

# Mediation

## Die Sachverständigen-Mediation

### Ein effektiver Lösungsansatz für Sach- und Verteilungsfragen

Nicola Neuvians, Rechtsanwältin/Mediatorin, und Dr. Michael Hammes, Frankfurt a.M.\*

*Alternative Streitschlichtungsverfahren werden zunehmend in der Wirtschaft eingesetzt, da sie Zeit- und Kostenersparnis bieten. Zu diesen Verfahren gehören auch das Schiedsgutachten und die Evaluation durch einen neutralen Dritten. Beiden Verfahren ist gemein, dass sie zur Sachverhaltsklärung beitragen, bevor eine abschließende Beurteilung des Konflikts vorgenommen wird. Im Folgenden sollen weitere Verfahren der Sachverhaltsklärung beleuchtet werden, die eine außergerichtliche Lösungsfindung ermöglichen. Ein Schwerpunkt liegt dabei auf der Sachverständigen-Mediation.*

#### I. Problemstellung

Nach der Umsetzung von Verträgen treten nicht selten Meinungsverschiedenheiten über die zu realisierenden Vertragsinhalte auf, zugesagte Erfolge treten nicht ein oder es bestehen verschiedene Erwartungen an den zeitlichen Ablauf von Projekten. Ferner kommt es oft zu Unklarheiten hinsichtlich der Verteilung des Absatz-, Verwendungs- oder Betriebsrisikos.<sup>1</sup> Auch im Vorfeld der Realisierung von Großprojekten, beispielsweise eines Flughafens oder eines Autobahnabschnitts, können Konflikte entstehen.

Oftmals wird bis dato zur Klärung solcher Fragen nur der Gang zum Gericht erwogen. Dabei entsteht eine Vielzahl der Streitigkeiten allein deshalb, weil die Beteiligten unterschiedliche Vorstellungen oder Informationen über (verteilungsrelevante) Sachfragen haben. Eine Verbesserung der Informationsgrundlage ist daher oftmals eine Möglichkeit, Streit zu verhindern oder beizulegen.

#### II. Evaluative Verfahren der Streitbeilegung

Der übliche Weg, Streit über Sach- und Verteilungsfragen zu beenden, führt über das Gericht. Besonders in Deutschland hat die gerichtliche Streitbeilegung Tradition: Meinungsverschiedenheiten unversöhnlicher Parteien können vermeintlich nur durch eine Obrigkeit beigelegt werden. Bei komplexen Sachverhalten ist das Gericht jedoch nicht immer in der Lage, die von den Parteien vorgetragene Argumente sachgerecht zu beurteilen. Aufklärungsarbeit leisten dann klassischerweise Gutachter.<sup>2</sup> Ihre Arbeit dient zur Verbesserung der Informationsgrundlage, indem sie den Sachverhalt ermitteln und bewerten. Häufig werden dazu unabhängig von einer rechtlichen Auseinandersetzung Wirtschaftsprüfer beauftragt.<sup>3</sup> Ihre Hauptaufgabe besteht darin, Transparenz in die sachlichen Meinungsverschiedenheiten zu bringen, die unterschiedlichen Sichtweisen darzustellen und zu beurteilen sowie bei quantitativen Bewertungsfragen Informationen für die Parteien und Entscheidungsgrundlagen für das Gericht zu liefern. Als Bei-

spiele können gesellschaftsrechtliche Abfindungen, Rechtsstreitigkeiten bei (Unternehmens-) Kaufverträgen, die Bestimmung von Schadensersatzleistungen und die Verletzung gewerblicher Schutzrechte in Frage kommen.

Gerichtliche Verfahren dauern, besonders in komplexen Wirtschaftskonflikten, häufig zu lange, binden erhebliche unternehmerische Personalkapazität auf allen Ebenen und verursachen hohe Kosten. Die geschäftliche Zusammenarbeit ist während des Verfahrens und danach meist ge- oder gar zerstört. Rechtspositionen der Parteien werden aus Angst vor Nachteilen gefestigt; die Sachverhaltsaufklärung, die meist nur von einer Partei geleistet oder gegenüber dem Gutachter unterstützt werden muss, wird im Hinblick auf mögliche Vorteile verzögert oder verhindert; nicht zuletzt führt auch die Überlastung der Gerichte zu Verzögerungen. Die Parteien unterwerfen sich dem Gericht nicht nur hinsichtlich der Entscheidung, sondern auch hinsichtlich des Verfahrensablaufs.

Besonders die anglo-amerikanischen Länder haben alternative Streitlösungsverfahren entwickelt, die nach und nach auch in Deutschland Boden gewinnen.<sup>4</sup> Zum Teil handelt es sich dabei um Verfahren, die völlig ohne Mitwirkung des Gerichts ablaufen, zum Teil aber auch um die Einbindung spezieller Personen in die gerichtliche Streitbeilegung.

