

Prof. Dr. Mario Martini, München \*

## Mediation und Gemeinwohl - eine Verhältnisbestimmung

*Mediation – Gefangenendilemma – Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlokretisierung  
– Interessenselektivität – Letztverantwortung der Behörde –  
faktische Vorabbindung*

*Abstract:*

*Ob „Familienmediation“, „Wirtschaftsmmediation“ oder jüngst „Kreditmediation“<sup>1</sup> – Mediation ist in aller Munde. Längst beschränkt sie sich nicht auf die Beilegung von Eheauseinandersetzungen oder die Schlichtung von Streitigkeiten zwischen Unternehmen. Ihr Anspruch ist es, sich auch im öffentlichen Recht als Konfliktlösungsmechanismus zu etablieren. Im Umweltrecht, auch im Beamtenrecht, Schulrecht und Sozialrecht hat sie sich bereits einen festen Platz unter den Instrumenten der Streitbeilegung erobert. Ihr Siegeszug gibt vielen Juristen Rätsel auf – Rätsel, die zum Teil auf fachlichen Sichtblenden und einem Missverständnis des Wesens von Mediation beruhen: Die Mediation will keine „bessere Justitia“ sein, sondern ein aliud. Sie fahndet nicht primär nach Rechtspositionen, sondern nach den Interessen der Parteien. Sie macht sich dabei die Erkenntnis zunutze, dass auch Personen, die völlig unterschiedliche Positionen haben, gemeinsame Interessen haben können. Interessen lassen sich eher in Einklang bringen als starre Positionen. Dadurch lässt sich brachliegendes Kooperationspotenzial von Konflikten zum beiderseitigen Nutzen ausschöpfen. Mediation ermöglicht den Konfliktparteien, das hinter destruktiven Verhaltensmustern verborgene produktive und konstruktive Potenzial von Konflikten für sich zu erkennen und fruchtbar zu machen. In privatrechtlichen Rechtsverhältnissen lässt sich diese Idee zu idealer Entfaltung bringen: Das Privatrecht lebt von der Freiheit privatautonomer Gestaltung von Interessen. Das öffentliche Recht ist jedoch dem Gedanken der Gemeinwohlorientierung und der Befriedigung eines Allgemeininteresses verpflichtet, das mehr ist als nur die Summierung subjektiver Interessen. Das löst Reibungskonflikte zwischen der Gemeinwohlidee und der Mediation aus: Es treffen ein etatistisches Gemeinwohl- und ein*

---

\* Mario Martini ist Inhaber einer Professur für Staats- und Verwaltungsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Der Beitrag geht zurück auf einen Vortrag, den der Autor im Rahmen des deutsch-koreanischen Symposiums „Mediation als Instrument und Methode der Konfliktbewältigung im öffentlichen Sektor“ am 10.9.2009 in Speyer gehalten hat.

<sup>1</sup> Zur Bekämpfung der Kreditklemme hat die Bundesregierung einen Kreditmediator eingesetzt, der ab März 2010 zwischen Kreditunternehmen und fremdkapitalsuchenden Unternehmen im Bedarfsfall vermitteln soll.

*ökonomisches Wohlfahrtskonzept aufeinander. Gemeinwohl und Mediation sind aber zugleich keine unversöhnlichen Antagonisten. Die Mediation begreift sich als Instrument akzeptanzfördernder Gemeinwohlsuche. In ihrer die Wissensbasis und Transparenz der Entscheidungsfindung stärkenden, rationalisierenden Wirkung stellt sie sich als Erscheinungsform der Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung dar. Sie zielt auf eine umfassende Konfliktbewältigung namentlich dort, wo traditionelle Verwaltungsverfahren angesichts hoher Komplexität und großen Konfliktpotenzials an die Grenze der Überforderung geraten. Ihrer Regelungsstruktur sind dessen ungeachtet Gemeinwohlgefahren strukturell eigen, insbesondere unter vier Gesichtspunkten 1. Risiken der Interessenselektivität, 2. Externalisierung von Kosten und Risiken auf die Allgemeinheit, 3. verhandlungspsychologische Annäherungs- und Scheuklappeneffekte und 4. Störung der Verhandlungsparität. Das Gemeinwohl muss in der parlamentarischen Demokratie von denjenigen Instanzen geschöpft werden, denen die Gemeinwohlkonkretisierung anvertraut ist, d.h. der insoweit auf den Posten gestellten letztverantwortlichen Behörde. Die Letztverantwortung und die rechtlichen Schranken einer faktischen Vorabbindung von Mediationsergebnissen bilden die rechtsstaatlichen Sicherungsinstrumente gegen eine Unterwanderung demokratischer Gemeinwohlsicherung. Für eine aktive, gemeinwohlsichernde Rolle des Mediators ist in diesem System kein Raum. Da der Mediationsprozess aber ohne den Mediator als eine entscheidungsneutrale Instanz gerade nicht auskommt, eine gemeinwohlkonkretisierende Entscheidungsfindung auf der anderen Seite zugleich ohne hoheitliche Letztverantwortung der Behörde nicht sichergestellt werden kann, erscheint die Mediation als Alternative zu herkömmlichen Entscheidungsverfahren im öffentlich-rechtlichen Bereich nur mit Einschränkungen geeignet.*

## **Mediation und Gemeinwohl – eine Verhältnisbestimmung**

Jüngst wurden wir Zeugen eines stillen Triumphes: Der Hessische VGH verlangt für den Frankfurter Flughafen eine striktere Nachtflugregelung<sup>2</sup>. Für die Anwohner ist das ein fulminanter Erfolg. Das Urteil hat noch einen stillen Sieger: die Mediation als Konfliktschlichtungsmechanismus. Das Urteil deckt sich mit dem Ergebnis, auf das sich das Flughafenmediationsverfahren bereits vor Jahren geeinigt hatte. Der Befund mag ein Zufall sein. Jedenfalls ist er ein Denkanstoß – ein Anlass nachzudenken über mögliche Gemeinwohlwirkungen und befriedende Chancen der Mediation. Stecken in ihr bereits die Auspizien des Gemeinwohls? Oder aber gefährdet sie die Gemeinwohlfindung?

In der deutschen juristischen Literatur finden sich als Antworten auf diese Fragen

---

<sup>2</sup> HessVGH, Urt. v. 21.8.2009 – 11 C 227/08.T, 11 C 349/08 et al. – noch nicht veröffentlicht.

interessanterweise bislang eher zahlreiche Mosaiksteine denn ein geschlossenes Bild. Ein solches will der Beitrag zeichnen. Zunächst fahndet er nach dem Proprium der Mediation, ihrem Mehrwert (unten I.). Auf dieser Grundlage untersucht er, unter welchen Voraussetzungen dieser Mehrwert im öffentlichen Recht fruchtbar gemacht werden kann und welche Grenzen die Gemeinwohlvorstellung des öffentlichen Rechts dem zieht (unten II. und III). Dem Potenzial der Mediationsidee für die Lösung von öffentlich-rechtlichen Konflikten sind – so wird sich zeigen – in erheblichem Umfang Schranken gesetzt (unten IV.).

### **I. Idee und Mehrwert der Mediation – spieltheoretische und ökonomische Grundlagen der Mediation**

Man mag es mit Unbehagen beobachten oder mit blankem Staunen: Mediation hat Konjunktur. Unter dem Banner „Kooperation statt Konfrontation“, „Mediation statt Eskalation“ angetreten, erobert ihre Gedankenwelt mit großen Schritten unsere Kultur der Streitbeilegung<sup>3</sup>. Die Faszination, die von ihr ausgeht, lässt den Juristen etwas ratlos zurück. Für ihn stellt sich das Konfliktschlichtungsprogramm als binäres System dar: Entweder steht jemandem eine Rechtsposition zu; dann muss sie (notfalls gerichtlich) auch durchgesetzt werden können – oder jemandem kommt keine Rechtsposition zu, dann soll er auch nicht mehr bekommen, als ihm zusteht. Wo kann dann noch eine Existenzberechtigung für eine Konfliktschlichtung durch Mediation liegen? Den einen oder anderen beschleicht der Verdacht, es handele sich bei dem Siegeszug der Mediation schlicht um einen Marketingerfolg des amerikanischen Rechts, der unsere Rechtskultur mit markigen Losungen bedroht – einen Rückschritt hin zu materiell irrationaler Rechtsschöpfung, bei der nicht-juristische Berufsfelder Rechtsanwälten deren angestammtes Metier streitig machen wollen. Lassen wir uns lediglich als Bewunderer des Kaisers neuer Kleider von einer Modeerscheinung blenden<sup>4</sup>?

Eine differenzierte Antwort auf diese Frage erschließt sich erst bei einer interdisziplinären Öffnung des Blicks. Der Mediation geht es nicht um eine genaue Prognose eines Prozessausgangs, die rechtlich richtige Lösung, sondern um ein aliud. Sie will ein

<sup>3</sup> Einen rechtsvergleichenden Überblick über die internationale Verbreitung und Entwicklung der Mediationstechnik geben etwa *Hellriegel*, *Mediation im Umweltrecht*, 2002, S. 85 ff.; *Karpe*, *ZfU* 1999, 189 (194 ff.); *Kunig/Rublack*, *Jura* 1990, 1 (1 ff.) sowie die Länderberichte in: *Alexander*, *Global Trends in Mediation*, 2003, S. 33 ff.; mit einem zivilrechtlichen Blickwinkel: *Hess*, *Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?*, Gutachten F für den 67. Deutschen Juristentag, 2008, S. 70 ff.

<sup>4</sup> In diesem Sinne etwa die Befürchtung von *Spellbrink*, *Mediation im sozialgerichtlichen Verfahren – Baustein für ein irrationales Rechtssystem*, *DRiZ* 2006, 88 (90); zur Gefahr des Fortfalls der Leit(bild)- und Orientierungsfunktion der Rechtsprechung zur Auslegung und Fortbildung des Rechts vgl. *Hess* (Fn. 3), S. 102.

Konfliktschlichtungspotenzial befriedigen, das das juristische Programm seiner Natur nach nicht zu erfassen vermag. Das wird an einem Beispiel deutlich. Zwei Schwestern streiten sich um eine Orange. Der Zivilrichter wird danach entscheiden, in wessen Eigentum die Orange steht. Das Mediationsverfahren nimmt demgegenüber einen Perspektivenwechsel vor. Es fragt nicht vorrangig nach den *Rechtspositionen*, sondern nach den *Interessen* der Parteien<sup>5</sup>, also konkret: Welches Interesse haben die Schwestern jeweils an der Orange? Die eine Schwester – so stellt sich womöglich heraus – ist an dem Orangensaft interessiert, die andere an der Schale, um einen Kuchen zu backen. Die Mediation fördert damit eine Konfliktlösungsmöglichkeit zu Tage, die die Parteien durch interessengerichtetes Zusammenwirken Kooperationsgewinne erzielen lässt<sup>6</sup>. Aus einem *Nullsummenspiel*, bei dem das, was eine Partei gewinnt, eine andere verliert, wird ein *Positivsummenspiel*, bei dem beide Seiten sich gegenüber der Situation ohne Einigung verbessern<sup>7</sup>. Die Ökonomen sprechen von einer Win-win-Lösung. Das Problemlösungspotenzial wird auf diese Weise in einem bisher unerschlossenen Bereich ausgeschöpft. Es kommt zu einer Erweiterung der Verhandlungsmasse durch Einbeziehung geeigneten Tausch- und Problemlösungspotenzials und damit zu einer Erhöhung der Allokationseffizienz<sup>8</sup>. Der Mediation geht es mithin um die Ökonomie der Verständigung. Ihr Geheimnis liegt in der Entdeckung von Kooperationsgewinnen in der Streitbeilegung auf der Grundlage einer unterschiedlichen Gewichtung von Interessen – kurz: Unterschiedliche Wertschätzung ermöglicht – nach dem Grundgedanken „somebody’s trash and another one’s treasure“ – Wertschöpfung<sup>9</sup>. Der – von *Ronald Coase* mit seinem Tausch-Theorem entwickelte – Gedanke der Tausch-Effizienz<sup>10</sup> wird so für die Konfliktlösung fruchtbar gemacht<sup>11</sup>. Spieltheoretische und ökonomische

<sup>5</sup> Zwar findet sich neben der klassischen interested based-Mediation konstruktiv auch das Konzept einer auf die Bewertung der rechtlichen Positionen beschränkten Mediation (right based-Mediation). Ihre praktische Bedeutung ist jedoch sehr gering. Vgl. zu den unterschiedlichen Typen der Mediation *Breidenbach*, *Mediation*, 1995, S. 13 ff.; *Leiss*, *Zur Effizienz außergerichtlicher Verfahren im Wirtschaftsrecht*, 2004, S. 87 ff.

