

Was kann die Parteien für die Mediation motivieren?

Martin HAUSER *

Es wird in jüngerer Zeit von verschiedenen Seiten in Europa immer wieder die Frage aufgeworfen, warum sich die Mediation als Streitbeilegungsmethode auch im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr trotz ihrer Vorzüge immer noch nicht durchsetzen konnte¹. Abgesehen von den Fällen, in denen die Mediation vertraglich oder als Vorstufe zu einem Gerichtsverfahren zwingend vorgesehen ist, zögern Rechtsanwälte und Wirtschaftsmandanten nach wie vor, freiwillig diese alternative Form der Konfliktbearbeitung zu wählen. Die Studie des Europäischen Parlaments von Januar 2014 spricht sogar von einem „*EU Mediation Paradox*“, demzufolge in der EU „*trotz ihrer bewiesenen und zahlreichen Vorteile*“ nach wie vor in weniger als 1% aller Zivil- und Handelsrechtsstreitigkeiten auf die Mediation zurückgegriffen werde². Auch der höchste französische Gerichtshof in Zivil- und Handelsstreitigkeiten, die „*Cour de cassation*“, hat in ihrem Bericht an die französische Justizministerin vom Dezember 2013 die Mediation als förderungswürdiges Streitbeilegungsverfahren bezeichnet, zu dessen Inanspruchnahme ermutigt werden solle³. Wie erklärt es sich, dass bei Parteien und Anwälten in Europa ein der Mediation gebührender Erfolg bislang, trotz eines wachsenden theoretischen Interesses, ausgeblieben ist? Es soll nachfolgend der Versuch unternommen werden herauszuarbeiten, was die Parteien eines Wirtschaftskonfliktes, auch eines interkulturellen (III.), motiviert, eher den Rechtsweg zu beschreiten (I.), als sich für selbstbestimmtes Verhandeln im Rahmen einer Mediation zu entscheiden (II.), bevor abschließende Anregungen formuliert werden (IV.).

I. Die Motivation der Parteien für ein Gerichtsverfahren

Die Generalsekretärin des CMAP⁴ in Paris, *Sophie Henry*, unterstrich kürzlich, dass „*die Mediation erst dann einen wirklichen Aufschwung erleben wird, wenn die Mentalitäten sich ändern: es muss von der Kampfkultur auf die Kompromisskultur übergegangen werden*«. Auch der französische Kassationsgerichtshof empfiehlt in seiner Studie ebenso wie das Europäische Parlament, die Entwicklung einer Mediationskultur zu fördern⁵. Allein, wie kommt man von einer „*Kampf-*“ zu einer „*Kompromisskultur*“? Wie ändern sich Mentalitäten? Man liest allenthalben von den Vorzügen der Wirtschaftsmediation, die auf der Hand lägen⁶. Nur lassen Parteien und Anwälte sich offensichtlich hiervon weitgehend nicht überzeugen, um sich für eine Mediation zu entscheiden. Was bewegt Konfliktparteien nach wie vor zu Gericht zu gehen, obwohl doch schon vor über 2000 Jahren die einvernehmliche Regelung gegenüber der richterlichen Entscheidung in der Bibel gepriesen wurde⁷? Das Gewaltmonopol des Rechtsstaates, demzufolge seit ca. 200 Jahren Konflikte traditionell vor staatlichen Gerichten ausgetragen werden, kann dieses Verhalten der Parteien in Anbetracht der Vorzüge der Mediation allein nicht erklären. Möglicherweise ist der Ansatz im Gefühlsleben der Streitparteien zu suchen (A.). Vor Gericht zu kämpfen, mit dem Ziel, die andere Partei zu besiegen, könnte dem Obsiegenden einen Lustgewinn verschaffen, der besonders stark motivierend wirkt (B.).

A. Die treibende Kraft der Konfliktauslösung: der Aggressionstrieb

Es heißt, wir müssten mit Konflikten leben⁸. Warum dies so sei, bleibt allerdings unklar. Die Konflikttheorien versuchen zwar, die einen Konflikt auslösenden Faktoren zu bestimmen⁹, sie geben aber wenig Erkenntnis über die den Menschen zum Konflikt treibende physiologische und psychische Kraft. Laut dem Sozialpsychologen *Hubert Touzard*, legten die an einem Konflikt Beteiligten aggressives Verhalten entweder zum Verfolgen desselben Ziels oder entgegengesetzter Ziele an den Tag und wollten hierbei dem anderen Nachteil zufügen, um ihn am Erreichen seines Ziels hindern¹⁰. Um den Zusammenhang zwischen Konflikt und Aggression zu verstehen, erweist sich ein Blick auf die Erkenntnisse der Evolutions- und Verhaltensbiologie von Interesse. Der Verhaltensbiologe *Felix von Cube* unterstreicht, dass es auf der ganzen Welt schon immer Aggression, d.h. Angriffs- und Streitlust, gegeben habe. Aggression sei nicht nur reaktiv, sondern durchaus spontan¹¹. Es lasse sich vermuten, dass es sich bei Aggression um ein evolutionäres Programm handele, den Trieb zum Sieg¹². Aggression sei nicht mit physischer Gewalt gleichzusetzen. Letztere könne ein Mittel darstellen¹³, ebenso wie z.B. „*Wortgewalt*“, „*Drohen (mit dem Anwalt)*“ oder andere

