

**Dwight Golann**

# **Mediation Advocacy**

## **The Role of Lawyers in Mediation**

*Edited by*



Übersetzt von Siegfried Etzkorn

*A project funded by the European Union*



# Der vorteilhafte Einsatz des Mediationsverfahrens: Die Rolle des Rechtsanwaltes<sup>1</sup>

## Einführung

Dieses Buch richtet sich an Rechtsanwälte, die Parteien in Mediationsverfahren vertreten. Es beschreibt, wie sich Anwälte die Struktur des Verfahrens und die besonderen Handlungsmöglichkeiten von Mediatoren zu Nutze machen können, um ihre Verhandlungsziele zu erreichen.

Nach herkömmlicher Auffassung haben Rechtsanwälte Mediation als Mittel zur Vereinfachung kontroverser Verhandlungen angesehen. Nach dieser Sichtweise ist die Hauptaufgabe des Mediators, Angebote zwischen den Parteien zu übermitteln und sie wechselseitig vor zu hartem Druck der anderen Partei zu schützen — eine Kombination von „Telefon“ und „Boxhandschuh“. Wenn solche Verhandlungen ins Stocken geraten, wird vom Mediator erwartet, dass er jede Partei durch eine Bewertung ihrer rechtlichen Argumente auf den Boden der Tatsachen zurückholt und dass er womöglich auch einen Vergleichsvorschlag macht. Viele Rechtsanwälte favorisieren diese Herangehensweise, jedoch werden dadurch nicht alle Vorteile dessen ausgenutzt, was ein Mediator tun kann.

Mediatoren haben Macht. Sie können die Parteien nicht zwingen, sich zu einigen, aber sie beeinflussen den Verhandlungsprozess. Umsichtige Rechtsanwälte machen sich dies zu nutze. Wie ein Mediator einmal mit nicht zu übersehender Bewunderung über einen Prozessanwalt sagte: „Er bewegte mich wie eine Schachfigur!“ In der Tat sind gute Mediatoren wie die Springer beim Schachspiel; sie haben viele Fähigkeiten, und Anwälte können diese für ihre Verhandlungstaktik nutzen.

Mediatoren können die Verhandlungsmöglichkeiten eines Anwalts auf viele Arten verbessern. Zum Beispiel kann ein Mediator die Kommunikation zwischen den Parteien verbessern, indem er Botschaften übermittelt oder erklärt, was ein Angebot bedeutet („Sagen Sie ihnen, dass wir im Moment nur € 25.000,00 anbieten, aber zu ernsthaften Gesprächen bereit sind, wenn sie ihre Forderung auf künftigen Gewinn fallen lassen.“) Mediatoren können auch Informationen über die Haltung eines Kontrahenten übermitteln („Ist der Anspruchsteller seit unserem Treffen heute Morgen ruhiger geworden?“) und kann informelle Gespräche anregen („Ich denke, es wäre hilfreich, wenn wir ein vertrauliches Gespräch zwischen den beiden Finanzvorständen ansetzen würden.“)

Anwälte können Mediation sowohl zur Verfolgung konfrontativer als auch kooperativer Verhandlungsstrategien nutzen. So kann ein Anwalt beispielsweise im Rahmen einer Mediation mit wesentlich weniger Risiko als in direkten Verhandlungen ein überspanntes Einstiegsangebot machen, weil er sich darauf verlassen kann, dass der Mediator den Eindruck, den ein solches Angebot macht, abfedern wird („Er wird die andere Partei schon wieder runter bringen“).

Anwälte können Mediation auch dazu nutzen, kreative Lösungsansätze zu verfolgen, zum Beispiel, indem sie mit Macht einen Zahlungsanspruch verfolgen, während sie den Mediator in vertraulichen Gesprächen bitten, herauszufinden, ob die andere Seite dafür zu haben wäre, die Geschäftsbeziehung wieder herzustellen.

Vor allem gegen Ende des Verfahrens, findet sich der Anwalt häufig in einer dreiseitigen Verhandlungssituation wieder. Er verhandelt nicht nur mit der anderen Partei, sondern auch mit dem Mediator. Anwälte können zum Beispiel darüber verhandeln, ob der Mediator eine bestimmte Vorgehensweise wählt („Bevor Sie uns Ihre eigene Sicht über die Haftungsfrage geben, würden wir es begrüßen, wenn Sie jede Seite ein Angebot vorlegen lassen.“) oder sie können den Mediator zu taktischem Vorgehen auffordern („Warum schlagen Sie nicht beiden Seiten vor, dass sie ...?“). Anwälte können von einem Mediator nicht erwarten, dass er sich in einem Rechtsstreit auf eine Seite schlägt, aber wenn ein bestimmtes Vorgehen neutral ist, mag der Mediator durchaus dem Vorschlag eines Anwaltes folgen.

Die wichtigste Lektion ist, dass man das Verfahren nicht passiv über sich ergehen lassen, sondern stattdessen den Mediationsprozess aktiv zur Wahrnehmung der Interessen des Mandanten nutzen sollte. Aufgrund der Erfahrung des Autors als Mediator mit Anwälten aus Europa, Asien und Nordamerika soll dieses Buch Vorschläge liefern, wie ein Rechtsanwalt sich der Möglichkeiten eines Mediators bedienen kann, um ein optimales Ergebnis zu erreichen.

## **1.Grundsätzliche Entscheidungen**

### **a. Soll ein Mediationsverfahren durchgeführt werden?**

Die erste Frage ist, ob überhaupt eine Mediation in Angriff genommen werden soll. Man sollte Mediation einem Mandanten empfehlen, wenn folgende Voraussetzungen gegeben sind:

- Es besteht eine ernsthafte Chance, dass der Mandant ein vorteilhafteres Ergebnis durch Verhandlungen als durch einen Rechtsstreit erreichen kann, unter Beachtung des Risikos und der Kosten der Fortführung des Konflikts,
- es ist schwierig oder unmöglich für die Parteien direkt miteinander zu verhandeln, und
- es erscheint wahrscheinlich, dass eine Mediation den Parteien helfen kann, Verhandlungshindernisse zu überwinden.
  - Potentielle Hindernisse gegenüber einem Vergleich sind insbesondere:
  - Streitpunkte hinsichtlich des Verhandlungsablaufs, wie die Abwesenheit eines wichtigen Entscheidungsträgers oder die harte Verhandlungsweise durch einen Verhandlungsführer,
  - Emotionen, die das Urteil eines oder mehrerer Beteiligter trüben,

- Mangel an Informationen der die Parteien daran hindert, ihre rechtliche Position genau einzuschätzen.
- Gründe, keine Mediation durchzuführen: In manchen Situationen kann Mediation ungeeignet sein. Z. B. mag eine Partei
  - eine Gerichtsentscheidung benötigen, um nach deren Muster andere Inanspruchnahmen beizulegen,
  - befürchten, dass eine gütliche Einigung zusätzliche Inanspruchnahme nach gleichem Muster nach sich ziehen wird,
  - eine Gerichtsentscheidung benötigen, um das Verhalten des Gegners unter Kontrolle zu haben,
  - den Wunsch haben, dass Gerichtsverfahren zur Informationsgewinnung zu benutzen,
  - Mediation kann auch dann ineffektiv sein, wenn
    - ein maßgeblich Beteiligter sich der Teilnahme an dem Verfahren verweigert,
    - eine Partei von dem Bestehen der Konfrontation profitiert, z. B. um einen Gegner im Wettbewerb zu schaden (solch eine Taktik mag allerdings unethisch sein),
    - eine der Parteien nicht in der Lage ist, effektiv Entscheidungen zu treffen, weil sie psychisch behindert ist.

### **b. Wenn Mediation, wann?**

Angenommen, dass Mediation für den Fall geeignet ist, wann ist die richtige Zeit, um das Verfahren einzuleiten? Es mag hierbei überhaupt keine Wahl geben, weil ihr Mandant durch einen Vertrag oder eine Gerichtsentscheidung dazu verpflichtet ist, ein Mediationsverfahren durchzuführen. Wenn man aber die Wahl hat, so hängt die Frage des Zeitablaufs von den jeweiligen Zielen ab. Wenn das vorrangige Ziel ist, ein Problem aus der Welt zu schaffen oder das Verhältnis zwischen den Parteien wieder herzustellen, ist es normalerweise am besten, schnell in die Mediation einzutreten. Wenn man dies nicht tut, so werden sich die Positionen der Parteien sehr wahrscheinlich verhärten, und eine Partei könnte die Geschäftsbeziehung durch eine neue ersetzen, was es schwerer macht, sie wieder herzustellen.

Wenn allerdings das Ziel ihres Mandanten ist, dass beste wirtschaftliche Ergebnis zu erreichen, dann ist die Frage des Zeitablaufs komplizierter. Indem er eine Mediation verzögert, kann ein Rechtsanwalt in der Lage sein, die Verhandlungsposition eines Mandanten zu verbessern, z. B. indem er zwischenzeitlich vor Gericht eine obsiegende Entscheidung erlangt. Allerdings ist Prozessführung teuer und die Gegenseite könnte die gleiche Strategie verfolgen, was die Kosten für beide Seiten erhöht und eine gütliche Einigung noch schwieriger macht.

Streitende Parteien neigen oft dazu, in eine rechtliche Mediation einzutreten,

wenn sie sich einer Steigerung der Kosten oder einem ernsthaften Risiko des Unterliegens gegenüber sehen. Die natürlichen Zeitpunkte, um über eine gütliche Einigung zu verhandeln, sind vor der Einleitung eines förmlichen Gerichtsverfahrens, nachdem die ersten Verfahrensschritte durchlaufen sind sowie im Vorfeld einer Gerichtsverhandlung oder einer Gerichtsentscheidung.

- Bevor ein formelles Gerichtsverfahren eingeleitet ist: Manchmal entscheiden sich die Parteien für eine Mediation, bevor sie in ein Gerichtsverfahren eintreten. Hierdurch geht jede Seite einen Kompromiss ein: Sie hat weniger Informationen, aber vermeidet die Kosten eines Gerichtsverfahrens und die Zerrüttung, die damit einhergeht. In den letzten Jahren sind die Parteien immer häufiger bereit gewesen, vor der Einleitung eines Gerichtsverfahrens eine Mediation durchzuführen.

- Nach den ersten Verfahrensschritten: Eine andere Option ist, ein Gerichtsverfahren einzuleiten und die ersten Schritte zu unternehmen, die eigene Position zu schützen, Informationen zu sammeln und die Streitpunkte herauszuarbeiten. Nachdem dies geschehen ist, entscheiden sich allerdings die Parteien manchmal für eine Mediation. Hierbei folgen sie der sogenannten 80/20-Regel: 80 % der relevanten Informationen eines Falles wird normalerweise durch die ersten 20 % an Zeit- und der Kostenaufwand der Parteien gewonnen. Aufgrund dieses Erfahrungssatzes entschließen sich Anwälte bisweilen, vorläufige Schritte zur Einschätzung der Erfolgsaussichten zu unternehmen und dann in eine Mediation einzutreten, um zu sehen, ob der Rechtsstreit beigelegt werden kann.

- Im Vorfeld einer maßgeblichen Gerichtsentscheidung: Herkömmlich haben Anwälte bis kurz vor der Gerichtsverhandlung oder einem anderen maßgeblichen Ereignis im Verlauf eines Prozesses gewartet, um Vergleichsgespräche zu beginnen. Dies haben sie deswegen getan, weil sich die Anwälte, während die Gerichtsverhandlung näher rückt, sich intensiv vorbereiten müssen, was erhebliche Kosten sowohl für die Anwälte als auch für die Mandanten mit sich bringt. Die Gerichtsverhandlung steht auch für die ultimative „Hopp-oder-Top-Situation“, was für beide Seiten ein ernsthaftes Risiko darstellt. Schließlich wird die Phase kurz vor der Gerichtsverhandlung oft als die „richtige“ Zeit angesehen, um über eine gütliche Einigung zu sprechen, ohne Schwäche zu zeigen.

## **2. Die Einleitung des Mediationsprozesses**

### **a. Die Überzeugung von Mandanten und Gegnern von der Mediation**

Das für sich genommen größte Hindernis gegenüber dem Eintritt in ein Mediationsverfahren ist wahrscheinlich die Sorge vieler Parteien und Anwälte, dass ihr Gegner ihr Interesse an einer Streitbeilegung als Signal deuten wird, dass eine Partei nicht an ihre Rechtsposition glaubt. Es gibt allerdings Möglichkeiten, diese Bedenken auszuräumen oder zu verringern:

- Machen Sie klar, dass Gespräche über eine Streitbeilegung unvermeidlich sind: Sie mögen anmerken, dass Sie gerne Prozesse führen; schließlich ist das

Ihr Beruf. Da allerdings sehr wenige Fälle zur Verhandlung kommen, ist es sehr wahrscheinlich, dass die Parteien zu irgendeinem Zeitpunkt über eine Streitbeilegung sprechen werden. Warum sollte man es nicht sofort versuchen und allen Beteiligten Kosten und Verzögerungen ersparen?

- Berufen Sie sich auf Ihre Firmenpolitik: Ein Unternehmen oder eine Anwaltskanzlei kann es sich zur Firmenpolitik machen, in jedem Rechtsstreit frühzeitig Möglichkeiten einer Streitbeilegung zu untersuchen. Die Anwälte können dann den Eindruck vermeiden, dass Sie Mediation nur deswegen vorschlagen, weil ihre rechtliche Position schwach ist.

- Bitten Sie den Anbieter von Mediation, die Initiative zu übernehmen: Eine weitere Möglichkeit ist, einen Mediator oder eine Organisation, die Mediation anbietet, der Gegenseite ein Mediationsverfahren vorzuschlagen. Ihr Gegner wird wahrscheinlich wissen, dass Sie dieses Ansinnen in die Wege geleitet haben, aber indem Sie eine dritte Partei benutzen, vermeiden Sie es, der Gegenseite das Mediationsverfahren selbst zu „verkaufen“.

- Zitieren Sie eine Vorschrift: Manche Gerichte verlangen von Anwälten, zu verhandeln oder eine Mediation zu durchlaufen, bevor sie eine Klage einreichen oder eine Gerichtsverhandlung durchführen können. Wenn dem so ist, dann kann der Anwalt vorschlagen dass die Parteien besser ihr eigenes Verfahren gestalten, als in ein gerichtliches Güteverfahren hineingezwungen zu werden. Auch wenn ein Gericht ein solches Erfordernis nicht aufstellt, so kann der Rechtsanwalt das Gericht vertraulich bitten, den Parteien eine Mediation vorzuschlagen.

Diese Vorschläge gehen davon aus, dass die Aufgabenstellung ist, die Gegenseite von einer Mediation zu überzeugen. Allerdings ist oft der eigene Mandant die eigentliche Hürde. In den Worten eines Prozessanwalts: Es gibt keine harten und festen Regeln, wann der perfekte Augenblick für eine Mediation gekommen ist, aber eines ist klar: Bevor man beginnt, muss man erkennen, dass das erste Hindernis, den Dialog früh zu beginnen, durchaus der eigene Mandant sein kann, vor allem, wenn man ihn in der Vergangenheit noch nicht vertreten hat. Er wird sich fragen ob man zu wenig Vertrauen in sich selbst oder die eigene Rechtsposition hat, wenn man zu früh von einer Streitbeilegung ausgeht. Andererseits: Wenn man die Möglichkeit einer Streitbeilegung gegenüber einem anspruchsvollerem Mandanten nicht erwähnt, könnte er sich durchaus fragen, ob man Gebühren aus einen Fall schinden möchte, der wahrscheinlich niemals einen Gerichtssaal sehen wird. Beginnen Sie Gespräche mit der Gegenseite erst, wenn Sie sich mit Ihrem eigenen Mandanten einig sind. (Stern, 1998).

#### **b. Die Gestaltung einer effektiven Mediationsvereinbarung**

Es gibt zwei grundlegende Situationen, in denen ein Anwalt sich mit Vereinbarungen über Mediation auseinandersetzen muss:

- Es existiert bereits ein Rechtsstreit und die Parteien haben sich geeinigt, eine Mediation durchzuführen, aber sie müssen noch entscheiden, wie das Verfahren durchgeführt wird.

- Die Parteien haben gegenwärtig keinen Streit, aber sie wollen sich verpflichten, jede Streitigkeit, die in Zukunft aufkommen mag, einer Mediation zu unterziehen.

### **(1) Vereinbarungen, einen gegenwärtigen Rechtsstreit einer Mediation zu unterziehen**

Wenn die Parteien sich geeinigt haben, einen gegenwärtigen Rechtsstreit einer Mediation zu unterziehen, kann es für sie von Vorteil sein, wenn sie eine Vereinbarung schließen, die folgende Themen abdeckt:

- Welche Vertraulichkeitsregelung wird für das Verfahren gelten?
- Kann eine Aussage oder ein Dokument, das in der Mediation benutzt wurde, auch später in einem Gerichtsverfahren genutzt werden?
- Können Informationen, die in der Mediation vorlagen, jemand anderen außerhalb des Verfahrens zugänglich gemacht werden?
- Wer wird die Kosten der Mediation tragen?
- Wie kann eine Partei ihre Teilnahme an dem Verfahren beenden?
- Welche Vorschriften werden gelten? Z. B., kann der Mediator seine Meinung über die Rechtslage ohne Einwilligung der Parteien offen legen?
- Wird ein Gerichtsverfahren unterbrochen oder rechtliche Ansprüche gesichert, während die Mediation stattfindet?

Die meisten Anbieter von Mediationsverfahren haben Standardformulare, die diese Themen berücksichtigen und Anwälte unterzeichnen diese Formulare normalerweise ohne Änderungen. Ein Beispiel einer Mustermediationsvereinbarung befindet sich im Anhang.

Der häufigste Streitpunkt über die Bedingungen des Mediationsverfahrens betrifft die Frage, wie die Parteien die Kosten des Verfahrens aufteilen. Wenn, z. B. ein Anspruchsteller drei mit einander verbundene Unternehmen, die von einer Anwaltskanzlei vertreten werden, verklagt, sollte dann der Kläger die Hälfte und die Beklagten die andere Hälfte oder sollen die Beklagten  $\frac{3}{4}$  der Kosten tragen? Mediatoren möchten sich üblicherweise an solche Auseinandersetzungen nicht beteiligen, aber sie mögen bereit sein, eine Diskussion über die Kostenverteilung zu erleichtern, wenn der Gesamtbetrag unstrittig ist, d. h., wenn sie kein persönliches Interesse an dem Ausgang des Verfahrens haben.

### **(2) Mediationsvereinbarungen hinsichtlich zukünftiger Rechtsstreitigkeiten**

Parteien, die einen Vertrag abschließen, können darin eine Klausel vorsehen, die sie verpflichtet, jeden künftigen Rechtsstreit in ihrer Geschäftsbeziehung einer Mediation zu unterziehen. Unternehmen, die grenzüberschreitende Vereinbarungen abschließen sehen sich z. B. mit hoher Wahrscheinlichkeit unvorhergesehenen Veränderungen gegenüber und profitieren davon, wenn

ihnen ein Verfahren zur Verfügung steht, solche Probleme schnell und auf kooperativem Wege auszuräumen. Beispiele für eine Mediationsklausel und eine mehrstufige Klausel, die zunächst Verhandlungen, gefolgt von Mediation und sodann den Gang zum Schiedsgericht vorsieht, befindet sich im Anhang.

Wenn einmal ein Rechtsstreit aufkommt, dann mag es sein, dass eine der Parteien einer solchen Vereinbarung gerne die Mediation durchlaufen würde, während die andere dies nicht möchte. Die Partei, die gerne die Mediation betreiben würde, wird sich möglicherweise dazu entschließen, die Verpflichtung zur Mediation nicht durchzusetzen, aufgrund der Überlegung, dass es nicht sinnvoll ist, jemanden zu zwingen, sich gegen seinen Willen von dem Verfahren zu beteiligen. Andererseits mag eine Partei, die die Mediation nicht betreiben möchte, zu dem Entschluss kommen, dass es einfacher ist eine Mediationsrunde zu durchlaufen als sich darüber zu streiten. Wenn allerdings eine Partei die Mediation verlangt und die andere sich weigert, kann ein Gericht angerufen werden, um die Verpflichtung durchzusetzen. Zunächst hatten sich Gerichte, aufgrund der Überlegung, dass es unmöglich oder mühsam wäre, festzustellen, ob eine Partei in redlicher Art und Weise an der Mediation teilgenommen hat, geweigert, Mediationsklauseln durchzusetzen. In letzter Zeit allerdings sind die Gerichte mehr und mehr bereit solche Verpflichtungen durchzusetzen, zumindest dort wo eine Partei sich der Teilnahme vollständig verweigert hat. Unter den Sanktionen, die die Gerichte verhängen können sind:

- Wenn ein Anspruchsteller die Mediation unterlassen hat, können sie die Klage abweisen oder das Verfahren unterbrechen bis der Anspruchsteller seiner Verpflichtung nachgekommen ist.
- Wenn eine Partei bei einer Mediationssitzung nicht erscheint, können sie der säumigen Partei die Kosten mit der Mediation und vielleicht auch die Anwaltskosten der Gegenseite auferlegen.
- Wenn eine Partei sich weigert, eine Mediation durchzuführen und später vor Gericht obsiegt, ihr die Kostenerstattung verweigern, zu der sie normalerweise berechtigt wäre.
- Um erzwingbar zu sein, muss eine Mediationsvereinbarung eindeutig sein. Um dies zu erreichen,
  - benutzen Sie einfache Sprache und stellen Sie einen klaren Zeitplan auf,
  - vermeiden Sie Mehrdeutigkeit: insbesondere trennen Sie die Verpflichtung die Mediation zu betreiben von jeder Schiedsvereinbarung,
  - beschreiben Sie genau, welche Entschädigungen oder Vertragsstrafen eine Partei beanspruchen kann, wenn die andere Seite die Vereinbarung verletzt, und
  - sehen Sie ein Mediationsverfahren vor, dass im Hinblick auf die Natur der zugrunde liegenden Transaktion angemessen ist. (Katz 2008)

### **c. Der Umgang mit Verpflichtungen aufgrund Gesetzes oder gerichtlicher Anordnung**

Ihr Mandant mag durch Gesetz, Prozessordnung oder gerichtliche Anordnung dazu verpflichtet sein, eine Mediation durchzuführen. Wenn dem so ist, sollten Sie folgende Punkte beachten:

- Werden Sie die Auswahl des Unparteiischen beeinflussen können? Manche Mediationsprogramme sehen eine bestimmte Person vor, während andere die Parteien einen Mediator von einer Kandidatenliste auswählen lassen.

