

## **MEDIATION UND GERICHTSBARKEIT**

**Abschlussarbeit vom November 2001 zum Nachdiplomstudium Mediation an der  
Fachhochschule Aargau, ergänzt und überarbeitet**

**Juni 2003**

**Andreas Heierli**

**Vorbemerkung:** Mediation und Gerichtsbarkeit sind und bleiben verschiedene Modelle der Konfliktbearbeitung. Ich möchte aber darzutun versuchen, wie die beiden Modelle einander befruchten und ergänzen können, ohne sich unnötig konkurrenzieren zu müssen. Die vorliegende Schrift kann und will keine wissenschaftliche Arbeit sein. Sie ist vielmehr ein Pamphlet.

---

## **I. Zuerst zu den Begriffen:**

### 1. Gerichtsbarkeit

Unter Gerichtsbarkeit verstehe ich einschränkend die Zivilgerichtsbarkeit sowie den Verwaltungsweg und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, und ich schliesse die Strafgerichtsbarkeit aus. Es geht mir um die Gerichtsbarkeit, in welcher gegensätzliche oder allenfalls nur vermeintlich gegensätzliche Partikular-Interessen - seien sie nun offen als Einzelinteressen deklariert oder handle es sich um Interessen einer Vielzahl von Personen, die gebündelt als öffentliche Interessen bezeichnet werden - zu klären und auszugleichen sind. Die Gerichtsbarkeit im so definierten Raum umfasst nicht nur die Konfliktlösung mittels hoheitlichem Akt, d.h. Verfügung oder Urteil, sondern auch diejenige aufgrund von Vermittlung und Vergleich. Ein PS zur Strafgerichtsbarkeit: Auch diese will in einem gewissen Sinn Interessen ausgleichen, weshalb denn auch Vergleich und Mediation auch hier wachsende Bedeutung erhalten, in ausländischen Strafrechtsverfahren schon häufiger als in der Schweiz; Stichwort z.B. der Täter-/Opferausgleich. Die Interessenkollision in der Strafjustiz weist aber so viele Besonderheiten gegenüber derjenigen in der oben definierten Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit auf, dass ich im folgenden die Strafjustiz ausklammere.

### 2. Mediation

Was den Begriff der Mediation anbelangt, so will ich ihn nicht auf eine bestimmte Mediationstechnik beschränken. Vielmehr verstehe ich als Mediation den Weg der Konfliktbearbeitung, den zwei oder mehr Betroffene freiwillig und mit jederzeitiger Ausstiegsmöglichkeit mit dem Ziel gehen, mit Moderation durch einen oder mehrere MediatorInnen, die allparteilich das Verfahren leiten, aber keine Lösungen anbieten und auch nicht dafür verantwortlich sind, dass Lösungen gefunden werden, je in Eigenverantwortlichkeit zu einer Klärung der gegensätzlichen Interessen und deren möglichen Ausgleich zu gelangen. "Allparteilich" ist ein Ausdruck, den wir MediatorInnen sehr mögen. Für Nicht-MediatorInnen ist der Ausdruck "Unparteiisch" besser verständlich. "Allparteilich" betont zusätzlich die Empathie der MediatorInnen zu jeder Partei und ihren Anliegen. Grundlegend wichtig in der Mediation ist es, dass die betroffenen Konfliktparteien das höchstmögliche Mass an Autonomie behalten, das möglich ist, wenn eine Drittperson zur Konfliktlösung beigezogen wird.

## II. Konfliktlösungswege:

### 1. Vorbemerkungen

Konflikte unter Menschen gibt es, seitdem es Menschen gibt. Seitdem es Konflikte gibt, werden sie auf zivilisiertere und weniger zivilisierte Art ausgetragen. Recht und Justiz wurden im Laufe der Jahrtausende mit dem Anspruch entwickelt, eine Basis für zivilisierte, gerechte Konfliktlösungen zu bieten. Wie alles, was von einer menschlichen Gesellschaft entwickelt und praktiziert wird, ist allerdings auch das Rechtssystem nicht unbedingter Garant für Zivilisiertheit und Gerechtigkeit. Immerhin werden die modernen Rechtssysteme der zivilisierten Staaten, auch dasjenige der Schweiz, dem Anspruch auf Rechtsgleichheit und auf Schutz schwächerer Parteien vor der Übermacht stärkerer im Grossen und Ganzen gerecht, was allerdings, auch wenn das Problem des totalitären Unrechtsstaats ausgeklammert wird, nicht ausschliesst, dass manchmal rechtliche Lösungen als ungerecht oder unangemessen erscheinen können. Umgekehrt ist das Rechtssystem nicht der einzige Garant für Gerechtigkeit und Angemessenheit. Die Menschen lösen die weitaus meisten Konflikte, alltägliche und grössere, in durchaus zivilisierter Art und gerecht, ohne bewusst auf geltendes Recht zurückzugreifen oder gar die Justiz zu bemühen, und oft in Abweichung zu den Lösungen, welche das geltende Recht anböte. Im übrigen sind längst nicht alle Konflikte in dem Sinne justiziabel, dass sie aufgrund von Rechtsnormen gelöst werden könnten. Das gesetzte Recht kann und soll nicht den Anspruch erheben, alles und jedes zu regeln. Das ist banal; aber gerade JuristInnen sollten immer wieder daran denken.

### 2. "Gerechtigkeit"

Ich werde im weiteren Text das Wort "Gerechtigkeit" vermeiden. Es gibt gewiss Grundrechte der Gerechtigkeit, die in den meisten Gesellschaften dieser Erde verankert sind, und weitere, die in einer bestimmten Gesellschaft auf grosse Zustimmung stossen, bei Minderheiten weniger. In vielen Belangen besteht in unserer wie auch in anderen Gesellschaften eine grosse Mannigfaltigkeit von Ansichten. Man kommt deshalb bei der Lösung von Konflikten mit der Gerechtigkeit oft nicht weit. Der Begriff der Angemessenheit ist weniger ehrgeizig, aber besser passend. Zwar etwas esoterisch klingend, passt manchmal auch der Begriff der Stimmigkeit; damit soll die Betonung darauf gelegt werden, was auch emotional möglichst allseitig als angemessen empfunden werden kann.

### 3. Kategorien von Konfliktbearbeitungsmöglichkeiten

Man kann Konflikte auf sehr mannigfaltige Weise angehen. Es fängt schon damit an, was als Konflikt empfunden, erkannt bzw. anerkannt wird. Für persönliche Beziehungskonflikte geradezu typisch ist es, dass die eine Seite den Konflikt, den die andere empfindet, gar nicht erkennt oder anerkennt. Das sind nicht die am einfachsten zu lösenden Konflikte. Für einen als solchen erkannten Konflikt gibt es abgesehen vom nackten Faustrecht verschiedene Bearbeitungsmöglichkeiten:

- das bilaterale Verhandeln ohne Beizug von Vertretern
- dasselbe mit Vertretern
- den Beizug von dazwischen stehenden Drittpersonen
- - als Vermittler; dazu gehört die Mediation
- - als Schiedsrichter
- - als staatliche Gerichtsbarkeit.

#### 4. Das Mass der Verbindlichkeit und der Autonomie

Freiwillig für alle Konfliktparteien ist das bilaterale Verhandeln sowie der Beizug von Vermittlern und Schiedsrichtern. Eine jederzeitige Umkehr für alle ist offen beim Verhandeln mit oder ohne Beizug von Vermittlern. Verbindlich unumkehrbar ist dagegen die Einigung auf ein Schiedsgericht. Nicht freiwillig, jedenfalls nicht für die beklagte Seite, ist der Weg der staatlichen Gerichtsbarkeit, und eine Umkehrmöglichkeit gibt es (abgesehen von der Einigung aller Parteien auf eine andere Bearbeitungskategorie) für keine der Parteien.

