



Martin Risak

**Überblick:** Das Arbeitsverhältnis scheint durch seine Konflikthanfälligkeit und seine grundsätzlich auf Dauer angelegte persönliche Beziehung geradezu prädestiniert für den Einsatz von Mediation – aber die Praxis fragt wenig nach. Der mitunter bewusst provokant formulierte Beitrag untersucht die Frage nach den möglichen Ursachen am Beispiel Österreichs und diskutiert Lösungsansätze.

# Mediation arbeitsrechtlicher Konflikte

## Potenziale und Barrieren in Österreich

### 1. Machtungleichgewicht als Charakteristikum des Arbeitsrechts

Das Arbeitsrecht ist jener Rechtsbereich, der in besonderer Form von einem **Machtungleichgewicht** geprägt ist, das auf unterschiedlichen Ebenen zum Ausdruck kommt:

- Der Arbeitsvertrag ist schon rechtlich als ein Vertragsverhältnis ausgestaltet, in dem der einen Partei (dem/der ArbeitgeberIn) gegenüber der anderen (dem/der ArbeitnehmerIn) das Recht einräumt wird, persönliche und fachliche **Weisungen** zu erteilen.
- Es besteht hinsichtlich der Aushandlung der Arbeitsbedingungen ein **Verhandlungsungleichgewicht**, da die ArbeitnehmerInnen in der Regel auf das dadurch erzielte Entgelt zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts und außerdem auf die Produktionsmittel ihrer VertragspartnerInnen zur Verwertung ihrer Arbeitskraft angewiesen sind.
- Dieses Ungleichgewicht betrifft auch die **Rechtsdurchsetzung**, insb. den Zugang zum Recht (*access to justice*). Im aufrechten Arbeitsverhältnis werden aus Angst vor der Beendigung kaum Ansprüche gegenüber ArbeitgeberInnen geltend gemacht.
- **Ressourcen** sind typischerweise zu Gunsten der ArbeitgeberInnen **ungleich verteilt**, was sich sowohl

auf das Aushandeln der Arbeitsbedingungen als auch auf die Anspruchsdurchsetzung auswirkt.

Dieses Machtungleichgewicht hat dazu geführt, dass sich im 19. und 20. Jahrhundert Institutionen entwickelt haben, die diese Asymmetrien ausgleichen sollen. Dabei spielen **kollektive AkteurInnen** (insb. Gewerkschaften und Betriebsräte) eine besondere Rolle. Sie dienen dazu, die auf individueller Ebene unterlegene Position der Arbeitenden einzuebnen – Konflikte werden auf eine kollektive Ebene „gehoben“ und dort, wo ein annäherndes Gleichgewicht besteht, ausverhandelt. Kollektiv- bzw Tarifverträge, Betriebsvereinbarungen und betriebliche Mitbestimmung sind ebenso Ausflüsse dieses kollektiven Zugangs wie unterschiedliche informelle Formen der Intervention der kollektiven AkteurInnen bei individuellen Konflikten.<sup>1</sup>

Das Arbeitsrecht ist somit vor allem in Europa nicht nur hinsichtlich seiner Institutionen und der Rechtsgestal-

1) Purcell, Individual Disputes at the Workplace: Alternative Dispute Resolution, 2010, 10 – online unter <http://www.eurofound.europa.eu/eiro/studies/tn0910039s/tn0910039s.htm> (13.9.2013).

tung, sondern auch bei der Rechtsdurchsetzung durch einen **kollektiven Zugang zur Konfliktlösung** geprägt. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass die Arbeitenden nicht als Individuen zu ihrem Recht finden können, sondern es dafür der Solidarisierung und des gemeinsamen Auftretens bedarf.<sup>2</sup> Wie passt da die Mediation als individualistisches Verfahren hinein?

