

verfügen somit wie bei der außergerichtlichen Mediation über keine Entscheidungskompetenz in der Sache.<sup>740</sup>

Wichtigster Aspekt der gerichtlichen Mediation ist, dass dadurch der Rollenkonflikt vermieden wird, in den ein Richter bei herkömmlichen Vergleichsverhandlungen verwickelt wird, und den Konfliktparteien die Möglichkeit eröffnet wird, in eine offenere Kommunikation zu treten. Die gerichtliche Mediation bietet darüber hinaus den Konfliktparteien eine Alternative zum streitigen Verfahren zu einem Zeitpunkt an, in dem außerhalb eines justiziellen Mediationsangebots kein anderer Anbieter damit Erfolg haben dürfte.<sup>741</sup> »Auf diese Weise können auch Menschen zu einer selbstbestimmten Konfliktlösung ermutigt werden, die mit dem Gang zum Gericht bzw. der Stigmatisierung als Beklagter bereits eine im Eskalationsprozess fortgeschrittene Kampfposition eingenommen haben.«<sup>742</sup> In sozialrechtlichen Streitigkeiten ermöglicht die gerichtliche Mediation angesichts der prozessualen Fristen in den meisten Fällen erstmals die Konfliktbehandlung durch alternative Konfliktbehandlungsmethoden.<sup>743</sup>

### 3. Interessenorientierte richterliche Mediation

Eine Orientierung an den Interessen bei der Konfliktbearbeitung und Lösungsfindung kommt in der Definition der Mediationsrichtlinie und des die Richtlinie umsetzenden Entwurfs des Mediationsgesetzes im Gegensatz zu der dieser Arbeit zugrunde gelegten Begriffsbestimmung nicht zum Ausdruck.<sup>744</sup> Sie ist aber

740 Vgl. *Löer*, ZKM 2005, S. 182, 183 f. Auch der DJT unterscheidet zwischen Mediation aufgrund entsprechender Parteivereinbarung durch einen externen Mediator (»vertragsautonome Mediation«), die – nach Anhängigkeit eines Gerichtsverfahrens über den Streitfall – auch vom Gericht angeregt werden kann (»gerichtsnahe Mediation«), und der Mediation über einen bei Gericht anhängigen Streitfall durch einen Richtermediator (»gerichtliche Mediation«; vgl. Beschlüsse des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, S. 22).

741 Vgl. *Schreiber*, BJ 2004, S. 216, 216.

742 Ebd.

743 Vgl. *Ortloff*, in: FS 50 Jahre Deutsches Anwaltsinstitut, S. 541, 544. s. a. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 88, deren Untersuchung ergab, dass die Erfahrung mit der gerichtlichen Mediation bei den Konfliktparteien zwar zu einer hohen Bereitschaft führte, auch in Zukunft einen Streit kooperativ beizulegen, diese sich aber vor allem auf die gerichtliche Mediation bezog. Ein außergerichtliches Konfliktlösungsverfahren wurde von 85,2 % der Behördenvertreter abgelehnt (Bei anderen Personen betrug die Ablehnung dagegen 48,9 %). D. h., Behörden akzeptieren die außergerichtliche Mediation im Gegensatz zur gerichtlichen nicht als Alternative. Zur Mediation bereits im Vorverfahren vgl. *Rapp*, Mediation im Verwaltungsrecht, S. 107 ff. und *Vetter*, Mediation und Vorverfahren, S. 131 ff.

744 Vgl. o. B. IV. 1.

ein entscheidendes Argument für gerichtsinterne Mediation. Die Diskussion über Verrechtlichung und Vergerichtlichung von Konflikten spitzt sich in diesem Zusammenhang zu der Frage zu, inwieweit es der richterlichen Mediation – im Gegensatz zur richterlichen Vergleichsverhandlung – gelingt, eine interessensbasierte Klärung, Bearbeitung und Lösung des Konflikts herbeizuführen. Eine Frage, die sich im Falle sozialrechtlicher Streitigkeiten brisanter oder zumindest unter anderen Aspekten stellt, da man es mit von Anfang an verrechtlichten Konflikten zu tun hat.<sup>745</sup> Die frühzeitige Verrechtlichung hat zur Folge, dass es bei der Konfliktbehandlung nicht darum geht, ob die anfängliche Definition des Konflikts als Rechtsproblem adäquat war, sondern ob es neben den rechtlichen noch wesentliche nicht-rechtliche Aspekte gibt, die in der rein rechtlichen Problemdefinition bisher unberücksichtigt blieben, ob also eine Erweiterung der Problemdefinition um weitere nicht-rechtliche Aspekte notwendig ist.

#### a) Interessenerweiterte Problemdefinition

Um diese Frage nach der Entrechtlichung zu beantworten, soll auf eine bereits früher gegebene Unterscheidung zwischen der rechts- und der interessenorientierten Mediation zurückgegriffen werden.<sup>746</sup> Ob es in einem konkreten Mediationsverfahren zu einer eher rechts- oder eher interessenorientierten Mediation kommt, hängt wesentlich von der Problemdefinition der Konfliktparteien im Rahmen eines Mediationsverfahrens ab, d. h. von der Bestimmung dessen, was Gegenstand der Vermittlung und der Vereinbarung sein soll. Die Problemdefinition ist von den Einzelumständen des Konfliktes und den Interessen der Konfliktparteien abhängig. Je stärker der Fokus (auch) auf die Interessen gerichtet wird, desto breiter wird die Problemdefinition und desto umfassender die Problembehandlung. Sie schließt dann eine Reihe von unterschiedlichsten Themen und Interessen ein. Konzentriert sich die Problemdefinition dagegen auf eine rein rechtliche Perspektive, verbleibt eine enge Problemdefinition. In diesem Fall kommt es zu keiner oder nur geringfügiger Entrechtlichung des Konflikts, und es wird überwiegend über denselben Gegenstand verhandelt, der auch Gegenstand der Klage ist.

