
Ute Wunsch

Das Spannungsverhältnis zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Mediation

Auf dem Weg zu einer systematischen Neuordnung
der Konfliktlösung in unserer Gesellschaft



Wolfgang Metzner Verlag

Ute Wunsch

Das Spannungsverhältnis zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Mediation

Auf dem Weg zu einer systematischen Neuordnung
der Konfliktlösung in unserer Gesellschaft



Wolfgang Metzner Verlag

Europa-Universität Viadrina

Master-Studiengang Mediation

Masterarbeit

Studiengang 2012/2013

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2014

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

ISBN 978-3-943951-22-6 (Online)

ISBN 978-3-943951-23-3 (Print)

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

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

Inhalt

Vorwort	7
A. Einleitung	8
I. Einführung in das Thema	8
II. Ziel und Aufbau der Arbeit	10
B. Theoretischer Bezugsrahmen	11
I. Die Bedeutung sozialer Konflikte und Konfliktlösung	11
1. Der Begriff des „sozialen Konflikts“	11
2. Die Bedeutung der Konfliktlösung	12
a) Die gesellschaftliche Bedeutung der Konfliktlösung	12
b) Die individuelle Bedeutung der Konfliktlösung	13
3. Die Methoden der Konfliktlösung	14
a) Abstrakt genereller Interessenausgleich durch Recht	14
b) Konkret individueller Interessenausgleich durch Privatautonomie	17
II. Die außergerichtliche Konfliktlösung	18
1. Konfliktlösung durch bilaterale Verhandlungen	18
a) Kompetitives Verhandeln	19
b) Kooperatives Verhandeln	20
2. Konfliktlösung durch privates Schiedsgericht	20
3. Konfliktlösung durch Streitschlichtung	21
a) Freiwilliges und obligatorisches Schlichtungsverfahren	21
b) Verfassungsmäßigkeit obligatorischer Konfliktlösungsverfahren	22
aa) Die Rechtsprechung des BVerfG	22
bb) Die Kritik an der Rechtsprechung des BVerfG	23
(1) Staatlicher Grundrechtseingriff	23
(2) Fehlende Rechtfertigungsgründe	24
(3) Keine Geeignetheit des Mittels	25
(4) Fehlende Erforderlichkeit des Mittels	27
(5) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Güterabwägung)	27
4. Der Rollenkonflikt des vertretenden und schlichtenden Rechtsanwalts	28

III. Die gerichtliche Konfliktlösung	29
1. Konfliktlösung durch gerichtliche Streitschlichtung und Vergleich	30
a) Die gesetzliche Regelung der Güteverhandlung	30
b) Die historische Entwicklung des Gütegedankens	31
c) Die Funktion der Güteverhandlung	33
aa) Staatlicher Grundrechtseingriff	33
bb) Fehlende Rechtfertigungsgründe	34
cc) Keine Geeignetheit des Mittels	35
(1) Güteverhandlung als reine Formalie	35
(2) Güteverhandlung als Druckmittel zum Vergleichsabschluss	36
(3) Vergleichsreue nach Güteverhandlung	38
(4) Entlastung der Justiz nur auf Kosten der Vergleichsqualität	39
dd) Erforderlichkeit des Mittels	39
ee) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn (Güterabwägung)	39
2. Konfliktlösung durch gerichtliche Streitentscheidung	40
3. Das Verhältnis von Streitschlichtung und Streitentscheidung	40
4. Der Rollenkonflikt des schlichtenden und entscheidenden Richters	42
IV. Ergebnis zu Abschnitt B	43
C. Das Mediationsgesetz	45
I. Das Wesen der Mediation	45
1. Der Begriff der „Mediation“	45
2. Die Entstehungsgeschichte der Mediation	45
II. Der Anwendungsbereich des Mediationsgesetzes	47
III. Die Verfahrensgrundsätze der Mediation	48
1. Verfahrensziel	48
2. Verfahrensstruktur	49
3. Vertraulichkeit	50
a) Ausschluss der Öffentlichkeit	51
b) Schutz vor Verwertung der erlangten Informationen	51
aa) Verschwiegenheitspflicht des Mediators	51
bb) Verschwiegenheitspflicht des Güterichters	52
cc) Keine Beschränkung des Parteivortrags	52
dd) Keine Beschränkung des Akteneinsichtsrechts	53
4. Freiwilligkeit	54
5. Eigenverantwortlichkeit	55

IV. Die Berufspflichten des Mediators	56
1. Verfahrensleitung und Unterstützung der Konfliktparteien	56
2. Unabhängigkeit und Neutralität	57
3. Hinweispflicht auf externe Beratung	58
V. Die Grenzen der Mediation	59
VI. Die Rolle des Mediators	59
1. Der Rechtsanwalt als Mediator	59
a) Prozessverantwortung statt Ergebnisverantwortung	60
b) Unabhängigkeit und Neutralität statt Parteilichkeit	60
c) Interessenerforschung statt Interessenvertretung	60
d) Kreativität statt Anspruchsdenken	61
2. Der Richter als Mediator	61
a) Autonome Entscheidung statt Drittentscheidung	61
b) Interessenklärung statt Sachverhaltsklärung	61
3. Der Mediator als eigenständiger Beruf	62
VII. Ergebnis zu Abschnitt C	63
D. Das erweiterte Güterichtermodell	65
I. Die Modellprojekte zur gerichtlichen Mediation	65
1. Fehlende Gesetzesgrundlage für die gerichtliche Mediation	66
a) Die Vorschrift des § 278 Abs. 2 ZPO a. F.	66
b) Die Vorschrift des § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO a. F.	67
c) Die Vorschrift des § 278 Abs. 5 S. 2 ZPO a. F.	67
d) Die Analogie zu § 278 Abs. 5 S. 1 ZPO a. F.	68
2. Weitere Gesetzesverstöße durch die gerichtliche Mediation	69
a) Verstoß gegen das UWG	70
b) Verstoß gegen das RBERG	71
c) Verstoß gegen das RDG	72
3. Zielverfehlung der Stärkung der außergerichtlichen Mediation	72
II. Das Gesetzgebungsverfahren	75
1. Der Referentenentwurf des BMJ	75
2. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung	76
3. Die Anhörung im Rechtsausschuss	77
4. Die weitere Beratung im Bundestag und im Bundesrat	77
5. Die Lösung des Vermittlungsausschusses	78
6. Inkrafttreten des Gesetzes	78

