

partei einseitig abgebrochen werden kann, ohne diesbezüglich Nachteile erwarten zu müssen. Die Freiwilligkeit umfasst neben dem Verfahren selbst auch die die Mediation beendende Einigung.²⁴²

Während ein Gerichtsprozess grundsätzlich öffentlich ist,²⁴³ herrscht im Mediationsverfahren der Grundsatz der Vertraulichkeit.²⁴⁴ Sie muss von den Medianten und auch vom Mediator zugesichert werden. Dies geschieht in der Regel im Mediationsvertrag.²⁴⁵ Ziel dieser Vertraulichkeitsvereinbarung ist die Verhinderung, dass Informationen, die im Laufe des Mediationsverfahrens offenbart werden, in einem späteren Gerichtsverfahren verwendet werden.²⁴⁶

In der Mediation gilt zudem der Grundsatz der Informiertheit.²⁴⁷ Die Konfliktparteien müssen über die entscheidungserheblichen Tatsachen und die Rechtslage umfassend informiert sein. Nur eine auf Grundlage umfassender Informiertheit getroffene Vereinbarung gewährleistet später ihre Akzeptanz. Anders als im gerichtlichen Verfahren, in dem erfahrungsgemäß die Prozessparteien zu ihrem eigenen Vorteil nur ihr Günstiges vorbringen,²⁴⁸ muss der Mediator für einen umfassenden Informationsfluss zwischen den Konfliktparteien sorgen bzw. Informationsdefizite offen legen.²⁴⁹

2. Interessenorientierte Konfliktbehandlung

Eine andere Unterscheidung bei den Konfliktbehandlungsverfahren betrifft den Maßstab, der bei der Entscheidung eines Konflikts herangezogen wird. In Betracht kommt neben der rechtsorientierten die von der Mediation verfolgte interessenorientierte Konfliktbehandlung.²⁵⁰ Die interessenorientierte Behandlung

242 Zur Freiwilligkeit in der sozialgerichtlichen Mediation s. u. C. V. 5. a).

243 Nach § 169 Satz 1 GVG, der gemäß § 61 Abs. 1 SGG auch für das sozialgerichtliche Verfahren gilt, ist die Verhandlung vor dem erkennenden Gericht einschließlich der Verkündung der Urteile und Beschlüsse öffentlich (s. ausf. u. C. III. 5. g)).

244 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 120 ff.

245 Zur vertraglichen Vereinbarung der Vertraulichkeit s. *Hartmann*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 44, Rdnr. 21 ff.

246 S. zur Vertraulichkeit in der sozialgerichtlichen Mediation u. C. V. 5 e).

247 Vgl. *Kracht*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 12, Rdnr. 114 ff.

248 Vgl. *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, § 173, Rdnr. 3. Diese Tatsache ist insbesondere dem im Zivilprozess geltenden Beibringungsgrundsatz geschuldet. Aufgrund des Amtsermittlungsgrundsatzes gemäß § 103 SGG stellt sich die Situation im sozialgerichtlichen Verfahren etwas anders dar. S. dazu u. C. III. 5. e).

249 Zum Grundsatz der Informiertheit in der sozialgerichtlichen Mediation s. u. C. V. 5. c).

250 Ein dritter Maßstab ist die machtbasierte Konfliktbehandlung (vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 78 f. und *Mähler*, in: *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg.), Handbuch Mediation und

eines Konflikts versucht Lösungen zu finden, die die Interessen der Konfliktparteien unabhängig oder zumindest neben der rechtlichen Beurteilung möglichst optimal einbeziehen.

a) Interessen statt Positionen

Die Betonung der Interessen der Konfliktparteien steht im Mittelpunkt des Harvard-Konzepts.²⁵¹ Danach müssen Positionen der Konfliktparteien in Interessen transformiert werden.²⁵² Während Positionen eindeutige Forderungen sind, die nur exakt erfüllt werden können oder verweigert werden,²⁵³ liegen die Interessen gedanklich hinter diesen Positionen.²⁵⁴ Es handelt sich dabei um Anliegen, die

