

## Zum Umgang mit Machtungleichgewichten in der Mediation\*

– Problemaufriss und Regelungsvorschlag –

### Summary

*A paradigm shift can currently be seen to be happening in terms of how conflicts are handled: the range of different conflict management procedures on offer is becoming increasingly varied. Mediation as a procedure of establishing interests in a structured manner assumes a key role within this. On the one hand, it can help support the parties involved in the conflict to select the procedure which is most suited for handling their conflict, whilst, on the other hand, mediation can itself be selected as the procedure for managing the conflict. Mediation, however, not only initiates and promotes self-determination within conflicts, but it also sets this as a precondition. This contribution will help to illustrate that mediation runs the risk of discrediting itself if it is exploited by stronger parties to the detriment of weaker parties. The aim is to develop mechanisms aimed at protecting the weaker parties in mediation procedures so as to ensure that they do not have to be protected from mediation.*

### Résumé

*On observe actuellement un changement de paradigmes en matière de gestion des conflits : procédures de règlement des conflits est en effet de plus en plus différenciée. La médiation, en sa qualité de procédure structurée de définition des intérêts, la choix d'acquiert à cet égard un rôle clé. D'une part, elle peut aider les parties au conflit à choisir la procédure la mieux adaptée à leur situation, et de l'autre, elle constitue déjà en tant que telle une possible procédure de règlement de conflit. La médiation ne se borne toutefois pas à stimuler et promouvoir l'autodétermination dans le conflit : elle en fait également une condition nécessaire. Cet article entend démontrer que la médiation court le risque de se discréditer elle-même, aussi longtemps qu'elle sera utilisée par les parties plus fortes pour duper systématiquement les parties plus faibles. L'objectif est de mettre au point des mécanismes qui protègent les parties plus faibles dans le cadre de la médiation, pour ne pas devoir les protéger de la médiation elle-même.*

## I. Paradigmenwechsel in der Konfliktbeilegung

Menschen in eskalierten Konflikten haben die unterschiedlichsten Bedürfnisse. Manche streben nach einer raschen sachlichen Lösung, für andere steht die gründliche Wieder-

---

\* Dr. Felix Wendenburg ist Co-Leiter des Kernbereichs Wirtschaft am Institut für Konfliktmanagement an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder).

herstellung von Harmonie im Vordergrund, wieder andere wollen vor allem eine Kompensation für erlittenes Unrecht erhalten. Zwei Bedürfnisse jedoch haben konfliktbetroffene Menschen in der Regel gemeinsam: Sie wollen ihren Konflikt auf eine Art und Weise beilegen, die funktioniert, und sie wollen in einer Konfliktlösung ihre Interessen verwirklicht sehen.

In wachsendem Maße ist unsere Gesellschaft bemüht, das Spektrum der Konfliktbearbeitungsverfahren bedarfsgerecht zu erweitern:<sup>1</sup> Für Familienkonflikte stehen neben dem Gerichtsverfahren Familienberatungsstellen, Mediatoren, Moderatoren, Coaches und Therapeuten zur Verfügung; im Bereich der Planung und Umsetzung von öffentlichen Großprojekten gibt es neben Gerichtsverfahren, (ggf. projektbegleitender) Schlichtung, Schiedsgutachten und Mediation verschiedene Formen partizipativer oder konsultativer Entscheidungsfindung; für Wirtschaftskonflikte zwischen Unternehmen hat der Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft<sup>2</sup> unlängst siebzehn wählbare Konfliktbearbeitungsverfahren ermittelt. Mit zunehmender Ausdifferenzierung dieses Verfahrensspektrums und einer steigenden Nutzungshäufigkeit von Alternativen zum Gerichtsverfahren stellt sich die Frage, wie gewährleistet werden kann, dass Konfliktparteien ein für ihr Anliegen passendes Verfahren der Konfliktbearbeitung wählen<sup>3</sup> – und in diesem Verfahren fair behandelt werden. Während Untersuchungen zur Verfahrensgerechtigkeit des Gerichtsverfahrens Tradition haben,<sup>4</sup> steckt die Forschung zum Schwächerenschutz in weniger formalisierten Konfliktbearbeitungsverfahren noch in den Kinderschuhen.

Dieser Beitrag widmet sich der Frage, warum es notwendig ist, schwächere Parteien in der Mediation vor einer Übervorteilung zu bewahren und wie dies geleistet werden kann.

## II. Der Umgang mit Konflikten verändert sich grundlegend

Im Umgang mit Konflikten findet in zur Zeit ein Paradigmenwechsel statt. Ausgehend von US-amerikanischen Erfahrungen aus den letzten drei Jahrzehnten etablieren sich in unterschiedlichen gesellschaftlichen Bereichen Mechanismen, die Konfliktbetroffene dabei unterstützen, für ihren Konflikt die am besten geeignete Bearbeitungsform zu finden. Von justiznahen Konfliktberatungsstellen wie der Öffentlichen Rechtsauskunft

- 1 Vgl. für einen Überblick über die Charakteristika unterschiedlicher Konfliktbearbeitungsverfahren die von *Unberath* begründete Aufsatzreihe „ADR-Verfahren im Vergleich“, Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2012, 72 ff.
- 2 Im Round Table Mediation und Konfliktmanagement der deutschen Wirtschaft, der seit dem Jahr 2008 besteht, haben sich ca. 60 (Groß-)Unternehmen mit dem Ziel zusammengeschlossen, alternative Methoden der Konfliktbeilegung zu fördern und Konfliktmanagement im Unternehmen institutionell und organisatorisch zu verankern. Nähere Informationen finden sich bei *Briem/Klowait*, Konfliktodynamik 2012, 66 ff. und unter [www.rtmkm.de](http://www.rtmkm.de).
- 3 Einen auf den Kontext der Unternehmenskonflikte zugeschnittenen Ansatz einer systematischen Verfahrenswahl hat *Bombardier Transportation* entwickelt, vgl. *Hagel/Steinbrecher*, Konfliktodynamik 2012, 24 ff.
- 4 Z.B. *Bierbrauer/Gotwald/Birnbreier-Stahlberger*, Verfahrensgerechtigkeit. Rechtspsychologische Forschungsbeiträge für die Justizpraxis, 1995.

in Hamburg<sup>5</sup> oder den sog. Mediationsbeauftragten an bayerischen Zivilgerichten,<sup>6</sup> die im Jahr 2013 etabliert wurden, über institutionalisierte Verfahrenswahl-Abläufe bei den nationalen und internationalen Industrie- und Handelskammern<sup>7</sup> (allen voran bei der International Chamber of Commerce in Paris)<sup>8</sup> und Schiedsgerichtsinstitutionen bis zum External Action Service der EU,<sup>9</sup> der der noch jungen Mediation Support Unit der UN<sup>10</sup> nachgebildet wird, folgen Institutionen dem Trend, Konfliktparteien kriteriengeleitet bei der Entscheidung über das am besten geeignete Konfliktbearbeitungsverfahren zu unterstützen. Immer häufiger setzen Konfliktparteien auf die Mediation, die es ihnen erlaubt, rasch, kostengünstig und oftmals beziehungsschonend, eigenständig eine interessengerechte Lösung für ihren Konflikt zu entwerfen.

