

Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M. A./Maximilian Frye*

Die Rolle des Rechtsanwalts im (Wirtschafts-)Mediationsverfahren

Abstract

Streitbeilegung ist nicht allein mittels Gerichtsverfahren, sondern auch durch außergerichtliche Verfahren denkbar. Das neue Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung soll diese Möglichkeit unterstützen. Daneben setzt es die Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen um.

Eine ähnlich starke Verbreitung von Mediationsverfahren wie in Großbritannien und den USA findet sich in Deutschland nicht. Die Autoren untersuchen in ihrem Beitrag die Hintergründe und zeigen konkrete Auswahlkriterien auf. Die Vorbereitung des Mediationsverfahrens und der Ablauf der einzelnen Phasen werden aus dem Blickwinkel des beratenden Rechtsanwalts dargestellt. Ihm obliegen spezifische Aufgaben. Einen besonderen Schwerpunkt bildet die Auseinandersetzung mit verschiedenen Verhandlungsstilen und deren Handhabung während des Mediationsverfahrens.

* *Maximilian Frye* war Teilnehmer der 5th ICC International Commercial Mediation Competition. *Dr. Nika Witteborg-Erdmann, M. A.*, Lehrbeauftragte für Wirtschaftsmediation und Coach des Heidelberger Teams bei der ICC International Commercial Mediation Competition, ist Akademische Oberrätin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht. Die Autoren danken Frau RiAG *Dr. Ulrike Schmidt-Aßmann* und Herrn Wiss. Mit. *Lars Dittrich*, Teilnehmer der 3rd ICC International Commercial Mediation Competition, für hilfreiche Hinweise, Herrn RA *Dr. Ottmar Kuhn* für gebührenrechtliche Hinweise, und Herrn RA *Dr. Rolf Winkler*, LL. M. für anwaltsrechtliche Hinweise. Die Autoren danken auch Frau Dipl. Übers. *Karla Rupp-Alene* für die Übernahme der Korrekturen und Verlagsvorbereitungen.

I. Einleitung

Es ist ein weltweiter Trend festzustellen, dass anstelle der noch stark verbreiteten Streitbeilegung mittels staatlichen Hoheitsaktes vermehrt die Konfliktbeilegung im Rahmen privater Selbstregulierung tritt.¹

1. Alternative Streitbeilegungsverfahren: Ein weltweiter Trend

So nimmt die Zahl der alternativen Streitbeilegungsverfahren und die Diskussion hierüber stetig zu.² Es drängt sich die Frage auf, was den besonderen Trend hin zu diesen alternativen Streitbeilegungsverfahren ausmacht und welche Folgerungen sich für die beratenden Rechtsanwälte hieraus ergeben. Dies soll anhand des Mediationsverfahrens dargestellt werden.³

a) Praxis

Die Praxis hat sich bereits auf den Weg begeben, den Anforderungen der internationalen Tendenz gerecht zu werden.⁴ So hat die Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) am 1. Mai 2010 eine ganze Reihe von Verfahrensordnungen in Kraft gesetzt, die den Beteiligten unter Zuhilfenahme eines Konfliktmanagers, entsprechend ihrer konkreten Bedürfnisse und nach den Besonderheiten des jeweiligen

1 Greger Auf dem Weg zu einem deutschen Mediationsgesetz ZKM 2010, 120; Hunter International Commercial Dispute Resolution: The Challenge of the Twenty-first Century Arbitration International 2000, 379; zur Einschränkung nur in Bezug auf das Schiedsverfahren: *Lionnet/Lionnet* in Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit 3. Aufl., S. 471; in Bezug auf das Verhältnis Schiedsgerichtsbarkeit – „Conciliation“ vgl. *Sanders* The Links between Arbitration and Conciliation in FS für Sandrock, 2000, S. 823 (832); vgl. auch *Eijsbouts* ADR and Arbitration: Advantages and Disadvantages in Heere International law and The Hague's 750th anniversary 1999, S. 223; zur Situation vor 30 Jahren: *Röhl/Röhl* Alternativen zur Justiz? DR 1979, 33.

2 Vgl. auch *Risse* Neue Wege der Konfliktbewältigung: Last-Offer-Schiedsverfahren, High/Low-Arbitration und Michigan-Mediation BB 2001, Beilage 2, Supplement Mediation & Recht, 16; *Hilber* Alternative Konfliktbeilegung: Early Neutral Evaluation und das selbstständige Beweisverfahren gem. §§ 485 ff. ZPO BB 2001, Beilage 2, Supplement Mediation & Recht, 22 (22 f.); zur „Adjudication“ im englischen Baurecht: *Wiegand* „Adjudication“ – beschleunigte außergerichtliche Streiterledigungsverfahren im englischen Baurecht und im internationalen FIDIC-Standradvertragsrecht RIW 2000, 197; vgl. auch *Hobeck/Mahnken/Koebke* Schiedsgerichtsbarkeit im internationalen Anlagebau – Ein Auslaufmodell SchiedsVZ 2007, 225; *Berger* Law and Practice of Escalation Clauses Arbitration International 2006, 1 (1 f.).

3 Vgl. auch *Duwe/Eidenmüller/Hacke* Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement 2. Auflage (2011), S. 301 ff.

4 Vgl. aber auch das am 22.6.2002 verabschiedete UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation, abrufbar unter http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-conc/03-90953_Ebook.pdf (Stand: 28.7.2012); hierzu *Cimmino* Das UNCITRAL-Modellgesetz über internationale ADR-Verfahren in Wirtschaftsstreitigkeiten 2007.

Falles, zur Verfügung stehen.⁵ Hierzu gehört auch die DIS-Mediationsordnung.⁶ Die Internationale Handelskammer (ICC) in Paris verfügt bereits seit dem 1. Juli 2001 über ein Regelwerk für alternative Streitbeilegungsmechanismen.⁷ Die ICC-ADR Rules sehen die Mediation als Standardverfahren vor (Art. 5 Nr. 2).

Aber auch die Justiz selbst hat in verschiedenen Pilot-Projekten zur gerichtlichen Mediation in den Bundesländern erste Erfahrungen mit dieser Art der Streitbeilegung sammeln können.⁸

Das Europäische Parlament und der Rat haben mit der Richtlinie 2008/52/EG vom 25. Mai 2008 über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen⁹ die Mitgliedsstaaten vor die Aufgabe gestellt, bestimmte Aspekte grenzüberschreitender Mediationsverfahren in Zivil- und Handelssachen in nationalen Gesetzen zu regeln.¹⁰ Auch wenn die zwingenden Vorgaben sich nur auf die Aspekte der Verjährung, der Vollstreckbarkeit und der Vertraulichkeit beziehen,¹¹ so zeichnet sich doch eine allgemeine Tendenz in den Mitgliedsstaaten ab, über die Umsetzung der Richtlinie hinaus noch weitergehende Regelungen zu treffen.¹²

b) Theorie

Für (zukünftige) Berufsträger im Bereich der Konfliktregelung und Streitbeilegung stellt die Kenntnis alternativer Streitbeilegungsmechanismen damit ein weiteres wichtiges Ausbildungselement dar.¹³

Eine der möglichen Alternativen zum staatlichen gerichtlichen Verfahren ist die Mediation.¹⁴ Es handelt sich hierbei um ein Verfahren, in dem ein neutraler Dritter die Streitbeteiligten über Anwendung bestimmter Kommunikationstechniken¹⁵ und unter Einhaltung eines bestimmten sachorientierten Verfahrens darin unterstützt,

5 Vgl. hierzu *Breidenbach/Peres* Die DIS-Mediationsordnung SchiedsVZ 2010, 125 (129).

6 Abrufbar unter <http://www.dis-arb.de/de/16/regeln/dis-mediationsordnung-10-medo-id19> (Stand: 28.7.2012).

7 Abrufbar unter <http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/ADR/ADR-Rules-and-Guide-to-ADR-Rules/ICC-ADR-Rules-and-Guide-to-ICC-ADR-in-several-languages/> (Stand: 28.8.2012).

8 Vgl. *Greger* Gerichtsinterne Mediation. Regelungsempfehlungen vor dem Hintergrund der Pilotprojekte an deutschen Gerichten *RabelsZ* 74 (2010), S. 781.

9 RL 2008/52/EG, *Abl. L* 136 v. 24.5.2008, S. 3 ff.

10 Näher hierzu: *Eidenmüller/Prause* Die europäische Mediationsrichtlinie – Perspektiven für eine gesetzliche Regelung der Mediation in Deutschland *NJW* 2008, 2737; *Wagner/Thole* Die Europäische Mediationsrichtlinie: Inhalt, Probleme und Umsetzungsperspektiven in FS für Kropholler, 2008, S. 915.

11 *Breidenbach/Peres* (Fn. 5), S. 128.

12 Vgl. das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, *BGBI. I* 2012, S. 1577 ff.; *Greger* (Fn. 1), S. 120; *Wagner* Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes *RabelsZ* 74 (2010), S. 794.

13 Dies gilt mittlerweile auch für den Strafprozess: *Sommer* Der moderne Strafverteidiger und die neuen Deal-Strategien *AnwBl* 2010, 197 (198 f.); insg. *Haft* in *Haft/Gräfin v. Schlieffen* Handbuch Mediation 2. Aufl., S. 71 f.

eine einvernehmliche und interessengerechte Lösung ihres Konfliktes zu finden.¹⁶ Dies erfolgt im Wesentlichen, indem der Mediator den Raum für eine Gesprächsatmosphäre anbietet, in der die Parteien in der Lage sind, an der Beilegung ihres Konfliktes zu arbeiten.¹⁷

2. Mediation als Fortsetzung der Verhandlung

Geht man davon aus, dass Mediation nur die Weiterführung einer Verhandlung darstellt,¹⁸ so benötigen die beteiligten Rechtsanwälte zunächst die für eine gelungene Verhandlung notwendigen allgemeinen Verhandlungskompetenzen.¹⁹

a) Verhandlungsführungskompetenz und interessenorientiertes Verhandeln

Das Mediationsverfahren unterscheidet sich jedoch von anderen Verhandlungen insofern, als eine dritte neutrale Person die Verhandlungen leitet. Indem ein neutraler Dritter hinzugezogen und eingeschaltet wird, können sich im Verhandlungsprozess zusätzliche Varianten bieten. Diese können jedoch nur dann hinreichend ausgeschöpft werden, sofern die beteiligten Rechtsanwälte auch über die Kompetenz verfügen, diese Möglichkeiten für ihre Partei zu nutzen.²⁰ Diese Verhandlungsführungskompetenz steht also für eine sinnvolle Einbeziehung des neutralen Dritten in den Ablauf der Verhandlungen. Die beteiligten Rechtsanwälte müssen hierbei über Möglichkeiten und Chancen der Inanspruchnahme des neutralen Dritten gut informiert sein und dieses Wissen im entsprechenden Moment auch umsetzen können.²¹

-
- 14 Instruktive Einführung; *Eisele* Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation JA 2003, 656 (659 ff.); zum Schiedsverfahren: *Schmidt-Abrendts* Einführung in das Schiedsverfahrensrecht JURA 2010, 520; vgl. auch *Eisele* Außergerichtliche Streitbeilegung und Mediation JA 2003, 656 (661 f.).
 - 15 *Ponschab/Schweitzer* Kooperation statt Konfrontation 2. Auflage (2010), S. 220 ff., insb. 240 ff., 266 ff., insb. 272 ff.; vgl. auch *Weiler/Schlickum* Praxisbuch Mediation. Falldokumentation und Methodik zur Konfliktlösung 2008, S. 23 ff.; *Besemer* Mediation. Vermittlung in Konflikten 2007, S. 116 ff.
 - 16 Näher *Breidenbach/Peres* (Fn. 5), S. 129; *Risse* Wirtschaftsmediation 2003, S. 7.
 - 17 *Lobel* in Carbonneau/Jaeggi Handbook on Mediation 2006, S. 41 (42); vgl. zur Schiedsgerichtsbarkeit: *Berger* Integration mediativer Elemente in das Schiedsverfahren RIW 2001, 881 (887 f.).
 - 18 *Abramson* Mediation Representation, Advocating as a Problem-Solver in any Country or Culture 2. Auflage (2010), S. 94; *Breidenbach/Peres* (Fn. 5), S. 126; vgl. auch *Haft* (Fn. 13), S. 70 f.; *Adler* The End of Mediation. An Unhurried Ramble on Why The Field Will Fail And Mediators Will Thrive Over The Next Two Decades, abrufbar unter <http://www.mediate.com/articles/adlerTheEnd.cfm> (Stand: 28. 7. 2012).
 - 19 Vgl. *Schwarz/Troja* Lehrmodul 16: Verhandeln ZKM 2010, 186 (186 ff.); *Risse* (Fn. 16), S. 39 ff.
 - 20 Instruktiv hierzu: *Hohmann* Notizen zum Havard-Konzept. Die Phasen eines Verhandlungsmodells auf der Grundlage des Havard-Konzepts ZKM 2003, 48.
 - 21 Die EU-Richtlinie beschränkt sich in Art. 4 Abs. 2 auf die Forderung nach einer Qualitätssicherung der Mediation durch die Mediatoren, vgl. *Tögel/Rohlf* Die Umsetzung der EU-Mediationsrichtlinie ZKM 2002, 86 (86 f.).

Hierzu zählt insbesondere die Möglichkeit, mit dem Mediator Einzelgespräche zu führen.²² Dies ist beispielsweise in einem Schiedsverfahren auf Grund grundlegender Verfahrensgrundsätze nicht möglich.²³ Ebenfalls im Unterschied zum Schiedsverfahren besteht die Option, das Verfahren auf Wunsch eines der Beteiligten und mit Einverständnis der anderen Partei und des Mediators zu unterbrechen. Schließlich kann jede Partei die Mediation jederzeit einseitig beenden. Mithin kommt den Parteien bei der Verfahrensgestaltung auf der einen Seite eine vollständige Autonomie und damit auch Kontrolle zu. Dies bringt eine hohe Verantwortung der beteiligten Parteien mit sich. Auf der anderen Seite kann dies bei den Parteien aber auch, besonders wenn sich Parteivertreter aus der Ebene der Geschäftsführung im Mediationsverfahren beteiligen, zu einem großen Engagement im Verfahren und damit letztlich zu einer starken Verantwortlichkeit für das Ergebnis führen.²⁴

Die Aufgabe des Dritten ist es, den Kommunikationsfluss wieder in Gang zu bringen, ihn zu lenken und zu leiten und den beteiligten Parteien den Weg von den jeweiligen Positionen zu den dahinterstehenden Interessen zu weisen.

Um dabei entsprechend mitwirken zu können, bedürfen die beteiligten Rechtsanwälte zudem neben den üblichen kompetitiven Verhandlungskompetenzen auch profunder Kenntnisse im interessenorientierten Verhandeln.²⁵ Für eine adäquate Vertretung und Begleitung der Parteien im Verfahren ist es also erforderlich, dass die Rechtsanwälte in der Lage sind, ihr Vorgehen entsprechend dem Verhandlungsstil des Mediators und dem der gegnerischen Partei auszurichten. Die besondere Herausforderung besteht darin, ihre eigene Verhandlungsstrategie und ihren Verhandlungsstil an die im Laufe der Verhandlung gegebenenfalls wechselnden Gegebenheiten anzupassen. Die mit Bedacht und Überlegung erfolgte Auswahl und Einbeziehung des Dritten und der gelungene Einsatz der verschiedenen Verhandlungsarten bestimmen wesentlich die Qualität der Verhandlungen und letztlich auch deren Ergebnisse.²⁶

b) Bedenken gegen den Erwerb zusätzlicher Kompetenzen

Gegen die Behauptung, diese Verhandlungskompetenzen und Verhandlungsführungskompetenzen müssten von der Rechtsanwaltschaft zusätzlich erworben werden, sind vielerorts Bedenken erhoben worden.²⁷ Zwar ist es zutreffend, dass die Anwaltschaft

22 *Eijsbouts* (Fn. 1), S. 225; näher hierzu: *Abramson* (Fn. 18), S. 173 ff., 329 f.

23 *Eidenmüller* Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten RIW 2002, 1 (3).

24 *Eijsbouts* (Fn. 1), S. 226, 228.

25 Vgl. *Goldberg* The Dynamic of Mediation: Is Creative Genius the Key to Successful Mediation? Conference on Mediation, March 29, 1996, Geneva, Switzerland, abrufbar unter <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/goldberg.html> (Stand: 28.7.2012); *Partridge* Alternative Dispute Resolution. An Essential Competency for Lawyers 2009, S. 150 ff.

26 Vgl. *Venzie* in Carbonneau/Jaeggi Handbook on Mediation 2009, S. 77 ff.

27 Vgl. *Erlenmeyer/Hangebrauck* Mediation 2008, S. 94; *Leiss* Empirische Erkenntnisse zur Mediation im Wirtschaftsrecht SchiedsVZ 2007, 139 (145 m. w. N.).

sich immer schon eines eigenen Verhandlungsrepertoires bediente.²⁸ Beratende Wirtschaftsanwälte mit einer großen Verhandlungs- und Vergleichserfahrung verfügen regelmäßig über eine ausgeprägte Verhandlungskompetenz.²⁹ So sind für den erfolgreichen Abschluss einer Vergleichsverhandlung auch die Vorstellungen der anderen Seite über die zukünftige Gestaltung des Verhältnisses einzubeziehen. Der Blick bleibt dabei jedoch häufig auf eine nähere, unmittelbare Zukunft gerichtet.³⁰ Bedürfnisse, Emotionen und sonstige Interessen der Betroffenen sind in der Regel ohne große Relevanz. Auch die Suche nach für alle Beteiligten gewinnbringenden Optionen gestaltet sich dort üblicherweise anders, als es im Rahmen eines Mediationsverfahrens möglich wäre. Der Unterschied zwischen dem kompetitiven Verhandeln und dem interessenorientierten Verhandeln erweist sich schließlich als so erheblich, dass von einer Deckungsgleichheit nicht gesprochen werden kann.³¹ Verschiedene Aspekte des jeweiligen Verhandlungsstils widersprechen sich in ihrer Ausrichtung, so dass ein Umdenken oder gar ein Andersdenken im Rahmen eines Mediationsverfahrens erforderlich ist.³² Im klassischen Gerichtsprozess wird beispielsweise das Geschehene betrachtet und viel Sorgfalt auf das Sammeln von Daten und Fakten zur Beweisführung gelegt. Die Mediation kennzeichnet dagegen der in die Zukunft gerichtete Blick. Ist der Rechtsanwalt im Gerichtsverfahren und im Rahmen einer kompetitiv geführten Verhandlung der Vertreter des Mandanten und handelt als sein gewieftes Sprachrohr, sind im Mediationsverfahren die Parteien selbst die primären Gesprächspartner. Die Rechtsanwälte bleiben hier im Hintergrund und beschränken ihre Darstellung zunächst vor allem auf die rechtlichen Aspekte des Streitfalles. Dies schließt jedoch die Einbeziehung weiterer Thematiken in die Verhandlung, zum Beispiel hinsichtlich einer zukünftigen Kooperation oder möglicher Rabattvereinbarungen durch die Parteien, nicht aus. Der mitwirkende Rechtsanwalt muss hierauf flexibel reagieren können.³³

3. Spezielle Aufgaben des Rechtsanwalts in der Mediation

Damit ergeben sich im Rahmen der Durchführung der einzelnen Phasen eines Mediationsverfahrens für den Rechtsanwalt besondere Aufgaben.