*Leonard L. Riskin* unterscheidet in diesem Zusammenhang vier Problemebenen, auf denen sich eine Problemdefinition bewegen kann.<sup>747</sup> Auf der ersten

745 Vgl. o. B. III. 1. b).

746 Vgl. o. B. IV. 2. b).

747 Vgl. hierzu *Riskin/Welsh*, GMLR 2008, S. 863, 884 ff., sowie *Riskin*, Harv. Negot. L. Rev., S. 7, 19 ff. und *Riskin's* Auseinandersetzung mit der Kritik an dem so genannten

Ebene wird der Konflikt als Rechtsstreit behandelt. Ziel ist die Vorwegnahme des voraussichtlichen Ergebnisses der gerichtlichen Auseinandersetzung, um beispielsweise die gerichtlichen Kosten einzusparen. Die Konfliktparteien wägen also ab, ob sie den Prozess bis zur richterlichen Entscheidung weiter verfolgen oder ob sie sich vergleichen. Dabei stellen sie die zu erwartenden Kosten dieser beiden Möglichkeiten gegenüber. Entsprechend geht es um Fakten, ihre Beweis-erheblichkeit und um rechtliche Wertungen. Dies führt zu einer rechtsorientierten Vermittlung wie regelmäßig in der richterlichen Vergleichsverhandlung.<sup>748</sup>

Auf den folgenden drei Ebenen werden – über eine (rein) rechtsorientierte Problembehandlung hinausgehende – weitere Interessen einbezogen. Die zweite Ebene umfasst wirtschaftliche bzw. geschäftliche Interessen. Diese Interessen spielen – wenn sie nicht unmittelbar als Thema in der Mediation aufgegriffen werden – zumindest indirekt in jeder richterlichen Vergleichsverhandlung und Mediation eine Rolle. Denn die wirtschaftliche Situation einer Konfliktpartei beeinflusst ihre Verhandlungsmöglichkeiten und das Abwägen ihrer Alternativen. Für Behörden haben diese Aspekte aufgrund des Gebots der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Relevanz.<sup>749</sup> Die Risikoabwägung eines Rechtsstreits und das Gebot eines effektiven Einsatzes von Verwaltungsressourcen können für die Durchführung einer Mediation sprechen.<sup>750</sup> Soweit wirtschaftliche bzw. geschäftliche Belange ausdrücklich in das Verfahren einbezogen werden, kann beispielsweise auch das zukünftige Miteinander als Geschäftspartner geregelt werden. Die Behandlung solcher zukunftsbezogener wirtschaftlicher bzw. geschäftlicher Interessen kann eine richterliche Vergleichsverhandlung regelmäßig nicht mehr leisten. Die Ebene drei umfasst die persönlichen Kerninteressen der Konfliktparteien. Hier geht es um die Grundbedürfnisse des Einzelnen, beispielsweise nach Wertschätzung und Würdigung, Verbundenheit und Zugehörigkeit sowie Autonomie und Anerkennung.<sup>751</sup> Die Wahrnehmung von Grundbedürfnissen der Konfliktparteien ist eine wichtige Aufgabe des Mediators. Erhalten sie Einzug in die Problemdefinition, müssen sie und die damit verbundenen Gefühle im Mediationsverfahren ihren Raum finden. Die vierte Problemebene ist schließlich die Ebene der Gruppeninteressen und/oder Interessen der Allgemeinheit. Hierbei

»Narrow-Broad/Problem-Definition Continuum« in Notre Dame L. Rev. 2003, S. 1, 21 ff.

748 S. o. C. V. 1.

749 Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind – neben der Rechtsstaatlichkeit – die Richtschnur für jedes Verwaltungshandeln (vgl. § 7 BHO). Zu diesen Grundsätzen s. a. *Achterberg*, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 19, Rdnr. 23 ff.

750 Vgl. *Dürschke*, SGB 2001, S. 532, 533.

751 Vgl. *Riskin/Welsh*, GMLR 2008, S. 863, 886 f., bezugnehmend auf die Darstellung von *Fisher/Shapiro*, Erfolgreicher verhandeln mit Gefühl und Verstand.

geht es um die Berücksichtigung von Interessen von am konkreten Konflikt und seiner Behandlung nicht Beteiligten, wie beispielsweise die Prävention von ähnlich gelagerten Konflikten.

Damit das Mediationsverfahren und vor allem sein Ergebnis möglichst den gesamten Konflikt umfasst, muss seine Problemdefinition adäquat sein. Damit ist nicht gemeint, dass ein Mediationsverfahren immer auf alle vier Problemebenen Bezug nehmen muss. Allerdings gilt umgekehrt, dass wenn wenigstens bei einer Konfliktpartei Grundbedürfnisse oder Interessen der Allgemeinheit zur Problemdefinition gehören, diese – soll das Mediationsverfahren erfolgreich sein – berücksichtigt werden müssen.