## 1. Passgenaue Zuordnungen

Das erste Element dieses Paradigmenwechsels besteht in der Abkehr von einer bislang noch häufig erratisch verlaufenden Verfahrenswahl.<sup>11</sup> Anstatt nach einer gescheiterten Verhandlung direkt den Weg zum Gericht einzuschlagen, lassen sich immer mehr Konfliktbetroffene – Privatpersonen, Unternehmen und Institutionen – darüber beraten, mit Hilfe welchen Verfahrens sich ihr Konflikt am besten beilegen ließe. In Verfahrenswahl-Verfahren wird danach gefragt, wie komplex der Streitgegenstand ist, ob eher Sachfragen oder nicht justiziable Beziehungs- oder Werteaspekte im Vordergrund stehen, wie groß die Einigungsbereitschaft ist, ob ein Präzedenzfall geschaffen werden muss, welche Rolle Verfahrensdauer und -kosten spielen etc.: Es werden also *Verfahrensinteressen* eruiert.<sup>12</sup> Nicht selten entscheiden Konfliktparteien sich anschließend für ein Mediationsverfahren, das ihnen die Möglichkeit bietet, mit Hilfe eines nicht entscheidungsbefugten Dritten innerhalb einer vorgegebenen Verfahrensstruktur über den Umgang einer Interessenermittlung gemeinsam Lösungen zu entwickeln.<sup>13</sup>

5 ÖRA, vgl. <http://www.hamburg.de/oera/>.

6 Hierzu *Schobel*, ZKM 2012, 191 ff.

7 Vgl. z.B. für die IHK München und Oberbayern *Schlehe*, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg (Hrsg.), *Konfliktmanagement in der Wirtschaft – Ansätze, Modelle, Systeme*, 2014, S. 395 ff.

8 Hierzu *Tümpel*, *Konfliktdynamik* 2012, 152 ff. und *Tümpel*, in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg (Hrsg.), *Konfliktmanagement in der Wirtschaft – Ansätze, Modelle, Systeme*, 2014, S. 93 ff.

9 *Gourlay/Ropers*, in: Tamminen (ed.), *Strengthening the EU's peace mediation capacities: Leveraging for peace through new ideas*, 2012, S. 90, 98.

10 *Kraus/Kirchhoff*, in: Trenczek/Berning/Lenz (Hrsg.), *Mediation und Konfliktmanagement*, 2013, S. 620, 621.

11 *PricewaterhouseCoopers/Europa-Universität Viadrina* (Hrsg.), *Praxis des Konfliktmanagements deutscher Unternehmen*, 2007, S. 17 ff.

12 Zu Verfahrenswahl-Kriterien in zivilrechtlichen Streitigkeiten vgl. *Wendenburg*, ZKM 2013, 19, 20 m.w.N.

13 Ein Bedeutungsverlust des staatlichen Gerichtsverfahrens ist damit nicht verbunden, vielmehr handelt es sich bei den unterschiedlichen Verfahren um komplementäre Elemente von Konfliktbearbeitung und -lösung, vgl. *H. Roth*, JZ 2013, 637, 640, 641.

## 2. Interessen statt Positionen

Die Unterscheidung zwischen Interessen und Positionen geht auf das sog. Harvard-Verhandlungsmodell zurück, das *Fisher* und *Ury* 1981<sup>14</sup> beschrieben haben. *Fisher* und *Ury* veranschaulichen diese Unterscheidung mit dem folgenden Beispiel: Zwei Kinder streiten sich um eine Orange. Es ergibt sich erst durch ein interessenorientiertes Nachfragen der Mutter („Warum ist es für Dich wichtig, die Orange zu bekommen?“), die zunächst die Orange in der Mitte teilen wollte, dass das eine Kind das Fruchtfleisch haben möchte, um daraus Orangensaft zu pressen, während das andere lediglich die Schale zum Backen eines Kuchens verwenden will – der „konstruktive Umweg“<sup>15</sup> über die Interessen der Konfliktbeteiligten führt zu einer Konsenslösung, die für alle Beteiligten besser, weil interessengerecht und maximal wertschöpfend, ist als der zunächst naheliegende, im Entscheidungs- statt im Einigungsverfahren erzielte Kompromiss. Das zweite Element des Paradigmenwechsels besteht demnach darin, häufiger als bislang in Konfliktbearbeitungsverfahren die Ebene der Interessen zu nutzen. Die Mediation stellt die Interessen von Konfliktparteien in den Mittelpunkt des Verfahrens.<sup>16</sup>

## III. Mediation ist strukturierte Interessenerkundung

Die Mediation macht sich die Unterscheidung zwischen Interessen und Positionen zunutze, indem sie ein Verfahrensdesign vorsieht, das die Konfliktparteien zu eben jenem konstruktiven Umweg zwingt. Nachdem die Parteien mit Hilfe des Mediators die Themen festgelegt haben, die zwischen ihnen regelungsbedürftig sind, befragt der Mediator sie eingehend zu ihren Interessen und unterstützt sie dabei, aus diesen Interessen Lösungsoptionen zu entwickeln. Der uns vertraute direkte Weg von einer Position zu einem Lösungsvorschlag wird zunächst um die Stationen „Interessen“ und „Lösungsoptionen“ verlängert, bevor die Konfliktparteien im letzten Schritt aus den selbst entwickelten Optionen eine – idealerweise für beide maximal interessengerechte – Lösung konstruieren.

Die Mediation aktiviert und fördert die Selbstbestimmung im Konflikt – sie ist damit in einer Gesellschaft mündiger Bürger für eine Vielzahl von Konfliktkonstellationen ein angemessenes Konfliktbearbeitungsverfahren.

## IV. Diskreditiert sich das Verfahren selbst?

Die Mediation aktiviert und fördert die Selbstbestimmung im Konflikt nicht nur, sie setzt sie auch voraus. Nur wer in der Lage ist, seinen Willen frei zu bilden, sollte seine Entscheidung über eine Konfliktlösung nicht delegieren, sondern selbst treffen. Anders als im Gerichtsverfahren gibt es in der Mediation keinen Richter, der eine unerfahrene Konfliktpartei vor Übervorteilung bewahrt. Das materielle Recht, das sich über weite

14 *Fisher/Ury*, *Getting to Yes*, 1981.

15 *Gläßer/Kirchhoff*, ZKM 2005, 130.

16 *Wendenburg*, *Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, 2013, S. 12, 39 ff.