<sup>6</sup> Vgl. zu dem Orangenbeispiel auch etwa *Haft*, *Verhandeln – Die Alternative zum Rechtsstreit* 1992, S. 107; *Hoffmann-Riem*, *ZRP* 2001, 190 (194 f.); *Sebenius*, *Negotiating the Law of the Sea*, 1984, S. 186. Der Urheber dieses bereits in den 40er Jahren des 20. Jahrhunderts verwendeten Beispiels lässt sich heute nicht mehr ausmachen. Vgl. *Hauser*, *Eine ökonomische Theorie der Mediation*, 2002, S. 33 mit Fn. 39.

<sup>7</sup> Vgl. dazu im Einzelnen z.B. *Breidenbach* (Fn. 5), S. 69 ff.; *Gaßner/Holznapel/Lahl*, *Mediation*, 1992, S. 53 f.; *Karpe* (Fn. 3), 190 f.; *Klinger/Bierbrauer*, *Sozialpsychologie des Verhandeln*, in: *Haft/Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl. 2009, § 5 Rdnr. 61 ff.

<sup>8</sup> Vgl. etwa *Kopp/Ramsauer*, *VwVfG*, 10. Aufl., 2008, Einl. Rdnr. 97.

<sup>9</sup> *Breidenbach* (Fn. 5), S. 72; *Leiss* (Fn. 5), S. 11 ff. u. 125 ff.

<sup>10</sup> *Coase*, *Journal of Law and Economics* 3 (1960), 1 ff.; dazu etwa *Martini*, *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilunglenkung*, 2008, S. 161 u. 725 ff.

<sup>11</sup> Vgl. auch *Hauser* (Fn. 6), S. 28 f. mit Fn. 26; *Troja*, *Politische Legitimität und Mediation*, in: *Zillessen* (Hrsg.), *Mediation*, 1998, 77 (88).

Erkenntnisse verbinden sich zu einem neuen Mechanismus der kooperativen Konfliktschlichtung. Der Grundgedanke der Mediation lässt sich insoweit mit der einfachen Formel erfassen: Nicht der *Sieg*, sondern der *Gewinn* soll das Ziel der Konfliktbewältigung sein. Im Blickpunkt steht also zunächst nicht, wie der Kuchen verteilt wird, sondern ob und wie der Kuchen vergrößert werden kann<sup>12</sup>.

Aufgabe der Mediation ist es, dieses brachliegende konstruktive Potenzial des Konflikts im Interesse beider Seiten zu erschließen. Das setzt wiederum voraus, dass die Parteien sich ihrer Interessen bewusst werden und diese wahrheitsgemäß offenbaren. Dies ist eine der Hauptherausforderungen der Mediation<sup>13</sup>. Sie sucht nach Konfliktlösungsmöglichkeiten, die Kooperationsgewinne der Parteien sichtbar und einigungsfähig machen. Der Mediator wirkt dabei als ein neutraler Dritter ohne Entscheidungsgewalt oder Zwangsmittel mit. Er versucht den Parteien auf dem Weg zu einer autonomen Einigung zu helfen – darin unterscheidet er sich auch von dem Streitschlichter, der einen eigenen Vorschlag zur Entscheidung des Streites unterbreitet. Bei der Mediation geht es mithin *nicht* darum, die Entscheidung eines Dritten herbeizuführen, sondern darum, gemeinsam eine Vereinbarung zu erzielen, und zwar mit Hilfe eines Dritten, der die Konfliktpartner darin unterstützt. Es handelt sich um Hilfe zur Selbsthilfe. Die Parteien bleiben für die Entscheidung ihrer Streitigkeit zuständig. Mediation ist insoweit verkürzt ausgedrückt assistiertes Verhandeln auf der Basis von Freiwilligkeit<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Die Frage, wie der Kooperationsgewinn verteilt wird, kann wiederum alle Schwierigkeiten eines als Null-Summen-Spiel empfundenen Konflikts mit sich bringen. Vgl. *Breidenbach* (Fn. 5), S. 73.

<sup>13</sup> Da die schonungslose Offenlegung von Interessen häufig Kalküle sichtbar werden lässt, die unter der Oberfläche eines um Rechtspositionen geführten Konflikts mitunter verborgen bleiben, und damit der jeweils anderen Seite Angriffsfläche bietet, die auch strategisch ausgenutzt werden kann, tun sich die Parteien häufig schwer damit, der anderen Seite das notwendige Vertrauen entgegenzubringen, dass die gewonnenen Informationen nicht später einmal mit Schädigungsabsicht gegen sie verwendet werden. Vgl. dazu auch Fn. 16.

<sup>14</sup> Vgl. zu den unterschiedlichen Versuchen der Umschreibung des Mediationbegriffs etwa Art. 3 lit. a der EG-Mediationsrichtlinie, Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21.5.2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen, ABl. EG Nr. L 136, S. 3. Dort heißt es: „Mediation ist ein strukturiertes Verfahren, in dem zwei oder mehr Streitparteien mithilfe eines Mediators auf freiwilliger Basis selbst versuchen, eine Vereinbarung über die Beilegung ihrer Streitigkeiten zu erzielen. Dieses Verfahren kann von den Parteien eingeleitet oder von einem Gericht vorgeschlagen oder angeordnet werden oder nach dem Recht eines Mitgliedstaats vorgeschrieben sein.“ Vgl. auch Grünbuch über alternative Verfahren der Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht, KOM 2002 (196) endg., S. 6; *Hellriegel* (Fn. 3), S. 23 ff. *Hess* (Fn. 3), S. 15; *Fest*, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?, in: Verhandlungen zum 67. Deutschen Juristentag, 2008, O 54; *Härtel*, JZ 2005, 753 (754 ff.); *Sünderhauf*, Mediation bei der außergerichtlichen Lösung von Umweltkonflikten in Deutschland, 1997, S. 66 ff.; *von Barga*, DVBl 2004, 468 (470); zu den Prinzipien der Mediation siehe bspw. *Appel*, Privatverfahren, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, § 32 Rdnr. 110 ff.; *Hauser* (Fn. 6), S. 220 ff.; *Kracht*, Rolle und Aufgabe des Mediators – Prinzipien der Mediation, in: Haft/Schlieffen, Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 12 Rdnr. 9 ff. u. 99 ff.; *Perschel*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Festschrift für Ekkehart Stein, 2002, S. 245 (255 ff.); *Pitschas*, NVwZ 2004, 396 (397);

Nicht, dass das Konsensergebnis nicht auch im Wege gerichtlicher Vergleichsschlichtung denkbar wäre. Auch in Vergleichsverhandlungen lassen sich durch Hinwirken auf wechselseitiges Nachgeben und Kooperation ähnliche Ergebnisse erzielen<sup>15</sup>. Die Mediation nimmt für sich jedoch in Anspruch, dieses Ergebnis methodisch zuverlässiger, schneller und effizienter zu Tage zu fördern, indem sie gezielt nach gemeinsamen Interessen statt vorrangig nach Rechtspositionen fahndet und damit Kooperationspotenzial, das die Parteien nicht selbst fruchtbar zu machen in der Lage sind, konsequent erschließt. Warum diese Kooperationsgewinne sich nicht von selbst einstellen, sondern der Vermittlungshilfe eines Dritten bedürfen, kann die Spieltheorie erklären. Viele Konflikt- und Verhandlungssituationen weisen die strategischen Merkmale des Gefangenendilemmas<sup>16</sup> bzw. des Chicken-Race-Spiels<sup>17</sup> auf<sup>18</sup>: Die Beteiligten schädigen sich bei individuell rationalem und individuell nutzenmaximierendem Verhalten wechselseitig, obgleich sie

---

*Ulrich/Vogt*, DS 2009, 217 (221 f.); *Voß*, Mediation im Verwaltungsrecht, in: Münchener Anwaltshandbuch Verwaltungsrecht, 2. Auflage 2003, § 3 Rn. 8 ff.

<sup>15</sup> So kennt zum Beispiel § 86 Abs. 1 FGG die Vermittlung bei der Erbaueinandersetzung durch das Nachlassgericht auf Antrag eines Miterben. In § 52a FGG wird die Vermittlung bei Konflikten um das Umgangsrecht mit Kindern geregelt. Gemäß § 278 ZPO ist das Gericht gehalten, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Rechtsstreits oder einzelner Streitpunkte bedacht zu sein; auch dies stellt eine richterliche Vermittlungsaufgabe dar.

<sup>16</sup> Das Gefangenendilemma beschreibt die Dilemma-Situation zweier Gefangener, die gemeinsam eine Straftat begangen haben und in getrennten Verfahren vor der Wahl stehen, entweder zu gestehen oder zu leugnen. Das für beide optimale Ergebnis bestünde darin, dass beide leugnen. Das Leugnen ist für jeden Einzelnen aber mit dem Risiko behaftet, dass der jeweils andere ihn belastet, so dass er selbst die volle Strafe erhalte. Um des eigenen Schutzes willen besteht ein Anreiz, den anderen zu überführen, gleichgültig was der andere tut. Die rückhaltlose Offenbarung der eigenen Situation und Interessen birgt die Gefahr der Ausbeutung durch die andere Seite. Sie unterbleibt regelmäßig. Vgl. dazu insbesondere *Eidenmüller*, Ökonomische und spieltheoretische Grundlagen von Verhandlung/Mediation, in: Breidenbach/Henssler (Hrsg.), Mediation für Juristen, 1997, S. 31 ff.; *Beck*, Mediation und Vertraulichkeit, 2008, S. 57 ff.; *Benz*, Der Beitrag der Spieltheorie zur Analyse des kooperativen Verwaltungshandelns, in: Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995, S. 297 (304 ff.); *Hager*, Konflikt und Konsens, 2001, S. 64 f.; zum Gefangenendilemma allgemein *Behrens*, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, 1986, S. 89; *Holler/Illing*, Einführung in die Spieltheorie, 6. Aufl. 2006, S. 2 ff.; *Riechmann*, Spieltheorie, 2. Aufl. 2008, S. 42 ff.; speziell zu den Auswirkungen von Kommunikation in derartigen Situationen auf das Verhalten *Bohnet/Frey*, ZWS 115 (1995), 169 (173 ff.).