III. Wortlaut und Systematik des „erweiterten Güterichtermodells“	79
1. Güterichter versus Richtermediator	79
2. Gesetzlicher Richter versus Freiwilligkeit	80
3. Gesetzlicher Richter versus Eigenverantwortlichkeit	81
4. Rollentrennung des schlichtenden und entscheidenden Richters	81
5. Die Verweisung an den Güterichter	82
6. Einsatz der Konfliktlösungsmethode der Mediation	83
7. Systematische Stellung der Norm	83
IV. Normzweck des „erweiterten Güterichtermodells“	84
V. Subsidiarität des „erweiterten Güterichtermodells“	85
VI. Verfassungsmäßigkeit des „erweiterten Güterichtermodells“	85
1. Der Justizgewährungsanspruch	85
2. Der Rechtsschutzanspruch	86
3. Verstoß gegen den Grundsatz des gesetzlichen Richters	86
VII. Ergebnis zu Abschnitt D	87
E. Maßnahmen zum Ausbau der außergerichtlichen Konfliktlösung	89
I. Vorschlag zu einer außergerichtlichen Mediation	89
II. Aufforderung zur Teilnahme an einer Informationsveranstaltung	90
III. Anordnung einer obligatorischen außergerichtlichen Mediation	91
IV. Errichtung eines Anreiz- oder Sanktionensystems	91
V. Angaben in der Klageschrift zur außergerichtlichen Mediation	92
VI. Ergebnis zu Abschnitt E	92
F. Etablierung eines Konfliktmanagementsystems in der Gesellschaft	93
I. Ergebnis zu Abschnitt F	94
G. Ergebnis und Ausblick	95
Literaturverzeichnis	96
Abkürzungsverzeichnis	110

Vorwort

Das im deutschen Zivilprozessrecht ungeklärte systematische Verhältnis zwischen schlichtender und richtender Tätigkeit der Gerichte verhindert eine klare Zuordnung der verschiedenen Konfliktlösungsmethoden und –verfahren zum gerichtlichen oder außergerichtlichen Bereich. Nach langer kontroverser Diskussion hat der deutsche Gesetzgeber im Juli 2012 erstmals ein Mediationsgesetz zur Regelung des außergerichtlichen Mediationsverfahrens erlassen. Des Weiteren hat er im Wege der Änderung verfahrensrechtlicher Vorschriften den Einsatz der Mediation in allen fünf Gerichtsbarkeiten geregelt.

Seit dem 1. August 2013 darf der Güterichter alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation im gerichtlichen Verfahren einsetzen. Damit erfolgt eine Vermischung der unterschiedlichen Methoden des Rechts und der Privatautonomie sowie der verschiedenen Verfahrensgrundsätze des gerichtlichen Verfahrens und des privatautonomen Mediationsverfahrens.

Diese Arbeit beschäftigt sich mit dem Spannungsverhältnis zwischen außergerichtlicher und gerichtlicher Mediation und geht der Frage nach, ob der Gesetzgeber sein Ziel erreicht hat, die außergerichtliche Mediation zu stärken.

Die vorliegende Schrift wurde im Sommersemester 2013 im Rahmen des Master-Studiengangs Mediation an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt/Oder als Masterarbeit geschrieben. Danken möchte ich der wissenschaftlichen und stellvertretenden wissenschaftlichen Leitung des Master-Studiengangs, Frau Prof. Dr. Ulla Gläßer, Herrn Prof. Dr. Lars Kirchhoff, Frau Nicole Becker und Herrn Dr. Felix Wendenburg für die wertvollen theoretischen Erkenntnisse in der Konfliktbearbeitung sowie Frau Pia Patricia Mahlstedt für die freundliche und konstruktive Betreuung meiner Masterarbeit.

Mein besonderer Dank gilt meinem Ehemann Alexander Reich und meinen Kindern Florian Reich und Sarah Reich, die mich stets unterstützt und damit in erster Linie zum Gelingen des Werkes beigetragen haben.

Böblingen, im Juli 2014

Ute Wunsch

A. Einleitung

I. Einführung in das Thema

Probleme kann man nie mit derselben Denkweise lösen,
durch die sie entstanden sind.

Albert Einstein

Das am 26. Juli 2012 in Kraft getretene MediationsG stellt die Antwort des Gesetzgebers auf die über ein Jahrzehnt geführte kontroverse Diskussion über die gerichtliche Mediation dar. Die Mediation wurde ursprünglich als ein ausschließliches Instrument der außergerichtlichen Streitbeilegung verstanden.¹ Daher entzündete sich mit dem ersten deutschen Projekt zur „Gerichtsnahen Mediation in Niedersachsen“² im März 2002 eine konträre Debatte, die ihren Höhepunkt während des Gesetzgebungsverfahrens zu einem „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“³ erreichte.