Strecken als Schwächerenschutzrecht interpretieren lässt, hat in der Mediation nur das Gewicht, das die Parteien ihm zumessen.<sup>17</sup> Dass beispielsweise die Wirksamkeit einer Kündigung an bestimmte Voraussetzungen gebunden ist, müssen Konfliktparteien bei der Auflösung eines Arbeits- oder Mietverhältnisses in der Mediation nicht berücksichtigen. Auch folgt die Verfahrensstruktur der Mediation einem Raster, das es lediglich vereinfachen soll, die Konfliktthemen getrennt voneinander zu behandeln und Positionen stets in Interessen umzuformulieren. Es dient hingegen anders als z.B. das Zivilprozessrecht nicht dazu, beiden Parteien gleichermaßen Gehör zu verschaffen und sicherzustellen, dass sie über ihre Rechte informiert sind.<sup>18</sup>

Das auf Selbstbestimmung ausgelegte Mediationsverfahren birgt damit die Gefahr, von verhandlungserfahrenen Parteien ausgenutzt zu werden, indem sie in der Mediation Einigungen erzielen, die für sie besonders vorteilhaft und für die verhandlungsschwache Gegenpartei besonders nachteilig sind.<sup>19</sup> Das Mediationsergebnis ist im ungünstigsten Falle dann nicht Ausdruck eines interessenbasierten Konsenses, sondern trägt die Züge eines Diktats der stärkeren Partei. Die Mediation, die ursprünglich gerade dazu gedacht war, unterprivilegierten Bevölkerungsschichten einen niedrighschwelligigen Zugang zu Konfliktlösungen zu verschaffen, der ihnen sonst faktisch versagt war,<sup>20</sup> könnte mit zunehmender Popularität stärkeren Parteien ein Forum zu Übervorteilung schwächerer Parteien bieten.

Sofern in der Mediationsliteratur überhaupt zu dieser Frage Stellung genommen wird, heißt es regelmäßig, der Mediator müsse das Machtverhältnis zwischen den Konfliktparteien ausbalancieren und im Extremfall der drohenden Übervorteilung die Mediation abbrechen.<sup>21</sup> Abgesehen davon, dass es für einen Mediator kaum vorstellbar ist, Machtverhältnisse auszugleichen ohne die eigene Neutralität nachhaltig zu gefährden,<sup>22</sup> ist auch fraglich, aus welchem inneren Grund heraus er überhaupt dazu berechtigt sein soll. In jedem Fall existiert bislang keine befriedigende Lösung für das geschilderte Problem des Übervorteilungsrisikos. Findet sich hierfür keine Antwort, so läuft die Mediation Gefahr, sich als Konfliktbearbeitungsverfahren zumindest für solche – gar nicht seltenen

17 Ade/Gläßer, ZKM 2013, 57, 58.

18 Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, S. 479.

19 Vgl. nur Maute, Georgetown Journal of Law Ethics 4 (1990–1991), 503, 526 f.: “Mediation is no haven for the poor and powerless. Stripped of adjudication’s formal protections, the private context leaves the weaker party vulnerable to prejudices and coercion. . . . In mediation the lack of formal protections will likely reinforce the imbalance of power.”.

20 Hoffmann, European Journal of Law Reform 9 (2007), 505, 518 f.; Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2011, S. 84.

21 Ganner, ÖJZ 2003, 710, 713; Decker-Theiß, Rechtsprobleme der Trennungs- und Scheidungsmediation, 2004, S. 63 f.; Kelly, Mediation Quarterly 13 (1995), 85, 91; Hughes, Georgetown Journal of Law Ethics 8 (1994–1995), 553, 592, 594 f.; Hess, in: Haft/v. Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2009, S. 1053, 1076.

22 Coyle, Osgoode Hall Law Journal 36 (1998), 625, 637, 640; Tochtermann, Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators, 2008, S. 86; Duve/Eidenmüller/Hacke (Fn. 20), S. 288.

und gesellschaftlich höchst relevanten – Konstellationen selbst zu diskreditieren, in denen die Verhandlungsmacht in signifikantem Maße ungleich verteilt ist.<sup>23</sup>

## V. Ist ein Einschreiten überhaupt geboten?

Bevor jedoch den Fragen nachgegangen werden kann, was genau eine Übervorteilung in der Mediation ausmacht, welche gesellschaftlichen Gruppen konkret von diesem Risiko bedroht sein könnten und auf welche Art und Weise sich diesem Risiko entgegenwirken ließe – hier hält das Zivilrecht einige untersuchenswerte Instrumente bereit –, muss zunächst die Frage gestellt und beantwortet werden, warum ein Einschreiten in ein individuelles Verhandlungsmachtverhältnis in der Mediation überhaupt geboten ist. Schließlich könnte man argumentieren, dass starke und schwache Parteien ihren Konflikt ja auch bilateral – ohne Unterstützung durch einen Mediator – austragen könnten: Dann gäbe es auch keine Mechanismen zum Schutz vor Übervorteilung. Wie lassen sich Schwächerenschutzmaßnahmen in der Mediation also normativ begründen?

### 1. Eine bilaterale Monopolbeziehung

Schwächerenschutzinstrumente können sich nicht allein auf dem Bestehen eines Machtungleichgewichts gründen, denn Machtungleichgewichte finden sich in nahezu jeder Verhandlungssituation.<sup>24</sup> Hinzukommen muss als zusätzliches Tatbestandsmerkmal für die normative Begründung von Schwächerenschutzinstrumenten eine Situation, die für die schwächere Partei besonders riskant ist.<sup>25</sup> Ein solches zweites Tatbestandsmerkmal ist auch für andere Regelungen charakteristisch, mit denen das Recht den Schwächeren zu schützen trachtet: Im Haustürgeschäfterecht tritt zum Machtungleichgewicht eine Bedrängnissituation hinzu, im Bürgschaftsrecht ein Vertrag, der erhebliche wirtschaftliche Risiken birgt.<sup>26</sup>

Das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB) aus dem Jahre 1900, das mit vielfachen Veränderungen heute noch alle wesentlichen Umstände von Vertragsabschlüssen regelt, thematisiert jedoch an keiner Stelle die Besonderheiten des Vertragsschlusses im Konflikt. Dies ist einigermaßen erstaunlich, wenn man sich vor Augen führt, dass es sich dabei genau genommen um eine Situation des bilateralen Monopols<sup>27</sup> handelt: Anders als beim Brötchenkauf kann man sich im Konflikt den Einigungsvertragspartner nicht aussuchen, sondern muss sich an seinen Konfliktgegner halten. Schon die Väter des BGB waren sich einig, dass Vertragsfreiheit optimal nur in Situationen funktioniert, in denen

23 Diese Gefahr beschreiben *Bush/Folger*, *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, 1994, S. 22, als “oppression story”: “Therefore, in comparison to formal legal process, mediation has often produced outcomes that are unjust, that is, disproportionately and unjustifiably favourable to the stronger parties.”

24 *Weitnauer*, *Der Schutz des Schwächeren im Zivilrecht*, 1975, S. 16.

25 Vgl. hierzu *H. Roth*, *JZ* 2013, 637, 638.

26 Näher *Wendenburg* (Fn. 16), S. 96, 183 ff.

27 *Posner*, *Economic Analysis of Law*, 7. Auflage 2007, S. 597, spricht mit Blick auf Vergleichsverträge im Konflikt von einer Situation des bilateralen Monopols.

ein hinlänglich funktionierender Wettbewerb besteht.<sup>28</sup> Situationen, in denen die *exit option*, also der Verzicht auf einen Vertragsschluss zugunsten einer Einigung mit einem Konkurrenten, (nahezu) verschlossen ist, sind selten<sup>29</sup> – bei der Konfliktsituation handelt es sich exakt um eine solche Seltenheit. Besonders plastisch wird die vollständige Interdependenz der Konfliktpartner am Beispiel des Nachbarschafts- oder des Ehekonflikts. Sie gilt indes für alle Konflikte gleichermaßen von ihrer Entstehung an. Das bilaterale Monopol der Konfliktbeilegungsverhandlungen verschärft für die Parteien die Unausweichlichkeit der Situation: Sowohl die dem Konflikt vorausgehenden Investitionen als auch der Aufwand, der in die Bearbeitung des Konflikts geflossen ist, sind so beziehungspezifisch, dass sie die Parteien gewissermaßen in ihrem bilateralen Monopol einschließen.