In England gibt es beispielsweise den „Adjudicator“ für die Baubranche. Bei der „Adjudication“ handelt sich um eine Art obligatorisches Schiedsverfahren. Der markanteste Unterschied zur Zivil- oder Schiedsklage liegt dabei in ihrem strengen Zeitplan (ca. 28 Tage).<sup>5</sup> Sie wird grundsätzlich durch eine Einzelperson durchgeführt, die Experte auf dem jeweiligen Gebiet ist. Ihr obliegt es, den Sachverhalt zu erforschen und

\* Nicola Neuvians ist Consultant, Dr. Michael Hammes Senior Manager bei PricewaterhouseCoopers. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 203.

<sup>1</sup> Vgl. Duve, Ursachen und Entwicklung von Konflikten in der Wirtschaft verstehen, in: Duve/Eidenmülle/Hacke, Mediation in der Wirtschaft, 2003, S. 21.

<sup>2</sup> Die Regelungen für den Sachverständigen, der von einem staatlichen Gericht bestellt wird, finden sich in den §§ 402 ff. ZPO.

<sup>3</sup> Ein besonders anschauliches Beispiel, das die Sachkompetenz von Wirtschaftsprüfern in Bewertungsfragen erfordert hat, erwähnt Duve in seinem Beitrag „Alternativen zur traditionellen Konfliktbeilegung erkennen“, in: Duve/Eidenmülle/Hacke (Fn. 1), S. 53.

<sup>4</sup> Vgl. Leonhard, Internationaler Industrieanlagenvertrag: Konfliktvermeidung und Konflikterledigung, BB 1999, Beil. 9 zu H. 27, 13 ff.; Duve, Alternative Dispute Resolution (ADR) – Überblick über die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 1998, Beil. 10 zu H. 40, S. 9 ff.; Haft, Intuitives und rationales Verhandeln, BB 1998, Beil. 10 zu H. 40, 15 ff.

<sup>5</sup> Vgl. Harbst, Adjudication – „Rough Justice“ in 28 Tagen?, SchiedsVZ 2003, S. 68 ff.

eine Entscheidung zum Konfliktfall zu treffen. Die Entscheidung des Adjudicators ist, vorbehaltlich einer nicht ausgeschlossenen endgültigen Entscheidung durch die Gerichte oder Schiedsgerichte, bindend und vollstreckbar. Damit erwächst sie zwar nicht in Rechtskraft, bietet aber eine vorübergehende Bindungswirkung, die unter dem Vorbehalt einer endgültigen gerichtlichen oder schiedsgerichtlichen Entscheidung steht.

Ferner ist der „Special Master“ als besondere Institution im anglo-amerikanischen Rechtskreis anzuführen. Dabei handelt es sich um eine Person, die vom Gericht mit verschiedenen Aufgaben betraut werden kann. Neben rechtlichen Feststellungen, vorgerichtlichen Hilfestellungen („Pretrial Discovery“) und Aufgaben nach Abschluss der Gerichtsverhandlung wird der „Special Master“ für Sachverhaltsfeststellungen eingesetzt.<sup>6</sup> In seiner Funktion ist der „Special Master“ vom gerichtsernannten Sachverständigen abzugrenzen. Letzterer kommt aufgrund der Besonderheiten des amerikanischen Rechtssystems wesentlich seltener zum Einsatz als in Deutschland.<sup>7</sup> Der Special Master wird vor allem dann am Verfahren beteiligt, wenn das Gericht weder die Zeit, die Flexibilität, noch das häufig benötigte Spezialwissen zur Klärung des Sachverhaltes hat. Dem Ermittlungsbericht des Special Masters wird in Verfahren ohne Jury dieselbe Richtigkeitsvermutung wie den Tatsachenermittlungen eines erstinstanzlichen Urteils in der Berufung beigemessen.<sup>8</sup>

Doch auch unverbindliche Expertenmeinungen werden seit jeher zur Klärung eines strittigen Sachverhalts beigezogen. So hat sich in Deutschland beispielsweise seit 1992 der Ombudsmann im privaten Bankgewerbe und seit 2001 in der Versicherungswirtschaft etabliert. Er wird zur Beilegung von Sach- und Verteilungskonflikten eingesetzt, wobei seine Lösungsvorschläge (zumindest für den Kunden) unverbindlich sind.<sup>9</sup>

Ferner ist in diesem Zusammenhang auch jeder Schlichter zu nennen, der nicht nur Lösungsvorschläge unterbreitet, sondern auch den Sachverhalt ermittelt. Dazu dürfte auch der „Neutral Evaluator“ zu zählen sein, wobei sein Beitrag mehr in der Strukturierung des weiteren Vorgehens zu sehen ist, als dass er selbstständig die Tatsachen erforscht.<sup>10</sup> Vor allem gibt er eine frühzeitige, neutrale Bewertung ab, nachdem ihm die Positionen der Konfliktparteien kurz erläutert wurden.<sup>11</sup> Kommen die Parteien daraufhin nicht zu einer Einigung, trägt der „Neutral Evaluator“ zur Beschleunigung des Gerichtsverfahrens bei, indem er Vorschläge für weitere Maßnahmen unterbreitet.<sup>12</sup> Das Gericht erfährt jedoch weder von der vertraulichen Bewertung noch von sonstigen Vorschlägen des Dritten.