Das Gesetzgebungsverfahren war vor allem geprägt durch das Spannungsverhältnis zwischen außergerichtlicher Mediation und gerichtlicher Mediation. Einerseits war die Stärkung der außergerichtlichen Konfliktbeilegung das ausdrücklich erklärte wesentliche Ziel der Bundesregierung,⁴ deren Auffassung der Bundesrat teilte.⁵ Andererseits wollten die Bundesländer, die am Gesetzgebungsverfahren zu beteiligen waren, die bereits ohne gesetzliche Grundlage praktizierte Gerichtsmediation nicht mehr aufgeben. Von Seiten der Anwaltschaft erfuhr die beabsichtigte gesetzliche Verankerung der richterlichen Mediation heftige Kritik, da die Mediation als alternatives Verfahren zum Gerichtsverfahren und somit als Anwaltssache und nicht als alternative gerichtliche Methode der Streitbeilegung gesehen wurde.⁶

¹ Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15; Stichelbrock, JZ 2002, S. 633, 640; Prütting, AnwBl. 2012, S. 204; Unberath, in: Greger/Unberath, Kommentar zum MediationsG, Teil 1, Einleitung, Rnr. 1

² Niedersächsisches Justizministerium und Konsens e. V., Abschlussbericht des Projekts „Gerichtsnaher Mediation in Niedersachsen“

³ Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.07.2012, BGBl. 2012 I, S. 1577 ff.

⁴ Bundesregierung, Gesetzentwurf vom 01.04.2011, BT-Drucksache 17/5335, S. 1; Rechtsausschuss des Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht vom 01.12.2011, BT-Drucksache 17/8058, S. 1

⁵ Bundesrat, Anrufung des Vermittlungsausschusses vom 10.02.2012, BR-Drucksache 10/12, S. 2

⁶ Plassmann, AnwBl. 2012, S. 151, 152; Prütting, AnwBl. 2012, S. 204, 206

Im Vermittlungsausschuss wurde sodann ein „erheblich erweitertes Güterichtermodell“⁷ konzipiert, in das die bisher praktizierten unterschiedlichen Modelle der gerichtsinternen Mediation bis zum 1. August 2013 überführt werden sollten. Nach diesem Modell besteht keine Personenidentität des Güterichters mit dem streitentscheidenden Richter. Der Güterichter darf alle Methoden der Konfliktbeilegung einschließlich der Mediation einsetzen.

Mit dem „erweiterten Güterichtermodell“ wurde nun erstmals eine gesetzliche Grundlage für die Anwendung alternativer Konfliktlösungsmethoden durch die Justiz geschaffen. Mit diesem Kompromiss konnte schließlich die bereits seit dem 21. Mai 2011 überfällige Umsetzung der Mediations-RL⁸ erfolgen.

Das „Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung“ sieht in seinem Grundkonzept zwei Regelungskomplexe vor.⁹ Das Kernstück des Gesetzes ist das MediationsG, das Verfahrensregeln für die Mediation und Berufsregeln für den Mediator enthält.

Daneben beinhaltet das Gesetz verfahrensrechtliche Vorschriften für alle fünf Gerichtsbarkeiten, die den Mediationsgedanken stärken sollen. Auch wenn damit klargestellt ist, dass die reine Mediation den außergerichtlichen Mediatoren vorbehalten bleibt, hat sich das Verhältnis zwischen außergerichtlicher Mediation und gerichtlicher Mediation noch nicht völlig entspannt. Denn einerseits konnten mit der Neuregelung nicht alle Fragen der gerichtlichen Mediation geklärt werden und andererseits sind durch die Verständigung auf das erweiterte Güterichtermodell neue Problematiken entstanden. Wie nicht selten bei rechtspolitischen Kompromissen wurde eine verbindende Formulierung gewählt, deren Grundlage und rechtlicher Gehalt offen und unbestimmt sind¹⁰ und die es nun zu klären gilt.

⁷ Rechtsausschuss des Bundestages, Beschlussempfehlung und Bericht vom 01.12.2011, BT-Drucksache 17/8058, S. 1

⁸ Mediations-RL, Amtsblatt der Europäischen Union 2008, L 136/3 ff.

⁹ Henssler/Deckenbrock, DB 2012, S. 159, 160

¹⁰ Ahrens, NJW 2012, S. 2465, 2469

II. Ziel und Aufbau der Arbeit

Mit dieser Arbeit soll untersucht werden, ob der Gesetzgeber mit dem MediationsG und den gerichtlichen Verfahrensvorschriften sein Vorhaben erreicht hat, die außergerichtliche Mediation zu stärken, oder ob diesbezüglich Nachbesserungsbedarf besteht. Zur Beantwortung dieser Frage sollen zum einen die Verfahrens- und Berufsvorschriften des MediationsG für den außergerichtlichen Bereich betrachtet werden. Zum anderen soll die rechtsdogmatische Bedeutung des für den gerichtlichen Kontext geschaffenen „erweiterten Güterichtermodells“ ergründet, also eine begriffliche und systematische Durchdringung dieser neu geschaffenen Konstruktion versucht werden. Zur Einordnung und Bewertung der neu konzipierten Vorschriften soll zunächst ein umfassender theoretischer Bezugsrahmen hergestellt werden, in dem die traditionellen Konfliktbearbeitungsverfahren im außergerichtlichen und im gerichtlichen Bereich ausführlich dargestellt und analysiert werden.

Ziel der Arbeit ist es, das Spannungsverhältnis zwischen der außergerichtlichen und der gerichtlichen Mediation zu ergründen und Möglichkeiten aufzuzeigen, um dieses aufzulösen. Dazu sollen Leitlinien entwickelt werden zum weiteren Ausbau der außergerichtlichen Mediation und zur Gewährleistung der Verfahrenswahl durch die Konfliktparteien selbst.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Untersuchung von Konflikten mit bürgerlich-rechtlichem und familienrechtlichem Bezug. Insofern ist die Arbeit geprägt von der Tätigkeit der Verfasserin als Fachanwältin für Familienrecht und als Familien-Mediatorin. Streitigkeiten mit öffentlich-rechtlichem Hintergrund (öffentliches Recht und Strafrecht) sind nicht Gegenstand der Abhandlung.

Zur besseren Lesbarkeit wird nachfolgend die männliche Schreibweise verwendet, dennoch beziehen sich alle Angaben auf die Angehörigen beider Geschlechter.

