

Horst Eidenmüller^{*)}

Caucus-Mediation und Mediationsgesetz

Mediationsverfahren werden auch in Deutschland immer häufiger nach dem die internationale, anglo-amerikanisch geprägte Mediationspraxis dominierenden Caucus-Modell (Mediation in Einzelgesprächen mit den Beteiligten) geführt. In der einschlägigen deutschsprachigen Literatur begegnet dieses Modell teilweise Vorbehalten. Der Beitrag stellt das Verfahren der Caucus-Mediation vor, diskutiert dessen Vor- und Nachteile und begründet, warum eine Caucus-Mediation eine Mediation im Sinne des Mediationsgesetzes ist.

I. Problemstellung

Mediation ist Verhandlungsunterstützung durch einen neutralen Dritten.¹⁾ Das deutsche Mediationsgesetz (MediationsG) beginnt mit einer ausführlicheren Definition: „Mediation ist ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“ (§ 1 Abs. 1 MediationsG).²⁾ Was aber gibt einem Mediationsverfahren seine Struktur? In Kontinentaleuropa würden die meisten Mediatoren auf diese Frage vermutlich antworten: Das Verhandeln nach einem Phasenschema im Plenum, also unter gleichzeitiger Anwesenheit aller Beteiligten.³⁾ Nach einem Eröffnungsstatement des Mediators werden Themen gesammelt und sodann der Sachverhalt aus der Warte der Beteiligten erforscht. Anschließend geht es um die Ermittlung der Interessen der Beteiligten und – auf dieser Basis – um die Entwicklung kreativer Lösungsoptionen, bevor diese bewertet und eine einvernehmliche Konfliktbeilegung (Verständigung auf eine bestimmte Lösung) versucht werden. Diese Struktur wird getragen von der Überlegung, dass es ein wesentliches Ziel der Mediation sei, eine gestörte direkte Kommunikation zwischen den Beteiligten wiederherzustellen.

In der gesamten englischsprachigen Mediationswelt – keineswegs nur in den USA – dominiert demgegenüber eine andere Mediationsstruktur: die sog. Caucus-Mediation, also eine Mediation überwiegend oder gar ausschließlich in Einzelgesprächen mit den Beteiligten. Die jüngsten drei internationalen Co-Mediationen des Verfassers zusammen mit Mediatoren aus dem angelsächsischen Raum betrafen zwei Fälle präsumptiver Anwaltshaftung global agierender Anwaltssozietäten und einen kapitalmarktrechtlichen Streit zwischen Hedge-Fonds und einem deutschen Industrieunternehmen – in allen drei Fällen wurde nach der Methode der Caucus-Mediation vorge-

gangen. Aber auch ohne Beteiligung von Mediatoren aus dem angelsächsischen Raum gewinnt die Caucus-Mediation an Boden: Der Verfasser mediierte unlängst einen markenrechtlichen Streit zwischen einem großen Unternehmen aus dem Silicon Valley und einem deutschen Mittelständler im Bereich der medizinischen Industrie. Auf ausdrücklichen Wunsch der deutschen Seite (!) wurde die Mediation als Caucus-Mediation durchgeführt.

II. Die Methode der Caucus-Mediation

Bei einer Caucus-Mediation pendelt der Mediator zwischen den Parteien, mit denen er jeweils Einzelgespräche führt, hin und her.⁴⁾ Die Mediation beginnt – wie eine Plenumsmediation – regelmäßig mit einem Eröffnungsstatement des Mediators, in dem dieser die Struktur und die Grundregeln des Verfahrens (Freiwilligkeit, ggf. Vertraulichkeit etc.) mit den Parteien bespricht. Daran schließt sich typischerweise ein kurzes Plädoyer jeder Seite an, ähnlich wie in einem (internationalen) Schiedsverfahren („Opening Statement“). Inhalt dieses Plädoyers ist eine mündliche Zusammenfassung der in einge-

^{*)} Dr. iur., LL.M. (Cantab.), M.A. (Oxon.), Universitätsprofessor, Inhaber des Lehrstuhls für Handelsrecht an der University of Oxford und Research Associate des European Corporate Governance Institute. Der Beitrag ist Frau Dr. Katherine Knauth in herzlicher Verbundenheit gewidmet. Ich erinnere mich noch gut an unsere erste Begegnung zusammen mit Herrn Karl-Peter Winters bei einem Abendessen im Jahre 1998. Es ging um die Veröffentlichung meiner Habilitationsschrift über „Unternehmensanierung zwischen Markt und Gesetz“ im Verlag Dr. Otto Schmidt. Daraus haben sich viele gemeinsame Projekte und eine langjährige Verbundenheit mit dem Verlag Dr. Otto Schmidt und dem RWS Verlag ergeben, insbesondere im Bereich des Unternehmensinsolvenzrechts und der Mediation.

