

Siegfried Rosner | Andreas Winheller

Mediation und Verhandlungsführung

Theorie und Praxis
des wertschöpfenden
Verhandelns

2. Auflage



Nomos

Edition
Rainer
Hampp

Systemische Organisationsberatung und Aktionsforschung

Herausgegeben von

Dr. Siegfried Rosner

Band 4

Siegfried Rosner | Andreas Winheller

Mediation und Verhandlungsführung

Theorie und Praxis des wertschöpfenden Verhandelns

2., aktualisierte und erweiterte Auflage



Nomos

Edition
Rainer
Hampp



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

ISBN 978-3-98542-008-7 (Print)

ISBN 978-3-95710-295-9 (ePDF)

Edition Rainer Hampp in der Nomos Verlagsgesellschaft

2., aktualisierte und erweiterte Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Dieses Buch widmen wir

Roger Fisher

(1922-2012)

*Samuel Williston Professor of Law,
Harvard Law School*

Pionier der Verhandlungswissenschaft,

inspirierender Lehrer,

Botschafter der gewaltfreien Konfliktlösung.

Vorwort zur 2., aktualisierten Auflage

Als dieses Buch nach vierjähriger Vorarbeit in erster Auflage 2012 erschien, war es für uns ein Experiment. Wir wollten den Glaubenskrieg um das Win-Win-Verhandeln in deutschen Unternehmen versachlichen und den Weg für handwerklich gutes Verhandeln bereiten. Wir wollten ein verhandlungswissenschaftliches Grundlagenwerk für alle diejenigen bereitstellen, die in deutscher Sprache den Zugang zur internationalen wissenschaftlichen Literatur finden wollen. Wir wollten Möglichkeiten bieten, Fehlvorstellungen zu korrigieren und einen Fachdiskurs auf Grundlage verlässlicher Definitionen zu führen. Und wir wollten interdisziplinäre Perspektiven bieten, indem auch unbekanntere Ansätze für Mediation und Verhandlungsführung vorgestellt werden.

Rückblickend sind wir Rainer Hampp sehr dankbar, dass er dieses Experiment mit seinem Verlag gewagt hat und uns großzügig Spielraum ließ. Fast 50 Seiten Literaturverzeichnis und 1100 Fußnoten in einem Fachbuch? Wird es gekauft? Und gar gelesen?

10 Jahre später können wir mit großer Dankbarkeit sagen: Ja. Wir hatten im Vorwort unsere Leserinnen und Leser herzlich eingeladen, uns ein Feedback zu geben. Und davon haben sie glücklicherweise intensiv Gebrauch gemacht. Aus diesem Feedback ist oft genug ein sehr fruchtbarer Dialog geworden, der uns und unsere Ideen sehr bereichert hat.

Wir wissen jetzt, dass wir „Geheimtipp“ unter den Studierenden der verhandlungswissenschaftlichen Studiengänge in Deutschland geworden sind, weil das Buch die Chance bietet, die Hausarbeiten fundiert zu unterfüttern und klare Definitionen zu verwenden. Wir haben gehört, dass dieses Buch das perfekte „Drittbuch“ für Praktiker aus dem Feld der Verhandlungsführung und Mediation ist, das nach Tools und elementarer Praxis tiefe Einblicke und neue Ideen bietet – auch für Verhandlungstrainerkollegen. Eine führende deutsche Verhandlungswissenschaftlerin schrieb uns sogar, dass dieses Buch eines sei, dass „es unbedingt geben muss, dass aber niemand gerne schreiben will“.

Das allerdings sehen wir anders. Wir hatten große Freude dabei, dieses Buch zu schreiben, das zwar – natürlich – nicht auf die Spiegel-Bestsellerlisten gekommen ist, aber sich sehr viel besser verkauft hat, als wir es ursprünglich für möglich hielten. Die Diskussionen mit unserer Leserschaft haben uns ermöglicht, unsere Perspektiven zu schärfen.

Der Verlag Rainer Hampp hat zwischenzeitlich seine Geschäftstätigkeit eingestellt und seine Publikationen als „Edition Rainer Hampp“ an die Nomos Verlagsgruppe übergeben. Wir freuen uns sehr, dass wir das Angebot erhalten haben, diese Schriftenreihe dort weiterzuführen.

So fasst die Zweitaufgabe unseres Buches „Mediation und Verhandlungsführung“ in dieser Übergangsphase erneut die bisherigen Erkenntnisse von wissenschaftlich reflektierter Verhandlungslehre und Mediationslehre zusammen und bringt sie für die Praxis auf den aktuellen Stand. Wir hatten die Gelegenheit, unsere jeweiligen Forschungen der letzten Jahre, insbesondere zu Framing in Mediation und Verhandlung (Winheller) und Aufstellungsarbeit (Rosner) auch in dieses Buch auf neuestem Stand zu integrieren.

Es geht einmal mehr darum, einerseits die Unterscheidbarkeit der Mediation zu anderen Konfliktbearbeitungsformen zu benennen, andererseits aber auch darum, zum Teil innovative Verknüpfungen zwischen den verschiedenen Konzepten auszuloten, so dass am Ende z.B. Perspektiven einer ‚aufstellungsanalogen‘ Transformationsarbeit in Mediation und (Konflikt-)Verhandlung skizziert werden können. Der Schwerpunkt unseres evidenzorientierten Ansatzes¹ jedoch ist es, für die Praxis wertschöpfenden Verhandeln und Mediiens nützliche Hinweise auf einem durch internationale Forschung abgesicherten Niveau zu geben.

Wenn dieses Buch erscheint, liegt eine Zeit von fast drei Jahren Corona-Beschränkungen hinter uns. Wir haben einen Digitalisierungsschub erlebt – auch in Verhandlungsführung und Mediationswissenschaft. Dies ist begleitet durch einen Schub aktueller Forschung zu digitalen Verhandlungen und digitaler Mediation. Monatlich erscheinen gerade neue Studien und Fachbeiträge zu diesem Thema. Gleichzeitig ist dieses Thema derzeit noch sehr im Fluss, viele Fragen sind noch nicht geklärt, so dass zu den zentralen Positionen noch keine wirkliche evidenzbasierte Aussage möglich ist.

1 Ein Ansatz in Mediations- und Verhandlungslehre, der sich als Handlungs- und Anwendungswissenschaft versteht, sich also um konkrete Empfehlungen an die Praxis nicht drückt, ihnen aber eine theoretische wie empirische Basis zu verschaffen sucht.

Vorwort zur 2., aktualisierten Auflage

Wir haben daher entschieden, dieses Thema nicht halbgar „anzureißen“, sondern in der dritten Auflage dieses Buches dann genauso gründlich zu integrieren, wie es uns auch bei allen anderen Themen in diesem Buch wichtig war und ist.

Dr. Siegfried Rosner, M.M.
s.rosner@rosner-consult.de

Dipl.-Jur. Andreas Winheller, M.A., M.M.
a.winheller@verhandlungsperformance.de

Vorwort zur Erstauflage

„Die Kunst des Verhandeln ist so wichtig, dass das Schicksal der bedeutendsten Staaten oft von der guten oder schlechten Verhandlungsführung und vom Grad der Fähigkeiten der damit beauftragten Unterhändler abhängt.“

(**Francois de Callières**, französischer Diplomat (1645-1717), der Begründer der Europäischen Verhandlungslehre in seinem berühmten Werk *De la Maniere de Négociier avec le Souverains*)

Professionelles Verhandeln ist seit mehr als 15 Jahren unser gemeinsamer Interessenschwerpunkt. Besonders fasziniert uns, dass die Verhandlung, wenn man genau hinschaut, *das alltägliche und universelle Koordinationsinstrument*² im privaten, politischen und geschäftlichen Bereich ist und deshalb in ihrer Bedeutung kaum überschätzt werden kann. „Like it or not, you are a negotiator ... Everyone negotiates something every day.“, so beginnt das wohl einflussreichste Verhandlungsbuch aller Zeiten *Getting to YES* von Roger Fisher, William Ury und Bruce Patton³. Und da ist es nur logisch, dass durch eine Verbesserung der Verhandlungsperformance im privaten Kontext Beziehungen besser werden, im geschäftlichen Kontext nachhaltigere Profite erzielt werden und im politischen Kontext die Vision einer friedlicheren Welt Realität werden könnten.

Wir haben uns im Mai 2001 kennengelernt, als Siegfried Rosner sein Seminar „*Partnerorientierte Gesprächs- und Verhandlungsführung*“ für die Akademie Management und Politik durchgeführt hatte, in dessen Mittelpunkt das sogenannte „Harvard-Konzept“ zum sachbezogenen Verhandeln stand. Dieser Ansatz, dass es neben der halbgenutzten deutschen Ratgeberliteratur der damaligen Zeit eine Verhandlungslehre auf wissenschaftlichem Niveau gibt, hat Andreas Winheller sofort fasziniert.

Kein halbes Jahr später konnte er diesen Ansatz bei einem Forschungsaufenthalt am *Program on Negotiation* (PON) an der Harvard Law School vertiefen, wo er eine Weiterbildung zum „Negotiation Instructor“ machte. Viele weitere Aufenthalte in Harvard und an der *Kellogg School of Management*, Northwestern University, folgten. Mitgebracht hat er viele Impulse

2 Leigh L. Thompson, eine der einflussreichsten Verhandlungswissenschaftlerinnen, bezeichnet das Verhandeln als „your key communication and influence tool“ (Thompson 2022, S. 21).

3 Die deutsche Ausgabe trägt den Titel „Das Harvard-Konzept“ (Fisher/Ury/Patton 2018).

u.a. von William Ury, Bruce Patton, Richard Mnookin, David Lax, Michael Wheeler, Lawrence Susskind, Michael Watkins, Guhan Subramanian, Leigh Thompson, Jeanne Brett und Keith Murnighan und eine neue Trainingsmethodik, die in Harvard entwickelt wurde und auf der Idee des „Action Learning“ beruht.

Da Theorie und Trainingsmethodik ideal zu den Fragen passte, die Siegfried Rosner mit seinem wissenschaftlichen Hintergrund aus Soziologie, System-, Konflikt- und Kommunikationstheorie und seiner langjährigen Trainings- und Beratungspraxis ohnehin beschäftigten, entstand die Idee zu einem gemeinsamen Seminar für die Akademie Management und Politik, das Inhalte und Trainingsmethodik des Harvard Konzeptes auf aktuellstem Stand vermittelt. Dieses Seminar „*Verhandlungstraining - intensiv*“ gibt es seit 2003 (bis 2007 gemeinsam geleitet, seitdem von Andreas Winheller alleine).⁴ Seit dieser Zeit arbeiten die Verfasser in vielfältigen Projekten – mal alleine, mal gemeinsam – in Training und Coaching an dieser Thematik weiter.

Einen weiteren Schub erhielt unser kollegialer Austausch durch das *Masterstudium Mediation an der FernUniversität Hagen*, die erste universitäre Mediationsausbildung in Deutschland, das beide Verfasser absolvierten. Damit geriet insbesondere auch das mediative Verhandeln stärker in unseren gemeinsamen Fokus. Auch die *Systemischen Strukturaufstellungen (SySt®)*, eine innovative Methode auf Grundlage von systemtheoretischen und philosophischen Konzepten, die Siegfried Rosner bei Matthias Varga von Kibed und Insa Sparrer erlernen durfte, und die seitdem seinen Forschungsschwerpunkt darstellte und in mehreren eigenen Veröffentlichungen dargestellt wurde, haben uns gemeinsam inspiriert.⁵ Nach anfänglicher Skepsis wurde Andreas Winheller so von den Möglichkeiten dieses neuen Ansatzes überzeugt, dass auch er eine Weiterbildung in SySt® bei Varga von Kibed und Sparrer absolvierte.

Unsere weiteren gemeinsamen Wurzeln sind die systemischen Beratungsansätze, die angewandte Typologie (Team-Management-System u.a.), das Neurolinguistische Programmieren (NLP), die Themenzentrierte In-

4 Ende 2022 endet die Zusammenarbeit zwischen Andreas Winheller und der Akademie Management und Politik. Die offenen Verhandlungstrainings werden dann nur noch in der Verhandlungsperformance Academy angeboten.

5 Z.B. „Systeme in Szene gesetzt“ (Rosner 2018) und „Systemaufstellung als Aktionsforschung“ (Rosner 2021).

teraktion (TZI), die Transaktionsanalyse (TA) sowie die humanistische Psychologie.