#### b) Intervention des Dritten

Die Interessenorientierung innerhalb der Mediation hängt nicht nur mit der Problemdefinition der Konfliktparteien, sondern auch mit der Rolle des Dritten, d. h. mit seiner Art der Vermittlung zusammen.<sup>752</sup> Dahinter steht die Frage, welcher Art die Intervention des Dritten bei der Klärung und Bearbeitung des Konflikts ist, insbesondere inwieweit die Intervention inhaltlicher Natur ist und welche Rolle die Interessen der Konfliktparteien dabei einnehmen.<sup>753</sup> Unterschieden werden kann zunächst zwischen der Beurteilungs- und Moderationstätigkeit des Dritten (»evaluative mediation« und »facilitative mediation«). Im Falle einer Beurteilungstätigkeit bringt der Dritte selbst Einschätzungen in die Konfliktbearbeitung ein. Dagegen beschränkt er sich als Moderator auf die Gesprächsfüh-

752 Die Interessenorientierung hat daneben Einfluss auf die Art und Weise des Verhandeln zwischen den Konfliktparteien. Dies wird deutlich anhand der Gegenüberstellung des distributiven und des integrativen Verhandlungsansatzes (vgl. ausf. *Eidenmüller*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), *Mediation für Juristen*, S. 31, 45 ff. und *Saner*, *Verhandlungstechnik*, S. 39 ff. und 83 ff.). Wird in einem Konflikt distributiv verhandelt, geht es vor allem um einen Verteilungsprozess. Jeder versucht seinen Anteil am Gewinn möglichst groß zu halten. Die Verteilungsmasse ist eine feste Größe, so dass jede Verschiebung des Gewinns oder Verlusts lediglich eine Umverteilung abbildet. Beim integrativen Verhandeln geht es nicht um die Verteilung, sondern um Wertschöpfung. Dies geschieht durch die Berücksichtigung der grundlegenden Interessen der Konfliktparteien, indem eine für alle gewinnbringende Lösung erarbeitet wird. Beide Verhandlungsansätze bringen unterschiedliche Verhandlungsstrategien der Konfliktparteien hervor (s. ausf. *Klinger/Bierbrauer*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 5 und *Haft*, in: *ders./von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 4).

753 Vgl. *Riskin*, *Harv. Negot. L. Rev.*, S. 7, 24 ff.; s. a. *Trenczek*, *ZRP* 2008, S. 186, 187 f. und *Duve*, in: *ders./Eidenmüller/Hacke* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 75, 79 ff. Zur Frage, ob sich Mediatoren inhaltlich und methodisch zurückhalten sollen vgl. ausf. *Montada/Kals*, *Mediation*, S. 50 ff.

rung zwischen den Konfliktparteien und unterstützt auf diese Weise die Behandlung und Klärung des Konflikts. Basierend auf dieser Unterscheidung kann weiter differenziert werden:

Bei der Sachbeurteilung gibt der Vermittler eine eigene Einschätzung der Rechts- und Sachlage ab. Dabei orientiert er sich regelmäßig an der zu erwartenden gerichtlichen Entscheidung. Dies geschieht beispielsweise, wenn ein Richter in der richterlichen Vergleichsverhandlung selbst einen Vergleichsvorschlag macht. Berücksichtigt der Dritte bei seiner Beurteilung neben der Sach- und Rechtslage auch die Interessenlage der Konfliktparteien, handelt es sich um eine umfassende Beurteilung. Angestrebt wird dementsprechend auch eine umfassende Regelung aller Anliegen.

Im Gegensatz zur Sachbeurteilung bzw. umfassenden Beurteilung gibt der Dritte bei der Moderation keine eigenen Einschätzungen ab. Seine Aufgabe beschränkt sich vielmehr auf die Moderation, d. h. auf die Unterstützung der Kommunikation. Bei der Sachmoderation moderiert der Dritte die Erörterung von Sach- und Rechtsfragen, während bei der umfassenden Moderation eine umfassende Situationsklärung durch die Konfliktparteien angestrebt wird. Die umfassende Moderation wird neuerdings auch als strategische Mediation (»strategic mediation«) bezeichnet.<sup>754</sup> Der strategische Mediationsansatz verfolgt eine einvernehmliche und zufriedenstellende Konfliktregelung durch die Konfliktparteien auf der Grundlage der Interessen und Bedürfnisse der Beteiligten. Der strategische Mediationsansatz geht davon aus, dass vor allem eine »destruktive Kommunikation, defizitäre Anschauungen aktueller sozialer Realitäten und ‚unerschwellige‘, verdeckte Konflikte den aktuellen Konflikt« konstituieren.<sup>755</sup> In einer solchen Situation ist die Konfliktregelung durch die Sachmoderation allein erschwert.

Die therapeutische Mediation unterscheidet sich von der strategischen Mediation dadurch, dass auf einer tieferen Ebene liegende Interessen und Grundbedürfnisse Gegenstand der Mediation werden, weshalb der Mediator (auch) therapeutische Techniken anwendet. Ihr Ziel ist insbesondere die Versöhnung der Konfliktparteien sowie die Änderung ihres Beziehungsmusters.<sup>756</sup> Der Mediator richtet sein Augenmerk mehr auf den Prozess der ‚Veränderung‘, d. h. der Transformation, der gegenseitigen Einstellung der Konfliktgegner als auf die Regelung des Konflikts selbst, weshalb auch von der »transformativen« Mediation gesprochen wird.<sup>757</sup>

754 Vgl. *Kressel*, Conflict Resol. Q. 2007, S. 251, 251 ff.; *Proksch*, ZKM 2008a, S. 141, 142 ff. und *Proksch*, ZKM 2008b, S. 164, 164 ff.

755 *Proksch*, ZKM 2008a, S. 141, 142.

