AJP/PJA 1/2000

MEDIATION: Ein Verfahren zur Überwindung von Einigungshindernissen

JAMES T. PETER, Dr. iur., Rechtsanwalt und Mediator, LL.M., Zürich

Inhaltsübersicht:

A. Einführung (Was ist Mediation?)
B. Einigungshindernisse (und wie geht der Mediator damit um?)
1. Überblick
2. Realistische Chanceneinschätzung bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung
2.1. Das Problem
2.2. Was kann der Mediator unternehmen?
3. Informationsmangel infolge Misstrauens oder fehlender Kommunikation
3.1. Das Problem (Verhandlungsdilemma)
3.2. Was kann der Mediator unternehmen?
3.2.1. Vertrauensbildende Massnahmen
a. Vertrauen in den ernsthaften Willen, die Probleme zu bereden
b. Vertrauen in den ernsthaften Willen zum Zuhören
c. Vertrauen in den ernsthaften Willen, die Bedürfnisse der anderen Partei anzuerkennen
d. Vertrauen in den Willen, sich zu versöhnen
3.2.2. Einzelsitzungen
4. Selbstbeschränkung
4.1. Das Problem
4.2. Was kann der Mediator unternehmen?
5. Reaktive Abwertung
5.1. Das Problem
5.2. Was kann der Mediator unternehmen?
6. Instinktive Abwehrmechanismen
6.1. Das Problem
6.2. Was kann der Mediator unternehmen?
7. Risiko- und Verlustaversion
7.1. Das Problem
7.2. Auswirkung auf Einigungsgespräche
7.3. Was kann der Mediator unternehmen?
8. Schlussfolgerung

Mittlerweile ist der Begriff Mediation als Verfahren zur aussergerichtlichen Streitbeilegung bekannt. Unklar bleibt häufig noch, weshalb und wozu ein Mediator eingesetzt werden soll. Speziell von Seiten der Anwaltschaft taucht oft die Frage auf, was denn der "Valueadded" eines Mediators[1] sein soll. Diese Frage stellt sich speziell dann, wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind und unter den Rechtsvertretern bereits Vergleichsgespräche erfolglos geführt wurden. Die vorliegende Darstellung dient dazu, eine erste – nicht erschöpfende – Erklärung des Nutzens eines Mediationsverfahrens zu liefern.

A. Einführung (Was ist Mediation[2]?)

Definitionen des Begriffes Mediation gibt es wohl so viele wie Autoren, die sich um eine Definition bemüht haben[3]. Die folgende Definition wird so allgemein gehalten, dass sie keine Vorgaben hinsichtlich der Vorgehensweise macht. Dabei wird bewusst in Kauf genommen, dass sie von geringer Aussagekraft hinsichtlich des Verfahrensablaufes und der Zielsetzung des Verfahrens bleibt:

Für die kritische Durchsicht des Manuskriptes bedanke ich mich herzlich bei Herrn RA lic. iur. ANDREA MATHIS, LL.M, Frau RA lic. iur. SABINE TORMAN sowie ANNE-KATHRIN BRAUN.

1 Der Begriff "Mediator" wird hier als geschlechtsneutrale Funktionsbezeichnung verstanden.

2 Der Begriff Mediation wird hier in seiner eigentlichen Bedeutung verwendet, nämlich als Verfahren zur Konfliktlösung, und ist daher nicht, wie häufig angenommen, auf Familienmediation beschränkt. Weil Mediation einen Prozess zum Inhalt hat, erscheint es für solche Besprechungen auch wenig hilfreich, Wirtschaftsmediation, Familienmediation, Nachbarmediation etc. separieren zu wollen, auch wenn die unterschiedlichen Ausprägungen z.T. eine unterschiedliche Handhabung rechtfertigen können.

3 Hier seien nur ein paar Literaturhinweise zur Mediation angegeben: *USA*: JAY FOLBERG/ALISON TAYLOR, Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation, 1984; CHRISTOPHER W. MOORE, The Mediation Process, 2. A., 1996; ROBERT A. BARUCH BUSH/JOSEPH P. FOLGER, The Promise of Mediation, Responding to Conflict Through Empowerment and Recognition, 1994; KIMBERLEE K. KOVACH, Mediation Principles and Practice, 1994; *Deutschland/Schweiz*: Mediation in der Schweiz, Referate anlässlich des Schweizerischen Forums für Mediation, Zürich 1994; JOSEF DUSS-VON WERDT/GISELA MÄHLER/HANS-GEORG MÄHLER, Mediation: Die andere Scheidung, Stuttgart 1995; STEPHAN BREIDENBACH, Mediation: Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, Köln 1995; STEPHAN BREIDENBACH/MARTIN HENSSLER (Hrsg.), Mediation für Juristen, Konfliktbehandlung ohne gerichtliche Entscheidung, Köln 1997; MARC BLESSING, Kommentar zum Internationalen Privatrecht, Basel 1996, Einleitung zum 12. Kapitel N 286 ff.; CAROLINE BONO-HÖRLER, Familienmediation im Bereich von Ehetrennung und Ehescheidung, Diss. Zürich 1999; PETER LIATOWITSCH, Anwaltsberuf und Mediation, in: Festschrift SAV, Bern 1998, 443 ff.; PETER BÖSCH, Der Nachbarstreit und dessen Beilegung, SJZ 94 (1998) 77 ff., 105 ff.; DERS., Baustreitigkeiten und Mediation, in: Zürcher Zeitschrift für öffentliches Baurecht, 2/1998, 5 ff.; WERNER STIEGER, Konfliktvermeidung und Alternative Konfliktlösung im gewerblichen Rechtsschutz, SMI 1996, 31 ff.; vgl. auch die Definition der Mediation in den SAV-Richtlinien für Anwaltsmediatoren.

Mediation ist durch eine[4] *neutrale Drittperson ohne Entscheidungsbefugnis assistiertes Verhandeln.*[5]

Wesensmerkmal ist also das Verhandeln zwischen den Parteien und, dass der Mediator keine Entscheidungsgewalt hat[6]. Die konkrete Ausgestaltung der Mediation ist davon abhängig, welche Zielsetzungen der Mediator überwiegend verfolgt. Unterschiedliche Formen der Führung von Mediationsprozessen ergeben sich nämlich häufig durch unterschiedliche Gewichtung der Zielsetzungen des Verfahrens.[7]

Im Folgenden soll eine Zusammenfassung der wesentlichen Ziele der Mediation gegeben werden:

1. *Kostenersparnisse:* Der Mediationsprozess soll dazu dienen, eine Streitbeilegung schneller und günstiger zu erreichen. Die Dauer, bis eine Erledigung des Streites erreicht wird, kann gegenüber dem ordentlichen Gerichts- oder dem Schiedsgerichtsweg wesentlich verkürzt werden. Die mit der Streiterledigung verbundenen Kosten und Aufwendungen (Anwaltskosten, Gerichtskosten, eigene Kosten und Aufwendungen, immaterielle Kosten wie die psychische Belastung, Auswirkung auf Drittbeziehungen etc.) werden mit einer schnellen Konfliktregelung wesentlich gesenkt.
2. *Parteiautonomie:* Im Unterschied zur Streitentscheidung durch einen Richter erlaubt Mediation den Parteien, die eigene Lösung des Problems zu finden und nicht die Entscheidfindung durch einen Dritten hinnehmen zu müssen. Das entscheidende Merkmal ist daher die Kontrolle über den Konfliktinhalt und dessen inhaltliche Regelung.[8] Mediation dient also nicht der Einhaltung von Normen, sondern der Schaffung der notwendigen Normen im Verhältnis zwischen den Parteien.[9]
3. *"Win-win" Resultate:* Das Resultat des Mediationsprozesses soll nicht der Vergleich zwischen zwei Positionen sein (Nullsummenspiel), sondern durch die Nutzung unterschiedlicher Bewertung von Interessen Kooperationsgewinne zu erzielen. Das heisst, der beiderseitige Gewinn liegt in Lösungen, die sich an den Interessen der beteiligten Parteien orientieren und neue "trade-offs" zulassen.[10]
4. *Stärkung der Konfliktfähigkeit (Empowerment):* Der Mediationsprozess soll den Parteien ermöglichen, die eigenen Probleme selbst in die Hand zu nehmen und dabei gute Lösungen zu erreichen. Dabei soll das Bewusstsein gestärkt werden, Probleme tatsächlich selber lösen zu können und nicht an Dritte (Anwalt oder Richter) delegieren zu müssen. Entsprechend steht hier nicht der konkrete Konflikt, sondern ein Lernprozess, der den künftigen Umgang mit Konflikten erleichtern soll, im Vordergrund.[11] Auf die gesellschaftliche Ebene übertragen, soll damit zusätzlich "die Gemeinschaft gestärkt und ein neuer Sinn für diese Gemeinschaft entwickelt werden".[12]
5. *Versöhnung:* Eine wesentliche Zielsetzung der Mediation ist sodann die Versöhnung. Das Potential des Mediationsprozesses, den Parteien die Möglichkeit zu geben, sich entsprechend ihren Bedürfnissen erneut zu einigen, sich wieder aneinander zu orientieren und ein gemeinsames neues Verständnis der künftigen Beziehung zu erreichen, darf wohl als sehr vornehme Zielsetzung bezeichnet werden.[13] Sie beruht zu einem wesentlichen Teil darauf, dass sich die Parteien gegenseitig verstehen und sich vertrauen können. Dabei können Geschäftsbeziehungen erhalten werden, wo dies in aller Parteien Interesse liegt.

Der Mediationsprozess soll den Rahmen zur notwendigen Kommunikation zwischen den Parteien schaffen, da die vorgenannten Zielsetzungen nur so erreicht werden können. Doch gerade die zwischenparteiliche Kommunikation bei Verhandlungen zur Konfliktlösung ist ein kostbares und fragiles Gut. Es gibt unzählige Hürden und Fallen, die eine Kommunikation sehr schnell zum Erliegen bringen oder den Einigungsprozess beeinträchtigen können. Eine der wichtigsten Aufgaben des Mediators ist, die Kommunikation zwischen den Parteien zu ermöglichen und aufrechtzuerhalten. Dazu muss er es verstehen, Kommunikations- und Einigungshindernisse zwischen den Parteien zu erkennen, wegzuräumen oder zu überbrücken. Die folgenden Ausfüh-

---

4 Selbstverständlich ist es möglich und unter gewissen Umständen sogar empfehlenswert, mehr als eine neutrale Drittperson zu haben (=Co-Mediation).

5 Vgl. ähnlich WILLIAM L. URY/JEANNE M. BRETT/STEPHEN B. GOLDBERG, Getting Disputes Resolved, Designing Systems to Cut the Costs of Conflict, 1993, 49; STEPHEN B. GOLDBERG/ FRANK E. A. SANDER/ NANCY H. ROGERS, Dispute Resolution – Negotiaton, Mediation, and Other Processes, 2. A., 1992, 103; TOM ARNOLD, Advocacy in Mediation, The American Review of International Arbitration, 1994, 173.

6 Vgl. die Mediationsregeln der *Schweizerischen Kammer für Wirtschaftsmediation,* Ziff. 7.3; sowie statt vieler: C. BONO-HÖRLER, Das Mediationsverfahren im Unterschied zu Konventionsverhandlungen bei Trennung und Scheidung, AJP/ PJA 1998 556.

7 LEONARD RISKIN, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, 1 Harvard Negotiations Law Review, 1996, 7 ff. In der Schweiz scheinen sich zwei Hauptformen für das Vorgehen des Mediators herausgebildet zu haben: Bei der einen soll der Mediator die Einigung lediglich durch das Fördern der Kommunikation zwischen den Parteien ermöglichen, bei der anderen ist ihm darüber hinaus auch gestattet, seine eigene Beurteilung des Falles zu kommunizieren und eigene Vorschläge zur Problemlösung zu äussern, vgl. MICHEL ROSSINELLI, L'avocat face à la médiation, in: L'avocat moderne, Mélanges publiés par l'Ordre des Avocats Vaudois à l'occasion de son Centenaire, Basel 1998, 45.

8 Vgl. T. ARNOLD, Why ADR? Booby Traps in Arbitration Practice and How to Avoid Them, The American Review of International Arbitration, 1994, 181.

9 LON FULLER, Mediation – Its Forms and Functions, Southern California Law Review, 1971, 308, 325 f.

10 Dazu grundsätzlich: L. FULLER, Collective Bargaining and the Arbitrator, Wisconsin Law Review, 1963, 23 f.; ROGER FISHER/WILLIAM L. URY/BRUCE PATTON, Getting to Yes, Negotiating Agreement Without Giving In, 1991, 40 ff. Vgl. auch ST. BREIDENBACH (FN 3), 71 ff.; C. BONO-HÖRLER (FN 3), 90 f.

11 R. A. BARUCH BUSH/J. P. FOLGER (FN 3), (passim); ST. BREIDENBACH (FN 3), 125 ff.

12 C. BONO-HÖRLER (FN 3), 41.

13 Vgl. L. FULLER (FN 9), 325; ST. BREIDENBACH (FN 3), 130 ff.

rungen richten das Augenmerk auf solche Einigungshindernisse. Gleichzeitig werden auch Vorschläge gemacht, wie der Mediator den Parteien helfen kann, solche Verhandlungsbarrieren zu bewältigen.

B. Einigungshindernisse (und wie geht der Mediator damit um?)

1. Überblick

Einigungshindernisse bestehen in so zahlreichen Formen, dass es nicht möglich ist, diese abschliessend aufzuzählen und zu beschreiben. Es werden daher nur einzelne dieser Probleme behandelt.

2. Realistische Chanceneinschätzung bei einer gerichtlichen Auseinandersetzung

2.1. Das Problem

Gut und erfolgreich verhandeln kann nur derjenige, welcher weiss, was seine Alternativen sind, sollte er die im Verlaufe der Verhandlungen offerierten Angebote nicht akzeptieren wollen. Mit anderen Worten, jede Partei sollte wissen, was es für sie bedeutet, wenn keine Einigung erzielt wird.[14]

Wenn über Streiterledigung verhandelt wird, ist meistens eine gerichtliche Auseinandersetzung die Alternative. Entsprechend ist es für die Parteien von Bedeutung, die Konsequenzen eines gerichtlichen Verfahrens realistisch beurteilen zu können. Dazu gehört eine Beurteilung (a) der Chancen, vor Gericht zu obsiegen, (b) der zu erwartenden Kosten, insbesondere auch der internen Aufwendungen für das und während des Verfahrens, (c) der Zeitdauer, bis ein rechtskräftiges Urteil vorliegt, (d) allfälliger Belastungen von Beziehungen zu Dritten (z.B. Zeugen), (e) negativer Imagefolgen, (f) persönlicher und psychischer Belastungen etc.