Bei allen diesen Ansätzen liegt unser gemeinsames Interesse in der wissenschaftlich fundierten Arbeit. Unser Anspruch ist es, nicht nur „Tools“ und Praxistipps zu bieten, sondern gleichzeitig die theoretischen Hintergründe zu erläutern und Verbindungslinien zwischen den verschiedenen Ansätzen aufzuzeigen. Denn eines war uns beiden immer suspekt: Wenn im Weiterbildungs- bzw. Mediationsmarkt „Jünger“ oder „Gurus“ irgendeiner „Schule“ ein bestimmtes Modell zur Ersatzreligion hochstilisieren und die Welt nur noch durch diese eine Brille betrachten. Das Ergebnis sind Bücher oder Seminare wie „Verhandeln mit NLP“ oder „Erfolgreiche Kommunikation mit TA“.

Als überzeugte Konstruktivisten⁶ glauben wir nicht an die „wahre Auffassung“ oder die „richtige Lösung“ für komplexe Probleme, sondern daran, dass jeder Ansatz, jede Schule, jedes Modell einen anderen Ausschnitt der Wirklichkeit zeigt und – frei nach Platons Höhlengleichnis – erst der Abgleich der unterschiedlichen Ansätze zu einer einigermaßen nützlichen Erkenntnis über die Welt und soziale Prozesse führt. Wir sind der festen Überzeugung, dass die Integration der verschiedensten Perspektiven nicht nur die beste Performance ermöglicht, sondern Kernelement mediativen Verständnisses sein sollte.

Dieser Prozess ist gerade in einer sehr spannenden Phase. Langsam entwickelt sich ein Kanon im Bereich der Verhandlungswissenschaft⁷ und der Mediationswissenschaft⁸. In diesen Diskussionsprozess wollen wir unsere Ideen mit diesem Buch einfließen lassen. So haben wir uns insbesondere bemüht, Beiträge zu einer genaueren Begriffsklärung von Begriffen wie „Verhandlung“, „Verhandlungsperformance“, „Fairness“ sowie „Win-Win“ (vgl. Kapitel 2.3) zu liefern.

6 Zum methodologischen Spannungsfeld zwischen „konstruktivistischem“ und „naturalistischem“ Paradigma bei allen erfahrungswissenschaftlich basierten „Aktionsmethoden“ (wie z.B. Aufstellungsverfahren, Organisationsentwicklung, Verhandlungscoaching, Konfliktberatung) vgl. auch Rosner 2008, S. 280ff.

7 Honeyman/Kupfer Schneider 2006, S. 1ff. stellen in dem von Ihnen für die American Bar Association herausgegebenen *Negotiator's Fieldbook* fest: „A Canon of Negotiation Begins to emerge“.

8 Vgl. Haft/Schlieffen 2016 mit dem „Handbuch Mediation“, das in dritter Auflage vorliegt und die Beiträge vieler wichtiger deutscher Mediationswissenschaftler zusammenführt.

Dabei ist es uns ein großes Anliegen, Anregungen möglichst vieler wissenschaftlicher Disziplinen aufzunehmen und sowohl die deutsche als auch die amerikanische Literatur zusammenbringen. Wir hoffen dabei für den interessierten Leser auch das ein oder andere Schätzchen ausgegraben zu haben, das bislang in der deutschen Literatur eher selten thematisiert wird. Das betrifft z.B. die wahre „Erfinderin“ des interessenorientierten Verhandlungsansatzes (vgl. Kapitel 1.3.2), den echten Urheber des „Orangen-Gleichnisses“ (vgl. Kapitel 2.3), das in Deutschland meist fälschlich Fisher/Ury/Patton zugeschrieben wird, sowie den Erfinder des Rollenverhandelns (vgl. Kapitel 1.3.2), das insbesondere in der Organisationsmediation immer wichtiger wird.

Wir haben in unserer Zusammenarbeit immer wieder erlebt, wie gerade aus unterschiedlichen Perspektiven etwas ganz Neues, etwas qualitativ Anderes (und Wirksameres) entstehen kann, als es jeder Einzelne vermocht hätte. Das ist das Phänomen der *Wertschöpfung*, dem wir dieses Buch widmen. Gäbe es nur Kompromisse und keine wertschöpfenden Verhandlungslösungen, so wäre die Welt ein feindseliger und antagonistischer Ort. Je länger wir uns mit den wissenschaftlichen Hintergründen und praktischen Voraussetzungen von wertschöpfenden Verhandlungslösungen beschäftigen (vgl. Kapitel 2.3.), desto mehr beginnen wir an die Vision des Verhandlungspioniers Roger Fisher zu glauben, dass die Welt durch eine Professionalisierung und Optimierung der Verhandlungsprozesse tatsächlich friedfertiger und lebenswerter werden kann. Kurz vor Fertigstellung des Manuskripts verstarb Roger Fisher. Dieses Buch widmen wir ihm.

Ein *Dank* geht an die *Mitglieder des AK Mediation der ASJ Rheinland-Pfalz*. Den Beratungen mit RA Markus A. Becker, Ass. Iur. Karin Hanel, RA Dominik Hoffmann, Ralf Kaiser, Denis Kittl, Ass. Iur. Mona Müller und RiAG Jörg Städing verdankt Andreas Winheller viele Einsichten in die Prozessqualität des mediativen Verhandeln. Manche unserer Thesen sind im Diskurs in diesem Arbeitskreis gefestigt worden.

Ein *besonderer Dank* gilt unserem Trainerkollegen *Denis Kittl*, mit dem wir in vielen Projekten gemeinsam am Thema Verhandlungsperformance arbeiten durften. Viele Einsichten verdanken wir dem fachlichen Austausch mit Denis, der zudem das Manuskript Korrektur gelesen und uns wertvolle Hinweise zur Weiterentwicklung gegeben hat. Zudem danken wir *Nadya Konrad* und *Christian Wermke* für ihre Endkorrektur.

Nicht zuletzt wollen wir *unseren Familien* für die große Unterstützung und das Verständnis für die Einschränkungen, die das Schreiben eines sol-

chen Buches erfordert, danken. Zeitmanagement ist in unserem Beruf immer Mangelverwaltung. Sigis Familie hat damit schon länger Erfahrung, für Andreas Familie war es das erste solche Projekt – wir nehmen das nicht als selbstverständlich hin, sondern sind jedesmal wieder dankbar, dass Ihr uns ermöglicht, unsere Visionen zu verfolgen.

Vorab danken wir allen unseren Leserinnen und Lesern, die uns ein Feedback zu diesem Buch im Allgemeinen oder zu einzelnen Ideen geben möchten. Wir wissen, dass der Verhandlungsprozess zu komplex ist, als dass es einfache „Wahrheiten“ geben könnte. Umso interessierter sind wir daran, unsere Perspektiven und Modelle im Diskurs mit Praktikern und mit Wissenschaftlern weiterzuentwickeln, um diesen faszinierenden sozialen Prozess noch besser verstehen zu lernen.

Den Titel dieses Buches ziert eine Zeichnung von Galileo Galilei des Mainzer Künstlers *Christopher Will*. Wir möchten in diesem Buch jedem Skeptiker des wertschöpfenden Verhandeln bzw. von Win-Win-Lösungen aufzeigen, dass für ihn nach der Lektüre dieses Buches unausweichlich eine „Galileo-Entscheidung“ ansteht (siehe Kapitel 2.3.4.5).

Dr. Siegfried Rosner
s.rosner@rosner-consult.de
München

Andreas Winheller
a.winheller@verhandlungsperformance.de
Mainz

Inhaltsübersicht

Vorwort zur 2., aktualisierten Auflage	7
Vorwort zur Erstauflage	11
Inhaltsübersicht	17
Inhaltsverzeichnis	21
I Einleitung	27
1 Verständnis und Prinzipien der Mediation	31
1.1 Genese und Definition der Mediation	32
1.2 Strukturierung des Mediationsverfahrens: Phasen und Prinzipien	45
1.3 Mediation und Verhandlungsführung	53
2 Verhandlungsführung als Schlüsselqualifikation und Erfolgsfaktor im Mediationsverfahren	77
2.1 Rationales versus intuitives Verhandeln	83
2.2 Der Harvard-Ansatz des sachbezogenen Verhandeln	89
2.3 Wertschöpfendes Verhandeln: Win-Win-Lösungen sind keine Illusion	100
2.4 Die Bedeutung der Verhandlungsführung für Wirtschafts- und Organisationsmediation	142
2.5 Phasenmodelle für schwierige Verhandlungen	150
3 Deal-Structuring	166
3.1 Potenziale für Kooperationsgewinne	167
3.2 Systematisch Wertschöpfungspotentiale erschließen	179
3.3 „Austauschbeziehungen“ (trade-offs) in der Praxis	195

3.4	Prinzip integrativen Verhandeln: Wertschöpfung durch Reziprozität	206
3.5	Hindernisse für wertschöpfende Lösungen	209
3.6	Die Grammatik der Integration im Tetralemma nach Varga von Kibéd und Sparrer	240
4	Herausforderungen durch „Psychologische Fallen“ und „Psychologische Kriegsführung“ in der Mediation	250
4.1	Hinderliche Dynamiken, bei deren Bewältigung ein Mediator hilfreich sein kann	252
4.2	Framing-Strategien für Verhandler und Mediatoren	261
4.3	Unfairen Taktiken und Manipulationsversuchen begegnen	294
5	Der Mediator als Negotiating Facilitator	303
5.1	Funktion des Negotiating Facilitators und Möglichkeiten zur Ausgestaltung dieser Rolle	307
5.2	Das Ausloten des Verhandlungsspielraums mit den Medianten	310
5.3	Umgang mit Emotionen	316
5.4	Das „Ein-Text-Verfahren“	320
5.5	Post-Settlement-Settlement nach Raiffa	328
5.6	Verteilungskonflikte als besondere Herausforderung	331
6	Mediationseignung und Abgrenzung der Mediation zu anderen Konfliktbearbeitungsformen	335
6.1	Konfliktarten und Konfliktmodelle	337
6.2	Indikationen für Mediationseignung	343
6.3	Abgrenzung der Mediation zu Supervision und Konfliktmoderation	348
7	Verknüpfungen der Mediation zu weiteren Konfliktbearbeitungsformen	354
7.1	Beratung und Mediation	354

7.2 Organisationsentwicklung und Mediation	356
7.3 Gewaltfreie Kommunikation und Mediation	361
7.4 Angewandte Typologie und Mediation: Team-Management-System	362
7.5 Generatives Coaching und Mediation	390
7.6 Systemische Aufstellungen und Mediation	397
II Literaturverzeichnis	447
III Register	485
IV Abbildungsverzeichnis	489
V Über die Autoren	491

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 2., aktualisierten Auflage	7
Vorwort zur Erstaufgabe	11
Inhaltsübersicht	17
Inhaltsverzeichnis	21
I Einleitung	27
1 Verständnis und Prinzipien der Mediation	31
1.1 Genese und Definition der Mediation	32
1.1.1 Mediation ist nicht „Schlichtung“	33
1.1.2 Mediation ist nicht „Schiedsverfahren“	36
1.1.3 Mediation ist nicht „richterliches Vergleichsverhandeln“	39
1.1.4 Mediation ist nicht „parteiliches anwaltliches Verhandeln“	42
1.2 Strukturierung des Mediationsverfahrens: Phasen und Prinzipien	45
1.2.1 Phasen des Mediationsverfahrens	46
1.2.1.1 Erste Phase: Vorbereitungsphase/Abschluss des Mediationsvertrages	47
1.2.1.2 Zweite Phase: Bestandsaufnahme	47
1.2.1.3 Dritte Phase: Konfliktbearbeitung	48
1.2.1.4 Vierte Phase: Konfliktlösung	49
1.2.1.5 Fünfte Phase: Fixierung des Ergebnisses	49
1.2.2 Grundprinzipien der Mediation	50
1.3 Mediation und Verhandlungsführung	53
1.3.1 „Verhandlung“ – Eine Begriffsbestimmung	55
1.3.2 Der Verhandlungsprozess in der Mediation zwischen „Verhandlungsansatz“ und „Transformationsansatz“	56
1.3.2.1 Der „Verhandlungsansatz“ in der Mediation	57
1.3.2.2 Der Transformationsansatz in der Mediation	61
	21