<sup>17</sup> Das Chicken-race-Spiel (Feigling-Spiel) beschreibt die Situation einer Mutprobe pubertierender Jugendlicher zur Lösung von Gruppen- bzw. Führungskonflikten, wie sie durch den 1955 produzierten Film »Denn sie wissen nicht, was sie tun« (»Rebel without a cause«) Berühmtheit erlangte: Zwei Autos fahren aufeinander bzw. auf einen steilen Abgrund zu. Derjenige Fahrer, der als erster aussteigt, gilt als Angsthase (»chicken«). Weichen beide aus, bleibt der Kampf unentschieden. Wenn keiner von beiden ausweicht, endet das Spiel für beide tödlich. Wenn beide Fahrzeugführer die individuell präferierte Lösung (nicht als Angsthase dazustehen), verfolgen, tritt damit das Ergebnis ein, das für beide gemeinsam (und die Gesellschaft) am schlechtesten ist. Für beide ließe sich die Situation durch Verhandlungen oder Absprachen verbessern. Das Chicken-race-Spiel vermag zahlreiche politische Entscheidungsphänomene und politische Eskalationsmechanismen zu beschreiben. Die Kuba-Krise 1962 etwa wies die klassische Entscheidungsstruktur des chicken-races auf – ebenso wie das klassische (Ehren-)Duell, wie es etwa zwischen *Crampas* und *Innstetten* in Fontanes Roman *Effi Briest* literarische Berühmtheit erlangte. Zum Chicken-race-Spiel aus spieltheoretischer Sicht etwa *Riechman* (Fn. 16), S. 44 f.

<sup>18</sup> In Anlehnung an den Begriff des Gefangenendilemmas spricht die Mediationsliteratur daher auch vom Verhandlungsdilemma; vgl. etwa *Hauser* (Fn. 6), S. 123 ff, 128 ff.; *Leiss* (Fn. 5), S. 13 ff.

durch Kooperation ihre Lage verbessern könnten. Die Mediation hat das Ziel, die Kooperationsbereitschaft der Akteure durch geschicktes Vermitteln zu befördern. Sie soll die Akteure aus der Sackgasse herausführen, in die sie die strategische Situation eines Interessenkonflikts bringen kann. Dort, wo individueller Nutzen und das Wohlergehen der Gesamtheit aufgrund einer (Gefangenen-)Dilemmastruktur systematisch nicht zueinander finden, baut sie zwischen beiden Brücken. Und dies zu einem Zeitpunkt, bevor sich die Positionen so verhärtet haben, dass zusätzlich Irrationalitätsfallen den Weg zu einer Einigung versperren: nämlich den Sieg als solchen zu einem Selbstzweck und das Nachgeben für die Beteiligten zum Eingeständnis einer Schwäche werden lassen. Die fehlende Identifikation von Kooperationsvorteilen zu Beginn des Verfahrens kann die Kontrahenten in eine Entscheidungssituation treiben, in der emotionale Aufladung oder die Höhe bereits getätigter Investitionen sie von rationalen Kooperationslösungen abhält. Jahrelange erbitterte Streitigkeiten „um das Prinzip“ sind häufig die Folge. Rosenkriegen in Familienstreitigkeiten, ruinösen Arbeitskämpfen, kostspieligen Gerichtsprozessen, auch dem Rüstungswettlauf, liegt ein solches strategisches Verhandlungs- und Eskalationsmuster zugrunde. Die Parteien haben zu viel investiert, um zu einer Kooperationslösung zu gelangen, sinnen nur noch auf die Vernichtung des Gegners und die Vermeidung von Gesichtsverlust, statt nach kooperativen Vorteilen zu suchen. *Ambrose Bierce* veranlasst dieser Befund (im Hinblick auf Prozessparteien) zu der ironisch-sarkastischen Begriffsbeschreibung: „Eine Prozesspartei ist jemand, der bereit ist, seine Haut zu opfern, in der Hoffnung, das Hemd behalten zu dürfen.“ Mit einer Dollar-Auktion lässt sich diese fatale Verstrickung<sup>19</sup> spieltheoretisch abbilden und in ihren strategischen Fehlsteuerungsanreizen erklären. Hier wird 1 \$ in der Weise versteigert, dass nicht nur der Höchstbieter, sondern auch der Zweitbietende sein Gebot zahlen muss. Für die Bieter sieht es nach leicht verdientem Geld aus. Schließlich weiß jedermann, wie viel ein Dollar wert ist. Gleichwohl erlöst der Auktionator durchschnittlich 7 \$. Der Grund: Die Auktionsgestaltung spielt die Teilnehmer gegeneinander aus und macht sie zu Kontrahenten, die den Auktionator und die Rationalität der Entscheidung aus dem Auge verlieren lassen. Ist der Bietprozess erst einmal in Gang gekommen, induziert die Furcht der Bieter als Zweitbieter und damit als Verlierer dazustehen, eine Eskalationsspirale, die bei einem irrational hohen Erlös endet<sup>20</sup>. Die

---

<sup>19</sup> Vgl. dazu *Haft*, Intuitive und rationale Verhandlung, in: *Haft/Schlieffen* (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 2. Aufl. 2009, § 4 Rdnr. 32; *Klinger/Bierbrauer* (Fn. 7), § 5 Rdnr. 87 ff.

<sup>20</sup> Bei rationalem Verhalten müssten die Auktionsgebote spätestens bei 100 Cent enden. In dieser Situation

Entscheidungspsychologie spielt der Rationalität einen Streich<sup>21</sup>. Die beiden Bieter sind die Verlierer des Spiels. Zu spät stellt sich für sie – wie bisweilen in erbitterten Konflikten – die Erkenntnis ein: Im Krieg verlieren alle, auch die Sieger. Diese Eskalationsspirale<sup>22</sup> von Konflikten zu durchbrechen, die Logik der Unvernunft zu überlisten, ist die Idee und Aufgabe der Mediation. Sie soll die konstruktive, einvernehmliche Konfliktregelung im Interesse des gemeinsamen Vorteils katalysieren. Diese Idee ist auch unter dem Namen „Harvard-Konzept der Verhandlung“ bekannt geworden<sup>23</sup>.

## II. Mediation zwischen Gemeinwohlkonkretisierung und Gemeinwohlgefährdung

Unbesehen lässt sich die Philosophie der Mediation dem öffentlichen Recht freilich nicht überstülpen. Die Mediation lebt von der privatautonomen Gestaltungsfreiheit, Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich zu gestalten und subjektive Interessen gegeneinander auszugleichen. In privatrechtlichen Streitigkeiten lassen sich ihre Synergien reibungslos und idealtypisch entfalten – insbesondere dann, wenn die Konflikte in langfristig fortbestehende Rechtsbeziehungen eingebettet sind. Die Durchsetzung hoheitlicher Rechte folgt demgegenüber grundsätzlich einem anderen Grundmuster. Sie lebt – gerade im Planungsrecht – von der Vorstellung, dass die Güter und Rechte des Einzelnen den Erfordernissen des Gemeinwohls im Einzelfall weichen müssen – nach dem Grundgedanken: „privatum incommodum publico bono pensatur“<sup>24</sup>. Ihrer Struktur nach ist sie typischerweise nicht auf Win-win-Situationen, sondern auf Win-lose-Situationen angelegt – gleichsam Einbahnstraßen der Aufbürdung von Kosten auf individuell Betroffene zu Gunsten des Gemeinwohls<sup>25</sup>. Der Idee mittlergestützter Verhandlungen liegt ein *ökonomisches*

---

weiß der Zweitbieter zugleich, dass er seine gebotenen 99 Cent bezahlen muss und als Verlierer nach Hause geht. Er wird lieber sein Gebot um 2 Cent erhöhen, um aktueller Höchstbieter zu werden, um seine Chance auf den Dollar zu wahren. Gleiches wird der bisherige Höchstbieter tun. Das fordert wiederum den Zweitbieter zu einem neuen Höchstgebot heraus. Das ursprüngliche Motiv der Gewinnmaximierung tritt in den Hintergrund und wird durch das Bemühen abgelöst, nicht als Verlierer dazustehen und sich im Wettkampf zu behaupten. Vgl. dazu auch *Klinger/Bierbrauer* (Fn. 7), Rdnr. 87 ff.

<sup>21</sup> Treffend *Susskind/Cruikshank*, *Breaking the Impasse*, 1989, S. 93 “But in the heat of an emotional dispute, common sense is often the first victim”.

<sup>22</sup> Vgl. zu dem Modell der Konflikteskalation nach *Friedrich Glasl* etwa die Darstellung bei *Weihing*, *Mediation und Familienmediation – Partner statt Gegner beim Lösen von (familiären) Konflikten*, 2007, S. 8 ff.

<sup>23</sup> *Fisher/ Ury*, *Getting to Yes: Negotiating an agreement without giving in*, 2. Aufl., 1999.

<sup>24</sup> Vgl. *Tacitus*, *Annalen* 14, 44, 4 a.E.; ähnlich etwa „iura publica ante ferenda privatis“ bzw. „lex citius tolerare vult privatum damnum quam publicum malum; salus publica suprema lex“, *Cicero*, *de legibus* 3 § 8 a.E.

<sup>25</sup> *Suhr*, *Die Bedeutung von Kompensationen und Entscheidungswirkungen*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen I*, 1990, S. 113 (128 f.) zugleich kritisch zu dessen Rechtfertigung. In seinen Augen handelt es sich vielfach um eine „Gemeinwohllusion“, der eine korrekturbedürftige, überkommene Opferideologie zugrunde liegt – eine „ziemlich willkürliche Privatisierung der Kosten von Privilegien durch Externalisierung auf zufällig betroffene Letztabnehmer“. Darin drückt sich zugleich die Skepsis einer wohlfahrtsökonomischen Sichtweise gegenüber hoheitlichen Maßnahmen aus. Als

*Wohlfahrtskonzept* zugrunde, das sich einem umfassenden Nachteils- und Vorteilsausgleich im Sinne des gegenseitigen Nutzens verpflichtet weiß<sup>26</sup>. Es prallt auf ein *etatistisches Gemeinwohlverständnis* des öffentlichen Rechts, das es dem Einzelnen zumutet, Individualgüter bis zur Zumutbarkeitsschwelle auf dem Altar des Gemeinwohls darzubringen. Die Mediation orientiert sich am subjektiven Interesse, das öffentliche Recht jedoch am öffentlichen Interesse. Kann das bruchfrei zusammengehen? Anders gewendet: Ist dort, wo jeder an sich selbst denkt, sichergestellt, dass am Ende wirklich auch an alle gedacht ist? Die Ordnungsidee des öffentlichen Rechts ist nicht diejenige eines Basars subjektiver Interessen, sondern einer objektiven Normordnung, die einen Ausgleich zwischen öffentlichen und privaten Interessen durch das Gesetz als dem Herrschafts- und Steuerungsinstrument der Demokratie herstellt. Unser Vorverständnis von Staat, Gemeinwohl und Rationalität pflanzt uns vor diesem Hintergrund ein tief sitzendes Unbehagen gegenüber mittlergestützten Verhandlungslösungen ein. „Nichts ist gefährlicher, als der Einfluss der Privatinteressen in den öffentlichen Angelegenheiten“, verleiht bereits *Rousseau* dieser Sorge Ausdruck<sup>27</sup>.

### **1. Mediation als Erscheinungsform der Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung**

Die mediationstypische Freiheit, über Konfliktgegenstände verfügen zu können, ist im öffentlichen Recht seiner Natur nach eingeschränkt. Die Europäische Mediationsrichtlinie<sup>28</sup> nimmt übrigens exakt aus diesem Grund verwaltungsrechtliche Streitigkeiten aus ihrem Anwendungsbereich heraus<sup>29</sup>.