1) Duve/Eidenmüller/Hacke, Mediation in der Wirtschaft: Wege zum professionellen Konfliktmanagement, 2. Aufl., 2011, S. 63.

2) Diese Definition ist in mehrfacher Hinsicht missglückt. So ist etwa gänzlich unverständlich, warum Mediation grundsätzlich vertraulich sein soll (s. a. Risse, SchiedsVZ 2012, 244, 245 f.). Viele bedeutende Mediationsverfahren sind in der Vergangenheit vor den Augen der Weltöffentlichkeit geführt worden, und bei bestimmten Großprojekten ist strikte Vertraulichkeit auch vollkommen unrealistisch, s. etwa Mordehai Mironi, Mediation and Strategic Change, 2008, S. 82 f. Zu anderen (rechtstechnischen) Unzulänglichkeiten der Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 1 MediationsG s. Wagner/Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 1 Rz. 6 ff. m. w. N.

3) S. etwa Duve/Eidenmüller/Hacke (Fußn. 1), S. 77 ff.; Greger, in: Greger/Unberath, MediationsG, 2012, § 1 Rz. 21 ff.; Unberath, in: Greger/Unberath, MediationsG, 2012, § 2 Rz. 50; Hagel, in: Kloweit/Gläsner, MediationsG, 2014, § 1 Rz. 10.

4) Zur Caucus-Mediation allgemein s. etwa Calkins, Drake L. Rev. 58 (2010), 357, 365 ff.; Calkins/Lane, Mediation Practice Guide, 2. Aufl., 2013, § 3; Kovach, Mediation: Principles and Practice, 3. Aufl., 2004, S. 238 ff.; Bübring-Uble, Arbitration and Mediation in International Business, 1996, S. 284 ff.; Risse, Wirtschaftsmediation, 2003, S. 241 ff.

reichten Schriftsätzen („Mediation Briefs“) vertretenen Positionen. Zwingend sind solche Plädoyers aber nicht. Es kommt also auch vor, dass sich die Parteien während der Mediation – von einem kurzen Treffen zu Beginn anlässlich der Eröffnung der Mediation durch den Mediator abgesehen – nicht mehr sehen und auch nicht mehr direkt miteinander sprechen.

Die Einzelgespräche des Mediators bei einer Caucus-Mediation sind grundsätzlich nicht vertraulich. Sie dauern in der Regel etwa ein bis zwei Stunden und haben den Zweck, eine Brückenkommunikation zwischen den Parteien während der gesamten Mediation aufrechtzuerhalten. Von essentieller Bedeutung ist es deshalb, dass der Mediator gute Fragen stellt⁵⁾ und aktiv zuhört,⁶⁾ also Gehörtes mit eigenen Worten wiedergibt (paraphrasiert), und zwar zunächst gegenüber der Partei, mit der das Einzelgespräch geführt wird, und sodann im Verhältnis zur anderen Partei – diese hört also die jeweilige Gegenseite über bzw. durch den Mediator. Die Einzelgespräche können sequentiell nach dem Phasenschema organisiert werden, also sich erst etwa auf Interessen richten, sodann auf Lösungs-ideen etc., auch wenn dies praktisch eher selten geschieht. Zielsetzung des „Caucusing“ ist es, einen Verhandlungsprozess zwischen den Beteiligten in Gang zu setzen, der dazu führt, dass diese Angebote und Gegenangebote austauschen und so möglicherweise eine Einigung erzielen. Dieser Verhandlungsprozess wird durch den Mediator unterstützt, etwa durch kritische Fragen bezüglich der Nichteinigungsalternativen der Beteiligten, kreativitätsstimulierende Techniken, Einbringen von objektiven Bewertungskriterien, Sichtbarmachen von Interdependenzen und Implikationen von Lösungsideen, Erwirken hypothetischer Zugeständnisse („Bracketing“) etc.⁷⁾

III. Vor- und Nachteile der Caucus-Mediation

Aus kontinentaleuropäischer Sicht mutet diese Form der Mediation vielfach befremdlich an, und manche würden sogar sagen, dass ein solchermaßen „strukturierter Basar“ mit der „eigentlichen“ Mediation nichts oder jedenfalls nicht viel zu tun hat.⁸⁾ Dabei handelt es sich allerdings um – bisweilen ideologisch geprägte – Vorurteile, die einer nüchternen und differenzierten Analyse der Vor- und Nachteile einer Caucus-Mediation weichen sollten.

