



Juristen als Mediatoren – Glücksfall oder Unding?

SERAINA HERZBERG

Zitiervorschlag

HERZBERG, Juristen als Mediatoren – Glücksfall oder Unding?, in: cognitio 2019/1.

URL: cognitio-zeitschrift.ch/2019-1/Herzberg

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.3243458>

ISSN: 2624-8417



Juristen als Mediatoren – Glücksfall oder Unding?

SERAINA HERZBERG, BLaw,
Sozialarbeiterin FH

*Das Verfahren der Mediation könnte sich als zukunftssträchtige alternative Streitlerledigungsmethode etablieren. Der Beitrag untersucht vor diesem Hintergrund die berufliche Sozialisation von Juristinnen im Hinblick auf ihre Eignung als Mediatorinnen. In einem zweiten Schritt werden notwendige Kompetenzen für die Mediation am herkömmlichen juristischen Denken gespiegelt, respektive nach dem spezifisch juristischen Beitrag für eine gelingende Mediation gefragt.**

Inhaltsübersicht

I. Einleitung und Eingrenzung	1
II. Das Berufsrollenbild von Juristen	3
A. Traditionelle berufliche Sozialisation von Juristen	3
B. Berufsrollenreflexion	5
C. Wandel des professionellen Habitus?	6
D. Fazit	7
III. Ausgewählte Mediationskompetenzen: Passung mit dem juristischen Berufsrollenbild?	7

A. Verhandlungs- und Konfliktmanagement (versus kontradiktorisches Denken)	7
B. Kommunikation und Gesprächsführung (versus Rationalisierung)	9
C. Eigenverantwortlichkeit der Parteien (versus Expertenstellung)	10
D. Vertragsgestaltung: Erarbeitung einer (rechts)verbindlichen Regelung	11
E. Strukturkompetenz und Idee der Verfahrensgerechtigkeit	12
F. Rechtliches Know-How, Abschätzung der gerichtlichen Alternative	12
IV. Schlussbemerkungen	14

I. Einleitung und Eingrenzung

Im Rahmen meiner Ausbildung und Tätigkeit als Sozialarbeiterin habe ich mich bereits mit den Themen Gesprächsführung und Konfliktmanagement befasst. Einige meiner Berufskolleginnen haben die Ausbildung zur Mediatorin absolviert und waren vor allem im Rahmen der Familienmediation tätig. Juristen und Anwältinnen galten in der Sozialberatung mehr als Hindernis denn als Chance, sobald es um eine Konfliktlösung

* Der Essay basiert auf einer Semesterarbeit im Rahmen der Mastervorlesung «Alternative Dispute Resolution» von Prof. Dr. iur.

ging.¹ In diesem Zusammenhang beschreibt HIMMELSTEIN das Recht in der Mediation als einen Elefanten.² Dem Einfluss dieses «Elefanten» im Raum der Mediation nachzuspüren soll Ziel dieser Arbeit sein. Dabei wird konkret der Einfluss der juristischen Ausbildung und Berufstätigkeit auf die juristische Berufsrolle wie auch auf die zeitlich später übernommene Rolle als Mediator aufgezeigt. In einem zweiten Schritt werden Chancen und Risiken der juristischen Prägung auf ausgewählte notwendige Kompetenzen einer Mediatorin abgewogen.

Mediation wird nachfolgend als eine Form alternativer Streitbeilegung³ betrachtet. Der Schweizerische Dachverband für Mediation (SDM) definiert⁴ Mediation als Verfahren

der Konfliktbearbeitung, bei dem ein unparteilicher Dritter, der Mediator, die Beteiligten⁵ darin unterstützt, ihren Streit einvernehmlich zu lösen. Die Parteien selbst entscheiden in der Folge im Rahmen vertraulicher Verhandlungen, was sie klären und wie sie in Zukunft miteinander umgehen wollen.

Präzisierend ist festzuhalten, dass die Rolle von begleitenden Anwältinnen, d.h. Anwältinnen, die ihre Klienten in die Mediation begleiten oder als deren Berater resp. Vertreter involviert sind, nicht Thema dieser Arbeit ist.⁶ Ebenfalls wird nicht auf die Rolle der RichterIn als MediatorIn resp. die gerichtsnahen Mediation eingegangen.⁷ Im Zentrum stehen Juristen oder Anwälte⁸, die

¹ Bestätigend KAUFMANN RONALD/VON ESCHER HADUMOTH/FURRER ANDREAS/GIRSBERGER DANIEL, *KMU und Konflikte*, Bern 2010, S. 113 f., wo die befragten Unternehmen den Beizug von juristischen Experten als «eines unternehmerischen Unvermögens sehen (...), den Konflikt diszipliniert, rational und pragmatisch zu bewältigen», der Konflikt würde nach Umfang und Intensität sogar erweitert.

² JACK HIMMELSTEIN: «Das Recht ist ein Elefant. Sobald es den Raum betritt, droht es, die Mediation zu dominieren.» Zit. von RIPKE LIS, *Recht und Gerechtigkeit in der Mediation*, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl., München 2009, S. 161 ff., N 18 zu § 7.

³ Übersetzter Begriff des bekannteren englischen Begriffs «Dispute Resolution», kurz ADR, dabei meint «alternativ» aussergerichtlich. Die Mediation macht nur einen Teil der ADR aus, weitere zugehörige Verfahren sind z.B. Schlichtungsverfahren oder Schiedsgerichtsbarkeit, vgl. z.G. GIRSBERGER DANIEL/PETER JAMES T., *Aussergerichtliche Konfliktlösung*, Zürich 2019.

⁴ <http://www.swiss-mediators.org/cms2/was-ist-mediation/was-ist-mediation/> (besucht am 10. Mai 2019); für eine (allerdings deutsche) Legaldefinition s. § 1 Abs. 1/Abs. 2 MediationsG (s. Fn 53).

⁵ Nachfolgend v.a. Medianten genannt, in der Literatur wird teilweise auch der Begriff Medianten verwendet.

⁶ Siehe dazu SCHMIDT FRANK H./LAPP THOMAS/MONSSSEN HANS-GEORG, *Mediation in der Praxis des Anwalts*, München 2012, N 88 ff. und die Dissertationen von KONNERTZ EVA-MARIA, *Rechtsanwälte als Wegbereiter und Wegbegleiter in der angewandten Mediation: Chancen und Risiken eines neuen Berufsfeldes*, Diss. Bielefeld 2014, S. 6 ff.; und PRENGEL

FRAUKE, *Die Rolle des juristischen Beraters in der Mediation*, Diss. Hagen 2009, S. 92 ff.; eingehend auch BONO-HÖRLER CAROLINE, *Familienmediation im Bereich von Ehetrennung und Ehescheidung, eine interdisziplinäre Betrachtung unter Berücksichtigung der Rolle des Rechts und der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte*, Zürich 1999, S. 146 ff./S. 153 f., die eine neue Kategorie von Anwälten fordert, die die Philosophie der Mediation verstehen; a.M. aber LÄNGSFELD ALEXANDER, *Anwaltpflichten und Mediation, zu der Haftung des Parteianwalts zwischen der Rechtsferne der Mediation und der Rechtsbindung des Rechtsanwalts – zugleich eine Darstellung aktueller Rechtsfragen der Mediation*, Diss. Regensburg 2015, S. 302 (interessant zudem, dass letzterer auch diskutiert, ob Rechtsanwältinnen verpflichtet sein können, dem Mandanten die Mediation als «Instrument zur Verschleppung oder zur Ausforschung» zu empfehlen, m.w.H. DERS., S. 264 ff.).

⁷ Siehe zur Situation in Deutschland BAMBERGER HEINZ-GEORG, *Mediation und Justiz*, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl., München 2016, S. 225, N 54 ff. zu § 9; kritisch RISSE JÖRG, *Mediation im Wirtschaftsrecht*, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl. München 2016, S. 777 ff., N 108 ff. zu § 35; zur Situation in der Schweiz siehe PETER JAMES T., *Gerichtsnahen Mediation*, Kommentar zur Mediation in der ZPO, Bern 2011.

⁸ Im Anwaltsregister eingetragene Anwälte. Der Schweizerische Anwaltsverband (kurz SAV), die Standesorganisation von Anwälten vergibt neben Fachanwaltstiteln auch ein Zertifikat «Mediator/Mediatorin SAV». Aus dem Feld der Rechtswissenschaft sind es in der Folge vor allem Anwältinnen, die sich als Mediatorinnen betätigen. Als justiznaher Zusammenschluss von

ausserhalb des Gerichts als Mediatoren arbeiten: Sie werden vorliegend juristische Mediatoren⁹ genannt.