### III. Die Sachverständigen-Mediation als Hybrid-Verfahren

Von der „Neutral Evaluation“ ist die so genannte Sachverständigen-Mediation zu unterscheiden. Die Sachverständigen-Mediation (SvM) ist ein Verfahren, das zunächst der Klärung des Sachverhalts dient. Soweit es einer quantitativen Beurteilung bedarf, wird der Experte sachverständig dazu Stellung nehmen. Erst im Anschluss daran findet ein mediatives Vermittlungsverfahren unter Leitung des Sachverständigen-Mediators statt. Im Gegensatz zur „Neutral Evaluation“ kommt es im Vermittlungsverfahren jedoch zu keiner Bewertung der Rechtspositionen, sondern zu einer Moderation auf Grundlage des ermittelten Sachverhalts. Beiden Verfahren ist gemein, dass sie unverbindlich sind.

Zur Veranschaulichung der SvM soll von folgendem Praxis-Fall berichtet werden: Zwei Konfliktparteien hatten eine Wirtschaftsprüfungsgesellschaft mit der Durchführung einer SvM beauftragt. Die Auftragserteilung umfasste die Klärung eines strittigen Sachverhalts sowie dessen Bewertung im Hinblick auf die Schadensursache und deren Höhe. Dabei sollte ausdrücklich keine rechtliche Bewertung vorgenommen werden.

Die Sachverhaltsklärung betraf die betrügerische Generierung von Kreditkartenumsätzen. Zwischen den Parteien bestand seit längerer Zeit ein Vertragsverhältnis, das vor allem die Abwicklung des Zahlungsverkehrs eines Kreditkartensystems umfasste. Ein gemeinsamer Vertragspartner der Konfliktparteien hatte nicht existente Kartenumsätze und einen daraus resultierenden Schaden von rund zwei Mio. Euro erzeugt. Es war umstritten, ob und wo (ausreichende) Organisationskontrollen bestanden und möglicherweise versagt haben. Da mit einem Schadensersatz seitens des Vertragspartners nicht mehr zu rechnen war, mussten die Konfliktparteien eine Lösung für die Schadensverteilung untereinander finden. Sie hatten sich daraufhin für die Durchführung einer SvM entschieden und beauftragten gemeinsam den sachverständigen Wirtschaftsprüfer.

Dieser ermittelte zunächst mit Hilfe eines Expertenteams den Sachverhalt. Neben der Auswertung verschiedenster Zahlungs- und Kommunikationsströme wurden dazu die unternehmenseigenen Präventionsmaßnahmen und Monitoring-Systeme herangezogen. Ferner wurden mit den Angestellten der Konfliktparteien Interviews geführt, Revisionsberichte analysiert sowie relevante Schnittstellen zwischen Mensch und Technik untersucht, um der Komplexität des Sachverhalts gerecht werden zu können. Die verschiedenen Sachverhaltsdarstellungen der Konfliktparteien konnten anschließend dem bereinigten Sachverhalt gegenübergestellt und den Konfliktparteien zur Verfügung gestellt werden.

Neben der Sachverhaltsanalyse lag der Schwerpunkt der Untersuchung im Anschluss daran auf der Erarbeitung eines Verteilungsschlüssels für den entstandenen Schaden. Dies erforderte eine Bewertung der getroffenen oder unterlassenen Maßnahmen der Konfliktparteien im Hinblick auf die Schadensursache. Losgelöst von Anspruchsgrundlagen und anderen rechtlichen Aspekten wurden die Ereignisse anhand des bereinigten Sachverhalts bewertet und dokumentiert. Das betriebswirtschaftliche und technische Fachwissen der Sachverständigen spielte in dieser Phase des Verfahrens eine besondere Rolle, da objektive Kriterien und Erfahrung für die Bewertung unerlässlich waren.

Im Anschluss daran trafen sich die Beteiligten zu einem

<sup>6</sup> Vgl. *Breidenbach*, Mediation, Struktur, Chancen und Risiken von Vermittlung im Konflikt, 1995, S. 14.

<sup>7</sup> Vgl. *Duve*, Mediation und Vergleich im Prozeß, 1999, S. 9.

