mediation eine **Verstehensvermittlung** herbeiführt, auf deren Basis die Parteien den Konflikt selbst lösen können.

Die Kategorisierung gibt einen ersten Hinweis auf den Verfahrenscharakter. Sie ist allerdings noch nicht aussagekräftig genug, um den genauen Unterschied der Verfahren festlegen zu können. In der Praxis kommt es zu Überschneidungen und Fehleinschätzungen, die durchaus Auswirkungen auf das Angebot, die Durchführung der Verfahren, die Frage der Rechtsanwendung und der Haftung haben.

Terminologie

Ein großes Problem im Umgang mit ADR-Verfahren ist die uneinheitlich verwendete und konnotierte Terminologie. Zumindest die Mediation ist ein außerordentlich komplexes, interdisziplinäres Verfahren, das aus verschiedenen Disziplinen gespeist wird.

Maßgeblichen Einfluss haben die Rechtswissenschaft, die Psychologie, gegebenenfalls aber auch die Soziologie, die Philosophie und die Pädagogik. Viele Begriffe kommen zwar gleichförmig in den Disziplinen vor, haben aber eine unterschiedliche Bedeutung.

Der Begriff *Verfahren* beispielsweise, der auch im Mediationsgesetz verwendet wird, hat im juristischen Verständnis eine ganz andere Bedeutung als im psychologischen. Grundsätzlich beschreibt ein Verfahren die Art und Weise der Durchführung oder der Ausführung von etwas. Der psychologische Blick richtet sich auf die dadurch mögliche Entwicklung und die dahinführende Methodik. In der Rechtssprache hingegen ist es die Abfolge von Rechtshandlungen, die der Erledigung einer Rechtssache dienen.

Das Wort *Interesse* wird von Juristen (speziell von Rechtsanwälten) als Zielerreichung verstanden. In der Sprache der Mediation wäre das die Position oder die Lösung. Das mediative Verständnis von Interesse lässt sich am besten mit Motiv oder dem zu erwartenden Nutzen übersetzen.

Weil die ADR-Sprache vorwiegend Englisch ist, kommt es zusätzlich noch zu Übersetzungsfehlern. Das deutsche Wort *Vermittlung* beispielsweise wird im Wörterbuch ins Englische mit *mediation*, *intermediation*, *arbitration*, und ungefähr 20 weiteren Begriffen übersetzt⁸. *Arbitration* wäre in der Verfahrenslogik eine Streitentscheidung, also gerade keine *Vermittlung*. Das Wort *Conciliation*, was eine Schlichtung ist und deshalb eine Form der Streitvermittlung darstellt, kommt in der Übersetzungsliste gar nicht vor. Ebenso wenig wie es das Wort *Streitvermittlung* im Englischen gibt. Es ließe sich mit *Intervention* übersetzen, was aber wieder im Deutschen eine andere Bedeutung hat.

Die auf Englisch verfasste EU-Direktive⁹ liefert die erste legale Quelle für mögliche Übertragungsfehler. Sie hat den Mediator in Art. 3 wie folgt definiert:

Mediator means any third person who is asked to conduct a mediation in an effective, impartial and competent way, regardless of the denomination or profession of that third person in the Member State concerned and of the way in which the third person has been appointed or requested to conduct the mediation.

Die offizielle Übersetzung lautet:

Mediator (ist) eine dritte Person, die ersucht wird, eine Mediation auf wirksame, unparteiische und sachkundige Weise durchzuführen, ...

⁸ Siehe <https://www.dict.cc/?s=vermittlung>

⁹ Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters

Die Übertragung der Direktive in das deutsche Mediationsgesetz lautet hingegen:

Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.

Die gesetzliche Formulierung gibt dem Mediator eine andere Rolle als er in der Mediation haben sollte. Idealerweise ist er auf gleicher Augenhöhe mit den Parteien und eben nicht ihr (An-)Führer.

Das sind nur Beispiele, wie die ungenaue, unterschiedliche und nicht abgestimmte Konnotation der Begriffe Interpretationsfreiräume schafft und zu Fehleinschätzungen und Abweichungen führen kann, die das Verständnis der ADR-Verfahren erschweren.

Psychologen beispielsweise finden sich in der gesetzlichen Terminologie nicht ohne weiteres wieder. Sie sind in den Gesetzgebungsverfahren deshalb auch nicht in dem gebotenen Maß involviert. Die juristische Verklausulierung der Mediation birgt auch die Gefahr, dass die psychologischen Anforderungen des Verfahrens übersehen werden. Die Mediation im gesetzlichen Verständnis droht eine Domäne der Juristen zu werden, was ihrem Wesen widerspricht.

Das juristische Denken neigt dazu, die Mediation mit den konventionellen Verfahren der Gerichtsbarkeit zu vergleichen. Wenn das Gerichtsverfahren zum Maßstab der Mediation wird, besteht eine große Gefahr, dass ihre Andersartigkeit verkannt wird.

Mediation ist anders! Wiki to Yes¹⁰ ist eine Initiative, die auf diesen Umstand hinweisen will, indem alle Aspekte der Mediation und anderer ADR-Verfahren dargestellt und untersucht werden. Die für jedermann offene und zugängliche Plattform will eine Vereinheitlichung erreichen. Sie ermöglicht die Überwindung der Selbstreferenzialität und erlaubt eine nicht durch Disziplinen oder Organisationen limitierten Exkurs. Um die dringend notwendige, terminologische Abstimmung auch international zu ermöglichen, wird das Portal in andere Sprachen übersetzt werden.

Kommunikationsstrukturen

Wie die Kategorisierung bereits gezeigt hat, nimmt die Rolle der neutralen dritten Person einen maßgeblich Einfluss auf die Einordnung und die Gestaltung der Verfahren. Zusammen mit der Zielsetzung ergibt sie eine für jedes Verfahren typische Kommunikationsstruktur.

Der Grundsatz lautet: Je machtvoller die Rolle des Dritten ausgestaltet wird, desto mehr werden die Parteien dazu verleitet, die dritte Person zu manipulieren.

¹⁰ Siehe www.wiki-to-yes.org

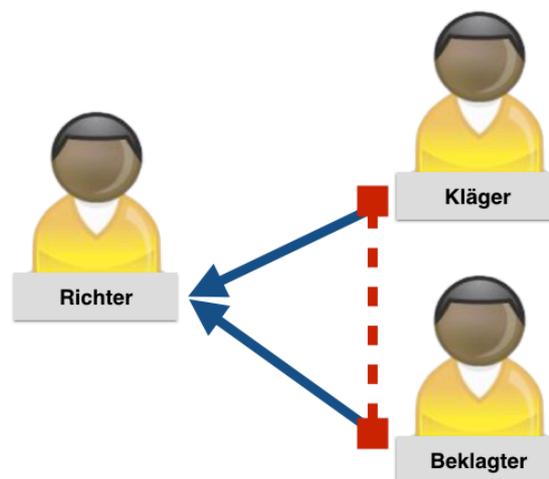
Die Einflussnahme erfolgt sowohl mit legalen oder (wenn möglich) auch illegalen Mitteln, wie z.B. die Korruption oder anderen Formen der Einflussnahme auf die Entscheidungen.

Für das Verfahren selbst ergibt das jedem Verfahrenstyp zuzuordnende Kommunikationsmodell ein charakteristisches Unterscheidungsmerkmal, das sich an einer verfahrenstypischen Kommunikation in unterschiedlichen Kommunikationsachsen¹¹ identifizieren lässt.

Gerichtsverfahren

Im Gerichtsverfahren hat der Richter eine (fast) uneingeschränkte Entscheidungsmacht über das Verfahren *und* den Verfahrensgegenstand.

Die Parteien haben direkte Möglichkeiten, seine Entscheidungsmacht mit Prozessanträgen zu steuern. Indirekt werden sie versuchen, den Richter „auf ihre Seite zu ziehen“ oder von der Richtigkeit ihrer Position zu überzeugen. Die Kommunikationsachsen sind konstant auf den neutralen Dritten ausgerichtet. Die Parteien versuchen, sich an seiner Meinung zu orientieren und sie zugleich zu beeinflussen. Der Streit geht um die unterschiedlichen Positionen (widerstreitenden Anträge).



Schiedsgericht

Das Schiedsgerichtsverfahren erlaubt unterschiedliche Ausgestaltungen. Strukturell und in der grundlegenden Form ist es mit dem Gerichtsverfahren identisch.

Auch hier gibt es eine neutrale dritte Person, auf die Einfluss genommen wird. Die Kommunikationsstruktur ähnelt deshalb der des Gerichtsverfahrens. Der gravierende Unterschied ist der, dass der Schiedsrichter anders als der Richter von den Parteien gewählt und ernannt wird. Auch hier geht der Streit um die unterschiedlichen Positionen (Ansprüche), die den Streitgegenstand bilden und über die verhandelt wird.

¹¹ <https://www.wiki-to-yes.org/Kommunikationsachsen>

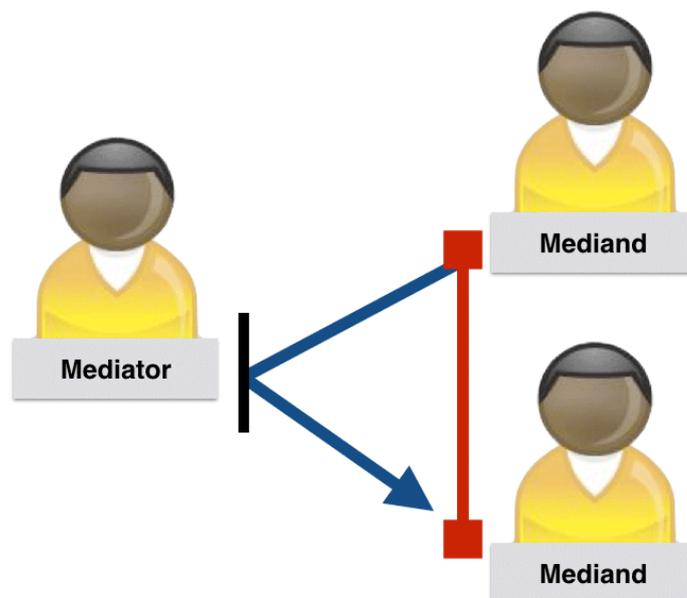
Schlichtung

Auch bei der Schlichtung hat die neutrale dritte Person noch erheblichen Einfluss auf die Lösung. Die Lösung bezieht sich auf die Art und Weise der Regulierung.

Auch wenn die Kommunikation zwischen den Parteien gefördert wird, bleiben die Kommunikationsachsen weiterhin auf die dritte Person ausgerichtet. Das liegt daran, dass der Schlichter zwar keine Entscheidungsmacht besitzt. Er hat aber eine Meinungsmacht. Die Parteien erwarten von ihm Vorschläge für ein für sie passendes Ergebnis. Die Auseinandersetzung bezieht sich auf die widerstreitenden Positionen. Es ist die Aufgabe des Schlichters, diese zu bewerten.

Mediation

Die Mediation weicht von diesen Verfahrensmodellen ab. Die neutrale dritte Person besitzt weder Entscheidungsbefugnisse noch eine originäre Verhandlungsmacht. Es würde für die Parteien also keinen Sinn machen, den Mediator beeinflussen zu wollen.



Weil der Mediator keine Entscheidungsbefugnis hat und nach dem Grundsatz der Indetermination¹² auch keine lösungsbegründende Meinung vertritt, haben die Parteien keine andere Wahl, als selbst die Lösung zu finden.

Die Kommunikationsachsen verändern sich deshalb, indem sie zu einer direkten Kommunikation zwischen den Parteien führen. Zu Beginn der Mediation (bei hoch eskalierten Konflikten) weisen die Kommunikationsachsen noch auf den Mediator. Der Mediator fungiert als Kommunikationsbrücke. Er versucht das, was er von der einen Partei versteht, für die andere zu übersetzen und umgekehrt. Ziel dieser Kommunikation ist die Herstellung eines übereinstimmenden Verständnisses über alle Informationen, die es

¹² <https://www.wiki-to-yes.org/Prinzip-Indetermination>

den Parteien ermöglichen, sich Angebote zu unterbreiten, von denen sie annehmen können, dass die Gegenseite sie auch annehmen kann.

Mithin entwickelt sich die Lösung auf der Basis eines gemeinsamen Verstehens. Sie vermittelt den Parteien die Erkenntnisse, die es ihnen erlauben den Weg zu finden, wie sie den Konflikt beilegen können.

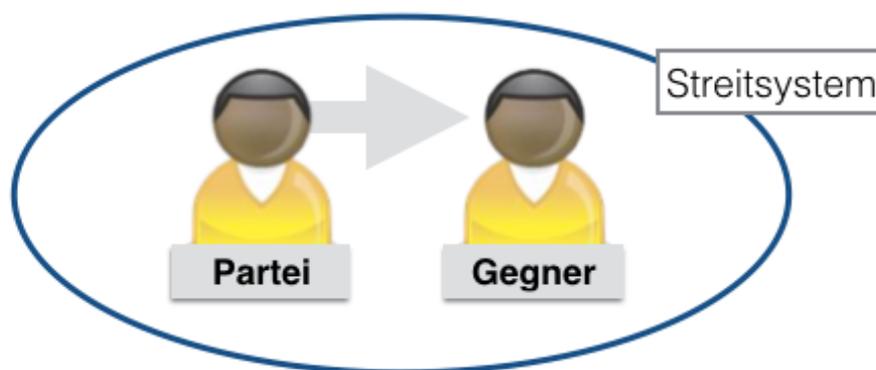
Im Idealfall verändern sich die Kommunikationsachsen so, dass der Mediator immer mehr in den Hintergrund tritt und eine direkte Kommunikationsachse zwischen den Parteien aufgebaut werden kann.

Systemik

Die Rolle der neutralen dritten Person und die daraus folgende Bedeutung der Mediation und anderer ADR-Verfahren lässt sich aus der Systemik heraus noch besser begreifen. Sie belegt die Andersartigkeit der Mediation.

Systemisch betrachtet bilden die Parteien ein Streitsystem. Ihre Wahrnehmung macht die jeweils andere Partei verantwortlich. Es ist eine konsequente Sicht, wenn man bedenkt, dass die Sinne des Menschen ausschließlich auf eine Außenwahrnehmung ausgerichtet sind. Die Sicht auf den eigenen Beitrag zum Konflikt geht dabei gerne verloren.