Konfliktmanagement, S. 95, 95 f.). Dabei werden Entscheidungen entweder von der durchsetzungskräftigeren Konfliktpartei getroffen oder von einem entscheidungsfähigen Dritten (zum Beispiel dem Vorgesetzten) angeordnet. Dieses Machtpotential kann seinen Grund in der hierarchischen Struktur zwischen den Beteiligten, der Anzahl von Personen auf einer Seite oder in anderen äußeren Umständen haben, die die Position des Entscheidungsträgers stärken (vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 7; s. a. *Eckhoff*, in: *Hirsch/Rehbinder* (Hrsg.), Studien und Materialien zur Rechtssoziologie, S. 243, 264 f.).

- 251 Das Harvard-Konzept ist ein Modell für Verhandlungen, d. h. es dient der erfolgreichen Verhandlung zwischen den Konfliktparteien ohne die Einbeziehung eines Dritten (*Fisher/Ury*, Das Harvard-Konzept; s. a. zum Harvard Negotiation Project, dem dieses Konzept entspringt *Bühning-Uhle*, in: *Gottwald/Strempel* (Hrsg.), Streitschlichtung, S. 75, 75 f. und *Strempel*, in: *ders.* (Hrsg.), Mediation für die Praxis, S. 7, 15 f.). Mit ihm wurde die Grundlage der Mediation erarbeitet (vgl. *Hehn*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 8, Rdnr. 46; *Kempf*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 22, Rdnr. 41 und *Risse*, in: von *Schlieffen/Wegmann/Fahr* (Hrsg.), Mediation in der notariellen Praxis, S. 77, 87 f.).
- 252 Beispiele von Präzisionsfragen, anhand derer die Oberflächenstruktur von Positionen systematisch untersucht und durch gezielte Fragen ergänzt werden können, gibt *Dörrenbächer*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 15, Rdnr. 23 ff., insb. 29 ff.
- 253 Positionen sind nicht gleichzusetzen mit juristischen Ansprüchen. Zwar sind juristische Anspruchsforderungen immer Positionen (vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 35), aber nicht alle Positionen sind automatisch in juristischen Kategorien formulierbar.
- 254 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 32. Auf einer noch tieferen Ebene liegen die Bedürfnisse. Sie sind die wichtigsten Interessen, die eine Rolle spielen (vgl. *Fisher/Ury*, Das Harvard-Konzept, S. 75; s. a. *Eidenmüller*, in: *Duvel/ders./Hacke* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 155, 157). *Abraham Harold Maslow* unterscheidet fünf Kategorien von Grundbedürfnissen, die aufeinander aufbauen: Auf der untersten Stufe stehen die körperlichen Grundbedürfnisse wie Essen, Trinken und Schlaf. Ihr folgen die Stufen Sicherheit, Zuneigung, Anerkennung und Selbstverwirklichung (vgl. *Maslow*, Psychological Review 1943, S. 370, 372 ff.). Ihre Befriedigung ist für den Menschen existenziell. Dabei steht Bedürfnis »für einen Man-

die Konfliktparteien haben.²⁵⁵ »Interessen motivieren die Menschen; sie sind die stillen Beweggründe hinter dem Durcheinander von Positionen.«²⁵⁶ Während man sich zu Positionen bewusst entscheidet, sind die Interessen die Gründe, die einen zu dieser Entscheidung veranlassen,²⁵⁷ weshalb sie auch auf eine emotionale Resonanz treffen.²⁵⁸

Als Beispiel kann die Forderung einer Abfindung dienen, die ein Arbeitnehmer im Rahmen von Verhandlungen über einen Aufhebungsvertrag gegenüber seinem Arbeitgeber erhebt. Die Interessen, die hinter dieser Forderung nach einer bestimmten Abfindungssumme stehen, können beispielsweise die Anerkennung für geleistete Arbeit, die Kompensation für den Verdienstaufschlag in der nahen Zukunft oder die finanzielle Absicherung für die zu erwartenden Einbußen durch eine neue Stelle sein.²⁵⁹ Hinter der Abfindungsforderung kann auch ein Konglomerat dieser drei Interessen und weiterer Interessen stehen. Denn die einer einzelnen Position zugrunde liegenden Interessen können vielfältig sein, sind nicht immer miteinander vereinbar und werden unterschiedlich gewichtet.