## 2. Eine emotionale Ausnahmesituation

Für Konfliktparteien mit wenig Verhandlungserfahrung stellt die Konfrontation mit ihrem Konfliktgegner und die aktive inhaltliche Befassung mit ihrem Konflikt in der Mediation zudem eine ungewohnte Situation dar, die sie nicht selten als schwierig und unangenehm empfinden. Konfliktparteien nehmen die Wirklichkeit im Prozess der Konfliktbearbeitung nachgewiesenermaßen ausschnittshaft, verzerrt und einseitig wahr.<sup>30</sup> Diese Wahrnehmungsverzerrungen betreffen Raum- und Zeitperspektiven und einzelne Bestandteile der Konfliktgeschichte genauso wie die eigene Rolle im Konflikt und diejenige der Gegenpartei und sind für Streitaustragungslaien besonders schwer zu erkennen und zu korrigieren. Bei den zahlreichen Entscheidungen, die Konfliktparteien während eines Mediationsverfahrens zu treffen haben und die oftmals eine Wahrscheinlichkeitskalkulation voraussetzen, werden kognitive Barrieren wirksam, die zu einer irrationalen Verzerrung in der Bewertung wahrgenommener Sachverhalte führen.<sup>31</sup> Hierzu gehören u.a. solche Phänomene wie Überoptimismus, Ankermechanismen, reaktive Abwertungen und Besitztümseffekte – Rationalitätsbarrieren, deren hinderliche Auswirkungen in Konfliktverhandlungen erst neuerdings erforscht und beschrieben werden.<sup>32</sup> Gerade unerfahrenen Konfliktparteien fehlt in Mediationen oft die Rollendistanz, die nötig wäre, um die bei ihnen wirksamen kognitiven Verzerrungen zu erkennen und ihnen eigeninitiativ entgegenzusteuern. Negative Stimmungen, Stress und Aufgeregtheit, die für Konfliktaustragungsprozesse charakteristisch sind, verschärfen die Beeinträchtigungen, denen die Entscheidungen von Konfliktparteien unterliegen,

28 Zimmermann, *The New German Law of Obligations*, 2005, S. 162; Weitnauer (Fn. 24), S. 38 f.

29 Hirschman, *Exit, Voice, and Loyalty – Responses to decline in firms, organizations, and states*, 1970, S. 33.

30 Mnookin/Ross, in: Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson (eds.), *Barriers to Conflict Resolution*, 1995, S. 3, 13. m.w.N.

31 Wagner, ZKM 2007, 172 ff. m.w.N.

32 Kahneman/Tversky (eds.), *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 1982; Kahneman/Tversky (eds.), *Choices, Values, and Frames*, 2000; Kahneman/Tversky, in: Arrow/Mnookin/Ross/Tversky/Wilson (eds.), *Barriers to Conflict Resolution*, 1995, S. 45 ff.; Wagner, ZJP 121 (2008), 5 ff.



nachgewiesenermaßen zusätzlich.<sup>33</sup> Insbesondere die Qualität der *ad hoc*-Entscheidungen von unerfahrenen Konfliktparteien, die in der Mediation in der Regel einen Konflikt verhandeln, der sie höchstpersönlich betrifft, wird durch einen erhöhten Grad an Emotionalität im Konflikt beeinträchtigt. Der Lästigkeitsfaktor von Konflikten drängt konfliktmüde Parteien in der Mediation mitunter zu einer Einigung, die sie nach gehöriger Reflexion in gelassener Stimmung bereuen. Gefördert wird diese Dynamik von einem in manchen Mediationen mediator- bzw. parteiseitig erzeugten Harmoniedruck.<sup>34</sup>

### 3. Zwischenfazit

Konfliktparteien, die sich für eine Mediation entschieden haben, streben mit dieser Entscheidung einen Mehrwert gegenüber einer bilateralen Verhandlung ohne Drittunterstützung an. Ihr Konflikt bindet sie aneinander wie ein unsichtbares Band: Sie können ihren Konflikt nicht einfach mit einem anderen als ihrem Konfliktgegner beilegen. Zudem befinden sich zumindest solche Konfliktparteien, die Konfliktverhandlungen nur selten führen, in einer emotionalen Sondersituation, die eine Reihe von Beeinträchtigungen bewirkt, deren Handhabung sie nicht einüben können. Vom Verbrauchervertrag über das Fernabsatzabsatzgeschäft bis hin zur Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat das BGB über die Zeit Vertragsschlusssituationen in den Blick genommen, in denen die Willensbildungsfreiheit typischerweise beeinträchtigt ist. Während der vertragliche „Erstkontakt“ z.B. im Arbeitsrecht, Verbraucherrecht und Mietrecht in weiten Teilen durch vielfältige Formerfordernisse und zwingendes materielles Recht flankiert wird, findet in der Mediation oft ein vertraglicher „Folgekontakt“ anlässlich eines Konflikts statt, ohne dass das Recht die schwächere Partei vor situationsbedingten Beeinträchtigungen schützt. Dass die Sondersituation des Vertragsschlusses im Konflikt bislang vollständig außer Acht gelassen worden ist, erstaunt auch deshalb, weil der Gesetzgeber anlässlich des 2012 beschlossenen Mediationsgesetzes<sup>35</sup> vielfach betont hat, das Mediationsverfahren fördern zu wollen, um eine „gleichwertige Alternative zum Gerichtsverfahren“<sup>36</sup> zu schaffen und die Eigenverantwortung der Bürger in unserer Zivilgesellschaft zu stärken,<sup>37</sup> und weil eine Regelung die Mediation als institutionalisierte Konfliktsituation normativ problemlos hätte als Anknüpfungspunkt wählen können.

33 *Mano*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 52 (1992), 216, 218; *Ragunathan/Pham*, Organizational Behavior and Human Decision Processes 79 (1999), 56, 60; *Wendenburg* (Fn. 16), S. 170 ff. m.w.N.

34 *Nader*, Ohio State Journal on Dispute Resolution 9 (1993), 1, 3; *Welsh*, Harvard Negotiation Law Review 6 (2001), 1, 5; *Breidenbach*, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, S. 161 ff., 164.

35 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung vom 21.7.2012, BGBl. I Nr. 35, S. 1577.

36 *Bundesministerium der Justiz*, Pressemitteilung „Mediation als Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?“ vom 23.9.2008.

37 *Bundesministerium der Justiz* (Fn. 36).



## VI. Schutz vor Übervorteilung

In Mediationen, in denen ein starkes Gefälle an Verhandlungsmacht vorliegt, sollte die schwächere Partei vor einer Übervorteilung durch die stärkere Partei geschützt werden. Die Begriffe „Übervorteilung“ und „schwächere Partei“ müssen indes erst kontextspezifisch mit Blick auf die Mediation erklärt werden, bevor eine Vorgehensweise beschrieben werden kann, die dem Übervorteilungsrisiko passgenau entgegenwirkt.