28 Vgl. *Gräfin v. Schlieffen* Anforderungen an einen Mediator ZKM 2000, 52.

29 Das gilt insbesondere für Spezialisten im Bereich Unternehmensakquisition und Unternehmenszusammenschluss.

30 *Walser* Wirtschaftsmediation. Ein Handbuch für Manager, Führungskräfte und Berater 2007, S. 141 f.; vgl. auch *Breidenbach/Peres* (Fn. 5), S. 126.

31 Vgl. hierzu ausführlich *Ponschab/Schweizer* (Fn. 15); *Abramson* (Fn. 18); *Menkel-Meadow*, *Toward Another View of Legal Negotiation: The Structure of Problem Solving* 31 *UCLA L. Rev.* (1983-84), 754 (754 ff.); vgl. auch *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* *Dispute Resolution. Beyond the Adversarial Model* 2005, S. 366; *Goldberg* (Fn. 25).

32 *Partridge* (Fn. 25), S. 150 ff.

33 Vgl. *Hobbs* in *Carboneau/Jaeggi Handbook on Mediation* 2009, S. 177 ff.

a) Vor der Mediation

Die Beratung des Mandanten vor Durchführung des Verfahrens umfasst neben der Auswahl eines geeigneten Streitbeilegungsverfahrens auch die Auswahl des Mediators. Schon hier muss sich der Rechtsanwalt Gedanken über den jeweiligen Verhandlungsstil des neutralen Dritten machen.³⁴ Vor, aber auch während der Mediation unterstützt er als versierter Verhandler seine Partei sowohl beim Herausfinden und Darlegen der eigenen Interessen und Bedürfnisse als auch beim Auffinden der Interessen der anderen Partei.³⁵

b) Während der Mediation

Während der Verhandlungen muss er flexibel mit der Einbeziehung auch nicht-juristischer Thematiken, dem Aufkommen von Emotionen und sonstigen Verhandlungshindernissen umgehen können.³⁶ Voraussetzung für ein solches Verhandeln ist die Wiederherstellung einer guten Kommunikationsgrundlage.³⁷ Für deren Aufbau wäre eine allein auf den Vorteil des eigenen Mandanten bedachte Vorgehensweise oder ein vorwiegendes Einschreiten der Rechtsanwälte nicht förderlich. Ein weiterer Schwerpunkt liegt bei der Suche nach und dem Auffinden von Lösungen, die für alle Konfliktbeteiligten zufriedenstellend und gewinnbringend sind, ohne dass es eine richterliche Endentscheidung gibt.³⁸ Auch hier kann der beteiligte Rechtsanwalt eine wichtige Hilfe und Quelle bei der für beide Seiten gewinnbringenden Lösungssuche sein.³⁹ Die professionelle Beratung des Mandanten vor den Verhandlungen, die Ausübung von interessenorientiertem Verhandeln und die Einbeziehung des Mediators während der Verhandlungen setzen folglich neben profunden Kenntnissen von Verhandlungstheorie, Mediationstheorie und -techniken auch praktische Erfahrungswerte bei den beteiligten Rechtsanwälten voraus. Diese sind in der klassischen rechtsanwaltlichen Berufsausbildung und Tätigkeit nicht automatisch enthalten.⁴⁰

34 Hierzu *Abramson* (Fn. 18), S. 103 ff., *Partridge* (Fn. 25), S. 90 ff.; *Risse* (Fn. 16), S. 131 ff.

35 *Eijsbouts* (Fn. 1), S. 226, 228.

36 *Duve* in *Henssler/Koch Mediation in der Anwaltspraxis* 2. Aufl., S. 157 (184); vgl. *Besemer* (Fn. 15), S. 89; *Walser* (Fn. 30), S. 11 ff.; *Abramson* (Fn. 18), S. 224 ff.

37 *v. Hertel* Die schnelle Langsamkeit der Wirtschaftsmediation ZKM 2002, 173 (174); *Walser* (Fn. 30), S. 154 f.; traditionell galt Ähnliches für Schiedsverfahren, *Dendorfer Vergleichsmanagement in Schiedsverfahren. Tradition oder Innovation schiedsrichterlicher Tätigkeit in FS für Heussen*, 2009, S. 153 (154).

38 *Walser* (Fn. 30), S. 150 f.

39 *Walser* (Fn. 30), S. 141 f.; *v. Hertel* (Fn. 37), S. 176.

40 *Leiss* (Fn. 27), 139 (145 m. w. N.); entsprechend zur Schiedsgerichtsbarkeit: *Schmidt-Abrendts/Schmitt* (Fn. 14), S. 520.

II. Mediation in Deutschland

Die Streitbeilegung durch Mediation ist in Deutschland weiterhin nicht sehr verbreitet.⁴¹ Zwar ist bei der Anzahl ausgebildeter Mediatoren ein Anstieg deutlich wahrnehmbar⁴² und auch die Zahl der Mediationsverfahren steigt langsam an,⁴³ jedoch ist die Durchführung von Mediation bei weitem nicht mit der im angelsächsischen Raum zu vergleichen. Fraglich ist, worin die Ursachen hierfür liegen.

1. Entwicklung in den USA und Großbritannien

Die hohe Verbreitung im US-amerikanischen Raum ist dadurch zu erklären, dass Mediation dort vor dem Hintergrund sehr viel höherer Prozesskosten, längerer Verfahrensdauer und geringerer Vorhersehbarkeit des Ergebnisses wegen der Einbeziehung von Geschworenen⁴⁴ weitaus attraktiver ist als in Deutschland.⁴⁵

In Großbritannien führte die Einführung von Kostenanreizen in den Civil Procedure Rules 1998 (CPR)⁴⁶ zu einer erheblichen Ausweitung von Mediationsverfahren.⁴⁷ Nach Rule 44.3 CPR hat das Gericht bei der Kostentragungsentscheidung auch das Verhalten der Parteien vor und während des Verfahrens zu berücksichtigen.⁴⁸ Fehlt es hier an der Verhandlungsbereitschaft zur Konfliktbeilegung, so kann das Gericht bei Festsetzung der Kosten des Verfahrens nach Rule 44.4 und 44.5 (3) (a) CPR⁴⁹ bestimmen, dass die nicht beilegungswillige Partei eine größere Kostenlast tragen

41 *Duwe/Eidenmüller/Hacke* (Fn. 3), S. 73 f.; zur internationalen Verbreitung: *Horvath* Schiedsgerichtsbarkeit und Mediation – ein glückliches Paar? *SchiedsVZ* 2005, 292 (293).

42 *Tögel/Rohlf* (Fn. 21), S. 86.

43 Zur Mediation durch Gerichte oder im gerichtlichen Verfahren angeordneten Mediation vgl. *Plassmann* in Büttner 4. Zivilprozessrechtssymposium. Deregulierung des Anwaltsmarktes – Gerichtsinterne Mediation – Einheitliche Rechtsprechung 2008, S. 47; *Schreiber* Obligatorische Beratung und Mediation. Ein Verfahrensmodell für die außergerichtliche Streitbeilegung im Rahmen des § 15a EGZPO, Diss. Berlin 2007.

44 *Hill* The Theoretical Basis of Mediation and other Forms of ADR: Why they work *Arbitration International* 1998, 173 (174 Fn. 9).

45 *Breidenbach* Mediation: Struktur, Chancen und Risiken der Vermittlung im Konflikt 1995, S. 30 ff.; allg. zur geschichtlichen Entwicklung: *Fischer* Wirtschaftsmediation im Vergleich mit traditionellen Konfliktlösungsverfahren und die Auswirkungen kultureller Einflüsse 2007, S. 5 ff.; *Hehn* in *Haft/Gräfin v. Schlieffen Handbuch Mediation* 2. Aufl., S. 175 (187 ff.); *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider* Mediation, Practice, Policy and Ethics 2006, S. 96 ff.; vgl. auch *Gottwald* in *Henssler/Koch Mediation in der Anwaltspraxis* 2004, S. 203 ff.; *Duwe* Alternative Dispute Resolution (ADR) – die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA *BB* 1998, Beilage 10, 9 (9 ff.)

46 In Kraft getreten am 26.4.1999, abrufbar unter http://www.justice.gov.uk/civil/procrules_fin/menus/rules.htm (Stand: 28.7.2012).

47 *Greger/Engelhardt* Take mediation seriously or face the consequences *ZKM* 2003, 4 (4 ff.).

48 Vgl. auch Rule 3.1. (5) CPR.

49 Rule 44.5 [...] (3) The court must also have regard to (a) the conduct of all the parties, including in particular (i) conduct before, as well as during, the proceedings; and (ii) the efforts made, if any, before and during the proceedings in order to try to resolve the dispute [...].

muss.⁵⁰ Auch steht es dem Richter nach Rule 26.4. CPR frei, das Verfahren auszusetzen, damit die Parteien eine Streitbeilegung mittels alternativer Streitbeilegungsmöglichkeiten außerhalb des staatlichen Gerichtsverfahrens versuchen.⁵¹

2. Gründe für eine geringe Anwendung in Deutschland

Die Gründe, weshalb es in Deutschland hingegen zu einer noch relativ wenigen Verbreitung oder auf spezielle Streitigkeiten, wie zum Beispiel im elterlichen Sorgerecht, beschränkte und Anwendung von Mediation kommt, sind vielfältig.

a) Allgemeine Gründe

Zum einen ist die niedrige Verbreitung dadurch zu erklären, dass ein verhältnismäßig gut funktionierendes Gerichtssystem existiert, in welchem das Zivilgericht selbst nach § 278 Abs. 1 ZPO gehalten ist, in jeder Lage des Verfahrens auf eine gütliche Beilegung des Streits hinzuwirken.⁵² § 278 ZPO sieht darüber hinaus in Abs. 2 eine obligatorische Güteverhandlung vor der ersten mündlichen Verhandlung vor.⁵³ Gemäß § 278 Abs. 5 ZPO kann nun das Gericht die Parteien auch zur Streitbeilegung vor einen Güterichter verweisen. Möglich ist zum anderen aber auch, dass die Mediation und ihre Besonderheiten vielen nicht bekannt sind.

b) Berufliche Aspekte seitens der Rechtsanwälte

Es sind in der Regel die Rechtsanwälte, die als erste von einer Partei mit der Konfliktbeilegung betraut werden. Ihnen stellt sich dann die Aufgabe, zusammen mit der Partei darüber zu entscheiden, in welcher Art und Weise sich diese gestalten soll. Dass die Entscheidung für die Durchführung eines Mediationsverfahrens dabei eher die seltene Ausnahme als die Regel darstellt mag daran liegen, dass die Rechtsanwälte grundsätzlich der Mediation kritisch gegenüberstehen.⁵⁴ Dies kann seine Grundlage darin haben, dass Rechtsanwälte, wie jedermann, üblicherweise das am liebsten machen, was sie am besten können. Und das ist in der Regel die rechtliche Beratung und die Vertretung des Mandanten vor Gericht, nicht jedoch die Teilnahme an einem

50 Näher hierzu: *Scherpe/Vollers* in Hopt/Steffek *Mediation in Europa*, 2008, S. 259 (266 ff.); vgl. auch *Engelhardt* *ADR – Neue Leit motive für den Zivilprozess ZRP* 2004, 233; *Singer* *The EU Mediation Atlas: Practice and Regulation* 2004, S. 142.

51 Rule 26.4. (1) A Party may, when filing the completed allocation questionnaire, make a written request for the proceedings to be stayed while the parties try to settle the case by alternative dispute resolution or other means. (2) Where (a) all parties request a stay under paragraph (1) or (b) the court, of its own initiative, considers that such a stay would be appropriate, the court will direct that the proceedings, either in whole or in part, be stayed for one month, or for such specified period as it considers appropriate.

52 *Bälz/van de Sande* in Clark *The Dispute Resolution Review* 3. Aufl., S. 322; vgl. aber zu den Möglichkeiten des Richters *Zöller-Greger* in *Zivilprozessordnung. Kommentar* 28. Aufl., § 278 Rn 1.

53 Hierzu *Hess* *Zivilprozessordnung* 29. Auflage (2011), S. 90, 110, 190, 319.

54 Vgl. vor allem *Duwe* (Fn. 36), S. 191.

Mediationsverfahren.⁵⁵ Das Herausfinden der Interessen und Bedürfnisse des Mandanten und deren Handhabung innerhalb der Lösungsfindung stellt eine besondere Herausforderung für einen zur Anwendung von Rechtsvorschriften ausgebildeten Juristen dar. Die rechtliche Argumentation allein bildet jedoch, gerade im Bereich der Wirtschaft, zu Recht nicht immer das alleinentscheidende Element.⁵⁶ Vielmehr spielen daneben auch wirtschaftliche, strategische oder persönliche Beweggründe der Parteien eine zu berücksichtigende Rolle.⁵⁷

Die ablehnende Haltung seitens der Rechtsanwälte mag aber auch auf finanziellen Gründen basieren. Während bei einem Gerichts- oder Schiedsverfahren insbesondere bei Erstellung der Schriftsätze die Arbeit unter mehreren Anwälten aufgeteilt werden kann und somit sehr viele Zeitstunden abgerechnet werden können, ist dies bei der Mediation grundsätzlich nicht möglich. Jedoch bedarf es auch hier der intensiven Vorbereitung. Die Parteien und ihre Vertreter müssen die Interessen der Beteiligten ausfindig machen, verschiedene Lösungsoptionen entwickeln, eine rechtliche Bewertung vornehmen, die Rechtslage und die prozessuale Stellung begutachten. Das Abfassen eines oder mehrerer Schriftsätze mag jedoch bei der Abrechnung besser darstellbar sein.

c) *Gepflogenheiten in Deutschland*

Der Hauptgrund dürfte aber, sowohl hinsichtlich der potentiellen Parteien als auch hinsichtlich ihrer Rechtsanwälte, anderer Natur sein. Im deutschen Raum werden Konfliktlösungen bevorzugt, bei denen der Konflikt in einzelne strittige Ansprüche zerlegt wird, die dann eindeutig geklärt werden.⁵⁸ Im Vergleich zum Ergebnis eines Schiedsverfahrens oder gar eines Gerichtsverfahrens ist der voraussichtliche Inhalt des Ergebnisses eines Mediationsverfahrens im Vorhinein bei weitem nicht so klar fest zu legen. Denkbar ist von einem vollständigen Erlass der Forderung bis hin zur Zahlung in Naturalien ein breites Spektrum. Zudem besteht Unklarheit dahingehend, ob die in der Mediation preisgegebenen Informationen in einem gegebenenfalls später folgenden Gerichtsverfahren nicht sogar gegen einen selbst verwendet werden.⁵⁹ Des Weiteren ist es dem ein oder anderen Unternehmer wahrscheinlich lieber, überspitzt formuliert, eine Schlacht als aufrichtiger Kämpfer zu verlieren, als als ver-

55 *Klett/Sonntag/Wilske* Intellectual Property Law in Germany. Protection, Enforcement and Dispute Resolution 2008, S. 135; noch weitergehend in Bezug auf die Schiedsgerichtsbarkeit: *Park* Arbitration of International Business Disputes. Studies in Law and Practice 2006, S. 607.

56 *Eijsbouts* (Fn. 1), S. 224.

57 Vgl. *Eijsbouts* (Fn. 1), S. 228; vgl. auch *Günther/Hilber* in Henssler/Koch Mediation in der Anwaltspraxis 2. Aufl., S. 485 (523).

58 Vgl. auch *Haft* (Fn. 13), S. 71; *Ponschab* in Breidenbach/Henssler Mediation für Juristen 1997, S. 93 (96); *Abramson* (Fn. 18), S. 41 ff.

59 Vgl. Art. 7 der Mediations-Richtlinie und § 4 des Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BGBl. I 2012, S. 1577 f. hinsichtlich der Verschwiegenheitspflicht des Mediators – und seiner Hilfspersonen – und dem daraus folgenden Zeugnisverweigerungsrecht nach § 383 Absatz 1 Nr. 6 ZPO. Hinsichtlich einer Verschwiegenheitspflicht der Parteien und weiterer Beteiligter vgl. Stellungnahme des Bundesrates, BR-Drucks. 60/11, S. 24 f.

meintlicher Schwächling einen halbherzigen Kompromiss auszuhandeln – vor allem mit dem Gedanken im Hinterkopf, dass man durch einen Gang vor Gericht gänzlich hätte gewinnen können.⁶⁰

d) Verhandlungstechnische Gründe

Da es letztendlich die Anwälte sind, die ihre Mandanten vom Gegenteil dieser hier etwas überspitzt dargestellten Einschätzung überzeugen könnten, ist der Hauptgrund für den noch eher zaghaften Einsatz von Mediationsverfahren in Deutschland bei ihnen zu suchen.