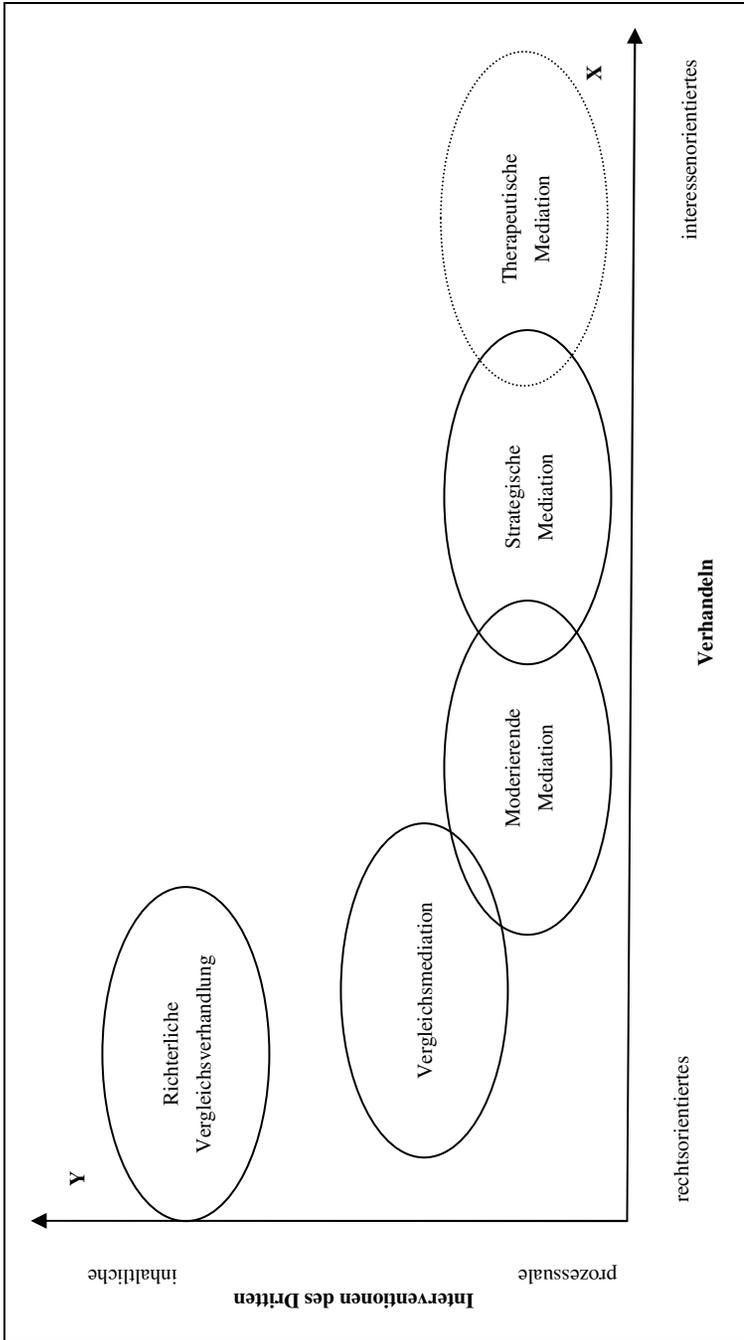
756 Vgl. *Alexander*, perspektive mediation 2004, S. 72, 78 f.

757 Vgl. *Proksch*, ZKM 2008a, S. 141, 141.

### c) Ansätze gütlicher Beilegung bei Gericht

Zieht man sowohl die Unterscheidung zwischen einer rechts- und einer interessenorientierten Mediation als auch die verschiedenen Arten der Drittinterventionen heran, ergeben sich unterschiedliche Ansätze gütlicher Beilegungsformen. Um diese verschiedenen Ansätze – bezogen auf Formen gerichtssinterner gütlicher Beilegung – und ihre Beziehung zueinander zu veranschaulichen, ergibt sich folgendes Modell.<sup>758</sup>

758 Das Modell der gütlichen Beilegungsformen vor Gericht ist angelehnt an die Modelle *Riskins* (vgl. *Riskin*, Harv. Negot. L. Rev., S. 7, 17 ff. und *Riskin*, Notre Dame L. Rev. 2003, S. 1, 29 ff.), *Boulles* (vgl. *Boulle*, Mediation, S. 28 ff.) und *Alexanders* (vgl. *Alexander*, perspektive mediation 2004, S. 72, 74 ff.).



**Abbildung 1: Ansätze gütlicher Beilegung bei Gericht**

Ausgangspunkt sind zwei unterschiedliche Aspekte: Das Verfahren kann danach unterschieden werden, ob die Konfliktparteien auf der Grundlage von Rechten und Positionen – also rechtsorientiert – verhandeln oder ob es vordergründig um ihre Interessen und Bedürfnisse geht und damit dem Verfahren eine breite Problemdefinition zugrunde gelegt wird (X-Achse). Die zweite Dimension betrifft den Grad der Intervention des Dritten auf das Verfahren und den Inhalt bzw. das Ergebnis (Y-Achse). Da auch die richterliche Vergleichsverhandlung in das Modell einbezogen wird, kann neben dem Richtermediator auch der gesetzliche Richter Dritter sein. Die Einflussnahme des Dritten kann sich auf inhaltliche Fragen beziehen, d. h. auf den Konfliktgegenstand, unabhängig davon, ob dadurch juristische, wirtschaftliche, persönliche oder andere Aspekte angesprochen sind. Prozessuale Interventionen sind demgegenüber verfahrensrechtliche Fragen in Bezug auf den Mediationsverlauf und die Methode, wobei prozessuale Vorgaben immer auch Einfluss auf den Inhalt nehmen.<sup>759</sup> Beide Dimensionen werden als an Intensität zunehmend dargestellt, indem davon ausgegangen wird, dass die interessenorientierte Mediation rechtliche Aspekte einschließt und inhaltliche Interventionen immer mit Eingriffen prozessualer Art einhergehen. Das Modell darf dabei nicht als statisch verstanden werden, vielmehr ist auch ein Wechsel des Verfahrensstils innerhalb eines Mediationsverfahrens möglich.<sup>760</sup>

Es ergeben sich idealtypisch fünf gerichtsinterne Formen gütlicher Beilegungsversuche: Die richterliche Vergleichsverhandlung ist rechtsorientiertes Verhandeln. Der Richter als Dritter, der die Vergleichsverhandlung zwischen den Beteiligten leitet, nimmt nicht unerheblichen Einfluss auf den Inhalt der Verhandlung, vor allem wenn er es mit einem rechtsunkundigen Beteiligten zu tun hat. Diese Einflussnahme geht von der Information über die Erfolgsaussichten der Klage bis zur Unterbreitung eines konkreten Vergleichsvorschlags.