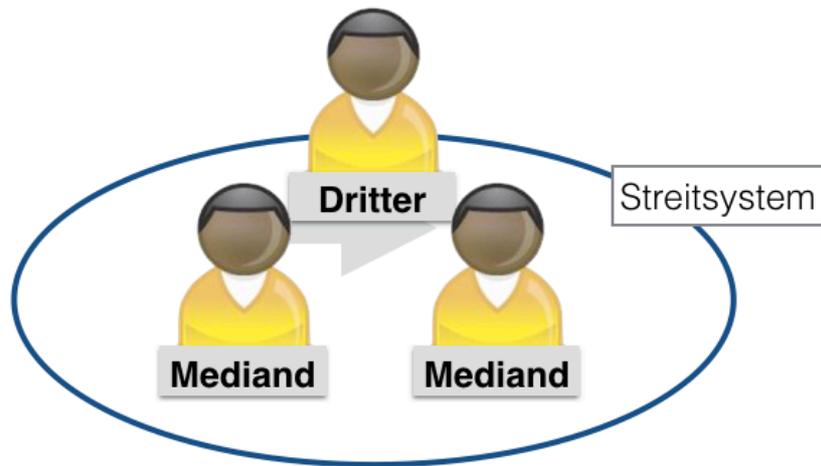
Je höher der Konflikt eskaliert ist und je dramatischer die Konfliktfolgen sind, umso stärker wird die Fremdwahrnehmung ausgeprägt. Sie verdichtet sich in den Positionen, aus denen die Anforderungen an das Handeln der Gegenseite abgeleitet werden.



Die Systemik wirkt sich wie folgt auf die Verfahren aus:

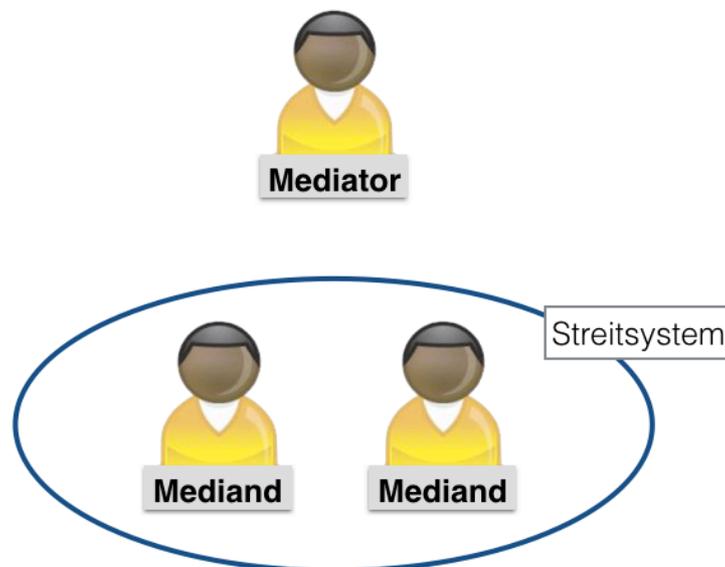
Gerichtsverfahren, Schiedsgericht, Schlichtung

Weil der Richter, der Schiedsrichter und sogar der Schlichter als Entscheider oder Meinungsbildner Einfluss auf die Lösung nehmen, werden sie in das operative Geschehen hineingezogen. Sie werden zum Teil des Streitsystems und bekommen eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Innensicht.



Mediation

Lediglich der Mediator steht außerhalb des Streitsystems. Seine Position ist mit der einer Metaebene vergleichbar. Sie versetzt den Mediator in die Lage, das Streitsystem als Ganzes wahrzunehmen und mit den Parteien zu reflektieren. Der Mediator hat eine Außensicht auf das Streitsystem.



Verantwortlichkeit

Die Rolle der neutralen dritten Person korrespondiert mit der Verantwortlichkeit der Parteien. Sie differiert von Verfahren zu Verfahren.

Der Grundsatz lautet: Je mehr Verantwortung auf die neutrale dritte Person delegiert wird, umso weniger Verantwortung tragen die Parteien.

In Verfahren, in denen die formale Kommunikation im Vordergrund steht, reduziert sich die Verantwortlichkeit darauf, die zum Verfahren passenden Anträge zu stellen.

Bei den informellen Verfahren steht die Kommunikation im Vordergrund. In der Kommunikation tragen immer beide Seiten die Verantwortung für das Gelingen. Der Sender ist verantwortlich dafür, dass die Information dem Empfängerhorizont entspricht. Der Empfänger ist verantwortlich dafür, dass er seinen Horizont offenbart.

Die Verantwortlichkeit über Prozess und Lösung ist in den jeweiligen Verfahren grundsätzlich wie folgt verteilt:

Gerichtsverfahren

Im Gerichtsverfahren steht die formale Kommunikation im Vordergrund. Die Parteien tragen die Antragsverantwortung. Die Verfahrens- und Entscheidungsverantwortung obliegt dem Richter.

Schiedsgericht

Im Schiedsgerichtsverfahren tragen die Parteien zusätzlich die Auswahlverantwortung für den Schiedsrichter. Soweit zulässig, tragen sie auch für die Verfahrensgestaltung eine Mitverantwortung.

Schlichtung

In der Schlichtung tragen die Parteien die Auswahlverantwortung, die Mitverantwortung für die Verfahrensgestaltung und die Verantwortung, den Abbruch der Schlichtung zu verhindern.

Mediation

In der Mediation tragen die Parteien die volle Verantwortung über den Prozess und das Ergebnis. Die Verantwortung betrifft sowohl die Auswahlverantwortung, die Verantwortung für die Verfahrensgestaltung, die Verantwortung, den Abbruch der Mediation zu verhindern und die Verantwortung, die prozessleitenden Entscheidungen mitzutragen. Zusätzlich obliegt ihnen eine auf den Fall bezogene Kommunikationsverantwortung.

Die Parteien müssen so verhandeln, dass sich die Gegenseite auf ihre Sichtweise einlassen kann. Der Mediator hilft lediglich dabei, dass diese Einlassung gelingt. Nur so ist es möglich, dass sich die Parteien am Ende (in Phase vier) ein Angebot unterbreiten können, von dem sie annehmen dürfen, dass die Gegenseite bereit ist, ihr Angebot anzunehmen. Die Regelungs- und Einigungsverantwortung liegt auf ihren Schultern.

Mit der umfassenden Eigenverantwortung korrespondiert der Grundsatz der Freiwilligkeit. Er unterstreicht die Verantwortlichkeiten und ist in keinem anderen Verfahren so ausgeprägt und wesentlich wie in der Mediation.

Die Freiwilligkeit ist nicht nur ein Prinzip. Sie ist ein Wesensmerkmal der Mediation. Sie gibt den Parteien die volle Kontrolle über das Verfahren und erwartet, dass die Parteien Nein sagen, wenn sie Nein meinen. Die Parteien können das Verfahren jederzeit abbrechen. Es ist außerordentlich wichtig, dass sie sich dieses Privilegs bewusst sind.

Die Kehrseite der Freiwilligkeit ist die Verantwortlichkeit. Die Parteien tragen die volle Verantwortung dafür, dass das Verfahren gelingt. Der Mediator hilft Ihnen lediglich dabei, diese Verantwortung wahrzunehmen.

Zielsetzungen

Ein weiteres Unterscheidungskriterium für die Verfahren der triadischen Instanz ist die unterschiedliche Zielsetzung der Verfahren. Die Zielsetzung ergibt die Strategie. Die Zielsetzungen sollten zu Beginn eines jeden Verfahrens als Zielvereinbarung festgelegt werden.

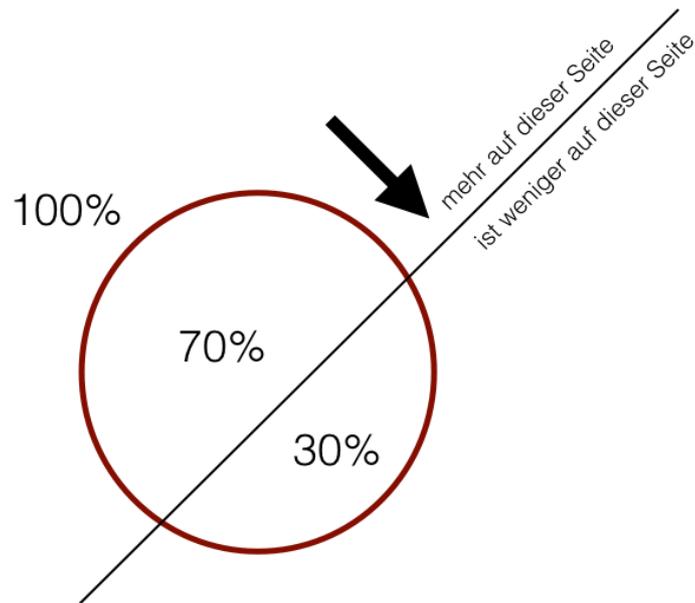
Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Zielsetzungen zumindest in den gerichtlichen und den Schiedsverfahren klar und vorgegeben ist, haben die Parteien doch ganz unterschiedliche Erwartungen an den Ausgang des Verfahrens.

Der Grundsatz: Wer einen gleichen Weg gehen will muss ein gleiches Ziel haben.

Der Grundsatz legt die Notwendigkeit einer Verständigung darüber nahe, was die Parteien von dem Verfahren erwarten. Die Verfahren geben folgende Ziele und Erwartungen vor:

Gerichtsverfahren, Schiedsgerichtsverfahren

Sowohl das Gerichtsverfahren, wie das Schiedsgerichtsverfahren sind in ihrer Reinform darauf ausgerichtet, eine Entscheidung für oder gegen die eine oder andere Position zu treffen. Es geht darum, wer Recht hat und darum, was richtig und was falsch ist. Die sich daraus ergebende binäre Logik führt in ein sogenanntes Nullsummenspiel.



Das Nullsummenspiel zeichnet sich dadurch aus, dass die eine Partei gewinnt, was die andere verliert. Der Kuchen (die Verteilungsmasse) kann nicht vergrößert werden. Strategisch bewegen sich die Verfahren in einem Verteilungskonflikt, bei dem es darauf ankommt, möglichst viel von dem Kuchen zu bekommen.

Weil die Entscheidung dem Dritten unterliegt, versuchen die Parteien, ihn dahingehend zu beeinflussen, dass er der einen oder anderen Seite mehr zuspricht. Strategisch betrachtet wird eine Konfrontation nahegelegt. Die binäre Logik des Nullsummenspiels erlaubt den Gewinn der einen Partei, indem die andere Partei zum Verlierer gemacht wird.

Den Gegner zum Verlierer zu machen ist oft leichter, als sich selbst zum Gewinner zu machen. Hinzu kommt, dass viele Kulturen Selbstlob verachten. „Selbstlob stinkt“, heißt ein Sprichwort in Deutschland. Mithin legt es die Prozessstrategie nahe, den Gegner anzugreifen.

Schlichtung

Das Ziel der Schlichtung ist es, eine einvernehmliche Lösung zu erzielen. Die Schlichtung unterliegt grundsätzlich ebenfalls der Logik des Nullsummenspiels.

Die Konfrontation ist die Grundlage. Eine integrative Verhandlungsstrategie (Kooperation) wird allerdings im Mix mit der distributiven Verhandlungsstrategie (Konfrontation) möglich. Dazu ein Beispiel:

Die Kinder streiten über die Verteilung des Kuchens. Die Kinder einigen sich darauf, dass ein Kind die Hälften einteilt und das andere Kind die Hälften verteilt.

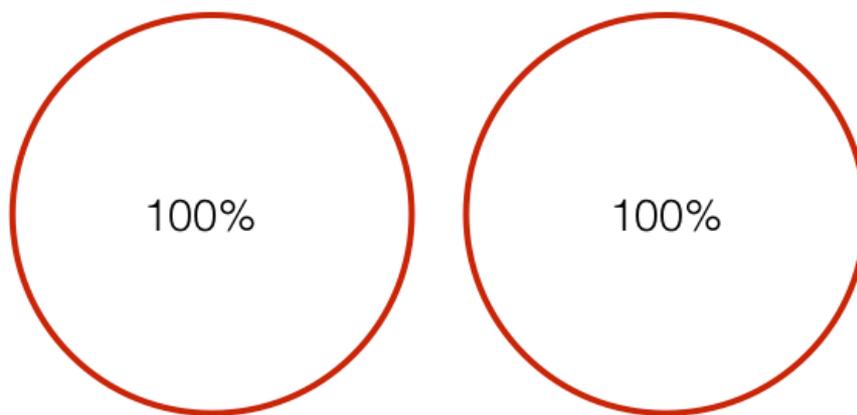
Weil die Meinungsbildung in der Schlichtung dem Dritten obliegt, versuchen die Parteien auch hier, den Schlichter zu beeinflussen, den für sie günstigen Weg der Verteilung zu

finden oder der einen oder anderen Seite mehr zuzusprechen und deren Sichtweise in den Lösungsvorschlag aufzunehmen. Dem Schlichter obliegt es, ein Teilungsmodell zu finden, dem sich beide Seiten unterwerfen können.

Mediation

Das Ziel der Mediation ist es, die Parteien zu befähigen, SELBST eine Lösung zu FINDEN! Die Lösung basiert auf einem wechselseitigen Verstehen. Das gemeinsame Verstehen aller lösungsrelevanten Umstände ist die Grundlage für die Lösung.

Bei dieser Zielsetzung ist die Mediation als ein Suchspiel ausgelegt. Ein Suchspiel legt die Kooperation zwingend nahe. Sie wird möglich, weil die Mediation von einem Nicht-Nullsummenspiel ausgeht, das den Wettbewerb zwischen den Parteien erübrigt. Sie verfolgt deshalb ein grundlegend anderes Konzept. Sie geht grundsätzlich davon aus, dass sich der „Kuchen“, also die Verteilungsmasse vergrößern lässt. Die Mediation wird deshalb auch als ein Positivsummenspiel bezeichnet. Die Lösungsmenge lässt sich so vergrößern, dass die eine Seite den Gewinn der anderen Seite nicht verhindern muss.



