

Schriften zur Rechtstheorie

Band 275

Mediation als rationaler Diskurs

Überpositive Legitimation der Mediation
und Vergleich zum Gerichtsprozess am
Maßstab der Alexyschen Diskurstheorie

Von
Jonas Hennig



Duncker & Humblot · Berlin

JONAS HENNIG

Mediation als rationaler Diskurs

Schriften zur Rechtstheorie

Band 275

Mediation als rationaler Diskurs

Überpositive Legitimation der Mediation
und Vergleich zum Gerichtsprozess am
Maßstab der Alexyschen Diskurstheorie

Von

Jonas Hennig



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Universität Kiel
hat diese Arbeit im Jahre 2013 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten
© 2014 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Konrad Triltsch GmbH, Ochsenfurt
Druck: Buch Bücher de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0582-0472
ISBN 978-3-428-14273-6 (Print)
ISBN 978-3-428-54273-4 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84273-5 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die schriftliche Ausarbeitung der vorliegenden Untersuchung habe ich im Wesentlichen von Mai 2010 bis Dezember 2011 in Kiel, Hamburg und Berkeley vorgenommen. Das Promotionsvorhaben wurde mit einem Stipendium durch die Begabtenförderung der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit gefördert. Die Mittel dazu stellte das Bundesministerium für Forschung und Bildung. Die Arbeit wurde im Oktober 2013 von der Juristischen Fakultät Kiel als Dissertation angenommen und mit summa cum laude bewertet. 2014 wurde sie mit dem Preis für herausragende Kieler Promotionen durch den Kieler Doctores Iuris e.V. ausgezeichnet.

Zahlreiche Menschen haben mich auf diesem Weg in unterschiedlichster Weise unterstützt, wofür ich Dank sagen möchte:

Größter Dank gilt meinem verehrten Doktorvater Professor Dr. Rudolf Meyer-Pritzl, den ich schon im Rahmen meines Studiums kennenlernen durfte und der meinem, nicht ganz gewöhnlichen und interdisziplinären Promotionsvorhaben von Beginn mit großer Begeisterung und Offenheit gegenüberstand. Ihre Kompetenz, aber auch Ihre offene menschliche Art waren mir eine große Hilfe bei der Anfertigung dieser Arbeit.

In mehrfacher Hinsicht möchte ich auch Professor Dr. Dr. h.c. mult. Robert Alexy Dank sagen. Ihre Diskurstheorie bildet die Grundlage dieser Arbeit. Ihre Vorlesungen in der Rechtsphilosophie und der Methodenlehre haben meine eigene Methodik und Denkart in der Jurisprudenz jahrelang und nachhaltig geprägt. Ich danke Ihnen ebenfalls sehr für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Großer Dank gilt meinem ältesten Freund Hannes Reinhardt, der meine Dissertation maßgeblich durch sein Lektorat bezüglich orthographischer Fragen unterstützt hat. Besonderer Dank gilt auch meinem ehemaligen Lehrstuhlkollegen und Studienfreund Robert Mill, der mir mit größtem Engagement und brillanter sowie kritischer Art beim Endlektorat große Dienste erwiesen hat.

Ebenso danke ich Diplom Psychologen und Mediator Heiner Krabbe sowie Rechtsanwältin und Mediatorin Cornelia Sabine Thomsen für die hervorragenden Mediationsseminare und damit verbundenen Einblicke in die Mediation. Ohne die so gewonnenen praktischen Erkenntnisse hätte ich diese Arbeit nicht schreiben können.

Auch und gerade, da wir in einigen diskurstheoretischen Fragen ganz unterschiedliche Ansätze vertreten, gilt ein großer Dank Dr. Carsten Bäcker, der mit seiner Dissertation „Begründen und Entscheiden“ über die alexysche Diskurstheorie eine

wichtige Grundlage auch für diese Arbeit legte. Auch für das hilfreiche Gespräch mit Dr. Bäcker bedanke ich mich.