Aber die Dispositionsfreiheit ist im öffentlichen Recht nicht auf Null reduziert. Das führt uns bereits das schillernde Konstrukt des öffentlich-rechtlichen Vertrages vor Augen. Der Gedanke, Kooperationsvorteile nutzbar zu machen, ist dem öffentlichen Recht keineswegs fremd<sup>30</sup>. Immer häufiger macht der Staat von konsensualen Strukturen der

---

*rechtspolitische* Idee kann den Ausführungen von *Suhr* Überzeugungskraft nicht abgesprochen werden. Allerdings decken sie sich nicht mit den gesetzlichen Leitvorstellungen, wie sie gegenwärtig *de lege lata* angelegt sind. Hier werden dann auch zugleich die Grenzen des Mediationskonzepts als wohlfahrtstheoretisch motivierte Alternative zur herkömmlichen Lösung von Planungskonflikten deutlich.

<sup>26</sup> Vgl. dazu im Einzelnen oben S. 4.

<sup>27</sup> *Rousseau*, *Der Gesellschaftsvertrag oder Die Grundsätze des Staatsrechtes*, 1758 (Ausgabe 2008, hrsg. von Nölle), 3. Buch, 4. Kapitel, S. 47.

<sup>28</sup> RL 2008/52/EG (Fn. 14).

<sup>29</sup> Art. 1 Satz 2 sowie Erwägungsgrund 10 S. 3 der EG-Mediationsrichtlinie (Fn. 14).

<sup>30</sup> Kooperationsgewinne, Win-win-Situationen, sind insbesondere nicht auf privatrechtliche Beziehungen beschränkt. Sie lassen sich auch im öffentlichen Recht realisieren. Das illustriert etwa ein aktuelles Beispiel einer Mediation in Gau-Algesheim (Rheinland-Pfalz). Dort führt der Sandabbau durch ein Unternehmen auf dem Laurenziberg zu Planungs- und Rechtskonflikten. In der Mediation kommt die Idee auf das Tapet, dem Unternehmen Austauschflächen im Binger Wald zum Sandabbau zur Verfügung zu stellen. Das Unternehmen

Entscheidungsfindung Gebrauch<sup>31</sup>. Im Umweltrecht gehört das Kooperationsprinzip längst zu einem der zentralen Prinzipien.

*Soft procedure* kann *ius cogens* nicht verdrängen. Aber es kann bestehende Spielräume womöglich ausfüllen, namentlich dort, wo, wie im Planungsrecht, inhaltliche Richtigkeit nur beschränkt programmierbar ist und der Gesetzgeber daher behördliche Entscheidungs- und Abwägungsspielräume zuspricht. Der Gesetzgeber verschließt sich dem Gedanken der Mediation denn auch nicht<sup>32</sup>. Er lässt Mediation an zahlreichen Stellen implizit zu<sup>33</sup>, etwa in der Bauleitplanung nach § 4b BauGB<sup>34</sup> oder in der Umweltverträglichkeitsprüfung nach § 5 Satz 4 UVPG<sup>35</sup> sowie im Planfeststellungsverfahren nach § 73 Abs. 6 Satz 1 i.V.m. § 74 Abs. 2 S. 1 VwVfG (für die Entscheidung „über die Einwendungen, über die bei der Erörterung vor

---

wird finanziell entschädigt, die Landschaftsbeeinträchtigung ist beendet. Es entsteht eine Win-win-Situation. Von einem ähnlichen Fall in Freiburg berichtet *von Barga*, DVBl 2004, 468 (471). Dort hatte sich eine Investorengruppe lange erfolglos um die Nutzung eines ihr gehörenden Grundstücks in städtischer Randlage als Einkaufszentrum bemüht. Die Stadt verweigerte sich dem. Sie sorgte sich um die Attraktivität der Innenstadt. In der Mediation entsteht die Idee eines Grundstückstauschs. Die Stadt übernimmt das Grundstück und nutzt es für die Ansiedlung von Handwerkern; die Investorengruppe erhält ein städtisches Grundstück in der Innenstadt, auf dem sie ihr Einkaufszentrum errichten kann. Es entsteht eine Win-win-Situation. Zu weiteren praktischen Beispielen einer Mediation im öffentlichen Recht siehe *Karpe* (Fn. 3), 191; *Orloff*, NVwZ 2006, 148 ff., 914 ff. u. 1143 ff.; *Seibert*, NVwZ 2008, 365 (368); ferner die Praxisberichte in: *Claus/Wiedemann* (Hrsg.), Umweltkonflikte, 1994, S. 27 ff.; zu praktischen Beispielen aus den USA *Susskind/Ozawa*, American Behavioral Scientist 27 (1983), 255 (257 ff.).

<sup>31</sup> Vgl. dazu etwa aus der reichhaltigen Literatur *F. Becker*, Kooperative und konsensuale Strukturen der Normsetzung, 2005, S. 55 ff.; *Benz*, Kooperative Verwaltung, 1994, S. 41 ff.; 305 ff.; *Dederer*, Korporative Staatsgewalt, 2004; *Hoffmann-Riem*, Konfliktmittler in Verwaltungshandlungen, 1989, S. 8 ff.; *Ritter*, AöR 104 (1979), 389 ff.; *J.P. Schneider*, Kooperative und konsensuale Formen administrativer Entscheidungsprozesse, in: Jahrbuch für neue Politische Ökonomie 15 (1996), S. 82 (84 ff.); ferner die Beiträge in: *Dose/Voigt* (Hrsg.) Kooperatives Recht, 1995.

<sup>32</sup> Im Völkerrecht kann die Mediation ohnehin auf eine lange Tradition zurückblicken – angefangen mit den (mediationsnahen) solonischen Bemühungen zur Verhinderung eines drohenden Bürgerkriegs im antiken Griechenland, über den Westfälischen Frieden von 1648 bis hin zum Friedensschluss von Camp David 1979 als prominenten Beispielen. Das Selbstbestimmungsrecht der Völker als zentrales Ordnungsprinzip des Völkerrechts prädestiniert dieses Rechtsgebiet in besonderer Weise für die mediative Konfliktschlichtung. Vgl. dazu etwa *Perschel* (Fn. 14), 253 ff.; *Pünder*, Die Verwaltung 38 (2005), 1 (14 f.).

<sup>33</sup> Vgl. zu der (zu verneinenden) Frage, ob der Einsatz von Mediatoren bzw. von Konfliktmittlern in Verwaltungsverfahren vor dem Angesicht des Vorbehalts des Gesetzes einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf, siehe im Einzelnen *Appel* (Fn. 14), § 32 Rdnr. 129; *Kaltenborn*, Streitvermeidung und Streitbeilegung im Verwaltungsrecht, 2007, S. 168 ff. m.w.N.

<sup>34</sup> Aus den Gesetzgebungsmaterialien (BT-Drucks. 13/46392, S. 47) ergibt sich, dass die Möglichkeit der Übertragung und Vorbereitung von Verfahrensschritten nach den §§ 2a-4a BauGB auf einen Dritten eine gesetzliche Grundlage für die Anwendung der Mediationstechnik in dem begrenzten Bereich der bauplanungsrechtlichen Normsetzung schaffen sollte. Siehe zur Mediation in der Bauleitplanung kritisch etwa *Köster*, DVBl. 2002, 229 ff.

<sup>35</sup> Danach können zum Scoping-Verfahren, also jenem Verfahrensabschnitt der Umweltverträglichkeitsprüfung, in dem die Behörde mit dem Vorhabenträger den voraussichtlichen Untersuchungsrahmen abstimmt – „Sachverständige und Dritte hinzugezogen werden“. Vgl. dazu *Zilleßen*, Umweltmediation, in: Haft/Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation, 2. Aufl. 2009, § 30 Rdnr. 46 f.; *Holznapel/Ramsauer*, Mediation im Verwaltungsrecht, a.a.O., § 28 Rdnr. 51 ff.

der Anhörungsbehörde *keine Einigung*<sup>36</sup> erzielt worden ist“)<sup>37</sup>. Noch deutlicher<sup>38</sup> wird das TKG. Es lässt die Mediation in seinem § 124 TKG explizit zu<sup>39</sup>. Damit zollt der Gesetzgeber nicht zuletzt der Erkenntnis Tribut, dass der Staat in einer komplexer werdenden Welt zusehends auf die durch Bürgerbeteiligung hervorgebrachte Informationsbeschaffung angewiesen ist, um die Steuerungsfähigkeit seiner Entscheidungen aufrechtzuerhalten. Insbesondere im Planungsrecht, wo sich kaum ein raumbedeutsames Vorhaben ohne die Einbeziehung Betroffener und die mühsame Bewältigung von NIMBY (not in my backyard)-Konflikten realisieren lässt<sup>40</sup>, wird das in besonderer Weise sinnfällig. Das chancengerechte Interessenclearing stärkt die Informationsbasis, auf deren Grundlage die Entscheidungen getroffen werden, trägt zu einer Rationalisierung und Transparenz des Entscheidungsvorgangs bei und wirkt der Gefahr einer „regulatory capture“ sowie eines Ohnmachtgefühls der Normunterworfenen entgegen. Die mittelgestützte Verhandlungslösung der Mediation zielt mithin auf eine alternative Rationalität bei der Bewältigung von Entscheidungskomplexität. Das Verwaltungsverfahren wird zum Entdeckungsverfahren. Das Interessenclearing kanalisiert und befriedet zugleich frühzeitig

---

<sup>36</sup> Hervorhebung des Verf.

<sup>37</sup> Vgl. zu diesen Vorschriften und ihrer zum Teil umstrittenen Deutung ausführlich *Kaltenborn* (Fn. 33), S. 116 ff.; *Hellriegel* (Fn. 3), S. 145 ff. jeweils m.w.N.

<sup>38</sup> Ebenso § 54 Abs. 4 UGB-KomE 1992 („Die zuständige Behörde kann die Vorbereitung und Durchführung des Erörterungstermins unbeschadet ihrer Verfahrensverantwortung einem unbeteiligten Dritten (Konfliktmittler) anvertrauen“) sowie § 89 UGB des Entwurfs der unabhängigen Sachverständigenkommission zum Umweltgesetzbuch, die allerdings beide keine Gesetzeskraft erlangten: Die zuständige Behörde sollte danach im Rahmen einer Vorhabengenehmigung „die Durchführung einzelner Abschnitte des Verfahrens, insbesondere des Erörterungstermins, einem Verfahrensmittler übertragen“ können (Abs. 2). Dieser sollte „in seiner Tätigkeit unabhängig und an Weisungen nicht gebunden“ sein (Abs. 3 Satz 1) und sich einer „von der Genehmigungsbehörde bestimmten Geschäftsstelle, die in Bezug auf das übertragene Verfahren nur seinen Weisungen unterliegt“ bedienen (Abs. 4).

<sup>39</sup> Nennenswerte rechtspraktische Erfahrungen mit der telekommunikationsrechtlichen Mediation existieren bislang noch nicht. Immerhin lassen sich die in der jüngsten Vergangenheit geführten (und gescheiterten) Verhandlungen zwischen der Deutschen Telekom AG und ihren Wettbewerbern um die gemeinsame Nutzung von VDSL (sog. infrastructure als eine solche Form der Mediation verstehen. Vgl. zu der Regelung des § 124 TKG *Geppert*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 124 TKG; *Winkler*, MMR 2005, X ff.