II. Das Berufsrollenbild von Juristen

A. Traditionelle berufliche Sozialisation von Juristen

Menschen machen vielfältige Lern- und Entwicklungserfahrungen, die sie prägen.¹⁰ Diese sog. Sozialisation findet im Spannungsfeld zwischen Individuum und Gesellschaft, also zwischen der Anpassung an gesellschaftliche Erwartungen und der persönlichen Individuation statt.¹¹ Berufliche Sozialisation meint die relevanten Erfahrungsfaktoren, durch die Menschen für die Arbeitstätigkeit vorbereitet werden und die sie im Verlauf ihres Berufslebens machen.¹² Hier interessiert nun, inwiefern Juristinnen durch Lern- und Arbeitserfahrungen im Kontext der Rechtswissenschaften persönlich geprägt werden. Angelehnt an den Soziologen BOURDIEU¹³ entwickelte WINDOLF¹⁴ das Konzept des *beruflichen Habitus*. Ein beruflicher Habitus ist demnach ein stabiles System

verinnerlichter Handlungsregeln – welche einerseits der Anpassung an die Arbeitsanforderungen, andererseits auch der Selbstinterpretation dienen.¹⁵ Eine ausführliche Analyse zum juristischen Habitus erfolgte 1982 durch SCHÜTTE.¹⁶ Seiner Ansicht nach besteht der juristische Habitus in einer tendenziell disziplinär geschlossenen Orientierung des juristischen Berufshandelns, was sich u.a. durch ein «verdinglichtes Verhältnis zu den Handlungsinstrumenten des Norm- und Dogmatikprogrammes» kennzeichne.¹⁷ Vorliegend wird dies als gelerntes *kontradiktorisches Denken* bezeichnet: Konflikte werden von Juristinnen auf Ansprüche oder Positionen heruntergebrochen, darauf folgen Einwendungen und Einreden der Gegenseite.¹⁸ Die obligatorischen Praktika vor Zulassung zur kantonalen Anwaltsprüfung, die meistens in Kanzleien oder auf Gerichten absolviert werden, verstärken das gelernte kontradiktorische binäre Denken. Ebenso die beratende Tätigkeit durch Anwälte, die traditionell durch einseitige Parteinahme geprägt ist.¹⁹

Ein weiterer Punkt betrifft die *Rationalisierung*. SCHÜTTE schreibt dazu, dass der Jurist

Mediationsverbänden gilt die Koordination Mediation Schweiz,
www.mediationschweiz.ch/cms/home.html
(besucht am 10. Mai 2019).

- ⁹ Der Begriff juristischer (in der Literatur z.T. auch «anwaltlicher») Mediator ist ein Kunstbegriff: er soll den erstberuflichen Hintergrund mittransportieren.
- ¹⁰ HEINZ WALTER R., Arbeit, Beruf und Lebenslauf, eine Einführung in die Berufliche Sozialisation, Weinheim, 1995, S. 7.
- ¹¹ HURRELMANN KLAUS/BAUER ULLRICH, Einführung in die Sozialisationstheorie, Das Modell der produktiven Realitätsverarbeitung, 11. Aufl., Weinheim 2015, S. 92 f.; Individuation meint Selbstwerdung oder die Sicherung von individuellen Bedürfnissen. Seitens der Soziologie gibt es system-, handlungs- und gesellschaftstheoretische Sozialisationsansätze; die Psychologie erklärt Sozialisation anhand Persönlichkeits-, Lern- resp. Bewältigungs- und Entwicklungstheorien sowie mittels neurologischen Ansätzen: z.G. DIES., S. 23 ff.
- ¹² HEINZ (Fn. 10) S. 7.
- ¹³ BOURDIEU beschreibt, wie erworbene Denk-, Handlungs- und Wahrnehmungsmuster einen

sogenannten Habitus bilden, ein stabiles und relativ statisches Muster von Einstellungen und Kompetenzen: BOURDIEU PIERRE, Die feinen Unterschiede, Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft, Frankfurt a.M. 1982, S. 278, S. 282.

- ¹⁴ Siehe WINDOLF PAUL, Berufliche Sozialisation, Zur Produktion des beruflichen Habitus, Stuttgart 1981.
- ¹⁵ HEINZ (Fn. 10), S. 51.
- ¹⁶ SCHÜTTE WOLFGANG, Die Einübung des juristischen Denkens, Juristenausbildung als Sozialisationsprozess, Frankfurt a.M. 1982, S. 47 ff.; für eine neuere interdisziplinäre Betrachtung s.a. BÖNING ANJA, Jura studieren – eine explorative Untersuchung im Anschluss an Pierre Bourdieu, Diss. Hagen 2016, Weinheim 2017, S. 43 ff., die die juristische Studienkultur und «Juristwerdung» analysiert.
- ¹⁷ SCHÜTTE (Fn. 16), S. 59.
- ¹⁸ FRIEDRICHSMIEIER HANS/HAMMANN HEIKE, Der Rechtsanwalt als Mediator, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 1123 ff., N 2 zu § 48.
- ¹⁹ DIES., N 3 zu § 48.

sich leiten lasse von einem technischen Verständnis der juristischen Aufgabe und entsprechend zweckrationale Handlungskriterien anwende.²⁰ Die Rechtsfindung als Justiz-Syllogismus²¹ lässt auf den ersten Blick nur wenig Raum für emotionale Erkenntnisgrundlagen oder Gefühle.²² Gefühl und Vernunft werden gemäss diesem Verständnis strikt getrennt. Pointiert hierzu KISER²³, der beschreibt, dass Zweck einer Norm *auch* ist, sicherzustellen, dass Emotionen²⁴ die objektive Analyse der Fakten nicht «vergiften». Die neuere Forschung relativiert die Rationalisierung der juristischen Arbeit²⁵ und plädiert für eine Integration der intuitiven Urteilskraft in die juristische Auslegungskunst.²⁶ Der an die rein rationale Erschließung der Entscheidungsvoraussetzungen geknüpfte Justiz-Syllogismus scheint trotzdem weiterhin zu dominieren und droht, die fruchtbare Auseinandersetzung mit Emotionen und Gefühlen zu marginalisieren. Dies führt zum Befund, dass Anwältinnen dazu

tendieren, Emotionen auf der Suche nach rationalen Lösungen zu dämpfen, zu ignorieren oder zu umschiffen.²⁷ Aufgrund der erwähnten Zweckrationalität stehen Juristen weiter in der Gefahr, relativ starre Handlungslogiken zu vertreten.²⁸ Schlussendlich werden Anwältinnen zu *Experten* ausgebildet: ihre Aufgabe ist es, einen bestehenden Sachverhalt zu objektivieren und darauf aufbauend rechtlich begründete Beurteilungen und Interpretationen abzugeben.²⁹ Damit erarbeiten sie implizite (möglichst gerichtsfeste) Lösungen, auf die sie hinsteuern.³⁰ Die Mandantin identifiziert den Gegner und übergibt das Problem dem Anwalt, der dieses dann zufriedenstellend lösen soll. Diese Expertenrolle wird von SCHÜTTE als professionelles Rollenverständnis mit stilisierten Fremd- und Selbstbildern beschrieben, «ohne Empathie und Rollendistanz».³¹

²⁰ SCHÜTTE (Fn. 16), S. 59.

²¹ Ein Sachverhalt wird unter die Voraussetzungen einer Norm unterordnet, daraus folgt die logische Ableitung von Rechtsfolgen, vgl. zum Justizsyllogismus und seiner Kritik GRÖSCHNER ROLF, Justizsyllogismus? Jurisprudenz!, in: Kent D. Lerch (Hrsg.), Recht verhandeln: Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, Berlin 2005, S. 203 ff.

²² Vgl. aber m.w.H. HÄNNI JULIA, Phänomenologie der juristischen Entscheidung, Zur Bedeutung des Gefühls in der praktisch-juristischen Argumentation, in: Landweer Hilge/Koppelberg Dirk (Hrsg.), Recht und Emotion I, Verkannte Zusammenhänge, Band 26, Freiburg/München 2016, S. 227 ff., primär die richterliche Rechtsfindung beleuchtend, aber m.E. auch erhellend für die anwaltliche Tätigkeit.

²³ Z.G. KISER RANDALL, How leading lawyers think, Expert insight into judgement and advocacy, Berlin 2011, S. 75 ff.

²⁴ KISER, a.a.O., meint eigene oder Emotionen des Mandanten und nennt beispielhaft Empathie, Zorn und Rache.

²⁵ M.w.Verw. HÄNNI (Fn. 22), S. 232 f.: So beschreibt z.B. die phänomenologischen Betrachtungsweise (ein Konzept der Wahrnehmung), dass «die Eröffnung von Welt und Sachverhalten primär gemütschaft erfolgt, und damit die Priorität des gefühlsbedingten Erfassens vor der Tätigkeit des rationalen Verstandes.»; HÄNNI, a.a.O., S. 236 ff. nennt als Beispiele für den Bezug ausserrechtlicher Wertungen in die Rechtsordnung die Interessenabwägung, unbestimmte

Rechtsbegriffe, Generalklauseln, Rechts- und Verfassungsgrundsätze, das Willkürverbot oder Rechtsmissbrauch.