- Wer wird bei der Mediation erscheinen müssen? Manche Mediationsprogramme verlangen, dass die Parteien Vertreter mit umfassender Vollmacht zum Abschluss von Vergleichen entsenden, was Probleme für große Organisationen mit anhängigen Verfahren in verschiedenen Rechtsordnungen mit sich bringt.

- Wird es Ihnen erlaubt sein, eine Darstellung Ihrer Sicht des Falles oder Dokumente vorab an den Mediator zu übermitteln?

- Werden Sie für das Verfahren bezahlen müssen? Wenn ja, wieviel?

- Sind Sie verpflichtet, die Mediation in einer bestimmten Weise oder in einem bestimmten Zeitraum durchzuführen?

- Werden Eingaben und Dokumente, die in der Mediation benutzt werden, vertraulich und als nicht verwendbar in späteren Gerichtsverfahren behandelt?

Wenn Sie mit dem gerichtlichen Mediationsverfahren nicht zufrieden sind, sollten Sie überlegen, ob Sie den Prozess entweder durch Vereinbarung mit der anderen Seite oder durch einen Antrag bei Gericht abändern können. Wenn Sie an einer gerichtlichen Mediation überhaupt nicht teilnehmen wollen, fragen Sie:

- Ist es möglich, die Teilnahme zu verweigern oder kann ein Antrag auf Freistellung von dem Verfahren gestellt werden?

- Wie sind die Mindestanforderungen, die man erfüllen muss, um den Bestimmungen über die Mediationsverpflichtung nachzukommen?

- Welche Sanktionen sind zu befürchten, wenn man sich nicht an die Regelung über die Mediationsverpflichtung hält?

- 

## **3. Die Gestaltung des Verfahrens**

### **a. Die Auswahl des Mediators**

#### **(1) Die Identifikation der bestgeeigneten Person**

Die wichtigste Aufgabe bei der Gestaltung eines Mediationsverfahrens ist, neben der Aufgabe, geeignete Vertreter der Parteien zur Teilnahme zu bewegen, die Auswahl des richtigen Mediators. In vielen Städten gibt es einen Pool von möglichen Mediatoren, die sich in Erfahrung, Hintergrund und Mediationsstil stark unterscheiden. Sie sind daran interessiert, die Person zu finden, deren Qualitäten am besten zu den Erfordernissen ihres Falles passen.

Man sollte damit beginnen, darüber nachzudenken, was die Parteien von effizienten Verhandlungen abhält. Wenn z. B. das Problem ist, dass Ihr Gegner (oder Ihr eigener Mandant) von aggressiver Persönlichkeit ist, werden Sie einen Mediator auswählen wollen, der Fähigkeiten im Bereich der Verfahrensleitung hat. Wenn das Haupthindernis zu einer Einigung ist, dass Ihr Gegner die Stärke seiner Rechtsposition falsch beurteilt hat, dann mag ein früherer Richter die Rolle des Mediators am effektivsten ausfüllen können. Wenn eine Partei daran interessiert ist, sich zu einigen, sie aber einen schwierigen Kompromiss rechtfertigen muss, dann wird jemand mit hoher Reputation, dessen Zustimmung zu der Entscheidung das nötige Gewicht hat, die beste Wahl sein. Häufig gibt es mehr als ein Hindernis, sodass ein Mediator mit mehreren Qualitäten gefragt ist.

Vor kurzem haben Wissenschaftler die Rechtsanwälte, die einige der erfolgreichsten Businessmediatoren in Amerika beauftragt haben, befragt, welche Qualitäten sie an einem Unparteiischen schätzten. Die zentrale Aussage der Studie war, dass „ein - wenn nicht das - Schlüsselement des Erfolges für einen Mediator seine Fähigkeit ist, mit den Parteien ein Verhältnis des Vertrauens und Zutrauens aufzubauen.“ (Goldberg und Shaw 2007). Der wichtigste einzelne Faktor bei der Auswahl unter qualifizierten Mediatoren ist daher, wie gut sie mit den Parteien, einschließlich ihres eigenen Mandanten, zurecht kommen. Wird Ihr Mandant mehr Vertrauen zu einem früheren Spitzenmanager oder zu einem erfahrenen Prozessrechtler haben? Wird der Hauptentscheidungsträger auf der anderen Seite sich von einem ehemaligen Richter etwas sagen lassen? Inwieweit wird der Kandidat in der Lage sein, mit Fremden schnell eine enge Beziehung aufzubauen?

Um zu entscheiden, ob ein Kandidat die notwendigen Qualitäten besitzt, möchten Sie und der gegnerische Anwalt hier vielleicht eine telefonische Besprechung mit ihm führen. Einige Mediatoren lehnen es ab, im Vorfeld mit Rechtsanwälten zu sprechen, aber viele Unparteiische sind hierzu bereit, da sie der Meinung sind, dass sie als potentieller Mediator mehr Freiheit haben, über einen Fall zu sprechen als ein potentieller Schiedsrichter.

## **(2) Die Verhandlung über die Auswahl**

Das Aushandeln des Mediators ist wie andere Verhandlungen, außer dass die Wahl des richtigen Unparteiischen für beide Parteien ein Gewinn sein kann. Für gewöhnlich bereitet jeder der Rechtsanwälte eine Kandidatenliste vor und die Anwälte tauschen die Namen aus. Manchmal erscheint ein Name auf beiden Listen, doch wenn nicht, erörtern die Rechtsanwälte, welcher der Kandidaten auf der Liste ausgewählt wird oder Sie fügen dem Pool weitere Namen hinzu.

Eine andere Möglichkeit ist, vorzuschlagen, dass der gegnerische Rechtsanwalt eine Liste von Kandidaten vorbereiten soll. Wenn der Anwalt jemanden vorschlägt, den Sie auch nominieren würden, können Sie einen guten Mediator erhalten, der bereits das Vertrauen der anderen Seite besitzt. Wenn Sie großen Respekt und Vertrauen gegenüber dem gegnerischen Anwalt haben, so werden Sie vielleicht sogar ihm erlauben, den Mediator auszuwählen, während

Sie sich lediglich ein Veto-Recht gegenüber seiner Wahl vorbehalten. Dem Gegner die Auswahl des Mediators zu überlassen mag merkwürdig erscheinen, wenn jedoch Ihr Ziel ist, die andere Partei zu überzeugen, kann der effektivste Mediator durchaus jemand sein, den die Gegenseite selbst ausgesucht hat.

### **(3) Soll man einen Einzelmediator oder eine Organisation, die Mediation anbietet, auswählen?**

Die bisherigen Ausführungen sind von der Annahme ausgegangen, dass die Rechtsanwälte eine Einzelperson als Mediator auswählen. Eine andere Möglichkeit ist, sich mit den Beratern der anderen Seite zu einigen, dass eine Organisation, die Mediation anbietet, eine Kandidatenliste aus dem bei ihr geführten Bestand von Unparteiischen vorschlägt oder sie sogar selbst den Mediator auswählt.

Das Mediationsverfahren von einer Organisation durchführen zu lassen, hat Vorteile. Wenn eine neutrale Stelle eingeschaltet wird, werden die Kandidaten wahrscheinlich weniger misstrauisch beäugt, da die Liste der Nominierten nicht einer Seite „gehört“. Organisationen können normalerweise neutrale Büros zur Verfügung stellen, in denen die Mediation stattfinden kann; Einzelmediatoren haben vielleicht keinen Zugang zu neutralen Örtlichkeiten. Eine Organisation kann auch die Zahlung der Mediationskosten und den Dokumentenaustausch organisieren, sodass der Mediator es vermeiden kann, sich mit administrativen Angelegenheiten zu befassen.

Eine Organisation zu beauftragen, ist nahezu unumgänglich, wenn Unternehmen, die einen Vertrag schließen, sich einigen, dass für alle Rechtsstreite, die unter dem Vertrag entstehen, eine Mediation durchgeführt werden soll. Man kann eine bestimmte Einzelperson als Unparteiischen in einem solchen Vertrag benennen, aber es gibt keine Möglichkeit, sicherzustellen, dass die Einzelperson zur Verfügung steht, wenn ein Streit aufkommt. Im Gegensatz dazu ist eine Organisation in der Lage, einen Mediator durch einen anderen zu ersetzen, um damit umzugehen, wenn sich ein Mediator zur Ruhe setzt, krank wird, Termenschwierigkeiten hat oder im Falle anderer unvorhergesehener Ereignisse.

## **b. Die Bereitung des Bodens für die Mediation**

### **(1) Stellen Sie die Anwesenheit der notwendigen Teilnehmer her**

Die Anwesenheit der richtigen Personen am Verhandlungstisch ist entscheidend für den Erfolg des Verfahrens; in der Tat ist die Identität der Verhandlungsführer häufig wichtiger als die Identität des Mediators. Wir behandeln gleichwohl dieses Thema hier nach der Auswahl des Mediators, weil Sie, sobald Sie einen Mediator ausgewählt haben, ihn um Hilfe bitten können, um die richtigen Leute an den Verhandlungstisch zu bekommen. Wer die richtigen Leute in einem bestimmten Fall sind, wird wieder davon abhängen, was Ihre Ziele sind. Zu den richtigen Leuten können gehören:

- Geschäftsführer oder Vorstände: Wenn das vorrangige Ziel ist, ein persönliches Verhältnis wieder herzustellen, dann ist die Anwesenheit der Geschäftsführer normalerweise unerlässlich, um ihre Probleme durchzusprechen und die Fähigkeit miteinander umzugehen, wieder zu gewinnen. Dasselbe mag zutreffen, wenn das Ergebnis äußerst wichtig für eine Partei ist, so in Fällen, wo es um die Existenz eines Unternehmens geht.

- Fachleute: Wenn das Ziel ist, eine kreative Lösung zu erarbeiten, ist es notwendig, Menschen zugegen zu haben, die über den nötigen Einfallsreichtum verfügen, genauso wie Fachleute, die über ausreichende Kenntnisse verfügen, um die verschiedenen Möglichkeiten zu entwickeln und zu bewerten. Die Umgestaltung eines Vertrags kann z. B. die Teilnahme leitender Angestellter aus den Bereichen Finanzen, Produktion oder Marketing erfordern.

- Personen mit den nötigen Vollmachten: Wenn die Parteien nicht mehr in Geschäftsbeziehung stehen und es keine ernsthaften emotionalen Verstimmungen gibt, wie es z. B. vorkommt, wenn ein Unternehmen routinemäßig einen Anspruch unter seiner Versicherungspolice geltend macht, dann ist es für gewöhnlich die Hauptaufgabe, sicherzustellen, dass der Verhandlungsführer jeder Seite ermächtigt ist, einem Kompromiss in der Sache zuzustimmen.

Rechtsanwälte müssen manchmal darüber verhandeln, sicherzustellen, dass die andere Seite oder sogar ihr eigener Mandant jemanden zur Mediation entsendet, der die nötigen Kenntnisse und Vollmachten besitzt, schwierige Entscheidungen zu treffen. Ein Mediator kann bei dieser Aufgabe helfen.

Ein deutsches Unternehmen hat eine Schifffahrtlinie von einer spanischen Gesellschaft gekauft. Später verklagte sie die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft, die die Verkäuferin geprüft hatte mit der Begründung, dass die Wirtschaftsprüfungsgesellschaft Fehlverhalten der Geschäftsleitung der Schifffahrtlinie verschleierte und deren Profitabilität überbewertet habe, was den Käufer dazu veranlasst habe, zuviel zu bezahlen.

Der Anwalt des Käufers rief die Mediatorin frühzeitig an und sagte ihr, dass es für ihre Mandantin elementar sei, dass der Vorstandsvorsitzende der deutschen Käuferin an der Mediation teilnimmt.

Allerdings würde der Vorstandsvorsitzende nicht kommen, wenn nicht der Managing Partner der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft ebenfalls persönlich an der Mediation teilnehmen würde und der Vorstandsvorsitzende, von dem der Anwalt sagte, dass er ein ausgeprägtes Ego habe, würde, aus Angst, zu begierig auf einen Vergleich zu wirken, nicht der erste sein, der sich zur Anwesenheit verpflichten würde. Die Mediatorin rief den Gegenanwalt an, der auch meinte, dass es sehr hilfreich sei, wenn die Unternehmensführer anwesend seien, aber sagte, dass auch sein Mandant nicht der erste sein wolle, der zusagt, zu kommen.

Die unparteiische Mediatorin entschloss sich, jede Seite zu bitten, ihr im Vertrauen zu sagen, ob ihr Unternehmensführer erscheinen würde, wenn der andere dies täte. Beide antworteten positiv. Sie kündigte sodann an, dass beide Entscheidungsträger anwesend sein würden.

Dieses Beispiel illustriert, wie gut Anwälte einen Mediator einsetzen können, um zum Vorteil ihres Mandanten den Boden für Verhandlungen zu bereiten. Mediatoren wissen allerdings normalerweise nichts von derartigen, nicht juristischen Streitpunkten, bis das Verfahren begonnen hat, was es für die Rechtsanwälte sehr wichtig macht, sie vorzuwarnen.

Wenn man einen Mediator um Hilfe bei der Verfahreseinleitung bittet, hat dies viele Vorteile. Erstens, nachdem sie einer Mediation zugestimmt hat, wird die Gegenseite ein Interesse verspüren, ein gutes Verhältnis mit dem Unparteiischen aufrecht zu erhalten. Des Weiteren sind Mediatoren häufig eher der Einbeziehung von Beteiligten in das Verfahren zugeneigt: Der Unparteiische wird denken: Besser, man bringt jemanden hinein, der sich später als nicht erforderlich erweist, als dass zu einem wichtigen Zeitpunkt ein maßgeblicher Entscheidungsträger fehlt.

Ein Softwareunternehmen verklagte eine frühere Angestellte vor einem italienischen Gericht, mit der Begründung, dass sie ein vereinbartes Wettbewerbsverbot missachtet habe, indem sie ihr früheres Entwicklungsteam für ihr neues Unternehmen angeworben habe. Die Parteien vereinbarten die Mediation.

Das konkurrierende Unternehmen, eine polnische Gesellschaft, war nicht Partei des Gerichtsverfahrens, aber seine Teilnahme war wichtig für jeden Vergleich, weil es sich verpflichtet hatte, die Angestellte von jeder Haftung freizustellen, die aus ihren Bemühungen, neue Mitarbeiter anzuwerben, erwachsen würde. Allerdings lehnte es sein Geschäftsführer ab, an der Mediation selbst teilzunehmen, mit der Begründung, dass es für ihn eine zu weite Reise sei, nach Rom zu kommen und dass in jedem Fall sein Unternehmen nicht Partei des Falles sei.

Der Anwalt des Klägers bat den Mediator, den Geschäftsführer zum Erscheinen zu überreden. Er betonte, wie wichtig dessen Anwesenheit für den Erfolg „unseres“ Falles sei. Der Mediator nahm die Herausforderung an und kontaktierte den Geschäftsführer des Wettbewerbers mehrfach. Obwohl der Geschäftsführer sich nicht bereit erklärte, persönlich zu erscheinen, erklärte er sich bereit allen Verhandlungen per Videokonferenz beizuwohnen und seine Teilnahme erwies sich als entscheidend für das Zustandekommen einer Einigung.

## (2) Verständigen Sie sich auf ein Format

Timing: Sie und Ihr Gegner müssen sich über einen Zeitraum für die Mediation verständigen.

Sollen dafür ein paar Stunden, ein Tag, mehrere Tage oder eine Reihe von Sitzungen über einen längeren Zeitraum vorgesehen werden? Hier besteht insoweit ein Spannungsfeld, als man einerseits dem Verfahren genügend Zeit für seinen Ablauf einräumt, aber die Parteien andererseits nicht dazu ermuntert, harte Entscheidungen hinauszuschieben. Im Allgemeinen:

Ein Tag ist normalerweise angemessen für einen Rechtsstreit über einen Vertrag, obwohl das Verfahren sich bis in den Abend hinziehen kann und die Parteivertreter dies einkalkulieren sollten.

Zwei Tage oder mehr sind manchmal notwendig für Baustreitigkeiten, weil an ihnen für gewöhnlich mehrere Parteien beteiligt sind und sie „Minirechtsstreite“ über verschiedene Gesichtspunkte eines Projekts beinhalten.

Ausgenommen komplexe Rechtsstreite, entweder wegen der Zahl der Parteien oder der Natur der Sache können mehrere Sitzungen über einen Zeitraum von Wochen oder Monaten erfordern. Beispiele mögen kartellrechtliche Streitigkeiten, Streitigkeiten mit gesellschaftlicher Relevanz und Klagen wegen Umweltschäden sein.

Im Zweifel sollte man sich dafür entscheiden mehr Zeit vorzusehen. Man wird immer die Möglichkeit haben, vorzeitig zu einem Ende zu kommen, aber die Parteien für eine weitere Sitzung zusammenzurufen kann schwierig sein.

Struktur: Wirtschaftsmediation läuft normalerweise nach folgendem Muster ab:

- Eine „Eröffnungs-„ oder „gemeinsame“ Sitzung: Am Anfang des Verfahrens treffen sich die Teilnehmer und der Mediator normalerweise gemeinsam. Die Streitparteien stellen sich vor und der Mediator gibt einführende Kommentare. Dann hält jede Seite ihr Eröffnungsplädoyer und kann auch auf das Erwidern, was die andere Partei gesagt hat. Der Mediator kann dann vorschlagen, dass die Parteien den Fall besprechen oder selbst Fragen stellen. Die Eröffnungssitzung kann von nur 20 Min., wenn der Mediator einfach das Verfahren vorstellt, bis zu mehreren Stunden dauern, wenn es lange Vorträge gefolgt von Diskussionen gibt.

- „Einzelgespräche“: Sobald die Eröffnungssitzung einen Punkt erreicht hat, an dem es nicht mehr entscheidend vorangeht, z. B. weil die Parteien sich wiederholen, wird der Mediator üblicherweise vorschlagen, dass man sich in getrennte Räume zu Einzelgesprächen zurückzieht. Einzelgespräche erlauben es dem Mediator, mit jeder Partei in aller Vertraulichkeit zu sprechen sowie Informationen, Argumente und Angebote zwischen den Parteien zu vermitteln.

- Konferenzen und Unterkonferenzen: Die Parteien oder ihre Vertreter können sich auch wieder als Gruppe treffen oder informell in kleineren Gruppen. Unterkonferenzen können zwischen Geschäftsführern, Sachverständigen, Anwälten oder anderen Teilnehmern des Verfahrens stattfinden. Der Mediator ist normalerweise, aber nicht immer, bei solchen Treffen anwesend, um die Diskussion zu leiten.

Das vorstehend beschriebene Format ist in der Wirtschaftsmediation gebräuchlich, aber nichts hält die Parteien und den Mediator davon ab, ein anderes Format entweder vor der Mediationssitzung oder ad hoc zu vereinbaren.

Eine Frage, über die man sich vorab Gedanken machen muss, ist ob man es vorzieht, mit einer Eröffnungssitzung zu beginnen, in der die Parteien den Fall besprechen, oder ob man direkt in Einzelgespräche eintritt. Wenn man von dem üblichen Format abweichen möchte, sollte man dies, soweit möglich, mit dem Mediator im Voraus besprechen.