<sup>8</sup> Vgl. *Duve* (Fn. 7), S. 67.

<sup>9</sup> Vgl. *Althaus/Hinrichs/Hustert*, Bedarf und Einsatzbereiche der Wirtschaftsmediation in der deutschen Unternehmenspraxis, ZKM 2001, 120 ff., 124.

<sup>10</sup> Das „Early Neutral Evaluation Program“ wurde im Jahre 1984 von „The Honorable Robert F. Peckham“, Chief Judge U.S.D.C., N. D., Kalifornien, entwickelt.

<sup>11</sup> Vgl. *Duve*, Was ist eigentlich Alternative Dispute Resolution (ADR)?, Überblick über die außergerichtliche Streitbeilegung in den USA, BB 1998, Beil. 9 zu H. 39, 15 ff., 19.

<sup>12</sup> Vgl. *Breidenbach* (Fn. 6), S. 16, 17.

Gesprächstermin. Die Konfliktparteien hatten nunmehr genaue Sachverhaltskenntnisse und kannten die unverbindliche Bewertung des beauftragten sachverständigen Wirtschaftsprüfers. Das Ergebnis der Sachverhaltsermittlung und -bewertung hatte keine Partei veranlasst, den Schaden freiwillig zu übernehmen. Der Gesprächstermin sollte daher zur Durchführung eines Mediationsverfahrens dienen.

Mit Gesprächsbeginn fungierte der Sachverständige folglich nicht als Entscheidungsinstanz, sondern als Mediator, indem er zwischen den Parteien vermittelte. Dies geschah weder durch Lösungsvorschläge noch durch Einzelgespräche mit den Parteien,<sup>13</sup> sondern der sachverständige Mediator hatte im wesentlichen drei Funktionen: Er ermöglichte ein konstruktives Gesprächsklima, erweiterte mit seinen Fragen den Lösungsraum und stellte ein faires, freiwilliges und selbstverantwortliches Verfahren sicher. Soweit es in dem Gespräch um den ersten Teil der SvM, also die Sachverhaltsermittlung und den Verteilungsschlüssel ging, war er zwar Ansprechpartner für Themen, zu denen er Stellung bezogen hatte. So stand er auch während des Mediationsverfahrens für die ermittelten Fakten als Sachverständiger zur Verfügung. Die Lösungsfindung, also die konkrete Verteilung der Schadenssumme, begleitete er jedoch lediglich als „Prozessoptimierer“. Damit konnte er sicherstellen, dass das zukünftige Verhältnis der Konfliktparteien im wesentlichen durch sie selbst bestimmt wurde. Die Parteien einigten sich schließlich auch auf eine für sie annehmbare Verteilung des Schadens. Ihr enges Geschäftsverhältnis besteht auch heute noch.

#### IV. Mediation vs. Evaluation

An dem Kreditkarten-Beispielsfall lässt sich erkennen, dass die SvM evaluative mit mediativen Verfahrenselementen verbindet. Besonders in der internationalen Wirtschaft wird gerne auf die Mischung verschiedener Verfahren zurückgegriffen. Hybride Verfahren<sup>14</sup> wie die „High-Low Arbitration“<sup>15</sup>, das „Mini-Trial“<sup>16</sup> oder die „Final-Offer Arbitration“<sup>17</sup> eignen sich dazu, Verteilungs- und Sachkonflikte erfolgreich zu lösen, da sie u. a. zu einer realistischeren Einschätzung der Prozessausichten führen.<sup>18</sup>

Die „Evaluative Mediation“ ist jedoch nicht unumstritten. Im Jahre 1997 wurden zahlreiche Beiträge in amerikanischen Fachzeitschriften veröffentlicht, die die Verbindung von Evaluation und Mediation diskutierten.<sup>19</sup> Dies dürfte vor allem der Kategorisierung von Riskin<sup>20</sup> zu verdanken sein, der in seiner Matrix („The Grid“) auch die Beurteilung der Sach- und der Rechtslage zum Aufgabenbereich des Mediators zählte.<sup>21</sup>

Gegner der „Evaluativen Mediation“ sehen Mediation und Evaluation als unvereinbar an.<sup>22</sup> Ohne in die theoretische Auseinandersetzung tiefer einzusteigen, werden im Folgenden zehn Gründe wiedergegeben, die gegen eine Kombination von Evaluation und Mediation sprechen könnten und von Love<sup>23</sup> im Jahre 1997 entwickelt<sup>24</sup> wurden:

- Die Rolle des „Evaluators“ und des „Mediators“ schließen sich aus.
- Die Evaluation fördert Positionierung und Polarisierung, was den Zielen der Mediation zuwiderläuft.
- Ehrenkodizes hindern Mediatoren und andere Neutrale daran, weitere Rollen einzunehmen.
- Es wäre ein Verlust für die Mediation, wenn das Mediationsverfahren aufgrund integrierter Einschätzung der Rechts-

lage den Anwälten vorbehalten bliebe und andere Professionen damit ausgeschlossen wären.

