



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

Band 25

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Jörg Schneider-Brodtmann

Deal Mediation

Mediation als Verfahren zur Verhandlungs- und Projektbegleitung sowie als Mittel zur Konfliktprävention in der Wirtschaft



Wolfgang Metzner Verlag

Band 25

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Viadrina-Schriftenreihe zu Mediation und Konfliktmanagement

Herausgegeben von

Dipl.-Psych. Nicole Becker, M. A.

Prof. Dr. Ulla Gläßer, LL. M.

Dipl.-Psych. Kirsten Schroeter

Dr. Felix Wendenburg, M. B. A.

Jörg Schneider-Brodthmann

Deal Mediation

Mediation als Verfahren zur Verhandlungs- und Projektbegleitung sowie als Mittel zur Konfliktprävention in der Wirtschaft



Wolfgang Metzner Verlag

Master-Studiengang Mediation
und Konfliktmanagement
Masterarbeit
Studiengang 2018/2019



EUROPA-UNIVERSITÄT
VIADRINA
FRANKFURT (ODER)

© Wolfgang Metzner Verlag, Frankfurt am Main 2021

Das Werk ist urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung außerhalb der Freigrenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany

ISBN 978-3-96117-083-8 (Print)

ISBN 978-3-96117-084-5 (Online)

ISSN 2365-4155

Bibliografische Information der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Inhalt

Vorwort **6**

Abstract **7**

A. Einleitung: Gegenstand, Ziele und Gang der Untersuchung **8**

I. Ausgangspunkt und aktuelle Tendenzen **8**

II. Frage- und Zielstellung der Arbeit **9**

III. Gang der Untersuchung **10**

B. Hauptteil: Von der Dispute Mediation zur Deal Mediation **12**

I. Begriff, Entwicklung und Praxis der Deal Mediation **12**

1. Begriff und Konzept der Deal Mediation **12**

2. Entwicklung des Konzepts in den USA **13**

a) Fisher / Ury (1981) **13**

b) Raiffa (1982) **14**

c) Hager / Pritchard (1999) **14**

d) Salacuse (2002) **15**

e) Peppet (2003 und 2004) **16**

f) Stearns Johnsen (2011) **16**

g) Apollon (2014) **17**

3. Rezeption in Deutschland und Europa **18**

a) Eidenmüller (2004) **18**

b) Middleton-Smith / Moore (2007) **19**

c) Schonewille / Fox (2010) **20**

d) Berkel (2015 und 2018) **21**

e) Janoska (2017) **22**

f) Schneider-Brodtmann (2019) **23**

4. Aktuelle Fragen und Praxis der Deal Mediation **24**

5. Varianten der Deal Mediation und Abgrenzung zu anderen
Verfahren **25**

a) Interne und externe Deal Mediation, Verhandlungsberatung **25**

b) Moderation **26**

- c) Weitere “moderne” Verfahren der Projektbegleitung und Konfliktbearbeitung **28**
 - aa) Partnering **28**
 - bb) Adjudication **28**
 - cc) Dispute Board **29**
 - dd) Cooperative Practice **30**
- II. Normative Grundlagen und Konfliktbegriff **30**
 - 1. Legaldefinition der Mediation in § 1 Abs. 1 MediationsG **30**
 - a) Wortlaut der Norm **30**
 - b) Entstehungsgeschichte **31**
 - c) Aktueller Diskussionsstand **33**
 - 2. Konfliktbegriff **34**
 - a) Vom Interessengegensatz zum Konflikt **34**
 - b) Präventive und kurative Konfliktbearbeitung **35**
 - c) Präventive und kurative Aspekte der Deal Mediation **36**
 - 3. Folgerungen für die rechtliche Qualifizierung der Deal Mediation **37**
 - a) Keine Mediation i.S.d. MediationsG **37**
 - b) Analoge Anwendung einzelner Bestimmungen des MediationsG **38**
 - c) Vertragliche Lösungen **40**
- III. Verhandeln und (Deal) Mediation **41**
 - 1. Verhandeln als Mittel zur Vertragsgestaltung und Konfliktbearbeitung **41**
 - a) Begriff des Verhandeln **41**
 - b) Verhandeln als Konfliktmanagement-Instrument **42**
 - c) Konfliktprävention durch Verhandeln **42**
 - 2. Vorteile des Einsatzes eines neutralen Dritten bei Vertragsverhandlungen **43**
 - a) Übernahme der Verfahrenssteuerung und der Gesprächsmoderation **43**
 - b) Förderung interessenbasierten Verhandeln („Harvard-Konzept“) **44**
 - aa) Trennung zwischen Sache und Person **45**
 - bb) Fokussierung auf Interessen statt auf Positionen **45**

