

Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte

von
Prof. Dr. Reinhard Greger, Dr. Christine Freifrau von Münchhausen

1. Auflage

Verhandlungs- und Konfliktmanagement für Anwälte – Greger / Münchhausen

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Schiedsgerichtsbarkeit, Streitschlichtung, Mediation



Verlag C.H. Beck München 2010

Verlag C.H. Beck im Internet:
www.beck.de

ISBN 978 3 406 60188 0

Es handelt sich um ein anspruchsvolles und gleichzeitig sehr effizientes Verfahren. Es stellt hohe **Anforderungen an den Mediator**, der zugleich auf drei Ebenen agieren muss:³⁵

- auf der **Sachebene** – denn es geht darum, die Lösung für einen konkreten Lebenssachverhalt zu finden (und nicht etwa nur um Versöhnung, Friedensstiftung u. dgl.),
- auf der **Beziehungsebene** – weil jeder Konflikt eine emotionale Komponente hat, ohne deren Bereinigung eine sachorientierte Lösungssuche nicht möglich ist, und
- auf der **Verfahrensebene** – weil Mediation nur funktionieren kann, wenn die Struktur dieses Selbstregulierungsprozesses genau eingehalten wird.

Von den **Parteien** verlangt Mediation nur, dass sie sich für dieses Verfahren öffnen und der Anleitung des Mediators folgen. Dies setzt zum einen **Freiwilligkeit** voraus; sie wird dadurch gewährleistet, dass jede Partei jederzeit aus dem Verfahren aussteigen kann, ohne dass dies zu ihrem Nachteil gewertet wird. Die **Offenheit** des Gesprächs wird gewährleistet durch die Nichtöffentlichkeit der Gespräche, das besondere Setting (Mediator und Konfliktparteien sitzen an einem Tisch), die empathische Gesprächsführung durch den Mediator (der auch vertrauliche Einzelgespräche mit den Beteiligten führen kann) und insbesondere durch die zwischen den Verfahrensbeteiligten vereinbarte **Vertraulichkeit**. 434

Der **Ablauf des Mediationsverfahrens** ist durch eine klare Phasenstruktur gekennzeichnet, die den psychologischen Abläufen eines konsensualen Selbstregulierungsverfahrens folgt und daher genau einzuhalten ist. 435

Phase 1: Eröffnung des Verfahrens

Mediation setzt voraus, dass alle Beteiligten über dieses Verfahren informiert sind und sich darauf einlassen wollen. Aus diesem Grund legt der Mediator vor Beginn des Gesprächs den Ablauf des Verfahrens und seine Rolle sowie die Notwendigkeit der Beachtung bestimmter Gesprächsregeln, die Eigenverantwortlichkeit der Parteien und die Freiwilligkeit ihrer Mitwirkung dar. Er schließt mit den Parteien einen Vertrag, in dem die wechselseitigen Pflichten, vor allem auch die Pflicht zur Wahrung der Verschwiegenheit über den Ablauf der Mediation, geregelt werden, und klärt die organisatorischen Fragen, wie z. B. den Zeitrahmen. 436

Phase 2: Informationssammlung und Themenagenda

Sodann tragen die Konfliktparteien vor, worüber in der Mediation verhandelt werden soll. Dabei wirkt der Mediator bereits darauf hin, dass die 437

³⁵ Vgl. *Kessen/Troja* in Haft/von Schlieffen § 13 Rdn. 2.

Forderungen, Beschwerden, Vorwürfe in neutrale, ergebnisoffene Themen umformuliert und in dieser Form, z.B. auf einer Pinn-Wand, visualisiert werden. Er veranlasst die Parteien auch, ihre Beziehung zueinander zu thematisieren, um auf diese Weise den Zugang zur Beziehungsebene zu öffnen, denn Konflikte haben in den meisten Fällen ihre Grundlage auch auf der Beziehungsebene.