<sup>40</sup> *Suhr* (Fn. 25), S. 119, sieht die Planungsbewältigungskonflikte und ihre „Durchsetzungsschwierigkeiten auch damit zusammenhängen, dass die einschlägigen umweltbelastenden Vorhaben bei einer umfassenderen Betrachtungsweise nur noch dem Schein und Anspruch nach der Verwirklichung des Gemeinwohls dienen, während tatsächlich das Wohlfahrtsoptimum verfehlt wird und womöglich sogar Wohlfahrtsverluste erwirtschaftet werden, die unter der Ideologie von demokratischen Entscheidungen und staatlichem Gemeinwohl bei den zufälligen Letztbetroffenen willkürlich privatisiert werden.“ Das Nachdenken über Kompensationen führe also dazu, unsere überlieferte Lehre vom zumutbaren Aufwand für das Gemeinwohl als Opferideologie infrage zu stellen. Erscheint es auch rechtspolitisch plausibel, das dem Einzelnen zugunsten des Gemeinwohls Zumutbare durch tauschorientierte Kompensationsmodelle statt durch Devisen zu ermitteln, bedarf dies einer ausdrücklichen gesetzlichen Entscheidung des Gesetzgebers und einer Einbindung in das demokratische Legitimationsmodell der parlamentarischen Demokratie. Daran fehlt es bislang.

Protest<sup>41</sup>. Die Psychologie lehrt uns, dass die Akzeptanz einer Entscheidung, an deren Genese man selbst mitgewirkt hat oder hätte mitwirken können, ungleich größer ausfällt. Die Mediation setzt damit die Weisheit eines chinesischen Sprichwortes konsequent um: „Sage es mir, und ich werde es vergessen, zeige es mir und ich werde mich erinnern, beteilige mich und ich werde es verstehen.“

Diesen Kooperationsvorteilen kommen gemeinwohlfördernde Nebenwirkungen zu. Die Mediation versteht sich denn auch keineswegs als Widersacher der Gemeinwohlidee – vielmehr im Gegenteil als ihre Agentin. Sie begreift sich als Instrument der Mitwirkung an dem Prozess arbeitsteiliger Gemeinwohlkonkretisierung: Sie beteiligt sich an der Suche nach der gemeinwohlgerechten Ausfüllung von Entscheidungsspielräumen. Gemeinwohl ist in diesem Verständnis nichts Statisches, nichts Fertiges, sondern ein pluraler und arbeitsteiliger Findungs- und Schöpfungsprozess funktionsgerechten Zusammenwirkens von Staat und Gesellschaft. Mediation versteht die Gemeinwohlfindung nicht als Monopol staatlicher Organe, sondern auch als Kompetenz des partizipierenden Bürgers<sup>42</sup>. Ihr geht es um mehr *governance* und weniger *government*<sup>43</sup>. Die Verwaltung ist nicht mehr alleiniger Gralshüter des öffentlichen Interesses; privates und öffentliches Interesse sind zu einer gemeinsamen Sinnrichtung mit dem Ziel der materiell richtigen Entscheidung verbunden. Eine derartige osmotische Funktionsverschränkung von Staat und Gesellschaft wäre noch für die liberalistische Staatsidee im 19. Jahrhundert kaum vorstellbar gewesen<sup>44</sup>. Das Modell der Mediation steht insoweit Pate für die ein neues Staatsverständnis kennzeichnende Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung<sup>45</sup>. Sie reiht sich ein in eine Vielzahl neuer Phänomene einer Institutionalisierung eines Ordnungsrahmens für eine gemeinwohlorientierte Kultur der Mitwirkung an rationalen Lösungen, die unter dem Dach

---

<sup>41</sup> Vgl. dazu etwa *Bullinger* (Hrsg.), *Investitionsförderung durch flexible Genehmigungsverfahren*, 1994, S. 78; *Dederer* (Fn. 31), S. 101; *Gaßner/Holznagel/Lahl* (Fn. 7), S. 82 ff.; *Würtenberger*, NJW 1991, 257 (259 ff.); *Zillessen*, *Demokratiethoretische Aspekte der Mediation*, in: *Falk/Heintel/Krainz* (Hrsg.), *Handbuch Mediation und Konfliktmanagement*, 2005, S. 83 (84 ff.).

<sup>42</sup> *Schmitt-Glaeser*, *Die Position der Bürger als Beteiligte im Entscheidungsverfahren gestaltender Verwaltung*, in: *Lerche/Schmitt-Glaeser/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Verfahren als staats- und verwaltungsrechtliche Kategorie*, 1984, S. 35 (61); *Häberle*, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem*, 2. Aufl., 2006, S. 32 ff.; *Mayntz*, *Interessenverbände und Gemeinwohl*, in: *dies.* (Hrsg.), *Verbände zwischen Mitgliederinteressen und Gemeinwohl*, 1992, S. 11 (32).

<sup>43</sup> *Meister*, *Institutionelle Verankerung von Dialog und Mediation*, in: *Wörner* (Hrsg.), *Das Beispiel Frankfurter Flughafen – Mediation und Dialog als institutionelle Chance*, 2003, S. 241 (243); *Pünder* (Fn. 32), 34.

<sup>44</sup> *Schmitt-Glaeser* (Fn. 42), S. 59.

<sup>45</sup> Vgl. zu ihr *Schmidt-Aßmann*, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2. Aufl. 2004, S. 152; *Schmitt-Glaeser* (Fn. 42), S. 53 ff.; *Schuppert*, *Gemeinwohldefinition im kooperativen Staat*, in: *Münkler/Fischer* (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinsinn im Recht*, 2002, S. 67 (81 ff.); *ders.*, *Verwaltungswissenschaft*, 2000, S. 924 ff.

der Idee regulierter Selbstregulierung in unser Staatsverständnis Einzug halten<sup>46</sup>, wie etwa die Akkreditierung und die zahlreichen Erscheinungsformen der Public Private Partnerships. Wie diese will die Mediation durch die Aktivierung selbstregulativer Beiträge der Rechtsgenossen eine Nutzung gesellschaftlicher Problemlösungskompetenz und gesellschaftlichen Innovationspotenzials ermöglichen. Der Staat induziert gemeinwohlfördernde Beiträge privater Wirtschaftsakteure und hofft, das freigesetzte individuelle Nutzenkalkül als Treibstoff für den Motor des Gemeinwohls einsetzen zu können.

Für die Ökonomik sind Eigennutz und Gemeinwohl ohnehin schon im Grundansatz keine Antagonisten. Sie definiert das Gemeinwohl ausschließlich von den Interessen der Gesellschaftsmitglieder her<sup>47</sup>. Bei *Adam Smith* klingt dies in seinem „Wohlstand der Nationen“ bereits mit den Worten an: „(...) ja gerade dadurch, dass der Einzelne das eigene Interesse verfolgt, fördert er das der Gesellschaft nachhaltiger, als wenn er wirklich beabsichtigt, es zu tun“<sup>48</sup>. In den Grundrechten als Freiheitsverbürgungen, etwa der Eigentums- und der Berufsfreiheit, findet dieser liberale Gedanke von dem Eigennutz als Vehikel des Gemeinwohls seinen normativen Niederschlag<sup>49</sup>. Der Staat hält die für die dezentrale, nichtstaatliche Gemeinwohlerbringung benötigten Entfaltungsräume vor und gewährt ihnen verfassungsrechtlichen Schutz.

Als staatstheoretisches Legitimationsmuster für das liberale Konzept dezentraler Verwirklichung des Gemeinwohls wirkt dabei das Subsidiaritätsprinzip. Es spricht den Individuen und gesellschaftlichen Gruppen in der Wahrung des Wohls der Allgemeinheit den Vorrang zu<sup>50</sup>. Der Staat ist erst dann zum Handeln berufen, wenn die gesellschaftlichen Kräfte nicht ausreichen, um die Aufgaben zu erfüllen<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Vgl. dazu etwa *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (162 ff.); *Di Fabio*, VVDStRL 56 (1997), 235 (240 ff.).

<sup>47</sup> Sog. normativer und methodologischer Individualismus. Vgl. dazu im Einzelnen etwa *Kirchner*, *Ökonomische Theorie des Rechts*, 1997, S. 18 f. und 20 f.; *Martini* (Fn. 10), S. 156 f.

<sup>48</sup> *Smith*, *Der Wohlstand der Nationen*, 1776 (Ausgabe 1993; hrsg. von Recktenwald), S. 371. Der Smithschen Konzeption vom durch Eigennutz gefütterten Nutzen der Gesellschaft hält *Friedrich Hegel* gleichsam als Antithese ein etatistisches Staatsmodell mit den Worten entgegen: „Der Staat dagegen kennt keine selbstständigen Individuen, von denen jedes nur sein eigenes Wohl im Auge haben und verfolgen dürfte. Im Staate ist das Ganze Zweck und der Einzelne Mittel“.

<sup>49</sup> Die Idee vom Eigennutz als Vehikel des Gemeinwohls benutzt auch *Isensee*, *Gemeinwohl im Verfassungsstaat*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR IV*, 3. Aufl. 2006, § 71 Rdnr. 119.

<sup>50</sup> Vgl. *Horn*, *Die Verwaltung* 1993, 545 (568).

<sup>51</sup> Das Gemeinwohlerverständnis des Grundgesetzes macht dabei jedoch nicht Halt. Es versteht das Gemeinwohl als Grund, aber auch als Grenze der Grundrechte. Das Eigentum wird gewährleistet. Es soll jedoch zugleich dem Wohl der Allgemeinheit dienen, heißt es etwa in Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.

## 2. Gefahren der Mediation für den Prozess der Gemeinwohlfindung

Eine organisierte Einwirkung auf öffentliche Willensbildungsprozesse aus der Perspektive gesellschaftlicher Sonderinteressen erreicht freilich noch nicht selbstredend eine höhere Stufe eines Gemeinwohlkarmas. Einer einvernehmlichen prozeduralen Regelungsstruktur sind substantielle Gefahren für die Unbefangenheit und Gemeinwohlorientierung der Entscheidungsfindung strukturell eigen. Diese bestehen im Falle der Mediation unter vier Gesichtspunkten: im Hinblick auf das Risiko der Interessenselektivität (unten a), das Risiko der Externalisierung von Kosten und Risiken auf die Allgemeinheit (unten b), verhandlungspsychologische Annäherungs- und Scheuklappeneffekte (unten c) und die Störung der Verhandlungspartität (unten d).

### a) Unzureichende Öffentlichkeitsrepräsentanz – Interessenselektivität

In der Mediation kann sich nur dasjenige Interesse artikulieren, das am Verhandlungstisch repräsentiert ist. Schon angesichts der Zahl der von öffentlichen Vorhaben, etwa Planfeststellungsprojekten, betroffenen Personen, ist eine vollständige Repräsentanz aller betroffenen Interessen nicht bereits von sich aus sichergestellt. Eine umfassende Informations- und Interessenverarbeitung als Verfahrensziel wird nicht ohne weiteres erreicht<sup>52</sup>. Ihrer Konstruktion nach befindet sich die Mediation als Entscheidungsfindungsverfahren hier in einem Dilemma. Je kleiner die Zahl der Medianten, umso größer die Gefahr einer selektiven Interessenwahrnehmung. Je größer die Zahl der Medianten, umso weniger kann sie umgekehrt die Kooperationsvorteile generieren, die ihren Mehrwert konstituieren.

Interessenverbände können zwar als auf den Posten gestellte Wahrer des Gemeinwohlinteresses einen Gegenpol gegen die selektive Ausblendung von Interessen bilden – dies jedoch notwendig nur bis zu einem gewissen Grade. Als Interessenverbände verfolgen auch sie spezifische Interessen, namentlich diejenigen ihrer Mitglieder. Sie mögen Abbild gebündelter Interessen zahlreicher Betroffener sein; mit den Interessen der Allgemeinheit übereinzustimmen braucht dieses Set an Interessen indes keineswegs.