- cc) Entwicklung von Lösungsoptionen zum beiderseitigen Vorteil **45**
- dd) Anwendung objektiver Bewertungskriterien **46**
- ee) Bewertung der Nichteinigungsalternativen **46**
- c) Förderung der Kommunikation und Unterstützung beim Beziehungsaufbau **47**
 - aa) Herstellung von Transparenz **47**
 - bb) Verständnissicherung **47**
 - cc) Umgang mit kognitiven Barrieren **48**
 - dd) Umgang mit Machtungleichgewichten und unterschiedlichen Verhandlungsstilen **48**
 - ee) Umgang mit Emotionen **49**
- d) Überwindung sprachlicher und kultureller Barrieren **49**
- e) Überwindung des Verhandlungsdilemmas **50**
- f) Bewältigung der principal/agent-Problematik **51**
- g) Fortlaufendes Vertrags-, Projekt- und Konfliktmanagement bis zur Vertragsbeendigung **52**
- 3. Vorbehalte und Bedenken gegenüber der Deal Mediation **54**
 - a) Widerstand gegen Neues, Ablehnung durch Berater **55**
 - b) Kognitive Barrieren **56**
 - c) Gefahr des Unterlaufens rechtlicher Schutzzwecke **56**
 - d) Erhöhung der Transaktionskosten **57**
- IV. Vergleich der Deal Mediation mit der Dispute Mediation **59**
 - 1. Unterschiede zwischen Verhandlungs- und Konfliktsituationen **59**
 - a) Unterschiedliche Zielrichtung **59**
 - b) Unterschiede auf der Verfahrensebene **59**
 - c) Unterschiede auf der inhaltliche Ebene **60**
 - 2. Konsequenzen der Unterschiede **62**
 - a) Rolle des Deal Mediators, persönliche und fachliche Anforderungen **62**
 - b) Auswirkungen auf das Verfahren und die Methoden **63**
 - aa) Strukturierung zur Reduzierung von Komplexität **64**
 - bb) Abweichungen von der klassischen Phasenstruktur **65**
 - cc) Führung von vertraulichen Einzelgesprächen **65**
 - dd) Abgabe (rechtlicher) Bewertungen **67**

- ee) Einigungsvorschläge des Deal Mediators 67
- ff) Ein-Text-Verfahren 69
- gg) Keine gesonderte Abschlussvereinbarung 70
- 3. Rollenklärung und Umsetzung im Mediatorvertrag 71
 - a) Methodische Aspekte 71
 - b) Fortlaufende Projektbegleitung 71
 - c) Zusammenarbeit mit Rechtsberatern der Parteien 71
 - d) Verfahrensänderungen 72
 - e) Ausgestaltung des Mediatorvertrags 72
- V. Anwendungsfelder der Deal Mediation in der Wirtschaft 73
 - 1. Allgemeine Anwendungskriterien 73
 - a) Hohes Transaktionsvolumen 73
 - b) Erhöhte Komplexität 73
 - c) Weitere Aspekte 74
 - aa) Anzahl der Beteiligten 74
 - bb) Grenzüberschreitender Charakter 74
 - cc) Informationsasymmetrien und ungleich verteilte Verhandlungsmacht 75
 - dd) Unperfekte, (quasi-)monopolistische Märkte 75
 - ee) Lange Projekt- oder Umsetzungsphase 76
 - ff) Ins Stocken geratene Verhandlungen 76
 - 2. Einzelne Anwendungsfelder 77
 - a) Unternehmenskäufe und Fusionen 77
 - b) Unternehmensnachfolge, insbesondere bei Familienunternehmen 78
 - c) Sanierungen und Restrukturierungen 80
 - d) Bauprojekte, internationaler Anlagenbau 84
 - e) IT-Projekte, insbesondere IT-Outsourcing 86
 - f) Abgrenzung: Vertragsmediation durch Notare 89
- C. Schlussbetrachtung 93
 - I. Vorteile der Deal Mediation 93
 - 1. Verfahrensebene 93
 - 2. Inhaltliche Ebene 93
 - 3. Fortlaufendes Vertrags-, Projekt und Konfliktmanagement 94