²⁶ HÄNNI (Fn. 22), S. 240 ff.; dies würde in der Folge u.a. eine stärkere Auseinandersetzung mit ausserrechtlichen Wertmassstäben und moralischer Kompetenz als «Anker und Korrektiv» von Richtigkeitsentscheidungen bedingen. HÄNNI, a.a.O., S. 243 ff. unterscheidet zwischen intuitiv-wertenden Erkenntniselementen bei der Entscheidung einerseits und rationaler Begründung und Substanzerstellung bei der Entscheidung andererseits.

²⁷ HOFSTETTER ROGGER YVONNE, Mediation und berufliche Sozialisation, in: von Sinner Alex/Zirkler Michael, Hinter den Kulissen der Mediation, Kontexte, Perspektiven und Praxis der Konfliktbearbeitung, Bern 2005, S. 85 ff., S. 90.

²⁸ Vgl. SCHWEIZER ADRIAN, Kooperatives Verhalten – die Alternative zum (Rechts-)Streit, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 139 ff., N 17 ff. zu § 5: der juristische Denkstil sei «absolut, vergangenheitsorientiert, buchhalterisch, fehlerorientiert und fremdverantwortlich».

²⁹ MONTADA LEO/KALS ELISABETH, Mediation, Psychologische Grundlagen und Perspektiven, 3. Aufl., Weinheim 2013, S. 47; SCHMIDT/LAPP/MONSSSEN (Fn. 6), Nr. 447 ff.

³⁰ SCHMIDT/LAPP/MONSSSEN, a.a.O.; HOFSTETTER ROGGER (Fn. 27), S. 91 f.

³¹ SCHÜTTE (Fn. 16), S. 59.

Der traditionelle berufliche Habitus von Juristinnen ist demnach durch kontradiktorisches Denken, Zweckrationalisierung sowie durch die Übernahme der Expertenrolle geprägt. Im Wechselspiel mit der gesellschaftlichen Instrumentalisierung des Rechts³², d.h. dass Recht (haben) Macht ist und mit der Berufung auf das Recht die eigene Position gestärkt werden kann, wird die oben beschriebene Berufsrolle weiter verfestigt.

B. Berufsrollenreflexion

Im Gegensatz zu sozialen oder psychologischen Berufen, deren Grübeln und Leiden am eigenen Beruf oft karikiert wird, fehlt in der juristischen Aus- und Weiterbildung eine institutionalisierte Reflexion über die eigene Berufsrolle weitgehend.³³ Ebenfalls sind Gefässe wie Supervision, Fachgruppen o.ä. selten,³⁴ resp. entspringen der persönlichen Initiative. Die einschlägige Literatur ist überschaubar und tendenziell von/an anderen Disziplinen gespiegelt statt eigenreflektiert.³⁵ Damit erfolgt eine Auseinandersetzung mit der eigenen Berufsrolle primär anhand gemachter eigener Erfahrungen, anhand befriedigender oder unbefriedigender Arbeitsergebnisse oder im persönlichen Austausch mit anderen Juristen. Ob und wie diese Reflexion stattfindet, ist damit in hohem Masse von der Persönlichkeit der einzelnen Juristin

abhängig. In der Mediationsausbildung, die meist interdisziplinär angeboten wird, ist die Reflexion über die eigene Berufsrolle wohl ein Thema;³⁶ aufgrund des Fokus auf die Kommunikations- und Konfliktanalysetechniken³⁷ in der Bedeutung aber eher marginalisiert.

In der m.E. zu kurzen eintätigen «anwaltspezifischen» Ausbildung³⁸ zum Mediator SAV, die an die umfassende Grundausbildung bei Partnerorganisationen anknüpft, wird die Rollenproblematik Anwältin-Mediatorin thematisiert.³⁹ Für juristische Mediatorinnen kommt erschwerend hinzu, dass sie (aufgrund der geringen Nachfrage) neben der Tätigkeit als Mediator als «normale» Parteanwälte arbeiten, die neue Berufsrolle also nur langsam gefestigt wird.

Festzuhalten ist somit, dass die Reflexion über die eigene Berufsrolle unter Juristinnen kaum institutionalisiert ist und in der Folge je nach Persönlichkeit des einzelnen Juristen erfolgt oder auch nicht. In der Ausbildung zum Mediator wird die Auseinandersetzung mit der Berufsrolle hingegen thematisiert. Für den Bereich der Mediation ist diese Re-

³² GREGER REINHARD/VON MÜNCHHAUSEN CHRISTINE, Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte, München 2010, N 347 ff. zu § 13; siehe auch MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 49 ff. zu den «naiven Erwartungen» an das Recht.

³³ SCHÜTTE (Fn. 16), S. 211, sieht diese fehlende Debatte um die notwendigen Prozesse der Selbsterfahrung und -reflexion in der Juristenausbildung charakteristisch für eine «pathologische Distanzierungsform» von Person und Beruf.

³⁴ Im Bereich der Mediation aber zumindest verankert: So fordern die Qualitätsstandards der einschlägigen Verbände regelmässige Weiterbildung oder Inter-/Supervision, die belegt werden muss, z.B. Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV vom 1.7.2007, D.6.1, www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/reglemente.html (besucht am 10. Mai 2019).

³⁵ Auch im Bereich der Mediation: Die eingehende Reflexion der stilistischen Unterschiede, die der beruflichen Herkunft geschuldet sind, wird vor-

allem in Beiträgen über die Co-Mediation thematisiert und gefordert, vgl. z.B. BERNHARDT HANSPETER/WINOGRAD BIANCA, Interdisziplinäre Co-Mediation: Zur Zusammenarbeit von Rechtsanwälten und Psychologen, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 445, N 22 ff. zu § 19.

³⁶ Weisung zum Reglement Mediator SAV/Mediatorin SAV, A.1.3, a.a.O.

³⁷ So zumindest mein Eindruck aufgrund der aus- geschriebenen Kursinhalte der versch. Mediationsausbildungen.

³⁸ Reglement Mediator/Mediatorin SAV, B.4.1 ff., Fundort s. 29.

³⁹ Weitere Inhalte sind: Anwälte/Anwältinnen in der Mediation, Mediationsvertrag/Vertraulichkeit/verbandsrechtliche Regeln, Recht/Emotionen in der Mediation sowie Co-Mediation, www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/ausbildung/laufende-ausbildungen.html (besucht am 10. Mai 2019).

flexion aber, zumindest gem. der psychologischen Fachliteratur⁴⁰, unabdingbar: Ein hoher Grad an Selbstreflexion⁴¹ wird als grundlegendes Merkmal einer guten Mediatorin angemahnt.

C. Wandel des professionellen Habitus?

Das Rechtsschutzsystem ist in einem Umbruch. Die in den 70er-Jahren in Amerika entwickelten alternativen Formen der Konfliktledigung, zu denen auch Mediation gehört, haben an Bedeutung und Verbreitung zugenommen.⁴² Zunehmende Kosten-Nutzen-Überlegungen⁴³, die Rechtsunsicherheit des Ausgangs des Verfahrens vor Gericht⁴⁴ und der Rahmen der Vertraulichkeit⁴⁵ machen gerichtsalternative Methoden für Konflikte attraktiver.⁴⁶ In auf Dauer angelegten Austauschbeziehungen – seien sie vertraglicher, geschäftlicher oder persönlicher Natur – ist der Erhalt dieser Beziehung für die Beteiligten von Interesse.⁴⁷ Streit vor Gericht kann Beziehungen verhärten oder zerstören,⁴⁸ was dazu führt, dass sowohl auf Mandanten- wie auch auf Anwaltsseite herkömmliche Konfliktlösungsmethoden hin-

terfragt werden. Zudem werden insbesondere mit zunehmender Berufs- und Lebenserfahrung hergebrachte berufliche Denkmodelle hinterfragt und im Rahmen der Individuation⁴⁹ neue Wege gesucht und gefunden. Ein Beleg dafür ist die anhaltende Nachfrage nach einer weiterführenden Mediationsausbildung unter Anwältinnen.⁵⁰

In Deutschland werden im Deutschen Richtergesetz⁵¹ Schlüsselkompetenzen wie Gesprächsführung, Mediation und Kommunikationsfähigkeit erwähnt, die in der Juristenausbildung berücksichtigt werden sollen.⁵² 2012 trat das deutsche Mediationsgesetz⁵³ in Kraft, während auf europäischer Ebene ab 2008 verschiedene ADR-Richtlinien und ein Verhaltenskodex zur Mediation erlassen wurden.⁵⁴

In der Schweiz hat der SAV in den Standesregeln von 2012⁵⁵ in Art. 9 festgehalten, dass Anwältinnen «die gütliche Beilegung von Streitigkeiten fördern, sofern dies im Interesse der Mandanten liegt». Ein eigentliches Mediationsgesetz existiert in der Schweiz nicht, auch gibt es meines Wissens nur wenige Bestrebungen zur stärkeren Veranke-

⁴⁰ ITTNER HEIDI, Psychologie der Mediation, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 431 ff., Nr. 16 zu § 18; gl.M. die Rechtsanwältin und Mediatorin BONO (Fn. 6), S. 125, die ebenfalls betont, dass der Rollenwechsel vom Anwalt zum Mediator allein auf der kognitiven Ebene nicht möglich sei.