Meistens wird die Beurteilung der Chancen, vor Gericht zu obsiegen, von den Parteien in den Vordergrund gerückt. Die Einschätzung der eigenen Aussicht auf einen Prozessgewinn fällt nun einmal häufig eher optimistisch aus.[15] Das lässt sich damit nachweisen, dass sehr häufig beide Parteien ihre Gewinnchancen über 50% einschätzen.[16]

Viele schweizerische Gerichte führen Vergleichsverhandlungen durch: Im allgemeinen soll eine möglichst genaue Einschätzung der Prozessaussichten in beweismässiger und rechtlicher Hinsicht gegeben werden.[17] Dabei handelt es sich nicht um eine unverbindliche Beurteilung der Rechtslage, sondern um eine Vorentscheidung.[18] Folge davon ist eine recht hohe Zahl von Vergleichen.[19] Mit diesem Vorgehen kann das Gericht sehr weitgehend die überoptimistische Einschätzung der Gewinnchancen durch die Parteien relativieren.

2.2. Was kann der Mediator unternehmen?

Im Mediationsverfahren kann und soll keine Vorentscheidung herbeigeführt werden. Der Mediator kann keine solche Wirkung auf die Parteien haben, weil er die Streitsache nicht entscheidet. Der Mediator soll aber auch nicht den Versuch unternehmen, die Streitsache in beweismässiger und rechtlicher Hinsicht zu beurteilen.[20] Seine Aufgabe ist es, die recht-

---

14 R. FISHER/W. L. URY/B. PATTON (FN 10), 100, sprechen hier von dem BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement). "The reason you are negotiating is to produce something better than the results you can obtain without negotiating."

15 CHRISTIAN BÜHRING-UHLE, Arbitration and Mediation in International Business: Designing Procedures for Effective Conflict Management, 1996, 173, 181, nimmt Bezug auf schiedsgerichtliche Auseinandersetzungen und leitet aus Umfrageergebnissen ab, dass bei Juristen die Meinung vorherrscht, dass gerade die Fehleinschätzung der Chancen, vor Gericht zu obsiegen, die Hauptursache dafür sei, dass die Parteien keine Einigung finden können. In diesem Sinne auch HANS JÜRG NAEGELI, Vergleichsverhandlungen, Referat am Seminar des Schweizer Verbandes der Richter in Handelssachen vom 23. Oktober 1997 in St. Gallen, 3 (zitiert nach schriftlichem Manuskript).

16 CHRISTIAN DUVE, Mediation und Vergleich im Prozess, Köln 1999, 143 ff., spricht hier von der überoptimistischen Einschätzung. Zur Begründung dieses Phänomens weist er zu Recht darauf hin, dass die Parteien regelmässig nur einen Ausschnitt eines Konflikts sehen und dass die menschliche Wahrnehmung selektiv erfolgt. Prof. HOWARD RAIFFA von der Harvard Business School demonstrierte dieses Phänomen seinen Studenten, indem er allen dieselben Informationen bezüglich einer Unternehmung gab und die Studenten dann in zwei Gruppen aufteilte. Der einen Gruppe teilte er mit, sie würde später dazu aufgefordert, Verhandlungen zum Kauf der Unternehmung zu führen. Die andere Gruppe würde auf der Verkäuferseite verhandeln. Als erste Aufgabe sollten alle eine objektive Bewertung der Unternehmung vornehmen, d.h. die Bewertung sollte nicht im Sinne der möglichen Offerten als Käufer, resp. Verkäufer, erfolgen. Es stellte sich heraus, dass die Schätzung der potentiellen Käufer durchschnittlich 30% tiefer und die der potentiellen Verkäufer etwa 30% höher als der unabhängig ermittelte angemessene Wert der Unternehmung lag; DOUGLAS STONE/BRUCE PATTON/SHEILA HEEN, Difficult Conversations, 1999, 36.

17 H. J. NAEGELI (FN 15), 3. Vgl. auch W. STIEGER, Verhandeln und Mediation im gewerblichen Rechtsschutz – Die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung am Handelsgericht des Kantons Zürich, Internationale Fachtagung 25./26. April 1997 in Tübingen, 7 (zitiert nach schriftlichem Manuskript): "Nicht selten werden schriftlich vorbereitete Referate vorgelesen, die im Falle der Nichteinigung zu Teilen des Urteilstextes werden können."

18 JAMES T. PETER, Med-Arb in International Arbitration, The American Review of International Arbitration, 1997, 96. Zumal Sachverhalte und Rechtsfragen unterschiedlich beurteilt werden können, liegt es auf der Hand, dass jede (tatsächliche und rechtliche) Beurteilung durch das Gericht bereits eine Vorentscheidung darstellt. Zur Problematik der damit beeinträchtigten Neutralität und Unabhängigkeit des Richters, vgl. J. T. PETER, a.a.O., 93 f. m.w.H.

19 80% beim Handelsgericht Zürich gemäss W. STIEGER (FN 17), 5.

20 Gerade weil die rechtliche Beurteilung die Unabhängigkeit einer Drittperson in Frage stellen kann (vgl. FN 18), muss

lichen Probleme anzusprechen und sich diese von den Parteien erklären zu lassen.[21]

Solche und weitergehende Fragen könnten durch den Mediator in Abwesenheit der anderen Partei[22] gestellt werden:

- Wie gross sind Ihre Chancen, den Prozess zu gewinnen?
- Wo liegen die Stärken und Schwächen Ihrer Position im Prozess?
- Wie lange wird wohl das erstinstanzliche Verfahren dauern?
- Wie beurteilen Sie heute die Wahrscheinlichkeit, dass die Gegenseite ein Rechtsmittel ergreift oder dass Sie, im Falle des Unterliegens, selbst ein Rechtsmittel ergreifen?
- Wie hoch sind die Anwaltskosten und Gerichtskosten erstinstanzlich/bei mehreren Instanzen?
- Sollten Sie den Prozess gewinnen, werden damit alle Aufwendungen gedeckt (Anwaltskosten, Betriebsaufwendungen oder persönliche Aufwendungen)?
- Wird dieser Prozessausgang Auswirkungen (positive oder negative) auf den künftigen Geschäftsgang Ihres Unternehmens haben?
- Sollten Sie den Prozess verlieren, welcher Gesamtbetrag wird wohl zu bezahlen sein (Anwaltskosten, Kosten des Gegenanwalts, Gerichtskosten, Verpflichtung zur Leistung durch Urteil, interne Geschäftsaufwendungen oder persönliche Aufwendungen)? Welche Auswirkung resp. welche Bedeutung hat dies (positiv oder negativ) für den künftigen Geschäftsgang Ihres Unternehmens?

Die Fragen des Mediators und die Ausführungen des Anwaltes dienen dazu, der betroffenen Partei ihre Alternative (ihr BATNA) bewusster zu machen. Meistens hat der Anwalt die Partei bereits über mögliche Kostenfolgen und die Chancen, das Verfahren zu gewinnen (resp. zu verlieren), aufgeklärt. Die Erfahrung zeigt aber, dass sich die Partei des Risikos erst wirklich bewusst wird, wenn sie den eigenen Anwalt im Gespräch mit dem Mediator darüber sprechen hört.