### **(3) Vorbedingungen aufstellen oder mit ihnen umgehen**

Anwälte versuchen manchmal, sich einen Vorteil aufgrund des Wunsches der Gegenseite, eine Mediation durchzuführen, zu verschaffen, indem sie Vorbedingungen für die Teilnahme an dem Verfahren aufstellen. Die Vorbedingungen können Fragen des Verfahrens oder Sachfragen betreffen.

Eine typische verfahrensbezogene Vorbedingung betrifft die Anwesenheit: Eine Partei könnte z. B. sagen, dass sie nicht an der Mediation teilnehmen wird, wenn nicht eine bestimmte Person erscheint („Wir werden nicht kommen, wenn sie nicht ihren Finanzchef mitbringen“). Streitparteien stellen manchmal Vorbedingungen für den Verhandlungsprozess selbst auf, z. B. indem sie sich weigern, an der Mediation teilzunehmen, wenn die andere Seite nicht zunächst Zugeständnisse macht („Wir werden nicht an der Mediation teilnehmen, wenn sie ihre Forderungen nicht auf € 500.000,00 reduzieren, um guten Willen zu zeigen“). Stattdessen könnte eine Partei auch ein früher gemachtes Zugeständnis zurücknehmen („Wir waren letztes Jahr bei einer Million, aber wir haben das angeboten, um die Kosten eines Gerichtsverfahrens zu vermeiden. Seitdem haben wir viel Zeit und Geld für den Fall aufgewendet; aufgrund dessen ist unser Angebot nunmehr € 700.000,00“).

Grundsätzlich ist es weniger riskant, im Rahmen einer Mediation Vorbedingungen aufzustellen, als es in direkten der Fall wäre, weil ein Mediator die Wirkung solcher Taktiken abfedern und mit der Verärgerung, die sie hervorrufen, umgehen kann. Auch ist es weniger wahrscheinlich, dass eine das Verfahren betreffende Vorbedingung die Gegenseite verärgert als es bei einer, die Verhandlung selbst betreffenden der Fall wäre, weil verfahrensbezogene Forderungen häufig als neutral charakterisiert werden können - bzw. nur als Versuch, die Produktivität des Verfahrens sicherzustellen („Sie möchten ihren Vorstandsvorsitzenden, da es ihnen ernst damit ist, zu einer Einigung zu kommen.“) Forderungen nach Zugeständnissen als Vorbedingung für eine Mediation oder der Entschluss, frühere Zugeständnisse zurückzunehmen,

verärgern im Gegensatz dazu häufig die Gegenpartei, die sie (zu Recht) als Versuch ansieht, sich einen Verhandlungsvorteil zu verschaffen.

### **c. Die Aufklärung des Mediators und der Parteien**

Normalerweise werden Sie die Möglichkeit haben, mit dem Mediator in Kontakt zu treten, bevor Sie sich zur Mediation treffen; und dies sollten Sie sich zu Nutzen machen. Die Kommunikation kann in Form von schriftlichen Ausarbeitungen, Gesprächen und Treffen stattfinden.

#### **(1) Setzen Sie den Unparteiischen ins Bild**

In wirtschaftsrechtlichen Fällen reichen die Parteien fast immer vorab Schriftsätze und Dokumente beim Mediator ein. Wenn Sie dies vorhaben, sollten Sie folgende Punkte bedenken:

- Möchten Sie lieber eine eigens angefertigte Anspruchsbegründung (bzw. -erwiderung) benutzen oder ein existierendes Dokument oder einen existierenden Schriftsatz? Ein eigens angefertigtes Dokument hat offensichtliche Vorteile, aber vor allem in kleineren Fällen oder wenn die Mediation kurzfristig angesetzt ist, mag es vorzuziehen sein, ein existierendes Dokument zu benutzen. Mediatoren sind bis Weilen auch bereit, Schriftsätze in Form einfacherer Schreiben oder Memoranden entgegenzunehmen.

- Sollte man einen Schriftsatz dem Mediator vertraulich zuleiten oder Schriftsätze mit dem Gegenanwalt austauschen? Mediatoren ziehen es üblicherweise vor, dass die Rechtsanwälte Schriftsätze austauschen, sodass sie die Freiheit haben, die Argumente der einen Seite mit der anderen zu diskutieren. Selbst wenn man Schriftsätze austauscht, so kann man trotzdem in der Lage sein, sensible Themen vertraulich mit dem Mediator durch ein vertrauliches Schreiben oder einen Telefonanruf zu besprechen.

- Sollte man mit der Gegenseite zusammenarbeiten, um in komplizierten Fällen einen gemeinsamen Dokumentensatz zusammenzustellen? Ein einzelner Dokumentensatz ist für den Mediator einfacher zu handhaben, aber der Gebrauch separater Dokumente erlaubt es Ihnen, die Passagen in jedem Dokument hervorzuheben, die für Ihre Argumentation am wichtigsten sind.

Was sollte in Ihrem Mediationsschriftsatz stehen? Der Mediator wird sich wahrscheinlich dafür interessieren zu wissen:

- Wie ist der Streit entstanden?
- Wer sind die wichtigen Akteure darin?
- Was sind die wichtigsten tatsächlichen und rechtlichen Gesichtspunkte und was sind die wichtigen Punkte, in denen Einigkeit oder Uneinigkeit herrscht?
- Ohne jedes einzelne Ereignis darzustellen, welche rechtlichen (Verfahrens-)Schritte sind erfolgt?

- Haben die Parteien irgendwelche direkten Verhandlungen geführt? Wenn ja, was war das letzte Angebot jeder Seite und wer hat das letzte Zugeständnis gemacht?
- Was hat es nach Ihrer Auffassung schwierig gemacht, den Rechtsstreit durch direkte Verhandlungen beizulegen? Spielen nicht-rechtliche Gesichtspunkte in den Fall mit hinein?
- Gibt es irgendeine Möglichkeit einer Einigung, die über eine einfache Geldzahlung hinausgeht?
- Benötigt eine Seite mehr Informationen, um produktiv an der Mediation teilzunehmen?
- Welche Dokumente sollte der Mediator vorab prüfen? Wenn die Dokumente umfangreich sind, welche Teile sind am wichtigsten für Ihre Argumente?

Wenn Sie diese Informationen der anderen Seite nicht zukommen lassen wollen, so sind Sie vielleicht in der Lage, diese durch ein vertrauliches Gespräch mit oder Schreiben an den Mediator zu übermitteln.

In Fällen, die komplizierte Sachverhalte oder Rechtsfragen beinhalten, wollen Sie es vielleicht so einrichten, dass der Mediator vor der Mediationssitzung eine kurze Einführung von jeder Seite erhält. Es könnte auch wichtig sein, dass dem Mediator Berichte von Sachverständigen zur Verfügung gestellt werden oder für ein Treffen des Mediators mit den Sachverständigen im Vorfeld zu sorgen. Wenn der Zustand von Grundstücken oder Gebäuden in Rede steht, kann es für den Mediator zweckmäßig sein, den Ort des Geschehens zu besichtigen.

## **(2) Der Austausch von Informationen**

Ein Schlüsselement jeder Verhandlung ist der Austausch von Informationen und es macht einen Teil des Wertes der Mediation aus, dass durch sie der Datenfluss zwischen den Verhandlungspartnern verbessert werden kann. Welche Information in einem Fall erheblich ist, wird wiederum von Ihrem Ziel in dem Verfahren abhängen. Wenn die Verhandlung auf einen Geldanspruch hinausläuft, dann werden rechtliche Argumente und Beweismittel wahrscheinlich wichtig sein. Wenn Ihr Ziel ist, eine Geschäftsbeziehung wiederherzustellen, wird es entscheidend sein, das „Warum“ hinter einer rechtlichen Auseinandersetzung zu kennen. Wenn das Ziel ist, eine geschäftliche Vereinbarung umzustrukturieren, werden Finanzdaten nützlich sein. Im Regelfall werden Verhandlungen, die auf kreative Lösungen ausgerichtet sind, eine größere Spanne an Informationen erfordern, als Diskussionen, die sich nur um Geld drehen.

Ein großer Teil des Informationsaustausches kann sich während des Verfahrens selbst abspielen. Insbesondere, wenn Parteien früh im Verlaufe eines Rechtsstreits in die Mediation eintreten, kann es sein, dass eine oder beide Seiten noch nicht die Informationen haben, die sie benötigen, um zu einer Einigung zu gelangen. Der Vertreter einer Versicherung z. B. wird vielleicht nicht

in der Lage sein, die nötige Vollmacht zur Beilegung einer Inanspruchnahme zu erlangen, ohne dass Dokumente vorliegen, die die Aufwendungen des Anspruchstellers belegen, während der Anwalt eines Anspruchstellers womöglich einen Vergleich nicht akzeptieren kann, bevor nicht zu seiner Zufriedenheit festgestellt ist, dass sich in den Unterlagen der in Anspruch genommenen Seite kein eindeutiger Beweis für das Bestehen des Anspruchs befindet.

Einige dieser Informationen sind höchst nützlich, wenn sie vorab geprüft werden können. Um herauszuarbeiten, welche Informationen vor der Mediation ausgetauscht werden müssen, stellen Sie sich zwei Fragen:

- Welche Informationen braucht mein Mandant, um eine gute Entscheidung im Hinblick auf eine Streitbeilegung zu treffen?
- Welche Information wird meinen Gegner überzeugen, auf die Bedingungen einzugehen, die ich möchte?

Es ist wichtig, daran zu denken, dass man die Hilfe des Mediators in Anspruch nehmen kann, um Datenmaterial von der Gegenpartei zu erhalten oder sogar um seinem eigenen Mandanten zu erklären, warum es nützlich sein kann, dem Gegner in einem Fall „freien Informationszugang“ zu geben.

Ein Computerhersteller machte einen Anspruch gegen seinen Chip-Lieferanten geltend, mit der Begründung, dass die Chips eine ungerechtfertigt hohe Fehlerquote aufwiesen, weswegen der Computerhersteller gezwungen war, teure Reparaturen an Servern rund um den Globus auszuführen. Die Parteien kamen überein, dass das Problem durch ein mangelhaftes Bauteil verursacht worden war, das der Chiphersteller von einem führenden asiatischen Lieferanten gekauft hatte und dass der Chiphersteller das Problem nicht hätte vorhersehen können. Trotzdem argumentierte der Computerhersteller, dass der Chiphersteller seine Aufwendungen bezahlen müsse, die er auf insgesamt € 36 Mio. schätzte.

Die beiden Unternehmen kamen überein, eine Mediation durchzuführen, bevor sie in ein Gerichtsverfahren eintreten würden, aber als sie Schriftsätze austauschten, bemerkte der Chiphersteller, dass der Anspruch des Computerherstellers nicht schlüssig begründet schien - er konnte nicht verstehen, wie die Verluste solch einen Betrag erreicht hatten. Der Anspruch war auch unmöglich zu befriedigen - der Chiphersteller wäre insolvent geworden, wenn er auch nur einen Bruchteil der geltend gemachten Schäden zu zahlen gehabt hätte.

Mit der Hilfe des Mediators verständigten sich die Parteien darauf, die Mediationssitzung um einen Monat zu verschieben und Daten auszutauschen. Der Computerhersteller lieferte Dokumente, die seine Schadensschätzung erklärten und der Chiphersteller stellte Informationen über seine finanzielle Lage zur Verfügung. Der Chiphersteller legte auch Daten vor über neue, in Entwicklung befindliche Produkte und schlug vor,

dass der Computerhersteller einen Teil des potentiellen Vergleichsbetrags in Form von Preisnachlässen bei künftigen Bestellungen akzeptieren möge.

### **(3) Vertrauliche Einzelgespräche**

Abhängig von den örtlichen Vorschriften und Gepflogenheiten haben Sie vielleicht die Möglichkeit, mit dem Mediator ein vertrauliches Gespräch vor Beginn der Mediation zu führen. Solche Besprechungen können sehr nützlich sein, weil sie den Rechtsanwälten die Möglichkeit geben, dem Mediator Ihre Sicht auf den Rechtsstreit zu vermitteln, während der Unparteiische noch versucht, das Problem zu verstehen.

Anwälte widmen solche Gespräche vor der Mediation vornehmlich der Diskussion über die rechtliche Lage des Falles. Dies ist für gewöhnlich ein Fehler. Mediatoren werden es schwierig finden, sich an eine lange mündliche Besprechung zu erinnern und ihre Argumente werden üblicherweise in ihrem Mediationsschriftsatz deutlich ausgeführt sein. In Besprechungen vor einer Mediation sollte man stattdessen darüber nachdenken, dem Mediator nur einen kurzen Umriss der rechtlichen Lage des Falles zu geben und sich dann auf die nicht-rechtlichen Hindernisse und persönlichen Elemente zu konzentrieren, die die Verhandlungen hemmen. Denken Sie daran, dass Sie normalerweise frei entscheiden können, etwas oder alles, was Sie in einem solchen Gespräch sagen, der Vertraulichkeit zu unterstellen.

Vielleicht möchten Sie auch, dass der Mediator sich mit Ihnen und Ihrem Mandanten vor Beginn des Verfahrens trifft. Z. B. kann in einem Fall, in dem der Mandant äußerst emotional ist, es ein Treffen der Partei ermöglichen, mit ihren Gefühlen umzugehen und ein Verhältnis mit dem Unparteiischen aufzubauen. Seien Sie sich allerdings bewusst, dass der Mediator wahrscheinlich den Gegenanwalt um Erlaubnis fragen wird, um ein solches Treffen abzuhalten, und dass solche Gespräche nach den örtlichen Vorschriften oder Gepflogenheiten verboten sein könnten.

#### **d. Planen Sie die Strategie und schwören Sie Ihren Mandanten darauf ein**

Mediation ist ein Verhandlungsprozess mit Unterstützung eines Dritten. Aus diesem Grund ist die Vorbereitung einer Mediation in vielerlei Hinsicht nicht anders als die Planung jeder ernsthaften Verhandlung. Mediation unterscheidet sich allerdings von direkten Verhandlungen in mehreren wichtigen Punkten.

Einer ist die Intensität. Eine normale Verhandlung mag mit Unterbrechungen über einen Zeitraum von Monaten oder Jahren stattfinden, ohne klare Struktur und oftmals per Telefon oder Email. Mediation wird im Gegensatz dazu üblicherweise als „Streibeilegungs-Event“ gestaltet: Die Parteien kommen überein, sich zu einem bestimmten Datum, im Beisein einer dritten Partei zu treffen und laufend über eine Streitbeilegung zu verhandeln. Während

Mediationen durchaus zeitweise vertagt werden können, treten die Parteien üblicherweise unter der Annahme in das Verfahren ein, dass es eine einmalige Veranstaltung ist und das, wenn sie sich nicht einigen oder zumindest Fortschritte in der ersten Sitzung machen, die Mediation nicht weitergehen wird.

Vielleicht ist das der Grund dafür, dass 75 % oder mehr aller rechtlichen Mediationen in einem Vergleich münden. Die hohe Quote von Vergleichen bedeutet, dass Mediation sehr wahrscheinlich der entscheidende Moment des Falles sein wird. Daher sollten Sie alles, von Ihrem ersten Angebot bis zu den endgültigen Bedingungen des Vergleichs, sorgfältig planen. Sie sollten Ihrem Mandanten deutlich machen, dass er nun sehr wahrscheinlich in die alles entscheidende Phase des Falles eintritt und sich deswegen entsprechend vorbereiten sollte.

Zudem treffen sich die Teilnehmer an einer Mediation, anders als bei direkten Verhandlungen, die häufig per Telefon oder Email geführt werden, fast immer persönlich. Aufgrunddessen werden die Entscheidungsträger die Gegenseite und den Mediator beobachten und mit Ihnen interagieren und auch selbst deren Beobachtungen offen ausgesetzt sein.

Der wichtigste Unterschied zwischen Mediation und direkter Verhandlung ist jedoch die Anwesenheit des Mediators. Die Anwesenheit des Unparteiischen bedeutet, dass das Verfahren zeitweise an eine etwas erleichterte Verhandlung zwischen zwei Parteien erinnert und zeitweise an ein dreiseitiges Zusammenspiel zwischen den Parteien und dem Mediator. Als Anwalt in der Mediation werden Sie mit Ihrem Gegner über die Bedingungen einer Einigung verhandeln, aber Sie werden auch mit dem Mediator darüber verhandeln, wie das Verfahren durchgeführt wird.

Die Vorbereitung des Mandanten: Die besondere Natur der Mediation fordert es von einem Anwalt, zusätzlich zu den Gesichtspunkten, die die Vorbereitung für normale Verhandlungen mit sich bringt, die folgenden Themen mit seinem Mandanten zu besprechen:

- In welcher Hinsicht weicht die Art und Weise der Mediation von einer typischen Verhandlung ab:
  - Das Verfahren: Gibt es beispielsweise eine Eröffnungssitzung?
  - Die Regeln, welche hinsichtlich der Vertraulichkeit gelten und die entsprechenden Ausnahmen.
- Wie der Mandant mit dem Mediator und der Gegenpartei umgehen sollte, dies schließt insbesondere ein:
  - den Hintergrund des Mediators, seine Persönlichkeit und seine Art: Weisen Sie den Mandanten darauf hin, dass der Mediator möglicherweise seine Art, seine Ausdrucksweise verändert, um den Mediationsprozess voranzutreiben, z. B. indem er seine Position von der eines einfühlsamen Zuhörers zu der eines rechtlichen Bewerter verändert.

- die Aufteilung der Rollen zwischen Ihnen und Ihrem Mandanten: Soll Ihr Mandant z. B. in der Eröffnungssitzung eine sprechende Rolle übernehmen? Wollen Sie in vertraulichen Gesprächen sprechen während der Mandant zuhört und darauf wartet dass der Mediator den Raum verlässt? Wird der Mandant den „good cop“ spielen während Sie den bösen Bullen spielen?
- Die Rolle, die Sie innerhalb des Mediationsprozesses innehaben: Erklären Sie dem Mandanten, dass das übergeordnete Ziel, die Erreichung des bestmöglichen Ergebnisses für ihn, dasselbe bleibt aber dass Sie Ihre Verhandlungstaktik an die Tatsache anpassen müssen, dass Sie sich innerhalb einer Verhandlung befinden, bei der ein neutraler Vermittler eingebunden ist.
  - Möglicherweise agieren Sie versöhnlicher innerhalb eines Mediationsverfahrens als Sie vor Gericht auftreten würden.
  - Sie erwähnen möglicherweise günstige Beweise nicht, um Ihr Gegenüber nicht zu warnen.
- Wie der Mandant mit Fragen umgehen sollte:
  - Stellen Sie klar, dass der Mandant weder Fragen der Gegenseite noch des Mediators beantworten muss.
  - Bereiten Sie Ihren Mandanten darauf vor, dass Sie möglicherweise mit dem Mediator diskutieren werden.
  - Erklären Sie Ihrem Mandanten, dass Sie den Mediator bitten können den Raum zu verlassen, damit Sie sich mit ihm ungestört besprechen können.
  - Weisen Sie Ihren Mandanten darauf hin, dass er möglicherweise gebeten wird, sich mit der Gegenseite und dem Mediator ohne Ihre Anwesenheit zu treffen und dass er mit Ihnen sprechen sollte, bevor er sich damit einverstanden erklärt.

#### **4. Die einzelnen Phasen der Mediation**

##### **a. Die Eröffnungssitzung**

Auch wenn das Mediationsverfahren begonnen hat, stehen Ihnen weiterhin Möglichkeiten offen, das Verfahren zu beeinflussen. Wie bereits erwähnt, beginnen die meisten Wirtschaftsmediationen mit einer Eröffnungs- bzw. einer gemeinsamen Sitzung. Manchmal vermeiden Rechtsanwälte die Eröffnungssitzung, entweder weil sie es bevorzugen, direkt in Einzelgespräche einzusteigen oder aber weil sie die Eröffnungssitzung lediglich als Vorspiel zum eigentlichen Einigungsprozess, den Einzelgesprächen, ansehen. Beide Ansätze sind für gewöhnlich falsch. Eine effektive Eröffnungssitzung kann dem Anwalt und dem Mandanten helfen, ihre Forderungen durchzusetzen.

### **(1) Was ist das Besondere an einer Eröffnungssitzung?**

Eine Eröffnungssitzung ähnelt einer Anhörung vor Gericht in welcher Anwälte in Anwesenheit eines neutralen Moderators für ihre Sache eintreten. Allerdings ist ein Mediationsverfahren ein ruhigeres Forum als ein Gericht. Für gewöhnlich findet die Eröffnungssitzung in einem Konferenzraum statt, die Parteien sitzen an einem Tisch und der Mediator sorgt für einen informellen Verhandlungsstil, vergleichbar zu dem innerhalb einer ernsthaften geschäftlichen Verhandlung. Aufgrunddessen ist daher eine zurückhaltendere Art der anwaltlichen Vertretung in einem Mediationsverfahrens für gewöhnlich effektiver als Gerichtssaaltheatralik.