Zunächst erfolgt in Teil B die Herstellung eines grundlegenden theoretischen Bezugsrahmens für den weiteren Gang der Untersuchung. Sodann werden in Teil C die Verfahrens- und Berufsregeln des Mediationsgesetzes und in Teil D die Regelung des „erweiterten Güterichtermodells“ erörtert. In den Teilen E und F erfolgt ein Überblick über mögliche Maßnahmen zum Ausbau der außergerichtlichen Konfliktlösung und zur Verfahrenswahl. Die Arbeit endet schließlich in Teil G mit einem Ergebnis und einem Ausblick.

B. Theoretischer Bezugsrahmen

Die Mediation und andere alternative Konfliktlösungsverfahren erfreuen sich zunehmender Akzeptanz in unserer Gesellschaft und haben im letzten Jahrzehnt auch vermehrt Eingang in die gerichtliche Praxis gefunden. Nicht nur die zahlreichen Modellversuche der gerichtlichen Mediation seit dem Jahr 2002 haben gezeigt, dass Streitigkeiten zunehmend losgelöst vom Recht befriedet werden können, sondern auch die Behandlung von Konflikten im konventionellen Gerichtsverfahren. Namentlich die Güteverhandlung soll eine für alle Beteiligten interessengerechte Konfliktlösung unabhängig von der Rechtslage und von den Prozessaussichten ermöglichen. Daher stellt sich die Frage, welche Bedeutung alternative Konfliktbearbeitungsverfahren heute haben und welche Funktionen dem Recht und der Rechtsprechung überhaupt noch zukommen. Zur Beantwortung dieser Frage sollen in diesem Abschnitt die Bedeutung der Konfliktlösung sowie die verschiedenen Konfliktlösungsmethoden und -verfahren dargestellt, analysiert und voneinander abgegrenzt werden.

I. Die Bedeutung sozialer Konflikte und Konfliktlösung

1. Der Begriff des „sozialen Konflikts“

Der Begriff „Konflikt“ leitet sich ab vom lateinischen Verb „confligere“ (Partizip Perfekt Passiv: conflictum), was „zusammenstoßen“ oder „aneinander geraten“ bedeutet. In der Sozialwissenschaft werden unter „sozialen Konflikten“ Auseinandersetzungen zwischen verschiedenen sozialen Einheiten (Personen, Gruppen, Organisationen u. a.) verstanden.¹¹ Nach Glasl ist bereits ein Konflikt vorhanden, wenn eine Partei eine Unvereinbarkeit im Denken, Fühlen oder Wollen mit einer anderen Person erlebt, die im Falle der Realisierung der Differenz als Beeinträchtigung wahrgenommen wird.¹² Einem solchen Gegensatz liegen regelmäßig widerstreitende Interessen zugrunde.¹³ Dabei sind unter „Interessen“ die Wünsche und Bedürfnisse eines Menschen zu verstehen, die sich aus dem für ihn erstrebenswerten Nutzen und Vorteilen ergeben.

¹¹ Giesen, Die Konflikttheorie, in: Endruweit, Moderne Theorien der Soziologie, S. 92; Endruweit/Trommsdorf, Wörterbuch der Soziologie, S. 281; Hillmann, Wörterbuch der Soziologie, S. 443

¹² Glasl, Konfliktmanagement, S. 17

¹³ Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, S. 15

Das können sowohl materielle Güter, also gegenständliche Sachgüter, als auch immaterielle Güter wie emotionale Zuwendung, Anerkennung für erbrachte Leistungen, Gesundheit etc. sein.

2. Die Bedeutung der Konfliktlösung

a) Die gesellschaftliche Bedeutung der Konfliktlösung

Nach Kocher ergeben sich aus den gesellschaftlichen Funktionen der „Konfliktlösung“ die Anforderungen an die Rechtsprechung als staatliche Konfliktbearbeitungs-Institution.¹⁴ Die Untersuchung von Entstehung, Verlauf und Regelung von Konflikten ist Aufgabe der sozialwissenschaftlichen Konflikttheorien.

Die Konflikttheorie von Thomas Hobbes (1588 bis 1679)¹⁵ nimmt den destruktiven Naturzustand des Menschen als Bedrohung wahr, in dem jeder gegen jeden Krieg führt,¹⁶ und zu dessen Begrenzung eine Herrschaftsordnung herzustellen ist. Dahingegen beruhen Konflikte nach der Gesellschaftstheorie von Karl Marx (1818 bis 1883)¹⁷ auf ungleichen gesellschaftlichen Strukturen, die durch den Klassenkampf zu überwinden sind.¹⁸

Die Akteurstheorie von Georg Simmel (1858 bis 1917) geht nicht von den gesellschaftlichen Strukturen aus, sondern schließt umgekehrt von den Akteuren auf die Gesellschaft. Simmel sieht den Konflikt als entscheidenden Faktor zur Integration der Menschen in Gruppen und daher als Form der Vergesellschaftung an¹⁹ und betont die positive und integrierende Rolle des Antagonismus.²⁰

¹⁴ Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, S. 9

¹⁵ Die Theorie von Hobbes ist eine der auf der Natur des Menschen begründeten Theorien des 16./17. Jahrhunderts.

¹⁶ Noetzel, Die Konflikttheorie von Thomas Hobbes, in: Bonacker, Sozialwissenschaftliche Konflikttheorien, S. 33, 36

¹⁷ Die Theorie von Marx ist eine der auf der gesellschaftlichen Ordnung beruhenden Theorien des 18./19. Jahrhunderts.