In vielen rechtlich geprägten Mediationsverfahren geht es primär um eine geschickte Vermittlung des Mediators in einem „Verteilungskampf“, also in Situationen, in denen die distributiven Aspekte des Konflikts eine große Rolle spielen. Für solche Situationen eignet sich das Caucus-Format sehr gut. Man denke etwa an die eingangs erwähnten Mediationsfälle, denen jeweils potentielle Haftungsansprüche einer Seite gegen die andere zugrunde lagen, und zwar in zwei Fällen gesetzliche Ansprüche. Die zentrale Aufgabe des Mediators liegt hier darin, durch kritische Arbeit an den Nichteinigungsalternativen beider Seiten überhaupt erst einen positiven Lösungsraum entstehen zu lassen. Diese Arbeit lässt sich am besten in Einzelgesprächen leisten. Gleichzeitig gilt es, ein strategisches Pokerspiel zu organisieren, die Beteiligten über die Konsequenzen bestimmter Züge zu informieren und sie mit Erfahrungen aus vielen ähnlichen Situationen zu angemessenen Schritten zu motivieren. Auch dafür ist „Caucusing“ das beste Format.

Auch in hocheskalieren und von massiven negativen Gefühlen geprägten Situationen, in denen die Parteien nicht mehr miteinander reden können und wollen, hat die Caucus-Mediation ihren berechtigten Platz. So lag es etwa in der eingangs geschilderten Situation des Streits zwischen dem Silicon Valley-Unternehmen und dem deutschen Mittelständler: Die Geschäftsführerin der deutschen Seite drängte zu einer in Einzelgesprächen geführten Mediation, weil sie bereits die physische Anwesenheit mit der Gegenseite in einem Raum als extrem belastend bzw. sogar unerträglich empfand. In anderen Situationen mögen Beteiligte den unmittelbaren Austausch mit der Gegenseite aufgrund kultureller Prägungen oder struktureller Besonderheiten, etwa einem Gefühl der Unterlegenheit, ablehnen. Das kann etwa in hochstreitigen Scheidungskonflikten der Fall sein.⁹⁾

Es kommt hinzu, dass sich zentrale Anliegen in einer Mediation wie Interessenerforschung, Empathieförderung und die Entwicklung kreativer Lösungen auch in einer Caucus-Mediation erreichen lassen. Man kann es sogar noch zugespitzter formulieren: Abhängig von der konkreten Situation lassen sich diese Anliegen in einer Caucus-Mediation möglicherweise sogar besser, oder sie lassen sich sogar nur in einer Caucus-Mediation erreichen.

Andere Vorteile der Caucus-Mediation haben eher einen technischen bzw. pragmatischen Charakter. Dazu können Sprachthemen gehören. Die soeben erwähnte Mediation sollte auf Wunsch der deutschen Seite in deutscher Sprache stattfinden. Die anwesenden Vertreter der US-amerikanischen Seite sprachen aber kein Deutsch (bis auf deren Rechtsanwälte). Eine Plenumsmediation hätte also sowieso nur schwierig – mit Simultanübersetzung durch die Rechtsanwälte – durchgeführt werden können. Caucus-Mediationen sind auch für den Mediator weniger anstrengend: Man kann sich auf weniger Beteiligte mit homogenen Interessen konzentrieren und steht nicht permanent unter Beobachtung einer großen Gruppe mit einem akut oder latent erheblichen Konfliktpotential.

Auf der anderen Seite hat eine reine Caucus-Mediation zweifellos gewisse Nachteile. Wenn sich die Beteiligten beispielsweise in einer auf Dauer angelegten (Geschäfts-)Beziehung befinden, die sie nicht beenden können oder wollen, dann muss es das Ziel der Mediation sein, wieder eine direkte und ungestörte Kommunikation zwischen ihnen zu etablieren. Dafür sind Plenarsitzungen unumgänglich, jedenfalls gegen Ende der Mediation. Erst recht gilt dies, wenn die Mediation eine transformative Zielsetzung verfolgt,¹⁰⁾ es also primär nicht um die Lösung eines Sachproblems, sondern darum geht, den Parteien zu helfen, eine (beschädigte) Beziehung wieder zu reparieren, und zwar im allseitigen Interesse eines gedeihlichen zukünftigen Zusammenlebens. Dadurch soll gleichzeitig die autonome Konfliktlösungskompetenz der Parteien für zukünftige Konfliktfälle gestärkt werden.