Zu den Interessen zählen die Gesamtheit der Ziele, Erwartungen, Bedürfnisse, Verwendungsmöglichkeiten, Wünsche u. ä. bezogen auf einen Konfliktgegenstand.²⁶⁰ Daher sind auch (vermeintliche) Rechte Bestandteil der Interessen, weil tendenziell niemand auf etwas verzichtet, das ihm ‚zusteht‘,²⁶¹ oder verspricht, was er nicht hergeben muss. Neben den Interessen, die sich auf den Konfliktinhalt beziehen, stehen so genannte Verfahrensinteressen, also Interessen, die »den Charakter des Prozesses selbst betreffen«²⁶², wie beispielsweise der Wunsch nach einer baldigen Streitbeilegung oder nach einer einvernehmlichen Lösung. Bei jeder Konfliktbehandlung sind daher »kurzfristige und langfristige, ideelle

gelzustand, an dem sich Verhaltenssteuerung orientiert, die ein Abstellen des Mangels anstrebt. So verstanden werden Bedürfnisse nur aus einer defizitären Situation heraus wahrgenommen«

(Alexander/Ade/Olbrisch, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 35). Sie müssen, um bei der Konfliktbehandlung als Interessen Berücksichtigung zu finden, wegen ihrer Abstraktheit operationalisiert werden (vgl. Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, S. 130, 131).

255 Vgl. Alexander/Ade/Olbrisch, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 32.

256 Fisher/Ury, *Das Harvard-Konzept*, S. 66.

257 Vgl. Fisher/Ury, *Das Harvard-Konzept*, S. 66.

258 Vgl. Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, S. 130, 130 ff. und Alexander/Ade/Olbrisch, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 33.

259 Vgl. Alexander/Ade/Olbrisch, *Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement*, S. 33.

260 Vgl. Breidenbach, *Mediation*, S. 70.

261 Vgl. ebd.

262 Gläßer/Kirchhoff, ZKM 2005, S. 130, 133.

und wirtschaftliche, persönliche und institutionelle, individuelle und soziale sowie strategische und einzelfallbezogene Interessen zu berücksichtigen.«²⁶³

Aus der Gegensätzlichkeit der Positionen, die die Konfliktparteien einnehmen, wird oft auf die Gegensätzlichkeit ihrer Interessen geschlossen. Hinter gegensätzlichen Positionen stehen aber vorwiegend sowohl gemeinsame und ausgleichbare, wie auch sich widersprechende Interessen.²⁶⁴ So kann beispielsweise das gemeinsame Interesse einer Arbeitssuchenden und der Agentur für Arbeit die Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt sein. Darüber hinaus können Interessen auf beiden Seiten vorhanden sein, die nicht im Gegensatz zueinander stehen, aber unterschiedlicher Art sind. Die Arbeitssuchende möchte etwa berufliche Weiterbildungslehrgänge besuchen und finanziert bekommen. Die Agentur für Arbeit ist daran interessiert, Nachweise über die Bemühungen der Arbeitssuchenden bei der Arbeitssuche zu erhalten. Darüber hinaus gibt es regelmäßig auch divergierende Interessen. Divergierende Interessen sind oft durch die Berücksichtigung von Modalitäten ausgleichbar wie zum Beispiel die Vereinbarung einer Ratenzahlung.²⁶⁵