„kognitive Mittel und Strategien“, um der Aggression zum Sieg zu verhelfen¹⁴. Aggression sei ein Trieb¹⁵: Eine spontan ansteigende, als Gefühl wahrgenommene Herausforderungsbereitschaft. Sie werde durch Rivalen ausgelöst und führe zu Kampfhandlung sowie zum Sieg, der mit Lust erlebt werde¹⁶. Da der Sieg lustvoll sei, gehe das Siegen über den Nächsten immer weiter, mit immer neuen Mitteln und gegenüber immer mehr Rivalen¹⁷. Der Mensch strebe nach Sieg und der damit verbundenen Lust¹⁸. Der Mensch wolle zudem durch Macht seinen Sieg dauerhaft machen, um den aggressiven Reiz nach allen Regeln der Kunst „auskosten“ zu können¹⁹. Nicht nur in Notsituationen, sondern gerade im Wohlstand eskaliere die Aggression mangels gemeinsamen Handelns und zunehmender Konkurrenzsituationen²⁰. Die Wohlstandsgesellschaft verleite zu einem Streben nach Verwöhnung, nach Lust ohne Anstrengung, zum „Mit-Siegen“²¹ (durch Stellvertreter). An der Tatsache, dass wir Menschen einen Aggressionstrieb hätten, ließe sich nichts ändern. Aggression ließe sich nicht leugnen oder tabuisieren. Wir müssten mit ihr leben, es frage sich nur wie. Als reflektierende Menschen, als Primate mit Großhirn²², seien wir diesem Trieb jedoch nicht ausgeliefert. Der Mensch müsse keine Gewalt anwenden, um einen Sieg zu erzielen oder einen Konflikt zu lösen. Er verfüge über andere Fähigkeiten, über Intelligenz, emotionale Intelligenz, Empathie usw.²³. Ein menschenwürdiger Umgang mit Aggression bedeute einerseits das Vermeiden zerstörerischer Aggression, insbesondere Gewalt, und andererseits das Fördern notwendiger Aggression in Form von Anerkennung für Leistung und demokratischem Handeln. Die Anerkennung von Leistung sei die humanste Form aggressiver Triebbefriedigung²⁴. Zwischen zerstörerischer und notwendiger Aggression stünden eine Fülle zu tolerierender, zulässiger Aggressionen, insbesondere das „Mit-Siegen“ durch Identifikation (Fans eines Sportlers) ohne Anstrengung. „Fans lassen kämpfen“²⁵. Siegen ohne Anstrengung könne jedoch zur Sucht werden²⁶. Der Evolutionsbiologe Josef H. Reichholf erläutert, dass für die Vormenschen der Kampf ums Fleisch „zur Triebkraft in der Evolution zum Menschen wurde“²⁷. „Wir alle wollen siegen, wir sind auf Sieg programmiert von unserer Vergangenheit“. „Wir sind Sieger-Typen, weil unsere Vorfahren überlebten, die das auch waren. Weil sie uns ihr Erbe mitgegeben haben als doppelte Fracht: im Erbgut und in den Kulturen!“²⁸. Für Josef H. Reichholf ergibt sich daraus die Überlegenheit der Privatwirtschaft und der Sozialsysteme, die den größten Teil als „Gewinn“ im persönlichen Besitz belassen, denn Siegen müsse lohnend und erstrebenswert sein. Nur lohnende Siege könnten die Konkurrenz aufrechterhalten, aus der wiederum neue Strategien für neue Siege auf anderen Gebieten entstünden²⁹. Sie schöpfe aus der Kraft des Siegenwollens und nutze den Fundus der noch unentdeckten Möglichkeiten, was wir Wirtschaft nennen³⁰. Die Siege der Sieger häuften sich nun in Geldwerten und dieses „regiert die Welt“³¹. „Das Siegenwollen durchdringt unser ganzes Leben. Es wird uns nur meistens nicht bewusst. Wir suchen gemäß dem Leistungsprinzip die Bestätigung, den Erfolg und nennen es Arbeit“³². „Nichts ist so sexy wie der Erfolg! Arbeit ohne Erfolg ist schaal und leer!“³³. Nach härtestem Kampf bräche, ganz ähnlich wie im sportlichen Wettkampf, der Sieger nicht zusammen, sondern erlebe den „Siegesrausch“ als ein starkes, kaum zu beschreibendes Glücksgefühl. Der Körper werde mit „Glücksstoffen“, „Endorphinen“, überflutet, die wie zu den Rauschmitteln gehörenden „Morphinen“ wirkten und auch „sieges- und glücksüchtig“ machten. Im Rausch der Begeisterung bereite sich vor, was gut und groß enden oder in die Katastrophe führen könne³⁴. Der Geist, d.h. rationales, logisches, ursachenbezogenes Denken stelle die einzige Chance dar als Gegenmittel zur Entfesselung der Emotionen und zur Lösung von Problemen der Gegenwart³⁵. Gleichwohl schließt Josef H. Reichholf, dass auch in Zukunft die Zukunft den Siegern gehören werde, weil uns die Vergangenheit zu Wesen gemacht habe, die gar nicht anders können, als siegen wollen³⁶.

B. Die Motivation zum Einleiten eines Gerichtsverfahrens: der Trieb zum Sieg

Könnte die erwartete Sieges- und Glücksüchtigkeit die Parteien und ihre Anwälte zum Einleiten und kämpferischen Durchführen eines Gerichtsverfahrens motivieren? Motivation bezeichnet Prozesse, die körperliche und psychische Vorgänge auslösen, steuern, oder aufrechterhalten³⁷. Die Psychologie lehrt, dass die Quelle von Motivationen in inneren Trieben, instinktivem Verhalten und Bedürfnissen (Abraham Maslows Bedürfnispyramide) liege³⁸, wozu bei dem mit kognitiven Eigenschaften ausgestatteten Menschen Emotionen und Erwartungen hinzutreten³⁹. In der Literatur wird beschrieben, dass Konfliktparteien in geradezu martialischer Weise ihre Streitigkeit austragen, um den Sieg über die andere Partei zu erringen, und dies mit einer gewissen Begeisterung⁴⁰. Hieraus