3. Informationsmangel infolge Misstrauens oder fehlender Kommunikation

3.1 Das Problem (Verhandlungsdilemma)

Das aus der Spieltheorie[23] bekannte "Prisoner's Dilemma" zeigt die sich stellende Problematik auf:[24]

Beim "Prisoner's Dilemma" werden A und B von der Polizei verhaftet. Sie werden eines von ihnen begangenen schweren Verbrechens beschuldigt. A und B können nicht mehr miteinander sprechen. Sie wissen, dass sie von der Polizei getrennt einvernommen werden. Sollten sie beide die Tat gestehen, vermutet man eine Verurteilung zu 6 Jahren. Wenn beide zusammenhalten und die Tat bestreiten, so kann man sie nur eines mit geringer Strafe belegten Deliktes überführen, d.h. beide könnten nur zu 6 Monaten Haftstrafe verurteilt werden. (Wir bezeichnen das Zusammenhalten von A und B mit "kooperieren"). Sollte hingegen einer gestehen, der andere aber nicht, wird dem Geständigen Straffreiheit garantiert, während der andere exemplarisch zu 10 Jahren verurteilt wird.

	A gesteht nicht (kooperiert)	A gesteht (kooperiert nicht)
B gesteht nicht (kooperiert)	Beide werden zu 6 Monaten verurteilt	A geht frei B 10 Jahre
B gesteht (kooperiert nicht)	B geht frei A 10 Jahre	Beide werden zu 6 Jahren verurteilt

Die rein ökonomische Auswertung der Wahlalternativen zusammen mit dem Fehlen einer genügenden Gewissheit der Kooperation durch die andere Partei wird immer dieselbe Entscheidung hervorbringen: Betrachten wir die Situation von B. Wenn A nicht geständig ist und B auch kooperiert, muss B 6 Monate Haft verbüssen. B geht jedoch frei, wenn er in dieser Situation nicht kooperiert. Wenn A geständig ist und B kooperiert, muss B zehn Jahre hinter Gitter. Gesteht B aber auch, so erwarten ihn nur 6 Jahre. Wie immer sich B entscheidet, Nicht-kooperieren ist für B immer die bessere Wahl. Nun, da A genau dieselbe Überlegung machen wird, werden die Parteien regelmässig im Feld unten rechts der obigen Grafik enden.

der Mediator sehr vorsichtig damit umgehen. Des Mediators Potential im Mediationsprozess beruht zu einem Grossteil auf dem Vertrauen der Parteien in seine Unabhängigkeit. Verliert er dieses Vertrauen, ist er als Mediator wohl bereits "verbraucht". Darin liegt die Labilität der Mediatorfunktion.

21 Diese Vorgehensweise ist problematisch, wenn die Parteien ohne Anwälte an der Mediation teilnehmen, weil die Parteien nicht über genügend Rechtskenntnis verfügen und auch keine genügende Erfahrung mit den Gerichten haben. Es ist daher gerade – aber nicht nur – bei Wirtschaftsmediationen empfehlenswert, dass die Anwälte in der Mediation anwesend sind.

22 Das Mediationsverfahren sieht vor, dass der Mediator vertrauliche Einzelgespräche mit den Parteien führen kann. Vertrauliche Informationen dürfen der anderen Partei durch den Mediator nicht weitergegeben werden. Solche Einzelgespräche sollen dem Mediator erlauben, Fragen zu stellen, die geeignet sind, Informationen zu erhalten, die die Partei oder ihr Anwalt nicht in Anwesenheit der Gegenseite besprechen oder eröffnen will. Fragen, die sich z.B. auf das BATNA (Best Alternative To a Negotiated Agreement, vgl. FN 14) beziehen, sollten daher eher in einem Einzelgespräch gestellt werden.

23 Die Spieltheorie ist eine der Volkswirtschaftstheorie zugeordnete mathematische Theorie zur Beschreibung strategischer Spiele, bei denen die Spieler auf den Ausgang direkten Einfluss haben. Ausführungen zur Spieltheorie im Recht, vgl. z.B. DOUGLAS G. BAIRD/ROBERT H. GERTNER/RANDAL C. PICKER, Game Theory and the Law, 1994. Zur Spieltheorie bei Verhandlungen, vgl. ST. B. GOLDBERG/F. E.A. SANDER/N. H. ROGERS, Dispute Resolution – Negotiation, Mediation, and Other Processes, 2. A., 1992, 52 ff.; JOHN S. MURRAY/ALAN SCOTT RAU/EDWARD F. SHERMAN, Processes of Dispute Resolution: The Role of Lawyers, 2. A., 1996, 158 ff.; HORST EIDENMÜLLER, Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Mediation für Juristen, Köln 1997, 31 ff.

24 Es ist darauf hinzuweisen, dass die in diesem Modell gewählten Beispiele nur Veranschaulichungscharakter haben.

Eigentlich ist klar, dass das Feld oben links der Grafik für die Parteien das bessere und daher das anzustrebende Resultat wäre. Die Krux liegt darin, dass man sich einem erhöhten Risiko aussetzt, wenn man kooperiert. Das heisst, kooperieren setzt erhöhtes Vertrauen voraus. In diesem Beispiel wird deutlich, dass durch die verhinderte Kommunikation unter den Parteien eine gegenseitige Vergewisserung der Vertrauensbasis verunmöglicht wird und daher die Voraussetzungen für eine Kooperation erschwert werden.

Das Verhandlungsdilemma ist auch bei ordentlicher Konfliktlösung anwendbar. Hier ein Beispiel einer solchen Situation:

Ein Hersteller von elektronischen Geräten kündigt einen Alleinvertriebsvertrag. Er begründet seine Kündigung damit, dass der Abnehmer ungenügende Stückzahlen verkauft habe. Tatsächlich leidet aber der Hersteller derzeit an Produktionsschwierigkeiten. Da der Alleinvertriebsvertrag den Hersteller zu einer minimalen Lieferzahl verpflichtet, die dieser derzeit, falls vom Abnehmer bestellt, nicht einhalten könnte, kündigt er den Vertrag. Der Abnehmer auf der Gegenseite macht Schadenersatz wegen Vertragsverletzung geltend, weil der Hersteller zu Beginn dieses Jahres mehrere Lieferungen erst mit Verzug vornahm und begründet die geringe Bestellmenge damit, dass sich die zur Erreichung der Verkaufszahlen geforderten Werbemassnahmen wegen der Unzuverlässigkeit des Lieferanten nicht rechtfertigen liessen. Tatsache ist jedoch, dass die geplante Marketingkampagne wegen finanzieller Schwierigkeiten nicht durchgeführt werden konnte.[25]

Beide nehmen in diesem Beispiel eine rechtlich wohl haltbare Position ein. Doch beide werden sich hüten, ihre Schwäche der Gegenseite zu offenbaren, weil sie befürchten, dadurch eine schlechtere Ausgangslage in einem allfälligen Prozess oder bei Vergleichsverhandlungen hinnehmen zu müssen. Die Parteien werden entsprechend verstärkt auf ihrer rechtlichen Position beharren, um damit eine Preisgabe ihrer tatsächlichen Situation verbergen zu können. Die gegenseitige Kommunikation bleibt aus.

	A informiert (kooperiert)	A schweigt (kooperiert nicht)
B informiert (kooperiert)	Beide werden eine win-win Lösung finden	A gewinnt B verliert
B schweigt (kooperiert nicht)	B gewinnt A verliert	Parteien prozessieren

Im Unterschied zum Beispiel des "Prisoner's Dilemma" wäre hier die Möglichkeit einer Kommunikation theoretisch möglich. Das Problem liegt diesmal darin, dass infolge fehlenden Vertrauens unter den Parteien eine die Kooperation ermöglichende Kommunikation verunmöglicht wird. Wenn also das Misstrauen die offene Kommunikation verunmöglicht, so kann grundsätzlich keine Vertrauensbasis zur Kooperation erstellt werden.