### 1. Was wäre eine Übervorteilung?

In der Mediation treffen Konfliktparteien mit unterschiedlicher Verhandlungsstärke aufeinander. Als gewissermaßen prozedurale Seite von Privatautonomie will die Mediation die Konfliktparteien nicht verändern, sondern stellt ihnen lediglich eine Struktur für die Aushandlung einer Konfliktlösung zur Verfügung. Wie die Parteien diesen Rahmen inhaltlich ausfüllen, liegt bei ihnen selbst.

Wo eine Konfliktpartei eine nicht interessengerechte Vereinbarung trifft, weil sie zum Beispiel darauf angewiesen ist, eine rasche Ausgleichszahlung zu erhalten, wo eine Konfliktpartei in Unkenntnis der Gesetzeslage einer Lösung zustimmt, in der sie in großem Umfang auf Rechte verzichtet, die ihr zustehen, oder wo eine Konfliktpartei sich aus Harmoniedruck in eine Lösung fügt, die sie bereut, bevor die Tinte ihrer Unterschrift getrocknet ist, verfehlt die Mediation ihr Verfahrensziel und trägt dazu bei, den *status quo* des konfliktbehafteten Verhältnisses zu zementieren.

Wie lassen sich nun diese unterschiedlichen Ausprägungen von Übervorteilung fassen? Unter welchen Umständen lässt sich behaupten, dass die eine Mediationspartei in nicht hinnehmbarer Weise auf Kosten der anderen einen Vorteil erzielt hat? Wie könnte ein geeigneter Maßstab für die Qualität eines konfliktbeendenden Vertrags in der Mediation aussehen?

Zwei Herangehensweisen liegen auf der Hand: Erstens könnte ein solcher Vertrag daran gemessen werden, wie nah er dem Inhalt eines gerichtlichen Urteils kommt (objektiver Maßstab).<sup>38</sup> Und zweitens könnte man die Beurteilung der Qualität eines solchen Vertrags den Mediationsparteien überlassen und damit die Parteizufriedenheit zum (subjektiven) Qualitätsmaßstab erheben.<sup>39</sup>

Für den Vergleich mit dem Inhalt eines gerichtlichen Urteils spricht zwar eine der Funktionen des Rechts als „geronnener Schwächerenschutz“,<sup>40</sup> die im Gerichtsverfahren durch die richterliche Anwendung materiellrechtlicher Schutzvorschriften und durch prozessstrukturierende Normen verwirklicht wird. In der Mehrzahl der Fälle dürfte es jedoch unmöglich sein, den Inhalt eines Urteils auch nur annähernd präzise vorherzusagen. Der Richter, dessen Entscheidung hier prognostiziert werden müsste, hat schließlich nicht nur über eine Rechtsfrage zu entscheiden, für die mehrere Lösungsmöglichkeiten denkbar sind, sondern muss auch einen in der Regel umstrittenen

38 Stempel, Florida University State Law Review 24 (1997), 949, 973; Luban, Denver University Law Review 66 (1988–1989), 381, 385; Maute, Georgetown Journal of Legal Ethics 4 (1990–1991), 503, 504.

39 Vgl. hierzu die in Fn. 42 genannten Studien.

40 Bender/Schumacher, Erfolgsbarrieren vor Gericht, 1980, S. 3 ff.

Sachverhalt würdigen, dessen streitige Komponenten bewiesen werden müssen. Studien, in denen einer großen Zahl von Anwälten bzw. Testjurors identische Fallszenarien vorgelegt und sie um ihre rechtliche Bewertung gebeten wurden, zeigen starke Abweichungen.<sup>41</sup> Dies macht einen Abgleich von Mediationsergebnis und hypothetischem Gerichtsurteil hochgradig unpraktikabel. Überdies erscheint es wenig sinnvoll, die Qualität des Mediationsergebnisses am hypothetischen Ausgang eines anderen Verfahrens zu messen, das mit einer anderen Zielsetzung betrieben wird: Während im Gerichtsprozess meist über denjenigen Ausschnitt eines Konfliktes autoritativ entschieden wird, der sich juristisch einordnen lässt, werden die Parteien in der Mediation dazu angehalten, eine Lösung zu suchen, die gerade auch ihre juristisch nicht entscheidungsrelevanten Interessen einbezieht. Als Maßstab, der eine Vielzahl von Konfliktsituationen erfassen muss, hat das Recht nicht nur die Einzelfallgerechtigkeit zum Ziel, sondern will auch Rechtssicherheit gewährleisten. Die Mediationsparteien sind dagegen frei in ihrer Wahl von Maßstäben zur Bewertung von Lösungsoptionen und arbeiten an einer möglichst umfassenden Regelung ihres Konfliktes unter allen Aspekten, die ihnen relevant erscheinen. Darüber hinaus ist die autonome Willensentscheidung der Mediationsparteien nach ausführlicher Ausleuchtung ihrer Interessen Geltungsgrund des Mediationsergebnisses. Ein Maßstab, der die Qualität dieser Vereinbarung beurteilen will, kann diesen Grund nicht ausblenden, sondern muss hierauf Bezug nehmen. Für die interessenbestimmte Einigung in der Mediation ist die unzuverlässige Prognose einer hypothetischen gerichtlichen Entscheidung daher inhaltlich der falsche Maßstab.

Die Mediation ist aus der Überzeugung geboren, dass Konfliktparteien selbst am besten wissen, wie ihre Interessen geartet sind und in welcher Form sich diese in einer Konfliktlösung widerspiegeln müssen: Wenn irgend möglich, sollte sich die Gesellschaft nicht anmaßen, besser als das Individuum zu wissen, was für letzteres gut ist. Unter diesem Gesichtspunkt könnte man die Zufriedenheit der Mediationsparteien mit ihrem Einigungsvertrag zum (subjektiven) Maßstab für dessen Qualität erheben. Es überrascht daher nicht, dass in der US-Mediationslandschaft der 1980er und 90er Jahre zahlreiche Anläufe unternommen wurden, die Parteizufriedenheit mit der in der Mediation erzielten Konfliktlösung systematisch zu erfassen.<sup>42</sup>

Als Qualitätsstandard trifft die Zufriedenheit der Mediationsparteien jedoch auf grundsätzliche Bedenken. Zufriedenheit muss als relativer Maßstab im Verhältnis zur Ergebniserwartung der Parteien gesehen werden. Dieses Verhältnis unterliegt indes der sog. *adaptive preference formation*,<sup>43</sup> die bewirkt, dass Zielerwartungen stets dynamisch an neue Informationen angepasst werden. In Anspielung auf die *Äsopsche Fabel* vom Fuchs und den Trauben spricht man in diesem Zusammenhang auch vom *sour grapes phenomenon*.<sup>44</sup> Die Konfliktparteien präsentieren sich in einer Mediation gegenseitig ihre Erwartungen und bewegen sich anschließend angesichts der Abweichung zwischen Erwartetem und Erreichbarem Schritt für Schritt aufeinander zu. Haben Dritte

41 Vgl. z.B. Levin, *Journal of Legal Studies Education* 16 (1998), 271; Levin, *Ohio State Journal on Dispute Resolution* 16 (2001), 267, 288.

