

Anwaltszukunft

Transatlantische Impulse für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten

Mehr als nur Mediation: Adjudikation, Kokon-Verfahren und Online-Streitbeilegung bieten Chancen für Anwälte

Rechtsanwalt Martin Engel, München

Alternative Formen der Streitbeilegung klingen modern, nicht zuletzt, weil die Innovationen aus den USA kommen. Die Mediation ist ein prominentes Beispiel. Die Idee wurde vor zwanzig Jahren in Deutschland aufgegriffen – und wird jetzt buchstäblich Gesetz. Das Mediationsgesetz hat der Deutsche Bundestag am 15. Dezember 2011 in zweiter und dritter Lesung einstimmig beschlossen. Doch in den USA ist die Entwicklung längst weiter. Grenzen und Schwächen der Mediation führen zu neuen Formen wie der Adjudikation, dem Kokon-Verfahren oder der Online-Streitbeilegung. Der Autor nimmt aktuelle Entwicklungen außergerichtlicher Konfliktlösung in den USA kritisch in den Blick, skizziert ihre Übertragbarkeit auf die Streitbeilegungspraxis in Deutschland und erläutert, wo Chancen für die Anwaltschaft liegen und wo sie Konkurrenz bekommt. Der Beitrag schließt an den Report zur Mediation in den USA im Juni-Heft 2011 an (von Daniels, AnwBl 2011, 453).

I. Hintergrund

„Das Gericht ist der Ort der Tränen.“ So beschreibt Hager¹ die Effekte einer bei den Navajo-Indianern entstandenen Frühform amerikanischer Konfliktlösungsmechanismen. Wer die Schluchten des Antelope Canyon und die Weiten des Monument Valley mit eigenen Schritten durchmessen hat, wird verstehen, warum eine Konfliktbehandlung unter Tränen für den Stamm der Navajos im positiven Sinne bedeutsam war. Erst die umfassende Aufarbeitung eines Konflikts und der ihm zugrunde liegenden Verletzungen ermöglichte ein nachhaltiges Zusammenleben mit Mitmensch und Natur. Die große Bedeutung des Umgangs mit Emotionen prägte damals wie heute die Methodik der alternativen Streitbeilegung in den Vereinigten Staaten von Amerika. Viele dieser Instrumente sind in Kontinentaleuropa übernommen worden, indes haben nicht alle gleichermaßen Erfolg gehabt.

Bei fortschrittlichen Rechtsanwendern in Deutschland stößt es zuweilen auf Unverständnis, wenn sich bestimmte, in den USA bewährte Formen der alternativen Streitbeilegung nicht unmittelbar am hiesigen Markt durchsetzen. Hier erweist sich ein Blick auf die Unterschiede in den kulturellen Dispositionen der verschiedenen Länder als Schlüssel für die unterschiedliche Rezeption innovativer Verfahrensmethoden diesseits und jenseits des Atlantiks. Ein Beispiel dafür ist der starke Emotionsbezug der US-amerikanischen Streitbeilegungsverfahren, der sich in Kontinentaleuropa nur begrenzt etablieren lassen wird. Darum lohnt sich eine Analyse der Hintergründe für die Entstehung neuer Konfliktbe-

handlungsformen in den USA, denn nur so lässt sich deren Übertragbarkeit auf den deutschen Rechtsraum ausreichend sicher prognostizieren.

Dieser Beitrag widmet sich zunächst dem gegenwärtigen Stand der außergerichtlichen Streitbeilegung in Deutschland (II.). Anschließend werden neue Verfahrensformen der alternativen Konfliktlösung (III.) und neue technische Entwicklungen (IV.) vorgestellt. Darauf folgt eine Skizze neuer Organisationsformen für Anbieter der außergerichtlichen Streitbeilegung (V.). Am Ende steht eine Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung (VI.).

II. Status Quo der alternativen Streitbeilegung

Seit der berühmten Pound Conference 1976 mit dem Vorstoß *Frank Sanders* zu einem umfassenderen Konfliktmanagementangebot der amerikanischen Zivilgerichte² haben Forschung und Praxis gerade in den USA einen Reigen verschiedener Konfliktlösungsmethoden hervorgebracht. Die größte Beachtung hat damals der rasante Bedeutungszuwachs der Mediation gefunden, der unter anderem zu der bis heute fortbestehenden Institutionalisierung der neutralen Vermittlung in so genannten *Small Claims Courts* führte. Andere Methoden wie die *Final-Offer Arbitration*, die *Early Neutral Evaluation*, die *Michigan Mediation* oder die *Settlement Conference* zeugen vom Ideenreichtum der US-amerikanischen Verfahrenspraxis, führen aber nach wie vor ein zurückgezogenes Mauerblümchendasein und haben für die kontinentaleuropäische Konfliktbehandlungspraxis nie Bedeutung entfalten können.