- Es gibt nur unzureichenden Schutz vor fehlerhaften Evaluationen.
- Es gibt bereits zahlreiche Evaluationsverfahren – Wirkliche Alternativen werden aber benötigt.
- Kritische Selbsteinschätzung und kreative Lösungsfindung durch die Beteiligten treten in den Hintergrund, wenn mit

<sup>13</sup> Die Durchführung von Einzelgesprächen mit den Konfliktparteien (auch „Caucussing“ genannt) ist ein beliebtes Mittel, um zwischen streitenden Personen zu vermitteln. Es bot sich in dem vorliegenden Mediationsverfahren jedoch an, auf die Einzelgespräche zu verzichten, da die Konfliktparteien zum Einen noch miteinander sprachen, die Kommunikation also nicht komplett eingestellt worden war. Zum Anderen wurde es für sinnvoll erachtet, die Konfliktparteien nicht zu trennen, da sie als enge Handelspartner auch in Zukunft zusammenarbeiten wollten.

<sup>14</sup> Ausführlich dazu: *Eidenmüller*, Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW 2002, 1 ff.

<sup>15</sup> Die High-Low Arbitration ermöglicht es den Parteien, der Entscheidung des Schiedsrichters einen Rahmen zu geben, der weder über- noch unterschritten werden darf. Liegt er mit seiner Entscheidung außerhalb dieses Rahmens, wird sie automatisch an den jeweiligen Höchst- oder Tiefstwert angepasst. Fällt der Schiedsspruch innerhalb des Rahmens, wird er in dieser Höhe wirksam.

<sup>16</sup> Das Mini-Trial ist trotz seines Namens kein Gerichtsverfahren, sondern stellt ein strukturiertes Verhandlungsverfahren in den USA auf der Ebene der Geschäftsleitung oder anderer hochrangiger Unternehmensrepräsentanten dar.

<sup>17</sup> Die Final-Offer Arbitration sieht ein Verfahren vor, in dem die letzten Vorschläge bzw. Positionen, die die Parteien äußern oder einnehmen, zugleich die einzigen sind, die der Schiedsrichter als Entscheidungsalternative hat. D.h. er muss entweder den letzten Vorschlag von Partei A oder denjenigen von Partei B als den endgültigen Entscheid festsetzen. Um ihre Forderung durchzubringen, werden die Parteien daher realistische Vorschläge machen.

<sup>18</sup> Vgl. *Schoen*, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, 2003, S. 146; *Duve*, BB 1998, Beil. 9 zu 39, 15 ff, 20.

<sup>19</sup> Vgl. *Love*, The Top Ten Reasons why Mediators should not evaluate, Florida State University Law Review 24 (1997), 937 ff.; *Stulberg*, Facilitative versus Evaluative Mediator Orientations: Piercing the „Grid“ Lock, Florida State University Law Review, 24 (1997), 985 ff.; *Golann*, Benefits and Dangers of Mediation Evaluation, Alternatives to High Cost Litigation, 24 (1997), 35 ff.; *Stark*, The Ethics of Mediation Evaluation: Some Troublesome Questions and Tentative Questions from an Evaluative Lawyer-Mediator, S. Texas Law Review, 38 (1997), 769 ff.

<sup>20</sup> Professor *Leonard Riskin* ist amerikanischer Rechtswissenschaftler und ist an der University of Missouri – Columbia (MO) tätig.

<sup>21</sup> Vgl. *Riskin*, Understanding Mediators' Orientations, Strategies, and Techniques: A Grid for the Perplexed, Harvard Negotiation Law Review, 1 (1996), S. 7 ff. Weiterführend *Riskin*, Decision-Making in Mediation: the New Old Grid and the New New Grid System, Notre Dame L. Rev., 79 (2003), 1 ff.

<sup>22</sup> Vgl. *Kovach/Love*, „Evaluative“ Mediation Is an Oxymoron, Alternatives to High Cost Litigation 14 (1996), 31 ff.

<sup>23</sup> Professor *Lela Love* ist amerikanische Rechtswissenschaftlerin und an der Yeshiva University (NY) tätig.

<sup>24</sup> Vgl. *Love*, „The Top Ten Reasons why Mediators should not evaluate“, Florida State University Law Review 24 (1997), 937 ff. Die Aufzählung von Lela Love wurde frei ins Deutsche übersetzt.

einer Evaluation durch einen Dritten gerechnet werden kann.