3.2. Was kann der Mediator unternehmen?

Ziel des Mediators ist, den Parteien zu helfen, eine konstruktive (kooperative) Problemlösung zu finden. Aufgabe des Mediators ist es, Wege zu finden, die fehlende Kommunikation zwischen den Parteien zu ermöglichen oder diese zu substituieren. Hier sollen zwei verschiedene Konzepte zur Problemlösung vorgestellt werden. Die eine Methode dient einer *direkten* Vertrauensbildung unter den Parteien (nachfolgend Ziff. 3.2.1). Die andere (*indirekte*) Methode schafft Rahmenbedingungen, womit die durch das Misstrauen hervorgerufenen Informationsschranken umgangen werden können (nachfolgend Ziff. 3.2.2).

3.2.1. Vertrauensbildende Massnahmen

Es werden hier vier verschiedene Ebenen der Vertrauensförderung behandelt.[26]

a. Vertrauen in den ernsthaften Willen, die Probleme zu bereden

Der Mediator fragt die Parteien, warum sie Mediation gewählt haben oder warum sie bereit sind, den Weg der Mediation zu beschreiten. Wesentlich ist, dass die Parteien ihren Willen zur Problemlösung zum Ausdruck bringen. Wo ein hohes Mass an Misstrauen besteht, führt die Erklärung, eine Lösung finden zu wollen, zu erhöhtem Vertrauen in die Verhandlung auf der anderen Seite.

b. Vertrauen in den ernsthaften Willen zum Zuhören

Regelmässig fehlt es am Willen oder der Fähigkeit, der anderen Partei zuzuhören.[27] Manche Mediatoren fordern zu Beginn der Verhandlung die Parteien auf, ihrem Willen, der anderen Partei zuhören zu wollen, Ausdruck zu verleihen.[28]

LANDAU/LANDAU[29] beschreiben auch einen Fall, bei dem der Mediator einer Partei hilft, ihren Willen, der anderen Seite zuzuhören, genügend mitzuteilen. So bestand bei einem Konflikt zwischen einem Abteilungsleiter und seinen Mitarbeitern eine erhebliche Skepsis der Mitarbeiter darüber, ob der Abteilungsleiter überhaupt gewillt war, ihnen zu-

25 Dieses Beispiel stammt von RICHARD HILL, The Theoretical Basis of Mediation and Other Forms of ADR: Why They Work, Arbitration International, 1998, 177.

26 Vgl. dazu insbesondere DARYL LANDAU/SY LANDAU, Confidence-Building Measures in Mediation, Mediation Quarterly, 1997, 97 ff.

27 Die fehlende Fähigkeit zuzuhören gilt als einer der wesentlichsten Gründe, weshalb Verhandlungen über Konflikte häufig scheitern. Ein möglicher Grund für die Unfähigkeit zuzuhören sei die Unfähigkeit, Gefühle auszudrücken: "When people are having a hard time listening, often it is not because they don't know how to listen well. It is, paradoxically, because they don't know how to express themselves well. Unexpressed feelings can block the ability to listen.", D. STONE/B. PATTON/S. HEEN (FN 16), 89. Wenn hier von Gefühlen gesprochen wird, muss zwischen "emotional sein" und "Gefühle ausdrücken" klar unterschieden werden.

28 K. K. KOVACH (FN 3), 84; D. LANDAU/S. LANDAU (FN 26), 100.

29 D. LANDAU/S. LANDAU (FN 26), 100.

zuhören; und dies, obwohl der Abteilungsleiter bereit war, die Anliegen der Mitarbeiter anzuhören. Der Mediator veranlasste die Mitarbeiter, ihre Anliegen gegenüber dem Abteilungsleiter zu äussern. Dem Abteilungsleiter empfahl er, die Äusserungen der Mitarbeiter nicht zu unterbrechen und ihnen einzeln für ihre Mitteilung zu danken. Das Verhalten des Abteilungsleiters hatte zur Folge, dass die Mitarbeiter ihre Klagen immer höflicher und teilweise sogar entschuldigend vortrugen. Letztlich einigten sich die Parteien darauf, ein neues Verhältnis gegenseitigen Respekts und Vertrauens aufbauen zu wollen.

c. Vertrauen in den ernsthaften Willen, die Bedürfnisse der anderen Partei anzuerkennen

Wenn der Mediator ein wesentliches Misstrauen zwischen den Parteien spürt, kann er wie folgt vorgehen: Er fragt beide Parteien, inwiefern die andere Partei den Mediationsprozess untergraben könnte. Damit ortet er Felder fehlenden Vertrauens. Entsprechend folgt die Frage, was die andere Seite versprechen soll, damit diesbezüglich genügendes Vertrauen geschaffen werden kann.

In einer Scheidungsmediation weigerte sich der Ehemann, seine Einkommensverhältnisse vollständig offenzulegen. Er wurde gefragt, was seine Frau tun könne, damit er in guten Treuen offen verhandeln könne. Er meinte, sie müsse ihr Einverständnis dazu geben, dass seine Zahlungen an sein Kind aus einer früheren Beziehung, bezüglich dessen er aber gesetzlich nicht als Vater galt, rechnerisch einbezogen würden. Auf dieselbe Frage gegenüber der Ehefrau meinte diese, er müsse die finanziellen Verhältnisse vollständig offenlegen und sich darüber hinaus für eine kürzlich gemachte Bemerkung entschuldigen. Die Parteien akzeptierten je des anderen Erwartungen, was in einer schriftlichen "Zwischen-Vereinbarung" festgehalten wurde.[30] Die Parteien schienen von da an genügend Vertrauen in die jeweilige andere Partei zu haben, um die Mediation weiterzuführen.[31]

d. Vertrauen in den Willen, sich zu versöhnen

Die grundlegendste Form, den Versöhnungswillen kundzutun, ist die Entschuldigung. Mit einer Entschuldigung werden denn wohl auch die meisten Konflikte im Alltag bewältigt. Dennoch kann die Entschuldigung auch Schwierigkeiten mit sich bringen. Wird nämlich die Entschuldigung mit der Anerkennung von Schuld in Verbindung gebracht[32], verursacht sie wieder eigene Probleme. Wichtig ist auch, dass eine Entschuldigung ernst gemeint ist und vom Empfänger nicht als Verniedlichung des Konfliktgehaltes verstanden wird.[33]

Eine effektvolle Entschuldigung soll nicht das Eingeständnis der eigenen Schuld, sondern Anerkennung und Mitgefühl für erlittenes Leid oder erduldeten Verlust ausdrücken. Sie soll auch zum Ausdruck bringen, dass künftige Schädigungen verhindert werden sollen.[34]

Die Entschuldigung vermag tatsächlich ein hohes Mass an Vertrauen zu schaffen. Wenn das notwendige Vertrauen zwischen den Parteien etabliert ist, kann der Schritt zur Kooperation zwischen den Parteien vollzogen werden.