⁴¹ Wozu prominent die eigene Berufsrolle gehört.

⁴² HEHN MARCUS, Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 77 ff., N 33 ff. zu § 2.

⁴³ RISSE (Fn. 7), N 13 ff. zu § 35.

⁴⁴ RISSE, a.a.O., N 31 ff. zu § 35.

⁴⁵ RISSE, a.a.O., N 40 ff. zu § 35.

⁴⁶ RISSE, a.a.O. bezieht sich auf wirtschaftsrechtliche Konflikte, die Überlegungen können aber auch auf andere Konflikte übertragen werden.

⁴⁷ BAMBERGER (Fn. 7), N 49 zu § 9.

⁴⁸ BAMBERGER, a.a.O.

⁴⁹ S.o. 11.

⁵⁰ GASSER DANIEL, Mediation in der Schweiz, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 1359 ff., N 59 zu § 61; welche allerdings (noch?) nicht mit der Nachfrage korreliert.

⁵¹ §5a Abs. 3 Satz 1 DRiG, Deutsches Richtergesetz vom 19.4.1972 (BGBl. I S. 713).

⁵² 2003 aufgrund des Gesetzes zur Reform der Juristenausbildung ins DRiG - bei den Ausbildungsinhalten - beigefügt. Siehe auch die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des 1. Senats vom 14. Februar 2007 – 1 BvR 1351/01 – Rn. 35, dass eine «zunächst streitige Problemfrage durch eine einverständliche Lösung zu bewältigen, grundsätzlich auch in einem Rechtsstaat vorzugswürdig gegenüber einer richterlichen Streitentscheidung» sei; vgl. zu den «Schlüsselkompetenzen» das m.E. ausgezeichnete Lernbuch für Softskills in der Praxis für Juristen, PONSCHAB REINER/SCHWEIZER ADRIAN (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen, Köln 2008.

⁵³ MediationsG, Deutsches Mediationsgesetz vom 21.7.2012 (BGBl. I S.1577).

⁵⁴ Siehe dazu umfassend, auch rechtsvergleichend und mit Blick auf die Schweiz, SCHÜTZ JÜRIG P., Europäische Richtlinie über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, in: AJP 1/2015, S. 106 ff.; vgl. GIRSBERGER/PETER (Fn. 3), Nr. 30 ff.

⁵⁵ SSR, Art. 9, www.sav-fsa.ch/de/anwaltsrecht/berufsregeln-national.html (besucht am 10. Mai 2019).

rung von Schlüsselkompetenzen in die universitären Lehrpläne; die Mediation wurde aber auf Gesetzesebene gestärkt.⁵⁶

D. Fazit

Die traditionelle Berufsolle spricht eher gegen die Eignung von Juristinnen als Mediatorinnen. Die in der psychologischen Fachliteratur⁵⁷ geforderten Grundkompetenzen wie hoch ausgeprägte emotionale Intelligenz, hoher Grad an Selbstreflexion sowie eine authentisch wertschätzende Haltung werden als solche in der juristischen Sozialisation nicht gelernt und auch nicht gefördert.⁵⁸ Sie können aber in der Mediation nicht delegiert werden. Für Juristen und Anwältinnen ist somit ein Umdenken und eine neue Rollenfindung gefordert. Es liegt aber in hohem Masse am Einzelnen selbst, diese Prozesse anzustossen und gewinnend zu gestalten. Inwiefern gesellschaftliche und gesetzgeberische Forderungen nach Alternativen zur traditionellen Konfliktbeilegung zu einem stärkeren Gewicht der Mediation und damit auch zu einer Änderung des beruflichen Habitus führen, bleibt offen.

III. Ausgewählte Mediationskompetenzen: Passung mit dem juristischen Berufsbild?

A. Verhandlungs- und Konfliktmanagement (versus kontradiktorisches Denken)

Anwältinnen verstehen sich als geübte Verhandler und Konfliktmittler und damit kompetent, um als konfliktlösende Mediatorinnen tätig zu sein.⁵⁹ SCHWEIZER⁶⁰ hingegen behauptet, dass die juristische Methode, basierend auf der Anspruchsmethode, Konflikte nicht lösen kann. Das Denken in juristischen Strukturen fördere sogar Konflikte, resp. rufe diese erst hervor.⁶¹ Grund dafür ist das Denken in Positionen und dem damit einhergehenden eingeübten kontradiktorischen Denken.⁶² SCHWEIZER ist zuzustimmen, als eine Fortbildung zum Mediator von Anwälten zwingend ein Umdenken erfordert. Insbesondere ist eine Abkehr vom gelernten juristischen Denken notwendig.⁶³ Eine Mediationsausbildung im Umfang von 120 Stunden⁶⁴ kann dieses Umdenken m.E. lediglich anstossen, insbesondere da keine

⁵⁶ In der seit 2011 einheitlichen schweizerischen ZPO ist die Mediation neu in Art. 213 ff. ZPO erwähnt, vgl. GASSER (Fn. 50), N 47 zu § 61 (zu den kantonalen Regelungen vor 2011 siehe m.w.H. MEIER ISAAK, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010, S. 583 f.); im Jugendstrafrecht in Art. 5 JStPO; im Verwaltungsverfahren des Bundes, Art. 33b VwVG, ist die Mediation seit 2007 sogar dahingehend geregelt, dass bei einer Einigung keine Verfahrenskosten erhoben werden.

⁵⁷ M.w.H. ITTNER (Fn. 40), N 16 zu § 18; MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 315 ff.

⁵⁸ Womit nicht behauptet sei, dass Juristinnen an sich diese Fähigkeiten abgesprochen werden sollen.

⁵⁹ Zur Abgrenzung von Vergleich und Mediation, vgl. z.B. m.w.H. RISSE JÖRG, Wirtschaftsmediation, München 2003, N 24 ff. zu § 1 (bez. der Abgrenzung zu der anwaltlichen Vermittlung); DERS., a.a.O., N 39 zu § 8 (bez. der Abgrenzung zu richterlichen Vergleichsgesprächen). Der Vergleich hat in der Schweizerischen Gerichtspraxis eine hohe Bedeutung, insbesondere seit Inkrafttreten der neuen ZPO; die Vergleichsthematik

ist eher wenig erforscht und diskutiert, ebenso die dazu notwendigen Kompetenzen, vgl. aber SCHWEIZER MARK, Praxis der Vergleichsverhandlung, Richterzeitung (Justiz- Giustizia) 4/2018; vgl. auch SPÜHLER KARL, der gerichtliche Vergleich, Zürich 2015.

⁶⁰ SCHWEIZER (Fn. 28), N 19 zu § 5.

⁶¹ SCHWEIZER (Fn. 28), N 17 ff. zu § 5; vgl. auch das Beispiel einer Hausinschrift: «Gott schütze dieses Haus vor vielerlei Gefahren, Feuer, Dieben, Fürsprechern und Notaren», Bsp. aus SCHWEIZER ADRIAN, Einleitung, in: Ponschab Reiner/Schweizer Adrian (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen, Köln 2008, S. 1 ff., S. 2.

⁶² S.o. Kap. II. A.

⁶³ FRIEDRICHSMEIER/HAMMANN (Fn. 18), N 11 zu § 48; zum Perspektivenwechsel von Positionen zu Interessen siehe m.w.H. MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 71 ff.

⁶⁴ Gem. Richtlinien SAV ist für die Anerkennung als Mediator/Mediatorin SAV eine Grundausbildung von 120 Stunden erforderlich, plus eine eintägige (!) fachspezifische Veranstaltung des SAV, <https://www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/reglemente.html> (besucht am 10. Mai 2019).