Nach kurzer Analyse stellt sich damit folgende Diagnose: Der kooperative Ansatz der Mediation erscheint mit einer anwaltlichen kompetitiven Grundeinstellung auf den ersten Blick unvereinbar. Ziel des Anwalts ist es klassischerweise, festzustellen, welchen Anspruch sein Mandant gegen wen, worauf und woraus hat. Aufgabe des Anwalts ist es grundsätzlich nicht, im Zuge von Verhandlungen auf kooperative Art und Weise einen Kompromiss auszuhandeln, sondern vielmehr, die Interessen des Mandanten so gut als möglich zu vertreten. Zwar geht es zu weit, deutschen Anwälten und ihren Mandanten eine gänzlich kompetitive Natur zu unterstellen. Das Primärziel ihrer Tätigkeit besteht jedoch darin, die Interessen ihres Mandanten bestmöglich zu vertreten und auch durchzusetzen. Deutsche Rechtsanwälte nehmen teilweise an, dass sie dieses Ziel, dessen Erreichung ihr Berufsbild ihrer Ansicht nach prägt, in einem Mediationsverfahren aufgeben müssten. Deswegen stehen sie Mediationsverfahren von Grund auf skeptisch gegenüber. Überspitzt formuliert, haben sie eine negative Grundhaltung in Bezug auf Mediationsverfahren.

Fraglich ist, ob diese ablehnende Grundhaltung begründet ist, oder ob nicht auch in einem Mediationsverfahren kompetitive Elemente mitberücksichtigt werden können. Folglich ist auch unklar, ob das Mediationsverfahren mit der anwaltlichen kompetitiven Grundeinstellung tatsächlich unvereinbar ist, oder ob vom Mediationsverfahren nicht lediglich eine falsche Vorstellung existiert. Diese basiert auf der Einschätzung, dass Mediationsverfahren nur etwas für kooperative, „mediative“ Menschen seien, welche Gerichtsverfahren und das damit einhergehende Gewinner-Verlierer-Verhalten scheuen.

3. Gang der Untersuchung

Ziel dieses Aufsatzes ist es, auf Grundlage einer Darstellung der Rolle des Rechtsanwalts im Mediationsverfahren darzustellen, dass ein kompetitiver Verhandlungsansatz nicht zwingend der Durchführung einer Mediation widerspricht. Vielmehr ist das Mediationsverfahren auch mit dem kompetitiven Geist der deutschen Anwälte vereinbar. Zunächst sind hierfür die beiden unterschiedlichen Verhandlungsstile näher zu untersuchen. Anschließend wird anhand der Darstellung des Phasenablaufs

60 Vgl. Fischer (Fn. 45), S. 62 ff.

der Mediation dargelegt, welche konkreten Aufgaben der Rechtsanwalt darin zu erfüllen hat.

III. Kooperation v. Konfrontation

Sofern also davon auszugehen ist, dass der deutsche Rechtsanwalt grundsätzlich einen kompetitiven Verhandlungsansatz auf Grund der Gegebenheiten und Erfordernisse der inländischen Gerichtsverfahrensstruktur aufweist⁶¹, demgegenüber ein vornehmlich kooperativer Verhandlungsstil der Durchführung eines Mediationsverfahrens förderlich ist,⁶² zeichnet sich zunächst ein Spannungsfeld ab.

Zwar finden sich außerhalb⁶³ und innerhalb des gerichtlichen Verfahrens auch Möglichkeiten zur Verhandlung,⁶⁴ die grundsätzliche Haltung des Rechtsanwalts ist jedoch, wie aufgezeigt, geprägt durch den Kampf um die Durchsetzung der Rechte und Interessen des eigenen Mandanten.⁶⁵ Zu fragen ist deshalb, ob dieser kompetitive Ansatz im Verhandlungsstil auch einen sinnvollen Platz im Mediationsverfahren haben kann, oder ob die Verwendung kompetitiver Elemente in den Verhandlungen die Zielsetzungen des Mediationsverfahrens, das gegenseitige Verstehen und damit das Eröffnen weiterer Lösungsoptionen, torpediert.⁶⁶ Hierfür sollen zunächst die wesentlichen Grundzüge und Unterschiede der beiden Verhandlungsstile dargestellt werden.⁶⁷

1. Kompetitives Verhandeln

a) Grundlinien

Der typisierte kompetitive oder auch intuitive Verhandler beginnt die Verhandlung mit einer Maximalforderung. Er verbirgt der anderen Partei möglichst die tatsächlichen Begebenheiten, versucht dabei die Gegenseite über die eigene Position zu täuschen und unterstreicht den Eindruck einer unverrückbaren Forderung. Ziel dieses

61 *Ponschab/Schweizer* (Fn. 15), S. 24 ff.; zu den USA: *Abramson* (Fn. 18), S. 41 ff.; *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 365.

62 *Hobbs* (Fn. 33), S. 177 ff.; *Abramson* (Fn. 18), S. 18.

63 Üblicherweise ergeben sich vor als auch nach Einleitung des gerichtlichen Verfahrens nach §§ 261 Abs. 1, 253 ZPO und nach der Durchführung der Beweisaufnahme weitere Verhandlungsmöglichkeiten.

64 Vgl. § 278 ZPO; vgl. auch Art. 3 Nr. 5 und 6 des Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BGBl. I 2012, S. 1577, 1579 zu § 278 und § 278a ZPO.

65 Vgl. *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 364; *Abramson* (Fn. 18), S. 41 ff.

66 Vgl. *Alexander Four Mediation Stories from across the Globe* ReblsZ 74 (2010), S. 732 (758) unter Verweis auf *Adler* (Fn. 18).

67 Weitere Unterteilungen bei *Shell Bargaining for Advantage. Negotiation Strategies for Reasonable People* 1999, S. 9 ff.

Strebens ist es, die Gegenseite in ihrem Glauben an die Durchsetzbarkeit ihrer Ausgangsposition zu erschüttern, um von der eigenen Position während der Verhandlung möglichst wenig aufgeben zu müssen.⁶⁸

Jegliche Offenheit ist dieser Art der Verhandlung abträglich. Es gilt vielmehr der Grundsatz, möglichst wenig von sich und der eigenen Lage preiszugeben und dabei gleichzeitig zu einer realistischen Einschätzung der Situation der Gegenpartei zu gelangen. Mit Taktiken, Tricks oder gar Drohungen, zum Beispiel dem Abbruch der Verhandlungen, werden die Verhandlungsspielräume ausgereizt.⁶⁹ Bestehende oder nur vorgebliche Sachargumente unterstützen dabei die behauptete Position.⁷⁰ Machtungleichgewichte, unterschiedlicher Zugang zu Informationen und abweichende zur Verfügung stehende Zeitkontingente sind weitere das Ergebnis bestimmende Faktoren.⁷¹ Trotzdem enden diese Verhandlungen häufig mit einer Annäherung in der Mitte der anfänglich verkündeten Ausgangspositionen.⁷²

b) Risiken

Der kompetitive Verhandlungsstil birgt spezifische Risiken.⁷³ So führen kompetitiv geführte Verhandlungen üblicherweise zu der eingeschränkten Sichtweise,⁷⁴ dass die zur Verhandlung stehende Masse in der Form zu verteilen ist, dass die eine Seite nur etwas auf Kosten der anderen Seite erlangen kann. Sonstige, über die rein monetäre Betrachtung hinausgehende Aspekte einer kreativen Herangehensweise finden hierbei keine Berücksichtigung. Diese sind für Verhandlungen aber ebenfalls wichtig und dienen dem Auffinden anderer als der ursprünglich vorgestellten Verhandlungsergebnisse.⁷⁵ Im Laufe des Verhandlungsgeschehens neigen die Beteiligten dann dazu, die verbleibenden Restbestände zu halbieren. So werden tendenziell nur häftige Ergebnisse angestrebt.⁷⁶ Das beschwert die Beziehung der Parteien untereinander.⁷⁷ Zudem kann auf diese Weise auch die Beziehung zwischen einer Partei und ihrem anwaltlichen Vertreter belastet werden. Liegt das erzielte Ergebnis letztlich weit unter dem erstgenannten Angebot, können hierfür Erklärungen gegenüber der Mandantschaft erforderlich werden, sofern diese nicht über den Gang der Dinge, nämlich dem üblichen Start mit einer weit überhöhten Maximalforderung, hinreichend informiert

68 *Risse* (Fn. 16), S. 40 ff.; *Haft* Verhandeln. Die Alternative zum Rechtsstreit 1992, S. 9 ff.; *Abramson* (Fn. 18), S. 20.

69 Vgl. auch *Shell* (Fn. 67), S. 201 ff.

70 *Abramson* (Fn. 18), S. 34 ff.

71 Näher hierzu *Risse* (Fn. 16), S. 46 ff.; *Shell* (Fn. 67), S. 89 ff., 107 ff., 146.

72 *Raiffa* Negotiation Analysis. The Science and Art of Collaborative Decision Making 2002, S. 114.

73 *Abramson* (Fn. 18), S. 40 f.; vgl. auch *Ury* Getting Past No. Negotiating Your Way from Confrontation to Cooperation 1993, S. 8 f.

74 *Ury* (Fn. 73), S. 32 ff.

75 *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider* (Fn. 45), S. 54.

76 Vgl. *Fisher/Ury/Patton* Getting To Yes. Negotiating agreement without giving in 2. Auflage (1999), S. 5 ff.

77 *Ury* (Fn. 73), S. 5.

ist. Die Gefahr, ohne Einigung den Verhandlungstisch zu verlassen, ist beim kompetitiven Verhandlungsstil signifikant hoch. Erfolgen aggressive Drohungen oder werden die verwendeten Tricks aufgedeckt und von der anderen Seite als ethisch nicht akzeptabel eingestuft, führt dies in der Regel zum Abbruch der Verhandlungen.⁷⁸ Obwohl es möglich ist, dass die Positionen der Beteiligten sich im Laufe der Verhandlungen annähern und Einigungsmöglichkeiten damit in greifbare Nähe rücken, können diese durch taktierendes oder trickreiches Vorgehen der Betroffenen unerkannt und damit letztlich ungenutzt bleiben.⁷⁹

2. Kooperativer Verhandlungsstil

a) Grundzüge

Ein kooperatives oder problemlösungsorientiertes Verhandeln ist dagegen auf eine möglichst ergebnisoffene und breite Sichtweise der Streitigkeit ausgelegt. Die Beteiligten sehen sich nicht als Gegner, sondern behandeln den bestehenden Konflikt als ein gemeinsames Problem, das es bestmöglich zu lösen gilt.⁸⁰ Hierbei spielen weder Druck noch Drohungen oder persönliche Angriffe, sondern sachliche Argumente und vernünftige Begründungen die entscheidende Rolle.⁸¹ Die Parteien legen die dem Streit zugrundeliegenden Informationen und ihre Interessen offen. Sie decken damit bestehende Einigungshindernisse auf.⁸² Das ermöglicht es, weitergehende Einigungsmöglichkeiten, aber auch Alternativen zu einem verhandelten Ergebnis zu erkennen.⁸³ Dabei geht es zunächst darum, eine gute Kommunikationsbasis zwischen den Parteien zu schaffen. Diese basiert auf gegenseitigem Respekt, dem ernsthaften Bemühen um gegenseitiges Verständnis und der Anerkennung der jeweiligen Sichtweise, sowie gegebenenfalls der Wertschätzung der Beziehung.⁸⁴ Darauf aufbauend werden die dem Streit zugrundeliegenden Interessen und Bedürfnisse der Parteien ermittelt.⁸⁵ Über kreative Ideenfindungsprozesse werden die Parteien dazu animiert, nach sachgerechten Lösungsoptionen zu suchen, die über den bloßen Verteilungsaspekt hinausweisen. Hierdurch werden im Idealfall die jeweils geltend gemachten Interessen erfüllt und die genannten Bedürfnisse befriedigt.⁸⁶ Dies schafft die Chance einer nachhaltigen Beilegung des Konflikts.⁸⁷

78 *Abramson* (Fn. 18), S. 37; vgl. auch *Kupfer-Schneider Effective Responses to Offensive Comments Negotiation Journal*, Heft 4, 1994, 107 ff.

79 *Abramson* (Fn. 18), S. 40 f.; vgl. auch *Shell* (Fn. 67), S. 12 ff.

80 *Abramson* (Fn. 18), S. 45; vgl. auch *Ury* (Fn. 73).

81 Vgl. *Abramson* (Fn. 18), S. 75, 255.

82 Insbesondere unter Anwendung bestimmter Fragetechniken, s. *Abramson* (Fn. 18), S. 440 ff.

83 *Abramson* (Fn. 18), S. 43, 274.

84 Vgl. *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 380; *Abramson*, (Fn. 18), S. 59 f.; *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 21 ff.

85 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 21 ff.; *Ury* (Fn. 73), S. 17 ff.; vgl. *Risse* (Fn. 16), S. 55 ff.

86 *Korobkin Negotiation Theory and Strategy 2002*, S. 111; *Abramson* (Fn. 18), S. 45 ff.

87 Vgl. *Ury* (Fn. 73), S. 33.

b) Gefahren

Ein offener, kooperativer Verhandlungsstil fördert während des Mediationsverfahrens zwar die Effektivität der Verhandlungen,⁸⁸ nicht alle Verhandlungspartner sind jedoch um einen gleichberechtigten kooperativen Informationsaustausch bemüht. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass auch Verhandlungspartner auftreten, die unter Anwendung von kompetitiven Taktiken und Tricks⁸⁹ die offen gelegten Informationen allein zu ihrem eigenen Vorteil nutzen wollen und einem beidseitigen positiven Ausgang des Verfahrens mittels konstruktiver und kooperativer Verhandlungsschritte keine Bedeutung beimessen. Jede offengelegte Information im Hinblick auf eine kooperative Gestaltung des Verhandlungsgeschehens stellt sich damit für die vorleistende Partei als nachteilig oder zumindest riskant dar.⁹⁰ Neben einer ausreichenden Vorbereitung der Verhandlungen⁹¹ ist deshalb auf ein strikt ausgewogenes Verhältnis zwischen den jeweils offengelegten Informationen zu achten.⁹² Sowohl die angestrebten Ziele als auch die persönlich gesetzte Untergrenze des erwarteten Verhandlungsergebnisses dürfen trotz des Verhandlungsdrucks und zügigen Verhandlungsverlaufs nicht aus dem Blickfeld geraten.⁹³ Schließlich kann es in einer solchen Situation auch hilfreich sein, sich auf objektive Standards zu berufen und wissenschaftliche Erkenntnisse in die Verhandlung mit einzubeziehen,⁹⁴ denn eine derart unterlegte Argumentation ist schwieriger zu umgehen als eine bloße Behauptung.

3. Entscheidung für einen Stil

Gleich zu Beginn der Verhandlungen müssen die Beteiligten sich die Frage stellen, welchen Verhandlungsstil sie grundsätzlich verfolgen wollen.⁹⁵ Innerhalb der dann durchzuführenden Risikoabwägung, welche und wie viele Informationen offen gelegt werden sollen, muss also auch berücksichtigt werden, mit welcher Art von Verhandlungspartner die Verhandlungen aufgenommen werden.⁹⁶ Hierfür dienen zum einen die erste persönliche Einschätzung, über Dritte eingeholte und sonstige Informationen, aber auch das Verhalten der anderen Partei in den laufenden Verhandlungen.⁹⁷ Darüber hinaus kann mittels aufmerksamen empathischen Zuhörens viel über die Haltung und Werte einer Gesprächspartei in Erfahrung gebracht werden.⁹⁸ Eine Möglichkeit die andere Partei näher kennenzulernen ist es zudem, Einigungen über wichtige, aber nicht essentielle Elemente, wie beispielsweise die Festlegung von

88 *Shell* (Fn. 67), S. 14; *Ury* (Fn. 73), S. 6.

89 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 137 ff.; *Ury* (Fn. 73), S. 39 ff.

90 *Shell* (Fn. 67), S. 14 f.

91 Vgl. insbesondere *Shell* (Fn. 67), S. 15 ff., 238 f.

92 *Abramson* (Fn. 18), S. 39, 84; *Shell* (Fn. 67), S. 63.

93 *Abramson* (Fn. 18), S. 25; *Shell* (Fn. 67), S. 59 ff.

94 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 86 ff.; vgl. auch *Shell* (Fn. 67), S. 39 ff.; *Ury* (Fn. 73), S. 21.

95 *Shell* (Fn. 67), S. 8 f.

96 Vgl. *ebd.*, S. 9 ff.

97 *Ebd.*, S. 63, 72 ff.

98 *Ebd.*, S. 17.

