

Sebastian Zukunft

# Das Vorbefassungsverbot im Mediationsgesetz

*Wesentliches Ziel des Mediationsgesetzes ist es, »die Mediation und andere Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung zu fördern« und »Anreize für eine einverständliche Streitbeilegung (zu) schaffen, um die Konfliktlösung zu beschleunigen, den Rechtsfrieden nachhaltig zu fördern und die staatlichen Gerichte zu entlasten.« In § 3 des Gesetzes ist eine Tätigkeitsbeschränkung für MediatorInnen vorgesehen, welche unabhängig von einer Aufklärung und Zustimmung der KlientInnen nach einer Vorbefassung die Durchführung einer Mediation, bzw. nach einer Mediation die einseitige Vertretung eines Klienten verbietet. Hierdurch wird nach der Gesetzesbegründung das in § 43 a Absatz 4 BRAO geltende Verbot, widerstreitenden Interessen zu vertreten, auf andere Grundberufe ausgedehnt<sup>1</sup>.*

**N**ach der Auffassung des Verfassers entspricht dieses Tätigkeitsverbot in seiner konkreten Ausformung nicht dem Sinn des Gesetzes, stellt einen nicht erforderlichen Grundrechtseingriff in die Berufsausübungsfreiheit von MediatorInnen sowie eine nicht erforderliche Beschränkung der allgemeinen Handlungsfreiheit der KlientInnen dar. Es entspricht nicht den europäischen Vorgaben und ist überdies mit wesentlichen Grundgedanken der Mediation nicht vereinbar. Ausreichend wäre, wie darzustellen sein wird, eine Regelung, die den Klienten eines Mediators die Entscheidungsfreiheit zugesteht, ob, wann und mit welchem Mediator sie kontrahieren.

## 1. Die Regelung im Einzelnen

§ 3 MedG verbietet in Absatz 2 anwaltlichen und nun auch nichtanwaltlichen MediatorInnen die Tätigkeit als Mediator, wenn sie in derselben Sache für eine Partei (vor der Mediation) tätig gewesen sind. Auch und die anderweitige Tätigkeit in derselben Sache nach einer Mediation ist untersagt. Dies bedeutet, dass z. B. auch die Psychotherapeutin, die einem Klienten vornehmlich bei der Klärung von Beziehungsthemen behilflich war, danach keine Mediation gemeinsam mit der Partnerin des Klienten durchführen oder eben nach einer Mediation einen von beiden MediandInnen therapeutisch begleiten

darf, falls hier weiter die Paarbeziehung der Schwerpunkt wäre.

Weiterhin erstreckt Absatz 3 diese Tätigkeitsbeschränkung auch auf Fälle, in denen eine Person, die mit dem Mediator in derselben Büro- oder Berufsgemeinschaft verbunden ist, bereits tätig geworden ist oder nach der Mediation tätig werden möchte. Nach Absatz 4 kann jedoch in diesen Fällen die betroffene Partei nach vorheriger Aufklärung der Durchführung der Mediation oder eben einer anderweitigen Tätigkeit des Büropartners zustimmen.

<sup>1</sup> Gesetzesbegründung, BT Drucks. 17/5335, zu § 3 S. 16.

Als Begründung für die Tätigkeitsverbote wird die Neutralität und Unabhängigkeit des Mediators angeführt und im Übrigen auf die Kommentierungen zu § 43 a Absatz 4 BRAO verwiesen.

Parteivertretung und Mediation würden sich deshalb unabhängig von der Zustimmung der Parteien ausschließen, *da eine Partei einer Mediatorin bzw. einem Mediator die für die Lösung des Konfliktes notwendige Offenheit nicht entgegenbringen (wird), wenn sie beispielsweise befürchten muss, dass die Mediatorin bzw. der Mediator nach einem etwaigen Scheitern der Mediation die Interessen der Gegenpartei vertritt und dabei das in der Mediation erlangte Wissen zu ihrem Nachteil nutzt*<sup>2</sup> (Gesetzesbegründung zu § 3).