Wie die richterliche Vergleichsverhandlung liegt die Betonung der Vergleichsmediation auf der rechtlichen Perspektive, ohne dass die Einbeziehung von Interessen gänzlich ausgeschlossen ist. Ihr Ziel ist vor allem der Abschluss eines Vergleichs, weshalb die Konfliktparteien regelmäßig mit einem rechtlichen Beistand an der Mediation teilnehmen. Im Gegensatz zur richterlichen Vergleichsverhandlung werden in der Vergleichsmediation von Seiten des Richtermediators aber wenig inhaltliche Interventionen vorgenommen und dadurch die Autonomie wie Selbstbestimmung der Konfliktparteien gestärkt. Er gibt Fachinformationen, soweit die Konfliktparteien diese erfragen, macht aber keine inhalt-

759 Vgl. *Alexander*, *perspektive mediation* 2004, S. 72, 74.

760 Vgl. hierzu *Riskin*, *Alternatives to High Cost Litig.* 1994, S. 111, 28 f.; s. a. *Dörfelt*, *ZKM* 2008, S. 77, 77 ff.

lichen Vorschläge für die Vereinbarung. Sein Fachwissen kann auch indirekt über seine Fragetechniken einfließen. Die Interventionen des Dritten beschränken sich weitestgehend auf die Aspekte des Verfahrens, so dass die sachlichen Fragen von den Konfliktparteien allein geregelt werden.<sup>761</sup>

Bei der moderierenden Mediation finden nur prozessuale Interventionen des Richtermediators statt. Er bedient sich vor allem der Frage- und Kommunikationstechniken. Im Mittelpunkt steht ein interessenorientiertes Verhandeln, bei dem der Mediator zwischen den Konfliktparteien moderiert. Die Rechtslage ist regelmäßig Bestandteil der Verhandlung. Ob bei der moderierenden Mediation der Bedarf für einen rechtlichen Beistand der Konfliktparteien während des Mediationsverfahrens besteht, ist abhängig vom Konfliktgegenstand. Sofern die Konfliktparteien ohne einen rechtlichen Beistand an der Mediation teilnehmen, findet zumindest im Vorhinein eine rechtliche Aufklärung durch einen rechtlichen Beistand statt.<sup>762</sup>

Die strategische Mediation unterscheidet sich von der moderierenden Mediation dadurch, dass zunächst eine Klärung des Beziehungskonflikts erfolgt, indem beispielsweise eine bestehende destruktive Kommunikation zwischen den Konfliktparteien beendet, Missverständnisse aufgeklärt und unterschwellig wirkende Konflikte bearbeitet werden. Sofern mit der Klärung des Beziehungskonflikts noch ein Sachkonflikt bestehen bleibt, geht die strategische Mediation in die Vergleichsmediation oder moderierende Mediation über. Auf der Grundlage der Beziehungsklärung kann der Sachkonflikt durch ein rechtsorientiertes (Vergleichsmediation) oder interessenorientiertes Verhandeln (moderierende Mediation) geregelt werden.

Die therapeutische Mediation findet bei starken Beziehungsstörungen Anwendung.<sup>763</sup> Ein wichtiges Ziel ist die Versöhnung zwischen den Konfliktparteien. Sie kommt vor allem bei familienrechtlichen Streitigkeiten und bei Konflikten, in deren Konfliktgeschichte es zu einem Gewaltvorfall kam, vor. Ihr Anwendungsbereich im Rahmen der gerichtlichen Mediation ist vor allem wegen der zeitlichen Begrenzung gerichtlicher Mediation gering, weshalb sie in der Abbildung mit einer gestrichelten Linie dargestellt wird.

In einer amerikanischen Studie konnte gezeigt werden, dass bei den Konfliktparteien grundsätzlich eine Präferenz für die moderierende Mediation in dem Sinne besteht, dass der neutrale Dritte den Konfliktparteien zwar hilft, die Rege-

761 Vgl. *Alexander*, *perspektive mediation* 2004, S. 72, 77 f.

762 Vgl. ebd. S. 78.

763 Den zwei unterschiedlichen Arten von Beziehungskonflikten stehen somit auch zwei unterschiedliche Mediationsansätze gegenüber (vgl. hierzu die Unterscheidung o. B. II. 2. b)).

lung des Konfliktes aber in der Hand der Konfliktparteien bleibt. Da der Dritte bei der moderierenden Mediation keine eigene Einschätzung darüber abgibt, wie der Konflikt gelöst werden sollte, bleibt die Ergebniskontrolle bei den Konfliktparteien.<sup>764</sup> Zugleich bevorzugen es die Konfliktparteien, die relevanten Informationen selbst, d. h. ohne einen Repräsentanten, vorzutragen.<sup>765</sup> Dies zeigt, wie wichtig es ist, wenn aus Gründen des Rechtsschutzes die Beteiligung eines Rechtsbeistandes für notwendig erachtet wird, die Konfliktparteien selbst zu Wort kommen zu lassen.