Bei denjenigen Methoden, die sich im deutschen Sprachraum in gewissem Umfang durchsetzen konnten, ist zunächst zu beobachten, dass die Entwicklungen in den USA mit einer Verzögerung von ungefähr 20 Jahren nachvollzogen wurden. Zudem blieb auch danach die Bedeutung alternativer Streitbeilegung hierzulande stets hinter derjenigen in Amerika zurück. Dies gilt im Besonderen für die Mediation und ihre Eingliederung in die Toolbox gerichtlicher Konfliktbehandlungsformen. Zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2008/52/EG wird der deutsche Gesetzgeber voraussichtlich im Frühjahr 2012 das lange diskutierte und angekündigte Mediationsgesetz erlassen, das die regulatorischen Rahmenbedingungen für die Anwendung der gerichtsinternen Mediation in deutschen Gerichten konstituiert. Die hierzu ohne die erforderliche gesetzliche Grundlage durchgeführten Pilotprojekte lassen indes erwarten, dass die Richtermediation auch nach der nunmehr ergehenden Gesetzgebung nicht aus ihrem Nischendasein herausfinden wird. Von einem Multi-Door Courthouse, wie *Sander* es 1976 gefordert hatte, sind deutsche Gerichte daher nach wie vor meilenweit entfernt.

Das kann man bedauern – oder als Indiz für die Stärken des gegenwärtigen Gerichtssystems verstehen. Die deutschen Zivilgerichte genießen unter ihren Nutzern eine hohe Reputation. Noch vor kurzem zeigte eine repräsentative Umfrage des Instituts Allensbach, dass der Anteil derjenigen

¹ Hager, Konflikt und Konsens (2001) S. 4, unter Verweis auf Yazzie, Traditional Navajo Dispute Resolution in the Navajo Peacemaker Court, NIDR Forum, Spring (1995) S. 4, abgedruckt in: *Trachte-Huber/Huber*, Alternative Dispute Resolution, Strategies for Law and Business (1996) S. 224.

² *Sander*, F.R.D. 1976, 111, 130 f.; *Sander/Crespo*, 5 Univ. St. Thomas L. J. (2008) S. 665, 670 f.

Bürger, die eine Gerichtsentscheidung abstrakt wie auch im konkreten eigenen Fall gerecht finden, doppelt so hoch ist wie der Prozentsatz derjenigen, welche die entsprechenden Entscheidungen als ungerecht einschätzen.³ Diese Wahrnehmung legt den Schluss nahe, dass – anders als im US-amerikanischen Rechtsraum – mögliche Defizite in der hiesigen Konfliktbehandlung womöglich nicht primär im Bereich der Judikative zu verorten sind. Weder die Verankerung der Mediation im Angebotsportfolio von Gerichten⁴ noch der weitergehende Ausbau von Gerichten zu Konfliktmanagementcentern⁵ dürfte sich daher als zielführend erweisen. Änderungsbedarf besteht eher bei der Rechtsberatung.⁶ Ob sich durch das weit gehende Verbot einer Vergütung *quota litis* der Anreiz für Anwälte mindert, auch „rechtlich schwache“ Fälle vor Gericht zu ziehen, erscheint zumindest zweifelhaft. Denn die streitwertabhängige Vergütung sichert zwar keine Spitzenhonorare, ein Vergütungsanspruch entsteht dafür aber unmittelbar durch die anwaltlichen Tätigkeiten, ohne dass es auf einen Erfolgstest des anwaltlichen Rats durch das Gericht ankäme.

Es sind daher eher diese zeitlich vor dem Gerichtsverfahren ansetzenden Fragen nach der Zuweisung eines geeigneten Verfahrens vor dem Anfall von Terminsgebühren, die für den hiesigen Mandanten von Bedeutung sind. Aus dem Spektrum der von den USA ausgehenden Impulse für die Beilegung von Rechtsstreitigkeiten erscheinen daher vor allem diejenigen Aspekte interessant, die sich mit effizientem außergerichtlichem Verhandeln, mit neuen technologischen Entwicklungen und innovativen Organisationsformen befassen.

III. Neue Verfahrensformen

In den vergangenen Jahren haben neben der weithin beachteten Mediation einige weitere Verfahrensformen neu von sich reden gemacht. Es ist bemerkenswert, dass diese Methoden in sehr spezialisierten Rechtsgebieten auftauchen und sich ihre Anwendung zunächst auf diese Bereiche beschränkt. Die bekanntesten der neuen Verfahren sind einerseits die baurechtliche Adjudikation und andererseits das familienrechtliche Kokon-Verfahren.