kann geschlossen werden, dass der auf lustvollen Sieg gerichtete instinktive Aggressionstrieb eine wesentliche Motivationsquelle für Parteien, auch in einem Wirtschaftsrechtsstreit, darstellt, ihren Konflikt kämpferisch vor Gericht auszutragen. Die Emotionen, die bei den Beteiligten durch die erwartete Sieges- und Glückseligkeit ausgelöst werden, dürften sich zusätzlich motivierend auswirken. Dem könnte entgegengehalten werden, dass Wirtschaftsparteien rational handelnde Unternehmen seien, deren Verantwortliche sich kaum von solcher „*irrationaler Gefühlsduselei*“⁴¹ hinreißen ließen. Konfliktparteien, gerade in Wirtschaftsstreitigkeiten, unterliegen jedoch häufig aufgrund selektiver Wahrnehmung und kognitiven Wahrnehmungsverzerrungen „*überoptimistischen Einschätzungen ihrer Rechtsposition*“ und „*sich selbsterfüllender Vorhersagen*“, die dazu führen, dass sie ihre Erfolgchancen überschätzen und gleichwohl das Gerichtsverfahren mit Beharrlichkeit weiterführen⁴². Es lässt sich im Ergebnis festhalten, dass Konfliktparteien aufgrund ihrer Emotionen und Wahrnehmungsverzerrungen häufig nicht in der Lage sind, trotz anwaltlicher Beratung ihre Situation reflektiert richtig einzuschätzen. Sie lassen sich von ihrem inneren Aggressionstrieb übermannen und führen vor Gericht den Kampf gegen die andere Partei, um den lustvollen Sieg zu erringen.

II. Die Motivation der Parteien für eine Mediation

In Anbetracht der starken Motivationsquelle für das Beschreiten des Rechtsweges, welches ist die Motivation, die Parteien zum Einleiten einer Mediation veranlasst? Die Mediation wird zumeist als Alternative⁴³ zum Gerichtsverfahren dargestellt, und es werden zahlreiche Vorzüge ins Feld geführt, die sie vom Gerichtsverfahren abheben soll.

A. Die „Vorzüge“ der Mediation als Motivationsquellen

In erster Linie wird versucht, den Parteien die Mediation im Gegensatz zum Gerichtsverfahren schmackhaft zu machen aufgrund der „*Zeit- und Kostenersparnis*“, dem „*Verhandeln auf der Grundlage von Interessen anstelle von Rechtspositionen*“⁴⁴, der „*Freiwilligkeit*“⁴⁵ des Verfahrens sowie dessen „*Vertraulichkeit*“⁴⁶. Seltener werden „*win-win*“ oder „*non zero-sum Lösungen*“ im Gegensatz zu „*win-loose*“ oder „*zero-sum Lösungen*“⁴⁷ genannt, ebenso wie die „*Analyse der Tiefenstrukturen des Konfliktes*“⁴⁸, das „*Aufarbeiten der entstandenen Emotionen*“⁴⁹, das „*selbstverantwortliche Entscheiden der Konfliktparteien*“⁵⁰, die „*Nachhaltigkeit der Streitbeilegung*“⁵¹, das „*Bewahren einer fortdauernden Beziehung*“⁵², die „*Entwicklung einer neuen Streitkultur*“⁵³ und schließlich auch der „*gesellschaftliche Nutzen*“⁵⁴ vermehrter Benutzung von Mediation. In Rechtsabteilungen von Großunternehmen wird behauptet, „*dispute-wise companies are all alike*“, weshalb Mediation eines der wesentlichen Streitbeilegungsverfahren geworden sei, was jedoch kaum mit der jüngst vom Europäischen Parlament erfassten Anzahl der Mediationen in Europa in Einklang zu bringen ist⁵⁵. Im Gegenteil, in der Praxis erweist sich, dass Unternehmen häufig der Mediation skeptisch gegenüberstehen, insbesondere wenn sie keine Mediationserfahrung haben und es trotz aller vorgebrachten Argumente für die Mediation vorziehen, „*einen frontalen Kampf in der gerichtlichen Arena zu führen*“, der als das „*normale gesellschaftlich akzeptierte und psychologisch zufriedenstellende Mittel angesehen wird, einen Konflikt zu lösen*“⁵⁶.

B. Motivieren die „Vorzüge“ der Mediation zum Einleiten eines Mediationsverfahrens?

Beim näheren Betrachten der für die Mediation aufgeführten Vorzüge fällt in der Tat auf, dass keiner geeignet ist, den tief in den Menschen verankerten, auf lustvollen Sieg gerichteten Aggressionstrieb zu befriedigen. Ferner dienen die Vorzüge der Mediation auch nicht dazu, innere Triebe, instinktives Verhalten oder wesentliche Bedürfnissen einer Partei zu befriedigen und wirken deshalb im Vergleich zu dem vom Ausgang des Kampfes vor dem Gericht erwarteten lustvollen Sieg wenig motivierend. Es handelt sich zum Teil um Allgemeinplätze, die in dieser Pauschalität gar nicht zutreffend sind⁵⁷. Im Gegenteil, es muss die Frage gestellt werden, ob bestimmte „Vorzüge“, oder zumindest die Art und Weise wie sie dargelegt werden, nicht geradezu konterproduktiv auf die Parteien wirken, wie das gepriesene „*win-win*“ Konzept und die „*Selbstbestimmtheit*“ der Parteien. Wie wir oben gesehen haben, sind die Menschen emotional auf Siegen vorprogrammiert, weshalb sie sich mit dem Gedanken, dass in einer Mediation alle Parteien gewinnen könnten, im Inneren nur schwerlich vertraut machen können. Hinzukommt, dass, wie wir oben gesehen haben, in einer Wohlstandsgesellschaft, der lustvolle Sieg möglichst ohne eigene Anstrengung errungen werden soll.