Die Lösung des Konflikts wird dadurch erleichtert, dass die Konfliktparteien besser verstehen, welche Interessen des Konfliktgegners hinter den jeweils vorgebrachten Positionen stehen. Als Beispiel kann der Konflikt zweier Schwestern dienen, die sich um eine Zitrone streiten. Beide wollen die Zitrone haben (Positionen). Die Kompromisslösung in diesem Fall wäre die Teilung der Zitrone, d. h. jede Schwester muss nachgeben und erhält nur einen Teil für sich. Der Konflikt um die Zitrone kann konsensual beigelegt werden, wenn sich die Schwestern über ihre Interessen an der Zitrone verständigen. Die Ältere möchte sich einen Saft pressen, die Jüngere möchte eine Nachspeise zubereiten und hierfür die Schale reiben. Die interessensgerechte Lösung des Konflikts liegt nun klar auf der Hand: Die eine Schwester bekommt die Schalen, die andere das Innere der Zitrone. Diese Lösung wird erst möglich, wenn die verborgenen Interessenlagen transparent werden und sich dadurch das Problemverständnis verändert.

Was aber, wenn beide die Schale wollen, weil die Ältere einen Kuchen backen, die Jüngere eine Nachspeise zubereiten möchte? Auch hier kann die Konzentration auf die Interessen weiterhelfen, indem gefragt wird, was beiden wichtig ist. Während die Jüngere ein neues Rezept ausprobieren möchte, erwartet die Ältere Besuch, dem sie etwas anbieten möchte. Die Schwestern können nun ver-

263 Ebd. S. 132; s. a. *Eidenmüller*, in: *Duvel/ders./Hacke* (Hrsg.), *Mediation in der Wirtschaft*, S. 155, 163 f.

264 Vgl. *Fisher/Ury*, *Das Harvard-Konzept*, S. 68; s. a. *Mähler/Mähler*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), *Mediation für Juristen*, S. 13, 18 ff.

265 Vgl. *Fisher/Ury*, *Das Harvard-Konzept*, S. 68 f.

einbaren, dass den Gästen die Nachspeise der Jüngeren offeriert wird oder dass die Ältere einen anderen Kuchen bäckt, für den sie keine Zitronenschalen braucht. In beiden Fällen könnten die Schwestern – trotz Abweichung von ihrem ursprünglichen Vorhaben – ihre Interessen erreichen. Es könnte nun allerdings sein, dass beide nicht auf die Zitronenschalen verzichten können. Erst dann handelt es sich im eigentlichen Sinne um einen Verteilungskonflikt, der sich dadurch auszeichnet, dass über die Verteilung knapper Ressourcen gestritten wird.²⁶⁶ Hier besteht scheinbar kein Verhandlungsspielraum. Der Ausweg liegt in der Erweiterung des Verhandlungsgegenstandes durch Einbeziehung nicht konfliktgegenstandsbezogener Interessen. Die Schwestern können Regelungen treffen, um zukünftig ähnliche Konflikte auszuschließen, indem sie klären, wer von ihnen beiden an welchen Tagen der Woche einkauft und Vereinbarungen darüber treffen, wie sie sich absprechen, was besorgt werden soll. Der ursprüngliche Konflikt über den Konfliktgegenstand kann in diesem letzten Fall nur so geregelt werden, dass die Zitrone entweder zwischen beiden geteilt oder einer Schwester allein zugesprochen wird. Sofern der Streit um die Zitrone das Symptom für einen Beziehungskonflikt ist, der sich beispielsweise in der unterschiedlichen Wahrnehmung der Aufgabenverteilung im gemeinsamen Haushalt zeigt, und sich dieser durch die neuen Einkaufsregelungen nun gelöst hat, verliert der Ausgangskonflikt für die Konfliktparteien häufig an Bedeutung. War ein Nachgeben anfangs im konkreten Konflikt undenkbar, fällt es den Schwestern dann nicht mehr schwer, der anderen die Zitronenschalen zu überlassen. Erhält nun die jüngere Schwester die Zitrone, kann sie im Gegenzug der Älteren etwas anderes als Kompensation anbieten.