1.3.2.3	Die Integration beider Ansätze durch einen modernen Verhandlungsbegriff	64
2	Verhandlungsführung als Schlüsselqualifikation und Erfolgsfaktor im Mediationsverfahren	77
2.1	Rationales versus intuitives Verhandeln	83
2.2	Der Harvard-Ansatz des sachbezogenen Verhandeln	89
2.2.1	Die Prinzipien des „Harvard-Konzeptes“ (principled negotiation)	89
2.2.2	Zur Kritik am Harvard-Konzept	93
2.3	Wertschöpfendes Verhandeln: Win-Win-Lösungen sind keine Illusion	100
2.3.1	Die „Win-Win“-Skeptiker	100
2.3.2	Wertschöpfungspotentiale existieren: Win-Win ist möglich	103
2.3.2.1	Keine Win-Win-Ergebnisse in reinen Verteilungsverhandlungen	103
2.3.2.2	Verhältnis zu den Erwartungen als untaugliches Kriterium	105
2.3.2.3	Objektive Fairness als untaugliches Kriterium	106
2.3.2.4	Subjektives Fairnessempfinden als Win-Win-Kriterium	110
2.3.2.5	Pareto-superiore Lösungen als Win-Win-Kriterium	113
2.3.2.6	Definition „Win-Win-Ergebnis“	124
2.3.2.7	Win-Lose-Orientierung und Win-Win-Orientierung	125
2.3.3	Verhandlungsperformance beim „Wert schöpfen“ unterdurchschnittlich: Mehr Win-Win ist notwendig	126
2.3.4	Fazit: Professionell verhandeln heißt in den meisten Fällen: Win-Win-Lösungen suchen	131
2.3.4.1	Langfristige Beziehungsinteressen	131
2.3.4.2	Keine Präferenzkonflikte	135
2.3.4.3	Hohes Wertschöpfungspotential	136
2.3.4.4	Kaum Wertschöpfungspotential und keine Beziehungsinteressen	137

2.3.4.5	Die Galileo-Entscheidung	139
2.4	Die Bedeutung der Verhandlungsführung für Wirtschafts- und Organisationsmediation	142
2.5	Phasenmodelle für schwierige Verhandlungen	150
2.5.1	Die chronologischen Phasenmodelle von Saner und Gulliver	151
2.5.2	Das qualitative Phasenmodell von Walton/McKersie	153
2.5.3	Die Entdeckung der „Konfrontation“	155
2.5.4	Das qualitative und chronologische Phasenmodell für „politisierte“ Verhandlungen von Winheller	157
3	Deal-Structuring	166
3.1	Potenziale für Kooperationsgewinne	167
3.1.1	„Kuchenvergrößerung“ durch Einbeziehung zusätzlicher Fragen (Expanding the Pie)	167
3.1.2	Unspezifische Kompensationen (Nonspecific Compensation)	171
3.1.3	„Logrolling“ – Austauschverhältnisse nutzen	173
3.1.4	Cost Cutting – Oft geht es günstiger	175
3.1.5	Bridging – Themen kreativ verbinden	177
3.2	Systematisch Wertschöpfungspotentiale erschließen	179
3.2.1	Analyse des Verhandlungsrahmens / Themen und Optionen	180
3.2.2	Analyse der Interessengegensätze	181
3.2.3	Paketangebote und Austausch	185
3.2.3.1	Paket-Verhandeln versus „Salami-Technik“ (single-issue)	185
3.2.3.2	Verhandeln mit gleichzeitigen (Paket-)Angeboten (multiple offer strategy)	188
3.2.4	Bewertungen des Ergebnisses und Prozessentscheidung	191
3.3	„Austauschbeziehungen“ (trade-offs) in der Praxis	195
3.3.1	Unterschiedliche Prioritäten	196
3.3.2	Unterschiedliche Zeitempfindlichkeiten	196
3.3.3	Unterschiedliche Fähigkeiten oder Ressourcen	198
3.3.4	Unterschiedliche Einstellungen zu Risiken	199

Inhaltsverzeichnis

3.3.5	Unterschiedliche Zukunftserwartungen (Contingency Contracts)	200
3.3.6	Unterschiedliche Abhängigkeiten von der öffentlichen Meinung	204
3.4	Prinzip integrativen Verhandeln: Wertschöpfung durch Reziprozität	206
3.5	Hindernisse für wertschöpfende Lösungen	209
3.5.1	Das „Negotiator’s Dilemma“ zwischen Wertschöpfung und Wertaneignung	209
3.5.1.1	Das Negotiator’s Dilemma	210
3.5.1.2	Win-Win-Verhandeln als Gefangenendilemma	213
3.5.1.3	Kooperation im „One-Shot-Gefangenendilemma“ – nur mit Absicherung	216
3.5.1.4	Kooperation im Mehr-Runden-Gefangenendilemma: Tit-for-Tat	219
3.5.1.5	Rationale Kooperationsstrategien in mixed-motive-Verhandlungen	226
3.5.2	Mangelnde Vorbereitung	233
3.5.3	Begrenzter Verhandlungsrahmen durch „Geschäftspolitik“	236
3.5.4	Zu enges Beziehungsinteresse	238
3.5.5	„Multikulturelle Verhandlungen“	239
3.6	Die Grammatik der Integration im Tetralemma nach Varga von Kibéd und Sparrer	240
4	Herausforderungen durch „Psychologische Fallen“ und „Psychologische Kriegsführung“ in der Mediation	250
4.1	Hinderliche Dynamiken, bei deren Bewältigung ein Mediator hilfreich sein kann	252
4.1.1	Irrationale Entscheidungen und Eskalation	252
4.1.2	Der Mythos vom „begrenzten Kuchen“	256
4.2	Framing-Strategien für Verhandler und Mediatoren	261
4.2.1	Framing als Herausforderung für die Neutralität des Mediators	263

Inhaltsverzeichnis

4.2.2	Framing im engeren Sinne	269
4.2.3	Framing mit Zahlenpsychologie („Scaling“)	278
4.2.4	Framing durch vorher platzierte Informationen („Anchoring“)	280
4.2.5	Framing durch Kontrast	285
4.2.6	Physiologisches Framing: Der Einfluss des Körpers	289
4.3	Unfairen Taktiken und Manipulationsversuchen begegnen	294
5	Der Mediator als Negotiating Facilitator	303
5.1	Funktion des Negotiating Facilitators und Möglichkeiten zur Ausgestaltung dieser Rolle	307
5.2	Das Ausloten des Verhandlungsspielraums mit den Median- ten	310
5.3	Umgang mit Emotionen	316
5.4	Das „Ein-Text-Verfahren“	320
5.4.1	Das Ein-Text-Verfahren: Schritt für Schritt	322
5.4.2	Das Ein-Text-Verfahren in der Praxis	327
5.5	Post-Settlement-Settlement nach Raiffa	328
5.6	Verteilungskonflikte als besondere Herausforderung	331
6	Mediationseignung und Abgrenzung der Mediation zu anderen Konfliktbearbeitungsformen	335
6.1	Konfliktarten und Konfliktmodelle	337
6.2	Indikationen für Mediationseignung	343
6.3	Abgrenzung der Mediation zu Supervision und Konflikt- moderation	348
6.3.1	Supervision und Mediation	349
6.3.2	Konfliktmoderation und Mediation	351
7	Verknüpfungen der Mediation zu weiteren Konfliktbearbeitungsformen	354
7.1	Beratung und Mediation	354
7.2	Organisationsentwicklung und Mediation	356
7.3	Gewaltfreie Kommunikation und Mediation	361

Inhaltsverzeichnis

7.4	Angewandte Typologie und Mediation: Team-Management-System	362
7.4.1	Das Team-Management-System (TMS)	364
7.4.2	Nutzen des TMS für Konfliktverhandlungen und Mediationen	370
7.4.3	Fallstudie: TMS-Teamkonfliktklärung „Ein Team am Abgrund“	377
7.4.3.1	Ausgangslage	377
7.4.3.2	Auftragsklärung	378
7.4.3.3	Motivation der Parteien	379
7.4.3.4	Durchführung	380
7.4.4	Fazit	387
7.5	Generatives Coaching und Mediation	390
7.6	Systemische Aufstellungen und Mediation	397
7.6.1	Der systemisch-orientierte Transformationsansatz in der Mediation	399
7.6.2	Systemische Ordnungsannahmen und Hypothesenarbeit in der Mediation	405
7.6.3	Nutzbare Aufstellungsformate als mediatives Element	418
7.6.3.1	Organisationsstrukturaufstellungen	422
7.6.3.2	Problemaufstellung	424
7.6.3.3	Aufstellung des ausgeblendeten Themas	427
7.6.3.4	Konflikt- und Entscheidungsaufstellung – als Tetralemma	429
7.6.3.5	Supervisionsaufstellung	433
7.6.3.6	Werte- oder Ressourcenaufstellung	435
7.6.4	Die Perspektive einer aufstellungsanalogen Transformationsarbeit in Mediation und Konfliktverhandlung	438
II	Literaturverzeichnis	447
III	Register	485
IV	Abbildungsverzeichnis	489
V	Über die Autoren	491

I Einleitung

Wurde noch 2002 zu Zeiten der ersten Auflage des *Handbuch Mediation* von Haft und von Schlieffen gewitzelt, Mediation würde in der Öffentlichkeit regelmäßig mit Meditation verwechselt und die Enttäuschung sei groß, wenn anstelle von Duftkerzen und innerer Einkehr trockene Konfliktgespräche angeboten würden,⁹ so hat sich das Bild zwei Jahrzehnte später gewendet. Neben einem von Jahr zu Jahr steigenden Angebot an originär deutscher Mediationsliteratur und einer kaum noch zu überschauenden Verbands- und Ausbildungsszene ist die Mediation sogar in der Politik angekommen: Der Deutsche Bundestag verabschiedete am 21. Juli 2012 ein *Mediationsgesetz*¹⁰.

Viele die Mediation betreffenden Fragen sind in dieser Zeit intensiv diskutiert worden. Spannenderweise hat dabei gerade der Kern jeder Mediation, nämlich der Verhandlungsprozess, nach Auffassung der Verfasser noch nicht die Aufmerksamkeit erhalten, die er verdient hätte. Fritjof Haft, der Mediation als „Unterstützung einer Verhandlung durch einen neutralen Helfer, der seine Tätigkeit als schlichte Dienstleistung begreift“ definiert, hebt die Bedeutung der Verhandlung hervor:

„Im Zentrum steht also die Verhandlung, nicht die Mediation. Dies zu betonen, ist wichtig, weil die Menschen dazu neigen, sich wichtiger zu nehmen, als sie sind. In dieser Gefahr befinden sich auch die Mediatoren.“¹¹

Hannelore Diez schreibt zum mediativen Verhandeln in ihrem „Werkstattbuch Mediation“: „Die juristische Literatur bietet eine Vielzahl von Abhandlungen und Kompendien zu Verhandlungsergebnissen, zu Verhandlungstheorien, zu Verhandlungsstrategien etc., aber wenig über die **Praxis**

9 Wer diese Befürchtung für einen billigen Witz und eine Übertreibung hält, hat wohl wenig eigene Praxiserfahrungen als Mediationsanbieter. Andreas Winheller erhielt bereits *zweimal* entsprechende Anfragen von potentiellen „Kunden“ als Rückmeldung auf eine in der Mainzer Stadtteilzeitung veröffentlichten Anzeige. Beide wollten „sich etwas Gutes tun“ und „zu sich selbst finden“ und waren ganz enttäuscht als sie hörten, dass ihnen ein Mediator dabei wohl nur helfen kann, wenn sie einen Konflikt und mindestens einen Konfliktpartner mitbringen können...

10 Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BGBl I, S. 1577).

11 Haft 2002 § 2 Rn. 1.

des Verhandelns (Hervorhebung d. Verf.).¹² Weiter: In der Mediationsliteratur werde im Wesentlichen beschrieben, welche Vorteile die so genannten „Win-Win-Alternativen“ oder die mediativen Verhandlungsergebnisse hätten, aber auch hier sei wenig darüber zu finden, wie mediatives Verhandeln genau geht (ebd.).

Dabei ist nicht nur die *Praxis* des mediativen Verhandeln durch die Fachliteratur nicht vollständig erschlossen, auch eine wissenschaftlichen Ansprüchen genügende Beschäftigung mit dem Verhandeln an und für sich kommt in Deutschland – insbesondere im Vergleich mit den USA – nur langsam voran;¹³ in den letzten 10 Jahren seit der Erstauflage dieses Werkes ist allerdings eine erfreuliche Entwicklung festzustellen.¹⁴

Einen Beitrag zur Fortentwicklung von Theorie und Praxis des mediativen Verhandeln zu schaffen, ist das Ziel dieses Buches.¹⁵ Dazu soll zunächst systematisch an Entstehungsgeschichte und Verständnis des schillernden Begriffs „Mediation“ angeknüpft und die Prozessqualität des mediativen Verhandeln anderen Verhandlungsprozessen gegenübergestellt werden (Kapitel 1), bevor die spezielle Bedeutung der Verhandlungsführung für Mediationen im Wirtschafts- und Organisationskontext – dem beruflichen Einsatzgebiet der Autoren – herausgearbeitet (Kapitel 2) und illustriert wird (in Kapitel 3 bis 5). Notwendig scheint es aber auch, Abgrenzungen (Kapitel 6) wie Verknüpfungen der Mediation zu weiteren Konfliktbearbeitungsformen wie Beratung, Organisationsentwicklung, systemischer Strukturaufstellungsarbeit und angewandter Typologie (Kapi-

12 Diez 2005, S. 145.

13 Bereits im Jahr 1977 hatten Crott/Kutschker/Lamm ein beachtliches verhandlungswissenschaftliches Werk auf den deutschen Markt gebracht, das aber leider weder von Wissenschaft noch von Trainingspraxis oder Ratgeberliteratur hinreichend gewürdigt wurde. Erst mit dem Tübinger Projekt von *Fritjof Haft* und mit Gottwald/Haft 1993 begann die mühsame Entwicklung einer „evidenzbasierten“ (statt „emminenzbasierten“) Verhandlungslehre in Deutschland.