II. Deal Mediation als Prototyp eines Verfahrens zur Konfliktprävention in der Wirtschaft	94
III. Unterschiede zur Konfliktmediation, Rolle des Deal Mediators	95
IV. Anwendung der Deal Mediation in der Praxis	96
1. Bevorzugte Anwendungsfelder	96
2. Anwendungshindernisse	96
Literaturverzeichnis	98
Abkürzungsverzeichnis	107
Über den Autor	111

Vorwort

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Frage, ob und wie die Mediation als strukturiertes Verfahren zur Verhandlungs- und Projektbegleitung sowie als Mittel zur Konfliktprävention in der Wirtschaft eingesetzt werden kann. Dies geschieht am Beispiel der so genannten *Deal Mediation*, also der Verhandlungs- und Projektunterstützung durch einen neutralen Dritten, mit einem besonderen Fokus auf komplexe Transaktionen und Projekte im Unternehmenskontext wie M&A-Deals, Bau- und IT-Projekte, Unternehmensnachfolgen und Unternehmenssanierungen.

Ausgangspunkt der vorliegenden Publikation war meine im Wintersemester 2019/2020 angefertigte Masterarbeit im berufs begleitenden Master-Studiengang Mediation und Konfliktmanagement an der Europa-Universität Viadrina in Frankfurt (Oder). Diese habe ich zu Zwecken der Veröffentlichung aktualisiert und um einige weiterführende Überlegungen ergänzt.

Meinem Betreuer, Dr. Felix Wendenburg, danke ich für seine Unterstützung und die zielführende und bestärkende Kritik bei der Konzeption und Erstellung der Arbeit.

Mein Dank gilt darüber hinaus den Herausgebenden dieser Schriftenreihe und dem Wolfgang Metzner Verlag für die Möglichkeit diese Arbeit zu veröffentlichen und damit hoffentlich einen Diskursbeitrag zu leisten, der die Entwicklung der Deal Mediation in Deutschland voranbringt.

Ein persönliches Dankeschön für die kritische Durchsicht und technische Unterstützung bei der Manuskripterstellung gilt meiner Assistentin, Annika Haug. Und schließlich gilt mein Dank meiner Frau, Sandra Brodtmann, sowie meinen Töchtern, Carolin und Nikola Brodtmann, die mein Masterstudium und die Anfertigung dieser Arbeit mit viel Geduld und Liebe begleitet haben.

Jörg Schneider-Brodtmann
Stuttgart, im Januar 2021

Abstract

Deal Mediation – Mediation as a Method to Support Negotiations and Projects, and as a Means of Conflict Prevention in Business

This study deals with the question of whether mediation is exclusively a method for (extra-judicial) conflict resolution, or whether and under what conditions it can also be used to support contract negotiations and ongoing projects, and thus serve as a means of conflict prevention in business.

The study is based on a rather new procedure called “deal mediation”, with a special focus on complex transactions and projects in a business context. Deal mediation is about using a neutral third party not only to settle a concrete conflict, but to moderate and facilitate difficult contract negotiations and to support ongoing projects before a conflict arises.

The aim of the study is to demonstrate that

- the potential field of application of mediation is not limited to the curative treatment of conflicts that have already arisen, but also extends to conflict prevention;
- mediation can be used as a structured procedure for negotiation and project support, even and especially when no concrete conflict has yet arisen;
- the use of a neutral third party in complex business transactions not only increases the probability of a successful completion of negotiations, but also offers particular added value with regard to the effective implementation of the negotiation results.