Der Mediator könne weiterhin nach einer vorherigen, anderweitigen Tätigkeit (in derselben Sache) für eine Partei deshalb nicht tätig werden – unabhängig davon ob er zur neutralen Durchführung der Mediation in der Lage ist – da es *»ebenso wichtig ist, dass sie oder er von den Mediationsparteien als neutral wahrgenommen wird*<sup>3</sup>.

Dies sei nicht einmal der Fall, *»wenn sich die Tätigkeit darauf beschränkt hat, im Auftrag der Partei Möglichkeiten einer gütlichen Einigung auszuloten*«. Denn auch *»eine solche Tätigkeit setzt regelmäßig voraus, dass eine einseitige Information durch eine der Parteien stattgefunden hat; sie führt dazu, dass die Mediatorin oder der Mediator von der anderen Partei nicht mehr als »unbeschriebenes Blatt« wahrgenommen wird*».<sup>4</sup>

## 2. Geeignetheit und Erforderlichkeit der Regelung im Sinne von Art. 12 GG – (Grundgesetzwidrigkeit der Regelung)

Ein Tätigkeitsverbot schränkt sowohl die Berufsausübungsfreiheit des Mediators, als auch die allgemeine Handlungsfreiheit in seiner Ausprägung der Privatautonomie der Klienten ein. Diese Einschränkung müsste geeignet und er-

forderlich sein, um den Zweck der Einschränkung zu rechtfertigen. Dies ist in der konkreten Ausprägung des Mediationsgesetzes äußerst fraglich.

Grundsätzlich ist zwischen zwei Fallkonstellationen zu unterscheiden: 1. Nach einer (gescheiterten) Mediation wird der Mediator für eine der Parteien, z. B. als Parteivertreter tätig und 2. Der Mediator war vor der Mediation für eine Partei bereits, z. B. als beratender Rechtsanwalt, tätig.

### a. Parteivertretung/Beratung nach einer gescheiterten Mediation

In der ersten Konstellation meint der Gesetzgeber, das Tätigkeitsverbot sei **erforderlich**, da eine Partei einem Mediator nicht die notwendige Offenheit entgegenbringe, wenn sie befürchten müsse, dass der Mediator nach einem Scheitern die Gegenpartei vertritt und dabei das in der Mediation erlangte Wissen zu seinem Nachteil nutzt.

Dieser Gedanke ist absolut richtig. Die MediandInnen müssen Sicherheit über den vertraulichen Rahmen haben, damit sie überhaupt zur Transparenz – ein Grundpfeiler der Mediation – bereit sind. Hierzu dient auch die gesetzliche Verschwiegenheitspflicht aller MediatorInnen, die jetzt im Mediationsgesetz verankert ist.

Doch wäre dieser Zweck auch dann erfüllt, würde die Regelung des Absatzes 4 auf Absatz 2 ausgedehnt. Denn dann könnte ein Mediator z. B. nach einem Scheitern der Mediation nur für eine Partei tätig werden, wenn beide Parteien diesem Tätigwerden ausdrücklich zustimmen. Dies würde sicherstellen, dass der sichere Rahmen genau wie die Mediationsvereinbarung zur Disposition der MediandInnen steht und unbedingt gewahrt bleibt, außer die Parteien legen hierauf aus welchen Gründen auch immer keinen Wert.

Auch durch Ausdehnung des Absatz 4 auf Absatz 2 könnten die MediandInnen von Beginn der Mediation an sicher sein, dass MediatorInnen nur im ausdrücklichen Einverständnis beider das Mandat weiterführen würden. Auf diese Weise wäre die notwendige Offenheit und das Vertrauen in die Allparteilichkeit der MediatorInnen abgesichert.

Der Gesetzgeber schießt mit seinem absoluten Tätigkeitsverbot über das Ziel hinaus und die Regelung beinhaltet somit einen nicht erforderlichen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Mediators/Anwaltmediators und zugleich einen eben solchen Eingriff in die Privatautonomie der Klienten.

Denn es mag Fälle geben, in denen es auch den nachfolgend nicht oder anderweitig vertretenen MediandInnen gerade daran liegt, dass MediatorInnen den Fall als Parteivertreter weiterführen, z. B. da sie um die grundlegend kooperative Einstellung der MediatorInnen wissen und verhindern wollen, dass ein »wirklich scharfer Hund« an deren Stelle tritt.