Phase 3: Interessenklärung

438 Zu jedem der aufgelisteten Themen veranlasst der Mediator sodann die Parteien, die Interessen und Bedürfnisse, die hinter den Positionen stehen, sichtbar zu machen. Er bedient sich dabei vor allem der Techniken des Aktiven Zuhörens und der offenen Fragestellung (Rdn. 132 ff.), unterstützt die Beteiligten, eigene Interessen erkennen und ausdrücken zu können (Empowerment), aber auch, die Situation des anderen nachvollziehen und respektieren zu können (Recognition). Auch hier hat der Mediator die Beziehungsebene zwischen den Beteiligten im Blick und macht ihnen gegebenenfalls deutlich, dass eine Ursache ihres Konflikts z.B. in dem unbefriedigten Bedürfnis nach Anerkennung, Wertschätzung, Entfaltungsfreiheit u. dgl. liegen kann. Um den kreativen Mediationsprozess nicht zu gefährden, versucht er jede Diskussion über Positionen oder angestrebte Lösungen umzulenken in eine Erforschung der dahinterstehenden Interessen und erklärt den Parteien, dass die Suche nach Lösungen in einem späteren Schritt erfolgen wird.

Phase 4: Sammlung von Lösungsoptionen

439 Hier werden die Konfliktparteien veranlasst, potentielle Lösungen zu den Themen der Mediation zu entwickeln. Der Mediator bittet die Parteien, ihm zuzurufen, was ihnen als denkbare Vorgehen in den Sinn kommt, um die zu jedem Thema herausgearbeiteten Interessen zu realisieren. Diese Vorschläge werden vom Mediator ungefiltert schriftlich festgehalten (sog. Brainstorming). Entscheidend ist dabei, dass die Kreativität der Beteiligten geweckt wird, dass sie die einengende Sicht der bisherigen Konfliktbehandlung überwinden, die Fixierung auf Positionen aufgeben und den Blick auf Gestaltungsmöglichkeiten für die Zukunft richten. Daher werden die Parteien dazu angeregt in diesem Stadium noch jegliche Bewertung der Optionen nach Erwünschtheit, Realisierbarkeit usw. zu unterlassen, um den kreativen Prozess der Lösungssuche nicht zu behindern. Denn selbst zunächst unsinnig erscheinende Ideen können manchmal das Tor zu einer optimalen Lösung (an die vorher niemand gedacht hat) aufstoßen und werden daher in die Liste der möglichen Lösungsoptionen aufgenommen.

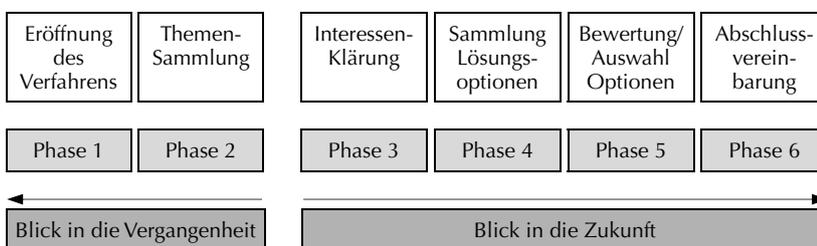
Phase 5: Bewertung und Auswahl der Lösungsoptionen

Die schriftlich fixierten Optionen werden sodann mit den Beteiligten auf der Grundlage ihrer zuvor herausgearbeiteten Interessen und Bedürfnisse erörtert und bewertet. Der Mediator veranlasst die Parteien, hierbei die Techniken des kooperativen Verhandeln (Rdn. 226 ff.) einzusetzen, also z.B. objektive Bewertungskriterien heranzuziehen, den Verhandlungsgegenstand zu vergrößern, Paket- oder Kompensationslösungen zu erwägen u. dgl. Er weist auch auf evtl. bestehende rechtliche oder praktische Hindernisse hin (sog. *agent of reality*). Eigene Bewertungen unterlässt er, um den mediationstypischen Selbstregulierungsprozess nicht zu stören und seine Neutralität und Allparteilichkeit nicht zu gefährden. 440

Phase 6: Abschlussvereinbarung

Die gefundenen Lösungen werden sodann in einer von beiden Seiten unterschriebenen Erklärung niedergelegt, die alle wesentlichen Punkte, z.B. eingegangene Verpflichtungen, aufgegebene Ansprüche, künftiges Verhalten, weitere Verfahrensschritte, dokumentiert. 441