Die Mediation geht ja von einem anderen Menschenbild aus: Der/die einzelne ist als Individuum grundsätzlich dazu kompetent, seine/ihre Probleme selbst zu lösen – die Mediationsperson als allparteiliche Dritte stellt dabei sicher, dass die Konfliktparteien in einem fairen kooperativen Verfahren eine für beide akzeptable Lösung finden. Aus der Sicht des Arbeitsrechts und der Arbeitsbeziehungen ist jedoch auf die mit einer derartigen Einstellung verbundenen Risiken hinzuweisen: Auch wenn man Mediationspersonen nur die besten Intentionen unterstellen möchte, hat diese Form der Konfliktbeilegung doch auch das Potenzial, die Macht der übermächtigen ArbeitgeberInnen gegenüber den in vieler Form unterlegenen ArbeitnehmerInnen zu vergrößern. Dabei können beispielsweise folgende Elemente der Mediation instrumentalisiert werden: die Vertraulichkeit des Verfahrens, das zu einem reduzierten soziale Regulativ desselben führt; die verfahrensimmanente Machtposition und geringe Kontrolle der – üblicherweise von ArbeitgeberInnen ausgewählten und finanzierten – MediatorInnen; die bewusste Informalität und Flexibilität des Verfahrens, die Machtgefälle verstärken kann; die fehlende Überprüfbarkeit der Vereinbarungen an generellen Maßstäben sowie die Möglichkeit der Individualisierung kollektiver Konflikte („divide et impera“).<sup>3</sup>

» **Deshalb scheint Mediation – zumindest auf den ersten Blick – kaum ins Arbeitsrecht zu passen oder doch?**

Für die Beantwortung dieser Frage ist es hilfreich, wenn man sich die unterschiedlichen Arten von Konflikten vor Augen führt und kurz betrachtet, wie diese bislang gelöst werden. Dies ermöglicht eine differenzierte Auslotung des Potenzials der Mediation in diesen Bereichen sowie eine bessere Analyse möglicherweise bestehender Barrieren.

## 2. Arten von rechtlichen Konflikten im Arbeitsleben

Im Arbeitsrecht wird gemeinhin zwischen Rechtsstreitigkeiten und Regelungsstreitigkeiten sowie zwischen individuellen und kollektiven Konflikten unterschieden:

- Rechtsstreitigkeiten („*disputes of rights*“) sind Konflikte über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts. Es geht dabei es um die Subsumtion eines Lebenssachverhalts unter eine bestehende Rechtsvorschrift, wobei Konflikte einerseits auf der Tatsachenebene (Was ist tatsächlich passiert?) und andererseits auf der Rechtsebene (Was ist der Inhalt der Norm?) stattfinden können.
- Regelungsstreitigkeiten („*disputes of interest*“) sind hingegen Konflikte über die Schaffung neuen Rechts sowohl in Form von kollektiven Rechtsquellen, d.h. Betriebsvereinbarungen und Kollektivverträgen aber auch über auf Vertrag begründete Rechtspositionen (z.B. Vereinbarungen über den Verbrauch von Urlaub oder die Reduktion von Arbeitszeit).
- Weiters können diese Konflikte
  - das individuelle Verhältnis ArbeitnehmerIn und ArbeitgeberIn (individuelle Konflikte)
  - sowie als kollektive Konflikte das Verhältnis zwischen Gruppen von ArbeitnehmerInnen und ArbeitgeberInnen bzw deren RepräsentantInnen (Betriebsräte, Gewerkschaften und ArbeitgeberInnenverbände) betreffen.

## 3. Kollektive Regelungskonflikte

Die Intervention durch Dritte zur Unterstützung kollektiver Verhandlungen ist der erste Bereich, in dem Mediation im modernen Sinne eingesetzt wurde: So wird über das „Mutterland“ der modernen Mediation, den USA, bemerkt, dass vor 1965 Mediation außerhalb der kollektiven Verhandlungen von Arbeitsbedingungen unbekannt war.<sup>4</sup> Aber schon 1947 wurde durch den Taft-Hartley Act das (staatliche) „Federal Mediation and Conciliation Service“ eingerichtet, das bei der kollektiven Verhandlung von Arbeitsbedingungen die Unterstützung durch eine neutrale dritte Person bieten und so Arbeitskämpfe vermeiden sollte.

In Europa ging man hingegen zumeist andere Wege und bediente sich nicht neutraler Dritter sondern Schlichtungskommissionen, die mit ArbeitgeberInnen- und Ar-

2) Dies spiegelt das vor allem in US amerikanischen Gewerkschaften populäre auf eine Aesop-Fabel zurückgehende Motto „United we stand, divided we fall“ wieder.