Vorerfahrungen mit institutionalisierter beruflicher und persönlicher Reflexion vorliegen. Der SAV beschreibt das Dilemma zutreffend, indem der Titel «Mediator/Mediatorin SAV» eine Anerkennung der «spezifisch erlernten Vermittlungsfähigkeiten basierend auf juristischer Kompetenz» sei.⁶⁵

Studien⁶⁶ belegen einen Zusammenhang zwischen dem Grundberuf der Mediatorin und ihrem Verhandlungsstil: Die juristische Mediatorin tendiert zum sog. rechtsorientierten Verhandlungsstil, mit Fokus auf die inhaltlichen Differenzen der Parteien und Konzentration auf eine Einigung.⁶⁷ Das bekannte Harvard-Konzept der Verhandlungsführung von FISHER/URY/PATTON⁶⁸ wurde deshalb von einigen Juristen derart interpretiert, dass auf das inhaltlich-sachliche Problem fokussiert werden sollte.⁶⁹ Dieser einseitigen Interpretation begegneten die Autoren mit einer Weiterentwicklung ihres Konzepts, mit dem Titel «Erfolgreicher verhandeln mit Gefühl und Verstand».⁷⁰ Sie verweisen damit auf Werkzeuge, Theorien und Methoden aus der Psychologie, die bei den Mediatoren zu einer Veränderung der Wahrnehmung des Konflikts führen können und sollen.⁷¹ Anwältinnen sind also herausgefordert, sich psychologisches Wissen anzueignen.⁷² SCHAEAREN⁷³ beschreibt die Arbeit an der eigenen Haltung als zentral, um ein guter

Konfliktmanager zu werden. Dies beinhaltet eine ernsthafte und vertiefte Auseinandersetzung, was ein Konflikt ist, warum und wie Menschen in Konfliktsituation reagieren und was eigene Muster sind. Eine anspruchsvolle Aufgabe, die Reflexion der eigenen mentalen Modelle verlangt – seien diese dem Beruf, der Sozialisation, der eigenen Geschlechterrolle oder aber eigenen Erfahrungen geschuldet.⁷⁴ In Bezug auf die mentalen Modelle ist weiter ORDNUNG's⁷⁵ Ansatz hilfreich: Sie identifiziert sechs zentrale Werte, die für Mediatoren handlungsbestimmend sind.⁷⁶ Anhand des Werte- und Entwicklungsquadrats von Schulz von Thun beschreibt sie, in welchen Spannungsfeldern sich diese Werte am besten verwirklichen lassen.⁷⁷ Dabei zeigt sich eine potentielle Entwicklungsrichtung für die Mediatorin, Übertreibungen der je eigenen Werteverfolgung zu überwinden. Schlussendlich führt sämtliche Reflexion der eigenen Haltung (zu Konflikten, zu eigenen Mustern) zu einer Konfliktfestigkeit, die der Mediatorin hilft, als Ruhepol das Verfahren sicher zu steuern.

⁶⁵ www.sav-fsa.ch/de/weiterbildung/mediation/ueber-den-mediator.html

(besucht am 10. Mai 2019).

⁶⁶ BERNHARDT/WINOGRAD (Fn. 35), N 22 zu § 19.

⁶⁷ BERNHARDT/WINOGRAD, a.a.O.

⁶⁸ FISHER ROGER/URY WILLIAM/PATTON BRUCE, *Getting to Yes: Negotiation Agreement without Giving In*, 2. Aufl., London 1999.

⁶⁹ BERNHARDT ANDREAS/BERNHARDT MADELINE/BERGER KLAUS, *Umgang mit Emotionen in Verhandlungen*, Teil 1, in: ZKM 2/2011, S. 40 f.; FISHER/URY/PATTON (Fn. 68), S. 17, formulierten «Separate the people from the problem».

⁷⁰ Originaltitel «Beyond reason, using emotions as you negotiate»; FISHER ROGER/SHAPIRO DANIEL, *Erfolgreicher verhandeln mit Gefühl und Verstand*, Frankfurt a.M. 2007.

⁷¹ MEIER (Fn. 56), S. 589, der (als Minderheitsmeinung in der juristischen Fachliteratur) die Ansätze des transformativen «therapeutischen» Modells der Mediation für richtig hält.

⁷² M.w.Verw. MEIER, a.a.O., S. 588 f. nennt z.B. das (Konflikt-)Phasenmodell von Glasl oder Grundhaltungen nach Rogers.

⁷³ SCHAEAREN ROLF, *Was es braucht, um Mediator oder Mediatorin zu werden*, in: Von Sinner Alex/Zirkler Michael, *Hinter den Kulissen der Mediation, Kontexte, Perspektiven und Praxis der Konfliktbearbeitung*, Bern 2005, S. 128 ff., S. 131 ff.

⁷⁴ SCHAEAREN, a.a.O.

⁷⁵ M.w.H. ORDNUNG KATHLEEN, *Handlungsbestimmende Werte in der Mediation*, in: ZKM 6/2014, S. 188 ff., ausgehend von unterschiedlichen in der Lehre genannten Kategorisierungen der Meta-Ziele der Mediation; vgl. zum Wertequadrat auch SCHMITZ HERMANN, *Der Weg der europäischen Philosophie*, Band 2, Freiburg/München 2007, S. 718.

⁷⁶ Nämlich Harmonie, Effizienz, Autonomie, Gerechtigkeit, Humanismus und Gemeinwohl, ORDNUNG (Fn. 75), a.a.O.

⁷⁷ ORDNUNG (Fn. 75), S. 188 ff.

B. Kommunikation und Gesprächsführung (versus Rationalisierung)

Das Recht war ursprünglich und für lange Zeit eine vorwiegend mündliche Angelegenheit und damit durch die Rhetorik geprägt.⁷⁸ Später trennten sich die Wege von Recht und Rhetorik. Im Recht setzte sich der Schriftlichkeitsgrundsatz durch.⁷⁹ Seit den 1990er-Jahren wird der Rhetorik in den Rechtswissenschaften wieder mehr Platz eingeräumt.⁸⁰ Rhetorik wird definiert als Technik, die Einverständnis herstellt: der Rhetor vertritt eine Meinung und will, dass ein anderer sich ihm anschliesst.⁸¹ In der Mediation ist nun aber ein anderes Kommunikationsverständnis gefragt. Es geht weder um Überzeugen⁸², noch um das Entlocken von Informationen⁸³ und auch nicht um Manipula-

tion:⁸⁴ Die Mediatorin ist Kommunikationsmittlerin und ermöglicht eine Verständigung, bis wieder direkte, konstruktive Gespräche zwischen den Medianden möglich sind.⁸⁵ Dies erfordert hohe soziale und kommunikative Fähigkeiten. SCHWEIZER nennt im Übrigen profunde Kommunikations- und Gesprächsführungskennntnisse als unerlässlich für jeden Anwalt, der Erfolg haben möchte.⁸⁶ Trotzdem ist der gezielte Erwerb und die Vertiefung dieser «soft skill»-Kompetenzen in der juristischen Berufswelt eine Randerscheinung.⁸⁷ In der Mediation steht nun aber das Gespräch ganz im Mittelpunkt. Die verschiedenen Ausbildungsgängen zum Mediator lassen der Kommunikation deshalb hohe Bedeutung zukommen: Neue Kommunikationstechniken werden gelernt,

⁷⁸ HAFT FRITJOF/EISELE JÖRG, Kommunikationsfähigkeit, in: Römermann Volker/Paulus Christoph (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 332 ff., N 48 zu § 66; vgl. auch «Recht und Rhetorik gehören zusammen wie die zwei Seiten einer Medaille», m.w.H. GAST WOLFGANG, Juristische Rhetorik, 5. Aufl. 2015, Nr. 1.

⁷⁹ HAFT/EISELE (Fn. 78), N 49 zu § 66; KATHARINA GRÄFIN VON SCHLIEFFEN, Rhetorik, in: Römermann Volker/Paulus Christoph (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 192 ff., N 4 ff. zu § 33.

⁸⁰ GAST (Fn. 78), Nr. 3; so regelt z.B. das deutsche Reformgesetz zur Juristenausbildung von 2003 (Fn. 51) die Rhetorik als zu lehrende Schlüsselqualifikation im Jurastudium. In der Schweiz wird juristische Rhetorik an den Rechtsfakultäten in jüngerer Zeit (wieder) als Wahlfach angeboten.

⁸¹ GAST (Fn. 78), Nr. 5/11; oder auch nach KNAPE JOACHIM, Allgemeine Rhetorik, Stuttgart 2015, S. 295: «Rhetorik als die allgemeine Theorie und Praxis persuasiven (öffentlichen) Redens»; Rhetorik wird auch als Einweg-Kommunikation beschrieben.

⁸² Wie in der Rhetorik; vgl. SOUDRY ROUVEN, in: Ponschab Reiner/Schweizer Adrian (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen, Köln 2008, S. 67 ff.

⁸³ Wie in der Vernehmungslern; vgl. LOCHMANN GERHARD, in: Ponschab Reiner/Schweizer Adrian (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen, Köln 2008, S. 115 ff.

⁸⁴ Wie in der Gesprächsführung gem. der Meinung von BRINKTRINE RALF/SCHNEIDER HENDRIK, Juristische Schlüsselqualifikationen, Leipzig

2008, S. 20. Diese betonen, dass «Gesprächsführungstechniken ausnahmslos Techniken der Manipulation von Menschen sind.» Diese Ansicht teile ich nicht, vgl. dazu z.B. die Ausführungen zum nondirektiven Gespräch (basierend auf den Arbeiten von Carl Rogers), NEUMANN PETER/VON ROSENSTIEL LUTZ, Gesprächsführung, in: Römermann Volker/Paulus Christoph (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen für Jurastudium, Examen und Beruf, München 2003, S. 149 ff., N 25 ff. zu § 30.

⁸⁵ SCHMIDT/LAPP/MONSSSEN (Fn. 6), Nr. 598.