Das Mediationsverfahren



Zur **Dauer** dieses Verfahrens lassen sich keine allgemeingültigen Aussagen machen. In einfachen Fällen genügt eine Sitzung von zwei bis drei Stunden. Komplexe Wirtschaftskonflikte erfordern oft länger dauernde Verhandlungen mit mehreren Terminen. In der Familienmediation ist es üblich, in mehreren kurzen Terminen (60–90 Minuten) zu verhandeln, um den Beteiligten die Bewältigung der emotional belasteten Trennungssituation zu erleichtern. 442

Variieren kann auch die **Rolle der Rechtsanwälte**. Ob sie an den Sitzungen teilnehmen, richtet sich nach den Gegebenheiten des Einzelfalles und ist jeweils abzusprechen. In der Familienmediation ist dies eher unüblich, während bei Wirtschaftskonflikten die Präsenz in den Verhandlungen sehr hilfreich sein kann. Der Anwalt ist in der Mediation allerdings nicht Verhandlungsführer – dies widerspräche dem Prinzip der Selbstregulierung – sondern Beistand und Berater seines Mandanten (näher Rdn. 487 ff.). Er 443

sollte nicht zu stark in den Prozess der Lösungssuche eingreifen. Wichtig ist aber, dass er auf rechtliche Bedenken, etwa von der Partei übersehene Konsequenzen, hinweist und bei der Abfassung der Abschlussvereinbarung mitwirkt. Nimmt der Parteianwalt, wie zumeist in der Familienmediation, nicht an den Gesprächen teil, sollte er sicherstellen, dass der Mandant ihn vor der Unterzeichnung der Abschlussvereinbarung nochmals kontaktiert; hierauf wirken die Mediatoren in der Regel schon von sich aus hin.

II. Vorzüge

- 444 In der Mediation erzielte Einigungen schöpfen die bestehenden **Gestaltungsspielräume** optimal aus, weil sie von den Parteien selbst aufgrund einer offenen, interessen- und zukunftsorientierten, professionell geleiteten Verhandlung erarbeitet werden. Es gibt in der Regel keinen Verlierer, sondern vielfach echte win-win-Lösungen, die durch eine Vergrößerung des Verhandlungsgegenstands für beide Seiten einen Mehrwert erzeugen, z. B. indem aus einem Abrechnungsstreit eine neue Kooperationsvereinbarung, aus dem Streit um einen Baumangel eine kostengünstige, qualitätsverbessernde Zusatzleistung hervorgeht.
- 445 Die Parteien können einen Mediator mit **besonderer Sachkompetenz** auswählen (z. B. im Bau-, Verlags-, Speditionswesen usw.). Dies erspart den Aufwand für das Einbringen besonderer Expertise in das Konfliktlösungsverfahren.³⁶
- 446 Die autonom getroffenen Regelungen finden hohe **Akzeptanz** und führen in der Regel zu nachhaltiger **Befriedung**. Nicht selten werden hochkonflikthafte Dauerbeziehungen, etwa zwischen Nachbarn, Wohnungseigentümern, Gesellschaftern umfassend bereinigt. Durch den Konflikt gestörte menschliche Beziehungen werden wiederhergestellt, Geschäftsverbindungen bleiben erhalten.
- 447 In das Mediationsverfahren können (und sollen) auch **weitere Konfliktbeteiligte** oder -betroffene einbezogen werden. Dadurch können ganzheitliche Lösungen gefunden und Folgestreitigkeiten vermieden werden.
- 448 Der Konflikt kann **in kürzester Zeit** bereinigt werden, ohne dass der mit einem Streitverfahren verbundene Aufwand (Schriftsätze, Beweisaufnahme, Zusammenstellung von Urkunden, Fristenwahrung usw.) erforderlich wird. Die emotionale Belastung durch den Rechtsstreit wird vermieden. Das Prozessmanagement im Unternehmen entfällt; es werden erhebliche Transaktionskosten eingespart. Mediationsverfahren können innerhalb weniger Tage oder Wochen abgeschlossen werden. Die **Erfolgsquote** ist sehr hoch.³⁷

³⁶ *Bülow* in Walz Formularbuch § 6 Rdn. 10.

³⁷ Im Durchschnitt ca. 80%; vgl. *Duwe* in *Duwe/Eidenmüller/Hacke* S. 60.