- Evaluation kann das Ende von Verhandlungen bedeuten.
- Ein einheitliches Verständnis von der Mediation ist im Hinblick auf die Entwicklung des ADR-Bereichs als kritisch zu sehen.
- Hybride Verfahren sollten so benannt werden, dass ihre Mischung offensichtlich wird.

In der Praxis findet eine Reflexion über das Für und Wider der „Evaluativen Mediation“ eher selten statt. Stattdessen stehen bei der Auswahl eines geeigneten Konfliktbearbeitungsverfahrens die Effektivität und die Wirtschaftlichkeit des Verfahrens im Vordergrund.

Anhand des oben genannten Falls sollen Chancen und Risiken der SvM, die als Unterfall der „Evaluativen Mediation“ betrachtet wird, näher erörtert werden.

## V. Chancen und Risiken der Sachverständigen-Mediation

Die SvM bietet für die in der Wirtschaft typischen Sach- und Verteilungskonflikte ein effektives und nachhaltiges Konfliktbearbeitungsverfahren. Ihre Effektivität kann vor allem darin gesehen werden, dass sie mit einer gründlichen Sachverhaltsermittlung den Beteiligten objektive Kriterien zur Bewertung ihrer Positionen verschafft, mit denen sie zur Lösungsfindung eigenverantwortlich umgehen können. Die unterschiedlichen Vorstellungen der Beteiligten über verteilungsrelevante Sachfragen können mit dieser Informationsgrundlage reibungs-frei(er) beantwortet werden. Da der Gutachter anschließend als Mediator eingesetzt wird, führt dies außerdem zu einer Kostenersparnis,<sup>25</sup> da sich keine weitere Person in den Sachverhalt einarbeiten muss. Die Parteien bleiben Herr des Verfahrens und können den Prozess auch in zeitlicher Hinsicht steuern. Ein Überblick über Konflikttyp, Eskalationsgrad und Einigungshindernisse erleichtert zudem die Teilnehmerauswahl für die Mediationsverhandlung und hilft, die Vorgehensweise zu strukturieren und sich über den idealen Verfahrensablauf Gedanken zu machen.<sup>26</sup>

Die SvM ist jedoch auch wegen ihrer Nachhaltigkeit einzusetzen. Damit ist gemeint, dass die Beteiligten mit der in der SvM erarbeiteten Lösung auf Dauer zufrieden sind. Dies ist vor allem auf die Eigenverantwortlichkeit und Freiwilligkeit des Verfahrens zurückzuführen. Wie dem Kreditkarten-Beispielfall entnommen werden kann, hat sich der Sachverständige als Prozessoptimierer inhaltlich zurückgenommen, so dass die Parteien im Rahmen der Mediation den Ausgang und damit die Lösung des Konflikts selbst bestimmen konnten. Allerdings dürfte die Fachkompetenz des sachverständigen Mediators ebenfalls eine Rolle gespielt haben, da er das Ergebnis aus Sicht des Fachmanns einschätzen konnte und somit fachliches und verfahrenstechnisches Know-how in sich vereinte.

Das „Gefahrenpotential“ der SvM ist hingegen als gering zu bewerten. Die Voraussetzungen<sup>27</sup> für die Durchführung eines fairen Mediationsverfahrens liegen grundsätzlich vor. Die Konfliktparteien nehmen an der SvM freiwillig teil. Sie sind aufgrund des Gutachtens gleichermaßen informiert, und das Verfahren ist vertraulich. Ferner wird ihre Eigenverantwortlichkeit für das Ergebnis gewahrt, und auch die Allparteilichkeit des Mediators bleibt erhalten. Besonders die zuletzt genannten Punkte stellen jedoch erhöhte Anforderungen an den Sachverständigen und Mediator in der SvM. Der Sachverstän-

dige muss bereits bei der Sachverhaltsaufklärung vermeiden, den Eindruck von Parteilichkeit zu erwecken. Er kann Sachverhalte nur werten, soweit Beurteilungen ausschließlich fachlicher Kompetenz entspringen.

Bei Verfahren, in denen sich der Mediator auf eine Sachbeurteilung beschränkt, besteht oft die Neigung der Parteien, diese als einen rein distributiven Prozess zu begreifen.<sup>28</sup> Die meisten Menschen betrachten Konflikte intuitiv als Nullsummenspiel.<sup>29</sup> Daher ist aus ihrer Sicht ein Vorschlag des Dritten unbedingt notwendig, wobei sie sich selbstverständlich wünschen, dass dieser zu ihren Gunsten ausfällt. Dementsprechend werden sie sich ohne weitere Mitwirkung des Mediators in der Regel kaum von ihren Positionen lösen können und wollen.<sup>30</sup>

In der SvM beschränkt sich der Mediator jedoch nicht auf eine Bewertung, sondern steigt mit Abschluss der Sachverhaltsermittlung in das Mediationsverfahren ein. Er wird gleichwohl nicht zum Schiedsrichter, sondern überlässt die einvernehmliche Konfliktlösung der Entscheidung der Parteien. Solange er seinen Rollenwechsel gründlich vorab erläutert, den Beteiligten also klar macht, dass sie von ihm zunächst keinen Lösungsvorschlag erwarten können, bleibt die Eigenverantwortlichkeit als wichtige Komponente des Mediationsverfahrens erhalten.