Rein logisch betrachtet ist eine Vergrößerung des Kuchens auf der Lösungsebene nicht denkbar, wenn die Parteien um die eine oder andere Lösung streiten und nur ein Entweder-Oder-Regelung in Betracht kommt. Die Mediation führt deshalb weitere Ebenen ein, die einen Blumenstrauß an Lösungsoptionen eröffnen sollen. Das Orangenbeispiel soll diese Vorgehensweise verdeutlichen:

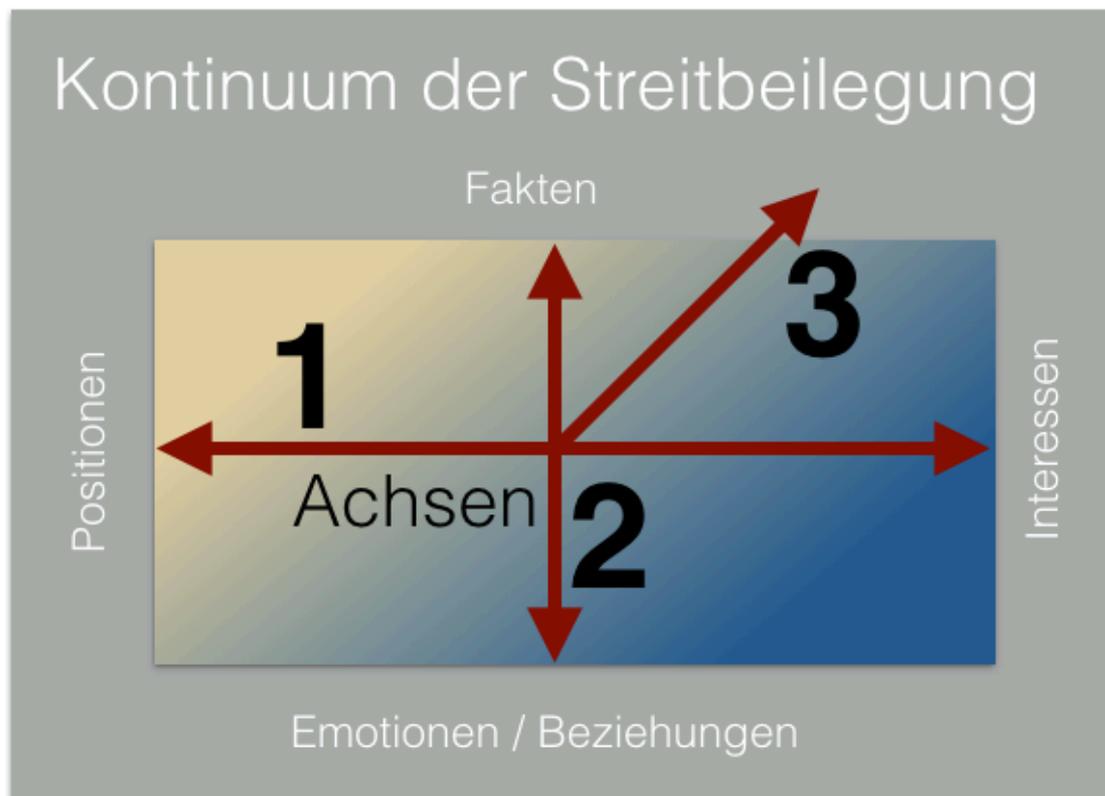
Eine Mutter hat zwei Kinder. Die streiten um eine Apfelsine. Jedes Kind verlangt die Apfelsine für sich. Es werden Argumente ausgetauscht und Vorwürfe gemacht. Der Streit geht um die Verteilung bzw. Zuordnung der Apfelsine. Statt den Kindern die Entscheidung abzunehmen und die Apfelsinen hälftig zu teilen oder selbst zu essen, erkundigt sich die Mutter nach den hinter dem Streit liegenden Interessen. Sie fragt: "Wozu braucht ihr die Apfelsine?". Dann antwortete das eine Kind: "Ich möchte Orangensaft trinken". Das andere Kind antwortet: "Ich möchte einen Kuchen backen". Nun ergibt sich eine Lösung mit der jedes Kind zufrieden ist. Das eine Kind bekommt die Schale zum Kuchen backen, das andere Kind bekommt das Fruchtfleisch zum Saft trinken.

Die Vergrößerung des Kuchens kommt auch in anderen Verfahren vor, wenn z.B. Verfahren verbunden werden, sodass sich der Streitgegenstand erweitert.

Streitkontinuum

Die Einbeziehung weiterer Ebenen ist grundsätzlich auch in anderen Verfahren möglich, aber dort nicht vorgesehen. Zwar haben alle Verfahren gemeinsam, dass sie den Streit beenden wollen. Sie unterscheiden sich jedoch gravierend in der Herangehensweise.

Grundsätzlich erfolgt die Bewältigung des Streits in 4 voneinander zu unterscheidenden Dimensionen. Wenn der Zeitfaktor hinzugenommen wird, sind es fünf Dimensionen. Die Dimensionen sind: Fakten, Positionen, Interessen (besser ist es von Motiven zu sprechen), Emotionen oder Beziehungen. Es finden sich Korrelationen in der Kommunikation (z.B. Sachebene, digitale, verbale Kommunikation, Beziehungsebene, analoge non-verbale Kommunikation). Auch finden sich Korrelationen im Denken wo die rationale, die emotionale Intelligenz angesprochen werden oder das Wertekonstrukt des Menschen.



Gericht und Schiedsgericht

Sowohl das Gerichts-, wie das Schiedsgerichtsverfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sie sehr fakten- und positionsorientiert sind. Die Fakten entsprechen dem nachweislichen Sachverhalt. Die Positionen entsprechen den Ansprüchen.

Juristen sagt man nach, sie könnten gut mit der Komplexität umgehen. Die Verortung im Streitkontinuum beweist jedoch, dass dies gerade nicht der Fall ist. Das Gerichtsverfahren würde sich in dem Streitkontinuum auf der oberen linken Ecke in einem als Rechteck gedachten Kontinuum positionieren. Das Schiedsgerichtsverfahren wäre auf derselben Position anzusiedeln. Komplexität wird also auf lediglich zwei Dimensionen reduziert, obwohl der Konflikt auf den anderen Dimensionen ebenfalls anzutreffen ist.

Die Reduktion führt dazu, dass die anderen Dimensionen wie die Emotionen und die Motive (Interessen) verdeckt eingebracht werden. Sie werden hinter scheinbaren Sachargumenten versteckt. Die Reduktion der Komplexität führt auch dazu, dass die Verfahren zwar ein Problem lösen können, nicht aber den Konflikt.

Schlichtung

Der Schlichter wird versuchen, andere Dimensionen einzubeziehen.

Mediation

Die Mediation erfasst im Idealfall alle Dimensionen des Streitkontinuums. Sie kann sich aber, wie noch darzulegen ist, auf einzelne Dimensionen beschränken.

Theoretisch wäre es möglich, in jedem Verfahren alle Dimensionen des Streitkontinuums einzuführen und zu behandeln. Lediglich für die Mediation ist – zumindest im Idealfall – vorgesehen, dass sie sich auf alle Dimensionen erstreckt. Darauf wird unten noch näher eingegangen.

Nicht alle Verfahren können den Konflikt vollständig erfassen. Um dies zu verstehen, bedarf es einer Auseinandersetzung was Konflikt und Streit unterscheidet.

Konfliktkongruenz

Die Verfahren zeichnen sich auch dadurch aus, in welchem Umfang es zu einer Konfliktauflösung kommen kann. Der Konflikt wird unterschiedlich verstanden ebenso der Weg, wie die Verfahren mit dem Konflikt zurechtkommen.

Spätestens aus der psychologischen Sicht sind die Begriffe Streit, Konflikt und Problem voneinander zu unterscheiden. Sie bedingen verschiedene Herangehensweisen und unterschiedliche Lösungsqualitäten.

Konflikt

Das Wort Konflikt stammt vom Lateinischen “conflictus” ab und bedeutet Zusammenstoß. Es beschreibt ein Aufeinanderprallen widerstreitender Auffassungen oder Interessen, aus dem sich eine schwierige Situation ableitet, die zum Zerwürfnis führen kann. Es gibt viele nicht abgestimmte Definitionen des Wortes. Die meisten stellen auf widerstrebende Interessen ab. Andere definieren Konflikt als wahrgenommenes Unrecht und als die Unvereinbarkeit zwischen Handlungen, Zielen, Wertungen und Überzeugungen. Der Begriff Konflikt, für den es übrigens kein Verb (also kein grammatikalisches Tätigkeits-

format) gibt, ist stets ein emotional wahrgenommener Widerspruch, der nicht ignoriert werden kann und deshalb zum Handlungsmotiv wird. Mithin beschreibt der Konflikt das Handlungsmotiv, nicht jedoch die Art und Weise, ob und wie man sich damit auseinandersetzt.

Streit

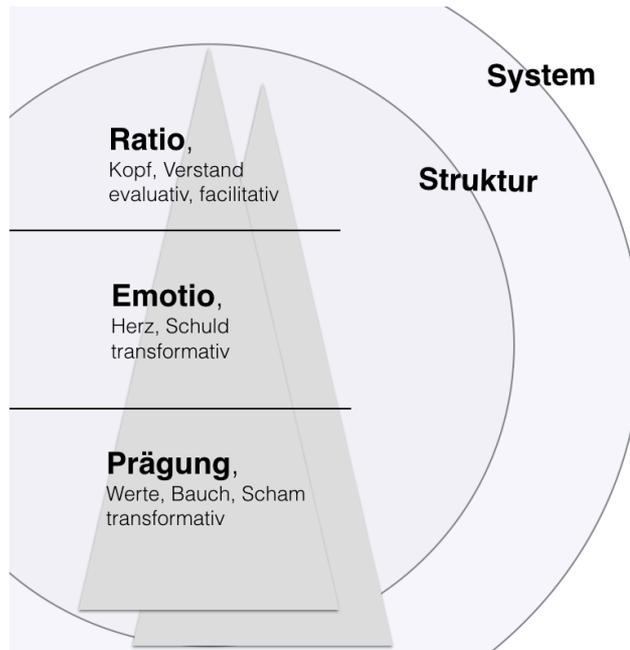
Der Streit ist die Ausprägung eines Konfliktes und manchmal auch seine Ursache. Das Streiten beschreibt eine Auseinandersetzung mit Waffen oder (gerichtlich) mit Worten. Es steht für einen Wettkampf, einen Meinungsstreit oder wird mit einem Rechtsstreit gleichgesetzt. Wenn Streit als heftiges Sichauseinandersetzen, Zanken, hitzigen Wortwechseln, oft auch in Handgreiflichkeiten beschrieben wird, beschreibt das Wort eher die Art der Auseinandersetzung. Dafür spricht, dass Streiten ein Verb kennt, Konflikt jedoch nicht.

Der Konflikt beschreibt einen äußerst komplexen Vorgang, der es dem Streit erlaubt, sich auf ganz unterschiedliche Ebenen und Gegenstände zu erstrecken. Die Komplexität erschwert die Auseinandersetzung und, wenn es die Kommunikation im Verfahren ermöglicht die Ebenen ständig zu wechseln, auch die Einigung.

Konfliktbeilegung

Es ist grundsätzlich sinnvoll, sich mit den Parteien darüber klar zu werden, in welchem Umfang eine Streit oder Konfliktbeilegung angestrebt wird. Eine erste grobe Differenzierung ergibt sich aus dem bereits erwähnten. Das Streitkontinuum erlaubt eine Einteilung, mit deren Hilfe die Komplexität des Streitens besser verstanden wird.

Wenn der Konflikt der Motor des Streitens ist, wird deutlich, dass die Streitbeilegung zwar das anstehende Problem lösen kann, nicht jedoch den zugrunde liegenden Konflikt. Dieser wird sich an anderer Stelle mit einem neuen Problem zeigen wollen. Die Frage der Konfliktlösung betrifft die Nachhaltigkeit. Hilfreich ist die Unterscheidung nach Konfliktdimensionen.



Die Konfliktdimensionen lassen sich auf die Intelligenzzentren des Menschen ein. Liegt der Konflikt auf der emotionalen Ebene, verfehlt das Verfahren das Ziel der Konfliktbeilegung, wenn diese Ebene nicht angesprochen wird. Mithin liefert der Konflikt die Vorgabe, auf welcher Dimension des Streitkontinuums zu verhandeln ist.

Konflikte neigen auf der einen Seite dazu, sichtbar zu werden. Auf der anderen Seite wollen sie sich erhalten. Sie zeigen deshalb Symptome, die am eigentlichen Konflikt vorbeigehen. Eine Konfliktlandkarte hilft, die Konflikte zu erfassen und ihre Auswirkungen zu verstehen. Die Verfahren gehen unterschiedlich mit Konflikten um.

Gericht

Wo ein juristisches Denken im Vordergrund steht, wird die Bearbeitung des eigentlichen Konfliktes erschwert – wenn nicht gar verhindert. Das Gerichtsverfahren konzentriert sich auf die rechtlichen Argumente, die meist am Konflikt vorbeigehen.

Schiedsgericht

Auch das Schiedsgerichtsverfahren ist rechtlich orientiert. Weil die Entscheidung letztlich zu begründen ist, stehen Argumente im Vordergrund.

Schlichtung

Die Schlichtung ist problem- und lösungsorientiert. Eine Konfliktanalyse ist nicht zwingend erforderlich. Der Schlichtungsvorschlag muss aber ebenfalls an überzeugenden Argumenten ausgerichtet werden.

Mediation

Wenn die Parteien eine nachhaltige Lösung herbeiführen wollen, müssen sie eine Lösung finden, die nicht nur das Problem, sondern auch den zugrunde liegenden, problemauslösenden Konflikt überwindet.

Voraussetzung dafür ist, dass sie den Konflikt in seiner Tiefe und Selbstbezogenheit verstehen. Die Konflikteinsicht bewirkt den sogenannten Rumpelstilzcheneffekt, weshalb die Mediation durchaus auch heilende Wirkung erzielen kann, ohne selbst eine Therapie zu sein.

Reichweite

Ein weiteres, insbesondere auch für die Nachfrage relevantes Unterscheidungskriterium ist die Reichweite der Verfahren. Sie ergibt sich aus dem Verhältnis von dem Verfahrensschwerpunkt, der Themenvollständigkeit und der Bearbeitungstiefe. Alle Kriterien sind auf den Konflikt bezogen. Sie bestimmen den Umfang der möglichen Konfliktbewältigung.

Gericht, Schiedsgericht

Sowohl das Gerichtsverfahren wie das Schiedsgerichtsverfahren reduziert den Verfahrensgegenstand auf „die Sache“, womit der Streitgegenstand gemeint ist. Der Streitgegenstand erschöpft sich in einer durch die Sachanträge vorgegebenen Problemlösung. Ob das Ergebnis die Ziele der Parteien (den hinter dem Ergebnis liegenden Zweck) verwirklichen kann, ist nicht Gegenstand der Prüfung.

Schlichtung

Die Schlichtung bindet sich zwar nicht an Sachanträge. Dennoch ist der Fokus auf eine Problemlösung gerichtet, die aus den unterschiedlichen Positionen (Forderungen) der Parteien gebildet wird. Ob das Ergebnis die Ziele der Parteien verwirklichen kann, mag thematisiert werden, ist aber nicht argumentationsrelevant.

Mediation

Lediglich die Mediation, als das komplexeste der hier vorgestellten Verfahren, erlaubt nicht nur die vollständige Konfliktlösung, sie erwartet sie auch.