#### d) Interessenorientierung in der sozialgerichtlichen Mediation

Versteht sich der Richtermediator als moderierender und nicht als beurteilender Mediator, ist eine auch Interessen einbeziehende Problemdefinition besonders wahrscheinlich. Dass dem Fokus auf die Interessen der Konfliktparteien in der gerichtlichen Mediation eine besondere Aufmerksamkeit geschuldet ist, zeigt eine qualitative Untersuchung der Tätigkeit von Richtermediatoren an zwei Landgerichten, die aus der Gesprächsanalyse von sieben Mediationsverfahren entstand.<sup>766</sup> Danach wird der Informations- und Themensammlung in Phase zwei tendenziell mehr Bedeutung beigemessen, während die Phase der Interessenklärung tendenziell geringere Bedeutung erlangt.<sup>767</sup> Ganz generell besteht die Neigung, nicht zu stark auf die Interessen, Bedürfnisse und Gefühle der Konfliktparteien einzugehen.<sup>768</sup> Stattdessen liegt die Konzentration stärker auf der Sach- und Verfahrensebene.<sup>769</sup> Das Recht spielt regelmäßig eine große Rolle.<sup>770</sup> »Insbesondere bei den Verhandlungen über mögliche Lösungen wirkte sich das starke Einbeziehen rechtlicher Faktoren sehr nachteilig aus. Die Konfliktparteien wurden dadurch dazu verleitet, wieder zu ihren ursprünglichen Positionen zurückzukeh-

764 Vgl. *Shestowsky*, Psych. Pub. Pol'y & L. 2004, S. 211, 233 ff. Zur Ergebniskontrolle s. u. C. VI. 3.

765 Vgl. *Shestowsky*, Psych. Pub. Pol'y & L. 2004, S. 211, 235 f.

766 S. *Warwel*, Gerichtsnahe Mediation, S. 32 ff. Zur Beurteilung der Tätigkeit des Mediators durch die Hauptbeteiligten in Bezug auf die Abklärung der Interessen im Rahmen des bayerischen Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit s. *Becker/Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 55 f. Dort stimmten 68,4 % der Befragten der Aussage zu, dass der Mediator die richtigen Fragen gestellt habe, um ihre Interessen zu verstehen.

767 Vgl. *Warwel*, Gerichtsnahe Mediation, S. 124. Zum Phasenmodell s. o. B. IV. 1. b) und zum Phasenmodell in der gerichtlichen Mediation s. im Folgenden C. V. 4.

768 Vgl. *Warwel*, Gerichtsnahe Mediation, S. 130 f.

769 Vgl. ebd. S. 125.

770 Vgl. ebd. S. 128 f.

ren und verhielten sich tendenziell unkooperativer.«<sup>771</sup> Schließlich besteht eine Tendenz, überhaupt eine Einigung zu erzielen, d. h. der Schwerpunkt liegt bei der Vergleichsmediation.<sup>772</sup> Es wurde zwar in keiner der untersuchten Mediationen von den Richtermediatoren ein konkreter Lösungsvorschlag eingebracht. Die Suche nach einer Lösung nimmt aber einen großen Raum ein und teilweise wird auch ein Einigungsdruck aufgebaut. Diese Untersuchung zeigt, dass die Richtermediatoren teilweise bei den Verhaltensweisen haften blieben, die sie in ihrer Rolle als Richter gewohnt waren. Die Ergebnisse dieser Untersuchung sind nur eingeschränkt verallgemeinerbar. Die Konfliktparteien zu einer interessenorientierten Konfliktbearbeitung zu befähigen, ist nicht nur eine Frage der inneren Haltung des Mediators, sondern auch eine der Ausbildung, die bei den Richtermediatoren der analysierten Mediationen sehr unterschiedlich war.<sup>773</sup>

Die innere Haltung und die durch die Ausbildung erworbene Fähigkeiten ermöglichen es dem Richtermediator, mit der Erwartungshaltung der Konfliktparteien umzugehen, die diese an ihn stellen.<sup>774</sup> Damit er sich fachlich zurückhalten kann, muss insbesondere bei Klagen von Privatpersonen eine rechtliche Begleitung bzw. Beratung sichergestellt werden. »Rechtsargumente können dann in der Mediation ausgetauscht werden und in die Lösung einfließen. Dieses Vorgehen

771 Vgl. ebd. S. 129.

772 Vgl. hierzu o. C. V. 3. c).

773 Warwel, *Gerichtsnaher Mediation*, S. 131 f. führt die Schwierigkeiten der Richtermediatoren mit einer interessenorientierten Mediation selbst auf die Qualität der Ausbildung zurück. Die an den untersuchten Gerichten tätigen Richtermediatoren hatten unterschiedliche Ausbildungen für ihre Mediatorentätigkeit erhalten. Teilweise haben Richtermediatoren selbst die Ausbildung übernommen (s. ebd.). Zu einem positiveren Ergebnis bei der Interessenorientierung kommt die Evaluation des Modellversuchs *Gerichtsnaher Mediation* in Niedersachsen (vgl. *Zenk/Strobl/Hupfeld u. a., Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 96, aber auch die Kritik auf S. 94 f.). In den Beschlüssen der 76. Justizministerkonferenz 2005 wurde unter Ziff. 2.2 im Bezug auf die Förderung konsensueller Streitbelegungen der Aspekt der Ausbildung aufgegriffen. In Nr. 5 weisen sie daraufhin, dass eine qualifizierte Ausbildung der beteiligten Berufsgruppen geboten ist (vgl. *Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister* (Hrsg.), Beschluss der 76. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister vom 29. bis 30. Juni 2005 in Dortmund, Ziff. 2.2 Nr. 5, S. 7). Zu den üblichen Qualitätsstandards für die Mediatorenausbildung vgl. Fn. 217. S. a. Art. 4 Abs. 2 Mediationsrichtlinie, wonach die Mitgliedstaaten die Aus- und Fortbildung von Mediatoren fördern, um sicherzustellen, dass die Mediation für die Parteien wirksam, unparteiisch und sachkundig durchgeführt wird. Zu den Mindeststandards für die Ausbildung zum Mediator der internen sozialgerichtlichen Mediation in Bayern s. *Bayerisches Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung, Familie und Frauen* (Hrsg.), *Sozialgerichtliche Mediation in Bayern*, S. 46 ff. Zur individuellen Qualitätssicherung beispielsweise durch Supervision, Intervention und Selbstevaluierung s. *Gläßer/Negele/Schroeter*, ZKM 2008, S. 181, 184 f.