Terminen und Verhandlungsorten oder die Sitzanordnung im Verhandlungsraum, herbeizuführen.⁹⁹ Schließlich gibt eine einführende Unterhaltung über Alltäglichkeiten die Möglichkeit, Gemeinsamkeiten zu finden oder herzustellen und damit den Weg für eine nähere Kontaktaufnahme mit einer offeneren Gesprächseinstellung zu ebnet.¹⁰⁰

Geht die Gegenseite danach vornehmlich kompetitiv vor, sollte der Schwerpunkt zunächst darauf gelegt werden, ein emotional positives Gesprächsklima zu schaffen.¹⁰¹ Dies kann erfolgen, indem man die Standpunkte der Gegenseite würdigt,¹⁰² gemeinsame persönliche Verbindungen und Übereinstimmungen in der Sache hervorhebt, die jeweilige Entscheidungsfreiheit wahrt, den Status und die jeweilige Bedeutung anerkennt.¹⁰³ Zur Durchsetzung eines kooperativen Verhandlungsansatzes ist es erforderlich, konsequent einen an der Lösung des Problems orientierten kooperativen Verhandlungsstil zu verfolgen ohne der Versuchung nachzugeben, auf kompetitive Taktiken in gleicher Weise zu reagieren.¹⁰⁴ Dann kann es möglich sein, die Gegenseite ebenfalls zu einem anderen Verhandlungsstil zu bewegen und die Verhandlung durch die einzelnen Stufen des mediativen Verhandlungsverlaufs zu führen.¹⁰⁵ Es kann zudem hilfreich sein, die Partei nach ihren Beweggründen für die Verwendung eines bestimmten Verhandlungsstils zu befragen oder diese als kompetitive Kniffe und Schachzüge zu benennen¹⁰⁶ und in eine Verhandlung über die Anwendung dieser Verhandlungsart einzutreten.¹⁰⁷

4. Kompetitives Verhalten innerhalb eines kooperativen Verhandlungsrahmens

Auch innerhalb eines grundsätzlich kooperativen Verhandlungsrahmens kann es zur Anwendung von rechtfertigenden, manipulierenden oder trickreichen Verhandlungselementen kommen.¹⁰⁸ Wie erwähnt, birgt eine allzu freigiebige Darlegung der eigenen Interessen und Ziele immer die Gefahr in sich, gegenüber einem kompetitiv vorgehenden Verhandler weiteres Verhandlungspotential zu verlieren.¹⁰⁹ Dieses Dilemma zwischen der Notwendigkeit, Informationen offen zu legen, um gemeinsame Wertschöpfungspotentiale zu erschließen, und der Gefahr, Hintergrundwissen preiszugeben, ohne eine adäquate Gegenleistung zu erhalten, muss in kluger Art und Weise gelöst werden. Als Leitlinie könnte hierbei dienen, nur die Informationen mit-

99 Vgl. *ebd.*, S. 68 ff.
100 *Abramson* (Fn. 18), S. 77 f.
101 *Shell* (Fn. 67), S. 134 ff., 138; ausführlich hierzu *Menkel-Meadow* (Fn. 31), S. 836 f.
102 *Ury* (Fn. 73), S. 58 ff.
103 *Abramson* (Fn. 18), S. 56 f.; vgl. insg. *Ury* (Fn. 73), S. 52 ff.
104 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 113 ff.; *Ury* (Fn. 73), S. 36 f.
105 *Abramson* (Fn. 18), S. 85 f.; a. A. *Shell* (Fn. 67), S. 15.
106 *Ury* (Fn. 73), S. 41 ff.
107 *Abramson* (Fn. 18), S. 87; *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 135; *Ury* (Fn. 73), S. 13 f., 89 ff.
108 Vgl. *Shell* (Fn. 67), S. 201 ff.
109 *Abramson* (Fn. 18), S. 58; *Shell* (Fn. 67), S. 72 ff.

zuteilen, welche notwendig sind, um weitere Wertschöpfungen erkennbar zu machen. Allerdings müsste dies in einer Art und Weise geschehen, durch die entstehende Risiken, wie das des einseitigen Verlustes an Verhandlungspotential, so gering als möglich gehalten werden.¹¹⁰ Darüber hinaus sollte in Bezug auf die bestehende Beziehung immer wieder überprüft werden, ob der bislang eingeschlagene Verhandlungsweg noch angemessen ist.¹¹¹

a) Argumente für die Verwendung kompetitiver Elemente

Auf der einen Seite mag die mit Bedacht ausgewählte Anwendung von manipulativen oder Druck ausübenden Techniken teilweise dazu führen, Blockaden, Hemmnisse oder einen Stillstand der Verhandlungen zu überwinden und dadurch einen Fortgang der Gespräche zu ermöglichen.¹¹²

Ein kompetitiver Verhandlungsansatz eignet sich darüber hinaus insbesondere bei Verteilungsstreitigkeiten, in denen die eine Seite nur auf Kosten der anderen Seite etwas erlangen kann, so dass sich ein erlangter Vorteil zwingend als Nachteil bei der anderen Seite auswirkt.¹¹³ Diese Verteilungsaspekte finden sich auch bei der Behandlung von Streitigkeiten innerhalb eines Mediationsverfahrens, insbesondere gegen Ende der Verhandlungen. Hier gilt es trotzdem, zunächst unter Hinzuziehung von objektiven, unabhängigen Kriterien weiter kooperativ zu verhandeln, um zu einer Lösung zu gelangen. Sollte dies nicht möglich sein, bleibt letztlich auch innerhalb eines Mediationsverfahrens nur ein kompetitiver Verhandlungsansatz möglich.¹¹⁴

b) Gründe gegen die Anwendung kompetitiver Verhandlungsanteile

Auf der anderen Seite birgt jede Anwendung kompetitiver Verhandlungsanteile innerhalb einer kooperativen Gesprächssituation die Gefahr, dass die andere Seite vor den Kopf gestoßen wird, sie Barrikaden errichtet und Rückzugsmanöver einleitet. Ein offener Gedankenaustausch wird dadurch zumindest verzögert wenn nicht gar vollständig unterbrochen. Dies erschüttert bestehende Einigungspotentiale, und die Chance, zu einem für beide Seiten positiven Ergebnis zu gelangen, zieht unerkannt vorbei.¹¹⁵ Gerade gegen Ende des Verfahrens, wenn Zeitdruck, Erfolgserwartungen und die Restbestände der Streitpunkte häufig Verteilungscharakter aufweisen, ist die Versuchung groß, mittels manipulativer und Druck ausübender Techniken zu einem schnellen Ende der Verhandlungen gelangen zu wollen.¹¹⁶

110 Vgl. Beispiel bei *Abramson* (Fn. 18), S. 58 f., siehe auch S. 269 f.

111 Vgl. *Shell* (Fn. 67), S. 63 ff.

112 *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 372 ff.

113 *Abramson* (Fn. 18), S. 19.

114 *Ebd.*, S. 67 f.

115 Vgl. *ebd.*, S. 5.

116 *Ebd.*, S. 39; vgl. auch *Shell* (Fn. 67), S. 240 ff.

c) Einschränkung der Risiken

Zur Einschränkung des Risikos, dem kompetitiv Verhandelnden innerhalb eines kooperativen Verhandlungsrahmens einen einseitigen Vorteil zu ermöglichen, gilt es, Vorsichtsmaßnahmen zu ergreifen. Neben dem Wissen und der Erfahrung spielt für die Verwendung eines kooperativen Verhandlungsansatzes das Vertrauen in die gegenseitige Kooperationswilligkeit und -fähigkeit eine zentrale Rolle.¹¹⁷ Am Anfang der Verhandlungen besteht die Aufgabe vornehmlich darin, die Kommunikation in Gang zu setzen oder wieder herzustellen und das Vertrauen in die gegenseitige Kooperationsbereitschaft aufzubauen und zu festigen. Dies gelingt erfahrungsgemäß besonders in dauerhaften Geschäftsbeziehungen (z. B. Lieferantenverhältnisse), Erb- und Familienangelegenheiten, Nachbarschaftssachen oder in Verhandlungssituationen, wo es möglich ist, den Beteiligten den beiderseitigen Gewinn durch Kooperation zu verdeutlichen. Voraussetzung für die Entscheidung zur Anwendung eines problemlösungsorientierten Verhandlungsstils ist die begründete Einschätzung, dass auf Grund des bisherigen Verhaltens der anderen Verhandlungspartei auf ein auch zukünftig kooperatives Verhalten vertraut werden kann.

Es bleibt jedoch ein Restrisiko, relevante Informationen preisgegeben zu haben, ohne anschließend eine Gegenleistung hierfür zu erlangen.¹¹⁸ Diese Situation stellt sich besonders dann, wenn eine Partei kein Interesse an der Fortsetzung der Verbindung hat und auch keine Erwartungen hegt, hieraus weitere Gewinne zu ziehen. Im Rahmen funktionierender laufender Beziehungen besteht ein ausgewogenes Verhältnis von Geben und Nehmen.¹¹⁹ Nach Ansicht der Gegenseite muss es sich folglich lohnen, eigene Informationen oder Interessen preiszugeben. Zeigt der Verhandler der anderen Seite einen gegenseitigen Vorteil auf, der möglichst noch über das Ende der laufenden Verhandlungen hinaus besteht, kann diese Gefahr verringert werden. Er hat sich also zu überlegen, welcher zusätzliche Wert in die Verhandlungen hineingebracht werden kann.¹²⁰ Auch eine unnötige Belastung der Beziehung durch zähe und unnachgiebige Verhandlungen sollte vermieden werden. So ist es ratsam, dass der Verhandler sich gerade am Ende der Verhandlungen in einer gewissen Großzügigkeit übt. Ein kleiner Gewinnverzicht kann sich dann sogar als Grundstein eines großen zukünftigen Verhandlungspakets heraus stellen.¹²¹ Schließlich unterstützt dies auch eine engagierte und verlässliche Umsetzung der beschlossenen Ergebnisse.¹²²

d) Der faire Vorschlag

Problematisch erscheint im Bereich des kooperativen Verhandeln die Unterbreitung eines Vorschlages durch eine Seite, den sie persönlich als fair für beide Seiten einstuft.

117 *Shell* (Fn. 67), S. 59; vgl. auch *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 379.

118 Vgl. *Ury* (Fn. 73), S. 13 f.

119 *Shell* (Fn. 67), S. 61 ff.

120 Vgl. *Abramson* (Fn. 18), S. 50 ff.

121 Vgl. Beispiel bei *Shell* (Fn. 67), S. 60 f.

122 *Ury* (Fn. 73), S. 154 f.

Damit macht sie deutlich, dass bei ihr keine weitere Konzessionsbereitschaft vorhanden ist. Erschwerend kommt hinzu, wenn der Hinweis auf objektive Gründe fehlt. Möchte der andere Verhandlungspartner anschließend im kompetitiven Verhandlungsstil weiterverhandeln, besteht die Gefahr, dass der Vorschlagende als unflexibel wahrgenommen wird. Es fehlt auch an einer Verhandlungsmasse. Eine Lösung ist damit, ausgehend von der aufgeworfenen Ausgangsforderung, nur durch hohe einseitige Konzessionen des anderen Verhandlungspartners denkbar.¹²³ Dies kann ihn unzufrieden machen und sich negativ auf die Beziehung auswirken.¹²⁴ Hinzu kommt, dass ein Feld an sozialen Normen existiert, welche festlegen, wann ein Verhalten als fair oder aber als unfair im beidseitigen Sinne anzusehen ist. Dieses ist jedoch nicht einfach zu übersehen. Überschreitet ein Verhandlungspartner mit seinem Angebot eine solche Grenze, drohen die Verhandlungen zu scheitern.¹²⁵

e) Fazit

Letztlich sollte ein Rechtsanwalt die Chance auf einen wertschöpfenden Gewinn, sofern sich die Möglichkeit abzeichnet, durch Kooperieren mit der Gegenseite einen Vorteil für den eigenen Mandanten zu erlangen, nicht ungenutzt verstreichen lassen.¹²⁶ Voraussetzung hierfür ist die Kenntnis im Umgang mit verschiedenen Verhandlungstypen. Nur so kann er sich in diesem durchaus riskanten Bereich angemessen verhalten und eine adäquate Verhandlung führen.¹²⁷ Die nun folgende Darstellung der Tätigkeit des Rechtsanwaltes im Mediationsverfahren beginnt chronologisch mit der Rolle des Anwalts im Vorfeld des Verfahrens und endet mit der Nachbearbeitung des Falles nach Abschluss des Mediationsverfahrens.

IV. Im Vorfeld der Mediation

Sobald der Rechtsanwalt mit der Lösung einer Streitigkeit befasst wird, hat er die dem Fall zu Grunde liegenden Tatsachen zu ermitteln und diese rechtlich zu bewerten. Daneben hat er aber auch Überlegungen anzustellen, wie er vorgehen will, um den Konflikt zu lösen. Er hat unter Anwendung aller seiner Kenntnisse und Erfahrungen sich für eine Art der Streitbeilegung zu entscheiden, die eigene Partei davon zu überzeugen und die Vorgehensweise dann mit der eigenen und der anderen Partei umzusetzen und durchzuführen. Eine Möglichkeit stellt die Durchführung eines Mediationsverfahrens dar.

123 *Note* Boulwareism: Legality and Effekt Harv. L. Rev. 76 (1962-63), 807.

124 *Risse* (Fn. 16), S. 51 ff.

125 *Korobkin* (Fn. 86), S. 194.

126 *Abramson* (Fn. 18), S. 18, 58; zur Effizienz kooperativer Verhandler vgl. *Shell* (Fn. 67), S. 12 ff.

127 Vgl. *Shell* (Fn. 67), S. 15, 235 ff.

1. Das Mediationsverfahren – Chancen und Risiken

Nur sofern der beratende Rechtsanwalt mit den Besonderheiten eines Mediationsverfahrens hinreichend vertraut ist, kann er eine fundierte Abwägung hinsichtlich der Durchführung dieser Verfahrensart vornehmen. Dabei hat er auch die Besonderheiten des konkreten Falles zu berücksichtigen und zu untersuchen, ob dieser im Rahmen eines Mediationsverfahrens gut aufgehoben ist.

a) Allgemeine Vorzüge eines Mediationsverfahrens

Im Gegensatz zu einem traditionellen Gerichtsverfahren richtet sich der Blick innerhalb der Mediation in die Zukunft. Nicht die Aufklärung des vergangenen Geschehens und dessen Bewertung stehen im Vordergrund, sondern die zukünftige Gestaltung der Verhältnisse.

Zu den besonderen Vorzügen eines Mediationsverfahrens zählt, dass an der Lösungsfindung alle Parteien gewinnbringend beteiligt sind. Sie behalten damit die Kontrolle über den Verhandlungsverlauf und dessen Ergebnis.¹²⁸ Die Standpunkte, Interessen und angestrebten Ziele der Beteiligten werden mit Hilfe des Mediators erforscht und bei der Lösungsfindung verarbeitet. Dabei erhalten die Parteien neben dem rechtlichen auch „menschliches“ Gehör.¹²⁹ Ihnen soll dabei vermittelt werden, dass sie mit ihren vorgebrachten Anliegen ernst genommen werden. Das Anliegen innerhalb einer Mediation ist es, kreative Lösungsoptionen zu berücksichtigen und wirtschaftlich sinnvolle Ergebnisse zu erzielen. Die Betroffenen können somit ihre konkreten Bedürfnisse aus der jeweiligen Situation in der gefundenen Lösung wiederfinden. Die durch kooperative und konstruktive Verhandlungen erarbeiteten Lösungen sind darüber hinaus besonders trag- und durchsetzungsfähig.¹³⁰

Durch den reduzierten Zeitaufwand schonen die Beteiligten ihre Ressourcen¹³¹ und bekommen eine höhere Planungssicherheit.¹³² Auf Grund der regelmäßig schnellen Verfügbarkeit des Mediators und der straffen Zeitvorgaben und -planungen gelangen die Parteien zeitsparend, effizient und unbürokratisch zu einem Ergebnis ihres Konfliktes.¹³³

Die Vertraulichkeit der Verhandlungen bewahrt die Beteiligten vor möglichen Imageverlusten und unterstützt damit auch ein Fortführen der geschäftlichen und persönlichen Beziehungen.¹³⁴

128 *Duwe* (Fn. 36), S. 157, 189.

129 *Bülow* in *Walz Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung 2006*, S. 45 (48).

130 Vgl. *Dendorfer* (Fn. 37), S. 154; *Leiss* (Fn. 27), S. 142 f.

131 Vgl. *Dendorfer* (Fn. 37), S. 163 f.

132 *Walser* (Fn. 30), S. 178 ff.

133 *Mackie* *The Use of Commercial Mediation in Europe*, Conference on Mediation, March 29, 1996, Geneva Switzerland, abrufbar unter <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/mackie.html> (Stand: 28.7.2012); v. *Hertel* (Fn. 37), S. 173 ff.; *Eidenmüller* (Fn. 23), S. 1 f.

134 *Duwe* (Fn. 36), S. 189 f.

b) Fallbezogene Kriterien

Ob ein Konflikt sich besonders für die Durchführung eines Mediationsverfahrens eignet, kann anhand bestimmter Kriterien ermittelt werden.¹³⁵ Dabei ist zwischen parteibezogenen und streitgegenstandbezogenen Aspekten zu unterscheiden.

aa) Aspekte, die für eine Mediation sprechen

Ein Konflikt eignet sich besonders dann für eine Mediation, wenn ein sozialer Dauerkontakt zwischen den Parteien erhalten bleiben soll. Dies kann beispielsweise bei langfristigen Mietverträgen, bei Gesellschaftsverhältnissen und bei der Beteiligung von Familienangehörigen¹³⁶ der Fall sein. Hier sollte jedoch frühzeitig darauf geachtet werden, dass eine Partei sich nicht mit dem Konflikt arrangiert hat und an einer Lösung gar nicht interessiert ist, um Zeitverzögerungen zu vermeiden.¹³⁷ Allgemein ist bei einer Problembewältigung, welche auch ein zukünftiges Miteinander zum Ziel hat, eine andere Art der Konfliktlösung anzustreben als die Durchführung eines Gerichtsverfahrens.¹³⁸ Hierzu gehören auch Konstellationen, in denen eine besondere Emotionalität gegeben ist.¹³⁹ Gerade in Situationen, in denen die Beteiligten nicht mehr oder nur noch erschwert im direkten Gespräch miteinander kommunizieren können, bietet die Hinzuziehung eines neutralen Dritten als Verhandlungsleiter die Chance auf einen neuen Beginn. Gleiches gilt für Verhandlungssituationen, in denen die Gespräche stagnieren oder drohen, sich im Kreis zu drehen.¹⁴⁰ Üblicherweise wünschen die Beteiligten, unter Ausschluss der Öffentlichkeit, eine vertrauliche Handhabung der Streitangelegenheit. Dieser Aspekt kann innerhalb eines Mediationsverfahrens durch die Vereinbarung einer Vertraulichkeitsabrede gewährleistet werden.