In der Tat kann man in der Praxis erleben, dass Parteien sich nur ungern mit dem Gedanken anfreunden, an vorderster Front selbst mediativ geleitete Verhandlungen zu führen, da sie anders als vor Gericht⁵⁸ in der Mediation von ihrem Anwalt „nur“ begleitet werden, was zusätzlich Ängste und Befürchtungen über ihren Status und Ruf bei den Anwälten hervorruft⁵⁹. *Arthur Trossen* schreibt, dass „die Mediation das Wissen der Spieltheorie verwertet, indem sie den Konfliktparteien ein anderes Spiel anbietet“⁶⁰. Nur das Volk wolle „nicht Spiele, sondern Kampf“, woran sich seit den historisch dokumentierten Gladiatorenkämpfen im alten Rom nichts geändert habe, wie *Josef H. Reichholf* meint⁶¹. Im Ergebnis zeigt sich, dass keiner der genannten Vorzüge, zumindest in der dargestellten Art, für Konfliktparteien „sexy“⁶² und geeignet erscheint, den auf lustvollen Sieg gerichteten Aggressionstrieb des Menschen durch den Gang in die Mediation zu befriedigen⁶³, gegenüber dem Gang zu Gericht. Verhandeln und Kompromiss klinge nach Niederlage, und Schmach sei nicht weit entfernt, schreibt *Marc Bonnant*⁶⁴. Betrachtet man hingegen die kognitiven Fähigkeiten der Menschen, so können ihre Erfahrungen mit der gerichtlichen Streitkultur⁶⁵ und Erwartungen an zukünftige Konfliktbeilegung unter Berücksichtigung der Vorzüge der Mediation durchaus für die Mediation motivierend wirken. Allerdings wird eine gewisse Zeit vergehen, bis die kulturelle Prägung durch die in Europa „tradierte Gerichtskultur“ sich zu einer neuen „Konfliktkultur“ im Sinne der „Mediationsbewegung“ weiterentwickeln und durchsetzen wird⁶⁶. „Kultur prägt also nicht nur Menschen, sondern Kultur wird auch von Menschen gemacht“ und in diesem Sinne sind „Kulturen niemals statisch, sondern dynamisch und permanenten Veränderungen unterworfen, die sich in der modernen Gesellschaft stark beschleunigen“⁶⁷, doch „widerspricht die reflektierte Reaktion im Grunde unserem evolutionären Programm und bedarf daher einer besonders langwierigen und schwierigen Erziehungsphase“⁶⁸.

III. Die Motivation der Parteien für eine Mediation im interkulturellen Konflikt

Die Frage nach der Motivation für Mediation, stellt sich insbesondere im interkulturellen Kontext, zumal Evolutions- und Verhaltensbiologen lehren, dass das aussersozietäre Aggressionspotential höher als das innersozietäre sei⁶⁹. Laut *Josef H. Reichholf* sei für die Vormenschen der „Kampf ums Fleisch“ „zur Triebkraft in der Evolution zum Menschen“ geworden, der hierbei „jene förderte, die sich kooperativ nach innen und kampfbereit nach außen verhielten“. Diese Art der Konkurrenz habe jenen verhängnisvollen Mechanismus in Gang gesetzt, der die Menschen in eine nahezu ununterbrochene Konkurrenz untereinander zwingt und bei aller Liebe zum Frieden und zu gut nachbarschaftlichem Leben die stete Gefahr der Auseinandersetzung latent aufrechterhalte⁷⁰. Rechtsanwälte und Mediatoren, die sich für eine interkulturelle Mediation einsetzen, sollten sich der besonderen Schwierigkeit, Konfliktparteien im aussersozietären Streitverhältnis für eine Mediation zu motivieren, bewusst sein und dem Rechnung tragen⁷¹.

IV. Fazit und Empfehlungen zur Motivation für die Mediation

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Parteien auch in einem Wirtschaftsstreit evolutionär aber auch kulturell darauf programmiert sind, die andere Partei besiegen zu wollen, und zwar dauerhaft durch ein mit staatlichem Machtanspruch versehenes, vollstreckbares Gerichtsurteil. Sie sind deshalb überwiegend, insbesondere bei starken Emotionen (Wut, Empörung, Enttäuschung), motiviert ein Gerichtsverfahren einzuleiten. Sie bevorzugen es, vor Gericht ihre Rechtsanwälte kämpfen und siegen zu lassen, ohne eigene Anstrengungen erbringen zu müssen. Demgegenüber befriedigen die für die Mediation als Alternative zum Gerichtsverfahren ins Feld geführten „Vorzüge“ nicht den menschlichen, auf lustvollen Sieg gerichteten Aggressionstrieb und schon gar nicht bei starken Emotionen. Im Gegenteil, verschiedene „Vorzüge“ der Mediation dürften im Hinblick auf die Motivation geradezu konterproduktiv wirken (z.B. „win-win“ für alle Konfliktparteien und selbstverantwortliches, selbstbestimmtes Verhandeln anstelle des Kampfes mittels Rechtsanwälte als „Stellvertreter“ vor Gericht). Hingegen können in Situationen mit wenig Emotionen die Vorzüge der Mediation unter Berücksichtigung der Reflexionsfähigkeit der Konfliktparteien durchaus motivierend wirken. Jedoch steht die weiterhin vorherrschende „Streitkultur“ einer solchen Reflexion entgegen, was sich besonders nachteilig im interkulturellen Kontext auswirken dürfte. „Der Geist stellt (gleichwohl) das alleinige bekannte Gegenmittel zur Entfesselung der Emotionen und zur Lösung von Problemen ... dar. Er ist unsere Chance!“⁷². Die eingangs gestellte Frage nach dem Übergang von einer „Kampf-“ zu einer „Kompromisskultur“ kann nun

dahingehend beantwortet werden, dass es wenig Hoffnung für eine rasche Entwicklung der Streitkultur zur Kompromisskultur gibt, da eine solche kulturelle Entwicklung ein langwieriger gesellschaftlicher Prozess ist, dem zudem das evolutionäre Programm des Aggressionstrieb entgegenwirkt. Es wird nun der Versuch unternommen, aus den oben gewonnen Erkenntnissen Empfehlungen zu filtern:

1. Rechtsanwälte könnten versuchen, emotional geladene Mandanten in Wirtschaftsstreitigkeiten bereits heute für die Mediation unter folgenden Hinweisen zu motivieren:
 - 1.1 *„Die Mediation ist integrierter Bestandteil eines abgestuften Streitbearbeitungsverfahrens, dessen ultima ratio⁷³ das Einleiten eines aufwändigen Gerichtsverfahrens wäre“⁷⁴.*
 - 1.2 *„Wir werden in der Mediation darauf hinwirken, dass die Gegenseite die von Ihnen erbrachten Leistungen (Ausführung des Vertrages, usw.) ausdrücklich anerkennt, obwohl sie sie bislang vehement bestreiten“ („Der humanste und nützlichste Umgang mit unserer aggressiven Energie ist zweifellos der Sieg durch Anerkennung, und zwar durch Anerkennung für Leistung“⁷⁵ „Anerkennung gibt es nur für Leistung“⁷⁶. Berufliche Leistung gilt als „erwünschte Aggression“, die selbst lustvoll sein kann und Anerkennung verdient⁷⁷. Ein Ziel der Mediation ist gerade die Behandlung der Tiefenstruktur des Konfliktes, zu der ein gegenseitiges Verständnis, eine wechselseitige Anerkennung der Sichten und Anliegen der anderen Konfliktpartei im vertraulichen Rahmen beiträgt⁷⁸).*
 - 1.3 *„In der Mediation werden wir ihre Rechtspositionen ebenso mit Nachdruck vertreten wie vor Gericht und hierdurch ihre Verhandlungsposition beim kooperativen Lösungssuchen stärken“ (Dies entspricht der Rollenverteilung zwischen Mandanten (kooperativ) und Rechtsanwälten (kompetitiv) in Wirtschaftsmediationen, zumal das Recht zur Vorbereitung und in der Mediation selbst eine erhebliche Rolle spielt (Verhandlungsmacht der Parteien). Die Solidität der Rechtspositionen und der Risiken der Parteien wird durch das jeweilige BATNA festgestellt. Das Vertreten von Rechtspositionen durch Rechtsanwälte dürfte dem evolutionären, „konfliktvermeidenden Imponiergehabe“, „das... den stets riskanten Kampf vermeiden kann“⁷⁹, entsprechen).*
 - 1.4 *„Im freien Wettbewerb entspricht das freie Verhandeln von Konflikten dem freien Aushandeln von Geschäften“⁸⁰*
 - 1.5 *Ergänzend können auch die anderen oben genannten „Vorzüge“ (Zeit- und Kostenersparnis usw.) der Mediation angeführt werden.*
2. Sollten die Parteien gleichwohl ein Gerichtsverfahren betreiben, wäre es wünschenswert, wenn, wie in Deutschland, der erkennende Richter die Erfolgsaussicht durch rechtliche Hinweise an die Parteien offenbaren könnte. Der mit dem Rechtsstreit befasste Richter hat die beste Möglichkeit, die Parteien von dem einen oder anderen Vorgehen zu überzeugen. Wenn sich die Parteien für eine Kooperation entscheiden sollen, müssen sie erkennen, dass die Konfrontation vor Gericht für sie keine zielführende Strategie darstellt. Es wäre also hilfreich, wenn der Richter beiden Parteien vor Augen führen könnte, was sie vom Ausgang des Verfahrens konkret zu erwarten haben⁸¹. Dies entspricht z.B. in Frankreich nach wie vor nicht der gerichtlichen Praxis und kann nicht erwartet werden.
3. Da die kognitive Reaktion, wie oben ausgeführt, im Grunde dem menschlichen evolutionären Programm widerspricht, wird es gleichwohl in Zukunft schwierig bleiben, Wirtschaftsparteien für die Mediation zu motivieren. Es wird schwierig bleiben, ihnen nahe zu bringen, dass sie durch eigenes, selbstverantwortliches Verhandeln in der Mediation ebenfalls Anerkennung ihrer geschäftlich erbrachten Leistung erzielen können und hierfür nicht sofort vor Gericht ziehen müssen. Da eine Änderung der Streitkultur erst zu erwarten ist, wenn die Parteien durch eigene Erkenntnisse in der Mediation selbst die Befriedigung erlebt haben, stellt sich die Frage, ob eine gesetzliche Anordnung der Mediation („opt-out“) die Parteien nicht zu deren Glück „zwingen“ würde, um eine kulturelle Entwicklung der Streitkultur in Europa schneller voranzutreiben⁸².

* Avocat au Barreau de Paris/ Rechtsanwalt, Mediator CMAP, **BMH AVOCATS**, Paris

¹ Sophie Henry, Quelles perspectives pour la médiation?, Dalloz Avocats, n°1 Januar 2014, S. 12-13: « Néanmoins, la médiation ne connaîtra un réel essor qu'à la condition d'un changement des mentalités : il convient de passer de la culture de l'affrontement à celle du compromis »; Cinthia Lévy, les avantages de la médiation pour l'avocat, Anwalts Revue de l'Avocat, Das Praxismagazin des Schweizerischen Anwaltsverbandes, 11/ 12/ 2013, S. 470-476 (475-476); Arthur Trossen, *Mediation ist DIE-oder KEINE Alternative!*, ZRP 2012, S. 23-25 (25): « Mediatoren gehen davon aus, dass das allgemeine Bedürfnis der Menschen nach konstruktiver Konfliktlösung unendlich gross sei. Dieser Gedanke ist im Ansatz nicht falsch. Er deckt sich allerdings nicht mit der Realität. Es gibt keine, diesen Gedanken tragende, Nachfrage für Mediation. ... Noch immer gibt es mehr Mediatoren als nachgefragte Fälle»; Nadja Alexander, Global trends in mediation, Köln 2003, S. 23

² Europäisches Parlament, „Rebooting“ the Mediation Directive: Assessing the limited impact of its implementation and proposing measures to increase the number of mediations in the EU, S. 1- 231 (1-10)
[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/JOIN/2014/493042/IPOL-JURI_ET(2014)493042_EN.pdf)

³ Pierre Delmas-Goyon, Conseiller à la Cour de Cassation, Rapport à Madame la garde des sceaux, ministre de la justice, „Le juge du 21ème siècle - un citoyen acteur, une équipe de justice“, S. 1-113 (61-69),
http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_dg_2013.pdf

⁴ Centre de médiation et d'arbitrage, von der Pariser Industrie- und Handelskammer 1995 gegründet,
<http://www.cmap.fr>

⁵ Pierre Delmas-Goyon, aaO Fn. 3, S. 1-113 (64)