5) Das bedeutet vor allem: viele offene Fragen, s. *Marquardt*, *Leading with Questions*, 2014, S. 83 ff., 103 ff.

6) *Duwe/Eidenmüller/Hacke* (Fußn. 1), S. 147 ff.

7) *Eidenmüller*, *ZKM* 2013, 4, 5 ff.

8) S. etwa *Risse* (Fußn. 4), S. 242 m. w. N., oder *Burmann*, *SpV* 2013, 5 f.

9) S. *Kulms*, in: *Hopt/Steffek*, *Mediation*, 2008, S. 403, 439 f.

10) *Baruch Bush/Folger*, *The Promise of Mediation*, 2. Aufl., 2005, S. 41 ff., 65 f.

Nicht zu unterschätzen ist auch die Manipulationsgefahr, der man als Mediator in einer Caucus-Mediation deutlich stärker ausgesetzt ist als in einer Plenumsmediation. Von strategisch versierten Parteien wird man ständig mit Fangfragen und anderen Fallen konfrontiert („Was meinen Sie: Wie weit müssen wir gehen, um die andere Seite mit einem verbesserten Angebot in der Mediation zu halten?“). Caucus-Mediationen stellen damit erhebliche Anforderungen an den Mediator als ehrlichen Makler. Der Grat, auf dem man geht, ist schmal; die Gefahr, seine Neutralität in den Augen einer Partei zu verlieren, hoch.

Insgesamt ist deshalb meines Erachtens eine nüchterne und pragmatische Haltung gegenüber der Caucus-Mediation angezeigt. Ausgehend von einer Analyse des konkreten Konfliktes ist mit den Parteien zu besprechen, welches Mediationsformat ihnen am besten dient. Das kann im konkreten Fall eine Plenumsmediation sein, bisweilen aber auch eine Caucus-Mediation.

IV. Regelungen des Mediationsgesetzes

Ist eine Caucus-Mediation eine Mediation i. S. d. Mediationsgesetzes? Führt man sich nochmals die eingangs zitierte Definition in § 1 Abs. 1 MediationsG vor Augen, so besteht daran kein Zweifel: Die Caucus-Mediation ist ein „... strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben“. Es kommt hinzu, dass es in § 2 Abs. 3 MediationsG explizit heißt: „Der Mediator ist allen Parteien gleichermaßen verpflichtet. Er fördert die Kommunikation der Parteien und gewährleistet, dass die Parteien in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind. Er kann im allseitigen Einverständnis getrennte Gespräche mit den Parteien führen.“ Eine Mediation auf der Basis von Einzelgesprächen ist also im allseitigen Einverständnis zulässig und erfüllt die Kriterien des § 1 Abs. 1 MediationsG.

Gleichwohl ist dies im Schrifttum jüngst infrage gestellt worden.¹¹⁾ Eine Caucus-Mediation ohne eine gemeinsame Mediationssitzung entspreche nicht dem Bild von Mediation, welches der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung des Mediationsgesetzes vor Augen gehabt habe. Der Mediator habe die Aufgabe, die Kommunikation zwischen den Parteien zu fördern, damit sie eine eigenverantwortliche Lösung entwickeln können. In § 2 Abs. 3 und 5 MediationsG sei daher ausdrücklich von der Förderung der „Kommunikation der Parteien“ und deren „eigenverantwortliche(r) Kommunikation“ die Rede.