Das Ziel gerade bei Sach- und Verteilungskonflikten ist es daher, den gemeinsamen Wert der Vereinbarung zu maximieren, – bildlich gesprochen – also den ‚Kuchen‘, der geteilt werden soll, zu vergrößern, und damit zugleich die Vergrößerung des jeweiligen Anteils am ‚Kuchen‘ herbeizuführen.²⁶⁷ Durch die Fokussierung auf die Interessen der Konfliktparteien wird grundsätzlich zweierlei erreicht: Es »kann für gewöhnlich jedes Interesse durch mehrere mögliche Positionen befriedigt werden [...] Darüber hinaus ist der Ausgleich von Interessen nützlicher als jeder Positionskompromiß, weil es trotz gegensätzlicher Positionen in aller Regel mehr gemeinsame als gegensätzliche Interessen gibt.«²⁶⁸ Die Vielfältigkeit der Interessen ermöglicht es, Tauschgeschäfte zu machen: Jede Konfliktpartei verzichtet auf einen Teil, dessen Wert sie für geringer erachtet, um im Ge-

266 S. o. B. II. 2. a).

267 Vgl. Meyer, in: ders. (Hrsg.), Formen der Konfliktregelung, S. 34.

268 Vgl. Fisher/Ury, Das Harvard-Konzept, S. 67 f.

genzug etwas von der anderen zu erhalten, das ihr wichtig ist.²⁶⁹ Ergebnis der unterschiedlichen Gewichtungen ist eine wertschöpfende Lösung, bei der alle Parteien gewinnen.²⁷⁰

Eine vollständige Befriedigung aller Interessen und aller Konfliktparteien wird in den seltensten Situationen möglich sein. Eine interessenorientierte Einigung ist aber selbst dann mehr als ein Kompromiss, wenn es nicht gelingen sollte, den Verhandlungsspielraum durch Einbeziehung nicht konfliktgegenstandsbezogener Interessen auszuweiten und die Situation des Verteilungskonflikts bestehen bleibt. Hier kann die Einigung auf objektive Kriterien, wie die Verteilung erfolgen und abgewickelt werden soll, zu einer einvernehmlichen Konfliktlösung führen.²⁷¹

b) Interessen- und rechtsorientierte Mediation

Die Transformation der Positionen in die dahinter liegenden Interessen ist bei Konflikten, die bereits verrechtlicht sind, zugleich ein Prozess der Entrechtlichung. Dies geschieht, indem die »mit der Verfolgung juristischer Ansprüche verbundenen Interessen« herausgearbeitet werden.²⁷² Das bedeutet nicht automatisch eine vollständige Verdrängung rechtlicher Aspekte, zumal eine vollständige Entrechtlichung von Konflikten, die von Anfang an in rechtlichen Kategorien formuliert sind, nicht möglich sein dürfte und nicht gewollt ist. Je nachdem, wie stark das Recht im Rahmen der Mediation eine Rolle spielt, lässt sich daher zwischen der interessen- bzw. rechtsorientierten Mediation (»interest-based« bzw. »rights-based mediation«) unterscheiden.²⁷³ Bei der interessenorientierten Mediation geht es vorrangig um die Erzielung einer kooperativen Interessenverwirklichung durch eine Einigung, die den Interessen beider Konfliktparteien entspricht oder am meisten entspricht. Einzelne Rechte der Konfliktparteien finden dabei in

269 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 70 f. und *Fisher/Ury*, Das Harvard-Konzept, S. 73 ff.

270 Ist ein Kooperationsgewinn erzielbar, handelt es sich im Gegensatz zum Nullsummenspiel spieltheoretisch um eine »Win-Win-Situation« (vgl. hierzu ausf. *Eidenmüller*, in: *Breidenbach/Henssler* (Hrsg.), Mediation für Juristen, S. 31, 35 ff. und 40 ff.; *Eidenmüller*, in: *Duveders/Hacke* (Hrsg.), Mediation in der Wirtschaft, S. 175, 176 ff. und *Breidenbach*, Mediation, S. 72 ff.). Vgl. a. *Trossen*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 18, Rdnr. 30, der in der Wertschöpfung das deutlichste Abgrenzungskriterium der Mediation zu anderen Konfliktbehandlungsverfahren sieht.