The study shows that deal mediation is primarily suitable for supporting complex transactions and projects with a large number of participants and a considerable contract volume. It offers significant added value if the project in question is not limited to the conclusion of the contract, but is followed by a long-term implementation project in which the deal mediator stays available to support an ongoing contract, project and conflict management. The primary field of application of deal mediation extends to complex transactions like M&A projects, IT (outsourcing) projects, building and plant construction projects, often in a cross-border context, as well as (family) company successions and corporate restructurings.

A. Einleitung: Gegenstand, Ziele und Gang der Untersuchung

I. Ausgangspunkt und aktuelle Tendenzen

Gemäß § 1 Abs. 1 des deutschen Mediationsgesetzes (MediationsG) ist Mediation ein

„vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben.“

Da das MediationsG im Rahmen der Begriffsdefinition zur Mediation von der *Beilegung eines Konflikts* spricht, liegt es nahe, das Vorliegen eines Konflikts als zwingende Voraussetzung für dessen Anwendbarkeit anzusehen. Dies entspricht auch der in Deutschland seit Inkrafttreten des Gesetzes herrschenden Auffassung im (juristischen) Schrifttum: Ohne Konflikt keine Mediation.¹

Ungeachtet dieses engen gesetzlichen Rahmens häufen sich in jüngerer Zeit Stimmen, die für ein weiteres Begriffsverständnis plädieren. Danach sollen über konkrete Konflikte hinaus auch „Entscheidungsbedarfe im Allgemeinen“, zum Beispiel im Rahmen von unternehmerischen Strategieentwicklungen, geeignete Gegenstände eines Mediationsverfahrens sein.² Als weitere Anwendungsfelder der Mediation zu Zwecken der Entscheidungsfindung und/oder Konfliktvermeidung werden die Begleitung von Restrukturierungen und Change Prozessen in Unternehmen sowie Gestaltungen im Zusammenhang mit Unternehmensnachfolgen genannt.³

In diesem Zusammenhang wird häufig auch die sogenannte Deal Mediation als Beispiel für einen nicht nur kurativ, sondern auch präventiv wirkenden Einsatz der

¹ In diesem Sinne Greger, ZKM 2015, 172 (174); Greger/Unberath/Steffek (2016), § 1 MediationsG Rn. 28; Klowitz/Gläßer/Hagel (2018), § 1 MediationsG Rn. 18; Berkel, ZKM 2018, 60 (anders noch ders. in ZKM 2015, 4 ff.); Schneider-Brodtmann, ZKM 2019, 89 (91 f.); Glienke, Mediation aktuell (Februar 2019), B.II, dort bei Fn. 19; Schweizer/Kracht (2020), S. 261.

² Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg (2014), S.16 f.; Wendenburg, ZKM 2014, 36; Ballreich, Perspektive Mediation, 2010, 156 ff.; Gläßer, ZKM 2007, 116; für einen weiten Mediationsbegriff sprechen sich auch Duve/Eidenmüller/Hacke/Fries (2019), S. 67 und Goltermann/Hagel/Klowitz/Lieven, SchiedsVZ 2012, 301 aus.

³ Goltermann/Klowitz in: Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg (2014), S. 292 f., im Anschluss an RTMKM, ZKM 2009, 147 (148); Klowitz/Gläßer/Hagel (2018), § 1 MediationsG Rn. 18 und Teil 3 B Rn. 3.

Mediation angeführt.⁴ Bei diesem um die Jahrtausendwende in den USA entwickelten und mittlerweile auch in Europa praktizierten Verfahren⁵ geht es darum, dass ein neutraler Dritter nicht erst zur Beilegung eines akuten Konflikts, sondern bereits vor Entstehung eines solchen zur Steuerung und Moderation schwieriger Vertragsverhandlungen und zur Begleitung von Projekten eingesetzt wird. Ein häufig beschriebener Anwendungsfall betrifft komplexe Transaktionen unter Beteiligung mehrerer Unternehmen, wie z.B. internationale Unternehmenskäufe und Fusionen.⁶