3) Vgl die „Oppression Story“ von Baruch Bush/Folger, *The Promise of Mediation*<sup>2</sup> (2005) 15ff.

4) Baruch Bush/Folger, 2005, 7.

beitnehmerInnenvertretern beschickt werden (z.B. in Österreich das Bundeseinigungsamt zur Schlichtung von Kollektivvertragsstreitigkeiten<sup>5</sup> oder die Schlichtungsstellen für Konflikte über den Abschluss, die Änderung und Beendigung von Betriebsvereinbarungen<sup>6</sup>).

» Bei der Schlichtung wird nicht die Neutralität, sondern der paritätische Interessenausgleich innerhalb des Schlichtungsorganes als Weg gesehen, Akzeptanz bei beiden Seiten zu gewinnen.

Auch die mit zumeist individuellen Rechtsstreitigkeiten befasst Arbeitsgerichtsbarkeit folgte übrigens diesem Muster und beteiligte LaienrichterInnen, die von den ArbeitnehmerInnen- und ArbeitgeberInnenvertretungen entsandt wurden, an der Entscheidungsfindung.

Das in Österreich eingesetzte Verfahren zur Lösung kollektiver Regelungskonflikte unterscheidet sich von der Mediation in seiner Konzeption und wird gemeinhin als „Schlichtung“ bezeichnet: Das Bundeseinigungsamt hat „zwischen den Streitparteien zu vermitteln und auf eine Vereinbarung der Streitparteien zwecks Beilegung der Streitpunkte hinzuwirken“<sup>7</sup> und kann überdies „einen Schiedsspruch fällen ... wenn die Streitparteien ... sich dem Schiedsspruch unterwerfen.“<sup>8</sup> Die Schlichtungsstelle „hat zwischen den Streitparteien zu vermitteln; Vorschläge zur Beilegung der Streitfrage zu erstatten und auf eine Vereinbarung der Streitparteien hinzuwirken; falls erforderlich, hat sie eine Entscheidung zu fällen.“<sup>9</sup> Es wird somit ein gesetzlich geregeltes med-arb-Verfahren unter Beteiligung der SozialpartnerInnen zur Verfügung gestellt, das jedoch nur in wenigen Einzelfällen genutzt wird. Zumeist kommt es – insbesondere bei Kollektivvertragsverhandlungen – zu einer Intervention von SpitzenfunktionärInnen der Interessenvertretungen und einer vertraulichen kooperativ gefundenen Lösung.<sup>10</sup> Auch wenn sich hier Mediation bewähren könnte, dürfte doch wegen des seit Jahrzehnten eingespielten, den ArbeitnehmerInnen- und ArbeitgeberInneninteressenvertretungen einen Einfluss sichernden und wohl auch deshalb effizient funktionierende Konfliktbelegungsmechanismus kein Bedarf an dieser grundlegend anderen Form der Konfliktbeilegung bestehen. Gut denkbar ist jedoch der Einsatz von auch in der Mediation angewendeten Techniken der Unterstützung von Konfliktparteien bei ihren Verhandlungen im Rahmen der Schlichtung durch den Einsatz von entsprechend ausgebildeten Personen als Vorsitzende dieser Kollegialorgane.

#### 4. Individuelle Rechtskonflikte

Der Bereich der Durchsetzung grundsätzlich vor Gerichten einklagbarer Rechte (z.B. unbezahlter Lohn oder die Anfechtung einer Kündigung) steht typischerweise im Fokus der öffentlichen Diskussion über den Einsatz von Mediation. Dabei werden in der Regel die positiven Aspekte der Mediation (insbesondere geringere finanzielle und emotionale Kosten, Raschheit des Verfahrens, Selbststimmung und hohe Zufriedenheit der Parteien, Nachhaltigkeit der Lösungen, Lernen von Konfliktkompetenz) stark hervorgehoben, weshalb deren überaus seltene Inanspruchnahme dann doch verwundert. Und selbst dort, wo im österreichischen Arbeitsrecht Mediation vorgesehen ist, nämlich bei der beabsichtigten außerordentlichen Auflösung von Lehrverhältnissen<sup>11</sup> und der Diskriminierung von ArbeitnehmerInnen mit Behinderungen<sup>12</sup>, wird sie von der Praxis kaum genutzt.<sup>13</sup> An möglicherweise dem stärkeren Einsatz von Mediation entgegenstehenden Barrieren möchte ich hier nur zwei Argumente behandeln<sup>14</sup>: einerseits das Rollenverständnis der RichterInnen und andererseits der zumindest in der Öffentlichkeit

» wenig geklärte Umgang mit strukturellen Machtungleichgewichten

im Rahmen der Mediation.