In diesem Zusammenhang wird zwar ebenfalls angebracht, dass es für die Beteiligten unsicher sei, ob es nach der Sachverhaltsklärung überhaupt zu einer Einigung kommt.<sup>31</sup> Letztlich dürfte jedem, der ein Gerichtsverfahren über mehrere Instanzen erlebt hat, jedoch klar sein, dass es auch mit einem abschließenden gerichtlichen Urteil zu keiner Einigung kommen muss. Die SvM bietet dagegen ein Verfahren, welches die Entscheidungskompetenz bei den Beteiligten belässt, so dass ihre Autonomie im maximalen Sinne aufrechterhalten wird.<sup>32</sup>

Der sachverständige Mediator darf die Allparteilichkeit nie aus dem Auge verlieren. Die Gefahr des bewertenden Mediators ist groß, wenn er sich selbst seinen Rollenwechsel nicht verdeutlicht. Die Trennung und Verdeutlichung seiner Rollen ist wohl als die wichtigste Voraussetzung für eine erfolgreiche SvM zu nennen. Entsprechend dem eigenen Rollenverständnis des Mediators ist mit seiner selbst gesetzten Grenze von Einflussnahme zu rechnen.<sup>33</sup> Daher ist dieser Aspekt bei Einführung des Mediationsverfahrens sehr genau von dem sachverständigen Mediator zu erläutern, um die Beteiligten (und sich selbst) hinreichend zu sensibilisieren.

<sup>25</sup> Vgl. Eidenmüller, Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW 2002, 1 ff., 7.

<sup>26</sup> Vgl. Duve, Verhandlung vorbereiten und Konflikt diagnostizieren, in: Duve/Eidenmüller/Hacke (Fn. 1), S. 103.

<sup>27</sup> Zu den klassischen fünf Voraussetzungen der Mediation Mähler/Mähler, Praktische Einsatzmöglichkeiten der Mediation, in: Breidenbach/Henssler, Mediation für Juristen, 1997, S. 121 ff., 125.

<sup>28</sup> Vgl. Schoen, Konfliktmanagementsysteme für Wirtschaftsunternehmen, 2003, S. 42.

<sup>29</sup> Vgl. Mähler/Mähler, Mediation – eine interessengerechte Konfliktregelung, in: Breidenbach/Henssler (Fn. 27), S. 13 ff., 26.

<sup>30</sup> Vgl. Duve, Mediationsverfahren und Rolle des Mediators aushandeln, in: Duve/Eidenmüller/Hacke (Fn. 1), S. 83.

<sup>31</sup> Vgl. Eidenmüller, Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW 2002, 1 ff., 7.

<sup>32</sup> Vgl. Eidenmüller, Hybride ADR-Verfahren bei internationalen Wirtschaftskonflikten, RIW 2002, 1 ff., 7.

<sup>33</sup> Vgl. Breidenbach (Fn. 6), S. 172.

Auch im Hinblick auf die von Love entwickelten Punkte lassen sich keine Gefahren bei der SvM erkennen. Die verschiedenen Rollen des „Evaluators“ und „Mediators“ werden in der SvM eindeutig getrennt, da der neutrale Dritte zunächst „Evaluators“ und – erst im Anschluss – Mediator ist. Eine Vermischung der Rollen birgt ansonsten das Risiko in sich, dass Positionen aufrecht erhalten werden und die Lösungsfindung durch die Beteiligten unwahrscheinlich werden kann.

Ferner läuft die SvM auch nicht den Zielen einer klassischen Mediation entgegen. Die Positionierung im Bereich des Sachverhalts dient lediglich als Grundlage für die anschließende Bearbeitung des Lösungsraums. Die Ergebnisse werden zur Diskussion gestellt, da in dem Gutachten jede Bewertung unverbindlich ist und so begründet wird, dass sie von den Betroffenen nachvollzogen werden kann. Indem auf die Beurteilung von rechtlichen Aspekten verzichtet wird, bleibt der Blick zudem zukunfts- und damit lösungsorientiert.

Die Bezeichnung „Sachverständigen-Mediation“ ist auch hinreichend klar und verständlich. Die Beteiligten wissen, dass sie eine in der Sache verständige Person mit der Durchführung einer Mediation beauftragt haben. Der Mediator ist mit den Einzelheiten des Konfliktfalls häufig besser vertraut als jede der Parteien, da er als Vertrauensperson beider ihre Motive, Sichtweisen und Ziele kennt. Die Parteien können zunächst mit einer Bewertung der Sachlage rechnen und durchlaufen anschließend ein Mediationsverfahren.