Das Maß einer Interessenberücksichtigung im Mediationsverfahren korreliert zudem mit der

---

<sup>52</sup> Vgl. zu Problematik und Begriff der Interessenselektivität: *Brohm*, DVBl. 1990, 321 (322); *Hoffmann-Riem*, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 187 (206); *Holznapel*, Konfliktlösung durch Verhandlungen, 1990, S. 276 ff.; *Sommermann*, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, 1997, S. 475; siehe auch zu der Problematik aus US-amerikanischer Sicht: *Brown*, Valparaiso University Law Review 34 (2000), 403 (404, 414 ff.); *Harrison*, Journal of Environmental Law 9 (1997), 79 (90 ff.); *Susskind*, Vermont Law Review 6 (1981), 7 ff.; aus kanadischer Sicht: *Dyck*, Journal of Environmental Law and Practice 13 (2004), 335 (347 ff.); aus neuseeländischer Sicht *Higgs*, Environmental Law 37 (2007), 61 (82 ff.).

Vehemenz und Lautstärke, in der die Interessen von ihren Repräsentanten zur Geltung gebracht werden. Dem Gewicht der gesetzlichen Legitimation muss diese Maßgröße nicht entsprechen. Gut organisierte Partikularinteressen verdrängen mitunter schwach repräsentierte Allgemeininteressen. Manche Interessen sind gar nicht organisiert oder nur schwer personalisierbar<sup>53</sup>. Die Nachhaltigkeit der Entscheidung hängt dann von dem Zufall ab, ob sich ein Interessenträger findet, der sich des Interesses annimmt. Es droht eine Aristokratie der Engagierten<sup>54</sup>.

### **b) Externalisierung von Kosten und Risiken auf die Allgemeinheit**

Können nicht alle Interessen in der Mediation repräsentiert werden, gewinnt die Versuchung an Attraktivität, verhandlungsbasierte Kooperationsvorteile auf Kosten Dritter zu erreichen<sup>55</sup>. Belastungen drohen auf unbeteiligte Dritte externalisiert zu werden, sei es die Allgemeinheit, seien es künftige Generationen<sup>56</sup>.

Mediationen im öffentlichen Sektor betreffen Entscheidungen, deren Auswirkungen häufig erst nach Jahren zu Tage treten und den erlebbaren Planungshorizont vieler Gruppen überschreiten. Haushaltsnöte werden dann nur allzu gerne kooperativ, aber kurzfristig auf Kosten der Lebenschancen künftiger Generationen gelöst<sup>57</sup>. Risiken werden sozialisiert, Kooperationsgewinne individualisiert. Auf fremde Kosten lebt man nicht unbedingt besser, aber immerhin günstiger, bringt ein Sprichwort die Problematik auf den Punkt.

### **c) Verhandlungspsychologie**

Die Dynamik von Verhandlungsprozessen lässt persönliche Beziehungen zwischen den Teilnehmern wachsen. Sie entwickeln ein Eigenleben, das die Durchschlagskraft von Interessen verändert. Positionsbezogene Verhaltensmuster wandeln sich (wenn denn die Saat der Mediation auf fruchtbaren Boden fällt) in Verständigungsbereitschaft<sup>58</sup>. Von diesem schleichenden Annäherungsprozess ist auch die Behörde nicht frei. Sie steht dadurch in der

---

<sup>53</sup> Zu dem Problemen verfahrensmäßiger Berücksichtigung nicht personalisierter Interessen *Stone*, Umwelt vor Gericht, 1987.

<sup>54</sup> *Kostka*, Die Verwaltung 26 (1993), 87 (108).

<sup>55</sup> Vgl. dazu etwa auch *Hauser* (Fn. 6), S. 208 ff. sowie aus neuseeländischer Perspektive *Higgs* (Fn. 52), 85. Das Verwaltungsverfahren reagiert auf diesen sich auch im Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages stellenden Gefahrentatbestand mit der Vorschrift des § 58 VwVfG: Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in die Rechte eines Dritten eingreift, wird danach erst mit der schriftlichen Zustimmung des Dritten wirksam.

<sup>56</sup> Darin spiegeln sich zugleich Durchsetzungsschwächen, die allerdings in der Rechtsordnung ohnehin angelegt sind.

<sup>57</sup> Vgl. zu der Problematik aus der Sicht der ökonomischen Theorie *Brennan/Buchanan*, Die Begründung von Regeln: konstitutionelle politische Ökonomie, 1993, S. 124 f.

<sup>58</sup> *Amy*, Ecology Law Quarterly 11 (1983), 1 (3 ff.); *Benz* (Fn. 31), S. 127 ff.; *J.P. Schneider* (Fn. 31), S. 96; *ders.*, Die Verwaltung 87 (1996), 38 (61); zu dem Phänomen der Konflikttransformation in der Mediation allgemeinen etwa *Bush/Folger*, Konflikt – Mediation und Transformation, 2009, S. 34 ff. u. 55 ff.

Gefahr, einem Einigungssoj zu erliegen, der sie ihren umfassenden Gemeinwohlaufrag aus den Augen verlieren lässt. Es kommt zu einem selektiven Verlust neutralitätssichernder Distanz<sup>59</sup>. Dessen Opfer sind schwach repräsentierte Allgemeininteressen, deren Schutz und Verteidigung eigentlich die Aufgabe der Behörde als Gegenpol wäre.

#### **d) Verhandlungsparität und Gemeinwohlverträglichkeit**

Ein vierter Aspekt stellt die Eignung des Mediationskonzeptes für die Gemeinwohlfindung auf die Probe: Mediation zielt – wie das Vertragsrecht des BGB – auf die »soziale Selbstregulierung von Egoisten«. Sie ist dafür auf die Strukturvoraussetzung der Freiwilligkeit und Verhandlungsparität angewiesen. Denn nur auf der Grundlage gleichberechtigter Interaktionsbeziehungen sind die Kooperationsvorteile von Austauschbeziehungen von einem prozeduralen Gerechtigkeitsansatz legitimiert. *Ungleiche* Durchsetzungsmacht verleiht dem Ergebnis einseitiger Interessendurchsetzung unberechtigte Scheinlegitimität<sup>60</sup>.

Ob ein Machtungleichgewicht besteht, hängt von den Alternativen der Parteien ab. Die **BATNA**, also die „best alternative to a negotiated agreement“, hat in der zivilrechtlichen Mediation ein anderes Gesicht als in komplexen Verwaltungsentscheidungen. Anders als Bürger untereinander<sup>61</sup> begegnen sich Verwaltung und Bürger im öffentlichen Recht nicht auf der Grundlage privatautonomer Gleichheit. Die Verwaltung handelt im Schatten der Hierarchie. Ihr steht eine hoheitliche Handlungsform als Droh- und Tauschmacht zur Verfügung. Das Sonderrecht des Staates ist daher einer von Privatautonomie geprägten Richtigkeitsgarantie der Einigung nur begrenzt zugänglich. Der Mediator mag zwar verfahrensimmanente Wissensasymmetrien abbauen. Die strukturelle Machtasymmetrie bleibt jedoch erhalten<sup>62</sup>. Dies ist auch der Grund dafür, warum das Recht des öffentlich-rechtlichen Vertrages der Dispositionsbefugnis des Staates, etwa in § 56 Abs. 1 VwVfG i.V.m. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG, bewusst besondere Grenzen setzt<sup>63</sup>. Er lässt den Vertrag als Handlungsinstrument zwar zu, stellt ihn aber unter Kautelen, insbesondere das Gebot der

<sup>59</sup> Vgl. *Hoffmann-Riem* (Fn. 52), 209.

<sup>60</sup> Vgl. dazu etwa BVerfGE 81, 242 (254 f.); *Amy* (Fn. 58), 10 ff.; *Breidenbach* (Fn. 5), S. 252 ff.; *Harrison* (Fn. 52), 96 ff.; *Karpe*, ZfU 1999, 189 (204 f.); sehr kritisch insoweit zur Mediation insgesamt etwa *Bush/Folger*, (Fn. 58), S. 28 (m.w.N.), die in der Mediation ein „Instrument der Unterdrückung“ angelegt sehen.

<sup>61</sup> Vgl. zur BATNA in derartigen Gleichordnungsverhältnissen etwa *Hager* (Fn. 16), S. 65 ff.; *Breidenbach* (Fn. 5), S. 73 u. 248 ff.

<sup>62</sup> Tendenziell m.E. (zu) optimistisch insoweit *Holznapel* (Fn. 52), S. 281; *ders./Ramsauer* (Fn. 35), Rdnr. 30 ff.; *Pünder* (Fn. 32), 27.

<sup>63</sup> Ebenso § 58 Abs. 2 Nr. 4 i.V.m. § 55 Abs. 1 S. 2 SGB X, § 11 Abs. 2 BauGB und § 124 Abs. 3 S. 1 BauGB.

Angemessenheit und der Konnexität von Leistung und Gegenleistung<sup>64</sup>. Die Zustimmung des Vertragspartners, der Gedanke eines „*volenti non fit iniuria*“, macht rechtsstaatliche Sicherungen nicht entbehrlich. Vielmehr handelt es sich strukturell um eine *Coactus-volui-Situation*<sup>65</sup>, in der faktische Zwangsmacht fortwirkt.

Ein Machtgefälle besteht überdies nicht allein *zulasten* der, sondern häufig auch *zwischen* den (an multipolaren Verhandlungssituationen beteiligten) Privaten. Die Mittel zur erfolgreichen Interessendurchsetzung sind in der Gesellschaft nicht gleichmäßig verteilt. Zahlungskräftigen Interessen mit hoher Tauschmacht etwa kommt eine höhere Durchsetzungschance zu. Das Mediationsergebnis ist auch deren Spiegel. Systematisch verzerrte Wirkungschancen gefährden die Abgewogenheit und Fairness des als Interessenausgleich konzipierten Ergebnisses<sup>66</sup>. Verstärkt wird diese Gefahr durch die Vertraulichkeit der Verhandlungen<sup>67</sup> als einem der Grundprinzipien der Mediation. Sie macht es der Öffentlichkeit nahezu unmöglich, Motive und Machtstrukturen in nachvollziehbarer Weise zu kontrollieren und das Geflecht von Abhängigkeiten zu entwirren. Sie erweist sich insoweit als Achillesferse der Mediation im öffentlichen Sektor. Die Schutznormorientierung des Prozessrechts, also die Beschränkung des Prüfungsradius auf subjektive Rechte, lässt objektive Rechtsfehler überdies durch die Maschen der gerichtlichen Kontrolle fallen. In der Sache kommt das einer Einladung an die Medianten gleich, einen Pakt *zulasten* solcher Gemeinwohlinteressen zu schließen, die nicht subjektiv-rechtlich wehrfähig sind<sup>68</sup>.

### e) Schlussfolgerungen

Die Mediation leidet an einem strukturellen Gemeinwohldefizit. Sie vermag nicht nur, nicht

<sup>64</sup> Das Koppelungsverbot zieht auch der mediationseigenen Idee der „Vergrößerung des Kuchens“ durch die Einbeziehung von Interessenpositionen, die nicht unmittelbar im Streit stehen, Grenzen. *Holznagel/Ramsauer* (Fn. 35), Rdnr. 17; *Pünder* (Fn. 32), 27.

<sup>65</sup> Vgl. dazu ausführlich *Martini* (Fn. 10), S. 459 f. (mit Fn. 692) m.w.N.