3.2.2. Einzelsitzungen

Dem Mediator steht aber auch das Mittel der Einzelsitzung zur Verfügung. Dabei versucht er, das fehlende Vertrauen zwischen den Parteien durch ein Vertrauen, das die Parteien ihm gegenüber haben, zu substituieren. Er wird bemüht sein, in den Einzelgesprächen Informationen von den Parteien zu erhalten, die diese in Gegenwart der Gegenpartei nicht geben würden. Aus diesem Grund muss gewährleistet sein, dass Informationen vom Mediator vertraulich behandelt werden.[35] Das Konzept beruht darauf, dass der Mediator durch die Kenntnis der vertraulichen Tatsachen mögliche Kooperationslösungen erkennen und die Parteien mit Ideen oder Vorschlägen in diese Richtung lenken kann, ohne dabei die vertraulichen Informationen der je anderen Partei preiszugeben. Wenn beim oben erwähnten Beispiel des Alleinvertriebsvertrages die Parteien dem Mediator gegenüber die vertraulichen Informationen offenbaren, versetzt ihn dies in die Lage, Möglichkeiten neuer Kooperationsformen vorsichtig auszuloten. So könnte er z.B. fragen:

- Könnten Sie sich eine Fortsetzung der Zusammenarbeit mit der anderen Partei auf einer neuen vertraglichen Grundlage vorstellen?

Bei der Gegenseite könnte sich die Frage so anhören:

- Wären sie bereit, einen neuen Alleinvertriebsvertrag auszuhandeln, bei dem die Regeln neu diskutiert würden?

Sollte sich aus diesen je einzeln geführten Gesprächen ein Kooperationspotential ergeben, so wäre ein wesentlicher Schritt hin zur Lösung des Problems vollzogen. Die Ausarbeitung der Vertragskonditionen kann ohne Preisgabe der vertraulichen Informationen erfolgen.

---

30 Beispiel von D. LANDAU/S. LANDAU (FN 26), 101.

31 Die Tatsache, die sich daraus ergibt, dass das Interesse der Ehefrau (Offenlegung der finanziellen Situation) rechtlich sanktioniert wird, während dasjenige des Ehemannes (Anrechnung von Unterhaltspflichten gegenüber gesetzlich nicht anerkannten Kindern) rechtlich nicht anerkannt wird, ruft Fragezeichen beim Juristen hervor. An diesem Beispiel wird deutlich, wie das Mediationsverfahren die Konfliktlösung der rechtlichen Kontrolle entziehen kann und somit die Schutzfunktion des Rechts nicht mehr im gleichen Umfang greift. Gleichzeitig zeigt sich aber auch, wie rechtliche Regelungen im Einzelfall und nach Billigkeitsaspekten unterschiedlich beurteilt werden können. Für eine vernünftige Konfliktlösung zwischen den Parteien ist die Beachtung der rechtlichen Normen keine zwingende Voraussetzung.

32 Dies ergibt sich allein schon aus dem Begriff: "Ent-Schuldigung". Die damit verbundene Konnotation, dass dem Schuldigen die Last der Schuld abgenommen werden soll, kann kaum vermieden werden.

33 D. LANDAU/S. LANDAU (FN 26), 101.

34 D. LANDAU/S. LANDAU (FN 26), 101.

35 J. FOLBERG/A. TAYLOR (FN 3), 276; K. K. KOVACH (FN 3), 127; ERIC GALTON, Representing Clients in Mediation, 1994, 33.

Wo die Parteien oder ihre Anwälte sehr misstrauisch und ängstlich in Bezug auf den Missbrauch von offengelegten Informationen sind, erreichen Einzelgespräche häufig die notwendige Öffnung für bessere und kreative Problemlösungen.

4. Selbstbeschränkung[36]

4.1. Das Problem

Das Problem der Selbstbeschränkung wird sehr häufig, und zwar bewusst oder auch unbewusst, angewendet. Die Selbstbeschränkung soll hier an einem Beispiel verdeutlicht werden: Im Rahmen eines Arbeitskampfes lässt der Vertreter der Gewerkschaft vor den Verhandlungen mit dem Arbeitgeber in der Öffentlichkeit verlauten, dass eine Lohnerhöhung unter 5% nicht akzeptiert werden könne.

Damit schränkt er seinen eigenen Handlungsspielraum ein, denn er würde sein Gesicht verlieren, wenn er aus den Verhandlungen zurückkommen würde und einer Lösung unter 5% zugestimmt hätte.

Die Selbstbeschränkung kann verschiedene Gründe haben. Oft wird damit bezweckt, bereits vor der Verhandlung eine Minimalforderung ("bottom line") festzusetzen. Damit soll die Härte, mit welcher man die gesetzten Ziele zu erreichen sucht, signalisiert werden und es soll (im obigen Beispiel) die Entschlossenheit, den Arbeitskampf weiter zu treiben, das heisst die Forderungen gegen den Willen der anderen Partei durchzusetzen, unterstrichen werden. Zum anderen wird das Prinzip aber auch häufig bei schwachen Verhandlungsführern verwendet, wenn diese befürchten, ihre Interessen nicht genügend durchsetzen zu können. Mit der Selbstbeschränkung werfen sie sich selber einen "Rettungsring".

4.2. Was kann der Mediator unternehmen?

Präventiv kann der Mediator mit den Parteien Regeln im Umgang mit den Medien oder mit Dritten für die Dauer der Verhandlungen erarbeiten.[37]

Anders ist es, wenn sich eine Partei bereits selbst beschränkt hat. In diesen Situationen muss der Verhandlungsgegenstand so erweitert werden, dass die Verhandlungsbreite andere Lösungsansätze erlaubt. Dies kann z.B. dort erreicht werden, wo andere oder die gleichen Interessen auf andere Weise befriedigt werden können. In unserem Beispiel vom Arbeitskampf könnte z.B. anstatt einer Lohnerhöhung von 5% eine Lohnerhöhung von 3% zuzüglich einer zusätzlichen Ferienwoche durchaus denselben Erfolg bringen. Eine solche Lösung kann sogar geldmässig bewertet werden, was eine einfache Umgehung der Selbstbeschränkung erlaubt. Problematischer hingegen ist es in Fällen, bei denen sich Interessen geldmässig nicht leicht quantifizieren lassen. So ist es schwierig zu sagen, welchen Wert Verbesserungen hinsichtlich der Arbeitsbedingungen oder gewisser Mitspracherechte haben. Immerhin lassen sich bei Konflikten, die mehrere Themen und Probleme zum Gegenstand haben, entsprechend auch mehr Lösungsvarianten erarbeiten.

5. Reaktive Abwertung

5.1. Das Problem

Einer Offerte der Gegenseite wird häufig mit Argwohn begegnet: Bei einem klassischen Vergleichsgespräch, bei dem der Anwalt der Klägerin rät, einem allfälligen Angebot von CHF 150000.– zuzustimmen, wird der Klient argwöhnisch, wenn die Gegenseite CHF 150000.– schon sehr früh offeriert. Denn, so vermutet man plötzlich, wenn die andere Seite so viel bietet, dann lässt sich mit Sicherheit noch mehr herausholen.

Untersuchungen in den USA haben gezeigt, dass ein und dieselbe Kompromissofferte in derselben Situation als geringer eingestuft wird, wenn sie von der Gegenseite gemacht wird, als wenn sie von einer neutralen oder verbündeten Stelle stammt.[38] Wo die Denkstruktur der "Nullsummen-Verhandlung"[39] vorherrscht, vermutet man, dass jeder Vorschlag der Gegenpartei für einen selbst nachteilig ist, weil die Gegenseite keinen für sich nachteiligen Vorschlag offerieren würde. Und weil bei einem Nullsummenspiel der eine nur soviel gewinnen kann, wie der andere verliert, muss der Vorschlag als ungenügend verstanden werden.