Ein ruhigerer, weniger formlicher Auftritt ist auch schon wegen des anwesenden Personenkreises sinnvoll. Anders als in einer Gerichtsverhandlung ist innerhalb der Mediation mehr die Gegenseite der Hauptansprechpartner als der Unparteiische. Schließlich kann nur die Gegenseite den Konditionen, die Sie erreichen wollen, zustimmen. Die Gegenseite ist leider nicht neutral und daher höchstwahrscheinlich nicht gewillt, einem lautstarken Plädoyer zuzuhören. Die Eröffnungssitzung des Mediationsverfahrens kann eventuell die einzige Möglichkeit während des gesamten Rechtsstreites sein, innerhalb derer Sie die Möglichkeit haben, direkt mit dem Entscheidungsträger der anderen Seite zu reden. Nutzen Sie diese Zeit daher zu Ihrem Vorteil, indem Sie Ihre Argumente und Ihren Ton so einsetzen, wie Sie die Gegenseite am besten beeinflussen können.

### **(2) Strukturierung der Sitzung für die maximale Wirkung**

Wenn Sie sich überlegen was Sie innerhalb einer Eröffnungssitzung sagen sollen beachten Sie die folgenden Punkte:

*Welchen Ton soll ich innerhalb der Eröffnungssitzung anschlagen?* Ihre Vortragsweise muss mit den Zielen Ihres Mandanten übereinstimmen. Wenn Ihr Mandant die Wiederherstellung der Geschäftsbeziehung wünscht, schlagen Sie einen relativ kooperativen Ton an und beziehen Sie sich eher auf persönliche oder wirtschaftliche Fragen denn auf rechtliche Aspekte. Wenn Ihr Mandant hingegen das bestmögliche monetäre Ergebnis wünscht, mag es eher angebracht sein, die Stärke Ihrer Rechtsposition und Ihre Entschlossenheit, den Fall so lange durchzuziehen, bis ein befriedigendes Ergebnis erreicht wurde, darzustellen.

Die Art des Streits ist ebenfalls sehr wichtig: Die Behauptung, dass ein Unternehmen nachlässig einen Vertrag abgewickelt hat ist z. B. völlig verschieden von der Anschuldigung, dass das Unternehmen absichtlich die Unwahrheit gesagt hat. Ihr Gegenüber ist ebenfalls sehr ausschlaggebend: Sie werden mit einer Führungskraft, die Ihnen gegenüber sitzt, anders reden als mit einer Witwe.

*Wie sollte Ihr Auftritt sein?* Die informelle Natur des Mediationsverfahrens gibt Ihnen große Freiheit, Ihren Auftritt individuell zu gestalten. Sie können

- sich auf rechtliche Fragen beschränken oder andere Themen mitbehandeln,
- auf einen mündlichen Vortrag setzen, auf Dokumente oder auch auf Computerbilder,
- Ihren Mandanten oder einen Sachverständigen sprechen lassen oder aber auch beide,
- in sehr weiten Grenzen, soviel Zeit in Anspruch nehmen wie Sie brauchen.

Falls Sie beabsichtigen, nichts zu sagen oder ungewöhnlich viel Zeit in Anspruch nehmen möchten, eine besondere Ausstattung benötigen oder innerhalb Ihres Auftritts in Ihre Präsentation unerwartete Punkte eingebaut haben, warnen Sie den Mediator vor, damit er Ihre Herangehensweise unterstützen und Sie vor Hindernissen warnen kann. Körperliche Gegenstände können innerhalb eines Mediationsverfahrens wesentlich mehr Einfluss haben als vor Gericht, da Dokumente über Stunden „auf dem Tisch“ bleiben können. Beweise können während eines Mediationsverfahrens ebenfalls nicht ausgeschlossen werden; wenn z. B. ein Dokument innerhalb eines Gerichtsverfahrens als Beweis unzulässig ist, wird die Gegenseite höchstwahrscheinlich darauf hinweisen, aber etwas, was nicht zur (gerichtlichen) Beweisführung zugelassen würde, kann trotzdem seine Wirkung haben, insbesondere auf Nichtanwälte.

Die Anwältin eines Anspruchstellers legte eine verfängliche Email, die vom Vorstandsvorsitzenden der Anspruchsgegnerin versandt worden war, vor. Sie hatte den Ausdruck der Email vergrößert auf einer ein Meter hohen Tafel angebracht, welche sie hinter sich aufgestellt hatte, als sie sprach. Zum Unbehagen auf der Seite der Anspruchsgegnerin schienen die Worte den Raum zu füllen.

Als sie endete, lies sie die Tafel stehen. Der Anwalt der Anspruchsgegnerin nahm die Tafel, auf welcher sich der Ausdruck der Email befand und drehte sie zur Wand. Als die Anwältin des Anspruchstellers begann auf den Vortrag des Vertreters der Antragsgegnerin zu erwidern, stellte sie die zitierte Email wieder auf und betonte, dass die Worte zurückkehren würden, um die Anspruchsgegnerin zu martern.

Personen oder Gegenstände, die innerhalb des Mediationsraums physisch anwesend sind, haben größeren Einfluss als Zeugen oder Dokumente die lediglich bezeichnet sind, da Mediation abhängig ist von:

- Der „Vorrang-Wirkung“: Beweise, welche Menschen sehen oder anfassen können, haben einen größeren Einfluss als Informationen, welche sie lediglich hören.

- Der „Verschmelzungs-Wirkung“: Wenn eine Partei oder ein Mediator einen Zeugen nicht sehen kann, muss er den Zeugen in eine allgemeine Kategorie wie z. B. „Buchhalter“ oder „Krankenschwester“ einordnen und projiziert sein allgemeines Vorstellungsbild, wie solche Personen sind, auf diese Person. Wenn hingegen eine Partei oder der Mediator eine Person direkt beobachtet, ist er eher bereit, die individuellen Qualitäten dieser Person anzuerkennen.

Diese Effekte sind insbesondere von Bedeutung, weil die Eröffnungssitzung die erste Möglichkeit für den Mediator und wahrscheinlich auch für den Vertreter der Gegenseite sein wird, einen Zeugen in Augenschein zu nehmen.

Die Situation hinsichtlich der Dokumente ist anders. Für gewöhnlich hat der Mediator die wichtigsten Dokumente bereits angeschaut, aber der Entscheidungsträger auf der anderen Seite hat die Dokumente entweder noch nicht gesehen oder nicht verstanden, warum sie für diesen Fall wichtig sind.

Deshalb: Wenn Sie einen Zeugen oder ein Dokument haben, der bzw. das Ihre Argumentation stark stützt, denken Sie darüber nach, diese Person oder den Gegenstand in den Mediationsraum zu bringen und in der Eröffnungssitzung die Aufmerksamkeit darauf zu lenken. Die Eindrücke, die der Mediator oder auch die Gegenseite zu Beginn des Mediationsverfahrens erhält können sie später beeinflussen.

Bedenken Sie weiterhin, dass wenn das Mediationsverfahren erst einmal begonnen hat, der Mediator für gewöhnlich nicht mehr viel freie Zeit hat, um komplexe Dokumente zu lesen. Wenn Sie Dokumente erstmalig in den Prozess einführen oder bestimmte Passagen innerhalb dieser Dokumente besonders betonen wollen, heben Sie die wichtigen Passagen, Wörter oder Seiten farblich oder mit Klebezetteln hervor. Wenn ein Dokument sehr umfangreich ist, z. B. ein sehr langer Vertrag, fertigen Sie separate Kopien der wichtigsten Abschnitte an.

*Wer sollte sprechen?* Innerhalb der Mediation gibt es keine feste Vorgabe für die Eröffnungsrede, daher können verschiedene Personen sprechen, so z. B. Anwälte, die Parteien, Sachverständige oder Zeugen. Nutzen Sie diesen Vorteil, um die Person einzubringen, von der Sie glauben, dass sie den für Ihre Zwecke am meisten dienlichen Einfluss auf die Gegenseite und den Mediator hat.

Überlegen Sie insbesondere, Ihrem Mandanten eine Rolle innerhalb der Eröffnungssitzung zuzuweisen. Die Gegenseite wird Ihrem Mandanten wesentlich aufmerksamer zuhören als Ihnen (Sie sind letztlich lediglich ein beauftragter Anwalt während Ihr Mandant der Entscheidungsträger ist und möglicherweise auch ein Hauptzeuge). Eine Möglichkeit ist, dass Sie die rechtlichen Argumente zusammenfassen, während Sie Ihren Mandant bitten, die wesentlichen Tatsachen zu schildern, oder dass Sie zur Haftungsfrage ausführen, während Sie den Mandanten die finanziellen Auswirkungen auf sein Unternehmen beschreiben lassen. Alternativ kann der Mandant die

nicht-rechtlichen Faktoren innerhalb des Falls hervorheben, wie z. B. die Auswirkungen der Handlungen der Gegenseite auf seine Familie oder auf sein Geschäft.

Wenn Sie wünschen, dass die Gegenseite auch innerhalb der Eröffnungssitzung des Mediationsverfahrens spricht, besprechen Sie dies vorab mit dem Mediator, bitten Sie ihn beide Entscheidungsträger darin zu bestärken, zu sprechen. Wenn Sie andererseits beabsichtigen, Ihrem Mandanten eine schweigende Rolle zuzuweisen, klären Sie den Mediator über diese Tatsache auf, damit dieser nicht versucht, Ihren Mandanten zum sprechen zu bewegen. Falls Ihr Mandant sich nicht gut artikulieren kann, schüchtern oder kein erfolgsversprechender Zeuge ist, sind Sie nicht verpflichtet, ihn dem Mediator oder auch der Gegenseite zu präsentieren.

Eine ältere Touristin war auf einer Europareise, welche durch eine deutsche Gesellschaft organisiert wurde, als sie auf einer Treppe eines Schlosses stürzte und sich am Kopf verletzte. Als ihre Familie ankam, war sie bereits in das örtliche Krankenhaus eingeliefert worden, wo sie in der Nacht verstarb. Die Familie verklagte den Reiseveranstalter und begründete dies damit, dass dieser versprochen habe, besondere Schutzvorkehrungen für ältere Teilnehmer anzubieten, der Reiseleiter vor Ort hingegen lieber eine Zigarette geraucht habe, als am Fuße der nassen Steintreppe zu stehen und die Reisetilnehmer zu schützen.

Die Parteien gingen in ein Mediationsverfahren. Zwei Tage vor dem Beginn des Mediationsverfahrens verkündete der Anwalt der Anspruchsteller, dass die Tochter der zu Tode gekommenen Touristen, welche für die Familie den Rechtsstreit führte, an der Sitzung nicht teilnehmen könne, da es sie zu sehr quälen würde. Der Anwalt der Anspruchsteller sagte, dass die Tochter grundsätzlich seine Empfehlungen hinsichtlich eines Vergleichs akzeptieren würde, aber dass sie wahrscheinlich von ihm nicht mehr „beherrschbar sei“ wenn sie sich die Entschuldigungen des Reiseveranstalters hinsichtlich des Todes ihrer Mutter anhören müsse.

Der Mediator besprach sich mit dem Anwalt des Anspruchsgegners, welcher sagte, dass der wirkliche Grund, warum die Tochter nicht anwesend sei, dass sie äußerst nervtötend - eine „Heulsuse“ - sei und dass ihre Anwesenheit den Vortrag des Klägers ungünstig beeinflussen würde. Er zweifelte an, ob das Mediationsverfahren erfolgreich sein könne, wenn die Tochter nicht anwesend ist.

Nachdem der Mediator erfolglos versucht hatte, die Tochter von einer Teilnahme am Mediationsverfahren zu überzeugen, entschied er sich, ohne die Tochter weiterzumachen. Er konnte den Reiseveranstalter davon überzeugen, mit dem Anwalt welcher die Familie, vertrat das Mediationsverfahren durchzuführen. Nach zwei Monaten Mediationsverfahren war der Fall beigelegt.

- Gehen Sie mit Ihrem Mandanten vorab durch was er sagen wird und wie er es darstellen sollte, genauso wie Sie es mit einem Zeugen für ein Gerichtsverfahren tun würden.

- Erinnern Sie Ihren Mandanten daran, dass Sie, falls erforderlich, jederzeit die Möglichkeit haben, die Sitzung zu unterbrechen. Arbeiten Sie ein gemeinsames Verständnis dafür heraus, wie Sie und der Mandant mit einander umgehen wollen, z. B. wie Ihnen der Mandant signalisieren soll, dass er eine Pause braucht oder dass er sich innerhalb des Verfahrens mit Ihnen besprechen möchte.

- Warnen Sie Ihren Mandanten vor, dass der Mediator oder auch die andere Seite ihm möglicherweise Fragen stellt oder ihn ermuntert zu sprechen, aber dass er nicht verpflichtet ist, dem nachzukommen.

- Wenn Sie nicht möchten dass Ihr Mandant auf eine Frage antwortet, antworten Sie selbst auf die Frage oder sagen Sie dass Sie es bevorzugen diesen Punkt mit dem Mandanten oder dem Mediator vertraulich zu diskutieren.

*Informationen sammeln:* Wenn Sie während der Eröffnungssitzung Informationen sammeln wollen, bitten Sie den Mediator das Problem anzusprechen oder schlagen Sie vor, dass die Parteien Fragen stellen oder die Sache diskutieren.

Ein Bauunternehmer wurde von einem Hauseigentümer verklagt, welcher behauptete, dass der Bauunternehmer das Fundament mangelhaft gegossen habe. Vor Beginn der Mediation sagte der Anwalt zum Mediator: „Wir können nicht nachvollziehen wie der Eigentümer auf die Zahl von € 650.000,00 kommt, um die Mängel zu beseitigen, da unsere Experten Mängelbeseitigungskosten lediglich in Höhe von € 300.000,00 annehmen. Diese Differenz ist das Schlüsselement der Meinungsverschiedenheit der Parteien über diesen Fall. Können Sie den Eigentümer bitten, uns Daten zur Begründung seiner Kostenschätzung zu versorgen oder vorschlagen, dass wir darüber diskutieren wie er die Kosten berechnet hat?“.

*Verringerung feindlicher Gegenreaktion:* Ein Mediator kann Ihre Rolle als Anwalt den Parteien erklären, um dadurch deren Neigung zu verhindern, abzulehnen was immer Sie sagen. Falls Sie z. B. die Gegenseite des Fehlverhaltens bezichtigen müssen, bitten Sie den Mediator, Ihre Rolle zu erklären.

Ein dänisches Pharmazieunternehmen kündigte seinem indischen Großhändler mit der Behauptung dass seine Verkaufszahlen enttäuschend seien und das Unternehmen das Recht zur Kündigung

habe. Der Großhändler klagte vor einem dänischen Gericht und behauptete seinerseits, dass es mit dem Unternehmen vereinbart gewesen sei, zwei Jahre in die Werbung und Bekanntmachung seiner Produkte innerhalb des Landes und innerhalb der nationalen Krankenhäuser zu investieren. Gerade in dem Moment, als der Großhändler erste Erfolge verbuchen konnte, habe das Pharmazieunternehmen den Vertriebsleiter des Großhändlers abgeworben und diesen beauftragt, unter Verletzung eines vereinbarten Wettbewerbsverbotes, die indischen Kunden des Unternehmens zu akquirieren.

Der Rechtsanwalt des indischen Großhändlers sagte dem Mediator, dass sein Mandant Emails habe, aus denen hervorgehe, dass die Geschäftsleitung des dänischen Unternehmens bereits zwei Monate bevor er das Unternehmen verlies begonnen hatten mit seinem Vertriebsleiter zu sprechen, um mit diesem in kollusivem Zusammenwirken die Kunden des indischen Unternehmens abzuwerben. In der Erwartung, dass die dänische Geschäftsleitung Anstoß daran nehmen würde, wenn ihr kollusives Zusammenwirken vorgeworfen würde, baten die Anwälte des Großhändlers den Mediator, ihnen bei der Gestaltung der Diskussion behilflich zu sein.

Innerhalb seiner einleitenden Kommentare sagte der Mediator: „Ich habe beide Rechtsanwälte darum gebeten, ihre Argumente so klar als möglich darzutun. Möglicherweise werden die Parteien das, was die Anwälte sagen, als verstörend empfinden. Ich habe jedoch um diese Deutlichkeit gebeten, da sich alle Beteiligten darüber im Klaren sein müssen, was passiert, wenn dieser Fall nicht innerhalb der Mediation gelöst wird. Ich werde beide Seiten auffordern, der anderen höflich zuzuhören und sich diese Punkte zu notieren, die Sie anders sehen, und ich werde sicherstellen, dass jede Seite die uneingeschränkte Möglichkeit erhält, auf die Vorwürfe zu reagieren.“

## **b. Einzelgespräche**

Während der meisten Wirtschaftsmediationsverfahren verbringen die Parteien die meiste Zeit getrennt in vertraulichen Einzelgesprächen. Ein Rechtsanwalt kann die Hilfe des Mediators in vielen verschiedenen Richtungen während dieser Sitzungsphase in Anspruch nehmen. Im Folgenden werden nun die Unterschiede zwischen der frühen und der späteren Phase der Einzelgespräche dargestellt.

### **(1) Frühe Einzelgespräche**

Während des ersten Einzelgesprächs wird der Mediator wahrscheinlich

- sich eher auf das Zuhören und Stellen von Fragen konzentrieren, als beratend tätig zu werden, versuchen, jeder Seite dabei zu helfen, die Sichtweise ihres Gegenüber zu verstehen, und darüber hinaus eine Basis für den späteren Austausch der rechtlichen Argumente schaffen. Zu diesem Zeitpunkt ist der Rechtsanwalt in der Lage, den Mediator mit „Munition“ hinsichtlich der Gegenseite zu versorgen, welche der Mediator in dem anderen Einzelgespräch nutzen kann.

- Der Mediator wird einen generellen Verhandlungsstil einführen. Der Unparteiische wird versuchen die Parteien davon zu überzeugen, harte unnachgiebige Positionen zu vermeiden, da dies Feindseligkeiten provoziert. Der Unparteiische erwartet von Ihnen, dass Sie die Gründe für Ihre Position darlegen, dass Sie zumindest Kooperationsbereitschaft zeigen, und falls das letzte Angebot von der Gegenseite stammt wird er Sie höchstwahrscheinlich darum bitten, Zugeständnisse zu machen, um den Verhandlungsprozess zu beginnen. Falls Sie nicht Bereit sind, Zugeständnisse zu machen, signalisieren Sie dem Mediator zumindest vertraulich, dass Sie bereit sind, flexibel zu sein, sobald die andere Seite sich kompromissbereit zeigt, und erklären Sie warum zum momentanen Zeitpunkt Zugeständnisse für Sie nicht angemessen ist.

Im Folgenden werden häufige Fragen von Rechtsanwälten hinsichtlich der frühen Einzelgespräche innerhalb der Mediation dargestellt.

- Wenn ich über vertrauliche Informationen verfüge, welche den Mediator von der Durchsetzbarkeit meines Anspruchs mehr als überzeugen würden sollte ich diese bereits zu einem frühen Stadium offenbaren oder erst später innerhalb des Prozesses?

*Antwort:* Für gewöhnlich ist es besser, Beweise zu einem frühen Zeitpunkt dem Mediator zu präsentieren, während er sich darauf konzentriert, Informationen zusammen zu tragen. Z. B. im oben beschriebenen Fall des indischen Großhändlers, würde der Rechtsanwalt des Großhändlers vielleicht sagen: "Wir haben einen weiteren Vertriebsmitarbeiter gefunden, den Sie ebenfalls versucht haben, unter Verletzung seines Vertrages mit uns anzuwerben. Sie wissen nicht, dass

wir das wissen, aber es wird ihnen vor Gericht wehtun. Aufgrunddessen sind aus unserer Sicht größere Zugeständnisse nicht gerechtfertigt.“

Wenn Sie mit derartigen Informationen sehr lange warten, bevor Sie sie dem Mediator zugänglich machen, wird der Mediator ihnen vielleicht nicht das gehörige Gewicht zumessen, da er später auf das Koordinieren des Verhandlungsprozesses konzentriert ist und dann möglicherweise denkt, dass Sie diese Tatsache nur ansprechen, um die Ablehnung eines Kompromisses zu rechtfertigen.

- Sollte ich während des ersten Einzelgesprächs bereits ein Vergleichsangebot unterbreiten?

*Antwort:* Zu diesem Zeitpunkt ein Angebot zu machen, kann, muss aber nicht die beste Strategie sein. Wenn Sie nicht davon ausgehen, dass es sinnvoll ist, bereits zu diesem Zeitpunkt ein Angebot zu machen, lassen Sie sich nicht dazu drängen. Erklären Sie stattdessen, dass Sie es zunächst bevorzugen, abzuwarten, da Sie zunächst über die offenen Punkte sprechen möchten, bevor Sie eine Entscheidung über Verhandlungen treffen.

- Wenn ich den Mediator anweise, einen extremen Standpunkt der anderen Seite zu kommunizieren, soll ich ihm, im vertraulichen Gespräch mitteilen, dass wir zu einem bestimmten Zeitpunkt grundsätzlich kompromissbereit sind?