Das Mass der für eine Partei verbleibenden Unverbindlichkeit hat als Kehrseite die der Gegenpartei verbleibende Unverbindlichkeit: Wenn ich die Freiheit behalte, aus einem Konfliktbearbeitungsprozess auszusteigen, habe ich das Risiko, dass die andere Seite diese Freiheit auch hat und allenfalls auch nutzt. Ist der Prozess mehr verbindlich, bin nicht nur ich gebunden, sondern auch die andere Seite.

Höchstmögliche Autonomie bleibt den Beteiligten beim bilateralen Verhandeln. Der Beizug von vermittelnden Drittpersonen schränkt diese Autonomie nicht ein, jedenfalls theoretisch nicht. Je aktiver sich allerdings die Drittpersonen an der Suche nach Lösungen beteiligen, desto mehr greifen sie in die Autonomie der Konfliktparteien ein. Das eben versucht die Idee der Mediation in ihrem Grundansatz zu vermeiden und betont darum die Beschränkung der MediatorInnen auf das Moderieren des Prozesses. In der Schieds- und in der staatlichen Gerichtsbarkeit geben die Parteien ihre Autonomie bezüglich Konfliktlösung weitgehend auf, soweit nicht gerichtliche Vermittlung gesucht wird.

Wiederum: Eigene Autonomie bedeutet auch Autonomie der Gegenseite und das Risiko, was diese damit macht.

#### 4. Wertmassstäbe in den verschiedenen Kategorien

Jede Kategorie von Konfliktlösungswegen hat ihre eigenen Wertmassstäbe und in jeder Kategorie werden sie von anderen Instanzen gesetzt und kontrolliert.

Beim bilateralen Verhandeln mit oder ohne Vertreter bestimmen die Konfliktparteien je für sich autonom die Wertmassstäbe und deren Einhaltung. Eine Aussenkontrolle des Verhandlungsergebnisses, der Konfliktlösung, unter den Aspekten von Angemessenheit, Schutz vor Willkür und Übermacht stärkerer Parteien gegenüber schwächeren gibt es nicht. Werden Drittpersonen beigezogen, so üben sie diejenige Kontrolle über Verhandlungsgang und Verhandlungsergebnis aus, die ihnen von den Konfliktparteien in Auftrag gegeben wird. Beinhaltet der Auftrag an die Drittpersonen Vermitteln, heisst das, dass die Konfliktparteien ein grosses Mass an Autonomie beibehalten wollen, in der Mediation, die sich definitionsgemäss strikt auf Moderation beschränken soll, ein besonders hohes Mass. Somit verbleibt das Setzen der Wertmassstäbe und die Kontrolle über deren Einhaltung im Rahmen der konkreten Auftragsdefinition an die Drittpersonen doch weitgehend bei den Konfliktparteien.

In der Schiedsgerichtsbarkeit gilt das staatlich normierte Recht, soweit die Konfliktparteien den Schiedsrichtern nicht andere Regeln in Auftrag gegeben haben, z.B. "nach Recht und Billigkeit" zu entscheiden. Die Kontrolle über die Einhaltung der Regeln liegt in der Verantwortung der Schiedsrichter (und in sehr beschränktem Mass bei der staatlichen Gerichtsbarkeit). Damit tritt an die Stelle der Autonomie der Konfliktparteien die Bestimmung der Wertmassstäbe und Kontrolle über deren Einhaltung von Aussen. Die Qualität dieser Kontrolle bestimmt sich durch die Individualität der Schiedsrichterpersönlichkeiten.

In der staatlichen Gerichtsbarkeit gelten für Verfahren und Produkt die Wertmassstäbe des staatlich normierten Rechts. Die Autonomie darüber ist den Parteien entzogen. Die Wertmassstäbe sind gesetzt durch Gesetzgebung und Gerichtspraxis, die Kontrolle für deren Einhaltung obliegt zunächst den individuellen Richterpersönlichkeiten, ist aber darüber hinaus durch die Institutionalisierung eines Gerichtsinstanzenweges – jedenfalls weitgehend – losgelöst von individuellen Wertvorstellungen.

Die Konfliktbearbeitungsmodelle des bilateralen Verhandeln, ob mit oder ohne vermittelnde Drittpersonen, der Schieds- und der staatlichen Gerichtsbarkeit unterscheiden sich also nicht nur durch das Mass der bei den Parteien vorhandenen Autonomie, sondern auch dadurch, wer die Wertmassstäbe setzt und deren Einhaltung kontrolliert. Und erneut: Soweit die eine Seite in einem Konflikt ihre Wertmassstäbe vertreten kann, kann es auch die andere Seite. Wertmassstäbe von aussen und deren Kontrolle beschränken zwar die eigene Autonomie, jedoch auch die der Gegenseite.

### **III. Speziell die Mediation**

#### 1. Mediation ist freiwillig

##### a) Grundsatz

Es ist eine grundlegende Maxime im deutschsprachigen Raum, dass die Mediation für alle Beteiligten stets freiwillig ist. Keiner Partei kann eine Mediation aufgezwungen werden, jede Partei kann jederzeit aufhören, die MediatorInnen auch.

##### b) Der freie Wille der Parteien

Der Grad der Freiwilligkeit ist allerdings stets abhängig von den Alternativen. Wird ein Zustand oder ein Geschehen als Konflikt er- und anerkannt, können die Beteiligten, statt ihn anzugehen, zunächst versuchen, ihn "auszusitzen", was aber Konsens zumindest darüber voraussetzt. Soll der Konflikt bearbeitet werden, konzentriert sich die Freiwilligkeit darauf, einen bestimmten Weg für die Konfliktbearbeitung zu wählen. Noch enger begrenzt ist faktisch die Freiwilligkeit, den einmal beschrittenen Weg der Mediation wieder zu verlassen. Der Preis für diese Freiheit wird oft eine Eskalation des Konflikts sein, es ist möglicherweise viel Kraft, Energie und Geld nutzlos vertan, und schliesslich sind vielleicht während des Mediationsprozesses jedenfalls in einem laufenden Konflikt manche Weichen irreversibel gestellt worden. Ich will damit keineswegs suggerieren, dass es nicht manchmal richtig bzw. vorteilhaft für eine Seite ist, eine Mediation abubrechen, kann doch wie jeder andere Verhandlungsprozess auch eine Mediation unwiderruflich in eine Sackgasse geraten. Auch dies ist eine Frage der Alternativen und zudem der Zwänge, die die Dynamik des bisherigen Prozesses mit sich gebracht hat. Ich denke sogar, dass der Druck, einen einmal gewählten Weg "bis zum bitteren Ende" zu gehen, so stark werden kann, dass er die Entscheidungsfreiheit ungebührlich einschränkt. Die eben dargelegten Überlegungen gelten für mehr oder weniger ebenbürtige Konfliktparteien. Erst recht zeigt sich die Fragilität der Freiwilligkeit bei realem Machtgefälle oder sonstigem Ungleichgewicht zwischen den Parteien. Man denke etwa an innerbetriebliche Konflikte zwischen Mitarbeitern und Vorgesetzten oder auch Mitarbeitenden auf gleicher Hierarchiestufe, an wirtschaftliche Abhängigkeiten oder im familiären Bereich an Partnerschaftskonflikte mit ungleichen Emotions- und Interessenlagen.