⁶ Abhijit Mukhopadhyay, Kai-Uwe Karl, *Does Business need mediation?*, ICC International Court of Arbitration Bulletin Vol. 24/ Number 2-2013, S. 25-31 (27-28): „...the benefits of mediation are self-evident...“

⁷ Die Bibel: Das Evangelium nach Matthäus (Die Bergpredigt: Die Rede von der wahren Gerechtigkeit) 5,25: „Schließ ohne Zögern Frieden mit deinem Gegner, solange du mit ihm noch auf dem Weg zum Gericht bist. Sonst wird dich dein Gegner vor den Richter bringen und der Richter wird dich dem Gerichtsdienner übergeben und du wirst ins Gefängnis geworfen“. Das Evangelium nach Lukas, Kapitel 12, 57-59: „Warum findet ihr nicht schon von selbst das rechte Urteil? Wenn du mit deinem Gegner vor Gericht gehst, bemühe dich noch auf dem Weg, dich mit ihm zu einigen. Sonst wird er dich vor den Richter schleppen und der Richter wird dich dem Gerichtsdienner übergeben, und der Gerichtsdienner wird dich ins Gefängnis werfen. Ich sage dir: Du kommst von dort nicht heraus, bis du auch den letzten Pfennig bezahlt hast“.

⁸ Thierry Garby, La gestion des conflits, Paris 2004, S. 1 : « Depuis toujours l'homme a progressé par le conflit ».

⁹ Ungleiche, vertikale (Marx) oder horizontale (Weber) Verteilung von Macht und Reichtum und die damit verbundenen Herrschaftsstrukturen oder sozialen Zugehörigkeiten (Simmel), d.h. letztlich gesellschaftliche Strukturen (soziologische Konflikttheorien) führten zu Konflikten. Konflikte könnten aber auch auf das natürliche Prinzip der Selektion (Darwin) zurückgehen (biologische Konflikttheorie), oder sich als Ausdruck des Widerspruchs zwischen normativen gesellschaftlichen Erwartungen und individuellen Bedürfnissen des Individuums (psychoanalytische Konflikttheorie) erweisen.

¹⁰ Hubert, Touzard, *La médiation et la résolution des conflits – étude psycho-sociologique*, Paris 1977, S. 21 : « Le conflit, qu'il soit interpersonnel, social, international, est une situation dans laquelle les protagonistes manifestent des comportements d'agression, violents ou non. L'agression est un comportement dont le but est soit de tuer, de blesser, de faire mal ou de nuire à quelqu'un, soit de détruire ou de s'emparer de ses biens. Elle peut s'accompagner ou non de violence physique », 32 : « L'agression est souvent ce qui permet d'atteindre le but que l'on s'est fixé. Elle est un moyen d'action efficace », 69 : « Le conflit, qui se définit par une relation antagoniste par rapport à un même but ou par la poursuite interdépendante de buts contradictoires ainsi que par la nature et la quantité de pouvoir possédé par les acteurs, entraîne certaines attitudes, stéréotypes et représentations de la part de ces acteurs les uns à l'égard des autres ».

¹¹ Felix von Cube, *Besiege deinen Nächsten wie dich selbst – wie wir mit Aggression umgehen*, Stuttgart 2011, S. 9: „ Aggression ist nicht nur, wie es in manchen Lehrbüchern der Psychologie steht, eine Reaktion auf Frustration oder ein Lernprozess durch Nachahmung. Aggression kann auch spontan auftreten“; a. A. Richard Gerrig, Philip Zimbardo, Psychologie, französische Übersetzung in 18. Auflage, Montreuil 2013, S. 12-13, 304-306; Hubert, Touzard, aaO Fn. 10, 81-82, demzufolge keine der Theorien allein das Entstehen von Konflikten erklären könne.

¹² Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 38 ff.

¹³ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 14, 99 unterscheidet die mit Schädigungsabsicht verbundene, besonders brutale und grausame „aggressive Gewalt“ von „Gewalt aus anderen Motiven“. Auch „Machtgier“ und „Größenwahn“ stellten Formen der aggressiven Gewalt dar.

¹⁴ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S.10, 42, 44

¹⁵ Weitere Triebe seien Hunger (Hunger, Nahrungsreize, Fressen, Nahrungszufuhr) und Sexualität (sexuelle Stimmung, sexuelle Reize, sexueller Akt, Orgasmus), Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 11, 24, 25

¹⁶ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 11, 24

¹⁷ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 13, 28ff.

¹⁸ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 45 ; Hubert, Touzard, aaO Fn. 10, S. 21, 27, 32: „l'agression est gratifiante“, „le plaisir éprouvé dans l'agression“

¹⁹ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 45

²⁰ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. S. 32, 49

²¹ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 74, 110

²² Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 25

²³ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 40

²⁴ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 112

²⁵ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 15, 16, 49, 83

²⁶ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 95

²⁷ Josef H. Reichholf, *Warum wir siegen wollen*, Frankfurt am Main 2011, S. 144; Reichholf hebt hervor, dass Menschen immer der Erste sein, siegen wollten. Der Wettkampf ums Fleisch habe unser Menschsein geprägt, nachdem die Menschenaffen in Afrika die Bäume verlassen habe, um in der Steppe nach Eiweiß zu suchen, wobei Kämpfe zwischen den verschiedenen Gruppen der Primat Arten ausgebrochen sein müssten. Ohne diese Konkurrenz wäre der Primat Australopithecus wohl kaum so schnell auf die zwei Beine und weiter vorangekommen (S. 111). „Mit der Hinwendung zum Fleisch wurde der „friedliche Wald-Affé“ ein so ganz anderes Wesen, das nicht einmal der Verlässigkeit echter Raubtiere entspricht, wenn diese satt sind. Beute wurde vielmehr zum „Gut“ mit hohem Tauschwert; zu etwas, das man nicht bloß erreichen und „haben“ kann, sondern auch in Besitz nehmen und Verfügungsgewalt darüber ausüben darf. Diese „Konvention“, die sich engstens mit dem Prinzip, „der Erste, Schnellste, Beste“ zu sein, verbindet, wird zum Dreh- und Angelpunkt der weiteren Entwicklung. Und zum wahren Ursprung von „Fairness“!“ (S. 112). Wo nicht das „Recht des Ersten“, sondern das „Recht des Stärkeren“ (die unregelte Konkurrenz –S. 118) herrsche, entstehe kein Anreiz, ein Risiko einzugehen oder gar für andere das erstrebenswerte Gut zu holen (S. 116). Geordnete, zivilisierte Form der Konkurrenz bedürfe offenbar starker Übereinkünfte, die einzuhalten sich unter bestimmten Rahmenbedingungen lohnen könne (S. 119). Darin vollziehe sich die Wendung vom „Recht des Stärkeren“ zum „Recht des Ersten“ (S. 119). Durch die Zunahme der Gehirngröße und die Ausbildung kognitiver Fähigkeiten beim Menschen wären die Weichen gestellt worden „von der Stärke zum Siegen, von der rohen zur geordneten Konkurrenz und von der Auseinandersetzung zur Zusammenarbeit“ (S. 120).