5.2. Was kann der Mediator unternehmen?

Lösungsansätze und -varianten können so vorgebracht und diskutiert werden, dass ihre Urheberschaft unentdeckt bleibt. Damit können Problemlösungsansätze der reaktiven Abwertung entzogen werden. Selbst konkrete Verhandlungsangebote können als vom Mediator stammend eröffnet werden. Ein solches Vorgehen ist aber nicht immer möglich und

---

36 In der Literatur zur Verhandlungsführung werden zahlreiche Verhandlungsstrategien aufgezählt, die an dieser Stelle nicht im einzelnen erwähnt werden. Für interessierte Leser seien hier einige Literaturhinweise genannt, die sich auch mit Verhandlungstechniken auseinandersetzen: CHARLES B. CRAVER, Effective Legal Negotiation and Settlement, 3. A., 1997; THOMAS F. GUERNSEY, A Practical Guide to Negotiation, 1996; LERRY L. TEPLY, Legal Negotiation in a Nutshell, 1992.

37 Unter Umständen kann es vorteilhaft sein, wenn in der Mediationsvereinbarung oder zu Beginn des Prozesses spezielle Verhandlungsregeln oder "vorsorgliche Massnahmen" vereinbart werden. Z.B. kann geregelt werden, dass keine Verhandlungen zwischen den Parteien vor der Mediation stattfinden sollen, bei denen die Kommunikation wegen Einschüchterungen, Selbstbeschränkungen, Provokationen etc. zu stoppen droht.

38 Vgl. LEE ROSS, Reactive Devaluation in Negotiation and Conflict Resolution, in: Barriers to Conflict Resolution 1995, 27 ff.

39 Im Nullsummenspiel gilt: Was der eine gewinnt, verliert der andere, und umgekehrt. Je mehr B bezahlt, desto besser für A und um so schlechter für B (=Nullsumme); vgl. auch ST. BREIDENBACH (FN 3), 51; zum Paradigma des Nullsummenspiels und dessen Überwindung, vgl. insbesondere CARRIE MENKEL-MEADOW, Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving, 31 UCLA Law Review, 1984, 754 ff.

häufig auch nicht wünschenswert; jedenfalls ist damit vorsichtig umzugehen.[40]

Der Mediator kann aber immer Einfluss darauf nehmen, wie ein Vorschlag formuliert wird. Speziell kann er darauf achten, dass Offerten mit den spezifischen Interessen des Vorschlagsempfängers in Verbindung gebracht werden.[41] Im übrigen kann der Mediator auch den Parteien helfen, die reaktive Abwertung selbst zu erkennen, um diese durch Bewusstmachung abzubauen.[42]

6. Instinktive Abwehrmechanismen

6.1. Das Problem

Es ist bekannt, dass sich eine Schlange von einem sich nähernden Menschen grundsätzlich bedroht fühlt. Wenn der Mensch Glück hat, ergreift die Schlange die sofortige Flucht. Im anderen Fall nimmt sie zu ihrer eigenen Verteidigung den Kampf auf, d.h. sie wird den Menschen angreifen. Der zweite Fall ist schon deshalb bedauerlich, weil wir keine Gelegenheit dazu hatten, der Schlange klar zu machen, dass wir (a) keinerlei Intention hatten, sie anzugreifen und (b) selbst Angst vor einem Kampf haben. Es wird also gekämpft, nur weil eine Seite sich angegriffen fühlte.

Genau die gleichen Mechanismen spielen sich auch unter Menschen ab. Wenn sich der Mensch bedroht fühlt, reagiert er instinktiv wie eine Schlange: Er kämpft oder flüchtet ("fight or flight"-Mechanismus).[43] Dabei handelt es sich um einen vom Kleinhirn gesteuerten Instinkt. Die Aktivierung dieses Instinkts hat die unangenehme Folge, dass dadurch die Fähigkeit, vernünftig zu handeln, deaktiviert wird. Unter solchen Umständen werden konstruktive Problemlösungen verunmöglicht. Vereinbarungen, die unter solchen Umständen abgeschlossen werden, sind grundsätzlich schlechte Vereinbarungen und sollten vermieden werden: Derjenige, der flüchtet, geht die Einigung ein, um vor dem Problem davonzulaufen, d.h. er wird seine eigenen Interessen nicht genügend wahren. Derjenige, der kämpft, bezweckt nicht die Lösung des Problems, sondern vielmehr, den "Gegner" zu vernichten oder zu zerstören, ungeachtet dessen, ob dabei auch eigene Verluste hingenommen werden müssen.

Häufig sind die Parteien in einem labilen Zustand, bei dem kleine Fehltöne (Vorwürfe, subtile oder plumpe Schuldzuweisungen, "Seitenhiebe" etc.) bereits dazu führen, dass das Kleinhirn das Steuer übernimmt. Solche Vorkommnisse führen oftmals zum Abbruch von "Vergleichsverhandlungen".

6.2. Was kann der Mediator unternehmen?

Solange eine oder beide Parteien von ihren instinktiven Abwehrreflexen gesteuert werden, ist es ausgeschlossen, eine vernünftige Einigung zu finden. Es ist nun Aufgabe des Mediators, den Parteien zu helfen, sich zu beruhigen und sich wieder auf ihre eigenen, wirklichen Interessen besinnen zu können. Dies erreicht er z.B., indem er in Einzelsitzungen mit den Parteien über ihre wahren Interessen spricht und sie ermutigt, jene als Massstab für die Problemlösung zu verwenden. Kann dies dauerhaft nicht oder nur schlecht erreicht werden, ist selbst der Abbruch der Mediation zu erwägen.

Präventiv besteht die Möglichkeit, dass der Mediator die Wirkung von persönlichen Vorwürfen schwächt. Bemerkungen, die nicht konstruktiv sind und nur dazu dienen, die andere Partei zu verletzen, rufen bei der Gegenseite instinktive Abwehrreaktionen hervor. Der Mediator kann in solchen Situationen in den Kommunikationsablauf eingreifen und so evtl. verhindern, dass die andere Partei zum "Gegenschlag" ausholt, damit der Konflikt nicht eskaliert. Der in den Kommunikationsverlauf eingreifende Mediator muss jedoch darauf achten, dass er dabei den Angreifer nicht brüskiert, weil sich hinter dem Angriff auch immer eine Unsicherheit verbirgt (wie sich bei der angreifenden Schlange eine Angst offenbart). Wird die Unsicherheit des Angreifers erkennbar, könnte dieser sein Gesicht verlieren und die Gefahr steigt, dass er zusätzlich in ein instinktives Abwehrverhalten abgleitet. Ausserdem verliert der Angreifer sein Vertrauen in den Mediator.

7. Risiko- und Verlustaversion

7.1. Das Problem

Menschliche Wertungen, Informationsverarbeitungen sowie der Umgang mit Risiken weichen oftmals von dem ab, was in der Theorie als vernünftig gelten würde[44]. Dies kann anhand folgender Beispiele gezeigt werden:

Stellen Sie sich vor, Sie würden bei einer Auslosung unverhofft vor die folgende Wahl gestellt:

Entweder können Sie sofort CHF 2000.– als Preis entgegen nehmen, oder Sie können einen von vier Briefumschlägen ziehen. Sie wissen, in einem dieser Briefumschläge befindet sich das Preisgeld von CHF 10000.–, während die anderen drei Briefumschläge leer sind.