### c) Der freie Wille der MediatorInnen

Auch die MediatorInnen sind frei, ein Mediationsmandat zu übernehmen, und auch, eine Mediation abzubrechen. Die Freiwilligkeit der Annahme ist offensichtlich, ein Abbruch angesichts der übernommenen Verantwortung heikel. Ich möchte mich hier auf die Frage konzentrieren, ob es nicht manchmal geboten sein kann, als MediatorIn eine Mediation abzubrechen. Die Frage zu stellen, heisst für mich, sie auch zu bejahen. Ich werde im folgenden unter verschiedenen Aspekten die Verantwortlichkeit der MediatorInnen gegenüber den Konfliktparteien berühren. Wenn die Konfliktparteien oder eine von ihnen nicht mehr in der Lage sind, dass hohe Mass an Eigenverantwortlichkeit, das Voraussetzung in der Mediation ist, wahrzunehmen und für die Wahrung ihrer Interessen zu nutzen, dann muss dies eine Mediatorin, ein Mediator thematisieren und nötigenfalls den Prozess abbrechen, und zwar gleichgültig, ob die Blockade durch z.B. fehlendes Fairplay einer anderen Partei oder durch sonstige Umstände bewirkt wird. Eine solche Intervention gehört zur Verantwortlichkeit der MediatorInnen, bestehende Machtgefälle unter den Parteien realitätsbezogen auszubalancieren und den Verhandlungsprozess produktiv aufrechtzuerhalten. Die Kunst besteht darin, dabei das Prinzip nicht zu brechen, dass die Parteien mit der Mediation sich bewusst für hohe Eigenverantwortlichkeit entschieden haben. Die Thematisierung einer möglichen Blockade ist damit nicht unvereinbar, eine radikale Intervention aber nur statthaft, wenn eine Partei die Möglichkeit zur Wahrnehmung ihrer Eigenverantwortlichkeit, aus Gründen, die bei ihr selbst oder anderswo liegen, eingebüsst hat.

### 2. Von den Positionen zu den Interessen

Fundamental wichtig ist in der Mediation das Hinterfragen der von den Konfliktbetroffenen zunächst eingenommenen Positionen und das Analysieren der dahinter stehenden effektiven Anliegen, Interessen. Ziel einer Mediation ist es, in einer Auseinandersetzung herauszuarbeiten, wer welche wirklichen Interessen hat und worin die allfälligen Interessenkonflikte bestehen, und auf dieser Grundlage den bestmöglichen Interessenausgleich zu finden. So banal dies klingen mag, so wenig selbstverständlich ist dieser Grundsatz in der Hektik der Auseinandersetzungen. Wer forensisch tätig ist, weiss, wie oft Prozesse am Kern der Sache vorbei geführt werden. Die effektiven Interessen der am Konflikt Beteiligten herauszuschälen, ist das Herzstück jeder Mediation. Wenn alle Beteiligten ihre eigenen wirklichen Anliegen zu erkennen und zu artikulieren und die wirklichen der anderen Beteiligten wahrzunehmen vermögen, ist sehr oft der Weg zur Konfliktlösung nicht mehr weit, auch wenn sicher nicht jeder Konflikt damit zu lösen ist, dass die eine Seite die Schale, die andere den Saft der Zitrone benötigt.

### 3. Das Prinzip (Dogma?) der Beschränkung der Mediation auf Moderation ohne Einfluss auf den Sachentscheid

Wenn sich Konfliktparteien für eine Mediation entscheiden, dann entscheiden sie sich für ein Konfliktbearbeitungsmodell unter Beizug von Drittpersonen, bei welchem sie grösstmögliche Autonomie und Eigenverantwortlichkeit beibehalten. Sie behalten die Autonomie über die Wertmassstäbe, die ihren allfälligen Vereinbarungen zugrunde liegen, und erwarten diesbezüglich keine Kontrolle von aussen. Die MediatorInnen sollen keinerlei Einfluss in der Sache haben, sondern sich ausschliesslich auf die Aufgabe konzentrieren, das Gespräch und das Verhandlungsklima so zu fördern, dass die Konfliktparteien in die Lage versetzt werden, ihre effektiven Interessen im Konflikt für sich selbst herauszuschälen, den anderen Konfliktparteien nahe zu bringen und zusammen die bestmögliche Konfliktlösung zu erarbeiten. Sie sollen Manager, Regisseure der Verhandlungen sein. Dieses Zusammenspiel zwischen Konfliktparteien und MediatorInnen beruht auf einem Vertrag zwischen allen

Beteiligten, der mehr oder minder explizit formuliert sein kann. Für die MediatorInnen als Beauftragte ist der Inhalt des Auftrags verbindlich.

In dieser Reinheit formuliert, unterscheidet sich die Mediation bezüglich Autonomie und Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien nicht grundsätzlich vom bilateralen Verhandeln ohne Beizug von Drittpersonen. Wie bereits angemerkt, werden die weitaus meisten Konflikte mit bilateralem Verhandeln bearbeitet und gelöst. Die Vorteile liegen, wenn ich dies bewusst salopp ausdrücken darf, auf der Hand: Die Beteiligten wissen selbst am besten, was ihre Anliegen und ihre Möglichkeiten sind, und finden am ehesten, wenn sie offen und ehrlich miteinander diskutieren oder halt feilschen, einen vernünftigen Kompromiss, in glücklichen Situationen sogar eine Lösung, die beiden „Fünfer und Weggli“ beschert. Wenn es um das Diskussionsklima nicht mehr so gut bestellt ist, dann wird eine Drittperson beigezogen. Das ist eine uralte und bewährte Methode. Charakteristisch für die Mediation ist die klar definierte Einschränkung des Vermittlungsauftrags auf Moderation zugunsten der gewollten Beibehaltung der Autonomie und Eigenverantwortlichkeit der Parteien.

#### 4. Die Risiken des Prinzips in seiner Reinheit

Die Risiken des bilateralen Verhandeln liegen ebenso sehr auf der Hand: Nicht alle Menschen kennen immer so genau ihre Anliegen und Möglichkeiten, und wenn, ist es eine Frage der Machtverhältnisse in einem Konflikt, wie gut und angemessen sie sie durchsetzen können. Die Gesellschaft kümmert sich nicht so sehr darum. Auch MediatorInnen stossen auf solche Situationen, und es fragt sich, ob und in welchem Mass sie sich im Rahmen ihres begrenzten Auftrags darum zu kümmern haben.

#### 5. Korrekturen des Prinzips

##### a) Das Herausschälen von Interessen aus Positionen

Das Herausschälen der effektiven Interessen der Beteiligten gehört zu den grundlegenden Regieaufgaben der MediatorInnen, das ist nach Definition Vertragsinhalt. Die Konfliktparteien sollen dazu angeleitet werden, ihre Streitstandpunkte zu reflektieren und daraus ihre wirklichen Anliegen zu entwickeln und zu formulieren. Diese Aufgabe kann wohl kaum ohne inhaltliche Einflussnahme auf die Konfliktlösung bewältigt werden, ist doch die Umsetzung ein wertender Prozess. Ich komme darauf zurück.

##### b) „Empowerment“

Eine weitere Obliegenheit der MediatorInnen besteht im „Empowerment“ der Beteiligten.

Es ist heute unumstritten, dass sich die MediatorInnen zu vergewissern haben, dass die Beteiligten ihre rechtlichen Möglichkeiten und Risiken kennen und einer allfälligen Vereinbarung in Kenntnis davon zustimmen. Unterschiedlich gehandhabt wird bloss der Zeitpunkt des „Empowerment“ unter diesem Aspekt. Ich plädiere dafür, dass dies während des Mediationsprozesses laufend geschehen soll, weil es wenig Sinn macht und viel Ärger, Enttäuschung und Verstimmung verursachen kann, wenn die Beteiligten ohne Kenntnis dieser Möglichkeiten und Risiken verhandeln und erst danach davon erfahren. Die falsche Abfolge kann zur Konsequenz haben, dass die Verhandlungen von vorn beginnen müssen. Korrekt erledigt, ist dieser Aspekt des „Empowerment“ aber wenig problematisch.