14 Inzwischen wird auch in Deutschland an einer ganzen Reihe von Lehrstühlen verhandlungswissenschaftlich beachtlich gearbeitet. Es gibt immer mehr auch originäre verhandlungswissenschaftlich fundierte Literatur aus Deutschland. Die von Andreas Winheller übersetzten Original-Trainingsmethoden von Harvard-PON und DRRC (Kellogg School of Management) erzielen von Jahr zu Jahr größere Umsätze auf dem deutschen Trainingsmarkt.

15 Teile der vorliegenden Arbeit wurden von Siegfried Rosner 2009 als Masterthese im Masterstudiengang Mediation an der FernUniversität Hagen mit dem Betreuer RA Dr. Frank Schmidt eingereicht.

tel 7) aufzuzeigen, um die methodische Weiterentwicklung mediativer Verfahren zu erfassen und eigene Ideen für Zukunftsfelder aufzuzeigen.

Unter den zentralen Wirkprinzipien der Mediation¹⁶ besitzen die Kriterien „Eigenverantwortlichkeit“ und „Wertschöpfung“ für die **Wirtschaftsmediation**¹⁷ eine besondere Bedeutung. Während z.B. in der gerichtlichen¹⁸ oder gerichtsnahen¹⁹ Mediation das Mediationsverfahren gerichtlich angeordnet oder mit den Streitparteien „nahegelegt“ sein kann, sind in der Wirtschaftsmediation die Konfliktparteien als grundsätzlich *autonome* Wirtschaftssubjekte zu deuten.²⁰ Dies gilt auf jeden Fall in der Mediation *zwischen* Unternehmen, in der Regel aber auch bei der Mediation von Konflikten *innerhalb* eines Unternehmens, weil z.B. auch bei innerbetrieblichen Konflikten zwischen Arbeitgeberseite und Arbeitnehmerseite die Konfliktparteien als souveräne Partner eines Arbeitsverhältnisses zu behandeln sind. Diese „Vertragspartnerschaft“ begünstigt und erfordert die Berücksichtigung der Mediationsprinzipien „Eigenverantwortlichkeit“ und „Freiwilligkeit“ der Teilnahme an der Mediation. Die Wirtschaftsmediation hat denn auch den Grundcharakter einer Verhandlung (zwischen eigenverantwortlichen und selbstbestimmten Wirtschaftssubjekten) und kann prägnant als „Verhandlung mit externem Prozessgestalter“ gekennzeichnet werden. Dies hat Auswirkungen auf die – verstärkten – Erwartungen an den „wertschöpfenden“ Charakter der Mediation durch die Konfliktparteien einerseits²¹ und die anzuwendenden Techniken des Deal-

16 Dazu genauer Kapitel 1.2.

17 Zur Verwendbarkeit (und Problematisierung) des Begriffs „Wirtschaftsmediation“ für Mediationen im Wirtschafts- und Organisationskontext und dessen Bezüge zu Begriffen wie „business mediation“ oder „Organisationsmediation“ wird ausführlicher in Kapitel 2.3.4 eingegangen. Der Kürze halber wird im Folgenden der in der Praxis etablierte Begriff der Wirtschaftsmediation verwendet.

18 Vgl. Duve 1999.

19 Vgl. Gottwald 2002, Trossen 2009.

20 Diez 2005, die sich mit ihrem im „Werkstattbuch Mediation“ geschilderten Fall einer Erb-Mediation im Grenzbereich von Familien- und Wirtschaftsmediation bewegt (vgl. ihr Vorwort), deutet dies allgemeiner: das mediative Verhandeln erfolge „im Licht der *Privatautonomie*“ (S. 145), deren weiter Rahmen jede Form von Verhandeln und fast jedes Verhandlungsergebnis zulasse, wenn es die Verhandlungspartner denn als fair und gerecht ansähen.

21 Die ja für die Wirtschaftsmediation ein nicht unerhebliches Honorar zahlen und je nach Fall zudem erhebliche zeitliche Ressourcen sowie Managementkapazitäten investieren, die an anderer Stelle nicht mehr zur Verfügung stehen und somit einen potenziellen Verteilungskonflikt innerbetrieblicher Ressourcen generieren – insbesondere im Vergleich mit klassischer rechtsförmiger Konfliktaustragung, die anscheinend

Structuring andererseits, da ja das **Prinzip der Wertschöpfung** durch das Verfahren **unterstützten** Verhandeln erreicht werden soll.²²

Ein an Interessenklärung und Interessenausgleich orientiertes Vorgehen findet sich idealtypisch im Konzept der „sachbezogenen“ und „integrativen“ Verhandlungsführung (principled Negotiating), deren Prinzipien und Techniken des *Deal-Structuring*²³ aus Sicht der Verfasser unabdingbar für das Konzept und die Umsetzung der Mediation als unterstütztem Verhandeln in Wirtschafts- und Organisationskontexten sind. Die Wirtschaftsmediation fokussiert daher im Normalfall stärker auf Elemente der direkten Nutzenverteilung und Präferenzmessung als z.B. Mediationen im Bereich öffentlicher Planung oder sozialräumlicher Konfliktklärung.

Häufig wird daher *für die Wirtschaftsmediation* ein komplett anderer Mediationsansatz bzw. ein *anderes Prozessverständnis postuliert* (Verhandlungsansatz) als es z.B. in der Trennungs- und Scheidungsmediation genutzt wird (sog. „Transformationsansatz“). Diese künstliche Trennung beruht jedoch auf einem Missverständnis über das Wesen von mediativen Verhandlungsprozessen und auf unzulässiger Generalisierung bzw. Stereotypenbildung. Auf Grundlage eines modernen (weiten) Verhandlungsbegriffs lassen sich diese beiden herkömmlichen Mediationsansätze in ein einzelfallorientiertes und streng an den Bedürfnissen der Medianten²⁴ ausgerichtetes Mediationsverständnis **integrieren** (vgl. dazu ausführlich Kap. 1.3.2).

an die Rechtsabteilung oder sogar externe Anwälte „outgesourced“ werden kann. Dass diese Sichtweise voreilig ist, fällt meist erst auf, wenn bei der konkreten Austragung gerichtlicher Auseinandersetzungen doch übermäßig viele Aufmerksamkeitskapazitäten des Managements absorbiert werden.

- 22 Das Prinzip der Wertschöpfung gewinnt – in Relation zu den anderen Mediationsprinzipien – an Bedeutung, sofern das Vorgehen nicht vornehmlich auf eine rechtliche Klärung, sondern auf eine Interessenklärung und einen Interessenausgleich ausgerichtet ist.
- 23 Sachgerechte Abschlüsse und Vereinbarungen strukturieren.
- 24 Für die Parteien in einem Mediationsverfahren wird sowohl der Begriff „Mediant“ als auch der Begriff „Mediand“ verwendet, obwohl in der deutschen Literatur „Mediant“ gebräuchlicher ist (anders als z.B. in Österreich). Das neue deutsche Mediationsgesetz umschiffte diese Klippe und spricht nur von „Parteien“.

1 Verständnis und Prinzipien der Mediation

Der heutige Begriff der „Mediation“ geht auf Entwicklungen seit den späten 1960er Jahren vornehmlich in den USA zurück, wo „Mediation“ seitdem erfolgreich in den verschiedensten Lebensbereichen angewendet wird.²⁵ Das Mediationsverfahren als strukturiertes Verfahren wurde im Rahmen der „Alternative Dispute Resolution“ (ADR) Bewegung entwickelt, die es sich zum Ziel gesetzt hat, Alternativen zum traditionellen Gerichtsprozess zu entwickeln, um viele Streitfälle **qualitativ besser** zu lösen, d.h. die Konflikte effektiver und effizienter beilegen zu können.²⁶

Die Entwicklung vollzog sich als bewusste Reaktion auf und in Abgrenzung zu den gesetzlich normierten Konfliktregelungsverfahren (z.B. Gerichtsverfahren) und versprach sich bessere Ergebnisse durch eine *informelle* Konfliktlösung *außerhalb* der rechtsförmigen Verfahren.²⁷ Insofern wird Mediation als „informelles, außergerichtliches Verfahren“²⁸ definiert. Dabei setzt die Mediation auf *Konfliktbewältigung durch Verhandlung* zwischen den Beteiligten. Deshalb ist nicht jeder Konfliktfall mediationsgeeignet.²⁹ Vielmehr müssen eine Reihe von Voraussetzungen gegeben sein, vor allem die „Eigenverantwortlichkeit“ und Beteiligung aller Parteien sowie ein vorhandenes Potenzial für eine wertschöpfende Verhandlungslösung.³⁰

Eine eigenverantwortliche Verhandlungslösung setzt zudem voraus, dass die Konfliktbeteiligten grundsätzlich *kooperationsfähig* sind: Also in der Lage sind, Informationen offen zu legen, auch die berechtigten Interessen der Gegenseite gelten zu lassen und lösungsorientiert zu (ver)handeln,³¹ sowie ergebnisoffen in die Gespräche gehen. Weil Verhandlungen generell nur dann zu einem fairen Interessenausgleich und nachhaltigen Lösungen führen, wenn die Beteiligten „auf Augenhöhe verhandeln“, ist ein Mediationsverfahren nur dann zu verantworten, wenn diese Augenhöhe gegeben ist oder im Rahmen des Prozesses hergestellt werden kann,

25 Besemer 1995, S. 14 und Yarn 2016.

26 Vgl. Breidenbach 1995, S. 11ff.

27 Susskind/Cruikshank 1987, S. 76 und Hehn 2016.

28 Mähler/Mähler 1999, S. 200.

29 Zu den Kriterien der „Mediationseignung“ von Konflikten vgl. ausführlicher Kapitel 6.2.

30 Vgl. dazu die Ausführungen zu den Mediationsprinzipien in Kapitel 1.2.2.

31 Flechsig/Ponschab/Schweizer, Grundlagen der Mediation, S. 58.

indem z.B. evidente Machtgefälle durch Interventionen des Mediators ausgeglichen werden können.³²

1.1 Genese und Definition der Mediation

Der Begriff „Mediation“ bedeutet in etwa „einen Mittelweg einschlagen“, „keiner Partei angehörend“ oder schlicht „Vermittlung“. Insofern kann die Mediation zunächst als ein Verfahren zur Konfliktlösung bezeichnet werden, bei dem unparteiische Dritte als Vermittler Hilfestellung für eine Verhandlungslösung leisten. Ziel der Mediation ist es, das kreative Potential unter der Oberfläche gegensätzlicher Auffassungen zutage zu fördern. Weniger die Analyse oder gar die Aufrechnung vergangener Fehler steht im Mittelpunkt, sondern vielmehr die Suche nach Win-Win-Lösungen³³.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass die zentralen Wirkprinzipien der Mediation (Orientierung an den Interessen der Parteien, Vermittlung durch einen allparteilichen³⁴ Dritten ohne Entscheidungsmacht, Eigenverantwortlichkeit der Parteien und Selbstbestimmung über Prozess und Ergebnis) letztlich eine Wiederentdeckung tradierter Verfahrensweisen zur Konfliktlösung darstellen, die in ihren Wurzeln mindestens seit der Zeit des antiken Griechenlands Bestandteil des Europäischen Rechtslebens sind.³⁵

Diese zentralen Wirk- und Erfolgsprinzipien können in folgender **Definition** zusammengefasst werden:

Mediation ist ein Vorgehen in Konflikten, bei dem alle Konfliktbeteiligten in freiwilligem, vertraulichen und selbstbestimmten Zusammenwirken mit Hilfe von neutralen Dritten (Mediatoren) zu einer für alle akzeptablen und interessengerechten, möglichst wertschöpfenden gemeinsamen Lösung zu gelangen

32 Zu den „12 Quellen“ möglicher Interventionsmacht des Mediators vgl. Moore 2003, S. 389ff. und Budde 1999, S. 59ff. Zur Rolle der Rechtsordnung als Schranke selbstbestimmter Verhandlungsführung in strukturellen Machtungleichgewichtslagen vgl. Palandt-Heinrichs Einführung vor § 145 Rn. 7, 13.