1. Adjudikation

Das Adjudikationsverfahren hat sich in den vergangenen Jahren in England als frühzeitiger Konfliktbewältigungsmechanismus in Baustreitigkeiten etabliert. Konflikte am Bau führen allein durch Stillstände im Baubetrieb in besonderem Maße zu wirtschaftlichen Verlusten. Häufig sind die Beteiligten größerer Baumaßnahmen nicht bereit, die bauliche Arbeit fortzusetzen oder fortsetzen zu lassen, wenn das Bestehen eines Vertrages, dessen genaue Ausgestaltung oder die Qualität der bisher erbrachten Leistungen in Frage stehen. Mehr als in anderen Rechtsbereichen kommt es daher hier darauf an, dass in einem frühen Konfliktstadium rasch eine vorläufige Lösung gefunden wird, die es den Beteiligten erlaubt, die vertraglich geschuldeten Leistungen weiter auszutauschen, selbst wenn die Übernahme der bereits entstandenen Schäden und deren Höhe noch nicht letztverbindlich festgestellt sind.

Vor diesem Hintergrund ist es charakteristisch für das Adjudikationsverfahren, dass ein neutraler Dritter – der Adjudikator – nach einer auf die wesentlichen Fakten reduzier-

ten Verhandlung eine Streitentscheidung in der Sache trifft. Die Bindungswirkung dieser Entscheidung ist begrenzt: Sie regelt die Zusammenarbeit der Parteien im streitigen Umfang unmittelbar neu, kann aber durch eine anderweitige einvernehmliche Übereinkunft oder auch durch ein klassisches Gerichtsurteil außer Kraft gesetzt werden. So erreicht man, dass den Parteien aus dem kursorischen Vorgehen bei der Streitbehandlung kein endgültiger Nachteil erwächst, sie aber trotzdem über die notwendige Grundlage für eine Fortsetzung der Bautätigkeit verfügen.

In England müssen Bauverträge bereits seit 1998 eine Klausel enthalten, wonach vor Anrufung eines Gerichts ein Adjudikationsverfahren zu beginnen ist.⁷ Allein diese gesetzliche Regelung hatte bereits zur Folge, dass gerichtliche Verfahren in Bausachen dort seither um 98 Prozent zurückgegangen sind.⁸ Diese Entwicklung im Blick hat der Arbeitskreis VII des Deutschen Baugerichtstags e.V. die Einführung ähnlicher Regelungen in Deutschland forciert. Da hier freilich mittelfristig nicht mit der Etablierung einer Zugangshürde zum Gerichtsprozess nach englischem Vorbild zu rechnen ist, bleibt es aktuell bei der Möglichkeit, freiwillig Adjudikationsklauseln in Bauverträge einzubinden oder im Konfliktfall *ad hoc* eine Adjudikation zu vereinbaren.

Selbst dann ist indes noch unklar, wie die beim englischen Vorbild erzielten Rechtswirkungen im deutschen Recht dogmatisch zu erreichen sind. Bisweilen wird das Verfahren als ein auflösend bedingtes Schiedsgutachten nach §§ 317, 319 Abs. 2, 158 Abs. 2 BGB konstruiert, Andere verweisen auf die fehlende endgültige Bindungswirkung und ziehen es vor, die Adjudikation als Sonderform einer Schlichtung zu modellieren.⁹ Während die rechtliche Einordnung des Verfahrensvertrages insofern noch diskutiert wird, halten mehrere Institutionen aus dem Bereich der alternativen Streitbeilegung bereits Verfahrensordnungen vor, auf die Anwender im Bedarfsfall Bezug nehmen können.¹⁰ Die Entwicklung der nächsten Jahre wird zeigen, ob die Konfliktparteien in Bausachen aus wirtschaftlichem Kalkül die Adjudikation in ihren Verträgen festschreiben bzw. im Streitfall spontan erwägen, oder ob es einer gesetzlichen Verpflichtung bedürfte, um das Verfahren ähnlich dem englischen Vorbild zu etablieren.

2. Kokon-Verfahren

Eine zweite Verfahrensform, die sich seit 2007 im deutschen Sprachraum durchzusetzen beginnt, ist das Kokon-Verfahren. Es handelt sich dabei um eine ganz überwiegend in familienrechtlichen Streitigkeiten, insbesondere bei Ehescheidungen und Folgesachen angewendete Methode, deren maßgebliche Charakteristika im Fehlen eines neutralen Vermittlers sowie in der Begrenzung beider anwaltlicher Mandate auf die außergerichtlichen Verhandlungen bestehen.