Fraglich erscheint jedoch auch schon, ob ein Tätigkeitsverbot überhaupt **geeignet** ist, sicher zu stellen, dass nach einer gescheiterten Mediation erlangte Informationen durch einen der

<sup>2</sup> Gesetzesbegründung, BT Drucks. 17/5335, zu § 3 S. 16:

<sup>3</sup> Ebd.

<sup>4</sup> Ebd.

Medianden zum Nachteil des Konfliktpartners ausgenutzt werden. In der Regel vereinbaren die Parteien untereinander einen so genannten »sicheren Rahmen«, der festlegt, dass keine Informationen, die im Rahmen der Mediation erlangt werden, nach einer gescheiterten Mediation gegeneinander verwendet werden können. Dies stellt eine Vertraulichkeitsvereinbarung der MediandInnen untereinander dar. Eine solche ist im Übrigen unter den MediandInnen auch nach Verabschiedung des Mediationsgesetzes weiterhin unbedingt erforderlich, da sich die Verschwiegenheitsverpflichtung aus § 4 MediationsG nicht auf die MediandInnen selbst bezieht.

Es wird angenommen, dass Sachinformationen und entsprechender Vortrag, die entgegen einer vertraglichen Vereinbarung der Parteien dennoch in einen Zivilprozess eingebracht werden, unerheblich sind und bei einer Gerichtsentscheidung nicht berücksichtigt werden dürfen<sup>5</sup>. Die vorprozessuale Verwendung wäre zwar ein Vertragsbruch, doch dieser wäre nur bei Vereinbarung einer Vertragsstrafe sanktioniert.

Es stellen sich jedoch einige praxisrelevante Probleme und Fragen bezüglich »erlangter Informationen«:

Wie würde sich im Zweifel belegen lassen, welche Informationen schon zuvor bekannt und welche im Rahmen der Mediation erlangt wurden? Wie wahrscheinlich ist überhaupt der Fall, dass sensible Informationen preisgegeben werden und danach der Konflikt zu einem Rechtsstreit eskaliert? Welchen praktischen Unterschied macht es, wenn eine der Parteien nicht einen Dritten, sondern eben den Mediator als Parteivertreter nach dem Scheitern einer Mediation wählt?

In den seltensten Fällen wird in einer Mediation vorher festgehalten, welchen Informations- und Wissensstand die Parteien gegenseitig haben. Über ausgetauschte Informationen müsste es ein Verlaufsprotokoll einer jeden Mediationsstunde geben. Üblich sind in der Regel jedoch Ergebnisprotokolle. Sensible Informationen werden in einer Mediation erst durch einen Medianden preisgegeben, wenn das Vertrauen der Parteien in den Mediationsprozess schon weit fortgeschritten ist. Doch dann ist eben das Scheitern relativ unwahrscheinlich. Es scheint sich also eher um eine rein theoretische Debatte zu handeln.

Auch der das Mandat weiterführende Rechtsanwalt dürfte Beweise nicht verwerten und würde ggf. eine Vertragsstrafe gegen seinen Mandanten auslösen, falls er Informationen verwendet, die eben in der Mediation erlangt sind. Zumindest wäre eine Weiterführung äußerst effizient. Denn der Mediator ist ja schon in die Materie eingedrungen und ein nachfolgender Berater oder Rechtsanwalt müsste sich erst mühevoll Zugang zur Materie erarbeiten.

Dennoch hat es natürlich ein »Geschmäckle«, wenn der zunächst allparteiliche Mediator – wenn auch nur auf ausdrücklichen Wunsch der Medianden – eine der beiden Parteien nach einem Scheitern der Mediation vertreten würde. Unbedingt erforderlich wäre hier, die Rollenklarheit des Mediators (wobei jedoch beim Anwaltmediator die Rollenklarheit durch die Erwartung der Medianden, auch rechtlich beraten zu werden, von vornherein schon sehr schwierig ist).