5) §§ 142 ff Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) – online verfügbar unter [www.ris.bka.gv.at](http://www.ris.bka.gv.at).

6) §§ 144 ff ArbVG.

7) § 154 Abs 1 ArbVG.

8) § 155 ArbVG.

9) § 159 ArbVG.

10) Siehe z.B. den MetallerInnenstreik 2010 und dazu Risak, 3,65% oder 5,5%, das ist hier die Frage – Grundsätzliches zum „Metaller\_innen-Oktobersstreik 2011, Juridikum 2012, 23 (24).

11) § 15a Berufsausbildungsgesetz.

12) § 7k Behinderteneinstellungsgesetz und §15 iVm § 10 Behindertengleichstellungsgesetz.

13) Siehe dazu Risak, Die Mediation im Arbeitsrecht, ÖJZ 2012, 389 (392).

14) Siehe zu anderen Barrieren insb Alexander, What's Law Got To Do With It? Mapping Modern Mediation Movements in Civil and Common Law Jurisdictions, Bond Law Review 2001, Iss. 2, Article 5 – online <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol13/iss2/5/> (30.5.2013).

- **Das richterliche Rollenverständnis**

Nach § 204 (österreichischer) Zivilprozessordnung (ZPO) kann das Gericht bei der mündlichen Verhandlung in jeder Lage der Sache auf Antrag oder von Amtswegen eine gütliche Beilegung des Rechtsstreites oder die Herbeiführung eines Vergleiches über einzelne Streitpunkte versuchen. Zum Zwecke des Vergleichsversuches oder der Aufnahme des Vergleiches können die Parteien, sofern sie zustimmen, auch vor einen beauftragten oder ersuchten Richter verwiesen werden. Auf dieser Grundlage wirken (Arbeits-)RichterInnen in vielen Verfahren auf eine gütliche Einigung des bei ihnen anhängigen Rechtsstreits hin und sehen häufig wenig Bedarf zu einem Hinweis auf *„Einrichtungen (...), die zur einvernehmlichen Lösung von Konflikten geeignet sind“*.<sup>15</sup> Hier ist vor allem Aufklärungsarbeit bei den RichterInnen und ParteienvertreterInnen wesentlich, wozu derzeit diverse Initiativen von Mediationsverbänden an österreichischen Gerichten beitragen.

- **Der Umgang mit asymmetrischer Verhandlungsmacht**

Wie bereits angesprochen ist das Arbeitsverhältnis durch ein Machtungleichgewicht auf unterschiedlichen Ebenen geprägt, denen häufig durch die Verlagerung individueller Konflikte auf eine kollektive Ebene begegnet wurde. Gewerkschaften und Betriebsräte leiten ihr Selbstverständnis wesentlich daraus ab, dass sie auch in individuellen Konflikten intervenieren und damit diese gewissermaßen kollektivieren. Sie stehen der Mediation deshalb häufig kritisch gegenüber, da sie diesem Verfahren nicht den Ausgleich von Machtungleichgewichten bzw. einer asymmetrischen Ressourcenverteilung zutrauen.

Diese Skepsis gründet nicht zuletzt auch darauf, dass unter potenziellen MediandInnen weithin das Verständnis vorherrscht, Mediationspersonen seien zur **Neutralität** verpflichtet und dass diese einer aktiven Rolle, wie dies ein Ausgleich von Asymmetrien zwischen den Parteien bisweilen erfordern kann, widerspräche. Dies hat nicht zuletzt seine Ursache auch darin, dass einschlägige gesetzliche Bestimmungen die Neutralität von Mediationspersonen als konstitutives Erfordernis dieser Methode der Konfliktlösung ansprechen.<sup>16</sup> Nach aber wohl herrschender Ansicht und dem Berufsverständnis der überwiegenden Mehrzahl der Mediationspersonen ist jedoch die Neutralität als **„Allparteilichkeit“**<sup>17</sup> zu verstehen. Diese beinhaltet, dass die Mediationspersonen die

Parteien bei Bedarf darin unterstützen, ihre Positionen ebenso wie ihre Anliegen zu klären und verständlich zu machen sowie ihre wichtigen Anliegen zu verfolgen.