33 Zum Begriff „Win-Win-Lösung“ vgl. im Einzelnen Kapitel 2.3.2.

34 „Allparteilichkeit“ bedeutet mehr als Neutralität und wird von Schäffer 2004, S. 50, als „zugewandte Distanz“ bezeichnet. Zum Begriff vgl. ausführlich Duss-Von Werdt 2005.

35 Dazu ausführlich Duss-Von Werdt, Mediation in Europa, S. 27ff und ders. 2005.

versuchen. Dabei besitzen die Mediatoren keine Entscheidungskompetenz in der Sache; das Ergebnis kann nur im Konsens aller Beteiligten erzielt werden.³⁶

Die Mediation in heutiger Form entstammt wie erwähnt der ADR-Bewegung, war also auf **ergebnisorientierte** Konfliktklärung gerichtet. Dabei unterstützt der Mediator alle Konfliktbeteiligten in einem Konflikt, bei dem ein akuter Regelungsbedarf besteht, bei der Suche nach einer guten Verhandlungslösung (assisted negotiation). Dabei ist die Mediation keineswegs das einzige assistierte Konfliktlösungsverfahren – auch nicht das einzige unter der Parole der „Alternativen zum Recht“ entwickelten außergerichtlichen ADR-Verfahren.³⁷

Die Mediation zeichnet sich gegenüber den anderen Verfahren durch ein *spezifisches Set von Rollen der Beteiligten am Mediationssystem* aus, das eine besondere *Qualität des vermittelten Verhandlungsprozesses konstituiert*. Nach Auffassung der Verfasser ist es gerade diese Prozessqualität mediativen Verhandeln, die den Wert des Mediationsverfahrens ausmacht. Um ein besseres Verständnis von dieser *Prozessqualität mediativen Verhandeln* zu gewinnen, ist es daher hilfreich, das mediative Verhandeln von anderen Konfliktregelungsprozessen abzugrenzen, also Mediation auch darüber zu „definieren“, was sie nicht ist³⁸:

1.1.1 Mediation ist nicht „Schlichtung“

Wie die Mediation gehören auch Schlichtung und Schiedsverfahren zu den ADR-Verfahren, sind also Alternativen zur konventionellen gericht-

36 Eigene Definition der Verfasser auf der Grundlage der Definitionen von Besemer 1995 und Altmann/Fiebiger/Müller 1999. Das Mediationsgesetz, das am 21.7.2012 vom deutschen Bundestag beschlossen wurde, definiert Mediation in § 1 wie folgt: „(1) Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mit Hilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. (2) Ein Mediator ist eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt.“

37 Eine detaillierte Übersicht über die Vielzahl außergerichtlicher Streitbelegungsverfahren und ihre jeweiligen Vorzüge und Voraussetzungen bietet Walz 2006.

38 Viele Einsichten über die Prozessqualität mediativen Verhandeln verdankt Andreas Winheller den Beratungen im AK Mediation der Arbeitsgemeinschaft sozialdemokratischer JuristInnen RLP 2006-2008 mit RA Markus A. Becker, Karin Hanel, RA Dominik Hoffmann, Ralf Kaiser, Denis Kittl, Mona Müller und RiAG Jörg Städing.

lichen Konfliktbehandlung. Eine Gemeinsamkeit aller drei Verfahren besteht darin, dass die Parteien zur Konfliktbewältigung einen frei gewählten neutralen Dritten hinzuziehen und an ihn zu diesem Zweck Kompetenzen zuweisen. In ihrer Grundidee und „Reinform“³⁹ unterscheiden sich die einzelnen Verfahrensarten jedoch *in der Rolle des neutralen Dritten und der Qualität der Kompetenzen*, die ihm die Konfliktparteien zubilligen.

Dabei werden insbesondere die Begriffe „Schlichtung“ und „Mediation“ im allgemeinen Sprachgebrauch oft nicht klar genug voneinander abgegrenzt. So wird häufig für die Mediation mit dem Slogan „schlichten statt richten“ geworben. Dabei sollten die Begriffe jedoch wegen der unterschiedlichen Wirkprinzipien möglichst trennscharf verwendet werden.

„Schlichten“ bedeutet im Mittelhochdeutschen „etwas durch Bearbeitung glätten, zierlich anordnen, durch Streicheln besänftigen.“⁴⁰ In einem Schlichtungsverfahren stellen die Parteien ihre Positionen und Argumente einem oder mehreren⁴¹ neutralen Schlichtern vor, die am Ende den Parteien einen *Schlichtungsvorschlag* unterbreiten, wie „auf der Grundlage von deren neutraler und unabhängiger Einschätzung des Sachverhalts und der Rechtslage“⁴² eine „faire Lösung“⁴³ des Konflikts aussehen könnte. Der Schlichtungsvorschlag ist für die Parteien *nicht bindend*; entweder er wird von beiden Parteien angenommen, dann ist der Konflikt (i.d.R. durch Vergleich) beigelegt, oder er wird von mindestens einer Partei abgelehnt, dann ist die Schlichtung gescheitert.⁴⁴

Schlichtungsverfahren sind weit verbreitet. Am stärksten im Fokus der Öffentlichkeit stehen sicherlich die Schlichtungen in Tarifstreitigkeiten. Daneben gibt es aber eine Vielzahl außergerichtlicher Schlichtungs-

39 In der Praxis haben sich dazu eine Reihe von Hybrid- und Kombinationsformen herausgebildet, z.B. „med-arb“-Verfahren vgl. Duve (1999, unter 3.3.3.3), Risse (2022, § 15 Rz. 1ff.), Schwarzmann (2006, S. 82ff. mit Mustertexten zur Vertragsgestaltung hybrider ADR-Verfahren).

40 vgl. dazu Grimm/Grimm 1899, S. 669 Anmerkung 6 zu „schlichten“.

41 In unabhängigen Schlichtungsstellen gibt es oft einen Schlichter, in Tarifverhandlungen ist es aber z.B. üblich, dass jede Partei einen Schlichter ihres Vertrauens benennt und sich dann die beiden Schlichter einstimmig auf einen Schlichtungsvorschlag einigen müssen.

42 Duve/Ponschab 1999, S. 265.

43 Zu den verschiedenen Kriterien für faire Lösungen in einer Schlichtung vgl. Raiffa/Richardson/Metcalf 2002, S. 348ff.

44 Rüssel 2002 § 33 Rn. 34; zu verschiedenen Sonderformen der Schlichtung (bounding arbitration, last-offer-arbitration, selective arbitration) vgl. Raiffa/Richardson/Metcalf 2002., S. 330ff.

Schieds- und Gütestellen,⁴⁵ die in der außergerichtlichen Konfliktbewältigung teils schon seit Jahrzehnten gute Dienste leisten und durch das „Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung“ des Bundes (§ 15a EGZPO) vom 01.01.2000 und die daraufhin von vielen Bundesländern verabschiedeten Landesgesetze zu Gütestellen⁴⁶ zusätzliche Bedeutung erlangten.

Der *Vorteil des Schlichtungsverfahrens* ist es, dass den Beteiligten *schnell* ein aus Sicht eines neutralen Dritten *fairer Lösungsvorschlag* unterbreitet wird, der aufgrund der Autorität des Schlichters besonders glaubwürdig wirkt. Da die Parteien zu diesem Vorschlag nur „Ja“ oder „Nein“ sagen können, ist *kein Raum für ein Nachkarten und „Basarverhandeln“*, durch das eine unkooperative Partei das Ergebnis noch einseitig zum eigenen Vorteil verändern könnte.

Die Schlichtung ist also vor allen Dingen dann gut geeignet, wenn der Konflikt auf wenige Sach- oder Rechtsfragen eingrenzbar ist, insbesondere, wenn sachkundige Bewertungen von neutraler Seite hilfreich sein können (Sachmängel, mangelhafte Leistungen, Bewertung der Ausgangslage in Tarifverhandlungen). Das gilt vor allem, wenn es sich um *Verteilungsverhandlungen* ohne großes Wertschöpfungspotential handelt, bei denen auch eine Beziehungsklärung nicht im besonderen Interesse der Parteien ist. Denn da die Schlichtungsverhandlung wie im Gerichtsverfahren – im Gegensatz zu einer Mediation – lediglich konkrete Sachverhalte aus der Vergangenheit behandelt, unterliegt sie insoweit auch den gleichen Beschränkungen (keine Wertschöpfung, keine Beziehungsklärung, keine Berücksichtigung der Komplexität der Konfliktlage).⁴⁷

Im übrigen besteht aufgrund der verbreiteten Tendenz von Schlichtern, ihren Schlichtungsvorschlag nahezu in der (goldenen?) Mitte der verbleibenden „Lücke“ zwischen den Positionen der Parteien anzusiedeln, die

45 z.B. beim Handwerk, der Ärztekammer oder im privaten Baurecht. Auch die „Ombudsmann“-Verfahren - z.B. im Bank- oder Versicherungsgewerbe - sind fast immer Schlichtungsverfahren, allerdings mit der Besonderheit, dass der Schlichtungsvorschlag nur für die Kunden unverbindlich ist. Die Unternehmen sind (bis zu einem bestimmten Streitwert) laut Verfahrensordnung daran gebunden.

46 Acht Bundesländer haben von der Möglichkeit, eine obligatorische Streitschlichtung als Vorschaltverfahren zum Gerichtsverfahren gemäß § 15a EGZPO einzurichten, in Streitigkeiten bis 750,00 Euro und bestimmten nichtvermögensrechtlichen Streitigkeiten, Gebrauch gemacht. Einzelheiten bei Zöller/Geimer/Greger 2007, § 15a EGZPO Rn. 27 (S. 2623); Rüssel 2002 § 33 Rn. 1ff. m.w.N.

47 Cole/Blankley 2005, S. 319ff.; Rüssel 2002 § 33 Rn. 35.

Gefahr, dass die Parteien zukünftig *aus taktischen Gründen Extrempositionen einnehmen* und besonders unnachgiebig verhandeln, um sich für eine nachfolgende Schlichtung noch „Spielraum“ zu lassen. Das kann dazu führen, dass die Parteien kaum noch ohne Schlichtung zu einer Einigung kommen können („Ernüchterungs-“ und „Halbwertzeit-Effekt“) und in ihrem Konfliktverhalten immer unselbstständiger und abhängiger von externen Schlichtern werden.⁴⁸

Eine besondere Ausprägung des Schlichtungsverfahrens ist das Verfahren vor den **Schiedsleuten**,⁴⁹ das nach der jeweiligen landesgesetzlichen Schiedsamtordnung durchzuführen ist. In diesen Verfahren können die Parteien ihre Sichtweise in einer weniger förmlichen Atmosphäre vortragen und aktiv an der Erörterung der Sach- und Rechtslage mitwirken. Die Erörterung und (nicht bindende) Entscheidungsfindung folgt den Prinzipien eines Gerichtsverfahrens; eine beziehungsorientierte Konfliktbearbeitung findet i.d.R. nicht statt, da die Schiedsleute dafür weder geeignet ausgebildet noch mandatiert sind.⁵⁰

Fazit: Ein Schlichtungsverfahren ist gut geeignet, wenn es sich um einen *Einmalkonflikt* oder einen *gutachterlich auflösbaren Sachkonflikt* handelt. Weiterhin kann eine Schlichtung dann sinnvoll sein, wenn Repräsentanten eine Rechtfertigung (z.B. gegenüber Ihrem Auftraggeber oder ihrer Mitgliederbasis) benötigen, dass „nicht mehr drin war“.

Die *Qualität des Verhandlungsprozesses* in einem guten Schlichtungsverfahren ist eher *verteilungsorientiert* (distributiv) auf der Grundlage von „objektiven Kriterien“ und neutralen Standards für eine *faire Verteilung*.

1.1.2 Mediation ist nicht „Schiedsverfahren“

Im Schiedsgerichtsverfahren *delegieren die Konfliktparteien sowohl die Kompetenzen zur Prozessgestaltung als auch zur inhaltlichen Entscheidung* an einen oder mehrere von ihnen einvernehmlich bestimmten neutralen Dritten. Daher ist die Rolle der neutralen Dritten (Schiedsrichter) stark der Rolle

48 Lewicki/Hiam/Olander 1998, S. 200; grundlegend dazu Katz/Kochan 2003, S. 219ff.

49 Trotz der begrifflichen Ähnlichkeit ist das Verfahren vor den Schiedsleuten kein Schiedsverfahren sondern ein Schlichtungsverfahren, da der Vergleichsvorschlag eines Schiedsmannes nicht bindend ist.

50 Rüssel 2002 § 33 Rn. 41 m.w.N.

eines Richters im herkömmlichen – staatlichen – Gerichtsverfahren ange-
nähert.