Mediation ermöglicht einen **Eintritt in die Konfliktlösung**, der nicht mit 449
einem Negativimage verbunden oder dem Überwinden einer hohen
Hemmschwelle verbunden ist.³⁸ Dadurch wird vermieden, dass Konflikte,
z.B. aus Scheu vor dem Gang zu Gericht, nicht aufgearbeitet werden und
zu latenten Spannungsverhältnissen führen (eine besonders in Nähebezie-
hungen, wie sie zwischen Angehörigen, Nachbarn usw. bestehen, häufig
anzutreffende Situation).

Die **Vertraulichkeit** des Verfahrens ist besonders dort von hohem Wert, 450
wo sich das Bekanntwerden eines Konfliktes oder der hinter ihm stehen-
den Vorgänge negativ auf das persönliche oder geschäftliche Ansehen
auswirken würde, also z.B. bei Personen des öffentlichen Lebens, bei Kon-
flikten innerhalb von Unternehmen, Sozietäten, Körperschaften, bei Vor-
würfen beruflichen Fehlverhaltens usw. Gerade in Zeiten erhöhten Me-
dieninteresses, von Internetforen, Blogs usw. ist der geschützte Raum der
Mediation von erheblicher Bedeutung.

Schließlich ist auch das **Kostenrisiko** bei der Mediation wesentlich nied- 451
riger als beim streitigen Verfahren (s. Rdn. 58, 90 ff., 509 ff.). Die Ver-
fahrenskosten stehen in der Regel in einem wesentlich günstigeren Ver-
hältnis zum Streitwert (außer im unteren Streitwertbereich, für den das
Mediationsverfahren aus Verhältnismäßigkeitsgründen ausscheidet, sofern
nicht ein kostenfreies oder -begünstigtes Angebot besteht).³⁹ Außerdem
muss beim Kostenvergleich beachtet werden, dass die Partei bei der Medi-
ation einen u.U. erheblichen Mehrwert in Form der umfassenden, nach-
haltigen Konfliktlösung bekommt und dass sie hohe indirekte Kosten
spart.⁴⁰

Für den **Rechtsanwalt** bietet Mediation den Vorteil, dass er dieselbe 452
Vergütung wie im streitigen Verfahren mit wesentlich geringerem Verfah-
rensaufwand verdienen kann (s. hierzu Rdn. 376).

III. Risiken und Nebenwirkungen

Wenn zwischen den Parteien ein erhebliches **Kräfteungleichgewicht** be- 453
steht, kann sich Mediation nachteilig auswirken. Sie setzt, da sie auf auto-
nome Streitbeilegung baut, eine etwa gleiche Verhandlungsstärke voraus.
Die psychisch angeschlagene Ehefrau befindet sich gegenüber dem ge-
schäftsgewandten Partner ebenso wie z.B. der in Geldnot befindliche
Darlehensschuldner gegenüber der Bank in einer Situation, die eine eigen-
verantwortliche, selbstregulierte Konfliktlösung schwierig oder unmöglich
erscheinen lässt. Betrachtet man auf der anderen Seite die Alternative zur

³⁸ Risse Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 12 f.

³⁹ S. den Kostenvergleich bei Hacke in Duve/Eidenmüller/Hacke S. 280 f.

⁴⁰ Hacke in Duve/Eidenmüller/Hacke S. 281.

Mediation, nämlich die möglicherweise erst recht zu Ungunsten des schwächeren Partners ausgehende Rechtsverfolgung (Abweisung der Unterhaltsklage; Zwangsversteigerung des Schuldnergrundstücks), bietet Mediation immer noch die besseren Aussichten auf eine zufriedenstellende Lösung. Der anwaltlichen Begleitung kommt hier besondere Bedeutung zu; sie kann das Kräfteungleichgewicht beheben oder auch sicherstellen, dass die schwächere Partei aus der Mediation aussteigt, wenn sich zeigen sollte, dass ihre berechtigten Interessen in diesem Verfahren nicht gewahrt werden können, sondern der juristischen Durchsetzung bedürfen.