» **Sollte eine der Parteien dabei mehr Unterstützung benötigen als andere, so soll das kein Verstoß gegen das Prinzip der Allparteilichkeit darstellen.**<sup>18</sup>

Legitimiert wird dieser Ansatz dadurch, dass die gelegentliche Unterstützung einer Konfliktpartei letztlich allen Konfliktparteien zugutekomme, um das gemeinsam angestrebte Ziel zu erreichen: eine konstruktive, nachhaltige Konfliktlösung, zu dem sich alle Parteien durch das Einlassen auf die Mediation verpflichtet haben.<sup>19</sup>

Mit einem derartigen Verständnis der Allparteilichkeit, die auch eine Verpflichtung zum Ausgleich von Machtasymmetrien beinhaltet, kann der dem Arbeitsverhältnis immanenten Ungleichgewichtslage auch in einem Mediationsverfahren entgegengewirkt werden. Dies erfordert jedoch eine diesbezügliche Sensibilisierung der Mediationspersonen ebenso wie Kenntnisse und Erfahrungen von der Arbeitswirklichkeit und des Arbeitsrechts. Gerade bei arbeitsrechtlichen Konflikten werden sich viele erwarten, dass Mediationspersonen ihre

» **Eingriffsmöglichkeiten auch zur Verhinderung eines bestimmten Ergebnisses einsetzen sollen,**

wenn dieses das Resultat eines Machtungleichgewichts ist.<sup>20</sup> Damit könnte insbesondere bei ArbeitnehmerInnen und deren Interessenvertretung eine stärkere Akzeptanz für Mediation bewirkt werden – auf der anderen Seite könnten jedoch ArbeitgeberInnen dadurch ihre in vielen Fällen stärkere Position geschwächt sehen bzw. gar die

15) § 204 ZPO.

16) So z.B. in § 1 Abs 1 und insb § 16 Abs 2 (österreichisches) Zivilrechtsmediationsgesetz (ZivMediatG): „gegenüber den Parteien neutral“.

17) So auch das (neue) deutsche Mediationsgesetz in § 2 Abs 2: „Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. ... und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind.“ Dazu Unberath, in Greger/Unberath, MediationsG, 2012, § 2 Rz 127.

18) Montada/Kals, Mediation – Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage, 2. Aufl. 2007, 228.

19) Montada/Kals, 2007, 47.

20) Siehe dazu Breidenbach, Mediation, 1995, 174 ff.

Mediationsperson als parteiisch wahrnehmen und deshalb eine Mediation ablehnen. Eine sensible Situation<sup>21</sup>, der meines Erachtens jedoch nicht ausgewichen werden darf, sondern die von Mediationspersonen intensiv reflektiert und mit den Parteien offen diskutiert werden sollte.

### 5. Individuelle Regelungskonflikte

Besonderes Potenzial hat die Mediation meines Erachtens bei den Konflikten über den Abschluss von Vereinbarungen, den Regelungskonflikten, bei denen es kein Recht oder Unrecht gibt. Der österreichische Gesetzgeber stellt hier je nach Anspruch sehr unterschiedliche Verfahren zur Verfügung, die im Wesentlichen dazu führen, dass nach dem Scheitern von Verhandlungen dem/der ArbeitgeberIn die Klagslast auferlegt wird, will er/sie eine einseitige Inanspruchnahme verhindern: Kommt eine Urlaubsvereinbarung in einem Betrieb mit Betriebsrat auch nach dessen Einschaltung nicht zustande, so muss der/die ArbeitgeberIn dagegen Klage einbringen, ansonsten der/die ArbeitnehmerIn den in Aussicht genommenen Urlaub antreten kann.<sup>22</sup> Bei einem Anspruch auf Elternzeit (d.h. die Herabsetzung der Arbeitszeit zu Kinderbetreuungszwecken) ist nach innerbetrieblichen Verhandlungen (unter Beiziehung des Betriebsrats) außerdem ein sogenannter prätorischer Vergleichsversuch vor einem/einer RichterIn zu unternehmen – bei dessen Scheitern kann der/die ArbeitgeberIn auf Stattgebung eines Gegenvorschlages klagen; wird dem nicht stattgegeben, so kann der/die ArbeitnehmerIn Teilzeit zu den von ihm/ihr ursprünglich bekannt gegebenen Konditionen antreten.<sup>23</sup>