Ein weiterer Aspekt, welcher für die Wahl eines Mediationsverfahrens spricht, ist das Vorliegen eines besonders komplexen Sachverhalts, schwierig zu lösender Rechtsfragen und einer Vielzahl von Verhandlungsgegenständen.¹⁴¹ Auch unklare Chancen und Risiken des Streitausganges sowie erhebliche Aufwendungen für die Entscheidung des Rechtsstreits machen einen Streit für eine Mediation geeignet.¹⁴² Sollten außerrechtliche Interessen im Vordergrund einer Streitangelegenheit stehen, so können diese durch eine interessenbasierte Verhandlung innerhalb eines Mediationsverfahrens eher Berücksichtigung finden als in einem auf rechtliche Ansprüche und deren

135 Röhl in Blankenburg/Klaus/Rottleitner Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht 1980, S. 279 (286 ff.).

136 Vgl. hierzu v. Schlippe Zwischen Ökonomie und Psychologie: Konflikte im Familienunternehmen ZKM 2009, 17 (17 ff.).

137 Dendorfer (Fn. 37), S. 167.

138 Breidenbach/Peres (Fn. 5), S. 128.

139 Vgl. auch Dwe (Fn. 36), S. 184; Breidenbach in Breidenbach/Henssler Mediation für Juristen 1997, S. 1 (4).

140 Vgl. Besemer (Fn. 15), S. 20.

141 Schäfer in Torggler Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit 2007, S. 9 (36).

142 Röhl (Fn. 135), S. 308.

Beweisbarkeit gegründeten Gerichtsverfahren. Ist eine Teilbarkeit des Streitobjektes möglich, vom Gesetz her jedoch so nicht vorgesehen, beispielsweise die angeordnete Unteilbarkeit im Schadensersatzrecht, kann mittels Mediation diese Situation in eine als angemessener empfundene Lösungsoption verändert werden.¹⁴³

Schließlich legen interkulturelle Aspekte¹⁴⁴ oder die internationale¹⁴⁵ oder international-rechtliche Art¹⁴⁶ der Auseinandersetzung die Durchführung eines Mediationsverfahrens nahe.¹⁴⁷ Während der Mediation ist es möglich, auf die hieraus resultierenden besonderen Schwierigkeiten mittels einer individuell abgestimmten Verhandlungsstruktur und eines interessenbasierten Verhandlungskonzepts einzugehen und so einen zukunftsorientierten Lösungsansatz zu verfolgen.¹⁴⁸

bb) Anhaltspunkte, die einer Mediation entgegen stehen

Allerdings gibt es auch individuelle Vorgaben, die der Lösung eines Streits mittels Mediation entgegenstehen.

(1) Parteibezogene Aspekte

Sollte eine der beteiligten Parteien eine Präjudizienentscheidung herbeiführen wollen oder eine besondere Öffentlichkeitswirkung wünschen, so ist ein Mediationsverfahren nicht geeignet, diese Ziele zu erreichen.¹⁴⁹ Dies gilt auch, wenn es um die Entscheidung reiner Rechtsfragen geht.¹⁵⁰ Dieselbe Situation ist bei der Forderung nach einer einstweiligen Sicherungsanordnung durch eine oder beide Parteien gegeben. Dies kann nur mittels eines Gerichtsverfahrens erfolgen.¹⁵¹ Richtet eine Partei einen persönlichen Vorwurf an die andere, welcher durch die gerichtliche Entscheidung bestraft werden soll, steht dieser Wunsch der Durchführung eines Mediationsverfah-

143 Vgl. auch *Duwe* (Fn. 36), S. 179 f.

144 *McDonald* Interkulturelle Mediation. Möglichkeiten und Grenzen eines Konzepts 2009; *Busch* Was ist das Besondere an interkultureller Mediation? ZKM 2004, 250 (250 ff.); *Besemer* (Fn. 15), S. 108 f.; zu einem Praxisbeispiel vgl. *v. Hertel* Das ist ja wie Weihnachten ... und Chinesisch-Neujahr ZKM 2002, 267 (270).

145 *Burger-Scheidlin* in Torggler Praxishandbuch Schiedsgerichtsbarkeit 2007, S. 3.

146 *Eijsbouts* (Fn. 1), S. 227; *Witteborg* Zur Rückführung des Kindes im Rahmen des Haager-Kindesentführungsübereinkommen (zu AG Saarbrücken, 21.6.2002 – 40 F 366/02 HKÜ, unten S. 359, Nr. 31 ff.) IPrax 2005, 330 (334 f.); *Duwe* (Fn. 36), S. 188.

147 *Mackie* (Fn. 133); vgl. auch *Lasserre* Optimising the Management of your International Disputes Thanks for Mediation: The French Experience, BB-Beilage Nr. 5 (zu BB 2003, Heft 25), 22; zu Schiedsverfahren: *Dendorfer* (Fn. 37), S. 155).

148 Vgl. *Stringer/Lussardo* in Carbonneau/Jaeggi Handbook on Mediation 2009, S. 153 ff.; *Abramson* (Fn. 18), S. 15.

149 Vgl. *Röhl* (Fn. 135), S. 288; für das Schiedsverfahren gilt Entsprechendes: *Schmidt-Abrendts/Schmitt* (Fn. 14), S. 521; vgl. auch *Duwe/Keller* Privatisierung der Justiz – bleibt Rechtsfortbildung auf der Strecke? – Ein Beitrag zur Auflösung des Spannungsverhältnisses von Privatautonomie und Rechtsfortbildung in der Schiedsgerichtsbarkeit – SchiedsVZ 2005, 169 (169 ff.).

150 *Erlenmeyer/Hangebrauck* (Fn. 27), S. 96.

151 *Breidenbach/Peres* (Fn. 5), S. 128.

rens grundsätzlich entgegen. Denn dieses endet nicht mit einer verbindlichen Entscheidung, sondern mit einer gemeinsam erarbeiteten Lösung. Innerhalb des Mediationsverfahrens bedarf es dabei der besonders intensiven Interessensidentifikation und einer kreativen Lösungssuche, um dem Wunsch nach Pönalisierung gerecht werden zu können.¹⁵² Stellen grundsätzliche Wertorientierungen der Parteien den Gegenstand des Konfliktes dar, so ist ebenfalls von einer Mediation abzuraten.¹⁵³ Eine Diskussion ist in der Regel hierüber nicht durchführbar.

Auch wenn innerhalb der Mediation Emotionen stark berücksichtigt werden, setzt dies doch die Bereitschaft voraus, miteinander sachgerecht in Kommunikation zu treten. Fehlt es hieran, weil die Parteien sich durch die erfolgten Auseinandersetzungen so stark verletzt fühlen, dass es zu einem irreparablen Bruch der Beziehungen gekommen ist, eine Bereitschaft zu einem gemeinsamen konstruktiven Gespräch folglich nicht mehr vorhanden ist, ist von der Durchführung eines Mediationsverfahrens abzuraten.¹⁵⁴ Sollte eine der beteiligten Parteien folglich kein Interesse an einer einvernehmlichen Lösung haben oder eine entscheidende Person nicht für Verhandlungen verfügbar sein, so ist die Durchführung eines Mediationsverfahrens nicht anzuraten.¹⁵⁵ Dies gilt jedoch nur für die generell fehlende Einigungsbereitschaft oder Abwesenheit der Betroffenen. Partielle Unstimmigkeiten stehen einer Mediation nicht entgegen. Bleiben daneben noch ausreichend viele Problemkreise verhandelbar, ist die Durchführung eines Mediationsverfahrens auch in einer solchen Konstellationen durchaus möglich und sinnvoll.¹⁵⁶

Je nachdem, welche Personen am Konflikt beteiligt sind, kann es zu unterschiedlichen Präferenzen hinsichtlich des anzustrebenden Streitbeilegungsverfahrens kommen. So erfahren Privatpersonen tendenziell einen Rechtsstreit als singuläres Vorkommnis, dessen wirtschaftliche, zeitliche und vor allem auch psychische Auswirkungen häufig als belastend empfunden werden. Dies legt nahe, dass die Voraussetzungen für eine schnelle, kostengünstige Konfliktlösung im Verhandlungswege gegeben sind. Für eine als juristische Person organisierte Großpartei stellt sich demgegenüber der Gang vor Gericht als Routineangelegenheit dar. Von ihrer Seite stehen der Durchführung eines Gerichtsprozesses folglich generell keine Hindernisse entgegen.¹⁵⁷

Oftmals unterschätzt ist schließlich auch die Bedeutung der Autonomie der Parteien. Nur dort, wo die Beteiligten intellektuell und wirtschaftlich in der Lage sind, die Vorzüge eines autonomen Verfahrens hinreichend für sich zu nutzen, ist eine Mediation das geeignete Verfahren.¹⁵⁸ Ansonsten fehlt es an einem die schwächere Partei

152 Vgl. *ebd.*, S. 128.

153 *Besemer* (Fn. 15), S. 20.

154 *Breidenbach/Peres* (Fn. 5), S. 128.

155 *Partridge* (Fn. 25), S. 97.

156 *Duve* (Fn. 36), S. 179; vgl. auch *Rieger* Alternative Dispute Resolution versus Schiedsgericht ASA Bulletin 1996, 190 (196 f.).

157 Vgl. *Röhl* (Fn. 135), S. 287 f.

158 Vgl. *Duve* (Fn. 36), S. 171; entsprechendes gilt auch für die Schiedsverfahren, siehe *Schmidt-Abrendts/Schmitt* (Fn. 14), S. 251.

schützenden Korrektiv.¹⁵⁹ Den staatlichen Richter, der dazu aufgerufen ist, diesbezüglich bestehende Ungleichgewichte auszugleichen, gibt es im Mediationsverfahren nicht.¹⁶⁰

(2) Streitgegenstandsbezogene Anhaltspunkte

Besteht ein erhebliches Machtgefälle, ist von der Option, ein Mediationsverfahren durchzuführen, nur mit Bedacht Gebrauch zu machen. Dieses Ungleichgewicht ist für die schwächere, meist private, Partei innerhalb eines selbstbestimmten und konsensualen Verfahrens, wie es die Mediation darstellt, auch durch ein ausgleichendes Vorgehen des Mediators nicht immer zu kompensieren. In solchen Fällen ist damit grundsätzlich von der Durchführung eines Mediationsverfahrens abzuraten.

Teilweise wird argumentiert, dass eine Rechtsschutzversicherung die Partei bei einem Gerichtsverfahren kostenunempfindlich macht und somit ein Mediationsverfahren nicht zu empfehlen ist. Nunmehr übernehmen jedoch die Rechtsschutzversicherer vermehrt auch die Kosten eines Mediationsverfahrens.¹⁶¹ Unter diesem Gesichtspunkt kann der Kostenaspekt in vielen Fällen also nicht mehr als entscheidend herangezogen werden. Anders sieht es im Bereich der Prozesskostenhilfe aus. Hier ist eine Bewusstseinsänderung des Gesetzgebers in Richtung einer Mediationskostenhilfe weiterhin nicht in Sicht.¹⁶²

Das Ergebnis der Mediation stellt eine private Entscheidung dar.¹⁶³ Darin unterscheidet es sich von einem gerichtlichen Urteil, dessen zwangsweise Durchsetzung durch staatliche Gerichte im Vollstreckungsverfahren vorgesehen ist. Die Entscheidung ist folglich nur dann durchsetzungsfähig, sofern sie in einer vollstreckbaren Form niedergelegt wurde.¹⁶⁴ Auch wenn die Vollstreckbarkeit der im Rahmen eines Mediationsverfahrens gefundenen Einigung in der Regel nicht erforderlich ist, hierfür spricht schon die konsensuale Vorgehensweise im Verfahren, sollte dieser Aspekt bei der Entscheidung für oder gegen die Durchführung eines Mediationsverfahrens Berücksichtigung finden. Soll jedoch die Vollstreckbarkeit der Ergebnisse einer Mediation gesichert werden, stellt dies auch schon bislang keine Schwierigkeit dar. Die Voll-

159 Zu Ausgleichsmöglichkeiten innerhalb der Mediation: *Besemer* (Fn. 15), S. 92 ff.

160 *Duwe* (Fn. 36), S. 167; für den Strafprozess und die §§ 257b und c StGB siehe *Sommer* (Fn. 13), S. 197 ff.

161 Vgl. § 5a der Allgemeinen Bedingungen für die Rechtsschutzversicherung, GDV-Musterbedingungen – Anhang, Stand: September 2010, abrufbar unter http://www.gdv.de/downloads/versicherungsbedingungen/schaden-und-unfallversicherung/rechtsschutzversicherung/musterbedingung_rechtsschutz_arb2010_september2010n/ (Stand: 28.7.2012); *Hellmann/Wendt* Die Mediation in der Versicherungspraxis *Versicherungspraxis* 2009, S. 1336 ff., die darauf hinweisen, dass die Versicherer nicht nur über eine Kostenübernahme entscheiden, sondern vielfach auch rechtsberatend tätig werden und dabei auf die Möglichkeit der Durchführung eines Mediationsverfahrens hinweisen; *Erlenmeyer/Hangebrauck* (Fn. 27), S. 95; *Wagner* (Fn. 12), S. 835 m. w. N.

162 *Wagner* (Fn. 12), S. 835 f. m. w. N.

163 Vgl. *Eidenmüller* *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation* 2001, S. 43 ff.

164 *Bülow* (Fn. 129), S. 48; näher hierzu *Risse* (Fn. 16), S. 517.

streckbarerklärung bildet dabei die Grundlage eines Vollstreckungstitels, aus dem dann die Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Möglich ist die Vollstreckung mittels notarieller Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 i. V. m. § 797 ZPO) oder durch Anwaltsvergleich (§ 794 Nr. 4 b ZPO i. V. m. §§ 796 a-796 c ZPO). Denkbar ist auch die Vollstreckung aus einem Schiedsspruch mit vereinbartem Wortlaut (§ 794 Nr. 4 a ZPO i. V. m. §§ 1053, 1060 ZPO).¹⁶⁵ Art. 6 der Mediations-RL verlangt, dass eine schriftliche Vereinbarung am Ende eines Mediationsverfahrens grundsätzlich vollstreckbar zu machen ist. Der ursprünglich nach Art. 3 Nr. 7 des Regierungsentwurfs vorgesehene § 796 d ZPO sah eine kostengünstige und einfache Möglichkeit einer Vollstreckbarerklärung der im Rahmen einer Mediation gefundenen Vereinbarung vor. Diese Regelung lehnte sich an die Vorschriften zum Anwaltsvergleich an. Der Bundestag lehnte diese zusätzliche Regelung auf Grund der bereits ausreichend vorhandenen Möglichkeiten ab.¹⁶⁶ Könnte bei der betroffenen Streitigkeit eine komplizierte Vollstreckung im Ausland erforderlich sein, sollte der Rechtsanwalt bei der Beratung auf diesen Aspekt der Vollstreckung ein besonderes Augenmerk legen.¹⁶⁷

c) Fallbeispiele

Unter Berücksichtigung dieser Punkte muss der Rechtsanwalt zusammen mit seinem Mandanten also eine Abwägung vornehmen, mit welchem Verfahren die Ziele seiner Partei in der konkreten Konstellation bestmöglich zu verwirklichen sind. Als grobe Leitlinie für oder gegen die Durchführung eines Mediationsverfahrens dienen beispielhaft die beiden folgenden Fälle. Spricht die Rechtslage eindeutig zugunsten des eigenen Mandanten und ist sich der Mandant sicher, dass er mit der anderen Partei in Zukunft aller Wahrscheinlichkeit nach nichts mehr zu tun haben wird, ist eine Mediation nicht sinnvoll. Ist der Fall allerdings dahingehend gelagert, dass ein Gerichtsverfahren langjährige Geschäftsbeziehungen, die durchaus auch eine Zukunft hätten, zerstören könnte und die Rechtslage sich zudem alles andere als klar, womöglich sogar zu Ungunsten des Mandanten gestaltet, könnte ein Mediationsverfahren der richtige Weg für den Mandanten sein. Zur besseren Erläuterung dienen die folgenden zwei Beispielfälle.¹⁶⁸

Fall 1:

Unter Anwesenheit des Polizisten P fährt der Autofahrer A mit seinem Auto in das Auto des B. B möchte Schadensersatz geltend machen.

165 Eidenmüller (Fn. 163), S. 43; zur Durchsetzbarkeit von Mediationsklausel und Mediationsvertrag: Günther/Hilber (Fn. 57), S. 531 f.

166 Vgl. BT-Drucks. 17/8058, S. 21.

167 Vgl. Risse (Fn. 16), S. 517; zur Diskussion der Umsetzung der Richtlinie vom 21.5.2008: Wagner (Fn. 12), S. 801 ff.; Steffek Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation *RabelsZ* 74 (2010), S. 841 (863 ff.).

168 Zu weiteren möglichen Anwendungsfeldern: *Krischek* Wirtschaftsmediation als alternatives Streitbeilegungsverfahren 2005, S. 11 ff.

Fall 2:¹⁶⁹

Weinbergbesitzer W und Gourmetprodukt Händler G, die seit mehreren Jahren in für beide Seiten günstigen Geschäftsbeziehungen stehen, schließen einen Vertrag über den Kauf von 1000 Litern Wein, wobei W diesen in Fässern liefert und G ihn selbst in Flaschen abfüllt. Im Vertrag findet sich unter anderem die folgende Klausel:

„(1) Qualität des Weins

W garantiert die Qualität des Weins zu der Zufriedenheit seiner Kunden und steht für diesbezüglich erlittene Verluste ein.“

Gourmetprodukt Händler G verkauft alle 1000 Flaschen und erhält sehr viele Beschwerden über die Qualität des Weins: „Er sei schal und nicht fruchtig.“ G verlangt daher auf der Grundlage von (1) des Vertrages Schadensersatz von W.

Fall 1 dürfte für eine Mediation gänzlich ungeeignet sein. Die Beweislage ist klar und A hat auch keine Notwendigkeit, den B wiederzusehen. Fall 2 hingegen verhält sich wesentlich anders. W und G sind grundsätzlich daran interessiert, ihre Geschäftsbeziehungen fortzuführen. Zudem birgt der Fall für beide Parteien viele Risiken. Es ist nicht geregelt, wer die Qualität des Weins zu beurteilen hat. Es ist nicht eindeutig, wer letztendlich für die schlechte Qualität einzustehen hat. Des Weiteren ist die Vertragsklausel unklar formuliert. Danach muss W nur für die Zufriedenheit des G gerade stehen, nicht jedoch für die Zufriedenheit der Kunden des G. Dieser Fall eignet sich daher in besonderem Maße für eine Mediation.