271 Vgl. *Duve*, in: *Henssler/Koch* (Hrsg.), Mediation in der Anwaltspraxis, § 5, Rdnr. 65 und *Risse/Wagner*, in: *Haft/von Schlieffen* (Hrsg.), Handbuch Mediation, § 38, Rdnr. 79 ff.

272 Vgl. *Alexander/Ade/Olbrisch*, Mediation, Schlichtung, Verhandlungsmanagement, S. 35.

273 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 13 ff. und *Goldberg/Sander/Rogers* (Hrsg.), Dispute Resolution, S. 250 f.

Form von Interessen neben anderen Interessen Berücksichtigung. Auf diese Weise können neue Optionen für die Konfliktlösung erarbeitet und vereinbart werden. Demgegenüber ist das Ziel der rechtsorientierten Mediation regelmäßig die Vorwegnahme des voraussichtlichen Ergebnisses der gerichtlichen Auseinandersetzung. Gewinnbringend ist dann die Einsparung von Ressourcen durch die Vermeidung oder die vorzeitige Beendigung des gerichtlichen Verfahrens,²⁷⁴ sowie die Einflussnahme auf die inhaltliche Gestaltung der Einigung unter Ausschöpfung rechtlicher Spielräume.

Mit dieser Unterscheidung ist nicht gesagt, dass gerade Konflikte mit einer rechtlichen Vorprägung oder stark verrechtlichte Konflikte immer in Form der rechtsorientierten Mediation behandelt werden. Vielmehr ist entscheidend, welche Bedeutung das Recht für die Konfliktparteien hat. Eine verstärkte Thematisierung von Recht im Rahmen eines Mediationsverfahrens kann beispielsweise dem Bedürfnis der Konfliktparteien nach einer verrechtlichen Auseinandersetzung entsprechen oder der Tatsache geschuldet sein, dass aus der Sicht mindestens einer Konfliktpartei kein Kooperationsgewinn möglich ist. Im Falle von Konfliktgegenständen, die von Anfang an eine Verrechtlichung erfahren haben, kann Aufgabe der Mediation auch die Neudefinition des Konfliktinhalts sein.

V. Ausblick

Betrachtet man die Tatsache, dass Konflikte ein tausendfach vorkommendes Phänomen sind, kann festgestellt werden, dass im Normalfall diese Konflikte ohne die Einschaltung eines Gerichts ausgetragen werden,²⁷⁵ und folglich lediglich solche Konflikte zu Gericht kommen, »bei denen die Mechanismen alltäglicher Streitregelung versagt haben« und die »besonders hartnäckig und schwerwiegend« sind.²⁷⁶ Diese in Bezug auf das zivilprozessuale Verfahren gegebene Einschätzung bedarf für das sozialgerichtliche Verfahren einer Korrektur. Die Anrufung des Gerichts ist hier vielfach dem Rechtsinstitut der formellen Bestandskraft geschuldet. Die Sozialverwaltung bedient sich bei der Ausführung ihrer gesetzlichen Aufgaben typischerweise der öffentlich-rechtlichen Handlungsformen und wird gegenüber dem Bürger regelmäßig mit einem Verwaltungsakt tätig. Dieser muss dagegen unter Wahrung von Fristen Rechtsbehelf einlegen, will er den Eintritt formeller Bestandskraft und damit dessen Unanfechtbarkeit

274 Vgl. *Breidenbach*, Mediation, S. 78 f.

275 Vgl. *Gessner*, in: *LdR*, 3/120, S. 4.

276 *Hegenbarth/Scholz*, Informationsbrief für Rechtssoziologie 1979, S. 88, 88 f.; vgl. auch *Brinkmann*, *SozW* 1973, S. 79, 88.