Ein riesiger Dank geht an meine Freunde und Mitstreiter Catharina Herzog, Dr. Fiete Kalscheuer, Dr. Rembert Graf von Kerksenbrock und Dr. Henrik Hanssen. Catharina, ich danke Dir für die sehr gute wissenschaftliche Zusammenarbeit und unsere Freundschaft, die ich nicht mehr missen will. Lieber Fiete, vielen Dank für die zahlreichen und fruchtbaren Diskussionen, die meine Arbeit stets vorangebracht haben. Rembert, was wären die vielen Tage im Hamburger Rechtshaus ohne Dich gewesen? Diese Zeit werde ich immer in bester Erinnerung behalten. Henrik, ich danke Dir, dass wir fast die gesamte juristische Ausbildung als Freunde und Kollegen gemeinsam bewältigt haben.

Für den steten und intensiven juristischen Austausch, aber auch eine neue, ganz besondere Freundschaft, danke ich Jan-Christian Thum. Den notwendigen schöpferischen Abstand konnte ich auf meinen Roadtrips durch Europa mit meinem sehr guten Schulfreund Philipp Sievert gewinnen. *Gratias tibi ago*. Ein besonderer Dank für persönliche Unterstützung und schöne Kneipenabende geht schließlich an meine Freunde Lino Peters, Torben Roszak, Florian Knaack und Pascale Ackermann.

Ein herzlicher Dank für die sehr gute und kollegiale Zusammenarbeit gilt auch meinen Kollegen beim juristischen Repetitorium Alpmann und Schmidt. Besonders hervorzuheben sind Frau Sabine Klimke und Herr Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht Hamburg Olaf Klimke. Ohne Euch wäre Vieles nicht möglich gewesen! Großer Dank gilt auch den Rechtsanwälten Frank Müller und Thomas Müller. Vor allem aber möchte ich all meinen Kursteilnehmern in den von mir geleiteten Jahreskursen im Strafrecht danken. Ohne die inspirierende Abwechslung durch die Lehre wäre die Zeit der Dissertation nicht annähernd so bereichernd gewesen. Dank gilt auch Professor Dr. Stefan Smid und seinem gesamten Lehrstuhl, an dem ich viele Erfahrungen sammeln konnte und stets gerne während meines Studiums arbeitete.

Herausragender Dank in mehrfacher Hinsicht gilt der Friedrich-Naumann-Stiftung. Die Theodor-Heuss-Akademie ist mir zu einem vertrauten Ort geworden, den ich immer mit meiner Promotionszeit und besonderen Begegnungen verbinden werde und an den ich noch oft zurückkehren möchte. Besonderer Dank gilt meinem Freund Ulf Soppa, mit dem ich mit viel Freude die Promovierendeninitiative der Stiftung leiten durfte. Hoch lebe die Wachholderstube!

In diesem Zusammenhang möchte ich auch meinem Vertrauensdozenten der Stiftung Professor Dr. Frank Saliger von der Bucerius Law School Hamburg für die freundliche Unterstützung meinen Dank aussprechen.

Schließlich danke ich der Stiftung für die Ermöglichung meines Forschungsaufenthaltes in Berkeley. Die großartige Zeit dort war nicht nur wissenschaftlich erkenntnisreich, sondern auch persönlich eine unschätzbar wertvolle Bereicherung. Dank gilt auch meinen Gasteltern in Berkeley Vicky und Michael Larrick, die mich mit größter Gastfreundschaft empfangen.

Großer Dank für Anerkennung, Zuspruch und persönliche Unterstützung gilt schließlich meiner gesamten Familie und Verwandtschaft, wobei Martin Siedentopf besonderer Dank gebührt. Der größte Dank gilt meinen Eltern Monika und Frank Hennig. Goethe sagte, Eltern sollen ihren Kindern Wurzeln und Flügel geben. Diese Aufgabe habt Ihr meines Erachtens auf großartige Weise gemeistert. Nicht nur die materielle Unterstützung während meines Studiums, sondern vor allem der herausragende persönliche Beistand in allen Lebensphasen, waren unersetzlich. Meinem Vater danke ich darüber hinaus für die schon früh vermittelte Fähigkeit, Dinge kritisch zu hinterfragen und unkonventionelle Wege zu gehen. Ohne Euch hätte ich diese Arbeit niemals schreiben können.

Schließlich danke ich meiner Freundin Mona Hasenritter. Ohne diese Arbeit hätte ich Dich vermutlich nicht kennen gelernt, was ich mir heute nicht mehr vorstellen will. Danke für alles!