3 Roland Rechtsreport 2010, S. 19, 37.

4 Engell/Hornuf, Vexierbild Richtermediation, ZJP (2012) im Erscheinen, unter III.

5 Vgl. die Darstellung von Birner, Das Multi-Door Courthouse (2003) passim.

6 Engell/Bercher, JZ (2010) S. 226, 230 f.

7 The Housing Grants, Construction and Regeneration Act 1996, Abschnitt 104 ff.

8 Lembecke, SchiedsamtZ (2009) S. 148, 150; Hobeck et al., SchiedsVZ (2007) S. 225, 231.

9 Ausführlich Engell/Schricker-Heinke, Jahrbuch Baurecht 2012, S. 111, 123 ff.

10 Zu den bereits ausgearbeiteten Adjudikationsordnungen gehören die AVO der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS), die Streitlösungsordnung für das Bauwesen der Deutschen Gesellschaft für Baurecht (SL Bau) sowie die AO-Bau/Alpha von Lembecke und Sundermeier.



Die Disqualifikation der Anwälte für ein etwaiges gerichtliches Verfahren hat zur Folge, dass der Gerichtsprozess ab dem Abschluss eines Kokon-Verfahrensvertrages für keinen der Beteiligten mehr attraktiv ist: Die Anwälte müssten in diesem Fall ihr Mandat abgeben, die Mandanten zusätzliche Kosten für die Neubefassung anderer Anwälte aufwenden. Positiv gewendet lenkt die so genannte Disqualifikationsklausel den Blick der Beteiligten von der Alternative eines Gerichtsverfahrens ab und schafft Konzentration auf eine konsensuale Beendigung des Rechtsstreits.

Auch diese Streitbeilegungsmethode hat US-amerikanische Wurzeln: Das Verfahren entstand vor 20 Jahren im US-Bundesstaat Minnesota unter der Bezeichnung „collaborative law“. Um die Jahrtausendwende erlangte es rasch eine Aufmerksamkeit und Verbreitung, die in diesem Ausmaß, allerdings deutlich träger, zuvor nur die Mediation erreicht hatte. Diese Entwicklung erstaunt auf den ersten Blick, da gerade für familienrechtliche Streitigkeiten das Mediationsverfahren in den USA seit langem bekannt und somit eine dem Kokon-Verfahren sehr ähnliche Methode bereits fest etabliert war.

Eine wichtige Erklärung für den überraschend zügigen Vormarsch des Kokon-Verfahrens dürfte in der schlichten Tatsache liegen, dass die mit einem Fall befassten Rechtsanwälte hier mit der gemeinsamen Leitung des Verfahrens betraut sind. Statt – wie etwa bei der Mediation – die Verantwortung für die Verfahrensleitung an einen Dritten delegieren und damit auch die Prominenz der eigenen Rolle schmälern zu müssen, behalten sie das Heft in der Hand. Gleichzeitig haben sich in den USA diejenigen Anwälte, die an einem bestimmten Ort Verhandlungen anhand des Kokon-Verfahrens anbieten, zu lokalen Anwaltsgruppen zusammengeschlossen. Diese Netzwerke erleichtern es Konfliktparteien erheblich, Anwälte zu finden, die zwar ihre individuellen Interessen parteilich vertreten, aber gleichzeitig ein Kokon-Verfahren zusammen leiten können.

Diese Anreizkonstellation gilt grundsätzlich auch für Rechtsanwälte diesseits des Atlantiks. Mediationen sind selbst im Familienrecht hierzulande noch Mangelware, weil es kaum Rechtsanwälte gibt, die den Parteien für die Lösung ihres Konflikts anstelle eines Gerichtsverfahrens eine Mediation vorschlagen. Weil dies beim Kokon-Verfahren grundlegend anders ist, erscheint die Methode gerade im Familienrecht wesentlich aussichtsreicher als etwa das Mediationsverfahren. Die Fragestellungen des Verfahrensrechts, des anwaltlichen Berufsrechts und der Haftung sind für das Kokon-Verfahren bereits positiv beantwortet worden.¹¹ Zudem wächst bei Rechtsberatern und Rechtsanwendern die Bekanntheit der Methode;¹² vereinzelt wird bereits über erste Fälle berichtet, die erfolgreich mit Hilfe des Kokon-Verfahrens verhandelt werden konnten. Es bleibt abzuwarten, ob sich der in den USA nach wie vor „angesagteste“¹³ Bereich der alternativen Streitbeilegung auch in Deutschland als solcher erweist.