Es gehört also zur korrekten Vorgehensweise eines Mediators, dass er bereits zu Beginn des Verfahrens eine Konfliktanalyse durchführt und eine Konfliktlandkarte erstellt. Die Themen werden auf die Konflikte bezogen, nicht auf die Lösungen. So wird sichergestellt, dass der Konflikt insgesamt bearbeitet werden kann und dass die Nutzenerwartungen als Maßstab für die zu findende Lösung dienen können.

Auch die Mediation kennt verschiedene Bearbeitungsschwerpunkte. Sie kann sowohl einen juristisch logischen oder einen psychologisch assoziativen Schwerpunkt ausbil-

den. Im Idealfall beherrscht der Mediator die Interdisziplinariät und ist in allen Disziplinen zu Hause. Er kann alle Aspekte bearbeiten.

Systematisch lassen sich die Bearbeitungsschwerpunkte der Mediation in Mediationsmodellen (Mediationsarten) darstellen. Zu unterscheiden sind:

1. **Sondierende Mediation**

In dem Interesse der EU, ein forensisches Verfahren vorzuhalten, das in allen Mitgliedstaaten einen mehr oder weniger gleichförmigen „access to justice“ ermöglicht, aber auch aus Gründen der merkantilen Verbreitung, gerät die Mediation mehr und mehr in den Anwendungsbereich von Fällen, die sich noch im Stadium von Vorüberlegungen und Sondierungsgesprächen befinden. Beispiele sind die telefonische Shuttle-Mediation der Rechtsschutzversicherungen oder internationale Online-Mediationen im B2C Anwendungsbereich. Eine Moderation wäre ausreichend.

2. **Evaluative Mediation**

Die evaluative Mediation entspricht dem juristischen Procedere am Meisten. Evaluativ bedeutet übersetzt wertend oder bewertend. Wie der Name sagt, verstärkt diese Form der Mediation die Einflussnahme des Mediators. Sie korrespondiert mit einem gerichtsanhängigen Prozess und nimmt dessen Ergebnis vorweg. Der Mediator unterstützt die Parteien, indem er die Schwachpunkte ihres Falles (ihrer juristischen Argumentation) herausarbeitet. Er mag formale Empfehlungen hinsichtlich des (juristischen) Ergebnisses (Fallausgang) einbringen. Methodisch wendet er das Caucus oder die Shuttle Diplomacy an. Der evaluative Mediator ist meist selbst ein Jurist.

3. **Facilitative Mediation**

Facilitativ bedeutet übersetzt vereinfachen, erleichtern. Der Mediator strukturiert einen Prozess, um die Parteien dabei zu unterstützen, ein wechselseitig akzeptiertes Ergebnis zu erzielen. Er befragt die Parteien, wertschätzt und normalisiert, stellt unterschiedliche Sichtweisen heraus und sucht nach den Interessen hinter den Positionen, um darauf basierte Lösungsoptionen zu erarbeiten. Die facilitative Mediation eignet sich für Konflikte der sachlich-intellektuellen Konfliktdimension

4. **Transformative Mediation**

Mit den Psychologen entwickelt sich die Mediation von einer bloßen Interessenerhellung zu einer echten Konfliktarbeit, bei der das Konflikterleben der Parteien im Vordergrund steht. Mit der Arbeit am Konflikt sollen die Parteien in die Lage versetzt werden, ihre Erkenntniswelt so umzuformen, dass ihnen eine Neugestaltung der streitbefangenen Lebensverhältnisse möglich wird. Transformativ bedeutet umformend, umgestaltend. Die transformative Mediation setzt auf die Fähigkeiten der Parteien. Sie versucht, diese zu verstärken und nutzbar zu machen und ermöglicht die Anerkennung der hinter dem Streit verborgenen Bedürfnisse. Um dies zu erreichen, lässt sie sich auf die Wahrnehmungswelt der Parteien ein und zielt darauf ab, diese durch eine kontextsensitive Relativierung zu verändern. Das Lösungspotenzial besteht darin, den Parteien eine andere Sicht auf das Problem zu ermöglichen, woraus sich ihre Bewertungen ändern. Die transforma-

tive Mediation eignet sich besonders für die Bearbeitung von Konflikten der sozio-emotionalen und der wertmäßig-kulturellen Dimension

5. Integrierte Mediation

Die Praxis ist nicht so trennscharf, wie die Theorie es gerne hätte. Die Übergänge sind fließend. Die integrierte Mediation beschreibt die Mediation in ihrer komplexen Konnotation. Sie erstreckt sich über den gesamten Mediationsradius, weshalb sie als notwendige Ergänzung in das Kontinuum der Verfahren und Methoden zur Streitbeilegung einzubeziehen ist. Sie kommt der eclectic Mediation nahe, geht aber über sie hinaus indem sie auch Elemente anderer Verfahren zu integrieren weiß.

Verfahrensschwerpunkt

Ein weiteres Kriterium, mit dem sich die Verfahrenstypen auseinanderhalten lassen, ist der jeweilige Verfahrensschwerpunkt. Der Verfahrensschwerpunkt legt die Blickrichtung fest und setzt den Fokus im Entscheidungsprozess.

Gericht

Der Fokus beim Gerichtsverfahren ist auf das Ergebnis gerichtet. Das Gerichtsverfahren ist also ergebnisorientiert. Der Fokus liegt auf der herbeizuführenden Entscheidung des Richters.

Schiedsgericht

Die Schiedsgerichtsbarkeit ist in ihrer Urform ebenfalls auf das Ergebnis, also die Entscheidung des Schiedsrichters ausgerichtet.

Schlichtung

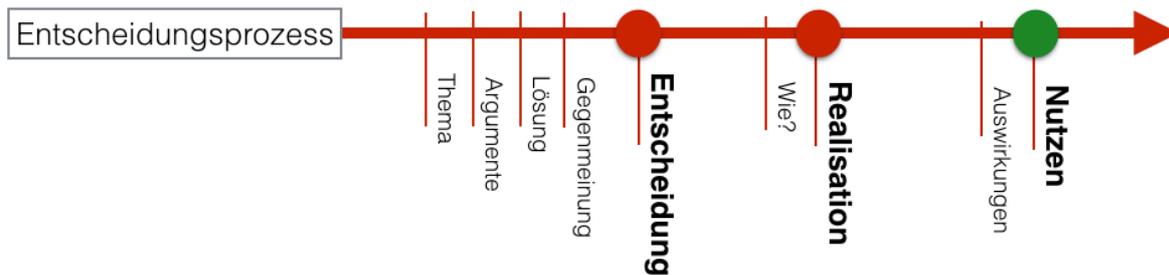
Hier gibt es jedoch Abweichungen in Richtung auf die Schlichtung. Die Schlichtung ist lösungsorientiert.

Mediation

Die Mediation kann schon deshalb nicht lösungsorientiert sein, weil sie ergebnisoffen ist. Sie ist deswegen nicht lösungs- sondern nutzenorientiert. Der Fokus des Mediators ist nicht auf die Lösung (also das Ergebnis) gerichtet. Er konzentriert sich auf den Prozess an und für sich und lässt die Mediation die Lösung erarbeiten.

Verfahrensorientierung

Auf den Entscheidungsprozess bezogen wirken sich die unterschiedlichen Verfahrensschwerpunkte nicht nur auf das jeweilige Vorgehen, sondern auch auf die Qualität der Lösung aus. Der übliche Entscheidungsprozess folgt folgendem Schema:



Gericht und Schiedsgericht

Bei den Verfahren, in denen die Entscheidung im Vordergrund stehen, geht es schwerpunktmäßig um den Austausch von Argumenten, das Warum, das die eine oder andere Position bekräftigen soll. Diese Verfahren sind ergebnisorientiert.

Die Frage der Durchführung des Ergebnisses, also die Frage nach dem Wie ist meistens nicht Teil der Entscheidungsfindung. Wenn es um die Vollstreckbarkeit geht, sind neue Verfahren oder Verfahrensabschnitte abzurufen. Lange danach stellt sich die Frage nach dem Wozu heraus. Wozu war das gut? Was hat es gebracht? Auch diese Frage ist nicht Teil des Verfahrens.

Es ist durchaus möglich, alle diese Fragen im Prozess einzubringen. Im Zweifel sind sie jedoch nicht entscheidungsrelevant.

Schlichtung

Auch bei der Schlichtung steht die zu treffende Entscheidung im Vordergrund. Der Schwerpunkt dürfte also darin bestehen, wie die Argumente gegeneinander abzuwägen sind. Die Schlichtung ist lösungsorientiert.

Mediation

Ganz anders verhält sich die Mediation. Der Mediator denkt prozessorientiert, weil er weiß, dass die Lösung aus dem Prozess generiert wird.

Die Mediation hinterfragt den Nutzen (in Form der Motive) in Phase drei, das Wie ist Gegenstand der Phase vier und Voraussetzung für die zu treffende Entscheidung. Die Entscheidung ist deshalb lediglich die Manifestation der gefundenen Lösung und nicht das Ergebnis selbst.

Lösungsweg

Der Weg, wie die Lösung (das Ergebnis) herbeigeführt wird, unterscheidet sich dementsprechend. Bei dem Gerichtsverfahren, dem Schiedsgerichtsverfahren und der Schlichtung geht es um die Durchsetzung einer Lösung oder einem Ergebnis, das der vorgestell-

ten Lösung nahe kommt. Lediglich bei der ergebnisoffenen Mediation geht es um die Suche nach einer Lösung. Die Lösung will also erst gefunden werden.

In juristisch orientierten Verfahren ergibt sich die Lösung aus der Subsumtion des Sachverhaltes unter einer Rechtsnorm. Die Lösung entspricht der Rechtsfolge. Um eine interessengerechte Lösung zu erzielen, werden die Rechtsfolgen an den Interessen ausgerichtet, indem sie dementsprechend interpretiert werden. Auch ist es möglich, den Sachverhalt auf die ein- oder andere Weise zu schön, damit die gewünschte Lösung herauskommt. Die auf den Streit abstellende Kommunikation führt zu einem konträren Denken. Sie hat eine streitverschärfende Wirkung, wenn die Sachverhaltsauslegung von der Gegenseite als manipuliert angesehen wird.

Der Lösungsweg der Mediation fragt ohne Umweg nach dem Nutzen, also den zu erzielenden Interessen. Er stellt Gemeinsamkeiten heraus, um die Lösung in einem parallelen Denken herbeizuführen. Die Mediation überlegt, wie die Lösung aussieht, wenn der Konflikt überwunden ist. Die Chance, eine amicable Lösung zu finden die beide Parteien akzeptieren können wird auf diese Weise dramatisch vergrößert. Der Abgleich mit der rechtlichen Lösung erfolgt erst in einem zweiten Schritt in der WATNA/BATNA Instanz. Sie will sicherstellen, dass die Parteien in der Mediation unter mehreren möglichen Lösungen wählen können. Auch insofern unterscheidet sich die Mediation von den anderen Verfahren, wo nur eine Lösung erarbeitet wird.

Qualität

Die Qualität der Streitbeilegungsverfahren wird an unterschiedlichen Maßstäben gemessen. Die Verfahren der Streitvermittlung werden oft an dem Zustandekommen einer Einigung gemessen. Sie ist aber kein wirklicher Maßstab so wie das Zustandekommen einer Entscheidung bei den streitentscheidenden Verfahren keine Aussage über die Wertigkeit der Entscheidung erlaubt.

Die Qualität des jeweiligen Verfahrens und seines Ausgangs ist wie folgt zu bemessen:

Gericht

Sowohl das Verfahren, wie die zu treffende Entscheidung, werden an der korrekten Rechtsanwendung getroffen. Das Verfahren ist einwandfrei, wenn es keine rechtlichen Angriffspunkte hinterlässt. Eine Qualitätsprüfung findet nicht statt. Die Nichteinlegung eines Rechtsmittels ist nicht mehr als ein Indiz für die Akzeptanz.

Schiedsgericht

Es gilt der gleiche Qualitätsmaßstab wie beim Gerichtsverfahren.

Schlichtung

Das Zustandekommen der Einigung ist lediglich ein Indiz für eine erfolgreiche Schlichtung. Die Qualität des Schlichtungsvorschlages bemisst sich an der Bereitschaft, dem Vorschlag zu folgen. Meist endet die Schlichtung in einem Kompromiss.

Kompromiss

Das englische Wort compromise wird ins Deutsche übersetzt mit Übereinkunft, Vergleich, Störung (psychologisch), Notlösung, usw. Schon die Vokabeln deuten auf ganz unterschiedliche Qualitäten hin, die nicht nur positiv zu bewerten sind. Im deutschen BGB ist der Vergleich in § 779 BGB als ein gegenseitiges Nachgeben geregelt. Der Kompromiss ist von dem noch vorzustellenden Konsens zu unterscheiden.

Der Kompromiss ist ein für die Schlichtung typisches Ergebnis. Er hat einen resignativen Aspekt, der sich erst im Vergleich mit anderen möglichen Lösungen herausstellt, die in der Schlichtung aber nicht zwingend zu evaluieren sind.

Mediation

Die Mediation ist bei korrekter Durchführung das einzige Verfahren, das die Erfolgskriterien im Verfahren selbst erarbeitet und eine immanente Erfolgskontrolle ermöglicht. Die Qualität des Verfahrens bemisst sich an den Regeln der Kunst, die in Benchmarks¹³ zu messen sind. Die Mediation zielt auf einen echten Konsens ab.

Konsens

Das englische Wort consensus wird ins Deutsche übersetzt mit Übereinstimmung, Einigkeit und übereinstimmende Meinung. Anders als der Kompromiss zielt der Konsens auf ein gemeinsames, übereinstimmendes Verständnis ab.

Der Konsens ist ein für die Mediation typische Grundlage, auf der sich das Ergebnis finden lässt. Die Qualität des Ergebnisses wird an den in Phase drei ermittelten Nutzenerwartungen gemessen, die zugleich die Kriterien für die Lösung darstellen.

Zusammenfassung

Um die Verfahren gegeneinander abgrenzen zu können, ist auf das Wesen des jeweiligen Verfahrens abzustellen. Darauf bezogen lassen sich die Verfahren wie folgt definieren:

Schiedsgerichtsverfahren

Das Schiedsgerichtsverfahren ist ein Verfahren der Streitentscheidung, in dem ein privat von beiden Parteien zu ernennender Schiedsrichter ermächtigt wird, eine Entscheidung zur Streitbeilegung zu treffen.

¹³ <https://www.wiki-to-yes.org/Qualität> und <https://www.wiki-to-yes.org/Benchmarks>

Schlichtung

Die Schlichtung ist ein lösungsorientiertes Verfahren der Streitvermittlung, in dem ein von beiden Parteien ernannter Schlichter die zur Lösung führenden Gedanken zusammenführt und in einer Weise bewertet, auf die sich die Parteien einigen können.