Sehr viel heikler ist das „empowerment“ im ursprünglichen Sinn, nämlich das Ausbalancieren der Machtverhältnisse unter den Konfliktparteien. Aufgrund ihres begrenzten Auftrages haben die MediatorInnen nicht die Möglichkeit, Machtverhältnisse zu korrigieren. Sie müssen

sich damit begnügen, dafür zu sorgen, dass das Machtgefälle zwischen den Parteien sichtbar wird und dass es die Verhandlungen nicht blockiert. Diese Aufgabe lässt sich ohne inhaltliche Einflussnahme auf die Konfliktlösung kaum bewältigen.

## 6. Die Widersprüchlichkeit des Prinzips und die darin liegende Chance

### a) Die Fragestellung

Angenommen, die Konfliktparteien kennen ihre Möglichkeiten und Rechte und sind sich machtmässig ebenbürtig, sie haben MediatorInnen beigezogen, weil sie allein mit Verhandeln nicht weiterkommen. Gibt es in der Realität eine Moderation, eine Regie von Verhandlungen ohne inhaltliche Einflussnahme auf die Verhandlungen und damit indirekt auch auf das Verhandlungsergebnis? Das Bild der Regie macht es deutlich: Jegliche Regie prägt das Produkt, mag sie – auf das Theater bezogen – noch so werkgetreu sein.

### b) Widersprüchlichkeit und Chance im allgemeinen

Ich bin von Beruf Richter an einem Zivilgericht und habe im Verlauf der Mediationsausbildung immer wieder zu hören bekommen, dass RichterInnen es besonders schwer haben, sich als MediatorInnen zu betätigen, weil ihnen die auferlegte Konzentration des Auftrags auf Moderation schwer fällt. Das trifft auf mich sehr wohl zu. Doch meine ich und habe im Verlauf der Mediationsausbildung auch immer wieder beobachtet, dass die Interventionen der MediatorInnen nie ganz frei von inhaltlicher Einflussnahme sein können. Fragen können noch so offen gestellt werden, sie geben dennoch stets eine Richtung an. Das ist kein Unglück, muss aber bewusst sein. Dann dürfen MediatorInnen durchaus auch gezielt inhaltliche Impulse lancieren, solange sie die Kreativität der Konfliktparteien damit nicht ersticken und diesen auch die Möglichkeit nicht versperren, den Impuls zu verwerfen. Das widerspricht zwar der Reinheit des Mediationsauftrags. Die Reinheit der Autonomie und Selbstverantwortlichkeit ist aber nicht nur von Vorteil, sondern kann auch zur Belastung werden. Wenn Parteien in einem Konflikt MediatorInnen beiziehen, sind sie wohl oft nahe an der Belastungsgrenze und in ihrer Möglichkeit eingeschränkt, die Vorteile von Eigenverantwortlichkeit und Autonomie zu nutzen. Deshalb bieten Impulse von aussen, die in der Theorie ihre Eigenverantwortlichkeit tangieren, in der Realität die Chance, die teilweise eingebüsste Autonomie wieder zurückzugewinnen. Die Kunst der Mediation liegt in der Dosierung der Intervention und deren individuelle Abstimmung auf die Besonderheit des Konflikts und der Konfliktparteien. Es ist nicht Aufgabe der MediatorInnen, den Parteien ihr Wertesystem aufzunötigen. Aber sie sollen sie zur Erarbeitung von Lösungen auf der Grundlage von von allen Konfliktparteien akzeptierten Wertmassstäben zu führen und dürfen dabei durchaus auch bewusst inhaltliche Impulse lancieren. In ihren Aufgaben, bei den Verhandlungen Regie zu führen und durch ihre Fragestellungen die Parteien aus deren Positionen heraus zu den wirklichen Interessen zu führen, tun sie es ohnehin permanent.

### c) Insbesondere die Wertmassstäbe und die Kontrolle über deren Einhaltung in der Mediation

Wie beim bilateralen Verhandeln setzen die Parteien auch in der Mediation die Wertmassstäbe in erster Linie selbst und gibt es für deren Inhalt ebensowenig wie für deren Einhaltung eine Aussenkontrolle. Mit der Aufgabe der MediatorInnen, die Verhandlungen zu moderieren, ist aber verbunden, dass Spielregeln dafür aufgesetzt werden, für deren Einhaltung die MediatorInnen Sorge zu tragen haben. Mit diesen bringen die MediatorInnen Aspekte ihres Wertesystems ein. Auch dies geschieht nicht völlig ohne inhaltliche Einflussnahme.

## 7. Die Verantwortlichkeit der MediatorInnen

### a) Der Umfang der Verantwortlichkeit

Dass MediatorInnen keine Verantwortung für das Zustandekommen einer Konfliktlösung tragen, erscheint auf den ersten Blick als selbstverständlich. Jedoch: Primäres Ziel einer Mediation ist stets die Bewältigung des bearbeiteten Konflikts. Wird das Ziel erreicht, werden sich in der Regel sowohl Parteien als auch MediatorInnen weniger Gedanken über den Verlauf der Mediation machen, als wenn diese scheitert. Man sollte darum präzisieren. Im Recht gibt es die Unterscheidung zwischen sog. Erfolgshaftung und der Haftung für sorgfältiges Handeln. Wer ein Haus zu bauen übernimmt, haftet dafür, dass das Haus am Ende schlüsselfertig dasteht. Wer einen Krebspatienten behandelt, kann nicht dafür einstehen, dass der Patient gesund wird, sondern nur, dass er tut, was nach den Regeln der Medizin richtig ist. So auch in der Mediation. Eingestanden werden kann nur dafür, dass die Mediation korrekt durchgeführt wird, aber dafür schon.

Wie Konfliktparteien einen Konflikt bilateral austragen, darum kümmert sich die Gesellschaft wenig, solange nicht Strafnormen dabei verletzt werden und dies irgendwie zum Vorschein kommt. Daraus lässt sich das Axiom herleiten, dass MediatorInnen keine Verantwortung für den Inhalt einer Konfliktlösung tragen, sind sie doch ausschliesslich zur Moderation der Konfliktverhandlungen beigezogen worden. Das Axiom ist allerdings höchst umstritten und löst in der Diskussion stets heftige Emotionen aus.

Wichtig ist mir zunächst, zu wiederholen, was ich schon unter dem Titel der Freiwilligkeit der Mediation ausgeführt habe: Dass zur korrekten Durchführung einer Mediation unter Umständen auch deren Abbruch gehören kann.

Sodann: Die Mediation ist mit bestimmten und hohen Erwartungen verbunden, insbesondere die Familienmediation, aber nicht nur diese. Auch wenn Autonomie und Eigenverantwortlichkeit noch so sehr betont werden, so bin ich sicher, dass viele Menschen, die in eine Mediation einsteigen, sich des Masses an Autonomie und Eigenverantwortlichkeit, das damit verbunden ist, nicht wirklich bewusst sind. Bei gerichtlichen Anhörungen in Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren mache ich als Richter immer wieder die Erfahrung, dass Ehegatten, die in einer Mediation oder in bilateralen Verhandlungen zu einer Vereinbarung gelangt sind und diese unterschrieben haben, in der oftmals vagen und kaum eingestandenen Hoffnung zum Gericht kommen, dass dort die Vereinbarung doch noch abgeändert oder ergänzt werden könnte und Anliegen erfüllt werden könnten, die sie zuvor nicht zu äussern gewagt hatten oder mit denen sie nicht durchgedrungen waren. Sogar AnwältInnen hegen manchmal solche Hoffnungen. Solche Anliegen zu spüren und zu thematisieren, gehört zum gerichtlichen Auftrag in der Scheidungsanhörung. Vergleichbare Situationen gibt es auch in der Mediation. Diesen haben die MediatorInnen Rechnung zu tragen, und ihre Verantwortung fängt damit an, dass sie überprüfen, wie weit das Bewusstsein von Autonomie und Eigenverantwortlichkeit bei den Konfliktparteien reicht.