⁸⁶ SCHWEIZER ADRIAN, Kommunikation und Gesprächsführung, in: Ponschab/Schweizer (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen, Köln 2008, S. 7 ff., S. 7, mit anschaulichen Beispielen und Erklärungen zu Techniken wie NLP (neurolinguistisches Programmieren), Synchronisation, der Bedeutung von Fragen, u.v.m.; vgl. GREITER IVO, Kommunikation in der Praxis, in: Ponschab/Schweizer (Hrsg.), Schlüsselqualifikationen, Köln 2008, S. 250 ff.; vgl. insbesondere auch HAAS HENRIETTE, Psychologische Gesprächsführung in der Anwaltspraxis, in: plädoyer, das Magazin für Recht und Politik (Zürich), 2/2017 S. 38 ff.; a.M. FRITZEMEYER WOLFGANG, Die Bedeutung der «Soft Skills» für die Juristenausbildung und die juristischen Berufe, in: NJW, Neue Juristische Wochenschrift (München) 39/2006, S. 285 ff., S. 286, der bez. Kommunikation mit dem Mandanten nur (!) Fertigkeiten der schriftlichen Kommunikation mit dem Mandanten sowie gekonntes Präsentieren nennt.

⁸⁷ SCHWEIZER, Einleitung (Fn. 61), S. 7, bemerkt, dass «solche Ausbildungen aber rar, schlecht zu finden oder meistens sehr teuer (sind)».

reflektiert und eingeübt.⁸⁸ Auch hier ist wiederum zu bemerken, dass die Änderung von Kommunikationsmustern Aufwand bedarf, mit viel Übung und Supervision jedoch gut gelingen kann. Juristische Mediatorinnen sind gefordert, sich fundiert mit psychologischen Theorien auseinanderzusetzen. Dabei kann die Beschäftigung mit dem konstruktivistischen Ansatz⁸⁹ oder auch der Systemtherapie⁹⁰ und ihren jeweiligen Techniken⁹¹ den Anwalt in neue Landschaften führen, fernab von Rationalisierung und monokausalen Erklärungsmustern.⁹² Weiterbildung und Supervision helfen der juristischen Mediatorin, eine eigene, individuell passende Gesprächsführungskompetenz aufzubauen und zu halten. Ebenfalls ist nun ein veränderter Zugang zu Emotionen möglich. Statt der impliziten oder expliziten (oft als Massregelung empfundenen) Ermahnung an die Medianten, sachlich zu bleiben, kann der Mediator die vorhandenen Emotionen klären und verstehen.⁹³ Damit wird Emotionen die Kraft genommen, welche, wenn sie nicht thematisiert werden, einen Mediationsprozess nachhaltig irritieren können.⁹⁴

Nun ist die juristische Mediatorin meistens parallel als «normale» Anwältin tätig⁹⁵ wo andere Kompetenzen gefragt sind.⁹⁶ Gelingt es der juristischen Mediatorin, die neuen Kompetenzen in ihren Anwaltsalltag zu integrieren, wird sie gewinnen: als Mediatorin, weil sie zusätzliche Lernerfahrungen sammeln konnte, aber auch als Anwältin.⁹⁷

C. Eigenverantwortlichkeit der Parteien (versus Expertenstellung)

Teil der Definition von Mediation ist, dass die Medianten selbst entscheiden, was sie in der Mediation klären und wie sie zukünftig damit umgehen wollen. Der Mediator ist deshalb Willensbildungsbegleiter: er gibt keine inhaltlichen Ratschläge zur Lösung des Konflikts, sondern lässt die Lösung in den Beteiligten selbst wachsen.⁹⁸ Für Anwältinnen ist dies eine grosse Herausforderung: Ihre Berufsrolle als Experten steht dem diametral entgegen. Mit «besonderer Anstrengung, Disziplin und einiger Erfahrung» ist eine solche Veränderung möglich.⁹⁹ Um die Expertenrolle bewusst abzulegen, wird in der Literatur mehrheitlich empfohlen, Rechtsberatung und Mediation nicht durch

⁸⁸ Vgl. z.G. die Klassiker von SCHULZ VON THUN, *Miteinander Reden* 1, 54. Auflage, Hamburg 2014 resp. WATZLAWICK/BEAVEN/JACKSON, *Menschliche Kommunikation*, 13. Aufl. Bern 2017; vgl. zum Thema Gesprächsführung insbesondere NEUMANN/VON ROSENSTIEL (Fn. 84), S. 149 ff.

⁸⁹ Gem. dem radikal-konstruktivistischen Ansatz, den PAUL WATZLAWICK (siehe Fn. 87) vertritt, ist die Wirklichkeit das Ergebnis von zwischenmenschlicher Kommunikation.

⁹⁰ Systemische Psychologie beschreibt das Verhalten und Erleben des Menschen aus den Gegebenheiten des jeweiligen sozialen Systems heraus, vgl. VON SCHLIPPE ARIST/SCHWEITZER JOCHEN, *Lehrbuch der systemischen Therapie und Beratung* 1, 2. Aufl., Göttingen 2012, vgl. auch den systemisch-lösungsorientierten Ansatz von Steve de Shazer/Insoo Kim Berg; DE SHAZER STEVE/DOLAN YVONNE, *Mehr als ein Wunder*, 5. Aufl., Heidelberg 2016; bezogen auf die Mediation siehe DUSS-VON WERDT JOSEPH, *Der systemisch-konstruktivistische Ansatz*, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Aufl. München 2016, S. 231 ff., S. 251 ff.

⁹¹ Aus der systemischen Therapie stammt z.B. die Wunderfrage («Angenommen, das Problem ist

über Nacht wie durch ein Wunder weg – woran würden Sie erkennen, dass es passiert ist?»).

⁹² Vgl. z.G. auch MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 225 ff./S. 231 ff.; vgl. auch die Hinweise in Fn. 85/87.

⁹³ MONTADA/KALS, (Fn. 29), S. 193 ff.; vgl. auch die Hinweise zu den Zusammenhängen von Recht und Emotion in Fn. 25 und Fn. 26.

⁹⁴ Zum produktiven Umgang mit Emotionen in der Mediation, vgl. MONTADA/KALS, a.a.O., S. 170 ff.

⁹⁵ Aufgrund der bereits erwähnten geringen Nachfrage nach Mediation.

⁹⁶ In der Tendenz Schriftlichkeit statt Mündlichkeit, Rationalität statt Emotionen, Objektivierung statt Relativierung.

⁹⁷ LIATOWITSCH PETER, *Als Anwalt Mediator – als Mediator Anwalt*, in: von Sinner Alex/Zirkler Michael, *Hinter den Kulissen der Mediation, Kontexte, Perspektiven und Praxis der Konfliktbearbeitung*, Bern 2005, S. 154 ff., S. 156.

⁹⁸ LIATOWITSCH, a.a.O., S. 158 f.; s.a. ISER ANGE-LIKA, *Supervision und Mediation in der Sozialen Arbeit*, Tübingen 2008, S. 142 f. zur sog. reflexiven Professionalität.

⁹⁹ LIATOWITSCH, a.a.O.

dieselben Personen wahrzunehmen.¹⁰⁰ Wichtig ist ebenfalls eine bewusste Rollenklärung des juristischen Mediators, sowohl persönlich¹⁰¹ als auch gegenüber den Medianden; letztere kann z.B. im Rahmen der Ausarbeitung des Mediationsvertrags erfolgen.

Im Gegensatz zur anwaltlichen Tätigkeit, wo rasch eine Meinung über die Problemlösung gebildet und schnell entschieden wird, wird von der Mediatorin Geduld erwartet. Sachliche und emotionale Klärungsprozesse brauchen Zeit. Die Mediatorin muss aushalten, dass die Medianden die Lösung selbst finden müssen, auch wenn sie vermeintlich auf der Hand liegt.¹⁰² Diese Grundhaltung, verbunden mit der Bereitschaft die Medianden in geeigneter Art und Weise zu unterstützen, ist eine essentielle Grundlage für die Tätigkeit des Mediators. In der o.e. Analyse,¹⁰³ wie handlungsleitende Werte in der Mediation verwirklicht werden können, gilt die Autonomie in ihren verschiedenen Ausprägungen als «Herzstück und zugleich Schlüssel für eine wertvolle Mediation». Fehlt diese Grundhaltung oder ist das Vertrauen in die Konfliktlösungskompetenz der Medianden nur oberflächlich, ist es schwierig, Konflikte, Lähmungen und Aggressionen, die in der Mediation auftauchen können, auszuhalten.