¹⁸ Demirovic, Die Konflikttheorie von Karl Marx, in: Bonacker, Sozialwissenschaftliche Konflikttheorien, S. 47, 49

¹⁹ Simmel, Der Streit, in: Bühl, Konflikt und Konfliktsoziologie, S. 65

²⁰ Simmel, Der Streit, in: Bühl, Konflikt und Konfliktsoziologie, S. 68

Die moderne Konflikttheorie von Ralf Dahrendorf (1929 bis 2009) sieht die Ursache von sozialen Konflikten in ungleichmäßigen Gesellschaftsstrukturen²¹ und damit in ungleichen Lebenschancen im Sinne von individuellen Handlungsmöglichkeiten innerhalb einer bestimmten Sozialstruktur.²² Wie Revolutionen durch die ganze Menschheitsgeschichte hindurch beweisen, führt die Unterdrückung von sozialen Konflikten zu ihrer Intensivierung. Daher sind Konflikte zur Entschärfung ihrer Gewaltsamkeit unter Kontrolle zu bringen.²³

Wie aus den verschiedenen beispielhaft genannten sozialwissenschaftlichen Konflikttheorien deutlich wird, hängt das Verständnis des Konflikts von den jeweiligen gesellschaftlichen und kulturellen Rahmenbedingungen ab.²⁴ Die verschiedenen Konflikttheorien unterscheiden sich zwar in der Frage, ob Konflikte als fortschritthemmende Störungen für individuelles und gesellschaftliches Leben zu betrachten sind oder ob sie unabdingbarer Motor des sozialen Wandels und des gesellschaftlichen Fortschritts sind.²⁵ Dennoch kommen alle Theorien zu dem gleichen Ergebnis, nämlich dass Konflikte zur Beschränkung der Selbsthilfe im Interesse des gesellschaftlichen Zusammenlebens durch einen auf Macht basierten Entscheidungsmechanismus zu begrenzen sind.²⁶ Somit ergibt sich aus dem Gewaltmonopol des Staates die Aufgabe der Konfliktbeendigung durch die Judikative als dritte Staatsgewalt.²⁷

b) Die individuelle Bedeutung der Konfliktlösung

Neben der gesellschaftlichen Bedeutung kommt der Konfliktlösung auch eine individuelle Bedeutung für die vom Konflikt Betroffenen zu, die oft eine große Belastung erleben.²⁸ Glasl vergleicht die seelischen Befindlichkeiten in einem Konflikt mit einem Fluss im Gebirge. Die Betroffenen werden vom Strudel der Konfliktereignisse mitgerissen.²⁹

²¹ Lamla, Die Konflikttheorie als Gesellschaftstheorie, in: Bonacker, Sozialwissenschaftliche Konflikttheorien, S. 207, 213

²² Dahrendorf, Lebenschancen, S. 55; Dahrendorf, Der moderne soziale Konflikt, S. 39

²³ Lamla, Die Konflikttheorie als Gesellschaftstheorie, in: Bonacker, Sozialwissenschaftliche Konflikttheorien, S. 207, 219

²⁴ Bonacker, Sozialwissenschaftliche Konflikttheorien, in: Bonacker, Sozialwissenschaftliche Konflikttheorien, S. 9, 16

²⁵ Hillmann, Wörterbuch der Soziologie, S. 444

²⁶ Kocher, Funktionen der Rechtsprechung, S. 27, und 35

²⁷ Köper, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, S. 74

²⁸ Bastine, Konflikte klären, Probleme lösen - die Psychologie der Mediation, in: Haynes/Mecke/

Bastine/Fong, Mediation – vom Konflikt zur Lösung, S. 11, 13

²⁹ Glasl, Konfliktmanagement, S. 39; Unberath, Chancen und Risiken der Alternativen Konfliktlösung, in: Fischer/Unberath, Das neue Mediationsgesetz, S. 1, 7

Konflikte beeinträchtigen sowohl die Wahrnehmungsfähigkeit als auch das Denk- und Vorstellungsvermögen, sodass die Geschehnisse nur noch verzerrt und einseitig gesehen werden können. Das Gefühlsleben wird beeinträchtigt, weil die Betroffenen hin- und hergerissen sind, bis sich starke Gefühle festsetzen, die dann ein Eigenleben führen. Im Willensleben tritt eine Erstarrung ein, die die Flexibilität hinsichtlich der Handlungsalternativen einengt. All diese Beeinträchtigungen wirken zusammen, bis die Betroffenen die Kontrolle über sich selbst verlieren. Durch Worte und Taten lösen sie Wirkungen aus, die sie zumeist so gar nicht gewollt haben. Um dieser Konfliktdynamik zu entkommen, ist der individuelle Konflikt im Interesse der Konfliktbetroffenen zu lösen und wieder eine tragfähige Beziehung zwischen ihnen herzustellen.³⁰

3. Die Methoden der Konfliktlösung

Nachdem Konflikte auf gegensätzlichen Interessen beruhen, hat die Konfliktlösung durch einen Ausgleich der Interessen zu erfolgen. Zur Erzielung eines Interessenausgleichs kommen verschiedene Konfliktlösungsmethoden in Betracht, nämlich die juristische Methode durch Anwendung vorgegebener Rechtsnormen oder die privatautonome Methode durch Vereinbarung individueller Lösungen.

a) Abstrakt genereller Interessenausgleich durch Recht

Unter dem Begriff „Recht“ wird sowohl das „objektive Recht“ als Gesamtheit aller gesellschaftlicher Normen als auch das „subjektive Recht“ als eine aus dem objektiven Recht ableitbare Befugnis des Einzelnen verstanden.³¹

Das Recht in Form von Gesetzen und Verordnungen sowie in Form von Auslegung in Rechtsprechung und Literatur stellt einen abstrakten, also vom Einzelfall losgelösten generellen, d. h. auf Allgemeingeltung gerichteten Ausdruck von Interessen und Gerechtigkeitsvorstellungen dar. Die Rechtsordnung und das allgemeine Rechtsgefühl bedingen sich gegenseitig.³² Einerseits prägt die Rechtsordnung das allgemeine Rechtsgefühl, andererseits ist die Rechtsordnung entsprechend dem allgemeinen Rechtsgefühl zu gestalten.