<sup>66</sup> Dass auch bei rechtlich gleicher Verhandlungsmacht faktische Ungleichheiten, insbesondere Wissensasymmetrien, eine entscheidende Bedeutung in der Mediation erlangen können, wird an einem typischen Fall aus der zivilrechtlichen Mediation beispielhaft deutlich: Der Arbeitnehmer, der über seine Rechtsstellung nicht informiert ist, insbesondere nicht durch einen Rechtsbeistand vertreten ist, wird sich womöglich mit einer Abfindung über 10.000 € zufrieden geben, weil er 10.000 € für einen hohen Geldbetrag hält, obwohl er bei einem Richterspruch 20.000 € erhalten hätte. Es stellt sich dann die Frage, ob die strukturellen Voraussetzungen der Verfahrensgerechtigkeit gegeben sind. Empirische Untersuchungen deuten darauf hin, dass besagte Wissensasymmetrien die Mediation nicht selten zu einem Machtinstrument der besser informierten Partei, typischerweise des Arbeitgebers, degenerieren, das zwar für (jedenfalls vorübergehende) Konfliktzufriedenheit sorgt, aber unserem Verständnis von materieller Gerechtigkeit nicht genügt und insoweit auch nicht immer in überzeugender Weise zum Rechtsfrieden beizutragen vermag.

<sup>67</sup> Dazu etwa *Härtel* (Fn. 14), 761; *Beck*, Mediation und Vertraulichkeit, 2008, S. 55 ff.; zu dem Parallelproblem im Falle von Absprachen im Strafverfahren (§ 257c StPO) im Hinblick auf den Öffentlichkeitsgrundsatz des § 169 GVG: Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Verständigung im Strafverfahren, BT-Drucks. 16/12310, S. 7, 8 u. 12; BGH, NJW 1998, 86 (88) m.w.N.; *Schünemann*, ZRP 2009, 104 (106).

<sup>68</sup> *Hoffmann-Riem* (Fn. 52), 213.

alle Interessen abzubilden. Auch wenn sie es täte, muss sie sich die Frage gefallen lassen: Lässt sich überhaupt aus individuellen Präferenzen eine gesellschaftliche Präferenzordnung entwickeln, die das Gemeinwohl abbildet? – eine Idee, die in der Ökonomik unter dem Begriff der sozialen Wohlfahrtsfunktion firmiert. Die Ökonomik hat sich daran lange abgearbeitet. *Kenneth Arrow* fand eine einfache und ernüchternde Antwort: Es gibt eine solche soziale Wohlfahrtsfunktion nicht (sog. Arrow'sches Unmöglichkeitstheorem<sup>69</sup>). Auf der Basis individueller Präferenzen lässt sich kein Entscheidungsverfahren hervorbringen, das widerspruchsfrei ein Gemeinwohl destilliert. Gemeinwohl ist auf inhaltliche Steuerungsvorgaben angewiesen, die das prozedurale Verfahren der Mediation nicht mitbringt. So ist denn auch der grundgesetzlichen Ordnung ein rein prozedurales Grundrechtsverständnis fremd. Sie erteilt keinen Blanko-Scheck, der nur noch durch Rekurs auf die subjektiven Interessen der Beteiligten ausgefüllt werden muss. Das Grundgesetz füllt den Begriff des Gemeinwohls vielmehr insbesondere durch seine Staatszielbestimmungen inhaltlich aus. Sein Inhalt speist sich aus dem Inbegriff der materiellen Rechtssätze und ihrer Konkretisierungen durch Abwägung der in den Rechtsnormen artikulierten öffentlichen und privaten Interessen<sup>70</sup>.

### III. Rechtliche Schranken der Gemeinwohlkonkretisierung in der Mediation

Das heißt nicht, dass die Mediation keine gemeinwohlfähigen Ergebnisse hervorzubringen vermag. Sie stellt Gemeinwohlfähigkeit jedoch nicht aus sich selbst heraus sicher. Sie bedarf einer rechtlichen Korrektur, um im öffentlichen Recht als Konfliktlösungsmechanismus Bestand haben zu können. Als Steuerungsmittel ist deshalb, insbesondere in den USA, vorgeschlagen worden, die Defizite des Mediationsverfahrens durch eine inhaltliche Gemeinwohlprüfung des Mediators zu kompensieren<sup>71</sup>. Der Mediator erhält eine aktive Rolle im Entscheidungsprozess. Er wird zum Schlichter zwischen öffentlichen und privaten

<sup>69</sup> *Arrow*, *Social Choice and Individual Values*, 1951; *ders.*, *Journal of Political Economy* 58 (1959), 328 ff.; dazu etwa auch *Behrens* (Fn. 16), S. 280 ff.; *Anderheiden*, *Gemeinwohl in Deutschland und Europa*, 2006, S. 7 ff.

<sup>70</sup> Vgl. dazu etwa *Möllers*, *DÖV* 2000, 667 (669 f.); *Martini* (Fn. 10), S. 230 f.; *Uerpmann*, *Das öffentliche Interesse*, 1999, S. 290; *Viotto*, *Das öffentliche Interesse*, 2009, S. 26 ff. jeweils m.w.N.

<sup>71</sup> In diesem Sinne grundlegend *Susskind/Weinstein*, *Boston College Environmental Affairs Law Review* 9 (1980) 311 ff.; ferner etwa *Brown* (Fn. 52), 418 ff.; *Dyck* (Fn. 52), 350; *Gaßner/Holznagel/Lahl* (Fn. 7), S. 24 ff. u. 86; *Higgs* (Fn. 52), 86 ff. (zum „public interest mediator“ in Neuseeland); *Holznagel* (Fn. 52), S. 114 ff. 281; *Riskin*, *Arizona Law Review* 26 (1984), 329 (354); *Susskind/Ozawa* (Fn. 30), 267 ff.; (Fn. ), 267 ff.; *Susskind*, *Vermont Law Review* 1981, 1 (16 ff.); *Sünderhauf* (Fn. 14), S. 58, 233 u. 257; *Perschel* (Fn. 14), 264; *Stumpf*, *Alternative Streitbeilegung im Verwaltungsrecht*, 2006, S. 296; zustimmend wohl auch *Hager*, *Konflikt und Konsens*, 2001, S. 134; zurückhaltender *Weitz*, *Gerichtsnaher Mediation in der Verwaltungs-, Sozial- und Finanzgerichtsbarkeit*, 2008, S. 70 ff.; kritisch bzw. ablehnend *Diop*, *Mediation im Gesetzgebungsverfahren*, 2008, S. 128; *Köper*, *Die Rolle des Rechts im Mediationsverfahren*, 2003, S. 95.

Interessen und Hüter des Gemeinwohls<sup>72</sup>. Eine solche Rolle des Mediators kontrastiert jedoch nicht nur mit einem wichtigen Essentiale der Mediation: der Neutralität des Mediators<sup>73</sup>, denn der Mediator ergreift nach diesem Modell (wenn auch für „das Gemeinwohl“, das per definitionem zum Aufgabenbereich der Behörde gehört) Partei. Vor allem ist eine solche Lösung auch verfassungsrechtlich unzureichend. Sie setzt eine Übertragung der Entscheidungsverantwortung auf den Mittler voraus. Der Mediator ist jedoch kein Beliehener<sup>74</sup>. Er ist lediglich in die Vorbereitung der Entscheidung eingebunden. Ihm kommt keine Gemeinwohlkompetenz zu.

### 1. Letztverantwortung der handelnden Behörden

Außerhalb der verfassungsrechtlichen Zuständigkeitsordnung ist im Verfassungsstaat keine Instanz legitimiert, „wahre öffentliche“ Interessen, ein Gemeinwohl, festzustellen<sup>75</sup>. Die Zuständigkeitsordnung ist insoweit nicht nur abstraktes Zurechnungsrecht. Sie legt vielmehr rechtlich verbindlich die Strukturen der Interessenverarbeitung fest. Gemeinwohlverantwortung und Kompetenz sind untrennbar verzahnt<sup>76</sup>. Eine Übertragung der Entscheidungsmacht auf eine externe Konsensbildungsinstanz würde daher dem im Demokratie- und im Rechtsstaatsprinzip verankerten Verantwortungsmodell widersprechen<sup>77</sup>. Es ist der Staat, der durch institutionelle Vorkehrungen die Gemeinwohlfähigkeit kooperativ gefundener Ergebnisse sichern muss. Seine Organe treffen die Letztverantwortung<sup>78</sup> für die getroffenen Entscheidungen. Denn ihnen hat das Volk die Legitimation zu kompetenzgerechtem Verhalten anvertraut. Die Verwaltung darf sich dann nicht darauf zurückziehen, nur gleichberechtigter Partner des Mediationsprozesses oder

<sup>72</sup> Ein ähnlicher gedanklicher Ansatz liegt der Figur des Vertreters des öffentlichen Interesses im verwaltungsgerichtlichen Verfahren im Sinne des § 36 VwGO zu Grunde. Seine Aufgabe ist es, dort schlichtend tätig zu werden, wo tatsächliche oder befürchtete Behördenegoismen eine Einigung zu verhindern drohen.

<sup>73</sup> Vgl. zu den Prinzipien der Mediation die Nachweise oben Fn. 14 a.E. Zu der Problematik der Finanzierung des Mediators als zentraler Aufgabe der Neutralitätssicherung mit Blick auf die lebensnahe Erkenntnis „Wes´ Brot ich ess´, des´ Lied ich sing´“ etwa *Fehling*, *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, 2001, S. 420 ff.; *J.P. Schneider* (Fn. 31), 100 f.

<sup>74</sup> Vgl. etwa *Pünder* (Fn. 32), 21 f.; *Hess* (Fn. 3), S. 66 f. m.w.N.; *Diop* (Fn. 71), S. 135.

<sup>75</sup> *Uerpmann* (Fn. 70), S. 12.

<sup>76</sup> *Pitschas* (Fn. 14), 398; *Appel* (Fn. 14), § 32 Rdnr. 126.

<sup>77</sup> Vgl. etwa *Hoffmann-Riem*, *Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 1, 1990, S. 13 (40).

<sup>78</sup> Vgl. zu ihr etwa *Fehling* (Fn. 72), 424 mit Fn. 340; *Gurlit*, *Verwaltungsvertrag und Gesetz*, 2000, S. 176 ff.; *Härtel* (Fn. 14), 757; *Hoffmann-Riem* (Fn. 31), S. 57 f.; *ders.*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 1, 1990, S. 13 (40); *Holznapel* (Fn. 52), S. 210 f. u. 244 ff.; *Kaltenborn* (Fn. 33), S. 218 ff.; *Kunig/Rublack* (Fn. 3), 8 f.; *Kostka*, ZKM 1999, 140 (142); *Pitschas* (Fn. 14), 399; *Pünder* (Fn.32), 17 u. 22; *Schmidt-Preuß*, VVDStRL 56 (1997), 160 (181 ff.); *Schuppert*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, Bd. 2, 1990, S. 29 (50 ff.).

lediglich Mittler zwischen konfliktbefangenen Interessen zu sein. Sie hat eigenverantwortlich eine Gesamtabwägung aller betroffenen Belange vorzunehmen<sup>79</sup>. Die Letztverantwortung sichert im Demokratiemodell des Grundgesetzes die Rückbindung an die Legitimationskette ab. Sie kann durch die Betroffenzustimmung nicht ersetzt, allenfalls ergänzt werden. Letztverantwortung ist indisponibel.

Demokratie ist ihrem Wesen nach als Konfliktschlichtungsinstrument divergierender Interessen konzipiert. Die Mediation tritt zu ihr in Konkurrenz. Sie darf die auf den Posten gestellten Schlichtungsstellen demokratischer Herrschaft aber nicht unterwandern, nur unterstützen. Ihre Effizienzrationalität genießt gegenüber den Wertentscheidungen der Verfassung keinen Vorrang.