In den USA wird das Kokon-Verfahren auch in einer erweiterten Form angewendet: Dabei wird das grundsätzlich aus zwei Parteien und ihren beiden Anwälten bestehende Verhandlungsteam selektiv ergänzt durch Vertreter des Kindeswohls, psychologische Coaches oder Finanzberater. Diese Teamvariante des Kokon-Verfahrens konnte in den USA vor allem deswegen landen, weil sich in der amerikanischen Gesellschaft eine tendenziell hohe Bereitschaft zur Konsultation nichtjuristischer Verhandlungs- und Lebensberater feststel-

len lässt.¹⁴ Diese Disposition ist auf dem europäischen Festland grundlegend anders. Während es daher in den USA ein ganz zentrales Alleinstellungsmerkmal von *collaborative law* ist, dass sich diese Methode auch unter Beteiligung anderer Professionen durchführen lässt, wird dies dem Kokon-Verfahren in Deutschland voraussichtlich kaum zusätzliche Fälle verschaffen.¹⁵ Mehr noch: Soweit das Verfahren hierzulande auf das Teammodell reduziert wird, verstellt dies den Blick auf das weiter gehende Potenzial dieser neuen Streitbeilegungsform.

IV. Neue technische Entwicklungen

Eine weitere Dimension von Innovationen, die dem Bereich der alternativen Streitbeilegung zugute kommen, betrifft technische Fortentwicklungen, insbesondere aus dem Bereich der Online-Kommunikation. Diese Innovationen spielen sich auf drei Ebenen ab: zunächst im Bereich der Konflikte unter Verbrauchern (C2C), weiterhin bei Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmen (B2C) und schließlich auch bei Verhandlungen zwischen Unternehmen (B2B).

1. Konflikte unter Verbrauchern

Streitigkeiten unter Verbrauchern treten vor allem dort auf, wo große Handelsplattformen einer Vielzahl von Konsumenten ermöglichen, miteinander Geschäfte abzuschließen. Beispiele für diese Plattformen sind etwa *Amazon*, *Paypal* oder *Expedia*. Hier tritt die Plattform selbst häufig nur als Angebotsvermittler, nicht aber als Vertragspartner auf. Dennoch haben die Plattformbetreiber ein Interesse daran, dass Konflikte, die aus den dort abgeschlossenen Verträgen erwachsen, frühzeitig und einvernehmlich gelöst werden. Das hängt vor allem damit zusammen, dass die Kunden häufig räumlich weit voneinander entfernt sind und die klassischen Formen der Konfliktbehandlung daher zu prohibitiv hohen Transaktionskosten führen würden.

Die Internet-Auktionsplattform *eBay* etwa hat in den vergangenen Jahren ein *Community Review Forum* eingerichtet, um Streitigkeiten über negative Verkäuferbewertungen einer konsensualen Lösung zuzuführen. Der Prozess beginnt mit einem Einspruch, den negativ bewertete Verkäufer gegen diese Bewertung einlegen können. Anschließend erhalten der Käufer (als Autor der Bewertung) und der Verkäufer die Gelegenheit, ihre Sichtweisen zu dokumentieren und zu begründen. Bis hierhin verläuft der gesamte Prozess automatisiert. Anschließend wird der Disput von einer aus sieben *eBay*-Mitgliedern besetzten Jury entschieden; abhängig von dieser Entscheidung verbleibt es bei der anfänglichen negativen Bewertung oder diese wird zurückgezogen.¹⁶ Bemerkenswert ist, dass *eBay* auch für die Jury-Entscheidung keinerlei eigene Ressourcen einsetzt. Die Jurymitglieder werden nicht vergütet, vielmehr nutzt das Unternehmen das Anerkennungsbedürfnis mancher Mitglieder, um diesen die ehren-

11 Engel, Collaborative Law: Mediation ohne Mediation (2010) S. 191 ff.

12 Vgl. das private Informationsportal unter <http://www.kokon-verfahren.de>.

13 Christopher Fairman von der Ohio State University spricht im Gespräch mit Chanan von der „hottest area in disputeresolution“; vgl. Chanan, 92 ABA Journal 6 (2006) S. 52, 55.

14 Olsson/Pincus, 151 Am. J. Psychiatry 9 (1994) S. 1281, 1284.

15 Engel, ZKM (2010) S. 112, 113.

16 Rule/Nagarajan, AC Resol. Mag., Winter (2010) S. 4, 5 ff. Vgl. auch die anschauliche Darstellung des Prozesses unter <http://www.ebaycourt.com/cc/courtindex.jsf>.

amtliche Mitwirkung an den *eBay Courts* schmackhaft zu machen. Der Andrang auf die benötigten Jury-Stellen ist dabei so groß, dass *eBay* es sich leisten kann, nur erfahrene und nach den eigenen Bewertungsmaßstäben hoch replizierte Mitglieder für eine Jury-Tätigkeit zuzulassen. Im Ergebnis schafft *eBay* damit eine hohe Kundenzufriedenheit und eine effektive Konfliktlösung, ohne selbst mehr als den technischen Rahmen für die Abwicklung der Prozesse zu stellen. Für das Unternehmen ist dies Geld wert.