März 2014 in Kiel/Hamburg

Jonas Hennig

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	19
I. Einführung: Gegenstand, Relevanz und Ziel der Arbeit	19
1. Herkunft der Mediation	19
2. Universalität der Mediation: Weltweite Bedeutung und Anwendungsgebiete der Mediation	20
3. Überblick zum Stand der Mediation in Deutschland	22
4. Ziele und Relevanz der Arbeit	24
II. Gang der Ausarbeitung	28
A. Das Verfahren der Mediation	30
I. Begriff und Prinzipien der Mediation	30
1. Problem der Definierbarkeit	30
a) Ursprung des Begriffs Mediation im Kontext von Alternative Dispute Resolution	31
b) Einzelne Definitionsansätze	34
aa) Definitionsansätze in der Literatur	35
bb) Mediation nach dem Mediationsgesetz	37
cc) Fazit zu den bestehenden Definitionsansätzen	39
c) Gründe für das Fehlen einer umfassenden und präzisen Definition	39
2. Normentheoretische Analyse der Mediationsgrundsätze zur Definitionsbildung	41
a) Die einzelnen Mediationsgrundsätze	43
aa) Eigenverantwortlichkeit der Parteien	43
(1) Freiwilligkeit als Unterfall der Eigenverantwortlichkeit	43
(2) Eigenverantwortlichkeit bei der Konfliktregelung	45
bb) Neutralität des Mediators	47
cc) Informiertheit	49
dd) Vertraulichkeit	50
ee) Die praktische Bedeutung der Mediationsgrundsätze zur Lösung von Grundfragen der Mediation am Beispiel des Caucus	53
ff) Zusammenfassung	55
b) Begriff des Prinzips: Prinzipientheorie als theoretischer Rahmen	56

c) Übertragung der Prinzipientheorie auf die Mediation	58
aa) Mediationsgrundsätze als Normen im Verfahrenssystem Mediation	59
(1) Begriff der Norm	59
(a) Trennung von Begriff und Geltung	59
(b) Der semantische Normbegriff	60
(2) Mediationsgrundsätze als Normen im Sinne eines semantischen Normbegriffes	61
bb) Mediationsgrundsätze als Prinzipien im Verfahrenssystem Mediation	63
cc) Ergebnis	67
3. Der Konflikt als Gegenstand der Mediation	68
4. Ergebnis: Zusammenführung der Untersuchung zu einer Mediationsdefinition	71
II. Geltung der Mediationsprinzipien	73
1. Interne Geltung: Faktischer Ansatz	74
2. Externe Geltung: Juristischer Ansatz	75
III. Rolle des Mediators	76
IV. Struktur der Mediation	77
1. Phase: Einführung und Vertragsschluss	78
a) Initiierung, Einführung und Wertschätzung	78
b) Mediationsregeln, Gesprächsregeln und Rahmenbedingungen	80
c) Der Mediator als Vorprüfungsinstanz	81
d) Klärung der Kostenfrage	81
e) Mediationsvereinbarung	81
2. Phase: Themen- und Informationssammlung	82
3. Phase: Von den Positionen zu den Interessen	85
4. Phase: Optionen	88
a) Entwickeln von Optionen	88
b) Bewertung und Auswahl von Optionen	89
aa) Chancen und Grenzen des mediativen Verhandeln	90
bb) Argumentation in der Mediation	93
cc) Konsens	95
5. Phase: Abschlussvereinbarung	96
V. Methoden der Mediation	97
B. Begründungsansätze der Mediation	101
I. Pragmatische Dimension	101
1. Entlastung der Justiz	103