²⁸ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 225

²⁹ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 227

³⁰ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 228, 230

³¹ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 230

³² Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 235

³³ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 237

³⁴ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 143

³⁵ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 241

³⁶ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 246

³⁷ Philip G. Zimbardo/ Richard J. Gerrig, a.a.O. Fn. 11, S. 319 – 7.1

³⁸ Philip G. Zimbardo/ Richard J. Gerrig, a.a.O. Fn. 11, S. 320 ff – 7.1.2

³⁹ Philip G. Zimbardo/ Richard J. Gerrig, a.a.O. Fn. 11, S. S. 366 – 8.3: „Les émotions remplissent en effet une fonction motivationnelle en introduisant un éveil qui pousse l'individu à l'action. Mais le rôle motivationnel des émotions va au-delà du déclenchement de l'action puisque els émotions dirigent également le comportement vers un but précis et permettent son maintien dans le temps - Emotionen haben eine motivierende Funktion dadurch, dass sie zum Handeln in Bezug auf ein tatsächlich erlebtes oder vorgestelltes Ereignis anspornen. Emotionen richten dann das Verhalten auf spezielle Ziele und halten es aufrecht“.

⁴⁰ Ebenso Geoffrey Gibson, Are trial lawyers bad for ADR? In ADR, Arbitration and mediation, a collection of essays, Bloomington (USA) 2014, S. 211-228(214): „the object of the parties is always victory, not absolute truth“, 226 : « Priests pray for enemies, but princes kill » ; Thierry Garby, aaO Fn. 8, S. 2 « L'activité économique concurrentielle est conflictuelle par essence », « Au fond, dans une certaine mesure, nous aimons le conflit » ; Martine Bourry d'Antin, Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, Art et techniques de la négociation, Paris 2003, S. 291 « Lorsqu'on décrit la négociation, on emploie des termes empruntés du vocabulaire militaire, on détermine une « stratégie », on applique une tactique qui doit faire remporter la « victoire » sur l'adversaire » ; Marc Bonnart, Postface, in Martine Bourry d'Antin, Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, aaO Fn. 40, S. 306 :

« Traditionnellement, notre monde familial est celui du combat. Notre discours exalte les vertus agonistiques. Notre vocabulaire est guerrier : nous remportons des victoires et essayons des défaites, largement tempérées il est vrai, par le récit que nous en faisons ; nous élaborons des tactiques. Or, négocier, c'est céder ; plier, c'est déjà rompre ; se rendre aux raisons de l'autre, c'est encore se rendre, donc capituler. La négociation ne vise pas la victoire, mais le compromis qui est une paix et la paix a des allures d'armistices. Le déshonneur n'est pas loin. Nous exaltions volontiers les vertus homériques : intrépidité, intransigeance. Nous sommes prompts à élever au rang du principe à portée universelle la moindre atteinte à des intérêts particuliers... Par contraste la négociation nous apparaît une tiédeur à laquelle notre orgueil répugne » ;

⁴¹ Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, aaO Fn. 41, S. 138

⁴² Geoffrey Gibson, aaO Fn. 40, S. 211-228(219); Christian Duve, Horst Eidenmüller, Andreas Hacke, aaO Fn. 41, S. 28, 29

⁴³ Leo Montada, Elisabeth Kals, *Mediation – psychologische Grundlagen und Perspektiven*, Weinheim 2013, S. 31 „*Handlungsalternativen in sozialen Konflikten*“

⁴⁴ Abhijit Mukhopadhyay, Kai-Uwe Karl, aaO Fn. 6, S. 25-31 (27-28)

⁴⁵ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 44

⁴⁶ Cinthia Lévy, aaO Fn. 1, S. 470-476 (476)

⁴⁷ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 44

⁴⁸ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 46

⁴⁹ Cinthia Lévy, aaO Fn. 1, S. 470-476 (472)

⁵⁰ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 45

⁵¹ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 44

⁵² Pierre Delmas-Goyon, aaO Fn. 3, S. 1-113 (64)

⁵³ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 45

⁵⁴ Europäisches Parlament, aaO Fn. 2, S. 1- 231 (7): „*greater use of mediation can bring many societal benefits*“.

⁵⁵ Vgl. Fußnote 2

⁵⁶ Cinthia Lévy, aaO Fn. 1, S. 470-476 (474) : « *Il arrive ... que les clients soient effectivement demandeurs d'une procédure, d'un « combat frontal dans l'arène judiciaire » considérant qu'il s'agit là du « moyen normal, socialement accepté et psychologiquement satisfaisant de résoudre des conflits* ».

⁵⁷ Arthur Trossen, aaO Fn. 1, S. 23-25 (24)

⁵⁸ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 215 „*Denn längst sind Kampf und Sieg abgekoppelt vom einzelnen, unmittelbar Beteiligten. Diese sind nur Stellvertreter, mehr nicht*“.