Im Schiedsgerichtsverfahren wird der **Streit insgesamt zur Entscheidung übertragen** und dabei der staatliche durch einen per Vertrag zwischen den Parteien vereinbarten (Schieds-)Richter ersetzt.⁵¹ Der wesentliche Unterschied zum ordentlichen Gerichtsverfahren liegt darin, dass *sowohl die Person der Richter als auch die Verfahrensordnung von den Konfliktparteien nach eigenen Vorstellungen frei bestimmt werden*⁵² und das Verfahren deutlich zügiger durchgeführt werden kann. Zudem ist ein schiedsrichterliches Urteil i.d.R. nicht anfechtbar, erwächst also sehr schnell in Rechtskraft und kann unkompliziert für vollstreckbar erklärt und zeitnah umgesetzt werden.

Im Unterschied zur Mediation entspricht die Konfliktbehandlung und Art der Entscheidungsfindung der förmlichen und rechtsförmigen⁵³ Verhandlung im Gerichtsprozess. Das bedeutet, dass die Parteien auf die eigenverantwortliche und selbstbestimmte Erarbeitung konsensualer *Verhandlungslösungen* – und damit auf wertschöpfende Ergebnisse – freiwillig verzichten und die Konfliktlösung an einen Dritten mit Entscheidungsmacht abgeben. Demnach ergeben sich auch die damit typischerweise verbunden Beschränkungen, insbesondere:

- Eine rechtsförmige Auseinandersetzung *belastet* aufgrund der besonderen Wirkprinzipien der juristischen Methode⁵⁴ fast notwendigerweise *die Beziehungen* zwischen den Parteien. Falls diese Beziehungen zukünftig noch von Interesse sind, kann das ein großes Problem darstellen.

51 vgl. Risse 2022 § 1 Rn. 21f.

52 Die Verfahrensordnung des Schiedsgerichtsverfahrens kann mit Ausnahme der zwingenden gesetzlichen Regelungen der §§ 1025ff. ZPO zwischen den Parteien frei vertraglich vereinbart werden; zu den Grenzen und Möglichkeiten vgl. Raeschke-Kessler/Berger 1999, S. 1ff.; dabei orientieren sich die Parteien in der Praxis oft an Muster-Verfahrensordnungen nationaler oder internationaler Organisationen wie den UNCI-TRAL-Arbitration Rules.

53 Die sogenannte „Friendly Arbitration“, bei der das Schiedsgericht nach Billigkeit entscheidet (§ 1051 Abs. 3 ZPO), spielt in der Praxis nur eine geringe Rolle, vgl. Raeschke-Kessler/Berger 1999, Rn. 762.

54 Zu den Wirkprinzipien der Juristischen Methode und ihren Konsequenzen vgl. ausführlich Ponschab/Schweizer 2010, S. 17ff.

- Das Verfahren ist anspruchs- und positionsbezogen. Dadurch werden die Interessen der Beteiligten meist ausgeblendet⁵⁵ (der im Schiedsverfahren relevante „Sachverhalt“ ist eine Reduktion des aktuellen Konflikts und der Interessenlage der Beteiligten⁵⁶). Der *Konflikt wird nur ausschnitthaft und vergangenheitsbezogen behandelt* – wertschöpfende Verhandlungslösungen und attraktive Zukunftsgestaltungen sind damit deutlich erschwert – wenn nicht sogar unmöglich.
- Die Delegation des Konflikts bedeutet die volle Unterwerfung unter den Richterspruch und die *Aufgabe jeglicher aktiven Mitgestaltungsmöglichkeiten*.
- Ein Richterspruch kennt nur Sieger und Verlierer (*win/lose*)⁵⁷ – mit der Gefahr geringer Akzeptanz des Ergebnisses seitens des Verlierers und Revanchegehlüsten.

Fazit:

Das Schiedsverfahren ist vor allem für solche Fälle geeignet, in denen z.B. aufgrund fehlender Mediationseignung des Falles eine fremdbestimmte Entscheidung durch Delegation gewünscht ist, gleichzeitig aber ein Gerichtsverfahren vor staatlichen Gerichten vermieden werden soll.

Schiedsverfahren werden deshalb vor allem dann gewählt, wenn die Beteiligten von der staatlichen Verfahrensordnung abweichen wollen – z.B. weil zwei Unternehmen ihren Konflikt und Details ihrer Geschäftsbeziehung nicht in einer öffentlichen Verhandlung erörtern wollen, sondern Vertraulichkeit wünschen⁵⁸ – oder eine besondere Qualifikation der Rich-

55 Zur „Interessenorientierung“ bei der Konfliktbearbeitung und dem Unterschied zwischen „Positionen“ (Forderungen) und „Interessen“ (dahinterstehende Bedürfnisse u.a.) vgl. Fisher/Ury/Patton 2018, S. 75ff. sowie Kapitel 1.3.2 und 2.2.1.

56 Zur „Herstellung des entscheidungserheblichen Sachverhalts“ und den Auswirkungen auf Prozess- und Entscheidungsqualität vgl. Schlieffen/Ponschab/Rüssel 2006, S. 8ff.

57 Auch im Falle eines „teilweisen Obsiegens“ ist das Ergebnis in seiner Wirkung eine Win/Lose-Lösung – ein Teil wird dann nämlich vollständig anerkannt („alles“), ein anderer Teil vollständig als nichtbestehend klassifiziert („nichts“). Bestenfalls haben die Beteiligten dann den Eindruck eines Kompromisses, oft genug fühlen sie sich psychologisch beide als Verlierer.

58 z.B. das 2007 durchgeführte Schiedsgerichtsverfahren zwischen dem Deutschen Fußball Bund e.V. und der Adidas AG zur Klärung der Frage, ob der Ausrüstervertrag für die Nationalmannschaft vor der WM durch mündliche Vereinbarung wirksam verlängert worden war.

ter⁵⁹ gewünscht wird. Letzteres ist z.B. in verschiedenen Bereichen des Wirtschaftslebens, in denen es den Parteien wichtig ist, dass ihre Richter fundierte Kenntnisse in ihrem Geschäftsfeld haben, oder im Bereich der Sportgerichtsbarkeit eine starke Motivation für die Wahl eines Schiedsgerichtsverfahrens.

1.1.3 Mediation ist nicht „richterliches Vergleichsverhandeln“

Spätestens seit der Zivilprozessordnung⁶⁰ von 1877 gehört es zur *Aufgabe des Richters, wenn möglich auf eine gütliche Beilegung des Streits hinzuwirken*. Durch § 278 Absatz 2 ZPO, der im Rahmen des Zivilprozessreformgesetzes als Folge der Diskussionen der 1980er Jahren um „Alternative Streitbeilegung“ eingeführt wurde, **muss** jetzt der Richter vor Eintritt in die streitige Verhandlung **obligatorisch** mit den Parteien die Frage erörtern, ob eine gütliche Streitbeilegung möglich ist.

Bei der richterlichen Vergleichsverhandlung wirkt der Richter darauf hin, dass die Parteien eine einvernehmliche Lösung für ihren Streitfall finden. Dabei weist er die Parteien regelmäßig auf rechtliche und prozessuale Risiken hin.⁶¹ Da derselbe Richter später auch ein Urteil fällen würde, hat seine Einschätzung der Lage für die Bewertung der Nichteinigungsalternative durch die Parteien ein besonderes Gewicht. Nicht selten gelingt es daher dem Richter, tatsächlich einen Vergleich herbeizuführen und den Parteien das streitige Urteil, das „Gewinner“ und „Verlierer“ produziert, zu

59 Risse 2012, S. 78, hebt als Vorteil staatlicher Richter die durch die juristische Ausbildung garantierte hohe Qualifikation der Richter heraus. Pörnbacher/Wortmann 2012, S. 144, weisen jedoch zurecht darauf hin, dass es in vielen Wirtschaftsstreitigkeiten weniger auf im Fächerkanon des juristischen Staatsexamens abgeprüfte Qualifikationen als auf wirtschaftliches Spezialwissen ankomme, das eben in der Regel gerade nicht bei staatlichen Richtern vorhanden ist: „[...] was passiert, wenn er auf einen jungen und unerfahrenen Richter trifft, der keinerlei Erfahrungen mit Unternehmenskäufen hat, Bilanzen nicht lesen und sich zum Beispiel unter einer *due diligence* nichts vorstellen kann.“

60 Auch in anderen Rechtsbereichen, z.B. Sorgerecht, Kinder- und Jugendhilferecht, Arbeitsrecht, gibt es Vorschriften, die auf eine gütliche Einigung bzw. „Vermittlung“ durch den Richter abzielen.

61 Vgl. Röhl 1980.

ersparen.⁶² Insoweit handelt es sich tatsächlich um eine *konfliktvermittelnde Tätigkeit des Richters*.

Es gibt allerdings eine Reihe von wichtigen Unterschieden zwischen einer Güteverhandlung bzw. einer richterlichen Vergleichsverhandlung einerseits und einer Mediation andererseits, die es sinnvoll erscheinen lassen, diese beiden Konfliktbearbeitungsverfahren nicht unter den selben Begriff zu fassen:

- a. Eine Mediation wird nicht durch den zur Entscheidung in dieser Sache berufenen Richter durchgeführt. Die Tatsache, dass die Güte- oder Vergleichsverhandlung vor dem Streitrichter stattfindet „hat unvermeidlich zur Folge, dass die Parteien – was die Sache betrifft – bereits in diesem Stadium *aus prozesstaktischen Gründen nicht interessenbezogen, sondern positionsbezogen vortragen und argumentieren*.“⁶³ Dabei werden insbesondere solche Informationen zurückgehalten oder verschleiert, die beim Scheitern der Vergleichsverhandlung zum Nachteil bei einem Urteil gereichen könnten.⁶⁴ Dadurch bleiben Wertschöpfungspotentiale unerkannt.⁶⁵
- b. Der Mediator unterstützt die Parteien dabei, eigenverantwortlich eine Lösung zu finden. Er vermeidet deshalb, durch seine eigenen juristischen Bewertungen eine Lösungsrichtung vorzugeben oder einen

62 Risse 2011, S. 142f., sieht aber gerade dieses Abweichen von der binären Entscheidungsstruktur als problematisch an und hält jeden „Vergleichsvorschlag (für) dogmatisch bedenklich, kann er doch eigentlich nur ein ungerechtes Ergebnis herbeiführen. In aller Regel besteht ein rechtlicher Anspruch oder er besteht eben nicht. Jeder Vergleich spricht dem Kläger also entweder einen Anspruch zu, den er eigentlich nicht hat, oder aber er verkürzt den klägerischen Anspruch ohne inhaltliche Rechtfertigung.“ Diese Argumentation unterstellt zunächst, dass es eine „objektive Wahrheit“ bzgl. der Frage gibt, ob ein Anspruch besteht. Schon dies ist aus erkenntnistheoretischer Perspektive sehr kritisch zu betrachten (vgl. Ponschab/Schweizer 2011, S. 17ff.). Zweitens wird – ohne Argumente – behauptet, gerade die fragmentierte und formalisierte Konfliktbearbeitung im Gerichtsverfahren (anstatt die Bearbeitung des gesamten lebensweltlichen Konflikts) sei am besten geeignet „Gerechtigkeit“ zu schaffen. Diese Auffassung kann nicht überzeugen.

63 Projektbeschreibung „Modellversuch Güterichter“ des Bayerischen Staatsministeriums für Justiz, S. 2; <http://www.reinhard-greger.de/aber/projektbeschreibung.pdf> (abgerufen am 10.4.2012).

64 So auch „Mediation contra Güteverhandlung“ – Information des Bayerischen Innenministeriums, in: DGM-Newsletter Nr. 4/2005, S. 10.

65 Zur Bedeutung eines offenen Informationsaustauschs für wertschöpfende Verhandlungslösungen („pareto-optimale Ergebnisse“) und für das „Informationsdilemma“ vgl. Kapitel 3.