³⁰ Glasl, Konfliktmanagement, S. 348

³¹ Tilch/Arloth, Deutsches Rechts-Lexikon, S. 3445; Creifelds/Weber, Rechtswörterbuch, S. 931

³² Montada/Kals, Mediation, S. 133

Nierhauve geht davon aus, dass potenziell jedes Problem der sozialen Wirklichkeit zu einer rechtlichen Entscheidungsfrage werden kann.³³ Dahingegen unterscheiden Montada/Kals richtigerweise justiziable und nicht justiziable Konflikte, wie zum Beispiel eine erlebte Unausgewogenheit des Austauschs während einer Ehe.³⁴

Das deutsche Zivilrecht beruht auf dem Aktionensystem des Römischen Rechts, das ein sehr einfaches Entscheidungsverfahren durch Heben oder Senken des Daumens war.³⁵ „Actio“ bedeutet „Handlung“, „Rechtshandlung“, „Klage“ oder „Anspruch“. Ursprünglich wurde das Innehaben eines Anspruchs und dessen Geltendmachung mit diesem einen Wort umschrieben, bis das materielle Recht im 19. Jahrhundert vom formellen Recht gelöst wurde. Nach § 194 Abs. 1 BGB in der Fassung des BGB von 1896 ist ein Anspruch „das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen“.

Rechtsnormen sind in der Weise aufgebaut, dass sie die Tatbestandsvoraussetzungen beschreiben sowie den konkreten Anspruch, der sich bei deren Vorliegen als Rechtsfolge ergibt. Aus dieser Struktur ergibt sich ein bipolarer Aufbau (ja - nein) der Rechtsnormen.³⁶ Entweder sind alle Tatbestandsvoraussetzungen erfüllt, dann ergibt sich ein Anspruch – oder sie sind nicht erfüllt, dann besteht kein Anspruch. Demgegenüber ist die den Konflikten zugrunde liegende Lebenswirklichkeit sehr komplex. Deshalb besteht die Aufgabe des Rechtsanwenders darin, die soziale Realität in einen juristisch relevanten Sachverhalt zu transformieren. Diese Passung erfolgt notwendigerweise selektiv, da für eine bestimmte Rechtsgrundlage alle irrelevanten oder unpassenden Informationen weggelassen werden müssen. Ein rechtlicher Anspruch hat mit dem eigentlichen Begehren oft wenig zu tun. Vor allem in Trennungs- und Scheidungssituationen können Ungerechtigkeitsgefühle der Beteiligten nicht behandelt werden, da diese nicht justiziabel sind.³⁷ Daher dreht sich der Streit hier regelmäßig ums Geld.

³³ Nierhauve, Juristische Mediation oder mediative Jurisprudenz?, in: Schramm/Frey/Kähler/Müller-Mall/Wapler, Konflikte im Recht – Recht der Konflikte, S. 261, 270

³⁴ Montada/Kals, Mediation, S. 47

³⁵ Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15, 18

³⁶ Bühring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business, S. 220

³⁷ Montada/Kals, Mediation, S. 47

Der bipolare Aufbau der Rechtsnormen führt zwangsläufig zu einem Gewinner-Verlierer-Schema im Sinne eines Nullsummenspiels, bei dem der eine das gewinnt, was der andere verliert. Für kreative Win-Win-Lösungen bietet das Recht keine Grundlage.³⁸ Allenfalls kann ein Kompromiss auf gerader Linie zwischen dem einen und dem anderen Pol gefunden werden.³⁹

Gelingt den Streitenden eine Regelung ihres Interessenkonflikts nicht selbst, ist das Recht als „ultima ratio“ der letzte Ausweg zur Beendigung des Konflikts, was aber nicht notwendigerweise eine Lösung des Problems bedeutet. Die wesentliche Funktion des Rechts liegt in der Entscheidung eines jeden Streits. Dieser Zwang macht das Recht zum Gegenpart aller individuellen Interaktionsprozesse.

Dem Recht als subsidiärem Normensystem kommt die Funktion einer Macht- und Fairnesskontrolle zu.⁴⁰ Andernfalls würde einer stärkeren Partei im Verhandlungswege alleine aufgrund der ihr zukommenden größeren Macht die Erzwingung eines unausgewogenen Ergebnisses möglich sein.⁴¹ Durch das subsidiäre Normensystem hat die schwächere Partei aber die Möglichkeit, aus den Verhandlungen auszusteigen und sich des Rechtssystems zur Durchsetzung ihrer Interessen zu bedienen.

Weiter kommt dem Recht die Funktion einer „Schatzkammer“ zu, in der ein reicher Schatz an praktischer Lebensklugheit verborgen ist, der für Verhandlungen nutzbar gemacht werden kann.⁴² Oft sind in gesetzlichen Normen Erfahrungen, Ideen und Lösungen enthalten, auf die die Konfliktparteien noch gar nicht gekommen sind und mit denen sich eine Auseinandersetzung lohnt. Somit ist das Recht auch dazu geeignet, eine akzeptable Lösung zu finden, der die Vermutung von Neutralität und Ausgewogenheit zukommt.⁴³

Im Hinblick auf die genannten Funktionen des Rechts muss das Recht als das traditionelle Normensystem auch bei Zunahme kooperativer Konfliktbehandlung weiterhin Bestand haben.⁴⁴

³⁸ Breidenbach, Mediation, S. 78

³⁹ Bühring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business, S. 220; Hager, Konflikt und Konsens, S. 68

⁴⁰ Mahlstedt, Die Rolle des Rechts in der gerichtlichen Mediation, S. 17

⁴¹ Köper, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, S. 85

⁴² Mahlstedt, Die Rolle des Rechts in der gerichtlichen Mediation, S. 20 f.