Untersuchungen haben gezeigt, dass die überwiegende Zahl der Befragten die CHF 2000.– dem offerierten Ziehen eines Briefumschlages vorziehen würde.[45] Ökonomisch gesehen entspricht der "Wert" des Rechts auf Ziehen eines Briefumschlages indessen dem Betrag von CHF 2500.–, als 25%iger Chance auf CHF 10000.–, und ist daher mehr

---

40 Sollte nämlich die über die Urheberschaft getäuschte Partei die Täuschung erfahren, verliert der Mediator an Glaubwürdigkeit und damit häufig die Herrschaft über die Prozessführung. Wenn eine oder beide Parteien dem Mediator nicht mehr das notwendige Vertrauen entgegenbringen, kann er seine Rolle nicht mehr genügend wahrnehmen.

41 L. Ross (FN 38), 41.

42 Vgl. L. Ross (FN 38), 41.

43 Vgl. statt vieler: Robert M. Berne/Matthew N. Levy/Bruce M. Koeppen/Bruce A. Stanton, Physiology, 4. A., 1998, 233.

44 Robert H. Mnookin, Why Negotiations Fail: An Exploration of Barriers to the Resolution of Conflict, The Ohio State Journal on Dispute Resolution, 1993, 243.

45 R. H. Mnookin (FN 44), 244.

wert als die Alternative. Dieses Phänomen nennt man *Risikoaversion*.

Oder:

Stellen Sie sich vor, in Ihrer Gemeinde wurde für ein Bauprojekt eine einmalige Steuererhöhung beschlossen, die nur für eine Steuerperiode von einem Jahr angewendet werden soll; danach soll wieder alles beim alten bleiben. Die Basis für diese einmalige Erhöhung bildet das letztjährige Einkommen der Steuerpflichtigen. Basierend auf Ihrem letztjährigen Einkommen werden Sie gestützt auf diesen Beschluss CHF 2000.– mehr Steuern bezahlen müssen. Nun hat man Ihnen aber das Recht eingeräumt, anstelle der Zahlung der CHF 2000.– einen von vier Briefumschlägen zu ziehen. Drei dieser Umschläge enthalten eine Steuerbefreiung hinsichtlich dieser zusätzlichen Steuer. Der vierte Umschlag enthält aber eine vorgegebene erhöhte Steuerforderung, die, wie Sie wissen, für Sie eine zusätzliche Steuerbelastung von CHF 10000.– bedeuten würde. Ziehen Sie nun ein Briefumschlag oder bezahlen Sie die CHF 2000.–?

Untersuchungen haben hier gezeigt, dass die Mehrheit einen Briefumschlag ziehen würde,[46] obwohl dieser eine 25%ige Chance einer Zahlung von CHF 10000.– bedeutet, also eigentlich CHF 2500.– kostet. Dieses Verhalten nennt man *Verlustaversion*.[47] Die Ausgangslage wird als Verlust empfunden, wobei man die Chance hat, keinen Verlust hinnehmen zu müssen. Dieses Risiko ist man offenbar eher bereit einzugehen.

7.2. Auswirkung auf Einigungsgespräche

Wenn über Konfliktlösungen gesprochen wird, treten regelmässig Momente auf, bei denen die fraglichen Parteien sich über ihre Präferenzen hinsichtlich verschiedener (also mindestens zweier) Optionen entscheiden müssen. So meint z.B. der Kläger: "Ich habe eine 70%ige Chance, CHF 150000.– gerichtlich zugesprochen zu erhalten (=CHF 105000.–)[48], oder ich kann die Offerte der Gegenpartei über CHF 60000.– akzeptieren." Nach der Theorie der Risikoaversion ist es nicht ausgeschlossen, dass der Kläger hierzu einwilligt. Wie aber sieht es aus, wenn der Kläger den Verlust der CHF 150000.– als Verlust versteht, z.B. wenn er Auslagen in diesem Umfang hatte? Dann versteht er seine Wahl wohl eher wie folgt: "Ich kann heute den Verlust von CHF 90000.– akzeptieren oder ich kann prozessieren mit einer 70%igen Chance, keinen Verlust hinnehmen zu müssen." Nach der Theorie der Verlustaversion wird er mit grösster Wahrscheinlichkeit den Vergleich ablehnen.

Wo die Partei den Sachverhalt als Verlust versteht, hat sie die Auslagen von CHF 150000.– noch nicht verdauen können; die Partei ist emotional stärker mit den Auslagen als negativem Geschäftsvorfall verbunden als diejenige, die geistig die Auslagen als vergangenen und daher unwiederbringlichen Geschäftsvorfall emotional bewältigt hat. Letztere versteht die Durchsetzung der Ansprüche gegenüber dem Beklagten als neuen, selbständigen Geschäftsvorgang.

Die Perspektive, aus welcher eine Partei die Wertung für eine solche Entscheidung trifft, ist eine Frage des Referenzpunktes, der von verschiedenen Faktoren abhängig sein kann. Die sich daraus ergebende Beurteilung entzieht sich im einen wie im anderen Fall häufig einer rationalen Begründung (vgl. oben Ziff. 7.1.).

7.3. Was kann der Mediator unternehmen?

Der Mediator hat Möglichkeiten, auf den Referenzpunkt Einfluss zu nehmen, indem er die Partei dazu anhalten kann, Situationen aus verschiedenen Warten zu betrachten.

Hat der Mediator erkannt, welchen Blickwinkel (Referenzpunkt) eine Partei bei der Beurteilung ihrer Optionen einnimmt, kann er ihr helfen, die Ausgangslage auch aus einer anderen Optik zu betrachten, um damit die Einigungsbereitschaft zu erhöhen.

8. Schlussfolgerung

Ein wesentliches Ziel dieses Aufsatzes war, aufzuzeigen, dass die Aufgabe eines Mediators nicht von einem Parteivertreter übernommen werden kann. Solche Einigungshindernisse oder Einigungsbarrieren können inhärent mit der Parteirolle verknüpft sein. So kann z.B. der Anwalt als Parteivertreter noch so geschickt argumentieren und verhandeln, er wird von der Gegenpartei immer als Vertreter der Gegenseite verstanden und bleibt daher der Gefahr, dass die Gegenseite auf seine Äusserungen mit einer reaktiven Abwertung reagiert (vgl. Ziff. 5), immer ausgeliefert. Die Beispiele zeigen, dass die Aufgaben eines unabhängigen Dritten nicht durch den Anwalt ersetzt werden können, denn seine Aufgabe besteht in der Interessenvertretung für den Fall eines nachfolgenden Prozesses sowie in der Prüfung der eigenen Position bei der Eingehung einer neuen Vereinbarung.

---

46 R. H. MNOOKIN (FN 44), 244.

47 Vgl. dazu DANIEL KAHNEMAN/AMOS TVERSKY, Conflict Resolution: A Cognitive Perspective, in: Barriers to Conflict Resolution, 1995, 54 ff.

48 Bei dieser Berechnung wird oftmals vergessen, dass gleichzeitig eine 30%ige Chance des Unterliegens besteht, und dass diesfalls ohne weiteres Anwalts- und Gerichtskosten von beispielsweise CHF 40000.– oder mehr anfallen können. Damit müsste der Wert der Klage um CHF 13000.– auf CHF 92000.– reduziert werden.

La plus-value apportée par un médiateur réside dans sa capacité à ouvrir la porte à un accord dans le cadre d'une négociation, ce qui sans son intervention ne serait pas possible. Le présent article expose les entraves à un accord et les moyens dont dispose le médiateur afin de les surmonter. Parallèlement, il montre que les devoirs du médiateur ne peuvent pas être assurés par le représentant d'une des parties, mais seulement par un intermédiaire indépendant.

(Alexander Berger)