42 Z.B. White, *Mediation Quarterly* 10 (1985), 91; Kelly/Gigy, *Mediation Quarterly* 19 (1988), 43; Camplair/Stolberg, *Mediation Quarterly* 7 (1990), 199.

43 Luban, *Denver University Law Review* 66 (1988–1989), 381, 406; Gibson, *Mediation Quarterly* 17 (1999), 197, 202.

44 Elster, in: Williams/Sen (Hrsg.), *Utilitarianism and Beyond*, 1982, S. 129.

bereits vorab – oder der Mediator im Laufe der Mediation – die Erwartungen der Mediationsparteien gesenkt, um Einigungsbarrieren aus dem Weg zu räumen, so geben sich die Parteien am Ende verglichen mit ihrer Ausgangserwartung mit weniger zufrieden. Auch die umgekehrte Konstellation ist denkbar. Werden Erwartungen jedoch um des Konsenses Willen verändert, so stellt die nach Abschluss der Mediation messbare Partezufriedenheit keinen verlässlichen Faktor dar, der Aussagen über die Qualität des Ergebnisses ermöglicht. Der Begriff der Zufriedenheit ist überdies zu schillernd, um empirische Beobachtungen und intersubjektiv gültige Theoriebildung zuzulassen:<sup>45</sup> Auch ein subjektiver Maßstab ist damit zur Beantwortung der Frage, wann eine Übervorteilung stattgefunden hat, ungeeignet.

Vor diesem Hintergrund bietet es sich an, einen Blick auf die rechtstheoretische Debatte um die Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlusses<sup>46</sup> zu werfen, die im Grundsatz davon ausgeht, dass die Rechtsordnung aus Achtung vor der Selbstbestimmung der Vertragsparteien und auch mangels eines geeigneten Maßstabs für die Messung des Gerechtigkeitsgehalts rechtlicher Selbstgestaltung Verträge, die zwei Individuen in freier Selbstbestimmung geschlossen haben, nicht mehr hinterfragt. Der naheliegende Einwand, unter welchen Umständen denn von freier Selbstbestimmung gesprochen werden kann, führt zu einer genaueren Betrachtung des Verfahrens, in dem der jeweilige Vertrag ausgehandelt worden ist: Hier sind – von der Unter- oder Überversorgung mit Informationen über Ablenkungsmanöver, gezielte Täuschungen und Zwangssituationen – vielfältige Beeinträchtigungen der Willensbildungsfreiheit denkbar. Die Rechtsordnung sieht folgerichtig ihre Aufgabe in diesem Zusammenhang darin, Rahmenbedingungen zu gewährleisten, die einen Vertragsschluss in freier Selbstbestimmung möglich machen.<sup>47</sup> Sie muss typische und vorab erkennbare Ungleichgewichtslagen möglichst bereits während des Willensbildungsprozesses – also im Vorfeld des Vertragsschlusses – flankierend ausgleichen. In der US-amerikanischen Mediationsliteratur existiert hierzu eine Debatte, die unter dem Stichwort *informed consent* geführt wird, das indes oft Schlagwort bleibt.<sup>48</sup>

Was bedeutet dies für die Suche nach einem Maßstab für die Qualität eines konfliktbeendenden Vertrags in der Mediation? Es bedeutet, dass der Maßstab nur ein prozessbezogener sein kann: Die inhaltliche Qualität des Mediationsergebnisses hängt demnach davon ab, dass sich strukturelle Asymmetrien, die den Willensbildungsprozess einer Partei defizitär erscheinen lassen, so wenig wie möglich auswirken. Eine Übervorteilung findet in der Mediation genau dann statt, wenn der Willensbildungsprozess einer Mediationspartei durch eine strukturelle Asymmetrie beeinträchtigt ist.

45 Gessner, Recht und Konflikt, 1976, S. 184.

46 Die Lehre von der Richtigkeitsgewähr des Vertragsschlusses geht zurück auf Schmidt-Rimpler, AcP 147 (1941), 132 ff.

47 Langenfeld, Vertragsgestaltung. Methode – Verfahren – Vertragstypen, 3. Auflage 2004, S. 130, kritisch zu diesem Gedanken: Adomeit, NJW 1994, 2467 ff.

48 Nolan-Haley, Notre Dame Law Review 74 (1998–1999), 775, 817 m.w.N. – die Popularität des Topos *informed consent* mag auch darauf zurückzuführen sein, dass seine Bedeutung letztlich unscharf bleibt, vgl. Love/Cooley, Ohio State Journal on Dispute Resolution 21 (2005), 45, 49: “perhaps... no one fully understands or agrees to what it means in the mediation context.”.

## 2. Wer läuft Gefahr, übervorteilt zu werden?

Lässt sich konkreter fassen, welche Personen(gruppen) es sind, die dem Risiko unterliegen, als Partei in einem Mediationsverfahren übervorteilt zu werden? Mit Blick auf den speziellen Kontext der Mediation lassen sich zumindest Vorschläge unterbreiten. Dabei braucht keine umfassende Untersuchung des Phänomens der Verhandlungsmacht unternommen zu werden, das als Konzept „rather slippery to pin down“ ist, wie die Verhandlungswissenschaftlerin *Joan Kelly* formuliert hat.<sup>49</sup> Es reicht aus, sich zu vergegenwärtigen, dass Macht in Verhandlungen allgegenwärtig ist<sup>50</sup> und sich aus unterschiedlichen Quellen<sup>51</sup> speist, um die Frage danach zu stellen, welche Machtquelle in der Mediation besonders relevant ist. Hierzu lohnt es sich, sich noch einmal den unter V.1. beschriebenen, monopolhaften Charakter der Konfliktbeziehung und die emotionale Ausnahmesituation vor Augen zu führen, in der Menschen im Konflikt sich befinden, und deren Auswirkungen auf sog. *one shooters* zu betrachten, also solche Personen, die im Gegensatz zu den sog. *repeat players*<sup>52</sup> nur sehr selten ihre Konflikte in einem Konfliktbearbeitungsverfahren austragen. Der wesentliche Unterschied zwischen beiden Personengruppen besteht in ihrem unterschiedlichen Maß an Verhandlungsführung.

In der Mediation zeigt sich diese Überlegenheit der *repeat players* vor allem durch deren größere Erfahrung mit unterschiedlichen Konfliktbearbeitungsverfahren, die sie in die Lage versetzt, ihre Nichteinigungsalternativen zutreffender zu bestimmen als *one shooters*. Wer als *repeat player* häufig Konfliktbearbeitungsverfahren nutzt, ist gewöhnlich mit einer Vielzahl von Akteuren durch vertraglich geregelte Rechtsverhältnisse verbunden, aus denen sich der Anlass des Konflikts ergibt.<sup>53</sup> Auf diese Verträge hat der *repeat player* in der Regel maßgeblichen Einfluss gehabt, wenn es sich nicht gar um Formularverträge handelt, die von ihm selbst in allen Einzelheiten durchdacht worden sind. Sowohl die Bestimmung des Konfliktbearbeitungsverfahrens in einer vertraglichen Streitbeilegungsklausel als auch der sonstige inhaltliche, u.U. komplexe Regelungsgehalt des Vertrages geht dann im Ursprung auf den *repeat player* zurück, der infolgedessen langfristig Vorkehrungen zur Verfahrensvorbereitung – von einer kriteriengeleiteten Auswahl eines passgenauen Konfliktbearbeitungsverfahrens über die frühzeitige Dokumentation von konflikt- und beweiserheblichen Vorgängen bis zu Vorschlägen zur Auswahl des Mediators – treffen kann. In seiner psychologischen Bedeutung nicht zu unterschätzen ist in diesem Zusammenhang das Gefühl, aufgrund des überwiegenden eigenen Anteils an der Vorbereitung der Konfliktbearbeitung „Herr der Lage“ zu sein.