2. Vorbereitung der Verhandlungen

Entsprechend dem Vorgehen bei einer sonstigen Verhandlung ist auch vor Beginn eines Mediationsverfahrens zunächst ein Schwerpunkt auf die Vorbereitung der Verhandlungen während des Mediationsverfahrens zu legen.¹⁷⁰ In diesem unterstützt der Mediator die Parteien nur darin, eine Lösung ihres Problems zu finden. Die Lösungsfindung selbst hat er also nicht zur Aufgabe. Somit gilt gerade hier für den Rechtsanwalt der Grundsatz, dass eine fundierte und ausführliche Vorbereitung für eine realistische Einschätzung der Sachlage, der Bandbreite der Lösungsmöglichkeiten als auch für die Erwartungshaltung des Klienten erforderlich ist.¹⁷¹

a) *Generelle Information des Mandanten über das Mediationsverfahren*

Ist eine mediationsgeeignete Fallkonstellation gegeben, gilt es nun, den Mandanten, der vom Konzept der Mediation in der Mehrzahl aller Fälle wenn überhaupt nur

169 Der Fall ist einem Fall bei der ICC International Commercial Mediation Competition 2010 nachempfunden.

170 Ury (Fn. 73), S. 16 f.

171 Partridge (Fn. 25), S. 150; Abramson (Fn. 18), S. 313 f.

selten gehört hat, von diesem zu überzeugen.¹⁷² Hierfür hat der Anwalt, wie oben geschildert, die Vorteile und Risiken der Mediation aufzuzeigen. Im Zuge dessen sollte der Anwalt auch eine Prozessrisikoanalyse vornehmen. Er hat den Mandanten also darüber aufzuklären, wie ein mögliches Gerichtsverfahren für ihn enden könnte. Ist der Mandant vom Konzept der Mediation hinreichend überzeugt, muss er ihn anschließend auf das eigentliche Mediationsverfahren optimal vorbereiten.

b) Ermittlung der Interessen der Parteien

Wesentliche Schritte der Vorbereitung sind neben der Ermittlung, welche Themen der konkreten Streitigkeit zu behandeln sind, herauszufinden, welche Interessen der Beteiligten durch diesen Konflikt berührt werden und welche Verhandlungshindernisse bislang bestehen.¹⁷³ Unabdingbar für ein erfolgreiches Mediationsverfahren ist die ausführliche, lückenlose und fundierte Feststellung der dem Fall zugrunde liegenden Interessen des Mandanten. Stehen die monetären Aspekte des Falles gänzlich im Vordergrund, oder wird dies nur dadurch verstärkt, dass ein anderer Kredit abbezahlen ist, der auf den Schultern des Mandanten lastet? Manchmal geht es den Beteiligten auch um andere Aspekte, wie das Aussprechen einer Entschuldigung oder gar um Anerkennung durch die Gegenseite. In dieser Phase muss der Anwalt selbst mediativ tätig werden. Dabei wird ihm nicht selten die Rolle eines Psychologen zukommen, die für einen Rechtsanwalt ungewohnt sein kann.

Allerdings gilt es für den Rechtsanwalt, zu verhindern, dass sich seine Partei, getrieben von den eigenen Vorstellungen, zu sehr auf eine nur eingeschränkte Sicht der Konfliktlage festlegt. Er muss vielmehr dafür sorgen, dass die Partei unter Berücksichtigung ihrer Interessenlage für andere potentielle Lösungsmöglichkeiten hinreichend flexibel bleibt. Dabei sind auch hinsichtlich der möglichen Interessen der Gegenseite Überlegungen und Nachforschungen anzustellen.

c) Feststellung der Einigungsalternativen

Ein weiterer wesentlicher Aspekt der Vorbereitung ist die Feststellung, ob Verhandlungen unter Hinzuziehung eines Dritten überhaupt zielführend sind.

aa) Die Entscheidung zu verhandeln

Verhandlungen werden sinnvollerweise nur dann geführt, wenn dadurch die jeweils betroffenen Interessen besser befriedigt werden können, als dies durch andere zur Verfügung stehende Möglichkeiten, den Konflikt beizulegen, der Fall ist. Auch Verhandlungen kosten Kraft und Zeit und derweil können mögliche Alternativen verloren gehen.¹⁷⁴ Voraussetzung dieser Einschätzung ist, dass die Alternativen zu einem

172 Vgl. Abramson (Fn. 18), S. 152 f.

173 Abramson (Fn. 18), S. 23 ff., 81 f., 131 ff.

174 Ury (Fn. 73), S. 23.

durch Verhandlungen erreichbaren Ergebnis ausreichend ermittelt und bekannt sind. Damit wird dann erst das gesamte Spektrum des Konfliktes deutlich.¹⁷⁵

In kompetitiv geführten Verhandlungen wird üblicherweise vor Verhandlungsbeginn nur festgelegt, was einerseits das Minimum ist, welches der Mandant durch die Verhandlung erlangen will,¹⁷⁶ oder was andererseits das Maximum darstellt, das er für eine Einigung zu geben bereit ist.¹⁷⁷ Eine Einigung kann dann nur innerhalb der durch diese Eckdaten festgelegten Bandbreite stattfinden.¹⁷⁸ Diese Leitlinien bilden jedoch ein zu starres Gerüst. Sie bieten keinen Anreiz für die Entwicklung kreativer Überlegungen, beschränken die Vorstellungskraft und stehen flexiblen Anpassungen an die Entwicklungen während des Verhandlungsgeschehens entgegen. Letztlich stellen eine solche Unter- oder Obergrenze willkürlich gesetzte Komponenten dar.¹⁷⁹

bb) Die eigene BATNA

Die sog. BATNA (Best Alternative to a Negotiated Agreement)¹⁸⁰ steht demgegenüber für die beste Option, die einer Partei zur Verfügung steht, sofern sie den Verhandlungstisch verlässt. Anders als für die Einigung in einem Mediationsverfahren bedarf der Verhandlungsführer für diese Alternative der Zustimmung der Gegenseite nicht. Um diese Alternative jedoch für den eigenen Mandanten zu ermitteln, muss der Rechtsanwalt zunächst klären, wozu der Mandant selbst in der Lage ist, um seine Interessen zu verfolgen. Anschließend hat der Anwalt mit seiner Partei zu erforschen, was diese gegenüber der gegnerischen Partei unternehmen kann, damit die eigenen Interessen von der Gegenseite respektiert werden.¹⁸¹ Letztlich ist zu prüfen, wie weitere Akteure, zum Beispiel ein Richter durch Einleitung eines Gerichtsverfahrens, zur Unterstützung der eigenen Interessen miteinbezogen werden können.¹⁸² Neben einer ausführlichen Prüfung der Erfolgsaussichten eines möglichen Rechtsstreits sollte der Anwalt an dieser Stelle auch eine ausführliche Prozesskostenanalyse vornehmen.¹⁸³ Um sich einerseits vor einem zu schlechten Verhandlungsergebnis zu schützen und um andererseits für sich das Beste aus den Verhandlungen herauszuholen, sollte dafür eine ausgiebige Ermittlung und genaue Erforschung der einzelnen Szenarien und Varianten erfolgen.¹⁸⁴ Bei der endgültigen Bewertung der Verhand-

175 Vgl. *Berger* Private Dispute Resolution in International Business. Negotiation, Mediation, Arbitration 2. Band: Handbook 2006, S. 63 ff.; *Abramson* (Fn. 18), S. 49 ff.

176 Worst alternative to the negotiated agreement (WATNA); *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider* (Fn. 45), S. 209.

177 Diese Grenzen werden auch als „bottom line“, „reservation price“ oder „reservation point“ bezeichnet, vgl. *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 102; *Korobkin* (Fn. 86), S. 41.

178 Auch Zone of Possible Agreement (ZOPA) genannt, näher hierzu *Abramson* (Fn. 18), S. 28 ff.

179 *Ury* (Fn. 73), S. 102 f.

180 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 104.

181 Vgl. *Duve/Eidenmüller/Hacke* (Fn. 3), S. 236; siehe hierzu auch *Abramson* (Fn. 18), S. 49 ff., 60 f.

182 *Ury* (Fn. 73), S. 22, 138; ausführlich hierzu *Abramson* (Fn. 18), S. 233 ff.

183 Näher hierzu *Duve/Eidenmüller/Hacke* (Fn. 3), S. 243 ff.; vgl. auch *Risse* (Fn. 16), S. 352 ff.

184 *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 106 f.

lungsalternativen ist jedoch zu beachten, dass nicht alle Alternativen kumulativ zur Verfügung stehen, sondern letztlich immer nur eine durchführbar ist.¹⁸⁵ Die Partei sollte sich also für die beste aller Alternativen als Messlatte und Ausweg entscheiden. Durch das Erarbeiten von Einigungsalternativen kann eine Partei auch ihre Erwartungen an das Minimum eines Verhandlungsergebnisses steigern. Verhandlungsmacht basiert letztlich im Wesentlichen darauf, welche weiteren Alternativen einer Partei neben einem Verhandlungsergebnis zur Verfügung stehen.¹⁸⁶

cc) Die BATNA der anderen Seite

Daneben sollten auch die der Gegenseite zur Verfügung stehenden Alternativen so weit als möglich in Erfahrung gebracht und sich entsprechend vorbereitet werden. Auf diese Weise kann die Partei während der Verhandlung besser reagieren.¹⁸⁷

d) *Unterrichtung des Mandanten über die konkrete Vorgehensweise*

Nach der lückenlosen Interessenermittlung ist der Mandant mit den Besonderheiten des Mediationsverfahrens vertraut zu machen.¹⁸⁸ Der Rechtsanwalt muss ihm die einzelnen Phasen erläutern. Der Mandant muss dabei auch mit den rechtlichen Risiken, die der Fall birgt, weitgehend vertraut sein, um auf gegebenenfalls hinterlistige Fragen des anderen Anwalts angemessen reagieren zu können. Beispielsweise ist er damit vertraut zu machen, dass eine Vertragsklausel auch zu seinen Ungunsten ausgelegt werden könnte. Diese Aufgabe würde im Beispielsfall dem Rechtsanwalt des G zuteil werden. Er müsste G über die unglückliche Formulierung der Vertragsklausel aufklären. Insbesondere ist erforderlich, dass der Mandant die geplante Vorgehensweise kennt. Da diese erst im folgenden stufenweise erläutert wird, sind diesbezüglich hier nur zwei Dinge zu erwähnen. Zunächst ist erforderlich, dass der Rechtsanwalt dem Mandanten deutlich macht, dass der anfängliche Vertrauensaufbau wegbereitend für einen erfolgreichen Ablauf des Mediationsverfahrens ist.¹⁸⁹ Zudem ist klarzustellen, dass unangenehme oder negative Fragen bzw. Äußerungen nie durch den Mandanten selbst, sondern immer nur durch den Anwalt getätigt werden sollten.

e) *Herbeiführen einer Einigung über die Durchführung eines Mediationsverfahrens*

Hat der Rechtsanwalt diese Vorarbeit geleistet, geht es im Folgenden darum, den Rechtsanwalt der anderen Partei und diese selbst von der Durchführung eines Mediationsverfahrens zu überzeugen. Bei vertraglichen Verhandlungen kann diese Form der Beilegung von Streitigkeiten bereits als Klausel mit in die Verhandlungen

185 *Ebd.*, S. 105.

186 *Duve/Eidenmüller/Hacke* (Fn. 3), S. 237; *Fisher/Ury/Patton* (Fn. 76), S. 106 ff.; *Ury* (Fn. 73), S. 22.

187 *Ury* (Fn. 73), S. 142 f.; *Abramson* (Fn. 18), S. 49.

188 Vgl. *Comodeca* in *Carbonneau/Jaeggi Handbook on Mediation 2009*, S. 55 ff.

189 Vgl. *Abramson* (Fn. 18), S. 310 f.; *Ponschab/Schweizer* (Fn. 15), S. 179 ff.

eingebraucht werden.¹⁹⁰ Unterstützend hilft dabei die Darlegung der beschriebenen Vorzüge dieses Verfahrens unter Berücksichtigung und Heranziehung des jeweiligen konkreten Falles.¹⁹¹

f) *Auswahl des Mediators*

Haben sich die Parteien auf die Durchführung eines Mediationsverfahrens geeinigt, müssen sie in einem weiteren Schritt einen Mediator bestimmen.¹⁹² Während im staatlichen Gerichtsverfahren die Justizverwaltung dafür sorgt, dass der Streit durch einen qualifizierten Juristen als Richter entschieden wird, sind im Mediationsverfahren die Parteien selbst mit der Auswahl und Beauftragung des Mediators befasst.¹⁹³ Neben einer qualifizierten Mediationsausbildung und Erfahrung sollte der Mediator, je nach den konkreten Erfordernissen des Falles, über ein bestimmtes Fachwissen und die entsprechenden persönlichen Voraussetzungen für die Durchführung einer Mediation verfügen.¹⁹⁴ Darüber hinaus ist zu prüfen, ob bestimmte Sprachkompetenzen des Mediators, seine Herkunft oder sein Wohnort von Relevanz sind. Vorab sollte sich der Rechtsanwalt mit seinem Mandanten darüber klar werden, in welchem Stil oder in welcher Stilkombination die Mediation durchgeführt werden soll, insbesondere ob die Durchführung von Einzelgesprächen erwünscht und notwendig ist.¹⁹⁵ Die Beteiligten sollten die Auswahl des Mediators mit viel Sorgfalt vornehmen.¹⁹⁶ Hierfür sollten sie Referenzen über Person, Arbeitsweise, Mediationsstil und Kreativität einholen.¹⁹⁷ Seine Fähigkeit und Bereitschaft, das Verfahren an die Umstände des Falles, die beteiligten Parteien und ihre Berater anzupassen, zählen hier ebenfalls dazu.¹⁹⁸ Schließlich sollte der Mediator auch zeitlich verfügbar sein.

g) *Mediationsverfahren bei einer Mediationsinstitution*

Die Parteien müssen schließlich noch erwägen, ob sie die Auswahl und die gesamte Durchführung eines Mediationsverfahrens einer Institution übergeben wollen.¹⁹⁹

190 *Partridge* (Fn. 25), S. 145 ff.

191 *Abramson* (Fn. 18), S. 155 ff.

192 *Partridge* (Fn. 25), S. 90 f.; zur Co-Mediation vgl. *Walser* (Fn. 30), S. 149.

193 *Bilow* (Fn. 129), S. 50.

194 *Günther/Hilber* (Fn. 57), S. 522 f.; *Ulrich/Vogt* *Mediation in der Praxis: Teil III: Qualifikation des Sachverständigen als Mediator* DS 2009, 305 (305 f.); vgl. auch *Tögel/Rohlf* (Fn. 21), S. 86 ff.; *Tang* *The Use of Conciliation in Arbitration*, Conference on Mediation March 29, 1996, Geneva Switzerland, abrufbar unter <http://www.wipo.int/amc/en/events/conferences/1996/tang.html> (Stand: 28.7.2012).

195 *Abramson* (Fn. 18), S. 157 ff.; vgl. auch *Duwe/Eidenmüller/Hacke* (Fn. 3), S. 87 ff.

196 *Partridge* (Fn. 25), S. 95 f.

197 *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 367.

198 *Hobbs* (Fn. 33), S. 179 f.

199 Vgl. *Schäfer* (Fn. 141), S. 30 f.

V. Das Mediationsverfahren

Da der Ablauf eines Mediationsverfahrens in verschiedene Phasen untergliedert ist, erfolgt auch die Analyse der Rolle des Anwalts anhand dieser Phasen.

1. Das erste Zusammentreffen der Parteien

Klassischerweise beginnt das Mediationsverfahren mit den Eröffnungsplädoyers (opening statements) der Streitparteien.²⁰⁰ Es wird also normalerweise sofort in den Konflikt eingestiegen. Dieses Vorgehen übersieht, dass eine der Grundvoraussetzungen für ein erfolgreiches Mediationsverfahren Vertrauen ist. Es sollte nicht erst in der Interessenphase aufgebaut werden. Idealerweise sollte vor den Eröffnungsplädoyers also ein erstes Zusammentreffen der Parteien stattfinden.²⁰¹ An dieser Stelle sei aber vorneweg schon angemerkt, dass das erste Zusammentreffen der Parteien – und ob ein solches überhaupt stattfinden kann – in der Praxis sehr von den individuellen Gegebenheiten der Streitigkeit abhängt. Es ist jedoch hilfreich und wünschenswert, dass ein solches stattfindet.

a) Ablauf

Ein erstes Zusammentreffen ist vom Rechtsanwalt zuvor mit dem Mediator abzusprechen. Ziel dieses Treffens ist es, das Vertrauen zwischen den Parteien aufzubauen. Dieses erste Zusammentreffen der Parteien kann wegbereitend für den erfolgreichen Ablauf des Mediationsverfahrens sein. Sofern möglich, sollte dieses dann jedoch ohne den Mediator erfolgen, so dass dieser zu den Eröffnungsplädoyers hinzutritt. So wird gleich zu Beginn der Augenmerk darauf gelegt, Vertrauen aufzubauen und der gegenseitigen Bekämpfung zu entsagen.

Sind die Parteien jedoch sehr zerstritten, wird meist die Gegenseite auf der Anwesenheit des Mediators bestehen. In diesem Fall ist die Rolle des Anwalts begrenzt, da der Mediator versuchen wird, juristische Faktoren, die Anwälte eingeschlossen, aus dem Gespräch herauszuhalten.

aa) Ein erstes Zusammentreffen ohne den Mediator

Sollte das erste Zusammentreffen ohne Mediator möglich sein, liegt die Aufgabe des Rechtsanwalts darin, den Vertrauensaufbau zwischen den Parteien zu unterstützen. Dies könnte sich bisweilen als problematisch erweisen. So ist es möglich, dass der eigene Mandant kein unmittelbares Interesse daran hat, Vertrauen zur gegnerischen Partei aufzubauen. Der Anwalt muss dem Mandanten deswegen bereits bei der Vorbesprechung des Mediationsverfahrens deutlich machen, dass der Aufbau von Vertrauen mit der Gegenseite die wichtigste Voraussetzung für ein erfolg-

200 Hacke Rechtsanwälte als Parteivertreter in der Wirtschaftsmediation SchiedsVZ 2004, 80 (81).

201 Vgl. Abramson (Fn. 18), S. 319 f., 271 ff.

reiches Mediationsverfahren ist. Das ermöglicht es, dass er, selbst wenn er diesbezüglich Vorbehalte hat, diese mit Blick auf ein positives Mediationsergebnis ablegt und dem Vertrauensaufbau offen gegenüber steht.