II. Frage- und Zielstellung der Arbeit

Angesichts dieser aktuellen Tendenzen zur Ausweitung des Anwendungsbereichs der Mediation befasst sich die vorliegende Arbeit mit der Frage, ob die Mediation, wie es der Wortlaut von § 1 Abs. 1 MediationsG nahelegt, ausschließlich ein Verfahren zur (außergerichtlichen) Konfliktbeilegung ist, oder ob und unter welchen Voraussetzungen sie auch als Verfahren zur Verhandlungs- und Projektbegleitung sowie als Mittel zur Konfliktprävention in der Wirtschaft eingesetzt werden kann. Dies geschieht am Beispiel der Deal Mediation mit einem besonderen Fokus auf komplexe Transaktionen und Projekte im Unternehmenskontext (B2B). Demgegenüber sind Geschäfts- und Vertragsbeziehungen zwischen Unternehmen und Privatpersonen/ Verbrauchern (B2C) nicht Gegenstand dieser Arbeit.

Ziel der Arbeit ist es aufzuzeigen, dass

- sich das potenzielle Anwendungsfeld der Mediation ungeachtet der formalen Beschränkung in § 1 Abs. 1 MediationsG nicht auf die kurative Behandlung bereits entstandener Konflikte beschränkt, sondern auch auf die Konfliktprävention erstreckt;

⁴ Vgl. dazu in jüngerer Zeit *Duve/Eidenmüller/Hacke/Fries* (2019), S. 69 f.; *Schneider-Brodthmann*, ZKM 2019, 89 ff.; *Berkel*, ZKM 2018, 60 f. und ZKM 2015, 4 ff.; *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle* (2017), S. 161 ff.; *Eidenmüller/Wagner* (2015), Kap. 1 Rn. 64 f.

⁵ Zur hist. Entwicklung *Schneider-Brodthmann*, ZKM 2019, 89 (90) und unten B.I.2 und B.I.3.

⁶ Vgl. dazu *Göthel* in: *Kuckertz/Middelberg* (2016), S. 88 f.; *Haberstock/Pels Leusden/Lohrer*, Die Wirtschaftsmediation 2015, 14 ff.; *Behme*, DB 2014, 881 ff.; *Jäntges/Schwartz*, ZKM 2010, 25 ff.

- die Mediation in der Wirtschaft auch und gerade dann gewinnbringend als strukturiertes Verfahren zur Verhandlungs- und Projektbegleitung eingesetzt werden kann, wenn noch kein konkreter Konflikt vorliegt;
- der Einsatz eines neutralen Dritten bei komplexen Unternehmenstransaktionen nicht nur die Wahrscheinlichkeit eines erfolgreichen Abschlusses der Verhandlungen erhöht, sondern auch einen konkreten Mehrwert im Hinblick auf die effektive Umsetzung der Verhandlungsergebnisse bietet.

III. Gang der Untersuchung

Im Hauptteil B dieser Arbeit soll im Lichte der vorstehend aufgeworfenen Frage- und Zielstellung die Entwicklung von der Dispute Mediation zur Deal Mediation nachgezeichnet werden. Zu diesem Zweck werden zunächst der Begriff, die historische Entwicklung und die aktuelle Praxis der Deal Mediation in den USA und in Europa dargestellt (B.I.).

Anschließend werden die normativen Grundlagen der Mediation, speziell der dem MediationsG zugrunde liegende Konfliktbegriff daraufhin untersucht, inwieweit sich darunter auch Ausprägungen und Verfahrensweisen fassen lassen, die nicht nur kurativ, sondern zumindest in Teilen auch präventiv wirken (B.II.).

In Abschnitt B.III. wird das Verhältnis des Verhandeln zur (Deal) Mediation unter dem Gesichtspunkt beleuchtet, dass Verhandlungen einen Bestandteil jeder Mediation darstellen. In diesem Zusammenhang werden auch konfliktpräventive Wirkungen des Verhandeln betrachtet. Ferner werden die Vorteile des Einsatzes eines neutralen Dritten bei Vertragsverhandlungen in der Wirtschaft sowie die diesbezüglichen Vorbehalte und Bedenken erörtert.