Auch die durch wiederholte Befassung mit dem Gegenstand parallel gelagerter Konflikte angesammelte Sach- und Kontextkenntnis wirkt sich zugunsten des *repeat play-*

49 *Kelly*, *Mediation Quarterly* 1995, 85, 87.

50 *Weitnauer* (Fn. 24), S. 16.

51 Machtquellenkataloge finden sich z.B. bei *Fisher*, *American Behavioral Science* 27 (1983) 150 ff., *Mayer*, *Mediation Quarterly* 16 (1987), 75 ff., *French/Raven*, in: Cartwright (ed.), *Studies in Social Power*, 1959, S. 150 ff.

52 Die Begriffe gehen zurück auf *Galanter*, *Law and Society Review* 9 (1974), 95.

53 Vgl. für den Verbraucherkontext *Neumann*, *Bedenkzeit vor und nach Vertragsabschluss*, 2005, S. 92.

ers aus: So kann er mit wachsender Erfahrung beispielsweise zunehmend besser einschätzen, welche Art von Lösung sich in standardisierbaren Konstellationen regelmäßig ergibt, und seine Verhandlungsstrategie darauf ausrichten, während der *one shotter* keinen Zugang zum Lösungsinhalt parallel gelagerter Konflikte hat. Im außergerichtlichen Kontext, wo weder das Verfahren noch die Inhalte der Einigung öffentlich zugänglich bzw. einsehbar sind, treten die zwischen *repeat players* und *one shotters* ungleich verteilten Möglichkeiten, sich auf eine Mediation vorzubereiten, besonders klar zutage.

Ein deutlicher Vorteil des *repeat players* ergibt sich außerdem aus seiner Risikobereitschaft,<sup>54</sup> der typischerweise eine Risikoaversion auf Seiten des *one shotters* gegenübersteht. Diese Dynamik wird dadurch verstärkt, dass das einzugehende Risiko für den – ohnehin risikoaverseren – *one shotter* weniger gut kalkulierbar ist als für den *repeat player*.

Hinzu kommt, dass der *one shotter* in eigener Person an der Mediation teilnimmt, während *repeat players* sich oft durch eigene Mitarbeiter und/oder externe Anwälte vertreten lassen. Der Vertreter des *repeat players* handelt in der Mediation mit deutlich mehr Rollendistanz als der *one shotter*, der in eigener Sache streitet. Dieser Unterschied in der persönlichen Betroffenheit ermöglicht dem *repeat player* ein strategisch-kühles Vorgehen; der *one shotter* wird dagegen in der Regel zumindest über weite Strecken affektiv-emotional auftreten. Dies wirkt sich unter Umständen in erheblichem Maße dort aus, wo es gilt, die in Konfliktsituationen nachgewiesenermaßen besonders häufigen kognitiven Verzerrungen zu erkennen und eigeninitiativ gegenzusteuern. Negative Stimmungen, Stress und Aufgeregtheit, die für Konfliktaustragungsprozesse charakteristisch sind, verschärfen die Beeinträchtigungen, denen die Entscheidungen von Konfliktparteien unterliegen, zusätzlich. Insbesondere die Qualität der *ad hoc*-Entscheidungen von *one shotters*, die in der Mediation in der Regel einen Konflikt verhandeln, der sie höchstpersönlich betrifft, wird durch einen erhöhten Grad an Emotionalität im Konflikt beeinträchtigt; dies gilt für die *repeat players* nicht oder zumindest in deutlich geringerem Ausmaß.

Für diese stellt die Konfliktaustragung im Rahmen einer Mediation einen mehr oder minder routinemäßig abzuwickelnden Geschäftsvorgang dar, für jene handelt es sich hingegen um ein außergewöhnliches Ereignis, dessen Vorbereitung mit außerordentlichem Aufwand verbunden ist. Der *repeat player* befindet sich damit, vereinfacht ausgedrückt, gegenüber dem *one shotter* in der Mediation dadurch in einem strukturellen Vorteil, dass er nicht „seinen“, sondern lediglich „einen“ Konflikt verhandelt.

Aus diesen Erwägungen ergeben sich die folgenden Fallgruppen, in denen die Gefahr einer Übervorteilung aufgrund eines strukturell bedingten Ungleichgewichts vermutet werden kann: Konflikte zwischen Unternehmern und Verbrauchern, zwischen gewerbsmäßigen Vermietern von Wohnraum und deren Mietern und zwischen Vielfach-Arbeitgebern und deren Arbeitnehmern lassen sich – jeweils mit näherer Begründung<sup>55</sup> – als in der Mediation typisiert riskant beschreiben.

54 Luban, Denver University Law Review 66 (1988–1989), 381, 390; Galanter, Law and Society Review 9 (1974), 95, 99.

55 Ausführlich Wendenburg (Fn. 16), S. 200 ff.

### 3. Wie kann man den Schwächeren vor Übervorteilung schützen?

Das Recht bietet ein reiches Arsenal an Instrumenten, die den Schwächeren vor dem Stärkeren zu schützen vermögen. Ihre Wirksamkeit hängt ab von der konkreten Gefährdung, der der Schwächere ausgesetzt ist. Für den Mediationskontext existiert bereits eine Reihe von Vorschlägen. Diese reichen auf einer Skala der Regelungsintensität vom – rigiden – Verbot der (unmodifizierten) Mediation im Bereich sozialer Schutzrechte<sup>56</sup> über Erörterungen einer Interventionspflicht des Mediators<sup>57</sup> bis hin zu dem – liberalen – Vorschlag, von einer weiteren Verrechtlichung der Mediation abzusehen<sup>58</sup> und die Bestimmung des qualitativ besten Mediationsverfahrens dem Markt zu überlassen. Während manche (Regelwerke)<sup>59</sup> die Anregung rechtlicher Beratung durch den Mediator,<sup>60</sup> eine (ggf. zwingende) anwaltliche Begleitung der Mediationsparteien<sup>61</sup> oder eine Verpflichtung des Mediators zum Abbruch des Verfahrens als letzte Intervention bei einer sich abzeichnenden Übervorteilungssituation<sup>62</sup> für eine geeignete Lösung halten, schlagen andere eine Ergebniskontrolle durch den Mediator<sup>63</sup> oder durch eine externe Stelle<sup>64</sup> vor oder plädieren für Stufenmodelle,<sup>65</sup> die verschiedene Schutzinstrumente miteinander kombinieren.