**b. Der zweite Fall, in welchem der Mediator vorher beratend tätig war, erscheint als der praxisrelevantere Fall.**

Der Gesetzgeber meint hier, der Mediator müsse »als unbeschriebenes Blatt« wahrgenommen werden, unabhängig davon, ob er tatsächlich

zur allparteilichen Tätigkeit in der Lage sei. Hier stellt sich schon die Frage, warum dies der Fall sein muss. Welcher Zweck wird damit erfüllt? Zumindest ist auch hier die Regelung nicht erforderlich. Wieso sollte MediandInnen, nach einer umfassenden Information über die Vortätigkeit nicht die Möglichkeit gegeben werden, den Mediator weiter zu beschäftigen? Dies entspricht Ihrer grundgesetzlich garantierten Privatautonomie und insbesondere auch dem Eigenverantwortlichkeitsgedanken der Mediation überhaupt, nach welchem die MediandInnen komplett eigene Verantwortung für die Inhalte, den Fortgang der Mediation übernehmen und die Lösung ihres Konfliktes übernehmen. Wieso soll gerade bei der Auswahl des passenden Mediators dieser Gedanke verworfen werden? Im Übrigen ist keine MediatorIn, auch ohne Vorbefassung ein »unbeschriebenes Blatt«, und es ist gerade die Aufgabe von MediatorInnen, die subjektive Sicht auf einen Konflikt zu reflektieren und dadurch aus dem Mediationsprozess herauszuhalten. Einem erfahrenen Mediator sollte dies auch nach einer vorherigen Tätigkeit gelingen. Größte Zweifel bestehen vor allem an der Sinnhaftigkeit der Auslegung durch den Gesetzgeber, wonach es MediatorInnen verwehrt sein soll, eine Mediation durchzuführen, nachdem er im Auftrag einer Partei den Einigungswillen der anderen Partei ausgelotet hat. Dies erscheint als äußerst kontraproduktiv im Sinne des Gesetzes und dazu unpraktikabel. In der Mediationspraxis ist es häufig der Fall, dass zunächst eine Konfliktpartei bei einem Mediator anruft, mediationswillig und doch nicht sicher ist, ob die andere Konfliktpartei ebenfalls bereit zu einer Mediation ist. Oft ist der Konflikt schon derartig eskaliert, dass es dem Interesse der Partei

<sup>5</sup> Haft/Schlieffen Handbuch Mediation § 27 Rn. 33, S. 726.

und auch dem Interesse einer einvernehmlichen Beilegung des Konflikts angemessen und erforderlich ist, dass der Mediator die Einigungsbereitschaft des Konfliktgegenübers auslotet. Gerade diese Vorarbeit wird von MediandInnen als vertrauensbildend empfunden, und der Weg einer Mediation zur Klärung ihres Konflikts wird beschritten<sup>6</sup>. Es entspräche also gerade dem Sinn des Gesetzes, die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern, wenn zumindest dieser Fall der Dispositionsbefugnis der Klienten unterworfen würde. Die Gesetzesbegründung in sich ist auch nicht schlüssig, wenn sie an dieser Stelle ohne weitere Begründung konstatiert, dass »die in psychologischen Beratungsstellen häufig anzutreffende Praxis, zunächst eine Kontakt suchende Partei zu beraten und anschließend eine Mediation anzubieten, keinen Bedenken begegnet<sup>7</sup>. Der Unterschied zu einer vorherigen anwaltlichen Beratung oder zu einer bloßen Auslotung der Einigungsmöglichkeiten ist nicht ersichtlich und bedeutet eine willkürliche Ungleichbehandlung anwaltlicher MediatorInnen gegenüber in psychologischen Beratungsstellen tätiger MediatorInnen.

### 3. Unvereinbarkeit mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes

Wie bereits ausgeführt entspräche es dem Sinn des Gesetzes, die Mediation und die außergerichtliche Streitbeilegung zu fördern, am meisten, würde den Klienten freigestellt, mit welchem Mediator sie kontrahieren, sofern sie nur umfassend über die Vorbefassung des Mediators in Kenntnis gesetzt wurden, bzw. einer nachträglichen Parteivertretung ausdrücklich zustimmen können.