2. Ökonomische Betrachtung aus Parteisicht	105
a) Verfahrenskosten	105
b) Monetäre Gesamtbetrachtung	107
c) Weite ökonomische Gesamtbetrachtung	109
3. Beschleunigungseffekt	111
4. Nachhaltige Befriedung	113
a) Friedensstiftende Nachhaltigkeitsmerkmale der Mediation	114
aa) Methode der umfassenden Sachverhaltsbetrachtung unter Berücksichtigung der Interessen	114
bb) Überwindung rein strategischer und kontraproduktiver Vorgehensweisen	116
cc) Erweiterter Kreis der Beteiligten	116
dd) Flexibilität: Keine formellen Rahmenbedingungen	117
ee) Möglichkeit der umfassenden Regelung	117
ff) Vertraulichkeit	118
gg) Berücksichtigung von Emotionen	118
hh) Eigenverantwortlichkeit der Parteien und damit einhergehende Akzeptanz des interessenbasierten Ergebnisses	119
b) Empirische Erhebungen zu nachhaltigem Frieden durch Mediation	120
5. Schutz zwischenmenschlicher und wirtschaftlicher Beziehungen	121
6. Fazit zur pragmatischen Begründungsdimension der Mediation	121
II. Gesetzliche Dimension	122
C. Die Theorie des allgemeinen praktischen Diskurses	124
I. Einführung und Abgrenzung zu anderen Diskurstheorien	124
II. Begründung der Diskursregeln nach Alexy	126
1. Alexys transzendentalpragmatisches Argument	127
2. Alexys empirisches Argument	129
3. Kritische Betrachtung der einzelnen Begründungsschritte	130
a) Kritische Betrachtung des transzendentalpragmatischen Arguments	130
aa) Zu (TP 1) Notwendigkeit des Behauptens	130
bb) Zu (TP 2) Regeln als notwendige Voraussetzungen der Möglichkeit von Behauptungen	131
(1) Zu (TP 2.1) Anspruch auf Richtigkeit	132
(a) Performativer Widerspruch und Kernbedeutung des Begriffs der Behauptung	133
(b) Zum Begriff des Anspruchs	136
(2) Zu (TP 2.2) und (TP 2.3) Anspruch auf Begründbarkeit und Begründungspflicht	137

(3) Zu (TP 2.4) Ansprüche auf Gleichberechtigung, Zwanglosigkeit und Universalität	138
cc) Ergebnis der Betrachtung des transzendentalpragmatischen Arguments	141
b) Kritische Betrachtung des empirischen Arguments	141
aa) Betrachtung der empirischen Prämissen (E1) und (E 2)	141
(1) Dauerhaftigkeitseinwand	142
(2) Erkennbarkeitseinwand	143
(3) Unerheblichkeitseinwand	144
bb) Betrachtung der empirischen Prämisse (E 3) und (E 4)	146
(1) Alleinherrschiereinwand	146
(2) Beherrschendeneinwand	147
(3) Kurzfristigkeitseinwand	148
(4) Glaubenseinwand	149
cc) Grundsätzliche Einwände gegen das empirische Argument	150
(1) Einwand der Interessenrelativität	151
(2) Moraleinwand	153
(3) Willküreinwand	158
4. Ergebnis der Begründungsschritte nach kritischer Würdigung	159
III. Verhältnis von realem und idealem Diskurs	159
1. Das Zwei-Ebenen-Modell Alexys	159
a) Idealer praktischer Diskurs	159
b) Realer praktischer Diskurs und Verhältnis zum idealen praktischen Diskurs	160
2. Das „Drei-Ebenen-Modell“ Bäckers	161
a) Diskursideal	162
b) Diskursprinzipien	162
c) Tatsächlicher Diskurs	164
d) Das „Drei-Ebenen-Modell“ als „Ein-Ebenen-Modell“	164
3. Kritische Würdigung beider Modelle	166
a) Konsensproblem	167
b) Richtigkeitsproblem	168
aa) Objektivitätsproblem	168
bb) Widerspruchsproblem	169
c) Kriteriums- und Konstruktionsproblem	171
d) Abschließende Betrachtung	173
4. Modifikationsthese: Das Zwei Ebenen-Modell unter Einführung einer Vermittlungsstufe	177
a) Die feststehenden Diskursprinzipien	178
aa) Prinzip der Zeit	178
bb) Prinzip der Teilnehmerschaft	179
cc) Prinzip der Zwanglosigkeit	179

dd) Prinzip der sprachlich-begrifflichen Klarheit 179
 ee) Prinzip der empirischen Informiertheit 179
 ff) Prinzip der Bereitschaft zum Rollentausch 180
 gg) Prinzip der Vorurteilsfreiheit 180
 b) Vergleich mit dem reinen Zwei-Ebenen-Modell Alexys 181
 c) Vergleich mit dem Bäckerschen Modell 181