In Deutschland sind bislang wenige C2C-Plattformen entwickelt worden, für die das *eBay*-Modell Pate stehen könnte. Gleichwohl wäre es unternehmerisch durchaus denkbar, eine Plattform zu entwickeln, die Kleinststreitigkeiten zwischen Privaten strukturiert und über unbezahlt tätige Juroren eine (nicht-verpflichtende) Lösung generiert. Eine solche Plattform wäre unterhalb der Schwelle angesiedelt, ab der Streitigkeiten üblicherweise vor Gericht getragen werden. Es ginge insofern nicht um eine Entlastung der Gerichte, sondern um eine Form gesellschaftlicher Konfliktbewältigung, die gegenwärtig infolge ihrer individuellen Marginalität nicht stattfindet. Das wiederum entspricht den Konflikten um *eBay*-Bewertungen: Der einzelne Streitwert ist gering, in der Summe ergibt sich aber ein erhebliches Potenzial zur Steigerung der Nutzerzufriedenheit.¹⁷

2. Konflikte zwischen Unternehmern und Verbrauchern

In Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern spielen Informationsasymmetrien und daraus folgende Machtungleichgewichte regelmäßig eine große Rolle. Gleichzeitig sind diese so genannten B2C-Konflikte regelmäßig vom (Verbraucher-)Recht geprägt und eignen sich daher wenig für die im C2C-Kontext einsetzbare automatisierte Behandlung von Streitigkeiten.

Dennoch gibt es auch hier Versuche, Konflikte frühzeitig und unter Nutzung von Fernkommunikationsmitteln anzugehen. Bereits seit einigen Jahren gibt es im angloamerikanischen Rechtsraum Anwälte und spezialisierte Unternehmen, die eine Telefonmediation zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten, insbesondere für Konflikte mit Beteiligung von Versicherungen, anbieten. Der Kostenvorteil fernkommunikativer Methoden liegt auf der Hand. Aus der Perspektive des Verbrauchers ist hingegen kritisch anzumerken, dass bei einem Telefonkontakt, gerade wenn er vom eigenen Versicherer ausgeht, schnell eine Überforderungssituation auftreten kann, die ihn dazu verleitet, eine für ihn nachteilige Lösung vorschnell zu akzeptieren.

In diesem Licht sind auch die jüngsten Versuche deutscher Rechtsschutzversicherer wie der ARAG oder der *Roland Rechtsschutzversicherung* zu sehen, mit telefonischen (Shuttle-)Mediationen eine zügige Einigung zu erreichen. Die ARAG kommt hier bereits zu jährlichen Fallzahlen im mittleren vierstelligen Bereich. Das gibt Anlass zur Sorge, wenn man bedenkt, dass es für die Streitparteien hier auch um die Einschätzung ihrer rechtlichen Aussichten und Prozessrisiken geht, die ein Telefonmediator entweder mangels eigener Rechtsberatungsbefugnis oder aufgrund des Verbots des Vertretens widerstreitender Interessen nach §§ 43, 43 a Abs. 4 BRAO, § 3 BORA nicht unterstützen kann. Unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Verbraucherschutzes erscheint es hier jedenfalls verfehlt, durch Nutzung neuerer Kommunikationstechnologie Kosten einzusparen, wenn dadurch dem Verbraucher der Weg zur Rechtsberatung abgeschnitten wird.

3. Konflikte zwischen Unternehmen

Konflikte im B2B-Kontext wie auch größere Streitigkeiten zwischen Privaten, die nicht über eine Handelsplattform miteinander kontrahiert haben, zeichnen sich tendenziell dadurch aus, dass sie von beiden Parteien mit beachtlichem Prozessaufwand geführt werden. Während C2C-Konflikte insofern häufig einen kritischen Streitwert nicht überschreiten und bei B2C-Streitigkeiten in der Regel die Verbraucherseite über weniger Prozessführungsressourcen verfügt, können Unternehmer häufig größere Register ziehen, verfügen nicht selten über Rechtsabteilungen oder haben zumindest Rechtsverfolgungskosten in nennenswertem Umfang in ihrer Finanzplanung berücksichtigt.

Ein erheblicher Teil der bei der klassischen außergerichtlichen Verhandlung anfallenden Kosten entsteht dadurch, dass die Beteiligten sequenziell in Schriftsätzen kommunizieren und sich der Konflikt rasch verrechtlicht. Das verdeckt bisweilen den Blick auf Gemeinsamkeiten und verhindert Transparenz in Bezug auf hinter den rechtlichen Positionen stehende Interessen. Zudem fallen gerade bei überörtlichen Konflikten häufig Reisekosten in nicht unbeträchtlicher Höhe an.