### 4. Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der Mediation

Wie oben schon dargestellt widerspricht ein absolutes Tätigkeitsverbot,

insbesondere nach Auslotung der Einigungsmöglichkeiten im einseitigen Auftrag, wesentlichen Grundgedanken der Mediation. Es entspricht dem üblichen Prozedere in der Mediation, Einzelgespräche mit den MediandInnen zu führen. Dies kann auch zu Beginn einer Mediation sinnvoll sein. Sofern ein Mediator die mediative Grundhaltung auch bei Vorgesprächen zu einem Zeitpunkt, in dem ein Auftrag zur Mediation der Mandanten noch nicht erteilt ist, einhält und den Streitstoff inhaltlich beim Medianden belässt, kann die Gefahr einer Parteilichkeit minimiert werden. Insbesondere wurde bereits darauf hingewiesen, dass ein ganz wesentlicher Eckpfeiler einer jeden Mediation die Eigenverantwortung der Parteien ist und diese gerade im Hinblick auf die Auswahl des Mediators übermäßig eingeschränkt wird.

### 5. Das Vorbefassungsverbot in den EU-Vorgaben

Eine Zustimmungsmöglichkeit der MediandInnen nach umfassender Aufklärung entspräche auch den europäischen Vorgaben. Der europäische Verhaltenskodex für MediatorInnen aus dem Jahr 2004 sieht in 2.1. Satz 3 vor, dass »ein Mediator die Mediationstätigkeit aufnehmen oder fortsetzen darf, wenn er sicher ist, dass er die Aufgabe vollkommen unabhängig durchführen kann ... und wenn die Parteien ausdrücklich zustimmen«<sup>8</sup>. Auch die Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates vom 21.05.2008 sieht keine Tätigkeitsbeschränkung vor. Dem anglo-amerikanischen Mediationskontext ist ebenfalls ein absolutes Tätigkeitsverbot fremd. So regelt z. B. der Ohio Mediation Act, dass der Mediator seine Vorbefassung lediglich offenbaren muss, und die Parteien in eine nachfolgende Mediation einwilligen können<sup>9</sup>.

### 6. Maßgeblichkeit des Einverständnisses/Diskussion im anwaltlichen Berufsrecht

Da der § 3 MediationsG anwaltlichen Berufsrecht auf andere Berufsgrup-

pen für den Fall der Mediation ausweitet (s.o.), lohnt sich ein Blick in die Meinungslage zum dort formulierten Vorbefassungsverbot insbesondere im Hinblick auf die Mediation. Die Diskussion zu § 43 a Abs. 4 BRAO muss inhaltlich also auch für § 3 MediationsG gelten<sup>10</sup>. Dem Anwalt verbietet das Berufsrecht die rechtliche Wertung eines Lebenssachverhalts zuerst aus dem einen und dann aus dem anderen Blickwinkel für unterschiedliche Personen<sup>11</sup>. Fraglich ist, ob der Rechtsanwalt bei einer Mediation überhaupt einen Lebenssachverhalt wertet. Denn in der Mediation, ob nun nach einer Beratung oder vor einer Vertretung, wertet der Mediator den Lebenssachverhalt überhaupt nicht rechtlich und bezieht eine allparteiliche Stellung.

Umstritten ist in der Literatur zum Vorbefassungsverbot, wann überhaupt eine Interessenskollision vorliegt und ob diese rein subjektiv aus Sicht der Mandanten oder objektiv bewertet werden muss. Die Rechtsprechung geht dabei weitestgehend von der Maßgeblichkeit einer subjektiven Sichtweise der Mandanten aus, insbesondere in Vermögensstreitigkeiten im bürgerlichen Recht. Ob ein Interessenwiderstreit vorliegt, ergibt sich danach aus dem Auftrag, den der Rechtsanwalt erhalten

<sup>6</sup> Stellungnahme der BRAK zum RefE des Mediationsgesetzes zu Art. 1 § 3, S. 10.