Eine noch größere Schwierigkeit dürfte sich bisweilen stellen, sofern das Verhältnis der Parteien schwerwiegend gestört ist. Hier gilt es, diese Hürde geschickt zu überwinden. Dazu ist erforderlich, dass eine Synchronisation, eine Angleichung, zwischen den beiden Parteien stattfindet.²⁰² Diese kann zum Beispiel durch ein gemeinsames Gesprächsthema erreicht werden. Hierfür eignen sich je nach persönlichen Vorlieben der Beteiligten die aktuellen Entwicklungen auf dem Automobilmarkt oder auch ein Gespräch über Weine. Insbesondere bietet sich aber eine gemeinsame kurze Unternehmung an, beispielsweise ein gemeinsamer Spaziergang. Die Möglichkeiten sind hier äußerst vielfältig und von Fall zu Fall unterschiedlich.²⁰³ Der Anwalt kann hier unterstützend wirken und das Gespräch in eine richtige Richtung lenken. Die Rahmenbedingungen sind zuvor mit der Gegenpartei, insbesondere mit dem gegnerischen Anwalt abzustimmen, so dass es zu möglichst wenigen unangenehmen Überraschungen kommt.

Wichtig ist, dass eine weitgehend komfortable Atmosphäre entsteht, die möglichst viel Konfliktpotential beseitigt. Der Anwalt und seine Partei müssen frühzeitig dafür Sorge tragen, dass die andere Partei auf kooperative Art und Weise eine Lösung des Problems finden will und das Interesse daran verliert, auf einer Austragung des Rechtsstreits vor Gericht zu beharren. Der eigentliche Streit sollte daher möglichst nicht erwähnt werden. Sollte die andere Seite schon zu diesem frühen Zeitpunkt auf den Streit zu sprechen kommen, gilt es, Verständnis für die gegnerische Position zu zeigen. Der Rechtsanwalt kann dazu bereits an dieser Stelle Mediationstechniken anwenden, beispielsweise das Looping. Dabei fasst er das von der gegnerischen Partei Gesagte noch einmal in eigenen Worten zusammen. Er zeigt damit, dass er das vorgebrachte Anliegen nicht nur gehört, sondern auch verstanden hat. Als letzter Schritt folgt die Rückfrage an den ursprünglichen Sprecher, ob das von ihm wiedergegebene dem entspricht, was dieser sagen wollte. Erst jetzt ist der Kreislauf der Verständigung geschlossen.²⁰⁴ Das Ergebnis kann der Rechtsanwalt dann auf seinen Klienten reflektieren, indem er zunächst das von der Gegenpartei Gesagte zusammenfasst und anschließend auf seinen Mandanten verweist: „Sie sehen das ja genauso, Herr Müller.“

bb) Das erste Zusammentreffen unter Anwesenheit des Mediators

Sollte die Gegenpartei auf der Anwesenheit des Mediators bestehen, ist die Rolle des Anwalts zwar begrenzt, jedoch kann der Anwalt zuvor durch Absprache mit dem Mediator günstige Rahmenbedingungen schaffen, also zum Beispiel dem Mediator eine gemeinsame Unternehmung vorschlagen.

202 *Ponschab/Schweizer* (Fn. 15), S. 133 f.

203 *Ponschab/Schweizer* (Fn. 15), S. 182 f.

204 *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider* (Fn. 45), S. 225 ff.; vgl. auch *Erlenmeyer/Hangebrauck* (Fn. 27), S. 77 ff.

b) Schlussfolgerung

Der Rechtsanwalt wirkt beim ersten Zusammentreffen in erster Linie unterstützend. Er kann die Rahmenbedingungen für einen gelungenen Auftakt der Mediation schaffen, Vertrauen aufbauen können die Parteien letztlich aber nur allein. Der Rechtsanwalt kann dabei jedoch helfen, indem er sich zuvor über die Gegenpartei informiert und das Gespräch demzufolge in eine einer kooperativen Lösungsfindung förderliche Richtung lenken kann. In einigen Fällen wird die Situation aufgrund des Streits allerdings so verhärtet sein, dass die andere Partei ein erstes Zusammentreffen vor den Eröffnungsplädoyers ablehnen wird. Hier kann der Rechtsanwalt versuchen, zumindest ein erstes Zusammentreffen auf telefonischer Basis zu arrangieren.²⁰⁵ Letztlich bleibt aber festzuhalten, dass das erste Zusammentreffen der Parteien – und ob ein solches überhaupt stattfinden kann – und damit auch die diesbezügliche Rolle des Anwalts gänzlich von den individuellen Gegebenheiten der Streitigkeit abhängt.

2. Das Opening Statement

Nach Abschluss dieser „Synchronisationsphase“²⁰⁶ beginnt die eigentliche Verhandlung. Am Anfang dieser stehen die Eröffnungsplädoyers beider Parteien.

a) Inhalt der Eröffnungsplädoyers

Häufig sind diese so gestaltet, dass jede Partei – im Regelfall durch ihren Anwalt und auf sehr juristische Art und Weise – ihre Sicht auf den Sachverhalt darstellt. Dies ähnelt insoweit oft dem Inhalt einer Klageschrift. Idealerweise ist das Eröffnungsplädoyer allerdings nicht allein juristischer, sondern vor allem kooperativer Natur. Es sollte allenfalls eine sehr kurze Darstellung der juristischen Lage erfolgen. Grundsätzlich ist es ratsam, dass die Eröffnungsplädoyers eines Mediationsverfahrens die tatsächlichen und emotionalen Gegebenheiten des Konfliktes, die rechtlichen Grundlagen und die Zielsetzungen, welche von den Klienten mit der Durchführung eines Mediationsverfahrens verbunden sind, enthalten.²⁰⁷ Auch die Alternativen einer Partei zu einem Verhandlungsergebnis sollten nicht unerwähnt bleiben. Hierzu gehört auch die anwaltliche Einschätzung eines möglichen Ausgangs eines Gerichtsprozesses. Allerdings darf der Rechtsanwalt keine rechtliche Argumentation im üblichen Sinne mit den jeweiligen Beweismitteln allein zu Gunsten der eigenen Partei vortragen. Dies könnte den Verhandlungserfolg weitreichend stören oder gar unterbinden.²⁰⁸ Es muss kein Richter von der Rechtmäßigkeit und Richtigkeit der eigenen Darstellung überzeugt und der Fall muss auch nicht gewonnen werden. Ziel des Mediationsverfahrens ist es vielmehr, eine Einigung mit der anderen Partei zu finden,

205 Abramson (Fn. 18), S. 319.

206 Für die Begrifflichkeit vgl. Ponschab/Schweizer (Fn. 15), S. 134.

207 Vgl. Abramson (Fn. 18), S. 256.

208 Abramson (Fn. 18), S. 261.

welche den Interessen aller Beteiligten bestmöglich gerecht wird.²⁰⁹ Dies setzt voraus, dass die jeweiligen Interessen vernommen und auch verstanden werden. So liegt die Aufgabe im Mediationsverfahren darin, Gemeinsamkeiten zu finden und Lösungsoptionen für mögliche Kompromisse vorzuschlagen, welche die jeweiligen Interessen abdecken.

b) Mitwirkung der Parteien

Es empfiehlt sich, im Eröffnungsplädoyer nach einer kurzen Vorstellung durch den Rechtsanwalt die Partei selbst – ohne juristische Verklausulierung – den Sachverhalt und ihre Sicht der Dinge darstellen zu lassen. Gegebenenfalls kann dies auch durch den Anwalt geschehen, sofern dieser darauf achtet, den Grundsatz der Kooperativität zu wahren. Ansonsten schließt sich die Präsentation des Anwalts ergänzend hierzu an. Diese Zweiteilung ergibt sich aus den Erfordernissen, die eine eröffnende Präsentation zu erfüllen hat. Einerseits muss der Klient die Möglichkeit haben, seine Sicht der Dinge darzustellen. Erst wenn er seinem Ärger, seiner Unzufriedenheit und seiner Frustration Ausdruck geben konnte und er der Auffassung ist, dabei ausreichend gehört worden zu sein, wird eine Versöhnung mit der anderen Partei möglich. Andererseits ist hierdurch der anderen Seite kurz und prägnant die jeweilige Sicht der Dinge mitzuteilen. Dies kann auch rechtliche Gesichtspunkte umfassen. Damit die andere Seite jedoch überhaupt zuhört, sind der Ton, die Ausdrucksweise und Wortwahl in moderater Form und mit Bedacht zu gestalten.²¹⁰

c) Zielrichtung

Die geringe juristische Ausgestaltung des Eröffnungsplädoyers hat mehrere Vorteile. Zunächst wird das durch die Synchronisationsphase geschaffene Vertrauen nicht zerstört. Des Weiteren behält man sich vor, mit der Rechtslage später zu argumentieren. Ist das Vertrauen erst einmal geschaffen, zeigt die andere Partei auch vielleicht eher Verständnis für die juristische Lage. Idealerweise ist die Rolle des Rechtsanwalts bei dem Eröffnungsplädoyer also gering. Es gilt vielmehr, den Klienten vorab auf das Eröffnungsplädoyer und eventuelle Fragen des Mediators gut vorzubereiten. Dabei ist zum Beispiel damit zu rechnen, dass der Mediator auch private Fragen stellt, um bereits hier die Interessenphase einzuleiten.

3. Die Interessenphase

Die Interessenphase ist das Herzstück der Mediation – sie ist für die Konfliktlösung entscheidend. In dieser Phase gilt es, die Interessen der Gegenpartei möglichst genau herauszuarbeiten. Dies ist im Hinblick auf ein optimales Verhandlungsergebnis wesentlich.

209 Vgl. auch *Carling Seven Habits of Ineffective Advocates in Mediation Litigation Update*, American Bar Association Section of Litigation, abgedruckt in *Partridge* (Fn. 25), S. 148; auch abrufbar unter <http://www.newyorkpeacemaker.com/mediation.html> (Stand: 28. 7. 2012).

210 *Menkel-Meadow/Porter Love/Kupfer Schneider/Sternlight* (Fn. 31), S. 368.

a) *Sinn und Zweck*

Sind die wahren Interessen beider Parteien bekannt, gestaltet sich die Lösung des Konflikts sehr viel einfacher. Den Parteien sind nach einer erfolgreichen Interessenphase die jeweiligen Beweggründe, Bedürfnisse und Ziele und damit die Grundlagen der bisherigen Einigungshindernisse bekannt. Damit sinkt die Gefahr, Scheingefechte zu führen. Unter Einsatz ihres Einfallsreichtums und Anwendung ihrer Vorstellungskraft sind sie daraufhin in der Lage, neue bisher unerkannte Lösungen finden. Auf diese Weise können letztlich in relativ kurzer Zeit sehr viel günstigere Verhandlungsergebnisse erzielt werden.

In der Lehrbuchliteratur wird klassischerweise davon ausgegangen, dass die verhandelnden Parteien von Kooperativität durchströmt sind und nichts lieber täten, als ihre wahren Interessen preiszugeben, um ein optimales Mediationsergebnis zu erzielen. Allerdings gibt üblicherweise niemand ohne weiteres seine Interessen preis – dies kann oft peinlich oder unangenehm sein. Diese Interessen müssen zudem genauestens herausgearbeitet werden, um die Chance auf eine nachhaltige und allseits befriedigende Lösung zu erhöhen. Dies ist eine anspruchsvolle Aufgabe, die letztendlich auch ein herausforderndes und damit kompetitives Element enthält.

b) *Die Rolle des Rechtsanwalts*

Wie entscheidend die Rolle des Rechtsanwalts in dieser Phase der Mediation ist, hängt schließlich von der Aktivität des Mediators ab. Je nach seinem Stil der Verhandlungsführung übernimmt der Mediator eine mehr oder weniger aktive Rolle bei der Ermittlung der Interessen. Aber auch die Parteien selbst und die Rechtsanwälte haben die Aufgabe, die Interessen der anderen Seite möglichst weitgehend zu ermitteln. Verhält sich der Mediator hier zurückhaltend, kommt bei der Herausarbeitung der Interessen der Gegenpartei dem Rechtsanwalt die entscheidende Aufgabe zu. Er befindet sich dabei in einer einmaligen Situation: Er ist im Zweifel der erste, welcher der Gegenpartei diese Fragen stellt, und kann somit auch eventuelle Überraschungseffekte für sich nutzen, so zum Beispiel, wenn er im Vorfeld der Mediation eine Information über die Gegenpartei erfahren hat, die diese lieber geheim gehalten hätte.

c) *Techniken zur Ermittlung der Interessen*

Um die Interessen möglichst genau herauszuarbeiten, kann der Anwalt die gängigen Fragetechniken anwenden.²¹¹ Zunächst gilt es, hauptsächlich offene Fragen zu stellen, so dass die Gegenpartei erst einmal die Möglichkeit erhält, sich frei zu äußern („Was hat Sie dazu bewogen, diese Entscheidung zu treffen?“). Sind die Interessen daraufhin im Groben an den Tag getreten, empfiehlt es sich, anschließend geschlossene Fragen sowie Alternativ- oder Antwortfragen zu stellen. Um weiterhin den Vertrauensaufbau zu fördern, kann der Rechtsanwalt „paraphrasieren“, das heißt das von der gegnerischen Partei Gesagte noch einmal in eigenen Worten zusammenfas-

211 Ausführlich aus der Sicht des Mediators: *Risse* (Fn. 16), S. 212 ff.; vgl. auch: *Weiler/Schlickum* Praxisbuch Mediation, S. 33 ff.; *Dietz* Werkstattbuch Mediation 2005, S. 159 ff.

sen,²¹² sodass diese sich besser verstanden fühlt. Er kann sich dies dann auch noch von der betroffenen Partei bestätigen lassen.²¹³ Denkbar ist auch, dass die Partei dies selbst übernimmt. Treten die Interessen der gegnerischen Partei nicht klar ans Licht, kann es durchaus angemessen sein, nochmal nachzufragen. Dabei sollte der Rechtsanwalt allerdings höflich bleiben – indem er beispielsweise auf das eigene Unverständnis abstellt.

An dieser Stelle kann es hilfreich sein, gezielt auch unangenehme bzw. aggressive Fragen zu stellen, um die Gegenpartei so in Widersprüche zu verwickeln. Im Anschluss an die Aufdeckung dieser Widersprüche treten dann häufig die wahren Interessen der Parteien zu Tage. Allerdings sollten diese Fragen nicht rechtlicher, sondern lediglich sachlicher Natur sein. So wird vermieden, dass die andere Partei sich durch das anwaltliche Fachwissen bedrängt fühlt. Indem sich die Anwälte ausschließlich auf Fragen sachlicher Natur beschränken, ist diese Gefahr in der Regel gebannt. Sofern die andere Partei zwar ihre Interessen äußert, diese jedoch nicht plausibel erscheinen, kann der Rechtsanwalt auch hier hinsichtlich der gemachten Äußerungen weiter nachfragen und versuchen die hervortretenden Widersprüche kenntlich zu machen. Durch das Stellen von Sachfragen wird zudem vermieden, dass der Rechtsanwalt der Gegenpartei interveniert – denn Sachfragen sollte nur die Partei selbst, und nicht deren Rechtsanwalt, beantworten können. Alles andere würde unseriös wirken. Auch wenn grundsätzlich die Gegenpartei nicht mit rechtlichen Fragen unter Druck gesetzt werden soll, kann die einmalige Situation, dass die Gegenpartei in rechtlicher Hinsicht nur die Schilderung ihres Anwalts kennt, ein Stück weit genutzt werden. Fein dosiert kann der Anwalt die Gegenpartei demnach auch schon zu diesem frühen Zeitpunkt darauf hinweisen, dass vor dem Hintergrund der rechtlichen Lage ihre Interessen vielleicht nicht vollständig berücksichtigt werden können.

Des Weiteren kann der Rechtsanwalt hypothetische Szenarien aufzeigen und im Zuge dessen die Reaktionen des anderen Mandanten testen. Auch kann er die bereits geäußerten Interessen zusammenfassen und daraufhin die Gegenpartei fragen, ob sie einer Lösung zustimmen würde, die diese Interessen alle berücksichtigt. Für den Rechtsanwalt ist somit die Kenntnis der Fragetechniken von großer Relevanz.

d) Klärung von Sachfragen

Im Zuge der Interessenphase sollten auch ungeklärte Sachfragen erörtert werden. Im oben geschilderten Fall 2 wäre dies zum Beispiel, wer letztlich für den durch die minderwertige Qualität des Weines verursachten Schaden aufzukommen hat. Im Zuge dessen kann der Rechtsanwalt auch die oben geschilderten Techniken anwenden, wobei er hier durchaus aggressive Fragen stellen kann, im Zuge derer er natürlich freundlich bleiben sollte.

212 *Erlenmeyer/Hangebrauck* (Fn. 27), S. 78.

213 Siehe oben Abschnitt V. 1. a) (aa).

e) Rollenverteilung zwischen Partei und Anwalt

Was die Rollenverteilung zwischen Partei und Anwalt angeht, sollte die Interessenforschung weitgehend dem Anwalt zuteil werden. Sollten teils unangenehme und aggressive Fragen von der Partei selbst gestellt werden, würde hierdurch das zwischen den Parteien bereits aufgebaute Vertrauen wieder zerstört. Die Partei sollte sich also im Hintergrund halten und sich lediglich ergänzend äußern. Auch der Rechtsanwalt muss allerdings aufpassen, dass er das Vertrauen erhält. Sein Verhalten wird – wenn auch in abgeschwächtem Maße – seiner Partei zugerechnet. Damit könnten seine störenden und indiskreten Fragen das aufgebaute Vertrauensverhältnis beschädigen.

Es gilt für den Anwalt, ein adäquates Mittelmaß zu finden. Dieses Maß muss einerseits die Interessen der Gegenpartei hinreichend erforschen, andererseits aber das Risiko, das während der ersten beiden Phasen zwischen den Parteien aufgebaute Vertrauen zu zerstören, minimieren.²¹⁴ Das Ziel ist es, einen sinnvollen Kompromiss aus Kooperation und Kompetition zu finden. Das Treffen dieses Equilibriums kann sich bisweilen schwierig gestalten, da die andere Partei oft eine unbekannte ist. An dieser Stelle ist demnach äußerste Vorsicht anzuwenden. Es ist notwendig, dass der Rechtsanwalt sich dieses Risikos bewusst ist. Hilfreich ist es in jedem Fall, grundsätzlich eine freundliche Formulierung zu verwenden und gegebenenfalls auf das eigene Unverständnis abzustellen.