D. Vertragsgestaltung: Erarbeitung einer (rechts)verbindlichen Regelung

In der Mediation wird in der Regel zu Beginn ein Mediationsvertrag und gegen Ende hin eine Abschlussvereinbarung verfasst.¹⁰⁴ Juristinnen wissen um die Möglichkeiten und Grenzen der Vertragsgestaltung und

können diese Kompetenz in die Mediation mit einbringen. Ebenfalls sind Juristen formelle Absprachen und die Protokollierung gewohnt. Es fällt juristischen Mediatorinnen leichter, einen Mediationsvertrag gemeinsam zu erarbeiten und zu formulieren.¹⁰⁵ Dazu gehören Eckpunkte wie formale Rahmenbedingungen, Verhaltensregeln und Vertraulichkeit, aber auch die Klärung, wo und wie Rechtsberatung stattfindet.¹⁰⁶

Die Abschlussvereinbarung in der Mediation ist legitimiert durch die individuelle, konsensuale Erarbeitung; sie ist mithin vertragsrechtlich abgestützt. Um sie justiziabel¹⁰⁷ zu machen, ist juristisches Fachwissen unabdingbar. Im Gegensatz zu einer externen Anwältin, die nur für die rechtliche Ausformulierung der Lösungen beigezogen werden kann oder muss,¹⁰⁸ ist der juristische Mediator in der Lage, die gefundenen Vereinbarungen und Informationen selber in ein rechtliches Kleid zu übersetzen, das in der Zukunft Bestand hat und gegebenenfalls veränderbar ist. Dabei kann er die im Laufe der Mediation gewonnenen Kenntnisse gegebenenfalls gewinnbringend in die Vertragsgestaltung einbringen. FISCHER/BRÄGGER¹⁰⁹ beschreiben die Vertragsgestaltung als zukunftsgerichtete, vorbeugende und vorsorgende Friedensarbeit – m.E. kongruent zu der Mediation.¹¹⁰ Die juristische Mediatorin muss sich aber stets bewusst sein, dass die Parteien die Möglichkeit haben, in der Mediation einen eigenen Gerechtigkeitsmassstab für die Konfliktlösung zu erarbeiten.¹¹¹ Dieser kann, wenn in Kenntnis und

¹⁰⁰ S. Kap. III. F.

¹⁰¹ LIATOWITSCH (Fn. 96), S. 159 f. spricht bildhaft davon, einen grossen Teil des (rechts-) beratungsorientierten Wissens «an der Garderobe abzugeben».

¹⁰² SCHMIDT/LAPP/MONNSEN (Fn. 6), Nr. 887.

¹⁰³ ORDNUNG (Fn. 75), S. 190.

¹⁰⁴ S. MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 248, Ablaufschema eines Mediationsverfahrens.

¹⁰⁵ S. Kap. III. D.

¹⁰⁶ MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 252 ff.

¹⁰⁷ Zur Homologierung, d.h. der Genehmigung der in der Mediation getroffenen Vereinbarung,

gem. Art. 217 ZPO siehe MEIER (Fn. 56), S. 595 f.

¹⁰⁸ Z.B. weil die Mediatorin über keine juristische Ausbildung verfügt oder es spezialisiertes rechtliches Fachwissen braucht.

¹⁰⁹ FISCHER WILLY/BRÄGGER FRANZISKA, Vertragsgestaltung und Vertragsmanagement, Einführung in die Kautelarjurisprudenz, Allgemeiner Teil, Zürich 2010, S. 7 ff.

¹¹⁰ Vgl. dazu die für die Mediation handlungsbestimmenden Werte «Gemeinwohl» resp. «Humanismus», m.w.H. ORDNUNG (Fn. 75), S. 190.

¹¹¹ Vgl. dazu die Ausführungen bez. des Wertes «Gerechtigkeit» bei ORDNUNG, a.a.O., S. 190.

im Rahmen des geltenden Rechts, vom herkömmlichen positiven Recht und der Gerichtspraxis abweichen.¹¹²

E. Strukturkompetenz und Idee der Verfahrensgerechtigkeit

MONTADA¹¹³ beschreibt die Mediation als ein vom Führungsauftrag des Mediators geprägtes Verfahren. Dieses ist idealtypisch in verschiedene Phasen¹¹⁴ gegliedert, was eine Strukturierung der Konfliktkommunikation ermöglicht.¹¹⁵ Die Fähigkeit, Prozesse anhand einer vorgegebenen Struktur zu steuern, ist demnach eine unabdingbare Kompetenz, wenn das Potenzial der Mediation ausgeschöpft werden soll.¹¹⁶ Im Gegensatz zu anderen Berufsgruppen wird Juristinnen die Notwendigkeit von strukturieren Verfahren bereits während der Ausbildung umfassend vermittelt: Neben dem materiellen Recht gilt es, die jeweiligen verschiedenen Verfahrenserlasse als eigenständiges Prozessrecht zu erfassen. Dies ist vorliegend hilfreich, weil damit einher das Verständnis geht, dass nicht nur die causa an sich, sondern auch Verfahren strukturiert und rationalisiert werden müssen. Rechtssoziologen und –psychologen haben in der Folge die Verfahrensgerechtigkeit¹¹⁷ als eine Dimension¹¹⁸ der Gerechtigkeit herausgearbeitet.¹¹⁹ Ob eine Konfliktlösungsmethode das Bedürfnis nach Gerechtigkeit befriedigt und in der Folge akzeptiert wird, hängt also auch davon ab, ob

das Verfahren als gerecht erlebt wird.¹²⁰ Anwältinnen bringen für die Verfahrensstrukturierung ein hohes Verständnis mit und können im besten Fall via Verfahren *die Logik des Irrationalen durchbrechen*¹²¹. Dies gelingt umso besser, wenn die Strukturkompetenz als eines von verschiedenen Werkzeugen – und nicht als starre Handlungsanleitung – in der Mediation eingesetzt wird.

Einem massgeblichen Aspekt der Verfahrensgerechtigkeit, nämlich die Möglichkeit, sich selbst äussern zu können und gehört zu werden, wird in der Mediation besonders entsprochen. Anwälte, die sich dieser Zusammenhänge bewusst sind und sich als Verfahrensexperten einbringen, sind demnach eine grosse Chance für die Mediation.

F. Rechtliches Know-How, Abschätzung der gerichtlichen Alternative

Die juristische Mediatorin wird von Medianen gerade *wegen* seiner Rechtskenntnisse ausgewählt. Von Anwältinnen wird in der Folge erwartet, dass sie ihre Kenntnisse und ihr Wissen um rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten in eine Mediation einbringen. In der Literatur wird dies unterschiedlich bewertet.¹²² Unbestritten ist, dass ein als Anwalt tätiger Mediator keine Rechtsberatung

¹¹² MEIER (Fn. 56), S. 588.

¹¹³ MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 14.

¹¹⁴ In der Literatur ist die Anzahl der Phasen unterschiedlich definiert, der konkrete Ablauf aber sehr ähnlich.

¹¹⁵ KESSEN STEFAN/TROJA MARKUS, Ablauf und Phasen einer Mediation, in: Haft Fritjof/von Schlieffen Katharina (Hrsg.), Handbuch Mediation, 3. Aufl. München 2016, S. 239 ff., N 1 zu § 14.

¹¹⁶ KESSEN/TROJA, a.a.O.; SCHMIDT/LAPP/MONSSSEN (Fn. 6), Nr. 884 spricht von der Strukturverantwortung des Mediators.

¹¹⁷ Zur Verfahrensgerechtigkeit m.w.H. MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 152 f./S. 167 f.; m.w.H. & Verw. LIND ALLAN E., Verfahrensgerechtigkeit und Akzeptanz rechtlicher Entscheidungen, in: Bierbrauer Günter et. al., Verfahrensgerechtigkeit, Köln 1995, S. 3 ff.

¹¹⁸ Neben der Tauschgerechtigkeit (Leistung - gleichwertige Gegenleistung) und der Verteilungsgerechtigkeit (Beachtung bestimmter Verteilungsregeln).

¹¹⁹ SCHMIDT/LAPP/MONSSSEN (Fn. 6), Nr. 456 f.

¹²⁰ M.w.H. SCHMIDT/LAPP/MONSSSEN (Fn. 6), a.a.O.

¹²¹ KOELSCH STEFAN, Emotionen im Konflikt - Neurobiologische Grundlagen, in: Fischer Christian/Unberath Hannes, Grundlagen und Methoden der Mediation, Tagung vom 22./23. März 2013 in Jena, München 2014, S. 23 ff.

¹²² Grundsätzlich positiv, wenn rollenreflektiert, BONO (Fn. 6), S. 131 ff., auch MEIER (Fn. 56), S. 590; kritisch vor allem die psychologische/sozialwissenschaftliche Literatur, welche betonen, dass diese Kompetenzen delegiert werden können.

für die Medianden anbieten soll.¹²³ Eine solche kann durch einseitig oder gemeinsam mandatierte externe Partei-Anwälte erfolgen – mit oder ohne Teilnahme an den Mediations-sitzungen.¹²⁴ Damit überlässt die Mediatorin die Formulierung von Positionen den einzelnen Parteien und kann sich ganz auf die Interessensfindung¹²⁵ und ihre Rolle als Mediatorin konzentrieren.¹²⁶ Im Gegensatz zu nicht juristisch ausgebildeten Mediatoren kann die juristische Mediatorin die eingebrachten Positionen einordnen. Bei ständiger Anwesenheit von Parteianwälten an den Mediations-sitzungen besteht allerdings die Tendenz, dass Mediationen zu rechts- und positionsbasiert ablaufen.¹²⁷ Die juristische Mediatorin steht bei solcher Zusammenarbeit mit anderen Anwälten auch verstärkt in der Gefahr, in ihrem Rollenverständnis verführbar zu sein und wieder in die Expertenrolle zu fallen.