Voraussetzung für eine erfolgreiche Mediation ist ein Mindestmass an Selbstbewusstsein und Ich-Stärke bei allen Beteiligten. Ist das Defizit zu gross, sollte von einer Mediation abgesehen werden. Ein solches Defizit kann in der Persönlichkeitsstruktur von Betroffenen begründet sein oder sich aus der Konstellation des konkreten Konflikts ergeben, insbesondere bei Machtgefälle zwischen einzelnen Konfliktparteien. Oft ist es den Betroffenen selbst nicht bewusst und auch für die MediatorInnen nicht von Anfang an sichtbar. Deren Aufgabe ist es, in einer laufenden Mediation durch „Empowerment“ einen Ausgleich zu schaffen und ein Verhandlungsklima herzustellen, das allen eine gewisse Geborgenheit und Sicherheit vermittelt, oder, wenn das Defizit an Selbstbewusstsein und Ich-Stärke bei einer Konfliktpartei zu gross ist, die Mediation abubrechen. Das alles gehört auch zum „Empowerment“.

Die Verantwortung reicht aber weiter.

Wenn die vorhin aufgestellte Behauptung zutrifft, dass Mediation in der Realität ohne inhaltliche Einflussnahme indirekt auch auf das Verhandlungsergebnis nicht auskommt, tragen die MediatorInnen insoweit auch eine Mitverantwortung für den Inhalt einer Vereinbarung. Auch wenn der Einfluss bloss über das Lancieren von möglichen Lösungsinhalten ausgeübt wird, so ist doch klar, dass die MediatorInnen mit ihrer Stellung gegenüber den Parteien und mit den nicht ausgesprochenen und wohl auch nicht immer reflektierten Erwartungen, welche die Parteien in die MediatorInnen setzen, einen nicht unwesentlichen Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess ausüben.

Sogar bei Beschränkung auf die theoretisch reine Mediation, d.h. bei strikter Beschränkung auf Moderation können m. E. die MediatorInnen eine gewisse Mitverantwortung für den Inhalt einer Vereinbarung nicht gänzlich ablehnen. Die offensichtliche Unangemessenheit des Inhalts einer Vereinbarung muss von einer Mediatorin, einem Mediator zumindest thematisiert werden und soll notfalls auch zu einem Mediationsabbruch führen. Ich bin mir bewusst, dass diese These nicht unproblematisch ist, weil sie den MediatorInnen eine gewisse Entscheidungskompetenz zuweist, die sie definitionsgemäss eben nicht haben sollen. Man kann gegen diese These vorbringen, es gebe ja auch beim bilateralen Verhandeln ohne Drittperson keine Ergebniskontrolle. Für die These gibt jedoch den Ausschlag die Realität, dass die Konfliktbeteiligten eben doch in der Regel mit der Vorstellung einer Mediation die Erwartung von mehr Einflussnahme verbinden als blosser Moderation. Ich kann dazu auf meine bereits geschilderten Erfahrungen bei Anhörungen in Scheidungsverfahren auf gemeinsames Begehren hinweisen.

#### b) Die Grenzen der Verantwortlichkeit

Sogleich stellt sich natürlich die Frage nach den Kriterien für die hier postulierte Ergebniskontrolle durch die MediatorInnen. Klar ist, dass die MediatorInnen nun nicht plötzlich SchiedsrichterInnen werden sollen. Sie sollen grundsätzlich auch nicht die Wertmassstäbe der Parteien durch ihre eigenen oder diejenigen des staatlich gesetzten Rechts ersetzen. Sie sollen jedoch – das gehört zum „Empowerment“ – prüfen, ob jede Konfliktpartei in Kenntnis ihrer Möglichkeiten, Risiken und Rechte und im Bewusstsein des allfälligen Machtgefälles, dem sie sich vielleicht beugt, frei entscheidet, allenfalls auch falsch nach Auffassung der Mediatorin, des Mediators, aber mit nachvollziehbaren Gründen. Im Internationalen Recht, d.h. beim Regelwerk über die Anwendbarkeit ausländischen Rechts auf einen internationalen Sachverhalt und über die Anerkennung ausländischer Gerichtsentscheide, gibt es den Begriff des *ordre public*. Er besagt vereinfacht, dass einer Norm, bei deren Anwendung im konkreten Fall, oder einem Gerichtsentscheid, bei dessen Vollstreckung sich uns „die Haare sträuben“, die Anerkennung versagt werden muss. Wohl nur in derartigen Situationen darf die Notbremse des Mediationsabbruchs gezogen werden, die Thematisierung einer Unangemessenheit soll etwas früher einsetzen, vor allem dann, wenn Macht missbraucht wird.

## **IV. Speziell die Gerichtsbarkeit:**

### 1. Gerichtsbarkeit ist nicht freiwillig

Der Einstieg in die Gerichtsbarkeit ist im Zivilrechtsbereich freiwillig für diejenigen, die ihn zur Bewältigung eines Konflikts wählen, nicht aber für die übrigen Betroffenen. Zudem ist es keiner Seite möglich, ohne Folgen auszusteigen. Für Nicht-JuristInnen: Rückzug einer Klage bedeutet - von bestimmten Ausnahmen abgesehen - Fahrenlassen des behaupteten Anspruchs. In der Verwaltungsjustiz besteht nach geltendem Recht und vorwiegender Interpretation sowie nach herkömmlicher Vorstellung meist keine Alternative zur Gerichtsbarkeit.

Wenn ein Konflikt einmal der Bearbeitung durch die Gerichtsbarkeit unterstellt ist, gibt es kein Zurück mehr. Diese Verbindlichkeit ist ein Risiko insofern, als sie, wie sich sogleich zeigen wird, Verlust an Autonomie und Eigenverantwortlichkeit nach sich zieht. Sie bietet andererseits insofern Sicherheit, als auch die anderen Konfliktparteien gleich eingebunden sind.

### 2. Die Parteien geben ihre Autonomie preis

Die RichterInnen moderieren nicht ein Verfahren zur Konfliktbearbeitung, sondern haben die Aufgabe, die ihnen vorgetragene Fälle einer Lösung zuzuführen, und die Kompetenz, ein Urteil zu fällen. Wichtig: Sie haben diese Funktionen nicht, weil sie HoheitsträgerInnen sind, sondern weil die vom Konflikt Betroffenen, zumindest die Parteien, die den Gerichtsweg gewählt haben, eine autoritative Lösung vom Gericht erwarten, was staatliche Hoheit erfordert. Die Verantwortung für die Konfliktlösungen und deren Angemessenheit liegt weitgehend bei den RichterInnen. Das bedeutet nach meiner Erfahrung für nicht wenige Leute eine echte Erleichterung, insbesondere bei starkem Machtgefälle zwischen den Parteien. Menschen mit stärker ausgeprägtem Selbstbewusstsein reiben sich dagegen am teilweisen Autonomieverlust.

### 3. Zum Unterschied zwischen Fällen und Konflikten

Den Gerichten werden Fälle zum Entscheid vorgetragen, Klagen oder dergleichen mit sog. Rechtsbegehren, denen Abweisungs- oder Gegenbegehren gegenübergestellt werden. Diese Rechtsbegehren sind Positionen zu umkämpften Rechtsgütern. Der Umfang eines Falls muss jedoch nicht unbedingt deckungsgleich mit dem Ausmass des Konflikts zwischen den Parteien sein, die Positionen nicht unbedingt identisch mit den effektiven Anliegen, Interessen der Betroffenen. Die gerichtliche Fallerledigung bewältigt deshalb nicht stets den vorhandenen Konflikt. Das ist nicht nur Theorie, sondern verbreitet Wirklichkeit und ein klarer Nachteil der urteilenden Gerichtsbarkeit gegenüber den Verhandlungs- und Vermittlungswegen.