Zu klären ist weiterhin, wie der Rechtsanwalt sich optimalerweise verhalten sollte, wenn der gegnerische Anwalt seiner Partei seinerseits unangenehme Fragen stellt. Im Vorfeld der Mediation sollte der Rechtsanwalt die eigene Partei bereits darauf einstimmen, dass auch bei ihr unangenehme Punkte angesprochen werden können. Eventuell sollte der Rechtsanwalt an manchen Stellen auch eingreifen. Allerdings ist hier Vorsicht geboten. Sofern lediglich Sachfragen gestellt werden, sollte er eine Intervention unterlassen. In Ausnahmefällen kann der Anwalt auch hier aktiv werden, sofern sein Mandant sichtlich unter Druck ist. Im Idealfall bleibt die Rolle des Rechtsanwaltes in dieser Situation allerdings gering.

4. Die Optionenphase

Sind die Interessen beider Parteien hinreichend herausgearbeitet und vom Mediator für alle sichtbar, z. B. an einem Black- oder Whiteboard, festgehalten, gilt es, über mögliche Lösungsoptionen nachzudenken. Hier sollten die Beteiligten zunächst wieder kooperativ vorgehen. Die Lösungsvorschläge der Gegenpartei sind respektvoll aufzunehmen. Der Rechtsanwalt sollte hier lediglich unterstützend wirken. Er kann hier gegebenenfalls mit der eigenen Erfahrung punkten und selbst kreative Lösungsvorschläge vorbringen, an welche die Parteien bislang nicht gedacht haben. Daneben gilt es, das bereits aufgebaute und durch die Interessenphase vielleicht etwas beeinträchtigte Vertrauen zu festigen.

214 Vgl. Ponschab/Schweizer (Fn. 15), S. 243 f.

5. Die Evaluation der Optionen

Nachdem alle Optionen neutral gesammelt wurden, folgt die Evaluierung dieser Möglichkeiten. Diese Phase ist wahrscheinlich der kompetitivste Teil des Mediationsverfahrens. Dem Rechtsanwalt kommt hier die entscheidende Rolle zu. Idealerweise hat der Rechtsanwalt bis zu diesem Zeitpunkt die rechtlichen Aspekte außer Acht gelassen, sodass sich ungehindert der rechtlichen Lage ein Vertrauensverhältnis zwischen den beiden Streitparteien aufbauen konnte.

a) *Das Einbringen der Rechtslage*

Bei der Bewertung der Optionen muss der Rechtsanwalt nun unter Argumentation mit der Rechtslage ein möglichst günstiges Verhandlungsergebnis erzielen. Es gilt auch das Prozessrisiko des Falles der anderen Partei zu veranschaulichen und diese Risiken für eigene Zwecke gekonnt auszunutzen. Es wäre gar zu plump, direkt zu sagen, dass die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch die Gegenseite sich vollständig falsch darstellt, eine eventuelle Klage somit keinen Aussicht auf Erfolg hätte. Vielmehr muss der Rechtsanwalt die Situation ausnutzen, dass die gegnerische Partei, was die rechtliche Lage angeht, allein die Schilderung ihres Anwalts kennt. Nur das geschickte Vorgehen des Anwalts kann jedoch verhindern, dass das in den vorherigen Phasen aufgebaute Vertrauen wieder zerstört wird. Vielmehr muss er dieses Vertrauen und damit auch eine Kooperationsbereitschaft der anderen Partei mit Voraussicht dazu nutzen, die für sie ungünstige rechtliche Einschätzung der Situation zu vermitteln.

Vor allem bieten sich hier Fälle an, bei denen die Parteien einen Vertrag geschlossen haben, der nicht einwandfrei formuliert ist, was allerdings nicht auf den ersten Blick auffällt. Besonders in diesen Fällen kann der hierdurch bestehende Überraschungseffekt für eigene Zwecke genutzt werden. Daraufhin wird die andere Partei gewillter sein, Kompromisse einzugehen, und nicht auf der Berücksichtigung ihrer sämtlichen Interessen beharren. Dies bietet sich im vorliegenden Fall 2 zum Beispiel hinsichtlich des Umstands an, dass nach dem Wortlaut des Vertrages W lediglich für die Zufriedenheit des G verantwortlich ist, nicht jedoch für die Zufriedenheit der Kunden des G. Sofern alle Flaschen verkauft sind und G den Wein zuvor nicht getestet hatte, konnte G also überhaupt kein Qualitätsurteil treffen und ein Schadensersatzanspruch könnte demzufolge ausgeschlossen sein.

Allerdings kann das Prozessrisiko der anderen Partei selbstverständlich auch dann für sich genutzt werden, wenn kein rechtlich unklarer Vertrag besteht. Aufgrund des bereits aufgebauten Vertrauens dürfte die andere Partei sehr viel empfänglicher für eine rechtliche Würdigung sein, die nicht aus dem Mund ihres Anwalts kommt. Die rechtliche Würdigung kann durch den Rechtsanwalt auch mediativ vermittelt werden, zum Beispiel indem er eine möglichst neutrale Darstellung abgibt und beide Richtungen berücksichtigt. Grundsätzlich wahrscheinlicher ist es jedoch, dass seine rechtliche Würdigung des Falles zu Ungunsten der Gegenpartei ausfällt. Allerdings muss der Rechtsanwalt hier erneut darauf achten, dass er einen Kompromiss zwischen Freundlichkeit und Kompetitivität findet, so dass das aufgebaute Vertrauensverhältnis keinen Schaden nimmt.

b) *Umgang mit Erwartungen*

Im Regelfall wird es nicht möglich sein, dass ein Verhandlungsergebnis einem Sieg in einem Gerichtsprozess gleichkommt. Allerdings kann auch auf diese Weise durchaus ein günstiges Ergebnis erzielt werden. Dies hat zudem den Vorteil, dass weitere Geschäftsbeziehungen möglich bleiben. Dies sollte der Rechtsanwalt seiner Partei bereits im Vorfeld und während der Verhandlungspausen verdeutlichen.

c) *Schutz der eigenen Partei*

Ein weiterer Schwerpunkt der Vorbereitung liegt darin, wie sich der Rechtsanwalt verhält, sollte der gegnerische Anwalt versuchen, die Interessen des eigenen Mandanten zu benachteiligen. An dieser Stelle muss er aktiv eingreifen und die Interessen seines Mandanten schützen. Dies kann allerdings nur unter Rücksichtnahme auf das bereits aufgebaute Vertrauen erfolgen. Der Rechtsanwalt hat hier demnach eine aktive und beschützende Rolle einzunehmen.

6. Die Rolle des Mediators

Im bisherigen Verlauf der Darstellung wurde noch nicht vertiefend auf die Rolle des Mediators eingegangen. Der Mediator soll dem Mediationsverfahren ein Gerüst geben, die Beteiligten unterstützen, und, sofern der Kommunikationsfluss oder das Fortkommen im Verhandlungsverlauf stagniert, entsprechende Akzente setzen. Nach dem hier verfolgten Rollenverständnis des Mediators sollte er das Verfahren jedoch nicht um jeden Preis nach seinen Ideen gestalten wollen. Die Parteien und ihre Rechtsanwälte können und sollen den Mediator während der verschiedenen Phasen in Anspruch nehmen und dessen Kompetenzen für einen effizienten Fortgang der Verhandlungen einsetzen. Vor allem hinsichtlich der in der Optionenphase gestellten Sachfragen, deren Beantwortung einer Partei schwer fällt, kann der Mediator sinnvoll eingeschaltet werden: „Wie sehen Sie dies?“. Im Hinblick auf die Bewertung des Prozessrisikos in der Optionen- bzw. Evaluationsphase kann dies ebenso geschehen, sofern der Mediator über einen ausreichenden juristischen Hintergrund verfügt. Allerdings sollte der Mediator dabei darauf achten, dass er seine neutrale Rolle beibehält. Des Weiteren bietet es sich an, zur Klärung komplizierter Rechtsfragen den Mediator zu bitten, die Parteien aus dem Raum zu schicken, so dass dieser rein rechtliche Konflikt nicht den Vertrauensaufbau und die Synchronisation zwischen den Streitparteien beeinträchtigt. Dieses Vorgehen bietet sich auch umgekehrt an. Haben die Anwälte den Raum verlassen, können die Parteien, beispielsweise in der Optionenphase, zunächst selbst über mögliche Lösungen nachdenken.

7. Nach dem Mediationsverfahren

Im Idealfall sind, obwohl der Rechtsanwalt die Interessen seines Mandanten angemessen und teilweise auch in kompetitiver Weise vertreten hat, beide Parteien zufrieden. Im Gegensatz zu einem Gerichtsverfahren besteht die Möglichkeit, dass die Parteien auch weiterhin in Geschäftsbeziehungen zueinander stehen und eine

nachhaltige Lösung des Konfliktes erreicht werden konnte. Dem Rechtsanwalt ist im Mediationsverfahren nicht nur die Rolle eines klassischen Parteivertreters zugefallen. Er war noch vielseitiger tätig und hat auf diese Weise zur Konfliktbewältigung beigetragen.

VI. Ausblick

Neben der klassischen Vertreterrolle des Rechtsanwaltes kann die Rolle des Rechtsanwaltes im Rahmen des Mediationsverfahrens somit in Teilen mit der eines Konflikt-Coaches verglichen werden. Er unterstützt die Partei dabei, unter Zuhilfenahme des Mediators mit der anderen Partei zusammen zu einer ihren eigenen Interessen entsprechenden Lösung der Streitigkeit zu gelangen.²¹⁵

1. Bestehende Regelungen und Gesetzesvorschriften

Einzelne berufsrechtliche Regelungen weisen bereits mediationsbezogene Inhalte auf.²¹⁶ Nach § 2 Abs. 3 Nr. 4 RDG²¹⁷ stellen die Mediation und jede vergleichbare Form der alternativen Streitbeilegung an sich keine Rechtsberatung dar. Dies gilt jedoch nur, sofern in die Gespräche der Beteiligten nicht mit rechtlichen Regelungsvorschlägen eingegriffen wird.

§ 1 Abs. 3 der BO-RA²¹⁸ sieht vor, dass der Rechtsanwalt seinen Mandanten konfliktvermeidend und streitschlichtend zu begleiten hat. So gehören auch die Konfliktvermeidung und die Streitschlichtung bereits zur anwaltlichen Berufspflicht.²¹⁹ In Bezug auf die Mediation regelt § 7 a BO-RA,²²⁰ dass ein Rechtsanwalt sich nur dann als Mediator bezeichnen darf, wenn er die Grundsätze des Mediationsverfah-

215 Vgl. *Noble Mediation Coaching: A Form Of Conflict Coaching*, abrufbar unter <http://www.mediate.com/articles/noble4.cfm> (Stand: 28. 7. 2012); *dies. Conflict Coaching: Conflict Coaching – When It Works And When It Doesn't*, abrufbar unter URL <http://www.mediate.com/articles/nobleC8.cfm> (Stand: 28. 7. 2012).

216 Vgl. *Hess* (Fn. 53), S. 6.

217 Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen (Rechtsdienstleistungsgesetz – RDG) v. 12.12.2007, BGBl. I, S. 2840, zuletzt geändert durch Artikel 2 des Gesetzes v. 22. 12. 2010, BGBl. I, S. 2248.

218 Berufsordnung in der Fassung vom 1.11.2011, abrufbar unter http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_stand_01.11.11.pdf (Stand 28.7.2012).

219 Noch weitergehend *Greger* (Fn. 1), S. 123; nach Art. 2 Nr. 4 des Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BGBl. I 2012, S. 1577, 1579, soll nach einem geänderten § 253 Abs. 3 Nr. 1 ZPO bereits die Klageschrift eine Erklärung darüber enthalten, ob eine außergerichtliche Konfliktbeilegung der Klageerhebung vorausgegangen ist und ob dem Gründe entgegenstehen.

220 Berufsordnung in der Fassung vom 1.11.2011, abrufbar unter http://www.brak.de/w/files/02_fuer_anwaelte/berufsrecht/bora_stand_01.11.11.pdf (Stand 28.7.2012); BRAK-Mitt. 2002, 219.

rens beherrscht und dies durch eine geeignete Ausbildung nachweisen kann.²²¹ Nach § 18 BO-RA sind die rechtsanwaltlichen Berufsregeln auf die Tätigkeit als Mediator anwendbar.

Mediation ist eine gebührenpflichtige Tätigkeit. § 34 RVG²²² legt fest, dass der Rechtsanwalt auf eine Gebührenvereinbarung hinwirken soll, soweit in Teil 2 des Vergütungsverzeichnisses²²³ (VV) keine Gebühren bestimmt sind.²²⁴ Wegen der dortigen Komplexität liegt es nahe, zur Abgeltung der gesamten Tätigkeit ein Stundenhonorar zu vereinbaren.

Es bleibt abzuwarten, zu welchen weiteren Entwicklungen die Umsetzung der Mediations-Richtlinie und das neue Mediationsgesetz führen.

2. „Collaborative Law“

Eine der neueren Entwicklungen im Bereich der Streitbeilegung wird unter dem Stichwort „Collaborative Law“ diskutiert.²²⁵ Hierunter wird ein von den Parteien mit ihren Rechtsanwälten ohne Hinzuziehung eines neutralen verfahrensleitenden Dritten abgehaltenes Verhandlungsverfahren verstanden. Eine deutsche einheitliche Begriffsformel ist noch nicht gefunden. Grundlage bildet eine sogenannte Disqualifizierungsklausel. Das anwaltliche Mandat gilt hier nur für die einigungsorientierten Verhandlungen und endet bei Einleitung eines Gerichtsverfahrens. Dies soll verhandlungstheoretisch zu einem konsensorientierten Verhalten mit dem Ziel, eine Einigung zu erreichen, motivieren. Auch dies unterstreicht die Wichtigkeit für rechtsberatende Berufe, über die ganze Bandbreite der Streitbeilegungsverfahren und deren neueste Entwicklungen informiert zu sein. Die Kenntnis der beratenden Rechtsanwälte über Chancen und Risiken der einzelnen Streitbeilegungsverfahren und ihre verhandlungstechnischen Fähigkeiten, angepasst an das jeweilige Verfahren, sind mitentscheidend für den nachhaltigen Erfolg der jeweiligen Streitbeilegung.²²⁶ Mit der Entscheidung für ein bestimmtes Verfahren stellen sie auch die Weichen für eine zukünftige Gestaltung der Sach- und Beziehungslage zwischen den betroffenen Parteien.²²⁷

221 Zur umstrittenen Rechtmäßigkeit: *Römermann* in Hartung/Römermann Berufs- und Fachanwaltsordnung. Kommentar 4. Aufl., § 7a BerufsO Rz. 12 ff.; *Prütting* in Henssler/Prütting Bundesrechtsanwaltsordnung. Kommentar 3. Aufl., § 7a BerufsO Rz. 2 ff.; vgl. auch *AGH Nordrhein-Westfalen* AnwBl. 2000, 693; *AnwGH Baden-Württemberg* NJW 2001, 3199.

222 Gesetz über die Vergütung der Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte (Rechtsanwaltsvergütungsgesetz – RVG) v. 5.5.2004, BGBl. I, S. 718 (788), zuletzt geändert durch Artikel 11 des Gesetzes v. 23.5.2011, BGBl. I S. 898.

223 BGBl. I 2004, S. 803-831.

224 Näher hierzu *Bülow* (Fn. 129), S. 46 f.

225 *Engel* Collaborative Law in der deutschen Anwaltspraxis ZKM 2010, 112 (112 f.); *Brubn* Collaborative Practice – Eine neue Alternative Streitbeilegungsmethode mit großem Potenzial NJOZ 2008, 1726.

226 *Greger* (Fn. 1), S. 123.

227 Vgl. *Engel* (Fn. 225), S. 114; *Partridge* (Fn. 25), S. 39 ff.

3. Ausbildungsmöglichkeiten

Studierenden der Rechtswissenschaften bietet sich durch entsprechende Sonderveranstaltungen und -kurse bereits während ihrer juristischen Ausbildung die Möglichkeit zum Erwerb dieser zusätzlichen Qualifikationen und Kompetenzen.²²⁸ Eine Beschäftigung mit alternativen Streitbeilegungsmöglichkeiten und unterschiedlichen Verhandlungsstilen stellt darüber hinaus, neben dem Erwerb klassischer juristischer Kompetenzen, eine abwechslungsreiche, das rechtswissenschaftliche Studium ergänzende und zur ganzheitlichen Beschäftigung mit praxisrelevanten Thematiken anregende Tätigkeit dar.²²⁹

Rechtsanwälte können sich die erforderlichen Kenntnisse im Bereich der Streitbeilegung durch den Besuch entsprechender Fortbildungen aneignen.²³⁰ In Bezug auf die Verfahrensbegleitung bedarf es darüber hinaus der Übung der spezifischen verfahrensbegleitenden und -leitenden Kompetenzen. Diese zusätzlichen verfahrenstechnischen Erfordernisse können zu einem weiteren Angebot an beruflichen Fachausbildungen und damit zur Entwicklung einer weiteren Spezialisierung innerhalb der juristischen Berufsausübung führen.²³¹

4. Streitvermeidung als vorrangiges Ziel

Letztlich ist jedoch nicht außer Acht zu lassen, dass der Auswahl unter den verschiedenen Optionen der Streitbeilegung immer die Aufgabe der Streitvermeidung vorge-schaltet ist. Sie stellt das vornehmliche Ziel vieler juristischer Tätigkeiten dar, auch das der beratenden Rechtsanwälte. Hier spielen neben dem juristischen Fachwissen meditative und verhandlungstechnische Kompetenzen ebenfalls eine entscheidende Rolle.²³²

228 Hierzu zählen, neben den Kursen zum Erwerb einer Schlüsselqualifikation, sowohl die Beteiligung an Moot-Courts, Verhandlungswettbewerben und spezifischen Workshops als auch die Teilnahme an entsprechenden Sommerschulen und -programmen im In- und Ausland.

229 Vgl. *Gräfin v. Schlieffen* (Fn. 28), S. 54.

230 *Hunter* (Fn. 1), S. 388 f.

231 Für die Ausweisung von „Fachmediatoren“ *Tögel/Rohlf* (Fn. 21), S. 88.

232 Vgl. das große Angebot an Kommunikations- und Verhandlungstrainings auf dem nationalen und internationalen Markt.