• *Antwort:* Es macht grundsätzlich immer Sinn, dem Mediator Ihre Verhandlungsstrategie in grundsätzlichen Zügen mitzuteilen, damit dieser Sie auf auftauchende Probleme hinweisen kann und sich selbst ein Bild davon machen kann, wie er Ihre Position der anderen Seite präsentiert.

•

- Wird sich der Mediator angegriffen fühlen, wenn ich ihn darum bitte, den Raum zu verlassen, damit ich mit meinem Mandanten unter vier Augen sprechen kann?

• *Antwort:* Scheuen Sie sich nicht, den Mediator darum zu bitten, den Raum zu verlassen. Mediatoren wissen, dass Rechtsanwälte vertraulich mit ihren Mandanten sprechen können müssen. Sie können sagen: „Sie haben uns ein paar neue Anhaltspunkte geliefert. Können wir ein paar Minuten darüber sprechen?“

•

- Wird sich der Mediator angegriffen fühlen wenn Sie ihm weder Ihre Strategie noch das letztliche Verhandlungsziel offenbaren?

• *Antwort:* Mediatoren wissen auch, dass Rechtsanwälte für gewöhnlich nicht Ihre gesamte Verhandlungstaktik ihnen gegenüber offenbaren, da Rechtsanwälte und die Unparteiischen nicht dieselben Ziele haben. Mediatoren gehen davon aus, dass Erklärungen von Rechtsanwälten über Tatsachen richtig

sind. Sie erwarten hingegen nicht, dass Rechtsanwälte sich ihnen vollumfänglich anvertrauen.

## **2. Spätere Einzelgespräche**

Wenn die Einzelgespräche voranschreiten, wird der Mediator wahrscheinlich aktiver darin werden Standpunkte zu erklären und auf die Kosten und Risiken eines Gerichtsverfahrens sowie Gründe für einen Vergleich hinzuweisen. Beachten Sie bitte die folgenden Punkte:

- Seien Sie auf schwierige „Wirklichkeitstests“ vorbereitet.“ Klären Sie Ihren Mandanten darüber auf, dass der Mediator möglicherweise harte Fragen über den Fall an sich stellt und mit einigen Ihrer Argumente entweder nicht übereinstimmt bzw. diese anzweifelt. Beruhigen Sie Ihren Mandanten dahingehend, dass dies ein normaler Teil des Mediationsprozesses ist, und dass der Unparteiische Ihre Argumente im Einzelgespräch mit der Gegenseite genauso präsentiert wie er auch dort derartige Fragen stellen wird.

- Wenn Ihr Mandant entmutigt wird, ziehen Sie in Erwägung, den Mediator zu bitten, eine Einschätzung darüber abzugeben, wie das Mediationsverfahren läuft. Falls Ihr Mandant müde oder gereizt wird oder sich zu sehr unter Druck gesetzt fühlt, fragen Sie den Mediator nach einer Pause oder einer Unterbrechung des Mediationsprozesses.

- Falls das Mediationsverfahren sich in eine Sackgasse zu bewegen scheint, verhandeln Sie mit dem Mediator, wann und wie er besondere Mediationstaktiken nutzen möchte, um dies zu verhindern. Falls der Mediator seinerseits entmutigt wirkt oder es an neuen Ideen missen lässt, machen Sie Vorschläge. Wie Sie dies tun können wird nachfolgend dargestellt.

## **(3) Unterkonferenzen**

Obwohl innerhalb der Wirtschaftsmediation zunehmend das Format der Einzelgespräche gewählt wird gibt es keine Regel die dies zwingend erfordert. Bilden Sie sich daher eine Meinung, ob Sie mit der gewöhnlichen Struktur des Mediationsverfahrens einverstanden sind oder eine Abweichung davon bevorzugen würden. Falls Sie eine Abweichung bevorzugen, schlagen Sie diese vor.

Die gängigste Abweichung stellt es dar, dass der Mediator eine Untergruppe von Teilnehmern zusammenstellt. Z. B. können sich zwei Vertreter der Geschäftsführung zu einem vertraulichen Gespräch treffen und die wirtschaftlichen Aspekte des Streits diskutieren, oder Sachverständige von beiden Seiten können sich über die technischen Fragen austauschen, oder Rechtsanwälte können über das einzuschlagende Verfahren sprechen. Derartige Treffen können zu jedem Zeitpunkt innerhalb des Mediationsverfahrens stattfinden, können so wenig oder so viel Zeit in Anspruch nehmen, wie die Teilnehmer für sinnvoll halten, und können zu jeder Zeit, falls notwendig, wiederholt werden.

Falls Entscheidungsträger sich ohne ihre Anwälte treffen, bestehen Rechtsanwälte oft darauf, dass der Mediator an diesen Besprechungen teilnimmt, um diese zu leiten, und zu bestätigen, dass diese Diskussion Teil des vertraulichen Verfahrens ist. Es ist jedoch nicht notwendig, dass der Mediator die ganze Zeit über anwesend ist.

Ein polnischer Fabrikant und eine tschechische Speditionsfirma hatten für mehr als ein Jahrzehnt eine fruchtbare Geschäftsbeziehung. Der Spediteur lieferte die Produkte des Fabrikanten quer durch Südeuropa. Dann verschlechterte sich die Geschäftsbeziehung. Der Fabrikant verklagte die Spedition und behauptete, dass diese ihn betrogen habe indem bei der Abrechnung der Kilometerpauschale mehr Kilometer angesetzt wurden, als tatsächlich gefahren wurden und darüber hinaus überhöhte Reparaturkosten abgerechnet worden seien. Nachdem das Gerichtsverfahren bereits zwei Jahre angedauert hatte, vereinbarten die Parteien ein Mediationsverfahren.

Das Verfahren begann sehr ungewöhnlich: Der Anwalt des Anspruchstellers rief den Mediator vorab an und schlug vor, dass die Parteien das gewöhnliche Eröffnungsplädoyer der Rechtsanwälte weglassen und dass sich stattdessen die beiden Vorstandsvorsitzenden zu einem vertraulichen Gespräch treffen sollten. Der Mediator besprach dies mit dem Anwalt der Anspruchsgegnerin, der unter der Bedingung zustimmte, dass der Unparteiische während dieser Besprechung anwesend sein sollte.

Die beiden Vertreter der Geschäftsführung und der Mediator trennten sich von den Rechtsanwälten und zogen sich in einen Raum zurück. Der Vertreter der Geschäftsführung des Anspruchstellers eröffnet die Diskussion und legte noch einmal die langjährige gute Geschäftsbeziehung zwischen den Unternehmen sowie die derzeitigen Probleme dar. Er vermutete dass der Zusammenbruch der Geschäftsbeziehung zum Teil herbeigeführt wurde durch die Einstellung eines Managers welchen er von der Speditionsfirma abgeworben hatte. Er führte aus, dass er diesen Manager kürzlich wegen Verstoßen gegen ethische Richtlinien entlassen hatte.

Der Vertreter der Geschäftsführung des Anspruchstellers führte aus, dass er erhebliche Schäden durch Fehler in den Rechnungen der Speditionsfirma hatte, er dennoch einen Vergleich dieses Rechtsstreits wünsche und benötige. Er machte dann hierfür ein Angebot. Der Vertreter der Geschäftsführung der Anspruchsgegnerin dankte ihm und führte aus, dass er dieses zunächst mit seinem Anwalt besprechen müsse.

Die Parteien gingen dann dazu über, einzeln ihre Forderungen darzulegen und zu verteidigen und verhandelten über mehrere Stunden sehr intensiv und konnten die anfänglichen € 900.000,00 bis auf eine Lücke in Höhe von € 30.000,00 - eine Forderung von € 30.000,000

gegenüber einem Angebot von € 270.000,00 -reduzieren. An diesem Punkt jedoch lehnte es der Anspruchsgegner ab, weitere Angebote zu machen und drückte seine Frustration über die mangelnde Vernunft des Anspruchstellers aus.

Als der Mediator einen Weg aus dem Patt suchte, zog der Vorstandsvorsitzende der Anspruchsgegnerin plötzlich eine Münze aus der Tasche. „Sehen Sie das?“, fragte er. „Prüfen Sie es; es ist ein nicht manipuliertes Geldstück. Ich werde es für ihn werfen.“ „Werfen für was?“ „Für die € 30.000,00“ antwortete er. „Schauen wir mal, ob er den Mut hat, darum zu spielen!“

Der Mediator schaute den Anwalt des Vorstandsvorsitzenden an und war sich nicht sicher ob er das ernst meint. Der Anwalt zuckte mit den Schultern „Es ist OK für mich. Warum nehmen Sie nicht Pavel mit runter und präsentieren ihnen den Vorschlag? Aber Sie sollten das Reden übernehmen, da er über all das hier wirklich frustriert ist.“ Warum nicht, dachte sich der Mediator. Es war besser als alles was er vorschlagen konnte.

Der Mediator führte den Vorstandsvorsitzenden in den Konferenzraum des Anspruchstellers und erklärte mit einem Lächeln „Pavel hat eine Idee, dass Patt zu überwinden. Es ist ein wenig ... unüblich, Sie möchten es sich vielleicht anhören.“ Mit ruhiger Stimme und ohne Körperregung wiederholte der Vorstandsvorsitzende sein Angebot, die Münze zu werfen. Der Vorstandsvorsitzende des Anspruchstellers lächelte. Er sagte „OK, aber Sie haben bislang nicht ein letztes Angebot beantwortet, sodass die wirkliche Differenz 50 beträgt zwischen meinen 320 (sein letztes Angebot vor der Reduzierung auf € 300.000,00) und ihren 270.“ Sie diskutierten über die Bedingungen des Werfens der Geldmünze und zeigten dabei etwas Frust als auch Humor. Als die Diskussion abzureißen drohte, machte der Mediator weitere Vorschläge („Warum geben Sie nicht die 20 für gute Zwecke?“) Sie konnten sich letzten Endes jedoch nicht einigen, beide waren frustriert und der Vorstandsvorsitzende der Anspruchsgegnerin den Raum. Während sie den Flur hinab liefen fragte der Mediator „Ich vermute ich kann ihn runter auf 290 glatt bringen. Wäre das OK?“ Wie sich herausstellte war es das.

Im Rahmen dieser Mediation leisteten die Initiativen der beiden Anwälte einen großen Beitrag dazu, dass eine Einigung erzielt werden konnte. Der Vorschlag des Anwalts des Anspruchstellers dass der gesamte Prozess mit einem Treffen zwischen den zwei Vertretern der Geschäftsführung starten sollte hat eine informelle Ebene zwischen ihnen geschaffen, das die späteren Vergleichsverhandlungen wesentlich erleichtert hat. Der „spontane“ Vorschlag des Vorstandsvorsitzenden der Anspruchsgegnerin, eine Geldmünze zu werfen (wie der Mediator später erfuhr war dies eine Taktik, die dessen Anwalt

vorgeschlagen hatte), war der Schlüssel die Parteien aus ihrer Starre zu befreien.

Eine weitere Option ist es, ein Treffen einer Partei mit einem Außenstehenden und von der Gegenpartei unabhängigen Berater zu organisieren. Wenn Sie glauben, dies wäre hilfreich, dann bitten Sie den Mediator ein solches Treffen zu organisieren.

Eine Gemeinde der Bretagne verweigerte die Bezahlung eines Auftragnehmers für seine Arbeit an einem neuen Schulgebäude mit der Begründung, dass die Arbeiten mangelhaft seien. Der Auftragnehmer klagte auf Zahlung und es kam zur Mediation. Die Parteien machten einige Fortschritte aber am Ende kam es zu einem Stillstand der Verhandlung sodass sich vertragen mussten.

Der Anwalt des Auftragnehmers vermutete, dass das Verhandlungsteam der Gemeinde nicht in der Lage zu einer Entscheidung gewesen war, da eine Amtsperson interne Konflikte provoziert hatte. Der Auftragnehmer sagte, dass er während eines anderen Projekts eine gute Beziehung mit dem Bürgermeister der Gemeinde entwickelt hätte, und meinte, falls sie vertraulich mit einander sprechen könnten, würde dieser das „Personalproblem“ lösen können und die Verhandlungen wieder anstoßen.

Der Rechtsanwalt bat den Mediator den Rechtsanwalt der Anspruchsgegnerin zu fragen ob der Auftragnehmer mit dem Bürgermeister frühstücken könne. Die Seite der Anspruchsgegnerin erklärte sich einverstanden, das Frühstück fand statt und die störende Amtsperson lies ihre Einwände fallen.

Zusammenfassung:

- *Bitten Sie den Mediator die traditionellen Strukturen der Mediation zu variieren.*
- *Schlagen Sie vor, dass eine Person oder ein Teil des Teams sich mit ihrem Gegenpart auf der Gegenseite trifft.*
- *Zur Unterstützung und Erleichterung der Diskussion sowie um Vertraulichkeit zu sichern bitten Sie den Unparteiischen, solchen Treffen beizuwohnen.*

## 5. Die Beeinflussung des Verfahrens

### (a) Steuerung des Informationsflusses

#### (1) Die Diskussion auf spezielle Fragestellungen fokussieren

Eine wichtige Qualifikation eines guten Verhandlungsführers ist die Fähigkeit darauf Einfluss zu nehmen, wie Streitpunkte diskutiert werden. Um dies zu erreichen können Sie dem Mediator mitteilen, was Sie gegenüber der anderen Partei betont haben möchten und in welcher Art und Weise.

Eine Baufirma verklagte einen Zulieferer mit der Behauptung, dass der Zulieferer ihr mangelhaften Frostschutz verkauft habe, der erheblichen Schaden am Kühlsystem ihrer Fahrzeuge verursacht hat. Die Anwälte und Parteien wurden während der Mediation dieses Falles gefilmt.

Die Anspruchstellerin konnte keine Verunreinigung im Frostschutzmittel feststellen, argumentierte jedoch, dass die Verantwortlichkeit des Zulieferers offensichtlich sei: Die Gesellschaft hat Frostschutzmittel in 70 ihrer aus 150 Wagen bestehenden Flotte eingefüllt und binnen Tagen wurde das Kühlsystem einiger der befüllten Lastwagen durch Korrosion zerstört. Nur diejenigen Teile der Motoren die mit dem Antifrostschutzmittel der Anspruchsgegnerin in Kontakt gekommen waren, zeigten Anzeichen von Korrosion. Lastwagen in die dieses nicht eingefüllt wurde hatten keine Probleme.

Die Anspruchsgegnerin entgegnete dass ein Wissenschaftler einer angesehenen Universität das Frostschutzmittel geprüft hat und keine Auffälligkeiten festgestellt hatte. Hinzu käme, dass kein weiterer Kunde der Anspruchsgegnerin sich über Schäden aufgrund des Frostschutzmittels beklagt hätte. Die Anspruchsgegnerin war sich sicher, dass die Ursache der Schäden in den Lastwagen und nicht in ihrem Produkt zu finden sei.

Anwältin des Anspruchsgegners: Ich hoffe, dass Sie ihnen gegenüber ansprechen werden, dass die Schwierigkeit dieses Falles für uns darin liegt, dass wir keinen Beweis für die Kausalität sehen.

Mediator: Aber wenn sie Beweise haben, dann würde dies Ihre Position in den in den Verhandlungen beeinflussen?

Anwältin (lächelt): Ja, und wenn sie keine haben, hoffen wir, dass es sie veranlasst, ihre Forderung zu reduzieren.

Der Mediator sprach das Thema während seines Einzelgesprächs mit dem Team der Anspruchstellerin an:

Mediator: Nehmen Sie einmal an, dass ein unabhängiger Sachverständiger feststellt, dass es keine Fremdstoffe in dem Frostschutzmittel gibt und dass dieser Sachverständige glaubwürdig ist... Wie würde das den Fall beeinflussen?

Anwalt der Anspruchstellerin: Nun, das ist ohne Frage ein Problem. Wir sind uns darüber klar, dass dies der schwächste Punkt in unserer Anspruchsbegründung ist.

Mediator: Auf wieviel Prozent würden Sie die Chance schätzen, dass eine Haftung besteht?

Anwalt: Fünfzig Prozent.

Beim Abschluss dieses Einzelgesprächs war das Team der Anspruchstellerin unter dem Siegel der Vertraulichkeit darüber einig, dass die Erfolgsaussichten für einen Haftungsanspruch nur 30 bis 40 Prozent betragen.

In diesem Beispielsfall hat die Anwältin des Anspruchsgegners den Mediator dazu gebracht, sich zusammen mit der Anspruchstellerin auf ihr Argument zu konzentrieren. Indem sie das getan hat, konnte sie den Umstand zu ihrem Vorteil ausnutzen, dass die Anspruchstellerin so eher bereit war, dem Mediator zuzuhören, als sie es gewesen wäre, wenn der Anspruchsgegner die Sache direkt angesprochen hätte.

Manchmal möchten Sie vielleicht ein Thema komplett vermeiden. Dies ist sehr schwierig, wenn die andere Seite entschlossen ist, es zu verfolgen. Aber wenn Sie den Mediator überzeugen können, dass es eine Einigung verhindern würde, dieses Thema anzusprechen, wird er vielleicht bereit sein, die Diskussion aufzuschieben oder sie so zu steuern, dass ihre Auswirkungen möglichst gering sind.

Nehmen Sie zum Beispiel an, dass Ihr Mandant über einen mutmaßlichen Betrug der Gegenseite verärgert ist. Sie sehen die Beweise als schwach an, aber Ihr Mandant weigert sich, von dem Betrugsvorwurf Abstand zu nehmen; selbst darüber zu reden, macht ihn wütend. Sie könnten den Mediator vor der Mediation anrufen und ihn darauf aufmerksam machen, dass es Ihren Mandanten in Rage bringen und den Fortschritt in anderen Punkten behindern würde, dieses Thema zu diskutieren. Sie könnten ihn bitten, der anderen Seite davon abzuraten, das Betrugsthema anzusprechen, bis sich Ihr Mandant später am Tag vielleicht etwas beruhigt hat.

Zur Zusammenfassung:

- *Nutzen Sie die Möglichkeiten des Mediators aus, die Verhandlungsplanung zu beeinflussen.*
- *Bitten Sie den Mediator, die Diskussion auf ein wichtiges Thema zu lenken oder ein heikles zu meiden.*

## **(2) Sammeln und Übermitteln Sie Informationen**

Datenerhebung: In dem Frostschutzmittel-Fall hatte die Anwältin des Anspruchsgegners zweierlei Absichten: Sie bediente sich des Mediators, ein für ihren Mandanten vorteilhaftes Thema zu forcieren und bat ihn gleichzeitig, nach Informationen zu "fischen". Wenn der Anspruchsteller Daten gehabt hätte, die die

Kausalität bewiesen hätten, dann wollte sie die Mediation dazu benutzen, etwas darüber zu erfahren.

Die Parteien sind für gewöhnlich in einer Mediation eher dazu bereit, Informationen preiszugeben, als in herkömmlichen Verhandlungen. Sie wissen, dass sie durch die Mediation wahrscheinlich zu einer Einigung kommen werden und können daher davon ausgehen, auch etwas zurück zu bekommen. Sie vertrauen auch meist darauf, dass sie der Mediator davor schützt, ausgenutzt zu werden. Wenn eine Partei sich weigert, der anderen Seite "Informationen frei Haus" zu liefern, kann der Mediator darauf hinweisen, dass es zum eigenen Vorteil dieser Partei sein wird, sie zur Verfügung zu stellen ("Nach meiner Erfahrung benötigt die Vertreterin der Versicherung Dokumente, die sie ihrer Vorgesetzten zeigen kann, um die Berechtigung zu erhalten, Ihnen zu zahlen, was Sie brauchen. Ich denke, es ist in Ihrem eigenen Interesse, ihnen die Informationen zu geben.")

Probleme bei der Informationsbeschaffung treten sehr häufig zwischen gegnerischen Parteien auf, aber nicht nur dort: Anwälte haben manchmal Schwierigkeiten, Daten von ihrem eigenen Mandanten zu erhalten, zum Beispiel, weil jemand in der Organisation meint, er könnte für das Problem verantwortlich gemacht werden. Auch mehrere nebeneinander in Anspruch genommene Parteien enthalten einander manchmal Daten vor, im Bemühen, ihren Anteil am Verlust zu minimieren. Mediatoren können Anwälten manchmal helfen, ihre Mandanten zur Lieferung von Daten oder einen Anspruchsgegner zur Offenlegung von Informationen zu überzeugen.

Informationsübermittlung. Es ist auch möglich, Mediation zur effizienteren Übermittlung von Daten zu benutzen. Nehmen Sie zum Beispiel an, dass Sie überzeugende Beweise dafür haben, dass ein Zeuge der Gegenseite lügt, aber Sie haben die Sorge, dass Ihr Gegner wütend wird, wenn Sie das Thema direkt ansprechen. Eine Möglichkeit ist es, die Beweismittel dem Mediator zu geben und ihn zu bitten, mit der anderen Partei darüber zu sprechen. Beweismittel, die auf diese Weise vorgebracht werden, ist weniger in Gefahr, von der Gegenseite rundweg zurückgewiesen zu werden, und selbst wenn sie keine Auswirkung auf die andere Seite hat, wird der Umstand, dass Sie sie vorgelegt haben, die Aufmerksamkeit des Mediators auf den betreffenden Gesichtspunkt lenken.