An dieser Stelle ermöglichen technologische Entwicklungen der vergangenen Jahre grundlegende Optimierungsmöglichkeiten für die Steuerung und ressourceneffiziente Durchführung von Verhandlungen. US-amerikanische Unternehmen wie *Dropbox* zeigen beispielhaft, dass sich komplexe Datenmengen online verwalten, strukturieren und selektiv zugänglich machen lassen. Aus dem Erfolg von Kommunikationsanbietern wie *Skype* (über das 2010 bereits knapp 20 Prozent der weltweit grenzüberschreitenden Telefonie abgewickelt wurde¹⁸) lässt sich ablesen, dass die Technik des Video-Conferencing heute mit jedem handelsüblichen Computer kostengünstig verfügbar ist.

Beide Errungenschaften werden gebündelt von neuen Onlineverhandlungs-Anbietern, die ihren Nutzern ermöglichen, Konflikte zunächst in ein Onlinesystem einzutragen, zu strukturieren und mit Belegdokumenten zu versehen und anschließend den Streit über eine Videokonferenz unter Einschluss der Parteien, ihrer Rechtsanwälte und gegebenenfalls auch eines Mediators quasi vom eigenen Büro aus zu verhandeln. Aufbauend auf den Erfahrungen von *eBay* und *Paypal* baut der US-amerikanische Anbieter *Modria* gegenwärtig ein solches Online-Portal auf.¹⁹ Ähnliche Ansätze werden von der Internationalen Handelskammer ICC in Paris mit dem *eCase*-Tool oder von mehreren kleineren Projekten auch in Deutschland verfolgt.

Auch wenn eine Prognose über künftige Absatzzahlen hier schwerfällt, ist doch davon auszugehen, dass unter der Voraussetzung auch zukünftig gewährleistetester Datensicherheit die Nutzung solcher Online-Portale in den nächsten Jahren mit dem Zutrauen der Bevölkerung zu modernen Kommunikationssystemen erheblich zunehmen wird. Große Kanzleien und Unternehmensberatungen verfügen bereits heute über Video-Konferenzräume, die Online-Verhandlungen in 3D-Technik ermöglichen. Die Technik wird hier die persönliche Begegnung der Beteiligten sicherlich nicht vollständig ersetzen, wohl aber kann sie die Kommunikation

¹⁷ *Rule*, AC Resol. Mag., Fall (2008) S. 10, 11 f.

¹⁸ TeleGeography Report 2010, <http://www.telegeography.com/research-services/telegeography-report-database>.

¹⁹ <http://www.modria.com>.

zwischen den Beteiligten erheblich erleichtern. Gerade Fälle, in denen alle Beteiligten bereits in der Vergangenheit eng zusammengearbeitet haben, zeigen, dass es häufig eine erstaunliche Bereitschaft gibt, auf die persönliche Begegnung zu verzichten, um Zeit und Geld zu sparen.

V. Neue Organisationsformen

Schließlich sei noch ein Blick geworfen auf innovative Organisationsformen für Mediatoren und andere Anbieter von Methoden alternativer Streitbeilegung. In den USA hat sich etwa die Mediation in den vergangenen Jahrzehnten an den so genannten *Small Claims Courts* etabliert. Trotz der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage für die Richtermediation in Deutschland zeichnet sich hierzulande keine parallele Entwicklung für die Behandlung von Verfahren mit niedrigen Streitwerten ab. Die Richtermediation ist in Deutschland gegenwärtig hochsubventioniert und scheint weniger von einem Verständnis der Parteien als von einem Drängen der verweisenden Richter getragen. Sollte jedoch die Subventionierung mittelfristig verschwinden, ist zu vermuten, dass weder für die beteiligten Richter noch für die Rechtsanwälte ein Anreiz verbleibt, in eine Mediationsverhandlung einzutreten.

Umso mehr lohnt der Blick auf andere Organisationsformen, die sich in den USA etabliert haben und sich – unzureichend beachtet von der hiesigen Rechtspraxis – als sehr erfolgreich bei der Vermittlung von Vergleichen erwiesen haben. Dazu gehören einerseits Netzwerke wie diejenigen von Anwälten, die alternative Streitbeilegungsformen wie das Kokon-Verfahren in ihr Angebotsportfolio mit aufgenommen haben. Andererseits gibt es in den USA auch hochprofessionelle private Mediationsorganisationen, die außergerichtliche oder gerichtsnahe Mediationen durchführen. Deren größte ist das Unternehmen JAMS, das 1979 gegründet wurde und sich seither zum weltweit größten privaten Anbieter alternativer Streitbeilegung mit über 270 Vollzeit-Vermittlern entwickelt hat.²⁰ Als Mediatoren fungieren hier vor allem pensionierte Richter, die in einem Mediationsverfahren, das durch Einzelgespräche mit den Parteien geprägt ist, häufig auch festgefahrene Konflikte mit hohen Streitwerten einer gütlichen Einigung zuführen können. Organisationen wie JAMS unterhalten eigene Räumlichkeiten in größeren Städten und übernehmen die gesamte Organisation des Mediationsverfahrens – ein Geschäft, das offenbar nicht nur für die Mediatoren und ihre Organisationen lukrativ, sondern auch für die Streitparteien attraktiv ist.