D. Der Juristische Diskurs als Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses .. 185

I. Juristische Fragen als praktische Fragen 187
 II. Der Anspruch auf Richtigkeit im juristischen Diskurs 188
 1. Unbestimmtheitsinwand 190
 2. Einwand der geltenden Rechtsordnung 191
 3. Einwände gegen den rechtlichen Anspruch auf allgemeine praktische Richtigkeit 193
 a) Verteidigung des rechtlichen Anspruchs auf allgemeine praktische Richtigkeit 194
 aa) Alexys Modell des diskursiven Rechtssystems 194
 bb) Alexys zwei Aspekte des mit gerichtlichen Entscheidungen erhobenen Anspruchs auf Richtigkeit 198
 b) Ergebnis zum rechtlichen Anspruch auf allgemeine praktische Richtigkeit .. 200
 4. Zwischenergebnis zur zweiten These 202
 III. Spezifisch juristische Einschränkungen (Sonderfallthese im engeren Sinne) 202
 1. Der Begriff des juristischen Diskurses 203
 2. Bindung an Gesetz, Präjudiz und Dogmatik 204
 a) Bindung an das Gesetz 204
 b) Bindung an Präjudizien 205
 c) Bindung an die Dogmatik 206
 d) Zusammenfassung 209
 3. Einwände gegen den Diskurscharakter des juristischen Diskurses 209
 a) Die freie rechtswissenschaftliche Erörterung als Diskurs 210
 b) Der Gerichtprozess als Diskurs 211
 aa) Einschränkungen durch die Prozesssituation im engeren Sinne 211
 (1) Begrenzung der Zeit 212
 (2) Begrenzung der Teilnehmerschaft 213
 (3) Begrenzung der Zwanglosigkeit durch asymmetrische Rollenverteilung insbesondere im Strafprozess 215
 (4) Begrenzungen durch die Prozessordnungen 217
 (5) Ergebnis zu den Einschränkungen der Prozesssituation im engeren Sinne 217
 bb) Einschränkungen durch Sachverhaltsreduktion 218

cc) Einschränkungen durch die Motivation der Parteien	219
(1) Trivialitätseinwand	221
(2) Unkenntlichkeitseinwand	221
(3) Das Überwiegen des strategischen Elements	222
4. Ergebnis: Bestätigung der Sonderfallthese im engeren Sinne	224
IV. Ergebnis: Bestätigung der Sonderfallthese	224
E. Diskurstheoretische Analyse der Mediation	225
I. Erste Diskursthese der Mediation: Richtigkeitsthese	226
1. Mediationskonflikte als praktische Fragen	226
a) Die erste bis dritte Phase der Mediation als Vorbereitung der Lösung praktischer Fragen	227
b) Die vierte Phase als Argumentationsphase zur Lösung praktischer Fragen	228
c) Denkbare Einwände	230
d) Bestätigung der ersten Unterthese	231
2. Der Anspruch auf Richtigkeit in der Mediation	231
a) Begründung des Richtigkeitsanspruchs in der Mediation	232
b) Denkbare Einwände	235
aa) Unbestimmtheitsinwand	236
bb) Die mangelnde Entscheidungsdefinität von Mediationsdiskursen	237
c) Der Richtigkeitsbegriff in der Mediation	238
d) Bestätigung der Richtigkeitsthese	241
3. Der Mediationsdiskurs als nicht einschränkungsbedingter Sonderfall des allgemeinen praktischen Diskurses	241
a) Der Begriff des nicht einschränkungsbedingten Sonderfalls	241
b) Keine Bindung an Gesetz oder sonstige Statute für das Mediationsergebnis	242
c) Keine spezifischen Einschränkungen der Verfahrenssituation in der Mediation	243
aa) Die Teilnehmerschaft in der Mediation	243
bb) Der Faktor Zeit in der Mediation	244
cc) Zwanglosigkeit in der Mediation	245
dd) Die Phasen und Prinzipien der Mediation als nichteinschränkendes Spezifikum	245
d) Motivation der Parteien	246
aa) Die Motivation der Parteien im Vorfeld	247
bb) Die Motivation der Parteien in der Mediation	247
e) Bestätigung der Sonderfallthese der Mediation im engeren Sinne	251
4. Bestätigung der ersten Diskursthese der Mediation (Richtigkeitsthese)	251