Eine andere Form von Informationen betrifft die Verhandlungsabsichten einer Partei. Stellen Sie sich zum Beispiel vor, dass ein Anspruchsteller sich entschlossen hat, sein letztes Angebot zu machen. Allerdings ist er besorgt, dass sich die Gegenseite angegriffen fühlen wird, weil sie denkt, dass ihr durch das Angebot ein Ultimatum gesetzt wird. Der Anwalt kann das Angebot vielleicht wirkungsvoller durch den Mediator übermitteln lassen („Sagen Sie ihnen, wir haben darüber nachgedacht und 900 ist unser abschließendes und letztes Angebot.“) Zumindest kann der Mediator die Aussage abmildern und es so weniger wahrscheinlich machen, dass die andere Seite verärgert reagiert ("Sie haben zugestimmt, noch ein weiteres Mal nachzugeben – sie sagen, sie sind Ihnen so weit entgegengekommen, wie sie können... „) Wenn der Unparteiische

glaubt, dass das Angebot wirklich abschließend ist, dann kann er das so sagen und dem Empfänger versichern, dass es nicht nur ein Bluff ist („Ich habe stundenlang mit ihnen geredet. Man kann nie sicher sein, aber mein Gefühl ist, dass sie wirklich nicht unter 900 gehen können.“)

### **(3) Finden Sie die Stimmung Ihres Gegners heraus**

Anwälte können einen Mediator auch nach der Stimmung der anderen Seite fragen. Wenn eine Partei beispielsweise während der Eröffnungssitzung sehr erregt schien, könnte der Gegenanwalt den Mediator später fragen, „Hat sich Smith schon wieder beruhigt?“ Ein Anwalt kann sich auch nach dem Entscheidungsfindungsprozess der anderen Seite erkundigen: „Wenn sein Anwalt einen Vergleich vorschlägt, meinen Sie, dass er ihm zuhört?“ oder „Müssen wir den Direktor der Versicherung selbst hier her bekommen?“ Anwälte können den Mediator auch fragen, um die Reaktion eines Gegners auf ein bestimmtes Angebot oder taktisches Manöver herauszufinden:

„Könnten Sie versuchen, ein Gefühl dafür zu bekommen, ob sie auf eine sechsstellige Summe herunter gehen würden?“ oder „Meinen Sie, sie können auf € 125.000,00 gehen?“

Fragen an den Mediator, was die andere Seite denkt, werfen ethische und praktische Fragen für den Unparteiischen auf, da ein Mediator zwei einander teilweise widersprechende Rollen hat: Er muss die Vertraulichkeit dessen, was jede Seite sagt, bewahren und gleichzeitig die Kommunikation zwischen ihnen fördern. Jedoch bedeutet die Tatsache, dass eine Frage für den Unparteiischen schwierig zu beantworten ist, bedeutet nicht, dass ein Anwalt sie nicht stellen sollte.

Seien Sie sich jedoch bewusst, dass, wenn Sie den Mediator nach Informationen über Ihren Gegner fragen, der Unparteiische wahrscheinlich denken wird, dass es ihm erlaubt ist, der auch anderen Seite dieselbe Art von Informationen über Sie zu geben. Wenn Sie die Sorge haben, dass Informationen in den Besprechungsraum der Gegenseite durchsickern, besprechen Sie mit Ihrem Mediator, was er der anderen Seite über Sie sagen wird. Wenn Sie befürchten, dass sensible Daten offen gelegt werden könnten, machen Sie deutlich, was gesagt werden soll. Grundsätzlich ist es einfacher, darum zu bitten, dass ein Umstand überhaupt nicht offen gelegt wird, als zu steuern, wie ein Mediator Fakten präsentiert, die er bespricht. Das heißt jedoch nicht, dass Fragen über die andere Seite nicht hilfreich sind, und die Struktur der Mediation kann Ihre Möglichkeiten, sie zu stellen, erweitern.

Machen Sie es sich zu Nutze, dass der Mediator in der Lage ist, den Informationsfluss zu steuern:

- *Bitten Sie den Mediator, Informationen zu beschaffen oder sie an die Gegenseite zu übermitteln.*
- *Stellen Sie Fragen über die Stimmung der anderen Seite.*

- *Besprechen Sie mit dem Mediator, was er Ihrem Gegner über Sie sagen wird.*

#### **(4) Nutzen Sie die Vertraulichkeit, um den Datenfluss zu steuern**

Mediation ist natürlich ein vertrauliches Verfahren. Für die Tätigkeit des anwaltlichen Vertreters ist es wichtig, zu bemerken, dass Vertraulichkeit nicht nur ein Mantel ist, der Sie schützen kann, sondern auch ein Mittel, um Verhandlungen effektiver zu gestalten. Eine Methode, dies zu erreichen, ist dem Mediator Informationen zu geben und ihm entweder zu untersagen, diese der anderen Seite offen zu legen, oder ihm die Offenlegung nur unter Bedingungen zu erlauben.

Die Offenlegung von Informationen nur dem Mediator gegenüber: Die am meisten übliche Taktik ist, dem Mediator Beweise vorzulegen, es ihm aber zu verbieten, diese dem Gegner offen zu legen. Auf diese Weise kann ein Anwalt Beweise offen legen, um den Mediator von der Stärke seiner rechtlichen Position zu überzeugen, ohne die Information gegenüber der anderen Seite aufzudecken („Schauen Sie sich an, was für Daten wir darüber ermittelt haben, wieviel Geld dieses „krisengebeutelte“ Unternehmen in den letzten drei Jahren verdient hat. Sie können den vollen Betrag zahlen, den wir verlangen – aber Sie können ihnen nicht sagen, woher wir das wissen“ oder „Sie haben das Ankündigungsschreiben nicht versandt, das nach unserem Vertrag vor Klageerhebung erforderlich ist und in einem Monat wird es zu spät sein. Wenn die Sache heute nicht zu einer Einigung kommt, werden wir ihnen vor Gericht das Fell über die Ohren ziehen.“)

Wenn ein Anwalt „entscheidende“ Beweise vorlegt, aber dem Mediator verbietet, darüber zu verhandeln, bringt den Mediator in eine schwierige Lage, weil er gezwungen ist, vorherzusagen, wie der Gegner auf die Informationen reagieren würde. Aus diesem Grund genießen Mediatoren Beweise, die bei denen ihnen eine Partei nicht erlaubt, sie mit dem Gegner zu diskutieren, oft mit Vorsicht. Gleichwohl gibt es nur wenige Nachteile, wenn Sie Informationen allein dem Mediator zur Verfügung stellen, vorausgesetzt, Sie können darauf vertrauen, dass der Mediator sie für sich behält.

Hinzu kommt, dass der Umstand, dass Sie dem Mediator die Offenlegung von Informationen zu einem Zeitpunkt im Verfahren untersagen, Sie nicht davon abhält, den Mediator später zur Offenlegung zu ermächtigen. Anwälte gestatten manchmal die Offenlegung von Informationen unter bestimmten Bedingungen (“Sie können ihnen das Affidavit zeigen, aber nur, wenn Sie glauben, dass wir dadurch zu einer Einigung kommen.“)

Die Offenlegung von Informationen gegenüber der Gegenseite unter dem Siegel der Vertraulichkeit. Anwälte können es auch gestatten, dass Informationen an die Gegenseite herausgegeben werden, aber hierbei die besonderen Regeln der Vertraulichkeit nutzen, die für die Mediation gelten, um

die Benutzung der Daten zu beschränken, wenn es nicht zu einer Einigung kommt.

Ein französischer Berater klagte gegen ein amerikanisches Softwareunternehmen, weil dieses von ihm erbrachte Dienstleistungen nicht bezahlt hatte. Das Softwareunternehmen weigerte sich, ein ernsthaftes Angebot zu machen und behauptete, es habe fast keine flüssigen Geldmittel verfügbar. Der Berater war skeptisch, aber seine Anwältin wollte das Thema nicht forcieren, da sie wusste, dass ihr Mandant nichts bekommen würde, wenn das Softwareunternehmen Insolvenz anmelden würde. Sie fragte den Mediator, ob er mehr Informationen über die Finanzen des Unternehmens beschaffen könnte.

Als der Anwalt der Anspruchsgegnerin hierüber befragt wurde, sagte er dem Mediator, dass der Finanzvorstand des Unternehmens, der bei der Mediation anwesend war, eine Aufstellung der Finanzen, die er zwei Wochen zuvor privaten Investoren gegeben hatte, auf seinem Laptop hatte. Der Mediator stellte in den Raum, dass es helfen würde, eine Einigung voranzubringen, wenn die Anspruchsgegnerin einem Mitglied des Teams des Anspruchstellers erlauben würde, die Daten in Augenschein zu nehmen.

Der Anwalt des Unternehmens stimmte zu, unter der Bedingung, dass der Besucher die Daten auf dem Laptop einsehen und Fragen an den Finanzvorstand stellen könnte, aber keine schriftlichen Notizen von dem machen durfte, was er erfuhr. Die Anwältin des Anspruchstellers kam mit dem Mediator in den Besprechungsraum des Unternehmens, sah sich die Aufstellungen an, stellte Fragen an den Finanzvorstand und kehrte zurück, um mit ihrem Mandanten zu sprechen. Eine halbe Stunde später signalisierte das Team des Anspruchstellers, dass es bereit war, reduzierte Zahlungen in Raten zu akzeptieren, vorausgesetzt, die Zahlungen waren mit den intellektuellen Schutzrechten des Unternehmens besichert, und der Fall wurde auf dieser Basis beigelegt.

Die Freigabe teilweiser Offenlegung: Die meisten Anwälte erwarten von einem Mediator, dass er zumindest etwas von dem offenbart, was in den vertraulichen Einzelgesprächen vorgeht. Mit anderen Worten wissen erfahrene Anwälte, dass Mediatoren, obwohl sie keine sensiblen Informationen preisgeben werden, sich für gewöhnlich ermächtigt fühlen, über die bloße Wiederholung dessen, was eine Partei gesagt hat, hinaus, das Gesagte zu interpretieren, solange die Partei hierdurch nicht benachteiligt wird. Der Anwalt eines Anspruchstellers könnte einem Mediator zum Beispiel sagen, „Derzeit können wir nicht unter 800.000 gehen. Sie können ihnen sagen 800.“ Der Anwalt weiß, dass der Unparteiische dies in dem Sinne verstehen wird, dass er der anderen Seite mitteilen kann, dass der Anspruchsteller seine Forderung auf € 800.000 reduziert

und dass der Anspruchsteller wahrscheinlich bereit ist, weiter herunter zu gehen, wenn der Anspruchsgegner angemessen reagiert.

Sie können den Mediator bitten, eine Interpretation Ihrer Position zu übermitteln, es als seine Einschätzung der Situation zu präsentieren und seine Kommentierung nicht direkt Ihnen zuzuschreiben. Die Übermittlung von Absichten auf diese Weise hat zwei Vorteile. Erstens wird der Empfänger im Unklaren darüber gelassen, ob Sie das Signal gesandt haben. Dies gibt Ihnen die Freiheit, es entweder zu bekräftigen oder davon abzurücken, abhängig von der Antwort; etwa so, wie Regierungsmitarbeiter „Versuchsballons“ an die Presse bringen. Zweitens lässt der Umstand, dass es der Mediator ist, der die Interpretation anbietet, sie weniger manipulativ erscheinen, weswegen der Empfänger sie weniger abwertend betrachten wird, als wenn Sie das Signal direkt gesandt hätten.

## **b. Die Beeinflussung des Verhandlungsprozesses**

Anwälte können Mediation auch dazu einsetzen, um ihre Effektivität beim Geben und Nehmen in Verhandlungen zu steigern. Dies lässt sich sowohl dann erreichen, wenn man konfrontativ über Geld verhandelt, als auch dann, wenn man kooperativ, mit dem Schwerpunkt auf kreativen Lösungen, vorgeht. Man kann sich der Hilfe des Mediators bedienen, um:

- *eine konfrontative Verhandlungsstrategie zu unterstützen,*
- *nicht offen angesprochene Streitpunkte zu untersuchen und kreative Lösungen zu eruieren,*
- *taktische Ratschläge zu erhalten,*
- *unorthodoxe Maßnahmen zu ergreifen, um Verhandlungsbarrieren zu überwinden,*
- *Ihre Angebote zu verbessern.*

### **(1) Die Unterstützung einer konfrontativen Verhandlungsstrategie**

Bücher über Mediation erwähnen selten eine wichtige Auswirkung des Verfahrens: Es erlaubt den Verhandlern härtere Taktiken zu verfolgen als sie sie in direkten Verhandlungen anwenden könnten. Es gibt dafür mehrere Gründe. Erstens, während Parteien Verhandlungen abbrechen und sie später wieder aufnehmen können, glauben die meisten Parteien, dass es, wenn eine Mediation fehlschlägt, unwahrscheinlich ist, dass sie das Verfahren wieder aufnehmen können. Aufgründessen sind die Teilnehmer einer Mediation wenig geneigt, den Verhandlungstisch zu verlassen, auch wenn die Gegenseite ein "unverschämtes" Angebot macht.

Zweitens ist der Mediator anwesend, um die Auswirkungen rauher Verhandlungstaktiken abzumildern, indem er eine Partei, beruhigt, die darüber verärgert ist, was der Gegner getan hat. Anwälte machen sich dies manchmal zunutze, indem sie den „bösen Bullen“ spielen, wohlwissend, dass der Mediator instinktiv den „guten Bullen“ spielen wird, um das Verfahren am Leben zu erhalten.

Ein Fuhrunternehmer war im Streit mit seiner Versicherung, da sich die Versicherung weigerte, annähernd eine Milliarde Euro für Kosten zu zahlen, die dem Fuhrunternehmer wegen großer Mengen ausgelaufenen Öls entstanden waren. Die Parteien vereinbarten, in die Mediation zu gehen. Der Vorstandschef der Versicherung bereitete sich intensiv auf das Verfahren vor, in der Absicht, mit den Anwälten des Fuhrunternehmers Punkt für Punkt die Einwände der Versicherung zu diskutieren.

Als die Parteien zusammentraten und der Vorstandschef versuchte, den Fall zu diskutieren, sagte der Anwalt des Fuhrunternehmers, er sei nicht interessiert. Er sagte, er hätte sich die Analyse seines eigenen Teams angehört und sähe keinen Grund für eine Debatte mit dem Vorstandschef. Der Anwalt führte weiter aus, dass er überhaupt keine Zugeständnisse machen würde, bis die Versicherung sich bereit erklären würde, den vollen Betrag von dem, was er den "unbestreitbaren" Teil der Police nannte, zu zahlen. Dieser Betrag, sagte der Anwalt, seien € 135 Mio.

Die Mediation wurde in einem Konferenzzentrum an einem Flughafen abgehalten und in einer direkten Verhandlung hätte das Team der Versicherung sehr wahrscheinlich den nächsten Flug genommen. Der Anwalt des Fuhrunternehmers war jedoch zuversichtlich, dass der Mediator auf seine Taktik reagieren würde, indem er vorschläge, oder sogar darum bettelte, dass der Vorstandschef die unfreundliche Haltung des Fuhrunternehmers ignorieren, das "große Ganze" sehen, rechtliche Risiken zu untersuchen und eine größere Geldsumme anbieten sollte. Und genau das passierte.

Nach mehrstündigen Gesprächen schritt der Vorstandschef in den Besprechungsraum des Fuhrunternehmers, schrieb "100" auf einer Tafel

und ging wieder hinaus. Nun war es die Aufgabe des Mediators, die Seite des Anspruchstellers davon zu überzeugen, dass, obwohl einhundert Millionen Euro im Lichte von dessen Anspruch sehr wenig erschienen, sie aus Sicht der Versicherung einen großen Schritt vorwärts bedeuteten. Der Mediator schlug vor, dass man zur Bewertung des Angebots lieber von null aufwärts zählen sollte, statt von der ursprünglichen Forderung des Fuhrunternehmers abwärts. Nach einer Stunde Diskussion erklärte sich der Fuhrunternehmer widerstrebend bereit, das Verfahren fortzusetzen.

Der Fall kam bis Monate später nicht zu einer Einigung. Der Wendepunkt kam, als der Anwalt des Fuhrunternehmers (derselbe Anwalt, der sich geweigert hatte, mit dem Vorstandschef der Versicherung zu sprechen) den Mediator bat, den Vorstandschef einzuladen, sich mit ihm allein in der Bar des Hotels zu treffen, in dem die Mediation stattfand. Während der Mediator und die Anwälte in den Konferenzräumen warteten und sich fragten, was passieren würde, arbeiteten die beiden Verhandlungsführer eine Einigung aus.

In diesem Beispiel vertraute der Anwalt des Anspruchstellers in die Anwesenheit des Mediators und den Umstand, dass beide Parteien sich dazu bekannt hatten, zu verhandeln, um der anderen Seite eine harte Vorbedingung zu stellen und kombinierte seine Verhandlungstaktik mit einer unhöflichen Geste – er weigerte sich, die Präsentation des Vorstandschefs anzuhören - um seine Bereitschaft zu bekräftigen, den Verhandlungstisch zu verlassen, wenn er nicht bekommen würde, was er wollte. Der Rechtsanwalt wusste allerdings, dass der Mediator sich bemühen würde, die Konfrontation abzumildern, was den Erfolg seiner Taktik ermöglichte.

Am Ende des Verfahrens änderte der Anwalt des Fuhrunternehmers seinen Ansatz und nutzte die Hilfe des Mediators, um ein vertrauliches Gespräch mit derselben Person zu arrangieren, die er vorher brüskiert hatte, ein Gespräch, das ohne die Unterstützung des Unparteiischen viel schwieriger zu arrangieren gewesen wäre.

Um Ihre Strategie bei konfrontativen Verhandlungen zu stärken,

- *nutzen Sie den Mediator, um die Wirkung harter Verhandlungsmethoden abzumildern,*
- *gestatten oder bitten Sie den Mediator, Ihren eigenen Mandanten davon zu überzeugen, eine unrealistische Verhandlungsposition aufzugeben.*

## **(2) Die Untersuchung nicht offen angesprochener Streitpunkte und das Eruiere kreativer Lösungen**

Mediatoren können auch dafür eingesetzt werden, nicht-rechtliche Streitpunkte zu identifizieren und kreative Verhandlungsansätze zu fördern. Menschen verlieren häufig ihre Fähigkeit, kreativ zu denken, sobald sie sich in einem Konflikt befinden. Vor allem Anspruchsteller neigen zu der Sorge, dass, wenn sie Interesse an etwas anderem als Geld ansprechen, dies implizieren könnte, dass sie nicht voll hinter ihren finanziellen Forderungen stehen.

Mediation ermöglicht es Anwälten gleichzeitig auf beiderlei Weise vorzugehen: Sie können ihre rechtlichen Argumente betonen und auf das beste finanzielle Ergebnis ausgehen, während sie gleichzeitig den Mediator bitten, die dahinterstehenden Interessen der Parteien und kreative Einigungsvorschläge zu untersuchen. Der Effekt ist, dass Verhandlungen auf zwei Ebenen stattfinden, einerseits über den Austausch von Geld und andererseits über die anderen Prioritäten der Parteien.

Eine britische Investmentberatungsfirma, Continental Advisors, verklagte ein großes Pariser Finanzdienstleistungsunternehmen, Continental Financial SA, die begonnen hatte, Investmentdienstleistungen in London unter dem Namen Continental Financial anzubieten. Die britische Firma argumentierte, dass der Gebrauch des Wortes „Continental“ durch das französische Unternehmen die Namensrechte des britischen Unternehmens verletze und die Kunden verwirre, insbesondere, weil die Finanzbranche – so sagte sie - beide Unternehmen umgangssprachlich als “Continental” bezeichne. Die Firma beantragte bei Gericht, dass dem französischen Unternehmen der Gebrauch des Namens “Continental” in Großbritannien untersagt werden solle. Der Richter verwies die Sache zur Mediation.

Obwohl sich der Rechtsfall nur auf den Gebrauch des Firmennamens in England bezog, ging es in Wirklichkeit um viel mehr. Die britische Firma hatte geheime Pläne gemacht, seine Dienstleistungen auf EU-Länder auszuweiten, in denen die französische Firma bereits aktiv war. Die Anspruchstellerin lief mit anderen Worten Gefahr, einen Sieg im britischen Rechtsstreit zu erringen, den das französische Unternehmen dort als Waffe gegen sie einsetzen würde, wo die britische Firma neu auf den Markt kommen würde.

In seinem Mediationsschriftsatz argumentierte die britische Firma, dass es allein darum gehe, wie der Name in Großbritannien benutzt und wie hoch der Schadensersatz sei, der ihnen zustehe. Der Syndikusanwalt der Firma rief allerdings die Mediatorin vor Beginn des Verfahrens an und bat sie, eine Einigung auszuloten, das den Gebrauch des Namens “Continental” in der gesamten EU abdecken sollte. Nach drei Wochen intensiver Diskussionen hatten die Parteien ein Übereinkommen erarbeitet, das Streitigkeiten über den Firmennamen europaweit vermied.