774 Vgl. *Wegener*, ZKM 2006, S. 140, 142.

bietet den Richtermediatoren die Möglichkeit, sich ruhigen Gewissens rechtlich zurückzuhalten.«<sup>775</sup>

Die Beteiligung von Anwälten, aber auch von Behördenvertretern stellt die Richtermediatoren zugleich vor eine neue Herausforderung. Diese sind rechtskundig und haben als »repeat player« zahlreiche Erfahrungen mit Rechtsstreitigkeiten und gerichtlichen Verfahren.<sup>776</sup> Damit einher geht die Tendenz zu einer rechtsorientierten Problemdefinition.<sup>777</sup> Die Rechtsorientierung wird noch durch die Tatsache verstärkt, dass eine Klage bereits bei Gericht anhängig ist, d. h., dass bereits ein rechtlicher Vortrag in Form von Klageerhebung und -erwidern stattgefunden hat.<sup>778</sup> Im Falle verwaltungsrechtlicher Streitigkeiten ging dem Klageverfahren zudem häufig ein rechtsorientiertes Vorverfahren voraus.<sup>779</sup> Meist handelt es sich bei Verwaltungsrechtsstreitigkeiten um von Anfang an in rechtlichen Kategorien gefasste Auseinandersetzungen.<sup>780</sup>

Diese Aspekte können einer adäquaten Problemdefinition des Konflikts entgegenstehen. Verbleibt es bei einer engen Problemdefinition, findet (sozial-)gerichtsinterne Mediation in Form der Vergleichsmidiation statt. Ein beurteilender Mediationsstil bestärkt eine enge Problemdefinition. Zudem besteht die Gefahr, dass der Richter auf direktem Weg das Ergebnis beeinflusst und gegenüber den Konfliktparteien ein äußerer Entscheidungsdruck aufgebaut wird.<sup>781</sup> Bei einer weiteren Problemdefinition wird die (sozial-)gerichtsinterne Mediation als moderierende Mediation durchgeführt. Diese stärkt die Eigenverantwortung der

775 Zenk/Strobl/Hupfeld u. a., *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 19.

776 Die Unterscheidung zwischen den »repeat players« und den »one-shot players« geht auf Galanter, *Law&Soc.Rev.* 1974, S. 95, 97 ff. zurück. Der repeat player verfügt im Gegensatz zum one-shot player vor allem über Rechtskenntnisse und Prozessenerfahrung. Das gerichtliche Verfahren ist für ihn nicht ein einmaliges, sondern ein regelmäßig wiederkehrendes Ereignis, weshalb sein Erfolg sich nicht im Gewinn eines konkreten Prozesses zeigt, sondern im Gewinn einer Reihe von Gerichtsverfahren (vgl. hierzu auf Röhl, *Rechtssoziologie*, S. 503 ff.). Dies kann auch Auswirkungen beispielsweise auf die Vergleichsbereitschaft haben. Repeat players berücksichtigen über den konkreten Fall hinausgehende Überlegungen, wenn sie beispielsweise zur Verhinderung eines nachteiligen Präzedenzfalls einen ungünstigen Prozessvergleich schließen (vgl. Hartmann, in: *Gottwald/Hutmacher/Röhl u. a. (Hrsg.), Der Prozeßvergleich*, S. 63, 64 f.). Im Gegensatz dazu verfügt der one-shot player nur zufällig über Rechtskenntnisse und Gerichtserfahrungen und ist zudem stärker emotional involviert (vgl. Röhl, *Rechtssoziologie*, S. 506).

777 Vgl. *Riskin/Welsh*, *GMLR* 2008, S. 863, 896 f.

778 Vgl. *Probst*, *JR* 2008, S. 364, 368.

779 Vgl. o. C. III. 3.

780 S. o B. III. 1. b).

781 Vgl. *Proksch*, *ZKM* 2008a, S. 141, 141.

Konfliktparteien für ihren Konflikt sowie für das Ob und Wie seiner Lösung. Dabei kann es – je nachdem welche Art des Beziehungskonfliktes vorliegt – auch zu einem strategischen oder sogar therapeutischen Mediationsansatz kommen. Ausschlaggebend für die Wahl des Mediationsansatzes sind insbesondere der Wunsch und die Bedürfnisse der Medianden.