Ähnliche Institutionen haben sich in Deutschland noch nicht entwickelt. Dabei wäre die Zeit reif dafür: Die Mediation hat in der Bevölkerung einige Bekanntheit erlangt,²¹ und durch die EU-Mediationsrichtlinie und das deutsche Mediationsgesetz hat das Verfahren an Reputation weiter gewonnen. Es bleibt im Wesentlichen das Problem der Reputation der Mediatoren als Verfahrensleiter. Eine Vielzahl verschiedener Ansätze von Mindestausbildungsstunden über Gütesiegel bis hin zu Prüfungsanforderungen wurde bereits diskutiert – keiner dieser Vorschläge hat aber überzeugen

können.²² Das verwundert nicht, denn offenbar hängt die Reputation eines Mediators von praktischen Fähigkeiten ab, die sich nicht in das Korsett einer Regulierung zwängen lassen wollen. Freilich zeigt das amerikanische Beispiel, dass das Vertrauen der Parteien in Mediatoren keine Illusion bleiben muss. Es folgt aber augenscheinlich einer anderweitigen Reputation des Mediators: Einem renommierten Psychologen, einem erfolgreichen Unternehmer, einem geachteten Anwalt oder eben einem pensionierten Richter traut man sehr viel eher zu, einen Konflikt gut zu mediieren, als einer Person, die ausschließlich als Mediator auftritt und damit über keine messbare fachliche Qualifikation verfügt. Es erscheint daher wahrscheinlich, dass sich Netzwerke oder Institutionen, die mit überdurchschnittlich erfolgreichen, vielleicht auch senioreren Mediatoren besetzt sind, ohne Weiteres am Markt behaupten werden.

VI. Fazit

Die außergerichtliche Streitbeilegung ist in Deutschland weit gekommen. Nach wie vor tun deutsche Rechtsanwender gut daran, die Entwicklungen jenseits des Atlantiks aufmerksam zu beobachten. Eine unkritische Übernahme der amerikanischen Innovationen würde jedoch nicht zu großer Hoffnung in Bezug auf neue Entwicklungen in Deutschland Anlass geben. Vielmehr sollten die neuen Strömungen auf ihre Hintergründe hin durchleuchtet und dann versucht werden, im Lichte dessen für die Fortentwicklung der alternativen Streitbeilegung in Deutschland Erkenntnisse zu gewinnen.

Vor diesem Hintergrund erscheint eine Fortführung der Richtermediation in Deutschland weder sinnvoll noch aussichtsreich. Stattdessen sollte das Augenmerk auf privaten Mediationsorganisationen wie auch auf anderen außergerichtlichen Streitbeilegungsmethoden wie der Adjudikation oder dem Kokon-Verfahren liegen, die sich für Konfliktparteien in ganz spezifischen Rechtsgebieten als unmittelbar wertschöpfend erweisen können. Weiterhin haben amerikanische Onlineplattformen auch in Deutschland bereits vielversprechende Ansätze zur Nutzung von Online-Technologie in wirtschaftsrechtlichen Streitigkeiten inspiriert. Es wird sich lohnen, diese Entwicklungen im Auge zu behalten. Von den *Navajo*-Indianern und ihren Landsleuten zu lernen heißt nicht, ihr Vorgehen unbesehen zu kopieren, sondern die eigene Verfahrenskultur unter Berücksichtigung der Erfahrungen Anderer fortzuentwickeln.

²⁰ Weitere Informationen finden sich unter http://www.jamsadr.com/aboutus_overview.

²¹ 57 % der Bevölkerung geben an, bereits einmal von Mediation gehört zu haben, vgl. Roland Rechtsreport 2010, S. 41; freilich zeigt eine Umfrage der Infratest dimap im Auftrag der Deutschen Stiftung Mediation, dass nur kaum mehr als die Hälfte derjenigen, die den Begriff der Mediation kennen, auch dessen richtige Bedeutung kennen.

²² Engell/Hornuf, ZJP (2012), im Erscheinen, unter II. 2. b).



Dr. Martin Engel, LL.M. (Stanford) München

Der Autor ist Rechtsanwalt. Er ist Wissenschaftlicher Assistent am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches, Europäisches und Internationales Unternehmensrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Sie erreichen den Autor unter der E-Mail-Adresse autor@anwaltsblatt.de.