Um die Möglichkeit, interessenbasierte Lösungen auszuhandeln, bitten Sie den Mediator,

- *geschäftliche, persönliche und andere nicht-rechtliche Gesichtspunkte ebenso wie rechtliche auszuloten,*
- *nach kreativen Handlungsoptionen zu suchen, während Sie sich auf die rechtlichen Argumente und finanziellen Forderungen konzentrieren.*

### (3) Taktische Ratschläge

Es Mediatoren bringen typischerweise Stunden damit zu, mit jeder Seite zu sprechen. Dies gibt ihnen eine einzigartige Sicht auf den Verhandlungsstil jeder Seite und ihre vorrangigen Ziele bei einer Einigung. Indem Sie den Mediator als Ratgeber bei den Verhandlungen einsetzen, können Anwälte aus diesen Informationen Kapital schlagen.

Erinnern Sie sich an den weiter vorn beschriebenen Fall der betagten Touristin, die auf einer Schlosstreppe zu Tode stürzte. Die Versicherung des Reiseunternehmens machte ein erstes Angebot von € 20.000. Der Anwalt der Anspruchstellerin erwiderte, dass es für ihn nicht in Betracht käme, von der ursprünglichen Forderung von € 650.000 abzugehen, bis die Anspruchsgegnerin einen „sechststelligen oder nahezu sechststelligen Betrag“ anbieten würde. Die Mediation wurde ohne Ergebnis vertagt.

Der Anwalt der Anspruchsgegnerin bat den Mediator, an einer Telefonkonferenz mit dem Vertreter der Versicherung des Reiseunternehmens teilzunehmen, der bei der ersten Mediationssitzung nicht anwesend gewesen war. Der Mediator erläuterte seinen Eindruck von dem Fall und erklärte, warum er dachte, dass es für das Unternehmen vernünftig sei, mehr als € 100.000 zur Beilegung des Falles zu zahlen. Nach mehreren Gesprächen rief der Anwalt der Anspruchsgegnerin den Mediator an und sagte, dass er ermächtigt sei, sein Eröffnungsangebot zu erhöhen und einen Vergleich im Bereich zwischen € 150.000 und € 175.000 abzuschließen. Er war jedoch nicht sicher, wie sein nächstes Angebot aussehen sollte; er wollte der Forderung der Anspruchstellerin entgegenkommen, aber ihre Erwartungen nicht in die Höhe treiben.

Der Anwalt der Anspruchsgegnerin bat den Mediator erneut, an einem Gespräch mit dem Vertreter der Versicherung teilzunehmen und sie besprachen die Sache. Der Mediator sagte, er sehe zwei Möglichkeiten: Entweder, auf Basis der Theorie, dass dies „nahe“ an € 100.000 sei, € 70.000 bis € 80.000 anzubieten, oder glatt € 100.000 anzubieten, aber in der nächsten Runde nur wenig mehr anzubieten, so dass die Anspruchstellerin merken würde, dass die Anspruchsgegnerin es nur als Fall im niedrigen sechststelligen Bereich ansehen würde.

Der Mediator schlug vor, auf 100 zu gehen und bot an, dass er sagen würde, dass die Anspruchsgegnerin geneigt gewesen sei, unter diesem Betrag anzufangen sich jedoch auf Anforderung des Mediators widerstrebend bereit erklärt hatte, höher zu gehen. Wenn das Angebot niedriger sein würde, insbesondere unter € 100.000, wäre, würde der Mediator betonen, dass er glaube, dass wesentlich mehr Geld zu holen wäre, wenn die Anspruchstellerin mit ihrer Forderung herunterginge. Der Anwalt entschloss sich, als Zeichen des guten Willens € 100.000 auf den Tisch zu legen und der Fall wurde mit € 190.000 beigelegt.

Das Problem war hier, dass der Fall kurz zuvor von der Versicherung an einen neuen Mitarbeiter übertragen wurde, der das rechtliche Risiko des Reiseunternehmens und die Dynamik der Verhandlungssituation nicht erkannte. Der Anwalt der Anspruchsgegnerin hätte es vorgezogen, das Angebot des Unternehmens auf € 100.000 zu erhöhen, konnte aber den Vertreter der Versicherung nicht davon überzeugen, ihn dazu zu ermächtigen. In einer direkten Verhandlung, hätte die Versicherung es wahrscheinlich abgelehnt, ein zweites Angebot zu machen, bevor die Anspruchstellerin ein Entgegenkommen gezeigt hätte, wodurch die Verhandlungen in eine Sackgasse geraten wären. In der Mediation war der Anwalt jedoch in der Lage, die Unterstützung des Unparteiischen in Anspruch zu nehmen, erst um seinen Mandanten zu überzeugen, ein höheres Angebot zu genehmigen und dann, um das neue Angebot in einer Form abzufassen, die die Verhandlungsposition der Versicherung schützte.

#### **(4) Die Verbesserung Ihrer Angebote**

Urheberschaft: Erfahrene Anwälte verstehen instinktiv das Konzept der "reaktiven Abwertung" – das Konzept, dass jedes Angebot der Gegenseite mit Misstrauen beäugt wird, jedoch derselbe Vorschlag, wenn er von dem unparteiischen Mediator kommt, wahrscheinlich wohlwollend geprüft wird. Um sich dies zu Nutze zu machen, versuchen gute Anwälte manchmal, den Mediator dazu zu bringen, sich ihre Angebote zu eigen zu machen oder zumindest sie als vernünftig zu unterstützen. Hier ist ein Beispiel:

In dem weiter vorn beschriebenen, verfilmten Experiment mit dem Bauunternehmen, das vortrug, ein Zulieferer hätte seine Lastwagen durch eine mangelhaftes Frostschutzmittel beschädigt, wollte die Anwältin der Anspruchsgegnerin es vermeiden, ein Zahlungsangebot zu machen, und wollte stattdessen vorschlagen, dass der Anspruchsgegner der Anspruchstellerin einen Preisnachlass für den Kauf von Dieselmotorkraftstoff für ihre Lastwagen einräumen würde. Sie meinte, dass dies für die Anspruchstellerin ein sehr werthaltiges Angebot sei.

Das Problem dabei war, dass die Anspruchstellerin eine Forderung von € 1,5 Mio gestellt hatte und dass der Anspruchsgegner dem gegenüber keine wirkliche Zahlung anbot. Der Mediator wies darauf hin, dass die Anspruchstellerin wahrscheinlich sehr verärgert sein würde, wenn der Anspruchsgegner ein Angebot ohne Zahlung machte.

Mediator: Ich habe Ihnen gesagt, dass die Anspruchsgegnerin bereit ist, erheblich von ihrer Eingangsforderung abzurücken. Sie haben mir ausdrücklich erlaubt, Ihnen das zu sagen ... Aber wenn ich jetzt zurück gehe und sage, „Sie sind bereit, Ihnen einen Preisnachlass, aber ... das war's“, werde sie sehr verstimmt sein, Ich denke ...

Anwältin: Ich denke nicht, dass Sie es so formulieren sollten. Wieso sagen Sie nicht, dass Sie zu der Erkenntnis gekommen sind, dass es

nicht zielführend war, darüber zu sprechen, wieviele Euro wir zur Beilegung des Falles zahlen würden – dann kamen Sie mit dem Vorschlag eines Rabattprogramms?

Mediator: Nun ... Ich muss darüber nachdenken, wie ich es darstelle...

In diesem Fall lehnte der Mediator es ab, zu sagen, dass er die Idee mit dem Preisnachlass für Kraftstoff entwickelt habe, wahrscheinlich aus Sorge, dass dies seiner Glaubwürdigkeit gegenüber der Anspruchstellerin schaden würde. Aber die Anwältin des Anspruchsgegners scheute sich nicht, den Mediator zu bitten, die Verantwortung für ihr Angebot zu übernehmen, und später, schloss sie für ihren Mandanten einen exzellenten Vergleich ab, indem sie zu dem Rabattprogramm noch einen kleinen Geldbetrag obendrauf legte.

Unterstützung: Wenn Sie den Mediator nicht davon überzeugen können, dass er sich ein Angebot zu eigenem macht, besteht die Möglichkeit, ihn darum zu bitten, den zu befürworten, Sie können, zum Beispiel, den Unparteiischen darum bitten, ihrem Gegner zu sagen, dass er Ihr letztes Angebot als „vernünftigen Schritt nach vorne“ ansieht.

Oder Sie können anbieten, das Zugeständnis zu erweitern, wenn der Mediator beipflichtet, dass es vernünftig ist und die andere Seite um Erwidderung bittet („Wenn ich meinen Mandanten überzeuge, auf „X“ zu gehen, wäre Sie damit einverstanden, dem Kläger zu sagen, dass dies einen bedeuten Schritt ist und ihn bitten, auf „Y“ zu gehen“)

Um einen Vorteil aus der Unparteilichkeit zu ziehen,

- *bitten Sie den Mediator, sich ein Argument oder Angebot zum eigen zu machen*
- *bitten Sie den Mediator darum, die Idee oder den Vorschlag als angemessene Überlegung zu befürworten*
- *schlagen Sie vor, dass Ihr Mandant ein besseres Angebot unterbreiten wird, wenn der Mediator es unterstützen wird.*

### **5) Aus der Flexibilität des Mediators Vorteil ziehen**

Mediatoren müssen nicht auf das Aufrechterhalten der Würde eines Richters Rücksicht nehmen oder, die Härte eines Prozessanwalts zu zeigen. Aufgrunddessen haben sie mehr Spielraum, ungewöhnliche Schritte zu unternehmen, um einen Vergleich zu erreichen. Mediatoren kennen jedoch nicht immer die Probleme, die einen Vergleich verhindern. Deshalb sollten die Anwälte, wenn sie versteckte Hindernisse zur Einigung entdecken, den Mediatoren informieren und, falls erforderlich, den Unparteiischen dazu bringen, eine ungewöhnliche Rolle zu spielen vom „Botschafter“ bis zum „Sündenbock“.

Ein Bruder und eine Schwester, Silvio und Liana, stritten sich über das wirtschaftliche Imperium eines verstorbenen Onkels. Silvio frustrierte

jeden am ersten Tag der Mediation, indem er Angebote unterbreitete, um dann - nachdem der Mediator sie den Vertretern von Liana vermittelt hatte - zu erklären, dass er es sich anders überlegt hatte und er nicht nachgeben könnte. Dies machte seine Schwester wütend und verwirrte der Mediator.

Der Rechtsanwalt von Liana war der Ansicht, dass Silvio seine Frau, Buchhalterin in einem örtlichen Laden, jedes mal angerufen hatte, nachdem der Mediator den Raum verlassen hatte, und dass sie ihm gesagt hatte, dass es dumm war, nachzugeben. Nachdem der erste Tag in Frustration endete, schlug der Anwalt vor, dass der Mediator vor Fortsetzung des Verfahrens am nächsten Tag mit der Frau sprechen sollte.

Früh am nächsten morgen besuchte der Mediator Silvios Frau in ihrem Büro. Er hörte zu als sie unter Tränen beschrieb, wie sie und ihren Mann von ihrer Schwägerin aus den Geschäften der Familie ausgeschlossen worden waren. Als die Frau sich beruhigt hatte, bemerkte der Mediator, wie richtig es sei, sie in die Mediation, die ihre Familie tief greifend tangieren könnte, einzubeziehen. Er schlug ihr vor mit ihm zum Mediationszentrum zu fahren. Mit seiner Frau anwesend, um ihn zu beraten, wurde Silvio viel entscheidungsfreudiger. Der Fall endete mit meinem mehrjährigen Vertrag, in dem das Paar Liana erlaubte, ihre Anteile über 5 Jahre zu kaufen und Liana sicherte die Zahlung durch Firmenanteile.

Die Einigung scheiterte jedoch fast, weil Silvios Frau daran zweifelte, dass Liana sich an den Vertrag halten würde. Um dies zu vermeiden, schlug Silvios Anwalt vor, dass wenn irgendeine Streitigkeit bei der Durchführung des Vertrags auftauchen sollte, der Mediator sie unter Berücksichtigung seiner Kenntnis des Willens der Partei entscheiden sollte. Lianas Anwalt stimmte zu und die Einigung kam zustande.

Die Schlichtung dieses Streits wäre sicherlich gescheitert, wenn Lianas Anwalt den Mediator auf die durch die Abwesenheit von Silvios Frau verursachten Probleme nicht aufmerksam gemacht hätte und wenn er keinen Vorschlag gemacht hätte, wie der Unparteiische hierauf reagieren könnte. Am Ende war es der Vorschlag von Silvios Anwalt, der Mediator solle die Rolle des Schiedsrichters übernehmen, der die Durchführung des Vergleichs möglich machte.

Mediatoren können auch darum gebeten werden, unangenehme Rolle wie die des Sündenbocks bei schwierigen Entscheidungen zu übernehmen.

Der Anwalt der Verteidigung beschimpfte einen Mediator vor seinem Mandanten, er habe einen Vorschlag der anderen Seite „falsch“ übermittelt. Tatsächlich hatte er dem Mediator unter vier Augen gesagt, er solle dieses Angebot machen, aber sein Mandant war nun darüber

verärgert. Der Unparteiische entschuldigte sich für das Missverständnis und sagte zu, der anderen Seite mitzuteilen, er habe dieses Angebot fälschlicherweise weitergegeben.

Indem er das Angebot unterbreitete und der Mediator es widerrief, zeigte er der anderen Seite allerdings, dass sein Mandant flexibel war. Durch diesen Schachzug wurde der Stillstand überwunden und eine Einigung gefunden. Ein paar Monate später bat der Anwalt, der den Mediator kritisiert hatte, um Hilfe in einem anderen Fall.

Vorwürfe, auch ungerechtfertigte, einzustecken, ist Teil der Arbeitsbeschreibung des Mediators. Um diese Flexibilität auszunutzen,

- *machen Sie den Mediator auf versteckte Probleme aufmerksam und, wenn erforderlich, schlagen Sie unorthodoxe Mittel vor, um sie zu lösen,*
- *falls erforderlich, machen Sie den Mediator zum Sündenbock bei schwierigen Kompromissen.*

### **c. Die Überwindung von Blockaden**

Ein Mediator kann auch helfen, aus einer Sackgasse herauszukommen indem, er

- *das Verhandeln wieder in Gang setzt,*
- *einen unrealistischen Gegner oder Mandanten erzieht,*
- *die Kontrolle über das Verhandeln übernimmt,*
- *eine effektivere Form der Entscheidung vorschlägt.*

#### **(1) Wieder-in-Gang-Setzen der Verhandlungen**

Eine der wichtigsten Qualitäten eines Mediators ist im Falle einer Sackgasse bei den Verhandlungen seine Entschlossenheit - der weiterzumachen. Der gute Mediator wird diese Seite gerade im Moment der Entmutigung zeigen. Wenn der Unparteiische dies nicht tut, dann müssen Sie ihn eventuell ermutigen, durchzuhalten; Vorschläge, wie man das macht, zeigen wir unten. Außer der reinen Entschlossenheit, können Mediatoren verschiedene Techniken anwenden, wenn die Parteien sich in einer Sackgasse befinden.

Die größte Zahl solcher Techniken verlangen von beiden Seiten, dass sie bereit sind, mitzumachen. Dies ermöglicht Ihnen, mit einem Mediator über die Anwendung der Technik, die für Ihren Klienten am Besten ist, zu verhandeln. Wir werden uns auf drei Methoden, die ein Mediator anwenden kann, konzentrieren: „Was wenn?“- Fragen, eine Formatsänderung und den „verschwiegenen Zuhörer“.

Was wenn („Was wenn ich sie dazu bringe auf eine Million zu gehen?“) ist eine attraktive Taktik für einen Mediator, da es die Parteien dazu bringt über Kompromisse nachzudenken und verschafft dem Mediator gleichzeitig neue Informationen. Und wenn eine Frage misslingt, kann der Mediator es erneut

versuchen („Wenn eine Million nicht ausreichend ist, wie wäre es, wenn wir sie auf 1,2 Millionen bringen können?“. Wenn der Mediator „Was wenn“-Fragen stellt:

- *Entscheiden Sie zunächst, ob Sie möchten, dass er überhaupt diese Technik benutzt.*
- *Wenn ja, ergreifen Sie die Initiative, eine paar für Sie günstigen Fragen zu unterbreiten („Wenn Sie sie auf 1,5 Mio. bringen, sind wir bereit uns zu bewegen...“).*
- *Wenn der Mediator eine Zahl vorschlägt, erwägen Sie, darüber zu verhandeln („1,2 Millionen reichen nicht. Sie müssen mindestens 1,5 anbieten“).*
- *Alternativ können Sie sondieren, wie sehr der Mediator davon überzeugt ist, dass die andere Seite sich bewegen wird - mit anderen Worten, wie hypothetisch ist die „Was-wenn“-Zahl?*

Änderung des Formats: Droht eine Sackgasse, kann sich der Mediator für eine zeitweilige Unterbrechung entscheiden, auf einen anderen Tag vertagen oder die Parteien bei der Stange halten, indem er sie darum bittet, bis spät in den Abend zu bleiben (die Parteien können natürlich jederzeit gehen, aber wenn sie es machen, gehen sie das Risiko des Scheiterns des Verfahrens ein). Ein Mediator kann aber auch die Besetzung der Diskussion ändern, zum Beispiel, indem er Personen von jeder Seite zusammen bringt (Vorstandsvorsitzender mit Vorstandsvorsitzendem, etc..).

Die Frage, die sich dann für den Anwalt stellt, ist: Welche ist in dem Moment die beste verfahrenstechnische Option für meinen Klienten? Vertagen oder weitermachen? In getrennten Sitzungen bleiben oder sich zusammensetzen? Wenn letzteres, wer soll daran teilnehmen? Plädieren Sie für die Option, die Ihnen am besten für Ihren Mandanten erscheint, unabhängig davon, ob sie von dem Mediator vorgeschlagen wurde oder nicht. Wenn Sie der Ansicht sind, dass eine bestimmte Taktik nicht hilfreich sein kann, machen Sie es dem Mediator klar.

Abschätzen wie weit die Parteien auseinander liegen: Wenn die Parteien feststecken, weil sie unrealistische Verhandlungspositionen haben, kann der Mediator versuchen, die Kluft zwischen ihnen einzuschätzen, indem er das sogenannte „Verschwiegener Zuhörer“-Verfahren anwendet. Ein Mediator, der diese Technik benutzt, würde etwas sagen wie:

„Ihre Angebote sind eine Million auseinander, aber ich denke, dass Sie tatsächlich viel näher an einander sind. Versuchen wir Folgendes: Ich werde jeden darum bitten, mir seine „Kurz-vor-Schluss-Zahl“ - ein Angebot kurz vor dem, was als letzte Möglichkeit ansehen, um diese Angelegenheit zu regeln.“

„Ich werde keiner Seite die Zahl der anderen Seite verraten. Stattdessen werde ich die Anwälte zusammen rufen und denen eine mündliche Einschätzung

der Abweichung geben - eine Schätzung, die niemanden festnagelt. Ich komme in ein paar Minuten zurück und werde nach ihren Zahlen fragen“

Wenn die Parteien mit der Vorgehensweise einverstanden sind, kann der Mediator, wenn er die Zahlen hört, zum Beispiel sagen: „Sie sind näher dran als es kosten würde, diesen Fall vor Gericht zu verhandeln, es lohnt sich also, weiter mit einander zu reden“ oder „Sie sind sehr von einander entfernt. Wenn nicht jemand seine Einschätzung der Aussichten dieses Falls vor Gericht ändert, wird es schwierig, sich zu einigen“.

Wenn Sie mit einem „verschwiegenen Zuhörer“ verhandeln, vergessen Sie nicht, dass die Mediatoren normalerweise nicht erwarten, dass diese Taktik den Fall lösen wird. Das Ziel ist viel mehr, den Parteien eine bessere Einschätzung der tatsächlichen Abweichung zwischen einander zu geben, und davon, was als Nächstes zu tun ist. Was sollten Sie einem Mediator sagen, der in der Rolle des „verschwiegenen Zuhörers“ ist? Sie werden normalerweise eine Zahl nennen wollen, die optimistisch genug ist, um einen positiven Kompromiss zu erreichen, aber realistisch genug ist, die andere Seite zum Weitermachen zu motivieren.

Wenn Sie nicht in der ungewöhnlichen Situation sind, dass der Mediator erklärt, dass er Ihre Untergrenze kennen will und dass Sie glauben, dass er es wirklich so meint - d.h., dass außer wenn beide Zahlen sich berühren oder kreuzen, wird die Mediation beendet - nennen Sie dem Mediator ihr tatsächliche abschließende Angebot nicht. Dies würde später im Verfahren zu einem Nachteil führen, wenn die Parteien aufgefordert werden, größere Kompromisse einzugehen und könnte ihren Klient dazu bringen, vorzeitig einzuknicken.