Mediation

Die Mediation ist ein verstehensbasiertes Verfahren der Streitvermittlung, die sich auf die gesamte Komplexität des Falles einlassen kann und die mit der Unterstützung des Mediators eine auf parteiseitigen Erkenntnissen basierende Such nach Lösungen durch die Parteien ermöglicht, mit der sich beide Seiten identifizieren können.

Kriterien

Die Kriterien zur Abgrenzung der Verfahren sind in der nachfolgenden Tabelle zusammengefasst:

	Schiedsgericht	Schlichtung¹	Mediation
Gegenstand	Problementscheidung	Lösungsvermittlung	Verstehensvermittlung
Kommunikation	formell	formell + informell	informell
Verantwortlichkeit	fremdbestimmt	fremd- + selbstbestimmt	selbstbestimmt
Einleitung	einseitige + allseitige Einleitung	einseitige + allseitige Einleitung	allseitige Einleitung
Entscheidungsmacht	Determination	relative Determination	Indetermination
Machtverteilung	Machtgefälle	bedingter Machtausgleich	Machtgleichgewicht
Fokus	Ergebnisrelevanz	Lösungsrelevanz	Nutzenrelevanz
Orientierung	ergebnisorientiert	lösungsorientiert	prozessorientiert
Konfliktkongruenz	Streitbeilegung	Problemlösung	Konfliktlösung

Rechtsgrundlagen

Die EU hat sich in folgenden Direktiven mit ADR Verfahren befasst:

- Directive 2002/92/EC of the European Parliament and of the Council of 9 December 2002 on insurance mediation¹⁴
- Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008 on certain aspects of mediation in civil and commercial matters¹⁵
- Directive 2013/11/EU of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on alternative dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Directive on consumer ADR)¹⁶
- Regulation (EU) No 524/2013 of the European Parliament and of the Council of 21 May 2013 on online dispute resolution for consumer disputes and amending Regulation (EC) No 2006/2004 and Directive 2009/22/EC (Regulation on consumer ODR)¹⁷

Die systematische Unterscheidung der Rechtsgrundlagen, muss sich einerseits auf die Rechtsverhältnisse des Verfahrens beziehen und diese andererseits von den Rechtsgrundlagen unterscheiden, die die Entscheidung oder die Abschlussvereinbarung selbst betreffen. Die Unterscheidung dieser beiden Rechtsbezüge ist von elementarer Bedeutung, um das Verfahrensrecht zu identifizieren und um Verfahrensfehler und ihre Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Regulierung und Fragen der Haftung herausarbeiten zu können.

Anders als bei einer fehlerhaften gerichtlichen Entscheidung wirken sich Verfahrensfehler in den ADR-Verfahren grundsätzlich NICHT auf das Ergebnis aus. Das liegt zum einen daran, dass Rechtsmittel in den ADR-Verfahren nicht vorgesehen sind. Zum anderen liegt es daran, dass die Regelung selbst auf einer Unterwerfung oder einem eigenständigen Vertrag beruht, aus dem sich die Wirksamkeit der Regulierung ableitet.

Kommt es zu Streitigkeiten über die Wirksamkeit einer abschließenden Regelung, müssen diese vor den ordentlichen Gerichten ausgetragen werden.

Auch für die Vollstreckbarkeit bedarf es in der Regel einer gerichtlichen Entscheidung, weil die Vollstreckungsanordnung auf einem hoheitlichen Akt beruhen muss und weder der Schiedsrichter noch der Schlichter oder der Mediator mit Hoheitsrechten ausgestattet ist.

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512290736084&uri=CELEX:32002L0092>

¹⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512290736084&uri=CELEX:32008L0052>

¹⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0011>

¹⁷ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512291307709&uri=CELEX:32013R0524>

Ganz gleich, ob es sich um ein Schiedsgerichtsverfahren, eine Schlichtung oder eine Mediation handelt, ist die Ausgangslegitimation stets ein auf das Verfahren bezogener Vertrag. Er stellt (zumindest auf den ersten Blick) sicher, dass die Einberufung der Verfahren im allseitigen Einvernehmen erfolgt.

Schiedsgerichtsverfahren

Die Regulierung von Schiedsgerichtsverfahren war bisher kein Gegenstand einer EU-Direktive. Das Verfahren wird in einer Verfahrensordnung mehr oder weniger strikt vorgegeben. In vielen Staaten, wie z.B. in Deutschland und Österreich, ist sie per Gesetz, also hoheitlich, geregelt.

Grundsätzlich ist zwischen der nationalen und der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zu unterscheiden. Manche Länder, wie z.B. Frankreich und die Schweiz haben die Schiedsgerichtsbarkeit sogar in dementsprechend getrennten Gesetzen geregelt. Die Mehrheit der EU-Staaten wendet jedoch das gleiche Gesetz sowohl auf inländische wie auch auf internationale Schiedsverfahren an.

Die nationalen Gesetze legen im Allgemeinen eine Schriftform für die Schiedsvereinbarung fest. Die meisten Staaten erlauben den Parteien eines Schiedsverfahrens, Zwischenmaßnahmen, wie z.B. eine Beweissicherung entweder von nationalen Gerichten oder vom Schiedsgericht selbst herbeizuführen.

Oft orientieren sich die gesetzlichen Vorschriften an dem New Yorker Übereinkommen über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche (*Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, NYC*)¹⁸, das kurz „New Yorker Übereinkommen“ bzw. „New York Convention“ genannt wird.

Das New Yorker Übereinkommen vom 10. Juni 1958 ist gem. Artikel 1 des Übereinkommens auf die Anerkennung und Vollstreckung von Schiedssprüchen anzuwenden, die in Rechtsstreitigkeiten zwischen natürlichen oder juristischen Personen in dem Hoheitsgebiet eines anderen Staates als desjenigen ergangen sind, in dem die Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird. Es ist auch auf solche Schiedssprüche anzuwenden, die in dem Staat, in dem ihre Anerkennung und Vollstreckung nachgesucht wird, nicht als inländische anzusehen sind¹⁹.

Die New Yorker Übereinkommen ist das wichtigste internationale Übereinkommen über die Schiedsgerichtsbarkeit. Es gibt 157 Vertragsstaaten, die sich ihr unterworfen haben; darunter Afghanistan, Ägypten, Albanien, Belgien, Bosnien und Herzegowina, Bulgarien, China, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Georgien, Griechenland, Iran, Irland, Israel, Italien, Japan, Kanada, Kirgisistan, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Marokko, Mazedonien, Mongolei, Nepal, Neuseeland, Niederlande, Nor-

¹⁸ <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-E.pdf>

¹⁹ <http://www.disarb.org/de/51/materialien/new-yorker-uuml;bereinkommen-58-id8>

wegen, Österreich, Pakistan, Palästina, Polen, Portugal, Rumänien, Russland, Saudi-Arabien, Schweden, Schweiz, Serbien, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tadschikistan, Tschechien, Türkei, Ukraine, Ungarn, Vatikan, Vereinigte Arabische Emirate, Vereinigte Staaten, Vereinigtes Königreich, Zypern.

Die Anerkennung eines Schiedsurteils kann nach Artikel V des Übereinkommens versagt werden, wenn:

- eine Partei geschäftsunfähig war
- die Schiedsvereinbarung unwirksam war
- kein hinreichendes rechtliches Gehör gewährt wurde
- die Entscheidung über einen Sachverhalt ergangen war, der nicht unter die Schiedsvereinbarung fiel
- das Schiedsgericht nicht vereinbarungsgemäß konstituiert war
- der Schiedsspruch aufgehoben wurde
- Bei fehlender Schiedsfähigkeit
- Bei einem Verstoß gegen den ordre public im Vollstreckungsstaat

Im Schiedsgerichtsverfahren wird den Parteien die Möglichkeit eingeräumt, das Verfahren nach ihren Wünschen auszugestalten²⁰. Die Parteien können beispielsweise die Art und Weise der Schiedsklageerhebung und -erwiderung, der Schriftsätze, der Fristen, des mündlichen oder des schriftlichen Verfahrens oder der Beweisaufnahme festlegen²¹.

Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Schiedsgerichts ist umstritten. Es hat sowohl hoheitliche wie privatrechtliche Elemente. Rechtsgrundlagen sind die Schiedsabrede (Schiedsvereinbarung) und der Schiedsrichtervertrag.

Die Schiedsabrede begründet die Zuständigkeit eines noch zu konstituierenden Schiedsgerichts für einen bestehenden oder in der Zukunft entstehenden Rechtsstreit durch ein privates Schiedsgericht entscheiden zu lassen. Meistens wird mit der Schiedsabrede zugleich der staatliche Prozessweg ausgeschlossen. Sie ist zulässig für alle Ansprüche, die der Disposition der Parteien unterliegen.

Die Rechtsnatur der Schiedsabrede ist umstritten. Die überwiegende Meinung sieht in der Schiedsabrede einen Prozessvertrag. Zwingender Inhalt ist die Einigung, dass die Angelegenheit einem Schiedsgericht übertragen wird und dass die Streitsache genügend bestimmt ist. Weiterhin können geregelt werden der Sitz des Schiedsgerichts und die Nationalität des Verfahrens.

Die Beziehung der Parteien zu den Schiedsrichtern wird in dem Schiedsrichtervertrag reguliert. Das Rechtsverhältnis ist gesetzlich nicht reguliert und wird nach dem allge-

²⁰ Angela Obrist: Die Haftung des Schiedsrichters, Juristische Fakultät der Universität Basel, FS 2012. [http://www.lalive.ch/data/publications/059_Die_HaftungdesSchiedsrichters_obrist_\(1\).pdf](http://www.lalive.ch/data/publications/059_Die_HaftungdesSchiedsrichters_obrist_(1).pdf)

²¹ <https://schiedsgericht.expert/die-schiedsvereinbarung-grundlage-fuer-jedes-schiedsverfahren/>

meinen Vertragsrecht beurteilt. Üblicherweise schließen die Parteien mit jedem der Schiedsrichter individuell einen Vertrag ab.

Nach dem Grundsatz der Kompetenzkompetenz hat das Schiedsgericht das Recht zu entscheiden, ob es zuständig ist. So positiv diese Entscheidungsmacht ist, so negativ ist sie auch, wenn den staatlichen Gerichten die Prüfung der Rechtmäßigkeit einer Schiedsvereinbarung entzogen ist. In manchen Ländern behalten die staatlichen Gerichte die endgültige Entscheidung über die Gültigkeit einer Schiedsvereinbarung, ohne an die Entscheidung des Schiedsgerichts gebunden zu sein.

Angesichts der Bedeutung der schiedsrichterlichen Tätigkeit sehen manche Gesetze obligatorische Mindestqualifikationen für den Schiedsrichter vor. In den meisten Fällen haben die Parteien jedoch die völlige Freiheit bei der Auswahl der Schiedsrichter und des Schiedsgerichts.

Ad hoc und institutionelle Schiedsgerichtsverfahren

Den Parteien ist es regelmäßig freigestellt zwischen einem Ad hoc und einem institutionellen Schiedsgerichtsverfahren zu wählen. Bei einem ad-hoc-Schiedsgericht obliegt die Organisation und Überwachung der schiedsgerichtlichen Tätigkeit den Parteien selbst.

Wünschen die Parteien jedoch, dass das Schiedsgerichtsverfahren von einer Institution geleitet und überwacht wird, schließen sie neben dem Schiedsrichtervertrag noch einen Vertrag mit der Institution. Dieser Vertrag gibt der Institution das Recht und die Pflicht, das Schiedsverfahren zu organisieren und zu überwachen.

Verfahrensfehler und Haftung

Zwar erfreut sich die Schiedsgerichtsbarkeit seit Jahrzehnten einer steigenden Beliebtheit. Mit der Nachfrage steigen aber auch die Fälle, in den die (meist unterlegenen) Parteien ihre Unzufriedenheit mit dem Verfahrensausgang in Form von Beschwerden, Rechtsmitteln und Regressansprüchen gegen die Schiedsrichter ausdrücken²².

Rechtliche Anknüpfungspunkte sind lediglich das fehlerhafte Zustandekommen der Errichtung des Schiedsgerichts. Weil die Rechtsbeziehungen zwischen den Schiedsrichtern den Schiedsparteien Rechte und Pflichten nach dem Schiedsrichtervertrag begründen, kommt grundsätzlich auch eine Haftung des Schiedsrichters in Betracht. Voraussetzung ist der Nachweis einer Pflichtverletzung. Pflichtverletzungen können sein: Offenlegungspflicht, zügige Ablehnung des Mandats, Vermeidung übermäßiger Kontakte, die Pflicht zur Unparteilichkeit und Unabhängigkeit, die Vertraulichkeitspflicht und die Sorgfaltspflicht²³.

²² Angela Obrist, a.a.O Seite 1

²³ Angela Obrist, a.a.O Seite 34

Schlichtung

Vorschriften über die Schlichtung finden sich kaum im Gesetz. Und wenn, dann sind es meist verstreute Regelungen. Viele Branchen haben selbst Schlichtungsstellen eingerichtet.

Seit der EU-Direktive 2013/11/EU vom 21. Mai 2013²⁴ ist allerdings die Verbraucherschlichtung geregelt. Sie versucht die Schlichtung für Verbraucherstreitigkeiten zu institutionalisieren, indem sie Regelungen für die Errichtung von Verbraucherschlichtungsstellen, deren Träger und das Verfahren vorgibt.

OS-Plattform

Gestützt auf die sogenannte ODR Verordnung hat die EU am 15. 2. 2016 ein Portal zur Online-Streitschlichtung ("OS-Plattform") in Betrieb genommen. Die Plattform ist auf der Webseite der EU einzusehen²⁵. Die OS-Plattform soll die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten ermöglichen.

Die Unternehmer sind beispielsweise nach Art. 14 dieser Verordnung verpflichtet, auf ihren Webseiten einen Link zur Plattform einzustellen. Die Verpflichtung betrifft die Information über die OS-Plattform, nicht die Teilnahme an einer Schlichtung. Art 14 führt aus:

In der Union niedergelassene Unternehmer, die Online-Kaufverträge oder Online-Dienstleistungsverträge eingehen, und in der Union niedergelassene Online-Marktplätze stellen auf ihren Websites einen Link zur OS-Plattform ein. Dieser Link muss für Verbraucher leicht zugänglich sein. In der Union niedergelassene Unternehmer, die Online-Kaufverträge oder Online-Dienstleistungsverträge eingehen, geben zudem ihre E-Mail-Adressen an.