454 Mediation kann zur **Verschleppung** des Verfahrens missbraucht werden, da es jederzeit, bis zur Unterschrift unter die Abschlussvereinbarung, sanktionslos möglich ist, aus dem Verfahren auszusteigen. Dadurch kann die (wegen der Mediation zunächst unterbliebene) gerichtliche Geltendmachung verzögert und evtl. erschwert werden. Der Anwalt wird dieses Risiko allerdings durch kritische Beobachtung des Verhandlungsverlaufs geringhalten können; zudem dürften sich etwaige Verzögerungen wegen der in der Regel sehr kurzen Dauer von Mediationsverfahren in Grenzen halten. Besteht die Gefahr von Rechtsverlusten, sind Maßnahmen des vorläufigen Rechtsschutzes (Arrest, einstweilige Verfügung) zu ergreifen, die auch durch eine Mediationsvereinbarung nicht ausgeschlossen werden (analog § 1033 ZPO).⁴¹

455 Die Gefahr einer **Verjährung** von Ansprüchen besteht nur dann, wenn eine Partei im Vertrauen auf eine bestehende Mediationsabrede auf die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen verzichtet, zugleich aber nichts unternimmt, um die Mediation in Gang zu bringen. Die Verjährungshemmung durch Verhandeln (§ 203 BGB) setzt voraus, dass ein Meinungsaustausch zwischen den Parteien tatsächlich begonnen hat. Dies ist bei Bestehen einer Mediationsklausel infolge der damit eingegangenen Verpflichtung zur Durchführung der Mediation schon dann zu bejahen, wenn die andere Seite zur Einleitung des Mediationsverfahrens aufgefordert wird (s. Rdn. 38). Muss die Einigung über die Durchführung einer Mediation allerdings erst herbeigeführt werden, reicht eine einseitige Aktion für § 203 BGB nicht aus; hier beginnt die Verjährungshemmung erst, wenn sich die andere Seite auf Verhandlungen über den streitigen Anspruch oder jedenfalls über den Abschluss einer Mediationsvereinbarung in Bezug auf diesen Anspruch einlässt.⁴² Einseitig kann die Hemmung der Verjährung aber auch durch einen Antrag bei einer staatlich anerkannten Gütestelle herbeigeführt werden (§ 204 Abs. 1 Nr. 4 BGB; s. dazu Rdn. 37). Wird auf ein etwaiges Ende der Hemmung sowie auf die perso-

⁴¹ Hess in Haft/von Schlieffen § 43 Rdn. 72; Risse Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 37.

⁴² Hess in Haft/vonSchlieffen § 43 Rdn. 70.

nelle und gegenständliche Reichweite geachtet (zu alledem Rdn. 40), begründet die Mediation somit kein Verjährungsrisiko.

Der Ablauf von **Ausschlussfristen** muss gegebenenfalls durch vorsorgliche Klageerhebung oder – bei vertraglichen Ausschlussfristen – durch das Hinwirken auf eine entsprechende Vereinbarung verhindert werden (näher Rdn. 46). 456

Größere Risiken birgt der mögliche Missbrauch der Mediation zur **Ausforschung** der Gegenseite. Mediation lebt vom offenen Gespräch, in dem möglicherweise auch Informationen gegeben werden, die die Partei im Prozess nicht preisgeben würde. Zwar wird in der Mediation regelmäßig eine Vertraulichkeitsabrede geschlossen, der zufolge über Erklärungen und Vorgänge in der Mediationsverhandlung Stillschweigen zu bewahren ist (näher dazu Rdn. 480 ff.); dadurch wird aber allenfalls die unmittelbare Verwertung der betreffenden Äußerung in einem nachfolgenden Zivilprozess ausgeschlossen. Nicht zu verhindern ist, dass die erlangte Information von der Gegenseite in anderer Weise verwertet wird oder dass sie an Dritte gelangt, die nicht an die Abrede gebunden sind (z. B. Rechtsnachfolger, Verwaltungsbehörden, Finanzamt, Staatsanwaltschaft).⁴³ Hier kann lediglich eine vorsichtige Informationspolitik helfen.⁴⁴ Brisante Informationen sollten nur eingebracht werden, wenn im Zuge der Verhandlungen eine vertrauensvolle Atmosphäre entstanden ist, etwa im Wege wechselseitigen Gebens und Nehmens. Außerdem besteht die Möglichkeit, die Information zunächst nur im Einzelgespräch dem Mediator anzuvertrauen, der sie dann, z. B. als hypothetisches Szenario, in die Mediation einführt.⁴⁵ Insgesamt sollte die Gefahr der Ausforschung aber nicht überschätzt werden; in den allermeisten Fällen kann die Mediation erfolgreich durchgeführt werden, ohne dass Geheimnisse preisgegeben werden müssen, deren Offenbarung nachteilige Folgen hervorrufen kann. 457