Eine interessenorientierte Konfliktbehandlung geht über die (rein) rechtsorientierte Problembehandlung hinaus, indem weitere Interessen einbezogen werden wie wirtschaftliche bzw. geschäftliche Interessen, persönliche Interessen wie zum Beispiel Wertschätzung und Anerkennung, sowie Gruppeninteressen oder Interessen der Allgemeinheit.<sup>782</sup> Relevant ist dieser Aspekt insbesondere dann, wenn solche nicht-rechtlichen Interessen im Vordergrund des Konflikts stehen.<sup>783</sup> Im Falle sozialrechtlicher Streitigkeiten werden diese vielleicht nicht immer im Vordergrund stehen, da aufgrund der hohen Verrechtlichung des Streitstoffs rechtliche Interessen immer eine große Rolle spielen werden.<sup>784</sup> Ausreichend ist aber, wenn neben den rechtlichen Aspekten wichtige nichtrechtliche Interessen betroffen sind. Die Evaluation des Modellprojekts »Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit« in Bayern konnte zeigen, dass in der sozialgerichtlichen Mediation nicht nur die erste Problemebene relevant ist. Neben der Behandlung als Rechtsstreit wurden in zahlreichen Fällen wirtschaftliche bzw. geschäftliche Interessen der Konfliktparteien und ihre zukünftige Zusammenarbeit thematisiert.<sup>785</sup> Regelmäßig kam es zur Einbeziehung von Aspekten der dritten Ebene, insbesondere von persönlichen Kerninteressen des Klägers. So wurden beispielsweise die existenziellen Belange oder ein besonderer Schicksalsschlag des Klägers in der Mediation behandelt<sup>786</sup> und es spielten häufig Aspekte wie die Anerkennung oder Wertschätzung eine Rolle.<sup>787</sup> Dass auch Interessen der Ebene vier eine Bedeutung haben können, zeigen die Bemühungen zweier Leistungsträger – darunter eine Berufsgenossenschaft –, die Regelung über die zukünftige

782 S. o. C. V. 3. a).

783 Vgl. *Hacke*, in: *Duve/Eidenmüller/ders.* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 283, 285 f. und *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, *SGb 2003*, S. 266, 267; s. a. *Ortloff*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, § 41, Rdnr. 88.

784 Vgl. auch *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, *SGb 2003*, S. 266, 267.

785 Vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 33 f., 84 und 86 f.; s. a. *Dürschke*, *NZS 2004*, S. 302, 305 und *Dürschke*, *SGb 2001*, S. 532, 534 bei bedeutenden wirtschaftlichen Folgen.

786 Vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 31 f. und 84. Daher trifft die Annahme, Streitgegenstände von existentieller Bedeutung eigneten sich nicht für die Mediation (vgl. *Monßen*, *AnwBl 2004*, S. 7, 8) für sozialrechtliche Angelegenheiten nicht zu, sondern kann gerade für ihre Durchführung sprechen (vgl. *Oehlmann*, *SGb 2005*, S. 574, 577).

787 Vgl. *Becker/Friedrich*, *Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit*, S. 32 und 83 f.

tige außergerichtliche und vorgerichtliche Vorgehensweise bei Erstattungsstreitigkeiten zwischen ihnen auch auf weitere Berufsgenossenschaften auszudehnen.<sup>788</sup> Die wissenschaftliche Begleitforschung ergab, dass nicht-rechtliche Interessen auch in der sozialgerichtlichen Mediation ihre Relevanz haben.<sup>789</sup>

Selbst wenn rechtliche Aspekte den Schwerpunkt bilden, kann die Verhandlung zwischen den Konfliktparteien dadurch gefördert werden, dass die rechtlichen Positionen aufbereitet werden und die Kommunikation von Recht ermöglicht wird.<sup>790</sup>

Abhängig von der Interessenkonstellation der Konfliktparteien kann mit Hilfe der interessenorientierten Mediation eine Gewinner-Gewinner-Lösung erzielt werden.<sup>791</sup> Im günstigsten Fall sind die Interessen der Konfliktparteien so unterschiedlich, dass die Anliegen beider Seiten vollständig erfüllt werden können. Die Begleitforschung des niedersächsischen Modellprojekts ergab, dass vorrangig Kompromisslösungen gefunden wurden,<sup>792</sup> d. h. die Konfliktparteien bekamen jeweils einen Teil des Streitgegenstandes und verzichteten auf den anderen Teil. Gerade Fälle, in denen es ausschließlich um Geldangelegenheiten ging, führten zu einem Kompromiss.<sup>793</sup> Zu einem solchen Ergebnis kommt es immer dann, wenn die Konfliktparteien über zu wenige Lösungsoptionen verfügen oder sie ihre Interessen nicht kennen. »Es handelt sich hier durchaus um eine gerechte Lösungsmöglichkeit, bei der es keine Verlierer gibt. Allerdings steht bei dieser Variante eher der Streitgegenstand des Konflikts im Vordergrund als die wirklichen Interessen der Parteien.«<sup>794</sup> Durch die Untersuchung konnte auch gezeigt werden, dass die Gewinner-Verlierer-Lösung, wonach nur eine Konfliktpartei etwas gewinnt, nicht vorkam.<sup>795</sup>

#### 4. Besonderheiten im Ablauf der gerichtlichen Mediation

Gerade im Vorfeld zum Mediationsverfahren unterscheidet sich die gerichtliche von der herkömmlichen Mediation, da sie ihren Anfang im Laufe eines gerichtlichen Verfahrens nimmt. Die gerichtliche Mediation kommt meist da-

788 Vgl. ebd. S. 87.

789 S. a. *Clostermann/Josephi/Kleine-Tebbe u. a.*, SGB 2003, S. 266, 268 ff.

790 Vgl. hierzu *Breidenbach*, in: FS Schlosser, S. 83.

791 Vgl. o. B. IV. 2. a).

792 Vgl. *Zenk/Strobl/Hupfeld u. a.*, *Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen*, S. 129.

793 Ebd. S. 128.

794 Ebd. S. 129.

795 Ebd. S. 128 f.