⁴³ Köper, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, S. 103 f.

⁴⁴ Köper, Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren, S. 66

b) Konkret individueller Interessenausgleich durch Privatautonomie

Die Rechtsordnung legt die Art und Weise der Konfliktbehandlung vollständig in die Hände der Bürger.⁴⁵ Diese können im Wege der Privatautonomie, d. h. der Befugnis, ihre Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung durch Rechtsgeschäfte eigenverantwortlich zu gestalten,⁴⁶ ihren Konflikt ohne staatlichen Eingriff beilegen. Die Privatautonomie ist ein Strukturelement der freiheitlichen Grundordnung.⁴⁷ Innerhalb der verfassungsmäßigen Ordnung wird das das Prinzip der Selbstbestimmung des Menschen durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt.⁴⁸ Danach bestimmen die Bürger selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind und verfügen damit über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Grundsätzlich hat der Staat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen zu respektieren. Allerdings hat die Rechtsordnung zur Vermeidung eines Missbrauchs der autonomen Rechtsgestaltung dort zwingende Grenzen zu setzen, wo sie in Widerspruch zu den Grundprinzipien der Rechts- und Sittenordnung tritt.⁴⁹ Daher greifen als Korrektiv ergänzend zivilrechtliche Generalklauseln⁵⁰ ein, die im Lichte der Grundrechte auszulegen sind.⁵¹

Während die einem Konflikt zugrunde liegende Komplexität im Interesse einer standardisierten Behandlung im Normensystem abstrahiert werden muss, kann der Konflikt außerhalb des Rechts in seiner Gesamtheit betrachtet werden, also der Oberflächenkonflikt (aufgestellte Position) von der Tiefenstruktur des Konflikts (verletzte und bedrohte Interessen und Bedürfnisse) unterschieden werden.⁵² Das Recht blendet zum Zwecke einer rationalen Streitbewältigung die Gefühle der Parteien als unerheblich aus, obwohl gerade diese einen Hinweis auf die wesentlichen verletzten Interessen und damit das psychologisch Wesentliche des Konflikts liefern. Zudem sind Gesetze oft umstritten und entsprechen häufig nicht den persönlichen Gerechtigkeitsüberzeugungen der Bürger. Daher können die Interessen der Konfliktparteien mit einer selbstbestimmten Konfliktlösung jenseits des Rechts meist besser verwirklicht werden.

⁴⁵ Breidenbach, Mediation, S. 80

⁴⁶ Ellenberger, in Palandt, Kommentar zum BGB, Überblick vor § 104 BGB, Rnr. 1

⁴⁷ Beschluss des BVerfG vom 07.02.1990, BVerfGE, S. 242, 254

⁴⁸ Beschluss des BVerfG vom 04.06.1985, BVerfGE 70, S. 115, 123

⁴⁹ Beschluss des BVerfG vom 07.02.1990, BVerfGE, S. 242, 252 ff.; Ellenberger, in Palandt, Kommentar zum BGB, § 138 BGB, Rnr. 1

⁵⁰ Vor allem § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) und § 242 BGB (Treu und Glauben)

⁵¹ Grundlegend Urteil des BVerfG vom 15.01.1958, BVerfGE 7, 198, 206

⁵² Montada/Kals, Mediation, S. 58

Maßstab für die Konfliktbehandlung sind deshalb in erster Linie die Interessen der Konfliktparteien.⁵³ Deshalb ist die richtige Methode der Konfliktlösung aus ihrer Sicht zu beantworten. Wünschen die Parteien die Beendigung eines in der Vergangenheit liegenden Streits oder die grundsätzliche Klärung von Rechtsfragen, ist die juristische Konfliktlösung das geeignete Mittel zum Zweck; wünschen die Parteien aber eine umfassende Klärung ihres Problems und den Erhalt ihrer Beziehung, erweist sich eine selbstbestimmte Konfliktlösung meist als tragfähiger.

II. Die außergerichtliche Konfliktlösung

Nachdem eine vom Recht losgelöste Konfliktlösung den Interessen der Konfliktparteien oft besser entspricht, soll nun der Frage nachgegangen werden, auf welche Weise ein privatautonomer Interessenausgleich erzielt werden kann.

1. Konfliktlösung durch bilaterale Verhandlungen

Die grundlegende Methode, um Interessengegensätze in unserer Gesellschaft auszugleichen, ist das Verhandeln.⁵⁴ Üblicherweise werden intuitiv erworbene Techniken angewandt. Doch Verhandeln ist ein Vorgang, der erforscht und auch gelehrt und gelernt werden kann. Trotzdem kommt der Verhandlungslehre noch zu wenig Aufmerksamkeit zu. Obwohl unsere heutige Generation viel mehr Fachwissen hat als alle früheren Generationen, waren uns frühere Zeitalter, vor allem die Antike und das Mittelalter, in dem Bemühen, dem Verhandeln eine wissenschaftliche Grundlage zu geben, weit voraus.⁵⁵ Im Hinblick darauf, dass das Aushandeln von Verträgen und die Beilegung von Konflikten den Arbeitsalltag oft mehr prägen als die Anwendung spezifischen Fachwissens, und im Hinblick darauf, dass das Fachwissen ohnehin immer schneller veraltet, gewinnt die Verhandlungs- und Konfliktlösungskompetenz immer mehr an Bedeutung.⁵⁶ Erst seit Anfang der 1980er-Jahre gibt es weltweit eine ernst zu nehmende Verhandlungsforschung, die in engem Zusammenhang mit dem Bemühen steht, für Konfliktfälle eine Alternative zum staatlichen Gerichtsverfahren aufzuweisen.