### 4. Die Wertmassstäbe

Es ist zur Sicherung der Rechtsgleichheit ein fundamentales rechtsstaatliches Prinzip nach unseren Vorstellungen der Gewaltentrennung, dass die Legislative (zu welcher ich der Einfachheit halber hier sowohl die Parlamente und das Volk als Gesetz- und Verfassungsgeber als auch die Exekutiven, die Verordnungen erlassen, zähle) abstrakte Normen setzt, und (neben der Exekutive und der Verwaltung) die Judikative, die

Gerichtsbarkeit, diese Normen in die Lösung konkreter Fälle umsetzt. Dieser Umsetzungsprozess ist bekanntlich nicht ein mathematisch exakter Vorgang, sondern die Gesetzesanwendung ist ein geistiger Prozess, der mit Wertungen verbunden ist. Insofern ist Richten ein normschöpferischer Akt, der auch von der Persönlichkeit der RichterInnen geprägt ist, welche allerdings in ein differenziertes System von Lehre und Praxis eingebettet sind. Die für gerichtliche Urteile verbindlichen Wertmassstäbe stammen also nicht von den Konfliktparteien.

Zweck des Systems ist es, einerseits möglichst weitgehend Rechtsgleichheit und Schutz vor Willkür sowie Voraussehbarkeit der gerichtlichen Entscheide zu gewährleisten, andererseits dennoch individuell abgestimmte Konfliktlösungen anzubieten. Ich denke, dass z.B. das schweizerische Rechtssystem im allgemeinen den Vorstellungen von Rechtsgleichheit recht gut genügt. Die Entscheide entsprechen den vorherrschenden gesellschaftlichen Vorstellungen und sind in einer gewissen Bandbreite voraussehbar. Voraussehbarkeit ist oft sehr wichtig, gerade in Bereichen, in denen auch der Massstab der Angemessenheit nicht weiter führt, weil verschiedenste Lösungen gleich "gut" sein können, etwa im Transportrecht, wo für Schadenfälle eigentlich nur wesentlich ist, dass jeder Beteiligte weiss, was er selbst versichern muss.

Die Betonung der Rechtsgleichheit und Voraussehbarkeit bei den Wertmassstäben schränkt allerdings die Möglichkeit der individuellen Abstimmung einer Lösung auf den konkreten Konfliktfall ein. Dass die Anwendung dieses nicht eigenen Wertesystems auf den Konfliktfall verbindlich zudem durch RichterInnen, die Drittpersonen sind, vorgenommen wird, bedeutet klarerweise Autonomieverlust und birgt trotz möglichem Instanzenzug das Risiko einer aufgedrängten und nicht genehmen Konfliktlösung. Das ist der Preis für die Garantie von Rechtsstaatlichkeit und Rechtsgleichheit.

## 5. Vermittlung in der Gerichtsbarkeit

### a) Der Umfang

Die bisherigen Feststellungen treffen vorbehaltlos nur für die Justiz zu, soweit sie entscheidet. Im Bereich der vermittelnden Tätigkeit der Gerichte - und diese nimmt in der Realität einen breiten Raum ein und könnte noch ausgedehnt werden - sind die Akzente teilweise anders zu setzen.

In allen Zivilprozessordnungen ist die Vermittlungstätigkeit der Gerichte eine institutionell verankerte Aufgabe. In der Praxis nimmt sie vor allem auf erstinstanzlicher Ebene einen breiten Raum ein, beileibe nicht nur, aber besonders im Bereich der familienrechtlichen Verfahren. Nur ganz wenige mit Klage angehobene Scheidungsprozesse enden in einem Urteil ohne Vergleich: auch in Urteilsänderungsprozessen oder in den besonders belastenden Unterhaltsklagen mündiger Kinder gegen einen Elternteil suchen die Gerichte zunächst und zum grössten Teil mit Erfolg, Verständigungslösungen zu erzielen. Schliesslich sind in den emotional besonders aufgeladenen Verfahren bei Aufnahme des Getrenntlebens Konflikte zu lösen, die vielfach nicht wirklich justiziabel sind und durch intensive und behutsame Vermittlung einer Verständigungslösung zugeführt werden müssen.

Die Gerichte haben die Tendenz, quasi das Heft in die Hand zu nehmen und zu bestimmen. Parteien vor Gericht sind darauf eingestellt, dass die Gerichte ihnen den Entscheid abnehmen, indem sie urteilen, oder in der Vermittlung eine Lösung zu Annahme oder Verwerfung vorlegen. Das entspricht der traditionellen Rollenverteilung und ist in vielen Fällen auch dienlich. Es kann aber auch anders sein. Richtertätigkeit soll mitunter die Eigenverantwortlichkeit der Parteien unterstützen. Oft macht es Sinn, dass der Anstoss zu

Vermittlungsverhandlungen vom Gericht ausgeht, weil die Parteien den Elan nicht mehr haben, solche zu lancieren. Ich halte es auch für zulässig, dass ein Gericht, insbesondere wenn es um ein letztlich kaum justiziables Rechtsbegehren geht, die Parteien anregt, doch eine Verständigung zu suchen, allenfalls auch mit dem sanften Druck einer Fallsistierung für eine gewisse Zeit. Ich habe einmal als Familienrichter im Fall eines Ehepaars, bei welchem für die Trennung die Zuteilung der ehemals gemeinsamen Wohnung umstritten war und die Argumente beider Seiten beachtlich waren, nach eingehender Erörterung der gegenseitigen Standpunkte den Entscheid ausgesetzt und den Parteien nahegelegt, eine Verständigung, unter Umständen mit Mediation, zu suchen. Sie und ihre Anwälte waren zunächst verblüfft und meinten, sie hätten Anspruch auf ein richterliches Urteil, was auch zutrifft. Sie haben jedoch nach einigen Wochen eine Verständigung gefunden, die den Konflikt mit einer Lösung beilegte, welche nicht Inhalt eines Urteils hätte sein können und nicht Sieg für die eine und Niederlage für die andere Seite bedeutete. Beide Anwälte haben mir hinterher bestätigt, dass sich das Procedere gelohnt habe.

#### b) Positionen und Interessen in der gerichtlichen Vermittlung

Dass ein Fallentscheid nicht mit Bestimmtheit einen Konflikt löst, habe ich bereits ausgeführt. Anliegen der Parteien dürfte in der Regel trotzdem die Bewältigung des zwischen ihnen bestehenden Konflikts sein. Es muss deshalb auch im Gerichtsverfahren angestrebt werden, den Konflikt im Fall und die Interessen hinter den Positionen zu orten und einen Interessenausgleich zu finden. Wenn ein Gericht urteilen muss, ist dieses Ziel freilich nicht stets erreichbar, weil nur über Begehren entschieden werden kann, die gestellt werden, und über regelkonform eingereichte Rechtsbegehren entschieden werden muss, auch wenn sie zur eigentlichen Konfliktbewältigung nichts beitragen. Wenn indessen Gerichte vermitteln, können und sollen sie mit den Parteien über die Interessenlage diskutieren und sie dazu bringen, den Interessenausgleich zu suchen, bzw. Lösungen zum Interessenausgleich vorzuschlagen. Es ist dabei keineswegs schädlich, wenn dabei RichterInnen nicht nur unparteiisch sind, sondern zu Allparteilichkeit finden.

#### c) Abgrenzung zu aussergerichtlicher Vermittlung und speziell zur Mediation

Auch RichterInnen können ihre Rolle als PräsentatorInnen von Lösungen zeitweise aufgeben und sich eher als ModeratorInnen betätigen, somit die Verantwortung für das Suchen von Konfliktlösungen an die Parteien zurückgeben. Insofern kann eine gerichtliche Vermittlung Elemente der Mediation aufnehmen. Es gibt freilich psychologische und systemimmanente Unterschiede bei der gerichtlichen Vermittlung im Vergleich zur aussergerichtlichen, die sich nicht wegdiskutieren lassen.