<sup>7</sup> Gesetzesbegründung, BT Drucks. 17/5335, zu § 3 S. 16

<sup>8</sup> Europäischer Verhaltenskodex für Mediatoren; [http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr\\_ec\\_code\\_conduct\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf):

<sup>9</sup> Ohio Mediation Act; <http://codes.ohio.gov/orc/2710>:

<sup>10</sup> Die §§ 43 a Abs. 4 BRAO, 3 I BORA verbieten dem Anwalt bei einer Interessenskollision die nachfolgende Tätigkeit, wenn er bereits in derselben Sache für eine Partei tätig gewesen ist. Der Wortlaut des § 43 a Abs. 4 BRAO spricht im Gegensatz zum § 3 MediationsG überhaupt von widerstreitenden Interessen, während § 3 MediationsG von dem spezifischen Fall der Mediation nach bereits erfolgter anderweitiger Tätigkeit oder andersherum ausgeht. Dass es sich bei der Ausformulierung des § 3 Mediationsgesetzes um einen besonderen Fall des weiter zu verstehenden § 43 a Abs. 4 BRAO handelt, ergibt sich auch daraus, dass sich die Gesetzesbegründung in ihren Erwägungen auf die Kommentierungen von Henssler zu § 43 a Abs. 4 BRAO stützt.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, NJW 91, 1176:



© Gina Sanders - Fotolia.com

hat, da dieser den Umfang der Belange bestimmt, mit deren Wahrnehmung der Auftraggeber den Anwalt betraut. Maßgeblich seien nicht der wahre Sachverhalt und die wirkliche Rechtslage, sondern die subjektiven Ziele und Begehren der Beteiligten<sup>12</sup>. Auch in der Literatur setzen sich Stimmen durch, nach welchen es auf die subjektive Sicht der Mandanten ankommt, dass es immer wieder Situationen gibt, in denen es dem Mandanten nicht darum geht, das (materiell) Meiste, sondern das (ideell) Beste zu erzielen<sup>13</sup>.

Bei einer Doppelmandatierung, insbesondere bei der Regelung von Scheidungsfolgen, bei denen das gleichgerichtete Einigungsinteresse der Parteien die verschiedenen und teils gegenläufigen Interessen eindeutig überwiegt, ist ebenfalls der Interessensgegensatz aufgehoben, sodass eben auch die Mediationstätigkeit überhaupt einem Rechtsanwalt nun ausdrücklich gestattet ist<sup>14</sup>. Nach der h. M. soll es zulässig sein, nach einer Doppelmandatierung z. B. eine einvernehmliche Ehescheidung im Auftrag einer Partei durchzuführen. So urteilte etwa das OLG Karlsruhe im Jahr 2002, dass die Vertretung einer Partei gegen die andere im Scheidungsprozess möglich sei, da der beratende Anwalt zuvor als unparteiischer Mittler und nicht *Diener einseitiger Parteiinteressen* gewesen sei<sup>15</sup>.

So verhält es sich bei einer Parteivertretung nach einer erfolgten Mediation. Auch hier war der Mediator unparteiischer Mittler und nicht Diener einseitiger Parteiinteressen, sodass ein Interessenswiderspruch eigentlich ausscheidet.

### **Maßgeblichkeit des Einverständnisses**

Fraglich ist auch, ob ein Einverständnis von Mandanten einen vorliegenden Interessensgegensatz aufheben kann. Der Absatz 4 des § 3 MediationsG ist dem § 3 Absatz II BORA nachgebildet.

Ebenso wie im Mediationsgesetz ist es hier bei einer Interessenskollision den Parteien nur dann möglich, diese durch ein Einverständnis aufzuheben, wenn ein Sozium die Interessenskollision ausgelöst hat. Für den Einzelanwalt fehlt eine solche Regelung. Dennoch ist eine breite Strömung in der Literatur hier ebenfalls der Auffassung, dass die Mandanten, soweit sie über den Streitstoff verfügen können, durch ein Einverständnis die Pflichtwidrigkeit des anwaltlichen Tuns aufheben können<sup>16</sup>. Dies wird zum Teil aus dem Sinn und Zweck des § 3 Abs. 2 BORA gefolgert<sup>17</sup>. Dies muss nach verfassungskonformer Auslegung des § 3 MediationsG bedeuten, dass die Ausnahme des Absatz 4 auch für den Fall des Absatzes 2 gilt, es nach einem ausdrücklichen Einverständnis der Mandanten nach vor-

heriger Offenlegung möglich ist, nach einer Mediation ein Mandat weiterzuführen und nach einer Beratung eine Mediation durchzuführen.