Aus der Letztverantwortung der Behörde ergeben sich somit für den ausgehandelten Mediationskompromiss elementare rechtliche Wirkungsschranken. Das Ergebnis der Mediation kann namentlich grundsätzlich nicht aus sich heraus unmittelbare Verbindlichkeit beanspruchen. Es bedarf, jedenfalls soweit das Gesetz (wie bei Planfeststellungsverfahren) eine bestimmte Handlungsform vorsieht, der Umsetzung durch behördliche Entscheidung. Regelmäßig beschränkt sich das Mediationsergebnis auf ein gentleman's agreement<sup>80</sup>, eine Absichtserklärung der Parteien<sup>81, 82</sup>, deren Programmierungswirkung in nichtrechtlichen Sanktionen liegt. Es ersetzt nicht ein späteres Verwaltungsverfahren. Es bereitet es vor.

---

<sup>79</sup> *Burgi*, Die Verwaltung 33 (2000), 183 (190 ff.); *Hoffmann-Riem* (Fn. 31), S. 58; *ders.*, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: eine vergleichende Einführung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann, Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 1, 1990, S. 13 (40); *Kaltenborn* (Fn. 33), S. 222 f.; *Hill*, DVBl. 1993, 973 (979); *Schmidt-Aßmann*, Konfliktmittlung in der Dogmatik des deutschen Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 2, 1990, S. 9 (50); *ders.*, Zur Gesetzesbindung der verhandelnden Verwaltung, in: Festschrift für Winfried Brohm, 2002, S. 546 (557).

<sup>80</sup> Vgl. zu der Figur und den Wirkungen eines Letter of Intent im Zivilrecht etwa *Beisel* in: Beisel/Klumpp, Der Unternehmenskauf, 6. Aufl., 2009, 1. Kapitel, Rn. 67 ff.

<sup>81</sup> *Holznagel/Ramsauer* (Fn. 35), § 28 Rdnr. 4; *Hoffmann-Riem*, Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: eine vergleichende Einführung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Konfliktbewältigung durch Verhandlungen, Bd. 1, 1990, S. 13 (41); *Kaltenborn* (Fn. 33), S. 181; *Pünder*, Verwaltungsverfahren, in: Erichsen/Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl. 2005, § 15 Rdnr. 14.

<sup>82</sup> Ausnahmsweise, soweit nicht das Gesetz eine bestimmte Handlungsform vorsieht, kommt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag in Betracht (zu beachten ist dabei aber die bei der Vielzahl rechtlich Betroffener bestehende schwebende Unwirksamkeit nach § 58 Abs. 1 VwVfG). Vgl. etwa *Hoffmann-Riem* (Fn. 31), S. 61. Noch weiter gehend *Stumpf* (Fn. 71), S. 292 f.; *Hellriegel*, (Fn. 3), S. 188 ("Bei der Mediationsvereinbarung handelt es sich um einen Vertrag auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts"). Empirische Daten bieten insoweit z. B. *Troja/Meuer*, Mediation im öffentlichen Bereich, in: Falk/Heintel/Krainz (Hrsg.), Handbuch Mediation und Konfliktmanagement, 2005, S. 219 (230 ff.). Nach den von ihnen vorgelegten Untersuchungen wurden 7 von 64 Mediationsverfahren im öffentlichen Bereich zwischen 1996 und 2002 mit einem verbindlichen Vertrag bzw. einer Vereinbarung, die die Verwaltung für sich als bindend ansah, beendet. Vgl. zu ähnlichen Formen einer Selbstprogrammierung der Verwaltungsentscheidung etwa durch Sanierungsabsprachen, Selbstbeschränkungsabkommen der Wirtschaft etc. *Hoffmann-Riem* (Fn. 52), 194.

## 2. Grenzen einer faktischen Vorabbindung

Die Mediationsvereinbarung entfaltet für ein späteres Verwaltungsverfahren zwar regelmäßig keine rechtliche Bindungswirkung, eine faktische Vorabbindung lässt sich ihr aber nicht absprechen: Sie begründet eine Verhaltenserwartung der Medianten. Die Verwaltung, die sich auf eine Mediationsvereinbarung eingelassen hat, wird von ihr später im Verwaltungsverfahren nicht ohne Gesichtsverlust einfach abrücken können. Sie würde sich zu ihrem vorherigen eigenen Verhalten in Widerspruch setzen. Insoweit ist sie Gefangene ihrer eigenen Selbstprogrammierung. Der Schaden, der von einem solchen venire contra factum proprium ausgeht, ist jedenfalls beträchtlich. Faktischer und rechtlicher Druck der Öffentlichkeit ist ihr gewiss. Diese De facto-Bindungswirkung ist auch nicht atypisch. Sie ist gewollt. Denn nur im Hinblick auf die Verhaltenserwartung der Behörde nehmen die Medianten ihre eigenen Zugeständnisse vor. Klar ist: Ein Mediationsergebnis, das gegen materielles Recht verstößt, darf nicht umgesetzt werden. Aber damit nicht genug: Die Bindungswirkung droht Entscheidungsspielräume der Verwaltung so zu verengen, dass eine Verkürzung gesetzlich geforderter Abwägungsprozesse stattfindet oder Schutzbestimmungen des Verwaltungsverfahrens obsolet werden. Die Anhörung eines Betroffenen etwa, der nicht im Mediationsverfahren beteiligt wurde, wird zur reinen Förmerei, wenn sich die Verwaltung schon auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt hat. Ihre Schutzfunktion kann die Anhörung faktisch kaum noch erfüllen<sup>83</sup>. Die Verwaltung muss daher Drittbetroffene notwendig bereits im Mediationsverfahren beteiligen. Sonst mutiert die faktische Bindungswirkung zur rechtlichen; sie wird rechtswidrig<sup>84</sup>.

In der Grauzone zwischen rechtlichen und faktischen Bindungen kann eine rechtlich missbilligte Vorausprogrammierung durchaus schnell auf den Inhalt der Folgeentscheidung durchschlagen. Das heißt zugleich nicht, dass Vorabbindungen im Verwaltungsverfahren generell unzulässig sind. Für das Bauplanungsrecht hat das BVerwG das im Flachglasurteil<sup>85</sup> bereits festgehalten. Diese Grundsätze lassen sich auf die Mediation übertragen.

---

<sup>83</sup> Hoffmann-Riem (Fn. 52), 211 f.; Holznapel/Ramsauer (Fn. 35), Rdnr. 5 u. 18.

<sup>84</sup> Treffend bereits Hoffmann-Riem (Fn. 52), 219: „Innerhalb des Einschätzungs-, Ermessens-, bzw. Beurteilungsspielraums der Normen kann auf die „Richtigkeit“ nur im Zuge des Entscheidungsvorgangs der Verwaltung Einfluss genommen werden. Geboten ist die volle Anerkennung der Rechtserheblichkeit des komplexen Entscheidungsvorgangs als Element der Rechtmäßigkeit“; vgl. auch ders. (Fn. 31) S. 54 ff.; Appel (Fn. 14), Rdnr. 141; Holznapel (Fn. 52), S. 216 f.; Pünder (Fn. 32), 19 u. 24 ff., Stumpf (Fn. 71), S. 282 f. jeweils m.w.N.

<sup>85</sup> BVerwGE 45, 309 (320); dazu etwa Fehling, Informelles Verwaltungshandeln, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 2, 2008, § 38 Rdnr. 8; Pünder (Fn. 81), § 15 Rdnr. 15; Hoffmann-Riem (Fn. 52), 233.

Vorabbindungen sind danach nur unbedenklich, wenn sie (1.) sachlich gerechtfertigt, (2.) unter Wahrung der Zuständigkeitsordnung getroffen und (3.) inhaltlich nicht zu beanstanden sind. Die Mediation kann diese Voraussetzungen erfüllen – dies jedoch nur, wenn sie Verfahrensrechte Drittbetroffener nicht abschneidet. Die Genehmigungsentscheidung muss rechtlich wie faktisch so lange offen gehalten werden, bis Drittbetroffene ausreichend Gelegenheit hatten, ihre Interessen im Entscheidungsprozess geltend zu machen. Wo eine faktische Vorabbindung die Entscheidungsfreiheit der Behörde beschränkt, ist als Kompensation eine Erhöhung der gerichtlichen Kontrolldichte angezeigt<sup>86</sup>.

#### **IV. Fazit**

Mediation und Gemeinwohl sind keine unversöhnlichen Geschwister. Sie verstehen sich aber auch nicht blind. Ihr Beziehungsverhältnis ist komplex. Die Mediation darf sich zwar als Teil der Ordnungsidee kooperativer Gemeinwohlkonkretisierung verstehen. Sie aktiviert gesellschaftliche Beiträge der Rechtsgenossen zur Gemeinwohlfindung. Getragen von dem Leitmotiv „ein Frieden ist besser als zehn Siege“ schafft sie Akzeptanz, Planbarkeit und Vertrauen (insbesondere) in komplexen verwaltungsrechtlichen Problemlagen. Mediation ist dabei mehr als schlichte Versöhnungsromantik. Ihr liegt ein unnostalgisches, rationales Kalkül eines „working together to win“ zu Grunde.

Dem Ergebnis des Mediationsverfahrens schon deshalb Gemeinwohlcharakter zuzusprechen, hieße jedoch, den auf die Selbstregulierung von Egoismen abgerichteten Charakter von Mediation zu verkennen. Die Interessen Dritter, insbesondere künftiger Generationen und nicht tauschförmig eingebundener Individualinteressen droht sie nur unzureichend abzubilden. Die Verhandlungspsychologie lässt eine gemeinwohlvergessene Eigendynamik entstehen. Machtasymmetrien können die Gerechtigkeitsfunktion des Ergebnisses gefährden. Eine aktive Rolle des Mediators mag hier ein denkbare Gegengewicht bilden. Sie ist zur Sicherung des Gemeinwohls als solche aber unzureichend. Ohne Beleihung verpufft ihre Idee. Eine Beleihung wiederum würde den Mediator zum Repräsentanten des Staates machen und damit die neutrale, dezentrale Einigungssuche gefährden. Die Installierung eines Vertreters des öffentlichen Interesses nach dem Modell § 36 VwGO, der die Behördenegoismen und -verstrickungen überbrückt, wäre eher denkbar, aber gleichsam ein behördlicher Pleonasmus und insoweit nur beschränkt ein Gewinn. Der geborene und verantwortliche Vertreter des öffentlichen Interesses ist die Behörde. Die

---

<sup>86</sup> In diesem Sinne auch *Hoffmann-Riem* (Fn. 31), S. 64; *J.P. Schneider* (Fn. 31), S. 99.

demokratische Ordnung hat sie als Gemeinwohlverantwortliche auf den Posten gestellt. Sie trägt die Letztverantwortung für die Entscheidung, ob und inwieweit die Mediationsergebnisse in die staatliche Rechtsordnung implementiert werden. Die Letztverantwortung und die Grenzen der Vorabbindung bilden die rechtsstaatlichen Sicherungsinstrumente gegen eine Unterwanderung demokratischer Gemeinwohlsentscheidung. Gewiss: Auch staatliche Behörden können das Gemeinwohl verfehlen. Die Mediation kann ihnen aber nicht seine Konkretisierung abnehmen. Seine Kontrolle ist Aufgabe der Gerichte, nicht der Mediation. Insoweit ist das Urteil des HessVGH zum Frankfurter Flughafenausbau ebenso wie ein stiller Triumph der Mediation vielleicht auch ein Bewährungserfolg des Rechtsstaates und der Demokratie.