Mediation

Regelungen zur Mediation finden sich in der EU-Direktive 2008/52/EC²⁶. Die Richtlinie enthält im Wesentlichen fünf wesentliche Regeln²⁷:

- Sie verpflichtet die Mitgliedstaaten, die Aus- und Fortbildung von Mediatoren zu fördern und für qualitativ hochwertige Mediationsdienste zu sorgen.
- Sie gibt jedem Richter das Recht, die Parteien aufzufordern, zunächst zu versuchen, die Streitigkeit im Wege der Mediation beizulegen, wenn er dies unter Berücksichtigung der Umstände des Falles für angebracht hält.
- Sie sieht vor, dass im Mediationsverfahren erzielte Vereinbarungen vollstreckbar gemacht werden können, wenn dies von beiden Parteien beantragt wird. Die

²⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32013L0011>

²⁵ ec.europa.eu/consumers/odr

²⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512290736084&uri=CELEX:32008L0052>

²⁷ https://e-justice.europa.eu/content_eu_overview_on_mediation-63-de.do

Vereinbarung kann beispielsweise durch die Entscheidung eines Gerichts oder in einer öffentlichen Urkunde vollstreckbar gemacht werden.

- Durch die Richtlinie wird dafür gesorgt, dass die Mediation in einer Atmosphäre der Vertraulichkeit stattfindet. Sie sieht vor, dass Mediatoren nicht gezwungen sind, in einer späteren Streitigkeit zwischen den Parteien der Mediation vor Gericht Aussagen zu Informationen zu machen, die sich aus einem Mediationsverfahren ergeben.
- Sie garantiert, dass die Parteien nicht wegen der Zeit, die durch die Mediation verstrichen ist, die Möglichkeit verlieren, die Streitigkeit vor Gericht zu bringen: Die Verjährungsfristen für die Einleitung eines Gerichtsverfahrens werden während der Mediation ausgesetzt.

Alle EU-Staaten haben die Richtlinie inzwischen in nationales Recht überführt, soweit die Regelungen nicht bereits der jeweiligen Gesetzeslage entsprachen. Obwohl die EU-Richtlinie nur CrossBorder-Fälle angesprochen hat, wurde in der nationalen Umsetzung die Mediation insgesamt geregelt.

Die Versuche des Gesetzgebers, zur Regelung der Mediation, sind herausfordernd. Weil die Mediation ein selbstverantwortetes Verfahren auf gleicher Augenhöhe ist, kann das Gesetz allenfalls einen absichernden Rahmen anbieten. Autonomie lässt sich nicht regeln ohne dass dabei die Autonomie verloren geht. Eine Fremdregulierung des Verfahrens würde also mit der Selbstbestimmtheit der Parteien und des Verfahrens kollidieren. Vorgegebene Mediationsordnungen, nach Vorlage der institutionalisierten Schiedsgerichtsbarkeit werden auch bei der institutionalisierten Mediation gerne verwendet. Sie entsprechen zumindest dann nicht dem Wesen der Mediation, wenn sie das anzuwendende Verfahrensrecht vorgeben. Sie können nicht mehr sein als ein Regulierungsvorschlag, den die Parteien annehmen können oder nicht.

Vorgegebene Regelungen über das Verfahren widersprechen dem psychologischen Konzept des Verfahrensrituals, mit dem zu Beginn der Mediation Beziehungen aufgebaut und gleiche Augenhöhe hergestellt werden soll.

Rechtsgrundlage

Wegen der möglichen Unterscheidung von den Auftraggebern und den Mediatoren ist es zu empfehlen, zwei Verträge abzuschließen. Ein auseinanderfallen von Auftraggebern und Mediatoren kommt beispielsweise bei einer Donatormediation²⁸ in Betracht, wenn eine unbeteiligte Person oder etwa der Arbeitgeber eine Mediation in Auftrag gibt, an der er nicht selbst beteiligt ist.

Der die Mediation legitimierende Mediationsvertrag regelt den Leistungsaustausch zwischen dem Mediator und der Person, die für die Leistung aufzukommen hat. Das Verfahren selbst und die Rechtsbeziehungen zwischen den Mediatoren wird in der sogenannten Mediationsdurchführungsvereinbarung geregelt. Sie erlaubt beispielsweise Vereinbarungen über die in manchen Gesetzen nur unvollständig geregelte Vertraulichkeit, wo

²⁸ <https://www.wiki-to-yes.org/Donatormediation>

zwar der Mediator, nicht jedoch die Parteien der Verschwiegenheit unterworfen wurden.

Vollstreckbarkeit

Die Anforderungen zur Vollstreckbarkeit sind in den Mitgliedstaaten unterschiedlich umgesetzt worden. Nach Artikel 1733 und 1736 der belgischen Prozessordnung (Code judiciaire) besteht zum Beispiel die Möglichkeit, eine Mediationsvereinbarung gerichtlich anerkennen zu lassen. Durch die richterliche Anerkennung erlangt sie die Wirkung eines vollwertigen Gerichtsurteils. Andere Länder, wie z.B. Deutschland erlauben keine direkte Vollstreckung der Abschlussvereinbarung. Sie müsste über eine notarielle Beurkundung, einen Prozessvergleich vor Gericht oder einem Anwaltsvergleich herbeigeführt werden.

Eine internationale Vollstreckungsunterwerfung wie bei der Schiedsgerichtsbarkeit gibt es nicht. Es ist deshalb die Aufgabe des Mediators bei internationalen Fällen darauf zu achten, dass die Abschlussvereinbarung so ausgestaltet wird, dass sie dem Vollstreckungsrecht des jeweilig beteiligten nationalen Staates entspricht.

Verfahrensfehler und Haftung

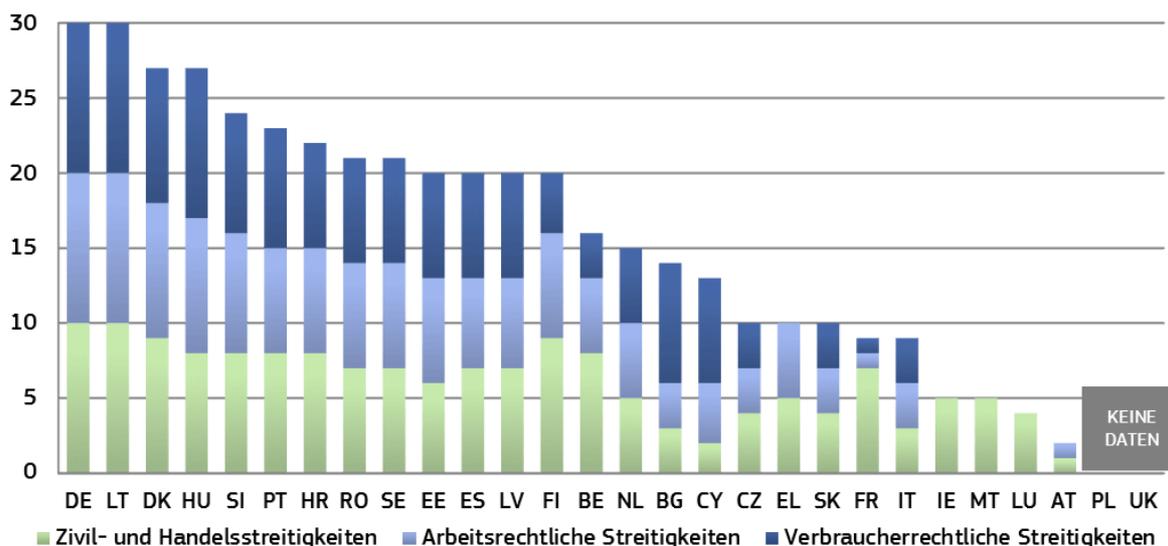
Verfahrensfehler sind Verstöße gegen die Regeln der Kunst. Nicht alle Verfahrensfehler führen zur Haftung. Rechtlich relevante Verfahrensfehler sind nur die Pflichtverletzungen des Mediators. Welche Pflichten das sind, ergibt sich aus dem Vertrag, der am Mediationsgesetz auszurichten ist und den Handlungen oder Unterlassungen, die mit dem Wesen der Mediation nicht im Einklang stehen und deshalb als Verstöße gegen die Regeln der Kunst anzusehen sind.

Rechtlich relevante Pflichtverletzungen lösen einen Anspruch gegen den Mediator aus. Mögliche Pflichtverletzungen sind: Verletzung der Informations- und Offenbarungspflicht, Verstoß gegen Prinzipien wie Freiwilligkeit, Vertraulichkeit, Unabhängigkeit. Ein Vertragsverstoß kann auch dann angenommen werden, wenn der Mediator fehlerhafte Informationen zur Verfügung stellt oder die Grundsätze des mit der Mediation beschriebenen Kognitionsprozesses verletzt. Ein solcher Fehler wäre anzunehmen, wenn der Mediator eine Entscheidung ermöglicht, die nicht auf der Basis des parteiseitigen Verstehens zustande kommt.

Mediation in den EU-Mitgliedstaaten

Einen Eindruck über die EU-weite Förderung der Anwendung der alternativen Streitbeilegung und entsprechende Anreize ergibt das von der Europäischen Kommission gefertigte Schaubild, aus dem die nationale Förderung der Anwendung der alternativen Streitbeilegung und entsprechende Anreize abzulesen sind²⁹:

²⁹ Quelle EU-Barometer 2016, Tabelle 27 Seite 28. Siehe http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_de.pdf



Eine Übersicht über die Mediation, die einschlägigen Gesetze und Anlaufstellen befindet sich auf der Seite *Mediation in den EU-Mitgliedstaaten* der European Justice³⁰.

Anwendungsrecht

Das Recht der gefundenen Lösung ist das nationale Recht oder bei internationalen Fällen das internationale Kollisionsrecht.

In den Verfahren, die mit einem Vertrag enden, bemisst sich das Zustandekommen des Vertrages nicht nach dem Verfahrensrecht, sondern nach dem für das Zustandekommen eines Vertrages geltenden Recht. Die Parteien tragen dafür selbst die rechtliche Verantwortung. Allerdings ist der Mediator ebenso wie der Schlichter mitverantwortlich dafür, dass die Vereinbarung alle Anforderungen erfüllt (Grundsatz der Informiertheit) und nachhaltig ist.

Mischformen

Eine Kombination der Verfahren ist möglich.

Die Parteien können durchaus im Vorfeld vereinbaren, dass im Falle eines Scheiterns der Mediation ein Schiedsgerichtsverfahren nachzuschieben ist. Das wäre zum Beispiel der Fall einer sogenannten MedArb (Mediation-Arbitration). Auch ist es möglich, das Gerichtsverfahren auszusetzen, um die Parteien in eine Mediation zu entlassen.

Grenzen ergeben sich bei der Vor- oder Nachbefassung. Ein Anwalt beispielsweise darf wegen der Gefahr der Interessenkollision keine Mediation in einer Sache durchführen, in der er als Anwalt tätig war und er darf nicht als Anwalt in einer Sache tätig werden, in der er zuvor als Mediator tätig war³¹.

³⁰ https://e-justice.europa.eu/content_mediation_in_member_states-64-de.do

³¹ So lautet zumindest die Regelung in § 3 des deutschen Mediationgesetzes

Mediationsradius

Das Mediationsgesetz in Deutschland enthält eine unbewusste Besonderheit, die der Klarheit bei der systematischen Einteilung der Verfahren und insbesondere der Mediation sehr entgegenkommt. Sie manifestiert den erweiterten Mediationsradius, indem zwischen der Mediation als Verfahren und der Mediation als Methode unterschieden wird.

Das Mediationsgesetz regelt die Durchführung einer Mediation als Dienstleistung und in der Form eines Verfahrens im Sinne des Mediationsgesetzes. Die Zivilprozessordnung regelt die Anwendung der Methode der Mediation im sogenannten Güterichterverfahren. Das Güterichterverfahren wird im Ausland als gerichtsinterne Mediation beschrieben. In beiden Fällen kommt Mediation zur Anwendung; im einen Fall als originäres Verfahren, im anderen als Methode.

Die Unterscheidung verdeutlicht, dass der rechtliche Rahmen, in dem die Mediation so oder so verwirklicht wird, differieren kann. Das Verfahren mag jetzt wie ein Container verstanden werden, in dem die Mediation methodisch zur Anwendung kommt. Der Container (das Verfahren) kann die Mediation im Sinne des Mediationsgesetzes sein. Dann kommt das Mediationsrecht zur Anwendung. Er kann aber auch ein anderes Verfahren (wie z.B. das Zivilgerichtsverfahren oder eine Beratung) sein, in dem die methodische Anwendung der Mediation möglich ist. Dann kommt das Recht des (anderen) Verfahrens zur Anwendung.

Der Mediationsradius geht noch darüber hinaus. Er bezieht auch noch diejenigen Mediationen ein, die zwar dem formalen Konstrukt der Mediation entsprechen, auf die das Mediationsgesetz jedoch nicht anwendbar ist. Das sind z.B. die Peermedationen in Schulen, wo Schüler als Mediatoren für Konflikte im Schulbereich auftreten oder die Gefälligkeitsmediation.

Weil alle Verfahren mehr oder weniger kommunikationsbasiert sind, geschieht es in der Praxis durchaus, dass beispielsweise ein in Mediation ausgebildeter Richter Kommunikationstechniken der Mediation anwendet. Es sind zugleich Kommunikationstechniken der Therapie. Die schlichte Verwendung der Techniken bewirkt indes noch lange keine Mediation. Die Verwendung von Techniken mag das Verhandlungsklima verbessern. Sie bewirken aber noch lange keine Mediation. Davon kann erst ausgegangen werden, wenn sich die Techniken an der Methodik orientieren die insgesamt dazu beitragen den mediationsstypischen Kognitionsprozess zu verwirklichen.

Mediationstheorie

Es gibt (noch) keine allgemein anerkannte Mediationstheorie. Damit ist eine wissenschaftliche Herleitung der Funktionalität der Mediation gemeint. Die wohl bekannteste wissenschaftliche Grundlage ist das Harvard-Konzept. Sie ist eine Verhandlungstheorie, die nur einen Teil der Funktionalität in der Mediation herleiten kann. Daneben gibt es Theoriefragmente, wie z.B. das Konsensprinzip oder die Lehre von der Eskalation. Le-

diglich die von der Integrierten Mediation³² entwickelte Kognitionstheorie³³ vermag den mit der Mediation zu realisierenden Erkenntnisprozess der Parteien zu beschreiben.

Wird die Wirkungsweise der Mediation anhand des Kognitionsprozesses beschrieben, lassen sich Methoden entwickeln, wie die Mediation auch in anderen Settings und Containern zu verwirklichen ist.

³² Siehe www.in-mediation.eu

³³ <https://www.wiki-to-yes.org/Erkenntnis>

Einflüsse

Die EU hat ein eigenes, elementares Interesse daran, die Mediation zu fördern. Dabei geht es nicht nur darum, die Justiz zu entlasten. Die Staatengemeinschaft muss versuchen, 28 Länder mit ganz unterschiedlichen Kulturen und Gerichtsbarkeiten auf eine möglichst einheitliche und einen in allen Ländern mehr oder weniger gleichförmig möglichen Zugang zur Justiz zu vereinigen.