Abschnitt B.IV. beinhaltet einen Vergleich der Deal Mediation mit der Dispute Mediation. Dabei werden die Konsequenzen der Unterschiede im Hinblick auf die Rolle des Deal Mediators und die an diesen zu stellenden persönlichen und fachlichen Anforderungen einerseits sowie die Auswirkungen auf das Mediationsverfahren und die in diesem zur Anwendung kommenden Methoden andererseits herausgearbeitet.

Im letzten Abschnitt des Hauptteils (B.V.) werden unter dem Eindruck der Erkenntnisse aus den vorhergehenden Abschnitten allgemeine Anwendungskriterien für die Deal Mediation definiert und mehrere aktuelle und potenzielle Anwendungsfelder in der Wirtschaft vorgestellt und analysiert.

Deal Mediation

Im Schlussteil C. werden die Ergebnisse der Untersuchung anhand der Frage- und Zielstellung bewertet, ein abschließendes Fazit gezogen und Überlegungen zur Anwendung der Deal Mediation in der Praxis angestellt.

B. Hauptteil: Von der Dispute Mediation zur Deal Mediation

I. Begriff, Entwicklung und Praxis der Deal Mediation

1. Begriff und Konzept der Deal Mediation

Auf der Grundlage früherer verhandlungstheoretischer Untersuchungen wurde das Konzept der Deal Mediation um die Jahrtausendwende in den USA als neues Tätigkeitsfeld für Rechtsanwälte vorrangig bei komplexen, grenzüberschreitenden Transaktionen entwickelt und im Anschluss daran in Europa rezipiert.⁷

In Deutschland wurde der Gedanke eines Einsatzes der Mediationsprinzipien und -techniken zur Unterstützung von Vertragsverhandlungen im Zuge von Transaktionen bereits im Vorfeld des neuen Mediationsgesetzes aus dem Jahr 2012 diskutiert.⁸ Entsprechende Regelungsvorschläge aus Kreisen der Wirtschaft⁹ haben jedoch keinen Eingang in das Gesetz gefunden.¹⁰

Im Kern geht es bei der Deal Mediation darum, dass ein neutraler und unabhängiger Dritter die Prozesse und Methoden der Mediation einsetzt, um die Parteien dabei zu unterstützen, einen Vertrag auszuhandeln. Der wesentliche Unterschied zur „klassischen“ Konfliktmediation (*Dispute Mediation*) liegt darin, dass bei Vertragsverhandlungen in der Regel noch kein (manifestierter) Konflikt vorliegt, die Mediation daher jedenfalls zunächst nur präventiv und nicht kurativ wirkt.¹¹

Während in Deutschland der Begriff Deal Mediation¹² oder auch

⁷ Zur Entstehungsgeschichte unten B.I.2 und B.I.3.

⁸ *Diop/Steinbrecher*, BB 2011, 131 (138); *dies.*, BB 2012, 3023 (3027); *Goltermann/Hagel/Klowait/Levien*, SchiedsVZ 2012, 299 (301).

⁹ Vgl. *RTMKM*, ZKM 2009, 147 (148).

¹⁰ S. dazu unten B.II.1.b).

¹¹ *Schneider-Brodtmann*, ZKM 2019, 89 (90); a.A. *Berkel*, ZKM 2018, 60 (61): „*Der Deal Mediation geht es nicht um Prävention.*“

¹² Vgl. z.B. *Berkel*, ZKM 2018, 60 f. und ZKM 2015, 4 ff. und *Klowait/Gläßer/Hagel* (2018), § 1 MediationsG Rn. 18 f. und Teil 3 B Rn. 3; *Greger/Unberath/Steffek* (2016), § 1 MediationsG Rn. 28; *Duve/Eidenmüller/Hacke/Fries* (2019), S. 69 f.; *Bühning-Uhle/Eidenmüller/Nelle* (2017), S. 161 ff.; *Eidenmüller/Wagner* (2015), Kap. 1 Rn. 64 f.; *Goltermann/Klowait*, in: *Gläßer/Kirchhoff/Wendenburg* (2014), S. 292 f.; *Schmidt/Lapp/Monßen* (2012), Rn. 126 ff.