II. Zweite Diskursthese der Mediation: Idealthese	252
1. Ideal-approximative Wirkung der Mediationsprinzipien	252
a) Die Mediationsprinzipien der Freiwilligkeit und der Eigenverantwortlichkeit	252
b) Das Mediationsprinzip der Informiertheit	253
c) Fazit zur ideal-approximativen Wirkung der Mediationsprinzipien	254
2. Ideal-approximative Wirkung der Mediationsmethoden	254
a) Ideal-approximative Wirkung der Methode der Selbstbehauptung	254
b) Ideal-approximative Wirkung der Methode der Wechselseitigkeit	255
3. Ideal-approximative Wirkung sonstiger Wesensmerkmale der Mediation	256
a) Förderung des subjektiv echten Interesses an Richtigkeit	256
b) Berücksichtigung einer wesentlichen Diskursregel	257
4. Die diskurstheoretische Rolle des Mediators als Hüter des Diskurses	258
5. Zusammenfassung anhand der Diskursprinzipien und Bestätigung der Ideal- these	259
III. Einordnung der Mediation in ein diskursives Rechtsmodell	260
IV. Fazit zum Vergleich von Mediationsdiskurs und Gerichtsprozess	261
F. Diskurstheoretische Legitimation der Mediation und Bestätigung der Diskurs- theorie	263
I. Universelle, überpositive, diskurstheoretische Legitimation der Mediation	263
II. Bestätigung der Diskurstheorie durch Übertragung auf die Mediation	264
Literaturverzeichnis	266
Sachwortverzeichnis	280

Einleitung

I. Einführung: Gegenstand, Relevanz und Ziel der Arbeit

1. Herkunft der Mediation

Die Geschichte der Mediation¹ im Sinne einer eigenverantwortlichen Konfliktbeilegung mit Hilfe eines neutralen und nicht entscheidungsbefugten Dritten in einer bestimmten Struktur², ist noch jung. Wenn auch der Grundgedanke der Vermittlung durch einen Dritten bei Konflikten sich schon seit der Antike in verschiedenen Kulturen und Epochen wiederfindet,³ so kann doch in diesem Zusammenhang noch nicht von Mediation im heutigen Sinne gesprochen werden.⁴ Der Ausgangspunkt der Mediation findet sich vielmehr erst in den frühen siebziger Jahren des 20. Jahrhunderts in den USA.⁵ Damals vermittelten die Mediatoren Gerald W. Cormick und Jane McCarthy bei einem umfangreichen Bauvorhaben eines Staudamms am Snoqualmie River im US-Bundesstaat Washington, wobei es ihnen im Rahmen eines Modellprojektes gelang, mit zahlreichen Konfliktparteien eine akzeptierte Lösung für diesen schon lange andauernden Konflikt zu erarbeiten.⁶ Mit diesem Ereignis deutete sich erstens an, wie erfolgversprechend die Methode der Mediation zur Konfliktbeilegung sein kann, zweitens wurde das Verfahren in der Öffentlichkeit

¹ Umfassend zur Geschichte der Mediation im heutigen Sinne *Hehn*, Entwicklung und Stand der Mediation – ein historischer Überblick, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (187 ff.), Rn. 33 ff.

² Zum Begriff der Mediation siehe umfassend Kapitel A. I.

³ Diese Ursprünge untersuchen *Duss-von Werdt*, Homo Mediator, S. 19 ff.; *ders.*, Die letzten 2500 Jahre der Mediation, in: Mediation – die neue Streitkultur, S. 115 ff.; *Hehn*, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (177 ff.), Rn. 3 ff.; vgl. ferner *Haft*, in: Handbuch Mediation, § 2, S. 69 (72 f.) Rn. 10 f. mit einer Aufzählung von bedeutenden Vermittlern von der Antike bis zur Weimarer Republik.

⁴ Anders aber *Duss-von Werdt*, Die letzten 2500 Jahre der Mediation, in: Mediation – die neue Streitkultur, S. 115 (117); *Hehn*, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (176), Rn. 1 f.

⁵ Dazu *Hehn*, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (187), Rn. 33; generell und umfassend zur Mediation in den USA *Gottwald*, Mediation in den USA, in: Mediation in der Anwaltspraxis, § 7 Rn. 1 ff.; *Kulms*, Alternative Streitbeilegung durch Mediation in den USA, in: Mediation, S. 403 ff.