Auch die Globalisierung und der internationale Rechtsverkehr legen die Etablierung der ADR-Verfahren zumindest für internationale Streitigkeiten nahe. Verfahren wie die Schiedsgerichtsbarkeit und die Mediation oder die Schlichtung geben die einzige Möglichkeit für die internationale Vereinheitlichung der Verfahren.

Die EU hat für die Mediation unter den außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren eindeutig einen Schwerpunkt gesetzt. Nach ihren Vorstellungen soll es in den Ländern ein ausgewogenes Verhältnis von Gerichtsverfahren und Mediationen geben. Daraus resultiert die Erwartung, dass 50% der Gerichtsfälle in die Mediation übergehen. Von dieser Zielvorgabe ist die EU noch weit entfernt. Evaluierungen zur Mediation in der EU³⁴ und aktuell auch in Deutschland³⁵ haben ergeben, dass die Deckung gerade mal 1% der Fälle ausmacht.

Justiz

Die Verfahren der ADR und ihre Nachfrage sind ganz wesentlich durch das Verständnis der Justiz (Gerichtsbarkeit) und die Kultur des Landes geprägt, in der diese Verfahren zur Anwendung kommen.

Als Faustregel gilt: Je weniger die von der Justiz produzierten Ergebnisse vorhersehbar sind und je schwieriger sie zu erreichen sind, umso größer ist das Bedürfnis Alternativen zur Gerichtsbarkeit zu finden.

Wenn es um die Einschätzung der Justiz geht, kommt es (zumindest aus der Sicht des Konsumenten) nicht darauf an, dass die justiziellen Ergebnisse eine hohe Qualität besitzen. Wichtiger ist es, wie die Konfliktparteien die Justiz einplanen können, um ihre Ziele zu erreichen. Dazu ein Beispiel:

Wenn die Partei weiß, dass die Verfahren der Justiz sehr lange dauern, hat der Beklagte unter Umständen ein Interesse daran verklagt zu werden, weil er dadurch Zeit gewinnt.

³⁴ Siehe Rebooting the Mediation Directive:

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

³⁵ <https://www.wiki-to-yes.org/Mediationsgesetz-Evaluierung>

Entscheidend ist das Vertrauen in die Justiz. Ist die Reputation der Justiz gut, ist das Bedürfnis nach Alternativen dementsprechend gering. Ist das gerichtliche (oder das rechtliche) Ergebnis nicht gut vorhersehbar und dementsprechend für beide Seiten riskant, ist das Bedürfnis nach Alternativen groß. Es verwundert deshalb nicht, wenn die Mediation in Amerika aufgekommen war. Dort sind die juristischen Ergebnisse wegen des Laienrichtertums und des Case-Laws nicht gut vorhersehbar. Hinzu kommt, dass die Verfahren dort sehr teuer sind. Dort werden die Alternativen also auch schwerpunktmäßig gewählt, um der Justiz auszuweichen. Mithin sind justiznahe Verfahren wie die Schiedsgerichtsbarkeit oder die evaluative Mediation in solchen Ländern eher nachgefragt.

In Ländern, in denen die Justiz einen guten Ruf besitzt oder wo es ein konstituiertes Recht gibt, bekommt die außergerichtliche Streitbeilegung eine andere Bedeutung. Hier hat sie eher eine, die Justiz ergänzende Wirkung. Bei tiefer liegenden Konflikten oder bei Beziehungskonflikten beispielsweise ist das Gerichtsverfahren nicht ohne weiteres in der Lage, alle Dimensionen des Streitkontinuums abzudecken. Konsequenterweise ist in solchen Ländern deshalb die Nachfrage nach facilitativer, transformativer oder integrierter Mediation naheliegender.

Multidoor Courthouse

Die Landschaft der Streitbeilegungsverfahren ist undurchsichtig. Selbst Experten sind nur bedingt in der Lage, sie vollumfänglich zu durchschauen.

Eine Möglichkeit, den Parteien die Bandbreite der möglichen Verfahren zu eröffnen, bietet das amerikanische Multidoor-Courthouse-Modell. Hier hat der Richter die Funktion übernommen, mit den Parteien zu überlegen, ob das gerichtliche Verfahren überhaupt den erwarteten Nutzen bringen kann, um gegebenenfalls auf alternative Wege der Streit- und Konfliktbeilegung hinzuweisen.

Wettbewerb

Auch wenn die Justiz sich nicht als Teilnehmerin am Wettbewerb um die Nachfrage nach alternativen Streitbeilegungsverfahren, insbesondere die Mediation, ansieht, besteht ein (oft geleugnetes) wettbewerbliches Verhältnis.

In Deutschland bietet die Justiz eine kostenlose gerichtsinterne Mediation als Güterichterverfahren an. Zwar betrifft das Angebot einen anhängigen Fall. Nach Auffassung der Richter nehmen sie den Mediatoren also keine Fälle weg. Faktisch verleitet die Möglichkeit, Mediation im Gericht nachzufragen, die Anwälte aber schon aus Kostengründen ihren Mandanten diesen Weg zu empfehlen.

Besonders problematisch im Verhältnis zum freien Mediationsangebot ist die mangelnde Differenzierung zwischen den einzelnen Mediationsmodellen (Mediationsarten). Wegen einer oft geringeren Ausbildung und einer eher problemorientierten Sicht der Richter, sind transformative Mediationen, mit denen der Konflikt in seiner gesamten Tiefe bearbeitet wird, im Gericht kaum möglich. Weil die Mediation dementsprechend undifferenziert angeboten wird, kommt es zu Mediationen, die nicht auf den Fall passen und

demzufolge scheitern. Gleichzeitig werden falsche Eindrücke über die Leistungsfähigkeit der Mediation vermittelt.

Auch die Schiedsgerichtsbarkeit führt zu Wettbewerbsverzerrungen. Es fällt auf, dass vornehmlich Fälle mit hohen Streitwerten in Schiedsgerichtsverfahren abgewickelt werden. Der Grund für die Nachfrage der Schiedsgerichtsbarkeit liegt meist in der angenommenen Fachkompetenz der Richter. Wenn die Justiz nur schwierige Fälle mit geringen Streitwerten abwickeln muss, verschiebt sich die Kostenkalkulation auf der Gerichtsseite. Auch der Richter ist darauf angewiesen, dass er Fälle mit gemischten Schwierigkeitsgraden bearbeitet, wenn er sein Dezernat bewältigen will. Um hier einen Ausgleich zu schaffen, überlegt die Justiz mehr Fachgerichte einzuführen.

Korruption

Das Korruptionsargument wird sowohl für wie gegen die ADR-Verfahren verwendet. In manchen Ländern wird die Schiedsgerichtsbarkeit als ein Ausweg aus der Korruption gesehen. Andere meinen, dass gerade die Empfehlung des Richters zur Durchführung etwa einer Mediation den Korruptionsverdacht begründet oder den Verdacht schürt, er wolle sich vor der Entscheidung drücken.

Die Ausgangsüberlegung ist, dass sich die Gefahr der Korruption weitgehend reduzieren lässt, wenn es möglich ist, den neutralen Dritten einvernehmlich zu bestimmen. Auch wird angenommen, dass in den Verfahren wie etwa in der Mediation, wo die Parteien eine vollständige Verfahrenskontrolle haben, eine Korruption ausgeschlossen sei.

Auch bei den Verfahren der ADR besteht zumindest die Gefahr der fehlenden Neutralität und Unabhängigkeit. Diese Gefahr ist nicht zu unterschätzen, besonders dann nicht, wenn die Auswahl des Schiedsrichters oder des Mediators in der Schiedsabrede vorgegeben wird. Dazu ein Beispiel:

Der Bewerber auf eine Anstellung muss einen Arbeitsvertrag unterzeichnen, bei dem im Streitfall nicht nur die Schiedsgerichtsbarkeit vorgegeben wird, sondern auch bereits das Schiedsgericht bestimmt wird. Formal betrachtet handelt es sich um eine einvernehmliche Bestimmung. Tatsächlich hat der Bewerber aber keinen Entscheidungsspielraum, wenn er auf die Anstellung nicht verzichten will. Ein weiteres Beispiel ist die Praxis der Rechtsschutzversicherungen in Deutschland, einen Mediator und eine Mediation vorzuschreiben. Die Rechtsschutzversicherungen haben ein eigenständiges Interesse an der erfolgreichen Streitbeilegung. Der Mediator ist wirtschaftlich von ihnen abhängig.

Das Verfahrenskonzept der Mediation ist wegen des Grundsatzes der Freiwilligkeit eigentlich das einzige Verfahren, das vor Korruption schützt. Es schützt allerdings nicht davor, dass die korrumpierende Partei die Mediation abbricht, wenn sie bemerkt, dass eine Bestechung nicht das Mittel der Wahl ist, um in dem Verfahren zu gewinnen. Wenn es dem Mediator allerdings gelingt, die Bedeutung der Mediation mit der Möglichkeit eines beiderseitigen Gewinns und der Erzielung des situativ möglichen, beiderseitigen

maximalen (legalen) Nutzens zu vermitteln und die Partei in der Mediation zu halten, wäre die Mediation ein Ausweg.

Ausbildung

Damit ein Mediator mit solchen und schwierigen, hoch eskalierten Fällen umgehen und damit er den mit der Mediation beschriebenen Kognitionsprozess der Mediation verwirklichen kann, bedarf es einer besonderen interdisziplinär ausgelegten Ausbildung.

Hier unterscheiden sich die Anforderungen in den Ländern dramatisch. Die Ausbildung reicht von vorgeschriebenen 40 Stunden (UK) über 60 Stunden (Lettland) oder 120 Stunden (Deutschland) bis zu 360 Stunden (Österreich) und mehr. Oft sind Ausbildungsinhalte vorgeschrieben. Sie orientieren sich jedoch meist an dem Harvard-Konzept und decken (wie z.B. in Deutschland) nur Mindestanforderungen, die kaum geeignet sind, Mediationen in Fachbereichen wie Familienangelegenheiten, innerbetriebliche Konflikte usw. durchzuführen, wo psychologische und soziologische Inhalte dominieren. Auch isolieren die Ausbildungen das Wissen um die einzelnen Verfahren, sodass der eingangs erwähnte systemische Zugang verloren geht.

Obwohl Artikel 4 der EU-Direktive 2008/52/EC³⁶ die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Entwicklung und Einhaltung von *freiwilligen* Verhaltenskodizes durch Mediatoren und Organisationen, sowie andere wirksame Verfahren zur Qualitätskontrolle für die *Erbringung von Mediationsdiensten* verpflichtet, wird in allen Ländern mit dem Argument des Verbraucherschutzes versucht, ein Zertifikat für Mediation als Qualitätssiegel anzubieten. Die für die Mediationsausbildung entwickelten Standards ignorieren jedoch, dass es (noch) keine verbindlichen Standards für die Mediationstätigkeit selbst gibt. Lediglich die Integrierte Mediation hat verbindliche Benchmarks³⁷ und Qualitätsbeschreibungen³⁸ eingeführt, welche die Regeln der Kunst für die Mediation festlegen und eine auch dem Verbraucher zugängliche Kontrolle über die Tätigkeit des Mediators gewährt.

Praxis

Das so bezeichnete Qualitätssiegel des Ausbildungszertifikates für Mediatoren stellt auch insoweit keinen echten Verbraucherschutz her, weil die Mediatoren zwar ein hochwertiges Ausbildungszertifikat besitzen, in der Regel jedoch keine praktischen, berufsbezogenen Erfahrungen nachweisen können. Dieses Problem lässt sich mit der Erteilung eines Berufszertifikates lösen³⁹. Mit dem Zertifikat wird ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen, der den Anbieter zur Einhaltung der Benchmarks, zur Fortbildung und zur praktischen Anwendung der Mediation und somit zum Praxisnachweis verpflichtet. Das Modell passt gut zum Konzept der Mediation, weil es die Eigenverantwortung unterstützt, Transparenz schafft und die staatliche Administration entlastet.

³⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1512290736084&uri=CELEX:32008L0052>

³⁷ <https://www.wiki-to-yes.org/Benchmarks>

³⁸ <https://www.wiki-to-yes.org/Qualität>

³⁹ Der Verband Integrierte Mediation e.V. ist bisher der einzige Verband, der ein solches Zertifikat ausstellt. Siehe <https://www.in-mediation.eu/beruf/in-mediatoren>

Kultur

Ein deutsches Sprichwort sagt: Vor Gericht und auf hoher See bist Du in Gottes Hand. Ein chinesisches Sprichwort sagt: Wenn ein Papier in den Gerichtssaal geweht wird, kann es nur noch mit acht Ochsen herausgetragen werden. Ein russisches Sprichwort sagt: Gegen einen Starken kämpfe nicht, gegen einen Reichen ziehe nicht vor Gericht⁴⁰.

Gesellschaften haben traditionelle Schlichtungsmechanismen und -instanzen. Das kann der Großvater in einer Familie sein, der Pfarrer im Ort oder andere Vertrauenspersonen. In manchen Kulturen gibt es einen Ältestenrat. Meist sind es honorige Persönlichkeiten, denen eine Streitschlichtungskompetenz zugeschrieben wird.

Es fällt auch auf, dass Politiker, wenn es um die Beilegung eines Streites geht, eher honorige Persönlichkeiten mit einem hohen sozialen Status auswählen als professionelle Mediatoren.

Ein wichtiges Argument zur Einführung der Mediation nicht nur als Verfahren, sondern als Kompetenz im Umgang miteinander ist die zu beobachtende, steigende Streitbereitschaft in der Gesellschaft. Noch immer werden Macht und Durchsetzungsfähigkeit als wichtige Kriterien für die Konfliktlösung angesehen. Weisheit und Vernunft treten in den Hintergrund. Dieser Effekt ist zum einen aus psychologischen Umständen heraus zu erklären, wenn hoch eskalierte Konflikte eher emotional als rational gesteuert werden. Zum anderen ist er durch ein ergebnisorientiertes Denken geprägt, in dem das Problem und nicht der Nutzen zum Teil der Lösung wird⁴¹.

Die Mediation würde einen anderen Weg ermöglichen. Um ihre Möglichkeiten zu verstehen, muss ihr Denken verstanden werden. Die Integrierte Mediation sieht die Mediation in erster Linie als Kompetenz und eine Art des Denkens. Sie möchte erreichen, dass die Mediation, ähnlich wie die Bildung, ein Kulturgut wird, das ein besseres Verständnis über den Umgang mit Konflikten vermittelt. Das mit der Mediation vermittelte geänderte Denken ist nicht nur ein wesentlicher Beitrag zum friedlichen Miteinander. Es ist auch eine Bedingung für die Nachfrage.