Vertragsmediation¹³ recht einheitlich verwendet wird,¹⁴ existiert im englischsprachigen Schrifttum eine große Begriffsvielfalt. Neben dem eingeführten Begriff Deal Mediation werden auch Synonyme wie *Deal Facilitation*,¹⁵ *Transactional Mediation*,¹⁶ *Facilitated Negotiation*,¹⁷ *Assisted Deal Making*¹⁸ oder *Deal Making Mediation*¹⁹ verwendet.

In der Sache führen diese begrifflichen Unterschiede indes zu keiner abweichenden Bewertung. Ausgangspunkt ist die Überlegung, dass letztlich jede Streitbeilegung im Wege der Mediation auf die Herbeiführung einer Einigung, also den Abschluss eines Vertrags ausgerichtet ist.²⁰ Die Anwendung der Mediationsprinzipien auf Vertragsverhandlungen, denen (noch) kein manifestierter Konflikt zugrunde liegt, ist daher aus methodischer Sicht eine logische Konsequenz.²¹

2. Entwicklung des Konzepts in den USA

Im Folgenden sollen einige grundlegende Beiträge aus den USA vorgestellt werden, in denen das Konzept der Deal Mediation begründet und weiterentwickelt wurde.

a) Fisher / Ury (1981)

Die Idee einer Dritunterstützung schwieriger (Vertrags-)Verhandlungen wird in den USA seit etwa 1980 im Schrifttum zum Verhandlungsmanagement verfolgt. Bereits seit der Erstauflage von „*Getting to Yes*“ von Fisher und Ury aus dem Jahr 1981 findet sich darin folgende Formulierung:

¹³ Greger/Unberath/Steffek (2016), § 1 MediationsG Rn. 28; Haft/v. Schlieffen/Walz (2016), § 49 Rn. 22 ff.; Walz in: Walz (2003), S. 139 ff.

¹⁴ Janoska in: Kriegel-Schmidt (2017), S. 427 ff. bevorzugt aus ökonomischer Sicht den Begriff Transaktionsmediation.

¹⁵ Schonewille/Fox (2010), 81 ff.

¹⁶ Peppet, *The Colorado Lawyer*, Vol. 32 No. 10 (Oct. 2003), 81 ff.; *ders.*, *Ohio St. J. Disp. Res.*, Vol. 19:2 (2004), 283 ff.

¹⁷ Stearns Johnsen, 30 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* (2011), 193 ff.

¹⁸ Middleton/Smith/Moore, *IBA Legal Practice Division – Mediation Committee Newsletter* (July 2007), 16 f.

¹⁹ Salacuse in: Bercovitch (2002), S. 213 ff., der diese von der *Deal Managing Mediation* und der *Deal Mending Mediation* unterscheidet.

²⁰ Schonewille/Fox (2010), S. 90: „*All mediation is facilitated negotiation*“.

²¹ Schneider-Brodtmann, *ZKM* 2019, 89 (90).

*„If neither principled negotiation nor negotiation jujitsu gets them to play, consider including a trained third party to focus the discussion on interests, options and criteria”.*²²

b) *Raiffa (1982)*

Dieser Gedanke wurde im verhandlungstheoretischen Grundlagenwerk *„The Art and Science of Negotiation“* von *Raiffa* aus dem Jahr 1982 aufgegriffen:

*„Negotiations are affected by the possible availability of outside intervenors, usually mediators or arbitrators. This is customarily referred to as “third-party” intervention, even when there are more than two disputants”.*²³

Sowohl *Fisher* und *Ury* als auch *Raiffa* illustrieren das Thema Dritunterstützung bei schwierigen Verhandlungen anhand des sogenannten „Ein-Text-Verfahrens“²⁴ und benennen die vom damaligen US-Präsidenten initiierten und moderierten Friedensverhandlungen in Camp David im Jahr 1978 zwischen Israel und Ägypten als dessen bedeutendsten historischen Anwendungsfall.²⁵

c) *Hager / Pritchard (1999)*

In der Wirtschaft wurde das Konzept um die Jahrtausendwende aufgegriffen und in der Praxis umgesetzt. Hierüber berichten *Hager* und *Pritchard* in einem grundlegenden Aufsatz aus dem Jahr 1999, in dem, soweit ersichtlich, zum ersten Mal die Begriffe *Deal Mediation* und *Deal Mediator* Erwähnung finden.²⁶