⁵⁹ Cinthia Lévy, aaO Fn. 1, S. 470-476 (474-475)

⁶⁰ Arthur Trossen, aaO Fn. 1, S. 23-25 (24)

⁶¹ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 180

⁶² Vgl. Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 237

⁶³ Im Ergebnis ähnlich Arthur Trossen, aaO Fn. 1, S. 23-25 (24, 25): „*Die Mediation gelingt umso besser, je mehr die beteiligten Parteien mit den Fortschritten im Laufe der Mediation davon überzeugt sind, dass ihr Problem nur so und nicht anders lösbar ist. Innerhalb der Mediation findet ein Erkenntnisprozess der beteiligten Parteien statt, der es selbst den von einem Richter unfreiwillig zur Mediation verpflichteten Konfliktparteien ermöglicht, sich im Verlaufe der Mediation innerlich für eine freiwillige Teilnahme zu entschließen... Die Parteien vollziehen somit einen wesentlichen Erkenntnisprozess innerhalb des Verfahrens, der ihnen bereits außerhalb desselben abverlangt wird... Selbst den zur Mediation entschlossenen Parteien fehlt diese Erkenntnis noch*“.

⁶⁴ Marc Bonnant, Postface, in Martine Bourry d'Antin, Sylvie Le Damany, Vincent Asselineau, Stephen Bensimon, aaO Fn. 40, S. 306

⁶⁵ Alexander Thomas, *Kultur und Kulturstandards* in: Tomas, Kammhuber, Schroll-Machl, *Handbuch interkultureller Kommunikation und Kooperation*, Band 1, Göttingen 2003, S. 22 „*Alle Menschen leben in einer spezifischen Kultur und entwickeln sie weiter*“.

⁶⁶ Leo Montada, *Mediation – Pfade zum Frieden*, EWE 20 (2009) 4, S. 501-511 (509, 510); Richard Gerrig, Philip Zimbardo, aaO Fn. 11, S. 498: «*La recherche démontre que les humains ont plus de contrôle inhibiteur sur leur agressivité que Lorenz ne le pensait. En fait, les humains font des choix par rapport à leur agression affichée et conditionnée par leur environnement social... les cultures spécifient des normes sur les circonstances dans lesquelles l'agression est acceptable ou requise... les cultures elles-mêmes jouent un rôle essentiel, car elles déterminent dans quelle mesure les personnes sont « capables » d'inhiber l'agression* », 501 « *les contraintes culturelles* », 503 « *les normes du comportement agressif* »

⁶⁷ Peter Knapp, Andreas Novak, *Die Bedeutung der Kultur in der Mediation*, ZKM 2002, S. 4-8 (5)

⁶⁸ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 158; Frans de Waal, *Le singe en nous*, frz. Übersetzung Paris 2006, S. 278, 279

⁶⁹ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 35, 112 ff., 122

⁷⁰ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 134, 135, 139, 144, 213: „*Der Krieg ist die Kehrseite der Kultur*“ und stärkster Förderer dieser dunklen Seite der Menschheit sei die Sprache, weil es an ihr läge wie unterschiedlich und andersartig „*die anderen*“ empfunden und eingestuft würden, 222: „*Bedauerlicherweise trägt die Kultur jedoch in sich die Abgrenzung gegen „die anderen“, denn ohne die Abgrenzung kann sie keine Eigenständigkeit und keine Beständigkeit erreichen*“.

⁷¹ In der spezifisch interkulturellen Mediationsliteratur (z.B. David W. Augsburg, Conflict mediation accross cultures, Louisville 1992, S. 28 ff.; Beate A. Fischer, Konfliktlösungsstrategien in interkulturellen Geschäftsbeziehungen, ZKM 2006, 181-184); die sich mit Fragen der individualistischen und kollektivistischen Prägung der jeweiligen Gesellschaft befasst und den daraus für Verhandlungspartner entstehenden Missverständnissen, setzt sich jedoch nicht mit dem interkulturellen Motivationsproblem zur Vereinbarung der Mediation als Streitbeilegungsverfahren im interkulturellen Kontext auseinander.

⁷² Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 241; Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 163: „*...Schlüsselrolle der Reflexion. Sie ist die letzte Steuerungsinstanz triebhafter Verhaltensimpulse*“; Frans de Waal, Le singe en nous, frz. Übersetzung Paris 2006, S. 278, 279

⁷³ Ebenso Geoffrey Gibson, aaO Fn. 40, S. 227: „*Why should we therefore treat the right as being one of first recourse rather than last resort? Why should we not teach civil procedure in the law school: mediation first, arbitration second, litigation third?*“.

⁷⁴ Da die Mediation demnach keine Alternative zum Gerichtsverfahren darstellt, verstehen auch emotionsbefrachtete Wirtschaftsparteien, dass die Mediation eine flexiblere Vorstufe zu einem auf vollen Kampf ausgerichteten Gerichts- oder Schiedsverfahren ist.

⁷⁵ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 158

⁷⁶ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 143: „*Der Aufstieg und der Sieg durch Leistung werden mit einer Lust belohnt, die keine andere Form von Aufstieg oder Sieg mit sich bringt: mit Anerkennung*“.

⁷⁷ Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 148 ff.

⁷⁸ Leo Montada, Elisabeth Kals, aaO Fn. 43, S. 195; Diese Möglichkeit des ausdrücklichen Verstehens und Anerkennens wird bislang nicht als motivierender „Vorzug“ der Mediation gepriesen, sondern ist Teil der Interessenbearbeitung auf dem Weg nach der Suche von Lösungsoptionen.

⁷⁹ Josef H. Reichholf, aaO Fn. 27, S. 172, 180; Felix von Cube, aaO Fn. 11, S. 148, 150: „*aggressives Imponierverhalten*“ falle unter „*zulässige Aggression – reflektiert und verantwortet*“

⁸⁰ Bezugnahme auf die Vertrags- und Gewerbefreiheit, d.h. eine „notwendige Aggression“ in Form von demokratischem Handeln

⁸¹ Arthur Trossen, aaO Fn. 1, S. 23-25 (24)

⁸² Europäisches Parlament, aaO Fn. 2, S. 1- 231 (1-10) ; Nadja Alexander, Global trends in mediation, Köln 2003, S. 23