Da sich die Einschätzung des Sachverständigen lediglich auf den Sachverhalt bezieht, steht auch nicht zu befürchten, dass Nicht-Juristen als Experten von der Durchführung einer Mediation ausgeschlossen werden. Das Gegenteil ist der Fall. Wie dem obigen Fall zu entnehmen ist, finden gerade in der Sachverhaltsanalyse Experten mit betriebswirtschaftlicher Fachrichtung ihren Einsatz. Bei anderen Fachkompetenzen zur Sachverhaltsaufklärung ist der Bedarf an Experten außerhalb der Rechtswissenschaft gleichermaßen gegeben.

## VI. Zusammenfassung

1. Aus dem Bedürfnis nach einer schnellen, kostengünstigen und eigenverantwortlichen Streitbeilegung haben sich in den letzten Jahren, begünstigt durch Entwicklungen in den anglo-amerikanischen Ländern, verschiedenste außergerichtliche Verfahren entwickelt und verbreitet.
2. Die Sachverhaltsklärung ist ein für Sach- und Verteilungskonflikte wichtiger Bestandteil des Konfliktlösungsverfahrens, da sie den Streitgegenstand objektiviert und die Parteien gleichermaßen informiert.
3. Besondere Bedeutung hat dabei die Sachverständigen-Mediation erlangt, die evaluative mit mediativen Verfahrenselementen verbindet.

4. Zunächst wird in der Sachverständigen-Mediation ein Sachverständiger von beiden Parteien einvernehmlich beauftragt, den Sachverhalt in allen Einzelheiten aufzuklären, für beide Parteien verständlich darzustellen und soweit quantitative Beurteilungen erforderlich sind, sachverständig dazu Stellung zu nehmen.
5. Nach Abschluss der Sachverhaltsaufklärung wird der Sachverständige zum Mediator. Wenn er vorher Handelnder war, überlässt er jetzt das Handeln den Parteien. Er kann auf Wunsch der Parteien Fach- und Sachwissen einbringen, unterstützt sie jedoch nur im Lösungsfindungsprozess und muss ihnen die Entscheidungen überlassen.
6. An das Rollenverständnis des sachverständigen Mediators müssen deshalb hohe Ansprüche gestellt werden, um den Rollenwechsel und die damit einhergehende Verfahrensweise zu gewährleisten. Insbesondere seine Allparteilichkeit und die Eigenverantwortlichkeit der Beteiligten sind zu bewahren und zu berücksichtigen.
7. Gelingt das Mediationsverfahren in einem fairen Interessenausgleich der Parteien, gibt es regelmäßig zwei Sieger; das Ergebnis wurde nicht oktroyiert, sondern einvernehmlich erzielt. Geschäftsbeziehungen bleiben erhalten, während schon der Beginn eines Gerichtsverfahrens langjährige Geschäftsbeziehungen zerstören kann.
8. Hybride Verfahren bergen die Gefahr, dass die Vorteile der einzelnen Verfahren verwässert werden. Werden ihre Kernelemente jedoch aufrechterhalten, bieten sie effektive Konfliktbearbeitungsverfahren für die Wirtschaft und stellen eine sinnvolle Ergänzung zum Gerichtsverfahren und anderen ADR-Verfahren dar.

### Summary

It is helpful, before beginning work relating to the interests and positions of parties in a conflict, to gain a deeper understanding what actually happened. A neutral expert is able to support both parties in their understanding of the facts. "Sachverständigen-Mediation" goes beyond this and offers a two-step procedure. Firstly, the expert offers an objective view on the facts of the case along with special know-how. This initial evaluative part of the process is then followed by a mediation, thus offering to the parties all the advantages of alternative dispute resolution. The expert becomes a mediator. In changing his role, the expert has to be aware of his neutrality and other core elements of mediation. In so doing the "Sachverständigen-Mediation" process is able to preserve business relationships and provides savings of both cost and time. Hybrid procedures such as this, if adapted and performed wisely, offer great opportunities for the resolution of corporate dispute cases.

## Die hohe Schule der Mediation – Ein Fall aus der Praxis

Dr. Ulrich Sick, Rechtsanwalt, Dorsten\*

*Der vorliegende Beitrag zeigt aus der Sicht des Praktikers den Verlauf eines konkret durchgeführten Mediationsverfahrens, das von den Voraussetzungen her ein Grenzfall ist, weil man*

\* Dr. Ulrich Sick, Rechtsanwalt mit Schwerpunkt Wirtschaftsrecht, ist Alleingeschäftsführer der Ericsson GmbH, Düsseldorf. Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. 204.