Die RichterInnen tun sich - *déformation professionnelle!* - schwer damit, nicht Lösungen anzubieten, sondern ausschliesslich zu moderieren; ich selber bin im Laufe meiner Mediationsausbildung immer wieder darüber gestolpert und werde wohl nie ganz davon loskommen. Es ist zudem meine Erfahrung, dass - jedenfalls in Gerichtsverfahren und wohl nicht nur dort - die Parteien auch bei Vergleichsverhandlungen von den RichterInnen nicht in erster Linie Moderation erwarten, sondern Lösungsvorschläge. Schliesslich bleiben die RichterInnen - jedenfalls im in der Schweiz allgemein üblichen System - die EntscheidungsträgerInnen, wenn die Vermittlung erfolglos bleibt. Damit bleibt ihnen systemimmanent auch in der Phase der Vergleichsbemühungen eine ungleich dominantere Stellung als den aussergerichtlichen VermittlerInnen oder MediatorInnen. Die RichterInnen können auch nicht ohne weiteres vermittelnde Lösungen vorschlagen oder zulassen, die in wesentlichem Gegensatz zur Lösung stehen, die ohne Einigung wohl die Urteilslösung sein

müsste. Jedenfalls können sie es nicht tun, ohne die Abweichung zu deklarieren und zu begründen.

### c) Die richterliche Verantwortung in der Vermittlung

Die RichterInnen tragen in der Vermittlungsphase zwar keine Verantwortung dafür, dass eine Lösung zustande kommt, sie können aber die Mitverantwortung für den Inhalt einer vermittelnden Lösung kaum abschieben. Klar dürfte die Mitverantwortung dann sein, wenn die Lösung eine richterlich vorgeschlagene ist. Aber auch wenn die Lösungen von den Parteien kommen, müssen die vermittelnden RichterInnen sich darüber vergewissern, dass alle Betroffenen im Wissen um mögliche Alternativen bei richterlicher Entscheidung und frei zustimmen. Insofern ist im Falle der Vermittlung die richterliche Verantwortlichkeit derjenigen, die ich für die MediatorInnen postuliere, nicht unähnlich. Die Kontrolle wird beim Gericht inhaltlich allerdings weitergehen müssen als in der Mediation, weil anzunehmen ist, dass Parteien, die in ein Gerichtsverfahren involviert sind, damit zum Ausdruck bringen, dass sie einen Teil ihrer Eigenverantwortlichkeit und Autonomie abgeben wollen.

## V. Der Mediation und der Gerichtsbarkeit zugängliche Bereiche

### 1. im allgemeinen

Jeder Konflikt, bei dem die Konfliktbetroffenen etwas auszuhandeln haben, ist der Mediation zugänglich. Das sind justiziable und weniger justiziable Konflikte. Der Bereich ist sehr viel weiter als der der Gerichtsbarkeit zugängliche. Im weiteren belässt die Mediation den Menschen ein hohes Mass an Autonomie und Eigenverantwortlichkeit. Das ist Chance und Anforderung zugleich. Voraussetzung für eine erfolgreiche Mediation ist ein Mindestmass an Selbstbewusstsein und Ich-Stärke bei allen Betroffenen. Ist das Defizit zu gross, sollte von einer Mediation abgesehen werden. Die Gerichtsbarkeit andererseits entzieht den Konfliktbetroffenen einen Teil ihrer Autonomie und übernimmt zugleich einen Teil der Verantwortung für die Konfliktbewältigung. Das bedeutet nach meiner Erfahrung für nicht wenige Leute eine echte Erleichterung, insbesondere auch bei starkem Machtgefälle zwischen den Parteien. Menschen mit stärker ausgeprägtem Selbstbewusstsein reiben sich dagegen am teilweisen Autonomieverlust.

### 2. Exkurs: Mediation im öffentlichen und im Sozialversicherungsrecht

Besonders erwähnen möchte ich an dieser Stelle Konflikte im Bereich des öffentlichen Rechts. Die Auffassung, öffentliche Interessen seien nicht verhandelbar und damit auch der Mediation nicht zugänglich, ist immer noch nicht ganz überwunden, obgleich andererseits gerade im Umweltschutzbereich immer öfter Konflikte mit Mediation bearbeitet werden.

Auch im Bereich des öffentlichen Rechts macht es Sinn, bei Konflikten die ihnen zugrunde liegenden Interessen zu analysieren. Es sind dies einerseits konkretisierte Individualinteressen z.B. von Gesuchstellern, Einsprache- und Beschwerdelegitimierten sowie Einsprechern und Beschwerdeführern, andererseits „das öffentliche Interesse“, an welchem Gesuche und allfällige Einsprachen und Beschwerden zu messen sind. Auch das „öffentliche Interesse“ ist in der Regel nicht eine unverrückbare Position, sondern aufgrund

der dahinter stehenden Interessen interpretier- und somit auch verhandelbar. Die verfügende Behörde ist die Sachwalterin dieser Interessen, welche das Recht in Normen zum Schutz bestimmter Rechtsgüter formuliert hat. Sie hat bei dieser Interpretation freilich gesetzmässig vorzugehen und ist damit nicht so autonom wie ein Individuum, das über seine eigenen Interessen frei verfügen kann. Im Rahmen des Interpretationsspielraums, der durch Formulierung und bisherige Interpretationspraxis abgesteckt ist, ist das öffentliche Interesse aber verhandelbar und damit auch der Mediation zugänglich. Eine auf dem Mediationsweg ausgehandelte Vereinbarung ist sodann ins Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsverfahren eingebunden. Konkret: Einsprache- oder rekursberechtigte Dritte, die nicht in den Mediationsprozess einbezogen gewesen sind, müssen ihre Rechte wahren können. Das bedeutet, dass eine in Mediation ausgehandelte Bau- oder Betriebsbewilligung wie eine entsprechende Verfügung publiziert werden muss und anfechtbar ist. Wesentlich in diesem Zusammenhang ist die Feststellung, dass auch Behörden als Sachwalterinnen öffentlicher Interessen in einen Mediationsprozess einbezogen werden können.

Im Bewilligungswesen ist der Gedanke der Mediation nicht mehr ganz fremd, in einem anderen Gebiet des öffentlichen Rechts, dem Sozialversicherungsrecht, hingegen schon, obwohl sich gerade in diesem Rechtsbereich das Verhandeln oft geradezu aufdrängt. Das Sozialversicherungsrecht kennt viele unbestimmte Rechtsbegriffe, die komplexen Sachverhalten gerecht werden müssen, und diese Sachverhalte, z.B. medizinische Beurteilungen, sind ihrer Natur nach oft nicht mit Bestimmtheit erfassbar. Für die Entscheidungen gibt es damit erhebliche Ermessensspielräume. Ob ein Versicherungsanspruch gewährt wird oder nicht, hängt oft von Nuancen in medizinischen Gutachten ab, welche wiederum von den Gutachterpersönlichkeiten abhängen; ich denke hier z.B. die Diskussionen um das sog. Schleudertrauma. Vermittelnde Lösungen statt der Wahl zwischen allem und nichts würden sich oft aufdrängen. Speziell die Mediation könnte helfen, dass Betroffene auch in Grenzfällen ihre Würde besser bewahren könnten, ohne dass damit – unter dem Strich – das öffentliche Interesse der Kostenbegrenzung litte. Das geltende Recht lässt begrenzt vermittelnde Lösungen zu und sollte in dieser Richtung mehr geöffnet werden.