Eine Möglichkeit besteht darin, den Mediator um eine ehrliche Einschätzung zu bitten, was Sie machen müssten um das Verfahren am Laufen zu halten. Aber dies sollten Sie nur tun, wenn Sie dem Unparteiischen vertrauen, denn es liegt im Interesse des Mediators, dass jede Partei erheblich nachgibt.

## **(2) Einen unrealistischen Gegner- oder Klienten – „erziehen“**

Parteien können sich auch in einer Sackgasse befinden, weil sie die Stärke ihrer Position falsch einschätzen. Normalerweise können Prozessanwälte besser als ihre Klienten einschätzen, was das Gericht machen wird, weil sie Profis sind und wahrscheinlich weniger persönlich in dem Streit involviert. Aber auch wenn ein Jurist den Fall realistisch einschätzt, ist es für ihn oft schwierig, der über-optimistische Einschätzung eines Klienten zu begegnen, ohne illoyal zu erscheinen. Eine Art, dies zu vermeiden, ist, einen Mediator um eine Einschätzung des Falles zu bitten.

Ein Mediator kann schlechte Nachrichten bringen - dass die Situation nicht so günstig ist wie von der Partei gedacht oder sogar von dem Anwalt vorher dargestellt. Indem der Mediator die Rolle des advocatus diaboli einnimmt, kann der Anwalt weiterhin als der Champion des Klienten agieren, manchmal sogar gegen den Mediator argumentieren, von dem er weiß, dass er Recht hat.

Anwälte können die Einschätzungen des Mediators als Schild benutzen, um Kritik abzuwehren oder als Südenbock bei schwierigen Entscheidungen („Nachdem der Mediator soviel Schaden eingerichtet hatte, war es unmöglich die

Anspruchsgegnerseite davon zu überzeugen, höher zu gehen“). Jedes Mal wenn ein Anwalt sich an einen Mediator während eines Gesprächs wendet und fragt „was ist Ihre Meinung“ oder einen Unparteiischen auf dem Flur anhält und vorschlägt, er soll dem Klienten seine Meinung zu einer juristischen Frage geben, sollte der Mediator wissen, dass er in die schwierige Aufgabe der Mandantenerziehung und des Mandantenmanagements einbezogen wird.

Auch wenn Anwälte nicht nach einer Einschätzung fragen, können Wirtschaftsmediatoren die Initiative ergreifen, eine zu liefern. Dies kann auf jeder Stufe des Verfahrens erfolgen, aber wenn Parteien in einer Sachgasse stecken, ist es wahrscheinlicher, dass der Mediator, eine verbindliche oder „globale“ Einschätzung abgeben wird. Der Unparteiische kann einen bestimmten Prozentsatz für die Erfolgchancen einer Frage nennen („50 bis 60% Chancen, die Haftung beweisen zu können“) oder einen Gesamtwert für den Fall („Vor diesem Schiedsgericht wird der Spruch wahrscheinlich zwischen 500,000€ und 700,000€ fallen“).

Sollten Sie nach einer Einschätzung fragen? Im Hinblick auf eine Einschätzung durch einen Mediator ist die Entscheidung, ob Sie überhaupt eine haben wollen oder nicht, ihre erste Herausforderung. Stellen Sie sich selbst zwei Fragen:

- *Ist das Haupthindernis zur Streitbeilegung eine Meinungsverschiedenheit über die Rechtslage? Oder ist das wahre Problem emotionaler Natur, Meinungsverschiedenheiten zwischen Mandanten und Anwalt, oder etwas anderes? Wenn das Problem nicht juristischer Natur ist, dann ist eine Einschätzung nutzlos.*
- *Wenn der Mediator seine Einschätzung abgibt, sind Sie überzeugt, dass es hilfreich sein wird? Wenn Sie nicht sicher sind, denken Sie darüber nach, beim Unparteiischen in einem vertraulichen Gespräch nachzuhorchen, bevor er seine Meinung kundtut.*

Wenn Sie sich dafür entschieden haben, eine Einschätzung einzuholen, wird die nächste Frage sein, wie das Verfahren strukturiert werden soll. Die sich stellenden Fragen sind ähnlich wie die Fragen, die der Mediator beachten muss, aber es gibt Unterschiede, die sich aus den verschiedenen Rollen ergeben: Der Mediator konzentriert sich darauf, die festgefahrene Situation aufzulösen, während Sie zwar auch daran interessiert sind aber ebenfalls das bestmögliche Ergebnis für sich erzielen wollen.

Soll man einen Außenstehenden zur Einschätzung heranziehen? Eine Frage ist, ob eine Einschätzung vom Mediator oder von einem Außenstehenden vorgenommen werden soll. Theoretisch hat es Vorteile, wenn man einen Außenstehenden heranzieht, aber praktisch entscheiden sich Anwälte selten dafür, jemand anderen als ihren Mediator hinzuzuziehen, außer in sehr großen, äußerst komplizierten Fällen. Um die Meinung eines Außenstehenden einzuholen, müssen sich die Parteien vertagen, sich auf eine neue Person einigen und sie ins Bild setzen, was sowohl erheblich mehr Aufwand an Zeit und Geld, als auch das Risiko mit sich bringt, dass sich die Parteien nicht auf eine

Person für die Einschätzung einigen können. Aus diesen Gründen bitten Anwälte fast immer den Mediator, etwaige Einschätzungen abzugeben.

Was soll eingeschätzt werden? Anwälte sollten sich darüber Gedanken machen, worüber Sie eine Einschätzung möchten. Widerstehen Sie der Versuchung, zu sagen, „den Fall“. Es ist häufig nicht notwendig, eine globale Einschätzung abzugeben (“Der Anspruch ist in Höhe von € 500.000 berechtigt”), und es hat ernsthafte Nachteile, wenn es getan wird. Wenn zum Einen ein Mediator sagt, der Anspruch hat den Wert von „X“, sind die Parteien weniger bereit, mehr anzubieten oder weniger anzunehmen als diese Zahl, wodurch die Einschätzung einem letzten Angebot an beide Parteien gleichkommt.

Der Zweck der Einschätzung durch den Mediator, muss man sich erinnern, ist einfach, die Verhandlungen aus einer Sackgasse herauszuführen. Wenn man sich eine Sackgasse bei den Verhandlungen so vorstellt, als sei man mit dem Auto in den Straßengraben gefahren, dann wäre die Einschätzung wie ein Schlepper, der den Wagen wieder zurück auf die Straße zieht, aber nicht dafür gedacht ist, ihn zu seinem endgültigen Fahrtziel zu bringen. Ein durch die Einschätzung vermittelter Anstoß sollte daher so kurz wie möglich sein. Wenn eine Meinungsverschiedenheit über einen bestimmten Gesichtspunkt in die Sackgasse führt, dann ist die Einschätzung allein dieses Gesichtspunktes wahrscheinlich ausreichend, um die Parteien wieder auf den Weg zu einer Einigung zu bringen.

Die Frage ist dann: Über welchen Aspekt des Falles möchten Sie eine Einschätzung? Die Antwort liegt in Ihrer Diagnose, was die Verhandlungen in eine Sackgasse geführt hat. Es kann beispielsweise sein, dass eine Meinungsverschiedenheit sich auf ein Argument bezieht, von dem der Anwalt weiß, dass er damit nicht durchkommt, den er aber seinem Mandanten zuliebe verfolgt hat. Wenn Sie einen Streitpunkt aus einem anderen als einem rechtlichen Grund aufgreifen, dann werden Sie dazu normalerweise eine Einschätzung haben und dies sollten Sie dem Unparteiischen klar sagen.

Wie deutlich sollte eine Einschätzung sein? Gute Mediatoren sehen Einschätzungen eher als ein Spektrum von Eingriffsmöglichkeiten als ein einmaliges Ereignis. Sie setzen, um ihre Gedanken zu vermitteln, häufiger auf ihre Stimmlage und Wortwahl, als auf ausdrückliche Stellungnahmen. Wahrscheinlich wissen Sie besser als der Mediator, welchen Grad an Deutlichkeit und Emphase Ihr Mandant an einem bestimmten Punkt im Verfahren braucht. Wenn der Mandant beispielsweise nicht bereit dafür ist, die ganze Wahrheit zu hören, bitten Sie den Mediator, diplomatisch zu sein und vielleicht bestimmte Gesichtspunkte zu meiden. Andererseits benötigt vielleicht eine Streitpartei einen mediatorischen Wink mit dem Zaunpfahl; wenn das der Fall ist, sagen Sie es dem Mediator. Man kann sich vorstellen, dass die richtige Einschätzung einzuholen so ist, wie etwas zu Essen zu bestellen. Ihre Chance, die richtige Vorspeise zu bekommen, ist höher, wenn Sie erklären, was Sie wollen, als wenn Sie die Wahl dem Küchenchef überlassen.

Welche Daten soll der Mediator sehen? Die nächste Frage ist, welche Daten der Mediator auswerten soll, wenn er die Einschätzung vornimmt. Denken Sie

daran, dass wie weiter oben gesagt, Mediatoren sich ihr Bild aufgrund der Schriftsätze und Dokumente, die sie lesen, ihrer Anschauung der Menschen in der Mediation und ihrer allgemeinen Kenntnisse und Erfahrung machen müssen und dass aufgrunddessen die Beweismittel und Menschen, die ein Mediator persönlich sieht, für gewöhnlich mehr Einfluss auf seine Ansichten haben werden als Beweismittel von denen er nur hört. Wenn Sie möchten, dass ein Mediator einem Zeugen oder einem Dokument seine volle Beweiskraft zumisst, geben Sie ihm das Dokument und erlauben Sie ihm, die Person direkt in Augenschein zu nehmen.

Bemühen Sie sich, sicherzustellen, dass der Mediator Ihre entscheidenden Beweismittel vollständig würdigt, bevor er zu einem Schluss gelangt. Ein Mediator liest vielleicht nicht jedes Dokument, das ihm von den Parteien zugeschickt wurde; Mediatoren erhalten häufig im Vorfeld der Mediation dicke Stapel von Unterlagen und können nicht vorhersagen, was sich in der weiteren Entwicklung des Falles als wichtig erweisen wird. Vielbeschäftigte Mediatoren überfliegen umfangreiche Materialien nur und warten darauf, dass sich aus dem Mediationsverfahren ergibt, was wichtig ist. Mediatoren widerstrebt es auch, mitten in einer Mediation das Verfahren zu unterbrechen, um lange Dokumente zu lesen, da sie fürchten, dass die Verhandlung an Dynamik verliert.

Organisieren Sie die Beweismittel, die Sie dem Mediator geben so, als würden Sie dies für einen Richter tun. Wenn Sie über wichtige Unterlagen oder Gerichtsentscheidungen verfügen, bringen Sie Kopien zur Mediation mit und heben Sie die wichtigsten Passagen hervor. Wenn Sie wollen, dass der Mediator einen Zeugen trifft, dann bringen Sie den Zeugen mit in Ihr Besprechungszimmer. Wenn man den Unparteiischen unterstützt, ist es weniger wahrscheinlich, dass er falsche Schlüsse zieht.

Um sich eine Einschätzung effektiv zu Nutzen zu machen

- *prüfen Sie, bevor Sie um eine Einschätzung bitten, ob Meinungsverschiedenheiten über Rechtsfragen ein vorrangiger Grund dafür sind, dass die Verhandlungen in eine Sackgasse geraten sind,*
- *identifizieren Sie die Streitpunkte und den Grad an Deutlichkeit, den eine Einschätzung nach Ihrem Willen aufweisen soll,*
- *führen Sie dem Mediator die entscheidenden Beweismittel vor Augen und sorgen Sie dafür, dass diese Beweismittel leicht verständlich sind,*
- *wählen Sie einen Mediator, der Einschätzungen sparsam einsetzt, aber falls notwendig deutliche Antworten gibt.*

### **(3) Erzwingen Sie eine Entscheidung**

Wenn der Verhandlungsprozess beendet ist und nicht wiederbelebt werden kann, kann es immer noch möglich sein, durch ein "letztes und abschließendes" Angebot zu einer Einigung zu kommen. Ein Anwalt kann solch eine Situation auf zweierlei Weise herbeiführen. Die eine ist, das Angebot selbst zu machen, die andere ist, den Mediator darum zu bitten, es zu tun.

Letztes und abschließendes Angebot durch eine Partei: Wenn eine der Parteien ein letztes und abschließendes Angebot vorlegt, läuft sie Gefahr, dass die andere Partei es entweder aus Verärgerung darüber, "herumgeschubst zu werden" oder einfach aus Geringschätzung ablehnt. Sie können einige der negativen Reaktionen auf solch ein Angebot vermeiden, indem Sie den Mediator bitten, das Angebot zu vermitteln.

- Bitten Sie den Mediator, zu erklären, dass Sie ehrlich der Meinung sind, dass das Angebot vernünftig ist (Die Gegenpartei braucht nicht Ihrer Meinung zu sein; allein der Umstand, dass Sie denken, es sei Vernünftig, wird es weniger wie ein Ultimatum erscheinen lassen).

- Schlagen Sie vor, dass der Mediator gegenüber der anderen Seite betont, dass das Angebot nur abgegeben wurde, nachdem der Unparteiische Sie massiv gedrängt hat, so weit zu gehen, wie möglich – mit anderen Worten ist das Angebot kein Ultimatum von Ihnen, sondern eher eine Reaktion auf ein Ultimatum des Mediators.

- Lassen Sie den Mediator die Überlegungsfrist hinsichtlich Ihres Angebotes setzen.

Vorschlag durch den Mediator: Eine andere Möglichkeit ist, es dem Unparteiischen zu gestatten, einen „Vorschlag des Mediators“ gegenüber beiden Parteien zu machen. Hierbei,

- schlägt der Mediator bestimmte Bedingungen für einen Vergleich vor;
- muss jede Streitpartei dem Mediator im vertraulichen Gespräch mitteilen, ob sie dem Vorschlag zustimmen kann, wenn sie annimmt, dass die andere Seite ebenfalls zustimmt;

- müssen die Bedingungen vorbehaltlos akzeptiert werden; die Parteien können nicht feilschen, indem sie einzelne Bestimmungen abändern und dann akzeptieren (Zum Beispiel: „Wir nehmen an, aber die Garantie muss drei Jahre und nicht zwei sein“, würde als Ablehnung behandelt.);

- muss jede Seite antworten, ohne die Antwort der anderen zu kennen;
- wenn eine Partei den Vorschlag ablehnt, wird niemals gesagt, ob ihr Gegner ihn akzeptiert hätte.

Vorschläge des Mediators haben den Nachteil, dass eher der Unparteiische als die Parteien über die Bedingungen eines Vergleichs entscheidet. Andererseits versetzen solche Vorschläge die Parteien in die Lage, eine vollständige Streitbeilegung mit einem einmaligen Entgegenkommen zu erreichen. Sie haben überdies die Sicherheit, dass, falls die Bemühungen scheitern, die andere Partei niemals erfahren wird, dass Sie bereit waren, einen Kompromiss einzugehen. Ein Vorschlag des Mediators erspart den Parteien auch die Tortur, ein Zugeständnis nach dem anderen zu machen, ohne zu wissen, ob irgendein Schritt eine Lösung bringen wird und mit der Sorge, dass ihr vergleichsweise vernünftiges Verhalten von ihrem Gegner ausgenutzt wird.

Schließlich erlauben es Vorschläge des Mediators den Parteien die

Verantwortung für schwierige Kompromisse einem Außenstehenden zuzuschreiben (“Das war nicht unsere Idee, es war die des Mediators!”), und den Mediator wieder als Sündenbock zu benutzen. Nach der Erfahrung des Autors sind Vorschläge des Mediators in mindestens zwei Dritteln der Fälle erfolgreich.

Anwälte können manchmal eingreifen, um den Inhalt eines Einigungsvorschlages zu beeinflussen. Nehmen Sie zum Beispiel an, dass ein Anwalt bemerkt, dass der Mediator bald einen Vorschlag machen möchte. Er kann die Initiative ergreifen und in den Raum stellen, dass sein Mandant den Vorschlag möglicherweise annehmen könnte, wenn er bestimmte Klauseln beinhaltet („Wir lehnen ihr Angebot von € 400.000 ab, aber wenn Sie einen Vorschlag über € 450.000 machen würden, würde ich versuchen, meinen Mandanten davon zu überzeugen, ihn anzunehmen.“) Ein Unparteiischer sollte keiner Seite besonderen Einfluss einräumen, wenn er seinen Vorschlag ausarbeitet, aber die Vorstellung, mit einer “Ja”-Stimme in der Tasche zu beginnen, kann attraktiv sein und ein Mediator mag bereit sein, einen Vorschlag leicht abzuändern, wenn der Anwalt signalisiert, dass dies die Annahme durch seine Partei sicherstellen würde.

Selbst wenn ein Vorschlag des Mediators nicht zum Erfolg führt, ist das nicht das Ende des Verfahrens. Gute Unparteiische machen einfach weiter („Wenn Sie das nicht annehmen können, was würden Sie annehmen? oder „Welche Daten müssten Sie zu sehen bekommen, um Ihre Meinung zu ändern?“) Denken Sie daran, egal ob Ihre Antwort ein Ja oder ein Nein ist.

Um die Techniken eines Mediators, die Verhandlungen aus einer Sackgasse zu führen, am besten einzusetzen,

- *wenn ein Mediator bereit scheint, das Verfahren abubrechen, ermutigen Sie ihn, weiter zu machen,*
- *bitten Sie den Mediator, bestimmte Taktiken anzuwenden oder zu vermeiden,*
- *bedenken Sie, wie Ihre Antwort die weiteren Verhandlungen beeinflussen wird, bevor Sie auf eine Taktik reagieren.*

#### **(4) Verlangen Sie weitere Bemühungen**

Nehmen Sie an, Ihr Fall wird bei einer Mediationssitzung nicht beigelegt. Ein guter Mediator wird danach Kontakt zu den Parteien aufnehmen, um den Einigungsprozess weiter zu verfolgen. Allerdings ergreifen einige Unparteiische nicht die Initiative, dies zu tun, entweder, weil sie es für nicht angebracht halten oder weil sie durch andere Angelegenheiten in Anspruch genommen sind. Wenn Ihr Mandant von einem weiteren Bemühen um eine Einigung profitieren würde und Ihr Mediator sich nicht an die Spitze weiterer Einigungsbemühungen setzt, dann veranlassen Sie ihn, es zu tun.

Ein Erfinder klagte gegen ein Unternehmen wegen Patentverletzung.  
Das Unternehmen beauftragte eine Anwaltskanzlei, es zu vertreten, aber

es war sich im Klaren, dass Sachverständigenhonorare zu hohen Prozesskosten führen würden und es in der Zwischenzeit keine klare Rechtsposition hinsichtlich der geistigen Schutzrechte haben würde. Die Anwälte des Unternehmens schlugen eine frühe Mediation vor, der Erfinder stimmte zu und die Parteien wählten einen pensionierten Richter als Mediator.

Am Ende des ersten Tages bot die Anspruchsgegnerin fast vier Millionen Euro an, aber der Anspruchsteller lehnte das Angebot ab. Der Mediator sagte, dass die Parteien zu weit von einander entfernt seien, und dass es Zeit sei, das Scheitern der Mediation einzuräumen. Der Anwalt des Unternehmens schlug jedoch ein anderes Vorgehen vor. Er bat den Mediator, vorzuschlagen, dass sich die Parteien um eine Woche vertagen und sich dann wieder treffen sollten. Er bat den Mediator auch, dem Anspruchsteller vorzuschlagen, dass er darüber nachdenken solle, was er mit € 4 Mio tun würde, wenn sie auf seinem Bankkonto gutgeschrieben seien.

Der Fall wurde in der Woche darauf für einen Betrag in der Nähe des Angebots des Unternehmens beigelegt.

Manchmal ist eine Streitbeilegung trotz stärkster Bemühungen des Mediators unerreichbar. Selbst dann kann der Mediator nützlich sein, indem er den Anwälten hilft, ein effizienteres Verfahren zur streitigen Erledigung des Falles zu entwickeln. Der Mediator könnte beispielsweise Verhandlungen zur Erarbeitung eines effizienten Planes für das Gerichtsverfahren oder eines effizienten Schiedsverfahrens fördern. Um sich die Fähigkeiten eines Mediators zu Nutze zu machen, wenn es nicht zu einer Einigung kommt,

- *schlagen Sie vor, dass der Mediator wieder Kontakt zu den Parteien aufnimmt und auslotet, ob weitere Fortschritte möglich sind,*
- *bitten Sie den Mediator, bei einem effizienten Verfahren zur streitigen Erledigung des Falles mitzuhelfen.*

## **Zusammenfassung**

Mediation ist ein aktives Verfahren, das fast unendlich wandelbar ist. Gute Anwälte wissen, dass ein Mediator ihnen helfen kann, effizienter zu verhandeln und ergreifen die Initiative, den Mediator um Hilfe zu bitten. Dadurch sind Sie in der Lage, bessere Ergebnisse für ihre Mandanten zu erreichen.