Im Ergebnis kann keiner dieser Vorschläge überzeugen. Die Mediation überall dort, wo eine Übervorteilung droht, präventiv zu verbieten, schüttet das Kind mit dem Bade aus und führt zu einem Verlust des mediativ generierbaren Mehrwerts gerade in den Fallgruppen, in denen der Zugang zum Recht ohnehin oft erschwert ist. Eine Interven-

56 Breidenbach (Fn. 34), S. 252 f.; Risse (Fn. 18), S. 93.

57 Coyle, Osgoode Hall Law Journal 36 (1998), 625, 649; Adler/Silverstein, Harvard Negotiation Law Review 5 (2000), 1, 18; Nauss Exon, Journal of Dispute Resolution 2006, 387, 417; Hess, ZJP 118 (2005), 427, 442; Winkler, Negotiations with Asymmetrical Distribution of Power – Conclusions from Dispute Resolution in Network Industries, 2006, S. 149; Decker-Theiß, Rechtsprobleme der Trennungs- und Scheidungsmediation, 2004, S. 64; Geiger, Industrielle Verhandlungen. Empirische Untersuchung von Verhandlungsmacht und -interaktion in Einzeltransaktion und Geschäftsbeziehung, 2007, S. 101.

58 Alfini, Dispute Resolution Magazine 8 (1994), 8; Joyce, Mediation Quarterly 12 (1995), 301; Risse/Bach, SchiedsVZ 2011, 14, 16.

59 Art. 1 § 2 Abs. 6 Satz 2 MedG; § 16 Abs. 3 österreichisches ZivMediatG.

60 Z.B. Budde, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Auflage 2004, S. 649, 660 f.; Nölting, Mediatorenverträge, 2003, S. 94.

61 Tochtermann (Fn. 22), S. 82; Hess, ZJP 118 (2005), 427, 442; King, Ohio State Journal on Dispute Resolution 10 (1994–1995), 65, 88 f.; Wagner, ZJP 121 (2008), 5, 15; Bernhardt/Winograd, in: Haft/v. Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2009, S. 877, 899, 900; Nolan-Haley, Notre Dame Law Review 74 (1998–1999), 775, 831; Abramson, Harvard Negotiation Law Review 10 (2005), 103 ff.; Maute, Georgetown Journal of Legal Ethics 4 (1990–1991), 503, 523; Wesel, DIE ZEIT Nr. 47 vom 18.11.1999, S. 57.

62 Kelly, Mediation Quarterly 13 (1995), 85, 91; Hughes, Georgetown Journal of Legal Ethics 8 (1994–1995), 553, 592, 594 f.; Hess, in: Haft/v. Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2009, S. 1053, 1076.

63 So z.B. Eidenmüller, in: Henssler/Koch (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, 2. Auflage 2004, S. 49, 73, der allerdings nicht explizit von einer nachträglichen Kontrolle durch den Mediator spricht.

64 Gibson, Mediation Quarterly 17 (1999), 197, 209.

65 Hughes, Georgetown Journal of Legal Ethics 8 (1994–1995), 553 ff.; Maute, Georgetown Journal of Legal Ethics 4 (1990–1991), 503 ff.



tionspflicht des Mediators begegnet im Hinblick auf seine – mittlerweile gesetzlich verankerte<sup>66</sup> – Neutralitätspflicht gravierenden mediationsmethodischen und auch juristischen Bedenken. Die liberalste Lösung, die auf die Einführung von Instrumenten des Schwächerenschutzes generell verzichten will, läuft Gefahr, ein Verbot der Mediation im Bereich sozialer Schutzrechte geradezu zu provozieren und unterscheidet sich damit in ihrer Konsequenz nicht mehr von der strengsten Lösung, dem Mediationsverbot in sensiblen Gebieten. Eine anwaltliche Begleitung der Mediationsparteien ist in vielen Konstellationen überflüssig und verteuert das Verfahren; bricht der Mediator das Verfahren bei einer drohenden Übervorteilung ab, ist zwar nichts verloren, aber auch nichts gewonnen; und eine Kontrolle des Mediationsergebnisses durch eine dritte Instanz oder gar den Mediator nimmt die Selbstbestimmung der Konfliktparteien, die die Mediation ja gerade fördern will, nicht ernst.

Ein Vorschlag, der frei von diesen Defiziten ist, muss dagegen bei der (mangelnden) Verhandlungserfahrung und damit bei demjenigen Aspekt ansetzen, der eine Mediationspartei zur „schwächeren“ macht. Er soll die schwächeren Parteien gerade nicht *vor*, sondern *in* der Mediation schützen. Aus meiner Sicht wird in den vorgeschlagenen Fallgruppen eines strukturellen Ungleichgewichts an Verhandlungserfahrung – und nur dort – der Willensbildungsprozess der schwächeren Konfliktpartei in der Mediation dadurch am wirksamsten geschützt, dass die Partei von einem Beratungsanwalt begleitet wird. Dieser Anwalt kann mittels einer auf die Erfordernisse einer Mediation abgestimmten Beratung das Verhandlungserfahrungsdefizit der von ihm beratenen Mediationspartei kompensieren. Verzichtet die typisiert schwächere Partei auf eine anwaltliche Begleitung, so ist eine Beeinträchtigung ihres Willensbildungsprozesses im Verlauf der Mediation wahrscheinlich. Um diese auszugleichen, sollte der typischerweise schwächeren Partei ein auf 14 Tage nach Abschluss der Mediation befristetes Widerrufsrecht zustehen.<sup>67</sup>

## VII. Sicherung einer guten Konfliktbeilegung für alle

Menschen in eskalierten Konflikten treffen zunehmend eine bewusste Entscheidung für ein bestimmtes Konfliktbearbeitungsverfahren. Als Methode, die die Interessen der Konfliktparteien in den Mittelpunkt stellt, gewinnt die Mediation dabei deutlich an Popularität. Die Mediation aktiviert und fördert die Selbstbestimmung im Konflikt – sie ist damit in einer Gesellschaft mündiger Bürger für eine Vielzahl von Konfliktkonstellationen ein angemessenes Konfliktbearbeitungsverfahren.

Die Mediation fördert die Selbstbestimmung im Konflikt allerdings nicht nur, sie setzt sie auch voraus. Besteht zwischen den Mediationsparteien ein erhebliches strukturelles Ungleichgewicht an Verhandlungserfahrung, so läuft eine Partei Gefahr, von der anderen übervorteilt zu werden: Die Mediation diskreditiert sich in solchen Konstellationen selbst.

Damit die Mediation ihren Mehrwert auch in denjenigen Fällen entfalten kann, in denen eine strukturelle Imparität droht, die Willensbildungsfreiheit der weniger erfah-

<sup>66</sup> Art. 1 §§ 1 Abs. 2 und 2 Abs. 3 MedG.

<sup>67</sup> Zu den Einzelheiten dieses Konzepts vgl. *Wendenburg* (Fn. 16), S. 337 ff.



renen Partei zu beeinträchtigen, sollte diese Partei nicht vor, sondern in der Mediation geschützt werden. Ein solcher Schutz lässt sich mit Blick auf das spezielle Defizit „schwächerer“ Mediationsparteien – die mangelnde Erfahrung mit der Konfliktaustragung in formalisierten Verfahren – am besten dadurch bewirken, dass diesen Parteien entweder ein Berater zur Seite gestellt oder eine Überlegungsfrist eingeräumt wird, bevor das Ergebnis der Mediation Verbindlichkeit erlangt.