Nachfrage

Die Nachfrage reagiert auf Bedarfen. Ein Kunde kauft nur, was er braucht und sich selbst nicht herstellen kann. Die Frage, was eine Partei benötigt, um eine effiziente Konfliktbeilegung zu erzielen ist ihr meist nicht bewusst. Deshalb trifft sie eine emotionale Entscheidung, die zur Eskalation neigt und auf lange Sicht nicht unbedingt vorteilhaft ist. Ein besseres Verständnis über den Umgang mit Konflikten würde sich deshalb auch auf die Nachfrage nach ADR-Verfahren insbesondere der Mediation auswirken.

⁴⁰ <http://www.russlandjournal.de/russisch-lernen/sprichwoerter/>

⁴¹ Siehe die daraus resultierende Problematik bei Watzlawick „Wenn das Problem Teil der Lösung ist“ unter: <https://www.wiki-to-yes.org/Kreativität>

Mandatory Mediation

Die Nachfrage orientiert sich an Bedarfen, nicht am Zwang. Deshalb sind Überlegungen zur Einführung einer Mandatory Mediation kontraproduktiv. Zwar ist es einem versierten Mediator möglich, den Zwang in ein Interesse am Verfahren zu überführen. Zwang passt allerdings nicht zu einem Verfahren, das auf Freiwilligkeit und Eigenverantwortung setzt.

Initiativen des deutschen Gesetzgebers, Zwangsschlichtungen bis zu einem Streitwert i.H.v. 1500 € vorzuschreiben, wurden von den Parteien einfach dadurch umgangen, dass sie den Streitwert erhöhten und mehr einforderten als eigentlich gewollt war. In Spanien, Frankreich und Litauen ist bei arbeitsrechtlichen Streitigkeiten vor einem Gerichtsverfahren zunächst ein Schlichtungsverfahren obligatorisch⁴².

Eine Vorschrift, die die Durchführung einer Mediation vorschreibt, würde gegen den Grundsatz der Freiwilligkeit verstoßen. Das deutsche Familienverfahrensgesetz erlaubt es dem Richter deshalb, die Parteien zu einem kostenlosen Informationsgespräch über die Mediation zu zwingen. Hier sind die Parteien gezwungen, sich mit den Möglichkeiten der Mediation aus erster Quelle (also unverfälscht) auseinanderzusetzen. Es gibt sicher aber auch andere Möglichkeiten, diese Auseinandersetzung zu fördern.

Geeignetheit

Immer steht im Vordergrund, dass die Möglichkeiten zur Konfliktbeilegung korrekt eingeschätzt werden. Die Frage, ob die Mediation das passende Verfahren ist, orientiert sich an der Frage der Geeignetheit. Auch hier finden sich Formeln, die die Kompetenz der Mediation nicht immer korrekt widerspiegeln.

Sicherlich ist die Mediation nicht in allen Streitigkeiten das geeignete Verfahren. Sie setzt einen Konflikt voraus, bei dem die Suche nach einer (ergebnisoffenen) Lösung angezeigt ist. Sie ist nicht geeignet, wo es um die bloße Durchsetzung einer Lösung geht, aber stets wo es darum geht die nützlichste Lösung zu finden.

Es wird oft übersehen, dass die Mediation (korrekt durchgeführt) nicht nur eine Lösung erarbeitet. Angesehen, dass sie die gesamte Komplexität des Falles behandeln kann, vergleicht sie die gefundene Lösung auch mit anderen möglichen Ergebnissen. In der WATNA/BATNA-Instanz⁴³ fordert der Mediator die Parteien auf, die gefundene Lösung beispielsweise mit der möglichen Lösung eines Gerichtsverfahrens oder anderer Lösungen zu vergleichen. Die Mediation achtet darauf, dass stets eine Entscheidungsoption zwischen den möglichen Lösungen möglich ist. Sie ist deshalb das umfassendste Verfahren der Konfliktbeilegung.

⁴² Quelle EU-Barometer 2016, Anmerkung zur Tabelle 27 Seite 28. Siehe http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_de.pdf

⁴³ Worst Alternative to negotiates Agreement und Best Alternative to negotiated agreement. Siehe <https://www.wiki-to-yes.org/WATNA-BATNA>

Clearing

Oft wissen Parteien nicht, dass eine Kooperation auch bei hoch eskalierten Streitigkeiten durchaus noch möglich ist. Sie durchblicken nicht die verwirrende Vielfalt an Angeboten zur Unterstützung bei der Streitbeilegung und verfügen über ein mangelndes Wissen über die Möglichkeiten und Notwendigkeiten zur Beilegung eines Konfliktes.

In der modernen Gesellschaft werden die natürlichen Instanzen zur Konfliktbeilegung mehr und mehr durch Professionen ersetzt. Meint die Partei, sie trage die Verantwortung für den Konflikt, wird sie sich an einen Therapeuten oder einen Coach wenden. Meint sie, die Gegenseite sei verantwortlich, geht sie zu einem Anwalt. Nach der Maslow'schen Formel: Wer gelernt hat mit dem Hammer umzugehen, für den ist jedes Problem ein Nagel, ist der Weg in die Konfliktbeilegung in dem Moment festgelegt. Der angefragte Dienstleister wird sich im Zweifel als zuständig ansehen. Es kann der falsche sein.

Eine neutrale Clearinginstanz, die den Parteien als erste Anlaufstelle den rechten Weg in die Konfliktlösung weist, fehlt generell. Zwar ist der angegangene Dienstleister stets verpflichtet, die Statthaftigkeit oder die Geeignetheit des Verfahrens oder der angegangenen Dienstleistung zu prüfen. Die auf die isolierten Verfahren bezogene Ausbildung genügt allerdings nicht, diese Funktion in den Verfahren der Mediation oder der Schiedsgerichtsbarkeit abzubilden, solange alle Verfahren und Disziplinen sich eine Allkompetenz unterstellen.

Markt

Der Markt definiert die Herangehensweise. Bis zu einem gewissen Grad hat er selbstregulierende Kräfte. Die Einführung der Mediationsgesetze hat nicht nur in Deutschland dazu geführt, dass die Ausbildungsangebote und die Nachfrage nach einer Mediationsausbildung drastisch angestiegen sind.

Das Interesse an der Ausbildung erweist sich als ganz unterschiedlich. Vielen kommt es nur auf den Titel Mediator an. Anderen kommt es darauf an, ihre soziale Kompetenz im Umgang mit Konflikten zu stärken. Über die Ausbildung verbreitet sich die Mediation in alle Branchen Geschäfts- und Anwendungsbereiche hinein.

Anwälte bestätigen, dass die Nachfrage nach anwaltlicher Dienstleistung gestiegen sei, seit sie den Titel Mediator tragen. Allerdings gehe das Verständnis der Mandanten eher dahin, noch effizienter konfrontieren zu wollen. Auch ist zu beobachten, dass Mediatoren außerhalb der Mediation ihr Wissen nur bedingt einsetzen können. Schriftsätze von sogenannten Anwaltsmediatoren sind in streitigen Verfahren oft mehr eskalierend angelegt als notwendig. Fast so, als ob eine Ausbildung zur Mediation und damit einhergehend zur Konfliktkommunikation gar nicht stattgefunden hätte. Der Grund für diese Beobachtung könnte darin zu finden sein, dass die klassische Ausbildung von der Isolation der Mediation ausgeht und unterstellt, der Anwalt, Richter oder andere Berufsträger sind entweder das eine oder das andere, keinesfalls beides gleichzeitig.

Andererseits ist aber auch zu beobachten, dass in Mediation ausgebildete Anwälte, Richter oder andere Berufsträger durchaus eine größere Bereitschaft zeigen, sich auf die eigentlichen Probleme und Nöte der Parteien oder der Klienten einzulassen.

Die Evaluierung des Mediationsgesetzes in Deutschland schlägt, anders als die Evaluierung der EU, vor, dass der Gesetzgeber sich mit weiteren Regelungen zurückhalten solle. Die Mediation kann nicht erzwungen werden. Es gibt ein großes Bedürfnis nach dem Verfahren und der Kompetenz. Anreize, die Mediation zu verwenden ergeben sich aus der Motivation, der gesellschaftlichen Anerkennung und dem Bewusstsein, dass sich Konflikte auch zu einer positiven Lösung entwickeln können, von der alle profitieren. Nicht nur die Konfliktparteien, sondern auch die Unternehmen, in denen Konflikte vermieden werden und letztlich die ganze Gesellschaft.

Kosten

Natürlich kostet eine Dienstleistung Geld, so wie auch die Ausbildung Geld kostet. In manchen Ländern, wie z.B. in Belgien, wird Mediationskostenhilfe gewährt. Eine Partei kann dort für die Mediationskosten eine **Beihilfe** beantragen, sofern der Mediator zertifiziert ist. In der Evaluierung zum Mediationsgesetz in Deutschland wurde festgestellt, dass die Gewährung der Mediationskostenhilfe keine signifikant höhere Nachfrage nach der Mediation herbeiführen wird⁴⁴.

Eine Möglichkeit zur Finanzierung der Mediationskosten erfolgt auch über die Rechtschutzversicherungen.

⁴⁴ Sierhe <https://www.wiki-to-yes.org/Mediationsgesetz-Evaluierung>

Ausblick

Mordehai Mironi hatte die Entwicklung der Mediation in Israel in drei Abschnitte unterteilt⁴⁵: Am Anfang gab es die Pioneers of Mediation. Dann kam die Revolution on Mediation, wo sich viele zum Mediator haben ausbilden lassen. Die letzte Phase bezeichnete Mironi als den Decline of Mediation. Den Untergang beschrieb er damit, dass viele einfache Settlements (Vergleiche), wie es sie vorher schon gab, einfach als Mediation bezeichnet wurden, ohne dass die Vereinbarung an der Qualität der Mediation gemessen werden könnte. Nicht nur in Deutschland ist ein ähnlicher Trend zu beobachten.

Auch hinsichtlich der Schiedsgerichtsbarkeit beschreibt Angela Obrist eine zunehmende Streitlust. Sie konstatiert, dass aus dem Club der Gentlemen ein kompetitiver Wettbewerb geworden sei⁴⁶. Damit die ADR-Verfahren nicht in den Verruf derjenigen Verfahren kommen, die sie eigentlich überwinden wollen, bedarf es eines Umdenkens.

Albert Einstein sagte⁴⁷, dass man Probleme niemals mit derselben Denkweise lösen könne, durch die sie entstanden seien. Die Mediation bietet ein anderes Denken an. Die Integrierte Mediation⁴⁸ macht dieses Denken auch außerhalb des förmlichen Verfahrens möglich und sieht in ihr einen kulturellen Beitrag. Es ist ein Beitrag, der nicht nur die Qualität der Mediation zu sichern, sondern auch die Streitkultur nachhaltig zu verbessern in der Lage ist.

Die Mediation ist ein Schritt in die richtige Richtung. Sie eines von vielen Verfahren zur effizienten Streit- und Konfliktbeilegung. Ihre Kompetenz ist überall verwertbar. Sie trägt zu einem besseren Umgang mit Konflikten bei.

Arthur Trossen

⁴⁵ Mediation v. Case Settlement: The Unsettling Relations Between Courts and Mediation — A Case Study, Harvard Negotiation Law Review, 2014

⁴⁶ Angela Obrist, a.a.O Seite 1

⁴⁷ <http://www.zitate-online.de/sprueche/wissenschaftler/265/probleme-kann-man-niemals-mit-derselben-denkweise.html>

⁴⁸ www.in-mediation.eu

Anhang

Index

ADR, 2
Alternative, 4
Bearbeitungstiefe, 23
Container, 38
Denken, 44
Dimensionen, 19
Disziplinen, 9
Eigenverantwortung, 16
Entscheidungsbefugnis, 12
Entscheidungsprozess, 25
Ergebnis, 25
ergebnisoffen, 25
Fakten, 19
Freiwilligkeit, 16
Güterichterverfahren, 38
Helfersystem, 7
Indetermination, 12
Intelligenzzentren, 22
Interesse, 9
Justiz, 40
Kognitionsprozess, 43
Kommunikation, 15
Kommunikationsachsen, 11
Kommunikationsbrücke, 13
Kommunikationsstruktur, 10
Kompetenzkompetenz, 33
Komplexität, 20
Konflikt, 20
Konfliktanalyse, 23
Konfliktbeilegung, 22
Konfliktdimensionen, 22
Konfliktlandkarte, 23
Konfliktlösung, 23
Konfrontation, 17
Korruption, 11, 42
Lösung, 9, 12, 13
Lösungsvermittlung, 8
Mediationsdurchführungsvereinbarung, 35
Mediationsmodelle, 24
Mediationsradius, 38
Mediationsvertrag, 35
Nachfrage, 6
Nullsummenspiel, 16, 17
Nutzen, 27
Nutzenerwartungen, 23
Pädagogik, 9
Philosophie, 9
Position, 9, 14
Positionen, 11, 13, 20, 23
Problem, 20
Problemlösung, 23
Psychologie, 9
Rechtswissenschaft, 9
Reichweite, 23
Rolle, 13
Rumpelstilcheneffekt, 23
Sachanträge, 23
Sachverhalt, 20
Schiedsabrede, 32, 42
Schiedsgericht, 33
Schiedsgerichtsverfahren, 31
Schiedsrichtervertrag, 32
Schlichtung, 23, 25
Soziologie, 9
Streit, 20
Streitentscheidung, 8
Streitgegenstand, 12
Streitkontinuum, 20
Streitkontinuums, 41
Streitsystem, 13, 14
Streitvermittlung, 8
Subsumtion, 4, 5, 27
Systematisierung, 7
Systemik, 13
Themen, 23
Themenvollständigkeit, 23
Therapie, 23
Verantwortlichkeit, 15
Verfahrenscharakter, 5
Verfahrenskategorien, 7

Verfahrensschwerpunkt, 23, 25
Verstehen, 18
Verstehensvermittlung, 8

Wesen, 5
Wesensmerkmal, 16
Zielsetzung, 10, 16

Verweise und Quellen

Verzeichnis weiterer Fundstellen und Hinweise zur Vertiefung

- Trossen „Mediation (un)geregelt“, Altenkirchen, 2016, Win-Management Verlag
- Mediationswiki: www.wiki-to-yes.org
- Studie: Legal Instruments and Practice of Arbitration in the EU, [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU\(2015\)509988_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509988/IPOL_STU(2015)509988_EN.pdf)
- Siehe Rebooting the Mediation Directive: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf) und <https://www.wiki-to-yes.org/Mediationsgesetz-Evaluierung>
- Mediationsgesetz-Evaluierung (Deutschland): <https://www.wiki-to-yes.org/Mediationsgesetz-Evaluierung>
- EU-Barometer 2016: http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/justice_scoreboard_2016_de.pdf