- bestimmten eigenen Vergleichsvorschlag zu unterbreiten.⁶⁶ Der Vergleichsvorschlag des Streitrichters hingegen ist *nicht nur fremdbestimmt*; es fällt den Beteiligten zudem sehr schwer, den Vergleichsvorschlag abzulehnen – einerseits weil dieser Vorschlag ihre *Bewertung der Nicht-einigungsalternative bestimmt*, andererseits weil man den späteren Streitentscheider nicht verärgern⁶⁷ möchte.
- c. Eine Mediation orientiert sich an der Gesamtheit der Interessen der Konfliktbeteiligten und der zukünftigen Beziehungsgestaltung – die Vergleichsverhandlung vor allem an der Rechtslage bzw. den rechtlichen Ansprüchen (also regelmäßig der Vergangenheit).⁶⁸
 - d. Ein Mediationsverfahren ist ein *strukturierter Kommunikationsprozess*, der in mehreren aufeinander aufbauenden Phasen durchgeführt wird und einer besonderen *psychologischen Konfliktlogik* folgt.⁶⁹ Im gerichtlichen Güteverfahren ist der Richter schon alleine aufgrund der deut-

66 Eine in Deutschland kleine aber in den USA sehr starke Strömung innerhalb der Mediationsszene („evaluative Mediation“) vertritt eine andere Auffassung. Demnach soll es zur Rolle eines Mediators gehören, Lösungsoptionen vorzuschlagen oder durch Fairnesskriterien zu bewerten. Die herrschende Auffassung in der Mediationswissenschaft hält dies für unvereinbar mit dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit. Durch das vom deutschen Bundestag am 21.7.2012 beschlossene Mediationsgesetz wird diese Frage jedenfalls für den streitvermittelnden Richter verbindlich geklärt: „Während ein Richter in seiner Eigenschaft als gerichtlicher Mediator sich jeder rechtlichen Bewertung zu enthalten hat und keinen Lösungsvorschlag machen sollte, kann der Güterichter u. a. rechtliche Bewertungen vornehmen und den Parteien Lösungen für den Konflikt vorschlagen.“ (BT-Drucksache 17/8058 zu § 1 Abs. 1 MediationsG, zitiert nach Wermke/Winheller/Kittl 2016, S. 129).

67 Greger/Von Münchhausen 2010 § 9 Rn. 175, sehen die Gefahr, dass der Richter durch die Ablehnung eines Vergleichsvorschlages „kompromittiert“ werden könnte; Blankenburg/Schönholz 1979, S. 180, sehen psychologische Faktoren, „die eine Partei in eine Situation bringen kann, in der sie sich dem richterlichen Druck kaum mehr entziehen kann.“ Gottwald/Treuer 2005, S. 113ff., sehen als erfahrene Richter die Position des Zivilrichters im Vergleichsverhandeln als so dominant an, dass sie in ihrer Abhandlung über richterliches Vergleichsverhandeln zehn Seiten der Darstellung von „Manipulationsmitteln“ des Streitrichters widmen und die Mahnung für erforderlich halten: „Deshalb können wir an dieser Stelle nur noch einmal betonen, dass es die Aufgabe des Richters ist, zu informieren und nicht zu manipulieren“ (S. 116). Kritisch zur Vergleichspraxis auch Risse 2011, S. 133ff.

68 Die Defizite im wertschöpfenden Verhandeln bei der richterlichen Vergleichsverhandlung sind nicht in mangelnder Qualifikation oder falscher Einstellung begründet sondern systemimmanent, da ein solches wertschöpfendes Verhandeln über Zukunftsoptionen regelmäßig schon an der Dispositionsmaxime und fehlendem Sachvortrag der Parteien scheitert.

69 Zu den Phasenmodellen der Mediation vgl. Kapitel 1.2.1.

- lich schlechteren Rahmenbedingungen (insbesondere Zeitbudget, Infrastruktur, einschüchternder Rahmen, Prozessordnung) zu einem anderen Vorgehen gezwungen (*prozessrechtliche Verfahrenslogik*).
- e. Schließlich und endlich: Im Gegensatz zu qualitativ hochwertigen Mediationsausbildungen fehlt trotz aller Verbesserungen nach wie vor eine systematische Aus- und Fortbildung der deutschen Richterschaft in professionellen Kommunikations-, Verhandlungs- und Konfliktmanagementtechniken, so dass diese „von den Erkenntnisfortschritten bei Konfliktlösungstechniken und Verhandlungsmanagement bisher wenig profitieren.“⁷⁰

Trotz der hervorgehobenen Unterschiede zwischen den beiden Konfliktbearbeitungsverfahren rechtsförmige Streitbewältigung der Gerichte versus Mediation als „informelles, außergerichtliches Verfahren“⁷¹ wird natürlich der Sinn „gerichtsverbundener“ oder „integrierter Mediation“⁷² bzw. die Verwendung *mediativer Elemente* innerhalb rechtsförmiger Verfahren nicht grundsätzlich in Frage gestellt.

1.1.4 Mediation ist nicht „parteiliches anwaltliches Verhandeln“

Aus Teilen der Anwaltschaft wird der Mediation immer wieder entgegengehalten, Mediation sei nicht neu, schließlich würden Rechtsanwälte immer erst einmal die Möglichkeiten für eine gütliche Einigung auf dem Verhandlungswege ausloten, bevor sie ein gerichtliches Verfahren einleiten. Selbst wenn dem so sein sollte, werden dabei jedoch die gewichtigen Unterschiede in der Verhandlungsqualität zwischen anwaltlichem Verhandeln und mediiertem Verhandeln übersehen:

70 Projektbeschreibung „Modellversuch Güterichter“ a.a.O.; vgl. auch Wirtgen 2005.

71 Mähler/Mähler 1999, S. 200.

72 Von *gerichtsnaher Mediation* wird gesprochen, wenn ein Streitrichter im Einverständnis mit den Parteien den Fall an außergerichtliche oder gerichtsexterne Mediatoren verweist und das Gerichtsverfahren solange aussetzt (Gottwald 2002). *Gerichtsinterne Mediation* bedeutet, dass der Streitrichter den Fall zur Mediation an einen anderen Richter innerhalb des Gerichts verweist, der in dem streitigen Verfahren selbst nicht zur Entscheidung berufen ist (z.B. im bayerischen Pilotprojekt „Güterichter“). Bei der sogenannten *integrierten Mediation* schließlich werden mediative Prinzipien und Verfahrensweisen in herkömmliche Verfahren, also z.B. in das streitige Gerichtsverfahren, integriert, d.h. durch den Streitrichter selbst durchgeführt, vgl. Trossen 2009, Rn. 7ff.

1.1 Genese und Definition der Mediation

- a. In der anwaltlichen Verhandlung delegieren die Konfliktparteien die Wahrnehmung ihrer Interessen an einen Anwalt, in der Mediation agieren sie selbst nach dem Prinzip der Eigenverantwortlichkeit. Delegation von Konflikten führt zu einer „Entfremdungssituation“ und verhindert das Entstehen von Souveränität und Mündigkeit im Konflikt.⁷³
- b. In der anwaltlichen Verhandlung dominiert eine rationale Logik. Die Anwälte streben eine „sachgerechte“ Einigung an und erörtern dazu „die Sachlage“ und objektive Kriterien von Fairness. Dabei bleibt die „Affektlogik“ – und damit die gesamten emotionalen und sozialen Anteile des Konflikts – regelmäßig unberücksichtigt.⁷⁴ Dies verhindert eine echte Konfliktbearbeitung und damit oftmals eine nachhaltige Befriedung.
- c. In der anwaltlichen Verhandlung fehlt die Institution des neutralen Dritten als Vermittler. Dessen Einschaltung aber kann die Qualität der Kommunikation zwischen den Parteien signifikant verbessern, was die Chancen einer nachhaltigen Konfliktlösung erhöht.
- d. In den anwaltlichen Verhandlungen fehlt die Vertraulichkeit in dem Sinne, dass alle offengelegten Informationen beim Scheitern der Verhandlungen in einem Gerichtsverfahren gegen die Partei verwendet werden könnten. Fehlendes Vertrauen aber produziert häufig Verschwiegen oder zumindest taktisches Umgehen mit Informationen.
- e. Anwälte reduzieren ihre Vergleichsverhandlungen oft auf rechtliche Aspekte (Bestehen oder Nichtbestehen von Ansprüchen, Prozessrisiko).⁷⁵ Sie unterliegen insoweit den Beschränkungen der „juristischen Methode“ und orientieren sich oftmals nicht genug an der Diversität

73 Zu den Folgen einer Delegation von Konflikten vgl. Schwarz 2005, S. 273ff. Konflikte sind nur dann durch Delegation effektiv zu lösen, wenn es 1. im jeweiligen Konfliktfall eine richtige und eine falsche Lösung gibt und 2. wenn die angerufene Instanz auch die Lösung findet. Je stärker die emotionalen und sozialen Konfliktanteile ausgeprägt sind, desto untauglicher ist eine Delegation.

74 Oft genug zeigt sich im Nachhinein das Problem, dass die gefundenen Lösungen zwar sachgerecht sind, dass die gelösten Probleme aber nur „Stellvertreterkonflikte“ für tiefer liegende Konflikte waren, die – da die eigentlichen Konfliktursachen unbearbeitet und ungelöst geblieben sind – nach Beendigung eines Konfliktes häufig sofort durch den nächsten „Stellvertreterkonflikt“ abgelöst werden.

75 „Der Anwalt nimmt den Sachverhalt nicht auf, sondern stellt ihn erst her. Dabei leistet der Anwalt eine Perspektivenverengung: Alles, was nicht in die Kategorien des Rechts passt, was nicht zur Begründung oder Verneinung des Anspruchs dient, scheidet aus. Dadurch schafft er eine neue Wirklichkeit“, Schlieffen/Ponschab/ Rüssel/Harms 2006, S. 8f.

der Interessen⁷⁶ – auch der rechtlich nicht geschützten – ihrer Mandanten.

- f. Anwälte analysieren die Verhandlungssituation aus der parteilichen Perspektive ihrer Mandanten. Diese Parteilichkeit ist systemimmanent und rechtliche Verpflichtung der Anwälte. Sie sind dadurch aber in besonderem Maße anfällig für Entscheidungsheuristiken, die zu Fehlentscheidungen in der Verhandlung führen können (z.B. „Framing“, „partisan perceptions“).⁷⁷ Neutrale Dritte helfen den Parteien, solche Wahrnehmungsverzerrungen zu vermeiden bzw. zu korrigieren.
- g. Nach wie vor sind viele Anwälte zu sehr auf „kämpfen“ und zu wenig auf „Frieden machen“ eingestellt, um eine wertschöpfende und nachhaltige Konfliktlösung zu finden. In bester Absicht spitzen sie die Positionen ihrer Mandanten zu und greifen die „gegnerische“ Position mit allen Mitteln an (nicht selten verlangt genau das der eigene Mandant – insbesondere in Konflikten auf einer hohen Eskalationsstufe). Dies bringt Mark McCormack, erfolgreicher Wirtschaftsanwalt, auf den Punkt:

„Anwälte neigen zu der Meinung – wie Dobermänner – sie seien in die Welt gesetzt, um die Zähne zu fletschen. Während ihrer Abrichtung hat man ihnen die Überzeugung eingepflichtet, dass ihre Herren und Meister genau das wollen.“⁷⁸

Gleichzeitig ist festzustellen, dass sich gerade das Rollenverständnis der Anwaltschaft (und die Enkulturation im Rahmen der Ausbildung) langsam aber stetig verändert. Das ist sicherlich auch der Mediationsdiskussion bzw. der ADR-Bewegung geschuldet und manifestiert sich in vielfach ge-

76 Sauerland, Risiken der Streitbeilegung, S. 61ff.; vgl. zur Überwindung der von Juristen errichteten Hindernisse durch den Übergang „von der Anspruchs- zur Interessensjurisprudenz“ auch Haft 2009a, Rn. 30ff.

77 Vgl. hier auch Kapitel 4 zu „psychologischen“ Verhandlungsfällen und Entscheidungsfallen; zu typischen Entscheidungsheuristiken und ihren Auswirkungen auf Verhandlungsprozesse vgl. auch Klingler/Bierbrauer 2016 sowie Scholz/Mieg/Weber 2003.

78 McCormack 1988, S. 23, bringt seine Meinung zur Konfliktlösungskompetenz vieler Anwälte auf folgende Formel: „Folglich würde ich sagen, dass man am besten mit Anwälten auskommt, wenn man auf sie verzichtet.“ Der Schweizer Anwalt und Mediator Adrian Schweizer pflichtet bei: „Wenn Du einen Konflikt wirklich lösen willst, tust Du gut daran, keinen Anwalt hinzuzuziehen.“ Dabei ist diese Sichtweise keinesfalls neu. Schon bei Shakespeare heisst es im *Heinrich VI. 2. Teil 4. Akt*: „Als erstes lasst uns alle Anwälte töten!“

1.2 Strukturierung des Mediationsverfahrens: Phasen und Prinzipien

änderten Aus- und Fortbildungsangeboten. Greger und von Münchhausen weisen zudem darauf hin, dass § 1 Abs. 3 der Berufsordnung dem Rechtsanwalt schon jetzt die Aufgabe zuweist, den Mandanten „*konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten*.“⁷⁹ Im Rahmen dieses gewandelten Rollenverständnisses und des Aufbaus von Konfliktlösungskompetenzen werden sicherlich manche heute noch feststellbare aus unprofessioneller Verhandlungsführung und Eskalationsstrategie erwachsene ineffektive Ergebnisse und Prozessverluste zukünftig zurückgehen.