### **Ist ein Vorbefassungsverbot überhaupt noch zeitgemäß?**

In der juristischen Literatur zum anwaltlichen Vorbefassungsverbot mehrten sich die Stimmen, welche in Zweifel ziehen, ob das Vorbefassungsverbot in der heutigen Form noch zeitgemäß ist<sup>18</sup>. Denn der Anwaltsberuf ist über die ausschließliche Interessen-

<sup>12</sup> so etwa BGHSt 7, 17 [20f.] = NJW 1955, 150; BGHSt 15, 332 [334] = NJW 1961, 929; BGHSt 34, 190 [192] = NJW 1987, 335; OLG Karlsruhe, NSTZ-RR 1997, 236 [237].

<sup>13</sup> Offermann-Burckart, NJW 2010, 2489, 2490.

<sup>14</sup> Schnitzler, Familienrecht, 3. Auflage, § 2, Rn. 33.

<sup>15</sup> OLG KA NJW 2002, 3561-3564: »Da der Beratungsauftrag dem Angeklagten von beiden Eheleuten gemeinsam mit dem eingangs genannten Ziel erteilt worden war, war der Angeklagte in der Besprechung am 02.12.1998 mithin nicht Diener bzw. Vertreter einseitiger Parteiinteressen, sondern unparteiischer Mittler. Ihm war daher auch nicht untersagt, später die eine der beiden Parteien gegen die andere in derselben Angelegenheit zu vertreten«.

<sup>16</sup> z. B. Eylmann, in: Henssler/Prütting, BRAO, 2. Aufl. [2004], § 43a Rdnr. 157.

<sup>17</sup> Grunewald (ZEV 2006, 386 [387]).

<sup>18</sup> Schlosser, NJW 2002, 1376 ff.

vertretung, oder treffender: die Positionsvertretung, spätestens mit der gesetzlichen Regelung der Mediation für Rechtsanwälte, hinausgewachsen<sup>19</sup>.

So konstatiert § 1 III BORA, dass die »Konfliktbegleitung, -vermeidung und Streitschlichtung« gleichgeordnetes Betätigungsfeld des Rechtsanwalts neben dem Schutz vor Rechtsverlusten ist. Das Berufsbild des Anwalts befindet sich in einem radikalen Umbruch. Bis Mitte des letzten Jahrhunderts stand der Anwalt ganz im Zeichen der römisch-rechtlichen Tradition und wurde ausschließlich als rechtlicher Vertreter einer Partei gegen eine andere gesehen. Materiell rechtliche Anspruchsgrundlage und zivilprozessualer Antrag waren die prägenden Arbeitsgrundlagen anwaltlicher Praxis. Diese Form gab zwingend distributive Verhandlungsstrategien und das Austragen eines Konflikts als einen Streit um Positionen vor<sup>20</sup>. Das Berufsrecht, dessen Regelungen in ihrer ersten Fassung aus dem Jahr 1878 stammen, entspricht in seiner heutigen Form noch weitgehend diesem Berufsverständnis. Inzwischen ist der gemeinsame Auftrag mehrerer Parteien mit gleichgerichteten Zielvorstellungen insbesondere bei der Mediation und Vertragsgestaltung in den Vordergrund gerückt. Das Berufsrecht sollte es dem Rechtsanwalt, insbesondere dem Rechtsanwaltmediator möglich machen, im Sinne seines Auftrages aus § 1 III BORA und im Sinne des Mediationsgesetzes streitvermeidend und konfliktbegleitend tätig zu sein, mit dem Einverständnis der Klienten hier möglichst weiten Spielraum zu haben, um einen Konflikt einvernehmlich beizulegen.