In der Mediation getroffene Vereinbarungen haben **keine Drittwirkung**. Während der Zivilprozess es ermöglicht, durch Streitverkündung die Wirkungen eines Urteils in gewisser Weise auf einen Dritten zu erstrecken (vgl. §§ 68, 72 ff. ZPO), wirkt die Abschlussvereinbarung nur zwischen den an ihr Beteiligten. Daraus entstehende Risiken (etwa für einen Regress gegen einen Mitverantwortlichen oder einen Versicherer) lassen sich ausschließen, indem der Dritte an der Mediation beteiligt wird. Darauf hinzuwirken (und bei Misserfolg von der Mediation abzuraten) gehört zu den Aufgaben des Rechtsanwalts. Kommt es dem Mandanten gerade auf eine 458

⁴³ Risse Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 33 ff.

⁴⁴ Näher Risse Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 34.

⁴⁵ Anschauliches Beispiel bei Risse Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 34 Fußn. 53: Bei ihm anvertrauten Zahlungsschwierigkeiten einer Partei bringt der Mediator die Option eines Zahlungsaufschubs gegen eine sofortige Abschlagszahlung ein.

Wirkung gegenüber Dritten an (etwa bei der Klärung einer bei ihm in vielen Beziehungen auftretenden Rechtsfrage oder zur Demonstration seines Rechtsdurchsetzungswillens), ist Mediation das ungeeignete Verfahren.⁴⁶

459 Bei der Mediation liegt die **Verantwortung für das Ergebnis** allein bei den verhandelnden Parteien; sie wird nicht, wie bei der Klage, an eine dritte Instanz delegiert oder, wie bei der Schlichtung, durch das Votum des Dritten relativiert. Dies kann sich sehr belastend auswirken, insbesondere wenn ein Beteiligter gegenüber Vorgesetzten oder Aufsichtsgremien (oder auch nur gegenüber Angehörigen) rechenschaftspflichtig ist. Der Anwalt wird deshalb darauf achten, dass die Partei in der Mediation durch einen leitenden Vertreter mit Entscheidungsmacht (also z.B. durch den Geschäftsführer persönlich und nicht nur durch den Abteilungsleiter) repräsentiert wird, und dass etwaige Aufsichtsgremien vor der Abschlussvereinbarung eingebunden werden; er wird auch zu erwägen geben, mittelbar betroffene Angehörige an der Mediation zu beteiligen.

460 Die **fehlende Vollstreckbarkeit** der Abschlussvereinbarung ist kein ins Gewicht fallender Nachteil.⁴⁷ Die Vereinbarung kann vielfach so ausgestaltet werden, dass sie gar keiner Vollstreckung bedarf (z.B. indem sie von einem sofortigen Leistungsaustausch abhängig gemacht wird) oder zum Vollstreckungstitel wird (näher Rdn. 82 ff.).

461 Das manchmal zu hörende Argument, Mediation könne zu einer **Gefahr für die Rechtsordnung** führen, weil sie die Vorgaben von Recht und Gesetz zur Disposition der Parteien stellt und dadurch die Rechtsgeltung beeinträchtigt, ist nicht stichhaltig.⁴⁸ Mediation kann nur im Rahmen des dispositiven Rechts praktiziert werden, also dort wo die Selbstbestimmung der Parteien ohnehin oberstes Prinzip ist. Das zwingende Recht setzt auch der Mediation Grenzen; eine gegen die guten Sitten oder das Gesetz verstoßende Abschlussvereinbarung wäre nichtig, desgleichen eine solche, die eine gesetzliche Formvorschrift oder ein Genehmigungserfordernis missachtet. In der Mediation findet die Recht schöpfende Funktion der Privatautonomie ihren deutlichsten Ausdruck. Und wo es auf Rechtsklärung oder -fortbildung ankommt, scheidet Mediation ohnehin aus.

⁴⁶ Näher *Risse* Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 38 ff.

⁴⁷ Zutreffend *Risse* Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 44.

⁴⁸ Ebenso in Auseinandersetzung mit den Thesen von *Fiss* Against Settlement 93 Yale L.J., 1073 ff. (1984) *Risse* Wirtschaftsmediation § 14 Rdn. 45 ff.