Eine der «Formeln» aus dem Harvard-Konzept von FISHER/URY/PATTON ist das Festlegen der Verhandlungsgrenzen nach der BATNA¹²⁸, der Beste-Ausstiegs-Alternative¹²⁹. Dabei überlegen die Parteien nicht nur die Mindestgrenzen, sondern auch, welche Alternativen im Falle eines Scheiterns

am attraktivsten wäre. Die beste Alternative wird dann mit dem gegnerischen Angebot verglichen. Die juristische Mediatorin kann bei der Erarbeitung und Einordnung der BATNA Hilfestellungen leisten, da sie die mögliche Durchsetzbarkeit von Rechtspositionen vor Gericht einschätzen kann.¹³⁰ Die juristische Mediatorin soll und muss den Medianden umfassende Informationen verschaffen, gerade auf rechtlichem Gebiet. Die BATNA kann die juristische Mediatorin aber auch dazu verführen, alternative kreative Möglichkeiten zu überblenden.¹³¹

Die dargestellten Gefahren sind eine unerwünschte Abkehr von der interessenbasierten zur rechtsorientierten¹³² Mediation. Bei letzterer nimmt der Mediator, gestützt auf eine rechtliche Bewertung der umstrittenen Positionen, eine Einschätzung der wahrscheinlichen gerichtlichen Entscheidung vor – und wirkt auf dieser Basis auf eine Einigung hin.¹³³ Für juristische Mediatoren, die sich im Feld der hier dargestellten interessenorientierten Mediation befinden, ist es deshalb von grosser Wichtigkeit, sich diese Einflüsse bewusst zu machen und die eigene Verführbarkeit zu reflektieren. Ebenfalls ist mit den Medianden frühzeitig zu klären, wie

¹²³ Vgl. das explizit vorgeschlagene Modell im deutschen Mediationsgesetz, § 2 Abs. 6 2.Satz MediationsG; unschlüssig aber ADE JULIANE/GLÄSSER ULLA, Lehrmodul 18: Das Recht in der Mediation, in ZKM, Zeitschrift für Konflikt-Management (Köln) 2/2013, S. 62, die die Kosteneffizienz und organisatorische Vereinfachung gegenüber der schwierigen Doppelrolle abwägen.

¹²⁴ Eingehend ADE/GLÄSSER, a.a.O., S. 60 ff., die die verschiedenen Möglichkeiten mit ihren Vor- und Nachteilen beschreiben.

¹²⁵ Im Sinne der interessenbasierten Mediation aus dem Harvard-Konzept von Fisher/Ury/Patton (Fn. 68): Die Mediatorin hilft den Parteien, ihre gegenseitigen aktuellen und künftigen Interessen und Bedürfnisse zu erkennen und anschliessend kreative Lösungen zu entwickeln, die möglichst alle Interessen befriedigen. Vgl. m.w.H. GELZER PHILIPP S./RUGGLE PETER, Vorbemerkungen zu Art. 213–218 ZPO, in: Spühler Karl/Tenchio Luca/Infanger Dominik (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. Aufl. Basel 2017, N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 213–218 ZPO.

¹²⁶ BONO (Fn. 6), S. 142 f. plädiert wegen der drohenden Rollenvermischung für je einseitige, ex-

terne juristische Parteiberatung: eine sog. »Fairnesskontrolle«, erachtet sie als unabdingbar für eine tragfähige Lösung.

¹²⁷ ADE/GLÄSSER (Fn. 123), S. 61.

¹²⁸ Best Alternative To a Negotiated Agreement, FISHER/URY/PATTON (Fn. 68); GIRSBERGER/PETER (Fn 3), Nr. 307, Nr. 579 f.

¹²⁹ Es gibt verschiedene Übersetzungen der BATNA, auch geläufig ist «Nichteinigungsalternative».

¹³⁰ ADE/GLÄSSER (Fn. 123), S. 58; wobei die BATNA nicht nur das Ergebnis, sondern alle Konsequenzen des gerichtlichen Verfahrens einschliesst (Kosten, Effektivität, Ergebnis- und Verfahrenszufriedenheit, etc.), dazu m.w.H. BONO (Fn. 6), S. 88.

¹³¹ Vgl. MONTADA/KALS (Fn. 29), S. 58.

¹³² Die rechtsorientierte Mediation wird andernorts auch als «Verhandlungsstil» beschrieben, s.a. Kap. III. A.; a.M. bez. der radikalen Unterscheidung GIRSBERGER/PETER (Fn. 3) Nr. 610.

¹³³ GELZER/RUGGLE (Fn. 125), N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 213–218 ZPO, die weiter festhalten, dass dieses Vorgehen der rechtsorientierten Mediation in der Schweiz traditionell die Aufgabe von Schlichtungsbehörden sei.

die Rechtsberatung konkret stattfinden soll, um implizite Rollenerwartungen nicht zu viel Raum einnehmen zu lassen. Im Interessensfindungsprozess ist das Recht nützlich, weil es auch als Quelle für weitere Möglichkeiten genutzt werden kann.¹³⁴

IV. Schlussbemerkungen

Das eingangs erwähnte Zitat vom Recht als Elefanten in der Mediation ist eine Metapher für das Spannungsverhältnis zwischen der hergebrachten rechtlichen Konfliktlösungsmethode und der interessenbasierten Mediation. Die juristischen Denkmodelle, insbesondere das kontradiktorische Denken, die Rationalisierung und Objektivierung von Sachverhalten sowie die Zuschreibung und Übernahme der Expertenrolle sind im Kontext der Mediation hinderlich; sie sprechen prima vista gegen Juristinnen als Mediatorinnen. Berufliche Rollen sind aber nicht statisch: Durch Reflexion und neue Erfahrungen können sie bewusstgemacht, verortet und auch verändert werden. Hier liegt in der juristischen Weiterbildung sowie in fachspezifischen juristischen Mediationsaus- und weiterbildungen noch einiges Potential.

Die Sichtweise auf das Recht als Streitverstärker ist dennoch zu eng. Juristen tragen mit ihrer Strukturkompetenz, ihren Fähigkeiten zur Vertragsgestaltung und dem rechtlichen Hintergrundwissen ebenfalls massgeblich zu einer gelingenden Mediation bei. Darüber hinaus ist das juristische Denken und Urteilen nicht ausschliesslich rational. Emotionale Wahrnehmungen sind gleichrangige Vorbedingungen von Verstehen und prägen die Erschliessung und Bewertung der Aussenwelt.¹³⁵

Das Recht in der Mediation ist in der Folge als Elefant anzuerkennen. Statt aber auf dessen Grösse und Macht¹³⁶ ist die juristische

Mediatorin gehalten, sich auf andere juristische Kompetenzen zu berufen, insbesondere auf ihre Strukturkompetenz und die Vertragsgestaltung. Eine begreifende Sensibilität¹³⁷ ermächtigt den Juristen zudem, Konflikte und deren Bearbeitung nicht nur rational zu deuten und zu werten. Eine Reflexion und Erweiterung des hergebrachten juristischen Rollenverständnisses ist dafür die Grundlage. Damit der «Porzellanladen» ganz bleibt, d.h. Mediation gelingt, ist es dennoch unabdingbar, dass juristische Mediatoren anerkennen, dass sie fundiert neue, fachfremde Kompetenzen und Methoden erlernen und diese verinnerlichen müssen. Dies betrifft im Speziellen psychologisches Fachwissen zu Gesprächsführung und Konfliktmanagement – Kompetenzen, die *nicht* delegierbar sind – sowie institutionalisierte Formen der Selbst- und Rollenreflexion. Insbesondere die Überwindung der Expertenrolle ist nicht einfach zu vollziehen, da die gesellschaftliche Zuschreibung Anwältin gleich Expertin sehr stark ist. Ein juristischer Mediator, der um diese Zusammenhänge weiss, diese immer wieder reflektiert und Möglichkeiten und Grenzen des Rechts in einer Mediation thematisiert und offenlegt, erachte ich als *Glücksfall* für die Mediation.

¹³⁴ Mit Beispielen BONO (Fn. 6), S. 148.

¹³⁵ HÄNNI (Fn. 22), S. 232; vgl. oben die weiteren Hinweise in 25/26.

¹³⁶ Vorgehend beschrieben als kontradiktorisches Denken, Rationalisierung sowie die Übernahme der Expertenrolle.

¹³⁷ SCHMITZ (Fn. 75), S. 720, damit ist die (gem. der von Schmitz begründeten Neuen Phänomenologie) adäquate Herangehensweise der Welter-schliessung gemeint; vgl. auch die Bemerkungen in 26.