## **VI Zusammenfassung und Fazit**

### 1. Klarstellung und Relativierung der Kontraste

Mediation und Gerichtsbarkeit sind und bleiben verschiedene Modelle der Konfliktbearbeitung. Dennoch können Elemente des einen im anderen Modell fruchtbar gemacht werden. Wie bereits dargelegt, kann das hohe Mass an Autonomie und Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten in der Mediation sich von der Chance zur Belastung kehren, und können sich Betroffene am Autonomieverlust in Gerichtsverfahren reiben. Es kann weiter sein, dass eine Mediation, welche zum Erfolg führen könnte, gar nicht beginnt, weil nicht alle Beteiligten sich auf diesen Weg der Konfliktbearbeitung einigen. Damit wird Mediationswilligen dieser Weg abgeschnitten.

Im folgenden einige Anstösse zur Behauptung, dass die Überwindung von Dogmen in Mediation und Gerichtsbarkeit neue Wege öffnen kann.

## 2. MediatorInnen dürfen auch inhaltliche Impulse geben

Ich will nicht grundsätzlich in Frage stellen, dass MediatorInnen ModeratorInnen sind. Ich bin aber überzeugt und habe bereits ausgeführt, dass Moderation und Regie ohne inhaltliche Impulse letztlich nicht denkbar ist. Ich bin auch überzeugt, dass in bestimmten Situationen die Konfliktbetroffenen dankbar sind, wenn sie durch die MediatorInnen inhaltliche Denkanstösse erhalten und damit vielleicht den Ausweg aus einer Sackgasse finden. Damit verlieren sie ihre Autonomie nicht. Im Gegenteil: Eine derartige Intervention kann wohl vor drohendem Autonomieverlust aus Überforderung bewahren.

## 3. MediatorInnen sollen sich ihrer Verantwortung auch für die Verhandlungsergebnisse bewusst sein und sie wahrnehmen

Ich habe meine Auffassung über die Verantwortlichkeit der MediatorInnen ausführlich dargelegt und möchte sie an dieser Stelle als Anregung nochmals betonen. Die MediatorInnen tragen keine Verantwortung dafür, dass das Verfahren in eine Vereinbarung unter den Konfliktparteien mündet, sondern ausschliesslich dafür, dass sie ein allenfalls stossend unfaires Verhandlungsergebnis zum Thema machen. So kann Beteiligten, für welche die Eigenverantwortlichkeit zur Last zu werden droht, eine gewisse Sicherheit geboten werden. Soweit Kritik an der Idee der Mediation namentlich auch von feministischer Seite erhoben worden ist, entzündete sie sich an diesem Diskussionspunkt, nämlich daran, dass eine versöhnungswillige Partei von einer anderen, welche den Konflikt länger aushält, in einem Mediationsprozess zu letztlich unzumutbaren Zugeständnissen genötigt werden kann, wenn niemand Gegensteuer gibt. Die Anerkennung der Verantwortlichkeit in der Mediation kann vermehrt Vertrauen in die Idee schaffen. Ist Grundlage dieser Verantwortlichkeit das „Empowerment“, kann sie nicht als der Mediation wesensfremd abgelehnt werden.

## 4. Die Gerichtsbarkeit soll bewusst den Interessenausgleich suchen

Dass ein Fallentscheid nicht mit Bestimmtheit einen Konflikt löst, habe ich bereits ausgeführt. Anliegen der Parteien dürfte in der Regel trotzdem die Bewältigung des zwischen ihnen bestehenden Konflikts sein. Es muss deshalb auch im Gerichtsverfahren angestrebt werden, den Konflikt im Fall und die Interessen hinter den Positionen zu orten und einen Interessenausgleich zu finden. Gerichte sollen den Vorteil, dass sie die Parteien an den Verhandlungstisch zwingen können, nutzen, und sie können und sollen sie mit den Parteien über die Interessenlage diskutieren und den Interessenausgleich suchen.

## 4. Richtertätigkeit soll die Eigenverantwortlichkeit der Parteien unterstützen

RichterInnen haben die Tendenz, quasi das Heft in die Hand zu nehmen und zu bestimmen. Parteien vor Gericht sind darauf eingestellt, dass die RichterInnen ihnen den Entscheid abnehmen, indem sie urteilen, oder in der Vermittlung eine Lösung zu Annahme oder Verwerfung vorlegen. Das entspricht der traditionellen Rollenverteilung und ist in vielen Fällen auch dienlich. Es kann aber auch anders sein. Oft macht es Sinn, dass der Anstoss zu Vermittlungsverhandlungen vom Gericht ausgeht, weil die Parteien den Elan nicht mehr haben, solche zu lancieren. Kommt es vor Gericht zu Vermittlungsverhandlungen, ist auch wesentlich, wie sie geführt werden. Besonders produktiv sind sie dann, wenn es gelingt, die Parteien zur Hinterfragung ihrer Positionen zu bewegen und eigene Lösungsoptionen einzubringen. Die Steuerung der Verhandlungen in diesem Sinne kann erfolgreich werden, wenn die vermittelnden RichterInnen sich mit ihren eigenen Lösungsvorschlägen zunächst zurückhalten und eher bloss moderierend wirken. Ein solcher Prozess wird nie zu einer

---

Mediation, weil, wie bereits dargelegt, die RichterInnen nie ihre Funktion ganz ablegen können, kann aber durchaus mediative Elemente aufnehmen und eine auf die Individualität der Parteien abgestimmte Balance zwischen Eigenverantwortlichkeit und Fremdkontrolle ermöglichen. Ich denke, dass die Gerichte diese Art der Dienstleistung vermehrt anbieten könnten. Damit soll nicht der Forcierung von Vergleichen quasi à tout prix das Wort geredet werden. Es muss respektiert werden, dass es Konflikte gibt, in denen sich die Betroffenen nicht einigen können und den richterlichen Entscheid eher als einen Vergleich akzeptieren.

#### 5. Muss Einlassung in eine Mediation stets freiwillig sein?

Dass niemandem eine Mediation aufgedrängt werden darf, ist im deutschsprachigen Raum ein geheiligtes Prinzip. Ist es zwingend? Eine Partei an den Verhandlungstisch zu zwingen, tangiert gewiss ihre Freiheit. Der anderen Partei den Weg des gerichtlichen Prozesses aufzunötigen, tangiert jedoch deren Freiheit. Die Hochhebung des Prinzips Freiheit kann somit die Frage nicht beantworten.

Die Erfahrungen an den Gerichten mit dem Zitieren von Konfliktparteien an den Verhandlungstisch sind nicht schlecht. Oft schätzen zunächst verhandlungsunwillige Konfliktparteien später den ausgeübten Druck positiv ein und kommt es aus einer verfahrenen Situation heraus doch noch zum Konsens. Druck auf die Parteien auszuüben, sich in Verhandlungen einzulassen, kann gerade in Konflikten auf hoher Eskalationsstufe nützlich und notwendig sein. Ich denke, dass es Sinn machen würde, wenn die Gerichtsbarkeit unter bestimmten Umständen auch eine Mediation anordnen könnte. Der Start in eine aufgezwungene Mediation ist zwar nicht ideal. Jedoch ist auch eine Mediation kein Sonntagsspaziergang und kann es in deren Verlauf zu weit schwierigen Problemen kommen als demjenigen, zunächst kaum mediationswillige Konfliktbetroffene dazu zu geleiten, das Angebot einer Mediation wenigstens zu prüfen.

Unmissverständlich klar muss dabei bleiben, dass niemandem die Zustimmung zu einer Konfliktlösung aufgedrängt werden darf. Angeordnet werden dürfte ausschliesslich die Einlassung in ein Mediationsverfahren, allenfalls die Mitwirkung während einer begrenzten Dauer. Im übrigen muss die Mediation freiwillig bleiben, und ihr allfälliges Scheitern darf nicht sanktioniert werden.

---