Dem Rechtsanwaltmediator stehen heute neben der Mediation und der Parteivertretung weitere, unterschiedliche Dienstleistungen offen, um Konflikte einer gütlichen Einigung zuzuführen. Erwähnenswert sind hier die Shuttle-Mediation, bei denen ein Mediator ausschließlich Einzelgespräche führt, die »Early Neutral Evaluation«,

in welcher der Rechtsanwalt im Auftrag zweier Parteien einen Sachverhalt neutral begutachtet und die »Cooperative Practice«, in welcher jede Partei durch einen Rechtsanwalt vertreten wird, alle vier Beteiligten jedoch eine Rahmenvereinbarung abschließen, in welcher vereinbart wird, zu einer Einigung zu gelangen<sup>21</sup>. Durch Übernahme dieser Methoden in seine Dienstleistungspalette kann sich der Rechtsanwalt immer mehr zum »Einigungsmanager«<sup>22</sup> entwickeln, soweit ihm der Gesetzgeber oder die Rechtsprechung, der die Auslegung der Tätigkeitsverbote obliegt, den notwendigen Spielraum lässt. Dann würde die alternative Streitbeilegung tatsächlich gefördert und die Gerichte entlastet ganz im Sinne des Mediationsgesetzes.

<sup>19</sup> vgl. Schlosser, NJW 2002, 1376, 1378.

<sup>20</sup> vgl. Haft in FS für Schütze, 255, 261.

<sup>22</sup> Sebastian Zukunft: Der Anwalt als Einigungsmanager. WfR 2009, S. 10 ff.

<sup>21</sup> Weiterführende Literatur: zur "Early Neutral Evaluation": Haft/Schieffen Handbuch der Mediation § 38 Rn. 107; zum Modell der "Cooperative Practice": Cristina Lenz, Friedrich Schwarzinger (Hrsg.): Konflikt - Kooperation - Konsens: Über die Mediation hinaus: Das Modell der Cooperative Practice; zur Shuttle-Mediation: Haft/Schieffen Handbuch der Mediation § 38 Rn. 84 ff.

#### AutorInneninfo



\* Sebastian Zukunft  
Rechtsanwalt und Mediator

\* E-Mail: zukunft@zukunftspartner.de



## Ein Dankeschön an unsere AutorInnen des Jahres 2012

Ohne ihre Mitarbeit hätten wir keine Fachzeitschrift mit wertvollen Anregungen und Diskussionsvorlagen. Unsere AutorInnen arbeiten ehrenamtlich und wir sagen ganz herzlich danke für dieses Engagement und die wertvolle Zeit, die dafür eingesetzt wird. Vielen Dank auch an alle RezensentInnen, die ihren Lese-genuß und ihre kritischen Anmerkungen mit uns LeserInnen teilen.  
Die Redaktion

#### Die AutorInnen:

Sylvia Ahlers, Gernot Barth, Detlev Berning, Maria Bosch, Uwe Döring, Antonia Dufeu, Michael Englert, Robert Erkan, Bernd Fechler, Joachim Fenner, Ulrike Gamm, Beate Groschupf, Peter Hammacher, Traute Harms, Anne Hartmann, Wolf Hertlein, Sebastian Himstedt, Jutta Hohmann, Franziska Hübner, Verena Hutschenreuter, Christine Kabst, Andrea Keisel, Till Kemper, Wilfried Kerntke, Doris Klappenbach, Thomas Knobloch, Karl Kreuzer, Walter Letzel, Anke Loebel, Christine Mattl, Tilman Metzger, Silke Mrose, Hannelore Neubert-Klaus, Andreas Novak, Donata Oerke, Jörg Pahnke, Christoph C. Paul, Anusheh Rafi, Siegfried Rapp, Frank Relke, Thomas Robrecht, Hans-Jürgen Rojahn, Lutz Salomon, Olaf Schulz, Karin Schwarz, Cordula Söffte, Rita Sommersguter-Zotti, Brigitte Speidel-Frey, Cornelia Sabine Thomsen, Thomas Trenczek, Carla van Kaldenkerken, Harald Walther, Sebastian Zukunft