⁶ *Hehn*, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (187), Rn. 36 f., der auch darauf hinweist, dass die Umsetzung der Vereinbarung in dieser Mediation aus anderen Gründen scheiterte. Zu diesem Mediationsprojekt ausführlich *Cormick*, The „Theory“ and Practice of Environmental Mediation, S. 24 ff.

bekannter und drittens kam es zu einem Schub für die Mediationspraxis.⁷ Gleichfalls in den siebziger Jahren wurde im Rahmen der zunehmenden Entwicklung der *Alternative Dispute Resolution* (ADR)⁸ eine bis heute wegweisende wissenschaftliche Grundlage für die Mediation geschaffen: das Harvard-Konzept, was unter anderem die Trennung von Positionen und Interessen und die Entscheidung auf der Basis objektiver Kriterien statuiert.⁹ Der Ausgangspunkt der Mediation ist also einerseits durch eine praktische Mediation, andererseits durch eine wissenschaftliche Grundlage, die bis heute Wirkung entfaltet, gekennzeichnet.

2. Universalität der Mediation: Weltweite Bedeutung und Anwendungsgebiete der Mediation

Entsprechend dieser Ausgangslage hat diese Arbeit zum Ziel, auf der einen Seite einen wissenschaftlich-theoretischen Beitrag zu leisten, auf der anderen Seite der Praxis der Mediation so eine neue Legitimationsgrundlage zu geben. Die hier angestrebte *Begründung der Mediation* soll universell und überpositiv, also über die Grenzen der Nationalstaatlichkeit hinweg, auf das Verfahren der Mediation anwendbar sein.

Zwei Gründe machen diese Universalität erforderlich. Erstens kann nur dies der Mediation als heute globales Verfahren gerecht werden. Längst ist Mediation nicht nur in den USA fest etabliert und aus der dortigen Praxis der Streitkultur nicht mehr wegzudenken.¹⁰ Vielmehr hat die Mediation innerhalb weniger Jahrzehnte als Konfliktlösungsverfahren globale Bedeutung erlangt. Sie wird heute nahezu weltweit praktiziert und befindet sich in einer wachsenden Entwicklung.¹¹ Zweitens ist das Anwendungsgebiet der Mediation gleichfalls universell. So findet Mediation mittlerweile in nahezu allen Gebieten des menschlichen Zusammenlebens statt; eben in allen Bereichen, in denen Interessenkonflikte auftreten und ein Bedürfnis nach einerseits schneller und kostengünstiger Streitbeilegung und andererseits nachhaltiger Befriedung besteht. Als klassische Bereiche der Mediation sind Familienme-

⁷ Hehn, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (187), Rn. 36 f.; vgl. auch Weidner, Internationale Erfahrungen mit Umweltmediation, in: Studienbrief Umweltmediation, S. 135 (136 f.).

⁸ Zur Entwicklung und Einordnung der Mediation in den Kontext von ADR siehe umfassend Kapitel A. I. 1. a).

⁹ Zum Harvard-Konzept vgl. statt Vieler Fisher/Ury/Patton, Das Harvard-Konzept. Heute werden auch andere wissenschaftliche Grundlagen der Mediation in den Fokus gerückt. Vgl. dazu Kessen/Zilleßen, Leitbilder der Mediation, in: Studienbrief Umweltmediation, S. 43 ff.

¹⁰ Gottwald, Mediation in den USA, in: Mediation in der Anwaltspraxis, § 7 Rn. 1; Hehn, in: Handbuch Mediation, § 8, S. 175 (190), Rn. 49.

¹¹ Eine weitreichende Sammlung internationaler Studien zur Mediation bietet der Sammelband von Hopt/Steffek, Mediation – Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, 2008.

diation¹², Erbmediation¹³, interne Wirtschaftsmediation innerhalb eines Unternehmens, externe Wirtschaftsmediation zwischen Unternehmen¹⁴, Mediation bei verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten¹⁵, Umweltmediation¹⁶, Mediation bei arbeits-¹⁷ oder sozialrechtlichen¹⁸ Konflikten sowie schließlich der Täter-Opfer-Ausgleich als Mediation im Strafrecht¹⁹ zu nennen. Über diese klassischen Bereiche hinaus lässt sich die Liste fast unbegrenzt fortsetzen. So gibt es etwa die Schulmediation²⁰, Mediation im gewerblichen Rechtsschutz²¹, Mediation bei Miet- und Nachbarschaftskonflikten²², im Insolvenzrecht²³, im Versicherungsrecht²⁴ und im Gesund-

¹² Ausführlich zur Familienmediation *Diez/Krabbe/Thomsen*, Familien-Mediation und Kinder; *Mähler/Mähler*, Familienmediation, in: Handbuch Mediation, § 19, S. 457 ff.; *Fischer*, Mediation im Familienrecht, in: Mediation in der Anwaltspraxis, § 13, S. 393 ff. Einer langen Tradition erfreut sich insbesondere die Scheidungsmediation. Wegweisend dazu *Friedman*, A guide to divorce mediation. Zur Problematik der Kinder bei Scheidungen wegweisend *Haynes*, Divorce Mediation – A practical Guide for therapist and counselors, S. 29 ff.