⁵³ Breidenbach, *Mediation*, S. 81

⁵⁴ Krysmanski, *Soziologie des Konflikts*, S. 143; Haft, *Verhandlung und Mediation*, S. XIX; Fisher/Ury/Patton, *Das Harvard-Konzept*, S. 19; Unberath, *Chancen und Grenzen der Alternativen Konfliktlösung*, in: Fischer/Unberath, *Das neue Mediationsgesetz*, S. 1, 10

⁵⁵ Haft, *Verhandlung und Mediation*, S. VIII

⁵⁶ Risse, *Zeitschrift für Mediation*, 1999, S. 131, 134

Daher sind mittlerweile die Verfahren der Verhandlung und darauf aufbauend die der Mediation in den Blickpunkt des wissenschaftlichen Interesses gerückt.⁵⁷

a) Kompetitives Verhandeln

Haft unterscheidet das „intuitive Verhandeln“ vom „rationalen Verhandeln“.⁵⁸ Nach Risse ist das „kompetitive Verhandeln“ das am häufigsten intuitiv genutzte Verhandlungsmuster im Gegensatz zum rational angewandten „fairen Verhandeln“.⁵⁹ Das kompetitive Verhandeln ist dadurch charakterisiert, dass beide Seiten die Verhandlung mit Maximalforderungen beginnen und anschließend im Wege der sog. „Basarmethode“ oder „negotiation dance“ um wechselseitige Zugeständnisse ringen, ohne allerdings ihre wahren Beweggründe offenzulegen. Das kompetitive Verhandeln beruht auf der Grundannahme eines Verteilungskampfes, bei dem es gilt, einen Kompromiss irgendwo auf einer Geraden zwischen den ursprünglich erhobenen Forderungen zu finden. Ebenso wie bei der juristischen Konfliktlösung bleiben dabei alternative Lösungsmöglichkeiten ungeprüft, die für die Parteien günstiger sein könnten.⁶⁰

Der eigentliche Grund für das intuitive kompetitive Verhandeln liegt darin, dass die Parteien mit der den Verhandlungen innewohnenden Komplexität überfordert sind. Denn in den meisten Verhandlungen stehen viele Interessen zur Disposition. In dem Bemühen, die Komplexität zu reduzieren, werden die verschiedenen Aspekte des Problems in einer einzelnen Position gebündelt, welche die eigentliche Fragestellung abstrahiert und so die Verhandlung scheinbar vereinfacht. Damit ignorieren die Parteien ihre subjektiv unterschiedliche Bewertung der verschiedenen Aspekte und lassen den Lösungsspielraum, der gerade durch die Komplexität des Verhandlungsgegenstandes eröffnet wird, ungenutzt.⁶¹ Diese Verhandlungsmethode erinnert an juristische Normen, die ebenfalls der Begrenzung der Komplexität dienen. Es zeigt sich, dass eine wie immer geartete Komplexitätsreduktion den Interessen der Parteien meist nicht gerecht wird.

⁵⁷ Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15

⁵⁸ Haft, BB 1998, Beilage 10, S. 15, 17 ff.; Haft, Verhandlung und Mediation, S. 9 ff.

⁵⁹ Risse, Zeitschrift für Mediation, 1999, S. 131

⁶⁰ Risse, Zeitschrift für Mediation, 1999, S. 131, 132

⁶¹ Risse, Zeitschrift für Mediation, 1999, S. 131, 133

b) Kooperatives Verhandeln

Das rationale kooperative Verhandeln zeichnet sich dadurch aus, dass die hinter den Positionen liegenden Bedürfnisse, Wünsche, Hoffnungen und Erwartungen der Konfliktparteien offengelegt werden, da in ihnen der Schlüssel zum Verhandlungsziel, einer sachgerechten, möglichst beiden Partnern zum Vorteil gereichenden Lösung, verborgen liegt. Nach Haft führen die Parteien beim rationalen Verhandlungsmodell keinen Kampf, sondern mühen sich um Kooperation.⁶² Allerdings weisen Montada/Kals darauf hin, dass eine gemeinsame Konfliktlösung durch bilaterale Verhandlungen nicht nur Chancen, sondern auch Risiken in sich birgt, vor allem wenn Manipulationen nicht erkannt und abgewehrt werden können.⁶³ Diese und andere Risiken können in der Mediation durch die Verhandlungskompetenz eines Mediators minimiert werden.

2. Konfliktlösung durch privates Schiedsgericht

Im Gegensatz zur Verhandlung erfolgt die Konfliktbeilegung im Wege eines Schiedsgerichts und einer Streitschlichtung nicht durch die Verhandlungspartner selbst, sondern durch die Machtausübung privater Dritter.

Bei einem Schiedsgerichtsverfahren verständigen sich die Konfliktparteien auf einen Schiedsspruch über ihren Konflikt durch ein privates Schiedsgericht. Häufig erfolgt eine solche Verständigung bereits vor dem Konfliktfall im Rahmen vertraglicher Regelungen, sog. Schiedsklauseln. Unter Beachtung der Mindestpostulate der Verfahrensgerechtigkeit gem. § 1042 ff. ZPO können die Parteien das Schiedsverfahren nach § 1042 Abs. 3 ZPO einvernehmlich selbst bestimmen.⁶⁴

Die Vorteile gegenüber den ordentlichen Gerichten ergeben sich daraus, dass die frei gewählten Schiedsrichter eine entsprechende Sachkunde mitbringen und das Vertrauen beider Konfliktparteien genießen. Das Verfahren bietet mehr Vertraulichkeit, da es unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfindet. Außerdem ist es wesentlich flexibler, da weniger Formalien zu beachten sind. Da das Schiedsgericht als einzige Instanz eine endgültige Entscheidung trifft, ist es kostengünstiger als ein staatliches Gerichtsverfahren und kann schneller abgewickelt werden.

⁶² Haft, *Verhandlung und Mediation*, S. 32

⁶³ Montada/Kals, *Mediation*, S. 42

⁶⁴ Geimer, in: Zöller, *Kommentar zur ZPO*, § 1042 ZPO, Rnr. 1