Diese Verfahren führen, erst recht mangels Einigung, zu einer hohen Konflikteskalation, die nicht nur für eine weitere Zusammenarbeit nachteilig ist, sondern auch dazu führen kann, dass ArbeitnehmerInnen die ihnen grundsätzlich zustehenden Ansprüche bei Widerstand des/der ArbeitgeberIn gar nicht geltend machen, geschweige denn durchsetzen. Hier kann die davor geschaltete Mediation eine niederschwelligere Möglichkeit zu einer Vereinbarungsfindung bieten und der Rechtsdurchsetzung förderlich sein. Die Mediation von derartigen Regelungsstreitigkeiten sollte m.E. als staatlich finanzierte Dienstleistung bei den Arbeits- und Sozialgerichten angesiedelt sein und würde eine Änderung der gesetzlichen Regelungen bedingen.<sup>24</sup>

**Kommentar der HerausgeberInnen:** Wir packen die Gelegenheit beim Schopf. Martin Risak hat den Artikel

als provokant beschrieben. Er erscheint in der Rubrik Kontrovers. Wer die Kontroverse aufgreifen und auf den Beitrag reagieren möchte, ist dazu eingeladen. Reaktionen bitte an folgende E-Mail-Adresse senden: yvonne.hofstetter@bfh.ch

### Literatur

- Breidenbach, S.: Mediation – Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt. Köln, 1995.  
 Baruch Bush, R./Folger, J.: The Promise of Mediation. 2. Aufl. San Francisco, 2005.  
 Greger, R./Unberath, H.: MediationsG – Recht der alternativen Konfliktlösung. München, 2012.  
 Montada, L./Kals, E.: Mediation – Ein Lehrbuch auf psychologischer Grundlage. 2. Aufl. Basel 2007.  
 Purcell, J.: Individual Disputes at the Workplace: Alternative Dispute Resolution. Dublin 2010.  
 Risak, M.: Die Mediation im Arbeitsrecht, ÖJZ 2012, 389ff.



### Kontakt

Martin Risak, Dr., ist ao. Universitätsprofessor am Institut für Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien mit den Forschungsschwerpunkten Arbeitsrecht, Arbeitsbeziehungen und Mediation.  
[martin.risak@univie.ac.at](mailto:martin.risak@univie.ac.at)  
[www.univie.ac.at/arbeitsrecht](http://www.univie.ac.at/arbeitsrecht).

21) Ittner, Mediation im Arbeitsumfeld – allein eine Frage harter Fakten, in: Joussen/Unberath, Mediation im Arbeitsrecht, 2009, 27 (35): „Gerade bei hierarchischen Konflikten im Arbeitsumfeld kann ein allzu bemühter Machtausgleich zu einem riskanten Drahtseilakt werden.“

22) § 4 Abs 4 Urlaubsgesetz.

23) §§ 15h ff Mutterschutzgesetz, §§ 8 ff Väterkarenzgesetz. Ähnlich, aber nicht ganz deckungsgleich (insb fehlt es am prätorischen Vergleichsversuch), ist dies im Zusammenhang mit der sog. „Familienhospizkarenz“ (Sterbebegleitung und Begleitung von schwersterkrankten Kindern) nach §§ 14a und 14b Arbeitsvertragsrechtsanpassungsgesetz (AVRAG).

24) Siehe zur dabei mE notwendigen Einbeziehung der SozialpartnerInnen (z.B. bei der Erstellung von MediatorInnenlisten) Risak, ÖJZ 2012, 395.