Diese Überlegungen überzeugen nicht. Mit § 1 Abs. 1 MediationsG macht der deutsche Gesetzgeber deutlich, dass Mediation ein strukturiertes Verfahren ist. Er legt sich aber nicht auf eine bestimmte Struktur bzw. ein bestimmtes Mediationsformat fest. Ganz im Gegenteil: Die Erwähnung von Einzelgesprächen als ein Werkzeug des Mediators in § 2 Abs. 3 MediationsG bekräftigt, dass auch eine Mediation auf der Basis von Einzelgesprächen eine Mediation i. S. d. Mediationsgesetzes ist. Das gilt umso mehr, als alle Vorschriften in § 2 MediationsG bis auf die Neutralitätspflicht und das Gleichbehandlungsgebot aus § 2 Abs. 3 Satz 1 und 2 MediationsG dispositiv sind, also der Parteiautonomie unterliegen.¹²⁾ Diese können eine Mediation also im wahrsten Sinne des Wortes so

gestalten, wie sie wollen. Wenn es überhaupt ein Leitbild des Mediationsgesetzes gibt, dann dieses: die Offenheit für jede Verfahrensweise, die dem Parteiwillen entspricht.

Die zitierte Stellungnahme aus dem Schrifttum ist aber auch deshalb nicht überzeugend, weil sich aus den angeführten Gesichtspunkten nichts gegen die Caucus-Mediation als Mediationsform i. S. d. Mediationsgesetzes ableiten lässt. Die Förderung der „Kommunikation der Parteien“ und deren „eigenverantwortliche Kommunikation“ sind nicht auf die Plenumsmediation beschränkt. Sie können auch in einer Caucus-Mediation stattfinden, und zwar bisweilen besser als in einer Plenumsmediation und in bestimmten Fällen sogar nur in jenem Mediationsformat. Die Kritik der Caucus-Mediation und die gezogene Schlussfolgerung gehen von einem unzutreffenden Sachverhalt aus.

Das zeigt sich auch daran, dass das Fehlen einer „gemeinsamen Mediationssitzung“ das Wesensmerkmal einer Caucus-Mediation sein soll. Eine solche gemeinsame Mediationssitzung gibt es aber auch in einer Caucus-Mediation praktisch immer, und sei es, dass diese sich auf das Eröffnungsgespräch mit dem Mediator und die Festlegung des Ablaufs der Mediation beschränkt (s. o. II). Soll das für eine „gemeinsame Mediationssitzung“ nicht ausreichen? Wenn nein, welches ist dann der Zeitraum und welches sind die inhaltlichen Anforderungen, die darüber hinaus an eine „gemeinsame Mediationssitzung“ gestellt werden sollen? Diese Fragen stellt und beantwortet die zitierte Stellungnahme nicht. Eine überzeugende und praktisch handhabbare Antwort lässt sich auch nicht geben. Nach alledem ist eine Caucus-Mediation eine Mediation i. S. v. § 1 Abs. 1 MediationsG.¹³⁾

Die Rechtspflichten eines Mediators bei einer Caucus-Mediation unterscheiden sich nicht von denjenigen bei einer Plenumsmediation nach dem Phasenmodell. Auch bei der Caucus-Mediation trifft den Mediator nach dem gesetzlichen Regelungsmodell die Pflicht, die Kommunikation der Parteien zu fördern und zu gewährleisten, dass diese in angemessener und fairer Weise in die Mediation eingebunden sind (§ 2 Abs. 3 Satz 2 MediationsG). Im Hinblick auf eine mögliche Einigung der Parteien hat er auch bei der Caucus-Mediation die Pflichten aus § 2 Abs. 6 MediationsG zu beachten.¹⁴⁾

V. Zusammenfassung

Mediationsverfahren nach dem sog. Caucus-Modell, also auf der Basis von Einzelgesprächen des Mediators mit den Beteiligten, gewinnen praktisch an Bedeutung. Sie haben Vor- und Nachteile. Insbesondere bei stark distributiv geprägten Konflikten und in hochskalierten Situationen bietet sich eine Caucus-Mediation an. Caucus-Mediationen sind Mediationsverfahren i. S. v. § 1 Abs. 1 MediationsG. Die Rechtspflichten eines Mediators unterscheiden sich damit nicht von denjenigen bei einer Plenumsmediation nach dem Phasenmodell.

11) S. im Folgenden Greger, ZKM 2015, 172 f.

12) Eidenmüller, in: Eidenmüller/Wagner, Mediationsrecht, 2015, Kap. 4 Rz. 7 ff., insb. Rz. 9.

13) Wagner/Eidenmüller (Fußn. 2), Kap. 1 Rz. 71 f.; Eidenmüller (Fußn. 12), Kap. 5 Rz. 28 f.; Hagel (Fußn. 3), § 1 Rz. 11.

14) S. Eidenmüller (Fußn. 12), Kap. 5 Rz. 29.