Doch es zeigt sich, dass in jedem Fall eine Reihe von substantiellen Unterschieden zwischen anwaltlichem, parteilichem Verhandeln und einer Mediation aufgrund *systemimmanenter Eigenheiten* bestehen, die auch bei professionellster Verhandlungsführung des Anwalts in bestimmten Situationen einen Mediator nicht entbehrlich machen. Vielmehr raten gerade solche Anwälte, die selbst über sehr gute Verhandlungskompetenzen verfügen, überdurchschnittlich oft zur Inanspruchnahme der Hilfe durch Mediatoren oder professionelle Verhandlungscoaches – gerade weil sie aus ihrer professionellen Kenntnis heraus deren Wert und die *andere Verhandlungsqualität* einzuschätzen wissen.

1.2 Strukturierung des Mediationsverfahrens: Phasen und Prinzipien

Wie beschrieben hat das „Prinzip Mediation“ eine Jahrtausende währende abendländische Traditionslinie. Konstitutiv für dieses Prinzip der Konfliktbewältigung sind mehrere Grundelemente:

- Verfahrensleitung durch einen neutralen Mediator
- Freiwilligkeit der Teilnahme
- Eigenverantwortlichkeit der Konfliktparteien
- „Interessen“-Orientierung bei der Konfliktbearbeitung
- Vertraulichkeit

Im Rahmen der Operationalisierung des Prinzips Mediation im Rahmen der modernen Mediationsbewegung in den USA und später in Deutschland hat sich eine innere Logik („*zeitlich-logische Struktur*“⁸⁰) in der zeit-

79 Greger/von Münchhausen 2010 § 1 Rn. 6f.

80 Mähler/Mähler 1997, S. 27.

lichen Abfolge der zu bearbeitenden Fragestellungen⁸¹ herausgebildet. Daraus sind als Strukturationshilfe für das Verfahren verschiedene Phasenmodelle entstanden, die das „Mediationsverfahren“ als *förmliches* Verfahren ausmachen. Die Konstituierung des Mediationsverfahrens erfolgt durch die Einigung auf den Mediationsvertrag (Arbeitsbündnis). Es scheint daher sinnvoll, nur dann von „Mediationsverfahren“ zu sprechen, wenn eine Konfliktbearbeitung im Sinne dieses neuzeitlichen förmlichen (strukturierten) Ansatzes gemeint ist.⁸²

Phasenmodelle helfen dem Mediator als *Gedächtnisstütze und Strukturationshilfe*, sein Handeln mediationswirksam auszurichten, insbesondere alle erforderlichen Schritte nacheinander abzuarbeiten. Die Reihenfolge der einzelnen Schritte muss dabei nicht sklavisch eingehalten werden, sondern kann je nach Art des Konfliktes und des Verfahrensverlaufs derart variiert werden, dass einzelne Schritte entfallen oder an anderer Stelle aufgegriffen werden können.⁸³

1.2.1 Phasen des Mediationsverfahrens

In der Literatur werden eine ganze Reihe verschiedener Phasenmodelle vertreten, die zwischen drei⁸⁴ und vierzehn Phasen variieren.⁸⁵ Dabei bestehen jedoch hinsichtlich der Abfolge der Kernaufgaben und des Verfahrensablaufs (Prozessdynamik) nur marginale Unterschiede.⁸⁶ Weit verbreitet ist das Fünf-Stufen-Modell⁸⁷, das von Friedmann und Himmelstein (2008) entwickelt wurde und hier zur Illustration des konkreten Mediationshandelns herangezogen werden soll:

- a. Erste Phase: Abschluss des Mediationsvertrages („*vorbereiten*“)
- b. Zweite Phase: Bestandsaufnahme („*sehen*“)

81 Mähler/Mähler 1995, S. 134.

82 Ansonsten kann vom Einsatz „mediativer Elemente“ gesprochen werden.

83 Besemer 2003, S. 56.

84 Z.B. Susskind/Cruikshank 1987, S. 94ff.: „Prenegotiation Phase, Negotiation Phase, Implementation or Postnegotiation Phase“.

85 Flechsig/Ponschab/Schweizer, Grundlagen der Mediation, S. 54. Ein speziell auf Belange der Wirtschaftsmediation zugeschnittenes Verfahren findet sich zudem bei Ponschab/Schweizer 2004.

86 Einen detaillierten Überblick bieten Kessen/Troja 2016.

87 Mähler/Mähler 1995, S. 134f. unter Bezugnahme auf Friedman 1993.

1.2 Strukturierung des Mediationsverfahrens: Phasen und Prinzipien

- c. Dritte Phase: Konfliktbearbeitung („klären“)
- d. Vierte Phase: Konfliktlösung/Einigung („lösen“)
- e. Fünfte Phase: Fixierung des Ergebnisses („vereinbaren“)

1.2.1.1 Erste Phase: Vorbereitungsphase/Abschluss des Mediationsvertrages

Das Mediationsverfahren beginnt mit einer Vorbereitungsphase, in der nach der Kontaktaufnahme in Sinn, Prinzipien und Ablauf der Mediation eingeführt wird. Die erste Phase endet mit dem Abschluss einer Mediationsvereinbarung („Arbeitsbündnis“), die einer anwaltlichen Beauftragung ähnelt.⁸⁸

Die konkreten Aufgaben des Mediators in der ersten, vorbereitenden Phase bestehen darin, zunächst zu klären, wer die Mediation *initiiert* hat (der Gesetzgeber im Falle des Täter-Opfer-Ausgleichs, nur eine Partei oder alle Konfliktparteien). Dann wird der Mediator erfragen, welche *Erwartungen* die Parteien an die Mediation haben und über welches *Vorwissen* sie über das Verfahren verfügen. Der Mediator erklärt den Beteiligten die Regeln und den Ablauf des Mediationsverfahrens.

Wichtig ist dabei zu erläutern, dass seine Aufgabe allein auf der Prozessebene liegt. D.h. der Mediator „ist für den Verhandlungsprozess verantwortlich, für den Inhalt und das Ergebnis sind allein die Parteien zuständig.“⁸⁹ Evtl. müssen auch die Kosten des Verfahrens und die Aufteilung der Gebühren besprochen werden. Der Mediator entwirft schließlich eine Mediationsvereinbarung, der alle Beteiligten zustimmen müssen. Die Grundprinzipien einer Mediation (z.B. Vertraulichkeit, Freiwilligkeit) sind dabei zu wahren.

1.2.1.2 Zweite Phase: Bestandsaufnahme

Die zweite Phase der Bestandsaufnahme beginnt mit einer Informationssammlung über die strittigen Punkte bzw. offenen Fragen. Übereinstimmungen und Abweichungen in den Positionen der Parteien müssen festgestellt und eine „Tagesordnung“ aufgestellt werden, in der vereinbart

⁸⁸ Flechsig/Ponschab/Schweizer, Grundlagen der Mediation, S. 50f. Dort auch das Beispiel eines Mediationsvertrages.

⁸⁹ Flechsig/Ponschab/Schweizer, Grundlagen der Mediation, S. 48.

wird, in welcher Reihenfolge und Gewichtung über die einzelnen Punkte gesprochen wird.

Konkret sind in der Phase der Bestandsaufnahme vom Mediator zusammen mit den Parteien die Themengebiete abzustecken, über die verhandelt werden soll. Insbesondere bei emotionsgeladenen Themen ist es wichtig, auf die Einhaltung der vorher vereinbarten Regeln zu achten. Der Mediator wird durch geschickten Einsatz von *Gesprächsführungstechniken* (z.B. Fragetechnik) eruieren, welche hinter den Positionen der einzelnen Parteien liegenden Interessen eine Rolle spielen.

Bei der Erstellung der *Agenda* für die folgende Bearbeitungsphase ist eine Art hierarchische Gliederung vorzunehmen, die nicht nur die Reihenfolge der Punkte umfasst, sondern auch deren Gewichtung in Abhängigkeit von der relativen Bedeutung für die Konfliktparteien berücksichtigt.

1.2.1.3 Dritte Phase: Konfliktbearbeitung

In der dritten Phase geht es um die Klärung der Bedürfnisse und Interessen der Parteien. Die Unterscheidung zwischen dem Verhalten eines Beteiligten und seinen tatsächlichen Interessen und Motiven ist dabei ebenso wichtig wie die Identifizierung der dabei wirksamen Bezugs- und Wertesysteme. Nur dadurch kann es zu einer lösungsorientierten und zukunftsgerichteten Bearbeitung der einzelnen Konfliktfelder kommen.

Die Aufgaben des Mediators in dieser Interessenfindungsphase bilden insofern eine Herausforderung, als vielen Parteien der Unterschied zwischen *Positionen* und *Interessen* nicht bewusst ist oder sie, selbst nach Erläuterung, auf ihren Positionen beharren. Auf der Basis konfligierender Positionen ist eine Verständigung meist nicht möglich sein.

Hier gilt es für den Mediator vermehrt, durch geeignete Fragetechnik⁹⁰ („wozu?“, „weshalb ist das wichtig?“) den Parteien zu helfen, die Interessen hinter ihrem positionierenden Verhalten zu erkennen, Techniken des sog. *Aktiven Zuhörens* einzusetzen und Blockaden durch lösungsorientiertes *Fragen* zu überwinden.⁹¹ Anschließend werden dann gemeinsame und divergierende Interessen herausgearbeitet.

90 Vgl. Fisher/Ury/Patton 2018, S. 80ff.

91 Zu Techniken des „Aktiven Zuhörens“ und Fragetechniken vgl. Rosner/Winheller 2019.

1.2 Strukturierung des Mediationsverfahrens: Phasen und Prinzipien

1.2.1.4 Vierte Phase: Konfliktlösung

Auf der Grundlage der ermittelten Interessenlagen und des gewachsenen Vertrauens arbeiten die Parteien in der vierten Phase an den eigentlichen Lösungen des Konflikts. Dazu ist es von grundlegender Bedeutung, dass *in einem ersten Schritt gemeinsam kreative Lösungen entwickelt* werden und diese **erst in einem zweiten Schritt bewertet** werden.⁹² Anschließend wird unter den verbleibenden Optionen eine Lösung gesucht, die die Interessen aller Parteien bestmöglich befriedigt. Die Vereinbarung wird auf ihre Realisierbarkeit hin geprüft und in einem Memorandum festgehalten.

Zentrale Aufgabe des Mediators in der vierten Phase ist es, die Parteien dabei zu unterstützen, kooperativ eine Lösung zu entwickeln, die den Interessen und Bedürfnissen aller Parteien gerecht wird, damit diese nicht in einen distributiven Verteilungskampf und in „Machtspielchen“ zurückfallen. Denn nur durch die Herausarbeitung der Interessen und den Aufbau von gegenseitigem Respekt und Verständnis wird eine Konfliktlösung in Phase vier möglich. Zu Beginn dieser Phase sammelt daher der Mediator alle *Lösungsoptionen* (z.B. mit der Brainstorming-Technik), die den Beteiligten einfallen und listet sie auf. In der anschließenden Optionsbewertung wirkt der Mediator darauf hin, dass sich die Parteien nicht nur einfach in der Mitte treffen, sondern die Spielräume für tatsächliche *Win-Win-Lösungen* zum beiderseitigen Vorteil nutzen⁹³.

1.2.1.5 Fünfte Phase: Fixierung des Ergebnisses

In der fünften, ergebnissichernden Phase wird die von den Parteien gefundene Einigung in die juristische Vertragssprache übersetzt.⁹⁴ Beim Entwurf

92 Um diese wichtige Trennung zwischen Generierung und Bewertung von Lösungsoptionen noch stärker in den Fokus zu rücken, trennen die 6-Phasen-Modelle regelmäßig diese vierte Phase in zwei eigenständige Phasen auf, z.B. Kessen/Troja 2016, § 14 Rn. 45ff.: „Phase 4 Kreative Ideensuche/ Optionen bilden / Phase 5: Bewertung und Auswahl von Optionen“.

93 Um Win-Win-Lösungen forcieren zu können, bedarf es fundierter Kenntnisse der Techniken wertschöpfenden Verhandeln sowie der Wertschöpfungspotentiale, dazu sogleich im 3. Kapitel.

94 Ggf. kann diese Aufgabe auch an die begleitenden Anwälte der Parteien delegiert werden. Wenn der Mediator selbst kein Rechtsanwalt ist, sollte diese Aufgabe in jedem Fall delegiert werden, um nicht die Grenze zur verbotenen Rechtsberatung zu überschreiten (Rechtsberatungsgesetz).