Letzterer wird darin als neuer Typus eines international tätigen Rechtsanwalts beschrieben, der bei grenzüberschreitenden kommerziellen Transaktionen und globalen Deals die häufig multiplen Parteien als neutraler Dritter bei ihren in der Regel hochkomplexen Vertragsverhandlungen unterstützt und dabei insbesondere auch kulturelle Unterschiede berücksichtigt. Auf diesem Wege könnten Techniken, die bisher auf die außergerichtliche Konfliktbeilegung beschränkt waren, zum

²² *Fisher/Ury/Patton* (2011), S. 109.

²³ *Raiffa* (1982), S. 19.

²⁴ S. dazu unten B.IV.2.b)ff).

²⁵ *Fisher/Ury/Patton* (2011), S. 114 ff.; *Raiffa* (1982), S. 205 ff.

²⁶ *Hager/Pritchard*, 14 ICSID Rev.-Foreign Investment L.J. (1999), 1 ff.

Aufbau dauerhafter, kollaborativer Vertragsbeziehungen in globalen Märkten nutzbar gemacht werden. Im Ergebnis könne der gewählte Mediator bei der Deal Mediation, ebenso wie bei der klassischen Dispute Mediation, den Parteien helfen, sich auf ihre Interessen sowie diejenigen der anderen Parteien zu fokussieren anstatt sich in harten Positionskämpfen festzubeißen. Im Unterschied zum oben erwähnten „Ein Text Verfahren“,²⁷ bei dem der Moderator die Redaktion des Vertrags übernimmt, sollen dabei aber die Parteien und deren Vertreter für die Vertragserstellung und -gestaltung verantwortlich bleiben.

Als Anwendungsbeispiele werden von *Hager* und *Pritchard* ein kanadisch-japanisches Joint-Venture in Neuseeland sowie ein Multi-Parteien BOT (*Build, Operate, Transfer*) Projekt zur Errichtung einer Energieerzeugungsanlage in einem Land beschrieben, in dem vormals eine Planwirtschaft herrschte.²⁸

d) *Salacuse* (2002)

Die Idee der Verhandlungsbegleitung in internationalen Wirtschaftstransaktionen durch einen neutralen Dritten unter Zuhilfenahme der Techniken der Mediation und anderer außergerichtlicher Streitbeilegungsverfahren wurde im Jahr 2002 von *Salacuse* aufgegriffen und konzeptionell über den eigentlichen Verhandlungsprozess hinaus auf die Erfüllungsphase bis hin zur Vertragsbeendigung erstreckt.²⁹

Als Beispiel verweist er auf die bereits im Jahr 1991 erfolgte milliardenschwere Akquisition von *MCA*, seinerzeit eines der größten US-amerikanischen Entertainment Unternehmen in Hollywood, durch *Matsushita*, einen der weltgrößten Elektronikhersteller mit Sitz in Japan, in deren Verlauf zwei mit der Unterhaltungsindustrie eng verbundene Personen als Mediatoren den Verhandlungsprozess unterstützten. Die Besonderheit dabei war, dass die ausgewählten Mediatoren ursprünglich jeweils einer der beiden Parteien besonders nahestanden, sich aber gleichwohl als Vertreter beider Parteien im Sinne eines „*counsellor to the transaction*“³⁰ verstanden.

²⁷ S. B.I.2.b).

²⁸ *Hager/Pritchard*, 14 ICSID Rev.-Foreign Investment L.J. (1999), 1 ff.

²⁹ *Salacuse* in: *Bercovitch* (2002), S. 213 ff. unterscheidet dabei begrifflich sowie in zeitlicher Hinsicht zwischen der *Deal Making Mediation*, der *Deal Managing Mediation* sowie der *Deal Mending Mediation*.

³⁰ ebd.