¹³ Ausführlich zur Erbmediation *Siegel*, Mediation in Erbstreitigkeiten, Berlin 2009.

¹⁴ Wegweisend zur Wirtschaftsmediation insgesamt *Risse*, Wirtschaftsmediation, München 2003. Siehe auch *Risse/Wagner*, Mediation im Wirtschaftsrecht, in: Handbuch Mediation, § 23, S. 553 ff.; zur Mediation bei Großunternehmen *Klowait/Hill*, SchiedsVZ 2007, S. 83 ff.; zur Mediation im Gesellschaftsrecht *Dendorfer/Krebs*, MittBayNot 2008, S. 85 ff.

¹⁵ Ausführlich zur Umweltmediation *Runkel*, Umweltkonflikte sachgerecht lösen: Umweltmediation in Deutschland und den USA; *Zilleßen*, Umweltmediation, in: Handbuch Mediation, § 30, S. 729 ff.

¹⁶ Ausführlich zur Verwaltungsmediation *Pitschas/Walther*, Mediation im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess; *Rapp*, Mediation im Verwaltungsrecht, Tübingen 2004; *Holzner/Ramsauer*, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Handbuch Mediation, § 28, S. 683 ff.; ferner *Seibert*, NVwZ 2008, S. 365 ff.; ein Praxisbericht zur Verwaltungsmediation findet sich bei *Ortloff*, NVwZ 2006, S. 148 ff.

¹⁷ Ausführlich zur Mediation im Arbeitsrecht: *Albrecht*, Mediation im Arbeitsrecht, Göttingen 2001; *Ponschab/Dendorfer*, Mediation in der Arbeitswelt, BB 2001, Nr. 2, S. 1 ff.; *Griebe*, Mediation in der Arbeitswelt, AE 2008, S. 253 ff.; *Ponschab/Mauder/von Thun*, Besser schlichten als richten: Mediation im Betrieb, NZA 2004, S. 12 ff.; *Prütting*, Mediation im Arbeitsrecht, in: Handbuch Mediation, § 21, S. 515 ff.; *Prütting*, Reichweite und Grenzen der Mediation im Arbeitsrecht, in: Deutscher Mediationstag 2009 Jena, S. 99 ff.

¹⁸ Ausführlich dazu *Kilger*, Mediation im Sozialrecht, in: Handbuch Mediation, § 29, S. 715 ff.; vgl. ferner *Weitz*, Gerichtsnaher Mediation in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit, Frankfurt a.M. 2008.

¹⁹ Der Täter-Opfer-Ausgleich als Mediation im Strafrecht nimmt eine Sonderrolle ein. Die Literatur dazu ist kaum noch zu überschauen. Ein Überblick dazu bietet *Kerner*, Mediation beim Täter-Opfer-Ausgleich, in: Handbuch Mediation, § 33, S. 815 ff.; Empirische Ergebnisse eines Modellprojekts liefert *Zanolini*, ZStrR 2007, S. 395 ff.; ein Überblick anhand internationaler Forschungsergebnisse findet sich bei *Rössner*, BewHI 2009, S. 259 ff.; neuartig ist die gerichtliche Mediation in Strafvollzugssachen. Dazu *Vogt/Schammler*, FS 2009, S. 330 ff.

²⁰ Instruktiv zur Schulmediation *Böhmke*, Konflikte lösen durch Schulmediation.

²¹ Ausführlich zur Mediation im gewerblichen Rechtsschutz *Volpert*, MittdschPatAnw 2008, S. 170 ff.; *Chrocziel/von Samson-Himmelstjerna*, in: Handbuch Mediation, § 27, S. 665 ff.

²² Dazu *Kraus*, GuT 2007, S. 279 ff.; *Prell/Marx*, DW 2005, Nr. 2, S. 42 ff.